



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/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

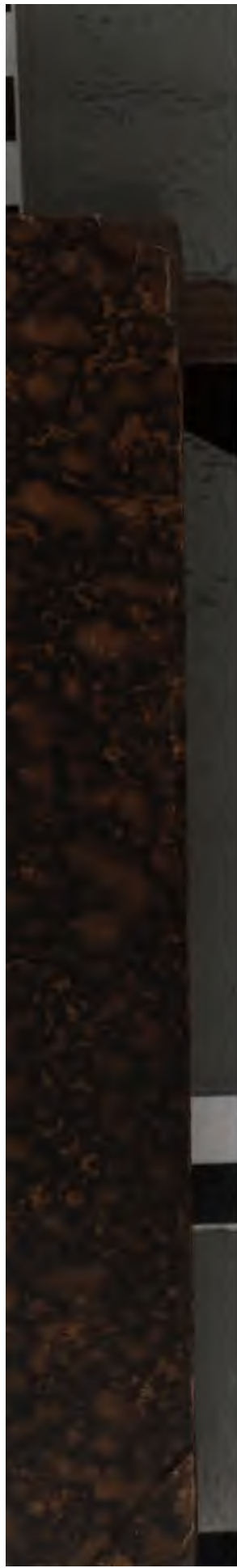
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.





13

L. i.

Jurisprudence

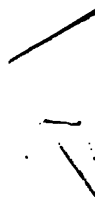
510

1. *Chlorophyll a* and *Chlorophyll b* were determined by the method of Arar and Collins (1987) using a Shimadzu 1010 UV-Vis Spectrophotometer. The concentration of chlorophyll was expressed in $\mu\text{g mL}^{-1}$.



Max Franks 1888.
6.

91



DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG.

**EINE UNTERSUCHUNG
ÜBER
DIE RECHTMÄSSIGE HANDLUNG
UND
DIE ARTEN DES DELIKTS**

VON

DR. KARL BINDING,
ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN STRASSBURG.

ERSTER BAND.
NORMEN UND STRAFGESETZE.

LEIPZIG,
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN.
1872.



DIE NORMEN UND IHRE ÜBERTRETUNG.

**EINE UNTERSUCHUNG
ÜBER
DIE RECHTMÄSSIGE HANDLUNG
UND
DIE ARTEN DES DELIKTS**

VON

DR. KARL BINDING,
ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN LEIPZIG.

ZWEITER BAND.

SCHULD UND VORSATZ.

MIT EINEM REGISTER ÜBER BEIDE BÄNDE.

**LEIPZIG,
VERLAG VON WILHELM ENGELMANN.
1877.**



VORWORT.

Nie hätte ich geglaubt, dass vier Jahre ins Land gehen würden, ehe die Fortsetzung meines Werkes erscheinen könnte. Denn als ich im September 1872 schrieb, der Rest des ersten Bandes, der jetzt seines Umfanges wegen als zweiter Band betitelt wird, liege druckfertig vor, war diess meine feste Ueberzeugung: nach ganz unbedeutenden Aenderungen besonders in den einleitenden Abschnitten, zu deren Vornahme ich nur auf eine glückliche Stunde wartete, sollte das Manuscript zum Drucke gehen. Aber diese Stunde kam nicht, und je länger sie zögerte, desto mehr regte sich mein Argwohn, der Grund dieser Verzögerung liege in einem von mir wohl geahnten aber noch unverstandenen Mangel der Arbeit: und diese Sorge zwang zur Geduld. Denn weder in dem schönen aber den ganzen Menschen absorbirenden Wirkungskreise an der neuen Reichsuniversität, noch auch in der ersten Zeit nach meiner Uebersiedelung hieher konnte ich Ruhe und Zeit finden mit voller Kraft aufs Neue ans Werk zu gehen um zu bessern und auszubauen, soweit meine Kraft diess vermöchte. So ist die Arbeit Jahre lang ganz ins Stocken geraten, und als ich endlich an sie zurückkehren konnte, entstand auf Grund des alten Manuscriptes ein ganz neues Buch weit grösseren Umfanges, was

im Ganzen wohl besser als das frühere im Einzelnen sicher den Nachtheilen solcher Verschleppung nicht ganz entgangen ist¹.

Jedenfalls wird dieser Band dazu beitragen die Schwierigkeiten des Verständnisses, die sein Vorgänger gegen all mein Erwarten erregt hat, zu beseitigen, oder mindestens zu verringern.

Da die Grundgedanken desselben lebhafte Bewegung erzeugt haben und noch heute Gegenstand des Streites sind², glaube ich hier erklären zu sollen, dass ich in zwei Punkten der Kritik Recht gebe. Die Norm geht begrifflich, aber nicht notwendig auch zeitlich dem Strafgesetze voraus, beide können vielmehr gleichzeitig zur Entstehung gelangen. Ferner ist es ein sehr ungenügender Ausdruck für einen m. E.

¹ Fast unverändert blieb nur der römisch-rechtliche Abschnitt und ein Theil der Kritik abweichender Schuldauffassungen (§ 40 ff.).

² Zu meiner grossen Freude hat das Reichsoberhandelsgericht in seinem Urtheile vom 10. Dec. 1872 in Sachen Hausmann und Fiscus c. Seidels Erben (Entscheid. des R.-O.-H.-G. VIII S. 202 ff.) den Gegensatz von Norm und Strafgesetz und den Satz, dass jene Voraussetzung von diesem sei, adoptirt. — Von Kritiken sind mir folgende bekannt geworden: in Goltdammer's Archiv XXI S. 129—131 (Bernert?); in den Göttinger gelehrten Anzeigen v. 12. März 1873 S. 401—419 (Bierling); im Literar. Centralblatt 1873 N. 35 vom 30. August S. 1100. 1101 (Heinze); im Gerichtssaal 1873 S. 432—463 (Wach); in der Jenaer Literaturzeitung 1874 N. 25 vom 20. Juni S. 372—374 (Luden). Ich möchte der Kritik noch ganz besonders, soweit sie oppositionell ist, meinen Dank sagen. Zu den Angriffen v. Bar's (Krit. Vierteljahrsschrift XV S. 560—579), die ich schon am Schlusse der Vorrede zum ersten Band klar vorausgesagt habe, konnte ich dort schon Stellung nehmen: solche Pfeile schnellen stets auf den Absender zurück, und deshalb requiescat in pace! Von den Lehrbüchern hat sich allein das von H. Meyer mit meinen Ansichten in dankenswerter Weise auseinandergesetzt. — Von grossem Werte war mir, an der trefflichen Schrift Hartmann's, Die Obligation (1875), zu sehen, dass ähnliche Betrachtungsweisen wie die meinigen auch für das Civil-Recht nutzbringend sein können.

richtigen Gedanken, dass die Grundlage der Schadensersatzverbindlichkeit der Quasi-Contrakt sei. Auch gebe ich gerne zu, dass meine kurzen Ausführungen über den Ursachenbegriff (I S. 39 ff.) nach allen Seiten hin der Ergänzung bedürfen. Doch möchte ich gegenüber den neusten, diesmal angenehmer Weise discutabelen Angriffen v. Bar's (Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhang, in Grünhut's Zeitschrift IV S. 20 f.), ausdrücklich betonen, dass mir bis jetzt nicht ein einziger praktischer Civil- und Criminal-Fall vorgekommen ist, bei dem sich mir jener Ursachenbegriff nicht bewährt hätte. Und nach wie vor muss ich daran jedenfalls festhalten, dass jede Theorie falsch ist, welche wie die v. Bar's der rechtmässigen Handlung das Moment der Kausalität raubt und Ursachen nur von Widerrechtlichkeiten kennt, welche den elementaren Begriff der Verursachung in zwei Arten zerschlägt und gar die Arten der Schuld mit Arten der Verursachung identificirt, welche endlich die einschneidendsten Entscheidungen der Civil- und Straf-Richter in Abhängigkeit setzt von dem chamäleonischsten aller Begriffe: dem „der Regel des Lebens.“

So ist denn auch der zweite Band fest auf den ersten gegründet: denn meine Ueberzeugung von der Richtigkeit meiner Anschauung hat sich im Laufe der Jahre nur immer mehr gefestigt, so sorgfältig ich auch bemüht war von allen Seiten die Probe auf die Rechnung zu machen. Insbesondere glaube ich jetzt weit genügender als früher den Beweis führen zu können, dass nicht die Schuld als Quelle des Civil-Anspruchs betrachtet werden darf¹.

¹ Auf eine Verschiedenheit der Terminologie im 1. und 2. Bande glaube ich hier schon aufmerksam machen zu sollen: statt des schwerfälligen Ausdrucks „Normwidrigkeits-Merkmal“ brauche ich in diesem Bande die Bezeichnung Deliktsmerkmal.

Von neu erschienenen Schriften konnten nicht mehr benutzt werden: Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1. Hälfte. Berlin 1877; Schlossmann, Der Vertrag. Leipzig 1876; Göring, Ueber die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit. Leipzig 1876; Hoppe, Die Zurechnungsfähigkeit. Würzburg 1877; ferner die Fortsetzung des S. 21 N. 31 citirten Aufsatzes von Rehnisch, a. a. O. LXIX S. 43 ff.; und endlich die oben erwähnte Abhandlung von v. Bar.

Manche Dankesschuld habe ich schliesslich abzu zahlen für freundliche Unterstützung mit Rat und That und Büchern, eine ganz besonders grosse aber an Herrn Dr. von Rohland in Leipzig, den Urheber des diesem Bande beigegebenen trefflichen Sachregisters, und an den Freund im Süden, in dessen schönem Heim mit trefflicher Bibliothek während der sonnigen Frühjahrswochen dieses Jahres die ersten Bogen druckfertig zu stellen mir vergönnt war.

Bezüglich des Schluss-Bandes III (Irrtum und Fahrlässigkeit) wage ich durch Erfahrung gewitzigt keine Versprechungen zu machen.

Leipzig, 19. November 1876.

Dr. Karl Binding.

INHALT.

Zweites Buch. Die pflichtmässige und pflichtwidrige Handlung.

	Seite
§ 32. I. Die Freiheit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit im Rechtssinne	3—35
§ 33. II. Die Handlung im Rechtssinne und die Handlungsfähigkeit	35—53
§ 34. III. Die Fähigkeit zu pflichtmässigen und pflichtwidrigen Handlungen insbesondere	54—84
§ 35. IV. Individueller Umfang der Handlungs- und insbesondere der Deliktsfähigkeit	84—88
§ 36. V. Die Anforderungen der Normen an die Handlungen und die vollkommene pflichtmässige Handlung . .	88—102
VI. Die schuldhafte Handlung	102—266
§ 37. A. Begriff des Delikts und der Schuld insbesondere	102—104
§ 38. B. Verhältniss des Willens zur Vorstellung und zur That	104—115
§ 39. C. Arten der Schuld	115—124
D. Die abweichenden Auffassungen der Schuld und ihrer Arten	124—187
§ 40. 1. Die falschen Ausgangspunkte	124—136
§ 41. 2. Falsche Auffassung des Rechtssatzes, dem die Schuld opponirt	138—143
§ 42. 3. Das vorsätzliche und das fahrlässige Delikt gefasst als Uebertretungen verschiedener Normen	143—150
§ 43. 4. Verkennung des Verhältnisses von Wille und Vorstellung bei der Schuld	151—162
§ 44. 5. Verkennung der Zahl der Schuldarten .	163—187

		Seite
	E. Das zeitliche Verhältniss der Schuld zur widerrechtlichen Handlung	188—266
§ 45.	1. Einleitung	188—191
§ 46.	2. Die Schuld zur Zeit der That scheinbar nicht mehr vorhanden	192—206
	3. Die Schuld zur Zeit der That scheinbar noch nicht vorhanden	206—266
§ 47.	a. Kritik der herrschenden Lehre	206—224
§ 48.	b. Die sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung	224—259
§ 49.	c. Scheinbare Konkurrenz v. schuldloser Verursachung und culpa subsequens	259—266

Drittes Buch. Das vorsätzliche Delikt und das vorsätzliche Verbrechen.

Erster Abschnitt. Die Schuldarten des dolus malus und der culpa lata im gemeinen römischen Rechte

		269—390
§ 50.	I. Einleitung	269—281
§ 51.	II. Das Willensmoment im Dolus	282—299
	III. Das Bewusstseinsmoment im Dolus	300—337
§ 52.	A. Die positiven Belege	300—309
§ 53.	B. Der den Dolus malus ausschliessende Irrthum.	310—337
	IV. Die culpa dolo proxima als dolus malus abzüglich des gemeinen Motives	338—390
§ 54.	A. Begriff der culpa dolo proxima	338—382
§ 55.	B. Behandlung der culpa dolo proxima im Vergleich zu Dolus	383—390

Zweiter Abschnitt. Der Vorsatz bei Delikten. 391—457

§ 56.	I. Feststellung der Aufgaben	391—400
	II. Der Deliktvorsatz	400—457
§ 57.	A. Genauere Begriffsbestimmung	400—405
§ 58.	B. Vorstellung und Wille in ihrem Verhältniss beim vorsätzlichen Delikt	405—446
§ 59.	C. Vergleichung der Vorsätze bei verbotenen Verletzungen, Gefährdungen, Uebertretungen von Verboten schlechthin und Unterlassungen.	447—457

	Seite
Dritter Abschnitt. Der Vorsatz bei Verbrechen im deutschen Strafrechte der Gegenwart	459—622
§ 60. I. Der Vorsatz kein Verbrechenvorsatz im e. S. . .	459—478
II. Aeusseres Verhalten des Vorsatzes bei Verbrechen zum Deliktvorsatze	479—486
§ 61. A. Vom Gegensatz des einfachen und des zusammengesetzten Vorsatzes bei Verbrechen.	479—482
§ 62. B. Von dem Vorsatze bei Mischthatbeständen	483—484
§ 63. C. Verschieden benannte Verbrechen mit demselben Vorsatze	485—486
III. Identität des Vorsatzes bei Verbrechen mit einem einfachen oder mehrfachem Deliktvorsatz	486—594
§ 64. A. Der Vorsatz bei Verbrechen und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit	486—500
B. Die übrigen Bestandtheile des Vorsatzes bei Verbrechen	501—594
§ 65. 1. Die möglichen Resultate und ihre praktische Bedeutung	501—507
§ 66. 2. Der Vorsatz bei den Verbrechen der Tödtung und der Abtreibung	507—517
§ 67. 3. Der Vorsatz bei Körperverletzung, Vergiftung und Aussetzung	517—524
§ 68. 4. Der Vorsatz bei Nütigung, Einsper- rung, Bedrohung und Menschenraub	524—539
§ 69. 5. Der Vorsatz bei Unterschlagung, Besitz- entwendung, Diebstahl und Raub	539—559
§ 70. 6. Zum Vorsatz bei Erpressung und Betrug.	559—564
§ 71. 7. Der Vorsatz bei Begünstigung und Heh- lerei	565—578
§ 72. 8. Der Vorsatz bei Brandstiftung u. Ueber- schwemmung	578—587
§ 73. 9. Zur Kontroverse über den Vorsatz der Widersetzlichkeit	587—594
§ 74. IV. Absicht und Zweck, Wissentlichkeit, Böswillig- keit und Muthwilligkeit. Arglist.	594—605
§ 75. V. Die wirklichen und angeblichen Anomalien des Schuldbeweises im gemeinen Strafrechte insbeson- dere bei Uebertretungen	605—622

Anhang.

I. Quellenregister	623—624
II. Sachregister	625—640

BERICHTIGUNGEN.

S. 14 n.	21 l.	statt	Begriffenen.	Begriffenen“.
„ 19 „	28 „	„	Moralstatistik	Moralstatistik.
„ 88 „	110 „	„	d. v.	s. v.
„ 107 „	127 „	„	anderstauding	understanding.
„ 110 Z.	9 „	„	vorzustellen	genau vorzustellen.
„ 110 „	20 „	„	st	ist.

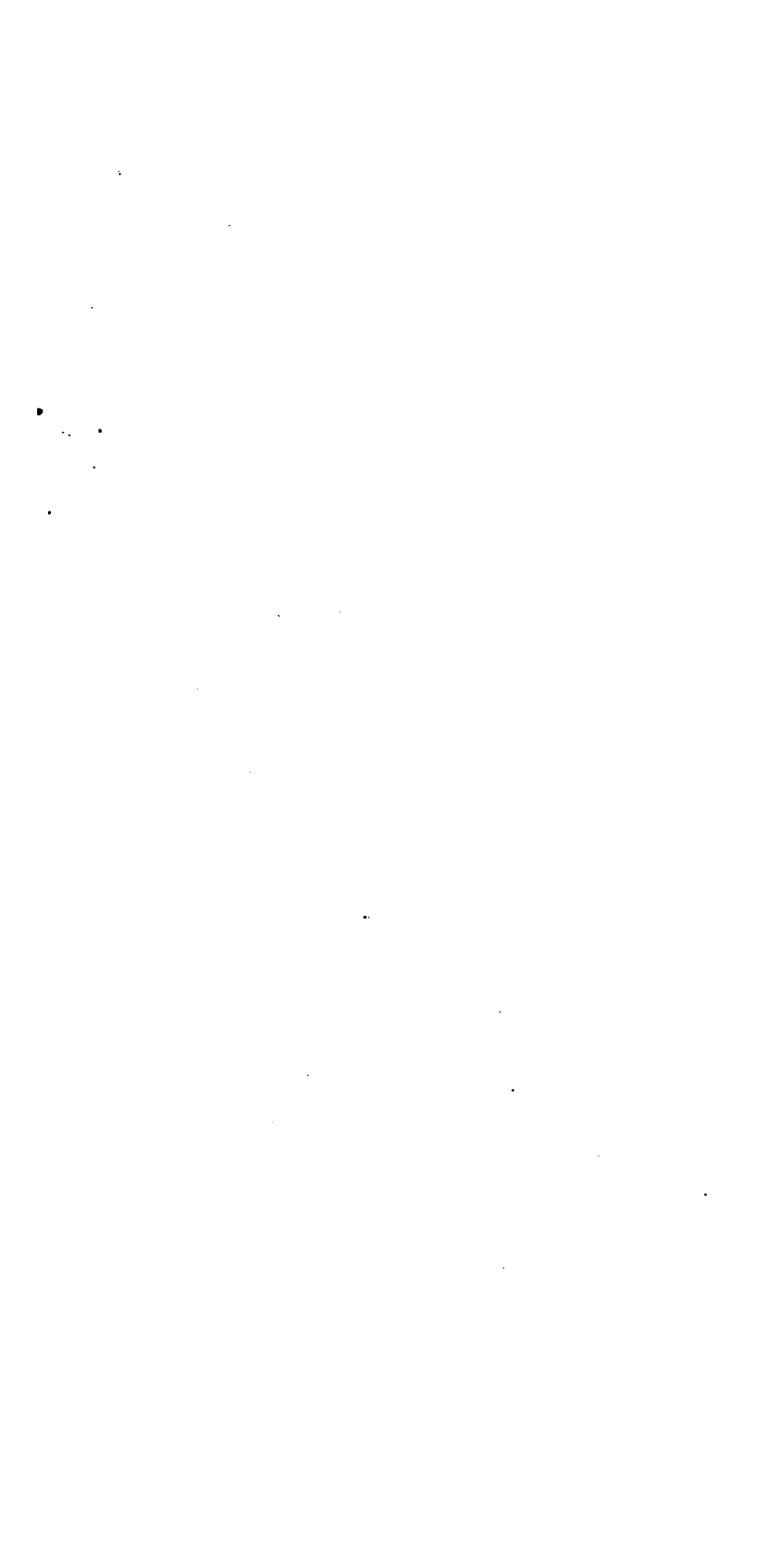
S. 186 n. 253 ist bei Zusammenstellung des Materials vergessen worden die Bemerkung aufzunehmen, dass auch Rubo. Quae sit doli natura? 1557. S. 10 ff. den impetus als Mittelstufe zwischen dolus und culpa betrachtet.

S. 207 Z.	5 l.	statt	werwandt	verwandt.
„ 311 „	3 „	„	eror	error.
„ 345 „	21 „	„	ihr	nie.
„ 355 „	4 „	„	Serverus	Severus.
„ 401 „	8 „	„	Tha	That.
„ 425 „	13 „	„	Es	Er.
„ 462 n. 670 u.	E. l.	statt § 73		§ 74.
„ 463 n. 672 l.		statt § 73		§ 74.



Zweites Buch.

Die pflichtmässige und die pflichtwidrige Handlung.



§ 32. I. Die Freiheit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit
im Rechtsinn.

Πράξιν ἀνθρώπος ἐστιν ἀρχὴ καὶ κύριος.
Aristoteles Eth. Eud. II, 6.

Wer der Thaten Ursprung im handelnden Menschen findet, beugt sich vor der menschlichen Freiheit und verweist gleichzeitig den freien Willen als den Willen, der ohne zureichende Gründe bestimmt werde, dahin, wohin er gehört, zum überwundenen Irrthum. Was geschieht ist notwendig; was bestimmt für das Bestimmte zwingend¹. Stünde der Wille frei als von Motiven unabhängig zwischen den Vorstellungen des Thuns, des Nichtthuns oder des Andersthuns, so käme er von sich aus nicht zum Entschluss. Diesen drei Vorstellungen gegenüber müsste er sich ja gleichgültig verhalten; nichts dürfte ihn zu der Einen ziehen und von der Andern abstossen; denn das Anziehende oder Abstossende wirkte ja dann als Motiv und höbe die Freiheit des Willens auf. Der freie Wille würde also zwischen diesen drei Vorstellungen stets in der Schwebe bleiben müssen. Die menschliche Freiheit fiel dann zusammen mit Unentschlossenheit und in Folge dessen mit menschlicher Thatlosigkeit. »Das natürliche Bild eines freien Willens ist eine unbeschwerte Waage; . . . so wenig wie sie aus sich selbst

¹ Wenn Mill, Logik II. Buch 6. Kap. 2 (der übrigens mit diesem Tadel durchaus nicht allein steht) »Notwendigkeit« für ein »äusserst unpassendes Wort« erklärt um »die einfache Thatsache der Verursachung auszudrücken«, so muss erwidert werden, dass es für diese Thatsache kein besseres Wort gibt und dass Notwendigkeit nie mehr ist als Verursachung.

die Bewegung, kann der freie Wille aus sich selbst eine Handlung hervorbringen, weil eben aus Nichts Nichts wird².

Sollte aber dieser freie Wille trotz seiner Unbedingtheit durch Motive doch zu Entschlüssen und Thaten kommen, so giebt es nur eine Macht, die ihn der einen oder der andern Vorstellung in die Arme treiben könnte: das ist das Gegenstück zwingender Notwendigkeit, das schlechthin von gar keiner Ursache Abhängige, der absolute Zufall. Für das Gebiet des Geschehens würden also absolute Freiheit und reine Zufälligkeit identisch sein³, und damit hätte der Indeterminismus sehr gegen seine Absicht die menschliche Freiheit durch den freien Willen vernichtet⁴.

Denn dieser sein freier Wille ist unfähig nach sittlichen oder unsittlichen Motiven zu handeln. Er wird an den Zu-

² So Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik. Sämmtl. Werke IV. S. 73.

³ Vgl. die Bemerkungen Schopenhauer's a. a. O. S. 18. 19 und Drobisch's, Die moral. Statistik und die menschl. Willensfreiheit (1867) S. 62. 63. S. auch Windelband, Die Lehren vom Zufall (1870) S. 7: »Die Willkür ist nichts anderes, als die absolute Zufälligkeit in der Welt des inneren Geschehens.« Schon Hume, »An enquiry concerning human understanding.« Sect. VIII. Part. I. i. f. (s. Essays by Hume, edited by Green and Grose, London 1875 II. S. 78. 79) sagte: liberty, when opposed to necessity, not to constraint, is the same thing with chance; which is universally allowed to have no existence. — Scholten, Der freie Wille (aus dem Holländ. übersetzt von C. Manchot, Berlin 1874) S. 106 nennt den von ihm mit grossem Scharfsinne und eingehendster Sorgfalt bekämpften Indeterminismus geradezu »die Lehre vom Zufall auf sittlichem Gebiete.«

⁴ Sehr richtig bemerkt Schelling, Philos. Untersuchungen über das Wesen der menschl. Freyheit (1809; Sämmtl. Werke I. Abtheil. Bd. VII. S. 382): »Wenn Freiheit nicht anders als mit der gänzlichen Zufälligkeit der Handlungen zu retten ist, so ist sie überhaupt nicht zu retten.« — Eine theilweise sehr schlagende Widerlegung des Indeterminismus lieferte von juristischer Seite Alex. v. Joch (C. F. Hommel), Ueber Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen 2. Aufl. 1772. ein Werk, aus welchem zu einseitig die abstossenden Stellen citirt zu werden pflegen. Der streng deterministische Verfasser fasst seine Ansicht in den Worten zusammen: »Frey und Sklave, wie man will. Endlich hab' ich es gefunden — Frey von sichtbarlichem Zwange bin ich unsichtbar gebunden.« Vgl. bes. S. 3. 25. 42. 54.

fall als die letzte Quelle der Thaten ausgeantwortet. Alle seine Akte sind als gleich zufällig auch gleich gut und gleich schlecht, gleich vernünftig und gleich unvernünftig; die rechtmässige That und das Delikt, das Verbrechen und die Strafe, die Strafvollstreckung und die Begnadigung, sie sind alle völlig indifferent. Mit dem Unterschiede von gut und böse fällt aber auch jede sittliche Ordnung dahin, mit der Einschlebung des Zufalls als Thatquelle zwischen den Thäter und seine Handlungen alle Verantwortlichkeit des Menschen. Indem der notwendige Zusammenhang zwischen der That und ihrer Geburtsstätte, dem menschlichen Wesen, vom Indeterminismus zerrissen wird, fällt die That als Zufall ins Freie aber nicht auf ihren Urheber zurück.

Die Folgen dieser Zerreissung habe ich nirgends so einfach und anschaulich dargelegt gefunden als in Hume's Abschnitt über Freiheit und Notwendigkeit aus seiner »Enquiry concerning human understanding«⁵: »Den allein wahren Gegenstand des Hasses, sagt der schottische Skeptiker, bilden mit Verstand und Bewusstsein begabte Personen oder Wesen, und wenn irgend verbrecherische oder verletzende Handlungen diese Gefühle erwecken, so geschieht es nur durch ihre Verknüpfung mit einer Person oder in Beziehung auf sie. Die Handlungen sind aber ihrer Natur nach vergänglich und vorübergehend: sobald sie nicht aus irgend einer Ursache in Charakter oder Gesinnung der handelnden Person hervorgehen, so können die guten ihr nicht zur Ehre, und die schlechten ihr nicht zur Schande gereichen. Die Handlungen selbst können tadelnswert und allen Regeln der Religion und Moral zuwider sein; aber der Mensch ist für sie nicht verantwortlich, und da sie aus nichts Beständigem und Beharrlichem in ihm hervorgehen und nichts derart hinter sich zurücklassen, so kann er unmöglich ihretwegen zum Gegenstande einer Strafe oder Rache werden. Nach

⁵ Section VIII. Part. II a. A. in *Essays by Hume*, edited by Green and Grose II. S. 80; in Kirchmann's Uebersetzung 2. Aufl. 1875. S. 96. 97.

dem Princip, welches die Notwendigkeit und folglich die Ursachen leugnet, ist ein Mensch nach Begehung des abscheulichsten Verbrechens so rein und fleckenlos als wie im Augenblicke seiner Geburt⁶. Sein Charakter ist dann in keiner Weise bei seinen Handlungen betheiligt; denn sie gehen nicht aus ihm hervor, und die Schlechtigkeit des Einen kann nie als Beweis für die Verdorbenheit des Andern dienen⁷.

Im Wesen des einzelnen Menschen springt seiner Thaten Quelle. Diese Wahrheit aber gefährdet, wer jede Handlung als das »notwendige Produkt des Charakters und des eingetretenen Motives« betrachtet⁸. Danach scheint es, als brähe das Motiv mit einem bestimmten Quantum eigener Kraft ausgestattet auf den Charakter ein und bahne sich den Weg zur That dadurch, dass es diesen überrenne. Sofort fällt dann die Kraftquelle der Bewegung, welche im Ergebnisse der Handlung ihren Abschluss findet, wieder aus dem bewegten Menschen heraus und das Motiv handelt, nicht der Mensch⁹. Die Motive aber, welche allein mit der Freiheit

⁶ Dieser Gedankengang ergänzt sich durch die Bemerkung Julius Müller's, Lehre von der Sünde II. S. 25. 41 und 50 ff. (bei Scholten, Der freie Wille S. 75. 76), dass es demnach nicht im geringsten unwahrscheinlich wäre, einen Bösewicht im nächsten Augenblick in einen ehrlichen Mann, und den Engel vor Gottes Thron in einen Teufel verändert zu sehen.

⁷ Vgl. dens. a. a. O. p. 82 (bei Kirchmann S. 99): »Strafbare Handlungen machen die ursprüngliche Ursache [nur dann] strafbar, wenn die Verbindung zwischen beiden notwendig und unvermeidlich ist.« Ueber die Aufhebung der Verantwortlichkeit durch den Indeterminismus s. auch Schopenhauer a. a. O. S. 45. 46. 56; Drobisch, Moralstatistik, bes. S. 63; Liebmann, Ueber den indiv. Beweis für die Freiheit des Willens, 1866. S. 38. 39; Volkmar, Lehrbuch der Psychologie II (1876). S. 455—476; Scholten a. a. O. S. 165. 166; Wahlberg, Gesammelte Schriften (1875) I. S. 18.

⁸ So Schopenhauer a. a. O. S. 56. 94. 95.

⁹ An anderer Stelle (a. a. O. S. 73) erkennt Schopenhauer ausdrücklich an, dass die menschlichen Thaten, wenn »durch die Motive an und für sich hervorgebracht«, menschliche Verantwortlichkeit nicht begründen können.

sich vertragen, sind nicht Beweggründe für den ganzen Menschen, sondern lediglich Bestimmungsgründe für seine einzelnen Entschlüsse. Dies ist auch im Recht anerkannt. Aus keinem anderen Grunde wird die That des höchsten Affekts für unzurechenbar erklärt, als weil der Mensch durch die Gewalt des Motives überrannt einer unwiderstehlichen Gewalt zum Opfer fällt.

Genau zu dem gleichen unhaltbaren Ergebnisse würde die Auffassung führen, dass die Motive in Folge ihres Eindringens auf den Charakter mit diesem, aber ohne jedes Zuthun seinerseits die Verbindung eingingen, aus welcher die That hervorbräche. Dem Anstoss der Motive fiele dann der Charakter gleichfalls ohne Widerstand zum Opfer. Freilich würde er dann eine der Bedingungen des Erfolges werden und somit nicht wegzudenken sein, ohne dass dieser dann ausbliebe: allein das Bewegende läge doch ausser ihm; statt selbst Bewegungsquelle zu sein würde er von aussen angestossen.

Die Motive der einzelnen Handlung schöpfen und erhalten vielmehr ihre motivirende Kraft erst aus dem Individuum selbst. Kein Entschluss kommt ohne Ueberwindung von inneren Hindernissen zu Stande. Die Entstehung der Motive für diesen Entschluss bedeutet die Ueberwindung jener Hindernisse. Betrachten wir den Menschen, den die Empfindung eines Missbehagens zur Thätigkeit reizt, unmittelbar vor seinem Entschlusse in bestimmter Weise die Quelle des Leidens zu verschütten oder sich zu resigniren! Er steht dann unentschlossen vor mindestens zwei Vorstellungen: der der Beharrung und der der Veränderung; möglicherweise aber erhöht sich diese Zahl dadurch, dass er sich eine Anzahl von Handlungen vorstellt, von denen jede einzelne geeignet erscheint ihn vielleicht zu befriedigen. Die Zahl der in Betracht kommenden Handlungen erhöht sich dann dem entsprechend. Der Entschluss zu einer dieser Handlungen setzt nicht nur die Ueberwindung der Neigung zum Beharren, sondern auch der Reize zu den übrigen vorgestellten Handlungen voraus.

Was nun zu einer Handlung reizt oder unseren Entschluss zu ihr hemmt, ist stets eine Empfindung. Diese Empfindung wird erregt durch die Vorstellung der Harmonie oder Disharmonie der geplanten Handlung mit unserem Wesen, nicht durch dies harmonische oder disharmonische Verhältniss des Entschlusses zu unserm Wesen selbst. Denn die vollführte That beweist sehr häufig, dass wir über ihre Wirkung auf uns, also über die praktischen Anforderungen unseres inneren Menschen geirrt haben. Die Rene wäre unmöglich, wenn stets nur die wirkliche Harmonie die Quelle des Handlungs- oder Unterlassungs-Motives abgäbe.

Im Stadium der Unentschlossenheit liegen Reize mit Gegenreizen, also Empfindungen mit Empfindungen im Kampfe. Jede dieser Empfindungen aber ist das Resultat eines Prüfungsprozesses, bei welchem drei Faktoren eine Rolle spielen: die Vorstellung einer Handlung oder Unterlassung, unser Wesen oder Charakter, und die Vorstellung des Verhältnisses Beider zu einander. Diese Empfindungen werden nun gegen einander gemessen, und diejenige, welche nach unserer Vorstellung unserem Sein am Meisten entspricht, überwindet die zur That oder zur Unthätigkeit reizende Kraft der übrigen Vorstellungen und wird nun für uns Motiv zu derjenigen Handlung, deren Vorstellung uns jene relativ angenehmste Empfindung erregt.

Motiv ist also ein zum Siege über seine Nebenbuhler gelangter Reiz zu einer Handlung. Der Mensch bestimmt sich heisst, er verwandelt auf Grund einer Abwägung Reize in Motive¹⁰. Der Mensch bestimmt sich mit Freiheit heisst, er war in der Lage sich seine Handlungen in ihrer Einwirkung auf die Aussenwelt und in ihrem Verhältniss zu seinen Maximen richtig vorzustellen, und die zum Motive aufstrebende Kraft der verschiedenen Reize richtig gegen-

¹⁰ Aehnlich Wahlberg, Ges. Schriften I. S. 17, nur dass nach ihm der Wille selbst »Triebe zu Bestimmungsgründen« erhebt.

einander abzuwägen, und er hat in Anwendung dieser seiner Fähigkeit auf die verschiedenen Reize kraftweigernd und kraftgebend eingewirkt, die Einen zu Motiven erhoben, die Andern nicht.

Nur der freie Entschluss und die freie Handlung sind das eigenste Werk des thätig gewordenen Menschen. Ihnen allein hat er seinen Stempel aufgedrückt, deshalb braucht er allein sie zu verantworten. Deshalb wirft aber jede Beurtheilung einer solchen freien Handlung ihr Licht und ihren Schatten auf die ganze Persönlichkeit des Thäter zurück, die vereinzelte schlechte Handlung insbesondere zeigt ihn als einen schlechten oder aber als einen unbesonnenen Menschen. Deshalb wird nicht das Verbrechen gestraft, sondern der Verbrecher: unsere Thaten sind nur die Schlüssel zu unserem Wesen.

So fällt, aber freilich nur von diesem höchsten Standpunkte aus betrachtet, Verursachung und Verantwortlichkeit zusammen. Bei allen unfreien Willensbethätigungen eines Menschen zeigt nähere Prüfung, dass sie seinem Wesen fremd sind, dass also ihre Ursache ausserhalb desselben zu suchen ist¹¹.

Mit dem Motive aber ist der zureichende Grund für die Handlung geschaffen und sie erfolgt so gewiss und zwar sofort wie der geworfene Stein zur Erde zurückfällt. Ein Motiv, was gar nicht wirkte, wäre ja ein Beweggrund, der nichts bewegt; und ein Motiv, welches nicht sofort wirkte, wäre ein Motiv, dem zur Zeit noch kräftigere Gegenreize gegenüberständen, d. h. es wäre eben noch nicht Motiv. Das Motiv als vorhanden vorausgesetzt erfolgt die »freie Handlung« aber gerade so notwendig wie die Thaten des Wansinns: anders aber wie diese enthüllt sie gerade weil in der Freiheit wurzelnd wahrheitsgetreu den Charakter, dem sie entquillt¹².

¹¹ Vgl. unten § 34.

¹² Sehr gut nennt Liebmann, Ueber den indiv. Beweis für die Freiheit des Willens S. 12, das Motiv eine in uns liegende Ursache.

Auch die sog. freie Handlung unterliegt also jedenfalls von dem Zeitpunkt des entstandenen Motives an bis zu ihrem Ende der Herrschaft des Satzes vom zureichenden Grunde; ja auch die Entstehung des Motives selbst steht völlig unter dessen Botmässigkeit¹³. Allein der für den einen oder den anderen Reiz ausschlaggebende Faktor, wie man ihm auch Namen geben mag, spottet dieser Herrschaft. Giebt der Mensch diesen Ausschlag nicht selbst, sondern wieder nur als Werkzeug in der Hand anderer Ursachen, so liegt die Quelle aller menschlichen Thaten ohne Ausnahme ausserhalb aller Menschen: eine Thatsache, die selbst die eifrigsten Freiheitsleugner praktisch widerlegen.

So findet die freie Handlung ihre Quelle in einer unbedingten Ursache, und da solche in der dem Kausalitätsgesetz ausnahmslos verfallenden Welt der Erscheinung keine Stelle findet, bleibt nichts übrig als sie in das dem Kausalitätsgesetz nicht unterworfenen Sein zu verlegen. Der Lösung des Rätsels unserer Freiheit und Verantwortlichkeit noch näher zu kommen, dazu versagen die stumpfen Erkenntnismittel des Menschen¹⁴.

¹³ Viel zu weit in seinen Concessionen an den Indeterminismus geht Wahlberg, *Gesammelte Schriften* I. S. 7.

¹⁴ Die Möglichkeit des Zusammenbestehens der Notwendigkeit der einzelnen Handlungen mit der Freiheit des Menschen gezeigt zu haben, ist das grossartige Verdienst Kant's, dem Schelling und Schopenhauer gefolgt sind. S. Kant, *Kritik der reinen Vernunft* (Sämmtl. Werke, h. v. Rosenkranz II. S. 438 ff.) und damit übereinstimmend *Kritik der prakt. Vernunft* (das. VIII. S. 224 ff.); Schelling, *Philosoph. Untersuchungen über die menschliche Freiheit* (1809; Werke, Abth. I. Bd. VII. S. 331—416); Schopenhauer, *Ueber die Freiheit des menschl. Willens* (Werke IV. XLII und 102 S. S.) u. *Die Welt als Wille und Vorstellung* (Werke II. S. 31 ff.). — Dagegen muss der interessante Versuch von Liebmann, *Ueber den individuellen Beweis für die Freiheit des Willens* S. 102 ff., die menschliche Freiheit aufrecht zu halten neben der Thatsache, dass die Menschen »von einer endlosen, über uns selbst hinausreichenden Causalkette abhängige Wesen sind« (S. 129) als misslungen erachtet werden. Liebmann möchte der Notwendigkeit das zwingende Moment für den Menschen nehmen und es durch den Willen ersetzen. Zwang findet

Für die Wahrheit jener Coexistenz von Freiheit des Menschen und Notwendigkeit seiner einzelnen Handlungen zeugen am glänzendsten ihre Feinde. Die gänzliche Unhaltbarkeit des Indeterminismus, der jene Notwendigkeit leugnet, ist oben aus seinen Folgerungen abgeleitet¹⁵. Jetzt gilt es den gleichen Nachweis für den ungleich gefährlicheren Gegner, für denjenigen Determinismus, der sich nicht begnügt, die einzelne Handlung dem Kausalitäts-Gesetz zu unterwerfen, sondern die Freiheit selbst vernichten möchte.

Dieser Determinismus tritt in zwei Gestalten auf: in der des Materialismus, der Alles dem Kausalitäts-Gesetze unterwirft, und in der anderen der Praedestinationslehre in diesem Sinne, welche die menschliche Freiheit der göttlichen Allmacht opfert¹⁶. So verschieden diese Lehren in ihrem Ausgangspunkte sind, in ihrer Stellung zum Freiheitsproblem fallen sie völlig zusammen, sodass, was gegen die Eine gesagt wird, stets auch gegen die Andere gilt¹⁷.

L. (S. 122) in der Nötigung »einer Nothwendigkeit (des Kausalitätsgesetzes) zu gehorchen, zu der ich selbst gar nichts hinzugethan (!), die ich nicht gewollt habe, die also gegen meinen Willen mich beherrscht. Gesetzt aber den Fall, dass diese Nothwendigkeit mit meinem Willen mich beherrschte, so wäre offenbar der Zwang aufgehoben, während die Nothwendigkeit fortbestände. . . Eine derartige Aufhebung des Zwanges wäre aber Freiheit.« Mit anderen Worten: Freiheit entstünde, wenn die Wetterfahne des Willens sich gern der Richtung der Nothwendigkeit fügte, Unfreiheit, wenn sie dies ungern thäte. Freiheit wäre also eine Empfindung, welche die Nothwendigkeit bei ihrem Durchweg durch unseren Willen erregte — weiter nichts. Wie sehr Liebmann trotzdem von dem Gedanken beherrscht ist, wir könnten von uns aus jener Nothwendigkeit eine Elle zusetzen, obgleich »eine Causalreihe von selbst anzufangen . . . den Vernunftgesetzen Hohn spricht« (S. 124), zeigt der widerspruchsvolle Satz auf S. 128: »Unsere Freiheit reicht eben so weit, als wir in den von uns übersehenen Causalzusammenhang durch selbstgewählte Maximen einzugreifen (!), uns selbst zum Gliede des uns bändigenden Causalzusammenhangs zu machen vermögen«.

¹⁵ S. oben S. 3 ff.

¹⁶ S. auch Wahlberg, Gesammelte Schriften I. S. 4 und 5.

¹⁷ Ich wende mich deshalb der Einfachheit halber vorzüglich gegen den Materialismus.

Beide zusammen bieten die wissenschaftliche Ergänzung ihres Gegenbildes, des Indeterminismus. Was dieser der Reihe der durch das Kausalitätsgesetz beherrschten Erscheinungen unbefugt abbricht, setzen der Materialismus und der göttliche Praedeterminismus dieser Reihe unbefugt zu. Soll der Begriff der Verantwortung nicht ganz dahin fallen, so verliert sich entweder ihr unpersönliches Subjekt im Dunkel der Vorzeit oder allein verantwortlich ist Gott. Hier tritt eine interessante Verwandtschaft zwischen dem Materialismus und der Lehre des *liberum arbitrium indifferentiae* hervor. Handlungsquelle ist Beiden der Zufall: der Zufall neuesten Datums die Quelle der einzelnen Handlung nach Auffassung des Indeterminismus; der erste uralte bewegungserregende Zufall Quelle aller Handlungen nach Auffassung des Materialismus. Die Perspektive, die der Letztere auf das ungeheure Reich der Notwendigkeit eröffnet, ist durchaus grossartig und der freie Wille der Indeterministen zeigt sich daneben in seiner ganzen Kleinlichkeit und Schwäche. Und doch ist, was Haltbarkeit anlangt, die grossartige Lehre von der Alleinherrschaft des Kausalitätsgesetzes gerade so schwach, als ihr kleinliches Gegenbild.

Bevor ich aber den Beweis für diese Behauptung antreten will, wende ich mich zu einem angeblichen Bundesgenossen der Freiheitsleugner, der als Solcher seitens der Materialisten sofort froh begrüsst wurde¹⁸; ich meine die durch Quetelet's eminente Arbeiten begründete Richtung der sog. Moralstatistik.

Indem diese nachwies, dass »die sog. willkürlichen Handlungen der Menschen«, wie Eheschliessung, Selbstmord und Verbrechen, innerhalb derselben Volkskreise an Zahl Jahr für Jahr nicht regellos variirten, wie es die Willkür angeblich erwarten liesse, sondern, wenn auch nicht völlig, so doch in überraschendem Maasse konstant blieben, schien

¹⁸ S. Moleschott, *Kreislauf*, S. 441; J. Büchner, *Kraft und Stoff*, 9. Aufl. S. 250; Fischer, *Freiheit des Willens*, S. 185 ff.; Löwenhart, *Identität der Moral- und Naturgesetze*, S. 185—189, bes. aber S. 245 ff.

sie der Freiheit keinen Raum mehr vorbehalten zu können. Jedes Jahr beginnt dann vielmehr unter Herrschaft eines eisernen Gesetzes, wonach in den nächsten zwölf Monaten eine bestimmte Summe von Menschen sich verheiraten, eine ebenso bestimmte sich durch Erschiessen oder Ertränken oder Vergiften ums Leben bringen und eine nicht minder bestimmte zu Mord oder Todschatz oder Verwundung oder Diebstahl schreiten muss¹⁹. »Die Gesellschaft bereitet das Verbrechen vor, der Schuldige ist nur das Instrument, welches dasselbe ausführt«, resümirt Quetelet seine Untersuchungen über Criminalstatistik²⁰, womit denn alle Verantwortlichkeit dahinfällt.

Selten aber hat exacte Forschung zu einem so evidenten Fehlschluss verleitet, wie hier, — ein Fehlschluss, der um so blendender sein musste, da er von bedeutenden Köpfen ausgeht, sich auf umfassende Studien gründete und das Auge des Beurtheilers durch den Hinweis auf die allerdings für den ersten Blick fast überwältigende Konstanz der grossen Zahlen zu trüben wohl geeignet erschien.

Die Statistik hatte lediglich festgestellt, dass bestimmte Arten von Erscheinungen, deren Jede auf einen menschlichen Entschluss als auf ihre Quelle zurückdeutete, innerhalb der einzelnen Jahre sich in annähernd gleichen Ziffern wiederholen. Die gleiche Ziffer der Folgen berechnete und verpflichtete zum Rückschluss auf die gleiche Ziffer der Ursachen, und gab die Befugnis für die nächst folgenden Zeiträume, — freilich immer nur unter dem Vorbehalte, dass

¹⁹ S. die poetische Schilderung Adolf Wagner's, Die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen (1864), S. 44 ff. Auch bei diesem Forscher kehrt die so häufige Thatsache wieder, dass die ganze Beweisführung den freien Willen zu bezeugen sucht und der Verfasser trotz seiner wissenschaftlichen Ueberzeugung doch nicht von ihm lassen kann. Vgl. bes. die Skrupel auf S. 46—49 und S. 79 mit den Ausführungen auf S. 72—78. Ueber Wagner und die von ihm ausgehende Bewegung, s. v. Oettingen, Moralstatistik I. S. 203—228 (1. Aufl.).

²⁰ De l'homme. Paris 1835. T. II. p. 325 (bei Wagner a. a. O. S. 44).

die allgemeinen Verhältnisse keine bedeutenden Aenderungen erleiden würden, — die Wiederkehr derselben Erscheinungen in annähernd gleicher Zahl wie in den letzten Jahren zu erwarten. Damit war aber die Moralstatistik bei dem Ende ihrer berechtigten Schlüsse angelangt. Der eine Schluss bezieht sich auf die Wirklichkeit in der Vergangenheit, und sagt von ihr nur, dass zu gleich vielen Folgen gleich viele Ursachen bestanden haben müssen; er bezieht sich also lediglich auf die Verhältnisszahl von Ursachen und Folgen. Der zweite Schluss bezieht sich auf Möglichkeiten, nicht auf Wirklichkeiten in der Zukunft. Er sagt nicht: da in den letzten Jahren die Zahl der Folgen, also auch die der Ursachen konstant geblieben ist, so muss genau dieselbe Zahl von Ursachen und Folgen auch im nächsten Jahre eintreten; sondern er sagt nur: aus diesem Grunde ist es wahrscheinlich, der Schliessende darf also erwarten, dass, unvorhersehbare Aenderungen der Gesamtverhältnisse vorbehalten, die Zahl der Ursachen annähernd dieselbe sein wird wie im letzten Jahre. Die Richtigkeit des ersten Schlusses steht fest; die Richtigkeit des zweiten ergibt sich erst, wenn die Wirklichkeit die Probe auf die Wahrscheinlichkeitsrechnung gemacht hat, also am Ende des nächsten Jahres²¹.

Statt sich nun aber bei dem interessanten Nachweis annähernder Konstanz der Ursachenziffern von Periode zu Periode und bei dem daraus zu ziehenden Wahrscheinlichkeitsschluss für die Zukunft zu begnügen, liess sich die Statistik in ihrer Freude am Gefundenen zu zwei weiteren, völlig unberechtigten, weil methodisch falschen Schlüssen verleiten. Sie wagte aus Zahlenverhältnissen der Ursachen auf deren Art, auf die Natur der *causa movens* selbst zu schliessen. Nun ergibt ja aber die einfachste Ueberlegung, dass selbst der Nachweis einer streng regelmässigen

²¹ Sehr richtig sagt Rümelin, Reden und Aufsätze, S. 26: »Alle jene Zahlen, man mag sie stellen und ordnen, wie man will, werden niemals etwas Anderes sein, als der Ausdruck von Thatsachen«; und Windelband a. a. O. S. 48: Die Statistik als solche »ist immer nur eine Wissenschaft des Faktischen, nicht des als nothwendig Begriffenen.

Wiederkehr derselben Ursache in gleich langen Perioden über die Natur dieser Ursache uns vollständig im Dunkeln lässt.

Seltenheit und Häufigkeit, Regelmässigkeit und Unregelmässigkeit des Auftretens von Ursachen sind Bezeichnungen für das numerische Verhältniss dieser Ursachen zu anderen Ursachen, werfen aber auf den Kern der Ursache nicht das allergeringste Licht. Die Moralstatistik hat nun offenbar diesen unanfechtbaren Satz nicht zu verletzen geglaubt, wenn sie sich aus der Konstanz der Folgen wenigstens einen negativen Schluss auf das Nichtvorhandensein des Faktors der Freiheit in den Ursachen jener Folgen gestattete. „Die Abweisung des freien Willens — sagt Wagner²² — ist eine Folgerung aus dem Wesen dieses Faktors und beruht auf dem Wahrscheinlichkeitsschluss, dass der . . sich selbst bestimmende, nicht durch gleichbleibende und gleichwirkende Ursachen bestimmt werdende freie Wille dann diesem seinem Wesen nach so verschiedenartig in den Individuen auf ihre Handlungen wirken muss, dass sich daraus nur bei einer nach den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung ausserordentlich unwahrscheinlichen Kombination von Fällen eine konstante Regelmässigkeit der Handlungen ergeben würde.“

Es überrascht hier ein Doppeltes: die Gewissheit menschlicher Unfreiheit als Resultat eines Wahrscheinlichkeitsschlusses und die seltsame Identifizierung von Freiheit und blind umherfahrender zügelloser und regelloser Willkür. Man macht sich einen Freiheitsbegriff zurecht, der Unordnung in die Regel bringen muss, um dann im vitiösen Cirkel zu folgern: weil Regel herrscht, kann die Freiheit als das Regellose nicht herrschen. Aeusserlicher ist die Letztere noch nie gefasst worden, als von dieser Lehre der Freiheit als Unbeständigkeit oder Urheberin des Zufalles.

Ob sich die annähernde Konstanz der Ursachen des Selbstmordes und der Verbrechen mit der Freiheit verträgt,

²² A. a. O. S. 72.

darüber kann nur die sorgfältigste Untersuchung über den menschlichen Charakter und die Motive bei einer grossen Anzahl solcher Akte Aufschluss geben, nie aber ein Schluss aus der Konstanz selbst. Es ist hier der Ort nicht zu einer solchen Untersuchung; nur darauf mag hingewiesen werden, dass die Annahme menschlicher Freiheit jene Beständigkeit eher erklärt als ihre Erklärung hindert.

Prüft man die sämtlichen Handlungen eines einzelnen Menschen, so deuten sie, und zwar oft in überraschendster Weise, auf eine konstante Ursache in ihm: sie sind mehr oder weniger vollständige, aber stets konsequente Offenbarungen des Charakters, der zu den verschiedensten Lebenslagen stets originelle Stellung nimmt. Diese Kontinuität menschlicher Handlungen ist um so auffallender, wenn der Handelnde den grössten Wandlungen in Klima, Lebensberuf, Aufenthaltsort und Umgebung ausgesetzt ist: sie zeigt dann handgreiflich, dass diese den Menschen allerdings beeinflussenden Faktoren sekundärer Natur sind, die ihn zum Handeln oder Nichthandeln wohl anregen können, aber der Handlung nie ihr eigenes Gepräge zu geben vermögen. Liegen die Ursachen der Handlungen wirklich nicht im Menschen, sondern in der Aussenwelt, so wird es unbegreiflich, dass der Reisende um die Welt stets nach denselben Maximen handeln könnte. Es ist also ganz zweifellos die menschliche Freiheit als konstante Ursache seiner Handlungen zu bezeichnen. Nach jenen Statistikern müssen wir aber allerdings »vom einzelnen Menschen abstrahiren und die grosse Zahl der Menschen ins Auge fassen«²³. Allein damit wird nicht das Geringste geändert, nur Alles numerisch vergrössert. Bei den Handlungen der grossen Zahl müssen ganz dieselben Faktoren den Ausschlag geben, wie bei denen des Individuums; sie sind ja nur Summen von Einzelhandlungen. Die konstante Zahl gewisser Handlungsgruppen findet dann allerdings nur insoweit ihre Ursache im Charakter des Einzelnen, als er mehrere Handlungen zu jener Zahl beigesteuert hat.

²³ So Wagner a. a. O. S. 7.

im Uebrigen in einem bei unserer Geschlechterfolge doch höchst natürlichen annähernd konstanten Mischungsverhältniss der Charaktere und der ausserordentlich grossen »Zahl der gemeinsamen Motive, deren sich Niemand ganz ent schlagen kann«²⁴.

Nur wer sich die Freiheit nach Art einer fehlgegangenen Rakete agirend denkt, kann Anstand nehmen sie als Quelle der sog. willkürlichen menschlichen Handlungen anzuerkennen. Lässt man diesen unhaltbaren Freiheitsbegriff fallen, so stimmt die Konstanz gewisser Handlungen mit der Freiheit besser als mit der Verlegung der Handlungsquellen aus dem unfreien Menschen heraus²⁵.

Dieser erste Fehler der früheren Moralstatistik war aber nur die unumgängliche Stufenleiter zu einem zweiten. Die für bestimmte Zeiträume der Vergangenheit als gewiss, für die nächste Zukunft als wahrscheinlich nachgewiesene annähernde Konstanz der Ursachenziffer bestimmter Erscheinungen wurde plötzlich zu einer durch das Walten eines Naturgesetzes bedingten Notwendigkeit erhoben²⁶. Deshalb die Elimination der Freiheit! Sie, die sich mit der

²⁴ Rümelin, Reden und Aufsätze S. 372. Sehr schlagend bemerkt ders. Autor S. 374: »Wenn wir uns ein Volk von Philosophen oder von ächten Christen oder eine Republik von Engeln vorzustellen versuchen, so werden wir eher eine grössere als eine geringere Konstanz der Moralstatistik erwarten, obgleich und weil wir dabei ein höheres Maass von Willensfreiheit voraussetzen müssen.«

²⁵ S. auch v. Oettingen, Moralstatistik I. S. 123: »Dass gerade die Freiheit richtig aufgefasst, die Konstantheit der Erscheinungen herbeiführen helfen muss, wird Quetelet nicht klar« (vgl. S. 25 der 2. Aufl.); Rümelin, Ueber den Begriff eines socialen Gesetzes, in seinen Reden und Aufsätzen, S. 24; Schäffle, Bau und Leben des socialen Körpers (1875), I. S. 209: »Eine sprungweise Bewegung der moralstatistischen Durchschnittszahl darf am allermindesten als ein Zeichen der Freiheit, sondern nur als ein Maassstab noch unvollkommener oder wieder erschütterter Civilisirung der Einzelnen . . . betrachtet werden.«

²⁶ Dazu bemerkt Rümelin a. a. O. S. 18: »Es scheint mir, wie wenn viele Statistiker . . den natürlichen Stufengang wissenschaftlicher Erkenntniss übersprungen und den letzten und höchsten Begriff des Gesetzes auch schon auf die Vorstufen, die blossen Regelmässigkeiten, Merkmale, Eigenschaften, Causalverknüpfungen angewendet hätten.«

Beständigkeit jener Ursachen trefflich verträgt, tritt mit dem Walten eines Naturgesetzes auf dem Gebiete, was sie beansprucht, in so heftigen Widerspruch, dass entweder das angenommene Naturgesetz oder sie selbst weichen muss.

Man könnte nun glauben, jene behauptete Gesetzmässigkeit der sog. willkürlichen Handlungen wolle nicht mehr besagen, als dass die Beständigkeit jener Erscheinungen annähernd so gross sei, wie sie bei den unter einem Gesetz stehenden Erscheinungen sein müsse; Gesetzmässigkeit bedeute dann: nach Analogie der durch Gesetz bedingten Regelmässigkeit. Allein mit dieser Parallelisirung, die höchstens veranschaulicht aber nichts erklärt, hat sich jene Moralstatistik nicht begnügt. Vielmehr soll die Konstanz der Ursachen, somit auch die Entstehung jeder einzelnen von ihnen notwendige Folge dauernder, entweder unveränderlicher oder höchstens nur in ihrer Zusammensetzung veränderlicher Ursachen sein.

Für diese Behauptung fehlt zunächst jeder Rechtsgrund! Eine auch nur im Geringsten schwankende und mit der Bevölkerungszahl nicht genau proportional zunehmende oder abnehmende Zahl von Verbrechen, Selbstmorden und Heiraten lässt noch nicht einmal den Schluss auf ganz konstante Ursachen, noch weniger auf kraft Gesetzes zwingend konstante Ursachen zu. Wieder begegnet der Fehler, dass aus der Zahl der Folgen auf die Art der Ursachen geschlossen wird, und durch diesen Fehler verwickelt sich ausserdem die Theorie in einen Widerspruch mit sich selbst. Ihr Schluss aus der Vergangenheit für die Zukunft war bis dahin ein Wahrscheinlichkeits-Schluss; sobald aber die konstante Verbrechenszahl auf ein Gesetz zurückgeführt werden darf, ist es nicht nur wahrscheinlich, sondern mathematisch gewiss, dass das nächste Jahr genau dieselbe Verbrechenszahl wie das vergangene liefern muss. Denn Gesetz ist nur »der Ausdruck für die elementare, konstante, in allen einzelnen Fällen als Grundform erkennbare Wirkungsweise von Kräften«²⁷.

²⁷ So Rümelin a. a. O. S. 5. Gegen das »Gesetz der grossen Zahl« s. dens. S. 15. 16.

Constante Wirkungen deuten aber auf constante Kräfte zurück und diese müssen stets in gleichem Maasse functioniren. Für jene Verwandlung eines Schlusses auf die Möglichkeit in einen Schluss auf die Wirklichkeit fehlt aber jede wissenschaftliche Befugniss.

Zugleich aber ist ein Gesetz, welches nur die Zahl der Verbrechen innerhalb eines Volkes normirt ohne das einzelne Verbrechen zu beherrschen ein Ungesetz. Denn das Gesetz erschliesst sich ja gerade nur aus der constanten Abhängigkeit der einzelnen Erscheinungen von ihm!²⁸

Endlich lässt sich die Praedestination der einzelnen willkürlichen Handlung durch jenes Gesetz nicht nur nicht vorstellen²⁹, sondern die Annahme eines solchen widerlegen. Man muss sich zu dem Behufe die Mühe machen die Ursachen der einzelnen Heiraten, Selbstmorde und Verbrechen, die sich zur constanten Zahl summiren, in ihre Bestandtheile zu zerlegen. Der Eine vermählt sich mit seiner Jugendfreundin, weil er plötzlich und unvermutet eine reiche Erbschaft gemacht hat; der Andere erschießt sich, weil seine Braut bei einer grossen Explosion verunglückt; der Dritte legt das Wohnhaus seines Brodherrn in Asche, weil dieser ihn tödtlich gekränkt hat. Die Notwendigkeit des einzelnen Ereignisses ist a posteriori offenbar; es erfolgte auf zureichenden Grund hin! Das Auftreten jener Reize zu den einzelnen Handlungen aber ist ein rein zufälliges, von jenem Gesetze durchaus nicht beherrschtes: die Handlung ist also mit nichten a priori notwendig. Sobald eine constante Summe von Erscheinungen den Grund ihrer Beständigkeit in einem Gesetze finden soll und die Ursachen der einzelnen Erscheinungen von jenem Gesetze doch nicht beherrscht sind,

²⁸ Vgl. Rümelin. Ueber den Begriff eines socialen Gesetzes, S. 15. 16; Schmoller, Ueber die Resultate der Bevölkerungs- und Meralstatistik (1871) S. 26. 27.

²⁹ Der beste Beweis für diese Behauptung ist der poetische Versuch Wagner's a. a. O. S. 44—46 uns den Verlauf eines Lebens nach solchen Gesetzen der grossen Zahl anschaulich zu machen. Ohne mystische Wirkungen des Gesetzes zu Hülfe zu nehmen stehen wir vor seiner stillen Gewalt wie vor einem Märchen.

so wird eben der Causalzusammenhang zwischen den Ereignissen und dem sie angeblich beherrschenden Gesetz durchbrochen, es kann also die Summe der Erscheinungen unmöglich auf ein Gesetz zurückgeführt werden. Das sog. »Gesetz der grossen Zahlen« ist kein Gesetz für den einzelnen Fall und somit kein wahres Gesetz³⁰. In unwiderleglicher Weise hat deshalb eine neue besonnenere Richtung in der Moralstatistik und der Philosophie die vorschnellen Schlüsse Quetelet's und seiner Nachfolger angegriffen und gezeigt, dass das Problem der Freiheit durch die Ergebnisse der Statistik überhaupt nicht berührt werden kann³¹.

³⁰ Vgl. die treff. Aeusserungen eines anonymen Statistikers bei Wagner a. a. O. S. 63: »Dem sog. »Gesetze der grossen Zahl« muss man Betrachtungen widmen, zunächst freilich nur, um nachzuweisen, dass man hier einen argen Wortmissbrauch treibt. Was man weiss und was man gewöhnlich Gesetz nennt, sind höchstens Regelmässigkeiten der Aufeinanderfolge gewisser Erscheinungen; das innere Gesetz dieser Erscheinung ist noch unbekannt. . . . Und wenn wir sociale . . . Thatsachen nehmen, z. B. die Zahl der Mörder u. s. w. und finden, dass ihre Zahl in vielen Ländern sich durchaus ähnlich ist und gleicht: ist damit ein Gesetz ausgesprochen? Kann nicht die in der gleichen Zahl sich äussernde Wirkung die Resultante aus sehr ungleichartigen Componenten sein? Diese grossen Zahlen sind nur die Blenden in der Statistik. Man staunt über sie . . . allein je mehr ich über die Sache nachdenke, desto mehr fühle ich, dass ich mich immer nur über Effecte, statt über Ursachen wundere.«

³¹ S. Drobisch, Die moral. Statistik und die menschl. Willensfreiheit 1867, bes. S. 19. 19: »An dieser Stelle kommt es aber zunächst nur darauf an, ohne alles Schwanken die Einsicht zu gewinnen, dass die constante Regelmässigkeit in gewissen willkürlichen Handlungen nicht auf einem Gesetze beruht, das den Handlungen vorausgeht und gebieterisch Vollzug verlangt, sondern dass umgekehrt alle Gesetzmässigkeit, welche die moral. Statistik nachweist, das Product von relativ constanten, daher auch nicht schlechthin unveränderlichen Verhältnissen und zusammenwirkenden Ursachen ist, neben welchen aber noch unzählige andere variable Ursachen bestehen, die sich jeder Subsumtion unter eine Regel entziehen.« Vgl. Wappäus's Allgemein. Bevölkerungsstatistik II. S. 17; v. Oettingen, Moralstatistik I. S. 23 ff.; 122 ff.; 155 ff.; 296 ff.; 951; 953—994; Meyer, Philosophische Zeitfragen (1870), S. 216 ff.; Windelband, Die Lehren vom Zufall, S. 32—52; Knapp, Die neueren Ansichten über Moralstatistik, in Hildebrand's Jahrbüchern für Nationalökonomie u. Stat. XVI

So hat der erwünschte Gehülfe den Gegnern der Freiheit nur eine Scheinunterstützung geleistet: sehen wir jetzt, ob sie durch eigne Kraft sich zu halten im Stande sind!

Seltsamer Weise hat der die Freiheit leugnende Determinismus noch nie gewagt seine praktischen Folgerungen kalt und nüchtern zu ziehen, geschweige denn sie zu verwirklichen. Hätte seine Lehre Grund, so müsste die grösste Umwälzung nicht nur in unseren Vorstellungen und Empfindungen, sondern auch in der Ordnung der menschlichen Gesellschaft eintreten. Dann wäre der Mensch bloss Werkzeug in der Hand einer höheren Macht, »ein unscheinbares Rädchen, eingeflochten in das grosse Getriebe des Naturlaufes, das nur Bewegungen empfängt, um sie weiter zu geben«³², »eine Welle im Ocean ewiger Stoffbewegung«³³, in Wahrheit nur l'homme machine Delammetrie's! Dass es eine Geschichte ausser der Naturgeschichte gäbe, wäre ein Irrtum; dass der Mensch handelte, Schein; seine Verantwortlichkeit eine Lüge; der Strafbegriff ein Unding! Jede Würdigung des einzelnen Menschen als solchen nach der Grösse seiner Einsicht und seiner Kenntnisse, seiner Thatkraft und seiner adlichen Gesinnung verböte sich dann von selbst: denn ihm fehlte jedes Verdienst um seine Vorzüge! Das Gefühl der Bewunderung Anderer und noch mehr das Gefühl des Abscheues vor ihnen müssten als Reste einer überwundenen Vergangenheit verschwinden vor der Erkenntniss, dass der Mensch so wenig verdienstvoll und so wenig abscheulich sein kann, als der Stein zu loben oder zu tadeln ist, wenn er sich vom Berghang löst und mit grösserer oder geringerer Energie befreiend oder zerstörend nach der Tiefe rollt³⁴.

(1871) S. 237 ff.; Rümelin, Ueber den Begriff eines socialen Gesetzes, in seinen Reden und Aufsätzen, S. 1—31 und Moralstatistik und Willensfreiheit a. a. O. S. 370—377; Schäffle, Bau und Leben des socialen Körpers (1875), S. 208—212; Rehnisch, Ueber Moralstatistik, in Fichte's Zeitschr. f. Philos. LXVIII S. 213 ff.

³² Drobisch, Die moral. Statistik, S. 56. 57. Vgl. Grolmann, Bibl. f. peincl. Rechtswissensch. I. 1. (1797), S. 20.

³³ Lange, Geschichte des Materialismus, 2. Aufl. II (1874), S. 74.

³⁴ Dankwardt, Psychologie und Criminalrecht, S. 51: »Man kann

Alle Gegensätze, die das menschliche Leben bewegen und deren Kampf es erst der Mühe wert macht: erhaben und kleinlich, sittlich und unsittlich, rechtlich und verbrecherisch, müßten sich auflösen in das Bewusstsein der absoluten Gleichheit aller menschlichen und aussermenschlichen Existenzen als fungibler Werkzeuge in der Hand des Naturgesetzes. Den Gliedern einer menschlichen Gesellschaft aber, die von sittlichen und unsittlichen Motiven nicht mehr bewegt ist, in der Recht und Gesetz keine Stelle mehr haben können, würde nichts übrig bleiben als ein ebenso unfruchtbares wie unerklärliches Mitleid mit eigenem und fremdem Schicksal, oder vielmehr, da auch ein solches Mitleiden einem heteronomen Stücke der äusseren Natur schlecht anstünde, nur der unendlichste Ekel an einer Existenz ohne Sinn und Bestimmung³⁵.

Wie der Indeterminismus im ungeschickten übereifrigen Streben nach Freiheit sich mit dieser in schneidenden Widerspruch setzt, so tritt der Materialismus in anerkennenswertem aber blindem Eifer nach reiner Wissenschaftlichkeit mit dieser in Conflict. Er verwirft eine unentbehrliche Annahme; er widerspricht allen unseren Erfahrungen über menschliche Entwicklungsgeschichte; er stellt endlich eine Lehre auf, deren praktische Folgerungen zu ziehen er ausser Stande ist.

Die Anerkennung des Kausalitäts-Gesetzes und die Annahme einer unbedingten Ursache hält er für apodiktische Gegensätze. Allein so sehr das Unbedingte nicht nur jenseits aller Erfahrung, sondern auch jenseits unseres Vorstellungsvermögens liegt, so giebt es doch keine einzige noch

den Menschen für sein Thun eben so wenig verantwortlich machen, wie den Stein, der den Gesetzen der Schwere folgend uns den Kopf verletzt.« S. auch Holbach, *Système de la nature*, (Nouv. éd. Londres 1781) I. S. 161): *Notre vie est une ligne, que la nature nous ordonne de décrire à la surface de la terre sans jamais pouvoir nous en écarter un instant.*

³⁵ Fern sei es von mir den Vertretern des Materialismus diese Anschauungen zuzuschreiben! Sie finden Alle den Weg edler zu sein als die practischen Consequenzen ihrer Weltauffassung berechtigt erscheinen lassen. Sie vermeiden eben die Consequenzen zu ziehen! Keine wissenschaftliche Auffassung ist sittlich oder unsittlich, nur Handlungen und die

so materialistische Weltauffassung, welche seiner entbehren könnte. Mag man auch die bewegte Materie als Ursache aller Erscheinungen betrachten, und mag man die Materie als an sich bewegt und die Ruhe nur als einen Spezialfall der Bewegung auffassen³⁶ um keines weiteren Anstosses der Bewegung zu bedürfen: immer ist die Materie selbst unentstanden, also selbst Ursache ohne Ursache³⁷. Bezieht sich doch alle unsere Erfahrung lediglich auf die Erscheinungen. Diese unterliegen dem Kausalitäts-Gesetz; das, was erscheint, mit nichts! Das Seiende, das Ding an sich, ist weder notwendig noch zufällig: es entrückt sich jenem Gesetze und damit notwendig auch unserer Vorstellung; denn diese selbst ist ja wieder nur Erscheinung und somit an jenes Gesetz gebunden! Eine unbedingte somit freie Ursache anzunehmen ist also weit entfernt unwissenschaftlich zu sein eine Notwendigkeit für jeden Forscher!

Alle Erfahrungen nun, sowol solche, die sich auf das Individuum, als solche, die sich auf die Gattung beziehen, sprechen dafür, dass der Mensch an dieser Freiheit Theil hat. Selbsttäuschungen können Jahrtausende dauern; wenn aber erst die Wahrheit an Stelle des Irrthums getreten ist, muss der Einzelne im Stande sein dessen Fesseln abzuwerfen. Wie kommt es, dass noch kein Mensch, auch Keiner der Materialisten trotz der angeblichen Unerschütterlichkeit ihrer Lehre von menschlicher Unfreiheit ein für alle Male des Bewusstseins eigener Verantwortlichkeit Herr geworden ist³⁸? Kein Mensch hat gelebt und lebt, der sich nicht seiner Thaten

Maximen derselben können am Maasstabe der Sittlichkeit gemessen werden.

³⁶ S. Lange, Gesch. d. Material. I. S. 272—276 über John Toland; vgl. II. S. 96. Toland's Abhandlung über »Bewegung als eine wesentliche Eigenschaft der Materie« bietet jetzt in deutscher Uebersetzung die Schrift Berthold's, John Toland und der Monismus der Gegenwart, 1876. S. 41—82.

³⁷ S. auch Lotze, Mikrokosmos I (2. Aufl.), S. 292. 293.

³⁸ Sehr offen gesteht dies Alex. v. Joch (Hommel), Ueber Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, S. 33 und sonst zu. Er spricht von einem »unauslöschlichen Selbstbetrug«, der »durch alle Vernunft nie-

freute, ärgerte, oder schämte, und gegen dieses Zeugniß innerer Freiheit kommt keine aller Vernunftstimmen auf³⁹. Soll diese Erfahrung plötzlich nichts wiegen, weil sie den Gegnern der Freiheit unbequem ist?

Dieses Bewusstsein menschlicher Freiheit beschränkt sich aber nicht auf den Einzelnen. Vielmehr gründet sich die ganze sittliche wie rechtliche Ordnung auf diesen Eckstein. Alle halten nicht nur sich, sondern sie halten einander für frei. Daraus allein erklärt sich die consequente Ausbildung der sittlichen Maasstäbe; fast noch beredter zeugt aber die Existenz der Rechtsordnung bei allen Völkern aller Zeiten und die Entwicklung der Ideen von Verantwortlichkeit und Strafe für diese Freiheit.

Nie hat es eine Rechtsordnung gegeben, die nicht von dem Grundgedanken der Lenkbarkeit ihrer Angehörigen durch Gesetze ausgegangen wäre. Nie hat der Gesetzgeber geglaubt, seine Gesetze wirkten nach Art der Naturgesetze: er wollte nicht erproben, wie die Menschen von den Gesetzen, sondern wie diese von jenen gehandhabt würden⁴⁰. Nie hat er sich der naiven Hoffnung hingegeben⁴¹, dass das Gesetz wenigstens auf Diejenigen, die davon Kunde erlangt hätten, mit unwiderstehlicher Gewalt einwirken würde.] Keinem Volke hat bis jetzt der Delicts-begriff gemangelt, und wo dieser sich einfindet, herrscht die Ueberzeugung von der menschlichen Freiheit. Diejenigen, welche dem Gesetze eine andere Art von Wirksamkeit vindiciren, weisen gerne darauf

mals zu vertilgen« sei. »Blos in der Theorie war Zeno ein Fatalist, in der Ausübung aber handelte er nicht nach solcher Ueberzeugung.«

³⁹ Vgl. auch Jarcke, die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung (1823), S. 8 ff.

⁴⁰ Trefflich sagt v. Oettingen, Moralstatistik, S. 954. 955 (2. Aufl. S. 744): »Jedes normative Gesetz ist aber schlechterdings illusorisch, ja ein Selbstwiderspruch und Nonsens, wenn im Menschen nicht die Fähigkeit spontaner Willensentscheidung vorausgesetzt wird, da jenes Gesetz in Geboten nicht mit einem Muss, sondern mit einem Soll, nicht mit absoluter Nothwendigkeit, sondern mit einer Nöthigung an den Menschen herantritt.«

⁴¹ So z. B. von material. Seite Cless, Die Aufgabe des Staates gegenüber dem Verbrecherthume. 1875. S. 25.

hin, dass jedes Gesetz offensichtlich zu allgemeiner Abschreckung das Schwert neben sich lege, und so auf demselben Wege wirksam werde, wie der erhobene Stock auf den bedrohten Hund⁴². Allein sie übersehen, dass alle sog. berechtigenden Rechtssätze dieses Schwerts entbehren müssen, und dass die Gesetze nie ihr Strafschwert gegen alle der Abschreckung durch Drohung fähigen Uebertreter anzuwenden geboten. Kinder und Wansinnige sind für Drohungen kaum minder empfänglich als Erwachsene und Gesunde. Von je aber hat das Recht den handlungsfähigen Menschen von seinem weniger glücklichen Genossen, den Irrtum oder Krankheit hindert von seiner Freiheit Gebrauch zu machen, scharf gesondert. Und zwar sollte diese Scheidung durchaus nicht nur für das Gebiet der Delicte, sondern ebenso sehr für das der rechtmässigen und pflichtmässigen Handlungen von Bedeutung sein. Die Freiheitslehre denkt überhaupt, wenn sie sich mit dem Recht auseinandersetzen will, sehr zum Nachtheil der Sache viel zu ausschliesslich an die Thatsache der Verantwortlichkeit für Delicte, und lässt das

⁴² Diese Aufgabe stellt den Gesetzen und der Strafe Alex. v. Joch, Ueber Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen (s. oben Note 4), welches Buch den Zweck hat die Verträglichkeit der Unfreiheit mit der Ethik und dem Strafrechte nachzuweisen. S. bes. S. 207: »Diese Worte (Pflicht, Sollen, Müssen, Verbindlichkeit, Strafen, Gesetze) haben bei einem Menschen eben die Bedeutung, welche bei dem Hunde der Prügel hat. Dieser gewöhnt den Thieren die Unarten ab. . . Was bei dem Hunde der Prügel, das sind bei vernünftigen Geistern Ermahnungen und Gesetze.« Vgl. S. 139: »Die Strafen sind Gewichte, welche der Fürst dem moralischen Uhrwerke anhängt, bald schwerer, bald leichter, um die Verübung des Missfälligen zu behindern, und das Gefällige zu befördern.« Dieselbe Auffassung in feiner Durchführung enthält das berühmte *Système de la nature* I. Chap. 12 (S. 191 ff.), in dessen Satz: »Les lois pénales sont des motifs que l'expérience nous montre comme capables de contenir ou d'anéantir les impulsions que les passions donnent aux volontés des hommes« schon die ganze Feuerbach'sche Strafrechtstheorie enthalten ist. Vgl. das. S. 197: »Ainsi les lois pénales, en montrant des objets effrayans à des hommes qu'elles doivent supposer susceptibles de crainte, leur présentent des motifs propres à influer sur leurs volontés. Vgl. auch die Note 46 unten.

gewaltige Anwendungsgebiet der Handlungsfähigkeit ausserhalb des Strafrechts ganz unberücksichtigt.

Zwei höchst interessante Entwicklungsgänge zeigen nun, wie das Recht unerschütterte an der Freiheit festhaltend das Problem der Verantwortlichkeit von Schritt zu Schritt tiefer erfasst. Sollen die Früchte dieser fortschreitenden Erkenntniss um so wertloser sein, weil es oft Jahrhunderte langer Anstrengung bedurfte um sie zu pflücken, und weil die verschiedensten Völker alle denselben Weg mühsam zurücklegen mussten? Kein Recht hat je alle Menschen für gleicherweise verantwortlich gehalten; aber dem alten ungefügen Rechte wird es schwer die Grenze zu ziehen, wo die Verantwortlichkeit aufhört und der Wansinn beginnt. Es überspannt dann die Annahme der Freiheit und nur die grellsten Formen des Wansinns erscheinen als Gründe der Unzurechnungsfähigkeit⁴³. Allmählich erst führt tiefer dringende Einsicht in das Seelenleben zu einer Einschränkung des Kreises der handlungsfähigen Personen. Der Kreis der Verantwortlichen verengt sich; der Kreis der Verantwortlichkeit aber dehnt sich aus. Wie im ältesten römischen so fiel auch im germanischen Rechte die Fahrlässigkeit ins Gebiet des Zufalls, für den Niemand strafbar erschien. Langsam sondern sich dann erst culpa und casus, zunächst äusserlich, realistisch von einander geschieden, dann als das dem Menschen Eigene und das ihm Fremde durch tiefe Kluft von einander getrennt: und die Fahrlässigkeit wächst dem Gebiete der Verantwortlichkeit zu. Es hat dieser Prozess äusserlicher Verengung aber innerlicher Vertiefung der Verantwortlichkeit heute noch seinen stillen aber wohl bemerkbaren Fortgang⁴⁴. Ueberall zeigt die Rechtsentwicklung entgegen der materialistischen Auffassung statt einer stetigen Ausfüllung eine stetige Vertiefung der Kluft zwischen Schuld und Zufall, zwischen Freiheit und Unfreiheit⁴⁵.

⁴³ Vergl. z. B. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 644 ff.

⁴⁴ Auf diesen Grund möchte ich theilweise die der Neuzeit eigentümliche starke Vermehrung der culposen Verbrechen zurückführen.

⁴⁵ Vgl. damit, was Groos, Untersuchungen über die moral. und

Diese Kluft aber durch plötzlichen Gewaltstreich zu schliessen hat der Materialismus den Mut nicht, ihre allmähliche Ausfüllung wagt er kaum zu hoffen⁴⁶. Und seiner

organ. Bedingungen des Irrseins und der Lasterhaftigkeit (1826), S. 73 ausführt: »Jetzt erst wage ich es zu sagen: Zurechnungsfähigkeit — diese Basis der Legalmedizin und des Criminalrechtes, ist in Bezug auf gesetzliche Todesstrafen, in Bezug auf gesetzliche Rache und Marter als Vergeltung der Missethat — ein unphilosophischer, ein unmenschlicher, ein in Gottes Richteramt frevelnd eingreifender und daher sündlich anmassender, ein aus dem wilden Völkerleben und aus der Tiefe der Rachsucht des menschlichen Herzens emporsteigender, in die Theologie, in die Jurisprudenz und in die Legalmedizin eingeschlichener und da endlich auf den Thron erhobene Begriff, der nun wie eine falsche Gottheit sich verehren und wie ein Moloch Menschenopfer zu Tausenden sich zuführen lässt.« (Aus Jarcke, Die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung, S. 18).

⁴⁶ Es ist seltsam zu sehen, wie auf die schwächsten theoretischen Gründe hin und ihren eigenen Lehren schnurstracks zuwider die modernen Materialisten entweder die Freiheit des Willens oder aber die Verantwortlichkeit festhalten, und an dem Strafbegriffe kaum zu rütteln wagen. So leugnet Moleschott, Kreislauf des Lebens, Brief 19 (2. Aufl. S. 420—451) die Freiheit des Willens (s. bes. S. 436), bemüht sich aber S. 444 ff., die Maassstäbe der Sittlichkeit und S. 446 ff. die Begriffe der Zurechnungsfähigkeit und der Strafe zu retten: ersteres, indem er die Urtheile gut und böse aus Urtheilen über Personen in solche über Sachen, noch genauer über Effecte verwandelt («Gut ist, was auf einer gegebenen Stufe . . . den Forderungen der Gattung entspricht» . . . »das Böse im Einzelnen bleibt darum, wie der ganze Mensch, Naturerscheinung«), damit aber den Begriff der Sittlichkeit zerstört und das Urtheil über die Zweckmässigkeit an die Stelle setzt. Sagt doch Kant so richtig: »Das Gute und Böse bedeutet jederzeit eine Beziehung auf den Willen und auf Handlungen.« »Die Zurechnungsfähigkeit — sagt dann Moleschott ziemlich unverständlich, denn was hat der Strafzweck mit der Zurechnungsfähigkeit zu thun!? — wäre nur dann vernichtet, wenn die Strafe den äusserlichen Zweck der Abschreckung oder der Besserung verfolgte. . . . Sucht man das Recht der Strafe in einem naturnotwendigen Bedürfniss der Selbsterhaltung [welches so ziemlich mit den Zwecken der Abschreckung und der Prävention zusammenfallen dürfte: vgl. z. B. Fischer, Die Freiheit des menschl. Willens, S. 211], dann erliegt die Zurechnung nicht vor dem milderen Urtheil, das uns das Böse abgewinnt, nachdem wir es als Naturerscheinung kennen.« Allerdings aber erliegt die Zurechnung sammt dem Strafbegriffe vor dieser Urteilsmitde! Alle die gefährlichen Menschen,

Mutlosigkeit liegt hier eine weit bessere Erkenntniss zu Grunde als seiner kühnen Behauptung von der Alleinherrschaft des Kausalitäts-Gesetzes. Nirgends enthüllt sich der wissenschaftliche Unwert der Freiheitsleugnung in jeder

gesunde und wansinnige, Kinder und Erwachsene, vor und nach den Ausbrüchen ihrer gefährlichen Gesinnung mag man dann polizeilich einsperren; aber das ist keine Strafe mehr, und das Urtheil, dass ein Mensch als blindes Werkzeug in der Hand der Naturgewalt Schaden gestiftet hat, rechnet letzteren der Naturgewalt, aber nicht ihrem Werkzeuge zu. — Einen complicirteren Zweck erhält die Strafe durch Czolbe, *Neue Darstellung des Sensualismus* (1855), S. 92. 93. Obgleich der Verbrecher »mit physikalischer Nothwendigkeit gezwungen wird, schlecht zu handeln, so ist doch damit keineswegs gesagt, weder dass die angeborene Natur und die Wirkungen der schlechten Erziehung nicht noch oft nachträglich zum Guten verändert werden können, noch dass die Gesellschaft irgend Grund hat, den Schaden zu tragen, den ihr der Verbrecher zufügt. Darauf basirt die Berechtigung zur Bestrafung der Verbrecher.« Die Strafe soll Verbrechen hindern, theils durch Besserung, ev. Unschädlichmachung, theils durch General-Abschreckung. Allein eine Rechtfertigung der Strafe liegt in dieser Vermehrung ihrer Zwecke durchaus nicht. Die Besserungsstrafe wird auch hier zu einer Polizeimaassregel, die auch vor dem Verbrechen müsste Anwendung finden dürfen; und den Schaden, den der Verbrecher der Gesellschaft zugefügt hat, nimmt dieser Niemand mehr ab. — Man vgl. übrigens noch S. 205 ff. des interessanten Werkes: Abschnitt Politik. — Durch ganz dieselben hinfälligen Gründe wie Moleschott, versucht Fischer, *Die Freiheit des menschl. Willens* (1856), S. 204 ff. neben »gänzlicher Unfreiheit des Willens«, die Verantwortlichkeit noch zu retten. Ganz unverständlich ist der Kernsatz S. 209: »Eben weil die Menschen durch Motive bestimmbar sind, deshalb sind sie auch für ihre Thaten verantwortlich.« — In anderer Weise und nur äusserlich mit Moleschott übereinstimmend verfährt L. Büchner, *Kraft und Stoff*, (9. Aufl., S. 249 ff.: »der freie Wille«, vgl. dess. »Aus Natur und Wissenschaft«, 2. Aufl. 1869, S. 252—258; 379—388. Büchner leugnet die Freiheit des Willens seltsamer Weise nicht: er dringt nur wiederholt darauf, dass »überall von Willkür und freier Entschliessung nur in einem sehr beschränkten Maasse die Rede sein kann« (*Kraft und Stoff*, S. 249. 250. 256. 257). Mit der Freiheit bleibt ihm die Zurechnungsfähigkeit bestehen (*Aus Natur und Wissenschaft*, S. 258, bes. aber S. 387. 388), nur wünscht er, dass »eine wirklich naturgemässe Auffassung der Strafe und Zurechnung« der Rechtspflege eine grosse Umwälzung bringe. Worin diese bestehen soll, wird nicht näher ausgeführt. — Auffallender Weise bevorwortet

Gestalt klarer als bei dem Versuche ihre Konsequenzen für die Ordnungen der Sitte und des Rechts zu ziehen. Es ist interessant zu sehen, wie sich Materialisten und Prädeterministen über die Folgerungen aus ihren Grundlehren

Büchner das Schriftchen von Cless, Die Aufgabe des Staates gegenüber dem Verbrecherthum nach den Grundsätzen des Materialismus, Zürich 1875, welches die Freiheit schlechthin leugnet und im Willensact nur »den Ausdruck von Reflexvorgängen« (S. 17), im Verbrechen nur eine »Naturnothwendigkeit« sieht. So wünschenswert es gewesen wäre eine wissenschaftlich ausgeführte (sit venia verbo!) Strafrechts-Theorie des modernen Materialismus zu erhalten — eine Aufgabe, die Knapp's System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857, nicht in Angriff genommen hat, da das sehr geistvolle, echt wissenschaftlich arbeitende Buch alles Andere ist, nur keine Rechtsphilosophie —, so sehr mag man bedauern, dass ein Mann, den zwar ein anerkennenswert lebhafter Wahrheitsdrang und ein idealistischer Zug nach menschlicher Vervollkommenung bewegt, der aber von wissenschaftlicher Methode ebenso wenig besitzt als von Rechtskenntnissen, uns eine solche zu geben versucht hat. Die Klippen, die dem Strafbegriff durch die Leugnung der Verantwortlichkeit drohen, sind von Cless nicht einmal erkannt. Die Strafe ist Einsperrung eines Menschen behufs Hinderung künftiger Verbrechen nach Begehung seines ersten; die Dauer der Einsperrung ist gleich der Dauer der Gefährlichkeit. Und das soll eine Strafrechtstheorie der Menschenliebe sein! Die Naivität des Verfassers, zugleich die Sorgfalt seiner Lebensbeobachtung kennzeichnet der Satz, dass Jedem durch genügenden Unterricht über die menschliche Bestimmung und über das, »was als Recht und Sittlichkeit gilt«, »unter allen Umständen, mit absoluter innerer Nothwendigkeit, die Möglichkeit genommen (werde), jemals ein Verbrechen auszuführen.« — Zu grosser wissenschaftlicher Schwäche gesellt sich noch gleich grosse Geschmacklosigkeit bei Dankwardt, Psychologie und Criminalrecht 1863, S. 30 ff. Subject der Strafe ist gleichmässig das Thier, der Mensch und der Staat (der nach Dankwardt durchaus naturwidrig ist). Letzterer kann den Frieden nicht erhalten ohne Strafe, deshalb straft er. Der Mensch aber ist unfrei, und so ist es »gewiss eine sehr niederschlagende Bemerkung, dass einerseits jeder Bestrafungsfall ein Verbrechen (!) gegen die Vernunft und Humanität enthält, andererseits aber die Strafe dem Staate unentbehrlich ist.« So können wir die Strafe nimmermehr los werden, wol aber das Verbrechen! — In dem voll geistreicher Aphorismen steckenden Buche von Krönig, »Das Dasein Gottes und das Glück der Menschen« (Berlin 1874), S. 32—34, bes. S. 366—378 wird der freie Wille geleugnet (»die Menschen gehorchen einem zwar unbittlichen aber angenehmen Zwange«), Zurechnungsfähigkeit aber als

dadurch zu täuschen suchen, dass sie einen Theil der mit ihren Anschauungen unverträglichen Gedanken trotzdem als selbstverständlich festhalten, um andere Gedankenkreise von diesem Standpunkt aus um so energischer zu bekämpfen. Durch diesen unbewussten Kunstgriff allein gelingt es die angeblichen Resultate mit den unabweislichen Bedürfnissen und den allseitig gleichmässig erhobenen Ansprüchen des menschlichen Gemeinlebens nicht in allzu schroffe Feindschaft zu stellen⁴⁷.

So wird trotz der Freiheits-Verneinung der Verbrechensbegriff nicht gestürzt, wol aber um so energischer eine Reform des Strafbegriffs gefordert. Alle Gegner der Freiheit sind geborene Feinde der absoluten Strafrechtstheorie in ihren beiden Hauptgestalten: der Heilungstheorie und der Genugthuungstheorie⁴⁸. Von den relativen Theorien

vorhanden angenommen, »weil Jeder das, wozu er gezwungen ist, auch will.« Allein, da er ja auch gezwungen ist zu wollen, so fällt aus der That wieder jede individuelle Zuthat weg, und den Thäter zu strafen ist horrend! S. dens. auch S. 73. 74, wo den Leugnern der Strafe auf Grund der Unzurechnungsfähigkeit des Thäters die Unzurechnungsfähigkeit auch des strafenden Richters zu geneigter Berücksichtigung empfohlen wird. — Weit consequenter ist von seinem Standpunkte M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigenthum* (1845), bes. 314 ff. Mit der »Heiligkeit des Gesetzes«, die eitel Humbug ist, muss das Verbrechen und mit diesem die Strafe fallen. Ersteres verwandelt sich in das dem »Einzigen« Missfällige; die Letztere verwandelt sich in eine Privatgenugthuung: »Thut Uns Einer, was Wir Uns nicht gefallen lassen wollen, so brechen wir seine Gewalt und bringen die Unsere zur Geltung: Wir befriedigen Uns an ihm und verfallen nicht in die Thorheit, das Recht (den Spuk) befriedigen zu wollen.«

⁴⁷ Dieses Fehlers macht sich auch F. Groos, *Der Skepticismus in der Freiheitslehre* (1830) schuldig, der, obschon durchaus nicht Materialist, doch im Mörder das Instrument des »unerbittlichen Schicksals« sieht; »darum verdient er nicht die Strafe des Schwertes . . ., sondern ausser der Sicherung Anderer vor ihm, den pädagogischen Versuch der Besserung mittels Züchtigungen, die um so empfindlicher sein müssen, je grösser das begangene Verbrechen war« (das. S. 24). Vgl. dess. *Verf. Ideen zur Begründung eines obersten Principis für die psychische Legalmedizin* (1829). Wie kann aber nach dieser Auffassung am Verbrechensbegriff festgehalten werden?

⁴⁸ Da alle absoluten Theorien den Zweck der Strafe entweder in

widerstreben die Abschreckungs- und die Präventionstheorie ihrer Humanität; für die Besserungstheorie fehlt ihnen mit der Schlechtigkeit des Verbrechers und seiner Unfähigkeit nach sittlichen und rechtlichen Maximen⁴⁹ zu handeln der Rechtsgrund, und so ist es kein Zufall, dass sowol die modernen Materialisten⁴⁹ als die Prädeterministen⁵⁰ das Recht zur Strafe als das Recht der Gesellschaft fassen, sich gegen schädliche Naturereignisse durch Einschreiten gegen den Delinquenten zu sichern. Scholten, der mitten in einer ernsten wissenschaftlichen Untersuchung die Strafe ausdrücklich mit den Maasregeln gegen tolle Hunde, Bettler und Trunkenbolde auf eine Linie setzt, möchte das »Strafrecht« gern in ein »Recht zur Handhabung der Ordnung« oder ein »Recht der Gesellschaft sich selbst sicher zu stellen« umtaufen⁵¹.

Sofort leuchtet ein, wie diese Theorie der Strafe als einer Polizeimaasregel mit sich selbst in Widerspruch tritt, wenn sie mit der Strafe die Begehung des Verbrechens erst abwartet. Falls irgend möglich müsste die Gesellschaft vor den gefährlichen Menschen sicher gestellt werden, bevor sie Gelegenheit zu schaden gefunden hätten; und überall müsste die Strafe wegfallen, wo der Thäter nach seiner That voraussichtlich nicht mehr schaden könnte. Erwachsene und Kinder, Gesunde und Wansinnige müssten dann ihre Gefährlichkeit vorausgesetzt in die verschiedenen Abtheilungen desselben Sicherheitshauses gesperrt werden. Das Maas der Aufbewahrung in der Sicherheitsschule, der Sicherheits-Pension oder dem Sicherheits-Krankenhaus würde lediglich von dem

die Besserung des geschehenen Unrechts setzen (die Strafe also wie den Schadenersatz dem Reparationszwecke dienstbar machen, oder aber ihn in der Genugthuung für einen irreparablen Rechtsbruch sehen (die Strafe also dem Schadenersatz principiell entgegensetzen), so ergeben sich von selbst die beiden grossen Gruppen der Heilungs- oder Sühne- und der Vergeltungs-Theorien.

⁴⁹ S. oben N. 46.

⁵⁰ S. Scholten, *Der freie Wille*, S. 204—214.

⁵¹ S. Scholten a. a. O. S. 212.

Maasse und der Dauer der Gefährlichkeit der Insassen, also insbesondere von ihrer Körperkraft und ihrer Erregbarkeit abhängen. Keines der sog. bürgerlichen Ehrenrechte dürfte Einem dieser Unglücklichen verloren gehen. Der Mörder und der Morddrohende, der gemeine Taschendieb und der betrüglische Bankrotteur würden unter guter Bedeckung bei der Wahlurne erscheinen. Nichts stände im Wege, dass der meineidige Beamte und der wegen Notzucht eingesperrte Standesbuchführer unter den erforderlichen Vorsichtsmaassregeln ihr Amt im Gefängniss weiterführten. Nur das unberechtigtste Vorurtheil könnte Jemanden abhalten solchen Ehrenmännern die Hand zu drücken. Oder soll man es diesen Armen entgelten lassen, dass die Gesellschaft vor ihnen zittert?

Eine menschliche Gesellschaft, die auch nur eine dieser gemässigten Konsequenzen der Freiheitsleugnung annähme, ist mir wenigstens gerade so wenig vorstellbar als eine unbedingte Ursache. Dafür, dass je die Menschheit auf diese Stufe der Indifferenz herabsänke, oder jenen erhabenen Gipfel der Verzeihung für Alle, — was sage ich? Verzeihung? es giebt ja dann nichts mehr zu verzeihen! — also jenen Gipfel gleicher allgemeiner Achtung oder Verachtung erklömmte, fehlen alle Indizien.

Aber selbst bei diesen Konsequenzen dürfen sowol der Materialismus als die Prädestinationslehre nicht stehen bleiben. Denn es giebt nach ihren Prämissen kein Delikt, weil keine Gesetzestübertretung mehr! Alles, was geschieht, ist vielmehr gleich notwendig, also gleich gesetzlich, also gleichwertig. Alles wird von dem Willen Gottes oder vom Kausalitäts-Gesetz erbarmungslos beherrscht: jener Wille und dieses Gesetz schliessen jede Möglichkeit eines Zuwiderhandelns aus⁵². Falls eine menschliche That dem Staats-

⁵² So sagt auch von den Deterministen Groos, Entwurf einer philosophischen Grundlage für die Lehre von den Geisteskrankheiten (1828), S. 5. 6: »Die Natur will den Widerstreit der Kräfte. — Das ist eben ihre Weisheit, dass es vor ihr kein Böses giebt. Alles Böse in der

gesetz widerspricht, so ist sie dennoch gesetzmässig: denn das Staatsgesetz kann ja nur kraft göttlichen Willens oder kraft des Kausalitäts-Gesetzes wirksam werden wollen; eine Fähigkeit des Menschen sich diesen beiden Herrschern zu entziehen und der Norm zu gehorchen ist eine widersinnige Annahme. Der Mensch kann also nicht mehr nach diesem Gesetz und nicht mehr wider dasselbe handeln: er wird nur von einer höheren gewaltigeren Macht, deren Impulsen er folgen muss, an dem machtlosen Staatsgesetze vortorgetrieben, bald in der Richtung, nach der es hinweist, bald in einer anderen, aber stets dem höheren Gesetz folgend! Wer nicht mordet, gehorcht diesem Gesetz; wer mordet, handelt nach diesem Gesetz; wer den Mörder ungestraft lässt, unterlässt es kraft der höheren Autorität; wer ihn viertheilt, ihn verbrennt, ihn in die Bergwerke schickt, oder ihn mit Wohlthaten überhäuft, oder ihn begnadigt, vollstreckt nur ihren Spruch genau so wie der Mörder selbst gethan hat. Führt der Indeterminismus nur zur gänzlichen Indifferenz von gut und böse, von erlaubt und unerlaubt, so münden Materialismus und Präterminismus bei dem geradezu grauenhaften Satze: Es giebt nur ein allwaltendes Gesetz, dessen Uebertretung unmöglich ist, dem somit Alles entspricht, was geschieht. Mögen die Staaten oder die Einzelnen thörichter Weise bestimmte Thaten verbieten, oder die Strafe verwerfen, jede That und jede Strafe wird erlaubt, ja notwendig dadurch, dass sie geschieht. Alle Unterlassungen und alle Handlungen bilden zusammen nur eine ewig fortschreitende Pflichterfüllung ohne Lücke und ohne Störung. Die Welt ist nichts als ein ungeheures Gewebe blinden Gehorsams gegen ein formales Gesetz! Erst dieser erhabene Standpunkt lässt uns die sog. Laster und das sog. Unrecht im vollen Glanze ihrer Berechtigung erkennen; und fast ergriffe uns Scham über die Hartnäckigkeit unserer altersgrauen Irrtümer, wenn nicht die Erkenntniss uns trösten müsste,

Welt ist als böse nur Schein, als notwendig nur gut.“ (Aus Jarcke, Lehre v. d. Aufheb. d. Zurechn., S. 19 n.).

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. II.

dass ja auch der Irrtum Pflicht und die Lüge gleichen Wertes sei mit der Wahrheit!⁵³

Predigt diese Weltauffassung nicht beredt genug die Mängel der Prämissen, aus denen sie folgt?

Wenn unbedingte Ursachen existiren müssen, wenn jeder Mensch mit gereifter und ungetrübter Erkenntniss sich von selbst für seine Handlungen verantwortlich erachtet, wenn die Entwicklung der sittlichen und rechtlichen Ordnung bei allen Völkern aller Zeiten dieses Bewusstsein als sich stets vertiefendes und läuterndes Gattungs-Bewusstsein erweist, wenn die Verantwortlichkeit nur aus der Freiheit entstehen kann, so muss der Mensch in seinem Wesen frei sein. Dann, aber auch nur dann, wird man von menschlicher Schuld sprechen, so lange das Menschengeschlecht existirt: man wird den Schuldigen zur Strafe ziehen und ihn, wenn seine That Ausfluss der Gemeinheit ist, verachten: der Schuldlose aber wird auf Schonung und Ehre auch dann rechnen dürfen, wenn die schwere Hand des Schicksals ihn als Werkzeug zu blutiger That benutzt hat. Dass dieses Freiheits-Bewusstsein je erlöschen könnte, ist mir ebenso undenkbar als der Untergang der darauf gegründeten Rechtsordnung und eine menschliche Gesellschaft ohne solche.

Wenn aber die schweren Zweifel an der Freiheit praktisch ganz resultatlos geblieben sind, so erklärt sich dies daraus, dass in jedem neuen Menschen der Freiheit ein Vertheidiger erwächst und sie in ihm lebendig wird einerlei

⁵³ Schon Baumann, Philosophie als Orientirung über die Welt 1872, S. 411 und 412 kommt zu ganz ähnlichen Betrachtungsweisen: »Die Leugnung der Freiheit hebt sich selbst auf. Leugnung der Freiheit ist Behauptung der Nothwendigkeit. Alles ist nach dieser Ansicht nothwendig, jeder Gedanke, jeder Satz, jedes Gefühl, jeder Wille ist gerade so, wie er im Augenblick aus dem Zusammenwirken aller geheimen und offenen Ursachen sein muss. Dass du die Freiheit leugnest, ist nothwendig; dass ich die Freiheit behaupte, ist gleichfalls nothwendig . . . dies ergiebt, dass die Sätze: der Wille ist frei, der Wille ist nicht frei, beide gleichzeitig mit gleicher Nothwendigkeit behauptet werden, d. h. es ergiebt einen völligen Widerspruch, aus welchem es kein Entkommen giebt.«

ob mit seinem Willen oder gegen diesen⁵⁴. Daher die Uner-schütterlichkeit unseres Freiheitsbewusstseins, daher das Recht des Rechts seine Ordnung auf die Freiheit zu gründen!⁵⁵

§ 33. II. Die Handlung im Rechtssinne und die Handlungsfähigkeit.

I. Zufall und Handlung: so bezeichnet das Recht die beiden grossen Gegensätze, welchen es Alles unterstellt, was auf seinem Gebiete Glückliches und Unglückliches sich ereignet. Leicht glaubt man dann, es habe das Gebiet des Zufalls als dasjenige begrenzen wollen, wo die blinde Natur-gewalt unbewegt von Menschenhand Rechtsgüter zerstöre oder erzeuge, und es lasse das Reich der Handlungen be-ginnen, wo der menschliche Wille die Naturkräfte in seinen Dienst genommen und sich dadurch in die That umgesetzt habe. Allein die Grenzen zwischen den beiden Gebieten ist eine feinere. Unendlich häufig sind auch die Erzeugnisse menschlicher Thaten zugleich Erzeugnisse des Zufalls, wenn nemlich das Recht den Willen, der sich verwirklicht hat, nicht als einen Willen von Rechtswegen ansehen kann, weil er an jener Wesensfreiheit des Menschen keinen Theil hat. Die neuere Wissenschaft sollte desshalb streng und beharr-lich zwischen Handlungen und Thaten unterscheiden, von

⁵⁴ Der »perennirende Krieg zwischen der Allgemeingiltigkeit des Satzes vom zureichenden Grunde und den Thatsachen des sittlichen Bewusstseins«, von dem Liebmann, Ueber den indiv. Beweis f. d. Freiheit des Willens, S. 44 treffend spricht, spielt wirklich nur auf dem Gebiete der Philosophie; praktisch haben stets die letzteren den Sieg davon getragen. Vgl. dens. S. 102. 103.

⁵⁵ Man vgl. mit den Ausführungen dieses § bes. noch Klein-schrod, System. Entwicklung der Grundbegriffe des pein. Rechts I (3. Aufl.), S. 96 ff.; Henke, Handbuch des Criminalrechts I. S. 290—305; Berner, Imputationslehre, S. 16 ff.; Köstlin, N. Revision des Criminalrechts, S. 54—124; Gessler, Gerichtssaal 1870 S. 245—259; Wahlberg, Grundzüge der strafrechtl. Zurechnungslehre (Gesamm. Schriften I. S. 1 ff.).

denen die letzteren dem Gebiete des Zufalls angehören und deshalb ganz passend That sachen genannt werden könnten⁵⁶. Nur missbräuchlich kann aber die Verwundung, die ein

⁵⁶ Es herrscht hier noch keineswegs die nötige Uebereinstimmung. Selbst da, wo Handlung und Thaten unterschieden werden, umfasst die Handlung oft einen Theil der That, und »die That« auch die Wirkungen eines Menschen, die seinem Willen ganz fern stehen. — Der Erste, bei welchem ich einen scharfen Gegensatz zwischen That und Handlung aufgestellt und verwertet finde, ist von Almendingen, Darstellung der rechtl. Imputation. Gies-en 1803 S. 28. 29. »Handlung — sagt v. A. — wird hierbey der blossen That entgegengesetzt. Jene liegt in einer willkürlichen und verständigen Zweckbestimmung menschlicher Kraft. Bei dieser ist keine solche willkürliche, vielleicht nicht einmal eine verständige Zweckbestimmung vorhanden, z. B. bei der That eines Nachtwandlers oder Rasenden, oder bei der des Verständigen, dem ein dritter gewaltsam die Hand führt. Die Handlung ist daher einer Zurechnung fähig, die blosse That nicht«. Vgl. dessen Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen (1804) S. 5, wo übrigens die »Handlung« so definirt wird, dass die kulpösen Verbrechen mit nicht vorhergesehenem Erfolge nicht darunter fallen. — Dieselbe Inkorrektheit wie bei von Almendingen zieht sich nun durch den grössten Theil der übrigen Literatur. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswiss. § 41 gebraucht That nur für »Handlungen« (sic!) des durch »absolute äussere Gewalt« bestimmten Körpers, und kennt ausserdem noch von der Freyheit des Subjekts nicht abhängige Handlungen (§ 42). Ebenso Henke, Handbuch I S. 305. Dagegen macht Abegg, Lehrbuch (1836) S. 123 scheinbar einen Fortschritt, bei näherer Prüfung zeigt sich aber (s. bes. S. 142), dass er unter That bald die Thatseite des Delikts, bald die »bewusstlose, bloss mechanische Thätigkeit eines Rasenden, Schlaftrunkenen« versteht, und dass er auch unzurechenbare Handlungen kennt. Wie Abegg so auch Marezoll, Gem. Criminalrecht 3. Aufl. S. 34. 35. Bei Baumeister, Bemerk. z. Strafgesetzgebung (1847) S. 4. 5 wird That einerseits mit der dem Willen fremden Verursachung durch einen menschl. Körper identificirt, u. hiefür der Ausdruck That sache vorgeschlagen, andererseits gleichfalls für die Thatseite der Handlung gebraucht. Ganz inkorrekt der Sprachgebrauch Heffters Lehrbuch 6. Aufl. § 53—57, der noch unzurechenbare Handlungen kennt. Luden, Abh. II S. 202 leugnet gar, dass »zu dem Begriffe der Handlung das Erforderniss der Zurechnungsfähigkeit des Handelnden gemacht werden dürfe«; diese sei nicht einmal Voraussetzung der Handlung. — Eine eigenthümliche Wendung geben dann die Hegelianer, besonders Berner dem Sprachgebrauch. Indem

von Krämpfen befallener Kranker seinem Wärter zuflügt, oder die Unterschrift, die Jemand zeichnet, weil ihm sein Gegner gewaltsam die Hand führt, auch nur eine That genannt werden. Denn auch dieser ist der Wille wesentlich. Aber

sie ganz ungehörig und durchaus nicht konsequent durchgeführt (vgl. z. B. Berner, Imput. S. 51) den Willen überhaupt mit dem Willen eines Zurechnungsfähigen identificiren, definiren sie Handlung als die gewollte That, während doch auch der Wansinnige gewollte Thaten begeht. That ist dann bald lediglich das äussere Faktum, bald das Produkt des Zwanges, bald die Thatseite der Handlung. Vgl. bes. Berner, Imputationslehre (1843) S. 2. 39. 40. 51. 53. 58. 175; ders. Lehre von der Theilnahme (1847) S. 1 ff.; ders. Lehrbuch bes. § 90—92. (Hienach soll »That« nur das objekt. Ergebniss der Handlung bezeichnen.) Damit wes. übereinstimmend Köstlin, der freilich die Sache tiefer erfasst. Mit seiner Definition der Handlung im System I S. 156: »Handlung ist der verwirklichte (freie) Wille eines zurechnungsfähigen Subjekts« würde sich jeder Jurist einverstanden erklären können, hätte Köstlin noch den rechtlich relev. Inhalt der Handlung hervorgehoben. Vgl. auch Revision S. 149. Dagegen ermangelt bei K. der Begriff der That wie bei Berner der nötigen Klarheit. S. bes. System I S. 156. 159 ff. Einen bedeutenden Schritt weiter führt nun v. Wächter, Handbuch des Sächs Strafrechts, in seinem Exkurs über Handlung, That und Erfolg S. 315—319. Wir können v. Wächter nicht zugeben, dass es unwissenschaftlich und verwirrend sei den Wansinnigen Willen beizulegen; wie aber v. W. den Willen fasst, darf er die Handlung »als eine durch den Willen des Subjekts bestimmte That« definiren (S. 315). Dagegen soll denn »That« ein in Beziehung auf Zurechenbarkeit »indifferenter Ausdruck« für jedes Geschehene sein, bei welchem es dahingestellt bleiben kann, ob es ein Resultat der Selbstbestimmung ist oder nicht. — Gegen diesen Thatbegriff möchte nun aber der Einwand den Krug, A. d. Cr. R. 1854 S. 535 macht, dass das Subjektive als notwendiges Moment im Begriff der That liege, ganz begründet sein. Wir können uns eine That ohne einen wollenden Thäter gar nicht denken. So dürfte »That« im technischen Sinne (im weiteren S. schliesst sie die Handlung in sich) nur gebraucht werden für die Willensbethätigungen eines Menschen, die nicht Handlungen sind. Zu bedauern ist aber, dass wir kein anderes Wort besitzen, um die objektive Seite der Handlung zu bezeichnen; so erhält das Wort 2 technische Bedeutungen: es bildet den Gegensatz zur Handlung und bezeichnet die objektive Seite der Handlung. Ganz unzulässig aber ist es mit Krug, a. a. O. S. 395 die Handlung ihrem Erfolg entgegenzusetzen (was auch Bekker Theorie I. S. 243 ff. thut) und Handlung und Erfolg als That zu bezeichnen. Dagegen schon v. Wächter a. a. O. S. 315.

der Wille des Handelnden hat seine Quelle in der Freiheit, der der That in der Gebundenheit.

Es ist eine ganz eigentümliche Bedeutung, die das Recht dem Worte Zufall giebt. Es versteht darunter mit Nichten den Gegensatz der Notwendigkeit. Nennt es doch mit Vorliebe die Natur-Ereignisse Zufälle! Noch auch fasst es als Zufall dasjenige, dessen Ursachen wir nicht kennen, obwohl wir es als deren notwendige Folge betrachten. Noch auch ist ihm der Zufall der Gegensatz zur Absichtlichkeit oder der falsche Schein desselben⁵⁷. Zufall ist vielmehr alles Geschehende, was eine einzige ganz bestimmte Ursache nicht hat: die freie menschliche Handlung. Sie ist so sehr die bestimmungsgemässe Quelle aller Veränderungen in der Rechtswelt, dass alles von ihr nicht beherrschte Geschehen als Wirkung einer fremden zum Eingriff unberufenen deshalb in ihrer Aktivität unerwarteten Macht und somit als Zufall erscheint. Es dürfte kein Gebiet mehr geben, wo das anerkannt Notwendige zum Zufall gestempelt wird, weil es eine bestimmte Ursache nicht hat, wo der Zufall als das in seinen Ursachen und Folgen vom Kausalitäts-Gesetz beherrschte den Gegensatz bildete zu den notwendigen Folgen einer freien Ursache⁵⁸.

Es bleibt nun bei der »That« also beim Zufall stets nur aus einem und demselben Grunde: weil der Thäter im

⁵⁷ So Geiger, Ursprung und Entwicklung der menschl. Sprache und Vernunft. 1868 S. 238.

⁵⁸ In der auch für den Juristen nutzbringenden Schrift von Windelband, Die Lehren vom Zufall, Berlin 1870 vgl. bes. S. 24 ist leider der Zufall im Rechtssinne etwas zu kurz gekommen. Er wird das. lediglich als das Ueberraschende, das Unerwartete, das Unberechenbare bezeichnet. — Zu eng und zu weit ist es, wenn juristischer Seits, wie es häufig geschieht (s. z. B. v. Wächter, Handb. des sächs. Strafrechts S. 397) definiert wird: »Zufall ist die Negation der Schuld«. Denn der Zufall negirt auch den rechtmäss. Willen und die Notwendigkeit der Schuld gleichfalls und sie gehört doch nicht zum Zufall. Recht gut schon Stübel, System des peinl. Rechts II (1795) S. 81: Unter casus versteht man »das Verhältniss einer Wirkung zu der selbstthätigen Bestimmung des Handelnden, da diese an der Hervorbringung ders. keinen Antheil hat«.

betreffenden Einzelfall unfähig war an Stelle der That die Handlung zu setzen, weil ihm also die Handlungsfähigkeit ad hoc fehlte. Es ist ungenau und muss zu Missverständnissen führen, wenn hie und da Unzurechenbarkeit von Unzurechnungsfähigkeit geschieden und von unzurechenbaren Thaten eines zurechnungsfähigen Menschen gesprochen wird⁵⁹. Denn gerade für die zu beurtheilende That fehlte dem Thäter die Handlungsfähigkeit, und ob dieser gleichzeitig fähig gewesen wäre wirkliche Handlungen vorzunehmen, die er aber nicht vorgenommen hat oder welche wenigstens nicht gerade zur Beurtheilung stehen, ist für den Richter ganz gleichgültig. »Thaten« eines Handlungsfähigen sind deshalb gerade so undenkbar wie Handlungen eines Unzurechnungsfähigen.

Die Handlung im Rechtssinne theilt nun sowohl mit der Handlung, welche das Rechtsgebiet nicht berührt, als mit der »That«, dass sie verwirklichter menschlicher Wille ist. Mit Berner, Köstlin, v. Wächter und Hälschner zu sagen, eine Handlung liege vor, wenn etwas Geschehenes gewollt sei, verlockt dazu nicht nur die Schranken zwischen der Handlung im Rechtssinne, also derjenigen, welche für den Juristen allein Handlung ist, und der rechtlich nicht in Betracht kommenden Handlung, sondern auch zwischen der

⁵⁹ So von Berner, Imputationslehre S. 51. 52; Mittermaier zu Feuerbach § 84 N. II (14. Aufl. S. 155); Luden, Handbuch I S. 338; Köstlin, Revision S. 149 ff., bes. S. 155. 182; System I S. 157; Heffter, Lehrbuch § 48; v. Wächter, Sächs. Strafrecht S. 325. 326; Hälschner, System I S. 112. 119. 120; Gessler, Gerichtssaal 1870 S. 260. Vgl. auch Volkmann, Lehrbuch der Psychologie II (1876) S. 511 ff. Wenn aber die Vertreter dieser von ihnen sehr hoch geschätzten Ansicht geltend machen, dass Zwang und Irrtum die Zurechenbarkeit ausschliessen und doch die Zurechnungsfähigkeit unangetastet liessen, so ist diess ein augenfälliger Irrthum. Das durch Zwang Producirte auf dem Wege der Handlung zu erzeugen war der Gezwungene in dem entscheidenden Zeitpunkte absolut unfähig, selbst wenn sein Wille auf Hervorbringung des Erfolges gerichtet war. Seine Handlungsfähigkeit war also einfach gebrochen. Danach ist auch Berner, Grundsätze des Preuss. Strafrechts. S. 61 zu berichtigen.

Handlung und dem Zufalle in der Gestalt der That wieder zusammenzureissen. Vor der letzten Versuchung sind die genannten Juristen durch ihre Auffassung des Willens bewahrt geblieben, der ersten sind sie mit Ausnahme von v. Wächter verfallen. Ihr Handlungsbegriff ist ein durchaus formalistischer: ein Rahmen, in welchen ebenso eine Widerrechtlichkeit als etwas Erlaubtes als etwas rechtlich Indifferentes eingezeichnet werden kann. Und doch sollen die Schuldbegriffe aus diesem Rahmen direkt abgeleitet werden, ohne dass es auf seinen Inhalt irgend wie ankäme⁶⁰. Die »Handlung« im Rechtssinne lässt aber diese formalistische Betrachtungsweise nicht zu, ihr Inhalt ist für ihren Begriff wesentlich.

Da ja aber Handlung nur verkörperter Wille ist, so muss dieser Wille selbst bestimmte Eigenschaften und einen bestimmten Inhalt gehabt haben, sonst kann er sich nur in That nicht in Handlung umsetzen.

Jeder Wille kann aber nur unter zwei untrennbar mit einander verbundenen Voraussetzungen überhaupt rechtlich in Betracht kommen. Er muss darauf gerichtet sein auf dem Rechtsgebiete eine Aenderung herbeizuführen, und sein Träger muss zugleich vor dem Gesetze als fähig erscheinen diese Veränderung von Rechtswegen zu wollen. Wenn ein Mann bei gesunden Sinnen beschliesst vor Sonnenaufgang aufzustehen um diesen bewundern zu können, so ist sein Entschluss ebensowenig ein Wille von Rechtswegen als wenn ein Kind beschliesst das Nachbarhaus in Brand zu stecken: dort tangirt der Beschluss das Rechtsgebiet nicht, hier ist sein Urheber unfähig einen Brandstiftungsvorsatz zu fassen.

Nur der Wille ist also ein Wille von Rechtswegen, bei welchem rechtlich relevanter Inhalt und rechtlich anerkannte Fähigkeit seines Urhebers grade einen solchen Entschluss zu fassen zusammentreffen. Da die Abwesenheit auch schon einer der beiden Voraussetzungen bewirkt, dass der gefasste

⁶⁰ Die schärfere Beleuchtung dieser Theorie folgt unten § 43.

Entschluss für das Recht nicht existirt, so kann man passend den Willen, zu dem beide vorhanden sind, den rechtlich relevanten Willen nennen. Damit ist zugleich der Begriff der Handlung gegeben. Handlung ist verwirklichter rechtlich relevanter Wille⁶¹. Ihr weites Reich liegt zwischen den rein innerlichen Gedanken, den rechtlich indifferenten Handlungen, und dem Zufall in allen seinen Gestalten.

Drei Merkmale nun konstituiren die Handlung. Es muss auf dem Gebiete des Rechts also diesem nicht gleichgültig eine Veränderung eingetreten sein. Dieser Veränderung muss der rechtlich relevante Wille eines Menschen derart entsprechen, dass grade dieser Mensch grade jene Veränderung bewirken wollte: es muss der objektiven Seite ein rechtmässiger oder rechtswidriger Wille gegenüberstehen. Und endlich muss die Kluft zwischen Wille und That überbrückt werden durch das Urtheil, dass grade dieser Wille Ursache für diese That geworden ist. Dieses Urtheil heisst die juristische Zurechnung. Sie sagt nicht mehr und nicht weniger, als dass eine Handlung im Rechtssinne vorliege⁶². Soweit sich also das Handlungsgebiet ausdehnt, ist der Begriff der Zu-

⁶¹ Die Abhandlung von Zirkler in Weiske's Rechtslexikon V S. 105—149 s. v. Handlung ist höchst unbedeutend, in Holtzendorff's Rechtslexikon fehlt der wichtige Begriff vollständig.

⁶² Dieser Wahrheit zum Durchbruch verholfen zu haben ist das Verdienst der Hegel'schen Schule. Schon Abegg, Lehrbuch § 79, definirt freilich wieder nur in Hinsicht auf die Verbrechen die Zurechnung als das Urtheil »dass die That eine Handlung sei. (Ebenso Baumeister, Bemerkungen S. 4.) Nur beiläufig (a. a. O. S. 125) dehnt Abegg den Begriff der Zurechnung auch auf die guten Handlungen aus. — An Abegg schliesst sich Berner, Imputationslehre bes. S. 40 ff., der nur leider bei der Handlung den juristisch bedeutsamen Inhalt ignorirt und deshalb zu dem falschen Resultate gelangt: »Rechtsirrtum ist in der That kein Aufhebungsgrund der Zurechnung« (das. S. 63), und das Kind ist, sofern es wirklich will, zurechnungsfähig aber nicht straffähig (S. 99 ff.); vgl. dess. Lehre v. d. Theilnahme S. 58 ff. Diese Unterscheidung von Strafreife und Zurechnungsfähigkeit nimmt Berner, Preuss. Strafrecht S. 60 selbst als »unnatürlich« zurück. — Vgl. auch Köstlin, N. Revision S. 132: »die Begriffe von Zu-

rechnung unentbehrlich: zur Beurtheilung, ob ein Rechtsgeschäft vorliege, nicht minder, als zum Spruche, dass ein Verbrechen begangen worden sei⁶³.

Ebenso häufig aber wie das weite Anwendungsgebiet des Zurechnungsbegriffs wird dessen wahre Bedeutung verkannt. Zurechnen heisst Jemandem etwas auf Rechnung stellen und zwar zu seinen Gunsten oder zu seinen Lasten. Das, was zugerechnet werden kann, ist immer etwas ausser jenem Subjekte Liegendes: eine That ist zurechenbar. Auch die Zurechnungsfähigkeit kann strenge genommen nur auf das bezogen werden, was zugerechnet wird⁶⁴: die Ueßertragung des Ausdrucks auf denjenigen, dem zugerechnet wird, ist ungenau und wird besser vermieden. Stets aber wird eine That einem Menschen zugerechnet, und zwar je nach dem Sinne der Zurechnung zum rechtmässigen oder pflichtmässigen Willen oder zur Schuld. Jede andere Verwendung des Begriffs der Zurechnung, insbesondere die Zurechnung zum Schadenersatz, zur Strafe, zur Belohnung und die Zurechnung zur Handlung ist ebenso sprach- als sachwidrig. Denn das Urtheil, dass ein Delikt strafwürdig sei oder eine That- sache die Schadenersatz-Verbindlichkeit begründe, hat mit der Zurechnung gar nichts zu thun und der Begriff der Handlung schliesst den der Zurechnung schon in sich.⁶⁵

rechnung und Handlung decken sich«. S. auch das. S. 149. Trefflich definiert Köstlin, Revision S. 147 (ebenso System I S. 156) die Zurechnung als das Urtheil »über die freie Kausalität des handelnden Subjekts«. Auch Köstlin stellt dies Resultat aber wieder dadurch in Frage, dass er die formelle Zurechnung bei Kindern, ja selbst bei Blödsinnigen und Verrückten anerkennt, diese also für handlungsfähig erachtet (S. N. Revis. 169. 170; System S. 135) und dass auch er den Rechtsirrtum aus der Lehre von der formellen Zurechnung entfernt.

⁶³ So auch Berner, Lehrbuch § 90. — Der Begriff der Zurechnung gehört desshalb in den allgemeinen Theil der Rechtswissenschaft und durchaus nicht nur in die Lehre vom Delikt und noch weniger allein in die Lehre vom Strafrecht.

⁶⁴ In der Literatur wird desshalb auch von unzurechnungsfäh. Handlungen gesprochen. S. z. B. Stübel, N. A. VIII S. 247.

⁶⁵ Die neuere Dogmengeschichte des Zurechnungsbegriffes zeigt zwar einen entschiedenen Fortschritt zur Erkenntniss des Richtigen, ist aber

Irrtümlich ist nicht minder die Verwechselung zwischen Zurechnung der That zum rechtlich relevanten Willen und Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einem Willen und einem Erfolg. Ein solcher Erfolg kann selbst dann der Zurechenbarkeit ermangeln, wenn er der Tod eines Menschen und verursacht ist durch Verwirklichung

von vier Fehlern beeinträchtigt: dem Sprachgebrauche schadet die mangelhafte Scheidung von That und Handlung (so oben Note 56), woraus sich »die Zurechnung einer Handlung« und »die Zurechnung eines Verbrechens« erklärt; der richtigen Auffassung schadet die Beziehung des Begriffs statt allein auf die Handlung auf ihre rechtlichen Folgen Zurechnung zur Strafe oder zum Schadensersatz; »will man den Begriff der Zurechn. praktisch darstellen, so muss man darauf sehen, warum sie geschieht«: Kleinschrod N. A. I S. 2); ferner die Beschränkung des Begriffs entweder allein auf Delikte oder aber gar nur auf Verbrechen; endlich die falsche Identificirung von Delikt und Verbrechen, welche auf eine Vermischung von Normen und Strafgesetzen zurückgeht. — Kant, dessen Begriffsbestimmung auf die späteren Juristen einwirkt, definirt in den »Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre« (Werke ed. Rosenkranz IX S. 29): »Zurechnung . . . ist das Urtheil, wodurch Jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That heisst und unter Gesetzen (»der Verbindlichkeit«) steht, angesehen wird« (d. h. also Zurechnung giebt es auf dem Rechtsgebiete nur bei Delikten; vgl. freilich a. a. O. S. 30); »welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser That mit sich führt, eine rechtskräftige (imputatio iudicialia s. valida, sonst aber eine beurtheilende Zurechnung (imp. dijudicatoria) sein würde«. — Im Anschluss an Kant bestimmt Klein, A. A. d. Cr.-R. II Heft 4 S. 68 (vgl. IV Heft 3 S. 7 ff.; Heft 4 S. 44 ff.) die Zurechnung als »das Urtheil, dass Jemand Urheber einer Wirkung sei, welche rechtliche Folgen haben soll«; S. 74: Diese ist Zurechnung des Verbrechens zur Strafe, wenn diese rechtl. Folge Strafe ist. — Kleinschrod, Grundbegriffe u. Grundwahrh. des peinl. Rechts I (3. Aufl.) S. 98 sieht in der Zurechn. das Urtheil, dass Jemand ein Verbrecher sei und als solcher Strafe verdiene. In Folge dessen spricht er auch von einer »Zurechnung des Dolus« d. i. eine Ausrechnung seiner Strafbarkeit. Den Grund aller Zurechnung sieht Kleinschrod I S. 115 »in der Eigenschaft der Handlung, dass sie nicht nur mit Freyheit unternommen ward, sondern auch einem Gesetze widerstrebte, und in dem Dolus oder der Culpa ihres Urhebers gegründet ist«. Es giebt grössere und kleinere, erhöhte und verminderte Zurechnung (S. 146). — Der erste bedeutende Fortschritt findet sich bei Grolman, Grundsätze § 40. Auch er kennt die Zurechnung offenbar nur für Delikte,

eines Tödtungs-Vorsatzes. Der Mörder, der sein Opfer vor sich sieht, auf es zielt, es fehlt, aber durch das ganz unvorhersehbare Springen der Pistole seinen neben ihm stehenden Bruder tötet, hat mittels Verwirklichung seines Vorsatzes eine Tödtung verursacht: nichtsdestoweniger ist dieser Tod zur Schuld nicht zurechenbar. Verneinung des ursäch-

definiert aber für diese ganz richtig: Zurechnung ist das Urtheil, dass eine bestimmte That in der Willkühr des Subjekts ihre Ursache findet. (So auch Henke I S. 231.) Noch allgemeiner v. Almedingen, Darstellung der rechtl. Imputation (1803) S. 28: »dem Menschen eine Handlung zurechnen, heisst erklären: dass er mit Bewusstsein u. Willkühr Urheber einer Veränderung in der Aussenwelt geworden ist«. »Die Handlung ist daher einer Zurechnung fähig, die blosses That nicht«. »Im Staat und durch ihn verwandelt sich die Zurechnung des Factums in eine rechtliche, eine Strazzufügung begründende Imputation zur Schuld« (das. S. 35). Vgl. freil. S. 57: die rechtl. Imputation ist das richterl. Urtheil, dass »nach dem Ausspruch des Strafgesetzes eine Strazzufügung statt haben müsse«, ist also Subsumtion des Verbrech. unter das Strafgesetz; s. noch S. 174. — An Grolman u. Almedingen schliessen sich direkt die juristischen Hegelianer an: s. oben N. 62. — Sehr eigentümlich Feuerbach von seinem determinist. Standpunkte aus. Vgl. Revision I 150 ff., II S. 67 ff. 189. 189; Lehrbuch 1. Aufl. § 84 ff. vgl. mit Aufl. 9 § 84 ff. Feuerbach sucht in der Revision ausführlich zu begründen, dass die »eigentliche und reine Imputation, »als das Urtheil durch welches ein Subjekt für die freie Ursache eines Faktums erklärt wird«, nur vor das Forum der Moral und nicht des Rechts gehöre. Diese reine Imputation ist ganz frei von Rücksichten auf Belohnung und Strafe, auf Verdienst oder Schuld (!). Jede Zurechnung zu Verdienst oder Schuld ist eine doppelte Zurechnung (S. 156). Nun fragt sich: Ist die Imputation, d. h. die Beziehung einer Handlung auf Freiheit ein Grund der äusseren Strafbarkeit? Diess ist nur für die moral. nicht für die rechtl. Imputation zu bejahen. Auf dem Rechtsgebiet aber kann keine Uebertretung zugerechnet werden. Denn alle Verbrechen sind so, wie geschehen, notwendig (II S. 188. 189). So besteht die juridische Imputation in weiter nichts als in dem Urtheil »dass die Person durch ihren Willen Ursache des rechtswidrigen Faktums sei, und dass die psychologischen Bedingungen vorhanden waren, unter welchen die mögl. Abschreckung durch das Strafgesetz begründet war« (II S. 67). »Zu der juridischen Strafbarkeit ist weder Willkühr noch Freiheit erforderlich« (das. II S. 72). Mit andern Worten: sie ist imputatio facti verbunden mit dem Urtheil über die Wirkungsfähigkeit des Ge-

lichen Zusammenhang zwischen Wille und Erfolg schliesst zugleich die Zurechnung aus, Bejahung der Kausalitäts-Frage ist aber durchaus noch nicht gleichbedeutend mit Zurechnung. Denn deren Aufgabe ist es nicht die Ursächlichkeit des Willens für die That, sondern ausserdem festzustellen, dass diese Ursächlichkeit selbst mit gewollt war, dass, was geschah, nicht nur hervorgerufen wurde durch Willens-Bethätigung, sondern nichts anders ist als verwirklichter Wille.

Die ewige Wirkung jeder Thätigkeit wird ja vom Willen des Thäters stets nur zu einem winzigen Theile umfasst. Die Zurechnung stellt diese Grenze fest; was sie jenseits derselben sieht, kann sie eben als mitgewollt nicht mehr betrachten. So lässt sich der Inhalt des Zurechnungs-Urtheiles genauer dahin feststellen: es besagt, dass und wieweit eine Veränderung auf dem Gebiete der Rechtswelt sich als Selbstverwirklichung eines rechtlich relevanten Willens darstelle. Nur soweit diess der Fall ist, liegt eine Handlung vor.

setzes auf den Urheber des Faktum. — In den späteren Ausgaben des Lehrbuchs aber wird die Zurechnung auf die Willkühr begründet und Zurechnung als »die Beziehung einer objektiv strafbaren That als Wirkung auf eine dem Strafgesetz widersprechende Willensbestimmung des Thäters als Ursache« definiert (§ 84). Genau so Bauer, Lehrbuch des Strafrechts (1833) S. 181 (u. Abhandl. aus dem Strafrecht I (1840) S. 250), der übrigens S. 182 schon eine dreifache Zurechnung »zur That, zur Schuld, und zur Strafe« als in der damaligen Literatur enthalten nachweist. — Tittmann, Handbuch I S. 156 unterscheidet Zurechnung im w. Sinne als das Urtheil, dass Jemand Urheber einer Wirkung sei, und Zurechnung im e. S. als das Urtheil über das, was der Thäter verdient hat. — Es hat kein Interesse, weitere Belege für die Beziehung der Zurechnung auf die Rechtsfolgen der Handlung beizubringen. Nur darauf möchte noch hinzuweisen sein, dass selbst v. Wächter, Handbuch des Sächs. Strafrechts, der S. 315 die Zurechnung zur Schuld so richtig bestimmt, noch auf S. 326 sagt: »Allein auf dem Gebiete des Strafrechts können wir blos von Zurechnungsfäh. zur Strafe sprechen«, und dass noch ein Aufsatz aus neuester Zeit (»Ueber die strafrechtl. Zurechnung u. Zumessung« von Röder, Gerichtssaal 1874 S. 1 ff. u. 61 ff.) beweist, wie hartnäckig elementare Fehler festgehalten werden. Zurechenbarkeit und Strafwürdigkeit sind nach Röder identisch, Berner's Standpunkt ist nach Röder ganz unhaltbar.

Das Gebiet der Handlungen gliedert sich nun im Anschluss an die Unterscheidung von Rechten und Pflichten in drei grosse Massen. Handlungen sind

1) entweder auf den Erwerb von subjektiven Rechten oder auf ihre Ausübung oder auf ihre Endigung gerichtet; oder

2) auf den Erwerb von subjektiven Pflichten oder auf ihre Ausübung oder auf ihre Endigung; oder aber

3) sie widersprechen vorhandenen Rechtspflichten sie sind Delikte. Mehr Handlungen im Rechtssinne lassen sich nicht denken.

II. Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit zur persönlichen Vornahme rechtlich relevanter Handlungen irgend welcher Art. Ein bestimmter Umfang der Handlungsfähigkeit ist für deren Begriff ganz gleichgültig⁶⁶. Da es nun drei Arten der Handlung giebt, so scheidet sich die Handlungsfähigkeit gleichfalls in drei Zweige, die man kurz die Fähigkeit zur Rechthandlung, zur Pflichthandlung und zum Delikt nennen könnte⁶⁷.

⁶⁶ S. unten § 35.

⁶⁷ Die Doktrinen des Civil- und des Strafrechts haben leider bezüglich dieses Begriffes die Fühlung mit einander verloren. In Folge davon kommt im Civilrecht der für das ganze Handlungsgebiet so wichtige Begriff der Zurechnung nicht zu genügender Geltung (nicht einmal bei Hepp, Die Zurechnung auf d. Gebiete des Civilrechts. 1938); man übersieht, mit einigen rühmlichen Ausnahmen — (man vgl. bes. die treffl. Ausführungen Wächters, Württemb. Privatrecht II S. 673 ff. und Handbuch des Sächs. Strafrechts bes. S. 326; s. ferner Unger, Oesterr. Privatrecht I S. 283—295; Förster, Preuss. Privatrecht I (3. Aufl.) S. 138, wo zw. Handlungsfähigkeit zu erlaubten und zu unerlaubten Handlungen unterschieden wird; Keller, Pand. § 95 ist wenigstens auf dem Wege den Begriff der Handlungsfäh. sowohl für das Civil- als für das Criminalrecht anzuerkennen) — sowohl von Seite der Civilisten als der Criminalisten, dass Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit identische Begriffe sind und die Zurechnungsfähigkeit im engeren Sinne als Deliktsfähigkeit gefasst nur eine Unterart der Handlungsfähigkeit darstellt. Freilich die neuere kriminalistische Lehre von der Zurechnung ist auf direktem Wege jene Identität wiederum anzuerkennen: dennoch setzt sie die Zurechnungsfähigkeit mit der Handlungsfähigkeit nicht ausdrücklich in Verbindung.

Zu enge und ausserdem nicht ganz treffend ist somit die übliche Definition der Civilisten, sie sei die Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung⁶⁸. Diese Definition passt freilich auf eine grosse Anzahl der civilrechtlich in Betracht kommenden Handlungen, wenn auch nicht auf alle, wie beispielsweise nicht die Rechtsausübungshandlungen⁶⁹; allein sie lässt ausser Betracht, dass es relevante Handlungen ohne rechtliche Wirkung giebt wie die straflosen Delikte, und sie legt den Nachdruck statt auf den rechtlich relevanten Inhalt auf die Relevanz der Folge oder Wirkung der Handlung, während doch auch der Zufall rechtlich relevante Wirkungen üben kann.

Diese verschiedenen Theile der Handlungsfähigkeit entwickeln sich bei den einzelnen Individuen durchaus nicht notwendig parallel: der eine Zweig kann schon vorhanden sein, während der andere noch fehlt, ja selbst der einzelne Zweig der Handlungsfähigkeit kann stückweise zur Entstehung gelangen. Da aber den Juristen nur die Handlungsfähigkeit im Rechtssinne interessirt, so hat die Unterscheidung von physischer und juristischer Handlungsfähigkeit für die juristische Theorie keine Berechtigung⁷⁰.

Zu jeder Handlung nun gehört Wille und ein bestimmtes Maass von Vernunft, und so giebt es schlechterdings nur ein handlungsfähiges Subjekt, das ist der Mensch; von den Menschen aber ist ein Theil völlig handlungsunfähig und der Rest befindet sich zwischen Fähigkeit und Unfähigkeit in beständiger Bewegung.

III. Die Handlungsfähigkeit steht ausschliesslich im Dienste von Rechten oder Pflichten oder in Feindschaft zu Letzteren. Sie setzt nicht bei dem einzelnen Handlungsfähigen sondern in abstracto Rechtsfähigkeit und Pflicht-

⁶⁸ S. beispielsweise Windscheid, Pand. I § 71. 4. Aufl. S. 179.

⁶⁹ Was hat es für rechtliche Wirkungen, wenn ich auf meinem Pferde eine Stunde spazieren reite? Und doch liegt hier die Ausnutzung meines Eigentums durch eine Handlung vor.

⁷⁰ Diese Unterscheidung findet sich bei Wächter, Württemb. Privatrecht II S. 673. 674.

fähigkeit, d. i. die Fähigkeit Rechte und Pflichten zu haben voraus⁷¹. Der Begriff der juristischen Handlung fällt dahin, wenn es keine Rechte und Pflichten mehr giebt. Dagegen lassen sich Rechte und Pflichten denken ohne dass es Handlungen gäbe; denn letztere sind zwar ausserordentlich wichtige aber durchaus nicht die einzigen Mittel zum Erwerb und zur Endigung von Rechten und Pflichten. Aber allerdings um den Schatz, der in den Rechten steckt, in vollem Umfange heben zu können, ist die Handlung die notwendige Springwurzel. Rechts- und Pflichtfähigkeit einerseits und Handlungsfähigkeit andererseits sind deshalb wesentlich verschiedene Begriffe von allergeringster Verwandtschaft, und Eigenschaften, die nicht einmal denselben Subjekten zuzustehen brauchen. Dem sog. Rechtssubjekt ist die Handlungsfähigkeit unwesentlich, ja sie mangelt ihm häufig; es steht deshalb principiell gar nichts im Wege nicht nur handlungsunfähige Menschen, sondern auch Nicht-Menschen als Rechts- und Pflicht-Subjekte anzuerkennen⁷². Dem

⁷¹ Ich lege Gewicht darauf der Rechts- die Pflicht-Fähigkeit als sie notwendig ergänzend zur Seite zu stellen, nicht nur, weil beide Begriffe den beiden Wirkungen der Gesetze, der berechtigenden und der verpflichtenden, entsprechen, sondern vor Allem, weil der Rechtsunfähige, wie beispielsweise der römische Sklave, rechtspflichtfähig sein kann — der Sklave war deliktsfähig; s. A. Schmidt, von der Deliktsfähigkeit der Sklaven nach Röm. Rechte. Leipzig 1873 —, und weil rechtsfähige Kinder und Wansinnige durch Normen nicht verpflichtet werden können. — Wenn Savigny, System II S. 1 die Fähigkeit Rechte zu erwerben als Handlungsfähigkeit bezeichnet und ihr die Fähigkeit Rechte zu haben als Rechtsfähigkeit gegenüberstellt, so ist diess irrig! Die Rechtsfähigkeit schliesst die Fähigkeit Rechte zu erwerben in sich: denn wie sollte Jemand ohne solche berechtigt werden können? Man kann umgekehrt die Rechts- und Pflichtfähigkeit gradezu definiren als die Fähigkeit Rechte oder Pflichten zu erwerben. So z. B. Stobbe, Handbuch des deutsch. Privatrechts I S. 218; Roth, Bayer. Civilrecht I S. 148. Vgl. auch Bluntschli, deutsches Privatrecht. 3. Aufl. § 13 (S. 27. 28) und Beseler, deutsches Privatrecht 3. Aufl. I S. 195 (Fähigkeit Privatrechte zu erwerben und zu haben).

⁷² Damit soll aber durchaus nicht gesagt sein, dass nun Alles, was nicht Mensch ist, zum Rechtssubjekt gestempelt werden, könne und dass man mit Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt (Jhering's

Handlungsfähigen umgekehrt ist Rechts- und Pflichtfähigkeit unwesentlich, die Menschlichkeit wesentlich. Grade deshalb ist die Handlungsfähigkeit für das Recht eine so eminent wohlthätige Macht, weil sie von ihrem Träger entliehen werden kann um handlungsunfähigen Personen Rechte und Genuss von Rechten zu verschaffen, sie zu verpflichten und ihre Pflichten zu erfüllen⁷³. Die Trennung der Handlungsfähigkeit vom Begriffe des Rechtssubjects ermöglicht dem Gesetze erst den Hilfsbedürftigsten aller Menschen, den Kindern, den Wansinnigen, die Rechtshilfe zu leisten, die ihnen Noth thut, und zum dauernden Besten der einander folgenden Geschlechter Rechtssubjecte anzuerkennen, welche, grade weil sie Nichtmenschen und Nicht-egoisten sind, diesen Wechsel überdauern, und deshalb den spätesten Geschlechtern noch denselben Nutzen gewähren können wie der Gegenwart und der Vergangenheit.

Die Handlungsfähigen bilden die Urliste derjenigen, welche das unendlich grosse Bedürfniss an Handlungen für alle Rechtssubjecte zu befriedigen bestimmt sind. So wenig ist richtig, was Brinz sagt⁷⁴: »Rechtsfähigkeit . . ist keine blosser Fähigkeit zum Haben, sondern etwas von Handlungsfähigkeit, und zwar diejenige Seite der Handlungsfähigkeit, welche man nicht von der Natur, sondern vom Rechte, und die man nicht bloss für Andere (wie der Sklave), sondern für sich hat.«

Macht Brinz aus der Handlungsfähigkeit die Gattung

Jahrbücher XI S. 27) den Hühnerhund Tiras und die Stute Bellona und zwar im Ernst unter die Rechtssubjecte versetzen dürfe.

⁷³ Es liegt ein starkes Missverständniss zu Grunde, wenn Savigny, System III S. 22 n. a. sagt: »Der Rechtsunfähige dagegen muss grade soweit, als er dieses ist, auch handlungsunfähig sein, weil in ihm die Handlung die ihr sonst zukommende Wirkung gar nicht hervorbringen kann. Wo dieses anders zu sein scheint, da ist es in der That nicht seine Handlung, sondern die Handlung eines von ihm nur vertretenen Anderen.« Der römische Sklave besass durchaus keine von seinem Herren abgeleitete, sondern eine ihm eigentümliche Handlungsfähigkeit. Wie Savigny auch Unger, Oesterreich. Privatrecht I S. 230 n. 3; II S. 24.

⁷⁴ Pandekten 2. Aufl. S. 175.

und aus der Rechtsfähigkeit die Art, so findet die principielle Verschiedenheit Beider einen noch weit gefährlicheren Gegner in der herrschenden Auffassung des subjectiven Rechts. Diese lässt die subjectiven öffentlichen Rechte bei Seite, knüpft an die Thatsache an, dass über Privatbefugnisse der Berechtigte verfügen zu können pflegt, überschätzt in Folge dessen das Moment des subjectiven Willens im einzelnen Privatrecht, findet dessen Wesen in einem Gehalte erlaubten Privatwillens, definirt das Privatrecht als ein Wollendürfen⁷⁵ und führt somit zur Identificirung, noch genauer zur unlöslichen Verbindung von Rechts- und Handlungsfähigkeit, indem letztere Voraussetzung der ersteren wird⁷⁶.

Diese Ansicht lässt sich von zwei Seiten angreifen. Indem sie nichts über den Inhalt des Rechts und das Ob-

⁷⁵ Es wäre richtiger von einem Thun- oder Handelndürfen zu sprechen. Denn nur der bethätigte Wille kommt überhaupt für das Recht in Betracht.

⁷⁶ Sehr bestimmt hat diese Ansicht ausgesprochen Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht § 125: »Zum Dasein als Person gehört zweierlei für ein Wesen: dass es keinen Willen habe (wollen könne) und dass es Freiheit des Willens habe (wollen dürfe)«. Diese Ansicht kehrt, soviel ich erkennen kann, bei Förster, Preuss. Privatrecht I S. 68 wieder. Der Mensch ist, weil mit Selbstbewusstsein und Willensfähigkeit begabt, Person und deshalb rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit enthält ein Doppeltes, Rechte zu haben und mit Rechtswirkung zu handeln: jenes die Rechtsfähigkeit im engeren Sinne, dieses die Handlungsfähigkeit. »Thätig ist der Wille in beiden Beziehungen: man hat nicht das Recht, was man nicht haben will, und nur die . . . mit Bewusstsein vorgenommene Handlung wirkt rechtlich.« Andere, die in der Auffassung des subject. Rechts mit den Genannten übereinstimmen, erwehren sich dieser Verbindung von Rechts- und Handlungsfähigkeit, aber m. E. auf Kosten der Folgerichtigkeit.)

Wenn Kierulff, Theorie des gemein. Civilrechts S. 82, in seiner prägnanten Weise sagt: »das Wesen des (subjectiven) Rechts und des juristischen Besitzes ist . . . der Wille. Folglich ist juristisches Subject das Wesen, welches nach dem Gesetze wollen, d. h. Rechte haben und juristisch besitzen darf.« Das zum Wollen juristisch befähigte Subject hat Rechtsfähigkeit, juristische Persönlichkeit, ist Person« — und in der Note auf derselben Seite von der Handlungsfähigkeit richtig bemerkt, sie könne auch nicht rechtsfähigen Subjecten zukommen und

ject des Wollendürfens sagt, ist sie formalistisch, und diese ihre Einseitigkeit hat Jhering erfolgreich bekämpft⁷⁷. Sie bleibt aber selbst dann noch einseitig, wenn man das Recht lediglich von der formellen Seite betrachten will. Unleugbar giebt es subjective Rechte, welche wie z. B. alle Wahlrechte in einem Thundürfen bestehen. Aber das Eigentum z. B. lässt sich auf diese Formel nicht zurückführen. Der Eigentümer braucht den Erwerb seines Eigentums und

wirklichen Rechtssubjecten fehlen, so sagt er oben: Rechtsfähigkeit ist Fähigkeit zum Wollen, und unten: aber auch der Willensunfähige kann rechtsfähig sein. Und ich finde nicht, dass das von Kierulff in Bezug genommene 5. Kapitel seines Werkes diesen Widerspruch erklärt oder gar beseitigt. — Windscheid, Pandekten 3. Aufl. I S. 86 nennt das subject. Recht »ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollendürfen«, eine von ihr verliehene Macht oder Herrschaft (ebenso Unger, Oesterreich. Privatrecht I S. 230; Böhlau, Rechtssubj. und Personenrolle 1871 S. 4 und Mecklenburg. Landrecht II S. 5; ganz wenig modificirt Windscheid, 4. Aufl. I S. 91). Ganz consequent verlangt denn Windscheid I § 49 (4. Aufl. S. 126) für die Person d. h. das rechtsfähige Subject »Selbstbewusstsein und Willensfähigkeit«, was doch wohl soviel als Handlungsfähigkeit bedeutet (Unger, a. a. O. fordert nur Willensfähigkeit). Bald darauf wird aber von W. hervorgehoben, dass das Recht die Handlungsfähigkeit nicht bei allen Personen anerkenne (I § 71; 4. Aufl. S. 179), ohne dass gesagt wird, warum nicht, wenn sie bei allen existirt. — Böhlau, an den angef. O. O. S. 4 und 5 verlangt für das Rechtssubject, um den Willensunfähigen die Rechtsfähigkeit zu retten, nur Willensanlage: das Wollendürfen solle nur »die abstracte Möglichkeit eines Wollens«, nicht aber ein »aktuelles Wollen« sein. Allein damit wird, soweit ich sehe, nichts gebessert. Die Möglichkeit des Wollens ist doch dann ganz chimärisch, wenn sie wie bei unheilbar Blödsinnigen in Wirklichkeit sich nie umsetzen kann. Warum wird dann aber Willensanlage gefordert, wenn sie nicht zur Entwicklung zu kommen braucht und die Rechtsfähigkeit doch eintritt? — Gänzlich verfehlt ist endlich Unger's Bemerkung (a. a. O. I. S. 231 n. 3): »Die Handlungsfähigkeit verhält sich zur Rechtsfähigkeit wie die Möglichkeit zur Wirklichkeit«. Denn die Wirklichkeit absorbiert die Möglichkeit, also müsste die eingetretene Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit absorbieren.

⁷⁷ Geist des röm. Rechts III (2. Aufl.) S. 316 ff. — Vgl. jetzt auch Lenel, Ueber Ursprung u. Wirkung der Exceptionen (1876) S. 1—14, mit dessen Ausführungen aber von S. 3 unten an ich durchaus nicht einverstanden sein kann.

dessen Bestehen gar nicht zu kennen, er braucht zwischen seinem Willen und dem Eigentums-Objecte gar keine Beziehung herzustellen, dieses Band ist für ihn von der Rechtsquelle geknüpft, und bleibt, wenn sie will, auch dann bestehen, wenn der Berechtigte ohnmächtig sein sollte sei's in Person, sei's durch einen Vertreter sein Recht nutzbar zu machen⁷⁸.

Das Eigentumsrecht ist kein Thundürfen, sondern ein Haben. Nun liegt die Meinung sehr nahe, dass alle Rechte des zweiten Typus auch an Handlungsunfähige, die Rechte dagegen, die in einem Handelndürfen bestehen, nur an Handlungsfähige angeknüpft werden könnten; und soviel ist allerdings richtig, dass alle Rechte, welche in einem Haben bestehen, die Handlungsfähigkeit ihres Inhabers principiell nicht verlangen.

Die Rechte aber, welche in einem Thundürfen, und ihr Gegenstück, die Pflichten, welche in einem Thunmüssen bestehen, zerfallen in zwei Gruppen: die Einen sagen, der Berechtigte darf oder der Verpflichtete muss entweder selbst, oder falls er dazu ausser Stande sein sollte, darf oder muss aus seinem Recht und seiner Pflicht ein handlungsfähiger Nichtberechtigter oder Nichtverpflichteter; die Andern sagen, nur der Berechtigte darf und nur der Verpflichtete muss handeln. Durch diesen Appell des Gesetzes ausschliesslich an die Personen der Berechtigten oder Verpflichteten entstehen die höchstpersönlichen Rechte und Pflichten, wie testamenti factio, wie das Recht des Schenkgebers die Schenkung wegen Undanks zu revociren, wie unsere heutigen politischen Wahlrechte, wie Recht oder Pflicht zum Geschworenen- und zum Schöffendienste, wie ferner sämtliche Pflichten, die Quelle der Delikte sind. Diese höchst-

⁷⁸ Nur wenn man sich entwöhnt das subjective Recht als Ausfluss des objectiven zu betrachten, kann es ungenügend zum Zustandekommen eines Rechtes erscheinen, wenn das Gesetz das Band zwischen Rechtssubject und Rechtsgut knüpft: nur dann bedarf es hiezu notwendig eines Willensaktes der Privatperson. Die Substanz von Recht und Pflicht ist aber nie Privatwille sondern Gesetzeswille.

persönlichen Rechte und Pflichten, sofern sie Handlungen zum Inhalt haben, setzen die Handlungsfähigkeit des zu Berechtigenden und zu Verpflichtenden begrifflich voraus. Der Handlungsunfähige kann also höchstens unter der Suspensivbedingung eintretender Handlungsfähigkeit berechtigt und verpflichtet sein, während Recht und Pflicht der Handlungsfähigen unter der Resolutivbedingung eintretender Handlungsunfähigkeit stehen. Hier wird also mangelnde Handlungsfähigkeit Grund mangelnder Rechts- und Pflichtfähigkeit, während die umgekehrte Erscheinung nie eintritt und Wegfall der Rechtsfähigkeit nie Wegfall der Handlungsfähigkeit bedeutet, obgleich seinerzeit behauptet wurde Rechtsfähigkeit sei Voraussetzung, dass der Begriff Handlungsfähigkeit überhaupt im Rechte von Bedeutung werde. Denn der Handlungsfähige braucht das Recht oder die Pflicht, in deren Dienst er handelt, nicht selbst zu besitzen: also mangelnde eigene Rechtsfähigkeit kein Grund der Handlungsunfähigkeit. Ist aber auch der von ihm Vertretene rechts- oder pflichtunfähig, so ist der Vertreter nicht unfähig überhaupt mögliche rechtlich relevante Handlungen im Dienste dieser Pflicht oder dieser Rechte vorzunehmen, sondern diese Handlungen sind rechtlich überhaupt unmöglich; der Grund, wesshalb sie nicht vorgenommen werden können, liegt nicht in einem Mangel der Persönlichkeit, welche sie vornehmen möchte, sondern in dem Mangel, dass die Handlung rechtlich undenkbar ist, dass sie also eine Nichthandlung ist; während die Handlungsunfähigkeit ja grade die persönliche Unfähigkeit zu rechtlich möglichen Handlungen bezeichnet. Nur für dieses Gebiet von höchstpersönlichen Rechten und Pflichten müssen Rechts- und Handlungsfähigkeit sich in einem und demselben Subject verbinden: insbesondere ist ein Delikt undenkbar, in dessen Urheber nicht Rechtspflichtfähigkeit und Handlungsfähigkeit verbunden wären ⁷⁹.

⁷⁹ Man drückt dies öfter ungenau so aus: es gäbe kein Delikt durch Stellvertretung. Vgl. Savigny, II S. 92: »bei Delikten ist das Verhältniss der Stellvertretung unanwendbar.« Puchta, Pandekten

§ 34. III. Die Fähigkeit zu pflichtmässigen und pflichtwidrigen Handlungen insbesondere.

Die Handlungsfähigkeit ist eine Summe von elementaren Fähigkeiten. Da alle Handlungen rechtlich bedeutsamen Inhalt haben, so muss der Handlungsfähige Verständniss für das Recht und für das Verhältniss seiner Handlungen zu ihm besitzen. Da die Handlungen bestimmte Veränderungen in der Aussenwelt bewirken sollen, so bedarf der Handelnde der Kenntniss des Gesetzes der Kausalität und reicher Erfahrungen über dessen Anwendung im Einzelnen. Da das Recht seine That als eine rechtlich bedeutsame Veränderung der Aussenwelt betrachten soll, muss er im Stande gewesen sein die Reize zu seinem Thun in ihrer Triebkraft und sein Thun selbst in seiner Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit richtig zu beurtheilen, und er muss seinen eigenen Willen in That umgesetzt, nicht lediglich einer fremden Gewalt zum Spielball gedient haben.

Es ist nun nicht meine Aufgabe hier näher einzugehen auf die Elemente der Fähigkeit zu Rechtsausübungs-Handlungen und der Fähigkeit zu Handlungen des Erwerbs, und der Endigung von Rechten und Pflichten; wohl aber ist diess unumgänglich für die noch übrigen Zweige der Handlungsfähigkeit.

Normen und Handlungen sollen sich verhalten wie Bedingung und Bedingtes. Letztere sollen den Ersteren konform eingerichtet werden. Durch die Normen gebunden können also nur diejenigen werden, welche fähig sind ihre Handlungen normal zu gestalten. Der dazu Unfähige ist nicht Untertan des Gesetzes, seine Thätigkeit weder Recht noch Unrecht⁵⁰. Diese Fähigkeit geht aber unlöslich Hand in Hand mit der Fähigkeit die Handlungen in Widerspruch

§ 52: Die unerlaubten Handlungen liegen »ausser dem Bereiche des rechtl. Verhältnisses der Stellvertretung«. Desselben Vorlesungen § 50: I S. 99: »für Delikte giebt es keine Stellvertretung«.

⁵⁰ Gut Clarus, Beiträge z. Erkenntniss zweifelh. Seelenzustände (1828) S. 15; Luden, Abhandl. II S. 501.

zur Norm zu stellen. Die Deliktsfähigkeit und die Fähigkeit zum normalen, pflichtmässigen Handeln sind ihrem Wesen und ihren Bestandtheilen nach identisch⁸¹.

Bevor aber die Untersuchung sich diesen Elementen zuwenden kann, steht eine Präjudizialfrage von ganz eminenter Tragweite zur Beantwortung. Die Pflicht muss begründet sein, ehe sie erfüllt und verletzt werden kann. Wodurch entsteht sie?

I. Nun bedeutet die Rechtspflicht eines Menschen in bestimmter Weise zu handeln für ihn nichts Anderes als eine Auflage seine Handlungen einschliesslich des eigenen Entschlusses einem fremden Willen, nämlich dem des Gesetzes, nachzugestalten, also dem fremden Willen nachzuwollen. Ueber die Begründung der Pflicht sind also nur zwei Ansichten möglich:

1) Sie entsteht für Alle, welche das Gesetz binden möchte, unmittelbar durch die Norm, einerlei ob sie davon erfahren oder nicht, ob sie im Stande sind sich davon Kenntniss zu verschaffen oder vielleicht in fernen Welttheilen für den Augenblick völlig abgeschnitten von der Heimat weilen. Ja, kommt es auf die Wissenschaft von der Norm gar nicht an, so hindert nichts auch diejenigen als durch sie gebunden zu betrachten, die ausser Stande sind sie zu verstehen und sie zu behalten. Je absolutistischer die Gewalt des Rechts und je grösser die Kluft zwischen dem weithin herrschenden Gesetze und seinen einzelnen Untertanen erscheint, desto näher liegt diese Auffassung von der Entstehung der Pflicht durch einseitigen Staatsakt⁸². Sie ist

⁸¹ Wertvolle Ausbeute für die richtige Erfassung des Begriffs bieten neuerdings die Schriften von v. Krafft-Ebing, *Grundzüge der Criminalpsychologie* (1872); *Lehrbuch der gerichtl. Psychopathologie* (1875); Skrzeska, *Die Geisteskrankheiten im Verhältniss zur Zurechnungslehre*, in v. Holtzendorffs *Handbuch* II S. 219—266; Maudsley, *Die Zurechnungsfähigkeit des Geisteskranken* (1875); Volkmann, *Lehrbuch der Psychologie* II (1876) bes. S. 511 ff.

⁸² »Wehe den Gesetzen des Staats« — ruft beispielsweise Kleinschrod, *Grundbegriffe* I S. 262 aus —, »wenn man sich dadurch

hart und rücksichtslos: denn sie kann selbst dem Umstande unverschuldeter Gesetzes-Unkenntniss keine Theilnahme schenken. Allein diese Härte beweist noch nichts für oder gegen ihre Richtigkeit. Pflichtwidrig handelte dann Jeder, der thut, was das Gesetz verbietet, wenn er nur überhaupt die nötige Reife und geistige Gesundheit besitzt, damit das Recht von seinen Thaten Akt nehmen kann.

Damit ist noch nicht gesagt, dass diese Pflichtwidrigkeit bei allen Delinquenten gleich gross wäre. Es könnte sich diese Theorie vielmehr eine ansprechende Lehre von Arten der Schuld schaffen. Auf der Hand läge, dass sich die Schuld bei demjenigen vergrössern würde, welcher den Inhalt jenes Gesetzes erfahren hätte; er kannte dann seine Pflicht, und selbst wenn er sie später in einem einzelnen Falle seines pflichtwidrigen Handelns ausser Augen verlöre, bliebe seine Schuld immer noch grösser als die seines Gesellen, der von der Existenz und dem Inhalte jener Norm nie etwas gehört hätte. Dolos wären dann alle Uebertretungen seitens dessen, der von der Norm Kunde hatte, mochte er auch im Augenblicke der That an sie nicht gedacht haben, fahrlässig aber alle Uebertretungen seitens dessen, der von dem Gesetze sei's mit sei's ohne Schuld Kenntniss nicht erlangt hat. Diese Auffassung von der Schuld begegnet uns freilich vollständig weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft, wohl aber tritt sie in Beiden theilweise hervor⁸³. Allein es könnten ja unsere verschiedenen Theorien von den Arten der Verschuldung sämmtlich falsch sein!

Während nun diese Ansicht von der Entstehung der Pflicht einseitig durch Staatsakt von der Gesetzgebung wie von der Wissenschaft, soweit ich sehen kann, principiell allgemein verworfen und mindestens Norm-Kenntniss als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit betrachtet wird, geniessen wir des im Strafrecht ebenso häufigen als bedauer-

straflos machen kann, dass man diese sich bekannt zu machen unterlässt“.

⁸³ Insofern nämlich, als Uebertretung einer Norm bei schuldhafter Unwissenheit derselben als Fahrlässigkeit aufgefasst wird.

lichen Schauspiels, dass der richtigen Erkenntniss auf dem Wege der *praesumptio juris et de jure* all ihre segensreiche Wirksamkeit geraubt wird⁵⁴. Die Normkenntniss soll präsumirt und eine Pflicht, die in Wahrheit noch nicht begründet worden ist, als begründet angenommen werden. Der Versuch der Rechtfertigung eines solchen die materielle Gerechtigkeit schwer kränkenden Vorganges stützt sich dann auf zwei durch und durch falsche Beweisgründe. Man vertauscht zunächst freilich ganz unbewusst Norm und Strafgesetz um sagen zu können, das Strafgesetz schafft das Verbrechen nicht, sondern erkennt nur das vom Gemeinbewusstsein als strafwürdig Erkannte von positiven Rechts wegen als solches an⁵⁵; der Inhalt des Strafgesetzes liegt also im Gemeinbewusstsein und damit in der Wissenschaft jedes Einzelnen; folglich ist Wissenschaft des Strafgesetzes (man lese: der Norm) für den Einzelnen nicht Wissenszuwachs und somit für ihn ganz unbedeutsam! Jene Vertauschung liefert aber noch ein zweites Argument. Sie giebt erwünschten Anlass zu übersehen, dass die Rechtssätze, deren Kenntniss für die Untertanen möglicherweise von Bedeutung ist, meist dem ungesetzten Rechte und stets anderen Rechtsgebieten als dem des Strafrechts angehören, und zu glauben, sie bildeten Gesetzesrecht und seien nichts anders als die gehörig publizierten Strafgesetze. Von da aus liegt es dann nahe, dem

⁵⁴ Die interessante Stelle aus Best's Grundzügen des Englischen Beweisrechts § 39 (übersetzt von Marquardsen S. 39), welche Osenbrüggen, Abhandlungen I S. 32 u. 44 schon bezieht, gilt gleichermaßen für England wie für Deutschland: »Wenn im Allgemeinen die Frage aufgeworfen wird, was ist die grösstmögliche Ungerechtigkeit? würde vielleicht geantwortet: einen Menschen wegen Uebertretung des Gesetzes bestrafen, dessen Dasein er gar nicht kennt. Und dennoch geschieht diess täglich«, weil nach unwiderlegbarer Praesumption Ignorantia juris non excusat. »Hart, wie dieser Grundsatz scheinen mag, ist er doch notwendig, um grösseres Uebel zu verhüten«. Denn wenn Unkenntniss entschuldigte, »würde man sich nicht bloss immer darauf berufen, sondern Jeder sich auch scheuen eine Kenntniss zu erwerben, welche so gefährliche Folgen mit sich brächte«.

⁵⁵ Ich verweise beispielshalber auf Köstlin, System I S. 376 und Hälschner, System I S. 36.

Akte der Gesetzespublikation eine aus seinem schlechten Namen abgeleitete gänzlich falsche Bedeutung beizulegen und ihn aufzufassen als den Vorgang, welcher die Kenntniss der Untertanen vom Gesetze vermittelt.

Die Publikation ist aber nichts weniger als die Veröffentlichung eines schon vorher fertigen Gesetzes behufs Unterrichtung der Untertanen über bisher heimliches Recht; sondern sie ist die solenne Willenserklärung der Rechtsquelle behufs Erschaffung von Recht. Dieses Willenserklärungs-Moment fehlt dem ungesetzten Rechte ebensowenig wie dem Gesetzesrecht. Beide Arten der Erklärung des Rechtswillens, die eine *expressis verbis* und die andere durch konkludente Handlungen, stehen einander juristisch vollständig gleich, und die Publikation kann desshalb keine andere Bedeutung haben als der Akt, durch den ungesetztes Recht entsteht. Diesem Akt aber wird Niemand die Wirkung beilegen, dass er die Rechtskenntniss begründe. Vielmehr erschöpft sich seine Wirkung wie die der Publikation darin, dass durch ihn wie durch sie verbindliche Satzung geschaffen wird. Allein das Wirksamwerden jener Satzung im konkreten Falle ist häufig kraft ihres eigenen Inhaltes noch von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig, und diese zu schaffen, soweit sie fehlen, oder sie für geschaffen zu erklären ist doch wahrlich nicht Aufgabe der Publikation. Wenn jene Satzung darauf rechnen muss von den Untertanen gekannt zu sein bevor sie auf ihr Verhalten zu influiren vermag, so wird sie trotz der Publikation im einzelnen Fall erst nach dieser Kenntnissnahme praktisch, und die Publikation kann diese Erfahrung des Einzelnen ebensowenig beschaffen oder ersetzen, als sie im Stande ist diess bei einem Gesetz über Reform der Freiheitsstrafe bezüglich der nötigen Gefängnisse oder bei einer neuen Hypothekenordnung bezüglich der nötigen Hypothekenbücher zu thun. Jedes Gesetz wartet eben auch nach seiner Publikation mit dem Beginne seiner Wirksamkeit bis deren Voraussetzungen in concreto eingetreten sind. Die verbindliche Kraft des Gesetzes wird dadurch nicht im Mindesten alterirt.

Nur wer fälschlich die Entstehung des Gesetzes mit

einer Hervorzauberung der übrigen Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit identificirt, kann aus der Thatsache der Publikation der Gesetze Schlüsse ziehen wollen auf die Zeit ihrer Anwendbarkeit für den einzelnen Fall. Die evidente Fehlerhaftigkeit einer solchen Schlussfolgerung wird nun gerade im vorliegenden Beispiel durch die Verwechslung von Norm und Strafgesetz geschickt maskirt. Kein Verständiger glaubt die Strafgesetze müssten um angewandt werden zu können von den Untertanen erst gekannt sein; sie werden durch ihre Publikation regelmässig, aber durchaus nicht immer, vollwirksam⁸⁶. Und so dreht man sich im folgenden Zirkel: »Gesetzeskenntniss«, sagt man, ist prinzipiell zwar notwendig; der Inhalt der Strafgesetze ist aber faktisch schon vor ihrer Publikation Gemeingut; jedenfalls warten diese mit dem Eintritt ihrer Wirksamkeit nicht darauf, dass die Untertanen von ihnen Kenntniss genommen haben; folglich bedeutet die Publikation, dass der Gesetzgeber die Strafgesetze als allgemein bekannt annimmt; folglich — muss auch die Norm als mit ihrer Entstehung allgemein bekannt geworden angesehen werden. Diess Gewebe von Gründen ist freilich nichts als ein wirres Durcheinander von Verwechslungen, in welchem die Vertauschung von Norm und Strafgesetz und die Verkennung der Publikation die Hauptrolle spielen, und welches, weit entfernt jene ungeheuerliche Präsumtion zu rechtfertigen, sie in ihrer ganzen Grundlosigkeit aufzeigt⁸⁷.

⁸⁶ Man denke an die langsame Verbreitung der Peinl. Halsgerichtsordnung Karl's V. durch das Reich.

⁸⁷ Schon Oersted, Grundregeln S. 270 ff., stellt für »alle auf gehörige Weise bekannt gemachten Strafgesetze« die Regel auf: »Es ist also ein Postulat für die rechtliche Ordnung, dass Jeder im Uebertretungsfalle ordentlicherweise so behandelt werden müsse, als wenn er von den allgemein bekannt gemachten Strafgesetzen unterrichtet gewesen wäre«. Er hält diess für eine unvermeidliche Strenge. In der neueren Zeit haben besonders Berner u. Hälschner sich der falschen Auffassung der Publikation angenommen. S. Berner, Wirkungskreis S. 22: »... Durch die Publikation, mit der übrigens eine Frist zur Kenntnissnahme verbunden sein muss (?), erhält der Wille des Gesetz-

2) Die Pflicht entsteht erst durch die Kenntniss von Dasein und Inhalt der Norm. Um den Sinn dieser Auffassung klar zu stellen muss zunächst ein vielfach wiederkehrendes Missverständniss bekämpft werden. Wer ein ihm unbekanntes Verbot übertritt, das kennen zu lernen er schuldhafter Weise versäumt hat, der wird bezichtigt, gerade weil ihm die Gelegenheit es kennen zu lernen geboten war und er diese nicht benutzt habe, sei er schuldhafter Uebertreter des ihm unbekannten Gesetzes. Allein wie oben zwei ganz verschiedenartige Rechtssätze, so werden hier zwei ganz verschiedenartige Pflichten mit einander verwirrt⁸⁸. Ganz unleugbar sind diejenigen, welche durch die Normen gebunden werden sollen, verpflichtet sich Kenntniss von ihnen zu verschaffen. Auf jede Weise, durch Druck, durch Anschlag, durch Ausruf, früher durch Verkündigung von den Kanzeln herunter, suchte und sucht man die Erfüllung dieser Pflicht zu erleichtern, erkennt sie aber eben gerade dadurch an. Diese Pflicht ist allen Normen, Geboten wie Verböten gegenüber dieselbe: sie wird begründet durch ein selbständiges Gebot von den ergangenen Ge-

gebers Geltung, schlechthin und ohne Weiteres. Der Zufälligkeit der Kenntnissnahme durch die Einzelnen kann sich das Gelten des Staatswillens unmöglich aussetzen^a; Hälschner, System I S. 35—37, der selbst die Nichtberücksichtigung einer auch seiner Ansicht nach möglichen Unkenntniss publizirter Polizeistrafgesetze dadurch rechtfertigt, »dass es bei diesen gesetzlichen Bestimmungen darauf ankommt, die Interessen des Staates und der Gesellschaft gegen die an sich nicht rechtswidrige Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit der Einzelnen zu schützen, und dass dieser Zweck vereitelt w. würde, falls die Unachtsamkeit auf die bestehende gesetzliche Bestimmung selbst einen genügenden Entschuldigungsgrund der ungesetzlichen Handlung bilden sollte«. Jenes Argument aus der angeblichen Bedeutung der Publikation benutzt Köstlin, System I S. 376 wenigstens nur für Polizeistrafgesetze, während es bei Berner, Lehrbuch § 125, Schütze, Lehrbuch § 43, offenbar auch bei Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 155 wieder in vollem Umfang zur Verwertung gelangt. — Gegen diese falsche Auffassung der Publikation ist schon Osenbrüggen, Abhandlungen I S. 25, in die Schranken getreten. S. auch Schwarze, Neue Jahrb. f. Sächs. Strafrecht VI (1851) S. 46 ff.

⁸⁸ So z. B. von Henke, Handbuch I S. 332 ff.

setzen Kenntniss zu nehmen; ihre Uebertretung ist stets ein Ommissiv-, nie ein Kommissiv-Delict⁸⁹. Schon diese eine Thatsache würde hinreichend beweisen, dass die Uebertretung eines Verbotes bei Unkenntniss desselben unmöglich dadurch Delikt werden kann, dass diese Unkenntniss eine verschuldete war. Wer das Gegentheil annimmt, überträgt die Schuld bei einem Unterlassungsdelikt auf eine Thätigkeit, um aus den Uebertretungen zweier Normen eines Gebotes und eines Verbotes, von denen jene schuldhaft, diese schuldlos geschah, ein eigenes Begehungsverbrechen zu schaffen. Das Geschöpf kann nicht anders als monströs ausfallen.

Niemand darf freilich dem Gesetzgeber das Recht zur Satzung bestreiten, es solle jener Thäter, eben weil er sich mit dem Gesetze nicht vertraut gemacht habe, so bestraft werden, als habe er es gekannt und schuldhaft übertreten. Dann fingirt er ein Begehungsverbrechen. Allein wo^{er} diess nicht ausdrücklich thut, bleibt selbst die schuldhafte Unterlassung straflos, er müsste sie denn als solche unter Strafe gestellt haben⁹⁰.

Ein solches Strafgesetz mit leichter Strafdrohung aber dürfte durchaus zweckmässig sein! Natürlich würde eine solche Strafdrohung zu den doppelt bedingten gehören und Anwendbarkeit nur für den Fall beanspruchen, dass der Delinquent das Gesetz, was er nicht kannte, wirklich übertreten hat. Die Zulässigkeit eines solchen Strafgesetzes mit Heinze (s. n. 94 a. E.) zu bezweifeln finde ich ebenso wenig einen Grund als seine Zweckmässigkeit allein deshalb in Frage zu ziehen, weil auch wieder schuldlose Uebertreter des Gebotes der Kenntnissnahme gedacht werden können. Wie oft drängt sich nicht einem Einzelnen geradezu ein bestimmtes Verbot oder Gebot zur Kenntnissnahme auf,

⁸⁹ Gut Röder, Gerichtssaal 1874 S. 24.

⁹⁰ Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrhums im Strafrechte (Cassel 1876) bemerkt S. 51 richtig: »Allein zu der Annahme, dass die Rechtsfolge der Versäumniss in der Strafe des Gesetzes zu bestehen habe, dessen Kenntnissnahme verabsäumt war, fehlt es an jedem Rechtsgrund. Es würde im Gegentheil eine derartige Annahme mit den

wie oft gehört wirklich eine ganz besondere Gleichgültigkeit seinerseits dazu um das Sichtbare nicht zu sehen, das Fassbare nicht zu greifen! Soll dieser sammt seinem noch tadelnswerteren Genossen, der Augen und Ohren absichtlich verschliesst um die Gesetze nicht zu erfahren und dem wirklich im einzelnen Fall diese ungemein schwere Aufgabe gelingt, ganz straffrei ausgehen?⁹¹ Es fehlte dann meines Erachtens ein unentbehrlicher Schlussstein für den Aufbau strafbarer Thatbestände, und so scheint mir ein solches Gesetz nicht nur zweckmässig, sondern geradezu notwendig zu sein.

Allein jenes Unterlassungsdelikt, welches in der versäumten Kenntnissnahme liegen kann, wenn auch durchaus nicht immer liegt, beweist noch nicht, dass die Uebertretung eines unbekannten Verbotes selbst wieder Delikt ist. Diess also muss untersucht werden.

Auf den ersten Blick erscheint es für die Autorität des Gesetzes in hohem Grade bedenklich, dass die Pflicht, welche die Norm erzeugen will, durch sie nicht unmittelbar, sondern erst mittelbar durch die Kenntnissnahme des Gesetzes seitens seiner Untertanen entstehen soll. Durch hartnäckiges Verschliessen von Augen und Ohren könnten sich diese anscheinend alle widerwärtigen Pflichten vom Halse halten. Auch geriete das Herrschaftsgebiet des Gesetzes scheinbar in eine unerträgliche Abhängigkeit von dem Zufall, ob irgend Jemand und wer von der Satzung Kenntniss erhalten würde. Konnte man der Theorie von der Entstehung der Pflicht unmittelbar durch das Gesetz Rücksichtslosigkeit auf die einzelnen Menschen, die dem Gesetze nachleben sollen, zum Vorwurfe machen, so scheint das Gegentheil dieses Vorwurfs

Grundsätzen der Gerechtigkeit in argem Widerspruche stehen, denn dasselbe Delictsmoment, die unterlassene Kenntnissnahme, würde dann in einem Falle mit geringer Geldbusse, in andern Fällen mit langjähriger Freiheitsstrafe geahndet«.

⁹¹ Bei anscheinend absichtlich unterlassener Kenntnissnahme wird der Unterlassende gar nicht selten Dasein wie Inhalt des Gesetzes, was er nicht genauer kennen lernen will, vermuten. Solche Vermutung reicht aber völlig aus um für seine Uebertretung dieses Gesetzes *dolus eventualis* anzunehmen.

gegen die jetzt zu besprechende Theorie erhoben werden zu können: aus lauter Rücksicht für die Untertanen werde die Herrschermacht des Gesetzes missachtet.

Und dennoch ist diese Theorie allein haltbar, und weit entfernt dem Gesetze zu widerstreiten folgt sie aus ihm unmittelbar.

Das Gesetz will, dass der Mensch nach ihm sich richte: erwartete es nur wegen seines vernünftigen Gehaltes die Befolgung von der Vernunft des Menschen, so wäre es einem guten Räte gleich zu achten, wodurch eine Pflicht nie entstehen kann. Das Gesetz rät aber nicht, sondern heischt Gehorsam für seinen autoritativen Willen. Gehorsam aber ist nichts anderes als die Unterwerfung des eigenen unter einen überlegenen Willen auf Grund des Pflichtmotivs. Wenn das Recht Gehorsam fordert, so setzt es auf Seite des Gehorchenden notwendig diejenige Vorstellung voraus, aus welcher der Gehorsam allein entspringen kann: die Vorstellung eben, dass ein solcher autoritativer Wille bestimmten Inhalts existire. Soll sich der Mensch unterwerfen, so muss er wissen, dass ein Herrscher vorhanden sei und was dieser von ihm fordert.

Vor dieser Wissenschaft Gehorsam von den Individuen fordern, heisst von ihnen verlangen, wozu sie erst nach dieser Wissenschaft im Stande sind. Das Unmögliche zu fordern ist aber das Recht, weil es vernünftig ist, selbst ausser Stande. Die Gehorsamspflicht entsteht also erst mit der Kenntniss des Gesetzes und durch dieselbe. Gehorsam ohne sie ist eine Folge ohne Ursache, ein Unding. Um das Leben beherrschen zu können muss sich das Gesetz an den einzigen Mittler zwischen ihm und dem Leben, an die menschliche Vernunft wenden: nur durch sie kann es Motiv für den menschlichen Willen werden und so im Leben Verwirklichung finden. Leicht möglich, dass ein Gesetzesunkundiger thut wie das Gesetz verlangt: allein er handelt nicht nach dem Gesetz, welches für ihn ebenso wenig existirt wie für den Unkundigen, der das Gegentheil von dem thut, was es fordert.

Mit dieser Ansicht allein stimmen auch zwei allgemein anerkannte gewichtige Thatsachen überein. Entstände die Pflicht unmittelbar durch den Willen des Gesetzgebers, einerlei ob die Menschen von ihm erführen oder nicht, so wäre es unnütz zu fordern, dass nur solche Menschen gestraft werden, welche in der Lage sind die Gesetze nicht nur kennen zu lernen, sondern auch sie festzuhalten und zu verstehen. Und doch entziehen sich Kinder, Blödsinnige, schwachsinnig gewordene Greise dem strafenden Arm des Staates aus keinem anderen Grunde als weil bei ihnen jene Voraussetzungen fehlen!

Entstände die Pflicht unmittelbar durch die Normen, so läge eine Pflichtverletzung stets vor, wenn ein menschlicher Wille das Verbotene verwirklichte. Wollen des Verbotenen wäre dann stets Schuld. Es wird sich aber besonders bei der Lehre vom Vorsatz zeigen, dass jede Schuldlehre unmöglich wird, wenn sie nicht von der Voraussetzung ausgeht, dass der Schuldige Kenntniss des ihn verpflichtenden Gesetzes gehabt habe.

Ist aber jene Ansicht von der Entstehung der Pflicht ebenso wissenschaftlich unanfechtbar wie dem positiven Rechte zu Grunde liegend, so sollte das unwürdige Spiel endlich aufhören, dass die linke Hand sofort wieder nimmt was die rechte gegeben hat. Oder wie soll man das Verfahren anders nennen, dass man in demselben Atemzuge jenen Satz anerkennt und ihm die Spitze abbricht durch die Aufstellung des Beweissatzes, der Berufung auf Rechtsunkenntniss dürfe kein Glauben geschenkt werden? Die Folgerung aus jenem Gedanken muss vielmehr einfach und ohne Widerrede acceptirt werden, und sie lautet: Wer das Verbot, oder Gebot, was er übertrat, nicht gekannt hat, der hat nicht delinquirt, weil derjenige, für welchen die Pflicht noch nicht entstanden, sowohl unfähig ist sie zu erfüllen als sie zu verletzen, und für die Beurtheilung dieser seiner That ist es ganz gleichgültig, ob jene Unkenntniss verschuldet oder unverschuldet war.

Dem Unheil, was der römische Satz *ignorantia juris nocet* oder richtiger das Zerrbild, was die nachrömische Jurisprudenz daraus geschaffen, im Strafrecht **angerichtet** hat, dürfte keine schlimme Folge anderer römischer Sätze an die Seite zu stellen sein⁹².

Selbst wenn die praktische Tragweite jenes Folgesatzes weit grösser wäre als sie ist, wenn seine Anerkennung den Gefängnissen noch weit mehr Personen vorenthalten würde als die geringe Zahl, denen er zu statten kommen wird, würde ich ihn mit Freuden anerkennen. Denn es ist stets erfreulich, wenn der Staat mit gutem Gewissen seiner Strafpflicht engere Grenzen ziehen kann: ebenso verwerflich aber scheint es den Gesetzen dadurch Achtung zu erzwingen, dass man die Unschuldigen straft, damit die Schuldigen zittern!

Leider ist es noch besonders zu betonen nötig, dass, was ich gesagt habe, nur für wirklich vorhandene Unkenntniss der Norm, nicht für affektirte Unkenntniss gilt. Die lügnerische Berufung des Angeschuldigten auf Rechts-Unkenntniss hat der Strafrichter ebenso wie alle Lügen des Zeugen und des Angeschuldigten zurückzuweisen. Ja diese Lüge ist leichter zu durchschauen wie die meisten anderen, die vor Gericht kommen, weil das Wissen um die Normen leichter zu erlangen ist als das Wissen um viele andere Thatsachen.

Denn sowenig der Gesetzgeber zugleich der Lehrmeister für das geltende Recht sein kann, so viele und treffliche Ver-

⁹² Ich werde bei der Revision der Lehre vom Irrtum die wenig beneidenswerte Aufgabe haben, die Missdeutung des römischen Satzes und die Verehrung vor der eigenen Schöpfung näher zu beleuchten. Wenn man denkt, wie mannichfach ganz schuldlose Menschen diesem Götzen leichtfertig zum Opfer gebracht wurden, kann man sich des stärksten Unwillens nicht erwehren. Und dazu kommt die grenzenlose Verwirrung, die er in der Dogmatik des Strafrechts angerichtet hat! S. auch Geyer, Krit. Vierteljahrsschrift 1875 S. 26: »dass dieser unbedingte Rigorismus in Beurtheilung des Rechtsirrthums eine schreiende Ungerechtigkeit ist, kommt leider den Gesetzgebern unserer civilisirten Staaten vor lauter criminalpolitischen Erwägungen nicht in den Sinn«.

treter und Gehilfen findet er nach dieser Seite in der Vernunft wie in dem Egoismus und in der steten, aufklärenden Berührung der Einzelnen mit dem Leben. Die Selbstsucht sagt uns, was wir uns nicht gefallen zu lassen brauchen. und unsere Vernunft folgert meist richtig, dass diese Handlungen Andern uns gegenüber und uns Andern gegenüber verboten sein müssen. Eine solche der Wirklichkeit entsprechende Annahme des Verbots reicht zur erforderlichen Normenkenntniss völlig aus, ohne dass je der Urheber dieser Annahme dem Rechtssatz als solchem unmittelbar gegenüber gestanden und ihn mit Augen Schwarz auf Weiss gesehen haben müsste. Unsere Vernunft legt uns vielfach nah, dass bestimmte Handlungen mit den Interessen des Gemeinwesens unverträglich sind, dass sie somit nicht gestattet sein können. Das Recht aber, dessen Existenz wir nicht von selbst erkennen, weiss durch tausend Kanäle seinen Weg zu uns zu finden: die Menschen, mit denen wir täglich verkehren, tragen uns die Kunde zu, oder die Schriften, die wir lesen, oder Anschläge, die unsere Blicke auf sich ziehen. Häufig tritt uns dann die Rechtspflicht in der Gewandung des sog. Sittengesetzes entgegen. Allein auch die Annahme dessen, der Sittlichkeit und Recht verwechselnd das Unsittliche für rechtlich verboten erachtet, genügt zu jener Rechtskenntniss, sofern nur das für verboten Gehaltene wirklich verboten ist. So atmet jeder die Kenntniss der wichtigsten Rechtspflichten mit der Luft ein, deren er bedarf⁹³: der Fall kann vorkommen, aber er ist selten, dass Normen nicht zur Kenntniss Derjenigen kommen, für die sie bestimmt sind. Die Berufung auf Unkenntniss ist also in den allermeisten Fällen eine plumpe, durchsichtige Lüge. Daraus erklärt sich auch, wie man zu der Präsumtion gelangen konnte, die Berufung auf Rechtsirrtum sei stets lügenhaft. Die Quantität Unrichtigkeit aber, die in jeder solchen Rechtsvermutung enthalten ist, macht sie uns im Strafrechte unerträglich. Und so

⁹³ S. auch Schaper, in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 154; Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrecht (1876) S. 45.

heischt der Satz Anerkennung: Ohne Normen-Kenntniss keine Fähigkeit so zur Pflichthandlung wie zum Delikt.⁹⁴

⁹⁴ Die Literatur zeichnet sich in ihrer Stellung zu dieser Frage ebensowenig durch Klarheit und Folgerichtigkeit aus als die Gesetzgebung (vgl. über diese am Schluss des § 34). Principiell fordert sie allgemein »Gesetzeskenntniss«, bald gefasst als Kenntniss der Norm und des Strafgesetzes, bald gefasst als Kenntniss des »strafgesetzwidrigen Verbotes«; aus Angst aber vor den staatsgefährlichen Konsequenzen dieser Forderung greift man zu zwei Mitteln der Abhülfe: man lehrt regelmässig, nur schuldlose Gesetzesunkenntniss schliesse die Zurechnung aus, und schneidet die Berufung auf Rechtsirrtum durch Präsumtion der Rechtskenntniss ab. — Viel weiter wie ich selbst sind diejenigen genötigt zu gehen, welchen die Zurechnungsfähigkeit nichts anderes ist als die Bestimmbarkeit des handelnden Subjekts durch das Strafgesetz: jede schuldlose wie schuldhafte Unwissenheit des Strafgesetzes müsste dann die Zurechnung ausschliessen. Jene durchaus unrichtige Auffassung von der Zurechnungsfähigkeit wird neuerdings noch festgehalten von Geib, Lehrbuch II S. 70 u. von Wahlberg, Princip der Individualisirung S. 76 u. 77. Der einzige Kriminalist, bei dem ich umgekehrt das Erforderniss der Kenntniss sowohl des Strafgesetzes wie der Norm als principiell irrelevant bezeichnet finde, ist Luden, Abhandl. II S. 521: »Darnach ist ignorantia u. error juris sowohl in Beziehung auf das Strafgesetz, als auch auf das Gesetz, gegen dessen Verletzung das Strafgesetz erlassen ist, für das Dasein der verbrecherischen Willensbestimmung ohne alle Bedeutung«. Vgl. dessen Handbuch I S. 286. — Da kann es denn nicht Wunder nehmen, dass es dem Begründer der herrschenden Schuldlehre nicht gelingt, den rechtmässigen vom rechtswidrigen Willen zu scheiden (s. unten §. 43). Dagegen gebührt Luden, der auch bei jener Aufstellung lediglich durch die Absicht geleitet wird richtig erkannte Fehler der bisherigen Doktrin zu meiden, das Verdienst einen derselben schlagend widerlegt zu haben: die Annahme nemlich, dass trotz principiellen Erfordernisses der Gesetzeskenntniss nur unverschuldete Unkenntniss die Zurechnung ausschliesse. »So lange es gewiss bleibt, dass gegen einen Unzurechnungsfähigen keine Strafe verhängt werden kann, darf auch nicht zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Zurechnungsunfähigkeit unterschieden werden. Ist error juris in Beziehung auf die Gesetzwidrigkeit der Handlung wirklich ein Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit, so muss derselbe unter allen Umständen, er mag verschuldet sein oder nicht, von Strafe befreien. Kann dems. aber dieser Einfluss nicht zugeschrieben werden, so kann er auch nicht für einen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit gelten«. Es giebt hier

Nun ist an früherer Stelle der Beweis erbracht (I § 8), dass alle Normen Regeln mit Ausnahmen sind, und so muss hier noch klargestellt werden, ob nur die Normunkennntniss die Handlungsfähigkeit ausschliesse oder auch bei vorhandener Normkennntniss die falsche Abgrenzung von Regel und Ausnahme? Ist beispielsweise unverantwortlich, wer einen Andern tötet, weil er glaubt, die Ausnahme gestatte die Tötung von Einwilligenden oder von nächtlich übersteigenden Dieben oder von allen feindlichen Civilisten im Kriege? Ich sehe geflissentlich von dem möglichen Falle ab, wo dieser Irrtum ein verzeihlicher war: die Beantwortung der Frage ist nur von Interesse für die Fälle des unverzeihlichen Irrtums und sie führt uns dann vor die Alternative von Zufall und Fahrlässigkeit.

Vergleicht man nun die Unwissenheit von der Norm mit dieser fälschlichen Ueberspannung des Anwendungsgebietes ihrer Ausnahmen, so zeigt sich ein tiefgehender Unterschied. Nehmen wir einmal für den Augenblick das Unmögliche als möglich an, es hätte ein erwachsener gesunder Mensch keine Ahnung davon, dass Tötungen von Nebenmenschen verboten seien, so möchte er sich anstellen wie er wollte, es würde ihm nie gelingen können seinen Tötungsgelüsten das Pflichtmotiv entgegenzustellen; er würde mit andern Worten nie in eine schuldhafte Willensrichtung gegen das ihm unbekannte Verbot hineingeraten können. Wer dagegen das Verbot der Tötung als Rechtsregel kennt, in unverzeihlicher Weise aber die Regel für einen bestimmten Fall als unanwendbar erachtet, der hat schuldhafter Weise das ihm als ganz nahe liegend bekannte, somit notwendig in Betracht zu ziehende Pflichtmotiv gegen die Tötung nicht in Betracht gezogen, und kann von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit mit Bezug auf sein Handeln nicht freigesprochen

allerdings nur ein aut-aut; leider aber stellt sich Luden auf die falsche Seite. — Grosses Verdienst um die richtige Ansicht hat sich Heinze durch seine Abhandlung über den Rechtsirrtum (Gerichtssaal 1861 S. 428 ff., bes. S. 442) erworben. Meine Ansicht wird vollständig adoptirt von Oetker, Rechtsirrtum S. 49. 50.

werden. Also nur Normunkenntniss entschuldigt als solche, nicht Unkenntniss der Grenze zwischen Norm und Ausnahme!⁹⁵

II. Die gewonnene Rechtskenntniss soll aber eine dauernde sein; wer die dadurch begründete Pflicht erfüllen oder verletzen soll, muss Verbot und Gebot im Gedächtnisse zu bewahren vermögen. Jedes derartige Gesetz verlangt also von dem Menschen, dass er sich bemühe es im Gedächtnisse zu behalten, wenn er nicht im Stande ist sich jeden Augenblick durch vernünftige Erwägung das Dasein desselben aus seiner Notwendigkeit zu konstruieren. Wer aber trotz aller Anstrengung nicht mehr weiss, dass das Gesetz da ist, der steht demjenigen gleich, der noch keine Kenntniss von ihm erlangt hat: er wird gegenüber diesem schuldlos vergessenen Gesetze handlungsunfähig; so der unbesinnlich gewordene Greis.

III. Ohne das Vermögen der Auffassung fremder Gedanken ist Niemand deliktsfähig; wer diess Vermögen aber besitzt und in Anwendung seiner von den Normen Wissenschaft gewonnen hat, vermag häufig noch durchaus nicht ihren Inhalt zur Richtschnur für seine Handlungsweise zu machen. Er ist vielleicht noch Objekt der Erziehung durch Dritte statt taugliches Subjekt der Selbstunterwerfung unter feste Maximen zu sein.

Das notwendige Mittel einer Pflicht stete Befolgung unsererseits zu sichern ist ein Akt der Autonomie: wir stellen für uns das Gesetz auf, dem Willen Gottes oder dem eines Gesetzgebers oder den Postulaten unseres Gewissens

⁹⁵ Oetker, Rechtsirrtum S. 42—46, verfehlt es darin, dass er die Unkenntniss des Verhältnisses von Regel und Ausnahme als Normunkenntniss ansieht, und somit die Handlungsfähigkeit in zu weitem Umfange aufgehoben werden lässt. Wer weiss, dass die Handlung, zu der er sich in gutem Glauben anschickt, regelmässig verboten ist, muss aus dieser Wissenschaft doppelten Anlass zur Prüfung schöpfen, ob er ausnahmsweise berechtigt sei sie dennoch vorzunehmen. Kann er erkennen, dass sie unter die Regel des Verbotes und nicht unter seine Ausnahme fällt, so muss er sie unterlassen. Nur der schuldlose Irrtum kann hier die Schuld bei der Handlung selbst ausschliessen.

dauernd nachzuleben. Wir verwandeln in den beiden ersten Fällen fremden Willen in eigene Maximen und nur im letzten ist auch der Inhalt der Maxime unser geistiges Eigentum.

Die Pflichtfähigkeit setzt deshalb eine verhältnissmässig grosse Reife des Menschen voraus. Die Zeiten müssen hinter ihm liegen, in welchem sein Leben ein planloses Drängen von Moment zu Moment war: die Erkenntniss muss ihm aufgegangen sein, dass dasselbe nicht mehr nach den Launen des Augenblicks, sondern nach festen Regeln einzurichten ist. Aber nicht nur dafür, dass er Maximen bedarf, sondern auch dafür, welche Maximen seiner Individualität sowohl als der Gesellschaft, deren Glied er ist, angemessen sind, muss er Verständniss erlangt haben.

Nun kann jede Pflicht in uns nur wirksam werden mittels unserer Vorstellung. Indem wir uns ihren Inhalt und dessen Autorität vergegenwärtigen, gelingt es die Reize, welche uns vom Wege der Pflichterfüllung weglocken wollen, zu überwinden. Die Pflicht wirkt also genau wie alle anderen Motive; nur unterscheidet sie sich von diesen dadurch, dass sie stets den Sieg davon tragen soll über alle andern noch so ungestüm und massenhaft auftretenden Gegenreize.

Der ganze Begriff der Pflicht und der Rechtspflicht insbesondere ist also nur unter doppelter Voraussetzung haltbar:

1. Es muss überhaupt von uns abhängen den Sieg eines Reizes über seine Gegner zu bewirken, das Motiv muss in uns und nicht ausser uns seine Quelle finden⁹⁶. Treiben

⁹⁶ Vgl. oben § 32. So nahe sich äusserlich Schopenhauer, Ueber die Freiheit des menschl. Willens (Werke IV S. 99, vgl. Werke II S. 411 u. 413) und Feuerbach stehen, wenn Schopenhauer sagt: »demgemäss wollen sie (die Gesetze) allen etwanigen Motiven zu Verbrechen stärkere Gegenmotive in den angedrohten Strafen entgegenstellen, und ein Kriminalcodex ist nichts Anderes, als ein Verzeichniss von Gegenmotive zu verbrecherischen Handlungen«, so verschieden sind sie innerlich: denn der Philosoph rettet die menschl. Verantwortlichkeit, der Jurist opfert sie. Uebrigens legt auch Schopenhauer den Strafgesetzen Funktionen bei, die den Normen zukommen, und er will wie Feuerbach die Strafe vollzogen haben um den Strafgesetzen ihre motivirende Kraft zu erhalten.

zu Thal fahrende Eisschollen von bestimmter Stärke und mit bestimmter Geschwindigkeit auf den Pfeiler einer Brücke los, so ist schon vor dem Zusammenstoss entschieden, was brechen wird, die Brücke oder das Eis. Fasst man die Wirkung der Motive auf den Menschen analog auf, wie es Feuerbach in seiner psychologischen Zwangstheorie thut, so gehen dabei die Begriffe der Pflicht und der Schuld zu Scheiter, und der Mensch wird nur der Schauplatz eines pathologischen Prozesses, in den selbst einzugreifen er nicht vermag. Desshalb ist die Freiheit Voraussetzung aller Verantwortlichkeit. Dieses unser Vermögen aus unserem Charakter heraus den Reizen Motivenkraft beizulegen ist aber nur dann und nur soweit vorhanden, als uns die nötige Zeit und die nötige Klarheit zu Gebote steht Reize und Gegenreize einander gegenüberzustellen, gegen einander richtig abzuwägen und an unseren Maximen zu messen. Es fällt deshalb die Handlungsfähigkeit dahin:

a. sobald ein Mensch überhaupt jedem Reiz widerstandslos zum Opfer fällt und sobald ein Reiz mit solcher Heftigkeit in uns auftritt, dass unser Intellekt gar keine Zeit hat Gegenreize ins Feld zu führen. Grade deshalb hebt der Affekt des höchsten Grades alle Verantwortlichkeit auf, während dem Affekte beim Todtschlag die Vorstellung der Widerrechtlichkeit der Handlung und darin ein sehr bedeutender Gegenreiz hindernd in den Weg tritt, aber von uns geflissentlich überrannt wird;

b. sobald wir ausser Stande sind die Reize unverfälscht aufzufassen oder ihre Triebkraft richtig zu würdigen, sei's nun dass sich Wahnvorstellungen oder tiefe Gemütsverstimmungen unsrer bemächtigt haben, oder der Irrtum sein Spiel mit uns treibt⁹⁷. Geistes- und Gemütskrankheiten, Schlaf, Rausch und Irrtum sind deshalb durchaus gleichartige Gründe aufgehobener Handlungsfähigkeit.

⁹⁷ Schopenhauer, Ueber die Freiheit a. a. O. IV S. 99, spricht hier von aufgehobener intellektueller Freiheit. Interessant über einen Fall dernelben das Citat bei Maudsley, Die Zurechnungsfäh. der Geisteskranken (1875) S. 90 n.

2. Es muss dem Pflichtmotiv bei gehöriger Berücksichtigung unsererseits die dauernde Siegeskraft in Wahrheit zukommen können⁹⁸. Bei selbstgesetzten sittlichen Pflichten entspringt diese bedeutende Kraft des Pflichtmotives aus der Uebereinstimmung der gesetzten Maxime mit den Anforderungen unseres inneren Menschen. Aus innerer Notwendigkeit heraus haben wir grade diese und keine andere Maxime für uns aufgestellt, weil nähere Erwägung uns zeigte, dass ihre Befolgung uns am Meisten Befriedigung verschaffen würde. Wenn wir es also im kritischen Zeitpunkte, wo die Gelüste des Augenblickes ihren Angriff auf unser Pflichtbewusstsein wagen, nur nicht daran fehlen lassen uns vorzustellen, wie die Pflichtverletzung nur Quelle des Leidens und die Pflichterfüllung allein Quelle wahrer Befriedigung werden kann, so erklärt sich der Sieg der Pflicht über die Regungen der Selbstsucht von selbst. Allein besitzen denn die Maximen, die wir uns setzen, weil das Recht es verlangt, dieselbe Widerstandskraft? Bilden sie nicht ein fremdes Element in uns, das grade desshalb machtlos sein muss? Darf der Gesetzgeber wirklich von uns verlangen, dass das Rechtspflichtbewusstsein in uns dieselben Thaten vollbringe, welche wir kraft der von uns selbst gestellten Maximen nur mit Anstrengung bewältigen? Er darf es allerdings, und zwar aus zwei Gründen. Rechtspflichten wenden sich zunächst an unsere Vernunft, und diese entdeckt alsbald, dass, was der Gesetzgeber will, meist auch ihr eigenes Postulat ist, dass das Gesetz ihr nur zum Bewusstsein gebracht hat, was sie selbst wollen muss, soll nicht die Ordnung unseres Gemeinlebens geschädigt werden. In demselben Augenblicke wird der Wille des Gesetzes, der uns bisher als ein fremder gegenüberstand, durch geistige Spezifikation unsere eigene Maxime, ausgestattet mit derselben Macht zum

⁹⁸ Vgl. die schönen Ausführungen Heinze's, Gerichtssaal 1961 S 429 ff., der nur zu weit geht, wenn er »das Pflichtbewusstsein als das perpetuum mobile in der übersinnlichen Weltordnung« charakterisirt, und welcher der Gefahr unterliegt principiell nur doloses Unrecht anzuerkennen.

umpfe wie die Gesetze, die aus unserem Gewissen ge-
ssen sind.

Sichert nun aber auch diese Kongruenz zwischen den
orderungen des Rechts an die Einzelnen und den An-
derungen der einzelnen vernünftigen Untertanen an das
echt dem Gesetze am besten die strikte Befolgung, so kann
ese Kongruenz auch einmal fehlen und eine Norm kann
lassen werden, die den Untertanen als unvernünftig er-
heint. Wodurch ersetzt sich dann aber der Mangel der
ernünftigkeit der Maxime, die wir trotz ihrer Fremdartig-
it für uns nach des Gesetzes Willen zu der unsern machen
llen? Etwa durch die Autorität des Gesetzes, der wir
horsam schulden auch wenn wir ihren Machtspruch miss-
ligen? Nein! Denn wenn das Gesetz auch Gehorsam
rdert, sind wir dadurch schon im Stande ihn zu leisten?
urch seine Zumutung wachsen uns keine Kräfte! Woher
höpfen wir das Vermögen dem schlechten Gesetze zu ge-
ren? Wiederum lediglich aus unserer Vernunft, an die
h auch das schlechte Gesetz mit Fug wendet. Sie be-
eift, dass eine Ordnung des vielköpfigen Menschengeschlechts
möglich ist, wenn so viel Willen als Köpfe da sind, dass
n Wille herrschend sein muss, und dass die Achtung vor
m mangelhaften Gesetze noch weit vernünftiger ist als die
archie im Namen der Vernunft. Wer noch so wenig Ver-
ndniss für die Rechtsordnung erlangt hat, dass ihm diese
rnunftnotwendigkeit der Unterordnung der Einzel-Willkür
ter den Gesamtwillen nicht aufgegangen ist, der ist kein
glicher Kämpfe für die Rechtspflicht. Grade deshalb
istirt sie nur für Erwachsene und Vernünftige, nicht für
nder und Idioten.

Darf scheinbar über das Pflichtmotiv ein anderes Motiv,
e z. B. im Notstand das der Selbsterhaltung den Sieg
n Rechts wegen davon tragen, so ist eben offenbar, dass
e Pflicht für diesen Fall nicht besteht, dass er unter eine
snahme vom Verbot fällt. Trägt dagegen über das Pflicht-
tiv bei ungestörtem Intellekt des Thäters ein anderes

Motiv aber nicht von Rechtswegen den Sieg davon, so verfällt der Thäter immer der Schuld.

IV. Der durch die Pflicht nun wirklich Gehaltene muss im Stande sein sie zu erfüllen. Diese Fähigkeit ist eine complicirtere bei den Pflichten, die durch Verbot, als bei denen, die durch Gebot begründet werden. Die Unterlassungsdelikte sind die leichtest begehbaren. Die Bestandtheile jener Fähigkeit zur normalen und zur deliktischen Handlung werden desshalb am besten im Anschluss an die verbotenden Normen entwickelt. Sie verpflichten den Menschen für den Fall, dass er aus seiner Beschaulichkeit heraustritt, ihnen gemäss und verbieten ihm, ihnen zuwiderzuhandeln.

Ein solcher Zustand stiller Beschaulichkeit ist nur für den befriedigten Menschen vorhanden⁹⁹. Befriedigtsein heisst ja sich beruhigen bei den bestehenden Verhältnissen. Der Friede wird gebrochen durch die Wahrnehmung der Inkongruenz zwischen dem Bestehenden und den Wünschen des bis dahin Ruhenden, sofern diese Wahrnehmung als Reiz wirkt durch Aenderung der Lage jenen Einklang des Menschen mit sich selbst und der Aussenwelt wieder herzustellen. Aller Thatendrang ist Drang nach dieser Harmonie. Ihre Erreichung ist Zweck alles Handelns, die wahrgenommene Disharmonie stets das Motiv, dass gehandelt werden soll, das Gefühl dieser Disharmonie in Verbindung mit der Vorstellung von der uns entsprechendsten Art ihrer Beseitigung das Motiv, wie gehandelt werden soll. Der Zweck ist der Todfeind jenes Beweggrundes zum Handeln und hat es auf seine Vernichtung abgesehen. Dieser Zweck und jenes Motiv aber sind Beide rein innere Thatsachen im Menschen, und müssen desshalb dem Recht als solche gleichgültig sein. Sie kommen nur als wichtige Indizien für die Intensität des pflichtmässigen und pflichtwidrigen Willens in Betracht.

Das Motiv nun, dass in bestimmter Weise gehandelt werden soll, führt:

⁹⁹ S. die schöne Stelle bei Schopenhauer, Werke II S. 230. 231.

1. zum Entschluss eine Veränderung in der Aussenwelt herbeizuführen. Wer im Stande sein soll seine Rechtspflichten zu erfüllen, muss

a. vor Allem den Inhalt seines Willens richtig ins Bewusstsein zu erheben vermögen. Er muss nicht wissen, sondern wissen können, was er will. Diese Wissenschaft zu erlangen ist insofern mühsam, als die beabsichtigte Veränderung möglicherweise weitere Veränderungen zur Folge hat, und als derjenige, der die Ursache will, implicite die Folge mit will. Nur der also hat den Inhalt seines Willens ins Bewusstsein erhoben, der weiss, welches Ziel er anstrebt, und welche rechtlich bedeutsamen Folgen dieses Ziel in seinem Schoosse birgt, und Jeder besitzt nur insoweit Handlungsfähigkeit, als er im Stande ist auch den ihm unbewussten Theil seines Entschlusses ins Bewusstsein zu erheben.

b. Wer handlungsfähig sein soll, muss ferner seinen Entschluss an der Norm messen und ihn als pflichtmässig oder als pflichtwidrig begreifen können. Es ist ein unglücklicher Zufall, wenn dem Scharfrichter in feierlichster Form statt des Verurtheilten ein diesem sehr ähnlicher Gefangener zugeführt wird und er diesen köpft. Zur Handlungsfähigkeit gehört die Fähigkeit der Subsumtion der Entschlüsse unter die Normen, einerlei ob diese Verbote oder Gebote darstellen¹⁰⁰. Die Römer nennen diese Fähigkeit, sofern sie das Unrecht ermöglicht, *doli vel culpae capacitas*.

2. Das Motiv führt weiter zur Verwirklichung des Entschlusses. Der Entschlossene hat durch eigene Thätigkeit die Ursache des in Aussicht genommenen Erfolges zu erzeugen. Dazu gehört:

a. Kenntniss des Kausalitäts-Gesetzes und ausreichende Erfahrung über die Tragweite des menschlichen Thuns. Wer nicht zu berechnen vermag, wieweit seine Kraftäusserung vorhandene Widerstände be-

¹⁰⁰ Schon daraus würde folgen, dass ohne Gesetzeskenntniss Handlungsfähigkeit undenkbar ist. S. neuerdings Oetker a. a. O. S. 42.

siegen oder von ihnen besiegt werden wird, wieweit sie in Verbindung mit anderweitigen Bedingungen verstärkt, geschwächt oder in ihrer Wirkung verändert werden wird, der ist für den ihm unberechenbaren Erfolg unverantwortlich: verantwortlich nur der, der den Kausalzusammenhang zwischen Thätigkeit und Erfolg vor Eintritt des Letzteren zu erkennen vermochte.

b. Fähigkeit die That in ihren einzelnen Bestandtheilen, die zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges gewählten Mittel an der Norm zu messen und ihre Harmlosigkeit oder Widerrechtlichkeit zu erkennen. Auch hier gilt es wieder ein Doppeltes: der Thäter muss sich die einzelnen Akte wieder in ihrer Ursächlichkeit, also sammt ihren Folgen vorstellen können, und er muss im Stande sein sie in ihrer Freundschaft oder Feindschaft zum Rechte zu erkennen. Verantwortlich ist Jemand für seine That nur insoweit, als er vor und während derselben im Stande war ihren Pflicht- oder Delikts-Gehalt zu erfassen.

c. Nur für das, was ein Mensch thut in Verwirklichung des eigenen Willens, kann er verantwortlich erscheinen. Seine Kraftäusserung muss also im eignen Willen die bewegende Kraft finden, und die Herrschaft über die von dem Thäter gesetzten Bedingungen, soweit sie ihre Wirkungen noch nicht geäussert haben, darf ihm nicht durch fremde Gewalt geraubt sein. Der verantwortliche Thäter bedarf der Fähigkeit eigner Willensbethätigung¹⁰¹.

So lässt sich die Fähigkeit zur Pflichthandlung, welche zugleich Fähigkeit zum Delikt ist, definiren als das durch Normkenntniss bedingte Vermögen, den Inhalt sowohl des Entschlusses als der That in seinem Verhältniss zur Norm zu erkennen, den Entschluss durch im Dienst des eignen Willens stehende, in ihrer Tragweite erkennbare Kraftäusserung zu verwirklichen und mittels des

¹⁰¹ Binding, Kritik S. 67—71.

Pflichtmotives die Handlung im Einklang mit der Norm zu erhalten. Kürzer: das Vermögen die eigene That im Verhältnisse zur Norm zu erkennen und im Einklange mit ihr zu erhalten.

Die Thaten aller Menschen, denen dabei auch nur Eines dieser Elementarvermögen gefehlt hat, dulden keine Messung an dem Gesetz, mögen sie für das Recht verderblich gewesen sein oder ohne solche Schädigung für ihr Dasein Raum gewonnen haben. Sie sind »Thaten« aber keine »Handlungen« ¹⁰².

Anmerkung. Der gewonnene Begriff der Deliktsfähigkeit ist aus zwei Thatsachen abgeleitet, die jedes positive Recht anerkennen muss und wirklich anerkennt: die Freiheit des Menschen und die Unentbehrlichkeit des Pflichtmotives um die Befolgung der Gesetze seitens des freien Menschen zu sichern. Grade wegen seiner Ableitung aus positivrechtlich anerkannten Thatsachen darf er Anspruch erheben als Begriff des positiven Rechts selbst überall da angesehen zu werden, wo der Gesetzgeber ihn nicht ausdrücklich modificirt hat. Nun haben wenige Fragen der Gesetzgebung solche Verlegenheiten und Schwierigkeiten bereitet wie die der Zurechnungsfähigkeit, mit welchem Namen die Deliktsfähigkeit von kriminalistischer Seite bezeichnet zu werden pflegt. Für den Strafrichter ist nur das Eine von Interesse: wann mit Bezug auf eine bestimmte That Zurechnungsfähigkeit angenommen

¹⁰² Ich würde den Rahmen meiner Abhandlung haben sprengen müssen, hätte ich versucht mich an dieser Stelle mit der reichen Literatur über die Zurechnung im Einzelnen auseinander zu setzen. So verzichte ich auch auf einen Vergleich der von mir gegebenen Definition der Zurechnungsfähigkeit mit den vielfachen anderweiten Definitionen desselben Begriffes. Nur zwei möchte ich erwähnen, da sie mir besonders beachtenswert scheinen: die von Heffter, Lehrbuch § 48 und von Volkmann, Lehrbuch der Psychologie II S. 519. Heffter bestimmt sie als die Fähigkeit der Person »ihre Handlungsweise den bürgerlichen Verpflichtungen gemäss durch Selbstbestimmung einzurichten«. Nach Volkmann »kommt dem Subjekte Zurechnungsfähigkeit zu für alles Wollen, bezüglich dessen sein zur vollen Thätigkeit entwickeltes Vorstellungs Ganze das Vermögen besitzt, das normirende Urtheil zur Vernehmung und das zu normirende Wollen zur Unterordnung zu bringen«. Nur möchte ich nicht glauben, dass diese Definition, wie Volkmann a. a. O. S. 521 meint, mit der von Wahlberg, Princip der Individualisirung S. 71, aufgestellten zusammenfällt.

werden kann, wann nicht? Die Gründe, warum sie wegfällt, interessiren den Juristen als solche gar nicht. Grade das Entscheidende, wann sie da ist, wann nicht, dem Richter zu sagen ist aber für den Gesetzgeber wegen der Complicirtheit und Feinheit des Begriffs so schwierig und misslich, dass es das Geratenste sein dürfte auf einen solchen Versuch vollständig zu verzichten und nur die Altersgrenze zu statuiren, bis zu welcher absolute Deliktsunfähigkeit angenommen werden soll. Da es aber immer noch leichter erscheint den Begriff negativ als ihn positiv zu bestimmen, so versucht es die neuere Gesetzgebung meistens von dieser Seite. Allein auch dieser Weg wird dornenreich, wenn es sich darum handelt vollständig anzugeben, wann Handlungsfähigkeit fehlt. Und so wird die Gesetzgebung auf eine ganz falsche Bahn, nemlich dazu gedrängt, einzelne Gründe des Wegfalls der Zurechnungsfähigkeit aufzuzählen, und da diese Kasuistik nie vollständig werden kann, es der Praxis und der Wissenschaft zu überlassen durch das hier ebenso statthafte als unentbehrliche Mittel der Analogie die Lücken zu füllen. Die kurze Vollständigkeit, die zu erreichen dem Preuss. Landrechte Th. II. T. XX § 7 u. 16 gelungen ist: »Wer durch eine freie Handlung Jemandem widerrechtlich Schaden zufügt, der begehet ein Verbrechen« und »Wer frei zu handeln unvermögend ist, bei dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt« ist wegen ihrer Unbestimmtheit unpraktikabel. Die Unzurechnungsfähigkeit als Mangel der Schuld oder von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bezeichnen heisst den Mangel einer Folge mit dem Mangel der Ursache identificiren, wodurch die Erkenntniss grade nichts gewinnt. Nichts destoweniger geschieht diess öfter in unsern Gesetzbüchern, regelmässig um eine exemplificirnde Aufzählung einzelner Gründe der Unzurechnungsfähigkeit einzuleiten: so Bayr. Gesetzb. v. 1813 A. 119; Oldenburg v. 1814 A. 124; Oesterreich von 1803 § 2 = 1852 § 2; Hannover A. 82. Etwas anders Baden § 70, vgl. § 71 ff., u. Hamburg A. 21 vgl. A. 25 ff. Vgl. auch die bedeut. bayr. Entwürfe von 1827 A. 54 u. 1831 A. 79.

Eine eingehende Besprechung aller der verschiedenen Versuche der neueren Gesetzgebung das Problem der Zurechnungsfähigkeit zu lösen liegt ausser meiner Absicht weil ausser meinem Zwecke. Nur Eines ist mir von Wichtigkeit: der Nachweis, dass principieell überall als Voraussetzung für die Möglichkeit der Pflichtverletzung Kenntniss der Norm seitens ihres Uebertreters und mögliche Wirksamkeit des Pflichtmotives gefordert wird, dass somit jede Gesetzgebung, welche auch nur in einem einzigen Falle auf diese Anforderung verzichtet, mit ihren eigenen Grundsätzen in Widerspruch tritt. Wer sich erst davon überzeugt hat, dass ohne Missachtung des Pflichtmotiva kein Delikt, ohne Kenntniss der Pflicht keine Wirksamkeit des Pflichtmotivs, ohne Kenntniss der Norm (in dem auf S. 66

dargelegten Sinne) keine Kenntniss der Pflicht denkbar ist, die Normunkenntniss also stets eine unverschuldete Unmöglichkeit sie zu befolgen oder zu verletzen begründet, wird sich nicht wundern können, wenn er findet, dass die Gesetzgebung jene beiden Anforderungen wirklich stellt: nur die Inkonsequenzen der Gesetzgebung werden ihn befremden. Ist es doch bei den zahlreichsten und zugleich schwersten Delikten, den vorsätzlichen nemlich, so wie so nicht denkbar, dass sie ohne Normkenntniss begangen werden können!

Meine Belege sondern sich in drei Gruppen: 1) in solche, welche Gesetzeskenntniss als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit oder Gesetzesunkenntniss als Grund wegfallender Zurechnung bezeichnen; 2) in solche, welche das Gleiche thun bezüglich der Fähigkeit zur Erkenntniss der Strafbarkeit oder Widerrechtlichkeit der Handlung; 3) in solche, welche andere Gründe als die Zurechnung ausschliessend charakterisiren.

Ad 1) Dass die Gesetze principiell Kenntniss der Norm als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit aufstellen, würde leichter anerkannt sein, wenn sie nicht unter den Gründen aufgehobener Zurechnung nur die schuldlose Rechtsunwissenheit aufführten. Aber wenn auch nur in einem einzigen Falle Normunkenntniss entschuldigt, so ist principiell ihr Gegentheil als Voraussetzung der Schuld anerkannt. Ob die Unkenntniss auf schuldhafter oder schuldloser Unterlassung beruht, diess wird wohl wichtig für die Beurtheilung, ob die unterlassene Kenntnissnahme Delikt sei oder nicht, aber wahrlich doch nicht für die andere Frage, warum bei der Uebertretung des verkannten Gesetzes die Schuld fehlt. Ihre Schuldlosigkeit folgt lediglich aus der Thatsache und nicht aus der Schuldlosigkeit dieser Unkenntniss.

Wenn nichtsdestoweniger der Gesetzgeber schuldlose Unwissenheit fordert, so macht er von einer ihm zweifellos zustehenden Befugniss Gebrauch, die freilich besser unbenutzt geblieben wäre; er stellt das Delikt der unterlassenen Kenntnissnahme von Gesetzen unter die Strafe schuldhafter Uebertretung derselben. Freilich hat ihn dazu meist wohl der nahliegende Irrtum veranlasst, die ausschliessliche Berücksichtigung der schuldlosen Gesetzesunkenntniss stehe mit dem anerkannten Princip nicht, wie es doch in Wahrheit der Fall ist, in Widerspruch.

Wenden wir uns zu den Quellen! Nach dem Bayr. Gesetzbuch von 1813 A. 120. 121 (= Oldenburg 1814 A. 125. 126) macht (schuldlose) Unwissenheit der Unerlaubtheit und Unsträflichkeit der Handlung straflos; nicht minder Vollbringung der That in (unverschuldeter) Verwirrung, »worin sich der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit nicht bewusst gewesen ist«. Taubstumme sind straflos, »wofern sie nicht über die Unerlaubtheit und bürgerliche Strafbarkeit ihrer Handlung gehörig unterrichtet gewesen sind«. Es begnügen sich diese beiden Gesetzbücher also nicht einmal mit der Kenntniss der

Norm, sondern sie ziehen die Konsequenz der psychologischen Zwangstheorie und fordern Kenntniss der Strafbarkeit. Dass die psychologische Zwangstheorie diess thun muss, wird allgemein zugegeben; um so einstimmiger sollte man aber auch darüber sein, dass auch bei scharfer Scheidung von Norm und Strafgesetz zwar nicht mehr Kenntniss des Strafgesetzes, wohl aber Kenntniss der Norm als Voraussetzung der Zurechnung gefordert werden muss. Denn die Aufgabe des Strafgesetzes nach Auffassung Feuerbachs und die Aufgabe der Norm fallen insofern zusammen, als beide zur Begründung des Gegenmotivs gegen die Neigung zu gewissen Handlungen dienen sollen. — Die beiden Gesetze stehen aber mit ihrer Forderung der Kenntniss des Strafgesetzes nicht allein, sei's nun dass diese weitgehende Wissenschaft ausdrücklich für alle, oder nur für bestimmte Personenklassen wie Taubstumme als Voraussetzung der Zurechnung hervorgehoben wird. So will Württemberg A. 99 schuldlose Unkenntniss des Strafgesetzes die Strafe ausschliessen lassen. Hessen A. 37 n. 2 u. 3 = Nassau A. 35 n. 2 u. 3 lässt die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werden durch einen Zustand »in welchem das Bewusstsein der Strafbarkeit der That aufgehoben war«. (Ebenso Lübeck § 38.) Taubstumme bleiben straflos »wenn mit Gewissheit anzunehmen ist, die Sträflichkeit ihrer Handlung und deren Folgen sei von ihnen nicht erkannt gewesen«. Baden § 71 bestimmt: »Die Zurechnung ist ausgeschlossen durch jeden Zustand, in welchem das Bewusstsein der Strafbarkeit der Handlung oder die Willkür des Handelnden fehlt«. Hannover A. 84, 6 ordnet Strafflosigkeit an, »wenn die Person in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit die von ihr ausgeführte Handlung nach bürgerlichen Gesetzen für erlaubt gehalten hat; u. A. 84, 9: »Wenn eine nicht vorher beschlossene That begangen ist in irgend einem unverschuldeten Zustande einer solchen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin der Thäter seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit sich nicht bewusst sein konnte«. Taubstumme bleiben nach A. 83, 5 straflos, »wofern sie nicht von der Unerlaubtheit oder Strafbarkeit ihrer Handlungen unterrichtet sind«.

Ad 2) Nicht eine Wissenschaft vom Gesetz sondern eine bestimmte Erkenntnisfähigkeit des Thäters bezüglich der Strafbarkeit oder der Widerrechtlichkeit seiner That wird entweder als allgemeines Erforderniss der Zurechnung oder wieder nur als besondere Voraussetzung für die Verantwortlichkeit gewisser Personenklassen, der blödsinnigen, jugendlichen oder taubstummen Thäter, vielfach aufgestellt. Allgemein geschieht diess in dem interessanten Preuss. Entwürfe von 1827 § 111, welcher ausser der Willkür die Fähigkeit verlangt »die Unrechtmässigkeit der Handlung dabei einzusehen«, ein Grundsatz, den erst die Revision von 1845 fallen liess; ferner in Sachsen von 1855 A. 87 = 1868 A. 87, welches die Fähigkeit der Selbstbestim-

mung bei Personen über 14 Jahren präsumirt, sofern nicht nachgewiesen wird, »dass ihnen die Geisteskräfte, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten unterscheiden zu können, gänzlich fehlen«; endlich in Bayern v. 1861 A. 67, welches die Zurechnung ausschliesst, »wenn dem Handelnden zur Zeit der That . . . die Fähigkeit der Selbstbestimmung und die zur Erkenntniss der Strafbarkeit der That (sic!) nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat«. Diese letztere Fähigkeit verlangen gelegentlich der Feststellung der Zurechnungsfähigkeit der Blödsinnigen: Bayern v. 1813 A. 120. 3 = Oldenburg 1814 A. 125, 3, und Hannover A. 63, 3; der Taubstummen: Sachsen-Meiningen v. 1844 A. 67; Baden § 77; Thüringen A. 62, 2; Reichsstrafgesetzbuch A. 58; der jugendlichen Thäter: Reichsstrafgesetzbuch § 56. 57. Im Anschluss an den Code pénal A. 66 wird das Kriterium für die Handlungsfähigkeit jugendlicher Thäter mehrfach darin gefunden, dass sie mit der »hinlänglichen Unterscheidungskraft« oder »mit Unterscheidungsvermögen« (discernement) oder mit der erforderlichen Ausbildung »zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Handlung« gehandelt haben: nicht von dem verkehrten A. 99 des Hannov. Strafgesetzbuchs, wohl aber von Hessen A. 115; Nassau A. 114; Preussen § 42. 43; Württemberg A. 96; Baden § 79; Bayern v. 1861 A. 76; Lübeck § 42.

Bestimmt man diess Unterscheidungsvermögen richtig als das Vermögen Recht und Unrecht zu unterscheiden und die projektirte That in ihrer Unerlaubtheit zu erkennen, und analysirt man dann alle diese geforderten Fähigkeiten, so bestehen sie in einem Vermögen der Vergleichung der projektirten That einerseits mit den Normen resp. Strafgesetzen andererseits. Diese Vergleichung ist nur denkbar bei vorhandener Kenntniss jener Rechtssätze; ohne sie wird sie grade so unmöglich, als wenn Jemand nicht weiss, dass er thätig werden wird. Principiell ist also Gesetzeskenntniss wieder notwendige Voraussetzung jener Fähigkeit.

Da zu den Gesetzen, welche für jugendliche und taubstumme Personen Freisprechung vorschreiben, »falls sie bei Begehung ihrer That die zur Erkenntniss ihrer **Strafbarkeit** (nicht nur der Rechtswidrigkeit) erforderliche Einsicht nicht besassen«, auch das Reichsstrafgesetzbuch (§ 56. 57. 59) gehört, so ist näher festzustellen, welche von zwei möglichen Auslegungen dieser Stellen die richtige ist. Entweder nemlich heben sie die zur Erkenntniss der Strafbarkeit einer That erforderliche Einsicht als ein allgemeines Requisit der Zurechnungsfähigkeit nur gelegentlich der Erwähnung dieser Personenklassen ausdrücklich hervor, gehen also von einem falschen Begriff der Zurechnungsfähigkeit aus, oder sie verlangen für die Strafbarkeit dieser beiden Personenklassen ausser der Zurechnungsfähigkeit (in richtiger Umgrenzung) noch

als Plus die Fähigkeit zur Erkenntniss der Rechtsfolgen ihrer widerrechtlichen Handlungen. Ein Junge von 17 Jahren, der mit vollem Bewusstsein seines Delikts einen kleinen Diebstahl beginge, ihn aber für straflos halten müsste, wäre denn trotz seiner Handlungsfähigkeit freizusprechen. Wenn man sich aber vergegenwärtigt, wie dem Gesetz die Scheidung von Norm und Strafgesetz, von Delikt und Verbrechen ganz fremd ist, und wie bei vorhandener Deliktsfähigkeit der jugendlichen und taubstummen Personen gar kein Grund zu ihrer Privilegierung in dem Sinne vorliegt, dass sie mit Strafe verschont werden sollten, in die andere Zurechnungsfähige zu verfallen wären, so wird man nicht länger zweifelhaft bleiben, dass eine solche feine Distinktion, wie sie die zweite Auslegung in die §§ 56—58 hineinträgt, diesen völlig fremd ist, und dass sich diese erklären aus der üblichen falschen Beziehung der Zurechnungsfähigkeit statt auf die Norm auf das »strafgesetzhche Verbot der Handlung«.

Dagegen spricht auch nicht, dass laut den Motiven des Entwurfes III zu § 54 »die zur Erkenntniss der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Einsicht« nur dem »Unterscheidungsvermögen« substituiert wurde, welches der Entwurf I § 51 zur Bestrafung jugendlicher Personen forderte, und dass der Verf. der Motive des Entwurfs I sagt, diese »erachteten den Begriff des Unterscheidungsvermögens für wesentlich verschieden von dem der Zurechnungsfähigkeit«. (So auch Schwarze, Kommentar zu § 56.) Denn die Zurechnungsfähigkeit, von der hier gesprochen wird, ist durchaus nicht identisch mit der Handlungsfähigkeit ad hoc, die ich beständig im Auge habe, und Alles, was die Motive z. E. I als Kriterium des Unterscheidungsvermögens aufführen, ist zur Handlungsfähigkeit ad hoc unentbehrlich.

So verlangt das Gesetz für die Bestrafung jugendlicher und taubstummer Personen, wie auch allein richtig, nicht mehr als ihre Zurechnungsfähigkeit. Wenig klar, aber wahrscheinlich falsch Oppenhoff, Kommentar 4. Aufl. § 55 n. 3, und Schütze in dem wenig förderlichen Aufsatz in Goltdammers Archiv XXI. S. 139—152, bes. S. 151. Richtig Berner, Lehrbuch § 77 a. E.; Schütze, Lehrbuch 1. Aufl. § 39 n. 23; wohl auch Meyer, Lehrbuch § 25 (S. 146).

Sofort erheben sich aber die Fragen: ist denn nun in Wahrheit die zur Erkenntniss der Strafbarkeit nötige Einsicht als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit nach deutschem Reichsrecht zu verlangen, oder bedürfen die §§ 56—58 einer berichtigenden Erklärung? Die letzte ist zu bejahen, die erste zu verneinen. Nichts deutet darauf hin, dass das Reichsgesetz den Begriff der Zurechnungsfähigkeit mehr als nötig verengen will; hätte es diess gewollt und gethan, so müsste zum Vorsatz Bewusstsein der Strafbarkeit erfordert werden, was zweifellos im Gesetze nicht geschieht. Und so darf der richtige Begriff der Zurechnungsfähigkeit zugleich als der vom gemeinen deutschen Strafrecht approbirte angesehen werden!

Ad. 3: Dass unsere Gesetze die Handlungsfähigkeit ausschliessen, wenn das Pflichtmotiv im einzelnen Falle nicht wirksam sein kann, beweisen inreichend zwei anerkannte Gründe des Wegfalls derselben: nicht der Zwang, wohl aber die Geisteskrankheiten, und dann der Notstand, sofern er als solcher Aufhebungsgrund gefasst wird, insbesondere die Aufnahme der gefährlichen Drohungen unter diese Gründe (vgl. darüber die trefflichen Ausführungen Wächters Handbuch des Sächsischen Strafrechts bes. S. 384 ff. und Reichsstrafgesetzbuch § 52). Von den Thaten der Geisteskranken interessieren hier am Meisten diejenigen, in welchem der Kranke mit röstem Verständnisse für die Wirksamkeit der in Bewegung gesetzten Tausalitäten ausgestattet ist und mit ebensolcher Klarheit die deutlich vorstellte That als eine verbotene, ja vielleicht als eine strafbare erkennt. Was fehlt hier dem Thäter zum Dolus? Allein das Moment, dass zufolge der Verrückung seines Vorstellungslebens das Pflichtmotiv nicht genügend wirken kann, weil die Vernünftigkeit dieses Motivs dem Verurtheilten nicht zum Bewusstsein kommen kann. Treffend bezeichnen unsere Gesetze diesen Grund wegfallender Zurechnungsfähigkeit als den Zustand, worin Jemand seines »Vernunftgebrauches«, auch wohl seines Verstandesgebrauchs beraubt ist: Bay. 1813 A. 120 = Oldenburg 514 A. 124 (vgl. Bay. Entwurf v. 1827 A. 51 u. von 1831 A. 81); Oesterreich v. 1803 § 2 = 1852 § 2; Württemberg A. 97; Hannover A. 83; Sachsen-Altenburg A. 67; Sachsen 1855 L. 87 = 1868 A. 87; Thüringen A. 62; Braunschweig § 30; Hamburg A. 25. Von »Verwirrung der Sinne oder des Verstandes« sprechen Hessen A. 37; Nassau A. 35; Baden § 75. — Was den Notstand anlangt, so muss die psychologische Zwangstheorie ihn als Grund aufgehobener Zurechnung fassen, allein nicht desshalb, weil er das Pflichtmotiv sondern weil er das Strafgesetz paralytirt; überall da aber, wo diese Theorie verlassen und zugleich die Rechtmässigkeit der massvollen Notstandsverletzung nicht anerkannt wird, kann der Notstand entschuldigende Kraft nur dadurch erhalten, dass dem Rechte das Pflichtmotiv den Notstand zu bestehen gegenüber dem starken Trieb der Selbsterhaltung als zu schwach erscheint und es somit die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung anerkennen muss. Alle Gesetze, welche die gefährlichen Drohungen der physischen Gewalt gleich stellen, finden den Grund der Unzurechnungsfähigkeit des Bedrohten nur in der Ohnmacht des Pflichtmotivs gegenüber der Aussicht auf die angedrohten Leiden. Alle diejenigen aber, welche mit v. Wächter a. a. O. S. 364 die Straflosigkeit der Notstandsverletzung daraus ableiten, dass das Recht die Menschen nicht dafür verantwortlich machen könne, dass sie keine Helden seien, führen, auch wenn sie diess nicht Wort haben wollen, die Straflosigkeit auf die Ohnmacht des Pflichtmotivs, also auf Deliktsunfähigkeit des Thäters zurück. —

Wie wenig mit dieser principiell richtigen Stellung zur Zurechnungsfrage die gesetzlichen Präsumtionen der Gesetzeskenntniss in Einklang stehen, bedarf kaum weiterer Betonung. Ueber diese Präsumtionen vgl. noch unten § 40.

§ 35. IV. Individueller Umfang der Handlungs- und insbesondere der Deliktsfähigkeit.

Nennt man Handlungen die Willensbethätigungen eines Handlungsfähigen, so erweckt diess den Anschein, als zerfielen die Menschen in zwei grosse Massen, die der Handlungsfähigen und die der Handlungsunfähigen, und Alles sei That, was von diesen, Alles Handlung, was von jenen ausgehe. Nichts aber ist gefährlicher und desshalb bekämpfenswerter als grade eine solche Scheidung. Denn giebt es auch absolut handlungsunfähige Individuen, so ist doch kein Mensch zu finden, der obgleich von gereifter Einsicht und geistig gesund mit Bezug auf alle seine Willensäusserungen als handlungsfähig bezeichnet werden dürfte. Diess folgt schon daraus, dass nach den Satzungen des Rechts das Gebiet absoluter Handlungsunfähigkeit für die Einzelnen sich sehr allmählich mit dem Fortgang ihrer Jahre verengt: am frühesten zu Gunsten von Erwerbshandlungen der impuberes, am spätesten zu Gunsten solcher Handlungen, welche wie die Ausübung des Richteramtes ebensosehr die Reife des Intellektes als des Charakters zur Voraussetzung haben.

Für die Deliktsfähigkeit und ihre Erfordernisse insbesondere beweist das römische Recht ein sehr feines Verständniss, indem es die impuberes für absolut unfähig zwar nicht zu *furtum*, *injuria* und *damnum injuria datum*, wohl aber beispielsweise zu *falsum* erklärte. Kenntniss und Bedeutung der verschiedenen Pflichten gehen dem Menschen nicht an einem Tage auf, und wenn auch das heutige gemeine Recht die absolute Unfähigkeit zu Diebstahl, Aufruhr, Meineid und Hochverrat nicht zu verschiedenen Zeitpunkten enden lässt, so ist doch auch heute daran festzuhalten, dass derselbe Mensch fähig, weil alt genug, zum Diebstahl und

unfähig, weil noch nicht alt genug, zum Verbrechen der Münzfälschung oder des Landesverrates sein kann.

Aber selbst bei vorhandenem Verständniss für bestimmte Arten der Pflicht können sich ihr widersprechende und ihr gemässe Willensäusserungen als Zufall darstellen. Wie oft geht es über des Thäters Kräfte sie in ihrem Einklang oder ihrer Feindschaft zur Norm zu erfassen: oder die That ist nicht Ausfluss seines eigenen, sondern eines fremden Willens: oder sie wird durch gewaltige unberechenbare Nebenbedingungen in ganz andere als die in Aussicht genommenen Bahnen gerissen und langt so bei unvoraussehbaren Zielen an. So muss bei jeder einzelnen Kraftäusserung, welche auf dem Rechtsgebiete Wirkungen hervorgebracht hat, stets von Neuem gefragt werden: ist sie Handlung, ist sie Zufall? oder, was dasselbe ist, ging sie aus von einem ad hoc Handlungsfähigen oder nicht? Die Handlungsfähigkeit ist eben durchaus keine dauernde Eigenschaft auch nur einer Klasse von Menschen. Sie kommt und geht eben so schnell wieder¹⁰³. Ob sie da ist, lässt sich nie a priori für eine Reihe künftiger Thaten, sondern stets nur a posteriori für eine geschehene That feststellen.

Da nun diese Fähigkeit grossentheils bedingt ist durch individuelle Kenntnisse und Erfahrungen der verschiedensten Art, so leuchtet schon von selbst ein in wie verschiedenem Umfange sie bei den einzelnen nicht absolut handlungsunfähigen Menschen vorhanden sein muss. Wie weit gehen nicht die Erfahrungen über Wirksamkeit des Kausalitätsgesetzes bei verschiedenen Menschen auseinander: Begabung und Erziehung, Liebhaberei und Beruf, Absicht und Zufall drängen den Einen zu reichen unverlierbaren Wahrnehmungen nach einer bestimmten Richtung, welche seinem Zwillingsbruder vielleicht durchaus fremd bleiben. Ja dieselben Menschen können für bestimmte Anwendungen ihrer Kraft

¹⁰³ Gut Hälschner, System I S. 119: »Der Zustand der Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit kann möglicherweise in dems. Individuum in schnellem Wechsel auf einander folgen«. S. auch Volkman, Lehrbuch d. Psychologie II S. 520: 521.

die Handlungsfähigkeit in eminentem Maasse besitzen und zu viel einfacheren Handlungen unfähig sein¹⁰⁴.

Die bittersten Feinde der Handlungsfähigkeit normaler Menschen, denen sie immer und immer wieder zum Opfer fallen, sind der Schlaf und der unvermeidliche Irrthum.

Aus dem Gesagten folgt: ein Normal- oder Durchschnittsmaass des Umfangs der Handlungsfähigkeit bei dem nicht mehr absolut Handlungsunfähigen angeben zu wollen wäre ein eben so unmögliches als müssiges Beginnen. Da es kein Normalmaass giebt, muss auch der so vielfach angewandte, ein solches Maass voraussetzende Begriff der »beschränkten Handlungsfähigkeit« fallen gelassen und mit dem der »beschränkten absoluten Handlungsunfähigkeit« vertauscht werden¹⁰⁵.

Da es kein Normalmaass giebt, darf dessen Vorhandensein auch nicht präsumirt werden, und ebenso ungerechtfertigt wäre es aus öfter konstatirter Handlungsfähigkeit desselben Menschen ihr Vorhandensein in grösserem Umfang zu präsumiren.

Die Handlungsfähigkeit steht vielmehr immer nur zur Frage bezüglich einer bestimmten einzelnen That, und die Antwort auf diese Frage ist nur durch genaue Prüfung der individuellen Befähigung grade zu dieser That zu finden¹⁰⁶.

¹⁰⁴ S. schon Oersted, Grundregeln S. 236, 237, u. Weber, Ueber die Arten des Dolus im N. A. d. Cr.-R. VII S. 561, 562. Vgl. auch Wahlberg, Princip der Individualisirung S. 93, 96, 97; ders. Criminalistische und nationalökon. Gesichtspunkte S. 32; Geyer, in v. Holtzendorff's Encykl. I S. 669. Falsch Maudsley, die Zurechnungsfäh. der Geisteskranken S. 23: »Der Gesetzgeber kann keine Rücksicht nehmen auf individuelle Verhältnisse: ihm muss die geistige Kapazität an Erkennen von Recht und Unrecht, ihm muss die moralische Befähigung zum Niederhalten gesetzwidriger Antriebe eine unveränderliche Grösse! sein«.

¹⁰⁵ Dieselbe Vertauschung hat Platz zu greifen bei der Rechtsfähigkeit, denn auch für sie giebt es kein Normalmaass.

¹⁰⁶ Das richtige Sachverhältniss wird einfach umgedreht von Röder, Gerichtssaal 1874 S. 10. Danach erklärt das »rechtl. Urtheil der Zurechnungsfähigkeit«, dass der Thäter zwar mit Bezug auf seine That

Es giebt absolut handlungsunfähige, aber nicht einmal für bestimmte Thatgruppen absolut handlungsfähige Menschen ¹⁰⁷.

Nur für das grosse Gebiet der Rechtsgeschäfte ist es schlechterdings unmöglich den Bestand jedes Geschäfts abhängig zu machen von einer Prüfung der Handlungsfähigkeit der das Geschäft vornehmenden Personen; das Civilrecht bedarf einer *praesumptio juris* für individuelle Existenz derselben von einem bestimmten Zeitpunkt individueller Reife an. Und so ergiebt sich der grosse Unterschied, dass das Ende der absoluten Unfähigkeit zu Delikten nicht zugleich den Anfang der Präsumtion für Deliktsfähigkeit überhaupt oder in bestimmtem Umfange bedeutet, während das Ende der absoluten gänzlichen oder theilweisen Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften allerdings mit dem Anfang der Präsumtion für Fähigkeit zu Rechtsgeschäften zusammenfällt.

Daraus erklärt sich denn auch leicht die auf den ersten Blick sehr auffallende Thatsache, dass die Unfähigkeit zu Delikten früher zu enden pflegt als die zu Rechtsgeschäften ¹⁰⁸. Diess geschieht wahrlich nicht desshalb, weil es in jedem Falle leichter ist die Bedeutung eines Verbrechens, als die eines Rechtsgeschäftes zu würdigen ¹⁰⁹, — eine Thatsache, deren Unrichtigkeit einleuchtet, wenn wir einen Hoch-

«als innerlich unfrei und unmündig» zu betrachten, im Uebrigen aber der vernünftigen Selbstbestimmung fähig sei.

¹⁰⁷ Die Konsequenzen der entgegengesetzten, durchaus falschen Auffassung zieht Luden, Abhandl. II S. 202. Danach gehört zur «Handlung» Zurechnungsfähigkeit des Handelnden durchaus nicht: «Ist doch auch in der That die Zurechnungsfähigkeit kein Zustand, der mit der Handlung selbst in Verbindung steht, da er vor und nach der Handlung kein anderer ist, als während derselben». Principiell auf dems. Standpunkte wie Luden steht Berner, Imputationslehre S. 37 mit dem falschen Satze: «Ehe man Jemandem Etwas irgend wie zurechnen kann, muss feststehen, dass ders. überhaupt zurechnungsfähig sei». Gegen Luden trefflich Köstlin N. Revis. S. 132 ff.

¹⁰⁸ Einigermassen anders im Oesterreich. Rechte. S. Unger, System des österreich. Privatrechts I S. 283.

¹⁰⁹ So u. A. Goldschmidt, in seinem schönen Aufsatz «Von der Verpflichtung der Unmündigen» im Archiv f. civil. Praxis XXXIX S. 425 ff.; neuerdings wieder Schaper in v. Holtzendorff's Hand-

verrat mit einem Kauf oder Tausch oder einem Darlehn vergleichen —, vielmehr nur aus dem Grunde, weil die Fähigkeit des Thäters zu dem einzelnen Delikt in jedem einzelnen Falle doch noch untersucht werden muss, während das Ende der Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften das Recht zugleich veranlasst für ganze Personengruppen Handlungsfähigkeit im bestimmtem Umfange zu präsumiren. Eine solche allgemeine Annahme für Menschen der verschiedensten Begabung und für Rechtsgeschäfte sehr verschiedener Art und Complicirtheit ist natürlich erst von späteren Terminen an statthaft¹¹⁰.

§ 36. V. Die Anforderungen der Normen an die Handlungen und die vollkommene pflichtmässige Handlung.

Ob eine Handlung verboten sei oder erlaubt bestimmt allein das Gesetz, in voller Unabhängigkeit von dem Urtheile ihres Urhebers. Erachtet doch Mancher das Unstatthafte, was er will, für statthaft und unterlässt umgekehrt das Erlaubte, weil er es verboten wähnt. Soweit dieser Irrtum ein unvermeidlicher ist, stellen sich seine Folgen als Zufall dar, der ertragen werden muss; kann er aber vermieden werden, so wirkt er nach zwei Seiten empfindlich. Alle Verbote wollen die menschliche Freiheit nur so weit beschränken, als diess unbedingt nötig ist um den Zweck des Verbotes zu erreichen. Lässt sich nun Jemand durch den falschen Glauben, was er plane, sei Delikt, von der Handlung abhalten, so fesselt er sich unnötig; lässt er sich umgekehrt durch den Irrtum über den Delikts-Gehalt seines

buch II S. 163 u. v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtl. Psychopathologie S. 43.

¹¹⁰ Ich finde es desshalb auch nicht principiell zu rechtfertigen, wenn Geyer in v. Holtzendorff's Rechtslexikon d. v. Altersstufen sagt: „Sachgemäss ist es, erst nach Erreichung jenes Lebensalters, mit welchem das Civil-Recht die volle Handlungsfähigkeit eintreten lässt, also nach Eintritt der Grossjährigkeit, volle strafrechtliche Zurechnung anzunehmen“.

Entschlusses zu dessen Verwirklichung fortreissen, so streift er ungehöriger Weise [das Band [ab, womit ihn das Recht binden wollte, und die Welt ist nicht nur um einen Irrtum sondern um ein Unrecht reicher. Jene unnütze Selbstbeschränkung [fällt zu Lasten dessen, der sie sich aufliegt; dieses unbeabsichtigte Vergehen schädigt die Rechtswelt nicht geringer, als wenn es [als solches beabsichtigt gewesen wäre.

Nun lässt sich nirgends eine Spur dafür auffinden, dass die Normen von dem Einzelnen nicht in dem Maasse befolgt zu werden verlangten, als [sie von ihm befolgt werden können. Allerdings sind sie Verbote mit Ausnahmen; aber die Ausnahme hat den [Inhalt, dass sie erlaubt, nicht den andern in sich widerspruchsvollen, dass sie auch nur in geringem Umfange dem Handlungsfähigen [seine Nachlässigkeit nachsehen wolle, wenn er verbotene Handlungen vornehme. Es nimmt vielmehr die Norm die Handlungsfähigkeit für den vollen Bereich ihres Bestehens in Anspruch: denn in möglichst weitem Umfange [sollen [vermittelt ihrer normale Handlungen erzielt werden¹¹¹. Wie hat sich der Handlungsfähige seiner Fähigkeit zu bedienen? In welcher Weise muss er vorgehen, um den Anforderungen der Norm völlig zu entsprechen? Wie ist also die vollkommen pflichtmässige Handlung beschaffen?

Da Jeder nur das Rechte thun soll, da Unrecht und Recht von seiner Meinung unabhängig sind, da er nur den Willen verwirklichen darf, der einen erlaubten Inhalt besitzt, da dem Einzelnen über den juristischen Gehalt seiner Entschlüsse nur seine eigene Ueberlegung Klarheit verschaffen kann, so ist die sorgfältige Ueberlegung vor und während der That [das einzige Mittel ihr die Rechtmässigkeit zu wahren¹¹². Da, wer den Zweck will, auch die zu seiner Erreichung unentbehrlichen Mittel

¹¹¹ Richtig Baumeister, Bemerkungen S. 47: »Da das objektive Recht die Form des Imperativs, des Sollen hat, so findet es seine Schranke in dem Können, der Möglichkeit für das Subjekt«.

¹¹² Gute Bemerkungen bei Baumeister, Bemerk. z. Strafgesetzbuch S. 20—22.

wollen muss, so fordert der Gesetzgeber, indem er Handlungen verbietet, zugleich die Anwendung jenes Mittels widerrechtliche Handlungen zu meiden¹¹³. Jenes Mittel besteht weil in Anspannung der Denkkraft in einer Thätigkeit: die Anwendung des Mittels muss also geboten, der Mensch zu einem Thun verpflichtet werden. Grade desshalb enthalten alle Normen verbietenden Inhalts im Interesse ihrer Befolgung ein Gebot der Anspannung der Denkkraft. Und ganz entsprechend verhält es sich bei den Geboten. Sie appelliren an die menschliche Urtheilskraft, damit sie erkenne, was geschehen soll, und somit ihrem Träger eine Mahnerin werde zur That: sie lassen sich also scheinbar in zwei Gebote zerlegen.

Es ist nun von der grössten Wichtigkeit das Verhältniss jener Gebote der Mittel zu den Verboten und Geboten der Zwecke klar zu stellen¹¹⁴. Es lässt sich dasselbe nur auf drei Weisen denken. Entweder als Verhältniss der Koordination gleich selbstständiger Rechtssätze. Weil die regelmässige Befolgung der Normen ohne Anspannung der Denkkraft unmöglich ist, stellt der Gesetzgeber diese Pflicht der Aufmerksamkeit ganz selbstständig und in grösster Allgemeinheit den einzelnen Normen nicht zu tödten, nicht die Ehe zu brechen, keinen Incest zu begehen u. s. w. gegenüber. Dass die Erfüllung jener ersten Pflicht Voraussetzung der Erfüllung der letzteren ist, wirkt dann für den Gesetzgeber nur als Motiv, ohne dass es ihn veranlasste, jenes eine Gebot in eine Abhängigkeit von den vielen Verboten oder Geboten zu bringen, in deren Interesse es erlassen ist¹¹⁵.

¹¹³ Vgl. auch Abegg, Lehrbuch § 85. — Sehr richtig sagt Grolmann, Grundsätze § 45 n. b.: »Bey der Unbesonnenheit des Handelns als Regel gedacht würde sich ein rechtliches Verhältniss durchaus auch nicht einen Augenblick denken lassen«.

¹¹⁴ In seiner Verkennung liegt einer der Hauptgründe für die Verwirrung, die gegenwärtig in der Schuldlehre herrscht und hie und da gradezu eine Fälschung der Grenze zwischen Recht und Unrecht herbeigeführt hat. Ihre Kritik unterbleibt hier, weil sie eine besondere Ausführung fordert; s. unten § 43.

¹¹⁵ Scheinbar, aber auch nur scheinbar steht auf diesem Standpunkte

n Gesetz, welches diesen Standpunkt einnimmt und konsequent festhält, kennt ein besonderes Unterlassungsvergehen der Denkfaulheit, das sowohl vorsätzlich als fahrlässig begangen werden kann, das vorliegt, auch wenn der Handelnde keine andere Normen übertreten, seine Unvorsichtigkeit also nicht die geringsten übeln Folgen gehabt hat, und das auch in diesem Falle strafbar sein könnte, falls nur die Frivolität der Unachtsamkeit den höchsten Grad erreicht hätte. Ist aber in Folge der Denkfaulheit eine Sachschädigung oder eine Körperverletzung eingetreten, so scheint dieser Erfolg für das Unterlassungsdelikt als ganz relevant, und es liegen streng genommen zwei konkurrierende Delikte, das der Unachtsamkeit und das der Verletzung aus Unachtsamkeit vor. Soll nun jene Unterlassung des Denkens nicht doppelt bestraft werden¹¹⁶, so hat der Gesetzgeber nur die Wahl entweder ausschliesslich das Erste oder die zweite der Delikte oder zweckmässiger nur das Zweite unter Strafe zu nehmen: er muss sich für diese Konkurrenzfälle entscheiden, entweder alle kulpösen Delikte dem einen Verbrechen der Denkfaulheit oder dieses eine Unterlassungsdelikt den kulpösen Verbrechen zu opfern. Letzternfalls würden die Uebertretungen des Denkgebots nur insoweit noch selbständiges Verbrechen bleiben können, als aus der Unachtsamkeit des Handelnden eine Verletzung oder Gefährdung

Bayern 1813 A. 64 (= Oldenburg 1814 A. 59 u. wesentlich = Hannover A. 76): »Jeder Unterthan ist schuldig, gefährliche Handlungen zu unterlassen, und in jedem Unternehmen mit gehöriger Aufmerksamkeit zu verfahren, damit er auch nicht unabsichtlich Andere an ihren Rechten verletze, oder Gesetze des Staates übertrete. Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuche enthaltene Uebertretung entstanden ist, wird desshalb wegen Vergehen aus Fahrlässigkeit verantwortlich«. Vgl. auch Preuss. Landrecht I. 3 § 16 u. 17.

¹¹⁶ Ich setze dabei ein Gesetz voraus, welches dem durch und durch umkehrten Begriff der Ideal-Konkurrenz nicht huldigt, und die Thatfache der Verbrechensmehrheit nicht wie das R.-Str.-G.-B. § 71 als Strafausschliessungsgrund für alle Verbrechen mit Ausnahme von Einem betrachtet.

von Rechtsgütern nicht resultirt wäre. Wollte der Gesetzgeber diese Fälle mit Strafe verschonen, so hätte die Aufstellung eines besonderen Delikts der Unachtsamkeit gar keinen Zweck mehr. Ersterenfalls läge es nahe, neben dem einfachen Unterlassungsverbrechen noch ein qualificirtes für den Fall aufzustellen, dass in Folge der Unaufmerksamkeit seitens des Thäters wider dessen Absicht eine andere Norm übertreten worden wäre: es würde also die Thatsache der Konkurrenz eines kulpösen Deliktes mit dem besagten Unterlassungsverbrechen strafscharfend für Letzteres wirken müssen. Zu selbstständigen kulpösen Verbrechen würde man aber auf diesem Wege nie gelangen.

So vielfach nun auch die Doktrin diesem ersten möglichen Standpunkt zuneigt, so wenig ist sie dazu berechtigt: denn es giebt kein einziges positives Recht, welches ein selbstständiges Unterlassungsdelikt der Denkfaulheit angenommen hätte. Dagegen finden wir überall eine Anzahl selbstständiger fahrlässiger Verbrechen und nirgends die Auffassung, dass die unbewusst rechtmässige und die unbewusst rechtswidrige Handlung dasselbe Unterlassungsdelikt der Unaufmerksamkeit enthielten, nur jene in Konkurrenz mit einer erlaubten, diese in Konkurrenz mit einer verbotenen Begehung.

Jenes Verhältniss der Verbote zum Gebote der Aufmerksamkeit ist aber möglicherweise auch das der Koordination einer Hauptnorm und eines speciellen Nebengebotes im Interesse der ersteren die Aufmerksamkeit anzuspannen, welches letztere kraft seines accessorischen Charakters mit der Hauptnorm stünde und fiel. So viele Hauptnormen es gäbe, so viele begleitende Gebote würden existiren das Bewusstsein darüber aufzuklären, ob die projektirte Handlung Tödtungshandlung oder Sachbeschädigung oder Incest oder Freiheitsberaubung sei ¹¹⁷.

¹¹⁷ Dass diese accessorischen Gebote nicht mit den Gefährdungsverboten zusammenfallen würden, sollte sofort einleuchten; s. aber unten § 42.

Allein alle die Nachtheile, welche sich aus der ganz selbstständigen Existenz des Aufmerk-Gebotes ergeben würden, kehren hier wieder. Wieder stünden wir vor diesem eigenthümlichen Delikt, dessen Schauplatz ganz im Inneren des Menschen läge und dessen einziges Resultat ein mangelhaft aufgehelltes Bewusstsein wäre. Wieder gäbe es einen besonderen Vorsatz der Unaufmerksamkeit und eine besondere Fahrlässigkeit für dieses Delikt. Wieder theilten die unaufmerksame aber unschädliche und die unaufmerksame aber schädliche Handlung dasselbe Deliktsmoment: wieder stellten sich die letzteren Handlungen als Fälle der Konkurrenz von Tödtung und Brandstiftung einerseits und von Denkfaulheit andererseits dar. Nur das Eine dürfte zufolge der accessorischen Natur jener Gebote sich ändern. Da das Nebengebot dann nur zur Sicherung der Hauptnorm dienen sollte, würde die unschädliche Unaufmerksamkeit mit Strafe zu verschonen sein: die Unaufmerksamkeit aber, welche die Uebertretung der Hauptnorm zur Folge gehabt hätte, würde nur als Bestandtheil der kulpösen Verbrechen mit zur Bestrafung gelangen können: es gäbe also wohl ein Delikt, aber kein Verbrechen der Unaufmerksamkeit.

Wiederrum lässt sich nun aber kein Recht nachweisen, welches neben jede Hauptnorm noch ein solches Nebengebot setzte im Interesse des Hauptverbotes die Augen aufzuthun. Es giebt also auch kein accessorisches Delikt der Denkfaulheit, und zwar einfach desshalb nicht, weil dasselbe ebenso sinnlos als unnötig ist. Denn die dritte mögliche Gestaltung des Verhältnisses jener Pflicht der Aufmerksamkeit zu den übrigen Pflichten ist die einzig normale und die einzig vorkommende.

Jene Aufmerksamkeitspflicht ist weiter gar nichts anderes als ein konstanter Theil aller einzelnen durch die Normen begründeten Pflichten, nie ein selbstständiges Gebot. Die Pflicht nicht zu tödten verbindet den Verpflichteten implicite zur Achtsamkeit, dass er nicht tödte: die Pflicht keine fremde Sache zu beschädigen heischt von dem Untertanen Aufmerk-

weder pflichtgemäss oder pflichtw
 lung im Einklang mit der Norm g
 rechtmässig, und mag ihr Urheb
 verfahren sein, so erhält sie da
 deliktischen Zusatz; widerspricht
 Norm, so ist sie ganz pflichtwidrig
 wohlgesinnten Unbesonnenheit ihre
 hält dann aber durchaus kein Dop
 konkurrirend beispielsweise mit Bran
 wie die Aufmerksamkeit kann die
 selbstständiges Moment in Betracht
 auf die bescheidene Rolle beschränkt
 erfüllung und der Pflichtverletzung zu
 mindert das Verdienst der rechtmässig
 rechtswidrigen Handlung, während di
 merksamkeit das Verdienst bei jenc
 dieser steigert. Nach solchem Nachw
 densein zur Achtsamkeit nur unsell
 ist, werde ich keine Missverständniss
 wenn ich weiterhin im Interesse de
 schaulichkeit von dem Gebot der Au
 nicht immer wieder hervorhebe, dass
 einer selbstständigen N

Analyse der Anforderungen der Normen an den handelnden Menschen ¹¹⁸.

I. Diese Forderungen richten sich zunächst 1) an den zur Handlung Schreitenden vor Beginne der Ausführung. Selbst der Bestgesinnte hat keine Gewähr für den günstigen Ausfall seiner Handlung, wenn er unterlässt den Inhalt seines Willens auf seine Rechtmässigkeit hin zu prüfen. Das Resultat dieser Prüfung kann ein dreifaches sein: Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dieses Willens-Inhaltes; dieses soll den Menschen zur Aufgabe des Entschlusses bestimmen; Bewusstsein seiner Rechtmässigkeit, welches jedenfalls nicht als abhaltendes Motiv wirken soll; und endlich der selbst dem angestrengtesten Nachdenken unlösbare Zweifel, ob Erlaubtes oder Unerlaubtes gewollt sei. Entschliesst sich Jemand auf dieses Resultat hin die Handlung doch zu begehen, so billigt er bewusster Maassen die Rechtswidrigkeit für den Fall ihres Eintrittes; er beabsichtigt etwas zu vollbringen selbst auf die Gefahr hin etwas Verbotenes zu thun; er lehnt sich in eventum gegen das Recht auf; er thut also, was er zu unterlassen hatte ¹¹⁹. Also auch diese dritte Erkenntniss soll wie die erste als Motiv zum Fallenlassen des Entschlusses wirken ¹²⁰. Im Interesse der

¹¹⁸ Dass das Rechthandeln eine Kunst sei, wird besonders von den römischen Juristen vielfach anerkannt. Aufgefallen ist mir, wie häufig insbesondere derjenige, der ohne alle Schuld Kausalität zu einem rechtswidrigen Erfolge gesetzt hat, für verpflichtet erklärt wird, solche wieder zu vernichten, und wie oft die Fortdauer der Diligenz während der Handlung verlangt wird..

¹¹⁹ Richtig sagt R. v. Mohl, Polizeiwissenschaft (3. Aufl.) III, S. 36—37: Man wird den Satz aufstellen müssen, »dass wenn die Wahrscheinlichkeit von rechtlich erlaubten und von ungesetzlichen Folgen einer Handlung auch nur völlig gleich steht, die letztere zu unterbleiben hat, weil es vernunftgemässer ist, im Zweifel ein Recht zu schützen, als dasselbe zu verletzen und verletzen zu lassen«.

¹²⁰ Schon Stübel, Thatbestand S. 90 bemerkt treffend: »Der bloss mögliche Erfolg einer Rechtsverletzung kann unsere Handlungsweise nicht beschränken«. Will man diesen Satz nicht anerkennen, so verdammt man den Menschen überhaupt zur Unthätigkeit. Nichtsdestoweniger ist er keineswegs allgemein gebilligt. Viel zu weit geht z. B.

möglichst ausnahmslosen Befolgung der Gesetze verlangt also der Gesetzgeber, dass der Untertan um zu wissen, ob er handeln dürfe oder nicht, sich die Rechtmässigkeit oder Unerlaubtheit des Willens-Inhaltes ins Bewusstsein erhebe. Der bewusst rechtmässige Wille ist die vollkommenste und verdienstlichste Form des rechtmässigen Willens: Bewusstsein der Rechtmässigkeit das einzige Resultat menschlichen Denkvermögens, welches das Recht als Legitimationsgrund zur Vornahme der Handlung anerkennen kann. Zu dieser Messung des Willensinhaltes am Gesetz wird die volle Handlungsfähigkeit in Anspruch genommen: denn ein Schritt zu wenig kann ausreichen um den Ueberlegenden die Unerlaubtheit seines Planes nicht erkennen zu lassen. Ist dieser verboten, aber seine Rechtswidrigkeit selbst unter Aufwand der ganzen Denkkraft nicht zu erkennen, so nimmt der unvermeidliche Irrtum dem Thäter die Zurechnungsfähigkeit.

Pflichtmässig aber ist die geplante Handlung in einem doppelten Falle: sowohl dann, wenn sie unter die Handlung, welche die Norm verbietet, überhaupt nicht subsumirt werden kann, als dann, wenn sie unter eine Ausnahme vom Verbot fällt¹²¹.

Jene gebotene Prüfung des Willens-Inhaltes umfasst aber ein dreifaches:

a) zunächst die Prüfung [des vorgestellten Erfolges als solchen, ich meine des Erfolges, um dessen

Grolmann, Grundsätze § 46: »die Verbindlichkeit fordert, dass Keiner ohne die bestimmte Gewissheit, dass in seiner Handlung nichts liege, woraus nach Naturgesetzen eine Rechtsverletzung für den andern entstehen könne, sich zum wirklichen Handeln bestimme«.

¹²¹ Sowohl also z. B. wenn sie Tödtungshandlung überhaupt nicht ist, als wenn sie erlaubte Tödtung ist. Diese Unterscheidung wird ganz regelmässig bei der Lehre von der Fahrlässigkeit übersehen. Der der culpa wesentliche Irrtum kann sowohl darin bestehen, dass Jemand seine Handlung fälschlich überhaupt nicht unter die in der Norm geschilderte Handlung subsumirt, oder aber dass er sie fälschlich unter eine Ausnahme unterbringt.

Herbeiführung willen ein Mensch sich aus ruhigem Behagen zur That aufrafft;

b. dann die Prüfung der Mittel, welche diesen Erfolg herbeiführen sollen. Diese Prüfung ist nicht nur desshalb nötig, weil es zu erlaubten Zielen auch verbotene Wege giebt, sondern weil auch das Gehen nach verbotenen Zielen leicht verderblicher wird, als dem Gänger lieb ist. Es gilt vor Allem sich darüber aufzuklären, ob denn die in Aussicht genommene Thätigkeit in ihren einzelnen Bestandtheilen erlaubt oder verboten sei, und ob sie in ihrer Totalität den bezielten Erfolg auch wirklich und ob sie nicht neben ihm oder statt seiner andere erlaubte oder verbotene Erfolge verursachen werde. Diese letzterwähnte Prüfung der Kausalitätsfrage kann wieder ein dreifaches Resultat haben.¹ Der Handlungsfähige sagt sich, seine Thätigkeit verbunden mit den Bedingungen, auf die sie stiesse oder die sich ihr anschliessen würden, genüge nach sorgfältigster Prüfung zur Abhaltung eines verbotenen Erfolges. Er ist sich dann ihrer Rechtmässigkeit bewusst. Oder aber er vermag trotz schärfster Prüfung nicht zu entscheiden, ob das Handeln erlaubt oder verboten sein wird: er kann schlechterdings nicht erkennen, ob, was sich im fernen Busch regt und worauf er die Flinte richtet, ein Mensch oder ein Rehbock ist; in diesem Falle muss die Handlung unterbleiben, denn wer sie doch vornimmt, billigt sie auch für den Fall ihrer Rechtswidrigkeit. Hier beginnt also die Unterlassungspflicht, die natürlich auch begründet wird durch das dritte mögliche Resultat, wonach dem Ueberlegenden der rechtswidrige Verlauf seiner Handlung gewiss wird¹²²;

¹²² Man könnte mir an Stelle dieses dreifachen Resultates ein fünffaches setzen wollen: Gewissheit des erlaubten Erfolges; Wahrscheinlichkeit desselben; erlaubter und unerlaubter Erfolg gleich möglich; Unwahrscheinlichkeit des erlaubten Erfolges; Undenkbarkeit desselben. Schwierigkeiten würden dann für die Wahrscheinlichkeitsfälle entstehen. Allein es ist doch nur ein dreifaches möglich: sorgfältigste Prüfung findet, die zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen überwiegen die von ihm abhaltenden; dann weiss der Prüfende, soweit dazu überhaupt ein Mensch im Stande ist, der Erfolg wird eintreten; findet er, dass

c. endlich die Prüfung des bezielten Erfolges gedacht als Quelle weiterer Veränderungen. *Causa causae est causa effectus*. Der bezielte Erfolg kann nun sehr wohl die Ursache weiterer Erfolge abgeben, und war jener rechtmässig, so mögen diese widerrechtlich sein und umgekehrt, oder es reiht sich verbotene Folge an verbotenen Erfolg. Dieses Weiterschreiten der Handlung über das Ziel

umgekehrt die vom Erfolge abhaltenden Bedingungen überwiegen, so weiss er, der Erfolg wird nicht eintreten; findet er es unmöglich das Uebergewicht einer der beiden Bedingungsmassen zu konstatiren, so weiss er nicht, ob der Erfolg eintritt oder nicht. — Der Unterschied zwischen historischer Gewissheit und Wahrscheinlichkeit ist nemlich lediglich ein quantitativer. Jene bedeutet keineswegs soviel als die Unlogischkeit des Gegentheils oder die Unlogischkeit des Zweifels an dem als gewiss Angenommenen. Die historische Gewissheit ist vielmehr lediglich eine individuelle. Der Vergewisserte sagt sich: die Gründe für meine Annahme sind so überwiegend, dass ich den allerdings Andern noch möglichen Zweifel völlig bei Seite setze. Daher kommt es, dass der Skeptiker und der Ueberängstliche sich des Glücks der Gewissheit bei ihren Handlungen fast nie erfreuen, während der Sanguiniker und der massvoll Besonnene bei gleicher Sachlage die letzten Zweifel ruhig über Bord geworfen haben. Die Wahrscheinlichkeit unterscheidet sich von der historischen Gewissheit dadurch, dass Derjenige bei welchem sie existirt, seine Annahme für richtig hält, allein den Zweifel nicht ganz aus seinem Ich zurückdrängen kann, obgleich ihm dieser Zweifel als unrichtig erscheinen muss, da ihm die Annahme, an der er zweifelt, als wahr erscheint. Diese Hegung des Zweifels gegenüber dem als wahr Erscheinenden kann nun zwei ganz verschiedene Ursachen haben: entweder das Bewusstsein, dass die Gegengründe gegen die Annahme nicht alle oder wenigstens nicht in ihrem vollen Gewicht in Berücksichtigung gezogen seien; dann ist die Wahrscheinlichkeitsannahme das Faulbett, auf welchem sich Derjenige beruhigt, der weiter denken könnte aber nicht will; oder aber das Bewusstsein der menschlichen Fehlbarkeit trotz ernstester Bemühung. Bei der Wahrscheinlichkeits-Annahme aus dem ersten Grunde darf sich der Mensch nach Auffassung des Rechts nicht beruhigen; die Wahrscheinlichkeits-Annahme aus dem zweiten Grunde muss er als Gewissheit betrachten. Denn das Recht wird vom Handelnden nur verlangen können, dass er berechne, ob die den Schaden abhaltenden Bedingungen die ihm zustrebenden überwögen. Fällt das Resultat angestrengtester Erwägung des Handlungsfähigen dahin aus, so darf er sich sagen: ein rechtsverletzender Effekt wird aus meiner Thätigkeit nicht resultiren, die Handlung wird rechtmässig sein, sie fällt also unter die mir gestatteten Handlungen; ich darf sie thun.

hinaus zum Unrecht lässt sich aber nur dadurch hindern, dass der Entschlossene seine Handlung bis zu Ende denkt, d. h. dass er sich die Aenderungen vorzustellen sucht, welche sie auf dem Gebiete des Rechtslebens alle bewirken wird. Erst wenn die Vorstellung diese Erfolge alle, soweit ihr dies möglich ist, in sich aufgenommen hat, kann die nötige Prüfung derselben auf Erlaubtheit oder Unerlaubtheit beginnen.

2. Anforderungen an den Handelnden während der Handlung. Der Mensch aber soll nicht nur das Rechte wollen, sondern es auch thun. Grade desshalb ist es verwerfliche Einseitigkeit die Entscheidung der Frage, ob Jemandes That auf einen rechtmässigen oder schuldhaften Willen zurückzuführen sei, auf den Moment des Entschlusses vor Beginn seiner Verwirklichung abzustellen. Die grösste historische Gewissheit des Entschlossenen über die Erlaubtheit seines Zieles und der Mittel seiner Erreichung ist nur eine und vielleicht gar nicht einmal sehr grosse Wahrscheinlichkeit dafür, und noch viel weniger eine genügende Garantie, dass der sich verwirklichende Wille in jener Uebereinstimmung mit dem Rechte verharren werde. Genügt es etwa, wenn der Baumeister vor Beginn des Baues die grösste Sorge getragen hat, dass das vollendete Haus nicht seine Bewohner unter seinen Trümmern begrabe? Gilt es nicht bei jedem neu aufzusetzenden Stein seine Güte und Kraft zu prüfen, die Kräfte zu beschaffen ihn in ungefährlicher Lage zu halten, bei jedem neu verwandten Bret zu sorgen, dass es die Bauleute mit ihren Steinen trägt, bei Ausgrabung der Fundamente zu wachen, dass die Erde nicht zusammenrutsche und die Arbeiter beschädige. bei eintretendem schlechten Wetter dafür Sorge zu tragen, dass die Witterung den Bau nicht gefährde? Gefahrlos ist der Entschluss nur so lange er im Innern des Menschen geblieben. Wer ihn zu verwirklichen beginnt, der bedarf der Kraft um sich in dem Gedränge der Menschen und der Dinge Raum zu verschaffen, er bedarf der Besonnenheit, damit die Kraft nicht schade. Es tritt somit an den Handelnden die Pflicht heran mit grösster Anstrengung für das Verharren der

Handlung in Einklang mit der Norm zu sinnen und zu handeln: durch Prüfung des Gethanen in seiner Tragweite, durch Prüfung der zu setzenden weiteren Bedingungen in ihrem vorgestellten Zusammenhang mit dem Geschehenen, durch Prüfung des voraussichtlichen Erfolges des Geschehenen und Geschehenden auf seine Rechtmässigkeit hin, durch Beachtung und Beseitigung von Gefahren, welche sich aus der Thätigkeit zu entwickeln drohen (*obligatio ad faciendum!*), durch die Berechnung, ob der fernere Schritt dem Thäter nicht die Herrschaft über den Ausfall der Handlung rauben werde, durch Einstellung der Thätigkeit, wenn ihre Weiterführung einen unglücklichen Ausgang bewirken würde. Handeln heisst erzeugten Willen verwirklichen und, bis das Ziel erreicht ist, stets neuen Willen behufs weiterer Umsetzung in That zu erzeugen. Steter Genosse des thätigen Willens, stete Quelle des neu zu erzeugenden Willens sei — so will es das Recht — prüfende Besonnenheit! So energisch oder schlichtern auch der Einzelne am Gewebe der Zeitgeschichte mitarbeiten mag, unausgesetzt begleiten ihn die Anforderungen des Rechts auf es zu achten und sich nach ihm zu richten¹²³.

II. Die notwendige Ergänzung des bewusst rechtmässigen Willens bildet der Wille eines Handlungsfähigen, der gleichfalls auf etwas Erlaubtes gerichtet ist, ohne dass aber der Entschlossene diesen Willensgehalt in dieser seiner rechtlich bedeutsamen Eigenschaft aufgefasst hätte. Ein Mensch will und handelt drauf los, ohne dass er sich auch nur im Geringsten um das Unverletztbleiben der Rechtsgüter bemüht hätte. Besonders augenfällig wird seine Frivolität, wenn die Gefahren, die er erzeugt, fast zur Verletzung geworden wären und diese Verwandlung ohne Zuthun des Handelnden unterblieben ist. Die Kugel des unbedachten Schützen fliegt seinem Freunde dicht am Ohr vorbei; unbesorgt wirft der leidenschaftliche Raucher brennende Zündhölzer oder glühende

¹²³ Vgl. l. 76 D. d. R. J. 50, 17 (Papin.) *In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.*

Asche auf leicht brennbare oder explosive Stoffe: achtlos fährt der Schiffer bei Nebel, und stösst ein andres Schiff an ohne es indessen zu beschädigen. Ein Delikt können wir Keinem von diesen Menschen, die träg zum Denken und schnell zur That sind, zur Last legen: kein Richter aber dürfte den verurtheilen, der ihrer Einen der unerlaubten Frivolität, einer vom Standpunkte des Rechts aus schwer zu missbilligenden Gleichgültigkeit gegen den Erfolg seines Vorgehens beschuldigen würde. So viel als das Recht von ihm verlangt um seiner That den erlaubten Erfolg zu sichern hat er jedenfalls nicht geleistet, und grade desshalb könnte die Beleidigungsklage mit der Einrede der Wahrheit des erhobenen Vorwurfs siegreich zurückgewiesen werden. Wie sehr das Recht diese Gefahr des unüberlegten Drauflos-handelns selbst würdigt, beweist es grade dadurch, dass es eine ganze Anzahl solcher unüberlegten Handlungen selbstständig und für alle Fälle, mögen sie nun in concreto gefährlich sein oder nicht, verbietet: eine Menge der sog. Polizeigesetzwidrigkeiten sind nichts anders als solche Handlungen, welche regelmässig Unachtsamkeit des Handelnden zur Quelle haben. Was zu unterbleiben hat, wird hier auch dem Denkfaulen in voller Deutlichkeit vor Augen geführt.

Uebrigens hat diese unbewusst rechtmässige Handlung zwei verschiedene Quellen: mangelnde Ueberlegung der rechtlichen Natur des Entschlusses nicht minder als auf falschen Wegen laufende Ueberlegung. Insbesondere kann auch wie bei allen Wanverbrechen eine vermeintlich widerrechtliche Handlung eine unbewusst rechtmässige sein: hier ist die Gesinnung, aus der die That hervorging, entschieden rechtsfeindlich, in den übrigen Fällen nur nicht im nötigen Maasse rechtsfreundlich: allein desshalb bleibt das Wanverbrechen doch eine unverbundene, also jedenfalls auch unsträfliche Handlung.

So ist jeder Wille eines Handlungsfähigen gerichtet auf eine erlaubte Handlung ein rechtmässiger Wille. Dieser rechtmässige Wille hat zwei Arten, die sich durch den Grad ihrer Verdienstlichkeit unterscheiden: den volle Gewähr für

den rechtmässigen Verlauf der Handlung bietenden bewusst rechtmässigen Willen, der während ihrer ganzen Dauer ununterbrochen vorwaltet, und den Willen, der Erlaubtes enthält, ohne dass der Entschlossene sich dessen vergewissert hat, sei's in Folge mangelnder, sei's wegen falscher Ueberlegung: der unbewusst rechtmässige Wille.



VI. Die schuldhafte Handlung.

§ 37. A. Begriff des Delikts und der Schuld insbesondere.

Das Gegenbild des pflichtmässigen Willens ist die Schuld, das Gegenbild der pflichtmässigen Handlung das Delikt. Das Delikt ist Selbstverwirklichung der Schuld, und Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit¹²⁴. Nennt man, wie dies allein genau ist s. § 38¹, alles gewollt, was der menschliche Wille verursacht, so lässt sich die Schuld auch als der auf eine Widerrechtlichkeit gerich-

¹²⁴ Der Gattungsbegriff der Schuld wird ungebührlich vernachlässigt und fast immer neben den Begriffen von *dolus* und *culpa* ignorirt. Dadurch wird die Verkennung der gleichen Merkmale in beiden Schuldarten bedeutend befördert. Den Schuldbegriff definiren des Näheren Tittmann I S. 181: »Schuld ... ist die Zurechnungsfähigkeit wegen Entstehung eines rechtswidrigen Ereignisses«; ferner Heffter, Lehrbuch § 47: »Schuld ... ist rechtswidrige Willkür oder Selbstverkehrung des Willens gegen die erkannte Rechtspflicht, sammt der daraus hervorgehenden rechtlichen Verantwortlichkeit.« Der letzte Zusatz ist unrichtig: denn Schuld und Verantwortlichkeit für Schuld fallen begrifflich nicht zusammen. — Ganz richtig definirt Luden, Handbuch I § 31 (vgl. § 33): »Die verbrecherische Willensbestimmung besteht in dem Willen eine verbotene Handlung zu begehen. Sie ist der Widerspruch des individuellen unvernünftigen Willens gegen den in jedem Verbote liegenden vernünftigen Gesamtwillen«. Vgl. auch Kleinschrod, Grundbegriffe I S. 29. 60. — Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 171—173 behandelt vor *dolus* und *culpa* die »Willensschuld im Allgemeinen«, aber nicht gerade sehr aufklärend: »Ihren Kern bildet die Nichtachtung bestimmter Anforderungen des bestehenden Rechts. Sie ist da vorhanden, wo eine mit Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung begangen wird, obschon in dem freien Willen des zurechnungsfähigen Thäters die Möglichkeit begründet lag, dem Recht entsprechend zu verfahren«.

tete Wille eines Handlungsfähigen definiren. Diese Widerrechtlichkeit kann in einem Thun oder Lassen bestehen: auch das echte Unterlassungsdelikt, die Uebertretung von Geboten, ist echte Handlung als verwirklichter Wille widerrechtlichen Inhalts.

Die Schuld und somit das Delikt fehlt also:

1. wenn die Widerrechtlichkeit nicht gewollt war. Alle Schuld ist Willensschuld, keine Schuld Gedankenschuld. Die schlimmsten Gedanken und die schlimmste Gedankenlosigkeit können zwar vor dem Richterstuhle der Moral, aber nie vor dem des Rechts als selbstständige Verschuldung erscheinen. Wenn es Arten der Verschuldung giebt, so stimmen sie darin überein, dass eine Normübertretung gewollt sein muss. Die Fahrlässigkeit als eine Schuld anerkennen und gleichzeitig als ein Nichtwollen des Unrechts definiren, ist gerade so logisch als von kalter Hitze und von dem Mute der Feigheit zu reden.

: Da es nur eine Art der Verursachung giebt, der Wille aber nichts anders ist als die im Menschen liegende Ursache eines Geschehenden, so ergiebt sich evident, dass man nicht auf verschiedene Art wollen kann, dass also, wenn die Schuld eine Zerlegung in Arten erduldet, diese Arten nicht auf eine Verschiedenheit der Willensseite gegründet werden können.

Schuld mangelt ferner:

2. wenn die Widerrechtlichkeit gewollt aber von einem Handlungsunfähigen gewollt war. Der Wille unerlaubten Inhaltes ist nur dann Schuld, wenn in des Entschlossenen Bewusstsein dieser Inhalt in seiner rechtlichen Bedeutung sich zu spiegeln vermag. Es ist durchaus nicht nötig, dass der widerrechtliche Wille von dem Bewusstsein der Widerrechtlichkeit seines Inhaltes begleitet werde: auch der Handlungsfähige ergiebt sich häufig der Unachtsamkeit und hält im wachen Zustande die Augen geschlossen: aber soll ihn Schuld treffen, so muss er sie zu öffnen wenigstens vermögen und ihre Sehkraft müsste dann ausreichen, um die Tragweite des Gewollten und seine Unerlaubtheit zu begreifen.

3. Schuld fehlt endlich, wenn der sog. rechtswidrige Entschluss noch nicht kausal geworden ist. Es ist ein natürlicher, aber nicht ganz richtiger Sprachgebrauch Demjenigen Schuld beizulegen, der entschlossen ist nächstens ein Verbrechen zu begehen. Denn zwischen dem Jetzt und der nächsten Minute kann sich Viel ändern. Wir nennen Den entschlossen, der von sich überzeugt ist, er werde bei eintretender Gelegenheit sicher kausal werden: allein ob der Entschlossene sich nicht täuscht, zeigt sich erst dann, wenn er gehandelt hat oder versäumt hat zu handeln. Der letztere Fall beweist gerade, dass der Wille nicht Schuld war, und im ersten Falle wird der Entschluss Schuld erst dadurch, dass er kausal wird. So kann streng genommen die Frage gar nicht gestellt werden, ob irgend wann die Schuld, die auch noch nicht einmal theilweise in That übergegangen sei, bestraft werden könne. Denn es giebt keine solche Schuld¹²⁵.

Wenn nun die Schuld nichts ist als der Wille, gerichtet auf eine Widerrechtlichkeit, das Delikt nichts als verwirklichte Schuld, so hängt die richtige Erfassung dieser beiden Begriffe allein von der Beantwortung der Frage ab: was heisst eine Widerrechtlichkeit wollen? Diese Frage aber löst sich auf in zwei weitere: in welchem Verhältnisse stehen bei den Delikten Wille und That, Wille und Vorstellung?

§ 38. B. *Verhältniss des Willens zur Vorstellung und zur That*¹²⁶.

Jeder Entschluss richtet sich darauf eine Aenderung in der Lage herbeizuführen, welche die Quelle eines Miss-

¹²⁵ Richtig bemerkt Schopenhauer, Welt als Wille und Vorstellung (Sämmtl. W. II S. 120: »Willensbeschlüsse, die sich auf die Zukunft beziehen, sind blose Ueberlegungen der Vernunft über das, was man dereinst wollen wird, nicht eigentliche Willensakte: nur die Ausführung stempelt den Entschluss, der bis dahin immer nur noch veränderlicher Vorsatz ist und nur in der Vernunft, in abstracto existirt«.

¹²⁶ Um die Frage beantworten zu können, wie weit etwas zum

behagens verschüttet. Kein Entschluss, der nicht auf Verwirklichung einer Vorstellung, eines Gedankens gerichtet wäre, bei welchem nicht der Entschlossene, ich möchte sagen ausdrücklich, sich zur Aufgabe setzte einer bestimmten Vorstellung durch eigene Thätigkeit zur Verwirklichung zu verhelfen. Indem er aber für seinen Willen die eine Vorstellung bejaht, vermeint er zugleich alle andern von diesem einzelnen Willensakte auszuschliessen. Möglich, dass er später der ersten eine zweite und dritte Handlung folgen lassen will: die erste aber soll ausschliesslich zur Verwirklichung der ersten Vorstellung dienen. Da nun auf diese Weise der Wille im einzelnen Entschlusse zu einer einzigen Vorstellung in ein freundschaftliches, zu allen andern aber in ablehnendes Verhältniss tritt, so erhebt sich die für die ganze Schuldlehre präjudizielle Frage: will der Entschlossene nur, was er sich vorstellt, oder kann auch ein Nicht-Vorgestelltes von ihm gewollt werden? Sie lässt sich auch so fassen: ist die Vorstellung des Entschlossenen maassgebend für das, was er will, oder aber ist ein Irrtum desselben über den Inhalt seines Willens denkbar? Was ist der treuere Spiegel für den Willensgehalt: seine Verkörperung in der That oder aber die Meinung des Wollenden? Kongruiren Wille und That, oder Wille und Vorstellung?

Die grosse praktische Tragweite der Frage leuchtet sofort ein. Bei den meisten, wenn auch durchaus nicht bei allen fahrlässigen Delikten hat sich der Handelnde den ungedeih-

rechtmässigen Willen oder zur Schuld zurechenbar ist, muss zuvörderst festgestellt sein, wie weit der Wille überhaupt reicht. Alles, was zugerechnet werden soll, muss gewollt sein, allein nicht alles Gewollte lässt sich auf einen Willen von bestimmter Art (auf rechtmässigen oder schuldhaften Willen) zurückführen. Ich untersuche hier nur, wie weit gewollt wird, nicht wie weit das Gewollte zur Schuld oder zum rechtmässigen Willen zurechenbar ist, worüber § 32 und 34 zu vergleichen. Was im Folgenden gesagt wird, gilt also gleichmässig für den Willen des Gesunden und des Geisteskranken, des Erwachsenen und des Kindes, für den Willen etwas Erlaubtes vorzunehmen wie für den, der eine Rechtswidrigkeit zum Inhalte hat.

lichen Erfolg nicht vorgestellt: kann nur das Vorgestellte gewollt sein, so ist jener Erfolg nicht gewollt, also auch dem Willen nicht zurechenbar. Von fahrlässiger Brandstiftung oder fahrlässigem Meineide zu sprechen ist dann unerlaubt: vielmehr schrumpfen alle fahrlässigen Delikte zu dem einen Unterlassungs-Vergehen der Unaufmerksamkeit zusammen.

Hier zeigt sich nun eine tiefgehende Verschiedenheit von Wunsch und Wille. Abgesehen von vager Sehnsucht wünscht der Mensch immer nur, was er sich vorstellt; er bejaht von einem Gedanken, dass seine Verwirklichung durch ihn selbst oder das Schicksal ihn beglücken würde. Ein Glück, was ihm unverhofft in den Schoos fällt, hat er nicht gewünscht: denn der Wunsch erfüllt sich nur, wenn die als zukünftig vorgestellte Annehmlichkeit für den Wünschenden, d. h. für sein Bewusstsein gegenwärtig geworden ist. Wer das grosse Loos zu gewinnen wünscht, während das Glück schon für ihn ohne sein Wissen entschieden hat, wünscht noch von der Zukunft: erst die Wissenschaft vom Gewinne erfüllt seinen Wunsch. Wer aber gar nicht wusste, dass er ein Lotterieloos besass und wer nun erfährt, das Loos habe gewonnen, dem ist etwas Angenehmes widerfahren, allein kein Wunsch erfüllt.

Wer wünscht, tritt lediglich in freundliche Beziehung zu seinen eignen Gedanken ohne den Lauf seiner Phantasie durch die Rücksicht auf das Kausalitäts-Gesetz beschränken zu lassen. Gerade deshalb kann er das Unmögliche sehr wohl wünschen. Da aber der Wille nichts anders als das kausale Moment in dem Menschen bedeutet, eine Ursache des Unmöglichen aber undenkbar ist, so giebt es kein Wollen des Unmöglichen, höchstens einen darauf gerichteten Putativ-Willen. Geht der Wunsch somit viel weiter als der Wille, so können auch gerade wegen dieser Unabhängigkeit des Wunsches vom gesetzlichen Lauf der Dinge Wunsch und Wille sich direct widersprechen. Der Bandit, der durch heiligen Schwur sich verpflichtet, einem bestimmten Fremden eine wohlgezielte Kugel zuzusenden, kann, während er zielt, um nicht meineidig zu werden, während er also tödten will,

sehr wohl wünschen, dass seine Kugel fehl gehen möge. Er begeht einen ihm unerwünschten Mord ¹²⁷.

Aber selbst wenn Jemand wünscht, was er will, kann sich der Wille vor dem Wunsche erfüllen: der Entschluss kann verwirklicht, der Mordbrand vielleicht gelungen sein ohne dass der Wünschende davon Kunde erhält. Realisirung des Willens bedeutet seinen Untergang, Realisirung der erwünschten Vorstellung nicht Untergang des Wunsches: erst das Bewusstsein des beglückenden Ereignisses lässt diesen Störenfried zur Ruhe kommen.

Die ungenügende Unterscheidung von Wunsch und Wille hat die Schuldlehre nachtheilig beeinflusst. Zwei Sätze, die vom Wunsche und nur von ihm gelten, hat man fälschlich auf den Willen übertragen. Man behauptet, was nicht vorgestellt sei, sei nicht gewollt, und was zwar vorgestellt, aber nicht gewünscht sei, könne, wenn es der Mensch durch seine Handlung herbeiführe, als gewollt wenigstens in vielen Fällen nicht betrachtet werden. Gerade weil die Erfolge der kulpösen Delikte unerwünscht sind, soll die Fahrlässigkeit ein Nichtwollen sein.

Während die Unrichtigkeit des zweiten Satzes sofort einleuchtet, bedarf die des ersten bei dem grossen Ansehen, was er noch heute unter den Philosophen und den Juristen ¹²⁸ genieusst, eines genauen Nachweises.

Die neuere Philosophie hat sich eingehend mit der Frage beschäftigt, ob ein unbewusstes Wollen denkbar sei oder

¹²⁷ Der Unterschied von Wunsch und Wille wird schon von Locke, *Essay concerning human understanding*, II. Cap. 21 § 30 (in Kirchmann's Uebersetzung I S. 262) vortrefflich hervorgehoben. Vgl. auch Schopenhauer, *Ueber die Freiheit des Willens* (Werke IV S. 17); L. Feuerbach, *Werke* X S. 47; Knapp, *Rechtsphilosophie* S. 120. 125; Volkmann, *Lehrbuch der Psychologie* II S. 442 ff.: »Wünsche fragen nach keinem Können: die schwächsten Menschen sind oft die stärksten im Wünschen«; Wahlberg, *Gesamm. Schriften* I S. 23.

¹²⁸ Ich verweise z. B. auf Hegel (*Rechtsphilosophie* § 118) und seine juristische Schule (über letztere unten § 43); s. auch Luden, *Abhandl.* II S. 526: »es ist nicht möglich, dass Jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat.« Ebenso v. Almendingen, *kulp. Verbrechen* S. 13 ff. u. viele Andere.

nicht. Der Beweis, dass das Wissen vom Wollen zum Wollen selbst nicht gehöre, scheint mir von ihr vollständig erbracht zu sein¹²⁹. Wer aber nicht weiss, dass er will, weiss auch nicht, was er will, und so ist die principielle Richtigkeit des Satzes nicht anzufechten, dass der Irrtum über den Willensinhalt das Wollen selbst ganz unberührt lässt, dass also das Unvorgestellte gewollt sein kann¹³⁰. Allein diese Erkenntniss hilft uns noch nichts zum Beweis der Unrichtigkeit des angegriffenen Satzes, dass nur das Vorgestellte gewollt sei. Denn weder die Ethik noch das Recht hat es mit solch' unbewusstem Wollen zu thun; was sie allein beurtheilen, sind Produkte des bewussten Willens, d. h. eines Willens, den mindestens das Wissen vom Wollen begleitet. Und nun steht zur Untersuchung, ob diesem bewussten Willen auch das Bewusstsein des Willens-Inhaltes wesentlich ist?

Höchst charakteristisch hat das Recht seit langer Zeit diese so eminent wichtige Frage praktisch beantwortet, an welcher selbst noch die neuere Philosophie, obschon sie sich wesentlich um Wollen und Wissen dreht und mehrfach hart an sie anstreift, wortlos vortüberschreitet. »Dass wir sehr oft nicht wissen, was wir eigentlich wollen, ja sogar oft das Gegentheil zu wollen glauben, bis wir durch die Lust oder Unlust bei der Entscheidung über unsern wahren Willen belehrt werden, wird wohl Jeder schon Gelegenheit gehabt haben, an sich und Anderen zu beobachten«, bemerkt treffend v. Hartmann¹³¹. Allein er spricht nicht von wirklichen Entschlüssen, sondern von dem, was wir in Gedanken wollen: der Irrtum be-

¹²⁹ Schopenhauer, die Welt als Wille und Vorstellung (bes. Bd. II Kap. 19; Werke III S. 224 ff.; v. Hartmann, Die Philosophie des Unbewussten 6. Aufl. S. 52 ff.; 210 ff.; 405 ff.; Göring, System der Kritischen Philosophie I (1874) bes. S. 60 ff. (G. zeigt sehr klar, dass der Wille durch das ihn begleitende Gefühl zum Bewusstsein komme).

¹³⁰ Gegen die »unbewussten Vorstellungen«, die bei v. Hartmann eine so grosse Rolle spielen, s. Göring a. a. O. S. 184 ff.

¹³¹ Philos. des Unbewussten S. 218.

zieht sich auf das Vorhandensein, nicht auf den Inhalt des Entschlusses. Von vielen Seiten ist ferner auf die Verschiedenheit der erwarteten und der eingetretenen Rückwirkung einer Handlung auf den Handelnden selbst hingewiesen worden: die erwartete Lust hat sich nur in sehr geringem Maasse oder geradezu ins Gegentheil verkehrt eingestellt; der Thäter hat sich also über das Verhältniss seiner That zu seinem Motive vollständig geirrt; aber die That wird als der Vorstellung entsprechend gedacht und die mögliche Inkongruenz Beider nicht weiter verfolgt. Bleibt das Problem hier wie dort unberührt, so wird es auch von denen nicht entschieden, welche die Einheit von Wille und That lehren. »In der Reflexion allein — sagt Schopenhauer — ist Wollen und Thun verschieden: in der Wirklichkeit sind sie Eins«, und an anderer Stelle: »Nur unsere Thaten halten uns den Spiegel unseres Willens vor¹³²«. Allein die Irrtumsfälle bleiben auch hier unberücksichtigt: dennoch liegt es in der Konsequenz dieser Lehre, dass auch das nicht Vorgestellte gewollt sein kann.

Nun interessirt der Wille den Theoretiker nur als Mittel zur Verwirklichung unserer Gedanken, als Werkzeug des Menschen seine Schöpferpläne zu verwirklichen, als »Form der Kausalität von Idealem auf Reales¹³³«, als Brücke zwischen der Vorstellung einer schöneren Zukunft und dem Wirklichwerden dieser Vorstellung. So scheinen zwei Vorstellungen dem einzelnen Willensakte wesentlich zu sein: die der Gegenwart als Ausgangspunkt, die der angestrebten Zukunft als Endpunkt¹³⁴. Da der Wille dann lediglich Ursache zur Verwandlung der vorgestellten Gegenwart in die vorgestellte Zukunft werden wollte, so würde das Wollen sofort aufhören.

¹³² Welt als Wille und Vorstellung I (Werk II) S. 120. 354. Vgl. auch Baumeister, Bemerk. z. Strafgesetzb. S. 5: »Wille und That sind im normalen Zustande unzertrennlich, denn der Wille ohne That wäre ein blosser Wunsch, und das Thun ohne Willen wäre nicht die That eines Menschen.« Etwas anders v. Hartmann a. a. O. S. 227.

¹³³ So v. Hartmann a. a. O. S. 106.

¹³⁴ Sehr bestimmt behauptet v. v. Hartmann a. a. O. S. 100. 101.

wenn sich entweder in die Vorstellung der abzuändernden Gegenwart oder in die Vorstellung von dem Resultate der Willensbethätigung ein Irrtum eingeschlichen hätte.

Allein genaue Beobachtung des praktischen, also des einzig wirklichen Willens zeigt die gänzliche Unhaltbarkeit dieser Lehre in allen ihren Bestandtheilen. Weit entfernt, dass nur das Vorgestellte gewollt sein kann, wollen wir sehr häufig etwas grade weil wir ausser Stande sind, es uns vorzustellen¹³⁵. Wir wissen nicht, was entstehen wird, wenn wir in bestimmter Weise abändernd in die Gegenwart eingreifen, und grade diess reizt uns, die Ursache zu dem noch unbekannten x zu setzen. Der Chemiker will sehen, was bei seinen Mischungen herauskommt: der Physiologe impft gewisse Krankheitsstoffe auf Thiere über: ein Beliebiger hantiert an einer Dampfmaschine herum um die Wirkungen der einzelnen Handgriffe zu erproben. Das Resultat in allen diesen Fällen ist dann, obgleich vor seinem Eintritte dem Handelnden gradezu unvorstellbar, nicht nur gewollt, sondern in bestimmtem Umfange¹³⁶ sogar beabsichtigt, d. h. die Ursache ist bewusst gesetzt, damit der unbekannte Erfolg eintrete. Schliesst so die Unvorstellbarkeit des Handlungs-Erfolges keineswegs das Wollen des Zielpunktes der Handlung aus, so wird auch der Wille dadurch nicht alterirt, dass sein Subject sich die Gegenwart, die er abändern will, also den Ausgangspunkt der That unrichtig vorstellt.

Es führt diess unmittelbar auf den Kernpunkt der falschen Lehre. Der Wille ist durchaus nicht lediglich die Anwendung der Fähigkeit des Menschen kausal zu werden in Verwirklichung einer bestimmten Vorstellung, sondern die Ausübung der Fähigkeit überhaupt kausal zu werden, d. h.

¹³⁵ Dass dieser Satz mit dem am Anfange des § aufgestellten, der Entschluss richte sich stets auf Verwirklichung einer Vorstellung, nicht in Widerspruch steht, ergibt sich sofort, wenn man beachtet, wie das Vorstellungsmoment auch hier nicht ganz fehlt, wie es nur an Ausdehnung weit hinter dem Willen zurückbleibt.

¹³⁶ Wieweit dies der Fall ist, muss in der Doluslehre genauer festgestellt werden.

eine Bewegung von solcher Energie anzufangen, dass sie den ihr entgegentretenden Widerstand überwindet. Sobald der Wille aber nichts anders ist, als das, was den Menschen zum Ursacher oder Urheber macht, so versteht sich ganz von selbst, dass der Wille von der Vorstellung des Wollenden unabhängig stehen muss. Eine Ursache wirkt nur auf die Welt, wie sie ist, nicht wie sie sich im Kopfe des denkenden Erzeugers der Ursache darstellt. und sie wirkt nur nach Maassgabe des Kausalitätsgesetzes, nicht nach Maassgabe der Wünsche ihres Urhebers, sie wirkt nach der Stärke, die sie hat, nicht nach der Kraft, die sie haben sollte.

Zwischen Wunsch und Wille besteht eben der tiefgreifende Unterschied, dass der Wunsch dem Gebiete der Einbildung, der Wille dem Gebiete der Wirklichkeit angehört, und dass im Bereiche der Phantasie die Vorstellung des Wünschenden herrscht, während die realen Dinge, zu denen auch der Wille gehört, sich nicht ändern durch den Irrtum der Menschen, ihnen gegenüber also die Vorstellung machtlos ist.

Desshalb allein treten in demselben Menschen Wunsch und Wille so oft in schneidenden Gegensatz.

So lange wir die Handlung erst planen, wollen wir — so sagt man — meist nichts als unsere Vorstellung: treten wir aber an die Ausführung der Entschlüsse, dann kann sich diess mit einem Schlage ändern. Unser Zweck ist nach einer bestimmten Richtung hin Geschichte zu machen, unsere Kraft in Verbindung zu setzen mit ausser ihr existirenden Kräften, damit der von uns vorgestellte Erfolg eintrete und dann das Räderwerk, so weit es von uns in Bewegung gesetzt ist, still stehe. Allein in demselben Augenblick, wo wir thätig werden, wirken wir ein auf die Welt, wie wir sie vorfinden: diese wollen wir verändern, nicht die Welt, wie wir sie uns denken. Wer ein brennendes Zündholz wegwirft, damit es unschädlich verlösche, es aber in ein Gefäss mit Spiritus wirft, den er für Wasser hielt, hat keine Vorstellung von der Grösse und Furchtbarkeit des

Erfolges gehabt, ja sie vielleicht nicht haben können, und doch ist der Erfolg nichts anders als realisirter Wille.

Deckt sich aber auch der wirkliche Ausgangspunkt unserer Thätigkeit mit unserer Vorstellung von ihm, wie klein und schwächlich zeigt sich dann die Kraft unseres Wunsches gegenüber der Macht der Verhältnisse! Wir wissen, wie überall unser Beginnen bald es fortreissenden bald es stillstellenden Bedingungen begegnet. Allerdings sind wir so glücklich etwas verursachen zu können: allein wenn wir auf die Aussenwelt einwirken, weil wir Ursache werden wollen, wenn wir verursachen wollen, so können wir nicht sagen, wir wollen die Ursachen aber nicht ihre Folgen, wenn sie unsern Vorstellungen nicht entsprechen. Wir wollen vielmehr mit den Ursachen unbesehen alle ihre Folgen, weil wir überhaupt nicht anders wollen können, als dass wir die Folgen mit in den Kauf nehmen. Wir können die Folgen nur dadurch nicht wollen, dass wir im jeweiligen Falle auch die Ursache zu setzen unterlassen, also unthätig bleiben. Wenn sich der Wille in den Strom der Geschichte stürzt, so kann er das Ufer nicht immer grade in dem Augenblicke wiedergewinnen, wo er diess wünscht, möglicherweise wird er früher ans Land geworfen, möglicherweise ins Unabsehbare mitgerissen. Grade weil der Wille die Dinge nicht an sich vorbeilaufen lässt, vielmehr störend in den Weltlauf eingreift, muss die ganze Störung, soweit er sie verursacht hat und nicht nur, soweit er sie zu verursachen wünschte, auf ihn als ihre Quelle zurückgeführt werden. Ist der Wille nichts als das kausale Moment im Menschen, so ist das vom Menschen Verursachte stets gewollt, mag er es sich vorher vorgestellt haben oder nicht. Was wir verursachen, heisst aber unsere That.

Grade für die Abgrenzung des Gewollten von dem Ungewollten lege ich das grösste Gewicht auf den von mir festgestellten als den dazu allein tauglichen Kausalitäts-Begriff. Was durch Verwirklichung des Willens, mag dieser einem Geisteskranken oder einem Handlungsfähigen angehören, verursacht wird, das war gewollt einerlei ob vor-

gestellt oder nicht. Dazu reicht nicht aus, dass unsere That eine Bedingung zum Eintritt eines Erfolges geliefert habe, wie mannigfach angenommen wird; unser Urahn hat nicht alle Verbrechen seiner Nachkommenschaft, der Büchsen-schmied nicht alle Verbrechen, die mit der von ihm gefer-tigten Flinte verübt werden, gewollt.

Wer aber zur Kriegszeit in einer Festung aus Privat-rache einen Brand stiftet, der die Nachbarhäuser ergreift, sich den Pulvermagazinen mittheilt, so dass durch deren Explosion Hunderte von Menschen, ganze Strassen der Stadt und die Schiffe des Hafens zu Grunde gehen, die Festung vertheidigungsunfähig wird, so dass sie kapituliren muss und die geborstene Wasserleitung ganze Stadttheile über-flutet, während unter dem Deckmantel der eingetretenen Verwirrung der Pöbel zu räubern beginnt, auf dessen Willen ist nicht nur die Brandstiftung, sondern auch die Tödtung und die Sachbeschädigung, die Ueberschwemmungsstiftung und der Verlust der Festung zurückzuführen, während die Räubereien des Pöbels eine gleiche Zurückführung nicht zulassen. Wie weit dieser umfassende Wille ein schuldhafter war, ist frei-lich eine andere hier nicht zu beantwortende Frage.

Die Erstreckung des Willensbegriffs auf die »unbeab-sichtigten Folgen« gewollter Ursachen widerstrebt zwar dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, sowohl weil dieser zwischen wünsche nund wollen nicht genügend unterscheidet, als weil er das engere Beabsichtigen und das weitere Wollen identificirt und ausserdem fälschlich davon ausgeht, nur das Vorgestellte könne beabsichtigt sein; allein sie wird nicht nur durch das Wesen des Willens, welcher Ursächlichkeit ist, gefordert, sondern sie wird auch von der Gesetzgebung, der Praxis und der Wissenschaft faktisch ausgeübt. Nicht nur die unvorgestellten Erfolge der fahrlässigen Verbrechen werden zur culpa zugerechnet¹³⁷, somit als Verwirklichungen

¹³⁷ Der Ausdehnung der Verantwortlichkeit von den dolosen Delik-ten auf die fahrlässigen liegt eine grosse philosophische Entdeckung zum Grunde, die die praktische Jurisprudenz sich zu gut schreiben darf. Die viel zu engen Schranken des Willensbegriffes werden dadurch zuerst durchbrochen.

eines schuldhaften Willens betrachtet¹³⁸, sondern wir rechnen sogar wie in vielen Fällen des impetus den eingetretenen Erfolg, obgleich er nicht vorgestellt war, zum Vorsatze zu. Und nicht nur diess! Allgemein wird die Möglichkeit eines Irrtums des Entschlossenen über den Inhalt seines Entschlusses nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch in Rücksicht gezogen. Damit wird aber nichts anderes statuiert als der Satz: auch das nicht Vorgestellte kann gewollt sein und Prüfstein für den Willens-Gehalt ist nicht die Meinung des Wollenden, sondern seine That.

Glaube man ja nicht, dass jener Irrtum des Thätigen über den Inhalt seines Entschlusses seine Handlungsfähigkeit immer aufhobe: diese fällt nur dann weg, wenn dem Entschlossenen die Fähigkeit abging diesen Irrtum aufzuklären und den wahren Inhalt des Willens zu demaskiren. Desshalb liegt immer und nur insoweit Schuld vor, als von einem Handlungsfähigen¹³⁹ etwas Verbotenes gewollt wird. Möglich, dass Mancher um des gemeinen Sprachgebrauches willen diese unvorgestellten Erfolge nicht gerne als »gewollt« bezeichnet und sie lieber »zum Willen zurechenbar« nennt. Mag man das thun! Nur glaube man nicht, dass das Verhältniss des Willens zum vorgestellten Erfolge ein anderes sei wie zum unvorgestellten, und dass der Mangel jener Vorstellung die That stets als eine unbeabsichtigte erscheinen lasse!

Möglich auch, dass diese Erklärung der Unabhängigkeit des Willensinhaltes von unserer Vorstellung und die Iden-

¹³⁸ Vgl. Bekker, Theorie I S. 329: »von dem Wollen kann bei crimineU strafbarer Schuld überall nichts nachgelassen werden«, und die gute Definition der Fahrlässigkeit bei Stenglein, Commentar über das Strafgesetzbuch f. d. Königreich Bayern I S. 389. 390: »Diess ist der Wille, eine . . . verbotene Handlung zu begehen, gefasst in schuldhafter Unwissenheit über die Rechtswidrigkeit der Handlung«. Vgl. auch Demelius, Ueber Compensation der Culpa, in Gerber's und Jhering's Jahrbüchern V S. 67 . . . »weil der Schaden auch im Falle blosser Culpa des Beschädigers . . . als ein von ihm gewollter erscheint«.

¹³⁹ S. oben S. 76. 77.

tificirung von Willens- und Thatgehalt als eine Degradation des Willens Anfechtung erleidet. Allein verschlägt es der Stellung des Menschen, wenn er (anerkennt, was er nicht leugnen darf, dass die Macht seiner Gedanken gegenüber der Wirklichkeit eine beschränkte ist? Und behält nicht der Wille seinen ganzen unermesslichen Wert, auch wenn er neben den massenhaften Fällen, wo er unsere Vorstellungen verwirklicht, hier und da seine eigenen Wege geht? Die kostbare Fähigkeit des Menschen seine Gedanken durch den Willen der Wirklichkeit einzubilden bleibt durch jene Erkenntniss des Willens ganz unberührt!

§ 39. C. *Arten der Schuld.*

Nicht ohne Grund legt Niemand Gewicht auf die Arten des rechtmässigen Willens, während Jedermann sich gemüssigt sieht nach Arten der Verschuldung zu forschen. Und doch lässt sich a priori behaupten, dass Artunterschiede der Schuld ihr Gegenstück beim pflichtmässigen Willen finden müssen und Arten des Letzteren ihr Gegenstück bei der Schuld. Ist ja doch die Schuld nur die Negation des pflichtmässigen Willens!

Indessen, wenn eine erlaubte Handlung vorliegt, hat das Recht gar keinen Anlass den Willen, dem sie entspricht, zu unterscheiden. Falls dagegen Jemand delinquirt, so erhebt sich vor Allem die Frage, soll der Delinquent dafür verantwortlich gemacht werden oder nicht, und wenn ja, in welchem Maasse soll ihn die Strafe treffen? Für ihre Beantwortung ist die Zerlegung der Schuld in Arten von allerhöchster Bedeutung. Gelingt sie, so mag man die eine Art schuldhafter Uebertretungen derselben mit Strafe verschonen und nur die andere zum Verbrechen erheben; sollen aber beide gestraft werden, so muss der geringeren Schuld auch geringere Strafe, der schwereren Schuld auch grössere Sühne entsprechen. Durch die Sonderung verschiedener Schuld-

arten erlangt also der Gesetzgeber und der Strafrichter nur einige neue Strafbarkeitsmerkmale, während die Schuld zu den Delikts-Merkmalen gehört¹⁴⁰. Diese Strafbarkeitsmerkmale sind freilich die wichtigsten, die es überhaupt giebt. Nicht nur kehren sie bei allen Deliktsarten wieder, sondern keine andern üben auch eine so allgemeine und so einschneidende Wirkung auf Feststellung von Strafbarkeit oder Unstrafbarkeit, und auf die Bestimmung von Art und Maass der Strafe. Um so wichtiger ist die richtige Entscheidung der Streitfrage, ob es Arten der Schuld giebt und worin ihre unterscheidenden Merkmale bestehen?

Nun führen von allen Seiten die Wege zur richtigen Erkenntniss: die dogmatische Entwicklung, der Nachweis der Unhaltbarkeit aller andern Schuldunterscheidungen, endlich der Nachweis aus den Quellen des positiven Rechts.

Ich beginne mit der dogmatischen Untersuchung. Es ist oben¹⁴¹ nachgewiesen worden, dass die Normen, grade weil sie als von den Delikten abhaltende Motive wirken wollen, ein Gebot der Anspannung der Denkkraft enthalten, auf dass der zum Handeln Schreitende die Widerrechtlichkeit desselben erkenne und seine Erkenntniss ihn an seine Pflicht mahne. Zu dem Haupt-Verbote und -Gebote steht nun alle Schuld ganz gleichmässig in Opposition: der Handelnde will stets, was das Gesetz nicht will. Ein verschiedenes Wollen ist undenkbar¹⁴². Damit ist bewiesen, dass es keine verschiedenen Arten der Verschuldung geben kann auf Grund verschiedener Gestaltung des Verhältnisses des schuldhaften Entschlusses zu dem Hauptverbot, welches derselbe übertreten will.

Dagegen kann Jemand etwas Widerrechtliches wollen, nachdem er dem Gebote es als solches zu erkennen genügt hat oder nicht genügt hat. Hier also eröffnet sich die Mög-

¹⁴⁰ Vgl. die Ausführung in I S. 103—105.

¹⁴¹ II S. 90—94; man beachte bes. das auf S. 94 unten Bemerkte!

¹⁴² S. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft S. 134: »Der Vorsatz als Wille ist seiner Natur nach einer und untheilbar, ohne Unterschied und Abstufungen.«

lichkeit Arten der Schuld und zwar nicht weniger und nicht mehr als zwei zu statuiren. Dieses Gebot richtet sich auf ein Erkennen oder Wissen: Basis für die Schuldunterscheidung bildet also allein das den schuldhaften Willen begleitende Bewusstsein¹⁴³.

Es will Jemand etwas Widerrechtliches, nachdem er es als solches erkannt, somit das Aufmerksamkeits-Gebot erfüllt hat; oder er will es ohne sich seiner Widerrechtlichkeit bewusst geworden zu sein. Wer das Verbotensein seiner That erkannt hat und sie dennoch begeht, der erklärt dem Gesetze unverhohlen seine Verachtung: der bewusst rechtswidrige Wille ist als solcher nicht nur eine schwerere, sondern eine anders geartete Schuldform als die Fahrlässigkeit. Wer die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht erkannt hat, der beweist wenigstens für diese seine That, dass er mit ihr dem Gesetze nicht gefissentlich den Krieg erklären wollte. Und so ist der Wille, dessen Rechtswidrigkeit dem Entschlossenen nicht zum Bewusstsein gekommen ist, es ist der unbewusst rechtswidrige Wille nicht nur eine durchschnittlich weit minder schwere, sondern eine wesentlich andere Schuldart als der dolus¹⁴⁴.

Kann denn aber in einem solchen Wollen des Unrechts in Vergessenheit der Pflicht, die zu verletzen man im Begriffe steht, wirklich noch ein schuldhaftes Wollen jenes Unrechts gefunden werden? Ist es mit einander vereinbar Normunkennntniß als Grund der Unzurechnungsfähigkeit anzuerkennen, weil das Pflichtmotiv in solchem Fall nicht wirksam werden könne (§ 34), und eine Schuld anzuerkennen,

¹⁴³ S. oben § 36. Sehr richtig sagt Heffter, Lehrbuch § 64: „Der specifische Unterschied aller Verbrechen liegt in der Beschaffenheit des Willens gegenüber dem Bewusstsein und Denkvermögen.“

¹⁴⁴ Um Missverständnissen entgegenzutreten sei bemerkt, dass das Bewusstsein beim dolus ganz genau in demselben Maasse wie bei der culpa vorhanden ist, dass also bei Letzterer das Bewusstsein, soweit es die Handlungsfähigkeit bedingt, durchaus nicht fehlen darf; nur eine einzige Eigenschaft der gewollten Handlung wird beim dolus ins Bewusstsein erhoben, bei der culpa nicht: deren Widerrechtlichkeit.

bei welcher der Handelnde an das Pflichtmotiv nicht denkt und wo es eben desshalb auch nicht wirksam werden kann? Wenn eine Schuld bei Normunkenntniss unmöglich ist, wie soll ein schuldhaftes Wollen des Unrechts bei Normvergessenheit möglich werden? Liegt nicht vielmehr die Schuld dann einzig und allein grade in der mangelhaften Anspannung des Gedächtniss- und Denkvermögens? Würde somit in solchem Falle der widerrechtliche Erfolg nicht als zur Schuld unzurechenbar erscheinen, und bliebe etwas anderes übrig als eine zu missbilligende Unterlassung? Wandeln sich denn, mit andern Worten gefragt, nicht wirklich alle kulposen Begehungs- und Unterlassungs-Verbrechen bei näherer Prüfung um in das eine grosse Ommissivdelikt der Denckträgheit?

Will dieser Angriff auf Anerkennung der Culpa in sich selbst consequent bleiben, so muss er auch für dieses Ommissivdelikt dolose Handlung fordern. Obgleich der Thäter seine Reflexionspflicht kennt und obgleich er weiss, dass er über den rechtlichen Charakter der projectirten Handlung noch nicht genügend aufgeklärt ist, beschliesst er, mag kommen was will, absichtlich darauf los zu handeln ohne weiter zu bedenken. In einem solchen Falle aber billigt ja der Handelnde den schädlichen Erfolg für den Fall seines Eintritts: es liegt also zwar ein vorsätzliches, aber kein Unterlassungs- sondern ein Begehungs-Verbrechen vor! Wird aber für das Unterlassungs-Verbrechen der Denckträgheit zugestanden, dass es auch von dem begangen werden könne, der sich der Verpflichtung die Denckkraft anzuspannen zur Zeit der Unterlassung nicht bewusst war, so wird ja doch eine zweite Schuldart neben dem Dolus anerkannt, die erst geleugnet werden sollte, und es bleibt dann nur noch die Frage übrig, ob die kulposen Delikte die Natur der Ommissivdelikte haben, eine Frage, welche die Lehre von der Schuld als solche nicht berührt.

Die Berechtigung aber wie die Notwendigkeit der Fahrlässigkeit einen ebenbürtigen Platz neben dem Vorsatze zu vindiciren ergibt sich aus folgender Erwägung. Wenn

Jemand widerrechtlich gehandelt hat, so ziehen wir ihn immer aus einem und demselben Grund zur Verantwortung. Wir werfen ihm vor, er sei mittels gehöriger Geltendmachung des Pflichtmotivs im Stande gewesen die widerrechtliche Handlung zu unterlassen oder an Stelle der widerrechtlichen Unterlassung die gebotene Handlung zu setzen; was er gekonnt, habe er auch gesollt, und so sei er pflichtwidrig thätig geworden oder unthätig geblieben. Nicht dass der Thäter das Verbotene gethan oder das Gebotene unterlassen hat, sondern dass er es gethan oder unterlassen hat, während er bei gehöriger Verwertung des Pflichtmotivs es nicht gethan und nicht unterlassen haben würde, legen wir ihm zur Last, also das normwidrige Handeln oder Nichthandeln auf Grund unterlassener Geltendmachung des Pflichtmotivs.

Nun will das Letztere in grösstmöglichem Umfange zur Wirksamkeit gelangen. Dieser Forderung zu genügen vermögen wir nur mittels unserer Vorstellung. Wir müssen uns also im einzelnen Falle der Pflicht nicht nur erinnern, sondern auch die Pflichtvorstellung so sehr verstärken, dass wir vermöge ihrer die Gegenreize zu überwinden im Stande sind. Unsere Schuld besteht nun immer darin, dass wir in Fällen, wo die Pflicht erfüllt werden müsste, es an der erforderlichen Vorstellung der Pflicht fehlen lassen, sei's, dass wir uns ihrer entsinnen, der Pflichtvorstellung aber nicht die genügende Steigerung angedeihen lassen, sei's, dass wir die Pflichtvorstellung, obgleich wir es könnten, überhaupt nicht auf den Plan rufen. Im letzteren wie im ersteren Falle haben wir versäumt der Pflicht zu dem ihr und uns möglichen Siege zu verhelfen: in beiden liegt gleichmässig Schuld vor; aber allerdings ist die Schuld in beiden verschieden.

So zeigt nähere Prüfung die volle Berechtigung auch das Wollen des Unrechts ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Gewollten bei einem Handlungsfähigen als Schuld zu betrachten; sie bestätigt aber gleichzeitig, dass die Auflösung der Schuld in zwei Arten nur dem Bedürfniss nach Aufstellung von Strafbarkeitsmerkmalen ihren Ursprung

dankt, dass wir aber auf diesem Wege zu mehr als zwei Schuldarten nicht kommen können.

So kennt denn auch kein positives Recht mehr als zwei Schuldarten. Die Römer nannten technisch die schwerste Schuld *dolus malus* und *culpa lata*, die leichtere *culpa levis*¹⁴⁵; die deutsche technische Bezeichnung für den *dolus malus*, *vâre*, wovon das geverlich der C. C. C. und die noch heute gebräuchlichen Ausdrücke Gefahr und ohne Gefährde, ist leider verloren gegangen: wogegen die zweite Schuldart heute allgemein Fahrlässigkeit genannt wird. Für den *dolus* wird abwechselnd bald Vorsatz, bald Absicht gebraucht, ich selbst nenne ihn ausschliesslich rechtswidrigen Vorsatz¹⁴⁶.

Diese beiden Arten des rechtswidrigen Willens entsprechen genau denen des rechtmässigen: der Vorsatz bildet das Gegenstück zum vollkommen pflichtmässigen Willen, die Fahrlässigkeit zum unbewusst pflichtmässigen Willen¹⁴⁷.

Das hier auf streng dogmatischem Wege gewonnene Resultat ist zugleich das der nüchternen praktischen Erwägung. Es gilt die Schuld behufs der Bestrafung zu scheiden. Die Strafbarkeitsmerkmale, die sich hier dem suchenden Blicke zuerst aufdringen, sind die des Trotzes, der das Recht bewusstermaassen verachtet, und der das Recht schädigenden Unachtsamkeit. Wichtigere Intensitätsmerkmale zu finden dürfte Niemandem gelingen. Besteht doch alle Schuld darin, dass sich ein Mensch durch die Norm von der verbotenen Handlung nicht abbringen lässt, und sind doch also verschiedene Schuldarten nur in der Weise denkbar, dass die abhaltende Kraft der Normen in qualitativ verschiedener Weise missachtet wird. Diese Gradation kann aber nur dadurch bewirkt werden, dass in dem einen Fall der Entschlossene seinen Entschluss unter die Norm subsumirt, dass er ihren Mahnruf deutlich vernimmt und hörenden Ohres das Gegenheil von dem thut, was sie fordert, während er in dem

¹⁴⁵ Vgl. unten Buch III Abschnitt 1.

¹⁴⁶ Der nähere Nachweis der Terminologie wird bei der Lehre von den einzelnen Schuldarten erfolgen.

¹⁴⁷ Vgl. oben S. 96. 100—102.

andern Fall das Verbot zwar kennt, seine Handlung unter es subsumiren könnte, dies aber mangels Ueberlegung nicht thut und sich so den ihm durchaus gangbaren Weg der Pflichterfüllung unabsichtlich verschliesst.

Dass nun weder der *dolus* noch die *culpa* wieder in Unterarten zerlegt werden können, dass es also nur zwei Schuldarten giebt, bedarf für den exakten Denker kaum des näheren Nachweises. Denn die wesentlichen Merkmale beider Schuldarten sind elementarer Natur, also unzerlegbar. Man kann etwas Widerrechtliches nur wollen oder nicht wollen, aber unmöglich auf verschiedene Art wollen; man kann die gewollte Widerrechtlichkeit als solche nur wissen oder nicht wissen, aber unmöglich auf verschiedene Art wissen¹⁴⁸. Es kann also weder Arten des Vorsatzes noch solche der Fahrlässigkeit geben.

Das dogmatische Ergebniss, dass Arten der Schuld nur auf die Verschiedenheit des den schuldhaften Entschluss begleitenden Bewusstseins gegründet werden können, soll nun zum Schluss noch durch den negativen Nachweis gestützt werden, dass eine andere Basis für solche Differenzirung nicht existirt. Man könnte nämlich eine solche nur noch auf eine Verschiedenheit der Vorstellung, welche den widerrechtlichen Willen begleitet, zu fundiren versuchen.

Schon von vornherein fällt nun auf, dass dann die Schuld in Arten zerlegt werden soll auf Grund eines Gegenstandes, der dem schuldhaften Willen häufig, nämlich in allen den Fällen ganz fremdartig ist, wo Jemand sich den Inhalt seines Willens falsch vorstellt. Er glaubt einen harmlosen Spazierritt zu machen und reitet in demselben Augenblicke ein Kind todt. Allerdings könnte man nun grade die Möglichkeit des Irrthums über den Willens-Inhalt zur Differenzirung der Schuld benutzen und sagen: stellt sich Jemand den Inhalt seines Willens, d. h. die Veränderung, die er in der Aussenwelt bewirken will abgesehen von ihrer Rechtmässigkeit

¹⁴⁸ S. schon Stübel, System des peinl. Rechts II S. 57.

keit oder Widerrechtlichkeit richtig vor, so ist dies die eine Schuldart, der *dolus*: irrt er dagegen und glaubt er etwas anders zu bewirken als er in der That bewirkt, so ist dies die andere und zwar mildere Schuldart, die *culpa*¹⁴⁹.

Allein dabei übersieht man völlig, dass diese Verschiedenheit mit einem energischeren oder minder energischen Gegensatz gegen das Recht, also mit echten Arten der Schuld gar nichts zu thun hat. Der in Notwehr Versetzte, der in der Dämmerung sich in der Person des Angreifers versähe und den Unrechten tödtete, da er sich nur durch Tödtung des Gegners retten zu können glaubte, wäre dann Mörder, obgleich er das Rechte und nur das Rechte zu wollen vermeint. Dagegen der vom *impetus* Erfasste, der darauf los sticht ohne sich den tödtlichen Erfolg vorzustellen würde lediglich der fahrlässigen Tödtung schuldig zu erkennen sein. Wer einen Andern zu tödten beabsichtigt, den er für einen Fremden hält, während es sein Vater ist, oder umgekehrt, den er für seinen Vater hält, während er ein Fremder ist, würde nur kulposer Tödtung schuldig.

Diese Ungereimtheiten sind durchaus natürlich: denn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Vorstellung, d. h. der Voraussicht in die Zukunft kann mit grösserer oder geringerer Energie schuldhaften Wollens gar nichts zu thun haben. Mit der richtigen Vorstellung kann sich eine ungemein friedfertige Gesinnung, mit der falschen eine empörende Rücksichtslosigkeit gegen das Gesetz verbinden.

Genau ebenso unbefriedigend fällt das Resultat des zweiten, meines Erachtens des letzten möglichen Versuches aus die Vorstellung zur Grundlage der Schuldarten zu machen. Es ist dann aber nicht Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Vorstellung, welche den Inhalt des Willens ausmacht, sondern die Vorstellung von der Art und Weise des Kausalzusammenhangs zwischen der projectirten That

¹⁴⁹ Da diese Ansicht in der herrschenden Schuld-Lehre ihre Rolle spielt, werden ihre Konsequenzen später noch des Genaueren aufgezeigt werden.

und dem projectirten und zugleich eingetretenen Erfolge¹⁵⁰.

Sobald man mit diesem Versuche Ernst macht, verengt sich der Schuld-Begriff ganz ungemein: er bleibt dann nur anwendbar auf diejenigen widerrechtlichen Handlungen, wobei der Handelnde sich den Erfolg seiner That und zwar richtig vorstellte: denn bei allen andern fehlt ja jene Vorstellung überhaupt, also auch in ihren Arten. Es scheiden dann alle dolosen und kulposen Handlungen, bei welchen der Erfolg gar nicht oder falsch vorgestellt wurde, aus der Reihe der Delikte aus¹⁵¹. Der Versuch fusst auf der oben als falsch nachgewiesenen Annahme, nur das Vorgestellte könne gewollt sein.

Nun giebt es nur eine Art der Verursachung: wir können uns aber unsere That entweder als eine solche vorstellen, welche mit Gewissheit, oder als eine solche, welche nur möglicherweise den vorgestellten Erfolg, dessen Rechtswidrigkeit durchaus nicht erkannt zu werden braucht, herbeiführen wird. Ich will nun annehmen, was keineswegs von Allen, die so scheiden, geschieht, dass der als möglich vorgestellte Erfolg gleichfalls beabsichtigt wäre: beweist dann aber die Vorstellung von der Gewissheit des Kausalzusammenhangs einen intensiveren schuldhaften Willen? Kann man denn nicht das als möglich Gedachte unter grösstem Bedauern der weniger günstigen Chancen für das Gelingen mit weit grösserer Intensität wollen als den als gewiss vorgestellten Erfolg, auf dessen Herbeiführung wir nicht einmal grosses Gewicht legen? Und selbst einmal angenommen — durchaus nicht zugegeben — dass der als gewiss vorgestellte Erfolg intensiver gewollt werde, wie der nur als möglich vorgestellte: wäre denn diese grössere Intensität identisch mit grösserer Verschuldung? Denke man doch nur, dass von zwei Entschlossenen der Eine sich denselben rechts-

¹⁵⁰ Ist der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten, so gehört der Fall zu den vorher erwähnten, wo Jemand sich den Inhalt seines Willens falsch vorstellt.

¹⁵¹ S. unten § 43.

widrigen Erfolg als gewiss aber rechtmässig, der Andere ihn als möglich aber widerrechtlich vorstellt, dann soll die Schuld des Ersten grösser sein als die des Zweiten? Mir wenigstens ist dies unfasslich!

Und so gleichen sich beide Schuldarten darin, dass etwas Verbotenes gewollt wird, sie unterscheiden sich dadurch, dass beim *dolus* das Wollen begleitet wird vom Bewusstsein der Widerrechtlichkeit des Gewollten, während bei der Fahrlässigkeit dieses Bewusstsein fehlt.

D. Die abweichenden Auffassungen der Schuld und ihrer Arten.

§ 40. 1. Die falschen Ausgangspunkte.

Mit merkwürdiger Ruhelosigkeit wandeln sich die Begriffe der Schuldarten, insbesondere der des rechtswidrigen Vorsatzes fast unter der Hand eines Jeden, der in neuerer Zeit sie zu fixiren bemüht war¹⁵². In diesem Widerspruch

¹⁵² Von den regelmässig nicht ausbleibenden Modificationen, welche jede derartige Begriffsbestimmung durch ihren eigenen Urheber zu erfahren pflegt, sehe ich ab. Mein Zweck an dieser Stelle kann nicht Detailkritik sein. Vielmehr handelt es sich lediglich darum dem Ausgangspunkte für Aufstellung der Schuldarten, welchen ich für den allein richtigen halte, die principiell abweichenden Ausgangspunkte gegenüberzustellen und nachzuweisen, dass und warum letztere nicht brauchbar sind. Nur auf diese Weise ist es trotz Bekker's (Theorie I S. 456) Zweifeln thunlich die verschiedenen Ansichten zu Gruppen zusammenzufassen, nicht aber durch gesonderte Behandlung der Schuldlehren, wie sie sich bei den verschiedenen Autoren finden. Denn nicht nur hat gar nicht selten ein Schriftsteller seine frühere Ansicht mit einer andern nicht immer besseren vertauscht, sondern die Begriffe *dolus* und *culpa* sind auch bei denselben Verfassern öfter durchaus nicht zu einander gestimmt, ja die einzelne *Dolus*-lehre ist vielfach in sich widerspruchsvoll. Eine grosse Schädigung erfährt grade die Lehre von der dolosen Handlung regelmässig dadurch, dass sie fast nie im Systeme an einer Stelle erschöpfend behandelt wird: gelegentlich der Lehre von der Fahrlässigkeit, besonders aber bei der Darstellung des Irrtums werden dann eine Reihe von Nachträgen nötig, welche in Folge der Abtrennung von der Hauptausführung nur allzu leicht mit dieser in Widerspruch treten. Auf die ab-

der Ansichten Stellung zu nehmen wäre verhältnissmässig noch leicht, wenn jede aus einer einzigen Grundanschauung heraus sich logisch entwickelte: der Beurtheiler hätte dann

weichenden Auffassungen von der Fahrlässigkeit gehe ich hier einstweilen nur soweit ein, als unbedingt notwendig ist: ich müsste sonst zu Vieles anticipiren. Uebrigens ist die richtige Auffassung der culpa weit seltener wie die des Vorsatzes. — Was Letzteren anlangt, so konnte die Beziehung des dolus auf die Norm nicht stattfinden, ehe diese in ihrer Bedeutung erkannt war. Der richtige Grundgedanke aber, dass das Wesen des dolus in einer bewussten Auflehnung gegen das Recht gefunden werden müsse, ist ebenso quellenmässig, als in der neueren Literatur freilich in den verschiedensten Ausdrucksweisen und Modificationen (von denen Manche nicht unbedeutende Irrtümer in sich schliessen; worüber unten § 41) anerkannt worden. 1. Im Principe am nächsten stehen uns die, welche als wesentliches Requisit nicht sowohl das Bewusstsein der »Straf-Gesetzwidrigkeit« als vielmehr das der Unerlaubtheit oder Rechtswidrigkeit oder des Verbotenseins des Gewollten verlangen. Hierher gehören u. A. Klein, A. A. des Cr.-R. I. 2. S. 59, denn wenn er auch Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit zum Dolus fordert, so denkt er dabei, wie S. 59 zeigt, nicht an das Strafgesetz; ferner Grolman, Lehrbuch § 46. 52 (eine andere frühere Ansicht v. G. s. unten § 43 a. A.): »Eine Rechtsverletzung . . . heisst dolus (vorsätzlich), wenn ihre Bewirkung Zweck des Handelnden war«; Borst, N. A. d. Cr.-R. II S. 439. 440; Rosendaël, De dolo in delictis (1817) S. 49; Tittmann, Handbuch I § 92: »Böser Vorsatz ist Entschluss zur Wirklichmachung eines als unerlaubt erkannten Zweckes, hier also Entschluss zur Hervorbringung einer Rechtsverletzung«; Winssinger, Doli et culpae differentia (1824) S. 61 vgl. 63; Schwarze, N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht VI (1851) S. 47; Herrmann in s. trefflichen Abhandlung über Absicht und Vorsatz im A. d. Cr.-R. N. F. 1856 S. 1 ff; v. Wächter, Handbuch des Sächs. Strafrechts S. 411, vgl. S. 416 n. 11. (sich in bewussten Gegensatz zum objectiven Rechte setzen ist dolus); Ortloff, Gerichtssaal 1864 S. 75; Osenbrüggen, Abhandl. I. S. 20. Wenn O. zum Vorsatz »Bewusstsein der Rechtswidrigkeit« fordert, so nimmt dies Geyer, Erörterungen S. 28, nur aus dem unstichhaltigen Grunde nicht an, weil Verbrechen nicht immer Rechtsverletzungen seien. Geyer verlangt desshalb zum dolus Bewusstsein, dass die Absicht auf eine Uebelthat gerichtet ist. Vgl. dens. in v. Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. dolus: »Dolus ist die Richtung des Willens auf das Uebel, dessen Herbeiführung mit Strafe bedroht ist.« Damit tritt Geyer den Definitionen Heffter's, Lehrbuch § 64, und Temme's A. N. F. 1854 S. 24 sehr nahe, welche zum Dolus Erkenntniss der Verbrecherisckheit der projectirten Hand-

nur nötig zu diesen einzelnen Grundanschauungen Stellung zu nehmen und sein Verhältniss zu den Consequenzen ergäbe sich von selbst. Statt dessen aber treiben jene Auffassungen meist gleichzeitig aus verschiedenen Wurzeln, deren Schösslinge dann nicht selten in sehr auffallende Verschlingungen geraten¹⁵³. Dadurch wird es notwendig zunächst grade diese Wurzeln blozulegen, deren Triebkraft bei der Aufstellung der sämtlichen von der unsrigen abweichenden Schuld-Auffassungen ihre Rolle spielt.

Selbstverständlich bleiben aber alle Auffassungen des

lung fordern. (In § 65 definiert Heffter noch ausführlicher den Vorsatz »als die bewusste Willkür des Handelns gegen die Staatsordnung im Gebiete der Strafgesetze«. Heffter und Temme gehören somit streng genommen nicht mehr unter 1). Viel bedenklicher Bekker, Theorie I S. 278: der Dolose müsse die Folgen seiner Handlung »als den Staatszwecken zuwiderlaufend« erkannt haben.

Zu den Anhängern des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit beim dolus gehören auch diejenigen (vgl. unten § 42 u. 44), welche alle Schuld in dolus verwandeln und die Schuld in der wissentlichen Auflehnung gegen das Recht sehen. Bekannt ist, dass dies principiell von Hegel und seiner Schule geschieht (s. auch I S. 148). So erklären denn auch Köstlin, System I S. 193 und Hälschner I. S. 127, dass verbrecherische Absicht ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (Hälschner: oder der Gesetzwidrigkeit) nicht möglich sei, freilich mit dem Zufügen, dies Bewusstsein bilde kein wes. Merkmal des dolus. Was aber nach ihnen dann noch als wesentliches Merkmal aufzufassen sei, wenn nicht dieses, ist schwer zu sagen. — Die deutschen Strafgesetzbücher, soweit sie den dolus definiren, stehen viel zu sehr unter dem Drucke der Meinung der Verbrecher übertrete das Strafgesetz um richtig zu definiren. Von den Commentatoren schliessen sich der richtigen Auffassung mit Entschiedenheit an Dollmann, Das Str.-G.-B. f. d. K. Bayern S. 77, und Stenglein, Commentar über das Str.-G.-B. f. d. K. Bayern I S. 383. — 2. Nicht in der Auffassung der Schuld und nicht notwendig in der Auffassung der Culpa wohl aber in der des dolus stehen diejenigen auf demselben Standpunkte, welche zu ihm Bewusstsein der Strafwürdigkeit oder Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit fordern (s. unten § 41).

¹⁵³ Nirgends ist diese Konkurrenz falscher Ausgangspunkte stärker als in der genialsten Abhandlung über dolus und culpa, die ich kenne: s. Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa. Bibl. f. peinl. Rechtswissenschaft II. 1 S. 190 ff. (1800).

Willens, dem die strafbaren Thaten entfliessen, ausser Betracht, sofern das Schuldmoment aus ihm geflissentlich getilgt wird (§ 32 S. 11 ff.), und nur im Vorbeigehen sei erwähnt, dass bei v. Almendingen^{153a} der Gegensatz von dolus und culpa mit dem Gegensatz von Schuld und Unschuld identificirt wird. Nach der Ansicht Almendingens lässt sich bei den kulpösen Verbrechen, die nichts anderes sind »als durch die Vorstellung und durch die psychologische Einwirkung des Strafgesetzes nicht beherrschte Thaten«, ein böser Wille nicht nachweisen. Die culpa ist vielmehr nur Verstandesfehler und zwar ein unvermeidlicher Denkfehler: die Strafe der kulpösen Verbrechen ein Denkzettel oder wie Almendingen sagt ein »Erfahrungssübel« für einen Schuldlosen, dass sein Verstand sich verirrt habe. Damit hört die Fahrlässigkeit auf Schuld zu sein und Schuld wird identisch mit Vorsatz.

Die von der unseren abweichenden Auffassungen der Schuldarten lassen sich auf vier Quellen zurückführen:

I. Dass alle Schuld in einem Widerspruch des Einzelwillens gegen das Recht besteht, wird wenigstens theoretisch nirgends geleugnet. Eine Hauptquelle falscher Schuldlehren bildet die falsche Auffassung der Rechtssätze, denen der Schuldige opponirt: denn damit wird sofort auch der Inhalt des verbrecherischen Willens selbst gefälscht. Nun droht aber von dieser Seite der Schuldlehre eine doppelte Gefahr:

1. Bei dem Versuche die Rechtssätze zu formuliren, die der Delinquent verletzt, giebt man diesen falsche Merkmale. Man irrt über den Inhalt der Normen.

2. Die Norm ist ein Rechtssatz, aber nicht notwendig ein Gesetz. So wenig entwickelt bisher ihre Theorie war, so sehr sah sich doch Jeder an irgend welcher Stelle seiner

^{153a} In der verfehlten Schrift: Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen. Giessen 1804. S. bes. S. 9. 10. 98 ff. 192. 239 ff. Mit Unrecht gelobt von Grolman, Grundsätze der Crim.-Wiss. § 47; mit Recht getadelt von Wächter, Lehrbuch I S. 129. — Ueber die eigenthümliche Entschuldigung der Schuld, die Steltzer vorgenommen hat, vgl. unten § 44.

Gedankenentwicklung genötigt ihre Existenz anzuerkennen und auf sie zurückzugreifen. Da aber vor der Deutlichkeit unserer sog. Strafgesetze jene meist nicht ausdrücklich und feierlich formulirten Rechtssätze nur zu leicht in den Schatten traten, so kam es, dass die beiläufige Anerkennung der Norm grade an denjenigen Orten vergessen wurde, wo ihre Festhaltung am notwendigsten gewesen wäre, und — als wäre dies ganz selbstverständlich — an Stelle der Norm das Strafgesetz trat. Statt des Widerspruchs zwischen dem schuldhaften Willen und der Norm wurde ein solcher zwischen dem schuldhaften Willen und dem Strafgesetz aufgestellt: die Schuld erhielt eine falsche Beziehung.

II. Von den beiden Theilen des Gegensatzes Gesetz und rechtswidriger Wille wird nicht der erste, sondern der zweite insofern verkannt, als man übersieht, wie die Schuld auf Grund der Verschiedenheit des sie begleitenden Bewusstseins in nur zwei Arten zerlegt werden kann und zerlegt werden muss. In Folge dessen nimmt man nur eine Schuldart und zwar entweder nur *dolus* oder *culpa* an, oder man vergrößert die Zahl der Schuldarten auf drei oder darüber hinaus¹⁵⁴.

III. Unser positives Recht hat die auch theoretisch unanfechtbare Thatsache stets anerkannt, dass der Urheber einer vorsätzlichen Brandstiftung, Tödtung, Eisenbahngefährdung u. s. w. und der Urheber eines kulposen Verbrechens derselben Art stets ein und dasselbe Gesetz nur auf verschiedene Weise übertreten. Unfähig sämtliche Uebertretungen derselben Norm auf Grund verschiedener Verschuldung zu sondern hat man nun öfter den Unterschied von *dolus* und *culpa* dadurch aufrecht zu halten gesucht, dass man dem dolosen Verbrecher eine andere Norm als Object der Verletzung gab wie dem kulposen Verbrecher.

¹⁵⁴ Da sich diese Fehler öfter mit anderen verbinden, so empfiehlt es sich auf diese unzulässige Verminderung oder Vermehrung der Schuldarten näher erst dann einzugehen, wenn die übrigen falschen Ausgangspunkte genauer besprochen sein werden. S. § 44.

Es liegt durchaus in der Konsequenz dieser Anschauung an Stelle von zwei Schuldarten nur eine zu setzen, wie dies denn auch öfter geschehen ist. Auch von dieser Seite her ist die Schuldlehre zwiefach geschädigt worden:

1. Man fand in allen kulpösen Delikten nur das eine echte Unterlassungsverbrechen der Denkfaulheit, während die sämtlichen vorsätzlichen Delikte entweder Verbote oder zwar Gebote, aber andere Gebote als das der Anspannung der Aufmerksamkeit verletzen sollten. Derselbe Gedanke wird häufig so ausgedrückt, dass nur der Vorsatz Wollen des Unrechts, die Fahrlässigkeit Nichtwollen desselben sei. Das Nichtgewollte ist selbstverständlich zum Willen nicht zurechenbar. Und so macht diese durchaus falsche Auffassung der culpa, die freilich nur selten die Konsequenzen zu ziehen wagt, die Annahme eines fahrlässigen Begehungsverbrechens unmöglich.

2. Statt der Verschiedenheiten von Verboten und Geboten macht man die Verschiedenheit von Verletzungs- und Gefährdungsverboten zur Basis der Unterscheidung zwischen dolus und culpa. Jener übertritt die Normen der ersten, diese die Normen der zweiten Art. Das kulpöse Verbrechen wird zur dolosen Gefährdung und tritt dadurch in Verwandtschaft mit dem Versuche.

IV. Wollen und Etwas wollen ist identisch. Was Jemand entweder wirklich will oder wenigstens zu wollen glaubt, ist stets die Verwirklichung seiner Vorstellung von dem Resultate seiner That. Daraus erklärt sich die bedeutende Rolle, die das Moment der Vorstellung in der Lehre vom Willen spielt. Diese Bedeutung ist in dreifacher Weise falsch gewürdigt worden.

1. Das Moment der Vorstellung hat hin und wieder das des Willens einfach absorbirt. Während man auch das Vorgestellte nicht wollen kann, verflüchtigte sich der schuldhafte Wille eine Rechtswidrigkeit zu begehen zu der Vorstellung irgend eines Kausalnexus zwischen einer Handlung und einem rechtswidrigen Erfolge, und die Unterscheidung

verschiedener Schuldarten löste sich auf in eine Unterscheidung der Vorstellungen vom Kausalnexus.

2. Man hat geglaubt, nur das Vorgestellte könne gewollt sein, und gerieth so in Gefahr die kulposen Verbrechen, sofern der Erfolg bei ihnen nicht vorausgesehen war, aus dem Verbrechensgebiet hinausweisen zu müssen.

3. Statt den schuldhaften Willen in Feindschaft zu den Gesetzen zu stellen begnügte man sich die Schuld zu finden in dem freundschaftlichen Verhältnisse des Willens zu einer Vorstellung, nemlich zu der Vorstellung von der durch die Norm untersagten, durch ihre Ausnahme gestatteten Handlung.

Diese wahrhaft verhängnissvolle Verwechselung bildet zusammen mit der falschen Annahme, das nicht Vorgestellte sei auch nicht gewollt, die Grundlage derjenigen Schuldlehre, die während der letzten Jahrzehnte sich allmählich zur herrschenden emporgearbeitet und gar manche Autoren veranlasst hat ihre frühere bessere Ueberzeugung zu Gunsten der neuen Lehre zu opfern.

Es würde diese Lehre ganz unverständlich sein, wollte man ihren Zusammenhang mit der neueren Geschichte der auf die Zurechnung bezüglichen Präsumtionen ausser Acht setzen. Freilich ist es durchaus unstatthaft den Dolusbegriff in solche Abhängigkeit von Präsumtionen geraten zu lassen: denn ein Satz des Beweisrechts, und nichts anders ist ja die Präsumtion¹⁵⁵, kann ja nur bestimmen, wann eine Thatsache als bewiesen angenommen werden soll, nie aber ist er in der Lage materiell-rechtliche Begriffe zu modificiren. Andererseits leuchtet ein, dass der materiell-rechtliche Begriff durch jenen Beweisrechtssatz an Anwendungsgebiet gewinnt: denn wenn das Recht ihn als verwirklicht auf ungenügende Beweisgründe hin annimmt, so kann die Wirklichkeit der Annahme des Rechts nicht immer ent-

¹⁵⁵ Burckhard, Civil. Präsumtionen (1866) S. 193 definirt richtig: Praes. sind »Rechtssätze des Inhaltes, dass ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden soll.«

sprechen, und erstere geht weiter wie letztere. Nun kann das Gesetz ein grosses Interesse dabei haben, dass eine Thatsache, wie z. B. ein doloser Rechtsbruch, in allen Fällen vom Richter als vorliegend anerkannt werde, wo sie wirklich geschehen ist; und da ja notorisch das Beweisverfahren nach den gewöhnlichen Rechtsregeln vielfach auch dann ohne Ergebniss bleibt, wenn das Object des Beweises der Wirklichkeit angehört, so liegt es dem Gesetzgeber nahe auf Mittel zu sinnen, wie dem geltenden Beweisrechte zum Trotz einer Thatsache zur richterlichen Anerkennung ihrer Existenz zu verhelfen sei. Hiefür zeigen sich zwei Wege zur Auswahl. Der eine führt zur Abänderung des Beweisrechtes durch Aufstellung einer Praesumption. Die praesumptio doli hatte nicht den Zweck, wenn auch den Erfolg, die Strafbarkeit doloser Verbrechen auf den Zufall oder das fahrlässige Delikt auszudehnen: sie wollte nur alle dolosen Verbrechen zur Bestrafung bringen. Der andere Weg liegt ausserhalb des prozessualischen Gebietes. Wenn ein Begriff des materiellen Rechts in seiner korrekten Fassung und Ausdehnung wegen der Unvollkommenheit unserer Beweismittel und unseres Beweisverfahrens in einer für den Gesetzgeber empfindlichen Weise selten als verwirklicht anerkannt wird, so kann es der Gesetzgeber mit einer Erweiterung des materiell rechtlichen Begriffes, z. B. mit dem Fallenlassen eines bisher wesentlichen Merkmals des dolus versuchen.

So kommt es, dass die Praesumption zur Garantie gegen ungerechtfertigte Erweiterungen von materiell-rechtlichen Begriffen zu werden vermag. Das Fallenlassen der Praesumption oder ihre Verengung bildet dann leicht nur das Vorspiel zu Begriffs-Aenderungen, wodurch lediglich das durch Abschaffung oder Verkürzung des Beweissatzes verlorene Terrain zurückgewonnen werden soll.

Allein auch während des Bestehens der Rechtsvermutung kann diese, oder richtiger gesagt die falsche Auffassung des Verhältnisses solcher Beweis-Sätze zu den Begriffen des materiellen Rechts, letzteren Gefahr drohen. Man lässt ein

wesentliches Merkmal derselben fallen, weil man glaubt, ein Merkmal, was die Präsumtion als bewiesen annähme, dürfe in den materiell-rechtlichen Begriff keine Aufnahme mehr finden. So schleudert Köstlin¹⁵⁶ den Anhängern zugleich des Bewusstseins der Gesetzeswidrigkeit als eines wesentlichen Dolus-Merkmals und des Satzes von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums den Vorwurf des Doktrinarismus und der Inkonsequenz entgegen. Allein dieser Vorwurf beweist nur Köstlin's Unfähigkeit die Bedeutung der Präsumtionen zu erfassen. So widersinnig die in der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums liegende Rechtsvermutung auch sicherlich ist, so wenig liegt doch in ihrer Anerkennung ein Widerspruch mit dem Dolusrequisit des Bewusstseins der Gesetzeswidrigkeit. Denn die aufgestellte Präsumtion hat ja gerade die Bedeutung festzustellen, nicht dass vorhandener Rechtsirrtum nicht berücksichtigt werde, sondern dass ein Rechtsirrtum im einzelnen Fall nicht als vorhanden anzunehmen sei. Und so muss sich die Bestimmung der materiell-rechtlichen Begriffe in voller Unabhängigkeit von den auf sie bezüglichen Beweisrechtssätzen bewegen.

Die oben als möglich bezeichnete Wechselwirkung des Schuldbeweisrechts mit dem Schuld-Recht ist in der Geschichte des deutschen Strafrechts von Feuerbach bis auf die Gegenwart Wirklichkeit geworden.

Sowohl die Gesetzgebung als die Doktrin stellte in dieser Zeit drei verschiedene Rechtsvermutungen der Schuld auf, von denen die frühere stets weiter ging als die spätere. Diese Verengung der Präsumtionen ist den stets erneuten Angriffen der Wissenschaft auf die Zulässigkeit der weiter gehenden Rechtsvermutung zu danken. Bei Thaten, welche äusserlich dem Gesetze zuwiderlaufen, soll entweder angenommen werden, sie entsprängen aus rechtswidrigem Vorsatze. Eine solche allgemeine *praesumptio doli* schliesst eine Vermutung der Zurechnungsfähigkeit und insbesondere der Normkenntniss als ihrer Voraussetzung in sich¹⁵⁷. Vermittelst

¹⁵⁶ N. Revision S. 255. Vgl. System I S. 194.

¹⁵⁷ Vgl. Bayr. Str.-G.-B. v. 1813 A. 43 (= Oldenb. 1814

ihrer werden nicht nur die dolosen Verbrechen in grösstmöglichem Umfange, sondern auch eine Reihe von kulpösen und kasuellen Verletzungen als vorsätzliche zur Bestrafung gebracht.

Neben dieser so ausserordentlich weitgehenden Rechtsvermutung ist selbst die Aufnahme des Bewusstseins der Strafbarkeit in den Vorsatz durchaus unschädlich¹⁵⁸.

Erliegt nun aber eine solche allgemeine praesumptio doli den auf sie gerichteten Angriffen, so kann der durch sie herbeigeführte Umfang der Strafbarkeit doloser Verbrechen im Wesentlichen dadurch aufrecht erhalten werden, dass

A. 56). Abgeschafft erst durch Ges. v. 29. Aug. 1848 A. 8 Al. 2. Vgl. noch A. 71 (= Oldenb. 1814 A. 65). Dagegen Preuss. Landrecht I, 3 § 15: »Dass Jemand gegen die Gesetze habe handeln wollen, wird nicht vermutet.« Man beachte freilich II, 20 § 27 u. 32. Ausdrücklich ausgeschlossen wird die Vermutung schon vom Entw. f. Sachsen-Weimar v. 1822 Satz 18; vom Württemb. Entwurf v. 1823 A. 51; vom Bayr. E. v. 1831 A. 35 (entgegengesetzt E. v. 1827 A. 34); von den Strafgesetzbüchern für Hannover A. 42, Hessen A. 59, Nassau A. 56. — Für diese Rechtsvermutung, die Stelzer, Ueber den Willen S. 208 n., empört einen »Morddolch« nennt, sprachen sich aus Grolman, Bibl. f. peincl. Rechtswissenschaft I St. 2 S. 70—80; ders. Grundsätze § 55 u. 147; Feuerbach, Lehrbuch § 60 u. 86, der aber von der 9. Aufl. (1816) an die praes. doli fallen lässt und sich mit einer Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit begnügt; v. Almendingen, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen S. 239. Vortrefflich gegen diese Präsumtion schon Kleinschrod, Grundbegriffe u. Grundwahrh. I S. 54—58. Sie wird dann, von den Genannten abgesehen, seitens der deutschen Jurisprudenz mit seltener Einmütigkeit verworfen. Vgl. bes. die eingehenderen Schriften von Wening, N. A. d. Cr.-R. II S. 194 ff.; Borst, das. S. 434 ff.; Vollgraff, Vermischte Abhandlungen I (1822) S. 215—270; Schuster, De praesumptione doli mali in facti illicitis. Gottingae 1829. S. auch Hepp, Ueber die Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit, in s. Versuchen über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft. (1827) S. 163—193.

¹⁵⁸ In der angegebenen Weise wird der dolus bestimmt in dem Str.-G.-B. für Bayern von 1813 A. 39 = Oldenburg 1814 A. 52. Auch die Definition des Hannov. Strafgesetzbuchs A. 41: »Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewusstsein, dass sie unerlaubt sei«, kann nicht anders aufgefasst werden.

statt des *dolus* nun die Zurechnungsfähigkeit einschliesslich der Rechtskenntniss präsumirt und zugleich die Berufung auf Rechtsirrtum bei der That ausgeschlossen wird. Um diesen Standpunkt einzunehmen, giebt Feuerbach in der neunten Auflage des Lehrbuches § 87 die früher vertheidigte Präsumtion des *dolus* »gern« auf, behält aber seine alte Definition des Vorsatzes ganz unverändert bei¹⁵⁹.

Aber auch die Rechtsvermutung in diesem Umfange war nicht zu halten. Siegreich brach sich der Gedanke Bahn, dass die Zurechnungsfähigkeit in jedem einzelnen Falle ganz nach den gewöhnlichen Beweisregeln festgestellt werden müsse.

Die Zahl der Verbrecher, die in Folge der Durchführung jener Wahrheit möglicherweise den Armen der Justiz entslüpfen konnten, drohte dann freilich gegen früher zu wachsen, und wollte man dies Wachstum nicht, wie billig gewesen wäre, in vollem Umfange als unvermeidliche Folge eines grossen Fortschritts in den Kauf nehmen, so drängte nun zum ersten Male das praktische Bedürfniss dazu einerseits die Schuldbegriffe, insbesondere den des Vorsatzes, ja nicht enger zu fassen als unbedingt notwendig, um dadurch nicht wieder einen Verlust an Objecten für das staatliche Strafrecht herbeizuführen, andererseits von der alten Rechtsvermutung so viel zu retten als irgend möglich schien. Dies gelang insofern, als die Berufung auf Rechtsirrtum wie früher so auch jetzt ausgeschlossen blieb. Es erhielt sich auf diese Weise ein Rest der beiden alten scheinbar ganz besei-

¹⁵⁹ Eine Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit begegnet allein in Sachsen 1855 A. 87 = 1868 A. 87: »Die Fähigkeit der Selbstbestimmung ist bei Personen, welche das 14. Jahr ihres Alters zurückgelegt haben, vorauszusetzen, dafern nicht nachgewiesen werden kann« — Für die Präsumtion tritt ausser Feuerbach u. Grolman (Grundsätze § 55 u. 147) auch wesentlich Tittmann, Handbuch I S. 159—161 ein. Die Gegner dieser Präsumtion s. bei Geib, Lehrbuch II S. 57. 58, wozu Kleinschrod, Grundsätze und Grundbegriffe I S. 219, u. Röder, Gerichtssaal 1874, S. 10 u. 11 nachgetragen werden können.

tigten Präsumtionen. Schneidet man dem Beschuldigten die Berufung auf die Thatsache ab, dass ihm die Norm nie zur Kenntniss gekommen sei, so präsumirt man eine notwendige Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit; verwirft man seinen Einwand, er habe seine Handlung im Augenblicke der That aus Rechtsgründen nicht für verboten erachtet, so präsumirt man ein wesentliches Merkmal des dolus.

Nun würde neben dieser Präsumtion eines Dolustheils die gebieterisch geforderte Anerkennung der Zugehörigkeit des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zum Vorsatze selbst für die Aengstlichen ganz unbedenklich sein: es sollte also hinter jener Vermutung der richtige Dolusbegriff seinen Schutz finden. Allein weit gefehlt! Zwei Faktoren reizen gemeinsam dazu nicht nur das Bewusstsein der Strafbarkeit, sondern auch das der Rechtswidrigkeit aus dem Vorsatzbegriffe zu stossen: der eine ist ein Fehler des Intellekts, der andere ein Fehler des Mutes; jener sieht in einer Schuld-Präsumtion einen Satz des materiellen Rechts und drängt dazu die Schuldbegriffe mit diesem in Einklang zu setzen; dieser scheut sich einzugestehen, dass vielfach nur mittels des wehmwürdigen Fragmentes der verfehlmten *praesumptio doli* die Bestrafung wegen angeblich dolosen Handelns herbeigeführt werden kann¹⁶⁰.

Und so ist die herrschende Auffassung des dolus ganz unerklärlich wenn man sie nicht auf dem Hintergrund der *praesumptio doli* betrachtet. In der neuesten Zeit ist aber selbst dieser Hintergrund geschwunden. Der Satz *error juris nocet* ist vom gemeinen deutschen Strafrecht gehöriger Weise bei Seite geworfen worden, und wenn die Doktrin daran festhält, so wäre dies Eigenmacht gegen das Gesetz, wenn der Willkürakt nicht banger Sorge um das Gesetz, der Angst vor den Folgen gänzlicher Beseitigung der *praesumptio doli* seinen Ursprung verdankte.

¹⁶⁰ S. auch, was Stenglein, Commentar über das Bayr. Str.-G.-B. I S. 384 n. 2 richtig gegen Breidenbach bemerkt.

Anmerkung. Es dürfte zweckmässig sein in Folgendem die Definitionen des *dolus*, soweit die deutschen Gesetzbücher sie geben, und ihre Satzungen über das Thema *error juris nocet* neben einander zu stellen. Für die Auffassung der folg. Gesetzesstellen ist zu beachten, dass den deutschen Strafgesetzbüchern das Verbrechen wesentlich »strafgesetzwidrige Handlung« ist. Auch möchte darauf hinzuweisen sein, wie vielfach der prozessualische Satz, die Berufung auf Rechtsirrtum sei nicht zu hören, in der Gewandung materiell-rechtlicher Sätze auftritt. Auf die kleinen *praesumptiones doli*, die in den älteren Gesetzen nicht fehlen, soll aber keine Rücksicht genommen werden.

Ich beginne mit dem Preuss. Landrechte II, 20 § 26: »Wer absichtlich etwas thut oder unterlässt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen«; § 10: »Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden«; § 11: »Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und im Stande gewesen ist«. — Oesterreich 1803 I § I = 1852 § 1: »Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert. Böser Vorsatz fällt aber nicht nur dann zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen; sondern auch, wenn aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen wird, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, gemeinlich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann«. Vgl. 1803 I § 3, wesentl. = 1852 § 3: »Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen (da das Unrecht ders. unverkennbar ist: fehlt in 1852) kann sich Niemand entschuldigen«; s. auch 1803 II § 1 und 2, wes. = 1852 § 233. 234. — Bayern 1813 A. 39, 1 = Oldenburg 1814 A. 52, 1: »Mit rechtswidrigem Vorsatze (*dolus*) wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen ist«. Vgl. Bayern A. 71 = Oldenburg A. 65: »Wer bei einer in diesem Gesetzbuche als strafbar erklärten Handlung seine Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes vorschützt, wird mit diesem Vorgeben nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, grosse Dummheit und andere dergl. Gemüthsfehler dieses Vorgeben unterstützen«. Dieser Beweissatz steht noch neben der *praes. doli*: s. oben n. 157: — Von den folgenden Strafgesetzbüchern ausser dem Hannoverischen präcisirt nach Vorbild der Beiden zuerst genannten keines mehr die Bewusstseinsseite des Vorsatzes, was mit voller Absichtigkeit unterlassen wird. Eine Defin. des *dolus* fehlt in dem Sächs. Criminal-G.-B. v. 1838 A. 31 = Sachsen-Altenburg

A. 31, und der Art. 68 beider Gesetzbücher erklärt ausdrücklich nur die Unkenntniss über Art und Grösse der Strafe für irrelevant, womit nicht gesagt sein soll, dass sie den Satz *error juris* verwerfen wollten, wohl aber, dass sie ihn verworfen haben. — Württemberg definirt den *dolus* nicht, sagt aber in A. 99: »Mangelnde Kenntniss des Gesetzes schliesst die gesetzliche Strafe nicht aus; eine Ausnahme findet nur statt, wenn sich aus besonderen Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkunde ergeben sollte«. Grade ein solcher Satz fehlt in Hannover (s. A. 84, 6 und 94, 7), welches aber A. 41 definirt: »Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer strafgesetzwidrigen Handlung mit dem Bewusstsein, dass sie unerlaubt sei«.

In vollster Klarheit tritt nun die Modification des *dolus* nach Maassgabe des Satzes *error juris nocet* in Braunschweig entgegen. Nach § 27 ist vorsätzlicher Verbrecher, »wer sich zu einer Handlung oder Unterlassung, durch welche das Strafgesetz übertreten wird, mit Absicht bestimmt«; § 31 sagt: »Unwissenheit über die Strafbarkeit der That . . . schliesst die Zurechnung aus«. Die trefflichen Motive des Entwurfs S. 26 bemerken dazu: »Vorausgesetzt, dass ein Verbrechen überhaupt nur von einer zurechnungsfähigen Person begangen werden kann, und vorausgesetzt ferner, dass Jeder die Strafgesetze kennen muss, so ergibt sich, dass der rechtliche Begriff des bösen Vorsatzes sich darauf beschränkt, dass Jemand die Absicht hat, grade die Rechtsverletzung hervorzubringen, die das Gesetz verbietet«. In der Definition des Vorsatzes (sich absichtlich zu einer Gesetzübertretung bestimmen; und in der Formulirung des Beweissatzes stimmen mit Braunschweig wesentlich überein: Hessen A. 58 = Nassau A. 55 = Baden § 97, u. Hessen A. 41 = Nassau A. 35, ähnlich Baden § 73 (vgl. § 71!); ferner Thüringen A. 29 u. 63, und Hamburg A. 21. 22. 29.

Das Sächs. Strafgesetzb. v. 1855 A. 46 = 1868 A. 46 definirt den Vorsatz nicht und hebt nur hervor, dass auch der gesetzlich wesentliche Erfolg eines Verbrechens »beabsichtigt gewesen sein müsse«, wenn dasselbe als vorsätzlich begangen betrachtet werden solle. Wohl aber sagt 1855 A. 95 = 1868 A. 95: »Durch Unbekanntschaft mit dem Gesetze, welches eine Handlung mit Strafe bedroht, wird ein begangenes Verbrechen ebensowenig entschuldigt«. — Bayern 1861 A. 70: »Die Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes . . . schliesst die Strafbarkeit nicht aus«. Vgl. den interess. A. 21 des Bayer. Polizeistrafgesetzbuchs v. 10. Nov. 1861: »Unkunde von Polizeivorschriften begründet im Allgemeinen weder Ausschliessung noch Minderung der Strafbarkeit. Ergiebt sich jedoch . . ., dass die Uebertretung einer nicht allgemein bekannten orts-, distrikts- oder oberpolizeilichen Vorschrift verübt worden ist, weil der Uebertreter diese Vorschrift nicht gekannt hat, so ist der Polizeirichter ermächtigt, auf eine

geringe Geldstrafe zu erkennen, oder sofern der Thäter die übertretene Vorschrift nicht leicht in Erfahrung bringen konnte, denselben loszusprechen«. Lübeck § 38, 3: »Durch Unbekanntschaft mit dem Gesetze wird die Zurechnung nicht ausgeschlossen«. In den Gesetzbüchern von Preussen u. Oldenburg (1858) fehlt ein solcher Satz (vgl. Oldenburg A. 40 § 3); ebenso im Reichsstrafgesetzbuch; in denen von Preussen, Oldenburg, Bayern, Lübeck und dem Reichsstrafgesetzbuch fehlt eine Definition des Vorsatzes. Ueber die Gründe, wesshalb man es in Preussen für unnötig hielt eine Bestimmung über Rechtsirrtum aufzunehmen (insbes. weil die Unwirksamkeit des Rechtsirrtums schon gemeinen Rechtsens sei!) s. Goltdammer, Materialien I S. 377 ff.

Da diese Sätze über Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums trotz ihrer materiell-rechtlichen Einkleidung nichts sind als Präsumtionen, der strafprozessualische Beweis aber verpflichtet ist nach Erbringung materieller Wahrheit zu streben, jede Präsumtion also mit ihm in schneidendem Widerspruche steht, so darf in einem Rechte, welches eine solche Rechtsvermutung nicht ausdrücklich aufstellt, eine derartige Ausnahme von dem Principe des strafprozessualischen Beweises nicht anerkannt werden. Soweit aber in dem Satz, Berufung auf Rechtsirrtum bleibt unberücksichtigt, eine praesumptio doli enthalten ist, soweit beweist er grade, dass zum Vorsatz Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört.

§ 41. 2. Falsche Auffassung des Rechtssatzes, dem die Schuld opponirt.

Eine Verkennung der Rechtssätze, denen der vorsätzliche wie der fahrlässige Verbrecher zuwiderhandelt, muss konsequent zu einer falschen Auffassung sowohl des *dolus* als der *culpa* führen. Der Irrtum über jene Rechtssätze ist aber in zwei Gestalten den Schuld Begriffen verderblich geworden:

I. Der *Dolus* ward aufgefasst als der Wille eine verbotene Handlung zu begehen verbunden mit dem Bewusstsein ihrer Strafbarkeit oder Strafbarkeit¹⁶¹.

¹⁶¹ Die entsprechende Definition der Fahrlässigkeit weiche von der des *dolus* nur darin ab, dass der Fahrlässige die Strafbarkeit seiner

Liegt der Abhaltungsgrund vom verbrecherischen Handeln nicht sowohl im einfachen Verbot als in dem Hinweis auf die Straffolgen der Handlung, so muss die Norm grade durch diesen bereichert werden, und der Wille, der in bewussten Gegensatz zu ihr tritt, erhält als ein wesentliches Merkmal das Bewusstsein der Strafbarkeit der projektirten Handlung. Es ist seiner Zeit nachgewiesen worden, warum dieser Hinweis auf die Straffolgen in die Norm nicht gehört (I S. 94 ff.); es ist gezeigt worden, dass den stichhaltigsten Grund seiner Aufnahme in jenen Rechtssatz die Behauptung bilden würde: der Abhaltungsgrund vom Verbrechen liege in der Vorstellung der Straffolge. Die Aussicht auf Strafe im Allgemeinen aber wird Niemanden von einem Verbrechen abhalten, sondern höchstens die Vergleichung dessen, was man durch das Verbrechen zu erreichen hofft, mit dem bestimmten Maasse von Strafrisiko, das man durch seine Begehung läuft, und so hat Küstlin¹⁶² nicht Unrecht mit seiner schroffen Behauptung: »es ist gradezu widersinnig Bewusstsein der Strafbarkeit überhaupt als positives Requisite des Dolus zu verlangen, dagegen das Bewusstsein über Art und Grösse der Strafe nicht für nötig zu erklären«. Diejenigen aber, welche für den Dolus Bewusstsein der Strafbarkeit erforderten¹⁶³, dagegen die Kenntniss der Strafgrösse

Handlung zwar nicht erkannt haben dürfte, wohl aber zu dieser Erkenntniss im Stande gewesen sein müsste.

¹⁶² N. Revision S. 255. S. auch Henke, Handbuch I S. 334; Hufnagel, Commentar I S. 103.

¹⁶³ Es liegt zu Tage, dass die Theorie der Abschreckung durch die Strafdrohung, insbesondere die psychologische Zwangstheorie und die Warnungstheorie, dieses Bewusstsein der Strafbarkeit zum dolus fordern müssen. Durchaus nicht alle Anhänger dieser Dolus-Auffassung, wohl aber ein Theil von ihnen sind auch Anhänger der gleich sub II zu besprechenden Anschauung. — Hierher gehören Kleinschrod, Grundbegriffe I S. 29; ders. N. A. d. Cr.-R. I S. 20; VI S. 51; Stübel, System des peinl. Rechts II S. 49 ff.; Feuerbach, Revision II S. 54. 61; Bibliothek f. peinl. Rechtswissensch. II 1. S. 199: »Dolus ist die Bestimmung des Begehrungsvermögens zu einer gewissen Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewusstsein der (Straf-) Gesetzwidr. desselben«. So fast wörtlich aus der Revision II S. 61 und so auch im

bezüglich des Dolus für irrelevant erklärten¹⁶⁴. schadeten durch ihre Inkonsequenz immer noch weniger, als wenn sie sich der gerügten Widersinnigkeit nicht schuldig gemacht hätten.

II. Die Schuld ward bezogen statt auf die Norm auf das Strafgesetz.

Welche Verwirrung ist nicht daraus entstanden, dass man das Verbrechen nicht anders begreifen konnte als im Widerspruch mit einem positiven Rechtssatze stehend und diesen Rechtssatz in dem Strafgesetze zu finden vermeinte! Mit Bezug auf den Dolus führte jene Verwirrung zur Aufstellung des Requisites des Bewusstseins der Gesetzwidrigkeit der projektirten Handlung. So definirt Grolmann den Vorsatz: »Dolus ist Entschluss zur Realisirung seines Zweckes durch vorhergesehene Gesetzwidrigkeit«¹⁶⁵; Kleinschrod sagt von ihm, er enthalte eine absichtliche Verachtung der Strafgesetze¹⁶⁶; Feuerbach: »Dolus wäre also die Bestimmung des Begehrungsvermögens

Wesentl. Lehrbuch § 53; vgl. § 13 u. § 85 n. a. — Ferner Thibaut, Beiträge z. Kritik der Feuerb. Theorie S. 72. 73; v. Almendingen, Imputation S. 106; Unters. über das kulpöse Verbrechen S. 8 u. 9; Meister, N. A. d. Cr.-R. I S. 107; Mittermaier das. II S. 521; Oersted, Grundregeln S. 231; Henke, Handbuch I S. 346: Verbrecher. Vorsatz ist »Vorsatz eine Handlung zu vollbringen, deren bürg. Strafbark. man sich vor oder bei (sic!) Begehung ders. bewusst gewesen ist«; Martin, Lehrbuch § 34; Weber, N. A. d. Cr.-R. VII S. 549 ff.; bes. 559; Bauer, Lehrbuch § 55. 56; Abhandl. I S. 251. 265; Weiss, Das Criminalgesetzbuch f. Sachsen 2. Aufl. S. 281 (dem sogar nächst der Freiheit des Willens das Bewusstst. der Strafbark. ein Haupterforderniss der Zurechnungsfähigkeit ist); Hye, Das oesterr. Strafgesetz I S. 138; Schütze, Lehrb. § 39. Ueber Heffter und Temme s. oben. n. 152 a. E. — Ueber die hierher gehörigen Gesetze s. oben S. 136. 137. — Sehr gut gegen diese Auffassung Luden, Abhandl. II S. 97 ff.; 517 ff. S. 99: Das Bewusstsein der Strafbarkeit könne gar nicht Merkmal des dolus sein: »denn dolus und culpa waren eher da als die Strafbarkeit«

¹⁶⁴ Diese Erklärung wird fast mit Einstimmigkeit v. d. Gesetzgebung wie von der Doktrin abgegeben. S. jedoch Stübel, System II S. 49. 50.

¹⁶⁵ Bibl. f. peincl. Rechtswissensch. I. 1. S. 28.

¹⁶⁶ Grundbegriffe I S. 29. 30. Vgl. dagegen S. 31: der Missethäter ist dolos, sobald »er weiss, dass die That verboten ist«.

zu einer gewissen Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit desselben¹⁶⁷; Bauer: »Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zu einer That mit dem Bewusstsein ihrer Gesetzwidrigkeit«¹⁶⁸; Abegg: »Rechtswidriger Vorsatz ist der Entschluss zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig gekannten Erfolgs«¹⁶⁹; Köstlin verlangt das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit als wesentliches Requisit für den Dolus bei Polizeivergehen¹⁷⁰. Mit welcher Naivität man dabei spricht vom Bewusstsein des Gegensatzes zwischen der Handlung und dem Gesetz und dabei meint das Bewusstsein des Einklangs derselben mit dem ersten Theil des Strafgesetzes, dafür diene Feuerbach grade wegen seines Scharfsinns als Beispiel. Er sagt unbedenklich¹⁷¹: zwei Bedingungen ermöglichen erst das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit: 1. Bewusstsein des Gesetzes, dem die Handlung widerspricht: 2. Bewusstsein, dass die Handlung, zu welcher sich der Wille bestimmt, unter diesem Gesetze enthalten sei (also dem Gesetze nicht widerspricht!)¹⁷². Fast noch frappanter bezeichnet Abegg in demselben § 55 seines Lehrbuchs das Verbrechen als

¹⁶⁷ Bibl. II. 1. S. 199 S. oben n. 163.

¹⁶⁸ Lehrbuch § 56. Vgl. dessen Abhandlungen aus dem Strafrecht I S. 251 ff., bes. 265.

¹⁶⁹ Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft § 83 S. 132.

¹⁷⁰ Revision S. 258. — Vgl. etwa noch Stabel, System II S. 54; Schaffrath, doli descriptio S. 18... *dolus criminalis est ... legis criminalis violandae conscientia*; Marezoll, Lehrbuch 3. Aufl. S. 109; Hufnagel, Commentar I S. 102; Rubo, Quae sit doli natura S. 21; Wahlberg, Gesamm. Schriften I S. 40. — Da das Gesetz, was man hier durchweg im Auge hat, das Strafgesetz ist, so müsste dem dolus Bewusstsein der Strafbarkeit gleichfalls wesentlich sein: allein diese Konsequenz wird nicht durchweg gezogen.

¹⁷¹ Bibl. f. peincl. Rechtswissensch. II. 1. S. 199.

¹⁷² Vgl. dens. Lehrb. § 55 n°. »Das besondere Bewusstsein des Strafgesetzes in seiner Anwendung auf den gegenwärtigen Fall der Uebertretung ist nicht allgemeine Bedingung des Verschuldens, sondern kommt nur vor beim dolus und der unmittelbaren Fahrlässigkeit«. Aehnlich verlangt Bauer, Abhandl. I S. 251 ff. dies Requisit bewusster Gesetzwidrigkeit auch zur bewussten culpa.

Uebertretung des Strafgesetzes und gleich darauf das Strafgesetz als Obersatz, das Verbrechen als Untersatz und die Strafe als conclusio¹⁷³. Es erhellt daraus wie das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit der Handlung nichts anderes bedeuten soll als das Bewusstsein, dass die projektierte Handlung unter dem ersten Theile eines Strafgesetzes enthalten sei. Und nun liesse sich allenfalls eine Vertheidigung dieser Auffassung denken. Man könnte sagen, das Bewusstsein des Widerspruchs der geplanten Handlung mit der Norm sei identisch mit dem des Einklangs der Handlung mit dem ersten Theile des Strafgesetzes: Niemand könne sich bewusst sein, dass er kulpos eine Rechtsverletzung begehe; eine bewusste Harmonie zwischen Gesetz und dem Inhalt des Entschlusses sei somit nur denkbar bezüglich solcher Gesetze, welche das dolose Verbrechen mit Strafe bedrohen: und wenn auch allenfalls ein Dolus sich denken lasse ohne dieses Bewusstsein, so sei doch ein Vorhandensein dieses Bewusstseins der Harmonie zwischen Handlung und Gesetz ohne Dolus undenkbar. Mit andern Worten: Handeln im Bewusstsein jener Harmonie sei jedenfalls dolos, Handeln ohne dasselbe regelmässig kulpos. Grade dieser Vertheidigungsversuch aber klärt nur um so deutlicher die Gefahr auf, welche in jener Auffassung steckt. Es laute das Strafgesetz: »Wer dolos einen Menschen tötet, der u. s. w.« Um als dolos zu erscheinen müsste dann der Handelnde wissen, dass er dolos töde: Dolus selbst genügt nicht mehr, sondern nur Bewusstsein des Dolus. Bildet sich also Jemand ein, der dolus eventualis, den er gefasst hat, sei in Wahrheit eine culpa, so fiel jenes Bewusstsein der Harmonie weg, damit der dolus selbst, und das Verbrechen erschiene trotz des dolus eventualis, aus dem es entsprang, als ein kulposes. Umgekehrt kann Jemand sich sehr wohl bewusst sein, dass er — den Eintritt eines schädlichen Er-

¹⁷³ Vgl. auch noch Bauer Lehrbuch § 15 § 32. An diesem ewigen Konfundiren von Norm und Strafgesetz nimmt Niemand Anstoss; vgl. z. B. auch Köstlin, Revision Kapitel 3, Abschnitt 1: »Das Gesetz und die gesetzwidrige Handlung.« S. 645 ff.

folgs in der Vorstellung anticipirend — mit Bezug darauf aller Wahrscheinlichkeit nach kulpos handle: subsumirt er dieses sein Handeln unter den ersten Theil des Gesetzes, welches die kulpose Verletzung verpönt, so hörte die Handlung auf kulpos zu sein und würde dolos. Jene Bezeichnung des dolus ist also nicht nur nicht ein unschuldiger anderer Ausdruck für sein Wesen, sondern eine Fälschung desselben. Den Geist der Verneinung charakterisirt nur die Art des Widerspruchs und nicht das Bewusstsein irgend welcher Uebereinstimmung.

§ 42. 3. Das vorsätzliche und das fahrlässige Delikt
gefasst als Uebertretungen verschiedener Normen.

Es ist eine der interessantesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Schuldlehre zu sehen, wie sich die verschiedene Verschuldung bei einer und derselben Deliktsart umgestaltet in zwei gänzlich verschiedene Delikts-Gattungen, die entweder dieselbe Schuld theilen oder aber auch auf verschiedene Verschuldung zurückgeführt werden. Immer und immer wieder wird das Schuldmoment bei der Fahrlässigkeit in der Unterlassung gefunden: das fahrlässige Delikt übertritt dann nie ein Verbot, sondern stets nur ein Gebot, und wird echtes Unterlassungsdelikt, welches entweder nur dolos oder nur kulpos, oder auf beide Weisen begangen werden kann. Wird aber diese Klippe, an der alle fahrlässigen Begehungsverbrechen scheitern, glücklich vermieden, so droht die zweite. Die Zurechnung des »ungewollten Erfolgs« bei den fahrlässigen Delikten erscheint als unthunlich; dieser Erfolg wird von dem Delikt abgestossen und es bleibt eine Gefährdung übrig, bezüglich deren sich wieder Zweifel regen, ob sie nur vorsätzlich, nur aus Unachtsamkeit oder auf die eine und die andere Weise begangen werden kann.

Mögen nun aber die fahrlässigen Verbrechen nur Unterlassungsverbrechen oder nur Gefährdungen sein sollen, in

beiden Fällen müsste doch notwendig ihr Verhältniss zu den andern Unterlassungen und den andern Gefährdungen genauer untersucht werden, was bisher beharrlich versäumt worden ist.

In ebenso feiner als kühner Weise ist nun von beiden Theorien die eine durch Feuerbach, die andere durch Stübel wissenschaftlich entwickelt worden.

I. Die kulpösen Verbrechen werden zu einem dolosen Unterlassungsverbrechen. An einer sehr merkwürdigen Stelle seiner »Betrachtungen über Dolus und Culpa«¹⁷⁴, an welcher Feuerbach sich vorübergehend von seinem oben berührten Irrtum über den Norminhalt befreit und denselben mit aller Klarheit bezeichnet, lässt er sich alsbald zu einem anderen noch wichtigeren Irrthum fort-reissen. Die psychologische Zwangstheorie musste ihn dazu auffordern nur dolose Verbrechen anzuerkennen. Denn wenn die Strafdrohung psychologischen Zwang üben und abschreckend wirken soll, so muss sie dem Thäter im Augenblick seiner That nicht nur im Allgemeinen, sondern auch in ihrer Anwendbarkeit auf seine That vor Augen stehen, er muss also notwendig in dolo sein¹⁷⁵. So sagt denn auch Feuerbach (a. a. O. S. 227. 228): »Die kulpöse Uebertretung unterscheidet sich in Rücksicht auf die Art der Willensbestimmung keineswegs von der dolosen; die kulpöse Uebertretung setzt die Verletzung eines Gesetzes voraus, so wie die dolose; jene fordert als Bedingung Bewusstsein der Uebertretung, so wie diese¹⁷⁶. Sie unterscheiden sich

¹⁷⁴ Hier legt Feuerbach seine Ansichten am ausführlichsten dar. S. Bibl. f. peinl. Rechtswiss. II 1. S. 193—243. Sie sind aber schon von ihm in der Allgem. Literaturzeitung 1798 N. 388 (vgl. A. A. d. Cr.-R. II St. 1 S. 179—182) und in seiner Revision II S. 48—66 im Wesentlichen grade so entwickelt.

¹⁷⁵ Sehr beachtenswert sind die Ausführungen v. Almendingen's, gleichfalls eines Anhängers der psychologischen Zwangstheorie, (Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen S. 16 ff.) über die Unmöglichkeit von diesem Standpunkte aus eine andere Schuldart als dolus anzuerkennen.

¹⁷⁶ Im A. A. d. Cr.-R. II 1. S. 184 giebt auch Klein zu, dass »doch am Ende bei jeder culpa ein dolus, wenn auch ein entfernter zu

daher blos 1) durch die Verschiedenheit der übertretenen Gesetze¹⁷⁷; 2) durch die Art, wie die Uebertretung des einen Gesetzes zur Existenz gelangt. Die Culpa setzt nemlich den angezogenen Principien zu Folge zwei Gesetze voraus. Das eine, welches einen bestimmten gesetzwidrigen Effekt verbietet, das andere, welches den gehörigen Fleiss gebietet, damit nicht wider die Absicht des Subjekts nach dem Laufe der Natur, aber gleichwohl mittels seiner Handlungen die Uebertretung jenes begründet werde Wer jenes Gesetz übertritt, ist in dolo: wer dieses übertritt, in culpa«.

Auch in letzterem Falle ist wissentliche Uebertretung des Gesetzes notwendig¹⁷⁸. Desshalb kann auch nur die sog. bewusste culpa Anerkennung finden¹⁷⁹.

Grunde liegen müsse«; doch scheine die Erfahrung in einigen Fällen entgegen zu sprechen. — Vgl. auch Oersted, Grundregeln S. 251 ff. u. Stübel, (s. unten n. 185). — Gegen diese Verwandlung der culpa in dolus Grolman, Grundsätze § 47, der aber § 48 doch zugiebt, dass »der culpose Verbrecher als doloser Verletzer der zur Sorgfalt und Besonnenheit auffordernden Verbindlichkeit« erscheinen könne, und der (§ 48) in der »erfolgten culposen Verletzung . . nur den äusseren Erkenntnisgrund des Verbrechens und der Strafbarkeit« sehen will, demgemäss den schädlichen Erfolg für unwesentlich erachtet (vgl. § 147). Er kommt also mit Feuerbach darin überein, dass beispielsweise die culpose Tödtung gegen eine andere Norm verstösst als die dolose. — Gegen die Verwandlung der culposen Delikte in dolose Unterlassungsvergehen gut Anmerkungen zum Strafgesetzbuche f. d. K. Bayern I S. 189 ff.

¹⁷⁷ Damit stimmt nicht Bibl. II. 1. S. 204: »Dieselbe Verletzung, die auf dolose Art begangen wird, kann auch auf culpose Art begangen werden«.

¹⁷⁸ S. dessen Revision II S. 57: »Rechtswidriger Vorsatz ist also ebenfalls Bedingung der Strafbarkeit der Fahrlässigkeit«; und Bibl. II. 1. S. 209. 210. 213.

¹⁷⁹ S. Revision II S. 59. 60. »Diejenigen haben vollkommen Recht, welche es als ein wesentl. Merkmal der culpa betrachten, dass der gesetzwidrige Erfolg als möglich oder wahrscheinlich vorausgesehen sein müsse. Denn der Verbrecher muss die Handlung, durch welche er die culpa begeht, unter das Gesetz gegen die Nachlässigkeit subsumirt haben; und dies ist nur unter jener Voraussetzung möglich«. In der Bibl. II St. 1 S. 215 ff. bemüht sich F. die unbewusste culpa doch

Feuerbach löst also die Eine Norm, sagen wir das Eine Verbot, in je zwei auf: in ein Verbot und ein Gebot, von denen jenes nur durch Handlung, dieses nur durch Unterlassung übertreten werden kann¹⁸⁰. Was Feuerbach zu dieser Spaltung des einen Gesetzes in zwei führt, ist die einem solchen Kopfe unverkennbare Thatsache, dass auch die verbietenden Normen den Menschen nicht zur Unthätigkeit verdammen, sondern seinem Handeln die im Interesse des Rechtes [nicht zu überschreitenden Grenzen ziehen (I S. 36 ff.). Aber Feuerbach erkennt, wie jenes Gebot recht zu handeln einen integrierenden Bestandtheil der verbietenden Normen ausmacht. Folgerichtig müsste er alle culposen Delikte mit dem einen dolosen Delikt der absichtlichen Nichtanwendung des gehörigen Fleisses behufs Abwendung gesetzwidriger Erfolge vertauschen¹⁸¹.

Denn die sämtlichen zweiten Gesetze Feuerbachs mit ihrem Gebot des gehörigen Fleisses zur Abwendung unabsichtlicher Tödtung, Körperverletzung, Einsperrung u. s. w. vereinigen sich zu einem Gebote des gehörigen Fleisses behufs Abwendung unabsichtlicher Verletzung¹⁸². Bezüglich der

wieder zu retten, indem sie wieder einer anderen Norm als die bewusste culpa entgegenhandeln soll und zwar wieder vorsätzlich. Vgl. Lehrbuch § 55. 56 u. 55.

¹⁸⁰ Gut dagegen Konopak, A. A. d. Cr.-R. IV 3. S. 36 ff.

¹⁸¹ Ganz richtig sagt schon Gärtner, *Finium culpae in jure criminali regundorum prolusio* (1836) S. 7: *luce clarius ex illis praemissis sequitur, ut quibuslibet culposis actionibus committatur crimen, unum idemque culpae scil. crimen, cujus nullae sunt species.* Vgl. S. 8 *das.* In der Revision II S. 60 sieht Feuerbach diesen Vorwurf wohl voraus ohne ihn jedoch zu pariren. Ein solches Delikt der vorsätzlichen Unvorsätzlichkeit lässt sich freilich nur schwer denken. Sehr schlagend dagegen Klein, A. A. d. Cr.-R. III 1. S. 134; Steltzer, Ueber den Willen S. 159; Winssinger, *Doli et culpae differ.* S. 70. Diese anstössige Konsequenz veranlasst offenbar Oersted, Grundregeln S. 351, auszuführen, dass die Strafgesetzgebung nicht völlig in der Lage sei die culposen Verbrechen durch vorsätzliche Gefährdungen zu ersetzen.

¹⁸² Diese Konsequenz zieht Feuerbach, *Bibl.* II 1. S. 218 ff. ausdrücklich. Sie müsste von allen Juristen gezogen werden, welche wie er die culposen Delikte in echte Unterlassungsdelikte verwandeln.

jeweiligen einzelnen Verletzung fehlt aber der Dolus, eine

Es hat wenig Interesse hier alle diejenigen aufzuzählen, die diesem Irrtume verfallen. Ich verweise nur auf einige Beispiele. S. Kleinschrod, Grundbegriffe I S. 161: »Bei culposen (Verbrechen) ist nicht die Handlung selbst, sondern nur die Unterlassung Gegenstand der Strafe«; ders. N. A. d. Cr.-R. VI S. 46: »Es liegt in der culpa offenbar der Mangel eines kräftigen Willens in seinen Handlungen den Fleiss anzuwenden, zu dem man verbunden ist, also der Mangel des Willens sich den Irrtum zu benehmen.« (Uebrigens bleibt Kleinschrod dieser Ansicht eben so wenig konsequent treu, als Andere, die sich gelegentlich zu ihr bekennen). Interessant Henke, Handbuch I S. 339 ff. u. 352 ff.: Als Voraussetzungen des fahrl. Verbrechens erscheinen a) ein die Diligenz unter Strafandrohung forderndes Gesetz, damit die Culpa ihm gegenüber »als positiv böser Wille erscheine«. Die Uebertretung dieses Gesetzes komme aber als selbstständige nicht in Betracht, weil b) verbr. fahrl. die Verwirklichung eines bei Strafe verbotenen Erfolges erfordere, der c) wider oder ohne Willen des Fehlbaren eingetreten sein müsse. Gegenüber diesem Erfolg ist die culpa nur negativ böser Wille. Vgl. noch Jarcke, Handbuch I S. 202; Winssinger, Doli et culpa differentia S. 55. 61; Abegg, Lehrbuch S. 138 (die unterlassene Aufklärung des Bewusstseins ist die »Schuld des Willens«); Berner, Imputationslehre S. 229: »das eigentlich schuldhafte Moment in der culposen Handlung ist immer ein negatives, ein Nichtaufmerken ..., während das Schuldhafte im dolosen Verbrechen ... allemal positiv, ein]Wollen ist«; Köstlin, N. Revision S. 232, findet gleichfalls in der culpa das Schuldmoment in der ungenügenden Aufhellung des Bewusstseins. »Wir imputiren (bei den kulp. Verbrechen) die objektive Qualität der That seinem (des Thäters) Willen nicht; es ist wenig Unterschied, ob er getödet, Brandgestiftet oder welchen Schaden er sonst hervorgebracht hat, wenn gleich die Grösse des Schadens auf das Maass der Strafe von Einfluss ist. Die innere Natur des kulposen Delikts wird durch den Gegenstand nicht modificirt«. Vgl. damit System S. 168, wo die kulpose Handlung als Verletzung der obligatio ad diligentiam defint wird. — Wie geläufig es den Civilisten ist die Schuld bei der culpa in der Unterlassung zu finden bedarf als notorisch nicht des näheren Nachweises. — Derselbe Gedanke hat noch in einer andern Form Ausdruck gefunden, bei der leicht alles Schuldmoment aus der Fahrlässigkeit schwindet. Klein, Grundsätze des gemein. Teutsch. u. Preuss. peinl. Rechts (1796) § 116—123 (vgl. dens. A. A. d. Cr.-R. I. 2 S. 55—66) nennt den dolus einen positiv-bösen Willen, d. i. der Entschluss eine unerlaubte Wirkung hervorzubringen, die culpa dagegen den negativ-bösen Willen, d. i.

von ihm verschiedene Schuldart giebt es nach Feuerbach nicht: der eingetretene Erfolg kann also zur Schuld gar nicht zugerechnet werden, sondern bildet nur ein Indiz für das Verbrechen des absichtlichen Unfleisses¹⁸³. So spricht denn Feuerbach auch wohl von »dem Verbrechen der Nachlässigkeit«, welches vorsätzlich und zwar durch Unterlassung des schuldigen Fleisses begangen werde. Daraus allein erklärt sich Feuerbach's Definition der [Fahrlässigkeit als gesetzwidriger Bestimmung des Begehrens] zu einer Handlung oder Unterlassung, welche nach »Naturursachen wider die Absicht des Subjekts die Rechtsverletzung begründet«¹⁸⁴.

II. Die culposen Verbrechen werden zu dolosen Gefährdungen. In zwei wichtigen Punkten stimmt Stübel mit Feuerbach überein: in der Verwandlung der Fahrlässigkeit in Vorsatz und in der Behauptung, dass die schäd-

»der Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderl. Fähigkeit u. Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen«. Grolman, Bibl. f. peinl. Rechts-Wissensch. I. 1. S. 28 lässt den Urheber der dolosen Handlung Feindschaft gegen das Gesetz, den Urheber des culposen Delikts nur »Mangel an Freundschaft gegen das Gesetz« beweisen. Feuerbach, Bibl. d. peinl. Rechts-W. II 1. S. 228 adoptirt Klein's Definition insofern, als bei der culpa der Wille negativ böse sei nur in Beziehung auf dasjenige Gesetz, welches die Verletzung selbst verbietet, gegenüber der obligatio ad diligentiam sei er positiv böser Wille. Konopak, A. A. d. Cr.-R. IV 3. S. 92 ff., vgl. bes. 42, tritt Klein wesentlich bei, da die Culpa nicht auf das Gesetz, welches zum Fleiss verbindet, sondern auf »die gesetzwidrige Wirkung« zu beziehen sei. Dem stimmt Wächter, Lehrbuch I S. 128 bei. Und so begegnet man vielfach der Definition, die culpa sei negativ böser Wille. Noch Meyer, Lehrbuch § 27, will bei den culposen Verbrechen die That nur »in negativem Sinne« auf den Willen des Thäters zurückführen. — Allein der Mangel eines guten Vorsatzes und der Mangel an Freundschaft gegen das Gesetz stellen keine Schuld dar: diese verlangt auch bei Unterlassungsdelikten gesetzwidrigen Willen, nicht Mangel an Willen.

¹⁸³ Vgl. auch Klein, A. A. d. Cr.-R. IV 4. S. 63: Bei der fahrlässigen Tödtung hat der Thäter nur die Vorschrift: Handle mit Vorsicht! nicht aber das Gesetz: Tödte deinen Mitbürger nicht! verletzt. S. dens. a. a. O. III. S. 129.

¹⁸⁴ Bibl. II. 1. S. 207; vgl. Revision II S. 59. 65. 66; Lehrbuch § 54.

lichen Erfolge culposer Verbrechen zur Schuld nicht zu rechnenbar seien. In einem dritten näherten sich beide Theorien. Feuerbach kann culpose Unterlassungsdelikte nicht anerkennen, und Stübel weiss für sie keinen Ersatz zu schaffen¹⁸⁵.

Entgegen dem Feuerbachischen Verbrechen der vorsätzlichen Denkrüchtigkeit behauptet aber Stübel: die Unterlassung der Aufmerksamkeit ist zwar rechtsgefährlich, aber, da sie eine innere negative Handlung ist, kein Verbrechen. Zwar behauptete man, durch Verabsäumung der obligatio ad diligentiam beweise Jemand den Mangel eines pflichtmässigen Willens, in solchem Mangel liege ebenfalls ein Wille und zwar ein negativer: »allein der Mangel des Willens ist ein Nichtwollen, und ein Nichtwollen gar kein Wollen«¹⁸⁶.

Stübels eigene Ansicht geht dahin. Ohne das völlige Bewusstsein der Handlung an sich selbst einschliesslich ihrer unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen, des durch sie übertretenen peinlichen Gesetzes und der Subsumirbarkeit jener unter dieses giebt es kein Verbrechen, also kein Verbrechen ohne Vorsatz¹⁸⁷. Nun sind aber nicht nur die in den Gesetzen ausdrücklich verbotenen, sondern auch alle anderen Handlungen unerlaubt, aus denen jene wahrscheinlich entstehen oder wenigstens die Gefahr einer Verletzung erwächst¹⁸⁸. Sieht nun Jemand den gesetzwidrigen Erfolg seiner Handlung als notwendig voraus, oder aber als

¹⁸⁵ Vgl. dessen System des peinl. Rechts (1795) II S. 38 ff. bes. S. 54 ff; dessen Thatbestand (1805) S. 2; besonders aber die Abhandlung »Ueber gefährl. Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen« im N. A. des Cr.-R. VIII (1826) S. 236—323, welche, wenschon sie mit den Ausführungen im Systeme nicht mehr ganz stimmt, doch nur auf dieser Grundlage ganz verstanden werden kann.

¹⁸⁶ N. A. VIII S. 281. 282. Die Inkonsequenzen auf S. 284—287 bleiben absichtlich unberührt.

¹⁸⁷ System II S. 45. 53; vgl. N. A. VIII S. 247. 248.

¹⁸⁸ Stübel ist sich nicht recht klar darüber, ob die gefährlichen Handlungen denselben oder anderen Normen widersprechen wie die verletzenden. S. bes. N. A. VIII S. 270. 271. Da er aber a. a. O. S. 271 sagt: »Die gefährl. Handlungen gehören keiner Klasse der übrigen Verbrechen besonders an«, — denn durch sie können alle

wahrscheinlich und billigt er ihn im letzteren Fall, so vollzieht sich ein vorsätzliches Verbrechen im engeren Sinne. Will aber der Thäter den als wahrscheinlich vorauszusehenden Erfolg nicht, sondern nur die gefährliche That als solche, so liegt die zweite Art des Vorsatzes, die »Schuld« vor. Diese ist »der Entschluss zu einer Handlung mit dem Bewusstsein, dass daraus wahrscheinlich eine andere, in einem peinlichen Gesetze ausdrücklich verbotene Handlung entstehen könne, ohne die Absicht, diese zu bewirken«¹⁸⁹. Ist aus der gefährlichen Handlung ein rechtsverletzender Erfolg entsprungen, so ist dieser eine »zufällige Folge der gefährlichen Handlungen«, und sein Eintritt oder Nichteintritt ändert die Natur der gefährlichen Handlung nicht. Verschuldete Verbrechen sind vorsätzlich gefährliche Handlungen mit unbeabsichtigten verbrecherischen Folgen. »Von der Zurechnung und Strafbarkeit verschuldeter Verbrechen kann man, genau genommen, gar nicht sprechen. Sowohl diese als jene ist in Ansehung derselben nicht denkbar. Es kommen dabei blos die gefährlichen Handlungen in Betracht, deren Folgen sie sind«. Der schädliche Erfolg ist höchstens Indiz für die Gefährlichkeit der That¹⁹⁰.

Die nahe Verwandtschaft dieser dolosen Gefährdungen mit den Verletzungsversuchen leuchtet von selbst ein.

Es ist diese Stübel'sche Lehre desshalb so interessant, weil sie der herrschenden Doluslehre (s. § 43. II) so klar den Spiegel vorhält¹⁹¹.

Rechte gefährdet werden« — so nimmt er ein analoges Monstreverbrechen wie das, welches in der Konsequenz der Feuerbachischen Gedanken lag, schliesslich auch an.

¹⁸⁹ System II S. 64; vgl. N. A. VIII S. 279 u. 307, an welcher letzterer Stelle Stübel s. Ansicht dahin ausspricht: »Das Wort Schuld ist als eine Art der Willensbestimmung im Gegensatze des Vorsatzes aus dem Criminalrechte ganz zu verbannen«.

¹⁹⁰ N. A. VIII S. 250. 279. 295. 300.

¹⁹¹ Auch der Grundgedanke der Stübel'schen Lehre, dass die kulpösen Verbrechen wesentlich nur als gefährliche Handlungen zur Verantwortung gezogen werden könnten, kehrt immer wieder, wenn auch meist nur beiläufig. Schon Filangieri, *La scienza della legislazione* Tom. IV cap. 37 sagt: *nella colpa non vi è la volontà di violare la*

§ 43. 4. Verkennung des Verhältnisses von Wille und Vorstellung bei der Schuld.

Von drei Seiten her wird die Schuldlehre durch eine falsche Auffassung des Verhältnisses von Wille und Vorstellung bei der Schuld beeinträchtigt: I. die Schuld verliert das Willensmoment über dem Vorstellungsmoment; II. dem Deliktsgebiet wird entzogen, was man Rechtswidriges verursacht hat ohne es sich vorgestellt zu haben, da nur das Vorgestellte gewollt sein könne; III. das Wesen der Schuld wird nicht in einer Verkehrung des Willens gegen das Gesetz, sondern in seiner Freundschaft zu einer Vorstellung bestimmter Art gefunden. Von diesen drei Lehren bedarf die erste, da sie sich selbst widerlegt, nur eines Nachweises; da die als herrschende Schuldlehre sehr eingehend zu besprechende dritte zugleich einen Hauptanwendungsfall der zweiten enthält, und die Konsequenzen der letzteren grade bei diesem Anlasse in aller Schärfe hervortreten, so ist es zweckmässig sie einer selbstständigen Kritik um so weniger zu unterziehen als an früherer Stelle schon (§ 38) die Unrichtigkeit des Satzes, nur das Vorgestellte könne gewollt sein, nachgewiesen worden ist.

I. Die Schuld als Vorstellung. Wer die kriminalistische Literatur über die Schuldlehre sorgsam durchgeht, wird auch bei solchen Schriftstellern, welchen Schuld und schuldhaftes Wollen im Principe identisch sind, Fälle genug aufweisen können, wo sie trotzdem von dem Vorstellungsmoment das Willensmoment absorbiren lassen¹⁹². Das

legge, ma vi è quella di esporsi al rischio di violarla. Starke Neigung zu Stübel's Theorie bei Oersted, Grundregeln S. 250—252. Vgl. auch Köstlin, System I S. 177: »Die culposen Handlungen sind mit denjenigen, welche den Inhalt der Polizeiübertretungen ausmachen, insofern relativ identisch, als beide gefährliche Handlungen darstellen«. Anders freilich oben n. 182.

¹⁹² Wie oft ist nicht behauptet worden, Handeln bei Voraussehen der Möglichkeit des Erfolges sei Handeln mit Billigung des Erfolges. Man vgl. ganz beispielsweise Klein, A. A. d. Cr.-R. I St. 2 S. 63; v. Almendingen, Unters. über das culpose Verbrechen S. 6, bes. aber S. 16 ff.: »Wer weiss, es sei nicht gewiss, dass er keine Illegalität

interessanteste Beispiel aber dafür, wie weit diese Verwechselung getrieben werden kann, hat Grolman in seiner nichtsdestoweniger ganz ausgezeichneten Abhandlung »über die Begriffe von Dolus und Culpa« geliefert¹⁹³. Alles Schuldhafte liegt bei ihm in einer bestimmten Art der Vorstellung oder im Nichtvorstellen: nach Grolman giebt es »nur vier verschiedene Fälle des Verhältnisses, in welchem der Handelnde zu seiner Handlung stehen kann«.

1. »Der Handelnde sieht voraus, dass, um seinen Zweck zu realisiren, das Verbrechen notwendig bewirkt werden müsse«.

2. »Der Handelnde sieht dieses nicht voraus, sieht aber doch voraus, dass das Streben zur Realisirung desselben das Verbrechen wirken könne«.

3. »Der Handelnde hätte vorausssehen können und sollen, dass, um seinen Zweck zu realisiren, das Verbrechen bewirkt werden müsse«.

4. »Der Handelnde hätte vorausssehen können und sollen, dass das Streben zur Realisirung seines Zweckes auch das Verbrechen als Folge hervorbringen könne«.

Nur der erste Fall gehöre zum Dolus, die drei andern zusammen zur Fahrlässigkeit. »Dolus ist: Entschluss zur Realisirung seines Zwecks durch vorhergesehene Gesetzwidrigkeit«¹⁹⁴. »Culpa ist: Entschluss zur Realisirung seines Zwecks, ohne der Vermeidung eines gesetzwidrigen Erfolges sicher zu sein«.

realisire, hat wirklich Bewusstsein der Illegalität, also dolus«. Vgl. S. 240. S. auch Krug, über Dolus und Culpa (1854) S. 24. (Dagegen gut Henke I S. 372: selbst das Bewusstsein der Wahrscheinl. des Erfolgs schliesse die culpa nicht aus, »da zum dolus auch das Wollen des vorausgesehenen Erfolgs erfordert wird«.) Man denke auch an die in Oppenhoff's Commentar und sonst so häufig wiederkehrende Phrase: »als dolus genügt das Bewusstsein«.

¹⁹³ Bibliothek für peinl. Rechtswissenschaft I. 1. S. 1—50 (1797). Vgl. das. I. 3. S. 78 ff. die wohlthuende Auseinandersetzung mit Feuerbach. — Anders in den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft § 46 ff.

¹⁹⁴ Stimmt nicht ganz zu n. 1.

Schlagend hält Feuerbach¹⁹⁵ dieser Dolusauffassung entgegen: »Es kommt mir unbegreiflich vor, warum der böse Vorsatz bloß in die Vorhersehung der Gesetzwidrigkeit gesetzt und der Entschluss zur gesetzwidrigen That selbst . . . ganz von dem Begriff des dolus ausgeschlossen wird¹⁹⁶«.

II. Die Schuld, insbesondere der dolus als das Wollen eines verbotenen vorgestellten Erfolges¹⁹⁷. Ungleich gefährlicher als alle die bisherigen Irrtümer ist eine Auffassung des dolus und in Folge dessen der culpa, welche in zwei wesentlichen Punkten gleich sich davon abgesehen in die mannichfachsten Varianten spaltet. Danach sei der dolus das Wollen eines vom objektiven Standpunkte aus verbotenen Erfolgs, den der Handelnde als Ziel seines Handelns sich vorgestellt habe, mit oder ohne Be-

¹⁹⁵ S. das Citat bei Grolman a. a. O. I. 3. S. 78. Gegen Grolman richtig auch Kleinschrod, Grundbegriffe I S. 31.

¹⁹⁶ S. dagegen Grolman a. a. O. I. 3. S. 81, wo er behauptet, es liege das Merkmal, dass der Dolus Entschluss zur gesetzwidrigen That selbst sei, offenbar in seiner Definition enthalten. Allein diese Behauptung hält nicht Stich.

¹⁹⁷ Ansätze zu dieser Auffassung finden sich schon im Preuss. Landrechte II. 20. § 26 vgl. mit Crim.-Ordnung § 368. 369 (s. oben S. 136). Sehr energische Förderung erhielt sie durch die Rechtsphilosophie Hegels (1. Ausg. 1821; 2. Ausg. 1833). Ist der Wille wirklich nur eine besondere Art zu denken (2. Ausg. S. 35), so will ich stets nur, was ich mir vorstelle (S. 36), und »das Recht des Willens ist, in seiner That nur diess als seine Handlung anzuerkennen und nur an dem Schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weise, was davon in seinem Vorsatze lag. — Die That kann nur als Schuld des Willens zugerechnet werden und die That ist nur Schuld meines Willens, insofern ich darum weiss« (S. 158). That ist die äusserliche Begebenheit, Handlung Vorsatz und Wissen der Umstände (S. 160). — Dass bei solchen Ausgangspunkten die Culpa keine Stelle im System finden kann, liegt auf der Hand. So ist ja auch von Hegels drei Arten des Unrechts das »unbefangene Unrecht« kein Unrecht, denn Hegel bricht ihm das Schuldmoment aus (S. 128 ff.), Betrug und Verbrechen aber sind beide doloses Unrecht (S. 130 ff.). Höchst auffallend ist nun die Inkonsequenz, dass nach Hegels Auffassung die Schuld bewusste Opposition des Einzelwillens gegen den Gesamtwillen ist, und dass Hegel dennoch das Bewusstsein der

wusstsein, dass das Gewollte verboten sei¹⁹⁵. In der Negation des Bewusstseins der Normwidrigkeit als eines wesentlichen Merkmals des Dolusbegriffs herrscht allgemeine Uebereinstimmung. Das nachweisbare Motiv, welches zu dieser Negation und in Folge dessen zur Aufstellung jenes Dolusbegriffs führte, war die angebliche Unverträglichkeit

Rechtswidrigkeit als wesentliches Merkmal des Vorsatzes nicht betrachtet, vielmehr dessen Wesen in der Kongruenz der That mit der gewollten Vorstellung findet (S. 156 ff.; ich vermute auch hier den Einfluss des missverstandenen Satzes *error juris nocet*). Sehr richtig bemerkt dagegen Drobisch, Die moralische Statistik S. 68. 69: »Der Wille an und für sich gedacht verhält sich gleichgiltig gegen den Gehalt des Gewollten«. — Diese Hegel'sche Theorie ist philosophischerseits besonders durch Michelet weiter ausgebildet worden, der sich verdienstlich wenn auch vergeblich darum bemüht der Fahrlässigkeit ihre Existenz zu retten. S. dessen *De doli et culpa in jure criminali notionibus*. 1824; *Naturrecht* (1866, I S. 105 ff. (s. bes. d. Widersprüche auf S. 120 ff.)). Michelet's System der philosoph. Moral (1828) ist mir zur Zeit leider nicht zugänglich.

¹⁹⁶ Die hauptsächlichsten juristischen Anhänger dieser Theorie sind: Luden, der sie in seinen Abhandlungen II (1840) S. 500 ff. ausführlich begründete und in seinem Handbuche I. S. 207 ff. (1843) übersichtlicher zusammenfasste (ich werde mir erlauben die letztere Darstellung hauptsächlich zu berücksichtigen); Berner, *Imputationslehre* (1843) S. 39 ff., S. 174 ff.; *Lehrbuch* § 90 ff.; Breidenbach, *Commentar* II S. 27 ff., insbes. S. 36 ff. (1844); Köstlin, *Revision* (1845) S. 223 ff. (s. bes. S. 226. 240. 248) u. S. 612 ff.; *System* I (1855) S. 158 ff. (s. bes. S. 165. 176. 182. 183) u. S. 363 ff.; Hälschner, *Syst. des Preuss. Strafrechts* (1856) I S. 122 ff., vgl. S. 35 ff. Ueber die Ansichten der Genannten vgl. den Text. Der Hegelianischen Grundfassung des Dolus schliessen sich an Rubo, *Zur Lehre von der Verleumdung* (1861) S. 157 ff.: »Dolus ist das Ausführen (!) bestimmter Handlungen, um durch dieselben eine bestimmte Erscheinung hervorzurufen«. S. 2 das. wird der Dolus mit »willentlich« wiedergegeben, das Wesen der nur polizeilich (!) strafbaren Culpa in einem Verstandesfehler gefunden; Rubo's frühere Ansicht s. oben n. 170; Gessler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus S. 91 vgl. mit S. 95 u. 263: »Dolus ist der auf die Hervorbringung der den Inhalt eines Verbrechens bildenden Erscheinung durch eine äussere Wirksamkeit gerichtete Wille«; Hocheder, d. *Strafgesetzb. f. d. K. Bayern* I S. 55: »Vorsatz . . ist der Entschluss zur Begehung einer in allen ihren Bestandtheilen erkannten objektiv strafbaren Handlung«. Nur das

jenes Merkmals mit dem Satze, dass der Rechtsirrtum nicht berücksichtigt werde¹⁹⁹.

wichtigste Merkmal, das Verbotensein der Handlung, braucht nicht erkannt zu sein; Edel, Das Polizeistrafbuch f. Bayern. 2. Aufl. S. 113. 114; v. Wächter im Gerichtssaal 1864 S. 56: »Dolus ist der auf Verletzung des betreff. vom Gesetze geschützten Gutes gerichtete Wille ... (es) ist somit Dolus vorhanden, wenn das, worauf der Wille des Subjekts gerichtet ist, den Thatbestand eines Verbrechens bildet«. Wissen der Rechtswidrigkeit nicht nötig. S. freil. S. 65: »mit dem Wollen des Thatbestandes des Unrechts wird in der Regel auch das Wissen der Rechtswidr. der That verbunden sein«. — Fasse ich anders die Ausführungen von Heinze, Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. XXV (1864) S. 17 u. 18, über das kulpöse Verbrechen als »unvollkommene Verbrechensform« richtig auf, so würde auch er hier anzureihen sein, obgleich Heinze im Gerichtssaal 1861 S. 442 das Wesen der Schuld im Handeln gegen die bewusste Pflicht findet. Denn a. a. O. führt H. aus, wie im Begriffe des Verbrechens die Absichtlichkeit liege, d. i. die Uebereinstimmung zwischen dem Willen und der äusseren Erscheinung, und wie der Thatbestand des kulp. Verbrechens deshalb unvollkommen sei, weil er sich aus einer absichtlichen Thätigkeit und einem unbeabsicht. Erfolge zusammensetze (vgl. Abegg, Lehrbuch S. 136). Das sind fast in wörtlicher Wiedergabe die Grundgedanken der Hegelianer. — Ich würde auch wohl Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 184 ff. hierherzustellen haben, wenn ich ihn anders genauer verstünde. Zweifellos aber gehört noch Meyer, Lehrbuch S. 159, hierher: Vorsatz ist der Wille »dasjenige in concreto zu thun, was das Gesetz in abstracto für strafbar erklärt hat«. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist nicht zu erfordern. — Von Rubo bis auf Meyer führt Keiner der citirten Schriftsteller näher die Gründe aus, warum der Dolus eine so viel schwerere Schuldart ist als die Fahrlässigkeit, und wie man zum Willen zurechnen kann, was nicht vorgestellt und deshalb angeblich auch nicht gewollt ist. Alle Gründe, die sich nun allenfalls zur Stütze dieser Theorie beibringen lassen, sind von Luden, Berner, Köstlin und Hälschner beigebracht worden, so dass eine principielle Widerlegung der Ausführungen Dieser zur Bekämpfung der ganzen Theorie ausreichen dürfte. — Ueber das Verhältniss der Gesetze zu ihr s. oben S. 137.

¹⁹⁹ S. besonders Luden, Abhandlungen II S. 522 ff.; desselben Handbuch I S. 240 n. 7; Köstlin, Revision S. 255; System I S. 193. 194 Nur fassen Luden und Köstlin den Satz *error juris nocet* verschieden auf. Letzterer sieht darin einen Beweissatz. Luden dagegen sagt: »Der Grund, aus welchem die Berufung auf Rechtsunkenntniss keine Berücksichtigung finden kann, liegt nur darin, dass auch bei

Unwillkürlich verneinen die Anhänger dieser Ansicht den ganzen Begriff der Schuld²⁰⁰. Denken wir: Jemand stellt sich als Erfolg seines Handelns richtig eine Tödtung vor und er will diesen Erfolg: dieser Erfolg kann sein ein erlaubter oder ein verbotener: die Vorstellung, ob erlaubt, ob verboten, bleibt nach jener Theorie auf die juristische Natur des Willens ganz einflusslos: der Wille des Handelnden, mag jener Erfolg verboten oder erlaubt sein, ist in beiden Fällen seinen beiden Bestandtheilen nach der gleiche: der tödliche Erfolg ist vorgestellt und die vorgestellte Tödtung ist gewollt. Eine Macht, die gänzlich ausserhalb des wollenden Subjekts steht und wozu der Wille ausser aller Beziehung bleibt, der Rechtssatz, der jenen Erfolg verbietet oder erlaubt, soll jenes Wollen zum dolosen oder zum erlaubten stempeln. Als Wille und Vorstellung betrachtet decken sich somit der rechtmässige und der widerrechtliche Wille vollständig. So wird die Schuld geschaffen nicht durch eine individuelle Auflehnung des Einzelwillens gegen das Gesetz, sondern durch den Zufall, dass das Ziel des Wollens ein verbotenes ist. Ist aber die Vorstellung von Recht und Unrecht für den menschlichen Willen irrelevant, dann hören die Gebote des Rechtes als Anforderungen an die Menschen auf irgend welche Wirkung üben zu können, und haben als sinnlos zu unterbleiben. Es genügt dann dass der Strafrichter hinterher nachschlägt und sieht, ob das Gethane vielleicht verboten war: dann hat der Thäter dolos gehandelt. Der Scharfrichter, der in unvermeidlichem oder

wirklicher Unbekanntheit „mit dem gesetzlichen Verbote einer Handlung oder mit dem Strafgesetz im Allgemeinen“ verbrecherische Willensbestimmung vorhanden ist“. So Handbuch I S. 240 n. 7; vgl. Abhandlungen II S. 95 ff. Der Grund, der Luden zu dieser Auffassung führt, ist seine Annahme, die verbrecherische Willensbestimmung existire vor dem Strafgesetze: s. z. B. Abhandlungen II S. 518. Wieder eine Folge der Confusion von Norm und Strafgesetz!

²⁰⁰ Köstlin, System I S. 193 stellt gradezu einmal den Satz auf, „dass die verbrecherische Eigenschaft in der objektiven Natur der Handlung liegt“. Der Begriff der Absicht ist von jenem sittlichen oder unsittlichen Charakter der Handlung ganz unabhängig.

vermeidlichem Irrthume den Unrechten hinrichtet, der bei Nacht von dem Dolchstiche eines Räubers Getroffene, der zur Notwehr seine Pistole gegen einen Andern als den Angreifer abfeuert, Beide sind nicht nur Verbrecher, sondern vorsätzlicher Tödtung schuldig: denn Beide waren sich bewusst zu tödten, wollten tödten, und hatten kein Recht dazu. Folgerichtig muss dann auch der bisherige Umfang der Zurechnungsunfähigkeit bedeutend beschränkt werden: denn zur Handlungsfähigkeit ist ja dann weiter nichts nötig als die Fähigkeit sich einen Erfolg seines Handelns vorzustellen und diesen zu wollen. Diess aber vermögen der Wansinnige und das Kind auch.

Aber nicht nur die Schuld wird negirt, sondern das dürftige Surrogat, was die Vertheidiger dieser Theorie bieten, schneidet jede Möglichkeit einer Scheidung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit ab.

Grade diejenige Anschauung, bezüglich deren Uebereinstimmung herrscht, dass nämlich der Dolose das Unerlaubte nicht als solches, nicht mit dem Bewusstsein seiner Unerlaubtheit zu verwirklichen anstrebe, erzeugt diese neue Schwierigkeit. Schickt sich ein Zimmermann an einen Balken auf die belebte Strasse herab einem Menschen auf den Kopf zu werfen ohne der Norm gegen die Tödtung bewusst widerstreben zu wollen, so ist die Handlung, die er sich vorstellt, das Herabwerfen des Balkens, auch etwas Unerlaubtes, ein von der Norm gegen die Tödtung Verbotenes: warum ist diese Handlung nicht dolos? »Was unrechtlich sei — sagt Breidenbach²⁰¹ —, das setzt der Staat nicht in das Arbitrium des Thäters. Wer gewollt hat, was er nach den Gesetzen nicht wollen soll, der versirt in dolo«. Da nun überhaupt kein Verbrechen denkbar ist, ohne dass der Urheber etwas will, was er nach den Gesetzen nicht wollen durfte, so sind eben alle Verbrechen dolos. Die seltsamsten Auswege werden nun gewählt um dennoch die Mittel zu einer Eintheilung des sog. schuldhaften Willens zu erhalten!

²⁰¹ A. a. O. II S. 36.

Luden geht von zwei Sätzen aus, deren Einer dahin formulirt wird: »Es ist nicht möglich, dass Jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat«²⁰²; deren Andrer lautet: »Die verbrecherische Willensbestimmung ist der Wille eine verbotene Handlung zu begehen«²⁰³. Aus beiden gemeinsam resultirt: die verbrecherische Willensbestimmung ist der Wille eine vorgestellte Handlung, welche verboten ist, zu begehen. Und um noch genauer den Inhalt der Vorstellung zu bezeichnen fügt Luden bei: »Dieser Wille besteht in der Entschliessung zu derjenigen Handlung, welche die in dem Verbote gemeinte ist«. Luden hat dabei offenbar weniger die Handlung als den Erfolg im Auge, den herbeizuführen die Norm verbietet: er verlangt, der Handelnde müsse sich eine Tödtung, eine Körperverletzung als Folge seiner Thätigkeit vorgestellt haben, widrigenfalls sei die eingetretene Tödtung auf den Willen nicht zurückzuführen und es fehle somit die Zurechenbarkeit derselben nicht nur zum Vorsatz sondern zur Schuld überhaupt.

Man sieht, wie bei weitem die meisten culposen Handlungen aus dem Gebiete des Verbrechen verwiesen werden: diejenigen nemlich, die sich der Handelnde im Erfolg gar nicht vorgestellt hat²⁰⁴. Der Irrtum, der Luden dahin

²⁰² Abhandlungen II S. 526. Vgl. Handbuch I S. 238.

²⁰³ Handbuch I S. 237.

²⁰⁴ S. Handbuch I. S. 261 n. 6: »Allein der nicht wirklich vorhergesehene Erfolg kann nicht in dem Willen des Handelnden gelegen haben, wenn er auch von ihm hätte vorausgesehen werden müssen«. Dass die römischen Quellen bezüglich der culpa das Gegentheil sagen (s. z. B. l. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2, irrt Luden nicht: es sei dies nur auf Civilculpa zu beziehen. — Nicht ohne Gewaltthat wird dann jener Behauptung die Spitze dadurch abgebrochen, dass Luden a. a. O. S. 260 sagt: »diese Vorstellung (des möglichen Kausalzusammenhanges) hat der Handelnde in jedem Fall, in welchem er sich nicht vorstellt, dass kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung stattfinde, ohne sich dabei vorzustellen, dass derselbe bestimmt Statt finde«. Not lehrt beten! Aus der Abwesenheit zweier Vorstellungen soll die Anwesenheit einer dritten gefolgert werden. Wir können mit dieser Luden'schen Beweisführung nicht weiter rechnen. S. dagegen auch Köstlin, Revision S. 232 ff.

führt, liegt nahe genug. Die Norm bezeichnet allerdings einen bestimmten Erfolg als einen durch menschliche Handlung nicht herbeizuführenden: was sie verbietet ist aber nicht der Erfolg, wie Luden meint, sondern die Setzung der Ursache zum Erfolge. Wer also auf eine Veränderung in der Aussenwelt, die er sich vorstellt, seinen Willen richtet, welche Aenderung die Ursache einer Rechtsverletzung erzeugt, der begeht grade die im Verbote gemeinte Handlung; und er will sie begehen, freilich nicht als solche, — was ja aber Luden nicht einmal zum Vorsatz verlangt! Nach Luden's eigener Ausführung würden also grade diejenigen Handlungen, die er aus den Verbrechen überhaupt streichen möchte, die der Vorstellung lediglich ihres Erfolges entbehren, in die Reihe der Verbrechen wieder einrücken: denn sie sind die im Verbote gemeinten, sind vorgestellt und gewollt.

»Die verbrecherische Willensbestimmung — deducirt Luden weiter²⁰⁵ — hat zwei Arten, die von der Verschiedenheit herkommen, in welcher die zu ihr gehörige Vorstellung von dem Kausalzusammenhange möglich ist«. Entweder nemlich stellt sich der Handelnde »den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung, zu welcher er sich entschlossen, und der im Verbote gemeinten Handlung (man lese: Erfolg) als bestimmt vorhanden« oder »als nur möglicher Weise vorhanden« vor. Dort ist der Wille »Absicht, Vorsatz, dolus²⁰⁶«, hier nur »Fahrlässigkeit, culpa«: denn »es ist immer noch der Wille die verbotene Handlung zu begehen, wenn man sich zu einer Handlung entschliesst, von welcher man sich

²⁰⁵ Handbuch I S. 240. 241.

²⁰⁶ S. Handbuch I S. 245: »In jedem Falle bezieht sich die Vorstellung nur auf faktische Verhältnisse. Theils nemlich auf die Art der Thätigkeit, von welcher der Wollende eine bestimmte Einwirkung auf die Aussenwelt erwartet, theils auf das Dasein der faktischen Verhältnisse, die bei der erwarteten Einwirkung vorausgesetzt sind. Dagegen ist zum Dolus nicht erforderlich, dass sich die Vorstellung des Handelnden auch auf das Verbotensein der gewollten Handlung beziehe«. — Es ist nur konsequent von Luden, S. 247 ff., wenn er nur bestimmten Dolus anerkennt.

vorstellt, dass man mit derselben möglicher Weise die verbotene Handlung hervorbringen werde²⁰⁷. Wem wird bei dem letzten Satze nicht sofort klar, dass hier Luden das Moment des bewussten Wollens über dem der Vorstellung ganz aus dem Auge verliert (s. oben S. I)? Der als möglich vorgestellte Erfolg kann ja eben gebilligt sein oder nicht: die Vorstellung selbst lässt dies völlig unentschieden, und dennoch soll sie nach Luden allein genügen? Rectifizieren wir den Autor und nehmen wir an, der als möglich vorgestellte Erfolg sei beabsichtigt²⁰⁸! Hält nun der Handelnde den Eintritt des Erfolgs für gewiss, so ist sein Wille dolus; hält er ihn nur für möglich, so ist er culpa.

Nun weiss Jedermann, dass der Unterschied zwischen historischer Gewissheit und Möglichkeit ein rein quantitativer ist; ja wenn der Eine es als sicher betrachtet, dass er mit einem Beile dem Gegner den Kopf spalten wird, sieht es der Andere nur als möglich an. Beide wollen ihren Feind auf die gleiche Weise um's Leben bringen, Beiden gelingt es, Jener ist Mörder, dieser der culposen Tödtung schuldig. Was aber macht Beider Willen überhaupt zu einem schuldhaften? Etwa die Thatsache, dass er sich einen bestimmten Erfolg als Ziel seines Handelns vorstellt, also die Deutlichkeit der Vorstellung? Keineswegs, denn der vorgestellte Erfolg kann ja ein erlaubter oder ein verbotener sein. Nur das zufällige Zusammentreffen des vorgestellten Erfolgs mit einem, welchen die Norm als zu vermeidenden bezeichnet hat, macht den Willen zu einem verbrecherischen. Dann wird der bonae fidei possessor sofort der Unterschlagung schuldig, wenn ihm einmal durch den Kopf geht, die Sache könne vielleicht einem Dritten gehören.

²⁰⁷ Der Handelnde braucht hier nach Luden nicht die Ursache des als möglich vorgestellten Erfolges als solche zu wollen, und dennoch ist nach L.'s Ansicht auch der Erfolg gewollt. Um so inkonsequenter ist, wenn Luden die culposen Handlungen, welche der Vorstellung des Erfolges entbehren, aus der Reihe der Verbrechen hinaus drängen will.

²⁰⁸ Diess will grade Luden I S. 259 nicht: »Bei dieser Vorstellung ist es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit zu wollen oder zu beabsichtigen«.

Indem Luden nur das Vorgestellte für zurechenbar erklärt, verengt er das Verbrechensgebiet ganz ungebührlich; indem er die Vorstellung der Möglichkeit eines Erfolges für ein Wollen des Erfolges hält, weitet er jenes Gebiet unbefugt aus; indem er dolus und culpa nur durch grössere oder geringere Bestimmtheit der Vorstellung unterscheidet, verwandelt er zwei begrifflich verschiedene Schuldarten in zwei quantitativ verschiedene Stufen des Vorsatzes²⁰⁹.

Trotz seiner Breite wenig auf den Kern der Frage eingehend und seine Antwort noch weniger begründend bietet Breidenbach in seinem Commentare zum hessischen Strafgesetzbuch folgende Ansicht als seine eigene und angeblich als die des hessischen Gesetzbuchs²¹⁰: »Wer gewollt hat, was er nicht wollen soll, oder wer nicht wollte, was er allerdings hätte wollen sollen, der versirt in dolo, und setzt er entgegen, er habe jenes Ge- oder Verbot nicht gekannt, so opponirt er offenbar Nichtwissen des Gesetzes, mithin eine durch Art. 41 schlechthin ausgeschlossene Einrede«²¹¹. Um nun neben dem Dolus noch eine Culpa anzunehmen bliebe Breidenbach nur übrig culpos denjenigen zu nennen, der nicht will, was er nicht wollen soll: wobei es denn ziemlich schwer werden dürfte! aus diesem durchaus rechtmässigen Willen eine Rechtsverletzung entstehen zu lassen. So consequent zu bleiben geht aber gegen Breidenbachs Absicht. Vielmehr will auch er bei näherem Zusehn nur da Dolus annehmen, wo der Handelnde sich den von der Norm verbotenen Erfolg als Resultat seines Wirkens vorstellt und

²⁰⁹ Richtig betont von Köstlin, Revision S. 231: »die culpa ist (nach Luden) nicht direkter dolus, wohl aber indirekter«. K. giebt überhaupt das. S. 228—236 eine zum Theil sehr treffende Kritik der Luden'schen Schuldlehre.

²¹⁰ S. den Commentar II. S. 7—86; s. bes. S. 27 ff; 36 ff. Die Definition des Vorsatzes im Hess. Gesetz s. oben S. 137. Dass Hessen A. 58 anders auszulegen ist, als Breidenbach es thut, betrachte ich als zweifellos.

²¹¹ S. 36. Die Macht des Satzes error juris nocet tritt hier sehr klar zu Tage.

ihn für den Fall seines Eintritts billigt²¹². Es ist also nicht die Willensrichtung auf die Verwirklichung eines Vorgestellten, das zugleich verboten ist, was den Dolus zum Dolus macht: denn diese Willensrichtung muss ja auch bei der culpa als vorhanden anerkannt werden: sondern es ist das Wollen der sorgsam ausgebildeten Vorstellung. Die Gedankenarbeit, die sich das Resultat der Thätigkeit richtig und im klaren Bilde vorgestellt hat, giebt den Grund ab das Wollen der geläuterten Vorstellung als höchste Stufe der verbrecherischen Schuld zu betrachten²¹³.

Es führt diess zur Aufdeckung eines verborgenen Grundgedankens der ganzen Lehre, welche den Dolus als das Wollen des vorgestellten verbotenen Resultates auffasst: ein Gedanke, den die Anhänger desselben einstimmig läugnen werden und der sie doch leitet. Fordert das Recht, es solle der Mensch sein Handeln bedenken, so liegt ja in dem richtigen Ausdenken des Erfolgs entfernt keine Verletzung sondern eine Erfüllung von Rechtspflichten. Soll dennoch das verbotene Wollen der ausgebildeteren Vorstellung schuldhafter sein als das verbotene Wollen der minder ausgebildeten, so kann eine Steigerung der Schuld in Folge der Deutlichkeit der gewollten Vorstellung nur auf einen von zwei Gründen gestützt werden. Der Erste entspräche durchaus dem Geiste der bekämpften Theorie: der Anlass dieser Steigerung fiel dann gänzlich aus dem wollenden Subjekte heraus, und er läge dann vor, wenn das Wollen der aufgeklärten Vorstellung verbotener wäre als das der unaufgeklärten. Dieser Grund fällt! Lautet die Norm, du sollst nicht tödten, so heisst diess für den handelnden Menschen, du sollst nicht die Ursache des Todes eines Menschen erzeugen: alle Thätigkeiten,

²¹² Einerlei, ob er als bestimmt oder als nur möglicherweise eintretend vorgestellt wird. Mit Recht erklärt sich Breidenbach II S. 19 n. 7 gegen Luden, weil dieser den Begriff der culpa auf Kosten desjenigen des dolus ungemein erweitere.

²¹³ Bei Luden bildete die zur überzeugten Gewissheit des Kausalzusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg fortgeschrittene Vorstellung das Qualificirende des Vorsatzes.

die diess thun, sind in gleichem Maasse verboten wenn auch nicht in gleichem Maasse strafbar, mag sich Jemand die Ursache als solche vorstellen oder nicht. Der Grund der höheren Verschuldung muss also in dem Schuldigen gefunden werden, und es ist diess nur so denkbar, dass die Aufklärung der Vorstellung eine Aufklärung des Bewusstseins über die rechtliche Qualität der geplanten Handlung als Ursache des vorgestellten Resultates involvirt. Mit andern Worten: es wird stillschweigend angenommen, die Vorstellung des verbotenen Resultates sei unmöglich ohne das Bewusstsein des Verbotenseins selbst.

Dadurch wird dieses Bewusstsein als wesentliches Requisit des Dolus anerkannt und das Wollen des vorgestellten Resultates als voller Beweis angenommen für sein Vorhandensein²¹⁴. Die Theorie mündet also wieder auf der überwunden geglaubten praesumptio doli um die praesumptio der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums zu retten.

Kehren wir zu Breidenbach zurück. Das den Dolus charakterisirende Moment ist das Wollen einer quantitativ bis zur Einsicht in das Resultat des Handelns gesteigerten Vorstellung. Culpa liegt nach ihm aber dann vor, wenn die Vorstellung zwar nicht so weit entwickelt ist, wohl aber soweit hätte entwickelt werden können, und wenn nun die Ursache des nicht vorgestellten Erfolgs, aber nicht als solche, gewollt ist (unbewusste culpa)²¹⁵, oder aber der Erfolg als möglicherweise eintretend vorgestellt, aber nicht gewollt, wohl aber seine Ursache gewollt ist (bewusste culpa)²¹⁶. Dass hier-

²¹⁴ Köstlin, Revision S. 620, spricht das ausdrücklich aus: »die Forderung [des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zum dolus] enthält etwas Schiefes, sobald man ihr den Sinn unterlegt, dass der Richter dem Verbrecher die Existenz dieses Bewusstseins bei ihm beweisen müsse. Denn diese muss (!) allerdings präsumirt werden, während die Zurechnungsfähigkeit und der dolus nicht präsumirt werden dürfen«. Welche Inkonsequenz!

²¹⁵ S. 19: »wenn der Thäter jenen ursachlichen Zusammenhang (zwischen Handlung und Erfolg) in keiner Weise wirklich eingesehen hat, ihn aber bei einem gewissen Grade von Fleiss und Sorgfalt hätte einsehen können«.

²¹⁶ S. die etwas unklaren Ausführungen S. 19 ff.

durch die ganze Unterscheidung von *dolus* und *culpa* wieder auf einen Quantitätsunterschied innerhalb des Vorsatzes hinaus kommt, leuchtet von selbst ein; bei Beiden enthält die Vorstellung etwas Verbotenes und ist gewollt: nur ist bei dem *Dolus* jene einen Schritt weiter auf dem Wege der Erkenntniss gegangen. Mit welchem Rechte der eingetretene Erfolg, der obschon als möglich vorgestellt, nicht gewollt war, oder der auch nicht einmal als möglich vorgestellt war, zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, darüber weiss der Commentator des hessischen Gesetzbuchs natürlich nichts zu sagen: denn da bei ihm der Kern der Schuld in dem Willen der Vorstellung von etwas Verbotenem liegt, also darin, dass die Vorstellung obschon verbotenen Inhaltes doch in den Willen aufgenommen ist, so kann der nichtvorgestellte und gar der vorgestellte aber nicht gebilligte Erfolg unmöglich zur Schuld zuzurechnen sein. Hierin ist Luden weit konsequenter; auf Kosten der Logik aber rettet Breidenbach dem Reiche der verbrecherischen Handlung die grosse Zahl kulploser Delikte, die Luden seinem Principe nach davon ausschliesst.

Jener Quantitätsunterschied zwischen dem *dolosen* und dem *kulposen* Verbrechen lässt sich so bezeichnen: die Vorstellung des *Dolus* umfasst die verbotene Handlung in ihrer Totalität; diese ist ganz gewollt; wird sie verwirklicht, so decken sich Wille und That; die Vorstellung bei der *culpa* umfasst nur einen Theil der verbotenen Handlung; diese ist theilweise gewollt; wird die Vorstellung verwirklicht, so ergiebt sich ein Ueberschuss des Geschehenen über das Gewollte. Ein Analogon liegt hier sehr nahe: wird die Vorstellung des *dolus* nicht ganz verwirklicht, so ergiebt sich ein Ueberschuss des Gewollten über das Geschehene. So bildet das kulpöse Delikt das Gegenstück zu dem versuchten *dolosen* Verbrechen. Damit langen wir bei dem »Schaukel-systeme« an, welches regelmässig unter Berners Namen läuft, aber sechs Jahre vor dem Erscheinen seiner *Imputationslehre* schon von v. Lindelof 1837 in seinem Gut-

achten zu dem grossherzoglich hessischen Entwurfe genau grade so aufgestellt worden ist²¹⁷.

Jeder, der diese Vergleichung zum ersten Male liest, wird sie gefällig finden, sieht er davon ab, dass das Schuldmoment weder im Dolus noch in der Culpa aufgezeigt wird²¹⁸. Aber nach und nach mindert sich dieses Gefallen ab. Wie wäre denn auch eine solche Analogie möglich zwischen den quantitativen Unterschieden: Versuch und Vollendung und den qualitativen: Vorsatz und Fahrlässigkeit? Man muss eben diese mit Breidenbach, Lindelof, Berner auch nur als quantitative fassen, wozu man sich nicht entschliessen kann und was zu thun sie selbst verneinen.

Tritt man nun Berners Ausführungen näher, so zeigt sich, dass gegen seine Auffassung des Dolus ganz das gegen Breidenbach Vorgebrachte gilt. Was aber seltsam genannt werden muss, Berner nimmt die Zurechenbarkeit eines nicht gewollten Erfolgs zum schuldhaften Willen an, während seine eigenen Beweise grade das Gegentheil beweisen. Das Verbrechen ist ihm Handlung; »der Begriff der Hand-

²¹⁷ Da mir das Gutachten im Original nicht vorliegt, citire ich nach Breidenbach, Commentar II S. 8 u. 9: »Das Gutachten von 1937 sprach sich dahin aus: Bei der Würdigung einer verbrecherischen Vorstellung, die ihrer Natur nach Inneres und Aeusseres zugleich sei . . . kämen zwei Verhältnisse in Betracht, die sich auf Ein Princip, auf das der Handlung zurückführen liessen. Gegenüber der Einheit des Inneren und Aeusseren, dem Willen, der sich durch die That vollständig geäussert habe und sich in derselben wisse . . . könne nämlich eine Trennung, ein Fall eintreten, wo entweder der Wille weiter gegangen als die Aeussderung, oder umgekehrt letztere mehr umfasse, als der jedoch nie ganz fehlende Wille (denn sonst sei keine Handlung vorhanden) gewollt habe. Jenes begründe den Versuch, dieses die Fahrlässigkeit«. Damit vgl. Berner, Imputationslehre S. 39 ff., S. 174 ff, Theilnahme S. 1—161. In seinem Lehrbuche § 90 ff. hat Berner seine Ansicht einfach beibehalten. Breidenbach ist offenbar von v. Lindelof influenzirt, kennt aber Berner's Imputationslehre noch nicht. Ich bemerke übrigens, dass nicht nur die Verwandtschaft, sondern die Identität von versuchten und kulposen Verbrechen ganz in der Konsequenz der Hegel'schen Grundgedanken liegt.

²¹⁸ Köstlin, Revision S. 227 nennt sie »sinnreich« und erkennt sie offenbar als richtig an.

lung erschöpft das ganze Wesen der Zurechnung Zurechnung ist das Urtheil, dass das Geschehene ein Gewolltes sei²¹⁹. Sofern also

1. das Geschehene nicht gewollt ist, fehlt die Handlung. Nun liegt das Wesen des kulposen Delikts darin, dass mehr geschehen als gewollt ist, konsequent also darin, dass es nur zu einem Theile gewollt, nur zum Theil Handlung, und nur zum Theile zurechenbar ist²²⁰. Das Wollen besteht bei ihm nicht in dem Wollen des verbotenen Erfolgs sondern nur in dem Wollen seiner Ursache; nur die Erzeugung dieser, nicht ihr Resultat, kann also zugerechnet werden. Dann aber ist der Einklang zwischen dem Gewollten und dem Geschehenen, soweit dieses zur Handlung gehört — denn nur so weit kommt es doch in Betracht —, hergestellt: d. h. es liegt eine vorsätzliche Handlung vor. Neben das dolose vollendete Verbrechen, wo das Verbrechen in seiner Totalität gewollt und geschehen ist, tritt eine zweite Art doloser Delikte, wo Jemand die Ursache eines Verbrechens gewollt und

²¹⁹ Vgl. noch Lehrbuch § 90: »Zurechnen heisst nämlich: ein Geschehenes einem Willen auf die Rechnung schreiben«. »Soweit demnach die Handlung reicht, reicht auch die Zurechnung«.

²²⁰ Es ist ein unglücklicher Versuch, den Berner S. 176 macht um den Konsequenzen der eigenen Theorie auszuweichen. Nachdem auf S. 174—176 ausgeführt ist, wie eben nur beim vollendeten dolosen Delikt der volle Einklang zwischen Wille und That bestehe, weil das Geschehene ein Gewolltes und das Gewollte ein Geschehenes sei, und wie das Ueberwiegen der That über den Willen dem culposen Delikt eigene, heisst es S. 176 plötzlich: »In diesem ist mehr geschehen als (wenigstens direkt [!]) gewollt war«. Entweder aber ist der Erfolg gewollt oder nicht: im ersten Falle liegt nach B. vollendetes vorsätzliches Verbrechen vor, im zweiten allein ein culposes Delikt. Gelegentlich des faktischen Irrthums, der die Zurechenbarkeit aufheben soll, sagt denn auch Berner S. 63: »Fasse ich die Aussenwelt falsch auf, so kann das ideell in mir Gesetzte mit dem Realisirten nicht übereinstimmen. Indem der Wille aber nur auf das ideell in mir Gesetzte gerichtet sein kann [also ganz wie Hegel und Luden: ohne Vorstellung kein Willen], so tritt eine Disharmonie zwischen Wille und That ein. Das Gewollte und das Geschehene stimmt nicht mehr überein; es fehlt zwischen Beiden die Vermittlung«.

diese gesetzt hat, wo dieses also nur theilweise gewollt und theilweise geschehen ist. Sofern

2) das Gewollte nicht geschehen ist, fehlt gleichfalls die Handlung. Nun liegt es im Wesen des Versuches, wie auch Berner ihn auffasst, dass mehr gewollt als geschehen ist. Das Geschehene ist nun allerdings zurechenbar; »das blos Gewollte, blos Innerliche kann aber nicht imputirt werden« (S. 66). In der Handlung steckt ja aber nur ein Theil des schuldhaften Willens verwirklicht: der Wille für das bis zur Vollendung fehlende Stück liegt ausserhalb der Handlung, kommt also für die Zurechnung gar nicht in Betracht. Es liegt auch dann Einklang zwischen dem Geschehenen und Gewollten vor, d. h. eine dritte Art vollendeter vorsätzlicher Verbrechen, die sich dadurch charakterisirt, dass ein Theil des Verbrechens verwirklicht und dieser Theil auch gewollt war, ohne dass indessen die volle Ursache für das Verbrechen gesetzt war. Mit andern Worten: das kulpöse und das versuchte Delikt sind wesentlich gleich, nur ist jenes, weil es weiter entwickelt ist wie dieses, strafbarer als das versuchte!

Es ist eben kein Zufall, dass alle die Theorien, die auf diesem Boden stehen, trotz der verschiedensten Wege immer wieder zu dem Einen Resultate kommen, dass es nur vorsätzliche Delikte gäbe.

Einen speciellen Punkt der Berner'schen Theorie gilt es noch hervorzuheben, weil ihr gerade darin Köstlin und Hälschner beigetreten sind. Berner behauptet (S. 63): »Rechtsirrtum ist in der That kein Aufhebungsgrund der Zurechnung«²²¹.

²²¹ S. Köstlin, Revision S. 272. »Vom Rechtsirrtume ist hier überall noch nicht die Rede, wo bloss die formelle Zurechnung in Frage steht«; vgl. S. 275; System I 193. 194: »Vielmehr gehört die Frage, welchen Einfluss der Mangel des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit habe, gar nicht in die Lehre von der Handlung, welche dadurch nur verwirrt wird«. Vgl. Hälschner, System I S. 127: »Aber so richtig es ist, dass eine verbrecherische Absicht ohne Bewusstsein der Rechts- oder Gesetzwidrigkeit nicht möglich ist, so gewiss gehört dies Bewusstsein nicht zum Wesen der Absicht, so gewiss ist es falsch und verwir-

Jener unrichtige Satz Berners ist aber nur ein einzelner Ausfluss einer sehr gefährlichen unrichtigen Grund-auffassung, welche Berner, Köstlin und Hälschner mit einander gemein haben. Sie Alle stellen den Inhalt und die Form des Verbrechens in scharfen Gegensatz: der Inhalt ist eine bestimmte Art der Rechtswidrigkeit und die notwendige Form ist die der Handlung. Beide Theile des Gegensatzes sind so unabhängig von einander, dass die Form des Verbrechens ohne jedwelche Rücksicht auf seinen Inhalt untersucht werden kann, ja untersucht werden muss, und dass der schuldhafte Wille lediglich der formalen Seite der Handlung angehört, also mit ihrem Inhalte nichts zu thun hat. Die Zurechnung, oder wie die Genannten sagen, die »formelle Zurechnung« ist nun nur das Urtheil, dass eine Handlung vorliege. »In die Grundsätze der formellen Zurechnung fortwährend die Rücksicht auf den verbrecherischen Inhalt der Handlung einzumischen« hält Hälschner für nur »verwirrend«.

Hier liegen Irrtum und Wahrheit in unmittelbarer Berührung. Es ist durchaus richtig, dass die Begriffe Zurechnung und Handlung keineswegs lediglich für das Verbrechen Anwendung finden. Genau wie das Verbrechen ist das straflose Delikt und wie Beide ist das Rechtsgeschäft notwendig Handlung, notwendig zurechenbar. Allein durchaus unrichtig ist die Vorstellung, als könnte das Recht einen Begriff der Handlung aufstellen, der sich lediglich aus formalen Elementen zusammensetzte und in welchem der Inhalt der menschlichen Thätigkeit nicht zum wesentlichen Merkmal des Handlungsbegriffs werden müsste.

Handlung und juristisch relevante Handlung ist für den juristischen Sprachgebrauch identisch. Der rechtlich wichtige Inhalt ist also wesentliches Merkmal des juristischen Handlungsbegriffs: es giebt nur rechtliche und widerrechtliche

rend, in die Grundsätze der formellen Zurechnung fortwährend die Rücksicht auf den verbrecherischen Inhalt der Handlung einzumischen«. Auch Gessler, Dolus S. 259 gehört hierher.

Handlungen. Nun lässt sich allerdings für alle Handlungen die Frage aufwerfen, unter welchen Voraussetzungen Jemand handlungsfähig genannt werden darf (s. oben S. 46 ff.), wie der Wille beschaffen sein muss, dass wir seine Bethätigung und ihre Folgen ihm als Handlung zurechnen dürfen? Es wird sich dann zeigen, wie ich es oben entwickelt habe, dass das rechtlich relevante Faktum von einem Handlungsfähigen entweder als solches bewusst gewollt oder unbewusst gewollt sein muss, dass also auf Grund der Verschiedenheit des Bewusstseins neben dem Willen zwei Arten von Handlungen unterschieden werden können, mag der sog. Inhalt der Handlung ein rechtmässiger oder ein widerrechtlicher sein. Zu weiteren Resultaten bezüglich des zu einer Handlung notwendigen Willens kann eine Betrachtungsweise, die den Inhalt der Handlung ignoriert, nicht gelangen, vielleicht aber zu etwas anders gefassten Resultaten. Bis hieher ist der Wille bei einer rechtmässigen Handlung ganz derselbe wie der bei einer widerrechtlichen: denn es gilt ja nur ihn in seiner Tauglichkeit zur Handlung zu bestimmen. Ja eine Ansicht, welche principiell davon ausgeht, dass der Inhalt der Handlung auf deren Begriff und die Frage der Zurechnung einflusslos sei, steht gradezu vor der Unmöglichkeit zu dem Gegensatze eines rechtmässigen und eines schuldhaften Willens zu gelangen: denn der zu der Handlung notwendige Wille ist immer nur der oben bezeichnete, für Recht wie für Unrecht identische Wille.

Es ist nun ein gradezu verhängnissvoller Irrtum Berners, Köstlins und Hälschners durch Analyse ihres juristisch farblosen Handlungsbegriffs zum Begriff der Schuld gelangen zu können. Ist denn etwa jede Handlung schuldhaft, oder existirt denn wirklich zwischen dem rechtswidrigen und dem rechtmässigen Willen kein Unterschied? Mit welcher Unbefangenheit setzt sich Berner²²² die Aufgabe: »Wir haben zu den Begriffen von Dolus und Culpa zu kommen: dahin scheint aber kein systematischer Weg von unserem Grund-

²²² Imputationslehre S. 174 ff.

begriff der Handlung aus zu führen« »Soll die Fortentwicklung zum dolosen und culposen Verbrechen eine immanente sein, so muss sie durch die eigne Bewegung dieses Begriffes (der Handlung) zu Stande kommen; wir dürfen aus demselben auf keine Weise heraustreten. In dem genannten Begriffe der Handlung liegen nun aber nur die beiden Momente: Wille und That. Somit hat der ganze Fortschritt unserer Entwicklung darin zu bestehen, das Verhältniss dieser beiden Momente zu einander nachzuweisen«. Nun ist die gediegene Totalität von Wille und That die dolose vollendete Handlung. Wenn ich also von meinem Rechte Gebrauch machend einen Kauf abschliessen will und der Vertrag perfekt geworden ist, so ist dies ein doloses Geschäft! ²²³ Sind denn Zurechnung und Zurechnung zur Schuld, Wollen und schuldhaftes Wollen identisch?

Der einzige Ausweg, der Bernern und seinen Anhängern noch bleibt die Schuld von dem zur Handlung überhaupt tanglichen Willen zu unterscheiden, ist der Hinweis auf den rechtswidrigen Inhalt des Willens und der Handlung. In demselben Augenblicke aber fällt ihr Begriff der formellen Zurechnung: die Schuld lässt sich nicht mehr aus dem Begriffe der Handlung, sondern nur aus dem der rechtswidrigen Handlung entwickeln. Und auch aus ihr nicht etwa so, dass man sagt, die Thatsache, dass der Willensinhalt dem Verbote der Norm zuwiderläuft, macht den Willen zu einem schuldhaften, ohne dass dieser sich in seinem Wesen veränderte. Die Entscheidung ob Schuld oder Unschuld würde dann lediglich von der Beantwortung der Frage abhängen, ob das Gewollte »objektiv rechtswidrig« sei? Diese

²²³ Man lese auch Hälschner's Ausführung I S. 121: »Es bezieht sich demnach hier die Zurechnung durchaus nur auf das reine formelle Verhältniss von Ursache und Wirkung«. »Gleichwohl« erhält das bejahende Urtheil »seine nähere Bestimmtheit durch das Verhältniss, in welchem die verschiedenen im Wesen der Handlung liegenden Momente zu einander standen, so dass sich hiernach zugleich die Schuld der an sich zuzurechnenden schuldvollen Handlung selbst verschieden gestaltet«.

Antwort aber lässt sich wieder nicht geben ohne dass wir den Willen des Handelnden zur Prüfung heranziehen. Denn da die Normen sich als Verbote mit Ausnahmen darstellen, so kann ja die gleiche Veränderung in der Aussenwelt entweder unter die Norm oder unter ihre Ausnahme fallen. Ob das Eine oder das Andere, diess sagt uns der äussere Anschein durchaus noch nicht. Wenn der A den B, der ihn widerrechtlich angegriffen hat, tötet, was giebt uns allein die Entscheidung an die Hand, ob rechtmässige Tödtung in Nothwehr oder ein Verbrechen vorliege? Lediglich die Untersuchung, in welchem Sinne nahm A die Handlung vor? Wie fasste er die Gefahr auf? Als so gross, dass sein Schutz die Tödtung erforderte? Wenn ja, dann wollte er von seinem Notwerrecht Gebrauch machen und seine Handlung ist rechtmässig. Wenn nein, dann ist es die Gestaltung des Willens des Thäters in Folge seiner Vorstellung, welcher die Handlung zu einer rechtswidrigen macht. Es dürfte daraus unwiderleglich folgen: 1. den rechtmässigen wie den rechtswidrigen Willen bestimmen zu wollen nach der Rechtmässigkeit oder Widerrechtlichkeit der Thatsache, die der Wille als zu verwirklichende sich vorstellt, ist unmöglich. Denn Thatsachen sind weder verboten noch erlaubt. Nur etwas wollen und etwas thun kann erlaubt oder verboten sein; 2. die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit einer Handlung wird durch zwei Faktoren geschaffen: durch das Gesetz, welches dem Willen bestimmte Aufgaben zuweist, und durch den Handelnden, der zu seiner Verpflichtung Stellung nimmt und die projektirte Handlung in Verhältniss zu ihr setzt. Dazu bedarf es notwendig einer Auffassung der projektirten Handlung ihrem vorgestellten rechtlichen Inhalte nach: eines richtigen oder falschen Reflexes desselben im Bewusstsein. Die Schuld ist ohne einen solchen grade so undenkbar wie der rechtmässige Wille! ²²⁴

²²⁴ So täuscht sich Berner, Theilnahme S. 22, wenn er siegesgewiss ausspricht: »Ueberdiess sind wir der festen Ueberzeugung, dass die neuen wissenschaftlichen Gebilde schon durch ihr blosses Erscheinen die alten Auffassungen verdrängen werden«.

Köstlins Schuldlehre ist von der Ludens und Berners wesentlich beeinflusst. Sie bietet insofern einiges Interesse, als sie manche Consequenzen der gemeinsamen Grundanschauung schärfer entwickelt. Abgesehen davon muss ich sie für den schwächsten Theil des Köstlin'schen Systems halten: voll Unklarheit, innerer Widersprüche und gewalthätiger Willkür²²⁵.

Köstlins Auffassung der Schuld und ihrer Arten ist durch und durch dualistisch, wesshalb in ihr neben einander Faktoren eine wichtige Rolle spielen, die bei einheitlichem Ausgangspunkte mit einander unverträglich wären. Der Grund dazu liegt für Köstlin in der Einsicht, dass bei konsequenter Festhaltung des Grundgedankens der Schuldlehre Ludens und Berners die Aufnahme der culposen Handlungen (mit nicht vorhergesehenem und desshalb nicht gewolltem schädigenden Erfolge) unter die Delikte unmöglich sei.

Das bewegende Princip der Handlung ist der Wille (S. 158); das Verbrechen ist notwendig Handlung, d. h. »ein auf den Willen eines Subjekts als Ursache zurückzuführendes Thun«. Gilt es nun die richtige Begränzung dieses Begriffs, so erhebt sich ein Zwiespalt zwischen den Ansprüchen des handelnden Menschen und der historischen Wahrheit, oder wie Köstlin sagt »dem objektiven Weltzusammenhange« (S. 163). Es ist unleugbar,

²²⁵ Ich erlaube mir, vorzugsweise hier nur auf sein System I S. 156 ff. einzugehen, da es seine jüngste Darstellung des Gegenstandes darbietet und eine wesentliche Abweichung von der Revision S. 233 bis 335 nicht zu konstatiren ist. — Gleich zu Anfang mag aber auf den gewaltigen Widerspruch zwischen der Verbrechensauffassung Köstlin's und seiner Schuldlehre hingewiesen werden. Wie Hegel sieht Köstlin im Verbrechen den bewussten Gegensatz des Einzelwillens gegen den Gesamtwillen (N. Revision S. 27. 28; System I S. 1); alle Schuld müsste also dolus und dem dolus Bewusstsein der Rechtswidrigkeit wesentlich sein. Statt dessen giebt es drei verschiedene Schuldarten und dem Vorsatz ist jenes Bewusstsein unwesentlich. — System I S. 192 nennt Köstlin die Schuldlehre der neueren Doktrin richtig ein »eklektisches Aggregat«; nur hat er dasselbe wesentlich verschlechtert.

dass die Willensbethätigung eines Menschen eine Masche in dem unendlichen Netze von Ursachen und Wirkungen schlägt und als solche fortwirkt weit über die Voraussicht, ja über die Lebensdauer eines Menschen hinaus. Soll nun der Begriff der Handlung sich ausdehnen auf alle Folgen willentlicher Thätigkeit eines Menschen? Mit andern Worten: soll die ursächliche Beziehung einer menschlichen Thätigkeit mit eintretenden Begebenheiten in infinitum rechtliche Wirkungen ausüben? Während der objektive Weltzusammenhang den Willen als Ursache auch der entferntesten Folgen der That auffasst, verleugnet dieser selbst das Eingetretene als sein Erzeugniss, sofern es seiner Vorstellung, die er verwirklichen wollte, widerspricht. Nun möchte Köstlin gerne den Handlungsbegriff weder so weit wie »der objektive Weltzusammenhang« noch so enge wie der handelnde Mensch selbst fassen²²⁶; Folge davon ist, dass er ihn ex professo immer ziemlich vag bestimmt; in Wahrheit aber mündet er auf dem Berner'schen Handlungsbegriff, wonach Handlung die Verwirklichung einer gewollten Vorstellung ist. Denn, sagt er: »Handlung ist eben nur eine solche in der Aussenwelt gesetzte Veränderung, welche die Freiheit als ihr Produkt anerkennen darf und muss. Daher (?) ist es das Recht des Willens, von solchen Veränderungen nur diejenigen als die seinigen gelten zu lassen, in welchen er die Identität der objektiven Bestimmtheit mit seiner subjektiven erkennt«²²⁷. Sofern der Wille diess Recht hat, giebt es keine Handlungen, die diesem Rechte widersprechen. »Die jenem Rechte des Willens schlechthin angemessene Handlung ist nun die vorsätzliche d. h. die in dem Willen vorher gesetzte und diesem Vorsatz gemäss wirklich gewordene«. Da »die That grade jenes vorhergesetzte Bild der Handlung abspiegelt« so kann der Handelnde die unbedingte Verantwortlichkeit nicht von sich ablehnen. »Der vorsätzlich Handelnde macht eben seinen Vorsatz als das Maass seiner Verantwortlichkeit für das daraus Hervorgegangene geltend« (S. 164).

²²⁶ S. System I S. 179.

²²⁷ S. oben die Aeusserung Hegel's in N. 197.

Erfahren wir hier des Näheren, worin jenes Recht des Willens besteht, so deuten die Worte »die schlechthin angemessene Handlung« schon in bedenklicher Weise auf Handlungen hin, die jenem Rechte auch noch entsprechen, aber nicht schlechthin. Entweder aber entsprechen die Handlungen jenem Rechte, oder sie entsprechen ihm nicht und sind dann keine Handlungen. Es giebt also nur vorsätzliche Handlungen: d. h. »das Geschehene muss eben so deutlich gewusst, als das Gewusste positiv gewollt sein« (S. 191). Schuldhaft wird die vorsätzliche Handlung grade wie bei Berner dadurch, dass die Vorstellung, die der Wille in sich aufnimmt, etwas Verbotenes zum Inhalt hat. Danach würde wie bei Berner so auch bei Köstlin das culpose Delikt sich charakterisiren als eine Art vorsätzlichen Handelns, als ein Wollen der Ursache eines verbrecherischen Erfolges²²⁸. Allein dies will Köstlin grade so wenig wie Berner anerkennen²²⁹. Nach ihm hat der Anspruch des handelnden Menschen bezüglich der Begrenzung des Handlungsbegriffs den vollen Sieg über den Anspruch des objektiven Weltzusammenhangs davon getragen. Allein diesen Sieg kann Köstlin selbst nicht ertragen, und die unzweifelhafte That- sache des Causalzusammenhangs auch des nicht vorgestellten und daher nicht beabsichtigten Erfolgs mit der Willens- bethätigung des Menschen bringt ihn dazu dem objektiven Weltzusammenhange gleichfalls zu einem kleinen Siege zu verhelfen²³⁰.

²²⁸ S. oben S. 166. 167.

²²⁹ Es ist dies um so seltsamer als Köstlin I S. 165 (vgl. S. 176) ganz ausdrücklich sagt: »Gleichwohl liegt in diesem Negativen (der Fahrlässigkeit) auch ein Positives, d. h. das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als realmögliche Folge entwickelt«. Hierin allein könnte Köstlin das Wesen der Fahrlässigkeit im Gegensatz zur »Absicht« finden. Vgl. dazu S. 176: »Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt mithin bei der kulposen Handlung nur ein theilweises Entsprechen von Wille und That vor, während bei der vorsätzlichen dieses Entsprechen vollständig ist«.

²³⁰ Ich versage es mir gerne, den betr. § 64 des Systems in seinen Widersprüchen und Sprüngen aufzuweisen.

Indem ein Mensch sich anschickt in den vom Kausalitätsgesetze beherrschten Weltzusammenhange handelnd einzugreifen, »legt er sich damit die Forderung auf seinem Vorsatze d. h. der seiner Handlung vorausgehenden Reflexion auch wirklich die alle Bedingungen (!!) Momente und Folgen umfassende Allgemeinheit zu geben«, mit andern Worten: er übernimmt eine sehr umfassende Reflexionspflicht. Richtiger hätte Köstlin gesagt: er übernimmt die Verpflichtung recht zu handeln, und die angestellte Ueberlegung dient nur dazu ihn zu vergewissern, dass der Inhalt des Willens ein erlaubter sei. Die Vorstellungsthätigkeit soll eben nur als Korrektiv des Willens dienen. Der Handelnde soll sich sagen können, dass ein rechtsverletzender Erfolg aus seiner Thätigkeit nicht resultiren werde. Die Vorstellung eines solchen Erfolgs als nichteintretend — und diese ist auch dann vorhanden, wenn der Erfolg als möglich gedacht war, aber der Wille ihn negirt: die eben noch angenommene Möglichkeit wird als unrichtig erkannt — ist ausser Stande den Willen schuldhafter zu machen, als er wäre wenn diese Vorstellung fehlte. Bei Köstlin ist dagegen die Reflexionspflicht eine selbstständig für sich bestehende, die mit dem Willen in keiner Wechselwirkung zu stehen hat. Die Reflexionspflicht ist verabsäumt, wenn ein Erfolg als möglich nicht vorausgesehen worden ist. Nicht das Nichtwollen, sondern das nicht Vorstellen des verbotenen Erfolgs der Handlung macht das Wesen der culpa aus. »Es zeigt sich, dass der Handelnde in einem Irrthume gehandelt hat, den er hätte abwenden können und welchen nicht abgewendet zu haben ihm zur Schuld zugerechnet werden muss. Diese Schuld ist das Versehen (culpa)«. Die culpa wird also wieder zum alten Verstandesfehler. »Der culpos Handelnde wusste und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs (deshalb liegt nach Köstlin keine Handlung vor, als deren Theil auch der Erfolg noch erschiene), sondern wollte nur dessen Bedingung (nur soweit liegt also Handlung vor), wobei es eben seine Schuld ist, die reale Möglichkeit des Erfolgs nicht in sein Wissen erhoben zu

haben«. Die Schuld liegt also nicht einmal im Wollen der Bedingung sondern im Nichtwissen der realen Möglichkeit des Erfolgs.

Nimmt man hier Köstlin beim Wort, so fehlt selbst jede Vermittelung des Erfolgs mit dem schuldhaften Willen; die culpa wird zum selbstständigen Unterlassungsverbrechen bestehend in der mangelnden Vorstellung eines als möglich vor auszusehenden rechtsverletzenden Erfolgs der Handlung; wobei es denn als unnötig zum Delikt erscheinen muss, dass der nicht vorausgesehene Erfolg auch eingetreten ist. Vom Standpunkte Köstlins folgerichtiger wäre es, alle kulpösen Delikte, wie sie Köstlin fasst, aufzulösen in Konkurrenzfälle des vorsätzlichen Wollens einer verbrecherischen Ursache und jenes Unterlassungsverbrechens der culpa.

Die beiden Verbrechensklassen Köstlins, die vorsätzlichen und die fahrlässigen, treten nun bezüglich der Würdigung des Vorstellungsmomentes in diametralen Gegensatz. Liegt bei den Letzteren die Verschuldung in einem Erschlaffen des Vorstellungsvermögens vor erreichtem Ziel, so erscheint ja gerade das Erstrecken der Vorstellung bis zum schädigenden Erfolg als ein Verdienst: jedenfalls wird jene Schuld dadurch getilgt. Liegt andererseits bei den vorsätzlichen Delikten das Schuldhafte in dem Wollen eines vorgestellten Verbotenen, so bleibt der schuldhafte Wille jedenfalls weiter zurück, wenn die Vorstellung, auf die er sich richtet, weniger entwickelt ist, und um die Schuld zu steigern bedarf es einer weiteren Arbeit des Vorstellungsvermögens bis zum Erfassen des rechtswidrigen Erfolgs: nur muss sich dann auch hier der Wille der ganzen entwickelten Vorstellung bemächtigen. Es ist dies indessen nicht die einzige Unklarheit Köstlins bezüglich der Bedeutung des Vorstellungsmomentes. Eine Vorstellung (sei's erlaubten, sei's verbotenen Inhalts) verwirklichen wollen, heisst sie sich als wirkliche Folge seiner Handlung vorstellen und ihren Eintritt bejahen. Ich kann etwas nicht als mögliche Folge der Handlung wollen: sobald ich es will, muss ich es mir als wirklich eintretend denken. Wir stehen hier nur vor einer Alternative: wir

stellen uns die Folge als eintretend oder als nicht eintretend vor; im letzteren Falle können wir die Unmöglichkeit sie zu bewirken verwünschen, allein ihren Eintritt nicht beabsichtigen; im ersteren beabsichtigen wir sie, sobald wir die Handlung vornehmen, die wir uns als ihre Ursache denken. Bei Köstlin aber spielt, allerdings wieder in verworrenster Weise, bei seinen nicht culposen Verbrechen der Gegensatz der Vorstellung des Causalzusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg als eines »naturnotwendigen« und als eines nur »möglichen« eine grosse Rolle.

Die erste seltsamste Frucht dieser Confusion ist der Aufbau von drei weiteren Schuldarten, welche über der culpa liegen. 1. Absicht ist die kriminalistisch vollendetste Form des Vorsatzes: sie ist »nichts Anderes, als der durch die objektive Natur der Handlung d. h. mit deutlichem Bewusstsein auf die Hervorbringung ihrem Begriff (ihrer allgemeinen Qualität, ihrem wesentlichen Thatbestande) nach gerichtete Vorsatz« (S. 191). Die Vorstellung enthält, um deutlicher zu sprechen, den von der Norm verbotenen Erfolg; auf die Verwirklichung der Totalität des Vorgestellten richtet sich der Wille, und die Vorstellung sieht den Erfolg noch als einen mit Naturnotwendigkeit eintretenden voraus. Denn grade darin liegt »das Wesen der Absicht«²³¹. Sieht man einmal von diesem letzten Requisit der Vorstellung ab, so erhellt, wie bei strengem Festhalten von Köstlins Handlungsbegriff der Fall der absichtlichen Handlung der einzige ist, wo der eingetretene verbotene Erfolg zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Nun drängt sich dem Verfasser des Systems eine kleine richtige Vorstellung auf, welche aber die schlimme

²³¹ S. S. 182: »Das Wesen der Absicht hat grade die Einsicht in den naturnotwendigen Zusammenhang der Handlung zur Voraussetzung«. Vgl. S. 187: »... Der Begriff des absichtlichen Handelns, welcher — sowohl bei bestimmter als eventueller Billigung des Erfolgs — das deutlich entwickelte Bewusstsein der objektiven, diesen Erfolg als notwendig in sich schliessenden Natur der Handlung voraussetzt«. Die unerquickliche Aufgabe den § 74 des Systems mit diesen Sätzen zu vereinigen überlasse ich Anderen.

Wirkung übt ihn in ganze Reihen unrichtiger Gedanken hineinzutreiben. In einer Anzahl der Fälle des sog. affektvollen [Dolus sieht der Handelnde den von der Norm verbotenen Erfolg klar als »naturnotwendige Folge« seiner Handlung voraus; indessen kommt es auch vor, dass die Vorstellung des Afficirten sich nicht bis zu diesem Punkte aufklärt. Der A sticht auf den B los, ohne den eingetretenen Tod [des B als Ziel seiner Handlung sich vorgestellt zu haben. Die sämtlichen übrigen Fälle des Affekts verweigen ignorirend [abstrahirt Köstlin aus Letzteren seine erste Mittelstufe zwischen dolus und culpa: 2. den impetus, bei welchem »der [unvermeidliche Erfolg einer an sich rechtswidrigen (!) Handlung im Willen, aber nicht, d. h. nicht deutlich im Wissen liegt«²³². Hier zeigt sich der erste [Ansatz Berners Schaukelsystem durch ein neues zu ergänzen: auch hier ist mehr gewollt als gewusst. Nun ist ja soviel richtig, dass der Impetuose, der sich den Erfolg seines Handelns nicht detaillirt vorstellt (der impetus in Gestalt des sog. dolus generalis) dennoch seine Handlung als Ursache eines eintretenden rechtswidrigen Erfolges] weiss: grade deshalb handelt er nach richtiger Auffassung dolos; er will die Ursache als solche, wissend dass die Folge rechtswidrig sein wird. [Allein grade dieses Bewusstsein fasst ja Köstlin als wesentliches Requisit nicht einmal des dolus, also noch weniger des impetus auf. Nach ihm kommt ja Alles darauf an, dass das Geschehene zuvor vorgestellt und die Vorstellung gewollt sei. Nur soweit diese Identität vorliegt, ist Handlung und Möglichkeit der Zurechnung vorhanden. Nun steht Köstlin vor folgender Alternative: entweder er leugnet, dass der Impetuose überhaupt sich den Erfolg seines Handelns vor-

²³² System I. S. 187. Es gehört wirklich die ganze Zuversicht Köstlins dazu um zu behaupten: »Die Hauptsache, dass der impetus eine Mittelstufe zwischen reiner culpa und reinem dolus bildet, ist von dem positiven Rechte aller Zeiten unbedenklich anerkannt worden« (S. 187), »und es ist wiederum nur ein theoretischer Eigensinn, wenn dies von den meisten neueren Rechtslehrern nicht anerkannt wird« (S. 190).

stellt: dann kann er ihn auch nicht wollen und der Erfolg ist nicht zurechenbar. Oder um diese Consequenz zu vermeiden muss Köstlin den Satz, der unvermeidliche Erfolg habe nicht im Wissen des Impetuosos gelegen, auf Kosten aller Logik dahin auslegen, er habe darin gelegen, nur nicht in voller Klarheit. Diess geschieht, und damit ist denn die Zurechenbarkeit des Erfolgs zum Vorsatz gerettet, damit scheint aber auch der gewaltsam aus der »Absicht« herausgezerrte impetus in diese zurückzukehren. Aber nein! Nicht umsonst ist die Vorstellung des Causalzusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg bei der »Absicht« als Vorstellung der Naturnotwendigkeit dieses Zusammenhangs postuliert: diese Vorstellung fehlt bei den Fällen des impetuosos dolus generalis, bei welchem also Köstlin, ohne dass er diess direkt zu sagen wagt, Vorstellung des möglichen Zusammenhangs fordern muss. Damit ist denn wieder die Mittelstufe gerettet!

Bleiben wir aber einmal fest bei Köstlins Ausgangspunkten stehen, so sind alle Fälle des impetus, die nicht in der Form des dolus generalis im Herrmann'schen Sinne auftreten, einfache Fälle der Absicht: während allerdings dann, wenn der Impetuose sich den verbotenen Erfolg seines Handelns nicht vorstellt, ihm nur das Setzen der verbrecherischen Ursache zum Vorsatze zugerechnet werden kann, nicht aber der Erfolg selbst²³³. Dann ist allerdings ein Unterschied des absichtlichen und des impetuosos Verbrechens zu statuieren, allein er ist nur ein quantitativer Unterschied innerhalb der vorsätzlichen Delikte.

Lässt sich dieser impetus als sog. Mittelstufe nur erklären, indem man von dem Begriff der absichtlichen Handlung ausgeht, so lässt sich die andere behauptete Mittelstufe

3. die sog. bewusste culpa oder wie Köstlin sagt die luxuria nur begreifen (wenn sich anders von etwas Unbegreiflichem! dies sagen darf, falls man von Köstlins Culpabegriff aus argumentirt²³⁴. Das Schuldmoment der Fahr-

²³³ S. oben über Berner S. 166 ff.

²³⁴ Vgl. System I S. 182 ff.

lässigkeit liegt bei ihr angeblich im Nichteinsehen der Möglichkeit, dass aus einer Handlung rechtsverletzende Erfolge resultieren können. Sind diese als möglich vorgestellt und sie sind eingetreten, so fehlt nach Köstlin das culpose Moment vollständig: die nötige Energie der Vorstellung ist ja grade vorhanden. »In dem Bewusstsein über die objektive Natur der Handlung liegt das, was die Schuldform der luxuria über das Gebiet der culpa hinausrückt« (S. 183). Soll nun dennoch in einer nicht fahrlässigen Handlung ein Verbrechen liegen, so muss dieses ein vorsätzliches sein (s. oben 174), und das Schuldmoment darf nicht auf Conto der Vorstellung allein, sondern des Wollens und der Vorstellung geschrieben werden. Am einfachsten erfüllt sich diese Forderung, wenn jener als möglich vorgestellte Erfolg grade von dem Handelnden in seinen Willen aufgenommen worden ist: dann liegt auch nach Köstlin, der hier plötzlich die Vorstellung des naturnotwendigen Causalzusammenhangs aus dem Auge verliert, Absicht vor. Wenn nun aber grade jener als möglich vorgestellte Erfolg nicht gewollt ist, wie bei der luxuria?²³⁵ Dann, müsste als Resultat erwartet werden, ist der Erfolg nicht zurechenbar. Allein wir warten vergebens: denn dann ist nur mehr gewusst als gewollt (S. 187) und das Nichtgewollte wird ohne Weiteres zugerechnet. Da nun aber weder culpa noch bezüglich des Erfolgs Vorsatz vorhanden ist, so kann wieder nur das Setzen einer verbrecherischen Ursache zum Vorsatz zugerechnet werden, und hierin und in nichts Anderem liegt die Verwandtschaft von Köstlins impetus mit Köstlins luxuria. Und nicht einmal könnte man aus Köstlins Ansicht heraus in der luxuria einen Konkurrenzfall von diesem vorsätzlichen Handeln und einem culposen Delikt finden. Denn jene Aufklärung der Vorstellung, ohne dass der Wille den vorgestellten Erfolg in sich aufnähme, bildete ja grade ein Verdienst des Handelnden²³⁶.

²³⁵ Es sei bemerkt, dass etwas nicht wollen und hoffen, dass etwas nicht eintrete, keineswegs, wie Köstlin S. 183 zu meinen scheint, identisch ist.

²³⁶ Höchst verkehrt ist übrigens Köstlins Meinung, dass das

Endlich hat Hälschner in seinem Systeme des preussischen Strafrechts in allem Wesentlichen Berners Auffassung verbunden mit einigen Köstlin'schen Gedanken recipirt²³⁷. Als wesentliche Momente der Handlung erscheinen bei Hälschnern drei: ein äusserer Erfolg, eine innere Willensbestimmung, und das Verhältniss beider, wonach sie sich als Wirkung und Ursache auf einander beziehen²³⁸. Dadurch wird aber der Handlungsbegriff in eine unendliche Perspektive hinein verlängert, was zu vermeiden Köstlin sich solche Mühe gegeben hat und dem nun auch Hälschner durch eine stillschweigende Gedankenumwandlung entgegenzuwirken sucht: »Diese innere (? Einheit und Zusammengehörigkeit des Erfolges und der Willensbestimmung ist es, welche für den Handelnden das Recht, wie die Pflicht begründet, den Erfolg als den seinen und von ihm gesetzten zurechnen zu lassen«. Jene »innere Einheit« ist nach Hälschner aber eine sehr äusserliche bestehend in dem Causalzusammenhang zwischen Erfolg und Wille: folglich hätte der Wollende alle auch die entferntesten Resultate seiner Willensbethätigung sich zurechnen zu lassen. Denn Hälschner hat keineswegs seine Handlung so definirt, dass nur das Geschehene, in dem Umfang als es vorgestellt und gewollt war, zurechenbar sei: von der Alternative, die meisten culposen Handlungen von seinem Handlungsbegriff auszuschliessen oder eine Anzahl casueller Effekte hereinzuziehen, wählte Hälschner bisher die zweite. Dass er aber mit dieser Wahl nicht zufrieden ist und eigentlich jene erste Alternative und damit Berners Handlungsbegriff, das Geschehene ist

Spiel der Phantasie eine Handlung gefährlicher machen könnte als sie ist. Führt mir durch den Kopf, das und das könnte vielleicht aus meiner Handlung hervorgehen, und ich mache mir klar, wie ungemein unwahrscheinlich der Eintritt jenes Etwas ist, so bildet sich vielleicht grade trotz jener Vorstellung in mir der Glaube an die völlige Ungefährlichkeit der Handlung. Dies gegen System I § 71 a. A. S. 183.

²³⁷ Dennoch dürfte es sich bei Hälschner's Bedeutung rechtfertigen auf seine Schuldtheorie noch etwas näher einzugehen.

²³⁸ S. auch Hälschner im Gerichtssaal 1869 S. 20. 21.

gewollt und das (Vorgestellt-, Gewollte geschehen, für richtig hält, ergibt sich sofort²³⁹. Denn jene innere Einheit von Erfolg und Willensbestimmung, auf welcher allein die Zurechnung gründet, »erscheint nicht in jeder Handlung als die gleiche und selbige: entweder ist sie eine volle »nach allen Seiten hin«, dann liegt »volle Schuld«²⁴⁰ vor, oder sie ist »getrübt oder geschmälert«, die Schuld eine nicht volle, und jenes schmälernde Moment »gehört entweder dem Wollen oder dem Erfolge, der That, an«: mit andern Worten jene Einheit fehlt bei Fahrlässigkeit und Versuch²⁴¹. Da langen wir wieder bei Berners »Schaukelsystem« an, und wieder suchen wir vergebens auf die wichtige Frage die Antwort: wenn in der inneren Einheit des Geschehenen oder Gewollten die einzige Möglichkeit der Zurechnung liegt, wie kann man in weiterem Umfange zurechnen als jene Einheit vorhanden ist? Denn eine Einheit, die nicht voll ist, ist keine Einheit²⁴²; somit fällt beim Versuch der Ueberschuss des Willens über die That grade so für die Zurechnung ausser Betracht wie bei seiner angeblichen Zwillingschwester, der Fahrlässigkeit, der Ueberschuss der That über den Willen²⁴³.

²³⁹ Vgl. auch System des Preuss. Strafrechts I S. 148.

²⁴⁰ Solche volle Schuld müsste Hälschner auch in dem Falle annehmen, den er in Goltdammer's Archiv VII S. 441 bespricht. Die Entscheidung der C. C. C. A. 145 kongruirt mit H's. Doluslehre durchaus nicht.

²⁴¹ Im Systeme I S. 141 erklärt Hälschner, dass auch im Falle des impetus »die volle Einheit einerseits des Denkens und Wollens, andererseits des Wollens und des Geschehenen, welche bei dem Handeln mit Vorbedacht vorliegt, hier durch ein dazwischen tretendes fremdartiges Moment gestört wird«. Vgl. S. 121. Hier liegt die Köstlin'sche Auffassung des impetus zu Grunde.

²⁴² Dies sagt Hälschner I S. 122 ausdrücklich freilich in Widerspruch zu S. 121;: »Daher stehen der Erfolg der Handlung und die Willensbestimmung, aus der sie hervorgieng, nicht notwendig in dem Verhältniss stets eins und identisch zu sein«. Und dennoch soll zugechnet werden.

²⁴³ S. des Näheren oben S. 166 ff.

§ 44. 5. Verkennung der Zahl der Schuldarten.

Bedenkt man, wie jeder schuldhafte Entschluss aus Wollen und Wissen gewebt ist, wie bei der unerlaubten Handlung das Wollen der Rechtswidrigkeit nie, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit aber sehr wohl fehlen kann, so muss man zwei und darf nur zwei Schuldarten annehmen, falls dieser auf ein Unrecht gehende Wille, den das Bewusstsein seines deliktischen Inhalts nicht begleitet, sich noch, wie nähere Prüfung zeigt, als schuldhaft ergibt. Die Versuchungen aber jene Zweizahl zu mindern oder zu mehreren sind mannichfacher Art.

I. Zu einer Schuldart zu gelangen muss entweder die Fahrlässigkeit in Vorsatz oder der Vorsatz in Fahrlässigkeit oder der qualitative Unterschied zwischen beiden in reinen Grössenunterschied umgewandelt werden.

1. Der Anlass die Schuld mit dem rechtswidrigen Vorsatze zu identificiren kann ein doppelter sein. Man definirt letzteren als den bewusst pflichtwidrigen Willen und kann sich keine Schuld ohne dies Bewusstsein der Strafbarkeit oder Rechtswidrigkeit denken²⁴⁴; oder aber man

²⁴⁴ S. oben die Theorien von Feuerbach u. Stübel (S. 144 ff.). Hierher gehören für das Strafrecht ferner principiell alle diejenigen, welche das Wesen des Verbrechens in der bewussten Auflehnung gegen das Gesetz finden (so z. B. Köstlin, System I S. 1 u. 2), obgleich sie diese Folgerung ihrer Verbrechensdefinition regelmässig nicht ziehen. Vgl. ferner Gaertner, *Finium culpae in jure criminali regundorum prolusio* (1836) S. 17: *Nam nisi et ipsum ex voluntate originem duxerit conscientiaque legis violatae junctum fuerit, culposum crimen puniri non posse, modo demonstravimus*; Heinze, *Gerichtssaal* 1861 S. 442: *«Daher das Erforderniss, dass der Verbrecher nicht bloss der allgemeinen Kenntniss, sondern auch dem momentanen Bewusstsein oder doch Gefühl der verletzten Pflicht entgegen gehandelt haben müsse»; v. Buri, Ueber Causalität bes. S. 29: «Das Bewusstsein, dass man durch die Unterlassung der erforderlichen Prüfung der Verhältnisse einen vermeidl. strafrechtl. Erfolg herbeiführen könne, bildet das Schuldmoment bei der Fahrlässigkeit . . . ein Wille kann nicht verschuldet sein, wenn ein Bewusstsein dieses Verschuldetseins in dem Handelnden nicht existirt.»*

lehrt, nur das Vorgestellte könne gewollt sein, und Vorsatz sei das Wollen einer verbotenen Handlung: auch dann kann es kein Delikt ohne Vorsatz geben²⁴⁵.

2. Ein eigentümliches Gegenbild zu diesen Versuchen, nemlich die Verwandlung des *dolus* in *culpa*, will Steltzer, Ueber den Willen (1817), entwerfen. Ihm ist der Wille immer Produkt der Vernunft, also immer vernünftig, also nie auf etwas Böses gerichtet. »Alles Schlechte in uns ist Folge des Zufalls oder des Irrtums: das Böse, also auch das Verbrechen, nur das Produkt jener Ursachen.... Nirgends ist *Dolus*, im Schulsinne des Worts, ein Vorsatz zum Verbrechen, ein Wille zur bösen That als solche. Ueberall ist nur *Kulpa*, die sich aber nie auf die Vernunft, sondern nur auf die Sinnlichkeit bezieht, und den Zustand derselben umfasst, wonach sie durch Verbildungen der äusseren Verhältnisse die Vernunft zum Irrtume bestimmt, der sich darin ... äussert, dass sie in ein Verbrechen willigt, weil sie es nicht als ein Verbrechen anerkennt ... sondern es vielmehr für eine rechtliche Handlung halten muss... u. s. w.«²⁴⁶. Allein einerseits macht sich Steltzer durch seinen Ausgangspunkt jede Zurechnung einer widerrechtlichen That zur Schuld unmöglich²⁴⁷, andererseits zerlegt er seine *Culpa* wieder in eine offenbare (das ist die, wo scheinbar Vorsatz vorhanden ist) und eine verborgene (wo dieser Scheinvorsatz fehlt). Erst eliminirt also Steltzer die Schuld um sie durch die Hinterthür wieder hereinzubringen: dann eliminirt er den Vorsatz um ihn in der offenbaren Schuld wieder aufleben zu lassen. Statt den Vorsatz in Fahrlässigkeit zu verwandeln beraubt Steltzer die Schuld des Schuldmomentes!²⁴⁸ Glücklichere Nachfolger in der Beseitigung des Vorsatzes hat Steltzer aber nicht gefunden.

²⁴⁵ Dass diese Lehre zur Identificirung von versuchten und kulposen Verbrechen führt, hat der vorige § zur Evidenz ergeben.

²⁴⁶ S. a. a. O. S. 162. 163.

²⁴⁷ Desshalb soll auch die Strafe nach Steltzer nur den Zustand der Sinnlichkeit verbessern; a. a. O. S. 165.

²⁴⁸ Besonders charakteristisch sind die Ausführungen S. 1—7;

3. Unleugbar ist die Schuld von ihrer Grenze nach dem Zufalle hin bis hinauf zu dem intensivsten Vorsatze in eine Unmasse quantitativ verschiedener Stufen zerlegbar und müssen diese Grössenunterschiede als Strafbarkeitsmerkmale anerkannt werden²⁴⁹. Allein durchaus unrichtig ist die besonders von Henke und Jarcke vertretene Ansicht, dolus und culpa bildeten lediglich zwei aus dieser Masse von quantitativ verschiedenen Verschuldungen willkürlich herausgegriffene Schuldstufen, die man ebenso willkürlich auf römische Namen getauft habe²⁵⁰. Aus dieser Meinung folgt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit sich lediglich durch die Grösse der Verschuldung unterscheiden können, dass es gleichgültig ist, wo zwischen ihnen der Grenzpfahl eingeschlagen wird, dass, falls die Gebiete beider nicht dicht an einander gelegt werden, zwischen ihnen eine ganze Reihe von a priori gar nicht aufzuzählenden Zwischenstufen existiren²⁵¹, und dass man aufhören muss von Schuldarten zu sprechen, da es nur eine Schuld giebt. Die zwei Thatfachen, dass Dolus und Culpa allerdings nur Strafbarkeitsmerkmale sind, und dass regelmässig die vorsätzliche Uebertretung einer Norm strafwürdiger und strafbarer ist als das vorsätzliche Delikt der gleichen Art, haben hierbei zu unrichtigen Folgerungen Anlass gegeben. Der Unterschied von Dolus und Culpa liegt nicht in der Verschiedenheit des Schuldquantums, welches in beiden steckt: es ist sehr wohl möglich, wenn auch nicht allzu häufig, dass das vorsätzliche Delikt grade wegen der geringen Stärke des Vorsatzes an Schuldgehalt hinter einem fahrlässigen gleicher Art zurücksteht, wie denn auch das positive Recht den Höchstbetrag der Strafe für das fahrlässige Delikt über den Mindestbetrag der Strafe für das voll-

15—15; 117—120 (»all unser Handeln ist an Notwendigkeiten gebunden, welche im Gebiete der Sinnlichkeit physisch bestimmt sind«); 157—169.

²⁴⁹ S. auch Krug, Ueber dolus und culpa S. 38 n. 2.

²⁵⁰ S. Henke, Handbuch I S. 345 u. Jarcke I S. 155. 156.

²⁵¹ Jarcke a. a. O. S. 194 ff. erkennt für das Tödtungsverbrechen vier solche Mittelstufen an.

endete vorsätzliche Seitenstück oft weit übergreifen lässt. Der Gegensatz von bewusster Auflehnung gegen das Recht und unbewusster Verletzung desselben ist ein durchaus principieller, und dass wir es hier mit Art- und nicht mit Grössen-Verschiedenheiten zu thun haben, beweisen die unzähligen Versuche einen Begriffsunterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit aufzustellen²⁵².

II. Von Allen denen, welche neuerdings die Arten der Schuld über zwei hinaus vermehren wollen, versucht Niemand Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten zu beseitigen oder auch nur durch andere zu ersetzen: vielmehr bildet der Dolus überall die höchste, die Culpa umgekehrt die niederste Schuldstufe, und die Neuerung ist stets gleichbedeutend mit Einschiegung von Mittelstufen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit²⁵³. So konzentriert sich die Streitfrage dahin: grenzen Dolus und Culpa in Wahrheit unmittelbar an einander oder nicht? Sie erhält mehrfach eine eigentümliche Komplikation dadurch, dass diese Zwischenstufen der Schuld nur bei einzelnen Verbrechen als denkbar bezeichnet werden, eine Behauptung, die an sich schon geeignet ist das grösste Misstrauen gegen die ganze Aufstellung wachzurufen: denn allen Normen gegenüber muss

²⁵² Es wird auf diesen Punkt in Band III zurückzukommen sein.

²⁵³ Vgl. Krug, Ueber dolus u. culpa bes. S. 39. 75 ff. Krug schiebt die unbestimmte Absicht (dolus generalis) zwischen dolus und culpa. Er hält sie aber nur für denkbar bei Tödtung, Körperverletzung, Brandstiftung und anderen gemeingefährlichen Handlungen. »Eine gewisse Analogie mit dem dol. general.« finde beim Diebstahl und beim vermeidlichen Irrtum (!) statt. (Die Schrift ist eine merkwürdige Mischung von feinen Bemerkungen und methodischen Fehlern). — Dass Köstlin zwischen dolus und culpa den impetus und die luxuria einschleibt, ist oben schon erwähnt und erklärt (s. S. 177 ff.). — Nach Michelet, Naturrecht I S. 128, hatte M. schon vor Köstlin eine solche Zwischenstufe aufgestellt, und M. hält sie in seinem Naturrechte I S. 126 ff. fest. Er möchte sie am liebsten nach Nettelblatt dolus indirectus nennen, sie bilde nicht ein blosses Gemisch von dolus und culpa . . . sondern »die vom Thäter behauptete culpöse Seite seiner Handlung sei mit der dolosen gänzlich verschmolzen«. (!)

die Schuld in ihrer Gattung und in ihren Arten unveränderlich dieselbe sein.

Es kann nun unmöglich an dieser Stelle die ganze Grenzregulirung zwischen den beiden Schuldarten vorgenommen werden, und ohne solche ist eine Kritik dieser angeblichen Zwischenstufen unausführbar. Mit jener Grenzberichtigung aber fallen alle diese Verlegenheits-Gebilde — denn mehr sind sie nicht — von selbst zusammen; es zeigt sich dann, dass sie entweder auf eine Verwechselung quantitativer und qualitativer Unterschiede oder auf falsche Auffassungen des Verhältnisses von Wille (insbesondere von Vorsatz) und Vorstellung gegründet sind, und dass sie ebensowenig wissenschaftliches wie praktisches Interesse besitzen ²⁵¹.

²⁵⁴ Weit interessanter ist der Versuch Baumeisters, Bemerk. zur Strafgesetzbuch bes. S. 19 ff. Bei ihm erhält die Lehre folgende complicirte Gestalt:

Form des Strafgesetzes.	Formen der Schuld.
Verbot einer Handlung.	Begehen der verbotenen Handlung. (Gegensatz: Zufall).
Gebot einer Handlung.	{ Vorsatz. Nachlässigkeit.
Bezeichnung des zu vermeidenden Erfolges (!).	{ Absicht. Ruchlosigkeit. Impetus. Frevelh. Muthwille. Culpa.

Die Eintheilung der »Strafgesetze« ist in Wahrheit eine freilich falsche Eintheilung der Normen. Die »Verbote« sind bei Baumeister nur die sog. Polizeiverbote. Dass B. beim Polizeirecht nur eine Schuld kennt, »das Wollen . . einer That, die gesetzlich verboten ist« (S. 18), erklärt sich lediglich aus seinem Bestreben (s. bes. S. 23 oben) seine Schuldlehre mit dem positiven Recht möglichst in Einklang zu bringen, und dies unterscheidet ja beim Polizei-Unrecht meist keine Schuldarten. Bei den Unterlassungsverbrechen erkennt dann B. zwei Schuldarten an. Die dritte Form seiner »Strafgesetze« fällt wesentlich mit den Verletzungsverboten zusammen. B. S. 21. 22 glaubt nun bei diesen einen »Dualismus in den Forderungen des Rechts« zu finden:

E. Das zeitliche Verhältniss der Schuld zur widerrechtlichen Handlung.

§ 45. 1. Einleitung.

Einfache und scheinbar unanfechtbare Sätze können den Versuchen ihrer Anwendung und Durchführung so grosse Schwierigkeiten entgegenstellen, dass die Praxis starke Zweifel gegen die Richtigkeit jener Regeln wachzurufen vermag. So ist es dogmatisch sehr einfach das zeitliche Verhältniss der Schuld zur widerrechtlichen Handlung zu bestimmen: dies Verhältniss bei den Lebenserscheinungen in seiner Einheit und Unwandelbarkeit nachzuweisen gehört zu den schwierigsten praktischen Problemen.

Nun erhält die Rechtslehre aus dem Rechtsleben Tag für Tag die reichste Anregung: nicht nur findet dieses beständig neue Fragen, deren Beantwortung es mit Recht der Wissenschaft zuweist: nicht nur nötigt der Richter den Theoretiker die einzelnen Begriffe stets reiner und reiner zu fassen: sondern die Rechtsanwendung erschliesst erst den

eine Forderung des Nachdenkens, und eine Forderung, die bedachten und als schädlich erkannten Handlungen zu unterlassen. »Die Schuld besteht auch hier in dem Andern dieses pflichtmässigen Doppelwillens . . . Der Schuldige handelt entweder a) ohne den pflichtmässigen Willen, die Folgen seines Handelns zu bedenken, oder b) mit dem Willen, nicht vorher nachzudenken. — Stellt er sich aber die Folgen vor, so hat er c) entweder nicht den Willen, die Handlung ihres Erfolges wegen zu unterlassen, oder d) er hat den Willen, grade diesen Erfolg durch seine Handlung herbeizuführen«. Die scheinbar gefundenen vier Schuldarten lösen sich aber auf in je zwei, von denen ein Paar sich auf das Gebot der Aufmerksamkeit, das andere Paar, was bei näherem Zusehen sogar in eine Schuldart zusammenschumpft, auf das Verbot der Verletzung bezieht. Die »Schuldart« sub c) dirimirt sich wieder in die Gleichgültigkeit gegen die als notwendig und gegen die nur als möglich vorgestellten Folgen der Handlung (S. 32). Dass diese Dirimirung nicht über eine Quantitätsdifferenz hinaus führt, und dass Baumeister mit knapper Not zwei Schuldarten aufrecht hält, liegt auf der Hand. Uebrigens stimmen die Ausführungen auf S. 34 ff. mit den früheren auf S. 18—34 durchaus nicht vollständig überein!

vollen Gehalt auch der richtigen Begriffe, indem sie deren Reichtum gegen den Reichtum der verwandten Begriffe in sauberer Umschreibung begrenzt zeigt. Da aber der Gabe die Gegengabe ziemt, so ist Pflicht der Theorie ihrerseits nicht nur für richtige Begriffe und Regeln sondern auch für die Möglichkeit und Sicherheit ihrer praktischen Anwendung zu sorgen, der Wahrheit die Brauchbarkeit zu verschaffen. Eine Theorie der Schuld muss den tagtäglich dem Leben entspringenden Zweifeln über das zeitliche Verhältniss des widerrechtlichen Willens zur widerrechtlichen That näher treten und sie zu lösen suchen.

Unentbehrlich für die ganze folgende Betrachtung ist es nun sich des tiefgehenden Unterschiedes von Begehungs- und Unterlassungs-Delikten bewusst zu bleiben.

Als Uebertretungen von Verboten können jene nur durch ein thätiges Eingreifen in die Aussenwelt begangen werden. Ihr Inhalt ist die Handlung im engeren Sinne als Gegensatz zur Unterlassung gefasst. Beide Theile des Gegensatzes haben nur das gemein, dass beide Verwirklichungen eines schuldhaften Willens darstellen. Wäre aber das Begehungsdelikt unterblieben, so wäre nicht geschehen, was geschah: die Geschichte wäre nicht nur um eine Handlung ärmer als in Wirklichkeit, sondern die Lage der Dinge wäre auch eine andere: wie sie ist, erscheint sie als mitbedingt durch die menschliche That. Wäre dagegen das Unterlassungsverbrechen unterblieben, so wäre geschehen, was nicht geschehen ist: die Geschichte wäre um eine Handlung reicher, die Lage der Dinge gleichfalls eine andere, aber nicht desshalb weil eine Bedingung und ihre Wirkung fehlen würde, sondern weil eine Bedingung, die zur Wirksamkeit gar nicht gelangt ist, gewirkt haben würde. Vom Standpunkte des objektiven Weltlaufs aus betrachtet muss der Urheber eines Unterlassungsverbrechens ignorirt werden, während der Urheber des Kommissivdeliktes gar nicht weggedacht werden kann. Diese wesentliche Verschiedenheit von Handlung und Unterlassung desshalb leugner zu wollen, weil auch der scheinbar unthätige Mensch immer Etwas thue, ist ein mir unverständ-

liches Beginnen. Selbst wenn dieser Grund richtig wäre, was nicht einmal der Fall, — denn die Menschheit pflegt wenigstens im Schlafe unthätig zu sein —, so ist doch die Thätigkeit, die ein Mensch vornimmt, während er kein Delikt begeht, für den Strafrichter eine rechtlich irrelevante, d. h. keine Thätigkeit.

Die Thatsache nun, dass ein Mensch einen Erfolg verursacht oder etwas unterlassen habe, interessirt den Strafrichter als solche gar nicht. Denn er verlangt zur Verurtheilung schuldhafte Verursachung und schuldhafte Unterlassung: Thun und Nichtthun muss sich als verwirklichte Schuld und somit als Handlung darstellen.

Nun kann ja möglicher Weise der zum vollendeten Begehungs - Verbrechen vielfach verlangte Erfolg erst lange Zeit nach dem Moment eintreten, wo Jemand vorsätzlich oder fahrlässig die Ursache dazu geschaffen hat. Dass Vorsatz oder Fahrlässigkeit bis zum Eintritte dieses Erfolges festgehalten werden, ist durchaus nicht erforderlich. Da aber die verursachende Thätigkeit selbst eine schuldhafte sein muss, so geht die Schuld wie begrifflich so auch was den Zeitpunkt ihrer Entstehung anlangt, wenn auch vielleicht nur um eine unmessbar kleine Zeitspanne, dieser Thätigkeit voraus und muss während derselben festgehalten sein. Das Analoge gilt von dem Unterlassungsverbrechen.

Da ein Delikt, soweit es überhaupt begangen ist, in seiner Totalität nur entweder vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein kann²⁵⁵, so ist es unmöglich, dass während der dieses eine Delikt verursachenden Thätigkeit oder während der einen Unterlassung die Schuldarten einander ablösen und dolus in culpa, Fahrlässigkeit in Vorsatz umschlägt. Dagegen ist dieser Wechsel sehr wohl möglich, wenn die Ursachen zu mehreren Delikten, sei's gleicher sei's verschiedener Art, gesetzt werden.

²⁵⁵ Von dem einen Verbrechen lässt sich dies nicht sagen. Denn gar nicht selten setzt sich ein solches aus zwei Delikten verschiedener Art zusammen, von denen das Eine vorsätzlich das Andere fahrlässig begangen wird. Man denke an dolose Körperverletzung mit tödtlichem Ausgange (D. Str.-G.-B. § 226).

Eine Schuld, die der verursachenden Thätigkeit oder der Unterlassung längere Zeit voranfeht, ist nicht von Nöten. Eine Schuld, die mit Bezug auf sie bestanden hatte, aber nicht mehr besteht, wenn die Thätigkeit beginnt oder die Unterlassung stattfindet, reicht nicht aus: denn sie war eben keine Schuld und wird nur missbräuchlich so genannt²⁵⁶. Ebensowenig und aus demselben Grunde kann eine Schuld, die dieser Thätigkeit oder Unterlassung folgt, ein *dolus* oder eine *culpa subsequens*, diese zum Delikt stempeln. Eine Schuld, welche erst während der Verursachungsthätigkeit entstände als ein Mittelding zwischen *culpa antecedeus* und *subsequens* ist undenkbar: entweder ist bei ihrer Entstehung die Ursache schon gesetzt oder noch nicht gesetzt; und nur, soweit sie noch nicht gesetzt ist, wird sie auf Schuld zurückführbar. Wer eine harmlos begonnene Thätigkeit im Sinne eines plötzlich gefassten Vorsatzes zu Ende führt, der handelt vorsätzlich nur nach Fassung des Vorsatzes: der raubt nicht, sondern stiehlt nur, der einem scherzhafter Weise Geknebelten die Uhr entwendet; wer aber eine unschuldig begonnene Grabarbeit fortsetzt, damit die untergrabenen Teichdämme brechen und eine Ueberschwemmung entstehe, der verursacht letztere vorsätzlich.

Von diesen Sätzen bedürfen zwei einer näheren Beleuchtung. Dass zur Zeit der verursachenden Thätigkeit oder der Unterlassung Schuld vorhanden sein müsse, wird zwar anerkannt²⁵⁷. Nichtsdestoweniger ist die Beurtheilung der Fälle, in denen scheinbar zur Zeit der Verursachung die Schuld nicht mehr vorhanden ist, insbesondere die der sog. *actiones liberae in causa*, noch heute sehr bestritten. Des Weiteren wird der Satz von der Unmöglichkeit einer *culpa subsequens* gegenwärtig zwar nicht mehr bewusst, wohl aber unabsichtlich von der herrschenden Theorie über Begehung der Kommissivdelikte durch Unterlassung, soweit ihre Anhänger unter sich einig sind, in Abrede gezogen.

²⁵⁶ S. oben S. 104.

²⁵⁷ A. M. freilich Röder, Gerichtssaal 1874 S. 3.

§ 46. 2. Die Schuld zur Zeit der That scheinbar nicht mehr vorhanden.

Die scheinbare Schuldlosigkeit zur kritischen Zeit, sei's der That, sei's der Unterlassung, kann sowohl in den Fällen eintreten, wo der schuldhaft Entschlossene seinen Entschluss eigenhändig, als da, wo er ihn durch einen Dritten oder etwa durch ein Thier²⁵⁸ verwirklichen lassen will. Jener Schein, von dem es zunächst dahinsteht, ob er der Wirklichkeit widerspricht oder nicht, kann nun eine von drei Ursachen haben: entweder ist der zum Verbrechen entschlossen gewesene zur kritischen Zeit, wo er oder der von ihm angestiftete Knecht die Tödtung wirklich ausführt oder wo die gebotene Anzeige unterlassen wird, handlungsunfähig geworden; oder an Stelle seines früheren widerrechtlichen Willens ist das Gegentheil, der rechtmässige Wille, getreten; oder endlich an Stelle bewussten Wollens ist die Gedankenlosigkeit getreten, welche Wandlung wenn auch nicht die Schuld so doch jedenfalls für den kritischen Zeitpunkt scheinbar den Vorsatz und da zu den meisten Verbrechen Vorsatz gefordert wird, somit die kriminalistische Verantwortlichkeit aufheben würde²⁵⁹.

I. Fassen wir zunächst die Fälle ins Auge, wo der schuldhaft Entschlossene seinen Entschluss eigenhändig und zwar im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit ausführt! Nachdem er wansinnig oder betrunken geworden oder einem undurchsichtigen Irrtum anheimgefallen ist, tödtet er oder legt den Zündfaden oder unterlässt das Gebot zu erfüllen, während er vor dieser Wandlung schon entschlossen war die Widerrechtlichkeit zu begehen. Hier kann nun überall kein Zweifel sein, dass eine schuldhafte Handlung oder Unter-

²⁵⁸ Der Hofbesitzer lässt die Hunde los, damit sie den Nachtwächter zerreißen sollen, wenn er auf seiner Runde den Hof passirt.

²⁵⁹ Dieser Fall ist nur da von Interesse, wo der Entschlossene nicht eigenhändig den Entschluss ausübt; legt er selbst Hand an, ohne dabei an seinen Vorsatz zu denken, so entsteht immer nur ein culposes Delikt.

lassung nicht vorliegt. Der schuldhafte Entschluss ist nämlich gar nicht zur Verwirklichung gekommen, sondern nur ein auf das gleiche Objekt gerichteter Wille eines unzurechnungsfähigen Menschen. So lange die Handlungsfähigkeit noch bestand, ward nicht gehandelt; nachdem sie geschwunden war, konnte nicht mehr gehandelt werden. Somit fehlt die Handlung, somit das Delikt. Daran könnte auch dadurch nichts geändert werden, dass der in Wansinn oder Trunkenheit Versunkene das Gedächtniss an den früheren Entschluss nicht verloren oder dieser Entschluss dem Thäter unbewusst aus dem Zustande der Handlungsfähigkeit in den der Handlungsunfähigkeit hintübergewirkt hätte. Denn grade das dem früheren Entschluss eigentümliche Schuldmoment muss an der Grenze des Wansinns Halt machen: selbst die wansinnige Wut der Rechtsordnung die tiefsten Wunden zu schlagen kann die Schuld nicht über jene Schwelle reissen. Hier mangelt also Schuld nicht scheinbar sondern wirklich.

Dieser Wechsel von Handlungs-Fähigkeit und -Unfähigkeit kann auch eintreten, nachdem Jemand eine verbrecherische Thätigkeit begonnen hat. Der Urkundenfälscher wird wansinnig, nach er die falsche Urkunde gefertigt, aber bevor er davon Gebrauch gemacht hat; die Wut eines zur Tödtung Entschlossenen steigert sich während der Misshandlung des Opfers zur wahren Raserei; in beiden Fällen kann nur Versuch eines Verbrechens angenommen werden, denn bei den die Vollendung bewirkenden Akten fehlt die Schuld wirklich²⁶⁰.

Ich wende mich zu den Fällen, wo an Stelle des früheren widerrechtlichen Entschlusses zur Zeit der That, die der Entschlossene persönlich vornimmt, der rechtmässige getreten ist, also der Entschluss die von der Norm bezeichnete Handlung zu unterlassen oder sie nur auf Grund eines Rechtstitels vorzunehmen. Damit nicht zu verwechseln ist die Ablösung des Vorsatzes durch die auf das gleiche Verbrechen gerichtete

²⁶⁰ Die tödliche Wunde darf also nicht vor dem Verschwinden der Handlungsfähigkeit geschlagen sein.

Fahrlässigkeit. Wer den Rachegeanken aufgibt des Nachbarn Haus einzuzüschern, und den Brand durch seine Tabakspfeife grade in dem Zeitpunkt erregt, wo er den geschichteten Zündstoff auseinanderwirft, hat schuldhaft, aber freilich nicht vorsätzlich sondern fahrlässig Brand gestiftet. Ist aber wirklich an Stelle des widerrechtlichen der rechtmässige Entschluss getreten, durfte also der Thäter auf Grund vorhandener Notwer oder wegen Notstandes eine Tödtung oder Körperverletzung vornehmen, und wollte er diese rechtmässige Handlung, dann liegt nicht sowohl die Gefahr nahe, dass eine vorhandene Schuld verkannt, als vielmehr die entgegengesetzte, dass eine nicht vorhandene Schuld als vorhanden angenommen werde. Diess desshalb, weil der Handelnde noch von der Rechtswidrigkeit seines Thuns überzeugt sein, sich also über die Erlaubtheit seines Beginnens irren kann²⁶¹.

Ein interessanter Rechtsfall aus neuerer Zeit mag diess erläutern. Ein trefflich beleumundeter junger Bildhauer, Namens Albrecht, aufs Tiefste ergriffen von beständigen gefährlichen Misshandlungen, die seine geliebte Mutter von dem rohen Stiefvater zu erdulden hat, beschliesst eines Nachts, als wieder Lärm aus der elterlichen Schlafkammer heruntertönt, den Stiefvater mit der Axt zu ermorden. Als er mit Licht und Beil die Kammer betritt, findet er den Stiefvater auf dem Bette der Mutter knieend und hört ihn ihr zurufen: »Jetzt erschiesse ich dich und dann mich. Sterben musst du!« Die Mutter antwortet: »Schiess nur zu: dann ist Alles vorbei.« Und »um die Mutter zu retten« erhebt der Sohn blitzschnell das Mordbeil, was ihm unbewusst zur rechten Notwerwaffe geworden ist, und hindert den Vater am mörderischen Schusse, indem er ihm das Haupt spaltet. Die Absicht die Mutter zu retten mit der Befugniss diess zu thun beseitigt den verbrecherischen Vorsatz, ohne dass Albrecht sich dessen bewusst zu werden brauchte.

²⁶¹ Die Fälle, wo Jemand den Notstand oder die Notwerlage vorsätzlich herbeiführt um darin eine Verletzung zu begehen, bleiben hier noch ausser Betracht. S. darüber S. 201 ff.

Hätte er wegen des Zwielfichts in der Kammer die gefährdete Lage der Mutter gar nicht bemerkt, und den Vater noch grade rechtzeitig erschlagen um die Mutter zu retten, so läge vollendeter Mord vor. So dicht grenzen erlaubtes Thun und schwerste Missethat manchmal an einander.

Im schärfsten Gegensatze zu diesen Fällen echter Schuldlosigkeit zur Zeit der That stehen die sog. *actiones liberae in causa* sive *ad libertatem relatae*, die bei Begehungs- und Unterlassungs-Verbrechen gleich möglich sind²⁶². Jemand

²⁶² v. Wächter's treffliche Ausführungen über diesen Gegenstand (Handbuch des Sächs. Strafrechts S. 397—410; gestatten mir hier kurz zu sein. Zu den Anhängern der richtigen Auffassung (s. v. Wächter a. a. O. S. 408 u. 409) gehören Oersted, Grundregeln S. 243 ff.; Tittmann, Handbuch I S. 59. 60. 168; Vollgraff, Vermischte Abhandlungen I S. 246; Luden (von Wächter S. 409 n. 4 falsch rubricirt) Abhandl. II S. 544. 545; Handbuch I S. 284. 285; Geib, Lehrbuch II S. 75. 76; Dollmann, Commentar S. 427 ff. (vgl. folg. Note); Bekker, Theorie I S. 373; Meyer, Lehrbuch S. 153. — Für die Mögl. einer Zurechenbarkeit z. *dolus* sprechen sich auch aus Geyer in Goldammer's Arch. XIII S. 242 ff.; v. Buri, das. XIV S. 726 ff.; Ortmann, das. XX 14 S. 276. — Was die Stellung der Gesetzgebung zu dieser Frage anlangt. so vgl. auch darüber v. Wächter, a. a. O. S. 410, wo nur das über das Oesterr. Strafges. v. 1855 Gesagte nicht ganz exakt ist (vgl. § 2 c. u. § 236 sowie § 523 dieses Gesetzes). Von der neueren Gesetzgebung hat sich Hamburg A. 26 in der Sache genau an Hessen A. 318, Nassau A. 36 u. Baden § 76 angeschlossen. Der richt. Ansicht folgt auch Lübeck § 38 Al. 2, obgleich der Schlusssatz schlecht gefasst ist. Nach Vorgang des Preuss. Gesetzbuchs schweigen sich aus die Strafgesetzbücher f. Oldenburg 1858, Bayern 1961 und das deutsche Reich. Sie sind selbstverständlich im Sinne der richtigen Ansicht auszulegen. — Bemerkenswert erscheint, dass zur Zurechnung der in der Bewusstlosigkeit ausgeführten That zum Vorsatze nicht immer Identität der ausgeführten und der vorher geplanten Handlung verlangt wird. So fordert Bayern v. 1813 A. 40 = Oldenburg 1814 A. 55 nur, dass »kein Verbrechen anderer Art, als das beabsichtigte«, begangen sein dürfe; Thür. A. 62, 3 rechnet zum *dolus* zu, wenn sich der Thäter absichtlich in einen solchen Zustand versetzt, um ein Verbrechen zu verüben; auch Württemberg A. 97 Al. 3 steht dem nicht im Wege. Mit diesem Verzicht auf die Identität der früher geplanten und später ausgeführten That geht die Gesetzgebung entschieden zu weit.

versetzt sich in Handlungsunfähigkeit, sei's in der Absicht darin einen bestimmten Verbrechensvorsatz zu verwirklichen, sei's unter Umständen, dass er voraussehen kann, er werde in diesem Zustande einen verbrecherischen Erfolg herbeiführen oder etwas Gebotenes unterlassen, und in der Handlungsunfähigkeit tödtet er oder stiftet Brand oder unterlässt die Anzeige, zu der er verpflichtet war. Nicht nur einschlafen und sich betrinken, nicht nur überhaupt die Herbeiführung der Bewusstlosigkeit sondern auch die der Unfreiheit der Willensbethätigung kommt hier in Betracht. Wer weiss, dass er auf gewisse Getränke Krämpfe bekommt, die ihn nötigen um sich zu schlagen, und dennoch trinkt um durch seine Krampfanfälle einen Andern zu verletzen, steht demjenigen, der sich zu gleichem Zwecke betrinkt, völlig gleich.

Bei diesen *actiones liberae in causa* steht man nun vor folgender Alternative: entweder die Ursache zum verbrecherischen Erfolge oder zur widerrechtlichen Unterlassung wird noch im Zustande der Handlungsfähigkeit gesetzt: es liegt dann im kritischen Zeitpunkt Schuld vor, die selbstverständlich ebenso gut Vorsatz als Fahrlässigkeit sein kann: oder aber jene Ursache wird erst lebendig durch die Thätigkeit des Unzurechnungsfähigen: dann kann die geschehene Widerrechtlichkeit zur Schuld überhaupt nicht zugerechnet werden²⁶³.

²⁶³ Vermittelnde Meinungen sind hier zwar nicht undenkbar, denn sie sind aufgestellt worden, aber a priori als unhaltbar zu bezeichnen. Sie gingen dahin: 1) eine Zurechnung des Geschehenen zur Fahrlässigkeit könne nicht stattfinden, wohl aber zum Vorsatz, wenn sich Jemand absichtlich um das Verbrechen dadurch zu verüben in Unzurechnungsfähigkeit versetze; Sächs. Criminalgesetzbuch v. 1838 A. 67 = S.-Altenburg A. 67; Thür. Strafgesetzbuch A. 62 a. E. Für diese Ansicht Held u. Siebdrat, Criminalgesetzbuch f. d. K. Sachsen 1848 S. 129; Weiss, Crim.-G.-B. f. d. K. Sachsen 2. Aufl. S. 292; 2) eine Zurechnung zum Vorsatz könne nie stattfinden, sondern höchstens eine zur Fahrlässigkeit. So von den Neueren Köstlin, System I S. 144—147; Goltdammer, Materialien I S. 409 u. 410, der aber auf dem Wege der Präsumtion die Zurechnung zum *dolus* zu retten sucht; Dollmann, Krit. Ueberschau II S. 75; Hälschner, System I

Die erste Ansicht stimmt mit der zweiten in einem wichtigen Punkte überein. Das in der Trunkenheit oder im Schlaf Vollführte ist isolirt und von dem früheren Verhalten des jetzt unzurechnungsfähig Gewordenen gelöst betrachtet nicht Handlung, weil der schuldhafte Entschluss mit dem Eintritt der Unzurechnungsfähigkeit unterging. ganz einerlei, ob dieser Eintritt vermieden werden konnte, also wie man sich fälschlich ausdrückt, ein »verschuldeter« ist, oder nicht. Die Brandstiftung oder die Tödtung verübt während der Trunkenheit sind Ereignisse der äusseren Natur wie alle anderen Thaten der Handlungsunfähigen. Der Unterschied der beiden Ansichten liegt nur darin, dass die erste sagt: da und soweit wir überhaupt Wirkungen der unverünftigen Naturkräfte als Bestandtheile menschlicher Handlungen betrachten können, liegt bei den *actiones liberae in causa* kein Grund vor von dieser Regel abzuweichen. Die andere Ansicht aber kann zwar nicht leugnen, dass in unzähligen Fällen Wirkungen der

S. 116; Schwarze, Commentar, S. 240; Schütze, Lehrbuch S. 93 N. 13. Bei den Anhängern dieser Ansicht spielt der Grund eine grosse Rolle, dass »durch die Unzurechnungsfähigkeit der Causalzusammenhang des früher gefassten Entschlusses und der That aufgehoben werde«. Diese Behauptung scheint mir aber grade durch die gelungene Ausführung des geplanten Verbrechens schlagend widerlegt. — Der Grund der Haltlosigkeit dieser Mittelmeinungen liegt aber darin. Verlegt man den Zeitpunkt der Verursachung in das Stadium der Zurechnungsfähigkeit, so ist eben unzurechenbar, also weder *dolos* noch *kulpos*, verursacht worden. Dagegen einzuwenden, wenn sich Jemand schuldhaft betrunken habe, könne das in der Trunkenheit Begangene doch wenigstens zur *culpa* zugerechnet werden, heisst zwei ganz verschiedene Thatbestände mit einander vermischen; sich »schuldhaft« zu betrinken ist kein Delikt; bezüglich der in der Trunkenheit begangenen Rechtswidrigkeit fehlt ja aber grade das Moment der *kulposen* Verursachung (dieser Verwechselung macht sich auch Meyer, Lehrbuch S. 153 schuldig; ebenso Oppenhoff, Commentar § 51 n. 4). Nimmt man aber an, dass die Ursache zum Verbrechen gesetzt werde, während die Handlungsfähigkeit noch vorhanden ist, so liegt gar kein Grund vor die Bewusstlosigkeit im späteren Zeitpunkte zu berücksichtigen: denn diese bleibt für die Schuldfrage ganz ausser Betracht. Der Schuldfähige aber ist ebensowohl des *dolos* als der *culpa* fähig: und so muss Zurechnung zum *dolos* ebenso statthaft sein als solche zur *culpa*.

Naturkräfte als Theile menschlicher Handlungen erscheinen; sie kann nicht verabreden, dass die Vertauschung des Zustandes der Zurechnungsfähigkeit mit dem des Schlags oder der Trunkenheit in Verbindung mit den eigenthümlichen Verhältnissen, unter denen sie geschah, das Mittel zur Verwirklichung des schuldhaften Entschlusses gewesen ist: sie kann demgemäss die Unzurechenbarkeit des im Trunke Verübten nur auf Einen von zwei Gründen stützen:

1. Sie muss entweder behaupten, keine Wirkung der Naturkräfte kann einem Menschen zur Schuld zugerechnet werden, wenn sie eintritt während seiner Handlungsunfähigkeit. Diese Behauptung wäre aber evident falsch. Wenn ich einen Wansinnigen anstifte seinen Wärter zu tödten und dieser die That in der Nacht ausübt, während ich schlafe, wenn die Lunte, die ich nüttern gelegt, oder der Zunder, den ich unvorsichtiger Weise brennend weggeworfen habe, das Pulver erst zum Explodiren bringt, während ich berauscht bin, wenn der von mir Vergiftete erst stirbt, nachdem ich dem Wansinne verfallen, so zweifelt kein Mensch an der Zurechenbarkeit dieser Naturkraft-Wirkungen zur Schuld. Und es ist auch nicht der Skrupel eines Grundes zum Zweifel vorhanden ²⁶⁴.

2. Oder aber sie muss behaupten, die Ursache zum verbrecherischen Erfolge oder zur widerrechtlichen Unterlassung sei nicht zur Zeit der Handlungsfähigkeit gesetzt worden. Diese Behauptung lässt sich überhaupt nur dann einigermaassen rechtfertigen, wenn man das schuldhafte Setzen von Bedingungen eines widerrechtlichen Erfolges von seiner

²⁶⁴ Für völlige Unzurechenbarkeit sind: v. Savigny, bei Goltammer Materialien I S. 353; Temme, Preuss. Strafrecht I S. 178 bis 180; Hocheder, Commentar I S. 325; Stenglein, Commentar I S. 540; Weis, Commentar I S. 195; Oppenhoff, Commentar zu § 51 n. 4; während Krug, Commentar zu d. Str.-G.-B. f. d. K. S. (zu Art. 87) für diese Ansicht einen Grund anführt (»Unfäh. zu positivem Handeln« bei völliger Unzurechnungsfähigkeit), der nur auf Kommissivdelikte passt. Auch Wahlberg, Princip der Individ. S. 77. 78 ist hieher zu stellen, falls ich seine wenig klaren Ausführungen richtig verstehe.

Verursachung unterscheidet, wenn man also, wie ich selbst, zu den Gegnern der herrschenden laxen Kausalitätstheorie gehört. Aber auch dann erweist sie sich bei näherer Betrachtung als hinfällig. Die Fälle der *actiones liberae in causa* liegen für die Kommissivdelikte genau so wie diejenigen, wo ein Handlungsfähiger einen Dritten, und zwar einen Handlungsunfähigen zur Ausübung seines verbrecherischen Entschlusses verwendet. Ja dort ist die schuldhafte Handlung des Zurechnungsfähigen breiter entfaltet wie hier. Er bringt nicht nur einen schon Trunkenen oder Schlafenden in eine Situation, wo er durch die Wirkungen der Alkohol-Vergiftung oder des Schlafes Schaden stiften wird, sondern er beraubt einen Menschen noch erst der Handlungsfähigkeit und zwar grade unter solchen Voraussetzungen, dass der unzurechnungsfähig Gewordene günstigen Boden für die Auswüchse seines Zustandes vorfinde. Die Ursache des schädlichen Erfolges ist, wenn ich so sagen darf, die automatische Bewegung der Unzurechnungsfähigkeit vorgenommen in einer bestimmten Umgebung. Dass diese Unzurechnungsfähigkeit und zwar grade unter dieser Umgebung eintritt, diess verursacht der Handlungsfähige sei's vorsätzlich sei's fahrlässig: er setzt also schuldhaft die Ursache der Ursache, und *causa causae est causa causati*²⁶⁵. Wer sich absichtlich mit Opium betäubt um Pläne gemeingefährlicher Verbrechen, die er gestern erfuhr und die heute zur Ausführung gelangen sollen, nicht anzeigen zu müssen, steht dem völlig gleich, der sich zu demselben Endzweck eine Wunde beibringt: Beide haben sich vorsätzlich die vorhandene Möglichkeit der Pflichterfüllung vereitelt, haben sie also schuldhaft selbst dann vereitelt, wenn in der letzten Minute, in welcher die Anzeige spätestens geschehen müsste, der erfolglose Entschluss Platz griffe der Anzeigepflicht dennoch zu genügen.

²⁶⁵ Vollgraff, Vermischte Abhandlungen I S. 246. 237 sagt: »Ein solcher absichtlich Betrunkener handelt gleichsam in eines Dritten Auftrag, in Auftrag seines früheren ungestörten Selbstbewusstseins und des darin gefassten Vorsatzes . . . Der Betrunkene ist nur [wie sonst auch] Werkzeug des intellektuellen Todtschlägers«.

Aber freilich — nur dann ist die Zurechenbarkeit des im Trunke oder Schläfe Vollführten zur Schuld zu rechtfertigen, wenn der Eintritt in diesen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit entweder absichtlich geschah um ein bestimmtes Verbrechen darin zu vollbringen und dieses nun wirklich vollbracht worden ist²⁶⁶, oder aber wenn er unter solchen Umständen bewirkt wurde, dass die bevorstehende Unzurechnungsfähigkeit als Quelle von Delikten hätte erkannt werden müssen, und entweder der Eintritt jenes Zustandes oder aber die gefährlichen Umstände, unter welchen er geschah, hätten abgewandt werden können. Dort wird zum Vorsatz, hier zur Fahrlässigkeit zugerechnet²⁶⁷.

Versetzt der schuldhaft Entschlossene sich nicht selbst in diesen Zustand der Unfreiheit, sondern ein Anderer ihn wider oder ohne seinen Willen, und ohne dass der etwa Narkotisirte merken konnte, was mit ihm vorging und welchen gefährlichen Zuständen er anheim fallen werde, so fällt jede Möglichkeit der Zurechnung weg; ebenso wenn der Entschlossene sich selbst in den Zustand versetzt hat, aber nicht erkennen konnte, dass er es that; ebenso wenn der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit so rapid und so gewaltsam über ihn kommt, dass er ihm nicht widerstehen kann und vor Eintritt desselben auch nicht mehr Zeit oder Besinnung genug hat die Gefahren der sich entwickelnden Situation zu beseitigen.

So bilden die *actiones liberae in causa* nur eine Spezies der zahlreichen Fälle, wo Jemand schuldhafter Weise Naturkräfte in Wirksamkeit hat treten lassen, deren Wirkungen

²⁶⁶ Ueber Irrtum und Verwechselung bei *actiones liberae in causa*, welche regelmässig unbesprochen bleiben, s. die Lehre vom Irrthum bei verbotenen Handlungen in Bd. III.

²⁶⁷ Um nicht Materien zu anticipiren, die zur Lehre von der culpa gehören, will ich hier noch nicht des Näheren ausführen, wie weit eine Zurechnung zur Fahrlässigkeit statthaft erscheint. Nur negativ sei bemerkt: dass Trunkenheit oder Schlaf sog. »verschuldete Zustände« sind, rechtfertigt durchaus noch nicht die Zurechnung des darin Verübten zur Fahrlässigkeit. Es muss mit Bezug auf den eingetretenen Erfolg culpa vorhanden gewesen sein.



erst eintreten, nachdem in dem früher Handelnden eine Sinnesänderung oder gar die Unzurechnungsfähigkeit Einker gehalten hat. Handlungsfähigkeit im Moment der Verursachung berechtigt auch das noch zur Schuld zuzurechnen, was aus jener Ursache resultirte, nachdem ihr Urheber unzurechnungsfähig geworden ist. Nur in ihrem Ursprung wurzelt die Handlung notwendig in der Handlungsfähigkeit; ihrer zeitlichen Entwicklung braucht nicht eine Fortdauer jener Fähigkeit parallel zu gehen.

Ich wende mich jetzt noch kurz zu der ebenso interessanten als schwierig zu beurtheilenden Gruppe von Erscheinungen, wo Jemand um ein geplantes Unrecht auszuführen sich in eine Lage zu versetzen sucht, welche ihm das subjektive Recht zur Verwirklichung seines Planes gewähren soll. Diese angestrebten Rechte können sehr verschiedener Natur sein. Von zwei Burschen im Gebirge beleidigt der Eine den Andern: der Beleidigte schwört seinem Gegner den Tod, lässt sich zum Wildwart machen, weil er den Anderen als verwegenen Wilderer kennt, und schießt ihn zusammen, als der erwischte Feind erwarteter Maassen trotz erhaltener Aufforderung die Waffen nicht niederlegt. Oder aber zwei Männer wetten mit einander, innerhalb vier Wochen werde der Eine den Beiden verhassten Konkurrenten hinter Schloss und Riegel bringen. Der diese Leistung versprochen, lässt sich als Schutzmann anwerben und arretirt den lebendigen Gegenstand der Wette bei einem wirklichen Excesse desselben. Oder um einen schwachen Nebenbuhler straflos schwer verletzen zu können, reizt ihn sein stärkerer Genosse so lange, bis der Erztörnte ihn widerrechtlich angreift und der Stärkere sich somit in Notwer versetzt sieht. Oder endlich stürzt ein verwegener Geselle seinen Angehörigen in einen Notstand um darin eine altgeplante Rache zu nehmen, und rettet wirklich mittels des Racheaktes den gefährdeten Bruder.

Während bei den *actiones liberae in causa* die verursachende Handlung vor dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit vorgenommen wird, und diess eben die Zurechnung des

Geschehenen zur Schuld ermöglicht, ist es hier durchaus unstatthaft die That des Wildwartes oder des angeblich in Notwer Gerathenen auf ihre frühere Schuld zurück zu beziehen. Beide sind vollständig handlungsfähig, jener zur Zeit, wo er den tödlichen Schuss abgiebt, dieser im Moment, wo er den schwächeren Angreifer schwer verwundet; Beider Entschlüsse vor diesen Zeitpunkten sind für die Beurtheilung der später bei voller Handlungsfähigkeit vollführten Thaten ganz unerheblich, und so gilt es zu entscheiden, ob ihre Entschlüsse in dem Momente schuldhaft waren, als sie tödteten oder verwundeten?

Nun ist es ganz unmöglich eine erlaubte Handlung mit rechtswidrigem Vorsatze oder fahrlässig zu begehen und durch Rechtsausübung eine Widerrechtlichkeit entsprechenden Inhaltes zu verwirklichen. Gelang es also den Thätern in den vorliegenden Beispielen ihren Zweck zu erreichen und ein subjektives Recht zur Vornahme der ihnen am Herzen liegenden Handlungen wirklich zu erwerben, so ist ihre Handlung trotz der früheren widerrechtlichen Pläne eine durchaus erlaubte. Und so löst sich die oben gestellte Frage in zwei andere scharf aus einander zu haltende auf: Kann es denn und wie weit kann es den obigen Thätern gelingen ein Spezialrecht zur Vornahme sonst verbotener Handlungen zu erhalten? Und welche Schuld liegt vor, wenn ihnen dies nicht gelingt?

Ueber die Voraussetzungen der Entstehung subjektiver Rechte entscheidet allein der Gesetzgeber. Nimmt er keinen Anstoss daran dieselben trotz der schlimmen Absichten der zu Berechtigenden zur Entstehung gelangen zu lassen, so erhalten sie das Recht. Nun ist der Staat mehrfach gar nicht in der Lage bei Ertheilung solcher Rechte auf die Privatabsichten derjenigen Rücksicht zu nehmen, die er bevollmächtigen will. So wenn er die Gewalt seiner Beamten regelt. Es sind Rechte und Pflichten des Staates, die diese auszuüben haben, und die erforderliche Ausübung darf nicht um deswillen beeinträchtigt werden, weil sie zufällig den egoistischen Plänen des Beamten entspricht. Desshalb kann

an der Rechtmässigkeit der oben berührten Tödtung seitens des Bannwartes und der Freiheitsberaubung seitens des Schutzmanns nicht gezweifelt werden ²⁶⁸.

Ganz anders stellt sich der Gesetzgeber zum Vertheidigungsrechte im Notstande. Er lässt dies nur für den entstehen, durch den der Notstand »unverschuldet« ist ²⁶⁹, d. h. wenn weder der in Notstand Geratene selbst noch sein zu dessen Rettung thätig werdender Angehöriger die Notstandsgefahr sei's vorsätzlich sei's fahrlässig herbeigeführt hat. Grade desshalb erscheint im obigen Beispiele die Rettung des Bruders aus der Notstandsgefahr als eine verbotene Handlung.

Was endlich das Notwerrecht anlangt so schweigt das Gesetz darüber, ob es auch dann zur Entstehung kommen soll, wenn Jemand den widerrechtlichen Angriff absichtlich herbeiführt um ihn dann aufs Energischste abzuwehren. Die unanfechtbare Thatsache, dass der Angriff durch eine solche absichtliche Provokation seine Widerrechtlichkeit nicht verliert, beweist noch keineswegs dafür, dass der Urheber der Provokation ihm gegenüber ein echtes Notwerrecht besitze ²⁷⁰. Der Gesetzgeber steht hier vielmehr vor einem eigen-

²⁶⁸ Ich setze voraus, dass die vom Gesetze erforderten Voraussetzungen zur Anwendung ihrer Amtsbefugnisse sämmtlich vorhanden waren.

²⁶⁹ S. R.-Str.-G.-B. § 54. Ich muss es mir versagen, auf die Satzungen der früheren deutschen Strafgesetzbücher über diesen Punkt einzugehen. — Vgl. darüber v. Wächter, Handbuch des Sächs. Strafrechts S. 373 ff.

²⁷⁰ A. M. die herrschende Lehre. S. bes. Levita, Das Recht der Notwehr S. 187 ff. u. Geyer, Die Lehre von der Notwehr S. 31—33. Levita verwirft die Forderung des unverschuldeten Angriffs »mit allen ihren Konsequenzen als dem innersten Wesen des Nothwehrrechtes zuwider«. Allein darin dürfte eine *petitio principii* liegen. Uebrigens wird heute Jedermann damit einverstanden sein, dass eine Beschränkung des Rechts der Notwer gegen den nicht absichtlich provozierten Angriff ebenso verwerflich wäre als eine Beschränkung der Notwer wider absichtlich provozierte Angriffe zu Ungunsten Anderer als der Provokanten A. reizt den B. den C. zu attackiren, der, so hofft

tümlichen Kollisionsfall: er kann ebensowenig wünschen, dass sich der widerrechtliche Angriff des Provozirten in vollem Umfange entwickele, als dass die widerrechtlichen Pläne des Provokanten mittels solcher hinterlistiger Diatriben eine vollständige Legitimation erlangen. Er hat hier zwischen zwei Uebeln das Kleinere zu wählen. Und mir ist nicht einen Augenblick zweifelhaft, dass dies die Versagung des Notwerrechts ist. Der Gesetzgeber hat gar keinen Anlass dem Verbrechensschmiede ein Recht zur Eigenmacht als statthaftes Mittel zur Verwirklichung seiner Pläne in die Hand zu geben und ihn dafür zu privilegiren, dass es ihm gelungen ist einen Andern zum Unrechte zu verhetzen: er hat dies am wenigsten, wo die Grenzlinie zwischen Notwer und Notstand noch nicht einmal klar liegt, wie gegenwärtig in Deutschland.

Wenn man aber bedenkt, dass das Deutsche Strafgesetzbuch in § 54 das Notstandsrecht beim verschuldeten Notstande versagt, im unmittelbar vorausgehenden § aber die Entstehung des Notwerrechts von solcher Voraussetzung nicht ausdrücklich abhängig macht, so ist dies Schweigen im § 53 verglichen mit den Worten des § 54 zu konkludent, als dass angenommen werden dürfte, der Gesetzgeber habe auch nur demjenigen, der den Angriff absichtlich provoziert hat um dem Gegner an den Leib zu können, die Befugniss zur Notwer versagen wollen.

Fingiren wir aber einmal, er habe es gethan, um nicht lediglich für die im verschuldeten Notstand vorgenommenen Verletzungen die Schuldfrage zu beantworten. Sind die in der angeblichen Notwer mit bewusstem Willen zugefügten Verletzungen²⁷¹ zum Vorsatz zuzurechnen, wenn der widerrechtliche Angriff absichtlich provoziert war? Kann sich der Thäter nicht vielleicht auf bona fides berufen, weil er geglaubt habe ein Recht zur Verletzung zu besitzen? Es dürfte einer solchen Berufung in den meisten Fällen Glauben nicht

A., den Angreifer zu Boden schlagen wird; A. reizt den B. ihn, den A. zu attackiren; C. fällt dem angreifenden B. in den Arm).

²⁷¹ Die unvorsichtigen Verletzungen erregen keinen Zweifel.

zu schenken sein: denn der Thäter wird meist wissen oder annehmen, dass ihm auf diesen Schleichwegen ein Recht zur That nicht erwachsen kann: er wird hoffen eine Rechtswidrigkeit straflos begehen, nicht ein Recht zu seiner That gewinnen zu können: diese Hoffnung aber lässt den Vorsatz ganz unberührt. Sollte aber der Thäter wirklich an sein Recht glauben, so ist nur wegen Fahrlässigkeit eine Verurtheilung zulässig.

Wie aber, wenn ein Notstand durch Unvorsichtigkeit herbeigeführt worden ist? Lassen sich dann die zur Rettung aus dem Notstand absichtsgemäss vorgenommenen Verletzungen höchstens zur Fahrlässigkeit zurechnen? Durchaus nicht! Ihr Urheber kann sehr wohl wissen, dass er in solchem Notstand kein Vertheidigungsrecht besitzt, und somit des Vorsatzes nicht ermangeln. Ist er von seinem Recht überzeugt, so sind seine Handlungen nur zur culpa zurechenbar, wenn nicht allenfalls verzeihlicher Irrtum an Stelle der Handlung die »That« treten lässt. Denn das versteht sich von selbst: fehlt bezüglich der im Notstand vorgenommenen Verletzung die Schuld, so kann dieser Mangel nicht dadurch gedeckt werden, dass der Notstand »schuldhaft« herbeigeführt ist.

II. Endlich kann die Schuld scheinbar im Augenblicke der verursachenden That dann fehlen, wenn Jemand seinen verbrecherischen Plan durch einen Dritten ausführen lässt, und dieser thätig wird, sei's schuldhaft oder schuldlos, während der Erste vielleicht wansinnig oder völlig betrunken ist oder dringend die Ausführung hintertrieben zu sehen wünscht oder gar nicht mehr des ertheilten Auftrages gedenkt. Allein auch hier fehlt die Schuld grade im entscheidenden Zeitpunkte nicht. Denn dieser ist für den Anstifter (man erlaube mir ausnahmsweise dies für viele Fälle unpassende Wort in Ermangelung eines Besseren!) der Moment, wo es ihm gelingt den Dritten als Werkzeug zu gewinnen und ihn zu bestimmen seinen, des Anstifters, Willen auszuführen. Freilich fragt sich dann noch, ob der Impuls, den er dem Angestifteten gegeben hat, kräftig genug war in diesem als

Motiv zur That zu wirken: ist dies aber der Fall, dann war die Anstiftung Verursachung des vom Anstifter geplanten Verbrechens, und bei dieser fehlte dann die Schuld nicht. Gelingt es nun dem Anstifter, der jetzt vielleicht sein verbrecherisches Beginnen verabscheut, nicht mehr, die Wirkung der Ursache zu hemmen, erreicht vielleicht das den Auftrag energischst widerrufende Telegramm selbst in Folge grober Pflichtversäumniss des Telegraphenbeamten nicht mehr rechtzeitig seine Adresse, so ist das Verbrechen des Anstifters zur Ausführung gelangt. Kennt aber der Angestiftete den Widerruf, und wird nichtsdestoweniger im Sinne des Auftrages thätig, so bleibt nun der Anstifter ausser Verantwortung, weil er die zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen, die er schuldhaft gesetzt, auch wieder vernichtet hat: der Thäter kann in diesem Falle seine eigene That nicht dem früheren Anstifter als die seine aufzwingen.

So werden des Menschen Handlungen von ihm unabhängig und bleiben in den Banden der Schuld vielfach selbst dann noch, wenn ihr Urheber schuldunfähig geworden ist: diese Bande zwischen Schuld und That knüpfte ihr Urheber, als er noch die Handlungsfähigkeit besass, und sie halten ihn fest auch nachdem er sie während der Entwicklung der Handlung verloren hat. Die schuldhafte Vergangenheit wirft ihre Schatten in die schuldlose Gegenwart herein.

3. Die Schuld scheinbar zur Zeit der That noch nicht vorhanden.

§ 47. a. *Kritik der herrschenden Lehre.*

Dass die nachträgliche Billigung eines rechtsverletzenden Vorgangs in rechtsfeindlichem Sinne, mag sie ausgehen von dem Urheber des Vorganges selbst oder einem Anderen, weder schuldhafter Wille ist, noch als genügendes Surrogat desselben betrachtet und dem Geschehenen als Quelle unterstellt werden kann, darf heute principiell als feststehend angenommen werden.

Die praktische Anerkennung der logischen Unmöglichkeit einer culpa subsequens aber findet heute noch bei zwei Gruppen von Erscheinungen Anstand, die äusserlich sehr verschieden von einer Seite als gleichartig, von einer anderen als mit einander nicht verwandt bezeichnet werden.

Bei den Kommissivdelikten, sofern sie angeblich durch Unterlassung begangen werden, herrscht noch grosser Zweifel über das Moment der Verursachung. Die Ursache des Verbrechens wird vielfach in ein Stadium verlegt, in welchem der Urheber noch aller Schuld ermangelt. Fällt er dann später der Schuld anheim, so bleibt ihm nichts mehr zur Verwirklichung derselben zu thun übrig. Das Nötige ist schuldlos verrichtet: nach der Entstehung der Schuld findet nur noch ein Nichtthun, ein Unterlassen statt, und man sollte die Konsequenz für unabwendbar erachten, dass man hier von einem Begehungsverbrechen nicht sprechen könnte, weil der Begehung die Schuld fehlt, von einem Unterlassungsverbrechen nicht, weil jenes Unterlassen jedenfalls nicht durch ein besonderes Strafgesetz unter Strafe genommen ist. Es müssen, wenn es nicht gelingt, die Schuld im Moment der Verursachung nachzuweisen, diese sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung einfach straflos bleiben.

Ist bei diesen unechten Unterlassungsverbrechen zweifelhaft, wodurch der Betheiligte den Erfolg verursacht hat, und ob nicht die Schuld dieser Verursachung nachfolge, so macht bei der zweiten Gruppe von Erscheinungen die Kausalitätsfrage scheinbar gar keine Schwierigkeit. Hier verursacht Jemand ganz zweifellos, aber scheinbar auch ganz schuldlos einen verbotenen Erfolg. Im Traume zündet er beispielsweise eine Spiritusflamme an und erregt dadurch einen Brand. Während nun aber der schuldlose Urheber noch in der Lage wäre durch rasches Eingreifen den Umschlag der Gefahr in die Verletzung zu hindern, thut er dies nicht, sondern lässt die schlimme Saat in Halme schiessen, sei es absichtlich, damit die Verletzung eintrete, sei es aus Lässigkeit. Er könnte den Brand mit leichter Mühe löschen, aber er freut

sich statt dessen darüber, dass dem geizigen Vermiether das Haus über dem Kopfe brennt und dieser möglicherweise in den Flammen seinen Tod findet. Hier scheint auf den ersten Blick zweifellos nur *dolus* oder *culpa subsequens* zum Dasein zu gelangen und da beide nur Arten der Putativ-Schuld sind, läge Schuldlosigkeit vor und Straflosigkeit wäre gefordert²⁷².

²⁷² Die Literatur ist für beide Gruppen von Fällen gemeinsam. Vgl. besonders de Vries, *De delictis ommissionis*. Amstelædami 1831 (mit Unrecht bei uns unbekannt; Luden, Abhandl. II S. 219 ff.; Krug, Abhandl. aus dem Strafrecht (1855) S. 21—45; beizuziehen ist auch dess. Verf.'s Abhandlung über Causalzusammenhang, das. S. 46 ff.; Glaser, Abhandlungen aus dem Oesterreich. Strafrecht S. 287—503 (s. bes. S. 289—325); vergl. dens. Allgem. Oestereich. Gerichtszeitung 1871 S. 82; Gessler, *Dolus* S. 241 ff.; Merkel, *Kriminal. Abhandl.* I S. 76—90; v. Buri, *Gerichtssaal* 1869 S. 189—218; ders. über Causalität (1876) S. 96 ff.; v. Bar, *Lehre vom Causalzusammenhang* (1871) S. 90—119; Schwarze, *Commentar z. Strafgesetzb. f. d. deutsche Reich* S. 45 ff.; Pfizer, *Gerichtssaal* 1875 S. 552 ff.; H. Meyer, *Lehrbuch* S. 185 ff. In der allerneuesten Zeit ist über dieses Problem wieder lebhafter Streit entbrannt: s. Ortmann in v. Holtzendorff's *Strafrechtszeitung* 1873 S. 465—479; ders. *Gerichtssaal* 1874 S. 439—454; 1875 S. 209—218; vgl. dens. *Gerichtssaal* 1876 S. 82 ff. und in *Goltdammer's Archiv* XXIII S. 268—280; XXIV S. 93—103; dagegen v. Buri, *Gerichtssaal* 1875 S. 25—33; 1876 S. 170 ff.; vgl. dens. in *Goltdammer's Archiv* XXIV S. 89 ff. — Die Fehde zwischen Ortmann u. v. Buri ist für mich von ganz besonderem Interesse, weil O. seinen Ausführungen den Ursachen-Begriff zu Grunde legt, den ich in Bd. I 40 ff. aufgestellt habe, der von dem v. Buri's allerdings wesentlich abweicht, und der mir allerdings bei meiner Untersuchung der unechten Unterlassungsverbrechen zur Klarheit gekommen war. Aber nicht nur dies: Beide streiten auch darüber, ob die beiden im Text gesonderten Gruppen von Erscheinungen unter demselben Principe stehen (v. Buri) oder nicht (Ortmann, der bei der zweiten Gruppe die später eintretende Schuld unberücksichtigt lässt und somit Straflosigkeit behaupten muss, wenn nicht vielleicht schon die Verursachung fahrlässig geschah). Jener wirft diesem vor (*Gerichtssaal* XXVII S. 26), dass seine Deduktion »nur einen Theil des Gebietes begreife, welches die vorliegende Frage umfasse«; dieser jenem (a. a. S. 213), dass er heterogene Dinge als homogen und die Frage somit zu weit fasse. — Wenn Hälschner schon im *Gerichtssaal* 1869 (S. 30) meinte, dass das Wesen des Ommissiv-Delikts durch die damals schon vor-

Ob diese Erscheinungen gleichartig oder verschieden sind, und wie sie theoretisch konstruirt und praktisch beurtheilt werden müssen, wird sich am besten zeigen, wenn sie einer gesonderten Betrachtung unterworfen werden²⁷³. Einstweilen mag die zweite Gruppe bei Seite bleiben: es fordern zunächst die unechten Unterlassungsverbrechen unsere volle Aufmerksamkeit.

Dass aus Nichts nur Nichts entstehen, desshalb die Unthätigkeit eines Menschen nie die Ursache einer äusseren Veränderung sein, und ein Verbot somit nur durch eine Handlung, nie durch eine Unterlassung übertreten werden kann, ist seltsamer Weise auf dem Gebiete des Rechts eine neue Wahrheit, die wir Luden und Krug verdanken²⁷⁴. Wie

liegenden Arbeiten genügend klargestellt sei, so war dies leider verfrüht; noch weniger aber ist Hälschner darin beizupflichten, dass schon Hasse in seiner Culpä das Wesen jenes Omissivdeliktes richtig erkannt habe. — Dass es sich bei dieser Kontroverse lediglich um einen interessanten Schulstreit handelt, wie Glaser (Oesterr. Gerichtszeit. 1871 S. 52) sich etwas resignirt ausdrückt, kann aber keineswegs zugegeben werden: es handelt sich um Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit einer ganzen Anzahl von Thatbeständen!

²⁷³ S. § 48 u. 49.

²⁷⁴ Während schon de Vries a. a. O. S. 46 die Principienfrage, ob eine Unterlassung überhaupt eine Verletzung erzeugen könne, richtig stellt, aber fälschlich bejaht, hat Luden a. a. O. S. 219. 220 das grosse Verdienst den Unterschied zwischen den echten Unterlassungsverbrechen und den »Verbrechen, welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden«, scharf betont zu haben. Leider haben ihn drei Irrthümer gehindert noch einen grösseren Schritt vorwärts zu thun. Luden hält den Unterschied von Verböten und Geböten für einen rein »formellen«, »da in jedem Verbot immer ein Gebot, sowie umgekehrt in jedem Gebot ein Verbot enthalten sein muss«. Rücksichten der Präcision bestimmen nach Luden's Auffassung den Gesetzgeber seinen Anordnungen bald die befehlende, bald die verbiötende Form zu geben (a. a. O. S. 220; dagegen schon de Vries a. a. O. S. 37 ff.). Er hält ferner (das. II 221, vgl. I S. 473) die Unthätigkeit für ein Thun im Rechtssinne: »denn während der Mensch das eine unterliess, muss er nothwendig etwas anderes gethan haben, und das muss immer eine positive Handlung gewesen sein, sollte es auch im blossen Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestanden haben. Und diese positive Handlung ist alsdann die alleinige Ursache des verbrecherischen Er-

aber so oft die neue Erkenntniss mehr Zweifel wach ruft, als vor ihr bestanden haben, so tauchten auch aus dieser schwierige Probleme an Stellen auf, wo die frühere Rechtswissenschaft festesten Boden unter sich zu haben glaubte. Dass Begehungsverbrechen nicht durch Unthätigkeit vollführt werden konnten, war freilich festgestellt: aber wenn die Amme den Säugling verhungern liess, wollte und konnte man doch auf die Anklage der Tödtung gegen sie nicht verzichten. Und wo lag denn nun hier die Thätigkeit, welche als Ursache des Todes betrachtet werden musste? Der Beantwortung dieser Kausalitätsfrage widmeten sich ausser Krug zunächst Glaser's ebenso feine als klare Abhandlung und Merkel's Ausführungen in seinem trefflichen Prolegomena zur Lehre vom strafbaren Betrug. Aber seltsam! Mit jedem neuen Fortschritt auf diesem Gebiete gestaltete sich das Verhältniss von verursachender Handlung und der

folgs«. Auf S. 228 des 2. Bandes meint L.: »es lässt sich von allen Menschen behaupten, dass sie sich stets in einem unterlassenden Zustande befinden, da sie, wenn sie auch positiv thätig sind, doch nothwendig andere Handlungen unterlassen müssen«. Im Falle des Begehungs- wie des Unterlassungs-Verbrechens wird deshalb eine andere Handlung begangen als diejenige, welche nach dem Willen des Gesetzes begangen werden musste und insofern findet also kein Unterschied zwischen ihnen statt. Endlich aber ist Luden doch noch tief in der Anschauung befangen, dass die Unterlassung — freilich nur unter gewissen Voraussetzungen — kausal werden könne (vgl. Abh. II S. 225. 228. 232. 236. 242 ff., besonders aber S. 258. 259). Ueber Luden vgl. die feinen Kritiken von Krug a. a. O. S. 28—34, und von Glaser a. a. O. S. 379—390. — Luden's Resultate benützend und theilweise in trefflicher Weise bereinigend lehrt Krug a. a. O. bes. S. 34: das Unterlassen kann nie an sich, sondern stets nur als »Bestandtheil der positiven Handlungsweise des Unterlassers« Ursache eines Erfolgs sein. Es muss sich mit Handlungen verbinden, welche mit dem Erfolge im Kausalverhältniss stehen. »Diese Handlungen sind aber nicht diejenigen, welche der Unterlassende während der Zeit, wo er hätte in bestimmter Weise thätig werden sollen, vornimmt, sondern es sind die vorhergehenden Handlungen, durch welche er sich 1) entweder zu einer gewissen bestimmten Thätigkeit oder 2) zur Unterlassung einer solchen verpflichtet hat«. Ueber Krug s. die Kritik Glaser's a. a. O. 392—398.

ihr entsprechenden Schuld anomaler. So lange man die Unterlassung selbst als kausal betrachtete, verlangte man Schuld im Moment der Unterlassung, und das schuldhafte Verhalten folgte, wie auch durchaus erforderlich, der Fassung des schuldhaften Entschlusses nach. Mit Krug beginnt die Reihe der Juristen, welche bei diesen »Kommissivdelikten durch Unterlassung« (!) die verursachende Handlung der schuldhaften Unterlassung zeitlich voraufgehen und zwar einerlei, ob lange, ob kurze Zeit voraufgehen lassen. Sofort entstand ein verkehrtes Verhältniss von Schuld und Handlung: denn statt dass jene zeitlich voraufging und diese folgte, fasste der Thäter seinen schuldhaften Entschluss häufig erst Jahre lang, nachdem er schuldlos die Ursache des verbrecherischen Erfolges gesetzt hatte. Trotz dieser zeitlichen Auseinanderlegung der verursachenden Handlung und derjenigen Unterlassung, in welcher früher allgemein die Ursache des Verbrechens gefunden wurde (z. B. das Nichtdarreichen der Nahrung, das Liegenlassen des Balkens auf den Schienen seitens des Bahnwärters) und trotz Anerkennung der Thatsache, dass bei jener ersten Handlung Schuld oder mindestens Vorsatz noch nicht vorhanden zu sein brauchte, versuchten vor Allen Glaser und Merkel den Nachweis eines normalen Verhältnisses zwischen Schuld und Handlung, Beide nicht gewillt eine culpa subsequens anzuerkennen.

Diese so glänzend vertretene Lehre ist aber neuerdings gerade in ihrer Grundlage angegriffen worden. v. Buri und Ortmann wenden sich gegen diese zeitliche Trennung von früherer verursachender Handlung und schuldhafter Unterlassung. Jene Handlung behält auch nach ihrer Lehre eine sehr hohe Bedeutung, und nur wird sie nicht als Verursachungshandlung aufgefasst. Diese scheinbare Unterlassung ist ihrer Ansicht nach eine höchst energische und zwar grade die verursachende Handlung; sie verlegen also den Zeitpunkt der Verursachung genau dahin zurück, wo ihn die frühere Theorie und Praxis fand und stellen dadurch das normale Verhältniss von Schuld und Verursachung wieder her.

So wäre der Kreislauf vollendet und wissenschaftlich

erfasst, was die frühere Doktrin richtig geahnt hätte, wenn es den Angreifern in der That gelungen wäre die Verursachungshandlung bei diesen unechten Unterlassungsdelikten als unter der Maske der Unterlassung verborgen überzeugend nachzuweisen. Allein dem Angriff fehlt bis jetzt jedenfalls der äussere Erfolg: denn die von Luden begründete, von seinen Nachfolgern so fein fortgebildete Theorie der Unterlassungsverbrechen darf heute noch als die herrschende bezeichnet werden, obgleich sie als wissenschaftlich unhaltbar selbst dann nachweislich ist, wenn man den noch ausstehenden Beweis von der Priorität der Verursachungshandlung vor der scheinbar verursachenden Unterlassung als erbracht annehmen wollte.

Treten wir zunächst den Lehren der bedeutendsten Vertreter dieser Theorie näher, nachdem daran erinnert worden, dass Ursache und Bedingung wesentlich verschiedene Begriffe sind, und dass das Uebergewicht der zum Erfolge hinwirkenden über die von ihm abhaltenden Bedingungen sowohl durch Verstärkung jener als durch Abschwächung dieser bewirkt werden kann²⁷⁵. Ich werde mir der Kürze halber erlauben jene Bedingungen auch fördernde oder positive Bedingungen, ihre Widerparte aber hindernde oder negative Bedingungen zu nennen²⁷⁶.

Wenn ein Bahnwärter einen von trunkenen Burschen über die Schienen gelegten Balken absichtlich liegen lässt, damit ein Bahnzug daran strande, nehmen Krug²⁷⁷, Glaser und Merkel²⁷⁸ an: von dem Moment, wo der

²⁷⁵ S. I. S. 41 ff.

²⁷⁶ Mit voller Absichtlichkeit verwende ich in Folgendem wiederum die in dieser Lehre beinahe traditionell gewordenen Beispiele. Viel gebraucht sind sie immer noch brauchbar.

²⁷⁷ Ueber Krug s. oben S. 210 n. 274; vgl. noch dens. a. a. O. S. 35.

²⁷⁸ Ich würde auch v. Bar hieher stellen, wenn er nicht auf S. 97 nach Luden's Vorgang eine absolute Verschiedenheit von Handlungen und Unterlassungen ausdrücklich leugnete. »Der Mensch, indem er scheinbar unthätig ist, thut doch immer Etwas«. Wesentlich ist seine Auffassung die gleiche wie bei den Angeführten.

Wärter dolos wird, ist und bleibt er unthätig; »die nachfolgende Unterlassung — sagt Merkel S. 83 freilich für angeblich andere Fälle — erscheint für sich betrachtet als rechtlich indifferent, als juristisches Null«; jedenfalls wird aus Nichts nur Nichts, also auch aus Unthätigkeit kein Begehungs-Verbrechen; soll der Wärter verantwortlich werden, so kann diess nur geschehen durch Nachweis des Causalzusammenhangs zwischen dem schädlichen Erfolg und einer Aktivität; diese Aktivität liegt nun in der Uebernahme des Bahnwärteramtes und der damit verbundenen Verpflichtungen. Bezüglich dieser Aktivität sind Alle in dem genannten Falle darüber einig, dass sie nicht dolos oder kulpos zu geschehen brauche²⁷⁹⁾.

²⁷⁹⁾ Glaser a. a. O. S. 303 formulirt folgende Regel: »Eine schuldhaftige Unterlassung bewirkt, dass derjenige, welchem sie zur Last fällt, für den durch sein (an sich unsträfliches) Handeln herbeigeführten zum Thatbestand eines Deliktes gehörigen Erfolg verantwortlich gemacht und als Urheber desselben gestraft wird«. Gegen diese weite Fassung Merkel S. 84 ff., welcher aber auch in denjenigen Fällen, wo Jemand die Integrität rechtlicher Güter »in zurechenbarer Weise« (?) auf die Vornahme einer bestimmten Handlung gestellt habe, denselben für die Unterlassung der Handlung nicht erst dann verantwortlich macht, wenn er zur Zeit der Handlung sich dolos oder kulpos verhielt, sondern Alles auf dolus und culpa zur Zeit der Unterlassung abstellt (s. dagegen schon v. Buri Gerichtssaal 1969 S. 139). v. Bar steht in dieser Beziehung durchaus auf Glaser's Standpunkt. S. S. 99: Der Grund, eine sog. Unterlassung als Ursache eines schädlichen Erfolgs zu betrachten, liegt »in einer vorausgegangenen positiven Thätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechende nur angesehen werden kann, wenn der Handelnde eine andere positive Thätigkeit darauf folgen lässt. Jene erste Thätigkeit kann an sich eine unsträfliche, nicht culpose sein; sie kann aber auch in einer übernommenen Verpflichtung bestehen . . .« (Dieser Gegensatz ist inkorrekt.) So richtig im Einzelnen auch hie und da v. Bar's Bemerkungen sind, sein auch in diese Lehre eingeführter Begriff »der Regel des Lebens« ist auch hier völlig unersprießlich, und ich kann einen Fortschritt im Ganzen in seiner Darstellung nicht finden. Ja v. Bar geht in einem Punkte sogar weit hinter Krug zurück. Er leugnet nemlich S. 97 eine wesentliche Verschiedenheit von Handlung und Unterlassung. Ich wende mich deshalb im Folgenden bes. gegen Glaser und Merkel.

Nach dieser Auffassung bildet also eine unschuldige Handlung die Ursache des Delikts²⁸⁰. Allein der dolus, der etwas Schuldloses hinter sich und Nichts vor sich hat, kann sich an etwas Thatsächliches nicht anheften: ihm ist die dolose Handlung abhanden gekommen und er steht mit dem Erfolg in gar keiner weiteren Beziehung, als dass er sich daran vergnügt²⁸¹. Sowohl Glaser als Merkel fühlen die Unsicherheit des betretenen Fundaments und wünschen sie zu beseitigen: freilich auf sehr verschiedene Weise. Merkel zunächst durch den versuchten Nachweis, die verantwortlichkeitsbegründende Willensrichtung sei im Moment der Thätigkeit vorhanden gewesen²⁸². Zu diesem Behufe wird unterschieden:

1. Bei der einer Unterlassung vorausgehenden Thätigkeit lässt sich schon voraussehen, dass sie die Interessen dritter gefährden könne, oder wie Merkel diess bezeichnen zu können glaubt, zur Zeit der Handlung muss die in Fragestellung der Integrität fremder Interessen dem Handelnden zuzurechnen sein²⁸³; »böse Absicht« den Andern durch Unterlassung der geforderten Thätigkeit zu schädigen, braucht im Zeitpunkt der Thätigkeit nicht vorhanden zu sein: »Denn die Verantwortlichkeit für die Folgen unsrer Handlungen begründet sich im Allgemeinen in der Vorausschbarkeit ihres sicheren oder möglichen Eintritts und ein Mehreres ist

²⁸⁰ Ich sage die Ursache, denn wenn die schuldlose Handlung nur eine Bedingung des Erfolgs abgibt, so muss ja in der Unterlassung die noch ausstehende weitere Bedingung gefunden werden, während sie ja gerade als nicht kausal betrachtet werden soll.

²⁸¹ Glaser S. 301 sagt zwar: »Indem der dolus in die getroffenen Vorbereitungen hineintritt, . . . giebt er ihnen rückwirkend den verbrecherischen Charakter«. Allein dieser Satz passt nicht hieher. Der dolus tritt nicht in getroffene Vorbereitungen hinein, die er etwa weiter führt, sondern folgt ja nach Glaser der Verursachungshandlung.

²⁸² Vgl. bes. S. 82. 83.

²⁸³ Es dürfte damit nicht ganz gleichbedeutend sein, wenn Merkel kurz vorher seinen Gedanken so ausdrückt: um durch Unterlassungen verantwortlich zu werden, »müssen wir die Integrität des Andern in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der entsprechenden Handlungen gestellt haben«.

auch in Bezug auf die in Frage stehenden Fälle nicht zu fordern.«

2) »Wenn dagegen die der Unterlassung vorausgehende Thätigkeit aller Voraussicht nach Interessen Dritter nicht gefährdet, ... wie sollten da ihre Folgen den Handelnden zum Verbrecher stempeln können? Die nachfolgende Unterlassung erscheint für sich betrachtet als rechtlich indifferent, als ein juristisches Null, und in jener positiven Thätigkeit geht ihr ein weiteres Null voraus, von dem sie keine Bedeutung ableiten kann²⁸⁴.« Desshalb verlangt Merkel, dass hier schon im Moment der Handlung *dolus* oder *culpa* bezüglich des eingetretenen normwidrigen Erfolgs vorhanden sei²⁸⁵.

Allein dieser Versuch ist meiner Ansicht nach gescheitert, und es hat sich Merkel behufs seiner Begründung zur Anerkennung der allerbedenklichsten Grundsätze fortreißen lassen. Denn wie könnte man anders den Satz bezeichnen, dass das Bewusstsein, es könnten aus unsrer Handlung möglicherweise schädliche Folgen sich entwickeln, dass also die Voraussehbarkeit derselben als möglicher schon unsre Verantwortlichkeit für die Folgen begründe? Das zugefügte »im Allgemeinen« will nichts bedeuten. Ist denn der richtige Grundsatz, dass Jemand für nicht voraussehbare Folgen seiner Handlung nicht verantwortlich gemacht werden könne, etwa identisch mit dem Merkels? Die Voraussehbarkeit der Folgen als möglicher ist so weit entfernt die Verantwortlichkeit für dieselben zu begründen, dass selbst bei wirklich vorausgesehener Möglichkeit in einer

²⁸⁴ »Hier — bemerkt Merkel S. 84 — trennt sich unser Weg, wie es scheint, von demjenigen Glaser's. Nach ihm soll es [scil. überall] . . . nicht darauf ankommen, ob in dem Momente der Handlung die betreffende Folge als mögliche oder gewisse im Bewusstsein des Handelnden liege«.

²⁸⁵ Merkel theilt also wenigstens den Standpunkt Ortmann's insofern, als er wie dieser eine Verschiedenheit zwischen den als »Kommissivdelikte durch Unterlassung« zusammengefassten Vorgängen statuirt. Vgl. oben S. 207 und unten S. 259 ff.

Unmasse von Fällen die trotzdem vorgenommene Handlung keineswegs als schuldhaft erscheint²⁸⁶. Gesteht man aber selbst für einen Augenblick die Richtigkeit des Merkel'schen Fundaments der Verantwortlichkeit zu, so stösst man alsbald wieder auf grosse Schwierigkeiten. Wenn ein Bahnwärter mit den besten Intentionen seinen Dienst antritt, und nach zwei Jahren in der Absicht, dass ein Zug entgleise, einen Felsblock auf den Schienen liegen lässt, wie will Merkel denselben als dolosen Verbrecher nachweisen? Er nimmt an, die Verantwortlichkeit des Wärters für die eingetretene Verletzung gründet in der ihr vorausgehenden Handlung; diese ist die Ursache der Verletzung; ihr Charakter müsste desshalb notwendig über den Charakter der Verletzung als einer dolosen oder culposen entscheiden! Wie ist es denkbar, dass die der Handlung folgende Unterlassung, bezüglich deren dolus eintritt, jene Handlung zur dolosen präge, und die Unbestimmtheit der durch sie begründeten Verantwortlichkeit plötzlich in die klare Gestalt der dolosen Thätigkeit umgiesse²⁸⁷?

Es führt diess zu einer weiteren Undeutlichkeit in der Merkel'schen Ausführung. Merkel verlangt, es müsse Jemand »in zurechenbarer Weise« die Integrität fremder Interessen von sich abhängig gemacht haben. Nun hat es das Strafrecht nur mit Handlungsfähigen zu thun. Was diese vollbringen, ist ihnen stets zurechenbar, und zwar entweder zum pflichtmässigen oder zum schuldhaften (seis dolosen, seis culposen) Willen — ein Drittes giebt es nicht! Im ersten Falle liegt eine rechtmässige, im zweiten eine widerrecht-

²⁸⁶ Vgl. darüber einstweilen Herrmann, A. N. F. 1856. S. 475 ff. Ich selbst werde in der Lehre von der Fahrlässigkeit des Näheren auf diese Fragen einzugehen haben.

²⁸⁷ Ganz richtig sagt v. Buri, Gerichtssaal 1869 S. 193: »Wenn daher Merkel in solchem Falle die Handlung als von vorn herein strafbar ansieht, so zieht er den erst durch die Unterlassung existent geworden (?) verbrecherischen Willen auf den Beginn der Handlung zurück und befindet sich somit in gleicher Lage mit Krug und Glaser«. Und gegen diese Rückziehung sehr treffend v. Buri, das. S. 203—206.

liche Handlung vor. In welche dieser beiden Kategorien will Merkel die der Unterlassung voraufgehende Handlung unterbringen, wenn sie nicht schon in der Absicht geschehen ist durch die folgende »Unterlassung« eine Schädigung herbeizuführen. Ist sie rechtmässig, wie soll die nachfolgende Unterlassung, »diess juristische Null«, sie in eine widerrechtliche verwandeln? Oder ist sie vielleicht widerrechtlich? Liegt in der Uebernahme der Feuerwacht, des Bahnwärterdienstes, des Amtes des Gefängniswärters ein Attentat auf die öffentliche Sicherheit? Merkel bezeichnet diese Handlungen einmal als »die in Fragestellung der Integrität fremder Interessen«. Es kann diess doch wohl nichts Anderes heissen, als sie enthielten eine Gefährdung derselben, und nun wird wenigstens erkennbar, in welcher Weise Merkel jenen Handlungen das schuldhafte Moment eingepflichtet denkt. Aber denkt er sie *dolos* oder *culpos*? und wenn Letzteres: wie kann der *dolus* bei der Unterlassung rückwirkende Kraft haben?

Ich lasse nun die Richtigkeit der Merkel'schen Auffassung von der der Unterlassung voraufgehenden Handlung, ferner die Frage, ob zwischen ihr und der eingetretenen Verletzung Kausalzusammenhang vorliege, bis gleich nachher dahingestellt: nur soviel scheint mir bis jetzt bewiesen, dass Merkel um konsequent zu sein nicht nur für die Fälle unter 2, sondern auch für die unter 1 hätte fordern müssen: Vorhandensein von *dolus* oder *culpa* bezüglich des eingetretenen Erfolgs im Momente der Aktivität.

Ganz anders Glaser. Dieser sagt bezüglich aller denkbaren Begehungen von Kommissivdelikten durch angebliche Unterlassungen²⁹⁸: »Von dem Augenblick angefangen, wo der Mensch zu dem Objekt der Verletzung in eine thatsächliche Beziehung tritt²⁹⁹, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkühr völlig unab-

²⁹⁸ Abhandlungen S. 301.

²⁹⁹ Die Unbestimmtheit dieses Ausdrucks treffend hervorgehoben von v. Bar a. a. O. S. 94. 95.

hängig geworden ist, — in dieser ganzen Zeit bildet sein positives oder negatives Verhalten ein Ganzes. Innerhalb dieses Zeitraumes muss denn auch, wenn von dolosem Handeln die Rede sein soll, der Dolus eingetreten sein und das Benehmen des Thäters bestimmt haben. . . . Indem der Dolus in die getroffenen Vorbereitungen hineintritt und den Handelnden antreibt, sie seinen neugefassten Zwecken dienstbar zu machen, giebt er ihnen rückwirkend den verbrecherischen Charakter.« Ich leugne zunächst die Richtigkeit des ersten Satzes. Wenn A. von B. in Not versetzt denselben umklammert, ihn zu Boden schleudert, dem um Gnade flehenden Angreifer mit seinem Ziegenhainer einen Denkkzettel geben will, und ihn aus Versehen erschlägt, wo bleibt da die behauptete Einheit der Handlung? Wir haben zunächst eine berechtigte Notverhandlung, dann eine dolose Körperverletzung, und endlich eine culpose Tödtung. Glaser will aber sagen: wenn Jemand zu einer Verletzung die sämtlichen Bedingungen, soweit sie von Menschenhand zu verwirklichen sind, setzt, so liegt darin ein untheilbares Ganzes; grade in dieser Untheilbarkeit gründet es, dass der Dolus, der in irgend einem Moment dieser Thätigkeit eintritt, auf diese insgesamt bezogen werden muss. Nun ist soviel gewiss richtig: wenn Jemand in schuldloser Weise eine Reihe von Bedingungen zur Tödtung eines Andern verwirklicht hat, nun bemerkt, was er gethan, und beschliesst unter Benutzung des Geschehenen die weiteren Bedingungen zu jenem Erfolge absichtlich zu erzeugen, so wird er wegen doloser Tödtung verantwortlich. Fast scheinen Glaser derartige Fälle unbewusst bei Aufstellung der obigen Regeln mit vorgeschwebt zu haben: denn Glaser nimmt an, dass der Dolus in die getroffenen Vorbereitungen herein tritt und dieselbe dem neu gefassten Zwecke »dienstbar macht«, denkt also an ein Hantieren mit dem bereits Geschehenen. Dann ist es aber ganz nutzlos den Dolus zurückzubeziehen auch auf die schuldlos gesetzten Bedingungen: denn die dolose Setzung einer weiteren Bedingung genügt den Handelnden zum Mörder zu machen. Es ist aber nicht nur nutzlos, sondern

auch unrichtig: der Schuldlose kann nie ex post zum Verbrecher werden. In Wahrheit will ja aber Glaser die juristische Beurtheilung für diejenigen Fälle geben, wo Jemand schuldlos die Bedingungen zum Eintritt eines Verbrechens gesetzt hat, dies einsieht, es noch in der Hand hält den Erfolg zu hindern und nun absichtlich dieses Hindern unterlässt. Grade weil dann der eintretende Dolus sich in keiner Handlung mehr verwirklicht, sondern vor sich nur das Nichts hat, wird er nach hinten gestossen. Allein diess lässt ihn immer zwischen Himmel und Erde. Alles, was der Mensch gethan, hat er schuldlos gethan; nach der Arbeit tritt der Dolus ein; schuldhaft wollen kann ich nur das Künftige; schuldhaft handeln nur durch Verwirklichung des Willens nach der der Vergangenheit abgewandten Seite; warum das dolose Nichts rückwirkend das nicht dolose Etwas in ein doloses soll verwandeln können, bleibt räthselhaft²⁹⁰.

Und dennoch steht Glaser in seinen Resultaten, wie sich am Schlusse zeigen wird, der Wahrheit näher als Merkel.

Gelingt es aber weder dem Einen noch dem Andern Schuld und Handlung in das richtige zeitliche Verhältniss zu bringen, so fragt sich, ob sie wenigstens die Kausalitätsfrage bei diesen spröden Kommissivdelikten glücklich gelöst haben?

Gehen wir aus von denjenigen Fällen, bezüglich deren zwischen Beiden Uebereinstimmung besteht. Der Bahnwärter verpflichtet sich durch Begehen und Säuberung einer bestimmten Bahnstrecke für den ungestörten Bahn-Verkehr zu sorgen. Der gute Schwimmer verspricht dem schlechten ihm mit seiner Geschicklichkeit und Kraft an die Hand zu gehen, wenn Letzterer sich hinaus in den Strom wage u. s. w. Auch in der richtigen Würdigung dieser Handlungen greifen Glaser wie Merkel gleichmässig fehl.

²⁹⁰ Gegen Glaser's dolus subsequens auch Geyer, Erörterungen S. 16 ff.

Nach Beider Auffassung muss ja grade sie den verbrecherischen Erfolg verursachen. Jene Behauptung aber auch nur einigermaßen plausibel zu machen müsste mindestens nachgewiesen werden, es habe die der Unterlassung voraufgehende Handlung die Gefahr des Eintritts des verbrecherischen Erfolges hervorgebracht oder erhöht. Glaser²⁹¹ drückt den in allen Fällen der Strafbarkeit von Unterlassungen von ihm gewährten Grundsatz so aus: »dass allein eine bestimmte, der Unterlassung vorausgegangene, den Unfall fördernde Thätigkeit uns in die Lage bringen kann, als Urheber einer Verletzung angesehen zu werden, die wir abzuwenden unterlassen haben.« Worin er die Förderung findet, sagt er kurz vorher genauer: entweder die Handlung bestimmt Andre zu Unternehmungen, bei welchen sie sich der Gefahr aussetzen, oder sie hält dritte Personen ab sich dieser Gefahr wirksam entgegenzustellen. Merkel nennt die der Unterlassung voraufgehende Thätigkeit ein Infragestellen der Integrität fremder Interessen (S. 82), eine Gefährdung derselben (S. 82). Ich dürfte leugnen, dass die fragliche Handlung diesen einseitigen Charakter der Gefährdung annehmen könne; es genügt aber bestimmt in Abrede zu stellen, dass sie diese Eigenschaft haben müsse, damit Jemand ein sogenanntes Unterlassungsverbrechen zu begehen im Stande sei. Wenn ein Mensch in der besten Absicht von der Welt das Amt des Wächters übernimmt, so ist es doch seltsam zu versichern, es liege in dieser Handlung etwa eine Gefährdung des Bahnbetriebs. Die Aufstellung des Bahnwärterpersonals gilt allgemein und ist im Gegentheil die Beschaffung einer Garantie gegen die der Bahn drohenden Gefahren, enthält statt einer Gefährdung eine Gefahrminderung. Ja, könnte man sagen, die Aufstellung der Bahnwärter im Allgemeinen! Aber die Uebnahme des Amtes Seitens des individuellen Wärters, diese enthält eine Gefährdung, »eine den Unfall fördernde Thätigkeit«. Damit würde man indessen der Bahnverwaltung aufbürden, dass

²⁹¹ Vgl. S. 318; s. auch S. 312. 313. 316. 317.

sie eine Gefahr durch eine zweite womöglich noch grössere austreibe. Aber — könnten die Gegner erwidern — liegt denn nicht in der Uebernahme des Amtes die Fernhaltung Anderer vielleicht Tauglicherer von demselben? Vielleicht ja; wie aber wenn der Amtsführer der bei Weitem Tauglichste war, oder wenn weit und breit kein Mithewerber um die Stelle auftrat? Soll er dann wegen der durch Unterlassung seiner Amtspflicht bewirkten verbrecherischen Erfolge etwa nicht zur Verantwortung gezogen werden? Es bliebe nun höchstens noch übrig mit Glaser darauf hinzuweisen, dass die Uebernahme des Amtes Andere zu der gefährlichen Handlung, welche der Bahnwart des Stachels der Gefahr berauben soll, bestimmt habe. Allein auch diess ist keineswegs notwendig und auf die Verantwortlichkeit wegen der folgenden »Unterlassung« völlig einflusslos. Hätte man z. B. den Reisenden vor ihrer Abreise mitgetheilt, dass für die Bahnstrecke, auf welcher nachher durch Nachlässigkeit des Wärters eine Entgleissung stattfand, seit zwei Tagen ein Wärter nicht hätte aufgetrieben werden können, so würde die grosse Mehrzahl, wenn nicht Alle, ihre Reise dennoch in Hoffnung guten Glücks fortgesetzt haben. Wenn der treffliche Schwimmer dem Schwimmunkundigen seine Hilfe zusagt, falls er sich hinaus in den See wage, und nachher unterlässt, dem Sinkenden Hilfe zu bringen, so bleibt es für seine Beurtheilung ganz gleichgültig, ob er den Ertrunkenen oder der Ertrunkene ihn zu der Expedition bestimmt hat.

So ist nicht einmal der Nachweis erbracht worden, dass diejenige Handlung, welche nach der herrschenden Theorie das Verbrechen verursacht haben soll, die Gefahr seines Eintritts gesteigert habe. Dagegen sind Fälle aufgezeigt, wo im Gegentheil in ihr eine Gefahrminderung erkannt werden muss. Damit ist schon bewiesen, dass jene Handlung als solche als Ursache des verbrecherischen Erfolges nicht angesehen werden kann; und damit fällt die herrschende Theorie.

Sie würde freilich auch dann unhaltbar sein, wenn

wirklich jener Handlung Ursachenqualität für den rechtswidrigen Erfolg zukäme. Mit der richtigen Beantwortung der Kausalitätsfrage wäre dann zugleich entschieden, dass diese Verursachung regelmässig straflos zu bleiben hätte, da eine culpa subsequens und eine ihr vorausgehende schuldlose Handlung nie zu einem Delikt zusammengeschweisst werden können. Nur dann, wenn dem Bahnwärter schon bei Uebernahme seines Amtes Vorsatz oder Fahrlässigkeit mit Bezug auf den eingetretenen schädlichen Erfolg zur Last fiel, könnte wirklich ein Delikt zur Entstehung gelangen.

Seltsamerweise glauben aber die Anhänger jener Theorie trotz ihrer gegentheiligen Versicherungen selbst gar nicht daran, dass »die der Unterlassung vorausgehenden Handlung« die Ursache des begangenen Verbrechens bilde. Thäten sie es, so müssten sie der ihr folgenden Unterlassung jede Bedeutung absprechen: denn neben einer verursachenden Handlung kann letztere gar nicht in Betracht kommen: sie enthält weder die Schöpfung einer den Erfolg befördernden noch die Vernichtung einer ihn hindernden Bedingung; wenn sie solches enthielte, wäre ja sie keine Unterlassung und jene Handlung keine Verursachung. Und nichts destoweniger ist diese Unterlassung der herrschenden Lehre in zweifacher Beziehung ganz unentbehrlich: zunächst um an diesem Notanker die Schuld zu befestigen, dann aber auch um die Verursachung des Erfolges zu erklären.

Von »Unterlassen an sich« sagt Krug²⁹² allerdings, es könne nie Ursache eines Erfolges sein; wohl aber könne das Unterlassen dadurch mit demselben in Kausalverbindung treten, dass es sich mit Handlungen verbinde, welche mit diesem Erfolge in Kausalzusammenhang stehen. Als Beispiel führt er den guten Schwimmer an, welcher dem schlechten Hülfe verspricht und sein Versprechen nicht hält. »Habe ich — fährt Krug fort — ein solches Versprechen gegeben und unterlasse dann es zu erfüllen, so ist meine Unterlassung allerdings die Ursache des erfol-

²⁹² A. a. O. S. 34.

gendes Todes, aber sie ist es nur in Verbindung mit dem vorherigen Versprechen.« Von ganz demselben Beispiele bemerkt Glaser²⁹³: der gute Schwimmer habe »nicht durch seine Unterlassung, sondern durch sein positives Thun (welches allerdings durch die Unterlassung ergänzt wird)« den Tod herbeigeführt. Und so vorsichtig Glaser auch aus diesem und ähnlichen Beispielen seine Regel abstrahirt, so giebt er der Unterlassung doch kausale Bedeutung, wenn er sagt: »Nicht weil ein bestimmter Mensch die Verpflichtung hatte, einen Unfall abzuwenden, wird dieser als von ihm herbeigeführt angesehen, sondern deshalb, weil er durch Uebernahme jener Verpflichtung einen Stand der Dinge herbeiführte, in welchem allerdings die blosser Unterlassung schon ausreichte, um das Eintreten des Unfalls unvermeidlich zu machen.« Immer wird der Unterlassung eine Rolle zugeschrieben, die sie nicht spielen könnte, wäre sie wirklich reine Unthätigkeit²⁹⁴. Viel energischer als von Glaser geschieht diess von Merkel, der die Ansicht von Krug adoptirend sich dahin ausspricht²⁹⁵: »Vielmehr lassen sich zahlreiche Verbrechenarten ihrer Begehungsweise nach in Unterlassungen und positive Akte als in gleich wesentliche Bedingungen des verbrecherischen Erfolges auseinanderlegen. . . . Die rechtliche Bedeutung der Unterlassung leitet sich hier aber . . . ausschliesslich von dem vorausgehenden aktiven Verhalten ab.«

Eine Unterlassung kann aber eine rechtliche Bedeutung ausser den Fällen des echten Unterlassungsdelikts nie besitzen. Sie kann solche auch nicht durch Verbindung mit einem aktiven Verhalten erlangen: denn wenn zu einem Etwas ein Nichts hinzugefügt wird, bleibt dieses Etwas unverändert.

²⁹³ A. a. O. S. 312. Vgl. 313.

²⁹⁴ Richtig bemerkt Geyer, Erörter. S. 18 gegen Glaser: »Steht die Unterlassung aber ausser dem Causalnexus, so darf sie nicht mit in Betracht gezogen werden.«

²⁹⁵ A. a. O. S. 81.

Indem also Krug, Merkel und Glaser in der angeblichen Unterlassung erst eine reine Unthätigkeit erblicken, ihr dann aber kausale Bedeutung zugestehen, treten sie durch den zweiten Schritt in Widerspruch mit ihrem ersten. Reicht jene »der Unterlassung vorausgehende Handlung« zur Verursachung nicht hin und muss sie zu diesem Behufe erst durch die Unterlassung »ergänzt« werden, so liegt eben in dieser das Verursachungsmoment, und durch jene frühere Handlung können höchstens Bedingungen aber kann nicht die Ursache zu dem verbrecherischen Erfolge gesetzt sein. Wird aber durch die »Unterlassung« die verbrecherische Ursache erst erzeugt, so ist sie eben keine Unterlassung.

In demselben Augenblicke aber, wo diess zugegeben wird, nähert sich die Theorie stark der Ansicht von den unechten Unterlassungsverbrechen, welche Luden vorfand und bekämpfte, und welche ja den Erfolg gleichfalls durch die Unterlassung verursacht werden liess; gleichzeitig kann sie aber die anstössige culpa subsequens ohne jede Gefahr aufgeben, und steht nun vor demselben Problem, welches v. Buri und Ortmann zu lösen unternommen haben: das kausale Element in jener angeblichen Unterlassung nachzuweisen.

Der Gegensatz zwischen den Lehren Krugs, Glasers und Merckels einerseits und ihren Widersachern, zu denen auch ich gezählt werden muss, andererseits, ist also lange nicht so tief, als es bei oberflächlicher Betrachtung erscheint. Jene Lehren provociren gradezu die Aufdeckung des in ihnen liegenden Widerspruchs, und wer sich damit beschäftigt, bleibt also in der Kontinuität der dogmatischen Entwicklung.

§ 48. b. *Die sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung.*

Ich will nun versuchen den Weg zu zeigen, der mir der richtige scheint. Es ist auffallend, dass bisher die zu beantwortende Frage stets zu eng gestellt worden ist. Man forschte der Möglichkeit nach Kommissivdelikte, wie man

sich ausdrückte, durch Unterlassung zu begehen. Allein diese Möglichkeit als vorhanden angenommen muss ebenso-
wohl Platz greifen für widerrechtliche wie für rechtmässige
Tödtungen, Einsperrungen u. s. w. Denn beide Arten von
Handlungen unterscheiden sich zwar in ihrem Verhältniss
zum Rechte, allein die Kausalität muss bei beiden die gleiche
sein. Es dreht sich also nicht sowohl um die Frage, ob
und wie man durch Unterlassung delinquiren könne, sondern
ob und wie man auf diese Weise handeln könne?

Hätte man diess stets im Auge behalten, so würden sich
sowohl die Theorie über die Unterlassungsverbrechen als die
Praxis eine ihnen sehr nahliegende und doch notwendig
falsche Antwort erspart haben. Es ist für sie ausserordent-
lich verlockend der Unterlassung dann Kausalitäts-Charakter
beizulegen, wenn die Vornahme der unterlassenen Handlung
geboten war²⁹⁶, beispielsweise zu sagen: die unterlassene
Ernährung des Kindes durch die Mutter ist desshalb als
Tödtungs-Ursache aufzufassen, weil sie zur Alimentation
rechtlich verpflichtet war. Dagegen ist sehr richtig schon
bemerkt worden: das Gebot zu handeln, wo man unthätig
blieb, macht die Unterlassung zu einer verbotenen, aber
nicht zu einer Begehung²⁹⁷. Indessen bedarf es dieses
Grundes gar nicht. Jene Antwort zeigt sich sofort in ihrer
Unrichtigkeit, wenn man versucht sie auf erlaubte Tödtun-
gen oder Freiheitsberaubungen durch Unterlassung in Not-
wer oder Notstand anzuwenden.

Denke man sich, dass die einsam lebende Mutter ihrem
Kinde die Nahrung nicht reicht, weil sie selbst am Ver-
hungern ist und um sich zu retten verzehrt, was für das
Kind bestimmt war. Soll sie nun als Urheberin des Todes
desshalb betrachtet werden, weil sie verpflichtet war ihm
die Nahrung zu geben? Diess ist ja grade wegen des Not-
standes gar nicht der Fall. Und doch ist das Kausal-Ver-

²⁹⁶ Vgl. Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 117: »Durch Unterlas-
sungen kann nur derjenige eine Rechtsverletzung begehen, welcher
einer Verbindlichkeit zum Handeln nicht nachkommt«.

²⁹⁷ Merkel a. a. O. S. 80; vgl. Glaser a. a. O. S. 305.

hăltniss ihres Benehmens zum Tode des Kindes hier ganz das gleiche, als wenn sie das Kind aus Bosheit oder Geiz hätte verhungern lassen.

Selbst diejenigen nun, welche beim Handeln durch Unterlassen die Unterlassung selbst für ein maskirtes energisches Handeln ansehen, glauben dennoch das Wesen dieser sog. Unterlassung nur dann erklären zu können, wenn sie Bezug nehmen auf eine ihr zeitlich vorausgehende Handlung des Unterlassenden, mit welcher die »Unterlassung« in bestimmte Verbindung oder Beziehung tritt.

So stehen drei Fragen zur Beantwortung:

I. Wie ist diese »der Unterlassung vorausgehende Handlung« in Wahrheit beschaffen?

II. Wie ist die »Unterlassung« selbst beschaffen?

III. Wie verhält sich der schuldhafte und rechtmässige Wille des »Unterlassenden« zur Verursachung des widerrechtlichen oder rechtmässigen Erfolges?

I. Natur der der Unterlassung vorausgehenden Handlung. Aus einem Grunde, der sich alsbald von selbst aufklären wird, ist ein unechtes Unterlassungsverbrechen nur dann möglich, wenn der sog. Unterlassung eine Handlung vorausgeht, wodurch derjenige, der sei es selbst unterlässt, sei es die Unterlassung bei einem Andern verursacht, sich verbindlich macht bestimmten schädlichen Erfolgen entgegen zu wirken. Er übernimmt ein Richteramt und unterlässt nachher absichtlich die Untersuchung gegen einen zweifellos Schuldigen einzuleiten; oder er lässt sich zum Gefängniswärter machen und lässt die Gefangenen verkommen; oder eine Frau übernimmt die Stelle der Kinderwärterin und lässt das Kind unvorsichtigerweise mit Nadeln spielen, durch deren Verschlucken es zu Grunde geht; oder ein Maschinist verspricht seinem Kollegen bei dessen Maschine zu wachen, schläft aber ein und der Kessel explodirt.

Diese Handlung ist

1. nicht Verursachungs-Handlung für den schliesslich eingetretenen verbrecherischen Er-

folg. Wäre sie diess, so würde der Erfolg haben eintreten müssen, auch ohne dass der Richter und der Gefängniswärter, die Kinderfrau und der Maschinist später ihres Amtes nicht geachtet hätten. Das Kind beispielsweise wäre in der Badbütte ertrunken, auch ohne dass die Wärterin zur Zeit, wo dies geschah, noch das Wärteramt bei ihm gehabt hätte. Denn wenn eine Ursache gesetzt ist, tritt der Erfolg ein ohne weiteres Zuthun des Urhebers, und insbesondere kann dessen Unthätigkeit den Lauf der Ereignisse nicht aufhalten. Ferner, wäre sie Verursachungshandlung, so könnte ein »Kommissivdelikt durch Unterlassung« nur unter der seltenen Voraussetzung zu Stande kommen, dass dolus oder culpa bezüglich des eingetretenen Erfolges schon bei Uebernahme des Amtes oder der Stelle vorhanden gewesen wären, und der Eintritt dieses Delikts könnte auch nicht dadurch gehindert werden, dass der Bahnwärter nach Uebernahme seines Amtes die verbrecherische Absicht aufgäbe. Wer ein Verbrechen verursacht hat und vor Eintritt des Erfolges den Vorsatz fallen lässt, der ist und bleibt Urheber. Nur durch Hemmung der Thatseite in ihrer Weiterentwicklung kann er sich der Verantwortlichkeit entziehen. Es müsste also auch der Richter und der Gefangenwärter durch irgend welche Hemmungshandlung die von ihnen gesetzte Ursache als solche wieder vernichten. Wenn aber die Verursachungshandlung in der Uebernahme des Amtes oder der Stelle oder in der Abgabe des Versprechens bestände, so könnte die erforderliche Parälysirung der Ursache nur in der Niederlegung des Amtes oder der Stelle oder dem Rückgängigmachen des Versprechens bestehen, und so langten wir bei dem exorbitanten Satze an: wer ein Amt antritt in der Absicht durch Nichterfüllung der Amtspflicht verbrecherische Erfolge herbeizuführen, kann nicht durch Fallenlassen der rechtswidrigen Absicht und durch sorgfältige Amtsführung, sondern nur durch Aufgabe des Amtes dem Unheil, was er angerichtet hat, Einhalt thun. Führt er das Amt in den besten Intentionen weiter und das Unglück will, dass ein solch schädlicher Erfolg eintritt, wie er ihn anfangs projektirt hat, so

ist er doloser Verbrecher. Denn vorsätzlich hat er durch die Uebernahme des Amtes diesen Erfolg verursacht.

2. Das Wesen jener Handlung besteht vielmehr zu einem Theile umgekehrt grade darin, dass ihr Urheber sich mittels ihrer als eine zur Abhaltung bestimmter schädlicher Erfolge wirkende Bedingung aufstellt. Statt es zu begehen bekämpft sie insoweit das Verbrechen; statt die Gefahr für fremde Interessen zu erhöhen wird sie zu deren Schutz wirksam. Und sie kann diesen ihren Charakter nicht einmal dadurch ändern, dass der neu angestellte Bahnwart schon bei Uebernahme seines Amtes beabsichtigt etwa nach Jahresfrist den Bahnbetrieb zu gefährden, denn diese Absicht richtet sich auf die Zukunft, während er gegenwärtig zum Schutze des Bahnbetriebs thätig wird. Ist aber erst einmal diese von Luden, Krug, Glaser, Merkel und v. Bar verkannte Natur jener Handlung an's Licht gestellt, so muss in demselben Augenblick mit ihrer ganzen Art die »Handlung durch Unterlassung« zu construiren gebrochen werden: denn sie halten Alle den Arzt für den Grund der Krankheit.

Jene juristische Qualität der Handlung ist aber bisher nur behauptet, nicht bewiesen, und sie ist bestreitbar. Selbst wenn man davon absieht, dass Jemand im Augenblicke, wo er ein solches verantwortliches Amt übernimmt, schon die Absicht haben kann es zu einem Unterlassungsverbrechen zu missbrauchen, wenn man also nur die Fälle ins Auge fasst, wo Jemand ernstlich 'gewillt ist im Sinne der Abwendung der Gefahr thätig zu werden, kann man Zweifel hegen, ob denn ein ernstlicher Entschluss dieses Inhaltes, diese rein interne Thatsache, als eine abhaltende Bedingung, somit als eine Masche im Netze der Kausalitäten betrachtet werden könne? Ja man muss gestehen, der Entschluss als solcher ist dazu unvermögend. Wenn ein völlig Gelähmter beschliesst oder verspricht Räuber zu hindern, so wird dadurch ihr Unternehmen in keiner Weise erschwert. Dem Entschluss muss jedenfalls das nötige Wahrnehmungsvermögen zu Gebote stehen die herauf-

ziehende Gefahr zu erkennen und die nötige Kraft um sie zu beschwören. Da aber so oft der Schein für Wahrheit genommen wird, und der Schein der Wachsamkeit oder der Kraft des Wächters so häufig dieselbe abschreckende Wirkung übt¹ wie der hundertäugige Argus in Person, so muss dem Entschlossenen, falls er ein unkräftiger Wächter ist, wenigstens der Schein der Kraft beiwohnen; er kann dann zwar nicht versprechen die Gefahr ihrer schadenbringenden Kraft zu berauben, wenn sie wirklich eingetreten ist, aber wohl zu versuchen, ob er nicht durch den Schein, den er zu erwecken vermag, die Störenfriede von ihrem gefährlichen Beginnen abzuhalten im Stande sei. Auch der altersschwach gewordene Hauswart ist immer noch ein Schutz des Hauses. Bin ich aber weder im Stande mein Amt mit der nötigen Kraft zu versehen, noch in seiner Wartung wenigstens den Schein der Kraft zu erregen, so kann mein Entschluss als solcher der Gefahr feindlich zu begegnen keinenfalls als Schöpfung einer sie abhaltenden Bedingung angesehen werden.

Aber auch dem rechtlichen Entschlusse, der über die nötigen Fähigkeiten zur Bekämpfung der Gefahr verfügt, werden Manche die Qualität der abhaltenden Bedingung entweder ganz bestreiten oder doch wenigstens nur dann zuerkennen, wenn dieser Entschluss Dritten erklärt worden ist. Ein solcher stillschweigender Entschluss — werden sie sagen — ist höchstens ein Wechsel gezogen auf die Zukunft; er kann die Quelle einer abhaltenden Bedingung werden, wenn er rechtzeitig über die ihm untergebene Kraft verfügt: aber was eine solche Bedingung erst werden soll, ist sie noch nicht: es gilt desshalb, was ist, zu unterscheiden von dem, was sein wird. Ich selbst habe mich zeitweilig mit diesen Skrupeln getragen, sie aber vollständig überwunden. Sie entspringen einer eigentümlich widerspruchsvollen Stellung, die wir den menschlichen Entschlüssen gegenüber der Welt des Geschehenen einräumen.

Wir erkennen den menschlichen Willen als Ursache aller menschlichen Thaten an, und gleichzeitig reissen wir die

That von ihrer Geburtsstätte los und weisen die Vorgänge, die sich im Innern eines Menschen abspielen, weil zu unsubstantiell, aus der Geschichte hinaus. Dabei wird meist nicht genügend in Rechnung gebracht, wie unendlich einschneidend auch die unverwirklichten, möglicherweise ganz unausgesprochenen Entschlüsse der Menschen gewirkt haben können. Wie viel tausend Pläne scheitern nicht, weil ihr Urheber auf den Gegenwillen einer maassgebenden Persönlichkeit zu stossen fürchtet! Wirkt dieser Gegenwille dann nicht auf die energischste Weise als abhaltende Bedingung? Wie viele Unterschlagungen und Tötungen werden nicht dadurch gehindert, dass derjenige, der gern Thäter werden möchte, sich scheut mit dem energischen Willen des Eigentümers oder [des Lebenträgers in Konflikt zu geraten? Betrachtet sich nur der als gefangen, der hinter Schloss und Riegel sitzt, und nicht auch der Ungefesselte, der nicht flüchten kann, weil zwischen ihm und der Freiheit der Entschluss eines Menschen steht ihn nicht entkommen zu lassen? Wie unendlich häufig hängt selbst das Zustandekommen des Verbrechens von einer bestimmten Willensrichtung des Angegriffenen oder eines Dritten ab. Ich beabsichtige zu stehlen und vermag diess nur dann, wenn der Eigentümer die ihm zu entwendende Sache zu eigen behalten will. Eine Willensänderung seinerseits im Sinne der Preisgabe der Sache, mag sie sich noch so unvermerkt vollzogen haben, macht all meine List zu Schanden und der Diebstahl ist mir unmöglich geworden. Ich schliesse einen Menschen in ein Haus ein um ihn gefangen zu halten: er aber sehnt sich nach Einsamkeit, freut sich der Beschränkung, und kann sich auch des misslungenen Verbrechens der Einsperrung freuen. Ich weiss, dass [in dem leeren Hause meines Nachbarn eingebrochen werden soll: ich beschliesse es zu hindern, indem ich Nachts an der bedrohten Stelle auf- und abgehe und verscheuche durch meine Anwesenheit die Diebe; oder aber ich beschliesse der Gewalt Gewalt entgegenzusetzen: in demselben Augenblicke ist für den verbrecherischen Plan schon ein sehr bedenkliches Hinderniss entstanden; ja verfüge ich über die

erforderliche Macht und lasse ich meinen Entschluss nicht vielleicht wieder fallen, so ist jetzt schon entschieden, dass Diebstahl und Raub nicht bis zur Vollendung fortschreiten werden.

Und bei dieser Macht des reinen noch unverwirklichten Entschlusses, der überall hindern und fördern kann, will man diesem die Bedingungsqualität absprechen? Ist vielleicht nur der Hund ein tauglicher Wächter und der Mensch, nur weil er Mensch ist, keiner? Ist die unlebendige Schranke zwischen der Gesellschaft und der ihr drohenden Gefahr sicherer als die lebendige, die ausgestattet ist mit prüfender Vernunft und vernünftigem Willen? Gar Mancher wird sich letzterer lieber anvertrauen als der ersten: wenigstens dies aber haben zum Mindesten beide gemein, dass sie Schutz-Schranken sind.

Damit also eine abhaltende Bedingung gegen einen verderblichen Erfolg entstehe, reicht es aus, dass Jemand, der Einsicht und Kraft seinem Eintritt zu begegnen entweder wirklich besitzt oder den Schein des Besitzes zu erwecken weiss, beschliesst als abhaltende Bedingung nach dieser Richtung hin zu funktionieren. Nicht erforderlich ist stillschweigende oder ausdrückliche Erklärung dieses Entschlusses an Dritte oder das Publikum; noch weniger Accept dieser Erklärung oder dieses Versprechens durch irgend Jemanden; am allerwenigsten Entstehung eines subjektiven Rechtes gegen den Erklärer auf Erfüllung seiner Zusage²⁹⁸.

Wie verhält es sich nun aber mit jener der Unterlassung vorausgehenden Handlung, wenn der Handelnde entschlossen ist die ihm übertragene Stellung zu einem Unterlassungsverbrechen zu missbrauchen? Jedenfalls erweckt er hier

²⁹⁸ Es würde nur zu einer Reihe neuer Irrtümer führen können, wollte man die Fähigkeit des reinen Entschlusses Bedingung zu werden zugestehen, aber, damit diese Bedingung juristisch in Betracht komme, verlangen, es müsse sich Jemand in rechtsverbindlicher Weise zur abhaltenden Bedingung gemacht haben. Der Ausdruck wäre nicht nur vieldeutig, sondern auch in allen seinen Bedeutungen falsch.

geflissentlich die Täuschung, er werde als abhaltende Bedingung fungiren: allein so mächtig diese Täuschung auch ist, so würde doch selbst ein Recht der Kommittenten von ihrem Beauftragten eine bestimmte Thätigkeit zu verlangen dessen Unterlassung noch nicht zur Thätigkeit umstempeln. Wohl aber muss hier darauf aufmerksam gemacht werden, dass der in dieser Weise Entschlossene in den meisten Fällen sich dennoch zur abhaltenden Bedingung aufwirft, freilich mit der *reservatio mentalis* in einzelnen Fällen als solche nicht seine Schuldigkeit zu thun. Der Bahnwärter wartet seine Zeit ab um den Bahnzug stranden zu lassen: bis dahin erfüllt er, was er versprochen: der Gefangenenaufseher hat vielleicht nur einen einzigen Gefangenen im Auge, den er zu vernachlässigen beabsichtigt, oder er beschliesst strenge über die Gefangenen zu wachen, sich aber durch ihre schlechte Ernährung zu bereichern. Selbst wenn aber der Handelnde entschlossen sein sollte nach allen Richtungen, in welchen er thätig zu werden verspricht, unthätig zu bleiben, kann er doch häufig gar nicht umhin das zu scheinen, was er nicht ist: und die scheinbar existente abhaltende Bedingung wirkt häufig so stark wie die wahrhaft vorhandene.

Allein so richtig diess auch Alles sein mag, so bleibt doch Eines unbestreitbar: durch jene der Unterlassung vorausgehende Handlung stellt sich der Handelnde in den seltenen Fällen, wo er schon mit schuldhaftem Entschlusse sein Amt antritt, trotz gegentheiliger Versicherung überhaupt nicht als eine dem schädlichen Erfolge entgegenwirkende Bedingung auf, oder wenigstens grade nicht für den relevanten Fall, in welchem er dem Verderben seinen Lauf gelassen hat. Diese anormale Gestaltung des »Unterlassungs-Verbrechens« verdient eine genauere Berücksichtigung als ihr bisher geworden ist. Sie wird ihre Erklärung zugleich mit dem normalen Unterlassungsverbrechen finden.

3. Mit jenem einen Elemente nemlich, was bisher als in der besprochenen Handlung regelmässig enthalten nachgewiesen wurde, kann deren Inhalt nicht erschöpft sein. Es

liegt von dem bis jetzt gewonnenen Standpunkte aus sehr nahe das Problem der Handlung durch Unterlassung im Grossen und Ganzen als gelöst zu betrachten. Ist die Fassung des Entschlusses mit eigener Kraft die Gefahr zu bekämpfen eine ihren Eintritt hindernde Bedingung, so bedeutet das Fallenlassen dieses Entschlusses im entscheidenden Zeitpunkte das Vernichten einer vorhandenen abhaltenden Bedingung. Damit ist ja aber die Handlung nachgewiesen, welche durch die Unterlassung maskirt wird. Der Bahnwärter, der beschliesst den bemerkten Balken auf den Schienen liegen zu lassen, reisst in demselben Augenblicke eine Schranke ein, die sein Wille der Gefahr gezogen hatte und öffnet ihr damit den Einzug ins Land. Durch Vernichten einer solchen abhaltenden Bedingung ist Verursachung trefflich möglich: im Moment dieser Verursachungshandlung tritt auch noch ganz rechtzeitig die ihr entsprechende Schuld auf: so wäre erklärt, was erklärt werden müsste, und das normale Verhältniss von Schuld und Handlung wäre wieder hergestellt.

Freilich führte diese Theorie zu sehr bedenklichen Folgerungen. Verspricht ein Wanderer einem schwer Kranken, den er auf seinen einsamen Pfaden ganz hilflos und bewegungslos unter freiem Himmel antrifft, ihm Träger und Arzt herauf in die Höhe zu senden, so müsste darin die Aufstellung einer abhaltenden Bedingung gefunden werden: unterlässt der vorschnell Versprechende nachher die Zusage zu erfüllen und verschmachtet der Kranke in Folge dessen ungerettet, so wäre jener als Urheber des Todes zu betrachten. In Wahrheit aber scheint doch der Wanderer zu dem Tode des Kranken ganz ausserhalb kausaler Beziehungen zu stehen; denn sein ganzes Auftreten kann weggedacht werden und der Kranke wäre dennoch genau denselben Tod gestorben, den er gestorben ist.

Ferner — geböte ein Gesetz verwundeten Personen Hilfe zu leisten oder an Scheintodten Wiederbelebungs-Versuche zu machen, und der Unterthan beschlösse dem Gesetze zu gehorchen und thäte es nachher im gegebenen Falle doch

nicht, so müsste der unthätig Gebliebene als Mörder oder Todtschläger gestraft werden, falls der sonst noch rettbar gewesene Verwundete oder Scheintodte stirbe.

Diese mit der Wahrheit streitenden Folgerungen deuten auf einen Fehler in der Theorie selbst und dieser Fehler liegt in dem Satze, dass Jemand lediglich und allein durch Vernichten genau derselben abhaltenden Bedingung, die er gesetzt hat, Urheber einer Veränderung werden könne.

Verursachung einer solchen ist ja identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhalten- den und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Es kann desshalb Niemand dadurch verursachen, dass er gleichviele und gleichstarke Bedingungen zugleich der einen und der andern Art setzt: denn dadurch bleibt das Gleichgewicht unverändert. Desshalb ist es auch durchaus unverboden zu dem schädlichsten Erfolge wirkende Bedingungen zu setzen, falls man ihnen nur das erforderliche Gegengewicht giebt. Die allergefährlichsten Handlungen wie das Schiessen mit scharf geladenen Büchsen, Sprengversuche mit Torpedos, Anwendung von Giften zu medicinischen Zwecken und hundert andere werden beständig vorgenommen, und das Recht verlangt nur die nötigen Garantien für ihren unverletzlichen Verlauf.

Es kann ferner Niemand dadurch verursachen, dass er die von ihm gesetzten positiven Bedingungen, bevor sie den Erfolg bewirkt haben, nachher wieder beseitigt. Der Gehülfe, der Dieben verspricht die Hausthüre mit Nachschlüsseln zu öffnen, diess thut, rechtzeitig aber wieder verschliesst, hat zu dem dennoch verübten Diebstahle gar keinen That-Beitrag geliefert. Er bleibt desshalb ausser aller Verantwortung. Aus der Anerkennung dieser Thatsache, dass nicht verursacht, wer annullirt, was er zu einem Verbrechen gethan, fliesst die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuche.

Es kann endlich Niemand dadurch verursachen, dass er eine abhaltende Bedingung, die er gesetzt hat, wieder vernichtet. Wie aber beim freiwilligen Rücktritt vom Rück-

tretenden gefordert werden muss, dass er seiner bisherigen Thätigkeit den Stachel vollständig nehme, so muss man von demjenigen, der die von ihm geschaffenen abhaltenden Bedingungen vernichtet, verlangen, dass er genau nur die Schutzwehren gegen das Verbrechen wieder beseitige, die er selbst errichtet hat, nicht aber ausserdem noch andere, die sich mit den seinigen inzwischen vielleicht untrennbar verbunden haben. Beseitigt er aber nur, was er selbst geschaffen, so kann sein ganzes Verhalten weggedacht werden und der Erfolg wäre genau so eingetreten, wie er eingetreten ist, — der beste Beweis für die kausale Indifferenz jenes Verhaltens²⁹⁹.

Wenn ich auf dem Grundstücke meines Nachbarn eine Grube unbedeckt sehe, in die leicht ein Vorübergehender fallen kann, und ich sie nun erst zudecke und dann wieder aufdecke, weil ich nicht einsehe, warum ich dem Nachbarn einen Dienst erweisen soll, so kann mich Niemand dafür verantwortlich machen. wenn nachher wirklich Jemand in der Grube verunglückt: ihn würde ohne mein Zuthun dasselbe Schicksal erreicht haben. Ganz anders, wenn der Verunglückte durch meine Deckung der Grube sicher gemacht auf seiner Rückkehr in der Dunkelheit in die inzwischen wieder aufgedeckte Oeffnung gestürzt wäre. Dann habe ich erst sein Vertrauen zur Sicherheit des Weges geweckt und nur durch eine Warnung an ihn war diese Thätigkeit zu paralysiren.

Wenn ich im Walde einen Wagen mit einem Gespann Pferden verlassen antreffe, während der Geschirrführer in der Waldschenke sich mehr um seinen Durst als um seine von Stechfliegen und Bremsen aufs Höchste beunruhigten Thiere kümmert, und ich die Thiere nun durch Zweige einigermaßen schütze, damit sie nicht toll werden und durchgehen, nachher aus Aerger über den nichtsnutzigen Eigentümer die befestigten Zweige wieder abnehme, und die Thiere nun

²⁹⁹ Verhalten sich beide Bedingungsmassen wie 3:3, so bleibt das Verhältniss ganz unverändert, wenn auf einer von beiden Seiten oder auf Beiden + 1—1 zugefügt wird.

alsbald davonstürmen, so bin ich durchaus nicht Urheber des Erfolges, ja nicht einmal eine der Bedingungen zu seinem Eintritt habe ich gesetzt. Ganz ebenso ist es zu beurtheilen, wenn der Dachdecker auf einem Hause arbeitet ohne ein Warnungszeichen ausgehängt zu haben, ich ihn drauf aufmerksam mache, unten einstweilen eine Warnungstafel befestige, sie aber nachher aus Unwillen über jene Nachlässigkeit wieder beseitige: wenn ich einen fremden bissigen Hund festhalte, und ihn wieder laufen lasse, da weder sein Herr noch ein Schutzmann ihn mir abnimmt; wenn ich auf dem Flusse fahrend einem Boote zu Hülfe komme, dessen Insassen nicht rudern können, dieses Boot eine Zeit lang steuere bis es in ruhigeres Wasser kommt, nun aber das Steuer wieder verlasse, da ich an Land muss.

Und nicht anders verhält es sich, wenn Jemand sich kraft seines Entschlusses zu einer dem Erfolge entgegenwirkenden Bedingung aufgestellt hat und nun den gegen-theiligen Entschluss fasst. Wer einen Menschen ins Wasser fallen sieht und nun herzuspringt ihn ans Land zu retten, ihn dann aber schwimmen lässt, weil er in ihm seinen Nebenbuhler erkennt, hat ihn nicht getödtet, selbst wenn er der ratlosen Mutter des Ertrunkenen feierlichst versprochen hat ihn zu retten oder wenn ein gesetzliches Gebot diese Rettung befiehlt. Wer sich an einer schadhafte Brücke gutmüthig über Tags als Wächter aufstellt und nun den Führer eines Wagens doch nicht warnt, weil er ihn für ein höchst gefährliches Subjekt ansieht, hat ihn nicht getödtet, wenn dieser auf der Brücke verunglückt. In beiden Fällen ist seitens des Nichtretters und Nichtwarners zum schädlichen Erfolg nicht einmal eine Bedingung gesetzt worden.

Wenn nun der Bahnwärter, der den Stein von den Schienen nicht wegzunehmen beschliesst, allerdings eine dem schädlichen Erfolge feindliche Bedingung vernichtet, und wenn er dadurch zum Urheber des Verbrechens werden soll, diess aber nicht werden kann, wenn er nur wegnimmt, was er selbst von Hindernissen gegen die Gefahr geschaffen hat, so müsste in jener Vernichtung der abhaltenden Bedingung

mehr enthalten sein als nur die Wegnahme einer selbstgesetzten Schranke gegen den Eintritt der Gefahr. Da nun aber, wie allseitig anerkannt wird, die sog. Unterlassung das genaue Gegenstück zu der ihr vorausgehenden Handlung bildet, so müsste demnach in dieser Handlung mehr enthalten sein als nur die Setzung einer abhaltenden Bedingung, soll anders deren Vernichtung als Verursachung eines Erfolges erscheinen.

Die nähere Ausführung des Satzes wird zeigen, wie eine stichhaltige Theorie über »die Handlung durch Unterlassung« die richtigen Elemente der sich feindlich gegenüberstehenden Ansichten vereinigend gegen Beide Front machen muss.

Ich gehe aus von drei Fällen, die allgemein als Kommissivdelikte anerkannt werden. Der gute Schwimmer überredet den schlechten die grosse Schwimmpartie rheinabwärts mitzumachen und verspricht ihm ausreichenden Beistand, wenn seine Kräfte nachlassen sollten; im Uebermut lässt er ihn sinken, als der Ermattete um Hülfe ruft. Auf einer Wanderung treffe ich an einsamer Brücke den Brückenwärter in grosser Verlegenheit: die Brücke steht zwar noch, aber der Haupttragbalken ist gebrochen und zwar in einer für den gewöhnlichen Beobachter kaum bemerkbaren Weise. Der Wärter möchte nach dem nächsten Orte um Hülfe zu requiriren, andererseits darf er grade jetzt seinen Posten nicht verlassen. Ich erbiere mich ihn bis zu seiner Rückkunft zu vertreten; er entfernt sich, die Langeweile schläfert mich ein, und während meiner Ruhe fährt ein schwerbeladener Holzwagen auf die Brücke: sie bricht ein: Wagen und Pferde gehen zu Grunde, der Führer wird zwischen den gebrochenen Balken zerquetscht. Auf seiner Runde trifft ein Gensdarmes einen steckbrieflich verfolgten Verbrecher; er will den notorisch gefährlichen Menschen gebunden auf seinen weiten Weg mitnehmen; dieser wehrt sich aufs Heftigste; ein Hausbesitzer legt sich ins Mittel, erklärt sich bereit, den Ergreifenen bis zur Rückkunft des Polizisten sicher zu verwahren, und verschliesst ihn in ein hochgelegenes Zimmer. Als er bemerkt, wie dieser versucht mit Dietrichen das

Schloss zu öffnen, denkt er, er mag laufen, und lässt ihn entweichen.

Diese drei Fälle veranschaulichen die drei Gestalten, deren Eine jene Handlung annehmen muss, soll es zu einem unechten Unterlassungsverbrechen kommen.

Bei ihnen allen stellt sich der Handelnde allerdings als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung auf: allein damit nicht genug setzt er ausserdem positive Bedingungen zum schädlichen Erfolge (der gute Schwimmer veranlasst den schlechten sich in Gefahr zu begeben und zwar ohne weitere Vorsichtsmaassregeln zu treffen); oder aber er verursacht den Wegfall vom Erfolge abhaltender Bedingungen (er veranlasst den Brückenwart seinen Posten zu verlassen); oder endlich hindert er die Entstehung anderer den Erfolg abhaltender Bedingungen (der Hausbesitzer tritt der Knebelung des Gefangenen entgegen). Oft genug vereinigt auch die Handlung zwei oder drei jener Merkmale: der gute Schwimmer veranlasst nicht nur seinen schwachen Gesellen sich dem Strome zu vertrauen, sondern er nimmt ihm auch den Schwimmgurt ab, den dieser Vorsichts halber angelegt hat, und springt mit ihm ins Wasser ehe der zur Mitfahrt bestimmte Kahn nur Zeit findet ihnen zu folgen. Die Handlung enthält also gleichzeitig eine Förderung und eine Hinderung des schliesslich eingetretenen Erfolges³⁰⁰.

Diese Kombination von fördern und hindern, die in der menschlichen Thatenwelt so ungemein häufig vorkommt, zeigt hier nur zwei Eigentümlichkeiten.

³⁰⁰ Man begreift hier leicht, dass Jede der beiden einander feindlichen Theorien (Krug, Glaser — v. Buri, Ortmann) nur je ein Bestandtheil dieser zusammengesetzten Handlung urgiren: die erste übersieht die Hinderung und glaubt ausserdem Förderung und Verursachung identifiziren zu dürfen. Die zweite übersieht, dass die abhaltende Bedingung nur Aequivalent für die Förderung ist, und vermag desshalb das kausale Element in der »Unterlassung« nicht nachzuweisen.

a. Die Hinderung (das Setzen der abhaltenden Bedingung) soll nemlich nach Absicht des Handelnden ein Aequivalent für die Förderung (das Schaffen der positiven oder Vernichten der negativen Bedingungen) bilden, und diese Absicht muss sich realisiren, falls es zu einer sog. Unterlassungshandlung kommen soll. Daraus ergibt sich schon, dass jene Förderung durchaus nicht in der Absicht geschehen darf den Erfolg herbeizuführen: denn sonst könnte die Beschaffung des Aequivalents nur Schein sein sollen. Ist die aufgestellte negative Bedingung zu schwach um die aufgestellten positiven zu balanciren, so ist die Ursache zum Erfolge gesetzt, falls sie auch noch längere Zeit brauchen sollte ihre Wirkung zu üben. Wer eine schwere Last von den fremden Schultern nimmt um sie auf den eigenen weiterzutragen und unvermögend sie zu halten sie fallen lässt, begeht keine Sachbeschädigung durch Unterlassung, ebenso wenig wie der gute Schwimmer, der in Ueberschätzung seiner Kräfte den Schlechten in den Strom gelockt hat, und ihm dort helfen will, als er beginnt zu sinken, aber zu schwach dazu ist, nicht dadurch tötet, dass er selbst als abhaltende Bedingung nicht funktionirt. Beide verursachen den Erfolg nicht durch die Unterlassung, sondern durch die ihr vorausgehende Handlung, weil sie grade durch diese das Uebergewicht der positiven über die negativen Bedingungen bewirken. Desshalb muss auch im Moment dieser Handlung Schuld mit Bezug auf die eingetretenen verbrecherischen Erfolge vorhanden sein, falls es überhaupt zum Verbrechen kommen soll³⁰¹.

³⁰¹ Es können hier Fälle entstehen, welche die Beurtheilung nur zu leicht irreleiten. Wenn der gute Schwimmer sich Kräfte beimisst, die er entfernt nicht besitzt, dadurch den schlechten Schwimmer ins Wasser lockt und nun dem Sinkenden absichtlich nicht zu Hülfe kommt, während er ursprünglich beabsichtigt ihm beizustehen, diess aber seiner Schwäche wegen gar nicht vermöchte, so darf er nicht wegen vorsätzlicher, sondern nur wegen fahrlässiger Tödtung verurtheilt werden. Denn die Ursache ist gesetzt, bevor der dolus eintritt. Doch wird hier der Beweis, dass er zum Retten zu schwach war, möglicherweise grosse Schwierigkeiten bereiten.

Hier deuten sich denn auch die Fälle von selbst, wo Jemand erklärt seinerzeit als abhaltende Bedingung wirksam werden zu wollen, von Anfang an aber beabsichtigt diess nicht zu thun. Sie bilden nur eine Potenzirung der eben besprochenen Erscheinungen: der Handelnde bietet nicht nur ein ungenügendes Aequivalent gegen die von ihm ausgehende Förderung des schädlichen Erfolges, sondern gar keines. Und so setzt er die Ursache zu ihm schon im Moment der Uebernahme des Amtes oder der Stelle, soweit eben diese Ursache durch seine Thätigkeit zu Stande kommen soll, und wartet der weiteren seinem Vorhaben günstigen Bedingungen, die durch Hinzutritt zu dem von ihm selbst geschaffenen den Erfolg herbeiführen sollen. Er lockt den schwachen Gesellen in den Strom und erwartet, dass der Strom ihn ermüden, die Ermüdung ihn unter die Wellen ziehen werde; er lässt sich zum Bahnwart machen und harret der Hindernisse, die dem Betriebe sei's durch die Natur sei's durch Menschenhand bereitet werden und die selbst zu bereiten er zu feige ist.

Auch hier kann es nicht zu unechten Unterlassungsverbrechen kommen, die ohne Vernichtung einer selbstgesetzten negativen Bedingung unmöglich sind. Und so muss die Theorie der Handlung durch Unterlassung diese Fälle einfach als zu ihrem Gebiete nicht gehörig bei Seite lassen, weil die Unthätigkeit des Bahnwärters im kritischen Zeitpunkte, nachdem er nemlich das Hinderniss bemerkt hat, ein echtes Nichtsthun darstellt. Dies zu erkennen ist deshalb von Wichtigkeit, weil der Vorsatz bei der verursachenden Handlung den schädlichen Erfolg selbst dann als einen dolus herbeigeführten erscheinen lässt, wenn der Bahnwärter das entstandene Hinderniss aus Unachtsamkeit gar nicht bemerkt hat oder es auch mit grösster Anstrengung gar nicht bemerken konnte. Hat freilich der Bahnwärter inzwischen den dolus aufgegeben und sich entschlossen der Gefahr gegebenen Falls wirklich entgegenzutreten, so ist die Möglichkeit eines Unterlassungsverbrechens wieder entstanden, und für seine Beurtheilung fällt wieder nur die Verschuldung ins Gewicht.

die zur Zeit der Vernichtung der gesetzten negativen Bedingung obwaltet.

Ebensowenig aber wie das Unterlassungsverbrechen möglich wird, wenn durch die aufgestellte abhaltende Bedingung die Wirksamkeit der gesetzten positiven nicht paralytisch zu werden vermag, kann es dazu kommen, wenn die aufgestellte negative Bedingung nicht Äquivalent für eine sei's geringere sei's bedeutendere Förderung des Erfolges durch dieselbe Persönlichkeit³⁰² ist, in deren Entschluss die negative Bedingung gefunden werden muss³⁰³.

Grade desshalb bin ich nicht Urheber des Todes eines von mir in voller Hilflosigkeit aufgefundenen schwer Verwundeten, dem ich das Versprechen nicht halte einen Arzt zu senden: ich werde es aber sofort, wenn der Kranke mit Aufgebot der letzten Kräfte noch menschliche Hilfe hätte erreichen oder Hilfe von Vorüberkommenden hätte erlangen können und ich ihn nun zum Ausharren veranlasst habe, bis Niemand mehr kömmt oder dem verlassenen Manne die letzten Kräfte geschwunden sind.

Jene Förderung kann aber in der allerverschiedensten Weise geschehen, nicht nur durch Ueberredung von Menschen sich gefährlichen Lagen auszusetzen oder die Gefahr ihrer Lage zu steigern, nicht nur durch Abhalten Anderer sich der Gefahr entgegenzustellen, sondern durch jedes Setzen einer fördernden und durch jedes Vernichten einer abhaltenden Bedingung, worin schon die Verhinderung der Entstehung solcher eingeschlossen liegt³⁰⁴.

³⁰² Ob diese Persönlichkeit den Erfolg eigenhändig fördert oder durch Beauftragte fördern lässt, ist gleichgültig: auch in letzterem Falle hat sie ihn befördert. So wenn der gute Schimmer den schlechten zur Schwimmpartie nicht selbst überredet, sondern diese Aufgabe einem gemeinsamen Freunde überträgt. Fallen die Rollen des Fördernden und des Hindernden wirklich aus einander, so kann die Aufhebung der Hinderung durch Letzteren unmöglich verursachen.

³⁰³ Vgl. die einseitige, für diese eine Seite aber sehr richtige Bemerkung von Glaser a. a. O. S. 318 (s. oben S. 220), der nur die Förderungshandlungen auf zu wenige Typen zurückführt.

³⁰⁴ Bei dem unendlichen Reichtume der Erscheinungen nur einige Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. II. 16

Diese Aequivalenten-Natur der gesetzten negativen Bedingung wird am leichtesten verkannt, wenn derjenige, der beschliesst der Gefahr entgegenzutreten, dafür andere negative Bedingungen am Entstehen verhindert. Diess gründet darin, dass in diesen Fällen häufig nicht bestimmte andere Vorsichtsmaassregeln schon in Aussicht genommen sind, deren Entstehen der Handelnde abwendet, sondern dass vielleicht über die zweckmässigen Anstalten erst reflektirt werden soll, nachdem festgestellt ist, dass sich keine Menschen finden, welche das Wächteramt gegenüber der Gefahr auf sich nehmen wollen. Denke man, eine Eisenbahn ist durch eine fast menschenleere, schwer bewohnbare Gegend gelegt worden: die Gesellschaft probirt Bahnwärter zu werben, ist aber entschlossen zu fahren, auch wenn es ihr nicht gelingt, und nun tritt der Bahnwart sein Amt an. Wie leicht könnte man hier sagen, er stelle dadurch nur eine negative Bedingung auf ohne irgend wie andere abhaltende Bedingungen am Entstehen gehindert zu haben. Und doch wäre diess falsch: im allerschlimmsten Falle, wenn nemlich Wärterpersonal nicht hätte beschafft werden können, würde wenigstens der Lokomotivführer zum vorsichtigeren Fahren veranlasst worden sein, während dieser sich nun bei vorhandenen Wärtern auf diese verlässt.

Es kann gar nicht scharf genug betont werden, wie ein Verursachen dadurch nicht möglich ist, dass sich Jemand zur abhaltenden Bedingung macht und als solche später

wenige Beispiele der letzten Typen: ich hetze im Scherz meinen Hund, weil ich weiss, dass er aufs Wort zurückkommen wird, ich rufe ihn nachher nicht zurück; ich mache Vergiftungsversuche an einem Menschen in der Absicht ihm rechtzeitig Gegengift zu geben und versäume es; ich fahre mit lebhaften Pferden und lasse mich vom Schläfe übermannen; der Lokomotivführer setzt die Maschine in Gang und springt in blindem Schrecken herunter; ich dulde nicht, dass an gefährlicher Stelle eine Barriere aufgeführt werde, weil meine Wachsamkeit genügender Schutz gegen die Gefahr sei; der Geschirrführer lässt es nicht zu, dass seinem leicht scheuenden Pferde Scheuklappen angelegt werden u. s. w.

nicht fungirt, während er nicht zugleich irgend wie den Eintritt des Erfolges gefördert hat.

Es liegen keine Handlungen, sondern reine Unterlassungen vor, wenn Jemand der Mutter eines tollkühnen Schwimmers, der ihren Abmahnungen ebensowenig Gehör giebt als ihren Bitten wenigstens bestimmte Vorsichts-Maassregeln zu treffen, hinter seinem Rücken verspricht ihm helfend zur Seite zu bleiben, und diess hinterher selbst in der schwärzesten Absicht unterlässt. Der Schwimmer wäre doch geschwommen und genau so unvorsichtig und ungeschützt, als diess in Wahrheit geschehen ist: die Entschlüsse des Andern ihn zu retten und dann ihn nicht zu retten heben sich als Bedingungen auf, und so hat er zum Erfolge nichts beigetragen. Ebenso wenn nach anscheinend gelöschtem Brande die Löschmannschaft sich mit ihren Geräten nach Hause begiebt — ohne irgend weitere Schutzmaassregeln für nötig zu halten, und nun Einer aus ihrer Mitte erklärt noch an der Stelle bleiben zu wollen, zurtückbleibt, einschläft und so nicht bemerkt, dass die Flammen wieder aufkommen. Ebenso wenn ein Arzt auf seiner Wanderung einen vom Felsen gestürzten, bewusstlos liegenden Jäger findet, diesen nun kunstgerecht verbindet, und sich dann nicht weiter darum kümmert, auch wenn er diess zu thun beschliesst; während sich der letzte Fall sofort dadurch ändern würde, dass der Arzt Operationen vorgenommen hätte, die eine längere kunstgerechte Behandlung erforderten, und dass er sich nachher dieser Mühe entzöge ohne für den Eintritt eines andern Sachverständigen in seine Stelle gesorgt zu haben.

Fasst man das Kraftverhältniss von Förderung und Hinderung ins Auge, so kann nicht nur die erste sehr gering und die zweite relativ sehr stark sein oder die erste der zweiten gleichstehen, sondern die gesetzte abhaltende Bedingung kann auch weniger stark sein als die vernichteten Bedingungen gleicher Art: nur muss sie immer noch stark genug sein den Erfolg abzuhalten. Ein Krankenwärter, der den andern verdrängt, kann besser oder schlechter oder gleich gut sein wie der verdrängte.

Es leuchtet nun sofort ein, wie es auf das relative Verhältniss positiver und negativer Bedingungen wirken muss, wenn Jemand eine von ihm gesetzte abhaltende Bedingung vernichtet, welche ein Aequivalent seiner Förderung des schädlichen Erfolges darstellt. Wer seinen Freund anreizt sich im Vertrauen auf Kraft und Gewandtheit des Anstifters einem gefährlichen Experiment auszusetzen und bei der Anstiftung gewillt ist ihn nöthigenfalls der eingetretenen Notlage zu entreissen, im entscheidenden Zeitpunkte aber das Gegentheil beschliesst, der hat eine abhaltende Bedingung gesetzt und später vernichtet, allein grade durch diese Vernichtung ist, wenn ich so sagen darf, die bisher mit ihrem Aequivalent verbundene Förderung, die er durch Anreizung zum Experiment dem Eintritt der Gefahr hat zu Theil werden lassen, frei geworden: sie beginnt erst in demselben Augenblicke ihre freie Wirksamkeit als Förderung zu entfalten, wo der ihr angelegte Hemmschuh weggezogen wird³⁰⁵.

³⁰⁵ Nehme man an, das Verhältniss positiver und negativer Bedingungen wäre vor dem Eingreifen des Handelnden das von 2 (P) : 3 (N) gewesen; er hätte die Kraft der positiven Bedingungen auf 3 gesteigert, und als Aequivalent auch die der negativen um 1 vermehrt. Diess 1 hätte er später wieder beseitigt: in demselben Augenblick verursacht er, dass beide Bedingungsmassen im Verhältniss von 3 : 3 stehen. Nun denke man das ursprüngliche Verhältniss als das von 3 : 3; Jemand steigert beide Theile auf 4 : 4 und vernichtet nachher nur die von ihm gesetzten abhaltenden Bedingungen, so dass deren Masse wieder auf 3 herabsinkt. In demselben Augenblicke bewirkt er das Verhältniss 4 (P) : 3 (N); mit anderen Worten, in demselben Augenblicke wird der Erfolg verursacht. Hätte dagegen der Handelnde vollständig paralysirt, was er gethan, so würde er nie als Urheber erscheinen können, sei es nun, dass er 2 : 3 erst in 3 : 3 umgestaltet und dann wieder in 2 : 3 verwandelt, oder sei es, dass er 3 : 3 in 3 : 4 und dann wieder in 3 : 3 umgesetzt hätte. Wie aber, wenn das Verhältniss ursprünglich 3 : 3 war, nun Jemand die negativen Bedingungen auf 4 gesteigert hat, inzwischen von ihm ganz unabhängig auch die Kraft der positiven Bedingungen auf 4 gestiegen ist, und er nun die von ihm gesetzten negativen Bedingungen wieder vernichtet, also auf 3 abmindert? Durch Erdarbeiten auf meinem Acker habe ich vorübergehend den Damm eines fremden Teiches dadurch verstärkt, dass ich die aufgegrabene Erde davor warf; nachdem das Was-

So lange ein Bahnwart, der durch allerlei Künste veranlasst hat, dass er und nicht sein tauglicherer Mitbewerber die Stelle erhielt, seiner Pflicht nachkommt, deckt er aus eignen Mitteln das Deficit, was er der Gesellschaft verursacht hat; in demselben Augenblick, wo er seine Leistung einstellt, während es grade gölte der Gefahr zu begegnen, verursacht er zugleich den Wegfall der Deckung und die verderbliche Wirkung des von ihm selbst herbeigeführten Mangels. Nicht nur, dass er selbst nicht mehr als abhaltende Bedingung fungirt, sondern es wird auch in diesem Augenblick zugleich empfindlich und verderblich, dass er die andern abhaltenden Bedingungen im Keime erstickt hat, die ihre die Gefahr beschwichtigende Kraft grade jetzt üben würden, hätte er sie nicht zerstört.

Die eigentümliche Kombination von Förderung und Hinderung des Erfolges also, wonach letztere nur Aequivalent der ersteren ist, hat notwendig die Folge, dass die Kraft der gesetzten positiven Bedingungen so lange suspendirt wird als das Aequivalent erhalten bleibt, dass dagegen der Wegfall des Letzteren sofort den Ersteren ihre den Eintritt des Erfolges befördernde Wirkung zurückgiebt, dass somit die Zerstörung der selbstgesetzten abhaltenden Bedingung mehr ist als nur eine Annulation eigener Thätigkeit, weil mit ihr eine Erweckung der selbstgesetzten positiven Bedingungen zu voller Wirksamkeit untrennbar verbunden ist. Geschieht nun der Wegfall des Aequivalents unter sehr

ser des Teiches durch Regengüsse stark gestiegen, schaffe ich meine Erde wieder an ihre Stelle, und nun bricht der Damm. Man wäre hier vielleicht versucht zu sagen, die Thatsache des Dammbbruches sei dann durch mich in keiner Weise verursacht: denn ohne meine Thätigkeit wäre er genau grade so gebrochen; nur der Zeitpunkt des eintretenden Erfolgs wäre durch mich bestimmt; möglicherweise läge nun allerdings in dieser Verzögerung des Dammbbruches eine Verstärkung seiner Wirkungen, und für diese könnte ich dann verantwortlich gemacht werden, nicht aber für die Ueberschwemmung selbst. Allein, dass durch meine Thätigkeit die Ueberschwemmung, die eingetreten ist, verursacht wurde, ist unleugbar (die Schuldfrage bleibe hier bei Seite): es liegt hier einer der oben S. 235 oben charakterisirten Fälle vor.

günstigen Verhältnissen, nemlich bei grosser Kraft der abhaltenden und bei geringem Vermögen der hinwirkenden Bedingungen, so enthält er zwar immer noch eine Verstärkung der Letzteren, aber nicht notwendig eine Verursachung des Erfolges; stehen dagegen beide Bedingungsmassen einander gleich, kann der Erfolg also nur durch Wirksamkeit der gesetzten abhaltenden Bedingung hintertrieben werden, und wird nun das Aequivalent vernichtet, so enthält diess allerdings die Verursachung des Erfolges³⁰⁶. Als Zeitpunkt der Verursachungshandlung kann also nicht der Moment betrachtet werden, in welchem Jemand positive Bedingungen zu einem Erfolge gesetzt, deren Wirksamkeit aber durch den Hemmschuh der entsprechenden Hinderung gelähmt hat, sondern die Verursachung fällt zeitlich zusammen mit der Zerstörung jener Bändigung, wodurch die selbstgesetzten positiven Bedingungen zu neuem Wirken als solche erweckt werden.

b. Die Beachtung dieser Thatsache ist desshalb grade hier von solcher Wichtigkeit, weil durch jene der »Unterlassung voraufgehende Handlung« regelmässig nicht nur eine auf momentane Wirkung angelegte Modifikation in den Bedingungsverhältnissen eintritt, wie sie eben der Wechsel der Zeiten mit sich zu bringen pflegt, sondern weil ein dauerndes Spannungsverhältniss der Bedingungsmassen stabilirt werden soll. Der Handelnde stellt sich für eine bestimmte Zeit als abhaltende Bedingung auf: nemlich genau für die Zeit, während der entweder die von ihm gesetzten positiven Bedingungen für den Erfolg wirksam bleiben, oder die von ihm hintertriebenen Vorsichtsmaassregeln in Rücksicht auf ihn nicht gegen den Erfolg in Wirksamkeit gesetzt worden sind. Ist diese Zeit verflossen, hat der gute Schwim-

³⁰⁶ Liegt nur ein kleiner Stein auf den Schienen und der Wärter lässt ihn absichtlich liegen, so hilft sich die Lokomotive möglicherweise selbst; ist aber das Hinderniss dafür zu gross und zugleich für Lokomotivführer zu schwer bemerklich, so wird der Bahnwärter durch sein Verhalten Urheber des Unglücks.

mer den schlechten erst glücklich ans Land gebracht und Letzterer wirft sich trotz des Ersteren Abmahnung nochmals in den Strom, oder hat der Wächter sein Amt nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt übernommen und verlässt seinen Posten dann unabgelöst, so stehen Beide mit dem später eingetretenen Unglück selbst dann ganz ausser Kausalzusammenhang, wenn sie es mit Leichtigkeit hätten vermeiden können.

Für jene bestimmte Zeit aber übernimmt der Handelnde eine sehr schwer wiegende Verantwortung. Denn die Schranke, die er in seinem festen Entschlusse der Gefahr zu begegnen wider diese errichtet hat, bleibt während dieser Zeit immer ein und dieselbe: weder sein Wahrnehmungsvermögen noch seine Vernunft noch seine Kraft steigern sich währenddessen; höchstens erlangt er einige Uebung in seinem Dienste, die er früher nicht besass und die ihn als tauglicheren Kämpen erscheinen lässt.

Dieser stets gleich bleibenden Kraft der Defensive gegenüber, deren sich der Handelnde schon bei Uebernahme seines Amtes bewusst ist, kann die Offensive während dieser Frist an Macht ebensowohl abnehmen als wachsen: und dieser möglichen Steigerung der Gefahr ist sich der Handelnde zur Zeit des Eintritts in seine Stellung gleichfalls bewusst. In ihr liegt ja regelmässig der Grund, dass ihm das Amt übertragen wird: er soll der Ableiter für zur Zeit höchstens generell aber noch nicht speciell bekannte Gefahren von noch unbekannter Heftigkeit werden. Und nicht nur, dass er sich bereit erklärt diess zu sein, setzt er auch noch positive Bedingungen zum Eintritt des Erfolges oder tritt der Ergreifung anderer Vorsichtsmaassregeln entgegen. Er weiss also, dass der von ihm ausgehenden Förderung des Erfolges durch Schaffung positiver oder durch Vernichtung negativer Bedingungen noch andre positive Bedingungen hinzutreten werden oder jedenfalls hinzutreten können: er ist damit einverstanden, dass diess so kommt, obgleich in demselben Maasse als es geschieht, seine Verantwortlichkeit wächst. Er kann die Naturkräfte nicht in seinem Sinne lenken, kann

nicht die anderen Menschen abhalten ihm seine Aufgabe zu erschweren; er muss es ruhig hinnehmen, wenn Feinde die Gefahr der Lage so steigern, dass lediglich und allein von seiner Beharrlichkeit der Nichteintritt des verderblichen Erfolges abhängt, und was schlimmer ist, er muss es ruhig hinnehmen der Urheberschaft an diesem Erfolge geziehen zu werden, falls er diesen von fremden Händen geschürten Brande zu begegnen vermochte, es aber nicht thut, mag er auch Jahrzehnte lang vorher ein Muster treuer Pflichterfüllung gewesen sein. Auch ist es für diese seine Urheberschaft ganz gleichgültig, ob die früher von ihm ausgehende Förderung des Erfolges klein oder gross war: denn auch die kleine Förderung wird grade in diesem Moment, wenn zu neuer Wirksamkeit erweckt, von kausaler Bedeutung.

Das Einzige, wodurch diese inhaltsschwere Verantwortlichkeit einigermaassen erleichtert wird, ist die Thatsache, dass es nur ganz bestimmte Erfolge zu sein pflegen, denen gegenüber der Handelnde als negative Bedingung zu fungiren unternimmt. Wenn von den beiden Schwimmern der Schlechte nicht aus Unfähigkeit seine Bewegung im Wasser zu reguliren sondern aus Uebermut sich den Rädern eines Dampfbootes zu nahe wagt, so braucht sein Geselle diese Gefahr ebensowenig zu bekämpfen, als er nötig hätte im Meere mit einem Haifische anzubinden, der seinen Genossen aufs Korn genommen hätte. Wer berufen ist an einer schadhafte Brücke zu warnen, diese Pflicht erfüllt und doch unvermögend ist einen leichtsinnigen Geschirrführer vom Weiterfahren abzuhalten, braucht diesem nicht mitzuthellen, dass jenseits der Brücke ein Betrunkener schlafend am Wege liegt, und hat zu dessen Tod unter den Rädern des Wagens nichts beigetragen.

Diese gegenständliche Einschränkung ist gegenüber der längern zeitlichen Erstreckung jener Verantwortlichkeit gradezu unumgänglich notwendig.

II. Wesen der »Unterlassung« selbst. Die Analyse der ihr vorausgehenden Handlung hat auf sie schon so helles Licht geworfen, dass wir Schein und Wahrheit zu

scheiden vermögen und hinter der Maske der Ruhe die Bewegung, die doppelte Handlung erkennen, die sich hinter ihr verbirgt.

1. Der Bahnwärter, der dolos oder culpos den auf die Schienen gefallenen Stein nicht entfernt, der Feuerwächter, der dem Wiederaufkommen der Flamme ruhig zusieht, der Gefängniswärter, der seinen Gefangenen die Nahrung nicht reicht: was thun sie zunächst? Sie haben sich selbst als abhaltende Bedingung zwischen die Gefahr und die Gefährdeten geschoben: indem sie sich entschliessen die ihrer Kraft gegen die Gefahr gegebene Richtung umzukehren, hören sie auf zu sein, was sie waren, sie vernichten sich selbst als den Erfolg abhaltende Bedingung. Dadurch erleichtern sie zunächst den zum Erfolge wirkenden Bedingungen das Uebergewicht zu gewinnen. Es ist richtig: ihre Unthätigkeit hat keine kausale Bedeutung; allein die Unthätigkeit selbst ist nur Folge einer Handlung: die abhaltende Bedingung functionirt nicht als solche, weil ihre Functionsfähigkeit zerstört worden ist. In diesem Zerstören liegt der eine Theil der Handlung, welche sich hinter der Unterlassung verbirgt.³⁰⁷ Betrachte man noch einmal das Beispiel des trefflichen Schwimmers, der dem ungetübten Wagehals im Falle seines Sinkens die Hand zu reichen versprochen hat.

³⁰⁷ Fast dasselbe hat v. Buri, Gerichtssaal 1869 S. 199 unten und S. 200 ausgesprochen. »Der Handelnde hat in der vorausgegangenen Handlung den Willen, den möglichen Erfolg abzuwenden, niedergelegt und es ist hierin eine dem Erfolg entgegenwirkende causa zu erkennen . . . die Verhinderung einer entgegenwirkenden Ursache, und darum erscheint die Umänderung des ursprünglichen Willens als kausal.« Dagegen ist der Satz auf S. 199: »Die Causalität für die nunmehr begründete Strafbarkeit liegt in der vorausgegangenen Handlung, der subjective Grund für die Strafbarkeit hingegen in der Trennung des bestehenden Willenszusammenhanges, durch welche an die Stelle des straflosen ein strafbarer Wille in das Geschehene übertragen worden ist«, entweder wirklich noch ein unzulässiges Compromiss mit der früheren Auffassung, oder aber verstehe ich den Satz falsch, wie denn überhaupt die beiden Absätze auf S. 198 und 199 dem Verständniss grosse Schwierigkeiten bereiten.

So lange er bei diesem Entschlusse verharret, ist das Leben des schlechten Schwimmers wenig gefährdet: die Kraft, die ihn nach dem Grunde zieht, ist mehr als aufgewogen durch die Kraft, welche es sich zur Aufgabe gestellt hat ihn oben zu halten; in demselben Augenblicke, wo diese Kraft jener Aufgabe abspenstig gemacht wird, tritt der Umschlag in dem Spannungsverhältnisse zu Ungunsten des Wagehalses ein. Wer könnte die tiefgehende Einwirkung auf die Welt der Bedingungen hier verkennen? Die ganze »Unthätigkeit« ist Produkt des Handelns. Wäre der gute Schwimmer abhaltende Bedingung geblieben, sein Körper hätte das Streben nach dem Sinkenden hin gehabt, seine Hand hätte sich nach ihm ausgestreckt; er aber hielt seinen Willen zurück diese Bewegungen zu erzeugen: sein Nichtsthun ist eine künstlich und absichtlich zurückgestaute Thätigkeit. Ja häufig schlägt diese in sehr erkennbarer Weise die umgekehrte Richtung von der ihr vorgeschriebenen ein: der gute Schwimmer entfernt sich absichtlich von seinem Genossen; der Gefängnißwärter geht an der Zelle dessen vorbei, den er ernähren sollte. Hier sehen wir die Vernichtung der abhaltenden Bedingungen vor Augen³⁰⁸. Man würde diess weniger übersehen haben, wenn diese Vernichtung der abhaltenden Bedingung nicht häufig den Schein völliger Unthätigkeit anzunehmen wüsste, wenn sie sich nicht oft scheinbar lediglich innerhalb eines Menschen abspielte. Allein die Handlung ist ganz die nämliche, mag nun Jemand einen Dritten, der zur Rettung des Gefährdeten herbeieilt, zur Seite schleudern oder ihn lahm legen, oder mag er diess mit sich selbst vollziehen. Eine ganz analoge Erscheinung wie diese Vernichtung einer den schädlichen Erfolg abhaltenden Bedingung auf dem Gebiete des Strafrechts pflegt man richtiger aufzufassen: ich meine den freiwilligen Rücktritt vom Versuch³⁰⁹. Hier hat der Thäter einige zum Erfolg wirkende

³⁰⁸ Es ist bekannt, wie Luden, Abhandlungen II S. 220 ff., der öfters richtige Beobachtungen falsch ausbeutet, diese Thatsache outrirt. Treffend dagegen Krug, Abhandlungen S. 30.

³⁰⁹ Auch auf diese Analogie ist schon v. Buri a. a. O. S. 199 gekom-

Bedingungen gesetzt und fällt nun auch plötzlich in Unthätigkeit: er schießt das angelegte Gewehr nicht los, er lässt den erhobenen Stock nicht auf den Gegner niederfallen, der schon zum Diebesgriff ausgereckte Arm hält ein. Allein die fernere Passivität kann unmöglich den Grund dafür abgeben, dass der Thäter für das Gethane nicht verantwortlich gemacht werden darf. Der Grund davon liegt vielmehr darin, dass, was zum Verbrechen geschah, ungeschehen gemacht wird, dass die zum Erfolg wirkenden Bedingungen als solche vernichtet werden: wie man denn ja auch gar keinen Zweifel hat, wo eine augenfälligere Thätigkeit zur Hemmung der verbrecherischen Thatseite notwendig wird, diese von dem Thäter zu verlangen, widrigenfalls er verantwortlich bleibt. Dasselbe active Hemmen der Thatseite in ihrer Entwicklung liegt aber auch da vor, wo der vom Versuch Rücktretende scheinbar in Passivität sinkt.

2. Dieser Handlungsbestandtheil der »Unterlassung« reicht aber durchaus nicht hin ihren Urheber zugleich zum Urheber des in Folge derselben eingetretenen Erfolges zu machen. Sonst würde auch der zum Mörder, der einem Ertrinkenden zu Hülfe zu kommen beschliesst und nachher seine Gesinnung ändert, oder der vielleicht schon zu diesem Zweck einen Strick ins Wasser geworfen hat, und, nachdem er in dem Ertrinkenden einen der schlimmsten Landstreicher erkannt hat, den Strick wieder einzieht ohne sonst das Ertrinken auch nur um das Geringste zu fördern. Und doch ist das Gegentheil allgemein anerkannt. Ganz mit Recht! Denn wer von Bedingungen nur vernichtet, was er selbst gesetzt, bevor diess von Andern oder von der Natur als Baustein weiter verwendet worden und so mit anderen Bedingungen in unlösliche Verbindung getreten ist, dessen Thätigkeit gehört zwar auch der Geschichte an, in ihrer Wirkung bezüglich des eingetretenen Erfolgs ist sie aber gleich Null.

Jene Vernichtung der im eigenen Willen gesetzten abhaltenden Bedingung kann eine den Eintritt des schädlichen

men. Ihre Zulässigkeit wird von Ortmann, Gerichtssaal 1874 S. 442 ff. angefochten: aber aus ganz unstichhaltigen Gründen.

Erfolgs fördernde Bedeutung nur dadurch erlangen, dass die zerstörte Schranke Aequivalent war für die Förderung, die der Zerstörer früher selbst dem Eintritt des schädlichen Erfolges hat zu Theil werden lassen. Ist sie diess aber gewesen, so muss, wie schon oben gezeigt, jene Vernichtung den Charakter der Förderung des Erfolgs annehmen.

Um dieser Wahrheit noch grössere Anschaulichkeit zu geben sollen zwei einfache Fälle nochmals mit einander verglichen werden. In einem Steinbruch dicht an der Fahrstrasse hat ein Steinhauer ein Sprengloch geschlagen, es mit Pulver gefüllt, die Lunte gelegt, sie angezündet, und er begiebt sich nun auf einen geschützten Punkt um die Passanten zu warnen. Er hat nun zwar die Ursache zu einer Explosion schon gesetzt, allein diese Explosion ist für Menschenleben durchaus ungefährlich, falls sich nicht gerade im Momente, wo sie eintritt, Menschen unterhalb der Sprengstelle auf der Strasse befinden. Die Ursache der Explosion also ist so lange nicht Ursache der Tödtung, als durch den Zufall oder menschliche Sorgfalt Menschen von der gefährlichen Stelle abgehalten werden. Um der Explosionsursache diesen ihren Charakter rein zu erhalten, beschliesst der Steinhauer als Warner zu dienen: so lange er diess thut und die Kommenden auf seine Stimme hören, gelingt diess ³¹⁰. Sobald er nicht weiter warnt und die Schranken, die er selbst zwischen der von ihm gelegten Lunte und dem Leben von Nebenmenschen aufgeführt hat, niederreisst, giebt er dadurch, dass er die Lunte nicht auslöscht und den Eintritt von Menschen in den Bereich der von ihm vorbereiteten Explosion duldet, der Ursache der Explosion zugleich die tödtliche Eigenschaft. Es leuchtet ein, dass grade die sog. Unterlassung verursacht: nemlich den tödtlichen Erfolg der Explosion, auf den es ja dem Strafrichter hier allein ankommt.

Verwandelt man das Beispiel um ein Weniges, so verkleinert sich dadurch der ursprüngliche Thatbeitrag zum Erfolg, die Verantwortlichkeit aber bleibt doch die Gleiche.

³¹⁰ Geben sie ihm kein Gehör, so stürzen sie sich selbst in den Tod, nicht er sie.

Nehme man an, der Steinhauer, der die Mine gelegt, höre schwere Wagen bergab kommen, die bei der Steile des Weges schwer vor dem Steinbruch Halt machen können, und in seiner Besorgniss befehle er einem sachkundigen Genossen, der oben noch arbeite, die Lunte lieber wieder zu löschen, und dieser verspreche es zu thun und rufe hinunter, es sei keine Gefahr mehr, sie brenne so wie so nicht mehr. Die Lunte aber glimmt allerdings weiter und die Explosion, die erfolgt, zerschmettert zwei der Wagen sammt ihren Führern, welche der Steinhauer unten nun im Vertrauen auf die Versicherung des kundigen Genossen ruhig passiren liess. Der Arbeiter, der die Lunte zu löschen übernimmt, macht sich zur negativen Bedingung, während er andere negative Bedingungen zerstört. Hätte er nicht das Auslöschten versprochen, so würde sein Genosse entweder diess selbst gethan oder wenigstens seines Warneramtes weiter gewartet haben. In beiden Fällen wäre die Entstehung der Tödtungsursache verhindert worden. Indem er jene Bedingungen beseitigt und nachher noch den Warner unten lahm legt, verursacht er den Erfolg. Hätte er selbst die Lunte gelöscht, so würde er für jene negativen Bedingungen das volle Aequivalent geleistet haben und der Erfolg wäre nicht eingetreten; hätte er jene abhaltenden Bedingungen nicht zerstört, so wären sie im Moment der Gefahr zur Vernichtung derselben wirksam geworden; so lange er selbst als abhaltende Bedingung fungirt, vermisst man die nicht, die er zerstört hat; sobald er aufhört jenes zu thun, bewirkt er, dass die Explosion Tödtungsursache wird³¹¹.

Genau dasselbe hätte er gethan, wenn er übernommen hätte die Warnungstafel auszustellen, und er diess versäumt, oder sie an den falschen Ort oder mit der Schrift nach innen zu gestellt hätte.

Ganz anders, wenn ein Spaziergänger eine Sprenglunte im verlassenen Steinbruch brennend findet, nun eine Zeit lang den Warner spielt, und dann weggeht, weil ihm der

³¹¹ Vgl. das interess. Urtheil des Obertrib. zu Stuttgart v. 8. April 1862 bei Seuffert, Archiv XV, n. 129 (S. 205 ff.)

Eintritt der Katastrophe zu lange dauert. Allerdings hat er vielleicht den Einen oder den Andern durch seine Warnung gerettet, und weil er vorzeitig weggegangen, ist der Verunglückte in den Tod gelaufen. Aber seine Warnung ist kein Aequivalent für positive Bedingungen zum Erfolg, die er früher gesetzt hat: und so kann, obgleich sein Entschluss wegzugehen für den Verunglückten gradezu verhängnissvoll geworden ist, in diesem seinem Verhalten nicht einmal eine Förderung, noch weniger die Verursachung des Erfolges gefunden werden.

Aus dem Wesen dieser sog. Unterlassungshandlung nun lassen sich eine Reihe wichtiger Konsequenzen ziehen.

1. Da die Verursachung erfolgen soll durch Zerstörung einer negativen Bedingung, so kann es zu ihr nur dann kommen, wenn das Functioniren der negativen Bedingung als solcher den Erfolg hintertrieben haben würde. Wäre dieser dennoch eingetreten, obgleich die abhaltende Bedingung nicht zerstört worden wäre, so ist ja evident, dass die Verursachung nicht durch jene Zerstörung erfolgt. Ist also Jemand zu schwach eine Gefahr zu pariren oder un- vermögend sie als vorhanden zu erkennen, so kann es unmöglich zu einem Verursachen durch Unterlassen kommen³¹². Denn wenn er auch mit Aufgebot aller Kraft gekämpft hätte, er wäre doch unterlegen. Das praktische wichtige Resultat liegt hier darin, dass derjenige, der diesen Kampf mit der Gefahr übernommen hat, hier den Kampf nicht einmal zu beginnen braucht, ohne dass er dadurch irgendwie für den Eintritt des verderblichen Erfolges verantwortlich würde.

³¹² In dem Falle N. 341 der Sammlung strafrechtl. Entscheidungen des k. k. oberst. Gerichts- und Cassationshofes (zu Wien), herausgeg. von Adler, Krall u. v. Walther I S. 216 setzt ein Ackersmann einen fünfjährigen Knaben auf ein Sattelpferd und geht vor dem Pferde her, es nur am Leitseil haltend. Die Pferde scheuen und das Kind stirbt vom Sturze. Der oberste Gerichtshof hob mit Recht das Unzureichende der getroffenen Schutzmassregeln hervor: »Es lag .. auf dem Thäter die natürliche Pflicht den Knaben am Körper zu halten, um ihn sogleich bei einer sich ergebenden Gefahr in Sicherheit bringen zu können«.

Sieht der zur Warnung aufgestellte Steinhauer, dass ein Wagen, dessen Pferde dem Führer durchgegangen sind, mit rasender Eile der Stelle der drohenden Explosion zueilt, dass also seine Warnung gradezu sinnlos wäre, so braucht er als abhaltende Bedingung nicht wirksam zu werden, weil er es nicht kann. Sieht der herbeigerufene Arzt, dass der Kranke rettungslos verloren und sein Leiden auch nicht momentan zu lindern ist, so braucht er nicht nur keine Kur zu versuchen, sondern er tritt auch durch sein gänzlich Wegbleiben nicht mit dem Tod des Kranken in kausale Verbindung. Der Untersuchungsrichter darf eine aussichtslose Klage selbst gegen einen wahrscheinlich Schuldigen ohne Weiteres ablehnen, ohne dem § 306 des Strafgesetzbuchs zu verfallen.

Wie aber, wenn der gute Schwimmer voraussehen konnte, dass er zu schwach sein würde den schlechten im Notfall zu retten? Dann verursacht er dessen Tod nicht dadurch, dass er seine Rettungsentschlüsse im kritischen Moment fallen lässt, sondern dadurch, dass er ihn veranlasst sich in eine Gefahr zu stürzen, die Todesgefahr durch jene Willensänderung nicht erst wird, sondern von Anfang an war. Ein Unterlassungsverbrechen liegt dann nicht vor.

Wie ferner, wenn Jemand in einer derartig verantwortlichen Stellung der Gefahr allerdings begegnen könnte, sich aber fälschlich für zu schwach hält oder den Kopf verliert? Es giebt beispielsweise ein Kutscher bei einem leichten Scheuen der Pferde von vornherein den Versuch auf die Thiere wieder zur Ruhe zu bringen und die Pferde ihre Führerlosigkeit benutzend gehen durch und rennen in eine Spiegelscheibe. Hier liegt ohne Zweifel Verursachung vor; die negative Bedingung wird vernichtet und dadurch der Schaden herbeigeführt. Kommt zur Verursachung die Schuld, so ist auch das Delikt fertig.

Wie endlich, wenn ein solcher Mann zwar im Sinne der Abwendung der Gefahr thätig wird, aber in unzuweckmässiger Weise, und desshalb seines Zweckes verfehlt, den er sonst offenbar erreicht haben würde? Bei der viel besprochenen

Schwimmpartie hätte der gute Schwimmer den sinkenden Genossen mit Leichtigkeit auf eine Sandbank retten können, statt dessen strebt er ihn nach dem entfernten Ufer zu ziehen, und da bei diesem Versuche auch seine Kräfte schliesslich erlahmen, lässt er ihn sinken. Der Bahnwärter ist zu schwach den auf die Schienen gewälzten Block zu entfernen; statt nun dem Zug entgegen zu gehen, um ihn vor dem gefährlichen Punkte zum stehen zu bringen, glaubt er mit starkem Hülferufen von seinem Posten aus das Unglück hindern zu sollen. Ist jene Unzweckmässigkeit der Handlungsweise eine beabsichtigte, so wird Niemand an der richtigen Antwort zweifeln, dass eben der Handelnde als abhaltende Bedingung nicht wirksam wird, Verursachung also vorliegt. Ganz dieselbe Entscheidung muss aber Platz greifen, wenn jene Unzweckmässigkeit eine unabsichtliche, aber für den betreffenden Mann im Amte eine vermeidbare war. Denn sich als abhaltende Bedingung aufstellen heisst nichts Anderes als den Willen auf das zur Abwendung des Erfolges Zweckdienliche richten, also auch die eigene Vernunft in den Dienst der Bekämpfung der Gefahr stellen. Nur ein vernünftiger Wille als Beherrscher einer ausreichenden Kraft vermag diesen Vorpostendienst gegen die Gefahr zu leisten.

2. Aus dem Wesen jener Handlung muss sich auch die Norm der sehr schwierigen Beurtheilung für eine andere Gruppe von Fällen ableiten lassen, deren Eigentümlichkeit zunächst kasuistisch anschaulich gemacht werden soll. Nehme man an, der gute Krankenwärter verdrängt den schlechten und ergreift nun absichtlich eine für die Wendung der Krankheit zum Guten notwendige Maassregel nicht; von der Möglichkeit und Dienstlichkeit dieser Maassnahme hat der verdrängte schlechte Wärter gar keine Ahnung und würde sie grade desshalb auch nicht ergriffen haben: die Wendung zum Bessern würde also auch ausgeblieben sein, wenn sich der zweite Pfleger nicht an Stelle des ersten gedrängt hätte. Um eine bestimmte Bahnwärterstelle bewerben sich nur zwei Personen; die eine wird der andern vorgezogen, weil sie ungewöhnlich scharfe Augen hat, während der Mitbewerber

etwas kurzichtig ist; und nun lässt der bestellte Bahnwart ein Hinderniss absichtlich auf den Schienen liegen, welches dem aus dem Felde geschlagenen Mitbewerber, der sonst zweifellos die Stelle erhalten haben würde, gar nicht bemerkbar gewesen wäre.

Werden nun der gute Krankenpfleger und der scharfsehende Bahnwart unter Anklage gestellt, so läge für sie die Einrede nahe: wenn man ihr ganzes Verhalten von der Uebernahme der Stelle bis einschliesslich zu dem Zeitpunkte, wo sie als abhaltende Bedingung nicht wirksam geworden wären, ganz wegdenke, so wäre ja der Erfolg doch eingetreten — darin liege der klarste Beweis, dass sie ihn nicht verursacht hätten.

Allein so plausibel der Einwand scheint, so wenig ist er es. Wir können wohl annähernd berechnen, ob die angestrenzte Thätigkeit eines Menschen unmittelbar vor Eintritt des verderblichen Erfolges im Stande gewesen wäre diesen Erfolg noch abzuwenden. Es liegt dann das bestimmte Spannungsverhältniss der Bedingungen unmittelbar vor der Katastrophe erkennbar vor unsern Augen: ebenso lässt sich Kraft und Gewandtheit eines Menschen annähernd schätzen; wir rechnen dann also mit einigermaßen bekannten Grössen. Unmöglich aber ist es zu berechnen, wie vor längerer Zeit vernichtete abhaltende Bedingungen jetzt gewirkt haben würden, wären sie existent geblieben. Der Kurzichtige hätte als Bahnwärter das Hinderniss vielleicht nicht von seinem Platz aus bemerkt, aber er hätte grade wegen seiner schlechten Augen beschlossen die Bahnstrecke möglichst viel zu begehen, und so würde er es dennoch wahrgenommen haben; oder es hätte ihm ein Dritter davon Meldung gemacht; oder der ganze Plan wäre grade ihm verraten worden.

So wäre jener Einwand schon wegen seiner Unbeweisbarkeit nicht zu berücksichtigen: es würde sonst stets die Wirklichkeit in Anbetracht von Möglichkeiten straflos bleiben. Allein selbst die Beweisbarkeit einmal angenommen wäre er nichtsdestoweniger unzulässig. Wenn Jemand negative Bedingungen von unberechenbarer Wirksamkeit vernichtet

und seinen Entschluss der Gefahr zu begegnen dafür als Aequivalent giebt, so liegt ja schon hierin eine tiefe Einwirkung auf die Welt der Bedingungen: der gute Krankenkünder, der an Stelle des schlechten, und der schlechte, der an Stelle des guten tritt. — beide können gar nicht genau nur das ersetzen wollen, was sie verdrängt haben, weil es für Beide gleich unmöglich ist: es kann sich kein Mensch, auch bei glühendster Phantasie nicht, in einen andern verwandeln. Beide setzen vielmehr ihr ganzes Kapital von Kraft und Geschicklichkeit als Kaufpreis für ihre Stelle ein und haben nun dafür zu sorgen, dass sie es nicht nachher in Häckerling verwandeln.

Unter ihrer Beihülfe ist nun eine Situation entstanden, wo Wohl oder Wehe allein von ihrer lebendigen Wirksamkeit als abhaltende Bedingung abhängt. Was berechtigt sie jetzt zu sagen: wir wollen nicht wirksam werden, weil Andere an unserer Stelle unfähig gewesen wären die Gefahr zu beschwören? Haben sie denn vielleicht den Eintritt des Erfolges abhängig gemacht von der Wirksamkeit dieser Andern? Haben sie diese nicht vielmehr grade aus ihrer verantwortlichen Stellung gedrängt um Alles auf die eigenen Schultern zu nehmen? Und wenn diese nur grade so viel tragen sollen wie die fremden, warum haben sie diese nicht ruhig weiter tragen lassen? Ist es denn endlich überhaupt ein Entschuldigungsgrund, dass ein Erfolg von Andern verursacht sein würde, wenn wir ihn nicht selbst verursacht hätten? Die Wirklichkeit der Kausalität kann doch nicht durch die Möglichkeit anderweitiger Kausalität alterirt werden!

Und so liegen hier echte Fälle der »Handlung durch Unterlassung« vor.

III. Durch die vorausgehenden Untersuchungen ist nun auch das Verhältniss der Schuld zur Verursachungshandlung bei den unechten Unterlassungsdelikten ins Klare gesetzt worden. In dem Zeitpunkte, in welchem die abhaltende Bedingung vernichtet und dadurch die Ursache erzeugt wird, muss Schuld vorhanden sein, als deren Verwirklichung die

Verursachungshandlung erscheint³¹³. Von einer culpa subsequens ist also auch hier gar keine Rede. Je nachdem in dem kritischen Moment Vorsatz oder Fahrlässigkeit obwaltet, ist das Delikt ein vorsätzliches oder ein nur kulpöses. Ganz irrelevant erscheint, ob bei der »der Unterlassung vorausgehenden Handlung« Handlungsfähigkeit vorhanden war oder nicht. Auch der Geistesgestörte, dem ein Wächteramt übertragen wird, stellt sich zur abhaltenden Bedingung auf: gesundet er ohne die Erinnerung an jene Thatsache einzubüssen, und findet nun ein Hinderniss auf den Schienen, was er absichtlich liegen lässt, so ist er grade so vorsätzlicher Verbrecher, als wäre er bei Uebernahme des Amtes gesund gewesen. Für die Welt der Kausalitäten ist Handlungsfähigkeit oder Unfähigkeit des Thäters gleichgültig.

Fehlt dagegen die Handlungsfähigkeit zur Zeit der Verursachung selbst, so ist ein Delikt unmöglich; liegt ein Rechtsgrund vor, welcher wie Notwehr, Notstand, oder bindender Befehl. Jemanden berechtigt durch Vernichten der abhaltenden Bedingung zu verursachen, so kommt es zu einer rechtmässigen »Handlung durch Unterlassung«³¹⁴.

§ 49. c. Scheinbare Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens.

Tagtäglich lehrt uns die Beobachtung des menschlichen Lebens, wie die harmlosesten Thätigkeiten plötzlich durch Hinzutritt sei's voraussehbarer, sei's unvorsehbarer Bedingungen ihren friedfertigen Charakter ändern können, und dann ebenso plötzlich Rechtsgüter in hohem Maasse gefährden oder gar verletzen. Nicht selten hat es dann der Urheber der ursprünglichen Thätigkeit noch in der Hand durch besonnenes und kräftiges Einschreiten den Sturm, den er mit erregt hat, noch wieder zu beschwichtigen, bevor er

³¹³ S. den interess. Fall in Seuffert's Archiv X n. 165 (S. 221 ff.)

³¹⁴ Ueber das Schuldmoment in den Fällen, wo der Erfolg ohne die sog. »Unterlassung verursacht wird, vgl. oben S. 227. 239.

schaden konnte. Der sittliche Mensch wird diess dann nie unterlassen, allein dies beweist noch nicht, dass derjenige, der schadenfroh dem verderblichen Erfolge entgegen sieht, überhaupt eine Rechtspflicht verletzt, und noch weniger, dass er durch sein Verhalten ein Kommissivdelikt begeht. Grade dies ist nun streitig, und es handelt sich bei diesem Streite wesentlich darum, ob das Gebiet des Strafbaren eine grosse Einbusse erleiden muss, eine Einbusse, wobei der Staat, wenn sie geboten ist, weit mehr gewinnt als verliert, oder ob hier mit Recht an der Deliktsqualität dieses Verhaltens festgehalten wird. Liegt aber ein Delikt vor, so kann nur an ein Begehungs-Unrecht gedacht werden, da die Nichthinderung des Eintritts schuldlos verursachter verbotener Erfolge zu einem Unterlassungs-Unrecht nicht gestempelt ist³¹⁵.

³¹⁵ Beispiele: A reitet spazieren, sieht ein Kind vor den Hufen des Pferdes liegen, und lässt das Thier statt es anzuhalten über das Kind weggehen; der Schiffer B fährt bei Nebel rheinabwärts unter Beobachtung aller gebotenen Vorsichtsmaassregeln; plötzlich sieht er ein anderes Schiff vor sich; er könnte noch ablenken, allein nun lässt er sein Schiff treiben, damit das andere sinke; ein Zimmergeselle an einem Neubau beschäftigt strauchelt ohne seine Schuld mit einem Balken, den er trägt, der Balken kommt zu Falle, und während der Geselle die Passanten noch warnen könnte, sieht er vergnügt der Collision zwischen dem Balken und ihren Köpfen zu; ein Chemiker legt giftige Präparate in sein Privatzimmer und hindert ein Kind nicht davon zu naschen; ein Professor der Chemie merkt bei einem seiner Experimente, dass er ohne seine Schuld eine Explosion verursacht, und warnt seine Zuhörer nicht; Jemand liest in einem Bette, das Licht brennt herab, ergreift den Vorhang, der Leser erwacht und enteilt, seinen Schlafgenossen absichtlich seinem Schicksale überlassend; in unvorhersehbarer Weise wirft B. Jemanden ins Wasser, könnte ihn retten, lässt ihn aber ruhig ertrinken; eine Mutter giebt ihrem neugeborenen Kinde keine Nahrung; in einem Bergwerke setzt der Maschinenwärter die Fördermaschine in Bewegung um Bergleute mittels ihrer ausfahren zu lassen: er hält die Maschine nicht an, als sie über der Mündung des Schachtes angelangt ist, und Einige der Geförderten werden desshalb wider das Balkenwerk oberhalb des Schachtes gequetscht und schwer beschädigt oder getödtet; ein Mann stellt, weil zu einer schleunigen Verrichtung abgerufen, seine geladene Flinte mit gespanntem Hahn unter spielende Kinder: zurückgekehrt sieht er, wie Eines derselben die Flinte auf ein

Die Erscheinungen, die hier zur Erklärung stehen, sind mannigfaltiger, als man auf den ersten Blick glaubt. Jener Umschlag der ungefährlichen in die gefährliche Thätigkeit ist nemlich entweder voraussehbar oder nicht. Sind diese Fälle verschieden oder gleich zu behandeln? Und wenn er voraussehbar war und der Thäter nachher absichtlich den Erfolg nicht abwendet, ist dann das Delikt nach der Fahrlässigkeit, die vielleicht im Momente der scheinbaren Verursachung, oder aber nach dem Vorsatz, der zur Zeit der scheinbaren Nichtabwendung vorlag, zu beurtheilen?

Ferner finden diese Vorgänge wieder auf dem Gebiete der rechtmässigen Verursachung ihr Gegenstück. Es kann beispielsweise Jemand in Notwerlage versetzt eine von ihm sei's schuldlos, sei's fahrlässig gesetzte Tödtungsursache absichtlich fortwirken lassen: er stösst ganz unvermutet einen Andern ins Wasser, merkt nun erst, dass dieser auf ihn grade einen Raubanfall machen wollte, und lässt ihn absichtlich ertrinken, weil er sich sonst nicht zu helfen weiss. Liegt hier eine kasuelle oder eine fahrlässige oder aber eine rechtmässige Tödtung in Notwer vor?

Der Beurtheiler steht hier überall vor derselben Alternative. Entweder ist diese anscheinende Nichthinderung des Erfolgs mehr als eine Unterlassung und in ihr grade die Verursachung desselben zu finden; dann kommt es lediglich darauf an, ob im Momente dieser scheinbaren Unterlassung ihr Urheber ein Recht zur Herbeiführung des Erfolges hat oder nicht, und im letzteren Falle, ob er die widerrechtliche Verursachung vorsätzlich oder fahrlässig vor-

Anderes anlegt, und warnt fahrlässig oder vorsätzlich nicht; A hat schuldlos den B schwer verwundet: er kümmert sich um die Fortschaffung und Heilung des Verwundeten gar nicht, dieser verschmachtet im Freien oder stirbt am Brande. — Die interessante Frage, wie weit Jemand verpflichtet ist die Folgen einer von ihm definitiv verursachten Rechtswidrigkeit zu beseitigen, z. B. wie weit der Urheber einer Körperverletzung zu Herbeiführung geschickter ärztlicher Behandlung behufs Heilung verpflichtet ist (vgl. z. B. das Erk. der O. A. G. Dresden vom 23. März 1839 bei Seuffert XIII n. 28), muss als nicht hieher gehörig bei Seite bleiben.

nimmt. Oder aber jene Nichtthinderung ist wirklich nur eine Unterlassung: dann ist die rechtliche Lage des Unterlassenden und seine Gesinnung zur Zeit der Unterlassung ganz irrelevant und das Urtheil fällt ganz anders. Hat dann Jemand schuldlos einen Brand gestiftet, in welchem sein Schlafkamerad, den er mit leichtester Mühe hätte retten können, den Tod findet, so liegt kasuelle Tödtung selbst dann vor, wenn der Brandstifter den Genossen absichtlich nicht weckt: hat er den Brand vorsätzlich gestiftet, konnte er aber dabei voraussehen, dass sein Geselle darin umkommen werde, was er bei der Brandstiftung noch nicht beabsichtigt, so kommt es selbst bei vorsätzlich unterlassener Rettung nur zu fahrlässiger Tödtung. Hat Jemand schuldlos oder aber fahrlässig die Tödtungsursache gesetzt und unterlässt nun den Tod abzuwenden, weil ihm von dem Geretteten sofort selbst Todesgefahr drohen würde, so ist von einer Notwer- oder Notstands-Handlung keine Rede, sondern von kasueller Tödtung im ersten Falle, von kulposer im zweiten.

Schon an den Konsequenzen der Annahme dieser zweiten Alternative liesse sich ihre Unrichtigkeit erkennen. Es kann Niemandem einfallen den Kutscher für schuldlos zu erklären, der seine Pferde in Bewegung setzt, als er gar nicht voraussehen konnte in die Nähe von Menschen zu kommen, und der nun Pferde und Wagen ruhig über einen Schlafenden wegfahren lässt!

Der wissenschaftliche Grund ihrer Unrichtigkeit liegt aber in der Verkennung des Begriffs der Verursachung. Eine Ursache, woraus eine Folge sich nicht mit Notwendigkeit, also unabwendbar, ergäbe, ist ebenso undenkbar wie eine Folge ohne Ursache. So lange es noch in unserer Macht steht den von uns gesetzten positiven Bedingungen die wirkende Kraft zu nehmen, so lange haben wir noch nicht verursacht: erst wenn wir diess zu thun nicht mehr vermögen oder nicht zu thun beschliessen, wird die Ursache fertig, weil unwider-
ruflich — vorausgesetzt, dass nicht wo anders her der Entfaltung unserer Thätigkeit noch Hindernisse drohen.

Das Verbot der Verursachung hat durchaus nicht den sinnlosen Sinn die Setzung jeder positiven Bedingung eines schädlichen Erfolgs zu untersagen; nur soll der Thäter diesen nicht den Sieg über die negativen verschaffen. Ist er also Urheber fördernder Bedingungen und finden diese in den vorhandenen Widerständen nicht die genügende Paralyse, so hat er selbst für die Entstehung kräftiger negativer Bedingungen zu sorgen. Nun könnte man glauben, die Nichterfüllung dieser obligatio ad faciendum Seitens des Handlungsfähigen in Verbindung mit der früheren Setzung fördernder Bedingungen Seitens derselben Person aber zur Zeit ihrer Handlungsunfähigkeit dürfte als Verursachungsakt angesehen werden. Allein damit verfielen man in einen dreifachen Fehler! Die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit zum Thun ist Unthätigkeit und nicht Verursachung. Ferner: eine solche obligatio ad faciendum geht ja für denjenigen unter, der z. B. aus der Notwerlage ein Recht erhält die von ihm gesetzten fördernden Bedingungen zum Nachtheil des widerrechtlichen Angreifers zur Vernichtungs-Ursache anwachsen zu lassen. Endlich würde zwar auf diesem Wege die Verursachung, nicht aber die schuldhaft Verursachung nachzuweisen sein: denn vor der Fassung des verbrecherischen Vorsatzes läge nur »That« und nach ihr keine »Handlung« mehr.

Vielleicht aber könnte man die Verwandlung der »That« in die widerrechtliche oder rechtmässige Handlung auf die nachträgliche Billigung des Geschehenen seitens des handlungsfähig gewordenen Thäters begründen. Allein wer billigt, erklärt nur sein Einverständniss mit einem Ereigniss, er bringt es aber dadurch nicht hervor; sonst müsste Jemand, der einen Andern schuldlos ums Leben gebracht hat, Mörder werden können durch Ratihabition. Grade die Ohnmacht des ratihabirenden Thäters solchen fertigen Thatbeständen gegenüber und seine Unverantwortlichkeit in Folge dessen bietet aber erwünschten Anlass zu erhellender Vergleichung solcher mit den Anfangs erwähnten Fällen.

In den Letzteren steht der handlungsfähig Gewordene

nicht einer von ihm schon unabhängigen Wirkung seiner Willensbethätigung gegenüber. Vielmehr findet er den Zustand vor, dass sein Wille zwar schon eine stückweise Macht über die Aussenwelt entfaltet hat, dass aber seinem jetzt mit eingetretener Handlungsfähigkeit verantwortlich werden Willen die höhere Macht beiwohnt jene gewonnenen Einflüsse aufzuheben und damit auch ihre Weiterentwicklung zu einem bestimmten Erfolge abzuschneiden.

Noch ist der Wille nicht verwirklicht: noch bestimmt sich das Maass möglicher Kraftentfaltung der gesetzten fördernden Bedingungen durch die Abhängigkeit dieses objektiv gewordenen Willensstückes von dem Willens-Ganzen der handlungsfähig gewordenen Person: noch hat es deren Wille in der Hand den von ihm selbst gesetzten fördernden Bedingungen die Kraft ihre Gegner zu überwachsen durch Nichtsetzen negativer Bedingungen zu verschaffen oder aber durch Setzen hindernder Bedingungen zu nehmen. Die Entscheidung über Verursachung oder Nichtverursachung liegt also noch vollständig bei einer handlungsfähigen Persönlichkeit. Giebt diese jetzt sei's unbedacht sei's geflissentlich ihre Herrschaft über jene verlaufende Entwicklung auf, so verschüttet sie die Quelle weiterer abhaltender Bedingungen, verschafft dadurch der Kraft der gesetzten fördernden Bedingung freien Raum zu einer definitiven Uebermacht über ihre Gegner zu gelangen. Diese Verstärkung jener Bedingungsmasse durch Aufgabe der Herrschaft ihres Urhebers über sie geht aus von einer handlungsfähigen Person: diese fasst den Entschluss das zur Zeit der Unzurechnungsfähigkeit Gesetzte als übereinstimmend mit ihrem jetzigen verantwortlichen Willen nicht nur anzuerkennen, sondern in seiner wirkenden Kraft zu verstärken: und in der Ausführung dieses sei's rechtmässigen sei's vorsätzlichen oder fahrlässigen Entschlusses liegt die Verursachung. Desshalb ist es auch gleichgültig, ob bei Anfang der Thätigkeit voraussehbar oder nicht voraussehbar war, dass sie einen gefährlichen Charakter entwickeln würde. Desshalb ist es auch möglich auf solche Weise eine bis dahin nur unachtsame

Handlung in die Gleise des dolosen Delikts oder der bewusst rechtmässigen Handlung überzuleiten. Desshalb ist es aber auch unumgänglich nötig, dass die fördernden Bedingungen wirklich von demjenigen gesetzt seien, der ihnen nachher die Kraft siegreich weiterzuwirken verleiht. Wenn mir Jemand die Brandfackel in die Hand zwingt und mir nun die Hand mit der Fackel gewaltsam so führt, dass ein fremdes Haus zu glimmen beginnt, und er nun meine Hand loslässt, werde ich nicht dadurch Urheber des ausbrechenden Brandes, dass ich beschliesse nicht zu löschen: dann es nicht meine That, der ich freie Entwicklung lassen will. So stehen wir auch hier vor echten Handlungen und einem durchaus normalen Verhältnisse von Schuld und That.

Werfen wir zum Schluss einen vergleichenden Blick auf die früher besprochenen Kommissivdelikte durch Unterlassung und die eben erörterten Fälle, so zeigen beide Gruppen von Erscheinungen die Aehnlichkeit, dass verantwortlich gehandelt wird unter der Maske der Unthätigkeit. In der Art, wie gehandelt wird, unterscheiden sich beide aber aufs Deutlichste: die den sogenannten Unterlassungsverbrechen charakteristische Vernichtung selbstgesetzter negativer Aequivalente für positive Förderung eines Erfolges fehlt bei den Fällen scheinbarer Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens vollständig, und so ist Ortmann gegen v. Buri ganz Recht zu geben, wenn er letztere als zu dem Gebiete der sogenannten Unterlassungsdelikte nicht gehörig bezeichnet³¹⁶.

³¹⁶ Der so vielfach besprochene Fall, wo eine Mutter ihr neugeborenes Kind verschmachten lässt, ist kein Unterlassungsdelikt im technischen Sinne. Vielmehr verursachen die beiden Eltern als Mitthäter eine Lage ihres Kindes, die ohne ihre Intervention für es eine lebensgefährliche ist. Ueberlassen nun Vater oder Mutter oder Beide diese von ihnen geschaffene gefährliche Lage ihrer natürlichen Entwicklung, so verursachen sie dadurch den Tod des Kindes; geschieht diess schuldhaft, so liegt vorsätzliche oder fahrlässige Tödtung vor. S. den sehr eigentümlichen vom Wiener oberst. Gerichtshofe m. E. falsch entschiedenen Fall in Adler, Krall und v. Walther, Sammlung straf-

VI. Die schuldhafte Handlung.

Urtheile n. 1353 (III S. 116 ff.) — In dieser Weise den Schaden zu verursachen sind aber nur die Mutter und der ehe-
liche Vater im Stande, nicht die Grossmutter. Hat
die Mutter die Pflege übernommen und versäumt sie dieselbe, so
ist dies ein Kommissivdelikt durch Unterlassung; wissen die
Eltern von dem Versäumniss und beruhigen sich dabei, so werden sie
verantwortlich, als hätten sie die Pflege nicht der
Mutter anvertraut.



Drittes Buch.

Das vorsätzliche Delikt und das vorsätzliche Verbrechen.

Erster Abschnitt.

Die Schuldarten des *dolus malus* und der *culpa lata* im gemeinen römischen Rechte.

§ 50. I. Einleitung ³¹⁷.

Man mag es beklagen oder loben, die Thatsache bleibt unerschüttert, dass im gemeinen deutschen Rechte, und zwar ebenso sehr im Strafrecht als im Privatrecht, die deutschen Schuldbegriffe den römischen erlegen sind. Erst in den neueren Gesetzgebungswerken hat sich insofern eine Scheidung vollzogen, als die Strafgesetzbücher ihre Schuldbegriffe zwar immer noch anlehnen an die des römischen Rechts, zugleich aber auch mit der Rechtsphilosophie der Neuzeit sich in Einklang zu setzen suchen, während die neuere bürgerliche Gesetzgebung stets bemüht ist die römischen Schuldbegriffe weil mustergültig in ihrer Reinheit zu reprodu-

³¹⁷ Ueber den römischen *Dolus* handeln vorzugsweise Celsus Bargalius, *De dolo*. Hanoviae 1603. Fast ganz unbekannt. Ungemein weitschweifig und gerade auf die begriffliche Entwicklung das geringste Gewicht legend: 793 S. S. Grossfolio. — Donellus, *Comentarii de jure civili* Lib. XV. Cap. 41. — Von den Neueren kommen vorzüglich in Betracht: v. Löhr, *Die Theorie der Culpa*. 1806, bes. S. 12 ff.; derselbe, *Beyträge zu der Theorie der Culpa*. 1808; bes. S. 17 ff.; Hasse, *Die Culpa des römischen Rechts* 1815 u. 2. Ausgabe 1838, bes. S. 73 ff.; Kritz, *Ueber die Culpa nach röm. Rechte*. 1823; bes. S. 25 ff.; v. Wächter, *Handbuch des Württemb. Privatrechts* II

Erster Abschnitt.

o hat sich zwischen den Schuldarten des Civil-
denen des Strafrechts die einzige Kluft auf
zwischen Beiden bestehen kann: Gesetzgebun-

ening-Ingenheim, Schadenersatz S. 87 ff.; v. Ih-
moment S. 31—34; Unger, Oesterr. Privatrecht,

— Bei der Gegnerschaft von bona fides und dolus
natur über die bona fides heranzuziehen: vgl. besond
Das Wesen von bona fides und titulus. 1852; v. Wac
a fides. 1871; Bruns, Das Wesen der bona fides bei
78.

meine Abhandlung im Wesentlichen beendet war.
e Folgt, Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die-
den ökonom. Erfolg einer That bezeichnender und
Ausdrücke Abh. der K. Sachs. Gesellsch. der Wiss. I
eine verdienstvolle Schrift, die besonders eine z
Sammlung bietet, während ihre dogmatischen Auf-
besonders S. 4 ff., 68 ff., 74 ff.) allerdings mehrfach ge-
gen. — In den seltenen Fällen, wo ich aus Verzicht l
ne, ist dies stets bemerkt. — In eine umfassende Pol-
schlichtige ich hier durchaus nicht, vielmehr will ich.

und Dogmatik haben Begriffe, die für das ganze Rechtsgebiet unwandelbar die gleichen bleiben sollten, für den einen Rechtstheil abweichend bestimmt wie für den anderen. Dieser Zustand ist ein krankhafter und als solcher hoffentlich von kurzer Dauer.

Zu seiner wissenschaftlichen wie gesetzgeberischen Ueberwindung scheint mir nun eine Klarstellung der römischen Schuldbegriffe als der Grundlage der ganzen modernen Schuldaufassung so unumgänglich zu sein, dass ein Werk über die Schuld sich dieser Aufgabe nicht entziehen könne.

Von den drei Schuldbegriffen aber, dem *dolus malus*, der *culpa dolo proxima* und der *culpa schlechthin*, ist der Erste seit langer Zeit unverhältnissmässig vernachlässigt; die *culpa lata* aber, die nur als Ergänzung des *dolus malus* begriffen werden kann, wird zum Theile wegen jener Vernachlässigung, zum andern Theile wegen Missverständnisses der Quellen falsch aufgefasst; sie hat mit der *culpa schlechthin* gar keine, mit dem *dolus malus* die grösste Verwandtschaft, ja sie muss nach der heute allein noch zulässigen Auffassung des Vorsatzes einfach als Theil desselben gefasst werden.

Ich beginne mit der Erörterung des *dolus malus*.

Der Versuch, diesen Begriff zu entwickeln, steht vor eigenthümlichen Schwierigkeiten. Im römischen Rechte lagen ja verschiedene Rechts-Systeme mit einander im

bis 781; 1493—1519) findet die Verschuldung auf Absicht beruhend, wenn die rechtsverletzende Handlung im Bewusstsein des Unrechts vorgenommen wird, auf Fahrlässigkeit, wenn die Handlung ihren Grund in Leichtsinne, Unwissenheit oder Trägheit hat. § 122: »Geringe Fahrlässigkeit besteht in der Unterlassung der Sorgfalt, welche ein ord. aufmerks. Hausvater anzuwenden pflegt, grobe Fahrlässigkeit in der Unterlassung der Sorgfalt, welche gewöhnlich auch ein minder ordentlicher u. aufmerks. Mensch beobachtet«. Dazu Siebenhaar, Commentar (2. Aufl.) I S. 160 ff. — Auch das französ. Civilrecht kennt zwei Arten des Versehens: s. Zachariae, Handbuch des französ. Civilrechts (6. Aufl. v. Puchelt) II S. 697 ff. — Ueber die Auffassung des *dolus* in der neueren Literatur s. unten n. 217.

Kampfe. Was das formale *jus civile* seiner Natur nach häufig über sich ergehen lassen musste, weil es mit ihm formell im Einklange stand, verwarf der *praetor* nicht selten als *dolos*. Paulus bezeichnet in l. 1 § 1 D. 44, 4 *De doli mali et metus exceptione* als Motiv der Aufstellung dieser *exceptio*: *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*, und Ulpianus bemerkt ausdrücklich: *hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio* (l. 2 pr. eod.). Schon darin liegt ein Jndiz dafür, dass der römische *dolus malus* wenigstens theilweise mehr ein ethischer als ein streng juristischer Begriff gewesen ist.

Ein weiterer Zweifel taucht auf über die Einheitlichkeit des römischen *Dolus*-Begriffs. Ist der *dolus* des *jus civile* nicht vielleicht ein anderer als der des *jus honorarium*? Ist der *dolus malus* des Strafrechts der gleiche wie der des Privatrechts? Stimmt der *dolus* als Fundament der *actio doli* mit dem *dolus*, auf den sich die *exceptio doli* gründet, überein? Endlich, wie weit hat die Rechtsgeschichte an diesem Begriffe gemodelt?

Prüft man nun die Quellen genau, so stösst man allerdings auf einige nicht unbedeutliche Verschiedenheiten in der Bestimmung des *Dolus*-Gehaltes: aber im Grossen und Ganzen ist an der Einheitlichkeit des Begriffes als einer ausgeprägten Schuldart nicht zu zweifeln³¹⁹.

³¹⁹ Die grosse dogmatische Schwäche des Werkes von Hasse zeigt sich unter Anderem sehr schlagend in seiner Abfertigung des *dolus* als eines einheitlichen Rechtsbegriffes. S. *Culpa* S. 73–75. Sintonis, *Civilrecht* (2. Aufl.) I S. 188 n. 9 drückt diesen Gedanken sogar so aus: »unter diesem Begriffe *dolus* wird so Vieles verstanden, dass die Verschiedenheit das Gemeinschaftliche ganz verwischt und nur der Wortklang übrig ist«. Dass es vielerlei *dolose* Handlungen giebt, beweist aber mit Nichten die Uneinheitlichkeit des *Dolus*-Begriffes. — Auch Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* (1867) S. 47. 48 meint: »Die Römer sind weit entfernt, dem *dolus* einen abstrakten Gedanken unterzulegen. Derselbe hat ihnen vielmehr eigentlich keine juristisch technische Bedeutung«. Man überliess »das Richtige zu finden im einzelnen Falle dem jurist. Tacte des Richters«. — Voigt, a. a. O.

Das Wort *dolus*, im Griechischen *δόλος*, bedeutet ursprünglich den Köder, dann abgeleitet jedes künstliche Mittel zu bertücken oder zu fangen, jeden listigen Anschlag im Gegensatz zum offenen Vorgehen, besonders zur Gewalt³²⁰. Daraus erklärt sich die einmal und zwar von Ulpian in l. 1 § 3 D. de dolo malo 4, 3 erwähnte Antiquität des *dolus bonus*, der löblichen Erfinderischeit und Ueberlistungskunst (*sollertia*): *maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*; desshalb erhält der *Dolus* nach der schlimmen Seite hin das Beiwort *malus*, was in den römischen Rechtsquellen, wo es nicht steht, überall zu ergänzen ist. Ihm entspricht genau die *Arglist*³²¹.

Charakteristisch genug ist *dolus* etymologisch betrachtet die Bezeichnung für eine bestimmte Gesinnung und Entschlossenheit, also für ein psychologisches Moment. Er unterscheidet sich dadurch sowohl von der *fraus* als auch von der *culpa*, welche sich beide ursprünglich auf die äussere Verletzung zu beziehen scheinen. *Fraus* bedeutet im altlateinischen Gebrechen, Verbrechen, dann Trenbruch, und wird mit dem griechischen *θραύειν* (zerbrechen, zermalmen)

S. 89 ff. vgl. mit S. 45 ff. stellt zwei verschiedene Bedeutungen des *dolus malus* auf, die der *Arglist*, d. i. die List, welche im Dienste eines unerlaubten Zweckes angewendet wird, und die von der *Arglist* wesentlich verschiedene Bedeutung des rechtswidrigen Vorsatzes (S. 90). Ich kann die Unterscheidung selbst nicht als richtig anerkennen: die List, „welche im Dienste eines unerlaubten Zweckes steht“, d. h. doch offenbar denselben realisiren soll, ist ja nur Bestandtheil des rechtswidrigen Vorsatzes; die Unterscheidung liefe also darauf hinaus, dass häufig der Theil statt des Ganzen *dolus malus* genannt würde, was für dessen Begriff gänzlich irrelevant ist. So können denn auch die Belege, welche Voigt S. 97 ff. aus den jurist. Quellen für die Bedeutung der *Arglist* beibringt, für ihn gar nichts beweisen. Man kann in ihnen *dol. mal.* gerade so gut mit rechtswidr. Vorsatz übersetzen, als den *dol. mal.* auf S. 49 ff. mit *Arglist*.

³²⁰ Vgl. G. Curtius, Grundzüge der Etymologie S. 223.

³²¹ l. 1. 53 § 5 D. de leg. I: *si sua mala mente ad hoc processit*, und l. 1 § 1 C. 11, 53 *ut nemo ad suum patrocinium: his qui intercedentes ministerium suum huius modi nefariis actibus improba mente prae-buerint* (465).

verglichen³²². Culpa gleichen Ursprungs mit sculpere, stammverwandt mit incolumis, calumnia, incillare geht auf die Bedeutung schneiden, verletzen, verstümmeln zurück, und heisst ursprünglich Verletzung, Fehler³²³.

Wird die culpa in ihrer Bedeutung von der verletzenden That übertragen auf die ihr zu Grunde liegende Schuld und auf die schuldhafte That, so findet beim dolus malus grade die umgekehrte Uebertragung statt: das Wort steht häufig für die dolose That³²⁴.

Wer ködern will, bedarf der listigen Veranstaltung um den zu Ködernden zu täuschen. Der Mensch greift zur Ueberlistung heisst, er wählt die Heimlichkeit zum Mittel und verzichtet auf offene Durchführung seiner widerrechtlichen Pläne, insbesondere auf die Gewalt. Dolus malus und vis standen im römischen Rechte ursprünglich in denselben Verhältnisse zu einander wie im altgermanischen

³²² Corssen, Aussprache, Vokalismus und Betonung der latein. Sprache 2. Aufl. I. S. 150. Voigt, Bedeutungswechsel S. 110 giebt Nachtheil als älteste technische Bedeutung an. Bezüglich der fraus und ihres Verhältnisses zum dolus malus verweise ich auf die gute Entwicklung von Voigt a. a. O. S. 110—125. Soweit fraus Synonymum von dolus malus ist, benutze ich die Stellen über fraus zu den Ausführungen über dolus.

³²³ Diese Ableitung, die Corssen a. a. O. II. S. 154. 155 giebt, ist mir viel wahrscheinlicher, als die von Zeyss in Kuhn's Zeitschrift XIX S. 176, der mit Pott, Etymol. Forsch. I S. 257 als Grundbedeutung »das Betheiligte sein bei etwas geschehenem, ohne dass diess grade ein tadelnswürdiges zu sein brauchte« bezeichnet. Damit stimmt aber die Anwendung des Wortes nicht.

³²⁴ S. z. B. § 3 J. 4, 5 De obl.: de dolo aut furto; § 1 J. 4, 12: ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit; l. 2 D. 2, 10 De eo per quem factum; l. 5 pr. D. Si quis cautionibus 2, 11; dolum mihi facere: l. 3 § 8 D. 3, 5 De negotiis gestis; l. 27 § 3 D. De rei vind. 6, 1; dolum admittere: l. 45, § 1 D. Fam. ercisc. 10, 2; ebenso in l. 1 § 2 D. 13, 6 Commodati; in l. 14 D. De tributoria actione 14, 4; dolum committere: l. 1 § 15 § 18 D. Depos. 16, 3; dol. admittere: l. 9, l. 13 § 1 D. eod.; l. 65 § 9 D. mand. 17, 2 und l. 18 § 1 D. De probation. 22, 3; l. 2 § 2 D. 44, 4 De doli mali exc.: adversus quem commissus sit dolus; l. 7 C. 3, 42 Ad exhibendum: culpam vel dolum committere, u. s. w.

Rechte Diebstahl und Raub³²⁵. Es wäre durchaus falsch auch nur als juristische Grundbedeutung der vis die Gewalt zu bezeichnen. Vis ist vielmehr die offene gewaltthätige oder ungewaltthätige Auflehnung gegen ein Verbot, während der dolus listig, also heimlich demselben Ziele zustrebt³²⁶.

Unendlich häufig kehrt in unsern römischen Quellen die Unterscheidung der List, der Heimlichkeit, und der vis, insbesondere der Gewalt oder in ihrer Wirkung auf die angegriffene Person gefasst der Furcht (metus) wieder³²⁷. Diese Exklusivität der beiden Begriffe dolus und vis ist freilich in der römischen Rechtsentwicklung überwunden worden: allein ein ganz reines Facit des Inhalts, dass der dolus durchweg als die notwendige Willensseite zu jeder bewusst unerlaubten vis erscheint, ergibt sich nicht. So bemerkt Ulpian zu der Ediktsstelle: ne quis eum, qui in ius vocatur, vi eximat in l. 3 § 2 D. h. t. 2, 7: Quod praetor praecepit: vi eximat, vi an et dolo malo? sufficit vi quamvis dolus malus cesset³²⁸: ohne dass wir hier an eine

³²⁵ Es wäre eine sehr dankbare Aufgabe das älteste römische Strafrecht einmal mit dem ältesten germanischen zu vergleichen. So deckt sich z. B. das altrömische furtum, dem die Heimlichkeit nicht minder wesentlich war wie dem altgermanischen Diebstahl, in Begriff und Umfang vollständig mit diesem.

³²⁶ Gut schon Donellus, Comment. de jure civili l. XV c. 41 (ed. Flor. IV S. 407, 408): Tantum hoc interest, quod vis aperta est: dolus occulte et per simulationem idem molitur. Zum Begriff der vis, sofern sie nicht Gewalt zu sein braucht, vgl. Savigny, Besitz 7. Aufl. S. 400, vgl. S. 428; A. Schmidt, Interdiktenverfahren (1853) S. 50; Degenkolb, Lex Hieronica (1861) S. 112 ff.; Stölzel, Lehre von der operis novi nuntiatio (1965) S. 341; 399 ff.; Bruns, Besitzklagen (1874) S. 26. 31. 43. 136; Windscheid, Pand. II. § 465 n. 3. (S. 741. 742).

³²⁷ Sehr charakteristisch § 1 J. 4, 13 De except. . . si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus . . . promisiisti . . . Vgl. Cicero, de off. III, 92: Pacta semper servanda sunt, quae nec vi, nec dolo malo facta sunt.

³²⁸ Vgl. l. 3 D. 29, 6 Si quis aliquem testari. Papinianus: Virum qui non per vim, nec dolum, quominus uxor contra eum mutata

rechtmässige oder aber an eine nur kulpose vis in unserem Sinne zu denken hätten. An einer andern Stelle aber in l. 2 § 5 D. vi bonor. rapt. 47. S glaubt er zu dem Satze des praetor: Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur ausdrücklich bemerken zu müssen: Doli mali mentio hic et vim in se habet. nam qui vim facit. dolo malo fecit. non tamen qui dolo malo fecit. utique et vi facit: ita dolus habet in se et vim: et sine vi si quid callide admissum est aequè continebitur. Hier erscheint denn die vis immer als eine dolose Handlung. deren Gegenstück aber auch hier noch von der ungewaltthätigen calliditas gebildet wird. Die Verschiedenheit klingt auch hier noch durch, ebenso wie in der charakteristischen l. 14 § 13 D. 4. 2 Quod metus causa von demselben Ulpian: Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est derselbe Thatbestand erzeugt also hier zwei verschiedene Klagen. et ita Pomponius. et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. Nicht ohne zähen Widerstand lässt sich der Begriff des dolus auf die vis ausdehnen.

Als Resultat muss für die Quellen des gemeinen römischen Rechtes festgehalten werden: es sind zwei Dolusbegriffe zu unterscheiden. ein engerer ursprünglicher. keineswegs ganz überwundner, wonach er die heimliche auf Unrecht ausgehende List bezeichnet³²⁹: er ermöglicht vis und dolus einander entgegenzusetzen: ein weiterer. der besonders auch im römischen Strafrecht der klassischen Zeit schon durchaus überwiegt. wo der Dolus als Willenseite zugleich des listigen Anschlags und der vis erscheint.

Die letzterwähnte Thatsache, dass der Unterschied von

voluntate codicillos faceret, intercesserat. Ein Fall eines dolus bonus im Gegensatz zur vis findet sich l. 26 D. De captivis 49, 15. Florentius: Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus, an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit . . .

³²⁹ Vgl. auch Voigt a. a. O. S. 47—49, den die ursprüngliche Enge dieses Begriffes überrascht, und der darum m. E. ganz undenkbare Konsequenzen zieht. Die Analogien des altgermanischen Rechtes dienen hier trefflich zur Erklärung.

vis und dolus, wo man darüber reflektirt, im Grossen und Ganzen fallen gelassen wird, hindert nicht, dass die alte Dolus-Auffassung auch den klassischen Juristen noch in Fleisch und Blut stecken bleibt.

Bei den Legaldefinitionen des *dolus malus* und nicht nur bei ihnen, sondern unendlich häufig auch sonst liegt der Hauptnachdruck bezüglich des Dolosen auf seiner Hinterlist, seiner Verstellung, seinem auf Täuschung des zu Benachtheiligenden berechneten Benehmen; und die Wirkung des *dolus* auf den, *adversus quem dolus commissus est*, ist eben vor Allem die Täuschung, seine Versetzung in den Irrtum.

An jener Definition des *dolus* haben sich verschiedene römische Juristen versucht. Zunächst Servius: *Dolum malum Servius quidem ita definiit: machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur aliud agitur*³³⁰. Labeo hielt fest an der betrügerischen Täuschung, kritisirte aber des Servius Definition ganz richtig in zwei Punkten: Betrug ist auch ohne *simulatio* möglich, und *Simulation* ist keineswegs immer Betrug, so wenn sie angewandt wird zur Erhaltung rechtlicher Güter. So langt Labeo bei der auch von Ulpian gebilligten, übrigens sehr pleonastischen Definition an: *dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*³³¹.

Das physiognomische Gepräge dieses *dolus malus*, der die vis von sich ausschliesst, ist das schlaue Lügner- und

³³⁰ So in l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3. (Vgl. Cicero, Top. 40: *Dolus malus est cum aliud agitur, aliud simulatur*, und die wichtige Stelle de natur. deor. III. 74: *iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius . . . protulit: quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, quum aliud sit simulatum aliud actum*. Vgl. dens. de officiis III. 14. Diese Definition hat sich Pedius bezüglich der dolosen pacta wesentlich angeeignet: l. 7 § 9 D. de pactis 2, 14: *Dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur*. An der oben cit. Stelle adoptirt sie Ulpian stillschweigend. Ihr schliesst sich Donellus a. a. O. § 7 (Ed. Flor. IV. S. 414) an; vgl. dens. § 12—15.

³³¹ l. 1 § 2 D. h. t. 4, 3. — Vgl. auch Auctor ad Herennium III, 3:

Betrüger-Gesicht, in welchem der Zug der Feigheit, von den Quellen als Heimlichkeit bezeichnet, nicht fehlt³³².

Ein Blick auf die Synonyma dieses Begriffes wird dies noch ins hellere Licht setzen. Der Dolus ist Verschlagenheit *calliditas*³³³,

dolus consumitur in pecunia pollicitatione dissimulatione maturatione mentione. S. auch Donellus, *Commentarii* L. XV C. 41 § 1 u. 7.

³³² Höchst charakteristisch Plautus, *Capt.* II, 1, 26: *Doli non doli sunt, nisi astu colas; sed malum maximum, si id palam provenit.* Vgl. Auctor ad *Herennium* III, 3 (n. 331); Tacitus, *Hist.* IV, 24: *fraudem et dolum obscura, eoque inevitabilia.*

³³³ S. z. B. l. 1 pr. D. de dolo malo 4, 3. Ulpianus: Hoc edicto Praetor adversus varios et dolosos, qui aliis obfuerunt *calliditate* quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa; vgl. ferner l. 7 § 10 eod.: *nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; l. 3 § 1 D. de minoribus XXV annis 4, 4; l. 11 § 1 D. ad exhib. 10, 4; l. 3 pr. D. de servo corrupto 11, 3. Ulpianus: Dolo malo adiecto *calliditatem* notat praetor eius qui persuadet; l. 3 § 9 D. de in rem verso 15, 3; l. 2 § 3 D. ad Sc. Vellej. 16, 1: *infirmas feminarum, non calliditas auxilium demeruit*; ganz ebenso in l. 5 C. h. t. 4, 29; l. 6 § 7 D. mandati 17, 1; l. 29 § 5 eod.: *ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur*; l. 1 § 2 D. de aedil. edicto 21, 1: *neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate?* l. 1 pr. D. si quis omissa causa 29, 4; l. 12 § 3 D. de liberali causa 40, 12: *mangelnde calliditas schliesst den dolus aus*; l. 14 pr. eod.: *calliditas eorum, qui, cum se liberos scirent, dolo malo passi sunt se pro servis venum dari*; l. 1 § 5 D. de separation. 42, 6: *calliditas eius, qui talem fraudem commentus est*; l. 3 § 5 D. de hom. libero exhib. 43, 29; l. 1 § 1 D. si is qui testam. 47, 4; l. 3 § 1 D. 47, 20 *Stellionatus*: *Stellionatus* liegt vor si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per *calliditatem* alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit; l. 2 D. de proxenetis 50, 14: *dolo et calliditate creditorem circumvenire*; l. 47 pr. D. d. R. J. 50, 17; l. un. pr. C. 1, 49 ut omnes iudices, wo es mit cuiuslibet artis astutia als gleichbedeutend gebraucht wird; l. 3 C. de pluspetition. 3, 10; l. 19 C. ad Sc. Vellej. 4, 29; *dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet*: l. 8 C. de rescind. vend. 4, 44; l. 3 C. de repudiis 5, 17: *ut quae contra facta sunt, fructum calliditatis obtinere non possint*; l. 25 C. de legatis 6, 37; l. 3 C. si in causa iudicati 8, 23; l. 2 C. de frum. urbis 11, 23. — In weiterer Bedeutung steht *calliditas* in l. 1 § 1 D. 43, 24 *Quod vi aut clam*, wo sie die *vis* mitumfasst.

*callidus animus*³³⁴, *callidum consilium*³³⁵, *callidum commentum*³³⁶; der Dolose, *mentitur callidae paupertatis ingenium*³³⁷; sein Auftreten ist bewusst unwahr, also lügnerisch: *aliud simulatur, aliud agitur*³³⁸; der Dolus ist gleichbedeutend mit geflissentlicher Ränkemacherei *machinatio* behufs Täuschung und Hintergehung eines Andern, *callida machinatio*³³⁹; der Dolose ein *machinator*³⁴⁰; die *machinatio* aber liebt die Heimlichkeit³⁴¹.

³³⁴ L. 71 § 5 D. de acquir. vel omittenda hereditate: Amovere non videtur, qui non callido animo nec maligno rem reposuit.

³³⁵ L. 7 § 11 D. de Publiciana actione 6, 2: callido consilio vendere; l. 51 C. 10, 31 de decurionibus.

³³⁶ L. 9 D. de rebus eorum qui sub tutela 27, 9. Ulpianus: . . . tamen si fraudem et dolum contra senatus consulti auctoritatem . . . deprehendisset successor eius, aestimabit, quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum coercere debeat.

³³⁷ L. 2 C. de censibus 11, 57.

³³⁸ Vgl. z. B. auch l. 14 D. de dolo m. 4, 3: si de tutore mentitus pecuniam accepit. — Eum qui se patrefamilias simulavit: l. 6 D. quod cum eo qui in aliena potestate 14, 5; l. 13 § 4 D. de action. empti venditi 19, 1: si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet: puta de artificio mentitus est. — Ficti divortii falsa simulatione: l. 30 C. de iure dotium 5, 12. — Vgl. Cicero, de off. III, 61: Simulatio et dissimulatio dolus malus est.

³³⁹ l. 1 § 2 l. 14 D. de dol. m. 4, 3; l. 2 pr. D. si ventris nomine 25, 5: Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat; l. 36 D. de verbor. obl. 45, 1; l. 14 § 2 C. de assessor. 1, 51: Nec callidis machinationibus legem putet esse circumscribendam; l. 3 C. de pluspetitionibus 3, 10: per dolum et machinationem; l. 22 § 13 C. de iure deliberandi 6, 30; l. 11 C. de his quibus ut indignis 6, 35; l. un. C. de sententiis quae . . . 7, 47; l. 3 § 1 C. de usuris rei jud. 7, 54; l. 27 C. de pign. et hypoth. 8, 14; l. 3 § 5 C. de iure domini impetr. 5, 34: nulla machinatio vel circumscriptio (vgl. l. 10 § 3 C. de bonis auctor. iudicis poss. 7, 72: dolum vel aliquam machinationem vel circumscriptionem facere); l. 11 C. de proximis sacrorum 12, 19; l. 16 pr. C. de erogatione milit. annonae 12, 38. — Justinian liebt diese Bezeichnung sehr.

³⁴⁰ Callidus machinator: l. 25 § 1 C. de testam. 6, 23.

³⁴¹ S. l. 2 pr. D. si ventris nom. 25, 5.

Ein weiteres Synonym von *dolus* ist *fallacia*³⁴². Zweck des dolosen Handelns ist die Täuschung [des Andern: deshalb steht dafür häufig *circumvenire*, *circumscribere*, *decipere*³⁴³, und für *dolus decipiendi animus*³⁴⁴, *decipiendi causa*³⁴⁵; der den *dolus* Erdulden ist *circumscriptus*, *deceptus*, *captus*³⁴⁶.

Aus dieser Auffassung des *dolus* erklärt sich auch mit Leichtigkeit das criminalistische Gegenstück der *actio doli*: das *crimen stellionatus*³⁴⁷.

Jeder rechtlich relevante Entschluss setzt sich nun aus mehreren wesentlichen Bestandtheilen zusammen: er ist Willensakt eines Handlungsfähigen³⁴⁸ mit einem bestimmten

³⁴² L. 7 § 9 D. de pactis 2, 14; l. 1 § 2 l. 23 D. de dolo m. 4, 3; l. 3 D. de pign. act. 13, 7; l. 45 D. pro socio 17, 2: si per fallaciam dolove malo amovit; ebenso l. 51 eod.; l. § 2 D. de aedil. edicto 21, 1: fallaciae vendentium; l. 34 D. eod.; l. 3 pr. C. de abol. 9, 42: fallaciter incusantes; ebenso in l. 9 C. de calumniator. 9, 46. Vgl. l. 22 D. de V. O. 45, 1: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. *Dolus malus* des Verkäufers liegt nicht nur dann vor, wenn er fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat: l. 43 § 2 D. d. contr. empt. 18, 1. In l. 43 § 3 D. de furtis 47, 2 steht *fallax* für Betrüger im Gegensatz zum Dieb. — Ueber die *fallacia* s. jetzt auch Voigt a. a. O. S. 89. 90. — Donellus a. a. O. § 9 meint: In verbis fallacia est, in facto ea quae dicitur machinatio.

³⁴³ S. z. B. *calliditate circumvenire*: l. 3 § 5 D. de hom. libero exhib. 43, 29; l. 2 D. de proxenetis 50, 14; l. 31 D. de receptis. 4, 8

³⁴⁴ l. 30 § 1 D. ad SC. Vellejanum 16, 1.

³⁴⁵ l. 37 D. de dolo m. 4, 3; l. 5 eod.: cum mei decip. causa alium falso laudasti; vgl. l. 2 C. de in lit. jur. 5, 53: dolo, circumveniendi pupilli gratia.

³⁴⁶ S. z. B. l. 16 D. de dolo m. 4, 3; l. 38 eod. Die *actio doli* fällt weg: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit: l. 36 § 1 D. de pign. act. 13, 7; l. 1 § 42 D. depos. 16, 3: captus fraudatusve.

³⁴⁷ S. T. D. *stellionatus* 47, 20, bes. l. 3 pr. § 1 das. Vgl. darüber Merkel, Abhandlungen II S. 1—13.

³⁴⁸ Wenn die Römer die Handlungsfähigkeit in ihrer Anwendung auf Delikte dadurch bezeichnen, dass sie die betreffende Person für *doli vel culpa capax* erklären, so ist dies eine Definition durch das zu Definirende. Der Versuch aus den Begriffsmerkmalen des *dolus* den

Inhalte; er steht zum Bewusstsein des Entschlossenen in einem bestimmten Verhältniss {des Reflektirtwerdens oder Nichtreflektirtwerdens; endlich} kann {das positive Recht noch seine Beziehung zur Sittlichkeit für relevant erklären.

Nach allen diesen {Richtungen} hin muss 'der Dolusbegriff' erörtert, und, soll sein Wesen möglichst scharf hervortreten, durch seine Gegensätze erläutert werden. Grade diese negativen Zeugnisse beweisen nicht selten am Schärfsten: nur gilt es ihre beiden Klassen nicht zu verwechseln. Die Quellen führen nicht selten bestimmte Gründe auf, deren Vorhandensein scheinbar den dolus ausschliesst, während es in Wahrheit alle Schuld negirt: aus ihnen lässt sich nur das Wesen der Schuld und nicht specifisch das des dolus erklären; für die Doluslehre als solche sind nur die andern Zeugnisse von Wichtigkeit, welche dem dolus bestimmte Eigenschaften absprechen, während Schuld bestehen bleibt.

Umfang der *personae doli capaces* aut *incapaces* zu bestimmen kann nicht glücklich ausfallen: ein grosser Theil der *impuberes* ja der *Wunsinnigen* {würde dadurch zu den *doli capaces* geschoben werden. Am Schönsten weisst diese Drehung im Kreise l. 1 § 6 D. *ne vis fiat ei, qui in possess.* 43, 4 nach: *Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est; ceterum si jam doli capax sit contra erit dicendum.* — Ueber die *doli vel culpae capaces* vgl. l. 3 § 2 D. *de tribut. act.* 14, 4; l. 1 § 15 D. *depos.* 16, 3; l. 15 D. *de liberali causa* 40, 12; l. 1 § 6 D. *ne vis fiat ei* 43, 4; l. 23 D. *de furtis* 47, 2; l. 2 § 19 D. *vi bonor. rapt.* 47, 8; l. 3 § 1 D. *de injuriis* 47, 10; l. 3 § 1 D. *de sepulchro violato* 47, 12; l. 22 pr. D. *ad leg. Corn. de fals.* 48, 10: *cum dolus malus in eam aetatem non cadit.* Dazu l. 10 § 1 D. *de alien. iudicii mut. causa* 4, 7: *der pupillus und der furiosus consilium huius fraudis inire non possunt.* In l. 26 pr. D. *de iurejurando* 12, 2 schwört der pupillus keinen Meineid: *quia sciens fallere non videtur.* Vgl. auch l. 13 § 1, l. 14 D. *de dolo malo* 4, 3; l. 55 i. f. D. *de fideicommiss. libert.* 40, 5: *in parvulis autem nulla deprehenditur culpa.*

Wir betrachten nun zunächst

§ 51. II. Das Willens-Moment im *dolus*.

Die Spontaneität des Entschlusses ist den Römern nicht Erforderniss des *dolus*, sondern der Schuld überhaupt. Wen die *necessitas* zwingt etwas zu thun oder zu unterlassen, der ermangelt der Schuld: die *necessitas*, die *major vis* sind Formen des *casus*. Aber nicht nur der durch höhere Gewalt Gezwungene, der Freiheit der Willensbethätigung Beraubte ist schuldlos, sondern auch derjenige, dessen Willen im Dienste eines verbindenden Befehls steht. Is *damnum dat, qui iubet dare: eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit*, so formulirt Paulus in l. 169 pr. D. d. R. J. ganz richtig das Princip³⁴⁹. Den Grund aber, warum der die anbefohlene Widerrechtlichkeit³⁵⁰ Ausführende unverantwortlich ist, findet Ulpian in l. 4 D. eod. in dem mangelnden eigenen Willen des Thäters: *Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini*. Der Wille des Befehlenden verschlingt den Willen dessen, welchem der Befehl gilt: der Entschluss des Letz-

³⁴⁹ Vgl. l. 167 § 1 eod.: Paulus: *Qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet*. S. auch Callistr. in l. 15 § 3 D. de lege Cornelia 48, 10: *nam servos, cum dominis suis parent, necessitate potestatis excusari*. Vgl. bezügl. der passiven Uebertragung der *actio legis Aquiliae* auf denjenigen qui iussit, si modo ius imperandi habuit l. 37 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Ganz analog bezüglich der *a. injuriar.* l. 17 § 7 D. de injur. 47, 10. Vgl. auch l. 1 i. f., l. 11 § 4, l. 12 D. de his qui not. infamia 3, 2.

³⁵⁰ Ich spreche hier nur von dem auf eine Widerrechtlichkeit lautenden Befehl, also nicht von dem legalen Befehle, der die Rechtswidrigkeit der That aufhebt. Auch ein rechtswidriger Befehl kann vom praetor ausgehen, und der Entschuldigungsgrund für den Thäter ist offenbar derselbe wie für den Haussohn oder Sklaven, welche den Befehl des Vaters oder Herrn ausführen. Wie weit die Römer eine solche Willenlosigkeit in Folge eines Befehls annahmen, gehört nicht hieher: vgl. übrigens l. 157 pr. D. d. R. J.; l. 20 D. de obl. et action. 44, 7; l. 5 C. ad. leg. Jul. de vi 9, 12.

teren ist nur ein notwendiger Durchgangspunkt des Befehls zur Kraft dessen, dem befohlen wurde.

Einen ähnlichen Gegensatz zum eigenen Willen erblicken die Römer unter Umständen in dem von der Angst erpressten Entschlusse: unter ihrem Bann kann die Willensfreiheit vergessen und verloren gehen³⁵¹.

Was aber für den dolus als besondere Schuldform charakteristisch ist: auf dem Gebiete des Unrechts erscheint er den Römern als das Wollen schlechthin. Nur das dolose Delikt ist gewollt, das kulpöse ungewollt, und deshalb zählt es der Römer principiell zum casus. So kann Papinian in l. 1 D. de leg. 1, 3 definiren: *Lex est . . . delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio*; und analog unterscheidet Pomponius in l. 29 § 1 D. de evict. 21, 2: *si culpa vel sponte . . . possessio amissa fuerit*.

Voluntas, velle ist dolus, der grosse Gegensatz dazu der casus fortuitus, der die culpa einschliesst. Am klarsten wird dies in der *Collatio leg. Mos. et Roman. I c. 6* ausgedrückt: *Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur*, wo der casus die Fahrlässigkeit mitumfasst³⁵².

³⁵¹ L. 16 § 1 D. de liberali causa 40, 12: *Si tamen vi metuque compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carere*. Vgl. l. 5 pr. i. f. D. ex quib. caus. majores 4, 6: . . . *quoniam nullus metus est, si dolus intercedit*. In welchem Umfange die metus die Schuld ausschliesst, gehört nicht hieher: vgl. übrigens z. B. l. 3 D. h. t.; l. 13 C. de transactionibus 2, 4.

³⁵² Vgl. l. 1 § 3 ad leg. Corn. de sicar. 48, 8: *casu magis quam voluntate; non voluntate sed casu fortuito*: l. 5 C. ad l. Corn. de sicar. 9, 16; *voluntate opp. ex improviso casu*: l. 1 eod.; Paulus Sent. V. 23 § 3: *occidere velle und casu imprudenter occidere*. — S. auch noch l. un. C. de emend. servorum 9, 14; l. 27 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 1 pr. D. de extraord. crim. 47, 11; l. 53 pr. D. de furtis 47, 2: *nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit*; l. 14 D. ad leg. Cornel. de sicariis 48, 8: *in maleficiis voluntas spectatur non exitus*; l. 5 C. ad leg. Jul. majest. 9, 6; l. 1 C. Th. ad leg. Jul. de ambitu 9, 26. (Ein Analogon. s. in § 26 J. 2, 1 de rer. divisione.) Es ist nicht unwichtig zu beachten, dass die letzten Stellen

Es ist eben der *dolus* ein Wille, der sein Ziel fest ins Auge fasst, während die *culpa* bei ihm unbewusst anzulangen pflegt; jener ist ein Wollen, diese scheinbar ein Nichtwollen, eine Lässigkeit: *negligentia*.

Einen wichtigen Schritt weiter leitet die Frage: worauf muss der Wille gerichtet sein, damit er zum *dolus* werden könne?

Dass diese *voluntas* regelmässig auf eine verbotene That geht, ist zweifellos: und zwar fassen die Römer sehr scharf ins Auge, welcher Norm die Handlung zuwiderläuft: und nur mit Bezug auf diese ist sie ihnen *dolos*³⁵³. Derjenige handelt nicht gegen die *lex Cornelia testamentaria nummaria*, der die von ihm besessenen Testamentsurkunden einem Andern übergibt um sie dem das *interdictum de tabulis exhibendis* Anstellenden nicht ausliefern zu müssen. sofern er dies nur nicht in der Absicht das Testament zu unterdrücken thut: nichts destoweniger handelt er *dolos*³⁵⁴ und das *interdictum* greift gegen ihn Platz³⁵⁵.

von den Verbrechen im Allgemeinen sprechen wollen und immer nur vorsätzliche Verbrechen im Auge haben.

³⁵³ Einige eklatante Beispiele, wo der Dolose genau das will, was die Norm verbietet s. oben I. S. 61—65. Ich füge noch einige weitere bei: l. 40 § 1 D. de iudiciis 5, 1: *Iudex si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praetermiserit, legem offendit*; l. 9 D. de rebus eor. qui sub tutela 27, 9: *fraus et dolus contra senatus consulti auctoritatem*; l. 1 § 1 D. de aedilicio edicto 21, 1: *Aiunt aediles: folgen die bekannten Normen des aedilicischen Edikts . . . »hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus«*. Interessant l. 29 i. f. C. 6, 23 de testam.: ohne vorausgehende Norm und ohne Kenntniss der Norm ist eine dolose Uebertretung unmöglich; *quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?* Die sie aber kennen und doch dawiderhandeln: *poenam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria causa versati*. S. ferner l. 7 i. f. C. de agricolis 11, 47; l. 5 § 2 i. f. C. de metatis 12, 41 . . . *iubemus ut . . . impunitum esse non patiamur, si quid sponte contra praeceptum nostrum probati fuerint obtulisse*.

³⁵⁴ l. 3 § 6 D. de tabulis exhib. 43, 5.

³⁵⁵ Vgl. beispielsweise noch l. 50 § 4 D. de furtis 47, 2; l. 2 § 18 D. vi bonor. raptor. 47, 8.

Ist nun aber der Inhalt notwendig eine Normwidrigkeit oder giebt es auch einen dolus mit erlaubtem Inhalt? Ein solcher läge unter Anderem vor, wenn zum dolus die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Gewollten nach Auffassung des Entschlossenen genügte, während der Inhalt des Entschlusses aus irgend einem Grunde der wirklichen Rechtswidrigkeit ermangelte.

Hier vollzieht sich nun bei den Römern eine sehr interessante Abänderung der alten mehr ethischen, subjektiven Auffassung des Vorsatzes zu Gunsten einer strengen juristischen, objektiv prüfenden noch vor unseren Augen. Wie ist es zu beurtheilen, wenn Jemand in der Meinung und in der Absicht ein furtum zu begehen eine zur Zeit herrenlose oder eine derelinquirte Sache entwendet, oder wenn der vermeintliche fur glaubt die Sache wider die Einwilligung ihres Eigentümers zu kontrektiren?

Zwei Entscheidungen, eine des Prokulianers Neratius und eine andere des Sabinianers Pomponius, treten hier mit den Anschauungen der spätern Gaius, Paulus und Ulpian in Widerstreit.

Im ersten Buche ad Neratium referirt Paulus³⁵⁶ ein responsum desselben: Si rem hereditariam ignorans in ea causa esse subripiisti furtum te facere respondit. Dagegen polemisiert Paulus: auf die irrige Auffassung des Entwenders kann nichts ankommen; an einer Erbschaftssache kann nun einmal ebensowenig wie an einer nicht in Eigentum stehenden Sache ein furtum begangen werden; die mangelnde Rechtswidrigkeit der That macht die Annahme eines furtum und eines darauf gerichteten dolus unmöglich.³⁵⁷

Genau dieselbe Auffassung theilt Ulpian libro XLII ad Sabinum³⁵⁸ für den Fall, dass der angebliche fur mit Ein-

³⁵⁶ l. 6 D. expilatae hered. 47, 19.

³⁵⁷ Das.: Paulus: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis.

³⁵⁸ L. 46 § 8 D. de furtis 47, 2. Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, quum dominus vellet, an furti actio sit. Et ait Pomponius, furtum me facere. Verum tamen est, ut

willigung des Eigners der Sache handelt, während er sich mit diesem in Widerspruch glaubt. Pomponius nahm keinen Anstand ein *furtum* hier anzunehmen, jedenfalls auf Grund der *existimatio subripiantis*, Ulpian aber stellt die ganze Entscheidung auf die Einwilligung des Eigentümers: liegt diese vor, so ist ein *furtum* unmöglich.

Diesen Standpunkt hatte schon Gaius getheilt; dass die Frage aber kontrovers war, klingt noch aus seinen Worten heraus: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem* (es handelt sich um eine *res commodata*, *contrectare*, *domino autem volente id fiat*, *dicitur furtum non fieri*³⁵⁹. Gaius theilt dann eine interessante *quaestio* mit einem sehr korrekten *responsum* mit, welche beide diese Frage betreffen.

Titius stiftet meinen Sklaven an mich zu Gunsten des Anstifters zu bestehlen: mein treuer Sklave macht mir davon Mittheilung, und um Titius auf handhafter That zu greifen gestatte ich meinem Sklaven ihm die Sachen, nach denen er lüstern ist, als seien sie mir entwendet, zu überbringen. Es erhebt sich die Frage: haftet mir Titius aus dem *furtum* oder aus der Verführung des Sklaven oder aus keinem der beiden Thatbestände? Die Antwort lautet: *neutro eum teneri, furti ideo quod non invito me res contrectavit, servi corrupti ideo quod deterior servus factus non est*.

Interessant genug berichten Justinians Institutionen³⁶⁰, welche sich ebenso wie Justinians l. 20 C. de furtis 6, 2 mit diesem Falle beschäftigen, dass die Entscheidungen der älteren Juristen kontrovers gewesen seien: *quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem praestantibus* (so Gaius, aus welchem die Institutionen auch hier schöpfen), *quibusdam furti tantummodo* (es entspräche diess durchaus dem Standpunkte des Neratius und Pomponius). Justinian

quum ego velim eum uti (es handelt sich also um ein *furtum usus*: vgl. § 8 J. de obl. quae ex delicto 4, 1) ne furti sit obligatus.

³⁵⁹ Gaius III § 199; s. § 8 J. de obl. quae ex delicto 4, 1.

³⁶⁰ § 3 J. l. c.

selbst muss zugeben, dass weder ein *furtum*³⁶¹ noch eine *corruptio servi*³⁶² vorliege: wenn er dennoch in diesem Falle wegen des *consilium corruptoris* und des Putativ-Dolus sowohl die *actio furti* als die *actio servi corrupti* freigiebt, so ist dies eine ganz rohe Moralität, deren Entscheid als mit sich selbst und ausserdem mit einem Grundsatz des römischen Rechts im Widerspruch stehend nicht als juristisch verbindlich angesehen werden kann.

Bezüglich der vermeintlichen Entwendung von Sachen, deren Besitz von dem bisherigen Besitzer aufgegeben wurde, ohne dass er sie *derelinquiren* wollte³⁶³, sehen wir schon Celsus die Frage als zweifelhaft traktiren und eine Entscheidung geben, die ihm selbst noch keineswegs zweifellos zu sein scheint. Das Eigentum an der Sache ist ja hier nicht verloren, und derjenige, der sie sich *aneignet*, hält sie auch nicht für *derelinquirt*: er glaubt sie vielmehr wider Willen des Eigentümers zu *kontrektiren*: aber grade weil man nicht sagen kann, der Besitz der Sache werde demjenigen wider Willen entzogen, der sie freiwillig *weggeworfen* hat, vertheidigt Celsus in höherem Grade die Meinung, dass wegen *furtum* nicht *gehaftet* werde³⁶⁴.

³⁶¹ L. 20 cit. . . . et quemadmodum secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum facere, qui contra domini voluntatem res eius contrectat.

³⁶² § 8 J. cit.: licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est et ideo non concurrant regulae, quae servi corrupti actionem introducerent . . .

³⁶³ Si quis sponte rem jecit vel jactavit non quasi pro derelicto habiturus. Ueber den Begriff des *jacere* und *jactare* vgl. man bes. l. 9 § 8 D. 41, 1 de *acquir. rer. dom.*; l. 13 pr., l. 21 § 1 u. 2 D. 41, 2 de *acquir. possess.*; l. 7 D. de *derelicto* 41, 7; bes. aber T. D. 14, 2 de *lege Rhodia de iactu*.

³⁶⁴ l. 43 § 10 D. de *furtis* 47, 2 . . . et ait (Celsus): si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris. Quod si non putasti, hic dubitare posse ait: et tamen magis defendit non teneri, quia inquit res non intervertitur ei, qui eam sponte rejecit. Mir scheint die Stelle noch auf dem Standpunkte zu stehen, wonach an unbesessenen Sachen ein *furtum* nicht möglich war. S. l. 1 § 15 D. si is qui testam. 47, 4 u. v. Wächter in Weiske's Rechtslexikon III. S. 360 n. 35.

Die Sachlage ändert sich sofort, wenn das Wegwerfen ohne Dereliktionsabsicht aus Not geschah *hoc animo, ut si salvum fuerit haberet*: hier liegt der Widerspruch zwischen dem Willen des Eigentümers und dessen, der sich eine solche Sache wissentlich zueignet, vor³⁶⁵.

Da aber grade in dem Falle des Celsus die Entscheidung wirklich Zweifel erregen konnte, so haben wir in ihm wohl einen entschiedenen Vorkämpfer einer juristischen Dolus-Auffassung zu erkennen.

Ist die Sache wirklich derelinquirt, so entscheidet Ulpian: *furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero*. und er gründet diese Entscheidung auf des Sabinus und Cassius Theorie von der Dereliktion³⁶⁶.

Eine Bestätigung dafür, dass diese strengere Dolus-Kritik sich keineswegs auf das *furtum* beschränkt hat, bietet Paulus in seinem *liber singularis ad senatus consultum Libonianum*³⁶⁷. Jemand schreibt eines Andern Testament nieder: wollte er nun nicht dem SC. Libonianum verfallen, so durfte er weder sich noch seinem Sohn noch seinem Sklaven darin ein Legat verschreiben; die Vorschriften des SC. kennend schreibt der Schreiber nun ein Legat zu Gunsten seines vermeintlichen Sklaven, bezüglich dessen er aber nur *bonae fidei possessor* ist. Paulus entscheidet: *quod ad cogitationem animi nocens est, quia ei adscribit, quem suum putat: sed quoniam neque legatum neque hereditas bonae fidei possessori acquiritur, dicamur eum poenae eximendum esse*³⁶⁸.

³⁶⁵ S. l. 43 § 11 D. eod.

³⁶⁶ l. 43 § 5 D. eod. . . *nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.*

³⁶⁷ S. l. 22 § 4 D. ad leg. Corn. de falsis 48, 10.

³⁶⁸ Vgl. auch l. 6 pr. D. h. t. und dazu Zachariae Versuch I. S. 123. 255. Ferner l. 35 § 6 D. 48, 19 de poenis: *Testamentum quod nullo iure valet impune supprimitur; nihil est enim quod ex eo aut petatur aut consistere possit.* S. ferner die Entscheidung des Kaisers Severus Alexander in l. 4 C. ad leg. Jul. 9, 9, wo Gracchus in der

So ergibt sich, dass zu Ulpian und Paulus Zeiten die frühere Auffassung, der unter Anderen Neratius und Pomponius noch huldigten, und nach welcher vermeintliche Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Handlung zum dolus ausreichte, überwunden war und überwunden blieb: der dolus ist von der subjectiven Auffassung des Verbrechers unabhängig geworden und hat diese Unabhängigkeit für das gemeine Recht behauptet.

Mit diesem Resultate ist aber nur darüber entschieden, dass, wo als Dolus-Inhalt eine Rechtswidrigkeit verlangt wird, dieses objective Merkmal nicht durch die subjective Meinung des Entschlossenen ersetzt werden kann. Noch aber harret die andere Frage der Lösung: ob das römische Recht nicht vielleicht auch einen dolus kennt, der sich auf ein nicht Verbotenes, vielleicht gar auf ein Erlaubtes richtet? Denn seltsam genug finden sich allerdings Stellen, wo wenigstens dem Anscheine nach von der dolosen Ausübung eines Rechtes gesprochen wird.

Bei ihrer Beurtheilung ist zunächst die der römischen Anschauungsweise so geläufige Verwechslung der Sache mit der Beweisfrage scharf im Auge zu behalten. Es ist durchaus römisch von der dolosen Ausübung eines Rechtes zu sprechen, wenn gesagt werden soll, Jemand mache von einem Rechte in einer Weise Gebrauch, dass daraus gegen ihn eine Präsumtion erwachse, er wisse sich im Unrecht. So ist die These des Ulpian³⁶⁹ zu erklären: *Igitur sciendum est et liberum posse dolo malo in libertate esse*. Sie ist lediglich aus der Ausführung des Varus abstrahirt: *Varus autem scribit, eum qui se liberum sciat, dum in fuga*

Nacht schwerlich erkennen konnte, ob der im Ehebruch Ertappte von ihm Erschlagene eius conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit. Ein weiterer Beleg in l. 22 eod. aus dem Jahre 290: *Si ea, quae stupro tibi cognita est, passim venalem formam exhibuit ac prostitutam meretricio more vulgo se praebeuit, adulterii crimen in ea cessat*.

³⁶⁹ l. 12 pr. vgl. l. 10 u. 11 D. de liberali causa 40, 12; dazu l. 7 § 5 eod.

sit, non videri sine dolo malo in libertate esse: sed simul atque desierit quasi fugitivus se celare et pro libero agere, tunc incipere sine dolo malo in libertate esse. Die Unterscheidung des dolo malo und sine dolo malo in libertate esse ist keine materiell-rechtliche, sondern hat lediglich für die Beweisrolle Bedeutung. Im Freiheitsprozess findet, wenn es zweifelhaft ist, ob die Forderung ex servitute in libertatem oder umgekehrt erhoben wird, über die Zutheilung der Kläger- oder Beklagten-Rolle eine vorläufige cognitio statt: und wenn derjenige, über dessen Freiheit gestritten wird, in libertate sine dolo malo fuerit, d. h. wenn er aufgetreten ist, wie es dem Bewusstsein eines freien Mannes entspricht, dann ist der angebliche Herr der Kläger und ihm liegt der Beweis der Unfreiheit ob: hat sich aber der als unfrei in Anspruch genommene sehen verborgen oder sich auf die Flucht begeben, wer kann ihm dann glauben, dass er frei ist, auch wenn er es wirklich sein sollte? Sein Betragen wird Indiz für seine Unfreiheit: demgemäss liegt ihm der Beweis der Freiheit ob³⁷⁰.

Anderwärts aber wird von den römischen Quellen alles Ernstes von einem dolosen Gebrauche eines Rechtes gesprochen: der dolus stellt sich dann scheinbar als Willensseite zu einem rechtmässigen Handeln dar³⁷¹.

Dies erscheint unter einer von zwei Voraussetzungen als möglich: entweder nämlich kennen die Römer einen dolus malus, der nicht Schuld ist, oder aber die rechtmässige Handlung wird nur ungenau als das Substantiv gebraucht, auf welches das Beiwort dolus bezogen wird. Denn ist Dolus wirklich die Absicht das Recht zu verletzen, so ist eine dolose Rechtmässigkeit ein Widersinn. Der rechtswidrige und der normale Wille erhalten ja ihr Gepräge lediglich durch den Charakter der Thätigkeit, auf welche sich der Entschluss richtet. Ist die That erlaubt,

³⁷⁰ So Ulpian in l. 7 § 5 D. h. t.

³⁷¹ S. z. B. l. 42 D. de action. empti et venditi 19, 1, wo Paulus fragt: an non facit dolo, qui iure perpetuo utitur?

so ist der Entschluss Absicht zu etwas Erlaubten: ist die That verboten, so wird dadurch und dadurch allein der Wille des Handlungsfähigen rechtswidrig.

Wäre denn aber nicht vielleicht eine bewusst rechtswidrige Rechtsausübung in dem Sinne denkbar, dass man eine erlaubte Handlung als Mittel zur Herbeiführung eines unerlaubten Erfolges benutzen könnte? Nach gemeinem Rechte war ja die Brandstiftung begangen an dem eigenen Hause extra oppidum eine erlaubte Bethätigung des Eigentumsrechtes: wenn nun der Eigentümer das Haus ansteckt, damit seine schlafende Frau in dem brennenden Hause den Tod finde, stellt sich das nicht als eine dolose Rechtsausübung dar?

Allein diese Ausdrucksweise ist entschieden verwerflich. Statt dass man diesen Konkurrenzfall von einer erlaubten Handlung (der Eigentumsvernichtung) und einer verbotenen Handlung (der Tödtung) als solchen erkennt und die beiden Handlungen scharf auseinander hält, klar dartüber, dass dolus nicht mit Bezug auf die Eigentumsvernichtung, sondern nur auf die Tödtung vorhanden ist, lässt man Beide in einander fließen, und behandelt den Tödtungsdolus als Bestandtheil der erlaubten Eigentumsvernichtung.

Wie sich Delikte mit Delikten, rechtmässige Handlungen mit rechtmässigen verbinden, so kumuliren sich auch wohl statthafte und unstatthafte Thaten: der Mensch kann sehr wohl ein Recht ausüben und daneben eine Pflicht verletzen; dadurch wird aber nie und nimmer die Rechtsausübung zur Pflichtverletzung, und immer kann nur die Letztere und nicht die Erstere als dolos bezeichnet werden. Daneben ist es aber auch sehr wohl möglich, dass durch die Rechtsausübung allein ohne konkurrirende Pflichtverletzung die rechtlichen Güter eines Andern geschädigt werden: mein Haus kann sehr an Wert verlieren, wenn der Nachbar auf seinem Grundstücke baut, ohne dass dieses Bauen rechtswidrig wird. Es liegt dann in seinem

Rechte sich durch die Rücksicht auf Andere nicht beschränken zu lassen³⁷².

Ob die dolose Rechtsausübung der Römer sich in solche Konkurrenzfälle auflöst oder einer Erweiterung des *dolus* über den Schuldbegriff hinaus ihr Dasein verdankt, bedarf einer näheren Prüfung.

Ein wichtiges Beweismittel, dass der *dolus* in den Banden der Schuld gehalten wurde, ist der im römischen Rechte ganz durchgehende Gegensatz von doloser That und rechtmässigem Handeln³⁷³. Die empfindlichste Verletzung

³⁷² Ulpian in l. 26 D. de damno infecto 39, 2: Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promississet damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas aut si in vicino agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia.

³⁷³ S. z. B. l. 4 § 2 D. ne quis eum qui in ius vocab. 2, 7: Praetor ait: neve faciat dolo malo quo magis eximeretur; nam potest sine dolo malo id fieri, veluti cum iusta causa est exemptionis; l. 2 § 1 D. si quis cautionibus 2, 11: si quis municipalis muneris causa sine suo dolo malo impeditus in iudicio . . non stetit; l. 5 pr. D. de servo corrupto 11, 3: . . . ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo fecerit; ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit . . . vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur; l. 51 pr. D. pro socio 17, 2: . . quia quum sine dolo malo fecit, furti non tenetur; et sane plerumque credendum est, eum qui partis dominus est, iure potius suo re uti, quam furti consilium inire; l. 1 § 12 D. de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3: Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit; l. 3 § 2 D. de hom. lib. exhib. 43, 29: Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure utitur; vgl. l. 3 § 3 § 4 i. f. . . . Et generaliter, qui justam causam habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur dolo malo facere; l. 55 D. d. R. J. 50, 17: Gaius. Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur; l. 129 pr. eod. Paulus. Nihil creditor dolo facit, qui suum recipit. S. auch die vorige Note. Vgl. jetzt auch Voigt a. a. O. S. 60—61.

eines Menschen in seinen Rechten, sofern nur der Verletzende ein Recht zu der Handlung hatte, heisst nie dolus herbeigeführt: so die Notwer-Verletzung und, was noch viel sprechender ist, die Notstands-Verletzung³⁷⁴. Grade bezüglich ihrer lässt sich eine merkwürdige Entwicklung verfolgen. Im 71. Buch zum Edikt berichtet Ulpian in einer leider etwas verdorbenen Stelle³⁷⁵, Gallus (es ist wohl Aquilius Gallus gemeint und jedenfalls für das Celsus der Florentina zu lesen) habe gezweifelt, ob ich gegen das *interdictum quod vi aut clam* oder die *actio legis Aquiliae* excipiren dürfte: »quod incendii defendendi causa factum

³⁷⁴ Die so interessanten römischen Stellen über Notstand werden wenig benutzt. (Vgl. indessen v. Jhering, Schuldmoment S. 44 und Windscheid, Pandekten II. § 455 n. 11). S. l. 29 § 3, l. 45 § 4, l. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24; l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9; l. 14 pr. D. de praescr. verbis 19, 5; l. 16 § 8 D. de publ. et vectig. 39, 4; l. 16 § 1 D. de liberali causa 40, 12; l. 96 D. de V. O. 45, 1. Vgl. l. 17 § 8 D. de injur. 47, 10; l. 1 D. de bonis eorum, qui ante sententiam 48, 21. Vielleicht gehört auch l. 14 § 1 D. quemadm. servit. amittuntur 8, 6 hierher. — Ueber die relative Schätzung rechtlicher Güter s. l. 9 § 2 D. de statuliberis 40, 7; l. 5 § 2 § 3 D. quod metus causa 4, 2; l. 1 D. de bonis eorum 49, 21; l. 106 D. de R. J.; l. 122, l. 176 § 1, l. 209 eod. — Ueber die Pflicht zur Bestehung besonderer Gefahr für Soldaten l. 3 § 4, l. 6 § 3, 5, 8, 9, D. de re mil. 49, 16; für Sklaven l. 1 § 28 D. ad SC. Silan. 29, 5; vgl. l. 1 § 29, 32, 39 h. l. — Höchst interessant ist, dass die Römer den Urheber der Verletzung nicht einmal als ersatzpflichtig behandeln. Was Lehmann, Ueber die civilrechtl. Wirkungen des Notstandes (Jhering's Jahrbücher XIII. S. 215—250) dagegen vorbringt, steht völlig in der Luft.

³⁷⁵ l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. (Vgl. dazu die citirten l. 3 § 7 D. 47, 9 u. l. 49 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2): Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi (et quod vi aut clam mecum agatus aut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: »quod incendii defendendi causa factum non sit«? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quod vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset simpli litem aestimandam: si pervenisset absolvi eum oportere. idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus.

sit“, wenn ich des Nachbarn Haus eingerissen habe um eine Feuersbrunst einzuschränken. Servius habe so entschieden: ist diese Vernichtung von einem Magistrat ausgegangen und dieser verklagt, so dürfe dieser die *exceptio* benutzen; einem Privaten sei aber nicht das Gleiche zuzugestehen. Und auch der Magistrat sei nur dann freizusprechen, wenn das Feuer bis an das zerstörte Haus fortgeschritten sei.

Damit wird das Recht des Hauseigentümers als solchen sein Haus vor Brand durch Zerstörung des Nachbarhauses zu retten negiert. Und wirklich sehen wir Labeo noch auf diesem Standpunkte stehen. Prüffend fragt Ulpian, ob wirklich gegen einen solchen Eigentümer aus der Ediktsstelle in l. 1 pr. D. de incendio 47, 9 die Klage auf das *quadruplum* und nach Jahresfrist auf das *simpulum* zu geben sei: *nam si dolus malus absit cessat edictum: quemadmodum ergo procedit quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum.* Labeo nimmt hier eine dolose Handlungsweise an, weil er eine solche Notstandsverletzung noch für unerlaubt betrachtet.

Der Grund dieser Auffassung, welcher auf den ersten Blick sich kaum mit den gleichfalls von Labeo herrührenden Entscheidungen in l. 29 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2 vereinigen lässt³⁷⁶, liegt offenbar darin, dass hier ein wertvolleres Gut sich auf Kosten eines Minderwertigen (das Schiff auf Kosten fremder Ankertane) erhält, dort aber das Gleichwertige dem Gleichwertigen vielleicht gar noch ohne sichere Aussicht auf Rettung geopfert wird. Celsus aber hatte schon umgekehrt wie Labeo entschieden: *nec enim iniuria fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset.* Deshalb verweigert er die *actio legis Aquiliae*. Und Ulpian zieht die Konsequenz: *cum enim defendendarum mearum aedium*

³⁷⁶ Als unvereinbar betrachtet diese Stellen fälschlich Lehmann in Jhering's Jahrb. XIII S. 222. Es ist unmöglich, dass das *iudicium*, welches Labeo nach l. 3 § 7 D. cit. gewähren will, nur reipersecutorische Bedeutung besitzen soll.

causa fecerim utique dolo careo. Damit war entschieden nicht nur, dass jene Handlung des dolus, sondern dass sie der Schuld ermangelte: sie erschien als erlaubt.

Dass es denn auch wirklich keinen dolus als Willensseite einer rechtmässigen Handlung gab, wird die Analyse einiger wichtigen Fragmente klarstellen.

So reflektirt Severus Alexander³⁷⁷: *Praeses provinciae aditus, si probatum fuerit, tuum creditorem, cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse, quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem jubebit. Quodsi de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, et probatum fuerit, emptorem mala fide emissee, offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emptorem iubebit.*³⁷⁸

Der Pfandgläubiger hat allerdings das Recht die Pfänder zu verkaufen, daneben aber die Verpflichtung neben seinem Interesse auch das des Pfandschuldners möglichst wahrzunehmen: nicht dadurch, dass er fremde Sachen veräussert, handelt er dolus, er würde sonst mit der *actio furti* haften, sondern dadurch, dass er sie in der Absicht den Schuldner zu schädigen oder unter dem Preise verschleudert. Desshalb ist auch das Kaufgeschäft, wenn der Käufer am dolus des Verkäufers nicht participirt, durchaus unanfechtbar, und nur wenn der Käufer damit einverstanden war, dass der veräussernde Pfandgläubiger seinen Schuldner schädige, wird er als Miturheber der Schädigung subsidiär gezwungen die erstandene Sache gegen Rückempfang des Preises mit Zinsen herauszugeben.

Mein Eigentum gegen Schädigung zu vertheidigen ist mein Recht: Labeo aber glaubte, ich dürfe dabei nicht das Haus meines Nachbarn einreissen. Nicht die Defension ist hier dolus, sondern ich will ein Recht durch eine nach Labeo's Auffassung unerlaubte dolose Sachbeschädigung

³⁷⁷ l. 1 C. si vendito pignore agatur 5, 30.

³⁷⁸ Vgl. l. 4 u. 7 C. de distractione pignorum 8, 2b.

schützen: es liegt nicht eine reine Rechtsvertheidigung, sondern eine Rechtsvertheidigung und eine Pflichtverletzung gleichzeitig vor.

In Notwer den widerrechtlichen Angreifer zu verletzen ist statthaft: zu sorgen, dass die Notwer sich nicht gegen den Falschen wendet, ist geboten. Trifft der Stein den Unschuldigen, so haftet der Werfende aus der *lex Aquilia* ³⁷⁹. Es liegen eben hier zwei Handlungen vor: eine berechtigte Schutzhandlung und ein unberechtigter schuldhafter Angriff. Wehre ich mich gegen den Angreifer selbst, haue ihm aber um mich zu rächen noch Einige mehr auf, als mein Schutzbedürfniss fordert, so liegt derselbe Konkurrenzfall vor ³⁸⁰. Alle Rechte sind eben beschränkt durch Pflichten: eine Grenzüberschreitung gesellt zum Erlaubten das Delikt ³⁸¹.

Es steht dem Herrn eines Sklaven frei ihm eine Reise anzubefehlen. Befiehlt er ihm die Flucht um dadurch die Noxalklage zu vereiteln so ist diess dieselbe Erscheinung ³⁸². Der Grundeigentümer darf auf seinem Grund bauen, nur nicht, wo ein Anderer ein Wegerecht hat, widrigenfalls eine dolose Verletzung des fremden jus in re vorliegt ³⁸³. Dem Freien ist es gestattet seinen Namen (nomen vel praenomen sive cognomen) zu ändern: allein eine Namensänderung steht oft im Dienste einer betrügerischen Absicht. Desshalb sagt l. un. C. de mut. nom. 9, 26 . . . Mutare itaque nomen vel praenomen sive cognomen sine aliqua fraude licito iure si liber es secundum ea, quae saepe constituta sunt, minime prohiberis.

Interessant ist Marcellus in l. 1 § 12 D. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3: Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil

³⁷⁹ S. l. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

³⁸⁰ l. 45 § 4 eod.: illum enim solum qui vim infert, ferire conceditur et hoc si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi factum sit.

³⁸¹ S. l. 1 § 11 D. de aqua 39, 3: prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur.

³⁸² S. l. 24 u. l. 12 D. de noxalibus actionibus 9, 4.

³⁸³ l. 9 D. si servitus vindicetur 8, 5.

posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, meint Ulpian weiter, *si non animo vicino nocendi*, *sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*³⁸⁴. Hier liegt der Fall anders als bisher. Wenn der Eigentümer wirklich nicht rechtlich verpflichtet ist auch bei seinen Grabarbeiten dafür zu sorgen, dass die Quelle dem Nachbargrundstücke nicht abgewandt werde, so kann auch der *animus vicino nocendi* die Handlung nicht zu einer widerrechtlichen machen. Wie erklärt sich nun die *actio de dolo*, die Ulpian denn doch zulassen will?

Es führt uns diess auf die so bedeutende Erweiterung, die der *Dolus*begriff durch die Anerkennung der *aequitas* im römischen Rechte erfahren hat³⁸⁵. Sowohl die *actio de dolo* als die *exceptio doli* wurden ja eingeführt: *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*³⁸⁶. Die Gebote der *aequitas* treten neben die Gebote der Rechte. *Dolus* ist nicht mehr allein im Gegensatz zum Recht, sondern auch zu den Normen der *aequitas* möglich. Der Kampf der *aequitas* mit dem *strictum jus* ist aber nicht nur der Kampf eines formalistischen Rechtes mit einem den Inhalt und das Zweckmoment des Rechts über die Form erhebenden, und somit nicht nur ein Streit zweier Rechtssysteme: sondern es erhebt sich auch das sittliche Bewusstsein des Volkes gegen die Asyle, welche ein formalistisches Recht der Unsittlichkeit, die die Form wahrt, in nur allzugrosser Fülle darbietet. Die *aequitas* ist also bald eine juristische. bald eine sittliche. Diese Doppelnatur theilt sich dann notwendig auch dem ihr widerstrebenden *dolus* mit. Damit ist aber keinesweges gesagt, dass

³⁸⁴ Vgl. l. 21 h. t. 39, 3: Pomponius. Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris. S. l. 26 D. de damno inf. 39, 2 (oben n. 372).

³⁸⁵ Vgl. darüber Voigt, Die Lehre vom *jus naturale* . . der Römer I. bes. S. 599 ff.

³⁸⁶ S. oben S. 272.

nun neben den *dolus* als widerrechtlichen Willen ein *dolus* trete, den das römische Recht nicht als widerrechtlich, sondern nur als unsittlich betrachtet habe. Indem das römische Recht die *aequitas* und ihre Verletzungen als Fundament sowohl der *actio* als der *exceptio doli* und als Gründe noch anderer Rechtsfolgen anerkennt, spricht es aus, dass eben die Erfüllung der Pflichten, die aus dem Princip der *aequitas* fließen, auch solcher Pflichten, die wir unsrer heutigen Auffassung nach lediglich als moralische bezeichnen, von Rechtswegen gefordert wird. Der *dolus* bleibt also auch in seinem Gegensatz zur *aequitas* ein widerrechtlicher Wille. Nur ist es mit den Normen dieses *jus aequum* eine schlimme Sache: sie sind selten wie bezüglich der *pacta* im Edikt formulirt, sind mehr in der Brust der Handelnden und der Empfindung der Richter, als in den Buchstaben der Gesetze geschrieben, lauten, wenn man sie formuliren will, vag wie Sittengebote: und an derselben Unpräcision und Vagheit muss auch der *dolus* leiden, der sich mit ihnen in Widerspruch setzt³⁸⁷.

Jetzt aber wird es möglich die Ausübung einer Befugnis des *jus strictum* im bewussten Gegensatz zur *aequitas* unter dasselbe Princip zu stellen, welches oben die angeblich dolose Ausübung eines Rechtes erklärte: es liegen dort wie hier zwei Handlungen vor, von denen hier jede nach dem Rechtssystem, dem sie angehört, beurtheilt werden muss. Die Ausübung jener Befugnis des *jus strictum* ist nach dessen Auffassung jedenfalls nicht *dolos*: die Verletzung der Pflichten der *aequitas* existirt für das *jus strictum* nicht, erscheint aber in den Augen des *jus aequum* als *dolos*³⁸⁸.

Nun erklärt sich mit Leichtigkeit diejenige Stelle, an

³⁸⁷ Vgl. jetzt auch Voigt, Bedeutungswechsel S. 104—106, der nur hier, wohl ohne Grund, wieder „eine völlige Begriffs-Wandlung“ des *dolus malus* annehmen will.

³⁸⁸ I. 36 D. d. V. O. 45, 1. Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidam subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest.



welche oben angeknüpft wurde. Es widerspricht der *aequitas* den Nachbar aus keinem anderen Interesse als aus dem unsittlichen Motiv ihn zu schädigen durch Ausübung eines Rechtes um seine Quelle zu bringen.

Und so ergibt sich als feststehendes Resultat: eine Widerrechtlichkeit ist stets der Gegenstand, auf den sich der *dolus malus* als Wille richtet.

Diese Widerrechtlichkeit stellt sich aber auch der *Dolose* richtig vor, er sieht ihren Eintritt voraus, denn er hat beraten, was er will, und handelt nur um den vorgestellten Erfolg herbeizuführen; so erklärt sich, wie folgende Bezeichnungen für den *dolus malus* und wie ihre Verneinungen für die *culpa* oder die Unbedachtsamkeit gebraucht werden können: *propositum*³⁸⁹, *prudencia* und *prudens*³⁹⁰, *consilium*, oder *consulto*³⁹¹, *non inconsulte*³⁹², *data opera*.³⁹³

³⁸⁹ Vgl. z. B. § 12 J. 1, 26 de susp. tutoribus; l. 6 D. h. t. 26, 10; l. 11 § 2 D. de poen. 48, 19: aut proposito aut impetu aut casu, wo bekanntlich *propositum* den überlegten Vorsatz bezeichnet; l. 53 pr. D. de furtis 47, 2; l. 8 C. de donat. 8, 54; l. 225 D. de V. S. 50, 16 (*animi propositio*).

³⁹⁰ Statt vieler Stellen genüge die Verweisung auf l. 1 C. ad leg. Cornel. de sicariis 9, 16: Ceterum ea, quae ex improvise casu potius quam fraude accidunt, fatio plerumque non noxae imputantur.

³⁹¹ Vgl. z. B. l. 1 § 7 D. de officio praef. urbi 1, 12; l. 14 § 9, l. 17 § 1 D. de aedil. ed. 21, 1; l. 2 § 2 D. vi bonor. rapt. 47, 8; l. 1 § 1 D. ad leg. Jul. maj. 48, 4; l. 10 eod.; l. 15 pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5; l. 5 § 2 D. de poenis 48, 19: consulto an casu; l. 12 pr. D. de inoff. testam. 5, 2; l. 19 § 4 D. de captivis 49, 15: malo consilio et proditoris animo; l. 3 § 2 D. de jure fisci 49, 14; l. 53 § 2 D. d. V. S. 50, 16; l. 225 eod.; l. 4 C. de testam. manumiss. 7, 2; l. 4 C. de excus. 5, 62.

³⁹² Non inconsulte und inconsulta facilitas: l. 11 § 4 D. de minor. 4, 4; l. 40 § 1 eod.; l. 5 D. de condict. indeb. 12, 6; inconsultus animus: l. 5 § 7 C. de repud. 5, 17; l. 2 C. ad leg. Jul. maj. 9, 8.

³⁹³ Vgl. z. B. Gaius IV., 202: per lasciviam et non data opera; § 11 J. de obl. quae ex delicto 4, 1; l. 1 pr. D. de alien. judicii 4, 7; l. 4 D. de extraord. crim. 47, 11; l. 1 § 7 D. de off. praef. urbi 1, 12; l. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 4 D. de extraord. crim. 47, 11; l. 1 § 1 D. ad leg. Jul. maj. 48, 4; l. 4 eod. (*cujus opera dolo malo*); l. 1 § 1 D. ad leg. Cornel. 48, 8.

Erster Abschnitt.

III. Das Bewusstseinsmoment im dolus³⁹⁴.

§ 52. A. *Die positiven Belege.*

Ähnlich wie der Dolus den Römern das schuld-
en schlechthin ist, bedeutet er ihnen auch allein
Willen, welchem das Bewusstsein seines Inhaltes
. Wissentlich etwas thun, was unerlaubt ist,
s handeln. Scientia und ignorantia oder error
erhalb der Schuld den gleichen Gegensatz wie
nd involuntarie oder casus: nur dass der Unter-
grund für beide Gegensätze ein verschiedener ist.
sind auch in gleichem Maasse unrichtig; die
de keine Schuld sein, wenn ihr das Willens-
er das Bewusstseinsmoment fehlte.

Die Quellen das dolose Handeln genauer schildern,
'sie die Bezeichnung, es habe Jemand sciens
gehandelt³⁹⁵, er habe scientia et dolus besessen³⁹⁶.

Man erblicke darin keinen Pleonasmus! Es kann Jemand sehr wohl — die Quellen bemerken diess ausdrücklich ³⁹⁷ — eine vom Recht missbilligte Handlung wissentlich vollführen, aber des *dolus malus* ermangeln. Die Wissentlichkeit der Handlung ist also der weitere Begriff, der keineswegs schon die Handlung als *dolos* charakterisirt: wohl aber erfordert jede *dolose* Handlung Wissentlichkeit derselben. Die Zufügung des *dolo malo* zu dem *sciens* bedeutet, dass bezüglich der beabsichtigten Handlung eine bestimmte Richtung des Bewusstseins und eine bestimmte Gesinnung vorhanden sei.

Nur wenn man diese alsbald noch näher zu beweisende Thatsache im Auge behält, wird man die zahlreichen Stellen richtig auffassen, wo *sciens*, *scire*, *scientia* allein stehen um im Gegensatz zur *ignorantia* die *dolose* Handlungsweise zu bezeichnen ³⁹⁸. Strenge genommen ist hier überall *sciens dolo malo* zu ergänzen.

³⁹⁷ Vgl. darüber unten S. 302 ff.

³⁹⁸ Ich füge einige Stellen bei, wo der Gegensatz von *Dolus* und *Nicht-Dolus* auf den Gegensatz von *Wissen* und *Nicht-Wissen* zurückgeführt wird. Auf die Stellen, wo die *Culpa* als *error* oder *ignorantia* oder *imperitia* oder *imprudentia* bezeichnet wird, sei hier nur im Allgemeinen verwiesen. Vgl. l. 2 D. de eo per quem factum erit 2, 10; de eo, qui *sciens commodasset pondera* (scil. *iniqua*), ut *venditor emptori merces adpenderet*, Trebatius de *dolo* dabat *actionem*: l. 18 § 3 D. de *dolo malo* 4, 3; l. 13 § 2 D. de *hered. pet.* 5, 3: nisi *dolo* fecit, id est si *scit* et *restituit*; l. 25 § 2 D. eod.: *bona invadere, quae scirent ad se non pertinere*; l. 25 § 3 eod.: quod autem ait *senatus*: »eos qui *bona invasissent*«, loquitur de *praedonibus*, id est de his qui, cum *scirent ad se non pertinere hereditatem*, *invaserunt bona*, scilicet cum nullam causam haberent possidendi; vgl. l. 25 § 5 eod.: *praedonius mos* = *consciens ad se nihil hereditatem pertinere*; l. 2 pr. D. de *noxal. actionibus* 9, 4. Ulpian. Si *servus sciente domino occidit*, in *solidum dominum obligat*; ipse enim videtur *dominus occidisse*; vgl. l. 3, l. 4 pr. § 2, l. 5 D. eod.; l. 30 pr. D. ad Sc. Vellej. 16, 1: (*dolus mulieris*). Si *decipiendi animo vel cum sciret se non teneri mulier pro aliquo intercesserit*; l. § 9 pr. D. *mandati* 17, 1. Wissentlich ein verbranntes Haus einem Unwissenden verkaufen oder von einem Unwissenden kaufen: l. 18 § 1—3 D. de *contrah. empt.* 18, 1. Der Verkäufer verkauft 90 iugera für 100; wenn *sciens*, liegt *Dolus* vor; wenn *ignorans*

Was ist denn nun aber der Inhalt dieser scientia? Der Dolose muss zunächst das Bewusstsein haben, soweit es nötig ist, damit er nicht als unzurechnungsfähig erscheine. Dann ist erforderlich, dass er wisse, was er thut oder was er unterlässt: mit andern Worten, dass er richtig auffasse, welche Veränderung in der Aussenwelt aus der Verwirklichung seines Entschlusses hervorgehen werde oder nicht hervorgehen werde. Das nicht Vorhergesehene ist nie dolos herbeigeführt: aus dieser übrigens allbekannten Wahrheit erklärt sich, dass imprudentia so häufig für culpa gebraucht wird, erklärt sich ferner der beliebte Ausdruck sciens prudensque für dolos³⁹⁹.

Wenn nun das Wissen von demjenigen, was man thut, sofern das Gethane nur verboten ist, genügt um eine dolose Handlung anzunehmen, dann ist in den römischen Quellen die neuerdings von Luden, Köstlin, Berner in Aufnahme

nicht: l. 13 § 14 D. de action. empti vend. 19, 1; vgl. l. 11 § 15 eod.: qui autem alienum sciens vendidit, dolo . . non caret; l. 5 § 2 i. f. D. de praescr. verbis 19, 5: si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres et manumisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianam scribit, si ignorans in factum civilem; l. 13 § 9 D. de aedil. ed. 21, 1: nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem; l. 9 D. quae in fraud. creditor. 42, 8; l. 3 § 2 D. de injur. 47, 10. Vgl. l. 8 § 8 u. l. 29 pr. D. mandati vel contra 17, 1; l. 2 C. si servus aut libertus 10, 32; l. 2 C. creditorem evict. non debere 8, 46: dolo malo cum sciret prudensque esset, rem sine vitio non esse.

³⁹⁹ Paul. Sent. I. 5 § 1: Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat; vgl. das. IV. 7 § 3. S. ferner l. 36 § 1 D. de pignor. actione 13, 7 beim stellionatus: rem alienam mihi pignori dare sciens prudensque; l. 8 § 8 D. mandati 17, 1; l. 1 § 2 D. si mulier ventris nomine 25, 6: Ulp. Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quod sciens prudensque se praegnantem non esse voluit in possessionem venire; l. 9 D. de incendio 47, 9: Gaius. Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vincus verberatus igni necari iubetur si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu id est negligentia . . .; l. 14 § 2 C. de assessor 1, 51; l. 2 C. creditor. evict. non debere 8, 46; l. 3 C. depositi 4, 34.

gebrachte, von mir als sehr gefährlich bekämpfte Dolusauffassung positiven Rechts.

Aber grade jenes Wissen erklären die römischen Quellen als für die dolose Handlung nicht ausreichend. Dolus ist nicht das wissentliche Wollen einer Handlung, welche das Recht missbilligt.

So sagt Ulpian im 50. Buch zum Edikt: Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumque curet. edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex senatusconsulto Silaniano habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit Si quis ignorans occisum aperuerit non debet hoc edicto teneri. Et si sciens non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit⁴⁰⁰.

Die Eröffnung des Testamentes des Ermordeten, bevor nicht die familia der Folter übergeben und der Schuldige seine Strafe empfangen hatte, war nach dem prätorischen Edikt eine verbotene Handlung. Wissend, dass der Verfertiger des Testamentes ermordet worden, eröffnet Jemand dieses Testament: aber die wissentliche Vornahme dieser verbotenen Handlung, auch wenn von einem sog. Zurechnungsfähigen vorgenommen, braucht keineswegs notwendig dolos zu sein, und sie ist es nicht, wenn der Handelnde die Norm nicht kennt, welche die Handlung verbietet. Ausdrücklich wird also hier das dem dolus charakteristische Bewusstsein in das Wissen von der Normwidrigkeit der Handlung gesetzt. Nicht ein einziger Grund ist erfindlich, warum der dolus hier ausnahmsweise ein Merkmal mehr als sonst haben sollte. Zudem steht die Stelle entfernt nicht vereinzelt.

Genau ebenso verhält es sich vielmehr bei einer Entscheidung Ulpians im 12. Buche zum Edikt⁴⁰¹. Novissime praetor ait: »in eum qui, cum tutor non esset, dolo malo

⁴⁰⁰ S. l. 3 § 1^s, 21, 22 D. de SC^o. Silanian. 29, 5.

⁴⁰¹ S. l. 7 pr. § 1 D. quod falso tutore 27, 6.

auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit tantam pecuniam condemnetur«. Non semper tutor convenitur nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum, si dolo malo auctor fuit. Dass Ulpian hier zunächst auf andere Gründe des Wegfalls des dolus beispielsweise zu sprechen kommt⁴⁰², ändert an dem Inhalt des aufgestellten Grundsatzes nichts: eine Handlung, die unterbleiben soll, wird wissentlich aber nicht dolos vorgenommen⁴⁰³.

Die Popularklage de albo corrupto auf 500 aurei geht gegen den nicht, der im Auftrage eines dolosen Mandatars, also doch jedenfalls wissentlich das iurisdictionis perpetuae causa in albo propositum beschädigt, sofern er nur selbst des dolus ermangelt⁴⁰⁴.

Der Depositar, dem ein Sklave die Sache deponirt, stellt sie dem Titius zurück, vermeinend, dieser sei des Sklaven Eigentümer: auch diess will das Recht nicht: der Depositar handelt in allem wissentlich, nur bezüglich eines Punktes fehlt ihm das Bewusstsein, nemlich darüber, dass er unerlaubt restituire; dennoch wird die actio depositi gegen ihn nicht gegeben und zwar meint Celsus: quia nullus dolus intercessit⁴⁰⁵.

Ein Sklave deponirt bei Jemandem eine gestohlene Sache: der Depositar soll diese selbstverständlich dem Dieb

⁴⁰² Er fährt fort: quid si compulsus aut metu ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit, nonne debet esse excusatus.

⁴⁰³ Eine dem Bau nach der eben erwähnten verwandte Stelle gehört nicht hierher. Es ist l. 29 § 4 D. mandati 17, 1, auch von Ulpian. Quaedam tamen et si sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus. Der Grund des Wegfalls des dolus liegt nämlich in der mangelnden Verpflichtung von der exceptio procur. Gebrauch zu machen. Ulpian fährt fort: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit necne.

⁴⁰⁴ l. 7 § 5 D. de iurisd. 2, 1 . . . sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit, tenebitur: si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur.

⁴⁰⁵ l. 1 § 32 D. depositi 16, 3.

nicht aushändigen: allein er weiss nicht, dass die Sache gestohlen ist, und indem er sie dem Deponenten zurückstellt, nimmt er, ohne dass ihm das Bewusstsein fehlt, eine objektiv verbotene Handlung vor: nichts destoweniger handelt er nicht *dolo malo*, sondern *bona fide* ⁴⁰⁶.

Interessant ist eine weitere Stelle Ulpian's, weil sie gerade eine *quaestio* beantwortet, welche die richtige Auffassung des *dolus* in Etwas anzweifelt ⁴⁰⁷. *Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur?* Die Fragestellung scheint mir darauf hinzuweisen, dass man gerade beim *depositum* eine Erweiterung der Haftung über den engen *Dolus*-begriff hinaus gern ermöglicht gesehen hätte ⁴⁰⁸. Allein die Stelle fährt fort: *et quia dolo non fecit (also obgleich der Erbe wissentlich handelt und die Veräusserung deponirter Sachen doch wahrlich unerlaubt ist non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit. Sein Benehmen wird dolos, sobald er sich bewusst wird, dass er sich widerrechtlich mit fremdem Schaden bereichert hat und nun diesen widerrechtlichen Vermögenszustand aufrecht erhalten will* ⁴⁰⁹.

Das Bewusstsein im *dolus* muss sich in allen Fällen seines Vorkommens auf die Unerlaubtheit der Handlung erstrecken. Und zwar wird, sofern Thaten in Frage stehen, die einer bestimmten Norm zuwiderlaufen; Bewusstsein der Normwidrigkeit der Handlung, sofern es sich um Verstösse

⁴⁰⁶ l. 11 D. depos. 16, 3. Ueber den Anfang der Stelle s. die Besprechung der *culpa lata*.

⁴⁰⁷ Buch 30 zum Edikt: l. 1 § 47 D. depos. 16, 3.

⁴⁰⁸ S. darüber unten über die *lata culpa* S. 345 ff.

⁴⁰⁹ Man vgl. darüber noch folgende Stellen: l. 4 § 1 D. de alien. iud. mut. causa 4, 7; l. 21 pr. D. de peculio 15, 1 vgl. mit l. 1 § 1 D. de in rem verso 15, 3; l. 1 § 1 D. si quid in fraud. patroni 38, 5.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. II.

gegen nicht formulirte Forderungen der *aequitas* handelt, Bewusstsein der Unbilligkeit verlangt.

Mit aller Bestimmtheit fordern diess die Volks-Gesetze und der praetor in seinem Edikt. Nach dem Bantinischen Gesetz soll geschworen werden: *sese quae ex hac lege oportebit facturum neque sese advorsum hanc legem facturum scientem dolo malo*⁴¹⁰. Nur unvollständiger im Ausdrucke aber im Sinne damit zweifellos zusammentreffend sind folgende Gesetzesfragmente: *ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo*, aus der *lex Julia de adulteris*⁴¹¹; *Lege Julia peculatus cavetur . . . neve quis in aurum argentum aes publicum quid indat neve immisceat neve quo quid indatur immisceatur faciat sciens dolo malo quo id peius fiat*⁴¹²; aus der *lex Fabia*: *adiicitur si sciens dolo malo hoc fecerit*⁴¹³; aus der *lex Julia et Papia*: *ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam . . . neve senatoris filia . . . libertino . . . sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto*⁴¹⁴. Damit stimmt der Schluss des ädilicischen Ediktes in l. 1 § 1 D. de aedil. ed. 21, 1 völlig überein. Nachdem die Aedilen ihre Anordnung getroffen, heisst es: *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur iudicium dabimus*.

Womöglich noch deutlicher tritt der Inhalt des Bewusstseins im *dolus* aus einem *responsum* des Scaevola über den Sinn eines Municipalgesetzes hervor: *quaesitum est, an poenam sustinere debeat, qui ignorans adversus decretum fecit. respondit et huius modi poenas adversus scientes*

⁴¹⁰ S. oben S. I. 62. Vgl. das. S. 63 eine Reihe von Beispielen aus der *lex Julia municipalis*.

⁴¹¹ l. 13 D. ad leg. Jul. de adulter. 48, 5.

⁴¹² l. 1 D. ad leg. Jul. pecul. 48, 13, vgl. l. 6 § 2 eod.

⁴¹³ l. 3 pr. l. 6 § 2 D. de lege Fabia 48, 15.

⁴¹⁴ l. 44 pr. D. de ritu nupt. 23, 2.

paratas esse⁴¹⁵: ein bedeutendes Zeugniß für den Sinn gesetzlicher Strafdrohungen überhaupt!

Auf denselben Bewusstseins-Inhalt weisen Ausdrücke wie *leges contemnere*, *contemta maiestas praetoris*⁴¹⁶, *iussa nostra contemnere*⁴¹⁷, *contra legem facere audere*⁴¹⁸, *fraus et dolus contra SCⁱ auctoritatem*⁴¹⁹.

Aus der Masse von Dolusfällen, deren Betrachtung das gleiche Resultat ergibt, dass Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dem *dolus malus* eigentümlich ist, hebe ich nur einige wenige heraus. Ein Richter fällt sein Urtheil *dolo malo* in *fraudem legis* und zwar aus Begünstigung einer Partei, aus Feindschaft oder Bestechung⁴²⁰. Der Depositär haftet aus der *actio doli*, der bei ihm deponirte Testaments-Urkunden nach des Testators Tode geflissentlich vernichtet⁴²¹. Leugnet ein Depositär das Depositum gegen den Kläger, weil er ihn nicht für den wahren *procurator* oder den Erben des Deponenten betrachtet, so hält er sich insofern frei vom *dolus*: sobald er aber seinen Irrtum einsieht und nun die deponirte Sache immer noch nicht herausgeben will, beginnt er *dolos* zu handeln: zweifellos nur deshalb, weil er sich jetzt seiner Restitutions-Pflicht bewusst wird⁴²². Der Verkäufer einer Erbschaft veräußert etwas von den Erbschaftssachen oder liberirt einen Erbschaftsschuldner: eine solche Pflichtwidrigkeit kann ihm gar nicht unbewusst bleiben⁴²³. Jemand verbirgt *sciens dolo malo*

⁴¹⁵ l. 6 D. de decret. ab ord. fac. 50, 9.

⁴¹⁶ l. 9 D. de iurisd. 2, 1.

⁴¹⁷ l. 3 C. de veteris numism. potest. 11, 10; l. 1 C. de privilegiis 12, 29.

⁴¹⁸ l. 1 C. de commeatu 12, 43 . . . Si quis vero contra hanc legem facere ausus fuerit et militem contra interdictum commeatu dimiserit . . . Vgl. l. 1 § 9 D. de leg. Corn. de fals 48, 10 . . . ac si quis adversus hanc legem profectus aerario obrepserit.

⁴¹⁹ l. 9 D. de rebus eor. 27, 9.

⁴²⁰ l. 15 § 1 D. de iudiciis 5, 1.

⁴²¹ l. 35 D. de malo 4, 3; s. l. 34 eod.

⁴²² l. 13 pr. D. depos. 16, 3.

⁴²³ l. 2 § 5 D. de hered. vel actione vend. 18, 4.

einen an seinen Herrn zum Mörder gewordenen Sklaven⁴²⁴. Ein Herr beauftragt seinen insolventen ihm schuldenden Sklaven ein Darlehn aufzunehmen und ihn damit zu befriedigen⁴²⁵. Die *apparitores praetoris* verschleudern die ihnen zur Versteigerung übergebenen Pfänder *dolos* um einen zu geringen Preis⁴²⁶. Der Testator beauftragt Einen ihm das Begräbniß zu besorgen: dieser lässt sich das Geld geben, besorgt aber das Begräbniß nicht: *de dolo actionem* in eum *dandam Mela scripsit*⁴²⁷. Ein Ehemann richtet es doloser Weise so ein, dass er nach Auflösung seiner Ehe die *dos* nicht restituiren kann⁴²⁸. Der handelt *dolos*, der in Widerspruch mit einem von ihm selbst abgeschlossenen *pactum* eine Klage anstellt⁴²⁹: der handelt nicht *dolos*, der den Grund nicht kennt, wesshalb er nicht klagen soll⁴³⁰. Jemand macht *per dolum sciens* dem Prätor falsche Angaben um so eine bestimmte Sentenz desselben zu erlangen⁴³¹.

Es liessen sich hier Beispiele auf Beispiele häufen. Dagegen vermag ich keinen *Dolusfall* in den römischen Quellen nachzuweisen, wo das Bewusstsein, dass man etwas Unerlaubtes oder Unbilliges anstrebe, nicht verlangt würde: nur lasse man sich dadurch nicht irre machen, dass das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit des Handelns oft zum *dolus* nicht hinreicht. Zu diesem gehört noch mehr als Wollen und Wissen.

⁴²⁴ l. 3 § 12 D. de SC. Silan. 29, 5.

⁴²⁵ l. 20 pr. D. de dolo malo 4, 3; vgl. l. 17 § 4 D. de instit. actione 14, 3.

⁴²⁶ l. 50 D. de evict. 21, 2.

⁴²⁷ l. 14 § 2 de religios. et sumpt. funerum 11, 7.

⁴²⁸ l. 25 § 1 D. soluto matrim. 24, 3.

⁴²⁹ l. 2 § 4 § 5 D. de doli mali exc. 44, 4. Vgl. l. 23 § 3 D. de condict. indebiti 12, 6: *dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit*; l. 58 D. H. P. 5, 3; l. 46 § 2 D. de eviction. 21, 2; l. 173 § 3 D. d. R. J.

⁴³⁰ l. 177 § 1 D. de R. J. 50, 17: *Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam cur non debeat petere*.

⁴³¹ l. 75 D. de iudiciis 5, 1.

Nur darauf mag noch hingewiesen werden, dass die grosse Zahl der Quellen-Stellen, die von dem Dolosen aussagen, er habe wissentlich Dieses oder Jenes gethan, das Wissen immer grade auf den springenden Punkt stellen⁴³². Wer weiss, dass die Sache, die er verkauft oder verpfändet oder in sein Haus verbaut, eine fremde oder einem Dritten geschuldet ist, wer weiss, dass er mit fremdem Geld zahlt, dass er eine fremde Sache wider des Eigentümers Willen kontrektirt, dass er Güter in Besitz nimmt, die ihm nicht gehören und die zu besitzen er keine Befugniss hat, wer weiss, dass die Sache, die er verkauft, voll heimlicher Fehler steckt, dass er von einem Schuldner kauft, cuius bona possessa sunt, wer seine Freiheit kennt und dennoch sich angeblich als Sklaven verkaufen lässt, wer die Freiheit eines Menschen kennt und ihn doch wider seinen Willen verkauft, der curator mulieris, der wissentlich eine grössere dos verspricht als des Mädchens Vermögen beträgt, der Erbe, der vom Erblasser beauftragt dem Legatar einen Sklaven nach des Erben Auswahl zu geben diesem einen Gewohnheitsdieb übergiebt: sie alle wissen genau das, was ihnen notwendig ist um die Widerrechtlichkeit ihrer Handlungsweise und ihre Pflicht sie zu unterlassen einsehen zu müssen⁴³³.

⁴³² Die Quellen für die folgenden Beispiele sind: l. 9 D. quae in fraud creditor. 42, 8; l. 1 § 1 i. f. D. de tigno iuncto 47, 3; l. 1 § 25 D. depos. 16, 3, vgl. l. 1 § 33 eod.; l. 36 § 1 D. de pigner. act. 13, 7; l. 14 D. ad exhib. 10, 4; l. 6 § 9 l. 11 § 15 l. 30 § 1 D. de action. empti et vend. 19, 1; l. 12 D. de hered. vel actione vendita 18, 4; l. 46 § 7 D. de furtis 47, 2; l. 14 pr. D. de liberali causa 40, 12; l. 25 § 2 § 3 D. d. H. P. 5, 3; l. 14 § 9 D. de aedil. edicto 21, 1; l. 2 C. creditorem evict. non debere 8, 46; l. 61 pr. D. de iure dotium 23, 3; l. 110 D. de legatis I; vgl. l. 62 § 3 D. de furtis 47, 2; l. 13 C. ad leg. Fabiam 9, 20.

⁴³³ Selbst für die exceptio doli generalis ist als Fundament principiell das Bewusstsein des Klägers, dass der Geltendmachung seines Rechtes eine exceptio entgegenstehe, verlangt worden. Nur fand hier in weitem Umfange und auf ungenügende Indizien hin eine praesumptio doli statt. Dass der dolus bei der exc. doli specialis sich nicht wesentlich von dem dolus bei der exc. doli generalis unterscheiden kann, er-

§ 53. B. *Der den dolus malus ausschliessende Irrtum*⁴³⁴.

Für die folgende Untersuchung nehme ich die römische Unterscheidung von ignorantia facti und iuris an, so unrichtig-

giebt schon die Formel: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. Dann sagt Ulpian in l. 2 § 5 D. de doli mali et metus except. 44, 4: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, qui cumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat. Und diess bestätigt grade mit Bezug auf die exceptio doli generalis Paulus in l. 177 § 1 D. de R. J.: Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam cur non debeat petere. Vgl. auch l. 4 § 31 D. de doli m. exc. 44, 4. Desshalb hat auch die exc. doli einen streng persönlichen Bezug gegen den Kläger: l. 2 § 1 D. de doli m. exc. 44, 4. Desshalb wird auch die exc. doli ganz allgemein gegen Ascendenten und Patrone nicht gegeben: denn die exc. doli wurzelt wie die actio doli im Delikt des Klägers (s. l. 4 § 27 D. h. t. 44, 4, vgl. l. 4 § 28 u. 31 eod.: De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur . . . et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere) und ist desshalb eine solche, quae patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet: desshalb in factum erit excipiendum l. 4 § 16 D. h. t. 44, 4; vgl. die ganz analoge Stelle für die actio doli in l. 11 D. de dolo m. 4, 3; l. 7 § 2 D. de obsequ. parent. praest. 37, 15. — Unrichtig wäre es dagegen l. 36 D. de V. O. 45, 1 ins Feld führen zu wollen, wo allerdings die Verschiedenheit der exc. doli generalis und specialis sehr schön hervortritt. Ulpian im 45. Buch ad Sabinum. Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidam subtilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio, idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim qui petat ex ea stipulatione hoc ipso dolo facit quod petit. Ulpian's Ausdrucksweise ist hier keineswegs musterhaft: es giebt keinen dolus in re als Erzeugniss eines schuldlosen Handelns. Ulpian will sagen: ohne Verschulden des Gläubigers ist hier eine unbillige Obligirung des Schuldners eingetreten; die Unbilligkeit liegt in der ganzen Geschäftsgestaltung; und wenn nun der Gläubiger diese Unbilligkeit bei seiner Klaganstellung ausbeuten will, so wird er dadurch dolos. — Vgl. hiezu Keller, Civilprozess § 35 und vor Allem Keller's Pandekten § 92.

⁴³⁴ Die Revision der Lehre vom Irrtum bei verbotenen Handlungen

tig sie auch vom Standpunkte der Dogmatik genannt werden muss, verwahre mich aber gegen einen beliebten Kunstgriff: dem *error iuris* der Römer einen andern selbstgefertigten Begriff des Rechtsirrtums unterzuschieben und dann die römischen Sätze über den römischen Begriff auf diesen Doppelgänger zu übertragen.

Auch eine zweite beliebte Fahrstrasse kann meine Untersuchung nicht als den ihr gewiesenen Weg anerkennen. Wenn festgestellt werden soll, welcher Irrtum den *dolus* ausschliesst, so muss die Unwissenheit, deren Wirkung geprüft wird, bei dem Handelnden, welcher auf *dolus* hin untersucht werden soll, als vorhanden angenommen werden¹³⁵. Die Frage, wie die Berufung auf angeblich vorhandene Rechts- oder faktische Irrtümer wirke, mag den Prozessualisten interessiren: mich kümmert es hier nicht, ob die Römer einer solchen Berufung auf Rechtsirrtum schwerer Glauben schenkten als der Berufung auf faktischen Irrtum; ja selbst wenn sie präsumirt hätten, jedes Vorschützen eines Rechtsirrtums sei eine Lüge — eine Annahme, vor deren Widersinn sie ihre Lebenskenntniss bewahrt hat, — so bliebe die Frage nach der Wirkung des vorhandenen Irrtums daneben noch vollständig unerledigt. Sollte also auch nur in einem einzigen Falle der Nachweis gelingen, dass Rechtsirrtum als solcher den *dolus* ausschliesst, so würde dieser Nachweis für die Bestimmung des *Dolus*begriffs völlig ausreichen.

Ein Rechtsirrtum bei verbotenen Handlungen kann nun scheinbar in drei verschiedenen Gestalten vorkommen: als Unkenntniss des Rechtssatzes, der die vorgenommene Handlung verbietet; als Unkenntniss der »Art ihrer Rechtsfolgen« (ob muss am Anfange des folgenden Bandes vorgenommen werden. Ich versuche an dieser Stelle mich noch möglichst auf dem Boden der herrschenden Auffassung zu halten. Dort wird auch das Verhältniss von *error* und *ignorantia*, die ich einstweilen als synonym gebrauche, zur Erörterung kommen.

¹³⁵ Grade desshalb gehört l. 2 C. de in jus vocando 2, 2 gar nicht hieher, weil in dieser der angeblichen Unwissenheit kein Glaube geschenkt wird.

Strafe, ob civilrechtliche Folgen; endlich als Unkenntniß des Maasses der Rechtsfolgen, insbesondere bei Verbrechen als Irrtum über Art und Maass der Strafe⁴³⁶.

Dass den Römern die beiden letzten Irrtümer als gänzlich unwesentlich erschienen, bedarf keines weiteren Beweises für denjenigen, der ihre Ansicht über die rückwirkende Kraft der Strafgesetze kennt, und der die Natur der *crimina extraordinaria* und die extraordinaire Bestrafung auch der *iudicia publica* während der Kaiserzeit bedacht hat⁴³⁷.

⁴³⁶ Ich sage »scheinbar«, weil es sich eben fragen wird, ob das Vorhandensein Eines der beiden letzterwähnten Irrtümer von einem irrtümlichen Handeln zu sprechen gestattet?

⁴³⁷ Damit erledigt sich ein öfter missverstandenes Fragment aus Callistratus liber I. quaestionum in l. 15 pr. D. de lege Corn. de falsis 48, 10: Divus Claudius edicto praecepit, adiciendum legi Corneliae, ut si quis . . . legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur ac si commississet in legem Cornelianam et ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant. Zunächst dreht es sich hier um einen vorgeblichen Irrtum, und dann bezieht sich der Irrtum auf die Strenge des Ediktes, also auf die Gleichstellung dieser Handlung mit den Fällen der lex Cornelia hinsichtlich der Strafbarkeit. Von einer Unkenntniß des Verbotes ist gar keine Rede. — Auf das oben erwähnte Edikt des Claudius bezieht sich l. 3 C. de his qui sibi adscribunt in testam. 9, 23 von Severus Alexander (223) mit dem Schlusse: Et poena legis Corneliae facienti irrogata est, cuius veniam deprecantibus ob ignorantiam . . . amplissimus ordo vel divi principes veniam raro (raro steht handschriftlich nicht fest: vgl. die Conjectur in n. 450) dederunt. Die erwähnte vorgeschützte ignorantia wird zunächst die severitas edicti zum Object gehabt haben; auf diesen Entschuldigungsgrund war nicht einzutreten, auch wenn der error nicht nur ein vorgeblicher war. Die ignorantia also, die sich auf die Härte der Strafe bezog, konnte das Fundament der wenn auch selten doch immerhin ertheilten venia nicht abgeben. Wir werden in deren seltenen Fällen diejenigen Fälle zu erkennen haben, wo sich die vorgeschützte Ignoranz auf das Verbot bezog und als begründet erachtet wurde. Die Stelle beweist also grade für die Berücksichtigung eines vorhandenen Rechtsirrtums. Vgl. dazu noch besonders l. 4 und 5 eod. und über l. 5 unten im Text: S. 318 ff. — Auch die l. 16 § 5 D. de publican. 39, 4: Licet quis se ignorasse dicat, nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit handelt nur

So konzentriert sich die Frage auf die Unkenntnis von dem Verbote der Handlung. Zur Beantwortung völlig unausgiebig ist die abrupte Stelle aus einem Reskript von Valentinian, Theodosius und Arcadius: *Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*¹³⁸. Aller Wahrscheinlichkeit nach weist es eine heuchlerische Berufung auf Rechtsunkennntnis zurück: die Verbindung von *ignorare* und *dissimulare* spricht dafür. Selbst aber einmal zugegeben, dass hier eine Pflicht der Gesetzeskenntnis statuiert würde, so wäre damit die Möglichkeit einer Strafe für die Verabsäumung dieser Pflicht gegeben, keineswegs aber gesagt, dass diese Strafe in der Nichtberücksichtigung wirklicher Rechtsunkennntnis bei Uebertretung anderer Pflichten bestehen sollte¹³⁹. Die Rechtsunkennntnis, und zwar sowohl bezüglich der erlaubenden als der verbietenden Rechtssätze, würde dadurch zu einem

von angeblicher Ignoranz. Dass Unkenntnis des Verbotes entschuldigt, beweist aufs Schlagendste l. 15 § 5 D. de lege Cornel. 48, 10: *Idem in filiam, quae dictante matre sua per ignorantiam iuris legatum sibi scripserat, senatus censuit.*

¹³⁸ l. 12 C. de iuris et facti ignor. 1, 18. Seltsamer Weise pflegt man zur Unterstützung dieser Stelle eine andere für die Bedeutung der Norm sehr interessante beizuziehen: l. 9 C. de legibus 1, 14 (Reskript von Valentinian und Marcian): *Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.* Hier ist von einer Pflicht der Rechtskenntnis gar keine Rede, sondern es wird das Erfordernis der Verständlichkeit der Gesetze und der Notwendigkeit authentischer Interpretation unverständlicher Gesetze betont.

¹³⁹ Wie es mit der Pflicht, wie es auch nur mit der Möglichkeit der Rechtskenntnis selbst für die Richter bestellt war, beweist Justinian in l. 2 § 17 C. de vetere iure enucl. 1, 17 . . . *Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscientiam; et voluntate iudicum magisquam legitima auctoritate lites dirimebantur.*

besonderen Unterlassungsdelikt, wovon weitere Spuren im römischen Rechte nicht nachzuweisen sind.

Dass man ein Gebot kennen muss um es zu verletzen, dies betrachteten auch die Römer als selbstverständlich: *quid enim antiquitas percavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?* fragt Justinian einmal ganz verwundert⁴⁴⁰, und die *l. 9 C. de legibus l. 14* verlangt gerade deshalb Verständlichkeit der Gesetze. »damit Alle in klarer Erkenntniss ihrer Vorschriften das Verbotene vermeiden, das Erlaubte befolgen«⁴⁴¹. Wie wäre es denn auch denkbar, dass die Gesetze den Dolosen als einen ihren Geboten wissentlich zuwider handelnden bezeichneten, und dass der Richter denjenigen wegen *dolus* hätte verurtheilen sollen, der das Gesetz nicht kannte und demgemäss auch nicht wusste, dass er es übertrat?⁴⁴²

Berufe man sich nicht für die gegenheilige Ansicht auf den Satz *ignorantia iuris nocet!* Der Beweis für die römische Anschauung ist nicht aus solchen aus dem Zusammenhange gerissenen und auch im Zusammenhange meist sehr unglücklich ausgefallenen, von der deutschen Rechtswissenschaft stets ungehörlich gehegten abstracten Aussprüchen, sondern allein aus der römischen Rechtsanwendung zu führen⁴⁴³.

⁴⁴⁰ *l. 29 i. f. C. de testam. 6, 23.*

⁴⁴¹ S. oben n. 438.

⁴⁴² Die Unkenntniss des Verbotes macht eine schuldhafte Uebertretung desselben unmöglich; die Unkenntniss eines erlaubenden Rechtsatzes setzt den Irrenden ausser Stande wissentlich von einem Rechte Gebrauch zu machen. Dort muss die Unkenntniss berücksichtigt werden, widrigenfalls eine ungerechte Beurtheilung eintritt; hier kann auf die Unkenntniss in den seltensten Fällen Rücksicht genommen werden. — Dass der Rechtsirrtum den *dolus* ausschliesst, wird v. Jhering, *Schuldmoment* S. 51, mit der Bemerkung n. 99, anerkannt: »bei einer starren Anwendung der Regel über den Rechtsirrtum hätte man auch zu einem entgegengesetzten Resultat kommen können.«

⁴⁴³ So ist auch ganz unbeweisend die Stelle des Modestinus aus der *Mos. et. Roman. leg. collatio l. c. 12*: *Nonumquam per ignorantiam delinquentibus iuris civilis venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris ignoret: quae scilicet consilio delinquentibus praestari*

Ergiebt sich nun, dass die Römer in allen Fällen, wo sie Rechtsirrtum bei verbotenen Handlungen wirklich annahmen, den *dolus* ausschlossen, so sind alle Stellen, die von dem Ausschluss des *dolus* durch Unwissenheit oder Irrtum überhaupt sprechen, auf Rechtsirrtum mit zu deuten. Widrigenfalls tritt unsichere Willkür an Stelle fester Methode.

Schon oben nun ist auf die interessante I. 3 § 22 de SC^o. Silaniano aufmerksam gemacht worden. Das Edikt verbietet, solange nicht die Sklaven eines Ermordeten nach Vorschrift des SC. Silanianum der Folter übergeben und die Schuldigen gestraft worden sind, das Testament des Ermordeten zu eröffnen, zu recitiren und zu deskribiren, widrigenfalls gegen den dolosen Schuldigen, der ausserdem seine Erbschaft verliert, eine Popularklage auf 100 aurei gegeben wird⁴⁴⁴. »Eröffnet nun Jemand das Testament, der von dem unnatürlichen Tode des Testators keine Kenntniss hat (also im *error facti* befangen ist) so wird er aus diesem Edikt nicht verantwortlich (I. 3 § 21). Kennt er die Tödtung desselben, eröffnet er das Testament aber ohne *dolus*, so haftet er gleichfalls nicht: so wenn er aus Mangel an Erfahrung oder dumm wie ein Bauer ohne Kenntniss des Ediktes oder des Senatuskonsultes zur Oeffnung geschritten ist«⁴⁴⁵. Ist ihm das Senatuskonsult fremd, so kann er nicht wissen, dass die Sklaven gefoltert werden müssen; kennt er das Edikt nicht, so verbirgt sich ihm gerade deshalb die Pflichtwidrigkeit der Testaments-Eröffnung⁴⁴⁶. Ein

non solet Propter quod necessarium est addita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur. Wenn man bedenkt, dass der T. I von der Tödtung handelt, begreift sich leicht, wie eine angebliche Rechtsunwissenheit, also das Vorgeben, man habe die Tödtung für erlaubt gehalten, gar nicht entschuldigend in Betracht kommen kann.

⁴⁴⁴ S. bes. I. 25 § 2 de SC^o. Silan. 29, 5.

⁴⁴⁵ S. die Originalstelle oben S. 303.

⁴⁴⁶ Vielleicht ist man hier wie bei den folgenden Stellen mit dem Einwand bei der Hand, es handele sich hier gar nicht um einen Rechtsirrtum, sondern um einen Subsumtionsirrtum, den man dann mit Savigny, System III S. 327, geneigt sein wird zum faktischen Irrtum

Spezialgrund den Rechtsirrtum beim SC. Silanianum oder bei jener einzelnen Ediktsstelle anders zu behandeln wie sonst ist absolut unerfindlich. Auch steht der Irrtum über eine Norm des Civilrechts dem über eine Norm des prätorischen Rechts durchaus gleich.

Jene Stelle aber findet vielfache Bestätigung. Zunächst nötigt sie, den gleichfalls von Ulpian in seinem Ediktskommentar gelegentlich des *album corruptum* fast gleichlautend aufgestellten Satz: *Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur*⁴⁴⁷ ebenfalls mit auf Rechtsirrtum zu beziehen. Casus ist hier wieder das Versehen, dem sich der schädliche Ausgang des Handelns verbirgt. Derjenige der per *imperitiam* aut *rusticitatem* korrumpirt, weiss, dass er schädigt, allein er kennt das Edikt nicht, was die Schädigung verbietet.

Einen weiteren Beleg bietet § 1 J. vi honor. rapt. 4, 2: *Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus suam rem esse et imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet, cui scilicet conveniens est nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit.*

Der Thäter versirt hier in einem doppelten Irrtume: er hält die fremde Sache für die eigene und weiss nichts von dem Verbote der Selbsthülfe. Wegen dieses seines Rechtsirrtums sieht er die Widerrechtlichkeit der gewaltsamen Wegnahme der Sache nicht ein: dieses Bewusstsein

zu rechnen. Freilich sagen § 1 J. 4, 2, vi honor. rapt. u. l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3 ausdrücklich das Gegentheil: nemlich dass ein Subsumtionsirrtum aus Rechtsunkenntniss Rechtsirrtum sei. Es wird sich später herausstellen, dass es gar keinen andern rechtlich relevanten Irrtum giebt als allein den Subsumtionsirrtum, auf den es deshalb bei allen Fällen des sog. faktischen und rechtlichen Irrtums allein ankommt.

⁴⁴⁷ l. 7 § 4 D. de jurisdictione 2, 1.

aber gehört zur *rapina*, und so ist der Rechtsirrtum Grund des Wegfalls des *dolo malo rapere*.

Im 15. Buch zum Edikte⁴⁴⁸ erörtert Ulpian den Begriff des *praedo* und spitzt die Frage merkwürdig scharf dahin zu: Ist das Begriffserforderniss, dass derjenige, der sich in den Besitz von Gütern eigenmächtig gesetzt hat, weiss, sie gehörten nicht ihm, nur bei dem vorhanden, der den thatsächlichen Grund kennt, warum sie nicht sein sind, oder auch bei demjenigen, der glaubt, sie gehören ihm, aber in *iure* irrt? Mit andern Wort: soll auch bei vorhandenem Rechtsirrtume Wissenschaft angenommen werden, oder ist die prozessualische Präsumtion von der Unglaubwürdigkeit des vorgeschützten Rechtsirrtums eine *praesumptio iuris et de iure*? Selbst wenn Ulpian die prozessualische Frage bejahte, so läge in der Stelle der Beweis, dass der materiell-rechtliche Begriff des *dolus* und der *mala fides* das Bewusstsein der Unerlaubtheit des Beginnens erfordere, und dass nur auf dem Schleichwege einer *praesumptio iuris et de iure* Fälle, die dem *dolus* nicht angehörten, ihm gleich gestellt würden. Nun lautet die Frage ganz allgemein auf den gesammten Rechtsirrtum, wie ja die Römer überhaupt verschiedene Arten desselben nicht unterscheiden. Auch wir dürfen somit den Begriff nicht in zwei Arten schlagen, und die Sätze über Rechtsirrtum müssen auf diesen insgesamt bezogen werden. Und genau so allgemein wie die Frage Ulpians lautet seine Antwort: »der ist kein *praedo*, der des *dolus* entbehrt, obgleich er im Rechtsirrtum befangen ist«. Es ist kaum ein schlagenderer Beweis möglich für zwei Wahrheiten: dass *dolus* ohne Bewusstsein der Unerlaubtheit materiell wegfällt und dass vorhandener Rechtsirrtum nicht auf dem Wege der Präsumtion seiner Kraft den *dolus* auszuschliessen beraubt wird.

Sich gegen diese Thatsachen auf die zwei von Ulpian

⁴⁴⁸ l. 25 § 6 D. d. H. P. 5, 3. *Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.*

zufällig erwähnten Beispiele zu steifen und zu sagen, der Irrtum beziehe sich hier auf zwei Sätze des Erbrechtes und nur ein solcher Rechtsirrtum dürfe als vorhanden angenommen werden, ist so ziemlich das denkbar schlechteste Auskunftsmittel. Wo wäre denn die Grenze zwischen »einem solchen« und einem andern Rechtsirrtum? Wer ein ihm verkauftes aber noch nicht tradirtes Grundstück, ärgerlich über das chikanöse Zaudern des Verkäufers, in der Meinung, es sei sein Eigentum geworden, gewaltsam durch Dejection des Verkäufers in Besitz nimmt, ist ebensowenig *praedo* als derjenige, der wissentlich ein gestohlenen Grundstück zu vollem Preise kauft, sich tradiren lässt und dadurch Eigentümer geworden zu sein glaubt, und als derjenige, der das ihn zum Erben einsetzende nichtige Testament für ein rechtsbeständiges hält. Die in l. 25 § 5 erwähnte *mens praedonis* wird eben durch eine vermeintliche *iusta causa adipiscendae possessionis* stets ausgeschlossen.

Die bisherigen Quellenzeugnisse sind auch deshalb so wichtig, weil die im Rechtsirrtum Befangenen keineswegs mit Bezug auf ihn eine sog. privilegierte Stellung genossen. Ueberhaupt, soweit es sich um vorhandene Normunkennntnis und ihre Wirkung handelt, kennt das römische Recht nicht eine verschiedene Behandlung verschiedener Personenklassen: nur im Prozesse wird dem vorgeschützten Rechtsirrtum der Soldaten und Frauen leichter geglaubt. Deshalb sind die Zeugnisse über nicht affektirten Rechtsirrtum bei Frauen und Soldaten als Zeugnisse für die materiell-rechtlichen Wirkungen des Rechtsirrtums in vollstem Maasse mit zu benutzen.

Deshalb wird die Entscheidung von Severus Alexander in l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9, 23 von Bedeutung⁴⁴⁹. Die Stelle enthält ein Reskript an einen Soldaten: *Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum iussu eius servum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum*

⁴⁴⁹ Die *leges* 1–5 dieses Titels sind alle aus der klassischen Zeit römischer Jurisprudenz.

petere non potes. Sed secutus tenorem indulgentiae meae poenam legis Corneliae tibi remitto, in quam credo te magis errore quam malitia incidisse. Dass der *error* hier in einer Unkenntniss bestehe, ist zweifellos. Der Kaiser schenkt nun der Behauptung Glauben, der Thäter habe die Unerlaubtheit seiner Handlung nicht gekannt, er habe desshalb nicht *dolos*, sondern irrtümlich gegen die Verbote des *S. C^{um}. Libonianum* gehandelt: in Folge dessen wird ihm die Strafe erlassen. Es handelt sich hier nicht um einen willkürlichen Gnadenakt. *Malitia* ist mit *dolus malus* synonym: dass die *lex Cornelia* wie das *S. C^{um}. Libonianum* zu den von ihr bedrohten Handlungen *dolose* Begehung erfordert, ist bekannt: es liegt also eine Abänderung des Urtheils im Sinne des materiellen Rechtes und nicht der Gnade vor. Offenbar aus ganz dem gleichen Grunde heisst es in dem Reskript der Antoninus an den Atticus (l. 2 eod.): *poena vero falsi tibi principali beneficio remittitur*: und auf denselben weist auch die Entscheidung in l. 4 eod. hin, wonach der Gemahl, der im Testamente seiner Frau für sich selbst ein Legat geschrieben hatte, mit der Strafe der *lex Cornelia* belegt werden soll: *si venia impetrata non est*. Ich möchte diess deuten, grade weil die Stelle zwischen l. 3 und l. 5 steht: wenn seine Berufung auf Rechtsirrtum Glauben nicht gefunden hat⁴⁵⁰.

Dem schliesst sich bestätigend die wegen ihrer *papiniani*-schen Dunkelheit viel besprochene l. 39 § 1 und 2 D. ad leg. Jul. de adulteriis 48, 5 an: *Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. Occurrit, quod hic duplex admissum est: quia*

⁴⁵⁰ Die l. l. 2—5 dieses Titels lassen an dem Schlusssatz der l. 3 in der Fassung: *cuius veniam deprecantibus ob ignorantiam . . . amplissimus ordo vel divi principes veniam raro dederunt* starke Zweifel entstehen. Das *raro*, welches die Basiliken für sich hat, mag richtig sein, das *veniam* unmittelbar davor jedenfalls nicht: warum das doppelte *veniam*, von denen das an erster Stelle stehende unentbehrlich ist? Ich glaube lesen zu sollen: *principesve n̄ (non) iam raro dederunt*. Denn grade für die nicht seltene Ertheilung der *venia* sprechen die l. l. 3—5, die fast den ganzen Codextitel bilden. Verwirft man diese

multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant. Quare mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, quum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata⁴⁵¹.

Die gestellte Frage geht scheinbar dahin: wenn ein Oheim incestuöser Weise seine Nichte stupriert, reicht dann die Strafe des adulterium (Confiscation des halben Vermögens sammt Relegation für den Ehebrecher, Verlust der halben dos, eines Drittels des Vermögens und Relegation für die Ehebrecherin⁴⁵² für den Mann aus?

Dieses sufficere kann in doppeltem Sinne genommen werden: entweder nemlich fragt es sich, ob die Strafe des adulterium und nicht vielleicht eine höhere über den stuprator zu verhängen sei, oder aber es fragt sich, ob die Bestrafung des Mannes ausreiche und die Frau straflos ausgehen dürfe?

Der Incest aber kann auf zwei Weisen begangen werden: durch Abschluss einer wegen allzu naher Verwandtschaft der Contrahirenden verbotene Ehe oder durch stuprum oder adulterium mit einer nahe verwandten Frau.

Nun handelt es sich um einen Incest, der nicht durch Abschluss einer unerlaubten Ehe begangen worden ist, sich aber noch mit einem stuprum paart. Die Strafe dieses Falles berichtet uns Marcian in l. 5 D. de quaestion. 48, 18⁴⁵³: ein Incest cum adulterio oder cum stupro wurde eben mit der deportatio belegt. Damit stimmt Paulus Sententiae II 26 De adulteriis § 15: Incesti poenam, quae in viro Conjektur, so wird man die oben n. 437 gegebene Auslegung annehmen müssen.

⁴⁵¹ Vgl. Matthaeus de crim. ad libr. 48 T. 3 c. 6 § 5.

⁴⁵² So Paulus Sent. II 26 § 14.

⁴⁵³ Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas et adulterium vel stuprum adiungit. Ob nicht das duplex crimen des Marcian auf das duplex admissum Papinians zurückzuführen ist und Marcian nur den Papinian paraphrasirt?

in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti, hactenus tamen, quatenus lege Julia de adulteriis non apprehenditur. Paulus und Marcian sind bekanntlich ziemlich gleichzeitig: auch der etwas frühere Papinian giebt in l. 38 § 3 die Strafe des den Incest durch Abschluss einer unerlaubten Ehe begelenden Mannes als eine an Höhe unter der Strafe des adulterium stehende an⁴⁵¹. Ich nehme desshalb an, dass auch Paulus an die Strafe des incestus cum stupro oder adulterio denkt. Nun hat Papinian in l. 39 pr. D. cit. grade ausgeführt: Si adulterium cum incesto committatur, utputa cum privigna, nuru, noverco, mulier similiter quoque punietur. Wir würden also hier an die deportatio zu denken haben, und der Paulinische Satz, die Inceststrafe fiele für die Frauen weg, jedoch nur, soweit als die lex Julia de adulteriis sie nicht sei's wegen Ehebruchs sei's wegen stuprum ergriffe, würde hierdurch seine Erläuterung erhalten: denn grade für die ehebrecherische Stief- oder Schwiegertochter heisst es ja similiter punietur. d. h. ähnlich wie der Mann⁴⁵⁵. Wenn nun Papinian in § 1 derselben Stelle von der adulterii poena für die Konkurrenz von Incest und stuprum spricht, so kann man nur an die deportatio denken, und er gebraucht den Ausdruck entweder für die poena adulterii cum incesto wie im principium der

⁴⁵⁴ Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent, si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.

⁴⁵⁵ Auch in der Mommsen'schen Pandektenausgabe ist der Schluss der l. 39 pr. etwas geändert. Die Flor. liest: id enim remoto etiam adulterio evenire. Die Ausgabe hat wie die früheren eveniret, wonach man meinen sollte, dass die gleiche Strafbarkeit der incestuösen Frau auch eintrete, wenn man vom adulterium absehe. Allein dies ist ja grade das Gegentheil der römischen Auffassung. Die ganze Stelle beweist, dass Papinian vom Incest handelt: und nun unterscheidet er, der Incest wird cum adulterio begangen (inkorrekt sagt er, das adulterium wird cum incesto begangen) und dann wird die Frau ähnlich wie der Mann gestraft; der Incest kann sich aber auch ohne adulterium vollziehen, und dann — so ergänzt der Jurist stillschweigend — geht die Frau regelmässig straflos aus.

Stelle, oder aber *adulterii poena* steht hier für jede Strafe, die auf Grund der *lex Julia de adulteriis* verhängt wird, ähnlich wie l. 37 § 1 D. de minor. 4, 4 sagt: *si quid eorum commiserit, quae pro adulterio eadem lex punit*.

Damit ist aber festgestellt, dass der von Papinian in l. 39 § 1 aufgeworfene Zweifel sich nicht auf die Höhe der Strafe des Oheims, sondern lediglich auf Bestrafung oder Nichtmitbestrafung der Nichte bezieht, welche mit jenem Incest und stuprum begangen hat⁴⁵⁶. Der Straflosigkeit der Frau steht nun nach Papinian grade die Konkurrenz zweier verbotener Handlungen im Wege; hätte sie durch Irrtum eine incestuose Ehe eingegangen, so könnte sie straflos ausgehen: so aber verbindet sich *contumacia iuris* d. h. Verachtung des gekannten Verbotes wider stuprum mit der Blutschande. Die Strafe der stuprum muss sie also jedenfalls treffen. Auf die gleiche Stufe der Strafbarkeit mit dem Manne tritt sie aber erst, wenn sie einen durch das *jus gentium* verbotenen Incest begangen hat; handelt es sich lediglich um Missachtung der spezifischen Eheverbote des römischen Civilrechts, dann soll die Frau vom Inceste entschuldigt sein⁴⁵⁷.

Der Grund verschiedenartiger Behandlung beider Inceste ist klar genug. Der angeblichen Unkenntniß des civilrechtlichen Eheverbotes wird geglaubt, der Unkenntniß der Verbote des *jus gentium* nicht⁴⁵⁸: daraus geht hervor, dass wirklich vorhandene Rechtsunkenntniß den dolus und somit die Möglichkeit eines strafbaren Incestes ausschliesst⁴⁵⁹;

⁴⁵⁶ So auch Cujacius, *Comment. in libros quaest. Papiniani* (ed. Neapol. IV. S. 814).

⁴⁵⁷ Cujacius a. a. O. S. 815: *Igitur . . . si mulier per errorem iuris civilis incestum commiserit cum avunculo, excusatur, si existimavit non esse vetitas nuptias*.

⁴⁵⁸ Sehr charakteristisch tritt diese Argumentation bezüglich der *rusticitas* in l. 2 C. de in ius vocando 2, 2 entgegen: *nec in ea re (der in ius vocatio des patronus seitens des libertus) rusticiati venia praebeatur, quum naturali ratione honor huius modi personis debeatur* (239).

⁴⁵⁹ Die l. 68 D. de ritu nupt. 23, 2 von Paulus kennt nicht, wie man auf den ersten Blick glauben sollte, einen culposen strafbaren Incest. Es wird darauf im dritten Bande zurückzukommen sein. In-

nur wird eben ein wirklicher und nicht ein *error affectatus insimulatusve* verlangt⁴⁶⁰. Justinian sagt denn auch in Nov. XII De incestis et nefariis nuptiis Cap. 1, dass eine Frau nur dann mit der Inceststrafe belegt werden dürfe: *si legem sciens hanc quidem neglexerit, incestis autem semetipsam tradiderit nuptiis*⁴⁶¹.

Ueberhaupt spielt grade bei der incestuösen Ehe der Irrtum eine unerlaubte Handlung nicht zu begehen in den Quellen eine grosse Rolle: er entschuldigt von der Inceststrafe, und wir sind keineswegs berechtigt, wenn man auch dem angeblichen Rechtsirrtume der Männer schwerer Glauben schenken mochte, in diesem entschuldigenden Irrtume nur den sog. faktischen Irrtum erblicken zu wollen. Papinian führt unter den Entschuldigungsgründen der incestuösen Ehe an: *excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit*⁴⁶². Warum ent-

teressant ist aber, dass die heimliche Eingehung einer incestuösen Ehe daselbst als Beweis für die *contumacia* d. h. für die Rechtsverachtung bei Rechtskenntniss erscheint, während die öffentliche Eingehung als Beweis für den vorhandenen Irrtum über die Unerlaubtheit der Handlung betrachtet wird: *palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur*. In l. 57 § 1 D. h. t. ist ein Reskript (Marcus et Lucius Imperatores Flaviae Tertullae) erhalten, wo sogar die Kinder aus einer 40jährigen incestuösen Ehe der Tertulla mit ihrem Oheim, *quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti*, legitimirt werden.

⁴⁶⁰ l. 4 C. de incest. et inutil. nupt. 5, 5. Umgekehrt ist ein *dolus* nur möglich, wenn der angeblichen Unwissenheit kein Glauben geschenkt werden kann; s. l. 30 pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. Ulpianus. *Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit . . . tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis*. Vgl. § 4 eod.

⁴⁶¹ Vgl. auch Papin. in l. 39 § 4 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5 . . . *nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri . . .*; Paulus in der Coll. leg. Mos. et Rom. VI c. 3 § 3: *Sed qui (affinem) vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Julia patitur, non etiam ducta*.

⁴⁶² L. 39 § 7 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

schuldigt das Zurücktreten von der incestuösen Verbindung leichter, wenn es vor der Erhebung einer Anklage geschieht? Weil die Berufung auf bona fides und auf error glaubwürdiger erscheint. Die rechtzeitige Auflösung ist Gegenbeweis gegen den dolus und Beweis für den Irrtum⁴⁶³.

Im Gegensatze hierzu atmet ein Edikt von Diokletian und Maximian aus dem Jahre 295⁴⁶⁴ scheinbar eine grosse Strenge. Es eifert gegen die incestuösen Verbindungen, die im römischen Reiche besonders bei den Barbaren häufig vorkamen: Sed quaecumque antehac vel imperitia⁴⁶⁵ vel per ignorantiam iuris barbaricae immanitatis ritu ex illicitis matrimoniis videntur admissa, quanquam essent severissime vindicanda, tamen contemplatione clementiae nostrae ad indulgentiam volumus pertinere.

Allein der Satz ist lediglich eine moralische Phrase um das Licht der kaiserlichen Gnade um so strahlender erscheinen zu lassen⁴⁶⁶; denn aus dem ganzen Edikt geht hervor, dass man grade gegen solche nach römischem Rechte

⁴⁶³ A. a. O. § 5 berichtet Papinian: Idem imperatores rescripserunt, post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. Vgl. Papinian in der Collatio VI c. 6, wo allerdings ein fakt. Irrtum vorliegt. Qui sororis filiam uxorem duxerat per errorem, antequam praeveniretur a delatore, diremit coitum: quaero an adhuc possit accusari? Respondit: ei qui coniunctae sororis filiae bona fide abstinuit, poenam remitti palam est: quia qui errore cognito diremit coitum creditur eius voluntatis fuisse, ut si scisset se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus. — Ganz allgemein spricht aber ein Reskript Diokletians und Maxim. aus dem Jahre 291 in Coll. VI c. 5: His qui incestas nuptias per errorem contrahunt, ne poenis subiiciantur, ita demum clementia principum subvenit, si postea quam errorem suum rescierint illico nefarias nuptias diremerint; und der tam feminarum quam virorum error acerrimus, non affectatus insimulatusve der l. 4 C. de incestis nuptiis 5, 5 ist zweifellos auf Rechts- und faktischen Irrtum beider Gatten gleichmässig zu beziehen.

⁴⁶⁴ Collatio leg. Mos. et Roman. T. VI c. 4 § 3 ff.

⁴⁶⁵ Ohne Grund liest Huschke: impuritia.

⁴⁶⁶ Desshalb heisst es denn auch in § 7: venia quae per clementiam nostam contra disciplinam videtur indulta.

unerlaubte Verbindungen nicht einschritt, sofern sie in den Sitten bestimmter Völkerschaften wurzelten⁴⁶⁷. Dies Edikt bestimmt nun: *Sed posthac religionem sanctitatemque in conubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere.* Und nun werden die römischen Eheverbote aufgeführt, und es wird verordnet, dass bekannt gemacht werde, die Verzeihung erstrecke sich auf alle solche Inceste, welche bis zum 30. December 295 begangen würden, während das Edikt selbst vom Ende Aprils desselben Jahres datirt. *Si qua autem contra Romani nominis decus sanctitatemque legum post supradictum diem deprehenduntur admissa, digna severitate plectentur. Nec enim ullam in tam nefario scelere quisquam aestimet veniam se consequi posse, qui in iam⁴⁶⁸ evidens crimen et post edictum nostrum non dubitabit inruere.*

Die Bedeutung der Norm und ihrer Kenntniss kann kaum schärfer wie grade in diesem Edikt hervortreten. Das Strafbare liegt eben grade in der Begehung der jetzt als verbrecherisch und dem Edikt zuwiderlaufend nicht nur erkennbaren, sondern erkannten Handlung: die Strafe setzt *dolus* und der *dolus* Bewusstsein der Normwidrigkeit voraus^{469 470}.

⁴⁶⁷ S. dazu l. 8 C. de incestis nuptiis 5, 5 (475) vgl. mit l. 5 und l. 9 eod. Es handelt sich hier um einen interessanten Subsumtionsirrtum.

⁴⁶⁸ So sicher richtig *Huschke*: tam die Handschr.

⁴⁶⁹ Dass wirkliche Normunkenntniss nicht nur den *dolus*, sondern die Schuld der Contravenientin ausschliesse, sagt l. 128 D. de legatis I. Marcian. *Si tutor pupillam suam contra senatus consultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento eius capere potest, ipse autem non potest, et merito: delinquent enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt et merito puniendi sunt: quod imputari non potest mulieri, quae a tutore decepta est; während bezüglich derselben verbotenen Eheschliessung l. 1 C. de interd. matrimoniis 5, 6 (215) der blos vorgeblichen Unkenntniss jede Wirkung abspricht: Senatusconsulti auctoritatem . . . circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet.*

⁴⁷⁰ Mit dem Verhältniss der ignorantia iuris der Frauen zum *dolus* gar nichts zu thun hat l. 11 C. qui petant tutores 5, 31 (von Zeno 479): *Matres naturalibus etiam filiis petendorum tutorum necessitati*

Wie notwendig Normkenntniss zur Schuld gehört, zeigt endlich noch sehr klar Paulus in seinem liber singularis de iuris et facti ignorantia⁴⁷¹: minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum sed iuris ignorantia (die Basiliken haben ἀλλὰ νόμου ἄγνοια) non laeduntur. Der letzte Satz kann doch gar nicht anders ausgelegt werden als so: wo sie eine verbotene Handlung aber nicht schuldhaft, sondern aus Rechtsunkenntniss vorgenommen haben, werden sie nicht verantwortlich gemacht.

In dem Bisherigen ist der Beweis geführt worden, dass bei wirklich vorhandener Normunkenntniss die verbotene Handlung als dolus von den Römern nicht betrachtet wurde. Wo nun also die Quellen davon sprechen, dass Irrtum den dolus ausschliesst, haben wir sowohl an den Rechtsirrtum als an den faktischen Irrtum zu denken⁴⁷². Nur muss bei ihrer Auslegung beachtet werden, dass sie häufig genug error und ignorantia für angeblichen Irrtum und angebliche Ignoranz brauchen: die Aussprüche gegenüber solchem lügenhaften Vorgeben sind nicht auf den vorhandenen Irrtum anzuwenden⁴⁷³.

subiaceant, nulla eis ignorantia iuris ad evitanda legibus vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutorum minus curaverint, profutura. Vgl. l. 8 eod. und l. 2 § 23 ff. D. ad SC. Tertull. 38, 17.

⁴⁷¹ l. 9 pr. D. de iuris et f. ignor. 22, 6.

⁴⁷² So z. B. in l. 177 § 1 D. de R. J. 50, 17: Paulus. Nemo videtur dolo exsequi qui ignorat causam cur non debeat petere.

⁴⁷³ Oben ist schon mehrfach auf die Notwendigkeit sorgsamer Unterscheidung von Affektation und Wirklichkeit aufmerksam gemacht worden: S. 311. Ich füge noch einige Quellenstellen darüber bei. Papinian in l. 7 D. ad SCum. Vellej. 16, 1: nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorationem praetendere; ders. in l. 9 § 1 D. unde cognati 38, 8: quia verisimile non videbatur tam conjunctum sanguine defuncti valetudinem ignorasse. Vgl. dazu auch l. 6 und l. 9 § 2 D. de juris et facti ignor. 22, 6. — Das unwissentliche Verkaufen eines Freien enthält kein plagium; aber reskribiren Diokletian und Maximian in l. 37 C. de liberali causa 7, 16: Si filium tuum liberum genero vendidisti, proxima necessitudine coniunctus conditionis

Dass nun die *bona fides* von der Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des sie begründenden Irrtums durchaus unabhängig sei, dass der Glaube, der Besitzer sei in seinem Rechte, auch wenn er einem sog. Rechtsirrtum entspringt, die *mala fides*, die nur einen Fall des *dolus* bildet, ausschliesst, hat neuerlich v. Wächter ganz schlagend gegen Bruns bewiesen⁴⁷⁴. Was dem *bonae fidei* possessor fehlt, ist das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit seines Besitzstandes⁴⁷⁵.

Analog gestaltet sich der Inhalt des den *dolus* ausschliessenden Irrtum aber immer: Jemand glaubt aus irgend einem Grunde ein Recht zur Vornahme der Handlung zu haben.

Die Quellen erwähnen besonders folgende Fälle. Der Usufruktuar an einer Sklavin verkauft deren Kind in der

ignorantiam simulare non potest, utrisque sociis criminis accusator deest; vgl. dazu l. 15 C. ad leg. Fabiam 9, 20. Ferner l. 17 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9: Is enim committit in poenam qui . . . adulteram sciens ut ignorationem simulare non possit retinet uxorem. Vgl. ferner l. 2 C. si servus aut libertus 10, 32; l. un C. de colonis Illyr. 11, 52: nec sit ignorantiae (d. h. der unglaublichen Berufung auf ignorantia) locus . . . Ganz ähnlich in l. 1 C. ut dignitat. ordo serv. 12, 8: Si quis indebitum sibi locum usurpaverit, nulla se ignoracione defendat, sitque plane sacrilegii reus, qui divina praecepta neglexerit. S. endlich Justinian in l. 11 C. unde vi 8, 4: Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit.

⁴⁷⁴ S. v. Wächter, Die *bona fides*. Leipzig 1871, bes. S. 14 ff. Nur stellt sich Wächter durch seine Ausführung auf S. 12 in Widerspruch mit seiner eigenen Theorie, was insbes. auf S. 48 klar hervortritt. — Wie Bruns, Wesen der *bona fides* S. 79 ff. auch nur von seinem Principe der Redlichkeit aus Entschuldbarkeit des Irrtums verlangen kann, ist mir nicht verständlich. Redlich ist der immer, der sich nicht im Unrechte weiss, mag er auch noch so unachtsam sein.

⁴⁷⁵ S. z. B. l. 109 D. d. V. S. 50, 16. Modestin. *Bonae fidei* emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Vgl. auch l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3. Pomponius. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure eranti non procedat usucapio.

Meinung, es gehöre ihm zu eigen: *furtum non committit*, denn ihm fehlt der *affectus furandi*⁴⁷⁶. Ein Anderer eignet sich eine Sache an, die er fälschlich für seine eigene oder für derelinquirt hält, oder er glaubt, der Eigentümer willige in die Wegnahme der Sache; er begeht kein *furtum*: *Quid enim dolo facit, qui putat, dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit*⁴⁷⁷. Dagegen hebt ein Irrtum darüber, wer Eigentümer der Sache sei, das *furtum* natürlich nicht auf: denn mag es die Sache des A. oder B. betreffen, das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit der Entwendung wird dadurch nicht berührt⁴⁷⁸. Andererseits ist dem ein *furtum* wieder unmöglich, der eine Erbschafts-sache veräussert in dem Irrtum, er sei der Erbe: *aliqua existimatione deceptus*⁴⁷⁹.

In sehr interessanter Stelle verweigert Papinian jede persönliche Klage gegen den, der Sachen in der Meinung, sie seien ihm verpfändet, während sie einem Andern vor ihm verpfändet waren, veräussert: *sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignori sua requirit, non competit; nec utilis danda est; nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur . . . ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit ut desineret possidere*⁴⁸⁰. Obgleich Papinian ausdrücklich bemerkt, dass die Veräusserung der Pfänder *nullo iure* geschehen sei, so schliesst doch die irrtümliche Meinung eines vorhandenen Rechts und demgemäss die mangelnde Einsicht, dass der Veräusserer den eigentlichen Pfandgläubiger schädige, den *dolus* aus.

⁴⁷⁶ § 5 J. de usucap. 2, 6; vgl. l. 36 § 1 D. de usurp. 41, 3.

⁴⁷⁷ S. l. 43 § 5, 6, 10, l. 46 § 7 D. de furtis 47, 2; l. 21 § 3 eod.

⁴⁷⁸ l. 43 § 4 D. h. t.

⁴⁷⁹ l. 36 § 1 und l. 37 pr. D. de usurp. 41, 3 (Gaius).

⁴⁸⁰ l. 1. D. de distract. pignor. 20, 5. Vgl. dazu l. 51 D. proscriptio 17, 2.

Ein Sklave deponirt eine Sache; der Depositar händigt sie dem Titius aus, den er fälschlich für des Sklaven Herrn hält: er kann mit der *actio depositi* nicht belangt werden: *quia nullus dolus intercessit*⁴⁸¹.

In l. 16 § 1 D. de pigner. actione 13, 7⁴⁸² traktirt Paulus die *actio pigneraticia contraria* des Gläubigers. Wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fremde oder eine schon anderweitig verpfändete Sache zu Pfand giebt, so gewährt der Jurist dem Gläubiger nicht nur die *contraria*, sondern auch die *accusatio stellionatus*. Nun aber wirft Paulus die Frage auf: hat der Gläubiger beide Klagen nur, wenn der Schuldner weiss, dass er etwas Unrechtes thut? Und es erfolgt die schlagende Antwort: *Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. Quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat.* Die *a. pign. contr.* setzt ja eben in der Person des Schuldners keinen *dolus* voraus, wohl aber das *crimen stellionatus*.

Nach Gaius ist diejenige Frau, die sich fälschlich für schwanger hielt und nun die *missio in possessionem ventris nomine* nachgesucht hat, nicht *per calumniam* in den Besitz gekommen⁴⁸³.

Nach dem praetorischen Edikte wird infam, wer seine Tochter in seiner Gewalt, deren Mann gestorben ist, innerhalb der Trauerzeit wieder verheiratet, obgleich er den Tod seines Schwiegersohnes kennt. Dazu bemerkt Ulpian in seinem Ediktscommentar: *Merito adiecit Praetor: quum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur*⁴⁸⁴.

Der praetor giebt im Edikt die Klage auf das Interesse gegen den, der einer erfolgten *missio in possessionem* zum Trotz *dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo . . . in possessione bonorum sit.* Dazu Ulpian in l. 1 § 4 D. ne

⁴⁸¹ L. 1 § 32 D. depos. 16, 3. Vgl. l. 9 § 4 D. ad exhib. 10, 4: *Si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus dolus est.*

⁴⁸² Vgl. l. 1 § 2, l. 32, l. 36 D. h. t.

⁴⁸³ L. 18 vgl. l. 15—17 D. de his qui not. infam. 3, 2.

⁴⁸⁴ L. 8 vgl. l. 1 und l. 11 § 4 D. cit.

vis fiat ei, qui in possess. missus erit 43, 4: Si quis ideo possessione arcuerit, quia rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur. Der dolus findet wieder in dem Glauben an das eigene Recht seinen siegreichen Gegner.

Sehr schön tritt die Beziehung des Irrthums zu dolus sowohl als zur culpa in Bemerkungen Ulpian's über die interrogatio in iure facienda an den Tag⁴⁸⁵. Der Gefragte ist zur Angabe der Wahrheit verpflichtet. Ulpian unterscheidet nun: Qui iusto errore ductus negaverit se heredem venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit. Der iustus error, der nach Rechtsauffassung entschuldbarer Irrthum über die vorhandene Erbenqualität, schliesst jede Verschuldung sowohl dolus als culpa bezüglich der ertheilten falschen Antwort aus: für die culpa bleibt der injustus error. Der Antwortende darf sich also als Erben nicht kennen und dieser Irrthum macht ihm das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit der falschen Antwort unmöglich. Dass der culpa dolo proxima dieses Bewusstsein nicht abgeht, dass sie den error eben nicht mit der culpa theilt, wird weiter unten zu erweisen sein.

Ähnlich ist derjenige sine dolo malo in libertate, der sich vel iustis rationibus ductus vel non iustis sine calliditate tamen für einen Freien hält⁴⁸⁶: dass hier der Grundirrtum sowohl ein Rechts- als ein faktischer Irrthum sein kann, liegt auf der Hand.

Den eifrigen Verfechtern der schädlichen Natur des Rechtsirrtums hätte sich schon lange als Konsequenz ihrer Auffassung aufdrängen sollen, dass das unrichtige Urtheil des Richters aus Rechtsirrtum dann durchweg als dolose Rechtsbeugung in den Quellen erscheinen müsste. Allein davon ist gar keine Rede. Ulpian unterscheidet in l. 51 pr. D. de eviction. 21, 2 sehr scharf, ob der Käufer einer

⁴⁸⁵ S. l. 11 § 10 und 11 D. de interrog. in iure fac. 11, 1.

⁴⁸⁶ L. 10 § 3 D. de liberali causa 40, 12.

Sache, von dem sie evincirt wird, unterliegt per imprudentiam (worin der Rechtsirrtum doch jedenfalls mitsteckt) aut errorem, die als richterliche stultitia zusammengefasst werden, oder durch absichtliche Rechtsbeugung in Folge von Bestechung (*sordibus iudicis*)⁴⁸⁷, und genau ebenso unterscheidet Justinian in der Auth. zu l. 4 C. de receptis arbitris 2, 56 bezüglich des iudex, der gegen eine bestimmte Vorschrift male iudicat, si dolo facit, si ignorantia.

Ein schöner Fall bezüglich des tutor ist uns aus Scaevolas Responsen erhalten⁴⁸⁸. Ein testamentarisch bestellter Vormund wendet beim praetor ein, er sei entschuldigt, weil er drei Kinder habe; daneben bemerkt er, die Bestellung des tutor im Testament sei ungiltig, weil der Mündel schon in seinem Oheim einen gesetzlichen Vormund besitze: der Praetor dekretirt: ist Letzteres richtig, so bedarfst du eines Entschuldigungsgrundes gar nicht. Nun wird dem Scaevola die Frage vorgelegt, wenn der zum tutor Bestellte wirklich drei Kinder hat, aber der Unmündige keinen Oheim als gesetzlichen tutor besitzt, bleibt jener Bestellte trotz des praetorischen Dekrets tutor? Und Scaevola antwortet: Ja, denn er ist wegen der Mangelhaftigkeit des Dekretes nicht entschuldigt. Es folgt nun die zweite Frage: wenn sich nun der testamentarisch zum tutor Ernannte bei jener Sentenz des Prätor beruhigt, die Tutel aber nicht führt, wird gegen ihn eine actio utilis gegeben? Und Scaevola antwortet: si errore potius, quod se pro iure trium liberorum quod allegabat excusatum crederet, quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam. Der die malitia ausschliessende Irrtum besteht also wieder in dem vermeintlichem Recht sich der Führung der tutela entziehen zu dürfen.

Einen merkwürdigen Beleg für die beständig wiederkehrende Vermischung der Sach- und der Beweisfrage grade beim Irrtume liefert Afrikan in einer Stelle seiner Qua-

⁴⁸⁷ S. auch Nov. 82 c. 11.

⁴⁸⁸ L. 37 D. de excus. 27, 1.

stionen⁴⁸⁹. Ein Sklave ist testamentarisch freigelassen unter der Suspensivbedingung: si rationes reddiderit. Er legt nun bona fide Rechnung und giebt das übrige Geld zurück, verrechnet sich aber unabsichtlich. Das Resultat ist, dass er dem Erben zu wenig zahlt. Ist die Bedingung nun erfüllt und der Sklave frei? Afrikan bejaht erst allgemein, weil ja sonst kein unter solcher Bedingung Freigelassener zur Freiheit gelangen würde, wenn er per imprudentiam zu wenig zahlte: dann fügt er aber beschränkend bei: haec ita accipienda ait, si quando is, qui rationes reddere iussus sit, per aliquem errorem sine dolo malo ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem erraret. Warum wird nun plötzlich statt der kaum erst für genügend erachteten bona fides ein Irrtum verlangt, den auch der Herr des Sklaven gemacht haben würde? Einfach deshalb, weil der Rechnungsfehler, den der Herr sofort erkennt, mit Wahrscheinlichkeit im Parteiinteresse von dem statuliber gemacht ist, also mit Wahrscheinlichkeit einer mala fides entspringt, während, wenn der Herr denselben Fehler gemacht haben würde, kein Mensch an der Gutgläubigkeit des statuliber zweifeln wird⁴⁹⁰.

Zum Schluss füge ich noch einige Beispiele des den dolus ausschliessenden Irrtums aus dem römischen Strafrechte bei⁴⁹¹. Der Astrolog, der um Auskunft über den Dieb gefragt Jemanden als Dieb angiebt, der es nicht ist, begeht

⁴⁸⁹ l. 32 D. de condicion. 35, 1.

⁴⁹⁰ Dem Kenner des ältern deutschen Rechts werden hier eine Reihe von Analogien beifallen.

⁴⁹¹ S. Ulpian in l. 23 § 2 D. de aedil. edicto 21, 1 . . . Capitalem fraudem admittere est tale aliquid delinquere, propter quod puniendus est . . . Capitalem fraudem admississe accipiemus dolo malo et per nequitiam; ceterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit edictum. Vgl. auch Marcian in l. 16 § 10 D. de publicanis 39, 4: Divi quoque fratres rescripserunt, cum quidam non per fraudem sed per errorem in causam commissi incidisset, ut duplo vectigali contenti publicani servos restituant. Angebliche Unwissenheit schliesst aber den dolus nicht aus, s. l. 16 § 5 eod.: Licet quis se ignorasse dicat nihilominus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus rescripsit.

keine Injurie: offenbar weil er selbst die bezichtigte Persönlichkeit für schuldig hält⁴⁹². In l. 5 C. de injuriis 9, 35 wird als dem *convicii consilium* wesentlich das Bewusstsein von der Unwahrheit der Schmähung bezeichnet und gesagt: *fides veri a calumnia te defendit*. Keineswegs kommt aber diese entschuldigende Kraft auch dem *inconsultus calor* zu, der sich zu Schmähungen hinreissen lässt. Dagegen injuriert derjenige wieder nicht mittelbar den Vater oder den Ehemann oder den Herrn der injurierten Persönlichkeit, der letztere fälschlich für einen *pater familias*, eine Wittve, einen Freien hält⁴⁹³, und zwar weil sein Irrtum ihm den *animus injuriandi* gegenüber jenen Mitträgern der angegriffenen Ehre unmöglich macht, oder wie sich Paulus ausdrückt: *cum affectus injuriam facientis in hunc tanquam in patrem familias consistat*. Weiss dagegen der Injuriant, dass der Injurierte Haussohn, Ehefrau, Sklave ist, und irrt nur über die Persönlichkeiten des Vaters, Ehemannes, Herren (er meint, es sei der A., während es der B. ist), so ist dieser Irrtum durchaus irrelevant, sobald er nur den Vater, den Ehemann den Herrn, wer sie auch sein mögen, mittreffen will. Natürlich: denn dieser Irrtum hindert den Injurianten durchaus nicht einzusehen, dass er gegen jene Persönlichkeiten eine verbotene Handlung begehe⁴⁹⁴. Fehlt aber grade bezüglich des wirklichen Vaters, des Ehemannes, des Herrn der *animus injuriandi*, während dieser allerdings dem Putativvater gegenüber vorhanden ist, so macht nun dieser Irrtum dem Injurianten unmöglich *dolos* den wirklichen Vater u. s. w. mitzuinjuriiren. Natürlich: denn er kann infolge dessen nicht einsehen, dass seine Handlung sich

⁴⁹² Ulp. in l. 15 § 13 D. de injur. 47, 10.

⁴⁹³ l. 18 § 4 u. 5, l. 1 § 8, l. 15 § 45 D. h. t. 47, 10.

⁴⁹⁴ Paulus in l. 18 § 5 cit. *Quod si scisset filium familias esse, tamen, si nescisset, cuius filius esset, dicerem inquit, patrem suo nomine iniuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret: nam qui haec non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito per filium, per uxorem vult facere injuriam.*

gegen diejenige Person richtet, die er grade nicht verletzen will⁴⁹⁵, — genau wie in dem Falle der aberratio ictus⁴⁹⁶.

Das Bewusstsein der Unerlaubtheit muss auch demjenigen mangeln, der glaubt seinen Sklaven zu schlagen und nun einen Freien schlägt, den er für seinen Sklaven hält. Eine Injurie liegt wegen fehlenden dolus nicht vor⁴⁹⁷.

Der Praetor hatte in den Fällen der l. 1 pr. D. de incendio 4, 9 eine Klage auch gegen denjenigen gegeben, der bei einem Brande oder Schiffbruche geraubte Sachen hehlerisch bei sich aufnahm, weil, wie Ulpian daselbst l. 3 § 3 bemerkt, receptores non minus delinquant quam adgressores. Sed enim additum est, dolo malo . . . quid enim, si ignarus recipit (d. h. wenn er die Sachen aufnimmt, ohne dass er sie als geraubte kennt? aut quid si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret et qui amiserat? utique non debet teneri. Die rechtmässige Absicht, die geraubten Sachen ihrem Herrn zu erhalten schliesst den dolus genau grade so aus wie die Unwissenheit, dass man geraubtes Gut aufnimmt: wissentliches Unrechtthun ergiebt sich daraus als Wesen der dolosen Handlung.

Der Publikanus treibt mein Vieh weg, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum. Im 56. Buch zum Edikt bemerkt Ulpian ausdrücklich: die actio vi bonorum raptorum könne desshalb nicht gegen ihn gegeben werden, weil er auch wenn seine Annahme eine fälschliche war, doch des dolus entbehre⁴⁹⁸. Er glaubt eben ein Recht zu seiner Handlung zu besitzen⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Ulpian in l. 15 § 45 D. de injur. 47, 10. Interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem aut cum eum alterius potius quam meum existimat quis, non caesurus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi injuriam fecerit, sic conveniri Mela scribit.

⁴⁹⁶ l. 4 D. eod.

⁴⁹⁷ Ulp. in l. 3 § 4 D. eod. Si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne injuriarum teneatur.

⁴⁹⁸ L. 2 § 20 D. vi bonor. raptor. 47, 8.

⁴⁹⁹ Nicht hierher gehört l. 1 § 4 D. de abigeis 47, 14 vgl. Coll.

Nach Marcian unterliegen der *bonae fidei possessor* eines fremden Sklaven und derjenige, der glaubt den Sklaven mit Einwilligung seines Herrn zu besitzen, der *accusatio* aus der *lex Fabia de plagiaris* nicht. Denn, meint der Jurist, diese *lex* verlangt ausdrücklich, dass die *suppressio mancipii* »*sciens dolo malo*« geschehen müsse; und, fügt er bei: *saepissime a principibus Severo et Antonino constitutum est, ne bonae fidei possessores hac lege teneantur*⁵⁰⁰.

Der Glaube an den wenn auch falschen Inhalt der Kriminalklage schliesst die *calumnia* aus⁵⁰¹. Irrtümliches *falsum* bildet kein genügendes Fundament für das *crimen falsi*⁵⁰². Den Sklaven, der über seine Unfreiheit nicht im Unklaren dennoch nach der Aedität gestrebt hat, soll nach l. 2 C. si servus aut libertus 10, 32 der *praeeses provinciae* ob *violatam servili macula curiae dignitatem* mit der entsprechenden Strafe belegen; nicht aber wenn der Sklave Sohn eines Dekurio und einer Mutter, welcher die öffentliche Meinung die Freiheit beilegte: *ad capessendum honorem errore lapsus processit*⁵⁰³.

XI, 6 § 2, und ebensowenig l. 2 i. f. D. de termino moto 47, 21: *quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere*, wo es sich um einen Irrtum über ein Intensitätsmerkmal der Handlung dreht, während der *animus furandi* bestehen bleibt. Ebensowenig l. 16 C. ad leg. Jul. de adulteriis 9, 9.

⁵⁰⁰ L. 3 pr. D. de lege Fabia de plagiaris 48, 15.

⁵⁰¹ L. 6 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9 . . . *Et qui confidit accusationi, calumniae notam timere non debet*. Vgl. l. 2 C. de abolition. 9, 42.

⁵⁰² L. 20 C. ad leg. Cornel. de falsis 9, 22: *Nec exemplum precum editionis aliter per errorem scriptum, cum non nisi dolo malo falsum committentes crimini subiugentur, cognitionem dati iudicis moratur* (300 bis 305). Vgl. l. 31 D. h. t. 48, 10; l. 2 C. de errore advocatorum 2, 10 (238); l. 92 D. d. R. J.. Paulus, Sent. I 12 § 3: *Qui falsum nesciens allegavit falsi poena non tenetur*. — Dazu vgl. bezüglich der *sepulcri violatio* l. 1 C. de sepulcro violato 9, 19: *Res religioni destinatas, quin immo jam religionis effectas scientes qui contigerint, et emere et distrahere non dubitaverint . . . laesae tamen religionis in crimen inciderunt*.

⁵⁰³ Obgleich das *perjurium* im römischen Recht nicht kriminell ist,

Zum Schlusse sei auf eine Entscheidung Ulpian's aufmerksam gemacht, über deren Richtigkeit auch vom Standpunkte der römischen Dolusauffassung grosser Zweifel obwalten muss. Die *actio de servo corrupto* setzte nach dem Edikte voraus, dass Jemand den fremden Sklaven *dolo malo* korrumpirt hatte⁵⁰⁴. Die Handlung erschien als eine Vermögensbeschädigung: daher die Klage auf das doppelte Interesse. Die dolose Vermögensbeschädigung setzte in diesem Falle aber voraus, dass der Verführer den fremden Sklaven als solchen, d. h. als Object eines fremden Vermögens auffasste. Nichtsdestoweniger sagt Ulpian im 23. Buch zum Edikt⁵⁰⁵: *Si quis dolo malo persuaserit quid servo, quem liberum putabat, mihi videtur teneri eum oportere: maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit: et ideo si servus fuerit tenebitur*. Dass Ulpian selbst zweifelte, beweist das *mihi videtur*: dass er den *dolus* neben dem vorhandenen Irrtum von Rechtswegen nicht nachweisen kann, beweist der schwache Billigkeitsgrund, auf den er sich stützt. Die Verführung eines Freien ist eben im Vergleich zur *servi corruptio* nicht etwas Grösseres, sondern etwas Anderes⁵⁰⁶. Die Ulpianische Entscheidung hat den richtigen Dolusbegriff einem vagen Billigkeitsermessen geopfert und ist in jeder Beziehung verwerflich.

sei hier doch auch auf l. 26 pr. D. de iureiur. 12, 2 verwiesen: Paulus
quamvis pupillus non videatur perjurare, quia sciens fallere non videatur.

⁵⁰⁴ l. 1 pr. D. de servo corrupto 11, 3.

⁵⁰⁵ l. 5 § 1 D. cit. 11, 3.

⁵⁰⁶ Deshalb sagt auch Paulus in l. 14 § 1 D. eod.: *De filio filiae familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest*. Paulus gewährt in jenem Falle nur die *actio utilis*. — Grade aus diesem Grunde wäre auch die Entscheidung des Paulus in l. 45 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2: *Si meum servum, cum liberum putares, occideris lege Aquilia teneberis* unrichtig, wenn die *a. leg. Aquil.* gleichfalls *dolus* voraussetzte. Für die *accusatio ex lege Cornelia* ist dieser Irrtum über die Unfreiheit des Getödteten ganz irrelevant: s. l. 23 § 9 D. h. t.; l. 3 C. de lege Aquil. 3, 35; l. 1 § 2 D. ad leg.

Man könnte endlich gestützt auf die Quellen noch weiter gehen und sagen: das mangelnde Bewusstsein von der Un-erlaubtheit der Handlung schliesst nicht den zum *dolus* nö-tigen Gehalt von Bewusstsein, sondern den dazu erforderlichen Willen aus; wenigstens wenn man des Pomponius Satz: *nulla enim voluntas errantis est*, nemlich *si per errorem aut imperitiam deceptus fuerit*, auf den unerlaubt Handelnden überträgt⁵⁰⁷.

Sei dem aber wie es wolle, so hat unsere Unter-suchung doch den Grund ins Helle gebracht, warum *culpa* gleichbedeutend ist mit *error* und *ignorantia*. Es giebt bei unerlaubten Handlungen kein wichtigeres Objekt des Irr-tums oder der Unwissenheit als grade die Unerlaubtheit: wer über diesen wichtigsten Punkt im Irrtume befindlich ist und doch handelt, der ermangelt des *dolus* und verfällt der Fahrlässigkeit. Und von diesem Standpunkte aus ist jene Gleichstellung von *culpa* und *error* allerdings ganz gerecht-fertigt⁵⁰⁸. Sie ist diess aber nur für die *culpa levis*!

Cornel. de *sicariis* 48, 8. Die Klage wegen doloser Sachbeschädigung würde durch diesen Irrtum ausgeschlossen. Die *actio leg. Aquil.* lässt sich aber in diesem Falle auf *culpa* gründen.

⁵⁰⁷ S. I. 19. 20 D. de *aqua* 39, 3 vgl. I. 15 D. de *iuriad.* 2, 1; I. 2 D. de *iudiciis* 5, 1 und I. 116 § 2 D. de *R. J.* 50, 17.

⁵⁰⁸ Ich entnehme aus Voigt, Bedeutungswechsel S. 18 die interes-sante Thatsache, dass die römische Rhetorik dem Redner, falls er das *fac-tum* zugeben musste, aber die *purgatio* vornehmen wollte (*cum factum conceditur, culpa removetur*), drei Entschuldigungsgründe zur Wahl stellte: *fortuna*, *imprudencia*, (später *ignorantia*, *error*, *inscientia*) und *necessitas*. Unter den reichen Beweisstellen bei Voigt, S. 18, 22 bis 24, 37 ist mir als besonders wichtig aufgefallen Auctor ad *Herennium* I 14, 24 vgl. mit I 16, 24 (bei Voigt S. 37), weil sie die prozessua-lische Behandlung des seitens des Beklagten behaupteten Irrtums an-schaulich macht.

IV. Die culpa dolo proxima als dolus malus abzüglich des gemeinen Motives.

§ 54. A. Begriff der culpa dolo proxima.⁵⁰⁹

Dass die Merkmale der voluntas und der scientia das Wesen des dolus malus nicht erschöpfen, zeigt sich am klarsten an der culpa lata, welche in diesen beiden Beziehungen dem dolus gleicht und doch begrifflich und praktisch von ihm geschieden wird⁵¹⁰. Das Merkmal nun, wel-

⁵⁰⁹ Von den Aelteren ist besonders Donellus, Commentarii de iure civili l. XVI c. 7, bes. § 2—10 u. Commentarii in Codicem Iustiniani ad T. XXXIV. l. IV. Depos. vel contra (VIII S. 492 ff.) zu vergleichen.

⁵¹⁰ Lühr, Die Theorie der Culpa S. 13. 14 mischt Richtiges mit Falschem, wenn er sagt: »Wissenschaft der illegalen Folgen bildet die Grenze zwischen culpa lata und culpa (levis) in der eigentlichen Bedeutung. Es ist nicht nötig, dass die Existenz jener bestimmt erwiesen werde, ja in den meisten Fällen wäre dies nicht möglich. Aber eben so wenig darf sie ganz dem Ermessen des Richters anheim gestellt sein, wenn nicht die Gesetze diesem völlige Willkür lassen wollen. Beides vermieden die Römer, indem sie zwei Gründe der Vermuthung neben dem Beweise der Wissenschaft aufstellten. Der erste ist, wenn der Culpöse aus Neigung oder Leidenschaft gehandelt hat . . . Der zweite Grund ist, wenn er nachlässiger handelt, als er in dem seinigen zu handeln pflegt«. Gesellt sich zu dieser Wissenschaft noch Gewinnsucht, so liegt nach l. diejenige Spezies der culpa lata vor, welche dolus heisst. (S. 23). — Einen ganz gewaltigen Rückschritt gegen diesen Ansatz zur richtigen Auffassung enthalten Lühr's Beiträge z. d. Theorie der Culpa (1806) bes. S. 13 ff.: »Dolus in s. ursprünglichen Sinne bezieht sich gar nicht auf widerrechtliche Handlungen überhaupt, sondern auf das furtum und den dolus, der die actio doli begründet. In dieser Bedeutung heisst es also die Absicht durch den Schaden seines Mitbürgers zu gewinnen . . . Ausserdem bezeichnet er alle widerrechtlichen, in der Absicht zu schaden vorgenommenen positiven Handlungen: culpa lata jede wissentliche Unterlassung von Handlungen (!), wozu der Culpöse verbunden war«. — Kritz, Ueber die Culpa nach röm. Rechte S. 34 ff., ist der Ansicht: »Dolus und culpa lata sind den römischen Juristen nur verschiedene Bezeichnungen eines wissentlich und darum absichtlich widerrechtlichen Benehmens«. Zwischen dolus und culpa statuirt er keinen wesentlichen Unterschied. Gut bekämpft Kritz auf S. 40. 41 jede nur

ches der dolus vor dieser culpa lata voraus hat, ist das dritte und letzte Begriffsmerkmal desselben und ergibt sich

quantitative Unterscheidung zwischen culpa lata und culpa levis. — Gegen Löhr's Ansicht, wissentliches Schaden gehöre so gut zum dolus als zur culpa lata, wandte sich eingehend Hasse, Culpa S. 75 ff., der indessen nur die Schwächen von Löhr's Beweisen aufdeckt ohne jenen Satz irgend zu widerlegen. Seine eigene Ansicht ist nun sehr schwach. Der bestimmtere Begriff von dolus ist nach Hasse S. 75 wissentliches Schaden; S. 84 ist dem dolus die im »Augenblick der Handlung vorhandene Kenntniss des gewiss bevorstehenden schädlichen Erfolges« wesentlich. »Culpa lata setzt dagegen blos Kenntniss der nahe drohenden Gefahr und der Mittel voraus, durch welche sie abgewandt werden kann, oder dass man um diese Kenntniss zu verleugnen, sich auf eine unerhörte Unwissenheit berufen müsste«. Jene Kenntniss scheidet aber die culpa lata von der levis. Man sieht, die culpa lata wird zu einem theils wirklichen, theils präsumirten Gefährdungsvorsatz; dolus zum Willen des Schadens (s. S. 86). Dass dolus eventualis auch dolus sei, verkennt Hasse auf S. 86. 87 augenscheinlich. Auf S. 87 ist dann »jede culpa lata dolus im weiteren Sinne«. Dass bei culpa lata ein dolus im engeren Sinne präsumirt wird, stellt Hasse S. 88 bis 90 in Abrede. Während aber Hasse principiell wenigstens der culpa lata die Kenntniss der Gefahr zuspricht, macht Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III S. 347—359 den Versuch die culpa lata von Seiten des der culpa eigentümlichen Irrtums aus zu bestimmen. »Unter dolus verstehen wir den Willen, welcher auf die als solche erkannte Rechtsverletzung gerichtet ist« (S. 348). Weiss der Verletzer nicht, dass seine Handlung rechtswidrig sei, oder sieht er den schädlichen Erfolg nicht voraus, so liegt culpa vor. Dieser Irrtum ist nun entweder error probabilis oder non probabilis. Letzterer begründet die culpa lata. (Dadurch wird jede culpa zur lata culpa gestempelt; s. schon Windscheid, Heidelb. Krit. Zeitschrift III S. 279). Bei solchem groben Irrthum aber »wird es so angesehen, als ob die Person nicht habe irren können«. Grade desshalb wird auch in ihren Wirkungen die culpa lata dem dolus gleichgestellt (S. 351, vgl. 352). Auf S. 353. 354 wird dann die culpa lata definirt »als diejenige Culpa, welche auf einer gewissenlosen Gleichgültigkeit gegen das Interesse Anderer beruht oder wenigstens doch so beschaffen ist, dass der Vorwurf des dolus nur durch Berufung auf . . . einen nicht entschuldbaren Irrthum abgewendet werden kann«. — Was die Lehr- und Handbücher anlangt, so bestimmt Wächter, Privatrecht II S. 780—783, den dolus als »das wissentliche Rechtsverletzen« und sieht in der Unterlassung der »geringeren Vorsicht, welche doch auch der gewöhnliche Mensch nicht zu unterlassen pflegt« culpa lata; in der unterlassenen Umsicht des sorgfältigen

von selbst durch eine exakte Feststellung des Wesens dieser culpa lata.

Ein Bedürfniss diesen Begriff aufzustellen konnte nur in solchen Rechtsverhältnissen eintreten, wo die Haftung ursprünglich auf dolus malus beschränkt war, und nun das Leben bewies, dass gewisse nicht dolose Handlungen unmöglich unverantwortlich gelassen werden konnten, während man zugleich die Haftung auf culpa überhaupt nicht ausdehnen zu können glaubte⁵¹¹.

Bei der tiefen Kluft, welche den dolus malus von der culpa, das bewusste Unrecht von dem unbewussten aber dennoch schuldhaften, trennt, und bei der Unverzeihlichkeit alles der eigentlichen Culpa wesentlichen Irrtums ist es schon a priori unwahrscheinlich, dass jene Fälle, bei welchen ganz evident die Verantwortlichkeit trotz mangelnden Dolus anerkannt werden musste, jenseits jener Kluft

Hausvaters« culpa levis. Diese Ansicht ist die herrschende geworden: s. Puchta, Pandekten § 261. 265 (der nur § 265 a. E. bemerkt, die culpa lata umfasse auch absichtliche Verletzungen, »wenn die Absicht nicht auf das eigentlich Rechtswidrige an dem Erfolg gieng, der Verletzung also ein nicht rechtswidr. Motiv z. Grunde lag«); Arndts, Pandekten § 85. 86, der sich § 85 der erwähnten Bemerkung Puchta's gleichfalls anschliesst; Boecking, Pandekten des röm. Privatrechts I (2. Aufl.) § 105 S. 356—361; Keller, Pandekten § 249 (2. Aufl. S. 544); Unger, Oesterreich. Privatrecht II S. 237 ff. — Etwas abweichend Windscheid, Pandekten I § 101. Dolus ist ihm »das positive Wollen des eingetretenen Erfolges«, dem sich Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gesellen muss (nur kann sich Niemand auf Normunkenntniss berufen); culpa ist Mangel an der Sorgfalt des besonnenen Mannes. Zwei Nachlässigkeiten aber »schlagen in Arglist über«: diejenige, welche zwischen eigenen und fremden Angelegenheiten unterscheidet, und diejenige, welche über alle Grenzen geht. Wie diess »Umschlagen in Arglist« verstanden wird, lässt sich nicht klar ersehen. — Vgl. hierzu N. 317—319.

⁵¹¹ Einem ähnlichen Bedürfniss der Erstreckung der Haftung scheint mir die Entscheidung des Paulus in l. 3 D. si mentor 11, 6 entsprungen zu sein. Der Jurist will den mentor haften lassen und trägt desshalb mit Gewalt dolus in die Verhältnisse hinein (tu tenebris, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti).

lagen und vom Gebiete der echten Culpa abgezweigt worden wären. Es hätte in letzterem Falle der Zweifel gar nicht ausbleiben können, wie weit jene Ausdehnung der Haftung ins Gebiet der Fahrlässigkeit mit ihren massenhaften quantitativen Abstufungen zu geschehen hätte, und wir würden sicherlich den allerverschiedenartigsten Versuchen in unseren Quellen begegnen die dem dolus gleichzustellende culpa von der culpa levis scharf abzuschneiden. Die Quellen aber zeigen nichts derartiges. Es ist dies ein Indiz dafür, dass die zu grosse Enge des Dolusbegriffes und nicht die exorbitante Schwere mancher Fahrlässigkeitsfälle den Anlass zu jener Ausdehnung der Haftung gegeben habe.

Sollte sich nun auch nur ein einziger Fall nachweisen lassen, wo die culpa lata mit dem dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit theilt, sich aber durch ein anderes Merkmal von ihm scheidet, so wäre damit die schwache Stelle des dolus malus aufgezeigt, von wo aus er einer Erweiterung dringend bedurfte. Damit würde aber auch die Unwahrscheinlichkeit ungemein steigen echte Culpa-Fälle zur culpa lata gezogen zu sehen; denn wir würden dann eine doppelte culpa lata, eine mit, eine ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit statuiren müssen, deren Gleichbehandlung dann ein Rätsel bleiben würde.

Ein Bedürfniss den aufgestellten Begriff als einen selbstständigen beizubehalten anstatt den zu engen dolus um das Entsprechende zu erweitern konnte nur in Rücksicht auf den schuldhaft Handelnden selbst entstehen: sei's, dass man ihn nicht mit dem Makel doloser Handlungsweise behaften, sei's, dass man ihm gewisse Rechtsfolgen dolosen Handelns, wie z. B. die infamia oder die poena ordinaria in den Fällen der *leges judiciorum publicorum* ersparen wollte.

Diess Argument gilt freilich nur dann, wenn die culpa lata eine wirkliche Schuldart darstellt, also dem materiellen Rechte angehört, nicht aber, wenn sie ein Begriff des formellen Rechts und zwar des Beweisrechtes ist⁵¹².

⁵¹² So sagt beispielsweise Cujacius, Comm. in libr. X Pauli ad

Manche Quellenstellen bieten nemlich Anlass zu dieser prozessualischen Auffassung. Danach scheint culpa lata dann vorzuliegen, wenn der Beklagte einen unglaublichen Irrtum vorschützt und damit nicht gehört wird. Die Berufung auf einen solchen Irrtum wäre dann Berufung auf culpa lata; eine solche culpa lata anzunehmen sähe sich aber das Recht ausser Stande; die Berufung darauf wäre also Beweis des Nichtvorhandenseins des unerhörten Irrtums und Beweis für das Vorhandensein des Gegentheils, nämlich der scientia. Die Berufung auf culpa lata wäre dann Grund der Praesumption für das Vorhandensein des dolus malus. Als Konsequenz ergäbe sich, dass die culpa lata ganz wie der dolus malus behandelt werden müsste, auch hinsichtlich der Strafhöhe und der infamia; ferner, dass ohne solche Berufung auf einen unglaublichen Irrtum von culpa lata gar nicht gesprochen werden könnte. Beide Folgen aber treffen nicht zu. Die culpa lata gehört vielmehr dem materiellen Rechte an und bildet das notwendige Complement des dolus, weil dieser im römischen Rechte in Folge eines Zusatzes von Unsittlichkeit nicht als reiner Rechtsbegriff gefasst wurde⁵¹³.

edict. (Opp. ed. Neap. V S. 136): Lata culpa vulgo praesumitur esse dolus und lata culpa est dolus praesumptus.

⁵¹³ Darauf deuten schon das Adjectiv malus und ferner eine Reihe von Bezeichnungen, welche die moralische Schlechtigkeit des dolus Handelnden hervorheben: § 12 J. de susp. tutor. 1, 26: propositum malevolum; dolus und dolose sind synonym mit malitia und malitiose: vgl. z. B. § 6 J. de off. judicis 4, 17; l. 1 pr. D. de dolo malo 4, 3; l. 38 D. de R. V. 6, 1; l. 1 § 4 D. de servo corrupto 11, 3; l. 31 § 1 D. de pos. 16, 3; l. 9 pr. D. de pignor. actione 13, 7; l. 2 D. de inspic. ventre 25, 4; l. 2 § 1 D. de tutor. 26, 6; l. 37 § 1 D. de excus. 27 1: errore potius quam malitia; l. 3 C. si minor se majorem dixerit 2, 43 (malitia supplet aetatem); l. 5 C. de his, qui sibi adscribunt 9, 23: magis errore quam malitia; malignitas und maligne: l. 45 D. de receptis 4, 8 (vgl. auch l. 4 D. de inoff. testam. 5, 2; l. 6 § 3 D. de custodia reor. 48, 3; l. 53 § 2 D. d. V. S. 50, 16: consilium malignum; l. 11 C. de pactis conventis 5, 14; l. 22 § 2 C. de jure deliberandi; mens mala oder mens improba: l. 53 § 8 D. de legatis I (vgl. l. 17 D. de eviction. 21, 2); l. 1 § 1 Cod. ut nemo ad suum patrocini. 11, 53; nequitia: l. 22 § 2 D. de aedil. edicto 21, 1; mala conscientia: l. 14

Ihre Ausbildung ist nichts Anderes als das Geständniss von der Unzulänglichkeit des Dolusbegriffs und von der Schwierigkeit seiner Erweiterung gegenüber der herrschenden Volksanschauung: ein Geständniss, welches freilich nur zaudernd und schrittweise abgelegt wird. Ihre richtige Erfassung wird wieder durch die römische Weise der Sachfrage die Beweisfrage zu unterstellen oder beide zu vermischen nicht unerheblich erschwert.

Mit ihrer bedauerlichen Vorliebe für Quellenstellen doktrinären Anstrichs geht die deutsche Rechtswissenschaft der Gegenwart zur Erkenntniss der culpa lata fast immer aus von zwei relativ unbrauchbaren Stellen, welche Paulus und Ulpian wahrscheinlich aus einer gemeinsamen Vorlage abgeschrieben haben⁵¹⁴. Da aber die Stärke der römischen Rechtswissenschaft in der Anwendung und Ausbildung der Rechtsbegriffe am einzelnen Falle lag, dagegen keineswegs in der korrekten Definition, so gilt es die Bedeutung der culpa dolo proxima und der mit ihr identischen culpa lata

§ 1 D. de iudiciis 3, 1. — Vgl. Abegg, Lehrbuch § 84 a. E. und Savigny, System III S. 117. 118, der nur etwas zu unbestimmt sagt: »dolus bezeichnet überall eine unsittliche Verletzung desjenigen Vertrauens, worauf aller menschlicher Verkehr beruht«. Dagegen behauptet Köstlin, Die Lehren vom Mord u. Todtschlag S. 161, dass beim bewusst widerrechtlichen Handeln aus gutem Motive stets dolus vorliege, und Keller Pandekten § 249, dass dem dolus unsittliche Motive durchaus nicht wesentlich seien. Ebenso Windscheid, Pandekten I § 101 (4. Aufl. S. 287 n. 6); nur — meint W. — hätten die Römer den Ausdruck dolus gescheut, wo das Motiv kein gradezu unsittliches gewesen sei. — Dagegen lobt v. Jhering, Schuldmoment S. 51. 52, die feine Würdigung des moral. Gesichtspunktes, womit die Römer den infamirenden dolus ausgeschlossen hätten, »wenn ein menschlich edles oder verzeihliches Gefühl den Verpflichteten zur Pflichtverletzung veranlasst hat«. Dazu S. 52 n. 100. Leider zieht nur Jhering die Konsequenzen seiner feinen Bemerkung für die culpa lata nicht. Denn wenn v. Jhering S. 22 n. 32 den Gegensatz zwischen dolus und culpa mit dem zwischen wissentlichem und unwissentlichem Unrecht identificirt, so liegt auf S. 53 die culpa lata ganz im Gebiete des Letzteren.

⁵¹⁴ L. 213 § 2; l. 223 pr. D. de V. S. Vgl. z. B. Hasse, Culpa S. 85.

aus der ihr gewidmeten Casuistik zu erschliessen ⁵¹⁵ ⁵¹⁶. Stimmen die Beweisstellen, welche für die Erkenntniss jenes Begriffes allein ausgiebig sind, bezüglich seines Inhaltes überein, so ist die Wissenschaft verpflichtet den Begriff in der gefundenen Bedeutung an allen Stellen anzunehmen, welche sich überhaupt mit ihm befassen.

⁵¹⁵ Der Ausdruck *culpa lata* mit seinen Verwandten findet sich in den Digesten an folgenden Stellen: a) bei Gaius in l. 1 § 5 D. de oblig. et action. 44, 7: *magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere* (beim Depositum; über die nicht hieher gehörige l. 54 § 2 D. 41, 1 de acquir. rerum dominio, wo *culpa gravior* im Gegensatze zur *culpa levis* steht, s. gleich unten); b) Celsus: l. 32 D. 16, 3 depositi: *Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse . . .* c) Ulpian: l. 1 § 1 D. 11, 6 si mensor; l. 8 § 10 D. 17, 1 mandati; l. 2 § 5 D. 18, 4 de hereditate vendita; l. 31 § 12 D. 21, 1 de aedil. edicto; l. 7 § 2 D. 26, 7 de admin. et pericul. tutor: *lata negligentia*; l. 7 § 1 D. 26, 10 de suspect. tutor: *lata negligentia prope fraudem accedit*; l. 1 § 3 D. 27, 8 de magistr. conven.; l. 23, § 3 D. 36, 1 ad SC. Trebell.; l. 5 § 15 D. 36, 4 ut in possessione legatorum; l. 8 § 6 D. 43, 26 de precario; l. 11 D. 47, 9 de incendio; l. 8 (6) D. 50, 8 de administratione rerum: *lata negligentia*; l. 213 § 2 D. 50, 16 d. V. S.: *lata culpa est nimia negligentia*; d) Paulus: l. 7 D. 48, 8 ad leg. Cornel.; l. 223 pr. D. 50, 16 d. V. S.; l. 226 eod.: *magna culpa dolum est*. Was Callistratus in l. 12 D. 48, 3 de custodia rerum: *nimia negligentia* nennt, ist trotz l. 213 § 2 D. d. V. S. keineswegs identisch mit *lata culpa*, wie eine sorgfältige Interpretation beweist. Auch ist es keineswegs notwendig die *culpa gravior* in damno dando in l. 54 § 2 D. 41, 1 de acquir. dom. (Modest.) für identisch mit *culpa lata* zu halten. — Im Codex findet sich *culpa lata* in l. 17 C. de negotiis gestis 2, 19: *tam dolum quam latam culpam* (293—304); l. 20 eod.: *non tantum dolum et latam culpam sed et levem praestare* (291—305); l. 1 C. depos. 4, 34: *dolum solum et latam culpam* (234); l. 2 C. arbitrium tutelae 5, 51 (213), wo gleich darauf damit synonym *manifesta negligentia* steht; l. 7 C. eod. (293—304): *tutoris dolo vel lata culpa aut levi*; l. 2 C. de in litem iurando 5, 53 . . . *Sin vero neque dolum neque lata culpa neque fraus heredis vincitur*; l. 1 C. de hered. tutor 5, 54 (197): *ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit*; l. 2 C. si tutor non gess. 5, 55 (224); l. 2 C. de magistr. conveniendis 5, 75. Vgl. l. 13 C. mandati 4, 35 (293—304): *dolum et omnis culpa non etiam imprevius casus*. — In den Novellen begegnet man der *culpa lata* überhaupt nicht.

⁵¹⁶ *Culpa dolo proxima* mit seinen Verwandten findet sich in fol-

Es ist höchst wahrscheinlich das Depositum gewesen, bei welchem zuerst das Bedürfniss der Gleichstellung von dolo und culpa lata bezüglich der Haftung hervortrat. Ihre älteste Spur bezieht sich grade auf diesen Realkontrakt und sie reicht in eine Zeit zurück, wo Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Ausdehnung der Haftbarkeit des Depositors noch durchaus controvers war. Nach l. 32 D. 16, 3 depositi ist es Nerva der Vater † 23 n. Chr. gewesen, welcher nicht auf halbem Wege stehend bleibend behauptete: latiore culpam dolum esse. Innerhalb der Schule des Laeio kam es nun über diesen Punkt zum Zwiespalt: Proculus verwarf die Ansicht des Nerva, Celsus dagegen die des Proculus, mit Entschiedenheit für Nerva eintretend. Aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts bezeugt Gaius den Sieg der Letzteren, indem er bei Besprechung der Haftung beim Depositum bemerkt: magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere.

Was nun das Wesen der culpa lata anlangt, so bieten unsere Quellen nicht einen einzigen Anwendungsfall derselben, in dem sie sich als echte Culpa enthüllte: der bei der Fahrlässigkeit wesentliche Irrtum ist bei jener ihr nachweisbar: sie ist nie Fahrlässigkeit. Umgekehrt lassen alle ganz deutlichen Quellenstellen sie als rechtswidrigen Vorsatz er-

genden Digestenstellen: a) Papinian in l. 24 D. de liberat. legata 34, 3: dolo proximum erit; b) Ulpian: l. 8 pr. D. 2, 13 de edendo; l. 11 § 11 D. 11, 1 de interrog. in iure; l. 7 pr. D. 16, 3 depositi: dolo proximum esse quod factum arbitror; l. 29 pr. D. 17, 1 mandati: dissoluta enim negligentia prope dolum est; l. 29, 3 eod.: dolo proximum est; l. 4. D. 27, 8 de magistr. conveniendis; l. 47 § 5 D. de legatis I; l. 23 § 3 D. 36, 1 ad SC. Trebellianum; l. 8 § 3 D. 43, 26 de precario; l. 1 § 2 D. 47, 4 si is qui testamento; l. 11 D. 47, 9 de incendio: tam lata culpa, ut . . . dolo sit proxima. — Es ist nach dieser Zusammenstellung sehr wahrscheinlich, dass Ulpian, darauf geleitet durch Papinians Ausdrucksweise, der Erfinder der Bezeichnung culpa dolo proxima genannt werden darf. — Ein Analogon zu dem dolo proximum steht in l. 6 C. de servit. 3, 34: cum sit durum et crudelitati proximum (269). — Für die Identität von culpa lata und culpa dolo proxima s. bes. l. 8 § 3 und § 6 D. 43, 26 de precario.

scheinen, und unterscheiden sich nur so, dass sie bald positiv das Merkmal angeben, welches diesen Vorsatz vom *dolus malus* scheidet, bald nur negativ das Moment des *dolus* hervorheben oder erkennen lassen, dessen Nichtvorhandensein die *culpa lata* begründet.

Was die *culpa lata* von *dolus* unterscheidet, ist stets der Mangel des gemeinen Motives, noch richtiger vielleicht der Mangel an feindseliger Gesinnung gegen das Recht⁵¹⁷. Denn auch der *impetus* kann einem achtungswerten Beweggrunde wie z. B. der Entrüstung über die freche That des Ehebrechers entspringen, aber der Impetuose dürstet nach Rache, nach dem Blute des Opfers, nach dem Verbrechen als solchem.

Der *Impetus* der Rechts-Quellen ist nämlich durchaus nicht mit Affekt zu übersetzen, so dass auch heftiger Schrecken oder heftiges Mitleid darunter fallen könnte: sondern er bedeutet überall, wo er daselbst erwähnt wird, die Hitze des Zorns, den *inconsultus calor*, also nur eine Art des Affekts, und zwar grade diejenige, welche dem Thäter seine verbrecherische That ganz besonders wertvoll macht.

Desshalb war der *impetus* den Römern stets *dolus malus* und nicht eine einzige Stelle gesellt ihn zu der *culpa lata* oder der *lascivia*⁵¹⁸. Ja nicht einmal als Grund obligato-

⁵¹⁷ Die Sache verhält sich grade umgekehrt, wie Hasse S. 57 u. S. 206 sie darstellt: »Jede *culpa lata* — sagt Hasse — ist *dolus* im weiteren Sinne, denn sie setzt immer etwas Verwerfliches, etwas Schlechtes in der Gesinnung voraus«.

⁵¹⁸ Die Stelle des Cicero, *Orator. partit. c. 12*: *Nam quae motu animi et perturbatione facta sine ratione sunt, ea defensionem contra crimen in legitimis iudiciis non habent, in liberis disceptationibus habere possunt* beweist dies unwiderleglich für die Zeit der *leges iudiciorum publicorum*. Die Reskripte der Kaiser und die grossen Juristen sprechen sich ganz in dems. Sinne aus. Wer *impetu doloris tractus* getödtet hat, *homicida est: igitur tenebitur lege Cornelia de sicariis* (so Papin. in *Mos. et Rom. leg. coll. IV c. 9*; vgl. *dena. c. 10*; ganz ähnlich das Reskript des Imperator Alexander in *l. 4 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9*, und Paulus in *Mos. et Rom. leg. coll. IV c. 2 § 5*). Die Tödtung aus im-

rischer Milderung der dem dolus malus gedrohten Strafe wird der impetus anerkannt.

Ich will nun versuchen das Wesen der culpa lata in

petus kann also von Jedem aus dem Volke mit der accusatio ex lege Cornelia und durchaus nicht nur mit einem crimen extraordinarium wie die Tödtung aus culpa lata verfolgt werden. Wird hier der impetus ausdrücklich zum dolus malus gezogen, so erklärt sich auch das Verhältniss des Rechts der Kaiserzeit zur Bestrafung der impetuosen Verbrechen allein aus dieser Subsumtion. Der impetus darf, aber muss nicht den Richter zur Verhängung einer mildereren poena extraordinaria veranlassen: l. 38 § 5 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescipserunt. Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet. Nam et divus Pius . . . rescipit: . . . ultimum supplicium remitti potest. — Sehr klar spiegelt sich die Entwicklung bei Papinian, Mos. et Rom. leg. coll. IV c. 10: Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit . . . contra legem [de sicariis] fecisse eum non ambigitur. Sed si de poena tractas, non inique aliquid eius honestissimo calori permittitur: ut non quasi homicida puniatur capite, vel deportatione, sed usque ad exilium poena eius statuatur. Vgl. Paulus das. IV c. 3 § 6 u. c. 12 § 4. Weil die Zerlegung des dolus malus in propositum und impetus lediglich für die Strafe Bedeutung hat, so erklärt sich auch die Aufnahme der principiellen Unterscheidung in den Digestentitel de poenis: s. l. 11 § 2 D. h. t. 48, 19. — Vgl. bezüglich des impetus im röm. Rechte bes. die gute Ausführung von Elvers, Praktische Arbeiten (1836) S. 231—258. — Köstlin's Versuch zu beweisen (Die Lehre von Mord und Todtschlag I S. 162—224), dass der impetus nicht zum dolus, sondern zur culpa gerechnet worden sei, bringt m. E. nicht einen einzigen Grund für diese Ansicht bei. Dennoch ist Rein, Das Criminalrecht der Römer S. 210—213 Köstlin beigetreten. Nicht richtig, aber nicht so weit gehend Platner, Quaestiones de jure crim. romano p. 207: »Impetus, quo quis alterum interficiat, Ciceronis temporibus dolo accensetur, serioribus autem temporibus magis imprudentiae«. S. dagegen Luden, Handbuch I S. 256 n. 6. — Gegen Luden wieder Hälschner, System I S. 144, der den impetus in der Kaiserzeit aber nicht mit Köstlin zur culpa zieht, sondern »selbständig« zwischen dolus und culpa inne stehen lässt. (A. a. O. Note 3 stützt sich Hälschner unter Anderem auf l. 7 pr. D. depos. 16, 3, welche aber von der culpa lata handelt). Allein ich finde von dieser Selbständigkeit des impetus in den Quellen nichts, ja sogar das Gegentheil: impetus und propositum sind relative Begriffe, die einander notwendig ergänzen.

ihrem Gegensatz sowohl zu *propositum* als zu *impetus* des Näheren nachzuweisen ⁵¹⁹.

1) Rechtswidriger Vorsatz aus Mitleiden schliesst *dolus malus* aus und begründet *culpa lata*. Sowohl für das römische Civil- als für das Strafrecht lässt sich dieser Satz nachweisen, und im Civilrecht sowohl für Verletzungen von Verträgen als von ausserkontraktlichen Verbindlichkeiten. Schon zu Labeos Zeit bildet der Fall, wo Jemand einen fremden Sklaven seiner Bande entledigt, ein beliebtes Schul-Beispiel. Ulpian berichtet uns ⁵²⁰:

Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia in factum actionem dari debere ⁵²¹.

⁵¹⁹ Der quellenmässige Beweis für den Begriff der *culpa lata*, den ich hier zu führen gedenke, fordert seine Ergänzung durch einen dogmatischen, den ich dem folg. Bande vorbehalten muss. Dieser dogmat. Beweis hätte zuerst festzustellen, dass die Maassstäbe, welche wir zur Bestimmung der *culpa levis* und der *culpa lata* zu benutzen pflegen, der *diligens pater familias* und der ganz gewöhnliche Durchschnittsmensch dazu absolut unbrauchbar sind. Was insbesondere den *homo diligens* anlangt, so ist dies kein Begriff a priori, sondern abgezogen aus der Erfahrung. Wir urtheilen, ein Mann sei besonnen, auf Grund früherer Urtheile, er pflege besonnen zu handeln. Der Begriff der besonnenen Handlung muss also dem des besonnenen Menschen vorausgehen! Der Maassstab, an dem wir eine Handlung messen, um sie auf ihre Besonnenheit oder Unbesonnenheit zu prüfen, muss also gefunden sein vor dem Begriffe des besonnenen Mannes. Die ganze bisherige Theorie der *culpa* begeht also ein unbegreifliches *ὅστερον πρότερον*. Fahrlässig ist nicht die Handlung eines besonnenen Mannes; besonnen ist ein Mann, der nicht unbesonnen handelt; fahrlässig ist demgemäss die unbesonnene Handlung! Und so drehen wir uns beständig im *circulus vitiosus*! — Es wäre dann nachzuweisen, dass qualitativ verschiedene Fahrlässigkeitsstufen undenkbar sind, wohl aber unzählige quantitative existiren, und dass es im höchst bedenklicher gesetzgeberischer Versuch sein muss es im Civilrecht von Quantitätsdifferenzen der Verschuldung abhängig zu machen, ob die Handlung Rechtsfolgen nach sich ziehen soll oder nicht.

⁵²⁰ l. 7 § 7 D. de dolo malo 4, 3.

⁵²¹ Vgl. § 16 i f. J. 4, 3 de lege Aquilia . . . sed si non corpore

Nur desshalb findet Quintus in diesem bewusst rechtswidrigen Verfahren keinen dolus und nur desshalb versagt er folgerichtig die actio furti, weil Mitleid und nicht die Lust den Herrn zu schädigen das Motiv zum Handeln abgegeben hat⁵²². Aber hier ist ja von culpa lata gar keine Rede? Ganz richtig: wohl aber in der entsprechenden Stelle Ulpian's, welche dieselbe Pflichtwidrigkeit ins Depositum verlegt⁵²³. Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit, misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.

Mit vollem Bewusstsein verletzt hier der sequester die Pflicht, die ihm als Depositär obliegt und bricht dem DepONENTEN die Treue⁵²⁴; aber weil das niederträchtige Motiv des Egoismus fehlt, ist die Handlung nicht dolos, sondern nur ein dolo proximum⁵²⁵. Dennoch steht dem Herrn gegen den sequester die actio depositi zu Gebote.

Wir stehen hier vor einer durchaus notwendigen Entwicklung, die wir in der Folge grade so, nur in andern Anwendungen wiederkehrend finden werden. Ist der ursprüngliche Dolusbegriff ungebührlich eingeengt, so kann es

damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

⁵²² Ueber das Verhältniss von dolus und misericordia ist auch l. 5 pr. D. de servo corr. 11, 3 zu vergleichen, obgleich die Handlungsweise des den Sklaven Aufnehmenden hier rechtmässig sein kann: non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione non tenetur.

⁵²³ l. 7 pr. D. depositi 16, 3.

⁵²⁴ l. 32 D. eod.: non salva fide.

⁵²⁵ Die nahe Verwandtschaft von depositum und precarium nötigt

gar nicht ausbleiben, dass wenigstens im Interesse des vorsätzlich Verletzten die auf den Dolus des Verletzers radicirten Klagen sich bis zu den wirklichen Grenzen der vorsätzlichen Verletzung auszudehnen bestrebt sind. Es gilt dann nur die Form zu finden, die neben dem Verletzten auch den rechtswidrig aber nicht ehrenrührig verfahrenen Verletzer sichert vor den Nachtheilen, welche ihm aus der siegreichen Verfolgung eines echten dolus malus erwachsen würden. Grade desshalb verzichtet das römische Recht nicht auf die Schranke zwischen dolus und culpa lata, und giebt im Falle der Letzteren nur eine actio in factum.

Eine ganz analoge Entwicklung musste auf dem Gebiete des Strafrechts eintreten. Ich finde in den römischen Quellen nicht einen einzigen Fall, wo auch nur ein crimen extraordinarium aus einem rein kulpösen Delikte gegeben würde⁵²⁶; die accusatio setzt ursprünglich dolus malus voraus. Den vorsätzlichen Rechtsbruch aber, der nicht einem dolus malus im technischen Sinne entspringt, konnte man unmöglich auf die Dauer straflos lassen⁵²⁷. Auch hier aber bleibt die Schranke zwischen dolus und culpa lata aufgerichtet⁵²⁸.

Als erstes Zeugniß hiefür möge die Stelle des Modestinus aus seinem L. IV de poenis dienen, welche in l. 14 § 2 D. de custodia et exhib. reorum 48, 3 enthalten ist. Soldaten lassen den ihnen zur Bewachung übergebenen Gefangenen laufen: si miseratione custodiam quis dimiserit militiam mutat; fraudulentè autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur. Der Gegensatz ist hier ganz derselbe wie in der Ulpian'schen Stelle bezüglich des sequester:

uns in l. 8 § 3 D. de precario 43, 26 die culpa dolo proxima ganz analog zu denken.

⁵²⁶ Den näheren Nachweis für die Richtigkeit dieser Behauptung, dass das röm. Recht keine culposen Verbrechen kennt, wird der 3. Band enthalten.

⁵²⁷ L. 7 vgl. l. 4 D. ad leg. Cornel. de sicar. 48, 9.

⁵²⁸ Das Nähere darüber in § 55.

die culpa lata steht an Strafbarkeit erheblich unter der fraus und dem dolus⁵²⁹.

2) Rechtswidriger Vorsatz nicht aus Eigennutz, sondern aus Connivenz gegen einen Dritten schliesst dolus malus aus und begründet culpa lata. In vollster Klarheit zeigt dies Ulpian in einigen merkwürdigen Stellen, von denen die Eine den Mandatar, die Andere den tutor als in lata culpa befindlich bezeichnet. Jene ist l. 8 § 9 u. 10 a. A. D. 17, 1 mandati: Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: proinde si tibi mandavi, ut hominem emeress, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere) teneberis . . . Die andere findet sich in l. 7 § 2 D. 26, 7 de admin. tutor.: Competit adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere⁵³⁰. In beiden Fällen — und

⁵²⁹ Miseratio und fraus werden an der citirten Stelle als »negligentia« zusammengefasst: Qui si negligentia amiserint, pro modo culpa vel castigantur vel militiam mutant. — Auch in l. 2 D. de receptat. 47, 16 mag das Mitleiden mit dem Verwandten den Grund milderer Behandlung abgeben. — Ueber den affectus als Ausschlussungsgrund des dolus s. l. 11 § 3 D. quod falso tutore 27, 6.

⁵³⁰ Vgl. dazu l. 7 § 1 i. f. D. 4, 4 de minoribus: . . . et destitute probandum est in rebus, quae fortuitis casibus subiectae sunt, non esse minori adversus emptorem (scil. rerum pupillarum) succurrendum, nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur. Es könnte der Schlusssatz also grade so gut lauten: nisi aut dolus aut culpa lata . . . doceatur. Aehnlich heisst es auch in l. 24 § 1 eod.: Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt . . . itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam negligenter in ea causa versati sunt (scil. hi qui cum minoribus contraxerunt (?)) praetor interponere se non debet. — Zu der culpa lata des tutor und curator vgl. l. 7 § 1 D. 26, 10 de suspectis tutoribus: Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista

die l. 7 § 8 D. 4, 4 in der Note bildet dazu den dritten — haben *dolus* und *culpa lata* die bewusst rechtswidrige Verletzung der übernommenen Rechtsverbindlichkeit gemein: der Mandatar verpflichtet sich dem Mandanten gegenüber zu kaufen und dem künftigen Käufer gegenüber, in bewusstem Gegensatz zu jenem Versprechen, nicht zu kaufen, oder aber er duldet wenigstens, dass während er kaufen könnte, ein Anderer kauft. Der tutor weiss, dass er im Interesse seines Mündels mit den Mündelgeldern nur preiswürdige Grundstücke kaufen, die Sachen des Mündels nur zu ihrem vollen Werte verkaufen darf. Er kennt die zu Ungunsten seines Mündels bestehende Wertdifferenz zwischen dem gekauften Grundstücke, dem verkauften Mündelgute und dem gezahlten oder dem genommenen Preise. Ulpian aber entscheidet: bewusst rechtswidriges Handeln genügt nicht um Jemanden als *dolos* zu bezeichnen; fehlt das eigennützige Motiv, so ist die Schuldseite für jene Handlung nur *culpa lata*⁵³¹. Erst dadurch, dass schmutziger Eigennutz das Motiv zum rechtswidrigen Entschlusse bildet, wird derselbe zum *dolus malus*⁵³². Erst dann wird die Handlung vollzogen,

prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet; ferner l. 20 C. de negot. gest. 2, 19; l. 2 C. arbitr. tutelae 5, 51; l. 7 C. eod.; l. 20 C. si tutor non gesserit 5, 55.

⁵³¹ Vgl. Ulpian in l. 3 § 5 D. 26, 10 de suspectis tutoribus . . . et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit. vel perniciose pupillo, vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus iam tutor. Ders. in l. 3 § 1 D. 4, 8 De receptis . . . arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum.

⁵³² Aus den eben citirten Stellen gewinnt nun erst der in den Quellen vielfach gebrauchte Gegensatz von *per sordes* und *gratia* oder *fraude* und *gratia* seine volle Bedeutung: er ist identisch mit dem Gegensatz von *dolus malus* und *culpa lata*. Vgl. l. 4 pr. D. si quis omissa causa testam. 29, 4: non pecunia accepta sed nimia gratia collata (vgl. l. 1 § 13 eod.); l. 3 C. de jure fisci 10, 1; l. 2 C. de fide et iure hastae 10, 3; l. 10 § 3 C. de bonis auct. jud. possid. 7, 72: nec per gratiam nec aliquo dolo interveniente; l. 8 i. f. C. de excus. munerum 10, 47; l. 5 C. de censibus 11, 57 spricht gar von einer *culpa gratiae* und stellt sie der *culpa negligentiae* gegenüber. — Zweifelhaft kann man darüber sein, ob die *gratia* des *judex* oder *arbitrator*, die ein-

damit die Rechte Anderer gekränkt werden, während bei der culpa lata ein vielleicht unschuldiger Zweck, etwa die Erweisung einer Gefälligkeit an einen Dritten, an erste Stelle tritt, jedenfalls die Rechtswidrigkeit, wenn auch mit vollem Bewusstsein, so doch nicht ihrer selbst wegen verwirklicht wird⁵³³.

Ganz in derselben Weise stellt sich der Begriff in l. 2 § 5 D. 18. 4 de hereditate vel actione vendita dar: der Verkäufer der Erbschaft weiss sich als solcher verpflichtet die Erbschaft in der Totalität ihres ökonomischen Wertes an sich zu bringen: unterlässt er dies bezüglich gewisser Werte in der Absicht, dass eben die Erbschaft dadurch ärmer und ihr Käufer dadurch benachtheiligt werde, so ist

wirkt auf seine Rechtssprechung, nicht Unsittlichkeit genug enthält um zum dolus zu gehören: vgl. l. 3 § 1 D. de receptis 4, 8; l. 15 § 1 D. de iudiciis 5, 1: *Judex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes);* l. 26 § 4 D. ex quibus causis minores 4, 6; l. 3 C. de receptis arbitris 2, 56; l. 2 C. de poena iudicis 7, 49; l. 29 C. de appell. 7, 62. — Zur Erläuterung des Gegensatzes dienen: l. 1 § 3 D. de calumniatoribus 3, 6; l. 7 § 6 D. pro emptore 41, 4; l. un. C. de pistoriis 11, 15.

⁵³³ So dürfte sich auch l. 7 § 10 vgl. l. 8 D. de dolo malo, 4, 3 erklären. Ulpianus. Idem Pomponius refert Caecilianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur; quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari; l. 8 eod. Gaius. Quod si cum sciret eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est. Mir scheint, dass man in l. 7 § 10 unbedingt an eine Wissenschaft des Empfehlenden von der Insolvenz des Empfohlenen zu denken hat: die Empfehlung geschieht aber trotzdem um dem Empfohlenen Credit zu verschaffen, durch den er sich vielleicht aus seiner Not reissen kann u. s. w. — Etwas anderes deutete ich l. 14 pr. D. de praeser. verbis 19, 5 von Ulpian.: *Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset in factum, si dolo de dolo tenetur.* Dieses facere sine causa glaube ich nicht auf Unbedachtsamkeit, sondern auf Uebermut deuten zu sollen; aber auch in dieser liegt nicht dolus, sondern culpa lata. Vgl. unten über luxuria und lascivia S. 366 ff.

dies *dolus malus*. *Fecisse autem dolo malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci.* Nun fährt Ulpian fort: *si non dolo malo sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.* Was er eben nach *culpa lata* genannt hat, erscheint im Schlusssatz wieder unter der Firma *dolus malus*: es sind offenbar unter dem *admittere aliquid* die oben angeführten Handlungen des *alienare* u. s. w. verstanden: allein es fehlt dabei der Zweck der Schädigung des Käufers. Der Verkäufer schenkt eine Erbschaftssache ihrem Bewunderer, er liberirt einen Schuldner, den er als einen armen Teufel kennt, oder er giebt diesem die Pfänder zurück, ohne dass er gezahlt hat. Kurz, er handelt bewusst gegen seine Verpflichtung, aber nicht grade aus Bosheit und um seinen Mitkontrahenten zu schädigen⁵³⁴.

In l. 1 § 1 D. 11, 6 *Si mentor* bemerkt Ulpian, wie die Klage gegen den *mentor* dessen *dolus* zum Fundament haben müsse; habe der gewählte *mentor* zur Vornahme der Vermessung der nötigen Fähigkeit ermangelt, so möge sich derjenige beklagen, der ihn gewählt habe; habe er die vorhandene Fähigkeit nachlässigerweise nicht angewandt, so hafte er gleichfalls nicht: *lata culpa plane dolo comparatur*. Letztere ist also etwas anderes als nachlässige Nichtanwendung seiner Kenntnisse: es ist erlaubt, wieder an eine falsche Maassangabe aus Gefälligkeit für den Kauflustigen zu denken: auch wäre es *culpa lata*, wenn der *mentor* am Schlusse seiner Rechnung einen Fehler entdeckt und nun, um die ganze Rechnung nicht umzuwerfen, ihn absichtlich verheimlicht.

⁵³⁴ Analog wäre l. 41 D. ad leg. Falcid. 35, 2 (von Paulus). *Dolo carere non videtur, si jam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det* zu erklären, wenn man mit Cujacius, Comment. in libr. X Pauli ad edict (Op. V S. 136) das *dolo non carere* auf *culpa lata* deutet, was ich für richtig halte.

Eine hier einschlagende culpa lata der Magistrate bezüglich der Vormundbestellung bringen wahrscheinlich auch die l. 2 und 3 C. de magistr. conveniendis 5, 75 zur Anschauung. Severus Alexander schliesst in einem Reskript des Jahres 224 die Klage gegen den Erben des magistratus aus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est. Ein Reskript des Gordian aus dem Jahre 238 zeigt nun, wie zwei magistratische Collegen dadurch verantwortlich werden, dass sie nicht nur einen insolventen tutor bestellen, sondern auch nicht einmal eine ausreichende Caution verlangen. Hier an culpa lata zu denken liegt viel näher als an dolus: in unerlaubter Connivenz gegen den tutor und wissentlich ihrer Pflicht zuwider unterlassen sie die Forderung der Caution⁵³⁵.

Ganz genau ebenso ist wohl die culpa lata bei der Pönalklage gegen denjenigen aufzufassen, der im Testamente freigelassen nach des Testators Tod aber vor Antritt der Erbschaft sich einer Handlung schuldig macht, wodurch diese verringert an den Erben kommt. Es sagt Ulpian im 30. Buch zum Edikt (l. 1 § 2 D. 47, 4 si is, qui testamento):

Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio. Wieder steht die culpa dolo proxima im scharfen Gegensatze zur Beschädigung der Erbschaft aus Nachlässigkeit: das dissipare geschieht mit Absicht und Willen, und daher seine enge Verwandtschaft zum dolus⁵³⁶.

3) Die widerrechtliche absichtliche, aber nicht dolose Hintansetzung der fremden Sachen hinter die eigenen begründet culpa lata⁵³⁷. Wer

⁵³⁵ Vgl. l. 7 D. de magistr. conveniendis 27, 8.

⁵³⁶ Ueber den subsidiarischen Charakter dieser Klage, ferner über ihr Verhältniss zur rei vindicatio s. l. 1 § 16 und 17 D. 47, 4 cit.

⁵³⁷ Das Verhältniss der culpa lata zur culpa in concreto kann hier noch nicht eingehender besprochen werden. Vgl. darüber die treffen-

verpflichtet ist fremde Sachen mit dem gleichen Maasse der Sorgfalt wie die eigenen zu behandeln, kann diese Pflicht ebensowohl vorsätzlich als fahrlässig verletzen, und das Recht kann ihn verantwortlich machen entweder nur für die dolose Pflichtverletzung, wie beispielsweise den Depositar, oder auch für die fahrlässige. Und diese letztere Haftung kann, wenn der Thäter seine Sachen ziemlich unbekümmert zu behandeln pflegt, immer noch an Umfang beträchtlich hinter der Haftung für culpa levis zurückbleiben. Rettet nun aber der Verpflichtete in einer Notlage die eigenen Sachen und giebt die fremden Preis, so erweckt dies starken Verdacht gegen ihn, er habe trotz des Einbruchs der Not noch Klarheit des Geistes genug behalten um das Eigene und das Fremde klüglich zu sondern und das Letztere hinter das Erstere absichtlich zurückzustellen. Was diesem Benehmen an dolus malus fehlt, ist durchaus nicht das eigennützige Motiv, denn dies treibt ja den Thäter zur Rettung des Seinen, vielmehr der Umstand, dass dieser Eigennutz in solcher Lage ziemlich natürlich ist, und ferner die mangelnde Lust den Andern zu schädigen.

So erklären sich zwei berühmte Quellenstellen, welche die culpa lata als Gegensatz zur diligentia quam suis rebus fassen. Zunächst l. 32 D. depositi 16, 3: Celsus libro undecimo digestorum. Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit⁵³⁸.

den Ausführungen Mommsen's, Beiträge III S. 374 ff., gegen Hasse S. 135 ff.

⁵³⁸ Schwer begreiflich ist, wie Löhr, Theorie der Culpa S. 31 n. 1 in dieser culpa latior etwas Anderes und zwar Geringeres als culpa lata finden will. Ueber verschiedene Erklärungsversuche der Lex quod Nerva s. dens. S. 32 n. 1. Hasse handelt über die Stelle S. 195 ff. und kommt zu dem exorbitanten Resultate, »dass hier die culpa in concreto nicht culpa lata genannt wird, sondern es wird nur eine culpa

Glücklich ergänzt wird diese Stelle durch eine andere des Gaius in l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7⁵³⁹, weil auch sie freilich stillschweigend die magna negligentia in Gegensatz zur diligentia quam suis rebus stellt.

Wenn nämlich derjenige, welcher einem nachlässigen Freunde eine Sache zur Aufbewahrung übergibt, sich nur über sich selbst beklagen kann, so muss dies auch dann Platz greifen, wenn jener Freund sehr nachlässig zu sein pflegt⁵⁴⁰. Es muss also die magna negligentia, quae in doli crimen cadit, die so beschaffen ist, dass der Deponent sich aus ihrer Nichtberücksichtigung einen Vorwurf nicht machen kann, im Gegensatze zu der gewöhnlichen Nachlässigkeit des Depositars stehen.

Nun liegt das Verhältniss des Depositars also folgendermassen: er kann nicht restituieren⁵⁴¹, entweder weil die Sache untergegangen oder aus seiner Detention gekommen ist. Hätte er die Sorgfalt der Aufbewahrung, welche er der eigenen Sache widmet, der fremden zugewandt, so wäre

levis, die zugleich culpa in concreto ist, für dolus erklärt^(?). Gut Puchta, Pandekten § 266 u. Mommsen, Beiträge III S. 389—390. — Windscheid, Heidelb. Krit. Zeitschrift III S. 282 ist zwar auch der Ansicht, dass derjenige, welcher in fremden Angelegenheiten eine Nachlässigkeit begeht, die er in den eigenen zu vermeiden weiss, angesehen wird, als habe er dolo gehandelt. Er glaubt aber gegen Mommsen, dass das Recht dies ohne Weiteres ein für alle Mal annehme (also eine dahin gehende praesumptio juris et de jure aufstelle) und nicht blos als möglich setze. — Auf diese Differenz kann erst bei näherer Betrachtung der culpa in concreto eingegangen werden. — Bezüglich der Auffassung der culpa lata in den beiden zu besprechenden Stellen besteht zwischen Mommsen u. Windscheid eine Verschiedenheit für das materielle Recht nicht.

⁵³⁹ Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur . . . sed is, etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit . . . in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet: magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.

⁵⁴⁰ Durchaus nicht dagegen l. 24 § 5 D. sol. matr. 24, 3. A. M. Mommsen, Beiträge III S. 376.

⁵⁴¹ So l. 1 § 5 D. 44, 7 de oblig. et action. ausdrücklich.

sie nicht verloren gegangen: wäre die Sache somit die eigene des Depositars gewesen, so hätte er sie noch in seinem Besitze. Die Abweichung von der Sorgfalt, welche er den eigenen Sachen zugewendet, erklärt sich nur aus dem Bewusstsein der detinirten als einer fremden Sache. Die Sache wird aufgegeben, absichtlich und mit Bewusstsein, weil sie eine fremde ist. Nur dann ist es erklärlich, dass der Jurist von einer *fraus*, einer *non salva fides* des Depositars spricht. Nun hat aber der Depositars mit Wissen und Willen die Verpflichtung der Restitution der Sache und bis dahin die Verpflichtung sie nicht hinter die eigenen Sachen zurückzustellen übernommen. Indem er sie aufgibt, verletzt er mit Bewusstsein die ihm aus dem Vertrage erwachsene Pflicht; er handelt somit bewusst rechtswidrig. Diesem Resultate nach behielte also Nerva Recht mit seiner Behauptung, es läge hier *dolus* vor, wenn nur — wie es aber in Wirklichkeit nicht der Fall war — *dolus malus* und rechtswidriger Vorsatz im römischen Rechte sich gedeckt hätten⁵⁴².

⁵⁴² Ich schliesse hier noch diejenigen Stellen an, welche sich gleichfalls auf *culpa lata* beim Depositum beziehen (vgl. auch oben S. 318. 349). Auch sie zeigen die *culpa lata* als einen rechtswidrigen Vorsatz. In einem Reskript des Severus Alexander aus dem Jahre 234 d. 1 C. depos. 4, 34, wird scharf unterschieden: wenn die deponirten Ornamente bei einem Ermordeten durch einen räuberischen Anfall oder sonst ein ganz zufälliges Ereigniss zu Grunde gegangen sind, so haftet der Erbe des Depositars, *qui dolum solum et latam culpam . . . praestare debuit* nicht. *Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio sed et in rem vindicatio competit.* In diesem Verfahren des Erben, der die deponirten Sachen herausgeben kann, der sich dazu verpflichtet weiss und es doch nicht thut, kann also sowohl *dolus* als *culpa lata* stecken. Zweifellos auf *culpa lata* beim Depositum ist auch l. 11 D. 16, 3 depositi, eine Stelle Ulpian's aus seinem Commentar zum Sabinus zu beziehen. Sie sagt: *Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide; nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est ut nec culpa quidam suspicio sit. Denique Sabinus hoc explicuit addendo: »nec ulla causa intervenit, quare putare possit do-*

Dass die culpa lata die Schuldseite sowohl für bewusst pflichtwidrige Unterlassungen, als auch für bewusst pflichtwidrige Handlungen bildet, beweist die jetzt zu besprechende

minum reddi nolle«. Hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. Wie an so mancher Stelle des römischen Rechts so bringt auch hier die Versetzung der Sachfrage mit der Beweisfrage Zweifel und Unklarheit. Es gilt für unsere Untersuchung Beide sorgfältig zu trennen. Der alte Jurist, dem Ulpian jene Stelle entnimmt, wahrscheinlich Sabinus selbst bespricht die Verpflichtung eines Depositars einem deponirenden Sklaven und dessen Herrn gegenüber. Falls er sine dolo omni an den Sklaven restituere, werde er dem Herrn gegenüber frei. Damit man nun annehmen könne, er habe frei von allem dolo die Sache zurückgegeben, dürfe auch — es beginnt die berührte Vermengung — kein Verdacht einer culpa seitens des Depositars vorliegen; übersetzt ins materielle Recht: so dürfe auch keine culpa vorliegen. (Wenn Hasse, Culpa S. 11 n. 2 a. E. die berührte culpa nicht auf den Depositär, sondern auf den verbrecherischen Deponenten beziehen will, so thut er damit nicht nur der Construction Gewalt an, sondern seine Behauptung ergibt auch gar keinen Sinn). Die feststehende Thatsache, dass beim Depositum für culpa levis nicht gehaftet wird, verbunden mit der Ausdrucksweise des Fragments, dass jene culpa von dem dolo omnis umfasst werde, beweist zur Genüge, dass hier von culpa lata die Rede ist, und dass Sabinus ähnlich wie Nerva und im Gegensatze zu Proculus gleichfalls dem Satze huldigte: culpam latiore dolum esse. Sabinus greift nun nicht sowohl die materielle Frage, wann culpa, als vielmehr die prozessualische Frage auf, wann suspicio culpae vorliege. (Zu dem Ausdrucke culpae suspicio vgl. l. 3 § 10 D. de negotiis gestis 3, 5; l. 3 § 1 i. f. D. de minoribus XXV annis 4, 4: levior susp. adversarii quasi dolose versati; l. 2 D. de separation. 42, 6; l. 17 § 2 D. ad municipalem 50, 1; l. 10 pr. i. f. C. de adopt. 8, 45; l. 10 § 2 C. de numerariis 12, 50: falsi suspicione non careat.). Der Jurist antwortet: wenn irgend ein Grund eingetreten ist, auf den gestützt der Depositär glauben konnte, der Herr des deponirenden Sklaven hätte Rückgabe der Sache an den Sklaven nicht gewollt. Und Ulpian fügt restringirend bei, es sei dies richtig; nur müsse der Grund des Verdachtes ein stichhaltiger (eine iusta ratio) gewesen sein und der Depositär ihn gekannt haben. Der Verdachtsgrund ist das Beweismittel für das Vorhandensein der lata culpa: die culpa besteht also nach Sabinus darin, dass der Depositär annimmt, der Herr des Deponenten billige die Rückgabe des Depositums an den Sklaven nicht, und dass er nun trotzdem im bewussten Gegensatze zum Willen des wahren Deponenten, des Herrn, die Sache an einen Dritten herausgibt.

l. 23 § 3 D. 36, 1 ad SC. Trebellianum aus Ulpian's 5. Buche der Disputationen⁵⁴³. Sed enim si quis rogetur restituere et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: culpa plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est... sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huius modi rei rationem reddit. sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddit rationem... quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, acquissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.

Nehmen wir die Unterlassungen voraus! Der Fiduciar hat die Verpflichtung dem Verderb ausgesetzte Erbschaftsachen zu verkaufen. Dass er diese seine Pflicht in vorliegendem Falle kennt, ergibt der ganze Zusammenhang der Stelle. Nun unterlässt der Erbe die durch die Sachlage gebotene Veräußerung; und zwar nicht auf Grund einer Nachlässigkeit, womit er auch die dauernd in seinem Vermögen verbleibenden Gegenstände behandeln würde, sondern weil er weiss, er müsse die Erbschaft doch restituieren, und ihn treffe der Schaden nicht, der in Folge seiner Unterlassung eintrete. Der Fiduciar denkt also nicht: kein Mensch würde zur Erhaltung dieser Kleinigkeiten ausgehen und sich einen Käufer suchen; sondern für seine Sachen würde er diese Mühe allerdings auf sich nehmen: da aber hier die Frucht seiner Mühe ja doch einem Andern zufallen würde, so hält er für überflüssig, zur Erhaltung jener Sachen thätig zu werden.

In dem Nachweis, dass der Erbe zur Erhaltung der

Was mangelt dieser culpa lata noch zum dolus? Es kann nichts Anderes sein, als dass der Depositär seine Pflicht nicht zu dem Zwecke verletzt den Herrn der Sache um diese zu bringen.

⁵⁴³ Vgl. Hasse, a. a. O. S. 207—209, wo wieder der rätselhafte Satz vorkommt: »alle levis culpa muss den Charakter des dolus haben, wenn sie hierher gehören soll«. S. dagegen Mommsen, Beiträge III S. 388. 389. — Unterlassungen der tutores aus culpa lata s. in l. 2 C. 5, 51 arbitrium tutelae, und in l. 2 C. 5, 55 si tutor non gesserit.

eigenen Sachen sorgfältiger zu sein pflegt, liegt ein bedeutsames Indiz dafür, dass er die Erbschaftssache mit Wissen und Willen anders als die eigene behandelt hat. In jenem einem Indiz sieht der Römer genügenden Beweis für eine absichtlich verschiedenartige Behandlung⁵⁴⁴. Diese aber besteht darin, dass er gleichgiltig ist gegen ihren Untergang, dass er nichts thut sie zu erhalten. Solche Unterlassung ist pflichtwidrig, es liegt also wieder ein bewusst pflichtwidriges Verhalten vor.

Ueber die erwähnte Sachbeschädigung (*si vel servi decesserint vel aliae res perierint, si aedes ustae sunt*) in culpa lata wird sich weiterhin das Genauere ergeben: auch hier ist eine Beschädigung mit dem Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit die einzig berechnigte Annahme⁵⁴⁵. Beachtenswert erscheint noch die Vorschrift bezüglich der zur Erbschaft gehörigen Gebäulichkeiten, welche von Dritten durch *usucapio* erworben worden sind. Ulpian unterscheidet: die *usucapio* ist entweder geschehen *proximitate temporis* ohne Hinzutritt der Handlung des Erben, oder aber mit Hinzunahme einer solchen. Im ersten Fall entbehrt der Erbe einer seine Verantwortlichkeit begründenden culpa: im zweiten Falle ist er ersatzpflichtig. Wie ist nun jenes *factum* der Erben zu denken? Ich glaube, es muss die bona fides des Ersitzers begründen. Der Erbe sagt dem Detentor der aedes, er möge sie nur behalten: er der Erbe mache keinen Anspruch darauf. Geschieht dies etwa *per gratiam*, so fehlt *dolus* und liegt culpa lata vor: diese aber stellt sich diesmal als eine bewusst rechtswidrige Disposition über Gegenstände dar, welche der Erbe restituieren muss⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Wie rasch die Römer mit dieser Annahme bei der Hand sind, obgleich ihnen eine *praesumptio doli* fremd ist, beweist u. A. l. 7 pr. D. de admin. et peric. tutor. 26, 7: Tutor qui repertorium non fecit. . . . dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. — Interess. Material nach dieser Richtung bei Wenig, Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach röm. Rechte; Neu-Arch. des Crim.-Rechts II S. 194 ff.

⁵⁴⁵ S. unten S. 366 ff.

⁵⁴⁶ In gleicher Weise wie in l. 23 § 3 cit. ist die culpa lata in l. 5 § 15 D. 36, 4 ut in possession. legator. zu fassen.

4) Einen interessanten Fall der culpa lata aus nicht ehrenrührigem Eigennutz bietet Papinian in l. 24 D. 34, 3 de liberatione legata: Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit ideoque repeti potest. Der künftige Erbe hat die Absicht anzutreten und kennt den Willen des Testators, dass er seinem Schuldner die Forderung erlassen solle. Der Schuldner aber kennt die liberatio legata noch nicht. Und nun benutzt der Gläubiger rasch den Umstand, dass er noch nicht Erbe, also streng genommen zur Forderung noch berechtigt ist, und dass der Schuldner auf Grund seiner Unwissenheit die exceptio doli noch nicht vorschützen kann. Es liegt also hier ein absichtliches Manöver vor um den Willen des Erblassers zu umgehen. Dennoch spricht Papinian nicht von dolus malus, weil der Gläubiger vor Antritt der Erbschaft durch den Willen des Erblassers noch nicht strikt gebunden ist, und weil es für ihn schmerzlich sein muss die Forderung an seinen Schuldner zu verlieren. Da er ja aber grade im Hinblick auf den bevorstehenden Erbantritt handelt, so liegt ein dolo proximum, mit andern Worten eine culpa dolo proxima vor. Diese aber ermangelt wieder vollständig der für die culpa eigentümlichen Unabsichtigkeit der Verletzung; vielmehr stellt sie sich als vorsätzliche Verletzung der Gebote der aequitas aus nicht ehrenrührigem Motive dar.

5) Einige weitere Fälle der culpa lata als eines rechtswidrigen aber nicht ehrenrührigen Vorsatzes. Bevor ich auf luxuria und lascivia näher eingehe, stelle ich noch diejenigen Fälle zusammen, in denen die Quellen das einzelne Moment, welches der culpa lata zum dolus fehlt, nicht ausdrücklich hervorheben. Auch hier erhebt sich nirgends ein ernster Zweifel an ihrer Vorsatz-Natur.

Die non levis culpa des tutor zeigt uns Papinian in seinem liber V responsorum⁵⁴⁷. Es ist ein bekannter Grundsatz des römischen Rechts, dass der tutor, der gegen seine Ernennung Berufung eingelegt hat, im Falle er damit unterliegt, dem Mündel von dem Moment der Creation an als verantwortlich erscheint⁵⁴⁸. Nun bietet Papinian folgenden Fall. Vor endgültigem Bescheid stirbt der tutor; sein Erbe führt die Sache weiter und wird abgewiesen⁵⁴⁹. Dann — entscheidet der Jurist — heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare. Es bedarf nur eines Blickes auf die Excusationsgründe von der Vormundschaft und man sieht alsbald, dass in den bei weitem meisten Fällen ein Zweifel über deren Vorhanden- oder Nichtvorhandensein nicht entstehen konnte. Aus der höchst wahrscheinlich vorhandenen und deshalb als vorhanden angenommenen Wissenschaft von der Unstichhaltigkeit des Excusationsgrundes erklärt sich allein der obige auf einen ja doch immerhin möglichen Irrtum des Creirten gar keine Rücksicht nehmende Grundsatz. In der wissentlichen Ablehnung des tutelae mandatum contra iuris auctoritatem liegt nun nach Papinian keine levis culpa. Denn, sollte auch dolus malus d. h. die Absicht den Mündel zu schädigen dabei fehlen, so geschieht sie doch aus Trägheit um sich die Lasten der Vormundschaft vom Hals zu schaffen, und grade hierin liegt culpa lata. Indem aber der Erbe die ungerechte Sache aufnimmt, tritt er in die gleiche Verschuldung wie der Erblasser ein und haftet also für die ganze Zwischenzeit.

Ganz die regelmässige Natur der culpa lata belegen zwei Stellen, welche dieselben beim Bürgen nachweisen. Es sagt Ulpian libro septimo disputationum (vgl. l. 29 pr.

⁵⁴⁷ l. 39 § 6 D. 26, 7 de admin. tutor.

⁵⁴⁸ S. l. 20, l. 39 § 6 D. cit.; l. 15 und 22 C. de excus. tutor. 5, 62.

⁵⁴⁹ Vgl. dazu l. 1 pr. D. 27, 7 de fideiussor. . . tutorum; l. 4 pr. eod.

D. 17, 1 mandati: Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidei-iussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Das Mandat des Schuldners an den Bürgen lautet doch nur dahin, derselbe sollte eintretenden Falls die Hauptschuld, sofern sie noch ungetilgt und die Forderung aus ihr eine liquide sei, berichtigen. Indem der Bürge wissentlich die Vorschützung der exc. doli oder non numeratae pecuniae oder pacti conventi gegenüber der Klage des Gläubigers unterlässt, handelt er bewusst pflichtwidrig: dennoch nennt Ulpian jene absichtliche Unterlassung nicht immer dolos, sie kann auch dissoluta negligentia sein. Dagegen entschuldigt die leichtfertigste Unwissenheit, wenn sie nur wirklich vorhanden ist, den Bürgen nach Ulpians Auffassung vollständig⁵⁵⁰. Wie aber nun, wenn der Bürge seinen Zahlungsauftrag richtig erfüllt, davon aber dem Principalschuldner keine Mittheilung gemacht hat, und dieser nun auch seinerseits zahlt? Hat der Bürge das Recht der actio mandati gegen den Schuldner? Nein, sagt Ulpian, in l. 29 § 3 cit., vielmehr muss der klagende Bürge zurtückgewiesen werden: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori. Man könnte zufügen, es liegt mindestens ein dolo proximum vor; denn unterlässt der

⁵⁵⁰ Vgl. Löhr, Theorie S. 16. 17. — Die grösste Willkür übt Hasse a. a. O. S. 82—84 an der Auslegung dieser Stelle. Dolus verlange im Augenblicke der Handlung »Kenntniss des gewiss bevorstehenden schädlichen Erfolges« und das Bewusstsein dieser »Art der Gewissheit« (S. 83 oben) scheide ihn von der dissoluta negligentia. Die lata culpa verlange blos »Kenntniss der nahe drohenden Gefahr und der Mittel, durch welche sie abgewandt werden kann« oder Berufung auf »unerhörte Unwissenheit, um diese Kenntniss zu verleugnen«. S. 84 oben soll sogar diese Kenntniss bei der lata culpa der schädigenden Handlung vorausgehen (also bei ihr doch jedenfalls fehlen). »Wusste man also nicht mit Gewissheit, dass man schaden würde, . . . so war kein dolus vorhanden«. (!)

Bürge die Meldung absichtlich, damit der Schuldner nochmals selbst zu zahlen habe, so handelt er sicher dolos. Nun muss aber jene Benachrichtigungspflicht als Theil des seitens des Bürgen übernommenen Auftrags betrachtet werden: wissentliche Unterlassung aus Trägheit oder Indifferenz ist bewusste Pflichtverletzung, aber nach Ulpian nicht dolos, sondern ein dolo proximum.

Derselbe Gedankengang liegt offenbar der l. 11 § 10 u. 11 D. 11, 1 de interrog. in iure (aus Ulpians Buch 22 ad edict.) zu Grunde. Dem Kläger antwortet der in iure interrogatus fälschlich: er sei Erbe. Die falsche Antwort entspringt entweder einem dolus malus: dann haftet der Gefragte natürlich; oder aber einem iustus error d. h. einem verzeihlichem Irrthum: dann haftet er nicht. Zwischen dolus malus und casus liegt nun noch die »culpa« inne. Schreitet man von dem iustus error zur culpa, so liegt es am nächsten den vermeidlichen, unverzeihlichen Irrthum bei ihr ins Auge zu fassen. So ist auch der Gedankengang Ulpians, wenn er sagt: Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Er fährt fort: sed et . . . Man sollte erwarten, Ulpian wolle sagen: sed et si iniusto errore ductus negaverit, venia dignus est. Er sagt statt dessen: Sed et si quis sine dolo malo. culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere. Nur wenn die culpa noch mehr umfasst als lediglich die falsche Aussage in unverzeihlichem Irrthum, muss Ulpian eine Beschränkung seines Satzes eintreten lassen: denn nach ihm soll offenbar das ganze Gebiet der irrthümlich falschen Antwort von der Haftbarkeit ausgeschlossen werden. Wenn er desshalb fortfährt: nisi culpa dolo proxima sit, so kann bei dieser culpa ein solcher Irrthum keine Stelle mehr haben. Der interrogatus weiss, dass er Erbe sei. Wir haben uns die Lage wohl so zu denken, dass der interrogatus entweder um den Kläger ohne weitere Schädigungsabsicht hinzuhalten oder gleichgiltig gegen Richtigkeit oder Unrichtigkeit seiner Antwort fälschlich seine Erbenqualität in Abrede stellt.

Nach einem Reskripte des Caracalla aus dem Jahre 212⁵⁵¹ soll zum iuramentum in litem gegen den Erben des tutor oder curator derjenige, der die Rechnungslegung sammt ihren Belegen verlangt, nur dann zugelassen werden, wenn der Erbe instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult; nicht aber sin vero neque lata culpa neque fraus heredis vincitur. Die Sachlage ist klar: der Erbe weigert sich die instrumenta pupillaria zu exhibiren, während er doch wissen muss, dass er als Erbe dazu verpflichtet ist. Entweder thut er dies nun circumveniendi pupilli gratia: dann liegt dolus vor; oder aber — der weitere Satz holt etwas Versäumtes nach — er thut es zwar auch bewusst pflichtwidrig, durchaus aber nicht in so qualificirter Absicht: dann weigert er sich culpa lata⁵⁵².

6. Rechtswidriger Vorsatz aus Uebermut, lascivia, luxuria ist nicht dolus malus, sondern culpa lata. Es bleiben nur noch wenige Stellen übrig, freilich grade für unsere Untersuchung äusserst wichtige, weil sie dem Strafrechte angehören.

Es wird der culpa lata mit Bezug auf Strafklagen nur dreimal ausdrücklich erwähnt. Das eine Mal in l. 1 § 2 D. 47, 4 si is qui testamento. Hier kann dieselbe lediglich in dem bisher entwickelten Sinne genommen werden⁵⁵³. Das andere Mal von Paulus im liber singularis de publicis iudiciis (l. 7 D. 48, 8 ad leg. Cornel.) folgendermassen:

⁵⁵¹ l. 2 C. de in litem iur. 5, 53.

⁵⁵² Ganz analog ist offenbar in l. 5 D. de edendo 2, 13 der Unterschied zwischen dem argentarius, qui dolo malo rationes non edit, und demjenigen, der culpa dolo proxima non edit, aufzufassen. — Einen negativen Beweis, dass die lata culpa eine Rechtsverletzung nicht nur aus Mangel an Diligenz erzeuge, liefert l. 8 D. de admin. rer. ad civ. pertin. 50, 8.

⁵⁵³ In l. 38 § 5 D. de poenis 48, 19 v. Paulus bildet sie gleichfalls die Willensseite des Verbrechens, wobei an irgend welche Fahrlässigkeit nicht zu denken ist. Qui arbortionis aut amatorum poculum dant, et si dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adiciuntur.

In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praecclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non perinet. Das dritte Mal von Marcian in l. 11 D. 47, 9 de incendio. Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit ut luxuria aut dolo sit proxima: eine Stelle, welche der des Ulpian in der Collatio XII cap. 5 § 2 sehr nahe verwandt entweder aus ihr oder gemeinschaftlich mit ihr aus derselben Vorlage abgeschrieben ist: Sed ei qui non data opera incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta negligentia vel lascivia fuit⁵⁵⁴.

Nach Ulpian sowohl als nach Marcian tritt die lata culpa in eine genauer zu untersuchende Beziehung zu der lascivia⁵⁵⁵ und der luxuria⁵⁵⁶. Jene wird in pr. J. 4, 9 si

⁵⁵⁴ Auf den ersten Blick scheint auch das Erstere der beiden in l. 12 pr. D. 48, 3 de custodia reorum von Callistratus uns überlieferten Reskripten Hadrians hierher zu gehören: . . . nam divus Hadrianus . . . rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia negligentia (vgl. l. 213 § 2 D. d. V. S.) militum evaserit, an casu . . . et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpa in eos statuendum. Vergleicht man mit dieser capitalstrafwürdigen nimia negligentia l. 14 § 2 eod., so findet man, dass Herennius Modestinus als capitalstrafwürdig bezeichnet das fraudulenter versari in dimittenda custodia, so dass an jener ersten Stelle die nimia negligentia jedenfalls nicht technisch zu nehmen ist. — Dass das Entweichenlassen aus Mitleiden (l. 14 § 2 eod.) einen Fall der culpa lata darstellt, obgleich sie nicht ausdrücklich, genannt wird, ist schon oben S. 348 ff. bemerkt. Ihre Strafe ist mutatio militiae, die Strafe der fraus in gleichem Falle weit schwerer: vel capite punitur vel in extremum gradum militiae datur.

⁵⁵⁵ Ich finde lascivia an folgenden Orten der Institutionen und Pandekten: § 11 J. 4, 1 de obligation. quae ex delicto; pr. J. 4, 9 si quadrupes; l. 15 § 2 D. 19, 2 locati conducti; l. 4 § 1 D. 48, 8 ad leg. Cornel.; l. 6 § 7 D. 49, 16 de re militari: per vinum vel lasciviam. Im Codex finde ich es nur einmal: l. 10 C. de secund. nuptiis 5, 9: cum omni licentia et lascivia suos genitores injuriis adiciebant. (529).

quadrupes von dem Mutwillen der Thiere gebraucht und dort der fervor und der feritas entgegengesetzt⁵⁵⁷; in l. 6 § 7 D. 49, 16 de re militari: Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit . . . per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda ist es der gesteigerte Uebermut, welcher Blut sehen will. Wichtiger wird l. 15 § 2 D. 19, 2 locati, wo es heisst: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse: idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Ein culposes Moment liegt in der lascivia hier sicher nicht: es kann vielmehr nur die Zügellosigkeit der Soldaten verstanden sein, die fremdes Gut wegnimmt, nicht um den Eigentümer zu verletzen, sondern um es zu nehmen.

Am instruktivsten ist § 11 J. 4, 1 de oblig. quae ex delicto (aus Gaius III § 202): Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope et consilio furtum factum est, in quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut

In den Novellen kommt das Wort nicht vor. — Die Grundbedeutung des Wortes ist ausgelassenes Belieben, kühne Lust: G. Curtius, Grundzüge der Etymol. S. 337. Vgl. auch Ramshorn, Synon. n. 798. Bei der geringen Verwendung des Wortes in den jurist. Quellen ist es instruktiv zu seiner Erläuterung auch nicht juristische Schriftsteller beizuziehen. So sagt Terentius, Heaut. V, 1, 72: ut eius animus, qui nunc luxuria et lascivia diffluit, retundam; Livius II, 29: et lascivire magis plebem quam saevire; Tacitus, Annal. XI, 13: Claudius theatralem populi lasciviam severis edictis increpuit; XI, 31: ferunt Vectium Valentem lascivia in praealtam arborem connisum . . .; XIV, 17: quippe oppidana lascivia in vicem incessentes probra, dein saxa, postremo ferrum sumpserunt; XVI, 22: satellites . . . rigidi et tristes, quo tibi lasciviam exprobrent; Germania c. 24: audacis lasciviae (des Schwerertanzes) pretium est voluptas spectantium. Ganz bes. aber Histor. III, 33: faces in manibus, quas ubi praedam egresserant, in vacuas domos et inania templa per lasciviam iaculabantur. — Quinctilian IX 2 § 76: Assistentes oderint hanc maledicendi lasciviam; Justin I 5, 2: cum per lasciviam cuntumaces flagellis cecidisset. Das kulpöse Element fehlt der lascivia immer!

⁵⁵⁶ Vgl. unten S. 375 Note 572.

⁵⁵⁷ Vgl. Plinius ep. 9, 33.

alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuos fugaverit, ut alius eos exciperet: et hoc veteres rescripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debeat⁵⁵⁸. Es wird hier scharf unterschieden: wenn Jemand einem Andern Geld aus der Hand schlägt oder wenn er ihm seine Heerden etwa durch Erschrecken mit bunten Tüchern in die Flucht treibt, damit ein Dritter die Geldstücke oder die verscheuchten Thiere dieblich sich aneigne, so geht gegen ihn die actio furti. Die lascivia aber ermangelt dieses Diebstahls-Dolus: sie schlägt in l. 27 § 21 D. 9, 2 dem Besitzer das Geld aus der Hand, damit es ins Meer, in den Fluss, in die Cloake falle, mit der Absicht also, dass der Besitzer darum komme. Im mildesten Falle, wenn der Thäter die Thiere auseinandersprenkt nicht grade in der Absicht, dass sie verloren gehen sollen, ist die lascivia immer noch eine mutwillige Freude an der That, welche um ihrer Befriedigung willen den verletzenden Charakter derselben in den Kauf nimmt. Die Handlung ist unerlaubt, das sieht der Thäter ein: und für den verletzenden Erfolg, zu dem sie führt, ist wenigstens — nach Ausdruck des Criminalisten — dolus eventualis vorhanden.

Das Gesagte wirft nun auf die wichtigste Anwendung der lascivia helleres Licht. Es ist die berühmte l. 4 § 1 D. 48, 8 ad leg. Cornel. de sicariis: Cum quidam per las-

⁵⁵⁸ Vgl. l. 27 § 21 D. ad leg. Aquil. 9, 2 (Ulpian Buch 18 zum Edikt): Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait. Ferner l. 50 § 4 D. 47, 2 de furtis (Ulp. Buch 37 zum Edikt): Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est. Sed et si non furti faciendi causa hoc fecit non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem. Unrichtig die Schlussbemerkung Mommsen's, Beiträge III S. 353 n. 6 zu dieser Stelle.

civiam causam mortis prae buisset⁵⁵⁹, comprobatum est factum Ignatii Taurini Proconsulis Beticae a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. So berichtet Ulpian libro VII de officio proconsulis sub titulo de sicariis et veneficis⁵⁶⁰ über eine Entscheidung aus den Jahren 117—138 n. Chr. In der Mos. et Roman. legum collatio c. 11 § 2 und 3 ist die consultatio des Taurinus und das Reskript Hadrians wenigstens theilweise⁵⁶¹ im Wortlaute erhalten. Sie lauten: »Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago jactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur⁵⁶². Atque apparebat, nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse. sed cupiditatis culpam coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi et decrevi, ut impendii causa HS. so Huschke) duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifestata erat eius paupertas. Velis rescribere«. § 3. Verba rescripti: »Poenam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu« (= l. 5 § 2 D. 48, 19 de poenis). Man hatte bei einem Gastmahle den

⁵⁵⁹ Ueber den ganz äusserlichen Unterschied des occidere und des causam mortis praebere s. bes. den T. D. 9, 2 ad leg. Aquil. Da gegen Ulpian in l. 15 D. ad leg. Cornel. 48, 8: Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat.

⁵⁶⁰ S. Mos. et Rom legum collatio I c. 11 vgl. c. 3.

⁵⁶¹ Trotz des Ulpianischen: Verba consultationis et rescripti ita se habent kann ich die Vollständigkeit nicht als ganz feststehend annehmen. Grade die Worte, die gemeinrechtlich geworden sind, per lasciviam causam mortis praebere, fehlen sowohl in der consultatio als im Reskript. Denkbare Weise ist die lascivia des Verurtheilten in einer dem erhaltenen Texte vorausgegangenen Erzählung genauer ausgeführt gewesen.

⁵⁶² Ich bin sehr geneigt diese Worte als ursprünglichen Bestandtheil des libellus inscriptionis aufzufassen. Wir dürfen hier nicht an eine accusatio auf Grund der Lex Cornelia, sondern nur an ein crimen extraordinarium, an eine Criminalanklage in factum denken.

Claudius, kaum einen der Tischgenossen — denn sein Vater ist ein armer Mann — zur Erheiterung der Gäste auf einem Kriegsmantel geprellt oder gewippt. Durch die Schuld des Marius wurde er so schlecht behandelt, wahrscheinlich so schlecht wieder aufgefangen, dass er nach dem fünften Tage starb. Dass die erwähnte culpa nicht eine Unabsichtlichkeit oder ein Versehen des Marius bezeichnet, beweist ein doppelter Umstand. Culpa wird gleich darauf mit cupiditatis culpa identificirt: cupiditas ist das heftige Verlangen, die leidenschaftliche Absicht etwas zu erreichen. Ferner aber muss das Verfahren des Marius derart gewesen sein, dass man zweifelhaft sein konnte, ob es nicht gradezu einer feindseligen Absicht gegen den Claudius entsprungen war, ein Zweifel, der bei einem einfachen Versehen kaum entstehen konnte⁵⁶³.

Dies, verbunden mit dem Ausdrücke Ulpian's, es habe Marius die Ursache des Todes des Claudius per lasciviam gesetzt, und mit der bisher festgestellten Bedeutung der lascivia ergibt für mich wenigstens als zweifellos, dass Marius aus Frivolität irgend eine Veranstaltung absichtlich getroffen hat, damit der Claudius recht schlecht niederfalle: sei's nun, dass er das Fallen des Claudius auf die Erde oder auf irgend einen harten oder gar spitzen Gegenstand, den er unterhielt, bewirkte. Bei dieser Handlung fehlte die feindselige Tödtungsabsicht und war vorhanden die Absicht, dass der Gewippte sich irgend wie wehe thue oder Schaden leide. Ueber den Rest des Willens des Marius herrscht in den Quellen, herrschte vielleicht in seinem eignen Bewusstsein keine volle Klarheit. Möglich, dass er sich den schlimmen Ausgang vorstellte, und ohne ihn direkt zu beabsichtigen ihn doch in den Kauf nahm um seine Lust nur nicht ungetrübt zu lassen (eventueller Dolus mit Bezug auf den eingetretenen Tod); am wahrscheinlichsten, dass er nicht darüber reflektirte, wie verschiedenartige Erfolge aus seinem

⁵⁶³ Hofacker, N. A. d. Cr.-R. V. S. 127 übersetzt »aus Uebermut und blindem Selbstvertrauen«.

Handeln resultiren könnten, und dass er deshalb seine Absicht mit Bewusstsein nur auf Setzung der Ursache richtete (der Criminalist würde hier von generellem Dolus sprechen: am unwahrscheinlichsten, dass der leidenschaftlich Erregte sich die Möglichkeit tödtlichen Ausgangs vorstellte, die Herbeiführung desselben aber mit Bewusstsein aus seiner Absicht ausschloss: er handelte dann *animo injuriandi* und daran schloss sich eine kulpöse Tödtung (Conkurrenz von *injuria*, nach unsrer Vorstellung vollendeter Körperverletzung, und kulpöser Tödtung. Es ist dies die denkbar mildeste Gestaltung der Handlungsweise. Trotz dieser schweren Verschuldung straft der Proconsul nur aus Präventionszwecken, und zwar mit 5 Jahren Relegation und einer Busse zu Gunsten des Vaters des Getödteten. Hadrian billigt dies in einem Reskript, dessen letzter Satz häufig missverstanden wird⁵⁶⁴.

Der Proconsul hatte sein Urtheil damit gerechtfertigt: Marius hat nicht *ex inimicitia* um zu tödten, sondern in *cupiditatis culpa*, Ulpian sagt *lascivia*, gehandelt: Hadrian antwortet: dein Urtheil ist gerecht; denn auch bei den schweren Verbrechen kommt es darauf an, dass sie⁵⁶⁵ *consulto* (d. h. mit der feindseligen Absicht sie herbeizuführen, an *casu* (d. h. so wie es in dem Falle Lupus gegen Marius sich zutragen hat) geschehen sind⁵⁶⁶. Die *lascivia* wird also hier zum *casus*, grade wie häufig anderwärts die *culpa lata* zur culpa gestellt.

Wer wird nicht durch diesen Fall der *lascivia* an die oben citirte Stelle des Paulus erinnert, wo er es eine *culpa lata* nennt, wenn Jemand sich von hoch oben auf einen Andern stürzt, oder wenn derjenige, der Bäume beschneidet, die Aeste den unten gehenden auf den Kopf wirft, und wo in beiden Fällen der Getroffene stirbt. Dass hier nicht an

⁵⁶⁴ S. z. B. Köstlin, Lehre vom Mord und Todtschlag S. 151.

⁵⁶⁵ Das *aliquid* ist nicht mit »etwas«, sondern mit »Eins von ihnen« zu übersetzen.

⁵⁶⁶ Der gleiche Gegensatz: *inimicitia* und *fortuitus* (incendia) findet sich bei Paulus, Sent. V. T. 20; *consulto* und *injuria* Sent. V, 3.

ein schuldhaft unabsichtliches Handeln gedacht wird, ergibt schon das erste Beispiel. Wenn Jemand unabsichtlich auf einen Andern fällt, wird regelmässig nicht nur nicht culpa lata, sondern völlige Schuldlosigkeit vorliegen. Dann aber sind zur Ergänzung jener Stelle die Sententiae V 23 § 12 herbeizuziehen: Si putator ex arbore, cum ramum deieceret, non proclamaverit, ut vitaretur, atque ita praeteriens eiusdem ictu homo perierit, et si in legem non incurrit in l. 7 D. 48, 8 heisst es: ad huius legis coercionem non pertinet) in metallum tamen datur⁵⁶⁷. Da der putator der lex Cornelia nicht zum Opfer fällt, so hat er jedenfalls nicht animus occidendi gehandelt. Da derartige Fälle nicht tagtäglich vorkommen, so hatte Paulus bei seiner in die Digesten aufgenommenen Stelle ein Präjudiz vor Augen, welches Aufsehen machte und den Thäter zur poena metalli verurtheilte. Die nähere Gestaltung des Falles ist leicht durch zu erkennen: der Thäter handelt weder unabsichtlich noch gradezu mit animus occidendi; wohl aber sieht er den Menschen unten und wirft ihm den Ast auf den Kopf. Ulpian hätte auch hier sagen können, per lasciviam eum causam mortis praebuisse. Nun aber beginnt dieselbe Unklarheit wie oben bei dem Falle der lascivia in l. 4 § 1 D. 48, 8 ad leg. Cornel. . Entweder tödtet der putator mit eventuellem Tödtungsdolus, wahrscheinlicher mit generellem Körperverletzungs- und Tödtungsdolus, allenfalls, und es ist dies der unwahrscheinlichste Fall, liegt Konkurrenz von injuria (doloser Körperverletzung) und culposer Tödtung vor. Nur im letzten unwahrscheinlichsten Fall findet eine Ausdehnung des Begriffs der lascivia und culpa dolo proxima über die bisher als allein herrschend gefundene Auffassung der culpa lata statt: allein in das Bereich der Fahrlässigkeit tritt sie auch jetzt noch nicht ein. Es ist indessen bei der Vorliebe der Römer aus einzelnen starken Indizien sichere Schlüsse zu ziehen zu behaupten, dass sie den Einwand des putator:

⁵⁶⁷ Im 10. Buche ad Sabinum (s. l. 31 D. 9, 2 ad leg. Aquil. (ven-tilirt Paulus das ihm sehr beliebte Beispiel des putator nochmals und zwar in den verschiedensten Modificationen.

nich wollte gewiss nicht, dass der Getroffene am Leben beschädigt werde, durch einen Hinweis auf seine Handlung zurückgewiesen und erwidert hätten: wir glauben, dass du nicht handeltest um zu tödten; allein du bewiesest eine völlige Gleichgiltigkeit gegen guten oder schlimmen Ausgang (also *dolus eventualis* nach heutiger Auffassung) und deshalb versirtest du in *lata culpa*⁵⁶⁸. Dann verlässt die römische *culpa lata* in keinem Falle das Gebiet dessen, was nach richtiger Einsicht zum Vorsatze gehört⁵⁶⁹.

Nicht nur eine Verwandtschaft von *lata culpa* und *lascivia*, sondern auch von *lascivia* und der sonst ziemlich rätselhaften *luxuria*⁵⁷⁰ ergeben die beiden Fragmente⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Beachtenswert sind die Bemerkungen Wenings, N. A. d. Cr.-R. II S. 201 über die Consequenzen der Vertheilung der Beweislast im akkusatorischen Prozesse.

⁵⁶⁹ Fälle der *lascivia* sehe ich in l. 9 § 3, l. 10 und l. 27 § 6 D. 9, 2 ad leg. Aquil. Die Fälle das. in l. 7 § 7, l. 9 § 3 lassen sich wenigstens leicht auf *culpa lata* deuten. L. 9 § 4 u. l. 10 cit. lauten: . . . qui tamen data opera in eum (scil. servum) iaculatus est, utique Aquilia tenebitur: nam lusus quoque noxius in culpa est. Vgl. aber über das sich gegenseitig ausschliessende Verhältniss von *lusus* und *dolus malus* oben S. 369 n. 558 und ferner l. 3 § 1 D. 11, 3 de servo corrupto. — Ein sehr interessantes Beispiel, in welchem die Römer *dolus* ausschlossen und nichts anders als *culpa lata* annehmen konnten, bietet l. 5 § 3, l. 6 D. 9, 2 ad leg. Aquil.: . . . sutor inquit (Julianus) puero discenti ingenuo filio familias parum bene facienti, quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Julianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito: praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur. Dass der Lehrherr seinem freien Lehrling nicht die Lektion mit Steinen auf den Kopf diktiren darf, weiss derselbe zur Genüge.

⁵⁷⁰ Das Wort kommt von *luxus* (λοῦσθαι): Lottner bei Kuhn, Zeitschrift VII S. 175; Walter das. XII S. 413 (382). Vgl. Calpurnius ad Terent. heautont. V, 1. 72: *Luxuria* a *luxu*, i. e. *superfluitate* derivatur, *lascivia* autem designat quandam *petulantiam* et *importunitatem* exultando et delectando in sua turpitudine. Haec tamen differentia non observatur, sed indifferenter illis duobus utimur pro eodem significato.

⁵⁷¹ Marcianus in l. 11 D. de incendio 47, 9: Si fortuito incendium

welche die Strafbarkeit des incendium verübt in lata culpa feststellen⁵⁷².

Es versteht sich, dass zur Erkenntniss der Behandlung der Brandstiftung im römischen Rechte von den Stellen auszugehen ist, welche sich darüber am vollständigsten und eingehendsten aussprechen. Es sind dies Paulus Sent. V. 20, wo er offiziell de incendiariis handelt und damit übereinstimmend das bereinigte Fragment des Paulus in der Coll. XII c. 6, und das gemeinrechtliche Fragment des Callistratus in l. 28 § 12 D. de poenis 48, 19.

factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima. — Ulpianus in l. 12 § 1 D. eod.

⁵⁷² Ich finde luxuria, luxuriosus und luxuriose in der Bedeutung von schwelgerischer verschwenderischer Ueppigkeit des Lebens an folgenden Stellen: § 7 J. 4, 7 quod cum eo; l. 2 D. 11, 3 de servo corrupto: servum luxuriosum aut contumacem facere, erläutert durch § 23 J. de action. 4, 6; l. 3 § 6 D. 15, 3 de in rem verso; l. 12 § 11 D. 17, 1 mandati; l. 15 pr. D. 27, 10 de curator. furios.; l. 40 pr. D. 39, 2 de damno infecto; l. 8 D. 41, 4 pro emtore. Auch l. 16 pr. D. 40, 2 de manumissis vindicta: »Illud in causis probandis meminisse iudices oportet, ut non ex luxuria sed ex affectu descendentes causas probent; neque enim deliciis, sed iustis affectionibus dedisse iustam libertatem legem Aeliam Sentiam credendum« ist wohl hieher zu rechnen; doch scheint sich der Begriff des Leichtsinnes einzumischen. (Vgl. auch Novella Majoriani T. IX, p. 329 ed. Haenel ut exemplo competenti luxuria castigata ab expugnatione pudicitiae . . . libido et protervitas arceatur, wo es die verbrecherische Wollust bezeichnet). Aehnlich l. 11 § 2 C. de repudiis 5, 17 (533). Eben so selten als im Codex, eben so relativ oft kehren diese Worte in den Novellen wieder. Hier aber immer in einer und derselben Bedeutung der geschlechtlichen, natürlichen oder widernatürlichen Unzucht. Luxuria: Nov. 2 c. 3 pr.; N. 5 c. 6; N. 14 praef. § 1; N. 41 c. 2 § 1; N. 78 c. 1; luxuriosus: N. 14 pr. § 1; N. 112 c. 3 § 11; luxuriose: N. 22 c. 15; luxuriari: N. 2 c. 3 pr. — Interessant l. 1 § 10 i. f. D. 21, 1 de aedil. edicto, v. Ulpian: . . . ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis . . . Hier ist luxuria offenbar der Uebermut des Sklaven, und so bietet dieses Fragment die einzige Parallelstelle zu l. 11 D. 47, 9 de incendio, nur dass jene luxuria nicht grade eine Schuldart bedeutet.

In den Paulinischen Stellen gliedert sich die Darstellung der Brandstiftung folgendermassen: incendia in oppido praedandi causa; incendia an villae casae ex inimicitia; fortuita incendia; bei Callistratus: incendia intra oppidum ob inimicitias vel praedae causa; incendia an casae und villae ob inimicitias vel praedae causa; fortuita incendia. Nun kann ich v. Wächter nicht beistimmen, wenn er behauptet⁵⁷³, jenes praedae vel inimicitiae causa hebe nur die häufigsten Erscheinungsformen der dolosen Brandstiftung hervor: vielmehr geht hier der römische Begriff des dolus malus darin auf. Daran wird auch dadurch nichts geändert, dass Ulpian in Coll. XII c. 5 (wes. = l. 12 § 1 D. 47, 9 de incendio) statt dolo malo das ungenauere data opera gebraucht. Wo findet nun in jener Eintheilung des Paulus und Callistratus der wohl seltene aber sehr mögliche Fall Unterkunft, dass Jemand aus Uebermut, vielleicht pochend auf seinen Reichtum, aus welchem er den Beschädigten Genüge zu leisten beabsichtigt, des Nachbars Villa in Brand steckt, oder, dass Jemand einem Andern ohne grade die Einäscherung seines Hauses zu beabsichtigen die Fackel auf's Dach schleudert? Jedenfalls nicht bei dem incendium inimicitiae vel praedae causa grade wie oben S. 370 bei Ulpian die lascivia des Marius der inimicitia entgegengesetzt und deshalb ihre Bestrafung auf Grund der lex Cornelia negirt wird. Eben- sowenig aber beim fortuitum incendium: denn dies bleibt straflos. Es kann also die luxuria nur als Uebermut der Ueppigkeit gedeutet werden und sie fiel dann mit der lascivia durchaus zusammen.

Dies bestätigt nun vollständig eine Ausführung Ulpians, welche der des Marcian nahe verwandt ist. In seinen libri X de officio proconsulis⁵⁷⁴ sagt Ulpian: Incendiariis lex quidem Cornelia aqua et igni interdicti iussit: sed varie sunt puniti. Nam qui data opera in civitate incendium fecerint, si humi-

⁵⁷³ De crimine incendii p. 74. 75.

⁵⁷⁴ S. die Stelle in Coll. XII c. 5 § 1—2. Sie ist verkürzt aufgenommen in l. 12 § 1 D. 47, 9 de incendio.

liore loco (so Huschke für humili modo oder humillimo) sint, bestiis subici solent: si in aliquo gradu et Romae⁵⁷⁵ id fecerunt, capite puniri; aut certe deportationis poena (diese Worte ergänzt Huschke richtig aus den Digesten) adficiendi sunt, qui haec committunt. Sed ei, qui non data opera incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta negligentia vel lascivia fuit.

Dass hier von einer sehr unvorsichtigen Brandstiftung nicht die Rede ist, beweist ihre Strafbarkeit, während aus kulpoſer Brandstiftung im römischen Rechte eine accusatio nicht gegeben wurde, und beweist die erwähnte lascivia. Wenn der Gegensatz des data opera auf eine solche unabsichtliche Brandstiftung zu deuten scheint, so ist dagegen zu bemerken, dass data opera nichts ist als ein Synonymum des dolus malus, und dass diejenigen, die nicht dolo malo Brand stiften, allerdings immer mit Strafe verschont werden, wenn ihnen nicht culpa lata zur Last fällt.

Die Stelle des Marcian ist also nur ein anderer Ausdruck für das, was auch Ulpian sagt: nur scheint sie mir verderbt überliefert. Luxuriae zu lesen, verbietet der Sinn und die Parallelstelle aus Ulpian: was in ihr die lascivia ist bei Marcian die luxuria; desshalb möchte ich lesen: nisi tam lata culpa fuit aut luxuria, ut dolo sit proxima.

Und so bieten die Quellen durchweg dasselbe Ergebniss. Bewusst widerrechtliches Handeln, dem das gemeine Motiv fehlt, welches vielmehr dem Mitleiden, dem Scherz, dem Mutwillen oder Uebermut⁵⁷⁶ entspringt oder dem Lehrzwecke dient, nennen die Römer nicht dolos, sondern sie führen es auf culpa lata, lascivia, luxuria zurück⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Diese Worte fehlen in den Digesten.

⁵⁷⁶ L. 2 § 4 D. de hom. libero exhib. 43, 29 gestattet wohl die pietas genuina dazu zu gesellen.

⁵⁷⁷ In einen ganz eigentümlichen Zusammenhang mit der luxuria werden in Folge falscher Auffassung dieser Schuldart die Art. 396. 427 und 610 des gemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs gebracht, welche die Folgen »einer bösslichen Handlungsweise« des Frachtführers, der Eisenbahnverwaltung, und einer Person der Schiffabesatzung normiren.

Gegentüber diesem durchaus feststehenden Resultate gelangen nun erst die berühmten Stellen des Ulpian in l. 213 § 2 d. V. S.: *Lata culpa est nimia negligentia, id est non*

Schon die Protok. S. 4780. 4781. 5112—5115 meinen, jener Ausdruck umfasse auch die Fälle der *luxuria*: wenn der Schuldner durch sein pflichtwidriges Handeln zwar die Beschädigung nicht zunächst bezwecke, sich aber bei seinem Verfahren der damit verbundenen Gefahr bewusst gewesen sei. — Diese selbstverständlich ganz unmaassgebliche Auslegung (welche indessen von Swoboda in Siebenhaar's Archiv für deutsches Wechselrecht N. F. VI 1874 S. 225 als maassgebend behandelt wird) dehnt die bössliche Handlungsweise weit ins Gebiet der Fahrlässigkeit aus. Denn »Bewusstsein der Gefahr« ist durchaus nicht notwendig Billigung des Eintrittes der als möglich vorhergesehenen Verletzung: und diese gehört unbedingt ebenso zum *dolus malus* als zur *luxuria* des röm. Rechts. Ja, Letztere geht meist ganz direkt auf den verderblichen Erfolg los. Legt man aber die Worte »bössliche Handlungsweise« aus ihnen selbst und dem System des Gesetzes aus, so scheint mir das »Verschulden« in zwei Gebiete zu zerfallen: in das der bösslichen und das der nicht bösslichen Handlungsweise. Letztere umfasst dann die ganze Skala der Fahrlässigkeitsfälle, erstere das ganze Gebiet des rechtswidrigen Vorsatzes, der selbstverständlich auch dann, aber auch nur dann noch vorliegt, wenn der eingetretene schädliche Erfolg nicht ausserhalb der Vorstellung und der Billigung des Frachtführers lag (s. unten § 59). Grosses Bedenken erweckt mir deshalb die Rechtsprech. des R.-O.-H.-G., welches den Motiven auch in ihrer falschen Würdigung der *luxuria* folgend mit ihnen grobe Nachlässigkeit dem rechtswidrigen Vorsatze gleich stellt. S. Urth. v. 15. Dez. 1870 (Entsch. I S. 157 ff.; bes. S. 160); Urth. v. 12 Sept. 1871 (Entsch. III S. 108 ff.; nach Gestaltung des Falles lag hier offenbar keine *luxuria*, und nichts weniger als eine bössliche Handlungsweise, sondern eine einfache, freilich nicht geringe Fahrlässigkeit vor; Urth. v. 21. Juni 1872 (Entsch. VI S. 427 ff.); Urth. v. 22. Jan 1873 u. v. 30. April 1873 (Entsch. VIII S. 429 ff.; IX S. 301 u. 302. Diese Urtheile unterscheiden interessanter Weise das bössliche Handeln einerseits vom *dolus*, andererseits von grober Fahrlässigkeit; es umfasse den *dolus* und den frevelhaften Leichtsinns bei Bewusstsein der Gefahr, aber nicht die ganze *culpa lata*. Allein hier wird der *dolus* zu eng gefasst und zwischen *luxuria* und *lata culpa* ein nicht existirender Unterschied gemacht); Urth. v. 30. Mai 1873 (Entsch. X S. 219 ff.); Urth. v. 18. Febr. 1874 (Entsch. XII S. 429. 430); Urth. v. 17. März 1874 (XIII S. 317 ff.). — Dagegen entscheidet richtig das von Swoboda a. a. O. S. 240 ff. citirte Urtheil des k. k. obersten Gerichtshofes zu Wien.

intelligere, quod omnes intelligunt, und das Duplicat des Paulus in l. 223 pr. eod.: *Latae culpaе finis est, non intelligere, quod omnes intelligunt*, zu ihrer richtigen Bedeutung⁵⁷⁸. Gefasst als Definitionen des materiell-rechtlichen Begriffs der culpa lata werden sie gradezu sinnlos: denn was Alle einsehen kann Keiner nicht einsehen. Es lassen sich darin also nur Beweissätze für das Vorhandensein der lata culpa, also prozessualische Regeln erkennen⁵⁷⁹.

Was eben Jemand nicht einsehen darf, wenn er nicht lata culpa handeln soll, ist das Pflichtwidrige der Handlung. Der culpa dolo proxima beschuldigt wird also der Beklagte vorzuschützen suchen, grade dieser Charakter seiner Handlung sei ihm unbekannt, von ihm unbeachtet geblieben. Ist der behauptete Irrtum nun ein solcher, dem »kein Mensch verfällt«, so liegt darin für uns nur ein sehr wichtiges Indiz, für die Römer voller Beweis, dass der Irrtum bei dem Beschuldigten nicht vorhanden war. In dem sehr eliptischen Satze des Paulus: *latae culpaе finis est non intelligere quod omnes intelligunt*, ist finis jedenfalls als Grenze nach unten und nicht nach oben gedacht⁵⁸⁰. Oberhalb dieser Grenze bleibt

⁵⁷⁸ Höchst nachlässig ist Paulus' Ausdrucksweise in l. 226 D. d. V. S. *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est*, eine Stelle, die man zu Ehren ihres eminenten Autors am besten mit Schweigen übergeht. Vgl. dazu Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 51 n. 24. — Wie wenig übrigens das ignorare, quod omnes in civitate sciant, die culpa lata statuirt, beweist schlagend l. 9 § 2 D. de iur. et f. ignor. 22, 6, wo diess ignorare, diese summa negligentia unmittelbar an den verzeihlichen Irrtum grenzt. *Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?*

⁵⁷⁹ Auch Hasse, Culpa S. 55 spricht von einem »Vorwand, nicht zu wissen, was alle wissen«. Vgl. Windscheid, Pand. § 265 n. 7 II S. 59; »Wenn der Schuldner sich auf eine Nachlässigkeit dieser Art beruft, so kann ihm gar nicht geglaubt werden, dass er bloß nachlässig gewesen sei; sollte er sich aber auch wirklich die Folgen seiner Handlung nicht klar gemacht haben, so ist doch der hierin liegende Willensfehler kaum ein geringerer (?), als der Fehler des auf das Unrecht gradezu gerichteten Willens«.

⁵⁸⁰ So auch Mommsen, Beiträge III S. 352.

also nach Paulus jedenfalls Raum für eine culpa lata ohne einen solchen Irrtum, mit anderen Worten für den rechtswidrigen Vorsatz, soweit er nicht dolus malus ist. Dagegen bleibt an der Grenze kein Raum für eine culpa lata mit unverzeihlichem Irrtume. Denn Paulus' Meinung geht dahin: der Grenzpunkt bis zu welchem herab voller Beweis für eine lata culpa erbracht ist, liegt in der Vorschätzung eines unmöglichen Irrtums; sobald der behauptete Irrtum von Andern getheilt werden kann, bedarf es einer weiteren Untersuchung, ob er bei dem Beschuldigten nicht vielleicht wirklich vorhanden war. Um jedem Missverständniss vorzubeugen, will ich mich noch so ausdrücken: der unmögliche Irrtum ist nach Paulus und Ulpian Beweis des nicht vorhandenen Irrtums: nicht aber ist ein selten vorkommender Irrtum Beweis für das Vorhandensein eines sehr unverzeihlichen Irrtums. Nicht ein starker, sondern gar kein Irrtum eignet der culpa lata⁵⁸¹. Desshalb nennt auch Ulpian die vorgeschützte negligentia nicht eine permagna, sondern eine nimia: die vorgeschützte Unachtsamkeit ist für eine solche zu gross: das angeblich nicht Bemerkte wurde also eingesehen.

Als Beweissätze für das Vorhandensein der lata culpa reichen nach römischer Auffassung jene Sätze aus, nicht mehr nach heutigem Prozessrecht. Da aber zum römischen dolus malus noch etwas mehr gehört als Einsicht, so durften Paulus und Ulpian ihre Regeln nicht als Beweissätze für das Vorhandensein des dolus malus aufführen.

Nun erst lässt sich auch leicht das Verständniss für die schwankende Beziehung der culpa lata zum dolus einerseits zur culpa andererseits gewinnen. Es beweist die Macht alt eingewurzelter Begriffe, dass im Grossen und Ganzen der

⁵⁸¹ Unrichtig über dieses latae culpa finis Donellus, Comment. de iure civili L. XVI c. 7 § 7. Id hanc significationem habet, ut si quis quid fecerit, ex quo certum periculum immineat, et quod omnes sensu communi praediti intelligant imminere, id lata culpa sit, sive sciat id periculum sub esse, sive ignoret. Nam si scit, vere culpa est dolo proxima . . . si ignorat, hoc ipso etiam lata culpa est, quod noluit scire aut etiam simulat se ignorare id quod omnes homines intelligunt.

dolus, wie schon die Ausdrücke culpa lata und culpa dolo proxima zeigen, sich im begrifflichen Gegensatze zur culpa lata als einem genus der culpa zu behaupten gewusst hat, während, was Wirkung anlangt, die culpa lata im Grossen und Ganzen dem dolus gleich und der nicht lata culpa entgegengesetzt wird⁵⁸². Letzteres hat dann die Folge, dass den Römern die Seltsamkeit der Festhaltung jenes Gegensatzes auf Schritt und Tritt zum Bewusstsein kommen und sie nötigen muss, die kaum erstellten Schranken wieder einzureissen. So kommt es vor, dass die Quellen vom mensor, vom Prekaristen, vom libertus im Falle der l. 1 § 2 D. 47, 4 si is qui testamento sagen: alle drei hafteten sie lediglich für dolus, nicht für culpa, und in demselben Atem versichert l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6: lata culpa plane dolo comparabitur, die l. 8 § 3 D. 43, 26 precario noch naiver: culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit, und l. 1 § 2 D. cit.: culpa autem dolo proxima dolum repraesentat. Ebenso wird in l. 2 § 5 D. 18, 4 de hereditate vel actione vendita, was eben noch als lata culpa dem dolus gegenüberstand, in demselben Satze in der Bezeichnung dolus malus aufgenommen. Nicht minder erlaubt sich Ulpian in l. 29 pr. D. 17, 1 mandati zu sagen: videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est. Allein die begriffliche Verwandtschaft Beider ist doch wieder so stark, dass in selbstvergessenen Augenblicken die culpa lata auch begrifflich mit Bewusstsein und nicht auf dem Wege der Unterschlagung in den dolus aufgenommen wird. Schon der alte Nerva meinte latiore culpam dolum esse (l. 32

⁵⁸² Diese begriffliche Entgegensetzung, aber Gleichstellung in der Haupt-Wirkung findet sich besonders in l. 8 § 10 D. 17, 1 mandati; l. 8 D. 2, 13 de edendo; l. 11 § 11 D. 11, 1 de interrog. in iure; l. 2 § 5 D. 18, 4 de hered. . . vendita; l. 7 § 2 D. 26, 7 de admin. et periculo tutorum; l. 7 § 1 D. 26, 10 de suspectis tutoribus (darüber vgl. unten N. 593); l. 1 § 3 D. 27, 8 de magistr. conveniendis; l. 5 § 6 D. 43, 26 de precario. — Donellus, Comm. de iure civ.: L. XVI. c. 7 § 9 bemerkt: Proprietate verbi et genere facti lata culpa non est dolus: interpretatione iusta et effectu juris dolus est. An dieser Stelle kommt Donell der richtigen Auffassung der culpa lata sehr nahe.

D. 16, 3 depos.) und Celsus stimmte zu: Gaius sagt: *magnam negligentiam placuit in doli crimen cadere*⁵⁸³. Selbst Ulpian, der die unbequeme gern zugleich neben den *dolum* und in den *dolus* hineinstellen möchte, schwingt sich in l. 1 § 13 D. 36, 4 zu dem kühnen Satze auf: *dolum accipere debemus et culpam latam*⁵⁸⁴, und in l. 11 D. 16, 3 depos. umfasst er sie in dem *dolus omnis*.

Das Verhältniss der *culpa lata* zum Begriff der *negligentia* bietet die umgekehrte Erscheinung. Regelmässig wird jene in der *culpa* oder *culpa omnis* oder dem *fortuito* mit inbegriffen⁵⁸⁵ und die *culpa* zerfällt dann in die beiden einander scharf gegenüberstehenden Arten der *lata* und der *levis*⁵⁸⁶. Einen Schritt weiter finden wir schon da gemacht, wo jene beiden Arten der *culpa* in ihrem wesentlichen Gegensatz charakterisirt werden: denn es wird sich seiner Zeit herausstellen, dass die echte *culpa* wohl quantitative nicht aber qualitative Verschiedenheiten innerhalb ihrer zulässt. So tritt in l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6 die *culpa lata* einerseits in Gegensatz zum *dolus*, andererseits zu der *imperitia* und *negligentia* des *ensor*: jene ist etwas anders als nur ein hoher Grad der Negligenz: und in gleicher Schärfe wird dieser Gegensatz in l. 4 D. 27, 8 de magistr. conveniendis betont. Nicht minder macht l. 8 D. 50, 8 de administr. rerum . . . in ihren Worten: *non dolum sed et latam negligentiam et hoc amplius et diligentiam* darauf aufmerksam, dass die *lata culpa* etwas anders sei als ein grosser Mangel an Diligenz. Der völligen Losreissung der *culpa lata* von dem Culpabegriff ist schon oben gedacht worden⁵⁸⁷.

⁵⁸³ L. 1 § 5 D. 44, 7 de oblig. et actionibus

⁵⁸⁴ Beachte auch Paulus in l. 7 D. 48, 8 ad leg. Cornel.: *nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*.

⁵⁸⁵ Man vgl. bes. die Stellen in n. 552. Ausserdem etwa noch l. 11 D. 47, 9 De incendio, wo die *culpa lata* in dem *fortuito* steckt.

⁵⁸⁶ Vgl. l. 39 § 6 D. 26, 7 de admin. et periculo tutorum; l. 47 § 4 D. de legatis I; l. 23 § 3 D. 36, 1 ad SC. Trebell.

⁵⁸⁷ Das Verhältniss der *culpa lata* zu *dolus* und *culpa levis* zeichnet sehr klar l. 7 C. arbitrium tutelae 5, 51: *Quidquid tutoris dolo vel lata culpa aut levi . . .*

§ 55. B. *Behandlung der culpa dolo proxima
im Vergleiche zum dolus malus.*

Es ist eben behauptet worden, es sei die culpa lata im Grossen und Ganzen, was ihre Wirkung anlange, dem dolus gleichgestellt worden. Es gilt nun die doppelte Frage zu beantworten, wie weit und in welchen Verhältnissen findet überhaupt diese Gleichstellung des dolus mit der lata culpa statt, und ist die Gleichstellung eine vollständige, oder aber übt der dolus noch Wirkungen aus, welche der lata culpa abgehen?

Die Rechtsquellen erkennen in folgenden Fällen die Gleichstellung ausdrücklich an: bezüglich der Haftung 1) des Depositars⁵⁸⁸; 2) des Prekaristen⁵⁸⁹; 3) des mensor⁵⁹⁰; 4) des argentarius bezüglich seiner Editionsspflicht⁵⁹¹; 5) der tutores bei Ankäufen von Grundstücken⁵⁹²; 6) des tutor gegenüber dem crimen suspecti⁵⁹³; 7) der Municipalmagistrate bezüglich der Angabe von Namen tauglicher Vormünder an den praeses provinciae und bezüglich der seitens des Letzteren aufgegebenen Prüfung von anderweitig angegebenen Namen solcher⁵⁹⁴; 8) der Erben der tutores und der Municipalmagistrate für dolus und culpa lata der Erblasser⁵⁹⁵; 9) der Erben der tutores und curatores in eigener Person gegenüber dem Mündel⁵⁹⁶; 10) des Verkäufers der

⁵⁸⁸ L. 11, 1. 32 D. 16, 3 depositi.

⁵⁸⁹ L. 8 § 3 und 6 D. 43, 26 de precario.

⁵⁹⁰ L. 1 § 1 D. 11, 6 si mensor.

⁵⁹¹ L. 8 pr. D. 2, 13 de edendo.

⁵⁹² L. 7 § 2 D. 26, 7 de administratione et periculo tutorum.

⁵⁹³ L. 7 § 1 D. 26, 10 de suspectis tutoribus. Man beachte freilich, dass Ulpian bezüglich der lata negligentia des tutor sagt: removeri hunc quasi suspectum oportet. Wahrscheinlich, um anzudeuten, dass die infamia nur für den wegen dolus malus removirten Vormund eintritt. Vgl. v. Vangerow, Pand. I 7. Aufl. S. 87.

⁵⁹⁴ L. 1 § 3 D. 27, 8 de magistr. conveniendis.

⁵⁹⁵ L. 4 D. eod.; vgl. l. 39 § 6 D. 26, 7 de admin. . . . tutorum. l. 2 C. de magistr. conveniendis 5, 75.

⁵⁹⁶ L. 1 C. 5, 54 De heredibus tutorum. Vgl. l. 39 § 6 D. cit.;

Erbschaft und dessen Erben gegenüber dem Käufer: *si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat*⁵⁹⁷; 11) des Erben, der die Erbschaft als Universalfideikommiss herausgeben soll, gegenüber dem Universalfideikommissar, sowie des Erben gegenüber den Legataren und Fideikommissaren überhaupt⁵⁹⁸; 12, des Mandatars bezüglich unterlassener Ausführung seines Auftrags⁵⁹⁹, was seltsam genannt werden muss, da der Mandatar ja für culpa levis haftet. Es dürfte sich am einfachsten so erklären, dass auch beim *mandatum* festzustellen war, wie weit infolge der Verurtheilung infamia eintreten sollte. Nur in dieser Beziehung war es wichtig *dolus* und *culpa lata* zu scheiden⁶⁰⁰; 13) des in *iure interrogatus* bezüglich falscher Antworten⁶⁰¹; 14) des *libertus* bezüglich der Strafklage der l. 1 D. 47, 4: *si is qui testamento*. 15) Endlich findet sich gelegentlich der Frage, wann dem *fideiussor* die *actio mandati* gegen den Schuldner zustehe, festgestellt, dass culpa lata des *fideiussor* genügende Basis für eine *exceptio doli* des Schuldners gegen jene *actio mandati* seitens des *fideiussor* abgebe⁶⁰².

Gegenüber diesen Gleichstellungen ist es notwendig sich nach denjenigen Gebieten umzusehen, bezüglich deren

l. 17 C. de negot. gest. 2, 19; l. 2 C. de in lit. iur. 5, 53; l. 4 § 1 D. 27, 7 de fideiusoribus . . . et hered. tutor.

⁵⁹⁷ L. 2 § 5 D. 18, 4 de hereditate vendita.

⁵⁹⁸ L. 23 § 3 D. 36, 1 ad SC. Trebell.; l. 5 § 15 D. 36, 4 ut in possessione legatorum; l. 24 D. 34, 3 de liberatione legata.

⁵⁹⁹ L. 8 § 10 D. 17, 1 mandati.

⁶⁰⁰ Es ist trotz l. 1 D. de his qui not. infamia 3, 2 nicht denkbar, dass in den vier sog. *contractus famosi* die infamia anders als in Folge des *dolus malus* eintrat. Die infamia ist hier nemlich zweifellos noch ein Nachklang aus der Zeit, wo die *actio depositi*, *tutela* u. s. w. Deliktsklagen waren (s. Jhering, Schuldmoment S. 29 ff.); die Deliktsklage setzte aber *dolus malus* voraus. Auch was Pernice, *Labo* I S. 248 gegen diese Meinung vorbringt, kann mich von ihrer Unrichtigkeit nicht überzeugen.

⁶⁰¹ L. 11 § 11 D. 11, 1 de interrogationibus in iure.

⁶⁰² L. 29 pr. § 3 D. 17, 1 mandati. Anders werden diese Stellen nicht wohl verstanden werden können. — Vgl. übrigens noch oben S. 352 N. 351: von dem Gegensatz *per sordes* und *gratia*.

ausdrücklich das Gegentheil statuirt wird. Hier tritt vor Allen die Paulinische Aeusserung gelegentlich der lex Cornelia de sicariis et veneficiis in den Vordergrund: nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Jenes nec, was Hasse so gründlich missverstanden hat⁶⁰³, wird desshalb so wichtig, weil das Fragment des Paulus aus seinem liber singularis de publicis iudiciis entnommen ist. Es erhellt daraus mit grösster Wahrscheinlichkeit, dass jener Satz in Paulus' Ausführungen zu den einzelnen leges iudiciorum publicorum wiederkehrte: wenigstens steht seine Geltung bei denselben ausser Zweifel. Nun haben wir oben gesehen, dass Fälle der Tödtung und der Brandstiftung aus lata culpa allerdings criminell verfolgt worden sind: in dem einen Fall der Tödtung aus lascivia verurtheilte der praeses provinciae den wahrscheinlich vornehmen Thäter zu 5 Jahren Relegation, in dem zweiten der praefectus urbi⁶⁰⁴ den geringen putator zur poena metalli⁶⁰⁵.

Allein jene Verurtheilungen ergingen nicht auf Grund einer lex publici iudicii. Es hatte diess die dreifache Bedeutung: die Anklage aus jenen und ihnen ähnlichen Fällen stand nicht wie bei dem publicum iudicium Jedem, der da wollte, sondern nur dem Verletzten und demjenigen zu, der an der Verfolgung der Verletzung ein rechtlich anerkanntes Interesse hatte; kam es zur Verurtheilung, so fand nicht die strengere poena legitima, sondern eine mildere poena extraordinaria Anwendung; endlich aber hatte die Verurtheilung auf das crimen extraordinarium hin die Infamia nicht zur Folge⁶⁰⁶.

Eine exakte Beantwortung der aufzuwerfenden Frage,

⁶⁰³ Culpa S. 418 Vgl. l. 7 D. 48, 8 ad leg. Cornel.

⁶⁰⁴ L. 8 § 5 D. 48, 19 de poenis.

⁶⁰⁵ S. oben S. 369 ff.; 372 ff.

⁶⁰⁶ Macer in l. 7 D. 48, 1 De publicis iudiciis: . . . itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum.

wie weit denn im römischen Rechte die Strafbarkeit der Verletzungen aus *lata culpa* auf dem Wege der *extraordinaria cognitio* anerkannt worden sei, ist nicht zu ertheilen: es hieng lediglich von dem Strafrichter ab, ob er eine criminalistische *actio in factum* zulassen wollte⁶⁰⁷.

Eine ausdrückliche Nichtgleichstellung wird ferner gelegentlich der praetorischen Poenalklage in *duplum de servo corrupto* erwähnt⁶⁰⁸; ebenso bezüglich der *actio furti nec manifesti* auf das *duplum*⁶⁰⁹. In beiden Fällen trat je nach Gestalt der Sache für die *lata culpa* die *actio legis Aquiliae* oder eine *actio in factum* ein. Ueberhaupt berechtigt uns nichts zu der Annahme, dass bezüglich der Poenalklagen auf eine Busse oder einen multiplicirten Sachwert die Handlung in *lata culpa* als genügend zur Substanziirung erschienen wäre. Sie erforderten *dolus malus*. Die l. 1 § 2 D. si is, qui testam. 47, 4 scheint zwar direkt zu widersprechen: denn hier wird allerdings gegen den *libertus* aus seiner *culpa lata* eine *actio in duplum* gegeben. Allein hier liegt der Fall auch ganz eigentümlich: in der Anmaassung des testamentarisch Freigelassenen, seiner Freiheit noch nicht theilhaftig Gewordenen sich an dem Nachlasse seines eigenen Wohlthäters zu vergreifen liegt eine den Thäter schwer gravirende, weil ein besonders gebotenes Respektsverhältniss verletzende Handlungsweise. Die Verhältnisse bei den andern Poenalklagen sind nicht analog. Eine Gleichstellung wird endlich auch bezüglich der *actio doli* in l. 7 § 7 und § 10 D. 4, 3 de *dolo malo* verneint.

Nun erst lässt sich ein Urtheil über die Streitfrage ab-

⁶⁰⁷ Ich zweifle keinen Augenblick, dass z. B. im Falle der widerrechtlichen Freiheitsentziehung aus Uebermut eine Strafklage zugelassen wurde.

⁶⁰⁸ Ulpian in l. 3 pr. D. 11, 3 de *servo corrupto*. *Dolo malo adiecto calliditatem notat praetor eius, qui persuadet; ceterum si quis sine dolo malo deteriorem fecerit non notatur; et si lusus gratia fecit. non tenetur (scil. ex hoc edicto)*. Zur Rechtfertigung meiner Auffassung des *lusus* vgl. l. 50 § 4 D. 47, 2 de *furtis*; l. 10 D. 9, 2 ad leg. Aquil.

⁶⁰⁹ S. oben S. 369 ff.

§ 55. B. Behandlung der culpa dolo proxima im Vergleich etc. 387

geben, »ob die Gleichstellung der lata culpa und des dolus allgemein, oder nur bei kontraktlichen Verhältnissen gilt«⁶¹⁰? Ihre Schlichtung würde ungemein erleichtert worden sein, hätte man die culpa lata, wie es geschehen muss, als eine Spielart des rechtswidrigen Vorsatzes erfasst, und hätte man genauer präcisirt, was unter Gleichstellung zu verstehen wäre.

Unterscheiden wir das Gebiet der accusationes, der actiones poenales und der Klagen aus den Kontrakten und Quasi-Kontrakten!

Selbst bezüglich der accusationes findet insofern eine Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus statt, als jene zum Fundamente für eine accusatio auf öffentliche Strafe genügend anerkannt wird. Bezüglich der Straffolgen beider Schuldarten aber kommt es mit Recht zu einer Ausgleichung nicht.

Von den Privatpoenalklagen interessiren uns hier nur diejenigen, die principiell an dolus malus geknüpft sind. Sieht man von dem vereinzeltten Falle der l. 1 § 2 D. si is qui testam. 47, 4 ab, so können sie, wie die actio furti, die actio injuriarum, die actio doli, nicht auf culpa lata gegründet werden, allein nur insoweit, als jene Klagen Strafklagen sind. Was die Begründung der Schadenersatzverbindlichkeit anlangt, so stehen sich der ausserkontraktliche dolus und die ausserkontraktliche culpa lata völlig gleich. Wo wegen ermangelnden dolus und vorhandener culpa lata die actio doli und die actio furti verweigert werden, treten reipersekutorische actiones in factum als Ersatz ein⁶¹¹. Für die ausserkontraktliche Begründung der Schadenersatzverbindlichkeit stehen sich also nach römischem Rechte dolus und culpa lata gleich, und die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis irrt, wenn sie diess leugnet⁶¹². Entsprechend

⁶¹⁰ So Windscheid, Pandekten § 101 n. 10 (4. Aufl. I S. 289).

⁶¹¹ S. oben S. 348 u. S. 369.

⁶¹² Wächter, Württemberg. Privatrecht II S. 789. 790 beschränkt die Gleichstellung nur auf »die allgemeine Haftpflicht bei Obligationen«

muss die culpa lata als Grundlage für die exceptio doli genügen.

Was endlich die Haftung aus Kontrakten anlangt, so sind die beiden Schuldarten allerdings insofern einander gleich gestellt, als der Schuldner für beide gleichmässig in Anspruch genommen werden kann. Die infamirende Wirkung des dolus malus aber wird hier eben so wie sonst wo möglich nicht auf die lata culpa ausgedehnt⁶¹³.

und negirt sie, wenn ich ihn recht verstehe, für Deliktobligationen. Unger, Oesterr. Privatrecht II S. 241. 242 schliesst sich dieser Ansicht an. Für die Behauptung S. 242 n. 21, »dass nach gemein. Rechte ein Regress des zahlenden Solidarschuldners dann nicht stattfindet, wenn dieser durch seinen Dolus zugleich mit Andern zur Leistung des Schadenersatzes verbindlich geworden ist, während ein solcher Regress im Fall einer culpa lata zugefügten Verletzung allerdings stattfindet«, kann ich aber weder in den Quellen, noch bei Savigny, Obligationenrecht I S. 250 ff. einen Beweis finden. — Ders. Ans. wie Wächter Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit 1859 S. 811; v. Vangerow, Pandekten § 47 (7. Aufl. I. S. 87); Puchta, Pandekten § 265; Keller, Pandekten § 249 a. E. Höchst vorsichtig Arndts, Pandekten § 86 (die culpa wird »in Verpflichtungsverhältnissen demselben in der Regel gleich behandelt«). — Jhering, Jahrbücher III S. 12 bezieht die Gleichstellung sogar nur auf kontraktliche Verhältnisse. — Ein Urtheil des O. A. G. Lübeck v. 26. Febr. 1853 (bei Seuffert IX n. 144; S. 194) erkennt die Gleichstellung von lata culpa und dolus zwar für Contraktsverhält. an, doch komme zur Begründung der actio doli nur Arglist und nicht grobes Verschulden in Betracht. — Zwei Erk. des R.-O.-H.-G. zu Leipzig v. 26. Jan. 1872 (Entscheidungen V S. 66); und v. 3. Sept. 1873 (Entscheid. X S. 402 ff.) erkennen die Gleichstellung nur an, »wenn es sich um Verletzung bestehender Obligationen handelt, nicht aber, wenn die Eingehung von Verbindlichkeiten in Frage steht, noch in den Fällen der actio und exceptio doli«. — Dagegen sagt Mommsen, Beitr. III S. 354: »die culpa lata wird im Civilrecht in Ansehung der Wirkungen dem dolus gleichgestellt«. Auf S. 354 n. 10 nimmt er die Gleichstell. bezügl. der Infamia aus, auf S. 348 n. 1 aber verwirft er die Infamia als Folge der Verurtheil. wegen culpa lata nicht principiell.

⁶¹³ Der Nachweis bezüglich Tödtung und Brandstiftung aus lascivia ist oben geliefert. An Stelle der infamirenden actio furti, der zwar nicht famosa aber doch turpis actio de servo corrupto (l. 56 D. 17, 2 pro socio; l. 6 D. 37, 15 de obsequiis parentibus praestandis) werden ac-

Und so ist jetzt das Endurtheil über die Bedeutung des Begriffs der culpa dolo proxima für das heutige Recht und für das künftige deutsche Civilgesetzbuch möglich.

Da sich die culpa lata nur aus der eigenthümlichen Beschränktheit des römischen dolus malus erklärt, da wir im heutigen Rechte das unsittliche Motiv nirgends mehr als wesentliches Merkmal des Vorsatzes betrachten, da die infamirende Wirkung der Verurtheilung weggefallen ist, so existirt für das heutige Recht durchaus kein Grund mehr die culpa lata beizubehalten. Es wird dasselbe vielmehr in seinem gereinigten und erweiterten Dolusbegriff die culpa lata einfach absorbiren und in ihr Vorsatz und nichts Anderes erblicken. Fehlt für das ganze Gebiet des öffentlichen und Privatrechts mit Ausnahme des Strafrechts jeder Anlass dem Begriffe praktische Anwendbarkeit zu verleihen, so sieht sich das Strafrecht hie und da allerdings dazu gedrängt

tiones in factum gegeben; nicht minder an Stelle der actio doli in l. 7 § 7 D. 4, 3 de dolo malo: si misericordia (servum solveris) in factum actionem dari debere (vgl. oben S. 348). Dieselbe Handlung Seitens des sequester ausgeführt wird diesen doch schwerlich infamiren! — Freilich enthält die bei Gaius IV § 47 überlieferte formula der actio depos. in factum concepta auch die Hervorhebung des dolus malus. Man sollte also den Eintritt der Infamia in Folge der Verurtheilung erwarten. Ich weiss allerdings diesem Einwurfe nicht zu begegnen. Dass aber selbst gegen den in dolo Versirenden in vielen Fällen nur eine actio in factum gegeben wird um die infamirende Wirkung der Verurtheilung auszuschliessen, ist bekannt aus l. 11 u. 12 D. de dolo malo 4, 3; l. 28 u. 29 eod.; l. 10 § 12 D. 2, 4 de in ius vocando; l. 5 D. 37, 15 de obsequiis parentibus praestandis; vgl. l. 12 u. 13 D. 44, 7 de obl. et actionibus; l. 1 C. de jure dot. 5, 12. S. auch l. 1 § 15 D. 16, 3 depositi über das Verhältniss der a. depos. u. der actio in factum. — Für ganz schlagend halte ich endlich die Thatsache, dass bezüglich des crimen suspecti gegen den tutor, was seine Begründung anlangt, fraus und lata negligentia sich gleich stehen, eine remotio suspecti auf Grund einer levis culpa unstatthaft ist (vgl. l. 3 § 5 § 13, l. 7 § 1 D. de suspect. tutor. 26, 10), und nun § 6 J. 1, 26 de suspectis tutoribus (fast gleichlautend mit l. 9 C. h. t. 5, 43) sagt: Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam non aequae. S. darüber auch v. Vangerow, Pandekten I § 47 (S. 87 7. Aufl.); Windscheid, Pandekten § 437 n. 16 (II. S. 647. 4. Aufl.).

das mutwillige Delikt mit gelinderer Strafe zu belegen. Allein auch ihm kann es nicht beifallen und fällt es nicht bei darin eine Unterart des fahrlässigen Handelns zu erblicken. Aus dem Gebiete der culpa hat die lata negligentia definitiv auszuscheiden: an das Reich des Vorsatzes als des bewusst rechtswidrigen Willens schliesst sich unmittelbar das Reich der unvorsätzlichen Pflichtwidrigkeit, des fahrlässigen Delikts. Dass diese echte culpa unzählige quantitative Abstufungen zulässt, ist unbestreitbar; dass sie zwei qualitativ verschiedene Stufen kenne, deren Eine die culpa lata darstelle, ist ein verhängnissvoller Irrtum. Es giebt nur eine Fahrlässigkeit, wie es nur einen Vorsatz giebt.

Zweiter Abschnitt.

Der Vorsatz bei Delikten.

§ 56. I. Feststellung der Aufgaben.

Nach der Legitimation der theoretisch allein haltbaren Auffassung des rechtswidrigen Vorsatzes durch die Quellen des römischen Rechtes wende ich mich — ausser Stande die Schicksale der römischen Begriffe im deutschen Rechte an dieser Stelle eingehend zu behandeln — zur dogmatischen Erörterung des Vorsatzbegriffes. Diese Aufgabe stellt sich mir anders dar, als sie bisher gefasst wurde: theils verwickelter, theils wesentlich vereinfacht. Alte Fragen scheinen mir neu zu formuliren, neue sehe ich sich erheben, viel ventilirte verschwinden ⁶¹⁴.

⁶¹⁴ An der Spitze der reichen neueren Literatur über den rechtswidrigen Vorsatz verdienen ihrer Bedeutung wegen genannt zu werden die ausgezeichneten Abhandlungen von Grolman, Ueber die Begriffe von dolus und culpa, *Bibl. f. peñl. Rechtswissensch.* I. 1 (1797) S. 3—50; ders. *das.* I. 3 (1799) S. 71—91; und von Feuerbach, *Betrachtungen über dolus und culpa überh. und den dol. indir. insbesondere, das.* II. 1 (1800) S. 193—243 (vgl. Feuerbach's Kritik über Kleinschrod I S. 8 ff., bes. aber II S. 39 ff. u. Feuerbach's Revision II S. 48—66). Auch heute noch beachtenswert sind die Abhandlungen von Kleinschrod, *Grundbegriffe u. Grundwahrh.* I S. 96 ff. und von Klein, *A. A. d. Cr.-R.* I. 2 (1798) S. 56—66; II. 1 S. 179—285; III. 1 S. 119—136, der stark und theilweise siegreich gegen Feuerbach polemisiert. — Daran schliessen sich Konopak, Ueber dolus und culpa,

Aus zwingenden Gründen wissenschaftlicher Art löse ich zunächst die Schuldlehre und insbesondere die Lehre vom Vorsatze los von der Basis der Strafgesetze, auf die sie

das. IV. 3 S. 32--43; Thibaut, Beyträge 1802; S. 72 ff.; Gönner, Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus. 1810 (schlechte Apotheose des § 1 des Oesterr. Gesetzbuchs über Verbrechen von 1803); Kleinschrod, Grundzüge der Lehre von Zurech. der Verbrechen, N. A. d. Cr.-R. I (1816); S. 1--35; Meister, Ueber dolus indirectus, das. S. 106--123 sehr unbedeutend; Rosendaël, De dolo in delictis. Lugd. Batavor. 1817 (desgleichen); Oersted, Grundregeln (1818); S. 228 ff.; Mittermaier, Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes, N. A. d. Cr.-R. II (1818) S. 515--533; Weber, Ueber die verschiedenen Arten des Vorsatzes; das. VII (1824) S. 549--580; Michelet, De doli et culpae in iure criminali notionibus. 1824; Winssinger, Quenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa? (1824); Rosshirt, Einige Bemerk. zur Lehre vom Dolus; N. A. d. Cr.-R. VIII (1826) S. 369--395 (schlecht); Schaffrath, Doli descriptio. 1837; Mittermaier, Der sog. generelle Vorsatz; A. d. Cr.-R. N. F. 1841 S. 24--40; Luden, Abhandl. II (1840) S. 501 ff.; Bauer, Abhandlungen I (1840) S. 245--304; Zirkler in Weiske's Rechtslexikon, s. v. dolus; III. (1841) S. 466--505; v. Bothmer, Erörterungen I (1842) S. 1 ff.; Berner, Imputationslehre (1843) S. 174 ff.; ders. Theilnahme (1847) S. 66 ff.; Köstlin, Revision (1845) S. 223. 224. 214 ff.; ders. System I (1855) S. 158 ff.; Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung (1847) S. 18 ff.; Krug, Ueber dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht (1854); Temme, Ueber den unbestimmten Dolus; A. d. Cr.-R. N. F. 1854 S. 206--230; Herrmann, Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirekte Absicht insbes.; das. 1856 S. 1--39; 441--478 (m. E. die beste Abhandlung aus neuerer Zeit über den dolus); Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht I (1857); Rubo, Quae sit doli natura? (1857); v. Wick, Beiträge zur richtigen Auffassung des Vorsatzes; A. N. F. 1857 S. 572--625; ders. Ueber den Vorsatz; Gerichtssaal 1860 S. 124--150; ders. Ueber Vorsatz und Absicht, Rostock 1866; v. Wächter, Handbuch des Sächs. Strafrechts (1857) S. 411 ff. (leider unvollendet); vgl. dessen Abhandlung: Zur näheren Bestimmung des Dolus-Begriffes; Gerichtssaal 1864 S. 56--69; Hälschner, System I (1858) S. 122 ff.; Bekker, Theorie I S. 251 ff.; 379 ff.; 525 ff.; Gessler, Ueber den Begriff und die Arten des Dolus. 1860; ders. Ueber die Begriffe Vorsatz und Absicht; Gerichtssaal 1860 S. 369--387; Geyer, Erörterungen (1862) S. 1 ff.; ders. in v. Holtzendorff's Encyclopaedie I S. 672--674 u. im Rechtslexikon I S. 401--403;

bisher wenigstens von den Criminalisten gestellt war, um sie allein auf der Grundlage der Normen zu errichten. Mich nötigen dazu nicht nur die Thatsachen, dass die Schuld und der Vorsatz insbesondere vor allen Strafgesetzen da sind, also unmöglich aus diesen erst entwickelt werden können, dass der Strafgesetzgeber, ausser Stande diese Begriffe zu ändern, ihnen höchstens für das Gebiet des Strafrechts, nicht aber für das Rechtsgebiet überhaupt, durch modificirte

Seel, Zur Lehre vom rechtswidr. Vorsatze, in d. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Bayern IX (1862) S. 205—218 (vgl. dens. das. VI S. 462 ff.; VIII S. 281 ff.); Schaper, in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 185 ff.; v. Bar, Causalzusammenhang (1871) S. 30 ff.; v. Buri, Ueber Causalität (1873) S. 13 ff. — Die Dissertation von Mensing de Laurette, Diss. de dolo et culpa. Lugd. 1830, ist mir unbekannt geblieben. — Vgl. ferner Osenbrüggen, Der Dolus bei der Brandstiftung: A. N. F. 1850 S. 605—615; Köstlin, Gemeingefährl. Waarenfälschung mit bes. Berücksichtigung der Begriffe v. Dolus eventualis und luxuria; das. 1856 S. 181—213; 269—325; Glaser, Zur Lehre vom Dolus des Anstifters (1858); Gesamm. Schriften I S. 109—125; Lorenz, Dolus und culpa bei Polizei-Uebertretungen; Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern IX (1862) S. 66 ff.; Hälschner, Die allgem. strafrechtl. Bestimm. in ihrer Anwend. auf die Uebertretungen, im Gerichtssaal 1865 S. 321 ff.; Ullmann, Ueber den Dolus beim Diebstahl. 1870; Loos, Ueber den Dolus bei Uebertretungen etc., in v. Holtzendorff's Strafrechtszeitung 1870 S. 323 ff.; Schwarze, Zur Lehre vom dolus bei . . der Unterschlagung, Gerichtssaal 1871 S. 437 ff.; und endlich die Serie von Abhandlungen, die sich wesentlich auf den sog. dolus generalis beziehen v. Schwarze, in Goldtammer's Archiv X S. 217—226; 326—336; ders. das. XII S. 325—334; Krug, das. X S. 714—744; Häberlin das. XI S. 541—544; v. Buri, das. S. 753—765; 797—806; XII S. 3—10; XIV S. 608—616; 717—728; Geyer, das. XIII S. 239—246; 313—323; Goldtammer, das. XVI S. 482—489. — Dazu kommen noch die Abschnitte über den dolus in den Lehrbüchern, den Commentaren, den Motiven der Gesetzentwürfe und den Kritiken darüber und ergänzend die Literatur über Irrtum und Fahrlässigkeit. — Soweit in dieser ungemein weitschichtigen Literatur Dolusauffassungen vertreten sind, die von der meinigen principiell abweichen, habe ich mich mit ihr auseinandergesetzt (s. bes. die §§ 40 ff.). Diese Auseinandersetzung ins Detail fortzuspinnen und auf die Consequenzen der verschiedenen Grundauffassungen auszudehnen dürfte wenig Wert haben. Ich gehe deshalb im folg. Abschnitte thunlichst wenig auf fremde Ansichten ein. Gilt es doch hier lediglich die Consequenzen der Normen- und der Schuld-Lehre für den Begriff des Vorsatzes

Begriffe einen schlechten Ersatz zu geben vermag und es dann immer noch gilt die falsche gegen die echte Münze zu halten, nicht nur drängt mich der weitere Umstand, dass es ja auch vorsätzliche Delikte giebt, die keine Verbrechen sind, sondern ebenso sehr die Wahrnehmung, dass in Folge der üblichen Verbindung zwischen Vorsatz und Strafgesetzen Elemente zum Vorsatze gerechnet werden, die ihm vollständig fremd sind, somit eine Verunreinigung des Vorsatzbegriffes auf strafrechtlichem Gebiete veranlasst wird.

So erhebt sich die erste Frage: wie ist der Vorsatz beschaffen bei jedem Gattungsdelikt? wann liegt eine dolose Uebertretung jener planen Verbote der Tödtung, der Freiheitsberaubung, der Sachbeschädigung, der Aneignung fremder Sachen u. s. w. vor? Es gilt zunächst den Entschluss der Auflehnung gegen das einzelne Gesetz gefasst seitens der Gesetzesuntertanen genau festzustellen, bevor der Strafgesetzgeber uns diese Erkenntniss dadurch erschwert hat, dass er das vorsätzliche Gattungsdelikt vielleicht in Stücke getheilt und in verschiedene Strafgesetze verbaut oder seinen Verbrechensthatbestand aus einer Summe vorsätzlicher Delikte errichtet hat.

Dieser »Deliktvorsatz« ist ein durchaus einheitlicher, weil sein Begriff sich aus elementaren Merkmalen zusammensetzt⁶¹⁵. Dadurch vereinfacht sich die Untersuchung wesentlich gegen bisher: die mit so grosser Ausführlichkeit erörterte Frage nach den Arten des Vorsatzes und damit die leidigen Controversen über die Taufe dieser Arten und ihre Abgrenzung gegen einander fallen vollständig weg^{616 617}.

zu entwickeln und somit die mir unentbehrliche Vorstufe für die Lehre von der Fahrlässigkeit zu beschaffen: gilt es doch insbesondere zu prüfen, wie weit eine geänderte Fragestellung für die Lehre vom *dolus* von Nöten ist. Soweit sich aber diese Notwendigkeit herausstellt, soweit ist eine Auseinandersetzung mit den früheren Antworten auf anders gestellte Fragen ebenso complicirt als schwierig und nutzlos. S. auch die Vorrede zu Bd. I S. XI. Die Abtrennung doloser und culposer Thatbestände von einander bei Konkurrenzfällen beider Schuldarten lässt sich besser bei der Lehre von der *culpa* vornehmen.

⁶¹⁵ S. oben S. 121.

⁶¹⁶ Die Versuche solche Arten zu statuiren entspringen einem doppel-

Mit der Feststellung des Deliktsvorsatzes ist aber die Dogmatik des Vorsatzbegriffes für das heutige Recht noch keineswegs erschöpft.

ten Bedürfnisse: 1) es bietet öfter Schwierigkeit die Frage zu beantworten ob mit Bezug auf eine bestimmte Handlung *dolus* vorhanden sei; und zwar kann hier ein doppelter Zweifel eintreten: a) einmal ob eine Handlung einer Norm zuwiderlaufe und mit Bezug auf sie Bewusstsein der Normwidrigkeit vorliege oder nicht? Es handelt sich dann um die Frage, ob *dolus* oder nicht *dolus*? — b) Dann aber, wenn auch das Bewusstsein des Verbotes der Handlung den Handelnden bei derselben nicht verliess: mit Bezug auf welche Normen das Bewusstsein der Normwidrigkeit vorhanden war? Die sichere Beantwortung der ersten Frage zu ermöglichen dient die genauere Betrachtung derjenigen Fälle *dolos* Handelns, welchen man den Namen des *dolus eventualis* gegeben hat (ich verstehe darunter lediglich diejenigen, wo der Thäter *primo loco* einen erlaubten Erfolg herbeizuführen wünscht, eventuell aber die Rechtswidrigkeit für den Fall ihres Eintrittes billigt). Bezüglich der zweiten Frage soll der *dolus generalis*, den ich ganz wie Herrmann, A. d. Cr.-R. N. F. 1856 S. 23 ff. nur nicht als Art des *dolus* fasse, dasselbe leisten, wie der *dolus eventualis* bezüglich der ersten. Auch der bis zum Ueberdruße ventilirte *dolus indirectus* (von Manchen auch *dolus generalis* genannt; vgl. darüber Krug, Ueber *dolus* und *culpa* 1854 S. 8 ff.), sowie der sog. *dolus alternativus* dienen diesem und keinem anderen Zwecke. Das heisst: man formte aus gewissen *Dolus*-fällen, wo die Beweisfrage, ob und mit Bezug auf welche Norm *dolus* vorhanden war, Schwierigkeiten machte, angebliche Arten des *dolus*. Man sagte, *dolus* liegt auch dann vor, oder *dolus* liegt mit Bezug auf diese oder jene Norm vor, wenn die Handlung so und so beschaffen war. Wer kann nun noch übersehen, dass die aufgestellten »Arten des *dolus*« keine andere Bedeutung als die einer Direction für den Beweis des *dolus* haben: dass also jene Begriffe für das materielle Recht gar keine Bedeutung, sondern nur für das formelle, für das Beweisrecht besitzen? Liegt doch ihr ganzer Unterschied von einander und vom sog. *dolus determinatus* darin, dass beim letzten ein Zweifel, dass und mit Bezug auf welche Norm *dolus* vorhanden sei, nicht aufsteigt, während sich bei jenen dieses »ob« oder dieses »mit Bezug worauf« in verschiedener Weise verbirgt. In dieser ihrer Funktion nun für den Beweis des *dolus* möchte ich den »*dolus generalis*« und den »*dolus eventualis*« in dem oben fixirten Sinne nicht unterschätzen. Da sich aber die Beweisschwierigkeiten in jenen beiden Gruppen des *dolus* erschöpfen, so halte ich jede Aufstellung von weiteren Gruppen, als *dolus alternativus*, *dolus generalis* im verbreiteten Sinne, für nicht nur überflüssig, sondern für dem Zwecke der Erleichterung der Beweisfrage

Grössere Gegensätze in der Gestaltung des positiven Rechts als sie zwischen dem römischen Strafrechte der endenden Republik und der Kaiserzeit einerseits und den modernen Strafgesetzbüchern andererseits bestehen, lassen sich kaum vorstellen. Hier eine geschlossene Phalanx scharf ausgeprägter, durch wohlerwogene Ausdrücke der Kunstsprache vollständig dargestellter abgeschlossener Verbrechensbegriffe: dort ausgenommen beim *furtum* gar keine Versuche und gar kein Bedürfniss zu Verbrechensbegriffen wirklich zu gelangen: das ganze Recht eine Summe kasuistischer, unvollstän-

zuwidergehend. — Den ganzen »scholastischen Kram« über Bord werfen möchte Zachariae bei Goltdammer III S. 302; ihm wenig hold sind Berner, Lehrbuch § 93 n. 1 und v. Bar, Causalzusammenhang S. 46 ff. Eine gesunde Opposition gegen den »unbestimmten Dolus« bei Luden, Handbuch I S. 247; Temme, A. d. Cr.-R. N. F. 1854 S. 206 ff.; Osenbrüggen, Brandstiftung (1854) S. 196 ff. S. darüber auch Hälschner, System I S. 140. — 2) Einem ganz anderen Bedürfniss entspringt die angebliche Scheidung des dolus in die Arten des affektvollen und nicht affektvollen dolus. Zum Behufe der Strafzumessung ist es von Interesse Intensitätsmerkmale der dolosen Handlung zu finden: und um diess zu erreichen, theilt man nicht den dolus, sondern seine Entstehungsgeschichte in zwei Arten ein um Beweismittel für eine grössere oder geringere Strafbarkeit des dolus zu erhalten. Die Aufstellung von Quantitätsdifferenzen der Strafbarkeit doloser Handlungen gleicher Art ist aber doch wahrlich nicht identisch mit der Zerlegung des dolus in Arten. — Wenn aber auch eine solche Zerlegung des dolus verworfen werden muss, so ist dankbar anzuerkennen, wie wertvolle Aufschlüsse über das Wesen des dolus uns die Literatur über seine angeblichen Arten verschafft hat.

⁶¹⁷ Wenn Berner, Lehrbuch § 93 n. 1 an der Spitze seiner Doluslehre bemerkt: »Auf der Erkenntniss der Begriffe Vorsatz, Absicht und Zweck und ihres subjektiven und objectiven Zusammenhanges ruht das tiefere Verständniss des Begriffs der Handlung und die fruchtbare Erforschung der Lehre vom Thatbestande . . . Diese Begriffe werden bleiben, selbst wenn die Zukunft alle weiteren Einteilungen über Bord werfen sollte«, so möchte ich dem entgegenhalten, dass ich weder bei der Lehre von der Handlung, noch bei der von dem Deliktadokus der Begriffe Absicht und Zweck Begriffe benötige, und dass ich mich von dem dogmatischen Werte des Zweckbegriffs und des Gegensatzes von Vorsatz und Absicht für die Doluslehre in keiner Weise überzeugen kann

diger, ausdehnungsbedürftiger und höchst dehnbarer Mischstrafgesetze: hier ein Rechtstheil, der im Gefühl seiner Geschlossenheit sich gegen Civilrecht und Staatsrecht, gegen Verwaltungsrecht und Prozess fast schroff abschliesst; dort eine Summe lose verbundener Rechtssätze, die ihren Beruf den übrigen Rechtstheilen Strafschutz zu gewähren auf Schritt und Tritt an der Stirne tragen, sich deshalb unselbständig an Privatrecht und Staatsrecht anlehnen, und überall des engsten Zusammenhangs mit den weit vollkommeneren Theilen des römischen Rechts sich bewusst bleiben. Ein römischer Jurist, gefragt ob der *dolus malus* bei strafbaren Delikten vielleicht ein anderer sei, als der *dolus malus* bei Delikten überhaupt, würde den Sinn dieser Frage gar nicht zu erfassen vermocht haben. Für das Recht der Gegenwart dagegen ist die Frage nach der Identität oder der Verschiedenheit von Delikts- und Verbrechensvorsatz um so bedeutungsvoller, als ja die jüngste Geschichte der deutschen Strafgesetzgebung zur Genüge beweist, wie mehrfach der Verbrechensvorsatz sich in wesentliche Opposition gegen den Deliktsvorsatz gestellt hat. Auf diesem Wege der Umgestaltung des Deliktsdolus in einen davon wesentlich verschiedenen Verbrechensvorsatz durch die Autorität des Isolierungslustigen Strafgesetzgebers allein können wirkliche Arten des Vorsatzes entstehen, wenn nicht die Differenz so bedeutend wird, dass zwei ganz verschiedene Dinge nur noch den Namen gemein haben.

So ist jene Frage identisch mit der anderen, ob unser Recht Arten des Vorsatzes kennt: genauer gesprochen: ob der so unzähligen Verbrechensbegriffen wesentliche Vorsatz etwas anderes sei als das Wollen eines Delikts bei Erkenntniss seiner sämtlichen Deliktsmerkmale, insbesondere des Verbotenseins der Handlung. Zwingt die Erfahrung diess zu bejahen, dann gilt es die unterscheidenden Kriterien des Verbrechensvorsatzes vom Deliktsdolus scharf zu bezeichnen. Führt die Forschung dagegen zur Verneinung jener Verschiedenheit, dann nötigt die erkannte Gleichheit in einer grossen Zahl von Fällen Bewusstseins- und Willensmomente,

die bisher unbestritten als Bestandtheile des Verbrechensvorsatzes angesehen wurden, aus diesem auszuschneiden und sie, wie z. B. das Bewusstsein, dass man einen Ascendenten erschlägt oder einen Descendenten bestiehlt, als ganz ausserhalb des dolus stehende durchaus selbständige Strafbarkeitsmerkmale zu betrachten. Hier und da tritt auch der umgekehrte Fall ein, dass der Vorsatz bisher nur unvollständig erfasst worden ist und einer Kompletirung bedarf.

Diese eben als möglich bezeichnete Entstehung von Arten des Vorsatzes kann dadurch fortgesetzt werden, dass der Gesetzgeber auch nicht einen einheitlichen Verbrechensvorsatz festhält, sondern vielleicht den Vorsatz bei sog. Polizei-Übertretungen in anderem Sinne fasst als den Vorsatz bei Verletzungs- und Gefährdungsverbrechen.

Der eminente praktische Wert der Untersuchung nach solchen Arten des verbrecherischen Vorsatzes wird von Niemandem geleugnet werden; die praktische Bedeutung der weiteren Untersuchung, ob Delikts- und Verbrechensvorsatz identisch seien, ist aber mindestens ebenso gross als ihre wissenschaftliche. Denn sind Letzterem mehr Merkmale eigentümlich als dem dolus bei Delikten, so wird die Praxis zweifellos der Versuchung unterliegen vielfach den Deliktsvorsatz zum Verbrechen genügen zu lassen, also dem Willen des Strafgesetzes entgegen zu strafen. Verlangt umgekehrt der Strafgesetzgeber zum Verbrechensvorsatz weniger, als zum Deliktsvorsatz erforderlich ist, so wird die Praxis leicht freisprechen, wo strafen Pflicht wäre. Decken sich dagegen Delikts- und Verbrechensvorsatz, so hat der Strafrichter einen erwünschten Anhalt mehr zur Antwort auf die oft recht schwierige Frage, ob das Nichtvorhandensein irgend eines Bewusstseinsmoments die Entstehung des dolus unmöglich mache oder nicht, und die Handlung somit unter den Begriff der dolosen oder aber der kulpösen Delikte einzureihen sei?

Um so bedauerlicher ist die Erschwerung jener Prüfung sowohl bei Delikten als bei Verbrechen durch die gesetzgeberische Sitte geworden die Normen in den wichtigsten Fällen grade nicht mehr zu formuliren. Bringt sich der Gesetzgeber nicht

zur Klarheit, was er verbieten will, so ist die Wissenschaft unschuldig, wenn sie nicht mit vollster Genauigkeit die wesentlichen Bestandtheile des jenem Verbote widerstrebenden Vorsatzes anzugeben weiss.

Dazu gesellt sich eine zweite Schwierigkeit bezüglich des *dolus* bei Verbrechen. Vielfach empfindet der Strafgesetzgeber das Bedürfniss gar nicht, Bewusstseinsmomente, die zum *Dolus* vielleicht auch seiner Ansicht nach nicht gehören, äusserlich in der Sprache von ihm zu trennen. Es wird ihm oft bequem sein mit »vorsätzlich« und »absichtlich« nicht nur das Requisit des Vorsatzes, sondern ausserdem Bewusstseinsmomente als erforderlich zu bezeichnen, die zu jenem zwar nicht gehörig sind, bei deren Fehlen aber eine bestimmte Strafsatzung nicht Anwendung finden soll. Die Bequemlichkeit führt dann zum schwankenden Sprachgebrauch und dieser leicht zur Verkennung der allgemein wesentlichen Merkmale des Verbrechensvorsatzes.

So wenig nun der Strafgesetzgeber gezwungen sein kann den Deliktsvorsatz als *noli me tangere* auch für das Verbrechensgebiet zu betrachten, so verhängnissvoll muss für das ganze Strafrecht sein Entschluss werden ein Merkmal desselben, etwa das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Willens-Inhaltes, fallen zu lassen. Sofort entsteht nemlich eine völlige Verschiebung der beiden Schuldarten in ihrem Verhältnisse zu einander; eine Masse kulpöser Delikte rückt in die Reihe der vorsätzlichen Verbrechen ein: die beiden »kriminellen Schuldarten« verlieren dann jeden tiefgehenden Unterschied, ja unter dem Gesichtspunkt der Dogmatik wird die Aufrechterhaltung ihrer Trennung gradezu sinnlos⁶¹⁵; und grade da, wo der Gesetzgeber Strafbarkeit und Straflosigkeit durch scharfe Grenzziehung von einander abscheidet, ignoriert er die wichtigsten Strafbarkeitsmerkmale, die überhaupt existiren: den überhebenden, das Recht wissentlich verletzenden Trotz in seinem Gegensatze zu dem Willen,

⁶¹⁵ S. oben S. 153 ff.

der zwar gleichfalls das Verbotene, aber das Verbotene nicht als solches will.

Es müssen zwingende Gründe für den Gesetzgeber sein, die ihn zu solchen Modifikationen des Vorsatzbegriffes veranlassen, und zwingende Gründe für unsere Annahme im Einzelfalle, der Gesetzgeber habe von seinem Abänderungsrechte Gebrauch gemacht. Wo sich diess nicht stricte beweisen lässt, ist als feststehend anzunehmen, dass der Verbrechensvorsatz wenigstens kein wesentliches Merkmal des Delikts-Vorsatzes hat fallen lassen.



II. Der Delikts-Vorsatz.

§ 57. A. *Genauere Begriffs-Bestimmung.*

Weil der Wille zeitlich der That voraufgeht und viele scheinbar reellen Entschlüsse unverwirklicht bleiben, glaubt wohl auch die Wissenschaft den Willen abgesehen von seiner Bethätigung zum Objekte der Betrachtung machen zu können. Wäre diess möglich, so müsste sich auch hier beantworten lassen, wann ein bestimmter Deliktsvorsatz gefasst sei, möchte nun der Entschlossene gehandelt haben oder nicht. Allein nähere Prüfung zeigt, dass diess nicht angeht. Ist der Wille nichts Anderes als die Ursache im Menschen, so ist jeder wahre Wille thätig, und lässt sich gar nicht anders denn als Quelle eines Geschehenen betrachten: keine Ursache ist ohne ihre Wirkung, kein Vorsatz ohne ihm folgende Handlung zu denken und zu verstehen. Die juristische Natur dieser Handlung festzustellen — und nur zu diesem Zweck — ist der Richter genötigt auch den Willen, dem sie entsprang, zu ergründen. Die Dolusfrage ist deshalb eine ganz andere als die rein psychologische, ob Jemand, wie man sagt, entschlossen sei ein bestimmtes Delikt künftig zu begehen, — eine Frage, die sich nebenbeigesagt gar nicht beantworten lässt: denn nur die That beweist den Entschluss und ihre Beschaffenheit seinen Inhalt; sie ist

vielmehr identisch mit der Frage nach einer bestimmten Eigenschaft einer vergangenen Handlung: sie erhebt sich nur nach der That und wendet sich forschend zu deren Quelle; sie enthält die Aufgabe einer Vergleichung zwischen dem, was geschah, und dem, was in der Vorstellung des Wollenden enthalten war⁶¹⁹.

Will man den *dolus* untersuchen, bevor er zur That ward, so untersucht man eine Schale durchaus unfassbaren Inhaltes, und bemüht sich die Quelle einer noch ganz ungewissen Zukunft anzuschöpfen. Man bedenkt nicht, dass die Dunkelheit der Zukunft diese ihre präsumtive Quelle mitrüben muss, und dass man sich das Objekt der Forschung selbst mutwillig verdirbt⁶²⁰. Der ganze sog. unbestimmte

⁶¹⁹ Einen principiell andern Ausgangspunkt müssen alle Diejenigen einnehmen, die wie v. Wächter, Gerichtssaal 1864 S. 57, den Putativdolus und den wirkl. Dolus nicht scheiden und mit ihm der Ansicht sind: »Der Dolus wird durch die Vorstellung, die sich der Wollende vom Sachverhalt machte (durch sein wirkliches oder vermeintliches Wissen) und durch den Inhalt des Willens, nicht durch die Uebereinstimmung des Willens mit dem wirklichen Sachverhalt bestimmt«. Es giebt aber keinen Inhalt des Willens, der dem wirklichen Sachverhalte nicht entspräche. Vgl. oben § 38. Jener Standpunkt führt aber leicht noch zu einem andern Irrthum. Verlässt man den richtigen Weg komparativer Betrachtung des Geschehenen mit dem bewussten Willen des Thäters und versucht diesen zu fixiren vor Beginn seiner Bethätigung, so überträgt man leicht die Deutlichkeit der späteren That auch als Postulat auf den Vorsatz, dem sie entspringt, und denkt, dieser müsse jener ganz in der Treue und Vollständigkeit entsprechen wie eine Photographie ihrem Urbilde. S. dagegen auch v. Bar, Causalzusammenhang S. [S.] 31. Sofort gerät man gegenüber den Fällen des sog. *dolus generalis* und *eventualis* in Verlegenheit und glaubt in ihnen Abweichungen von der normalen Gestalt des Vorsatzes erblicken zu müssen, während die Verlegenheit nur der Wahl des falschen Standpunktes entspringt. Es lässt sich beim sog. *dolus event.* vor seiner Bethätigung gar nicht sagen, ob *dolus* vorhanden ist oder nicht, und beim *dolus generalis* ebensowenig, welches Verbrechen *dolus* gewollt wird: hat der Thäter gehandelt, dann lässt sich fragen, ob die Handlung in einem Dolus ihre Quelle findet oder nicht?

⁶²⁰ Sehr lehrreich hierüber ist Krug's Schrift, Ueber *dolus* und Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. II.

Vorsatz ist ein künstliches Produkt dieser Verrückung des richtigen Standpunktes⁶²¹: es kann keinen unbestimmten Vorsatz geben, und ich soll den praktischen Fall noch kennen lernen, wo die Bestimmtheit des historischen Vorgangs der That in ihrer Quelle gefehlt hätte. Nur da man nicht Skrupel und Zweifel des Thäters, die ganz außerhalb des Vorsatzes liegen und diesen ganz unberührt lassen in ihn hinein legen.

Das gesammte Gebiet des Verbotenen nun wird erschöpft von einer Anzahl inhaltlich verschiedener Normen: so viel ihrer sind, so viel verschiedene Gattungsdelikte giebt es; so viel Gattungsdelikte, so viel verschiedene Vorsätze giebt es, keinen mehr und keinen weniger⁶²²: der Delikts-Vorsatz bei allen dolosen Uebertretungen eines und desselben Verbotes oder Gebotes ist unwandelbar einer und derselbe, mit dem Strafgesetzgeber auch noch so viele verschiedene Verbrechen aus dem Gattungsdelikte geformt haben.

Eine Handlung läuft nun entweder einer bestimmten Norm zuwider, oder sie ist überhaupt nicht unerlaubt. Eine Handlung aber kann nur einem Verbote widersprechen: werden mehrere Verbote übertreten, so liegen mindestens so viele Handlungen vor als Verbote verletzt sind. Eine Handlung endlich darf ein Verbot nur einmal übertreten: mehrmalige Uebertretung ist gleichbedeutend mit mehrmalige Handeln. Nur mit Bezug auf je eine Handlung in des Wort strengster Bedeutung lässt sich die Frage aufwerfen: geschah

culpa; vgl. bes. S. 5 ff.; S. 23 ff.; S. 47 und 48. — Auch Herrmann's feine Ausführungen über die Absicht (A. d. Cr.-R. 18 S. 21 ff. und 441 ff.), die der Wahrheit so nahe kommen, erreichen sie nur wegen Verschiebung des Standpunktes der Betrachtung nicht

⁶²¹ Luden, Handbuch I S. 251 sagt zwar treffend: es sei »schlechterdings unmöglich, dass die Absicht durch den Erfolg anders werde, als sie vorher gewesen«; aber ihr wahrer Inhalt wird erst durch die That für uns erkennbar.

⁶²² Insofern ist der Satz Herrmann's, A. d. Cr.-R. N. F. 18 S. 20 richtig: »Der Dolus ist eine besondere Art von Dolus nicht kraft einer Eigentümlichkeit, die er als Entschluss, sondern kraft einer solchen die er als Vorstellung und Verstandesthätigkeit an sich trägt«.

sie vorsätzlich? Der ungenaue Sprachgebrauch, wonach nur allzuoft mehrere zeitlich zusammenhängende Handlungen desselben Thäters, von denen die Eine etwa dem Verbote der Gesundheitsverletzung, die Andere dem der Tödtung zuwiderläuft, als eine Handlung bezeichnet werden, führt nur zu leicht zu der Fragestellung: ob diese Handlung vorsätzlich verübt sei, und die Antwort wird dann halb wahr halb falsch sein.

Ferner ist jene Frage nur möglich mit Bezug auf die Eine Norm, wodurch die vorgenommene Handlung verboten ist. Denn jene That verletzt kein weiteres Verbot als nur grade das gegen sie gerichtete: sie kann also auch keine weitere Norm bewusstermassen verletzen. Durch einen Diebstahl kann der Verbrecher nie dem Verbote der Freiheitsberaubung zuwiderhandeln, weder bewusst noch unbewusst. Verletzt also der Delinquent nicht mit Bewusstsein die Norm, unter welche seine Handlung fällt, so ist sie überhaupt nicht bewusst normwidrig. Desshalb ist die Definition, Vorsatz sei das bewusste Wollen von etwas Unerlaubtem, nicht genau genug. Wer widerrechtlich zu tödten glaubt, während er nach einem Strohmanne schießt, durch den Schuss aber unvermutet einen Brand erregt, hat mit dem Bewusstsein der Widerrechtlichkeit rechtswidrig gehandelt, und ist doch kein doloser Brandstifter.

Danach lässt sich schärfer als bisher definiren: Ein Delikt ist vorsätzlich, wenn ein Handlungsfähiger sich das von ihm Bewirkte als im Widerspruch stehend zu der Norm, welcher es unterfällt, vorgestellt und gewollt hat⁶²³. Der Vorsatz charakterisirt sich als das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruchs zu der Norm, unter welche sie fällt. Wie es ohne Kenntniss der Norm keine Zurechnungsfähigkeit⁶²⁴, so giebt es auch ohne

⁶²³ Ich werde vermeiden, „Absicht“ als Synonymum des Vorsatzes zu gebrauchen; ihre Bedeutung wird sich am Ende des folg. Abschnittes ergeben.

⁶²⁴ S. oben S. 55 ff.

sie natürlich keinen Vorsatz. Dass dieser nicht nur den *dolus malus*, sondern auch die *culpa lata* des römischen Rechtes umfasst, ist im vorigen Abschnitte bewiesen.

Nach der gegebenen Definition gewinnt es den Anschein, als gliche der vorsätzliche Delinquent grade durch die Subsumtion seiner Handlung unter die entsprechende Norm dem Richter, der auf der einen Seite das Gesetz, auf der andern die bewiesene Handlung des Angeklagten beide aufs Genaueste mit einander vergleicht um festzustellen, ob sie sich decken oder nicht. Allein solche absichtliche und bewusste Subsumtionsthätigkeit, welche des klar erfassten Gegensatzes zwischen einem scharf formulirten Rechtssatze einerseits und der Handlung eines Individuums andererseits stets eingedenk bleibt, darf man vom vorsätzlich Handelnden grade nicht verlangen: er kann sie vornehmen, er braucht es aber nicht. Häufiger wird er sich den Rechtssatz, den zu übertreten er plant, gar nicht formuliren und grade deshalb zu einer solchen bewussten Subsumtion nicht gelangen können: vielmehr wird er sich meistens eine bestimmte deliktische Handlung als vorzunehmend vorstellen, deren sämtliche Deliktsmerkmale, insbesondere deren Rechtswidrigkeit von seiner Vorstellung umfasst werden müssen, soll anders sein Entschluss zum Vorsatze werden.

Indem aber der den Vorsatz Fassende eine widerrechtliche Handlung in allen ihren Delikts-Momenten begreift, subsumirt er sie unwillkürlich unter die Handlungsart, deren Vornahme die betreffende Norm verbietet, und indem er dieser Handlungsart richtig das Attribut der Rechtswidrigkeit giebt, stellt er sie unwillkürlich unter die Norm selbst.

Weil aber diese unwillkürliche Subsumtion leicht übersehen wird und deshalb die oben gegebene Definition des Vorsatzes Missverständnissen ausgesetzt ist, füge ich noch eine weitere Begriffsbestimmung hinzu, die mit der früheren in allem Wesentlichen übereinstimmend dem falschen Verständnisse weniger ausgesetzt ist: der Wille als Quelle eines Delikts ist Vorsatz, wenn er von der Vorstellung

der sämtlichen Deliktsmerkmale desselben begleitet war.

§ 58. B. *Vorstellung und Wille in ihrem Verhältniss bei dem vorsätzlichen Delikt* ⁶²⁵.

Aus dem Begriffe des Vorsatzes ergibt sich alsbald, dass die beim menschlichen Willen ebenso mögliche als häufige Verschiedenheit zwischen dem wahren und dem vorgestellten Willens-Inhalte bei dieser seiner Art, nämlich bei dem Vorsatze, unmöglich ist. Der vorsätzlich Handelnde kann höchstens über die Quantität, nie über die Qualität seines Deliktes irren ⁶²⁶, und da jener Intensitätsirrtum zwar von grosser Bedeutung sein kann für das Ausmaass der Strafe, ganz irrelevant aber ist für das Dasein des Deliktes, so kann es einen relevanten Irrtum im Deliktsvorsatz nicht geben: beide schliessen einander aus, während die Fahrlässigkeit den Irrtum verlangt ⁶²⁷.

Daraus ergeben sich für das Verhältniss von Wille und Vorstellung beim vorsätzlichen Delikte wichtige Folgerungen. Die Vorstellung, welche den Willen begleitet, muss ein Dreifaches umfassen:

I. Der Thäter hat sich vorgestellt, dass er wollte, und diese Vorstellung war richtig. Wer nicht weiss, dass er verursacht, kann unmöglich vorsätzlich verursachen; wer zu verursachen glaubt, während er nichts wirkt, will überhaupt nicht, also auch nicht vorsätzlich. Wann aber stellt sich Jemand vor, dass er will? Wollen ist verursachen; sich wollend vorstellen heisst also verursachen mit der Annahme der Ursachenqua-

⁶²⁵ Bekker beschäftigt sich in seiner Theorie I § 19 ex professo mit »Wollen und Wissen« und in § 20 mit der »Beschaffenheit des Wissens«. Die Ausführungen des § 20 heben aber das Resultat des § 19 auf.

⁶²⁶ Vgl. Näheres unten S. 434 ff.

⁶²⁷ Vgl. des Näheren die Lehre vom Irrtume im folg. Buche.

lität der eigenen Thätigkeit. Wie es nur einen Kausalzusammenhang giebt, so auch nur eine Vorstellung desselben. Dieser Satz widerspricht der Erfahrung insofern, als bei den Menschen sechs verschiedene Reflexionen über die kausale Natur ihres Verhaltens zu begegnen scheinen⁶²⁸. Der Thäter hält es für möglich, oder für wahrscheinlich, oder für gewiss, dass er verursachen, oder aber, dass er nicht verursachen wird: welche dieser Vorstellungen wird denn zum Vorsatz erfordert, welche anderen schliessen ihn aus? Wie oft ist nicht in dieser Weise die Frage falsch gestellt und natürlich dann die Antwort unrichtig gegeben worden!⁶²⁹ Der Thäter kann aber bezüglich der Ursachenqualität seines Verhaltens nur eine von drei Vorstellungen haben: entweder sie liege vor, oder sie fehle, oder sie sei zweifelhaft. Im letzten Falle zeigt sich ihm sein Verhalten in doppeltem Lichte, und da er trotzdem dieses zweideutige Verhalten wählt, will er es bewusstermassen für den Fall seiner Ursächlichkeit wie für den seiner Unwirksamkeit. Nach welcher Seite das Resultat auch falle, es entspricht nicht nur dem Willen sondern auch der Vorstellung seines Urhebers. Ist das Resultat ein widerrechtlicher Erfolg, so ist dieser vorsätzlich herbeigeführt: hat das Verhalten einen solchen nicht erzeugt, so fehlt es am Vorsatz und somit am Versuche. Die Annahme zweifelhafter Ursächlichkeit steht also für den Fall des Eintritts des Erfolges der Annahme, für den Fall des Gegentheils der Nichtannahme der Ursächlichkeit gleich. Ja das eingetretene Resultat ist das allein bewusst gewollte: denn sein Urheber war zwar zweifelhaft, was erfolgen würde, aber er wusste, dass von zwei vorgestellten Resultaten nur Eines wirklich werden könne: er wollte also wissentlich nur das eine Resultat, und mit dem Eintritte desselben, welches auch komme, ist sein bewusster Wille vollständig verwirklicht.

Fasst man nun das Verhältniss dieser drei Vorstellungen

⁶²⁸ Vgl. zu dem folgenden oben S. 97 u. N. 122.

⁶²⁹ S. dagegen die treffenden Bemerkungen von Geyer, Erörterungen S. 4.

der Ursächlichkeit, der Nichtursächlichkeit und der zweifelhaften Ursächlichkeit zu den angeblichen sechs Vorstellungen des möglichen und unmöglichen, des wahrscheinlichen und unwahrscheinlichen, des gewissen und des ungewissen Kausalzusammenhanges ins Auge, so zeigt sich auffallenderweise, dass jede jener drei verschiedenen Vorstellungen sich fast mit jeder dieser sechs verträgt. Es erklärt sich diess daraus, dass man Vorstellungen, welche einem Menschen gelegentlich der Beschlussfassung wohl durch den Kopf gehen, mit seiner Vorstellung von der Bedeutung seines Entschlusses verwechselt, während doch letztere ebenso wichtig ist, als erstere es nicht sind. Dass der Entschlossene öfter an dieser Verwechselung mitschuldig ist, erschwert ihre Entdeckung.

Wenn Jemand sagt, er halte den Eintritt eines Ereignisses zufolge seines Verhaltens für möglich, so widerspricht dem nicht, wenn er fortfährt, er nehme aber an, es werde nicht eintreten: es spiegelt sich dann sein Verhalten in seiner Vorstellung als ein nichtursächliches; er verneint in Wahrheit die Möglichkeit, die er eben noch zugegeben zu haben scheint, und beeilt sich nur zu versichern, dass er weit entfernt sei diese seine für ihn allerdings maasgebende Annahme für unfehlbar zu betrachten. Derselbe Ausspruch aber, der Erfolg trete möglicherweise ein, kann der Vorstellung entsprechen, die Ursächlichkeit sei zweifelhaft; der Reflektirende kommt dann über die Alternative entweder-oder auch für sich nicht hinaus. Ja, es ist nicht undenkbar, dass sich hinter jenen Worten selbst die Annahme der Ursächlichkeit versteckt: der Thäter nimmt an, der Erfolg werde eintreten; da er aber die Fehlbarkeit menschlicher Erwägung kennt, erklärt er vorsichtig ihn nur für einen möglichen. So ist mit dieser sog. Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolges juristisch gar nichts zu machen: drei rechtlich verschiedene Vorstellungen bezüglich der wirkenden Kraft der That können sich hinter dieser Maske verbergen.

Ganz analog verhält es sich, wenn Jemand die sog. Vorstellung von der Unmöglichkeit oder Gewissheit des Erfolges zu haben vorgiebt. Er behauptet, es sei undenkbar,

dass seine That Tödtungsursache werde oder aber dass sie es nicht werde, und er fährt vielleicht in demselben Atem fort: sollte aber der Schuss doch tödten oder statt zu tödten nur verwunden, so wolle er auch damit zufrieden sein. Jene beiden scheinbar kontradiktorischen Ausdrucksweisen bezeichnen also nur in höchst inkorrektter Form eine und dieselbe Vorstellung: nämlich die zweifelhafter Ursächlichkeit. Hielte der Ueberlegende wirklich fest an der angeblichen Vorstellung der Nichtursächlichkeit, so könnte er unmöglich fortspekuliren: sollte aber der Erfolg doch eintreten, so soll er mir recht sein. Denn diesem Satze liegt die Vorstellung der Ursächlichkeit zu Grunde⁶³⁰.

So gilt es die Schale jener falschen Ausdrucksweisen zu durchdringen und sich davor zu hüten die Beweisfrage, ob der zu Beurtheilende die Vorstellung der Ursächlichkeit seines Verhaltens hatte oder nicht hatte oder ob er darüber zweifelte, lösen zu wollen auf die ungenügende Auskunft hin, er habe den Erfolg für möglich oder für unmöglich oder für gewiss erachtet.

Jener Fall, wo der Handelnde über Ursächlichkeit oder Nichtursächlichkeit seiner Handlung z. B. über deren Tödtlichkeit zweifelt, weist uns zum ersten Male auf ein eigenthümliches Verhalten der Vorstellung zum Wollen hin, welches beim bewussten Willen überhaupt und beim Vorsatze insbesondere häufig Platz greift. Da immer nur gewollt war, was geschah, und da die projektirte Handlung doch stets nur die eine Vorstellung verwirklichen, nur tödtlich oder

⁶³⁰ Es ist üblich geworden, von Demjenigen, der einen Erfolg nicht gradezu herbeiführen will, zu sagen, er billige ihn für den Fall seines Eintritts. Dieser Sprachgebrauch ist ebenso bequem als unschädlich, sofern man nur beachtet, dass jene »Billigung« durchaus nicht bedeuten soll, der Erfolg entspreche den Wünschen des Thäters: sie will vielmehr nur besagen, der Thäter zweifele über Ursächlichkeit oder Nichtursächlichkeit seiner That, und nehme sie dennoch vor; die angebliche »Billigung« des eingetretenen Erfolges ist identisch mit dem Urtheile, dass dem Handelnden die Vorstellung der Ursächlichkeit seines Handelns nicht gefehlt habe.

nicht tödtlich sein kann, so ist hier immer nur die eine Seite der Alternative und sind nicht beide gleichmässig gewollt; es konkurriert in diesem Fall vielmehr stets das Wollen der Einen und das Nichtwollen der Andern, während dem Willensträger vielleicht beide Theile der Alternative weil gleich erwünscht auch als gleich gewollt scheinen. Jene Vorstellungsalternative ist nun entweder die von Ursächlichkeit oder Nichtursächlichkeit (Tödtlichkeit oder Unwirksamkeit), oder von Ursächlichkeit für das Eine oder für das Andere (für Tod oder Körperverletzung), oder von Ursächlichkeit nur für das Eine oder auch für das Andere (für Sachbeschädigung oder auch für Körperverletzung) ⁶³¹.

Stellt man sich nun in solchen Fällen auf den Standpunkt des eingetretenen Erfolges und untersucht, ob diesem ein bewusster Wille entspricht, so zeigt sich, dass die Handlung mit dem Bewusstsein ihrer Ursächlichkeit vorgenommen worden ist, dass der sie erzeugende Wille somit allen Anforderungen an den bewussten Willen genügt, und dass er sich in Nichts von dem Falle unterscheidet, wenn der Thäter sonder Zweifel über die Ursächlichkeit seines Vorgehens gehandelt hat. Jene Alternative der Vorstellung hindert also das Zustandekommen eines bestimmten Verursachungsvorsatzes mit Nichten, und die Unsicherheit des Thäters darüber, ob er verursachen wird oder nicht, theilt sich dem wirklichen Verursachungswillen in keiner Weise mit. Wenn auch der bewusste Wille ohne Vorstellung von der Ursächlichkeit des Verhaltens undenkbar ist, so ist doch durchaus nicht erforderlich, dass jene Vorstellung allen Zweifel überwindend allein herrsche.

Grade die bisher besprochene Alternative der Vorstellung liegt in den Fällen des sog. *dolus eventualis* vor. Jemand zweifelt, ob seine Handlung einen erlaubten oder einen un-

⁶³¹ Untersucht man diese 3 Alternativen auf ihre Verschiedenheit genauer, so zeigt sich freilich, dass die 2. und die 3. nur Komplikationen der ersten darstellen, dass es sich also stets nur um Ursächlichkeit oder Nichtursächlichkeit, sei's überhaupt, sei's für bestimmte Erfolge handelt.

erlaubten Erfolg herbeiführen wird. er wünscht zwar jenen, handelt aber darauf los auch auf die Gefahr hin letzteren zu verursachen.

Der Dolus unterscheidet sich hier in gar keiner Weise von dem sog. dolus determinatus, bei welchem der Thäter den Eintritt des unerlaubten Erfolges bestimmt erwartet. Daraus ergibt sich eine wichtige Konsequenz für die Frage nach dem Versuche beim sog. dolus eventualis. Wenn der Jäger zweifelt, ob, was sich im Busche regt, ein Wild oder ein Mensch sei, und trotzdem darauf los schiesst, aber fehlt, so liegt im ersteren Falle ausschliesslich eine erlaubte Jagdausnutzung vor; nur sie ist gewollt, nicht ausserdem eine Menschentödtung, und Niemand darf hier von einem Tödtungsversuche reden: ist aber wirklich ein Mensch Objekt seines Ziels, so ist der Fall genau gradeso zu beurtheilen, als hätte er dolo determinato geschossen: nur der Wunsch unterscheidet beide Fälle. Es muss dann trotz des Fehlschusses Tödtungs-Versuch angenommen werden, und es ist nicht, wie ich selbst lange geglaubt habe, nur qualificirter Versuch beim dolus eventualis möglich⁶³².

II. Der Thäter hat sich vorgestellt, was er wollte, und diese Vorstellung war richtig. Wen innerer Zwiespalt zum Handeln anstachelt, der wird sich ausdenken, welche Einwirkung auf die Aussenwelt ihn wieder mit ihm selbst in Einklang zu setzen vermöge, und diese Vorstellung hält er dann für den Inhalt seines Willens. Nur dann, wenn der Wille in Wahrheit auf nichts an-

⁶³² An der Möglichkeit des letzteren kann gar nicht gezweifelt werden: der Jäger beabsichtigt für den Fall, dass er einen Menschen vor sich hat, ihn zu tödten und nicht nur zu verwunden. Der Schuss aber wirkt nicht tödtlich. Somit ist es irrig, wenn Herrmann, a. a. O. S. 30, einen Verbrechensversuch mit seiner hypothetischen Absicht für »absolut unvereinbar« erklärt. Gessler's Gründe gegen die Herrmannische Aufstellung (Dolus S. 133) sind aber nicht durchschlagend. Ueber die verschiedenen Ansichten bezüglich dieser Kontroverse s. Geib, Lehrbuch II S. 280. 281; Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 283. 284.

deres gerichtet ist, kann nun ein Wissen vom Willensinhalt entstehen. Damit ist nicht gesagt, dass der Inhalt des Willens und der Inhalt der Vorstellung sich decken müssen, wie zwei kongruente Dreiecke. Es ist wohl möglich, dass die Vorstellung mehr umfasst, als der Wille nachher verwirklicht, und dass jene Ausdehnung der Vorstellung auf Kosten ihrer Deutlichkeit stattfand: allein was geschah, darf in seinen wesentlichen Eigenschaften nicht ausserhalb der Vorstellung des Handelnden gelegen haben. Es muss also:

1. das Objekt der Vorstellung identisch sein mit dem Objekte des Verbotes einer Norm. Mit anderen Worten: der Handelnde muss sich die von ihm zu bewirkende Veränderung in der Aussenwelt derart vorgestellt haben, dass das objektive Recht sie als Spezies einer Art verbotener Handlungen betrachten würde. Fällt das Vorgestellte nicht unter ein Verbot, so kann selbst des Thäters Irrtum, wenn man diesen nicht grade zum Gesetzes-Reformator erheben will, seine Thätigkeit nicht zu einer rechtswidrigen stempeln. Die Handlung verliert dann nicht nur das Element des Vorsatzes, sondern das der Schuld überhaupt: sie kann desshalb weder als Versuch noch als kulpöses Delikt aufgefasst werden. Es gilt diess genau grade so von den sog. Wahnverbrechen als vom sog. Versuch mit Mitteln, die zur Begehung des Delikts untauglich sind, und an Objekten, welche von der Norm ungeschützt sind⁶³³.

2. Die vorgestellte und die eingetretene Rechts-

⁶³³ Die Unterscheidung zwischen absolut und in concreto untauglichen Mitteln und Objekten ist durchaus inkorrekt. Denn die Ausdrücke absolut und in concreto untaugliche Mittel und Objekte sind ganz verschieden zu ergänzen: der erste bedeutet untaugliche Mittel oder Objekte zur Begehung des Delikts, der zweite taugliche Mittel und Objekte zur Begehung, aber untaugliche zur Vollendung des Delikts. Es giebt also nur taugliche Mittel und untaugliche Mittel; bei Anwendung Ersterer kommt es entweder zum versuchten oder zum vollendeten Delikt; bei Anwendung Letzterer bleibt das Delikt ganz aus. Das Analoge gilt von tauglichen und untauglichen Objekten.

widrigkeit müssen ferner ihrer Art nach identisch sein, also derselben Norm unterfallen. Wer sich zu einer Sachbeschädigung entschlossen hat, statt dessen aber eine Körperverletzung begeht, hat diese jedenfalls nicht vorsätzlich begangen. Wer einen Ehebruch beabsichtigend mit seiner Stiefschwester konkumbirt, die er für eine Fremde hielt, kann sich zwar eines vorsätzlichen Ehebruchs, nicht aber eines vorsätzlichen Incestes schuldig gemacht haben. Wer zu verwunden glaubt, während er tötet, hat höchstens eine kulpöse Tödtung auf dem Gewissen.

3. Weit mehr Schwierigkeit macht die Beantwortung der Frage, ob die vorgestellte und die eingetretene Rechtswidrigkeit auch speziell identisch sein müssen? Ihre Tragweite erhellt sofort, wenn man bedenkt, wie unter Anderem die ganze Beurtheilung der Aberrationsfälle von ihr bedingt ist⁶³⁴.

Bei näherer Untersuchung löst sie sich in drei Fragen auf:

a. Ist es möglich, dass sich der Wille auf eine Rechtswidrigkeit richtet, die von der Vorstellung nur ihrer Art nach erfasst wird ohne eine Spezialisierung zu erhalten⁶³⁵? Kann ich im Allgemeinen tödten oder verwunden oder stehlen oder einen Landesverrat begehen wollen, ohne dass ich irgend wie, sei's durch Bestimmung des anzugreifenden Objektes, sei es durch In-Aussicht-Nahme bestimmter Mittel eine Spezialisierung meines Vorsatzes eintreten lasse? Ein solches Wollen ist ganz undenkbar, weil mit dem Wesen des Willens in Widerspruch. Jede Ursache ist Ursache einer speziellen Erscheinung. Zunächst liesse sich ein Motiv für ein solches Wollen nicht denken; was aber keinen Entstehungsgrund hat, kann nicht

⁶³⁴ Die nähere Analyse der Aberrationsfälle als echter Irrtumsfälle bleibt der Darstellung des Irrtums vorbehalten, während bei dem sog. error in objecto, wie man ihn gewöhnlich auffasst, ein Irrtum im Rechtssinne gar nicht vorliegt.

⁶³⁵ Wenn ich in Folgendem vom Willen spreche, so verstehe ich darunter den Willen, der in der That auf Verwirklichung des Inhalts der Vorstellung gerichtet ist: den bewussten Willen.

entstehen. Wer getrieben wird zum Töden oder zur Freiheitsberaubung, dem kann nie eine Tödtung grade so gut dienen wie eine andere, und es kann ihm nicht gleichgiltig sein, wen er einsteckt. Schon die Motive des Willens treiben zu einer Spezialisirung der Absicht über das Genus der Handlung hinaus. Ferner heisst ja eine That wollen nichts anders als an irgend einem Punkte der Aussenwelt den Hebel einsetzen wollen um die vorgestellte Veränderung herbeizuführen. Das Menschenleben anders als in bestimmten lebenden Individuen angreifen zu wollen ist ebenso ein Unding, als in blanco stehlen zu wollen. Ausführbar wird dieser Scheinwille erst dadurch, dass er sich auf bestimmte Tödtungs-Ursachen oder auf bestimmte Menschen oder auf bestimmte Eigentumsobjekte richtet: denn erst in diesem Augenblick kann sich der Scheinwille in wahren Willen verwandeln.

Es zeigt sich hier nebenbei, wie unrichtig die vielfach aufgestellte Behauptung ist, Objekt des Diebstahls sei nicht konkretes Eigenthum, sondern das Eigenthum schlechtweg, Objekt der Tödtung nicht ein bestimmtes Leben, sondern das Leben. Diese Objekte existiren lediglich in der Phantasie, die Verbrechenobjekte aber fordern reale Existenz, und der rechtswidrige Wille kann sich auf Produkte der Abstraktion glücklicherweise nicht richten. Ein Narr mag der ganzen Menschheit einen Hals wünschen um ihn zu durchhauen; aber die Köpfung der Menschheit wollen kann er trotz seiner geistigen Störung nicht. Wäre Objekt der Tödtung das Leben, so wollte jeder Mörder, was jener Narr nur wünschte, und die gelungene Tödtung des Einzelnen wäre lediglich Tödtungsversuch.

b) Wenn sich nun demgemäss der Wille stets auf eine oder mehrere Spezies einer Handlungsart richten muss, so steht jetzt zur Untersuchung, wann denn die Vorstellung genügend spezialisirt gewesen sei, um Objekt bewussten Willens werden zu können? Es empfiehlt sich diese sehr schwierige Frage an der Hand eines so leicht verständlichen Delikts wie das der Tödtung oder der Sachbeschädigung zu ventiliren. Es ist verboten

die Ursache zur Vernichtung eines fremden Menschenlebens zu setzen. Die Vorstellung spezialisirt sich dann im höchsten Grade, wenn sie die rechtswidrige Vernichtung eines bestimmten Geschöpfes, welches der Vorstellende als einen Menschen erkennt, auf ganz bestimmte Art, etwa durch Arsenik oder durch den Revolver des Thäters enthält. Angriffsobjekt und Angriffsmittel sind dann vollständig bestimmt. Der zukünftige Handelnde stellt sich den Verlauf und den Erfolg seiner Handlung in durchaus fest gezeichnetem, vollständigem Bilde vor Augen! Dass die Richtung des Willens auf Realisirung einer derart spezialisirten Vorstellung diesen Willen zum Tödtungs-Vorsatz macht, ist zweifellos.

Kann dagegen Jemand auch seinen Nebenbuhler vorsätzlich tödten wollen, ohne dass er sich irgend eine Vorstellung von der Art und Weise macht, wie diese Tödtung bewerkstelligt werden soll? Genügt also die Vorstellung eines bestimmten Angriffs-Objektes ohne Spezialisirung der Angriffs-Mittel? Es muss diess entschieden verneint werden. Die Willensverwirklichung soll ja grade die Brücke schlagen zwischen dem Thäter und seinem Opfer, während Derjenige, der noch gar keine Vorstellung hat, wie er dem Leben seines Nebenmenschen beikommen kann, zur Zeit ratlos vor der tiefen Kluft steht, die sich zwischen diesem und ihm selbst öffnet. Wissentlich tödten wollen heisst Mittel und Wege wissen und wollen um diese Kluft zu überschreiten. So kann ein Tödtungsvorsatz so lange nicht entstehen, als die Vorstellung mit den Angriffsmitteln sich noch nicht beschäftigt hat.

Dagegen ist durchaus nicht nötig, dass der künftige Thäter nur eine ganz bestimmte Tödtungsart in Aussicht nehme; er kann sich mehrere vorstellen um im kritischen Zeitpunkt die geeignetste zu wählen; er kann auch — und der Schein spricht dann für einen Mangel der nötigen Vorstellung — die Reflexion über die Mittel zum Erfolg scheinbar ganz unterlassen, weil ihm die üblichen Wege zum Ziele geläufig sind, und er sich erst im entscheidenden Momente schlüssig machen will, welcher davon zu wählen sei. Die

Bestimmung des Mittels in der Vorstellung geschieht dann vorzugsweise negativ: alle aussergewöhnlichen Tödtungsarten sind ausgeschlossen, die gewöhnlichen erscheinen einstweilen gleich tauglich, bis die Umstände zur Zeit der That der einen oder andern das Uebergewicht verleihen: weil sie dem Thäter alle bekannt sind, stehen sie ihm auch ohne irgend welche angestrenzte Reflexion vor Augen; die Vorstellung entsteht so leicht, dass die Mühelosigkeit den Schluss auf Mangel der Vorstellung zuzulassen scheint. Reist aber Jemand nach der Stadt um zu sehen, ob er Mittel und Wege finden wird seinen reichen Verwandten ums Leben zu bringen, so ist der Tödtungsvorsatz ebensowenig fertig als wenn Jemand eine Tödtung plante, ohne überhaupt zu wissen, wie man ein Menschenleben vernichtet; während der Andere, der erst sehen will, ob er nicht geheim wirkende Tödtungsmittel — gleichgiltig welche — entdeckt, eventuell aber den Doleh als letztes Mittel in Aussicht nimmt, der zum Vorsatze nötigen Vorstellung nicht ermangelt.

Nun giebt es Mittel, welche den geplanten Erfolg, auch wenn man sie quantitativ noch so sehr steigert, nie herbeiführen können, welche also zum Delikt überhaupt, nicht lediglich zur Vollendung des Delikts untauglich sind. Die klarste Vorstellung eines solchen Angriffsmittels, wie z. B. sympathetischer Mittel zur Tödtung, inbrünstigen Gebetes zur Brandstiftung, genügt zum Zustandekommen eines Vorsatzes nicht; auch wenn der Wille sich auf Verwirklichung dieser Vorstellung zu richten wähnt, so will er keine Tödtungs- und keine Brandstiftungs-Handlung: es entsteht dann nur ein Putativ-Vorsatz⁶³⁶.

⁶³⁶ Gessler, Dolus S. 99 bemerkt ganz richtig: Das objekt. Recht »muss desshalb das Wollen der Herbeiführung des Erfolgs durch Thätigkeiten, welche nach den Gesetzen des Denkens und der Erfahrung ihn unmöglich hervorbringen können, von der Anwendung des solche Erfolge verpönenden Strafgesetzes ausschliessen«. Er bleibt aber nicht konsequent, wenn er das. n. 1 zufügt: »die Fälle, in welchen ein Mittel gewollt ist, durch das die Herbeiführung des Erfolgs nicht absolut unmöglich ist, bei der Ausführung aber ein anderes aus Ver-

Wenn nun aber ein wahrer Vorsatz ohne Vorstellung tauglicher Angriffsmittel nicht möglich ist, so fragt sich jetzt, ob eine solche Vorstellung zum Zustandekommen eines Vorsatzes genüge, ob also Jemand beschliessen könne, taugliche Tödtungsmittel in Bewegung zu setzen, ohne dass er sich die Menschen besonders vorstelle, welche durch Anwendung jener Mittel vernichtet werden sollen?

Es vergiftet Jemand einen Brunnen, damit die ihm bis dahin unbekannten Personen, die daraus schöpfen oder von diesem Wasser trinken werden, daran zu Grunde gehen, oder er will ein Haus mit allen Personen und Sachen, die darin sind, in die Luft sprengen, ohne dass er irgend wüsste, was dies für Personen und Sachen sind.

Die Art der Fragestellung verleitet hier leicht zu dem Irrthum, als sei das Angriffsobjekt in der Vorstellung des künftig Handelnden nur generell bestimmt. Wäre diess der Fall, so reichte die Vorstellung zur Entstehung eines Tödtungsvorsatzes in der That nicht aus: das Genus Mensch kann Niemand angreifen wollen. Allein dem ist nicht so! Es sind ganz bestimmte Personen, auf welche sich der Tödtungs-Wille beschränkt, freilich nicht kenntlich gemacht durch Namen oder persönliche Erscheinung, wohl aber durch ein bestimmtes Merkmal, welches sie von allen andern unterscheidet. Dieses Merkmal ist in dem einen Beispiel schon sofort vorhanden: die Menschen, die sich im Hause befinden, sollen geopfert werden — keine sonst; in dem andern Beispiel wird es sich erst künftig mit bestimmten Menschen, nämlich grade mit denen, die das Wasser des vergifteten Brunnens trinken werden, verbinden; aber grade diese Verbindung stellt sich der Vergifter vor, und grade auf die Menschen, bezüglich deren sie eintritt, die also dadurch vollständig spezialisirt werden, beschränkt sich sein Tödtungswille.

Ein Tödtungsvorsatz gegen *incertae personae* ist also

wechselung oder Irrtum angewendet wird, sind hiervon wesentlich verschieden«.

nicht möglich, wohl aber gegen Personen, welche nur durch ein Merkmal, das sie schon gegenwärtig oder aber erst zukünftig auszeichnet, von der grossen Masse der übrigen Menschen abgeschieden werden. Es schliesst den Vorsatz nicht aus, dass der Entschlossene zur Zeit noch nicht anzugeben vermag, wie die Menschen, die er tödten will, heissen oder aussehen; sie sind dennoch genügend gekennzeichnet um Objekte des Tödtungsvorsatzes werden zu können.

Wird durch die gesetzte Tödtungsursache ausser den in Aussicht genommenen Menschen noch eine Sache vernichtet, oder wird ein Mensch getödtet, bei welchem jenes Merkmal nicht zutrifft, so sind weder jene Sachbeschädigung noch diese Tödtung vorsätzlich, weil nicht vorgestellt. Zerschmettern also die niederfallenden Stücke des gesprengten Hauses Passanten auf der Strasse, und der Thäter hat an diesen Erfolg gar nicht gedacht, oder findet ein Kind in der Nähe des vergifteten Brunnens den weggeworfenen Giftbehälter, verzehrt den darin gebliebenen Rest als Zucker und stirbt in Folge dessen, so können diese Erfolge nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, weil sie nicht vorgestellt waren.

Dagegen schliesst es die Zurechnung zum Vorsatze nicht aus, wenn der tödtliche Erfolg unerwünschter Weise bei einer Person eintritt, die jenes vorgestellte Merkmal an sich trägt: aus dem vergifteten Brunnen trinkt beispielsweise die Braut des Thäters oder ein Freund von ihm; in dem gesprengten Hause hat sich zufällig auch sein Kind befunden; alle diese Personen umfasste die Vorstellung des Thäters: sie alle wollte er tödten. Ganz anders, wenn der Thäter annimmt, dass die von ihm gesetzte Tödtungsursache bestimmte Menschen, denen er wohl will, nicht treffen wird, und ihr Leben dennoch zum Opfer fällt: er vergiftet die Speisen seiner Stiefmutter und durch seltsames Zusammenreffen von Umständen bekommt sein eigener Bruder davon zu essen; oder den vergifteten Brunnen benutzen, wie er weiss, seine Angehörigen so zu sagen nie; für sie also ist das Gift seiner Vorstellung nach nicht mitgelegt, und zu-

fällig benutzen sie gerade am gefährlichen Tage das gefährliche Wasser. Hier liegt der eingetretene Erfolg ganz ausserhalb der Vorstellung des Thäters und ist desshalb nicht vorsätzlich herbeigeführt.

Lässt sich nun dasselbe sagen, wenn sich der Urheber eines Deliktes Art und Spezies seiner Handlung richtig vorgestellt, dagegen über den Umfang ihrer Wirkungen geirrt hat? Der Erfolg, soweit er voraussesehen war, ist hier natürlich als ein vorsätzlich verursachter zu betrachten; wie steht es dagegen mit dem Ueberschusse? Jemand glaubt leicht zu verwunden und verwundet schwer; Jemand will nur ein Haus in Brand stecken, von da aus dehnt sich aber das Feuer über eine ganze Strasse oder gar ein ganzes Dorf aus; Jemand will seinen Gegner nur auf ein Paar Stunden einsperren, vergisst ihn aber, so dass seine Haft sich über Tage erstreckt; derselbe will eine Kassette stehlen, in der er hundert Thaler befindlich glaubt, während sie tausende von Thalern birgt.

Dieser Irrtum ist keineswegs bei allen, sondern nur bei denjenigen Delikten möglich, deren Angriffsobjekt in verschiedenem Umfange verletzt werden kann. Wer wissentlich tödten will, kann zwar wohl insofern irren, als er zwei Tödtungen begeht, während er nur eine zu begehen beabsichtigte, oder auch insofern, als er den beabsichtigten Erfolg irrigerweise herbeizuführen glaubte, während es ihm nicht gelingt; allein man kann einen Menschen nicht todter machen als todt: unvorhergesehene Folgen, die eintreten, und die Handlung dennoch innerhalb der Grenzen des Tödtungs-Deliktes festhielten, sind hier ganz undenkbar. Genau so verhält es sich bei Ehebruch, Incest, bei der Befreiung eines Gefangenen, kurz bei allen Delikten, bei welchen der zur Vollendung nötige Erfolg eine Quantitäts-Differenz nicht zulässt.

Kann aber das angegriffene Rechtsgut in verschiedenem Umfange verletzt werden, und ist die Verletzung in geringerem Maasse in Aussicht genommen als eingetreten, so liegt es nahe die rechtliche Behandlung des Ueberschusses von

der Beurtheilung der Handlung, soweit sie vorgestellt war, zu trennen, die Vorsätzlichkeit bezüglich desselben zu leugnen, und ihn entweder dem Gebiete der Fahrlässigkeit oder dem des Zufalls zu überweisen, je nachdem der eingetretene Umfang der Verletzung voraussehbar war oder nicht.

Nach dieser Ansicht, zu der sich hie und da sporadische Ansätze finden, ohne dass sie irgendwie folgerichtig durchgeführt worden wäre, würde also nicht eine Handlung vorliegen, welche den ganzen eingetretenen Erfolg mit umfasste, sondern Konkurrenz eines vorsätzlichen Delikts entweder mit einem kulposen der gleichen Art oder aber mit einem casus. Es verbände sich also beispielsweise mit der vorsätzlichen leichten Körperverletzung eine fahrlässige schwere Verwundung; mit dem vorsätzlichen Diebstahl von hundert Thalern eine kasuelle Entwendung von neunhundert weiteren Thalern.

Ich spreche von einer Konkurrenz zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Delikte, weil ein Delikt unmöglich zum Theile vorsätzlich, zum andern Theile fahrlässig begangen werden kann; es kann Jemand nicht zu gleicher Zeit wissen und nichtwissen, dass er eine Norm übertritt, wenn er nur eine Uebertretung derselben im Auge hat; sobald er aber auf eine mehrmalige Uebertretung ausgeht, sobald verlässt er ja das Gebiet der Delikts-Einheit, und dann wird jenes Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit für diese verschiedenen Delikte allerdings möglich. Aeusserlich sehr ähnliche Fälle fordern desshalb eine principiell verschiedene Behandlung.

Bei allen Verbrechen gegen die Persönlichkeit, die nicht wie Raub und Erpressung zugleich die Vermögensordnung angreifen, liegen stets soviel Delikte vor, als Personen angegriffen worden sind, weil jede Person selbständige Trägerin eines von ihr unlösbaren Rechtsgutes ist, welches in ihr verletzt wurde. Verletzt nun der Thäter durch einen Schrotschuss fünf Menschen, während er sich nur die Verletzung eines von ihnen vorgestellt und darauf seinen Willen ausdrücklich gerichtet hatte, so konkurriren vier fahrlässige

Verwundungen mit einer vorsätzlichen: hat sich doch hier der Thäter nicht über den Umfang einer von ihm zu verursachenden Verwundung, sondern über die Zahl der von ihm zu begehenden Delikte getäuscht, und fällt dann doch selbstverständlich für die nicht vorgestellten Delikte der Vorsatz weg.

Verlässt aber der Thäter das Gebiet der Deliktseinheit nicht, so ist eine solche Konkurrenz unmöglich. Damit wäre schon bewiesen, dass die Annahme einer solchen in den Fällen des Irrtums über den Umfang einer Verletzung ganz undenkbar ist. Denn wer schwer verwundet, während er leicht zu verwunden glaubt, wer viel stiehlt, aber wenig zu stehlen beabsichtigte, begeht nur eine Körperverletzung und einen Diebstahl: und zu diesen einheitlichen Delikten muss auch die Schuldart einheitlich sein⁶³⁷.

So bleibt nur die Alternative übrig, entweder den Ueberschuss über den vorausgesehenen Erfolg zum Vorsatze zuzurechnen oder ihn als casus aus der deliktischen Handlung auszustossen. Entschliesst man sich zu dieser Beschränkung oder zu jener weiteren Bemessung des Delikts, so muss man diess in allen Fällen eines solchen überschüssigen Erfolges thun ganz einerlei, ob dieser Erfolg vorausssehbar gewesen ist oder nicht. Denn wer Bedenken trägt die Extreme des Erfolgs gleichfalls zum Vorsatze zuzurechnen, thut diess nicht desshalb, weil sie nicht vorausssehbar waren, sondern weil sie nicht vorausgesehen worden sind: und für diesen Mangel der Voraussicht ist Vorausssehbarkeit oder Unvorausssehbarkeit ganz irrelevant. Wer aber den Erfolg, trotzdem er nicht in vollem Umfange vorgestellt worden ist, dennoch in diesem Umfange zum Vorsatze zurechnen zu können glaubt, der erklärt jenen Vor-

⁶³⁷ Wenn der Dieb, nachdem er seinen Irrtum bemerkt, auf Aneignung des unerwünschten Mehrbetrags verzichtet, denselben also restituiert, so war zwar nicht der Aneignungsvorsatz, wohl aber der Vorsatz widerrechtlicher Besitzentziehung auf den ganzen Betrag gerichtet gewesen. — Mit den guten Bemerkungen Hälschner's, System II S. 148 über die ganze Frage scheinen mir seine Ausführungen auf S. 152 unten in Widerspruch zu stehen.

stellungsmangel für gleichgiltig in Betreff dieser Zurechnung und die Thatsache der Vorausssehbarkeit kann ihm kein Interesse abgewinnen, da er ja nicht zur Fahrlässigkeit, sondern zum Vorsatze zurechnet.

Wollte man nun jenen Ueberschuss vom Vorsatze ausschliessen und zum Zufalle ziehen, in welchem Falle er dann für die Strafzumessung ganz ausser Betracht zu bleiben hätte, so hiesse diess nichts anderes, als dass bei den vorsätzlichen Angriffen auf Rechtsgüter, welche in verschiedenem Maasse verletzbar sind, der Vorsatz nicht nur im bewussten Wollen der konkreten Verletzung, sondern im bewussten Wollen eines bestimmten Maasses der Verletzung zu bestehen hätte. Es müsste dann die Vorstellung, auf deren Verwirklichung der Wille gerichtet ist, stets auch dieses Maass in sich enthalten, sei's nun, dass nur eine bestimmte Grösse beabsichtigt würde, sei's dass der Eintritt jeder Grösse der Verletzung Billigung fände.

Allein dieses Merkmal der Quantitäts-Bestimmung lässt sich durchaus nicht mit dem Begriffe der Verursachung zusammenreimen, und grade weil der Vorsatz bewusster Wille zu verursachen ist, kann es nicht einen Vorsatz geben, der auf eine Normübertretung gerichtet und zugleich noch quantitativ beschränkt wäre. Wer beispielsweise einen Andern verwunden will, beabsichtigt die Ursache zu einer Körperverletzung zu setzen, allein er weiss, dass er den Umfang der Wirksamkeit dieser Ursache zu bestimmen nicht in der Hand hat; er mag wünschen, dass diese Wirksamkeit bestimmte Grenzen nicht überschreite, wollen kann er diess nicht, weil wer die Ursache zu einem Delikt setzen will, die Folgen dieser Ursache soweit mitwollen muss, als sie aus diesem einen Delikt nicht herausfallen.

Sehr klar ergiebt diess eine Betrachtung des Diebes, der eine Sache hohen Wertes entwendet, die er für geringwertig hält. Auf widerrechtliche Wegnahme dieser Sache ist seine Vorstellung und sein Wille gerichtet; grade sie soll dem fremden Eigentümer entzogen werden; der Wunsch, dass diese Sache tausend Thaler oder nur wenige Pfennige

wert sei, ändert an dem Willen sie wegzunehmen gar nichts; der Dieb nimmt sie, mag sie wert sein, was sie will. Genau so verhält es sich bei der widerrechtlichen Einsperrung. Der Thäter hat es vielleicht auf eine Freiheits-Beraubung von zwei Tagen abgesehen: er glaubt den Gefangenen dann wieder selbst befreien zu können. Wer steht ihm aber dafür, dass er es wirklich vermag? Er kann krank werden oder abreisen müssen oder den Gefangenen vergessen. Wer aber einen Andern der Freiheit zu berauben beabsichtigt, der muss diess immer auf solange wollen, als dem Eingesperrten die durch ihn entzogene Freiheit in Folge seiner Handlung nicht wieder zu Theil wird. Auch hier aber können Wunsch und Vorsatz in Kollision treten: verlängern sich jene zwei Tage zu zwei Wochen, so umfasst der Wunsch nur die Tage, der Vorsatz aber die Wochen.

Die behauptete Irrelevanz solcher Quantitätsirrtümer beim Vorsatze wird noch einleuchtender, wenn man die Fälle ins Auge fasst, wo der Thäter bei seinem einen Delikte eine grössere Verletzung als die eingetretene in Aussicht genommen hat. Wäre wirklich bei diesen in verschiedener Grösse begehbaren Delikten die Quantitätsvorstellung wesentliches Merkmal des Vorsatzes und bliebe die Verwirklichung hinter jener Vorstellung zurück, so müsste die eingetretene leichte Verwundung als Versuch der gewünschten schwereren, der begangene Diebstahl geringeren Wertes als Versuch der geplanten grösseren Entwendung angesehen werden: denn der Deliktvorsatz wäre dann nur zu einem Theile verwirklicht, indem die Thatseite einem wesentlichen Merkmale nicht gerecht geworden wäre. Und doch ist ja in allen diesen Fällen der zur Vollendung der Normübertretung geforderte juristische Endpunkt vorsätzlich erreicht: eine Wunde ist absichtlich geschlagen, ein Gegenstand absichtlich entwendet: der Vorsatz ist vollständig verwirklicht, der Wunsch nicht.

So lässt sich die wichtige Regel aufstellen: wer sich seine Thätigkeit richtig als Ursache einer speziellen widerrechtlichen Verletzung vorstellt und sich dennoch zu ihr entschliesst und den Ent-

schluss realisirt, der hat diese eine Verletzung in ihrem vollen Umfange vorsätzlich herbeigeführt, sobald sie nicht über die Grenzen der beabsichtigten Deliktsart hinaus geschritten ist. Der Irrtum über die Grösse der gewollten Verletzung beeinträchtigt die zum Vorsatze nötige Vorstellung desshalb nicht, weil dieser Irrtum selbst mit dem Vorsatze nichts zu thun hat. Die Ursache zu einem Delikt vorsätzlich wollen, heisst alle Folgen jener Ursache vorsätzlich wollen, sofern sie nicht über die Grenzen jenes einen Deliktes hinausschreiten.

Ein Schritt weiter — und es erhebt sich der Zweifel, ob die Vorstellung genügend spezialisirt gewesen sei, wenn der Thäter gegen bestimmte Angriffsobjekte in einer Weise zu handeln gedenkt, wodurch je nach dem Ausfall der Handlung entweder die eine oder die andere Norm oder zwei Normen verletzt werden? Er will nach seinem Gegner mit dem Messer stechen, oder ihm mit einem schweren Ziegenhainer den Hut eintreiben ohne eine Beleidigung zu beabsichtigen. Die erste Handlung kann Tödtung oder Körperverletzung, die zweite Sachbeschädigung allein, oder in Verbindung mit Körperverletzung oder mit Tödtung werden. Erfasst der künftige Thäter diese Möglichkeiten und bejaht den Eintritt jeder von ihnen, gleichgiltig welcher, so ist der eingetretene Erfolg jedenfalls vorgestellt und als solcher gewollt: er ist dann vorsätzlich herbeigeführt. Verneint er eine der vorgestellten Möglichkeiten für seinen Willen, soll der Dolch lediglich verwunden aber nicht tödten, der abgelehnte Erfolg tritt aber doch ein, so ist er nicht als vorgestellter gewollt, also nicht vorsätzlich herbeigeführt.

Wie aber, wenn der Thäter vor seiner That diese Mehrheit möglicher Erfolge nicht bewusst gesondert und seinen Willen desshalb nicht auf einen von ihnen oder auf denjenigen, der eintreten wird, ausschliesslich gerichtet hat? Auf die Frage in diesem Umfange gestellt lässt sich eine einheitliche Antwort nicht geben: es müssen vielmehr zwei Gruppen von Erscheinungen von einander gehalten werden.

Wenn sich Jemand eine bestimmte Normwidrigkeit als zu realisirend vorstellt, seine Handlung aber die Grenzen des vorgestellten Delikts überschreitend noch in eine weitere Normwidrigkeit ausartet, welche eben grade nicht ins Auge gefasst ist, so kann gar kein Zweifel sein, dass das letzt-erwähnte Delikt der Vorsätzlichkeit ermangelt, selbst wenn sein Eintritt ausserordentlich nahe lag, also unbedingt hätte vorausgesehen werden müssen. Wer seinen Hund lediglich deshalb auf einen Andern hetzt, damit das Thier dessen Kleider zerreiße, ist nur der vorsätzlichen Sachbeschädigung, nicht aber auch der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig, wenn der Hund den zerfleischt, auf den er gehetzt wurde.

Diesen Erscheinungen steht die Gruppe der anders gearteten gegenüber, wo die Handlung je nach ihrem Ausfall die eine oder die andere Norm verletzen kann, der Thäter über ihren Deliktscharakter sich zwar klar ist, hingegen jene alternative Möglichkeit mehrerer Erfolge — ich möchte sagen — nicht ausdrücklich erfasst hat. Man erkennt sofort, dass es die Fälle des sog. *dolus generalis*⁶³⁸ sind, die hier zur Beurtheilung stehen.

Wenn sich Jemand einen bestimmten Erfolg seiner Handlung vorstellt, so kann er daneben einen weiteren eintretenden Erfolg sehr leicht auch dann übersehen, wenn der zweite dem ersten sehr disparat ist. Dagegen müssen die Erfolge sehr nahe mit einander verwandt sein, wenn Jemand eine Handlung als Ursache zu einer Veränderung vornehmen soll, welche einen von mehreren Erfolgen haben kann, und sich ihm diese Mehrheit von Möglichkeit nicht zu präciser Auffassung aufdrängt. Denn sind die Erfolge sehr verschiedenartig, so sind es auch meist ihre Ursachen, und es ist unmöglich darüber nicht zu reflektiren, ob die vorzunehmende Handlung Tödtungs- oder Notzuechts-Handlung, Unterschlagung oder Landesverrat sei, weil nicht dasselbe Benehmen taugliches Mittel zur Lebensvernichtung und zur

⁶³⁸ S. oben S. 394 N. 166. Vgl. hierzu die theilweise sehr treffenden Bemerkungen Herrmann's, A. d. Cr.-R. 1856 S. 23 ff.

Notzucht, zum Angriff auf das Eigentum und zum Angriff auf die völkerrechtliche Stellung des Staates sein kann; sollten aber auch die verursachenden Handlungen für sehr verschiedenartige Erfolge einander sehr ähnlich sein, wie denn beispielsweise dasselbe Vorgehen entweder zur Sachbeschädigung oder zur Körperverletzung zu führen vermag, so können diese Erfolge dem Thäter doch unmöglich gleich gelten, und schon die Motive seiner That müssen ja vor derselben zur Aufklärung treiben, ob er eine Sachbeschädigung oder eine Körperverletzung, eine Vergewaltigung oder einen Hochverrat begehen will.

So ist das Anwendungsgebiet des sog. *dolus generalis* ein relativ beschränktes. Es kann vorkommen:

a. wenn von zwei Normen die Eine Handlungen verbietet, welche, insofern sie eine bestimmte gesteigerte Wirkung üben, nochmals unter einer andern Norm stehen. Soweit ich sehen kann, findet diess Verhältniss nur bei den Normen wider Tödtung und Körper-Verletzung statt. Als Mittel der Tödtung fällt letztere unter das erste Verbot, dagegen steht sie unter dem zweiten, sofern sie eben nicht tödtlich wirkt und zugleich nicht tödtlich wirken soll. Unrichtig wäre das Verbot der Tödtung zu dem der Körperverletzung nur in quantitative Differenz zu stellen: denn einmal giebt es Tödtungen, die nicht durch Körperverletzungen, sondern durch psychische Einwirkungen begangen werden können; dann aber sind Körperintegrität und Leben in den Augen des Rechts ganz verschiedene Rechtsgüter, deren höheres allerdings durch Verletzung des niederen in Gefahr gebracht, ja vernichtet werden kann. Läge zwischen Körperverletzung und Tödtung wirklich nur eine quantitative Differenz vor, so müsste ja auch, da der Quantitäts-Irrtum beim Vorsatz irrelevant ist, vorsätzliche Tödtung angenommen werden, wenn Jemand eine Körperverletzung vorsätzlich begeht, die Verletzung aber einen tödtlichen Ausgang nimmt.

Damit ist auch schon die Unrichtigkeit des Versuches bewiesen die beiden Normen zu einer Generalnorm untersagter Menschenverletzung zusammenzufassen und dieser

Generalnorm einen wahren *dolus generalis* entsprechen zu lassen, der ohne Unterscheidung von Tödtung und Körperverletzung auf Menschen-Verletzung überhaupt gerichtet wäre. Denn eine solche Generalnorm könnte Tödtung und Körperverletzung nur dann umfassen, wenn lediglich ein Grössen-Unterschied zwischen ihnen bestände. Giebt es aber keine Generalnorm, so giebt es auch keinen wahren *dolus generalis*, von dem man nur sprechen kann, wenn man den Standpunkt des Rechts mit dem des Thäters vertauscht. Noch unmöglicher aber ist die Annahme eines *dolus*, in dessen Vorstellung ein ganzes Genus von Verbrechen ungesondert neben einander läge.

b. Eine solche mangelhaft sondernde Vorstellung über die alternative Möglichkeit mehrerer verbrecherischer Erfolge ist ferner dann möglich, wenn neben der Verletzung eines Rechtsgutes auch noch dessen Gefährdung verboten ist. Es kann dann Jemand sehr wohl gegen dieses Rechtsgut handeln, ohne sich die verschiedenen möglichen Ausgänge — Verletzung oder Gefährdung — in ihrer Verschiedenheit vorgestellt und ohne deshalb auf einen von ihnen ausschliesslich den Willen gerichtet zu haben. So ist im heutigen gemeinen Rechte neben der Tödtung als Lebensvernichtung auch noch die Aussetzung als Lebensgefährdung verboten. Nun kann eine unehliche Mutter in der Verzweiflung, dass ihr Entdeckung droht, ihr Kind sehr wohl aussetzen ohne zu erwägen, ob es sterben oder am Leben bleiben soll; ferner kann Jemand sehr wohl eine Ueberschwemmung stiften ohne zu reflektiren, ob durch die Fluten Menschenleben vernichtet oder nur gefährdet werden sollen. Auch hier lässt sich unmöglich eine Generalnorm formuliren, die der Thäter *dolo generali* übertreten hätte: denn Gefährdung und Verletzung sind wieder in den Augen des Rechts qualitativ, nicht nur quantitativ verschieden.

c. Aber auch wenn die beiden Normen, unter deren eine oder andere die vorgenommene Handlung fallen muss, nicht in diesem denkbar engsten Zusammenhange stehen, ist ein *dolus generalis* möglich. Der Umfang dieser Möglichkeit

lässt sich indessen nicht absolut bestimmen: denn die zum *dolus generalis* nötige Aehnlichkeit der verschiedenen möglichen Erfolge ist nicht in den Augen aller Personen die gleiche, und ebenso unterscheiden sich die Individuen durch ein verschiedenes Maass von Klarheitsbedürfniss, und grade desshalb durch ein verschiedenes Maass von Fähigkeit zum *dolus generalis*.

Sehr wohl kann aber Jemand seinen Hund in einen Fleischerladen hetzen ohne klar zu überlegen, dass dadurch entweder eine Sachbeschädigung oder aber eine Entwendung verursacht werden kann; sehr wohl kann eine Mutter unter dem Drucke der Not den Entschluss fassen, ihr Kind abzugeben ohne sich darüber aufzuklären, dass daraus entweder eine wirkliche Lebensgefährdung des Kindes oder aber eine für dessen Existenz ungefährliche Personenstandsunterdrückung resultiren wird; sehr wohl kann der Freund eines Wilddiebes sich die Hälfte eines von diesem geschossenen Hirsches aneignen ohne zu reflektiren, ob er dadurch zum Theilnehmer an der Wilddieberei oder aber zum Hehler wird u. s. w.

Da in allen Fällen des sog. *dolus generalis* die mehreren möglichen Erfolge nicht kumulativ, sondern alternativ konkurriren, da der *dolos* Entschlossene, der jene Alternative als solche nicht klar erfasst hat, nur ein und nicht mehrere Verbrechen beabsichtigt, so interessiren hier überall nur die zwei Fragen: ist der von den möglichen Erfolgen wirklich eingetretene zum Vorsatz zuzurechnen? und: wenn die Handlung im Versuchsstadium stecken bleibt, welches von den mehreren möglichen Verbrechen gilt als versucht?

Fest steht nun, dass es kein vorsätzliches Delikt giebt, es hätte denn des Thäters Vorstellung die sämtlichen Deliktsmerkmale der vorgenommenen widerrechtlichen Handlung umfasst. Genügt der sog. *dolus generalis* dieser Anforderung? Bei ihm stellt sich der Thäter die Handlung (hier inkorrekt in Gegensatz gestellt zum Erfolge) richtig vor, die er vornehmen will: er weiss, er sticht mit dem Messer, er hetzt seinen Hund u. s. w. Er will ferner diese Handlung als Ursache zu einer Rechtswidrigkeit: er stellt sich richtig

vor, dass Folgen und zwar rechtswidrige aus ihr resultiren werden; kommt ihm der Eintritt der Folge selbst unerwartet, ist z. B. sein Hund ein Feigling, den er nur hetzt, weil er glaubt, er werde nicht fassen, der aber diessmal doch gefährlich verwundet, oder soll sein Vorstoss mit dem Messer nur ein Scheinangriff sein um den Gegner zu schrecken, nicht aber ihn zu treffen, so sind die eingetretenen Verletzungen weil nicht vorgestellt zum Vorsatze unzurechenbar. Während aber eine solche Ursache immer nur eine bestimmte Folge haben kann, umschreibt der Thäter in seiner Vorstellung den Wirkungskreis seiner Handlung mit grösserer Peripherie und desshalb weniger deutlich: regelmässig steht ihm das Angriffs-Objekt klar vor Augen; die Art der Verletzung, die es erdulden wird, ist negativ fast vollständig bestimmt. Bleiben wir bei dem Beispiele des Dolchstichs! Dass daraus keine Freiheitsberaubung, keine Beleidigung, keine Beeinträchtigung der Geschlechtschre, keine Vergiftung hervorgehen wird, weiss der Thäter ohne viel darüber zu reflektiren. Nun könnte man sagen: wer eine Handlung als Ursache will und sich den Kreis, innerhalb dessen die Ursache wirken wird, auch nur negativ bestimmt vorgestellt hat, der bejaht den Eintritt jeder Folge, die nicht ausserhalb dieses Kreises liegt. Was er beabsichtigt, das ist dadurch genügend spezialisirt, dass er sich seine Handlung als Ursache, die Richtung ihrer Wirkung auf ein bestimmtes Objekt und den Kreis vorgestellt hat, innerhalb dessen jene Wirkung fallen soll. Resultirt aus der Handlung statt Tödtung oder Körperverletzung vielleicht eine Brandstiftung, so ist diese, weil ausserhalb jenes vorgestellten Wirkungskreises fallend, ja auch zweifellos zum Vorsatze nicht zurechenbar. Allein diese richtige negative Auffassung der Handlung ist nicht einmal vollständig und kann jedenfalls die erforderliche positive nicht ersetzen. Aber auch an dieser fehlt es nicht! Die Art der Verletzung ist in allen diesen Fällen von der Vorstellung positiv mitumfasst. Es findet nemlich der Thäter in seinem geistigen Inventare Gattungsvorstellungen, welche — mögen sie auch den Anforderungen an Korrektheit, die

der Logiker stellen muss, nicht voll entsprechen, — doch in seinen Augen mehrere verschiedene Deliktsmerkmale zu einer Einheit zusammenfassen⁶³⁹. Nur für das Gebiet dieser Gattungsvorstellungen ist sog. *dolus generalis* denkbar. Die Tödtung ist in den Augen des Rechts etwas anderes als nur gesteigerte Körperverletzung, die Verletzung etwas anderes als nur gesteigerte Gefährdung: nach den Vorstellungen aber, die der Thäter von Verwundung und Gefährdung hat, verwandeln sich diese qualitativen Differenzen in quantitative: sie umfassen Tödtung und Verwundung, Gefährdung und Verletzung. Verläuft also die Handlung tödtlich, oder führt sie über die Gefährdung hinaus, so sind diese Resultate von der Vorstellung des Thäters mitumfasst gewesen. Indem dieser seine Handlung als Delikt erfasst, kommt er notwendig dazu sich fälschlich seinen Gattungsvorstellungen entsprechende Generalnormen zu bilden und sich zu diesen in bewusste Opposition zu stellen. Der Richter aber ignoriert diese Bildungen und hält sich nur an die eine Thatsache, dass in dem scheinbaren *dolus generalis* des Thäters der zu seinem Delikte erforderliche *Spezialdolus* enthalten gewesen ist. Der innerhalb jenes Wirkungskreises aber wirklich gewordene eine Erfolg, etwa die Körperverletzung oder die Lebensgefährdung, darf durchaus nicht als Bestandtheil eines verbrecherischen Versuches, sondern muss als Endpunkt des vollendeten Deliktes betrachtet werden: einfach deshalb weil der Thäter sich nicht einen weiter gehenden Erfolg als ausschliesslich zu realisirend vorgestellt hat, und deshalb das Geschehene seine Absicht ganz und nicht nur theilweise realisirt. Man würde daran wohl nie gezweifelt haben, wenn man diejenigen Fälle des *dolus generalis* stets gewärtig gehabt hätte, wo das begangene Delikt z. B. die begangene

⁶³⁹ Herrmann a. a. O. S. 24 meint: »dass die Absicht in einer Allgemeinheit hängen bleibt, welche das positivrechtlich Verschiedenartige unter sich befasst« und bemerkt treffend in der Note 17 das.: »Die Verschiedenheit der Rechtsbildung kann also bewirken, dass in dem einen Lande dieselbe Absicht eine in jure bestimmte ist, welche in dem andern als generelle erscheint«.

Sachbeschädigung gar nicht als Versuch des vom *dolus generalis* mitumfassten schwereren Deliktes des Diebstahls aufgefasst werden kann: entweder muss doch stets Versuch des schwereren mitgewollten Deliktes angenommen werden, wenn nur das leichtere verwirklicht worden ist, oder aber nie: ein Drittes ist unmöglich.

Wenn nun aber die That gar nicht bis zur Vollendung eines Delikts fortgeschritten ist, wenn sie vielmehr im Versuchsstadium hängen bleibt und beispielsweise der Dolchstich nicht trifft? Dann ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst, dass das leichtere und nicht das schwerere der vom *dolus generalis* scheinbar umfassten Delikte als versucht angesehen werden muss. Es wäre doch gradezu sinnlos, wenn selbst die eingetretene Körperverletzung als Versuch der Tödtung nicht angesehen werden darf, die Handlung, die nicht einmal bis zur vollendeten Körperverletzung fortschritt, als Tödtungsversuch zu betrachten.

Grade darin, dass die Vorstellung beim sog. *dolus generalis* auch die leichtere That mitumfasst, liegt ja der Beweis, dass die schwerere nicht ausschliesslich gewollt ist, dass also der Abstand zwischen dem Geschehenen und dem Beabsichtigten, wenn selbst das leichtere Delikt unvollendet blieb, nur bis zu dessen Endpunkt berechnet werden darf⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ Gemäss der eigentümlichen Behandlung der Vergehens-Versuche im gemeinen deutschen Strafrechte muss deshalb der Thäter, dessen *dolus generalis* ein Vergehen mit straflosem Versuche (Körperverletzung) und ein Verbrechen (Todtschlag) umfasste, straflos ausgehen, wenn nicht einmal das Vergehen vollendet ist. Umfasst der sog. generelle Vorsatz zwei gleich schwere Delikte, von denen Keines vollendet wird, so kann der Richter die Verurtheilung auf jede der beiden Strafsatzungen für beide Delikte mit gleichem Rechte gründen. Bleibt es beim Versuche, während das eine Delikt Antrags-, das andere Offizial-Verbrechen ist, so kann die Strafverfolgung vom Staatsanwalt wegen des Offizial-Verbrechens, falls es nicht das schwerere ist, *ex officio* begonnen werden; andererseits verbleibt den Antrags-Berechtigten wegen des Antragsdeliktes ihr Antragsrecht; unterbleibt der Antrag, so kann nur wegen des Offizial-Verbrechens verurtheilt werden; ist dieses das schwerere Verbrechen,

Einen letzten Schritt weiter und die äusserste Grenze der Verallgemeinerung der Vorstellung als Willensinhaltes ist erreicht. Wir nehmen an, dass Jemand eine bestimmte Handlung vornehmen will, von der er zu wissen nicht vermag, ob sie Ursachen-Qualität besitzt oder nicht; er weiss noch weniger, welcher Art ihre Folgen sein werden, ob erlaubt oder unerlaubt, und wenn letzteres, welcher Deliktsart angehörig; aber grade die Räthselhaftigkeit seines Thuns reizt ihn und er will eben probiren, wohin er treibt, unbekümmert um Gedeihen oder Verderb⁶⁴¹. Kann der Erfolg zum Vorsatz zurechenbar sein? Ein Beispiel, was wirklich, nicht wie viele andere nur scheinbar jener Annahme entspreche, böte Berthold Schwarz bei Erfindung des Pulvers.

Wer aber gar nicht im Stande ist sich den Erfolg seines Thuns vorzustellen, dem fehlt mit Bezug auf diese seine Thätigkeit unbedingt die *doli capacitas*: denn jedenfalls ist er unfähig, den rechtswidrigen Erfolg, den er nicht kennt, wissentlich als solchen zu wollen. Die Gleichgiltigkeit des Thäters gegen den Erfolg kann den Mangel jeglicher Vorstellung über dessen Natur nicht ersetzen: gewollt ist der Erfolg, aber mit Bewusstsein gewollt ist er nicht; ohne solches bewusstes Wollen ist aber kein Vorsatz möglich.

Ja, nicht nur die Fähigkeit zur Fassung des Vorsatzes, sondern zur Schuld überhaupt scheint in einem solchen Falle zu fehlen. Denn Vorausschbarkeit des Erfolges seitens des Thäters ist unumgängliche Voraussetzung der Zurechenbarkeit. Die erste Pulver-Explosion konnte also nicht einmal zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden.

Dieser Mangel jeglicher Vorstellung über Art und rechtliche Natur des Erfolges ist aber ein sehr seltener Fall, der

so ist die Strafverfolgung überhaupt unstatthaft; ebenso wenn das Antrags-Verbrechen vollendet und zugleich das leichtere ist. Dagegen scheint mir nichts im Wege zu stehen, falls das vollendete Antragsverbrechen das schwerere der vom *dolus generalis* umfassten Delikte war, den Thäter wegen Versuchs des leichteren Official-Verbrechens unter Anklage zu stellen.

⁶⁴¹ S. oben S. 110.

leicht mit andersartigen verwechselt wird. Nehmen wir an, ein Chemiker experimentire darauf los gleichgiltig gegen den ihm unbekannten Ausgang des Experimentes; oder ein junger Bauer, der von Dampfmaschinen noch gar nichts weiss, drehe übermüthig und gleichgiltig gegen den Erfolg einen Krannen einer solchen auf oder drehe an einer Lokomotive eine Kurbel: aus der ersten Handlung soll eine Explosion verbunden mit Sachbeschädigung und Körperverletzung hervorgehen: aus der zweiten eine Explosion des Dampfkessels und in Folge dessen der Tod des Heizers; in Folge der dritten endlich setzt sich die Lokomotive in Bewegung, reisst den daran gekoppelten Zug mit sich, und es erfolgt nun ein Zusammenstoss mit dem auf demselben Gleise daher kommenden Schnellzuge, in Folge dessen mehrere Menschen getödtet, mehrere andere verwundet, Lokomotiven und Wagen zertrümmert werden.

Ich trage hier kein Bedenken den Chemiker wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung und Körperverletzung zu verurtheilen; denn, wenn er sich auch scheinbar über den Ausfall seiner Handlung gar keine Gedanken machte, so weiss er sehr wohl, in welcher Richtung dieselbe allein Schaden stiften kann: nemlich in der Richtung auf Menschen und Dinge in der Nähe des Laboratoriums. Dass daraus kein Angriff auf den Staat, auf die Familien- und Eheordnung, auf die Ehre u. s. w. resultiren wird, steht für ihn vollkommen fest. Wenn also der Chemiker ohne die Umgebung irgend zu warnen oder zu schützen unbekümmert darauf los experimentirt, und nun Sachbeschädigung oder Körperverletzung eintritt, so liegt dieser Erfolg durchaus nicht ausserhalb seiner Vorstellung: denn wenn er auch nicht voraussehen kann, ob solche Erfolge eintreten und ob sie unschädlich oder verderblich ausfallen, so viel weiss er doch, droht seine Handlung überhaupt Gefahr, so richtet sich diese Gefahr gegen Menschenleben, gegen Sachen oder gegen Beide.

Sehr klar zeichnet sich die Grenze zwischen vorsätzlicher Handlung und Zufall am zweiten Beispiele, wo der übermüthige Bauernbursche an der ihm generell und speziell

völlig unbekannten Dampfmaschine hantiert. Kann er überhaupt nicht voraussehen, dass seine Spielerei gefährliche Folgen haben wird, so ist er handlungsunfähig. Ist ihm die Gefährlichkeit einer geheizten Dampfmaschine unbekannt und hält er seine Thätigkeit für vollkommen harmlos, so kann ihm möglicherweise eine fahrlässige Sachbeschädigung zur Last fallen, wenn nachher der Kessel explodirt: nemlich dann, wenn ihm die Annahme völliger Ungefährlichkeit seiner Handlung durch vorhandene Indizien musste erschüttert werden, wenn während er an den Hahnen fingerte, Veränderungen an der Maschine eintraten, die ihn stutzig machen mussten. Dass ein Schaden an der Maschine durch ihn verursacht werden würde, musste er dann voraussehen, wenn ihm auch die Art und Weise, wie dieser entstehen, und der Umfang, den er annehmen würde, noch dunkel blieb. Allein der eingetretene Tod des Heizers ist ihm selbst dann nicht zur Fahrlässigkeit zuzurechnen: denn von der Gewalt gespannten Dampfes hat er ja gar keinen Begriff: dass die Beschädigung der Maschine Todesursache für ihren Heizer werden würde, diess vermochte er nicht vorauszusehen.

Eine kleine Aenderung des Falles rechtfertigt den Bauernburschen wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung zu verurtheilen. Er glaubt dann nicht fest an die Harmlosigkeit seines Handelns, er treibt seine Spielerei vielleicht trotz erhaltener Warnung fort, unbekümmert um den Erfolg, über den er aber auch nicht weiter reflektirt. Trotz dieser scheinbar unterlassenen Reflexion fehlt nicht eine bestimmte Vorstellung über den Erfolg: es ist ihm selbstverständlich, dass höchstens eine kleine Beschädigung an der Maschine zu fürchten ist; wo soll denn anders ein verderblicher Erfolg eintreten? Die wirklich gewordene Sachbeschädigung ist dann vorsätzlich herbeigeführt, der Tod des Heizers aber dem Thäter grade wegen seiner Unwissenheit unzurechenbar.

Wäre aber der Thäter durch einen Dritten auch auf die Gefährlichkeit seines Beginns für Menschenleben aufmerksam gemacht worden und hätte er nun sein Spiel verwerfen

weiter getrieben, so würde ihm auch der Tod des Heizers zum Vorsatze zuzurechnen sein.

Ganz ähnliche Unterscheidungen sind mit Bezug auf das letzte Beispiel zu machen, wo Jemand unberufener und unwissender Weise eine Lokomotive in Bewegung setzt und dadurch einen Zusammenstoss zweier Züge veranlasst. Kennt der Thäter Dampfmaschinen und insbesondere Lokomotiven noch nicht, und ist er ausser Stande seine Thätigkeit als wirkende Ursache zu erfassen, so ist er handlungsunfähig. Ist es ihm gleichgiltig, was bei dieser seiner Handlung herauskommt, so kann ihm wieder eine vorsätzliche Sachbeschädigung zugerechnet werden: keine Schuld trifft ihn aber auf Grund seiner Ignoranz und des Mangels an Vorstellung bezüglich der eingetretenen Gefährdung des Bahnbetriebes, des Zusammenstosses der Züge und der Tödtungen und Verwundungen in Folge dessen.

Und so ziehen wir das Facit dahin: Zurechnung eines Erfolges zum Vorsatz ist nur dann möglich, wenn die Ursächlichkeit der That für den eingetretenen speziellen Erfolg als solchen nicht ausserhalb der Vorstellung des Thäters gelegen hat.

c. Die bisherigen Ausführungen bedürfen nun noch einer Ergänzung durch die Beantwortung der dritten Frage: wie weit ist eine Divergenz zwischen dem eingetretenen und dem vorgestellten rechtswidrigen Erfolge nicht geeignet die Zurechnung des letzteren zum Vorsatze auszuschliessen?

Eine exacte Antwort erforderte gleichzeitig ein Eingehen auf die weitere Frage: wann durch Irrtum der Vorsatz ausgeschlossen werde? Da die Lehre vom rechtlich relevanten Irrtume bei verbotenen Handlungen erst an späterer Stelle zur Darstellung kommen wird, so kann auch die demnächst folgende Ausführung ihre Vervollständigung erst dort finden. Hier einstweilen nur so viel, dass der Thäter über nicht ein einziges Deliktsmerkmal im Irrtume gewesen sein darf, widrigenfalls der Vorsatz bezüglich dieses Deliktes wegfällt. Ferner muss das spezielle Delikt, welches er sich vorgestellt hat,

eingetreten sein: ein anderes Delikt wenn auch ganz der gleichen Art kann zum Vorsatze nicht zugerechnet werden. Wer auf A. zielt und den B. trifft, hat letzteren höchstens fahrlässig verwundet.

Es giebt aber Fälle, wo sich die Identität der eingetretenen mit der vorgestellten That bezweifeln lässt. Zur vorsätzlichen Handlung ist zu verlangen, dass der Handelnde die Ursache zum Verbrechen als solche erzeugen wollte und erzeugt habe. Die menschliche Handlung hat hierbei stets nur einen Zweck: sie soll eine der vielen Bedingungen, aus denen sich die verbrecherische Ursache combinirt, erzeugen, und diese soll sich mit den anderweitig vorhandenen oder erst nach der Handlung eintretenden zum Erfolg wirkenden Bedingungen vereinen um mit ihnen vereint die Ursache zu bilden. Von den ausserhalb seiner Thätigkeit liegenden Bedingungen kommen sehr viele, oft die meisten dem Handelnden gar nicht zum Bewusstsein. Schon diess hindert ihn vielfach sich bis ins Detail deutlich vorzustellen, wie das Netz der Bedingungen sich zur Ursache zusammenziehen und welche Masche seine eigene That ausmachen wird. Nur dass diese kausal wirkt, sieht er richtig ein. Nehmen wir nun einmal an, dass die von dem Thäter hervorgebrachte Ursache des intendirten Deliktes eine ganz andere Gestalt annimmt, als sie im Bilde hatte, welches der Handelnde sich davon entwarf: sollte diess die Zurechenbarkeit der eingetretenen Verletzung zum Vorsatze zu hindern im Stande sein? Eine Mutter will ihr Kind durch Ertränken tödten, schleudert es in den Strom, im Fallen aber zerschlägt es sich den Kopf an einem Felsen; der Auftrag des intellektuellen Urhebers lautet auf Tödtung durch Erdrosseln: statt dessen greift der physische Urheber zum Gift; der A. will seinen Feind durch einen Steinwurf verletzen: dieser sieht den Wurf, springt zur Seite und verletzt sich im Fallen; in kalter Winternacht legt der Sohn den im Wagen eingeschlafenen Vater in den Tannenwald, dass er erfriere: den Schlafenden aber zerreißen die Wölfe. Ein juristisch relevanter Irrtum kann aber in keinem dieser Fälle entdeckt werden: der Handelnde

wollte bewusst tödten, wollte bewusst verletzen: er hat die Ursache zu Tod und zu Verletzung bewirkt: er hat gehandelt mit bewusster Absicht dieselbe zu erzeugen; das beabsichtigte Resultat dieses seines bewusst rechtswidrigen Handelns muss er sich zum Vorsatze zurechnen lassen. Juristisch wesentlich wäre des Handelnden Irrtum, wenn er statt der Ursache eine Nichtursache oder statt der Ursache des eingetretenen die zu einem andern Verbrechen hätte setzen wollen und wirklich gesetzt hätte: dann könnte das Geschehene nie zum Dolus, wohl aber unter Umständen zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden. In den obigen Beispielen aber ist es wie überall auf dem Gebiete menschlichen Schaffens: wer wirken und ändern will in der Welt des Bestehenden, ruft alle seinem Unternehmen günstigen Umstände, geahnte und ungeahnte, zu Hülfe, auf dass sie sich mit seiner Arbeit zur Ursache des gewünschten Erfolges verbinden: denn Nichts leistet der Mensch, der allein auf eigne Kraft gestellt ist.

Vollkommen verträglich mit dem Deliktvorsatz ist ferner der Irrtum über die Intensität des vorgestellten einen Deliktes⁶⁴² und der Irrtum bezüglich juristisch unbedeutender Merkmale der projektirten Handlung, insbesondere ihres Verhaltens zu den Wünschen des Thäters⁶⁴³ oder ihrer Benennung⁶⁴⁴.

Da mir kein Fall bekannt ist, der für das Verhalten von Vorstellung und Erfolg bei vorsätzlichen Delikten und insbesondere für das Maass der Verträglichkeit von Irrtum und Vorsatz grade nach dieser Richtung lehrreicher wäre als der ebenso bertichtigte wie bestrittene Fall Thomas richtiger Alexander Keith vom 11. Dez. 1875, so will ich durch eine

⁶⁴² S. oben S. 418 ff.

⁶⁴³ Der Thäter will seinen Gläubiger erschliessen, hält einen armen Teufel für jenen und tödtet letzteren; er will einen reichen Mann berauben, vergreift sich aber an einem andern, der nichts hat; er will das Haus seines politischen Gegners niederbrennen, legt aber bei Nacht Feuer an das Haus seines Verwandten u. s. w.

⁶⁴⁴ Wenn Jemand sich zu einem Diebstahl anschickt, denselben aber für einen Raub hält, so verwandelt sich der Diebstahls- nicht in einen Raub-Vorsatz.

kurze Betrachtung desselben meinen theoretischen Ausführungen über diese Fragen einen praktischen Abschluss geben⁶⁴⁵. Es handelt sich freilich an dieser Stelle nur um einen einzigen, allerdings den wichtigsten Punkt: wie sind die massenhaften Tödtungen und Verwundungen von Menschen in Bremerhaven, deren Verderb dem Thomas nicht den kleinsten Nutzen bringen konnte, zu beurtheilen? Sind sie Zufall oder Handlung? Wenn letzteres: welcher Schuld entspringen sie? Alle der Fahrlässigkeit? Dann konkurriren kulpöse Tödtungen mit kulpösen Körperverletzungen? Oder alle dem Vorsatz? Wenn ja, dann fragt sich, ob dieser Vorsatz ausschliesslich Mordvorsatz war, oder ob den Körperverletzungen lediglich ein Körperverletzungsvorsatz entsprach? Im ersten Falle konkurriren mindestens soviel vollendete und versuchte Morde als Personen getödtet und verwundet worden sind: im zweiten Falle konkurriren vollendete Morde und vollendete Körperverletzungen. Endlich läge es nicht so ferne den Unterschied zu markiren, dass

⁶⁴⁵ Ich setze dabei die beiden amtlichen Berichte des Bremischen Amtes Bremerhaven v. 28. Januar und v. 25. März 1876 als bekannt voraus. Vgl. Berner, Gutachten f. d. Bremer Handelsblatt, auch in der Weserzeitung v. 23. Dez. 1875; Lüder, Weserzeitung v. 30. Dez. 1875; v. Bar, Grenzboten 1876 I S. 161 ff.; Heinze, Allgem. Zeitung 1876 n. 36. 37; Hälschner in Goltdammer's Archiv XXIV S. 1—12. — Im Resultate stimme ich am meisten mit v. Bar zusammen, freilich nicht in seinem Hauptentscheidungsgrund, die Tödtungs-Absicht brauche nicht auf *personae certae* gerichtet zu sein. v. Bar trägt kein Bedenken auch dann vollendeten Mord anzunehmen, wenn die Getödteten sämmtlich andere als diejenigen gewesen wären, welche die Katastrophe auf offener See betroffen haben würde. — Auch Hälschner nimmt vollendeten Mord an, aber nur mit Bezug auf die an Bord der Mosel getödteten Menschen, die mit dem Schiffe reisen wollten; bezüglich der an Land Getödteten liege *aberratio*, also nur Zurechenbarkeit zur Fahrlässigkeit vor. — Berner erklärt den § 211 (über Mord) zwar für anwendbar, allein ohne des Näheren auszuführen, inwieweit diess der Fall sei. — Heinze dagegen ist selbst gegen die Annahme eines Mordversuchs und nur für culpose Tödtung, weil die Explosion nicht durch Ablauf des Uhrwerks, sondern durch Stoss oder Temperaturveränderung bewirkt sei. — Lüder leugnet gar jede Tödtungsabsicht, weil Thomas' einziger Zweck »die Bereicherung durch Erlangung der Versicherungssumme« gewesen sei.

ein Theil der Getödteten und Verwundeten auf der Mosel getödtet und verwundet worden ist, der andere Theil am Ufer⁶⁴⁶, oder den anderen Unterschied, dass ein Theil der Getroffenen zu den Passagieren und der Mannschaft der Mosel gehörte, der Rest der Unglücklichen aber nicht. Leicht könnte man dann an ein Zusammentreffen vorsätzlicher und fahrlässiger Tödtungen denken.

Lag nun die Bremerhavener Katastrophe innerhalb oder ausserhalb der den Willen des Thomas begleitenden Vorstellung?

Für die Vorsätzlichkeit könnte man sagen: es hat Thomas durch die Höllenmaschine Menschen tödten wollen, er hat durch sie Menschen getödtet, also ist sein Tödtungsvorsatz realisirt. Hier liegt der Fehler nach unseren früheren Ausführungen wohl ganz offen. Thomas kann nicht Menschen in blanco, sondern nur bestimmte Menschen tödten wollen, und sein Vorsatz ist nur dann realisirt, wenn er grade diese Menschen, nicht wenn er andere getödtet hat. Sollte das schwere Fass beim Abladen einen Arbeiter zerquetscht haben, so ist auch dieser durch das Fass getödtet, aber wahrlich nicht vorsätzlich durch Thomas ermordet worden.

Ein zweiter Scheinbeweis für den Vorsatz könnte so argumentiren: wenn Jemand die Mittel zur Tödtung bereitet hat und diese wirken früher, als er beabsichtigt, so ist diese Verfrühtung gleichgiltig, und derjenige, der in Folge der Wirksamkeit jenes Mittels getödtet ward, ist vorsätzlich getödtet. Ich bereite einen Gifttrank, den ich später meinem lebenszähnen Erbonkel vorsetzen will; diesen Trank stelle ich auf meinen Ofen; in meiner Abwesenheit trinkt meine Haushälterin die anscheinende Limonade aus. Ich lade heute meine Flinte um morgen meinen Nebenbuhler aus der Welt zu schaffen; während ich an dem Gewehr noch fingere, kommt dessen Bruder in mein Zimmer, und durch meine Unvorsichtigkeit entlädt sich das Gewehr und tödtet ihn. Ich wäre in beiden Fällen Mörder.

⁶⁴⁶ Hälschner's Ansicht.

Dieser Beweis leidet an zwei schweren Fehlern: er übersieht, dass Niemand vorsätzlich tötet, bevor er nicht die Tödtungsmittel bewusst als solche in Anwendung setzt. Dass ich mir einstweilen die Flinte lade oder das Gift bereite, das sind Vorbereitungshandlungen, und wenn solche gegen meinen Willen in Tödtungshandlungen umschlagen, so können diese nur zur Fahrlässigkeit nie aber zum Vorsatz zugerechnet werden.

Der zweite Fehler ist der, dass diese Beweisführung den Vorsatz des Handelnden falsch interpretirt. Bei der vorsätzlichen Tödtung müssen die in Aussicht genommene und die eingetretene Tödtung identisch sein. Nun sollen in obigen Beispielen nur der Erbonkel durch Gift, der Nebenbuhler durch Schuss getödtet werden: der Tod ereilt aber die Haushälterin und den Bruder des Nebenbuhlers. Dieser Erfolg wäre aber nur dann dem Giftmischer und dem Flinteninhaber zum Vorsatz zuzurechnen, wenn Beide unterschiedslos Alle hätten umbringen wollen, welche mit jenem Gift oder jener Flinte in Konflikt kommen würden. Ein Vorsatz von so umfassender Vorstellung begleitet ist denkbar, aber selten. Und so verleugnet jene Beweisführung den für alle dolosen Delikte gleichmässig geltenden Satz: der eingetretene Erfolg und der vor der That vorgestellte und gebilligte Erfolg müssen identisch sein.

Jetzt dürfte es leicht werden Fälle richtig zu beurtheilen, die mit dem Thomas'schen Falle in einem Punkte übereinstimmen.

Jemand hat nicht nur vorsätzlich die Mittel zur Herbeiführung eines bestimmten schädlichen Erfolges vorbereitet, sondern dieselben absichtlich in einer Art in Wirksamkeit gesetzt, dass ein weiteres Fördern derselben durch den Thäter unnötig ist, dass vielmehr die angestossene Bedingungsreihe sich aus sich selbst weiter entwickelt und nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder durch Hinzutritt eines in Aussicht genommenen Faktums die Ursache des Erfolgs fertig wird.

In einer Scheune, wo mir vielfach Getreide gestohlen

worden ist. lege ich voreilig einen Selbstschuss. nachdem ich alle möglichen Maassregeln getroffen habe um zu hindern, dass Jemand. der nicht grade verbrecherische Absichten verfolgt, die Scheune betritt. Es ist mir undenkbar, dass ein Anderer als grade der Dieb auf die Tenne kommen wird. Dennoch verirrt sich in ganz unvorausehbarer Weise ein betrunkenener Handwerksbursche hinein. Der Schuss geht los und tödtet ihn. Oder ich will das Haus meines Feindes, des Dorfschulzen, in Brand setzen: es steht allein und wird deshalb das Feuer auf kein anderes Haus überführen: ich schichte den Brandstoff und zünde die Schnur; ein starker Wind, der sich plötzlich erhebt, führt den brennenden Zündfaden weit weg, und er zündet den Heuschaber und durch diesen das Gehöfte meines Schwagers an.

Hier wird Niemand das Urtheil sprechen, der eingetretene Brand sei vorsätzlich von mir gestiftet. der Handwerksbursche vorsätzlich von mir ermordet worden. Beide Erfolge lagen ganz ausserhalb meiner Vorstellung.

Also auch in solchen Fällen ist es durchaus nicht gleichgiltig, ob das in Wirksamkeit gesetzte Mittel Demjenigen Verderben bringt, dem es Verderben bringen soll, oder aber einem Andern. Eine Verfrüfung des Erfolgs ist also nur dann ohne Einfluss auf die Zurechnung, wenn der Erfolg gerade bezüglich der ursprünglich in Aussicht genommenen Objekte eintritt.

Jetzt erst dürfte sich der Bremerhavener Fall erfolgreich in Angriff nehmen lassen. Die principale Absicht des Thomas geht dahin: er will die Höllenmaschine mit in Gang gesetztem Uhrwerke auf die Mosel bringen, und durch Ablauf des Uhrwerks soll am achten Tage die Explosion bewirkt werden. Alle Menschen auf dem Schiffe versetzt er absichtlich in Todesgefahr und ist durchaus damit zufrieden, wenn die Höllenmaschine Allen den Tod bringt. Hier einen Mordvorsatz zu leugnen, weil es dem Thäter offenbar nicht auf die Tödtung als solche, sondern auf Gewinnung von Versicherungsgeldern angekommen sei, ist ein Irrtum, dem ein

Jurist nicht verfallen dürfte. Wer diess thut, verwechselt den Vorsatz zum Verbrechen mit dem für die juristische Beurtheilung der That ganz gleichgiltigen subjektiven Zweck des Thäters, und müsste statt Raubmord lediglich Raub annehmen, wenn Jemand einen Menschen erschießt um ihm seine Baarschaft abzunehmen. Wer einen Zweck erreichen will, will auch die zu diesem Zwecke als notwendig erkannten Mittel. So billigt Thomas jedenfalls die Zerstörung des Schiffes und die Zerstörung aller Menschenleben, die am Tage der projektirten Explosion sich innerhalb der Sprengweite des Fasses befinden würden. An dem Vorsatz diese Menschen zu morden fehlt es also nicht, und es bedarf kaum des Hinweises auf das Interesse, das Thomas daran haben musste keinen Zeugen der Katastrophe diese überleben zu lassen⁶⁴⁷.

Nehmen wir nun an, dass die Hüllenmaschine nicht explodirt und dass die Mosel wie der Rhein ungeschädigt in New-York angekommen wäre. Da fragt sich, wann beginnt die ursprüngliche Tödtungsabsicht gegen die Passagiere und die Mannschaft der Mosel sich zu verwirklichen, wann betritt die That das Versuchsstadium?

Die Tödtung eines bestimmten Menschen kann nun solange nicht begonnen werden, als der Mensch durch irgend einen Grund, insbesondere durch räumliche Trennung dem Wirkungskreise der projektirten Tödtungshandlung vollständig entzogen ist. Vielmehr muss zum Beginnen des Verbrechens ein Doppeltes zusammentreffen: der zu Tödtende muss dem Angriffe des Thäters erreichbar sein, und der beabsichtigte Angriff muss gegen diesen Menschen, der sich nun innerhalb des Wirkungskreises des Angriffs befindet, begonnen haben. So kann von begonnener Tödtung der Insassen der Mosel noch nicht gesprochen werden, solange das Fass sich noch in Bremen oder auf dem Transport auf der Bahn befindet: selbst dann nicht, wenn Mosel-Passagiere auf der Bahn mitfahren, denn die Maschine soll nicht in Bremen oder

⁶⁴⁷ Auch v. Bar macht energisch auf diese Seite des Thomas'schen Planes aufmerksam. A. a. O. S. 106.

auf der Bahn Mosel-Passagiere tödten, sondern Menschen auf der Mosel: und um diese Handlung zu beginnen müssen Höllenmaschine und Mosel örtlich zu einander gebracht sein. So kann der Tödtungsversuch gegen die von Bremerhaven nach New-York Fahrenden erst seinen Anfang nehmen mit dem Augenblick, wo das Schiff in die Schlagweite des Sprengmittels eintritt, also durchaus nicht erst mit dem Kommen des Fasses an Bord, sondern schon mit demjenigen Grade der Annäherung, wobei das geladene und gespannte Kolossalgeschoss seine verheerende Wirkung auf die an Bord befindlichen Menschenleben ausüben kann. Wie nahe dasselbe dem Schiffe gekommen sein muss, ist *quaestio facti*. Jedenfalls hatte in unserem Fall der Versuch mit Bezug auf den principalen Vorsatz begonnen, aber nur gegen die von Bremerhaven nach New-York Fahrenden: die nur bis Southampton eingeschriebenen Passagiere sind von des Thomas ursprünglichem Vorsatze nicht umfasst. Der Tödtungsversuch gegen die später, besonders die in Southampton an Bord kommenden Passagiere beginnt erst, sagen wir etwas ungenau aber verständlich, durch ihr Kommen an Bord.

Eines Massenmordversuches gegen Schiffspassagiere und Mannschaft hat sich also Thomas in Bremerhaven zweifellos schon schuldig gemacht, und ich verstehe nicht ganz, wie Heinze⁶⁴ nur Vorbereitungshandlungen annehmen kann, weil Thomas die Verfügung über das Fass dort noch in der Hand hatte. Die noch nicht abgeschnittene Möglichkeit eines Rücktritts vom Versuche beweist doch nicht, dass ein Versuch noch nicht vorliegt.

An diesem Urtheile würde sich auch dadurch nichts ändern, dass das Uhrwerk etwa schon in Bremerhaven beschädigt gewesen wäre und somit der verhängnissvolle Schlag vermittels seiner nicht mehr ausgelöst werden konnte. Denn wenn auch Thomas zunächst an eine Entzündung des Dynamits durch das Uhrwerk dachte, so kannte er die furchtbare Natur seiner Ladung gut genug um sich vorzustellen, dass sie

⁶⁴ Augsb. Allgem. Ztg. 1876. 5. Febr. N. 36. S. 522.

auch durch eine Temperaturveränderung oder durch einen Stoss mit einer andern Kiste entzündet werden konnte, und er war auch mit einer solchen Explosionsursache durchaus einverstanden.

Bei diesem seinem ersten Vorsatze gerichtet gegen die Bemannung und die Passagiere der Mosel konnte es aber Thomas nicht verbleiben lassen. Er — ein erfahrener Seemann — gab mit dem vollen Bewusstsein, dass die Maschine spätestens nach acht Tagen losgehen und dann Verderben nach allen Seiten streuen müsse, das Fass auf das Schiff ohne die mindeste Garantie, dass es wirklich am achten Tage noch darauf sich befinden würde. Das Schiff konnte stranden und die Kiste auf ein anderes Schiff übergeladen, oder die Mosel konnte bis zum achten Tage in Southampton aufgehalten werden. Dass die Verbindung von Mosel und Höllenmaschine nicht unlösbar war, wusste Thomas gut genug; da er auch wusste, dass die Kiste am achten Tage überall explodiren musste, wo sie sich auch befand, da er den Ort dieses Befindens nicht bestimmen konnte, so musste er einwilligen in alle menschenverderblichen Folgen dieser am vorausberechneten Tage eintretenden Explosion: mochte sie nun erfolgen im Hafen von Southampton oder auf einer kleinen Fischerbarke oder vielleicht auf einer Eisenbahnstation in Deutschland, wohin das Fass aus Versehen spedirt worden war. Es liegt hier ein kolossaler *dolus alternativus* vor mit einem Massenmord auf jeder Seite der Alternative.

Nun ist aber die Explosion am achten Tage nicht erfolgt, sondern unmittelbar nach Beginn des Versuchs gegen die Mannschaft und die nach New-York fahrenden Passagiere der Mosel.

Und so drängt sich jetzt die Frage auf: wie verhält sich der Vorsatz des Thomas zu den Folgen einer verfrühten oder verspäteten Explosion?

Ganz gleichgiltig würde nun eine Verfrühtung oder Verspätung der Katastrophe auf dem Schiffe zwischen Southampton und New-York gewesen sein: sie würde dem bewussten Willen des Thomas, der sich durchaus nicht auf den achten Tag capricirte, vollständig entsprochen haben. Wie aber wenn die

Explosion erfolgt in Bremerhaven oder vor Southampton oder auf dem Quai von New-York?

Nehmen wir an, dass in diesen drei Fällen unter den Getödteten solche Passagiere und solche Mitglieder der Schiffsbesatzung sich befanden, auf welche der principale Vorsatz des Thomas gerichtet war, so würde bezüglich dieser die Verfrühung oder Verspätung des eingetretenen Todes ganz gleichgiltig sein: sie sollten von Thomas getödtet werden, sie sollten durch das Losgehen der früher schon in Gang gesetzten Maschine getödtet werden: Beides ist dem Willen des Thomas ganz entsprechend geschehen. Wollte man bezüglich dieser Tödtungen Vorsatz leugnen und Fahrlässigkeit annehmen, so würde diess soviel heissen, als Thomas habe sich in einer juristisch wesentlichen Beziehung geirrt. Nun sind aber bei dem Delikte der Tödtung nur drei relevante Irrtümer denkbar, welche das Zustandekommen des Tödtungsvorsatzes hindern: entweder der Thäter glaubt, seine Handlung tödte überhaupt nicht: dieser Irrtum liegt bei Thomas nicht vor; oder seine Handlung tödte, aber nicht widerrechtlich, — mit Bezug auf Thomas eine unmögliche Annahme: oder seine Handlung tödte eine andere Person als diejenige, die ihr wirklich zum Opfer fällt: diese Inkongruenz von bewusstem Willen und Wirklichkeit liegt aber bezüglich jener Personen gleichfalls nicht vor: die gewollte bewusst widerrechtliche Tödtung derselben durch Anwendung von Sprengstoffen kommt genau wie gewollt zur Ausführung. — Der Fall ist ganz analog dem andern, wo Jemand seiner Maitresse Gift gegeben hat, woran sie in zwei Tagen sterben soll, und das Gift so stark wirkt, dass sie nach zwei Stunden todt ist: oder wenn Jemand den Damm eines Teiches so sachte ansticht, dass die Ueberschwemmung nach seiner Berechnung erst nach 24 Stunden eintritt, diese Berechnung aber zu Schanden wird, und schon nach vier Stunden Alles unter Wasser steht.

Es lässt sich das gefundene Resultat in folgende Regel kleiden: wirkt eine in Bewegung gesetzte Ursache früher oder später, als vorgesehen war, auf das Objekt, worauf sie

zerstörend wirken soll, so ist diese Differenz zwischen der vorgestellten und der wirklichen Zeit des Erfolgs juristisch gleichgiltig.

Da nun unter den in Bremerhaven Getödteten solche Personen sich befanden, die später mit der Mosel in die Luft gehen sollten, so konkurriren mit dem Massenmordversuch gegen den Rest so viele vollendete resp. versuchte Morde, als solche Personen getödtet resp. verwundet worden sind.

Alle anderen Tödtungen und Verwundungen könnten dem Thomas nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, wenn nicht vielleicht für sie eventuell•gleichfalls noch Dolus vorhanden wäre. Hat sich Thomas klar gemacht, dass die furchtbar gefährliche Höllenmaschine jeden Augenblick in die Luft gehen kann, sei's durch rascheren Ablauf der Uhr, sei's durch die Kälte, sei's durch eine Erschütterung des Dynamits, so konnte er sich darüber keinen Augenblick dem Zweifel hingeben, dass, wo diess auch geschehen möge, die Menschen ringsum entweder getödtet oder wenigstens verwundet werden müssten. Wenn sich nun Jemand als Wirkung seiner Handlung Tödtungen oder Verwundungen eintretend vorstellt, und die Handlung dennoch vornimmt, so willigt er bewusst in ihre Folgen, auch wenn er wünscht, dass kein Unglück geschehen möge; d. h. die resultirenden Tödtungen sind vorsätzlich herbeigeführt, ebenso die resultirenden Körperverletzungen: letztere aber dürfen nicht als Tödtungsversuche aufgefasst werden!

Dass aber dem Thomas die Vorstellung nicht fehlte, das Fass könne jeden Augenblick insbesondere beim Transport explodiren und die verheerendsten Wirkungen üben, das ergiebt sich aus seinem Betragen in Bremen ganz evident. Wer sich zum Gegenbeweis darauf stützen möchte, dass Thomas ja selbst an Bord ging um das Schiff nach Southampton zu begleiten, der übersieht, dass wir es hier mit einem Spieler um hohes Spiel zu thun haben: um Reichthum oder Schaffot oder Selbstmord. Und dieser Spieler setzt auf seine letzte Karte und spielt mit der Gleichgiltigkeit absoluter Blasirtheit: was lag ihm daran, wenn er mit in die Luft ging, falls

seine Maschine zu früh explodirte? Ein Leben mehr — ein Leben weniger: das wog keine Feder.

Und so hat Thomas begangen fast hundertfachen vollendeten Mord, eine Anzahl Mordversuche und vollendete Körperverletzungen. Wenn auch Alles so ganz anders gekommen ist, als er — wie man sagt — gedacht hatte, so lag, was geschehen ist, in keiner Weise ausserhalb seines Vorsatzes, und nirgends zeigt sich bei ihm ein wesentlicher Irrtum, der auch nur eine einzige Tödtung oder Körperverletzung zur culpa zuzurechnen zwänge.

III. Was bisher immer stillschweigend vorausgesetzt wurde, bedarf schliesslich noch ausdrücklicher Erwähnung. Der Thäter muss endlich mit der Vorstellung der übrigen Deliktsmerkmale seiner Handlung auch die ihres Verhältnisses zum Recht, also ihres Verbotenseins, verbunden haben. Es genügt nicht, dass er wisse, Handlungen solcher Art seien im Allgemeinen verboten, sondern er muss die von ihm vorgenommene spezielle Handlung unter diess Verbot subsumiren. Diess thut er aber nicht nur, wenn er von ihrer Rechtswidrigkeit fest überzeugt ist, sondern auch, wenn er über den Zweifel nicht hinauskommt. Hält er sich für ausnahmsweise zuständig die regelmässig verbotene Handlung vorzunehmen, so fehlt der Vorsatz. Es versteht sich von selbst, dass der Glaube an die sittliche Verdienstlichkeit der als rechtswidrig erkannten Handlung den Vorsatz unberührt lässt. Dagegen schliesst die richtige oder falsche Annahme der rechtlichen Unverbindlichkeit des wissentlich missachteten Verbotes allerdings die Möglichkeit des rechtswidrigen Vorsatzes aus, z. B. bei Uebertretungen partikularrechtlicher Verbote, welche der Thäter als im Widerspruch mit dem Reichsrecht stehend betrachtet. Ohne bewusste Pflichtverletzung kein Vorsatz ⁶⁴⁹!

⁶⁴⁹ Die Frage, in welchem Umfange eine That zum Vorsatz zurechenbar sei, ist implicite schon in diesem §, vgl. mit § 45 beantwortet. Da ich in der Lehre von der Fahrlässigkeit doch die Konkurrenzfälle von dolus und culpa näher behandeln muss, — insbesondere diejenigen, wo man auch heutzutage hie und da noch den sog. dolus generalis annimmt, — so gehe ich hierauf an dieser Stelle nicht näher ein.

§ 59 C. *Vergleichung der Vorsätze bei Verletzungen, Gefährdungen, Uebertretungen von Verboten schlechthin und Unterlassungen.*

Wenn es keinen treueren Spiegel der einzelnen Norm giebt als den Vorsatz dessen, der sich ihr widersetzt, so werden auch die Eigentümlichkeiten der verschiedenen Normen-Gruppen in den entsprechenden Vorsätzen immer wiederkehren. Diess ermöglicht die grosse Masse der Vorsätze zu sondern nach der Verschiedenheit der Normen, zu denen sie in Feindschaft stehen, und diese Gruppierung giebt erwünschten Anlass zur Betrachtung, in welcher Weise die Art-Verschiedenheiten der Normen auf den Vorsatz zurückwirken, welche Eigentümlichkeiten bei allen Vorsätzen, die einer bestimmten Normen-Gruppe entsprechen, wiederkehren, und wie sie sich zu den Eigentümlichkeiten der anderen Gruppen verhalten?

Nun zerfallen die Delikte in Uebertretungen von Verboten und von Geboten, und erstere scheiden sich wieder in Uebertretungen von Verletzungsverboten, von Gefährdungsverboten und von Verboten schlechthin (s. § 7 u. § 30).

I. So stellt sich zunächst der grossen Masse von Vorsätzen gerichtet auf ein widerrechtliches Thun die Gruppe der anderen gegenüber, wo der bewusste Wille Quelle einer widerrechtlichen Unterlassung ist. Fast scheint dieser Unterlassungsvorsatz der Definition des Willens als des kausalen Momentes im Menschen (s. § 38. zu widerstreiten. Richtet er sich doch scheinbar darauf nicht kausal zu sein! Fast scheint also das Nichtwollen zur Schuld und die Ausführung des Nichtwollens, also das Nichtsthun, zur Thatseite des Unterlassungsdeliktcs zu werden.

Damit würde dasselbe aber verschwinden! ⁶⁵⁰

So stehe ich hier vor der entgegengesetzten Aufgabe wie

⁶⁵⁰ Diejenigen, die hier den Thatbestand in der »reinen Unterlassung« finden, (s. unten n. 655, übersehen, dass sie damit den Deliktscharakter leugnen oder mindestens genötigt sind, den sog. widerrechtlichen Ent-

oben⁶⁵¹. Galt es dort die wesentliche Verschiedenheit von Begehung und Unterlassung zu präcisiren, so gilt es hier die Behauptung zu rechtfertigen, dass Beide Willensverwirklichungen, also gleichmässig Handlungen sind: denn nur dann kann es auch einen Vorsatz zu widerrechtlichen Unterlassungen geben⁶⁵².

schluss als solchen überall als genügenden Deliktthatbestand anzuerkennen.

⁶⁵¹ S. S. 189. 190.

⁶⁵² Die Frage nach der Natur der echten Unterlassungsdelikte scheint mir bisher etwas zu sehr vernachlässigt. Ueber dem allgemein aufgestellten Erfordernisse, dass ein Unterlassungsdelikt eine besondere gesetzliche Auflage, also ein Gebot, voraussetze (während die Norm doch auch für das Begehungsdelikt unentbehrlich ist!), übersieht man regelmässig, das auch durch ein solches Gebot das, was nicht Handlung ist, nicht Handlung werden kann. De Vries, *De delictis omissionis*, dessen Ausführungen über die Handlungsnatur der Unterlassung (S. 1 ff.) beachtenswert sind, wenn sie auch nicht das Richtige treffen, klagt S. 2 mit Recht: *Etenim praetermissum est ab adversariis observare, in quibusnam congruant ipsa ommissio et commissio . . .* Er selbst theilt dann die actiones in *externae* und *internae*. »*Interna actio est, si per mentis vires conditionem nostram mutamus; externa, si maxime per corporis vires aliquid perpetramus, quod effectus conspicuos nanciscitur*« (S. 6). Die *nuda ommissio* im jurist. Sinne: *species est actionis internae* und zwar ein *neglectus facti alicuius physici* (S. 7). — Dagegen erklärt Krug, Abhandl. aus dem Strafrecht S. 22: »Die Behandlung der Unterlassungsverbrechen macht keine besondere Schwierigkeit«, und Glaser, Abhandl. aus dem Oesterr. Strafrecht S. 291 stimmt ihm darin bei. Krug a. a. O. S. 23 macht sich's mit ihnen allerdings sehr leicht, indem er behauptet (S. 23): »Dolus und culpa kommen nicht in Frage, da das Unterlassen an sich — vorausgesetzt, dass Handeln möglich war, . . . — immer ein Akt der Willkür ist«. Wer wie Luden, Abhandl. II S. 220, Gebote und Verbote für indifferent erklärt, kann zu dem erwünschten Resultate kommen: »dass im Falle eines Begehungsverbrechens sowohl als eines Unterlassungsverbrechens eine andere Handlung begangen wird, als diejenige, welche nach dem Willen des Gesetzes begangen werden musste, und dass also insofern kein Unterschied zwischen ihnen stattfindet«. (S. 221). Merkel, Krim. Abhandl. I S. 90 ff. behandelt sehr lichtvoll »die Bedeutung positiver Akte bei der Begehung von Omissivdelikten«, geht aber auf den positiven Akt bei jedem Omissivdelikt nicht näher ein. Merkel's lehrreicher Vorgang ist indessen für Meyer, Lehrbuch S. 190, leider ohne Nutzen geblieben!

Es ist nun hier wie oben⁶⁵³ die Anschauung zurückzuweisen, dass ein Nichtsthun durch das Vorhandensein einer Rechtspflicht zur Vornahme der unterlassenen Handlung kausal werden könnte⁶⁵⁴; die Frage ist also nicht dahin zu stellen, wo in der verbotenen Unterlassung das Handlungsmoment liege; sie muss viel allgemeiner und zwar dahin lauten, ob überhaupt in der Unterlassung ein solches zu finden sei? Die unterlassene Anzeige von Verbrechen kann nicht in Ländern Handlung sein, wo die Anzeige gefordert, und da Handlung nicht sein, wo die Denunziation rechtlich nicht verlangt wird. Der einzige Unterschied zwischen beiden Fällen dürfte nur darin bestehen, dass die Nichtanzeige in dem einen Falle eine verbotene, im andern eine rechtlich indifferente Handlung i. w. S. ist.

Nun gebraucht man das Wort Unterlassen in zwei ganz verschiedenen Bedeutungen. Auch von demjenigen, der von dem anzuzeigenden Verbrechen gar keine Kenntniss haben konnte, sagt man wohl, dass seinerseits die Anzeige unterlassen worden sei; man will damit lediglich das Faktum betonen, dass er Urheber einer solchen nicht geworden sei. Dieser Unterlassung aber liegt ein absoluter Mangel an Willen mit Bezug auf eine solche Anzeige zu Grunde. Der Mangel an Wille anzuzeigen oder nicht anzuzeigen ist aber wesentlich verschieden von dem andern Falle der »Unter-

⁶⁵³ S. 225.

⁶⁵⁴ Während man sich in der Lehre von den unechten Unterlassungsverbrechen von solcher Vermischung der Kausalitäts- mit der Rechts-Frage jetzt im Wesentlichen frei gemacht hat, ist diess in der Lehre von den echten Unterlassungsverbrechen noch keineswegs geschehen. Man vgl. Luden, a. a. O. II. S. 220 ff., dessen Ausführungen übrigens öfter nahe das Richtige streifen; bes. aber Krug a. a. O. S. 21 u. Glaser a. a. O. S. 291. v. Bar, Kausalzusammenhang S. 97 meint gar: »So kann von Handlungen und Unterlassungen nur in einem relativen, im rechtlichen Sinne die Rede sein. Eine Handlung ist ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich verantwortlich, eine Unterlassung ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich nicht verantwortlich macht«, (!). Viel methodischer geht de Vries a. a. O. S. 1 ff. vor.

lassung«, wo Jemand auf Grund angestellter Erwägung beschliesst nicht anzuzeigen: hier liegt ein Wille vor etwas nicht zu thun, dort überhaupt kein Wille etwas zu thun oder zu unterlassen. Dass bei solchem völligen Mangel an Willen keine Handlung in der Unterlassung steckt, liegt am Tage. Es würden sonst alle Menschen, die nie auf den Einfall gekommen sind, dass etwas von ihnen geschehen oder unterlassen werden könne, als Miturheber des Unterbleibens des erwarteten Vorganges zu betrachten sein.

Die ungewollte Unterlassung, die »reine Unthätigkeit«⁶⁵⁵ hat somit hier ganz ausser Betracht zu bleiben⁶⁵⁶.

Ist denn aber das Wollen einer Unterlassung nicht ein Widerspruch in sich?

Der Wille kann nun seine Ursächlichkeit in doppelter Richtung wirken lassen: er verursacht entweder den Eintritt oder aber den Nichteintritt einer Veränderung. Ein solches Verursachen des Nichteintritts ist identisch mit einer Verstärkung der abhaltenden Bedingungen über das Kraftmaass der hinstrebenden hinaus, d. h. es fällt zusammen mit einer Hinderung des Erfolges. Diese Hinderung ist nun entweder eine absolute und es wird durch sie der Eintritt des Erfolges unmöglich gemacht: um den Uebergang einer reichen Erbschaft auf eine bestimmte Person zu hintertreiben wird diese ermordet; oder aber es wird nur, entsprechend der Absicht, die Herbeiführung des Erfolges auf bestimmte Weise etwa durch dritte Personen gehindert: A hält den B von der An-

⁶⁵⁵ In der Krug a. a. O. S. 21—23, Schwarze, Comm. S. 45 u. Meyer, Lehrbuch S. 190 den ganzen Thatbestand des echten Unterlassungsdeliktes aufgehen lassen wollen. Nicht wesentlich anders Glaser, a. a. S. 291. Derselbe stellt vier »Voraussetzungen« der Omissivdelikte auf: ein Gebot; Bewusstsein, dass die Bedingungen gegeben seien, an deren Eintritt ein solches Gebot gebunden ist; Entschluss dem Gebote nicht nachzukommen, und die Möglichkeit entgegengesetzten Verhaltens. Was aber vollständig fehlt, ist die Thatseite des Deliktes.

⁶⁵⁶ Damit ist über die Möglichkeit fahrlässiger Unterlassungsdelikte noch keineswegs entschieden. Die Fahrlässigkeit ist eben keineswegs Mangel an Willen. Unter welchen Voraussetzungen jene zur Existenz gelangen, wird der folg. Band zu zeigen haben.

zeige des Verbrechens zurück, damit er selbst die Delatoren-Prämie gewinne: der Erfolg tritt hier zwar ein, nachdem aber zuvor ein anderer darauf hinstrebender Entwicklungsgang am Fortschritte zum Ziel gewaltsam gehemmt worden ist: oder endlich es hindert sich Jemand selbst Urheber eines bestimmten Erfolges zu werden, unbekümmert darum, ob dieser vielleicht von anderer Seite realisirt werden wird. Möglicherweise ist dann seinerseits schon eine grosse Anzahl zum Erfolge wirkender Bedingungen gesetzt worden: dann ist er genötigt diese wie beim freiwilligen Rücktritte vom Versuch zu paralysiren. Möglicherweise auch muss er nur darauf hinwirken, dass seinerseits keine solche Bedingungen gesetzt werden. Im letzten Falle könnte man meinen, dass diese Sorge keine Bedingungen zu setzen durch die reine Unthätigkeit erfüllt werden könnte. Hierin liegt aber grade ein folgenschwerer Irrtum. Jeder Hinderungswille muss sich dadurch realisiren, dass er vom Erfolge abhaltende Bedingungen von genügender Kraft setzt. Und diess geschieht auch in jedem Falle, wo scheinbar durch Unterlassung der Nichteintritt einer Veränderung bewirkt wird.

Wer beschliesst ein Verbrechen nicht anzuzeigen, realisirt diesen Willen dadurch, dass er anderweite Handlungen vornimmt, deren Vornahme ihn an jener Anzeige hindert. mögen dieselben auch in Schlafen oder im Abhalten von Gesellschaften oder in Veranstaltung einer Treibjagd bestehen⁶⁵⁷. Dass diese Hinderungshandlungen häufig so gar nicht

⁶⁵⁷ Aus dieser Funktion jener anderweiten Handlungen erklärt sich die Bedeutung, die Luden, Abhandl. II S. 221, denselben beilegt: sie enthielten Uebertretungen des im Gebote steckenden Verbotes (S. oben N. 652.). Damit würden diese Handlungen aber selbstständige Delikte, während sie ja nur als Verursachungshandlungen des Nichteintritts des Erfolges in Betracht kommen. In seiner flüchtigen Weise möchte v. Bar, Kausalzusammenhang S. 97, die Luden'sche Theorie von der Aeusserlichkeit der Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung adoptiren, stellt sie aber dadurch auf den Kopf, dass er das Etwas von Handlung, welches jede Unterlassung begleiten muss, für »rechtlich nicht in Betracht kommend« erklärt. Sehr mit Unrecht tadelt es Meyer, Lehrbuch S. 190, als eine »Spitzfindigkeit« Luden's zu sagen, dass

zur Sache gehörig aussehen, ändert ihre Natur nicht, und vielfach ist ihre Bestimmung auch dem unbewaffneten Auge erkennbar. Derjenige, der von dem verbrecherischen Plane Kunde erhalten hat, veranstaltet vielleicht die Treibjagd um ja nicht mit dem Bedrohten zusammenzutreffen; er fürchtet sich bei ihm zu verraten oder zur Warnung veranlasst zu werden. Vielleicht auch begiebt er sich auf Reisen um der Versuchung zur Anzeige, die in der Nähe des Bedrohten liegt, zu entgehen; oder auf dessen Befragen, ob er etwas von solchem Plane wisse, erzählt er irgend eine Lügengeschichte um den Gefährdeten zu beruhigen.

Noch augenfälliger wird die Thatseite beim Unterlassungsdelikte, wenn zwei Personen gemeinsam Kunde von dem verbrecherischen Vorhaben erlangt haben, nun die Eine beschliesst, dass keine Anzeige gemacht werden soll, und die Andere zur Unterlassung überredet oder sie gar gewaltsam an der Anzeige hindert.

Somit dürfte das Handlungsmoment in diesen scheinbaren Unterlassungen klar gelegt sein: es besteht in der Hinderung der Entstehung der Ursache für einen bestimmten Erfolg überhaupt oder in der Hinderung der Entstehung einer bestimmten Ursache für denselben, welche Hinderung stets nur durch positive Thätigkeit geschehen kann.

Man spräche desshalb auch weit bezeichnender von der Verursachung des Nichteintrittes eines bestimmten Erfolges, als von einer Unterlassung. Da der letztere Ausdruck aber technisch geworden ist, so muss man um Missverständnisse zu meiden sich der Identität dieser Unterlassung mit jener Verursachung bewusst bleiben. Und in diesem Sinne werde ich denselben auch fernerhin gebrauchen.

Trotzdem nun »Unterlassungen« und »Handlungen im e. S.« beide gleichmässig Willens- und Thatseite besitzen, ist es doch richtig sie als verschiedene Arten der Handlung zu betrachten. Fassen wir für beide Verursachungsfälle das

auch bei diesen Unterlassungsdelikten • eine positive Begehung stattfindet«.

Verhältniss von Wille und gewolltem Resultate ins Auge, so gehört das Produkt des Willens, der auf Verursachung des Eintrittes eines Erfolges gerichtet ist, stets der Aussenwelt an: es wird ein Stück des objektiven Weltlaufes; während das Produkt des sog. Unterlassungswillens ins Unsichtbare fällt, wenn auch die Mittel zur Herbeiführung dieses unsichtbaren Resultates der sichtbaren Welt angehören müssen. Für den Juristen ist die richtige Würdigung dieser Verschiedenheit ein wünschenswertes Schutzmittel gegen die Versuchung ein Ereigniss des objektiven Weltlaufes als Resultat eines sog. Unterlassungswillens anzusehen.

Wende ich mich jetzt zur verbotenen Unterlassung im Gegensatze zur verbotenen Handlung i. e. S. so gleichen sich beide darin, dass sie beide verursachen, was die Norm zu bewirken untersagt; sie unterscheiden sich dadurch, dass jene den Eintritt des verbotenen, diese den Nichteintritt des gebotenen Erfolges verursacht. Nicht aber lässt sich ihr Gegensatz so begreifen, dass jene verursacht, diese nicht: sonst wäre die »Unterlassung« keine Handlung!

Wenn es aber geboten ist den Eintritt eines bestimmten Erfolges zu bewirken, so sind auch implicite als Mittel zur Uebertretung der Norm verboten alle Handlungen, durch welche die Hinderung des Erfolges bewirkt wird. Insofern müssen also auch Gebote stets durch verbotene Handlungen übertreten werden ⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ Merkel, Abhandl. I S. 93 spricht den Satz aus: »Wir können hiernach sagen, dass auch Geboten durch positive Handlungen entgegenzuhandeln sei, insofern dieselben nämlich Verbote derjenigen Handlungen, welche sich ihrer Realisirung entgegensehen, eo ipso in sich schliessen«. Die Bemerkung zeigt, wie nahe Merkel der richtigen Erkenntniss der echten Unterlassungsdelikte gekommen ist. Nur zweierlei ist daran auszusetzen: M. betrachtet diese Uebertretung der Gebote durch positive Handlungen offenbar als mögliche Ausnahme, nicht aber als ausnahmslose Regel; dann erweckt es den Anschein, als stünden diese Handlungen nicht mit dem Haupt-Gebote, sondern nur mit in ihm enthaltenen Verboten in Widerspruch, während vielmehr das Gebot (Verursacht den Eintritt eines bestimmten Erfolges!) übertreten wird durch Verursachung des Nichteintrittes, somit jene Handlungen der Hinderung

Somit richtet sich der Vorsatz bei Unterlassungsdelikten stets bewusstermaassen auf Verursachung des Nichteintritts eines gebotenen Erfolges und er realisirt sich stets durch die zu solcher Verursachung nötigen positiven Akte.

II. Fassen wir jetzt den Vorsatz bei den verschiedenen Gruppen der Begehungsdelikte näher ins Auge. Was

1. die Verletzungsverbote anlangt, so ist selbstverständlich, dass der vorsätzlich Handelnde seine Thätigkeit als Ursache einer Veränderung, welche die verbotene Verletzung und nicht nur die Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes in sich begreift, erkannt haben muss. Der Inhalt des bewussten Willens erstreckt sich stets vom Beginne der Verletzung bis zu deren Vollendung. Einen Vorsatz, der auf einen Tödtungsversuch als solchen gerichtet wäre, giebt es nicht. Da nun das Strafgesetz in einer ganzen Reihe von Fällen das versuchte Delikt zum vollendeten Verbrechen erklärt⁶⁵⁹, so muss der zu diesen Verbrechen nötige Vorsatz über die Vollendung derselben hinausreichen. Wenn also ein solcher Vorsatz auch nach diesem Zeitpunkt sich weiter zu verwirklichen fortführt, der Erpresser vielleicht nach vollendetem Erpressungsverbrechen fremde bewegliche Sachen, auf deren Erlangung er es von Anfang abgesehen hatte, sich aneignet, der Hochverräter den Fürsten wirklich einkerkert, — so darf man in diesen Schlussakten der Verwirklichung des Delikts-Vorsatzes nicht etwa neue verbrecherische Thatbe-

in direkter Opposition zu dem Gebote stehen. Merkel kommt übrigens mit jenem Satze Luden, Abhandl. II S. 221, sehr nahe; und schon Luden bemerkt Handb. I S. 222: »Die Unterlassungsverbrechen . . . können durch positive Handlungen begangen werden. So kann z. B. die Unterlassung der schuldigen Anzeige dadurch begangen werden, dass man statt derselben etwas Anderes vornimmt«.

⁶⁵⁹ Vgl. z. B. R.-Str.-G.-B. § 82, wo das versuchte Delikt des Hochverrates ausdrücklich zum vollendeten Verbrechen erhoben wird; § 242 u. 249, wo die vollendete Aneignung nicht zur Vollendung von Raub und Diebstahl gefordert wird; § 253, wo die Erpressung sich mit der Nötigung vollendet; § 257, wo die Begünstigung sich vollendet, auch wenn der Begünstigte der Strafe nicht entzogen worden ist u. s. w.

stände erblicken: vielmehr kommen sie lediglich als Gründe für Erhöhung der Strafe des vollendeten Verbrechens in Betracht⁶⁶⁰.

2. Alle Gefährdungsverbote verbieten bestimmte Handlungen, sofern sie die Gefahr in sich tragen Ursache eines bestimmten verletzenden Erfolges zu werden. Alle gleichen sich darin, dass sie Rechtsgüter stets nur gegen bestimmte Gefährdungen wie durch Aussetzung, durch Ueberschwemmung sichern wollen; dass sie nie aufgestellt werden, es sei denn gleichfalls die Verletzung des Rechtsgutes verboten worden, und dass sie diesen Verletzungsverböten stets nur subsidiär sind.

Daraus ergibt sich zunächst die Abgrenzung zwischen dem Vorsatze bei Verletzungen und dem bei Gefährdungen. Jede bewusst widerrechtliche Gefährdung in Verletzungsabsicht fällt aus dem Gefährdungsdelikte heraus⁶⁶¹. Denn es ist ganz unmöglich, dass Jemand dasselbe Objekt zugleich vernichten und nicht vernichten, sondern nur gefährden will. Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz schliessen sich aus, sobald man als Objekt beider dasselbe Rechtsgut denkt⁶⁶².

Schwieriger als diese Abgrenzung des Gefährdungsvorsatzes von dem der Verletzung ist die positive Bestimmung seines Inhaltes. Die Gefahr für ein Rechtsgut stellt ein Spannungsverhältniss der Bedingungs Massen dar, wonach die positiven Bedingungen, welche zur Verletzung hinwirken, den negativen an Kraft entweder gleich oder nur wenig nachstehen, so dass ein Umschlag der bis dahin günstigen Bedingungsverhältnisse zu Ungunsten der Erhaltung des Rechtsgutes als sehr nahe liegend angesehen werden muss.

⁶⁶⁰ S. Bd. I S. 45 ff. und dazu S. 185 n. 311.

⁶⁶¹ Vortrefflich Stübel, N. A. d. Cr.-R. VIII S. 244: »Die gefährlichen Handlungen kommen als solche nur dann in Betrachtung, wenn der Handelnde nicht den Willen hat, Andere des Gutes, welches durch sie gefährdet wird, zu berauben«. Gut Urtheil des Pr. O.-A.-G. v. 22. Nov. 1873 (bei O. XIV S. 748 ff.; auch bei St. III S. 194).

⁶⁶² Vgl. das Nähere unten bei der Besprechung des zur Aussetzung nötigen Vorsatzes in § 67.

Ist es nun erforderlich, dass Jemand um vorsätzlich zu gefährden diese Anschauung theile? Nehmen wir an, dass die Lebensgefährdung durch Gift verboten würde, wäre dann nur der vorsätzlicher Uebertreter dieses Verbotes, welcher befürchtete, dass das Gift, welches er Jemandem giebt, dessen Leben vernichten würde? Diese Frage ist entschieden zu verneinen.

Der Träger solcher Befürchtung hätte dann einen Gefährdungsvorsatz entweder gar nicht, oder er hätte ihn wenigstens nur neben einem eventuellen Tödtungsvorsatze. Sobald nämlich Jemand zweifelt, ob seine Handlung nur gefährdet, oder aber verletzt, und sobald er nun diese Handlung doch vornimmt, so ist ihm die eingetretene Verletzung zum Vorsatze zuzurechnen, grade so wie es von der Gefährdung zu sagen wäre, hätte die That nur sie zur Folge gehabt. Dem reinen Gefährdungsvorsatze ist also die Vorstellung, es werde die Gefahr in die Verletzung umschlagen, fremd: die ihm eigentümliche Vorstellung geht vielmehr dahin, die That verstärke die Masse der zum verletzenden Erfolge hinstrebenden Bedingungen in einer Weise, dass wenig mehr dazu gehöre, um ihr das Uebergewicht zu verleihen. Auch wenn der Thäter den Hinzutritt dieses kleinen Restes hinstrebender Bedingungen für sehr unwahrscheinlich erachtet, fällt der Gefährdungsvorsatz nicht fort.

Die Befürchtung für das Rechtsgut, welche zum Gefährdungsverbote veranlasst, ist also eine Befürchtung des Gesetzgebers, welche vom gefährdenden Thäter nicht getheilt zu werden braucht, ja nicht getheilt werden darf, wenn sein Vorsatz Gefährdungsvorsatz bleiben soll⁶⁶³.

3. Während dem Vorsatze bei Verletzungs- und Gefährdungsdelikten stets nicht nur die Vorstellung vom Verhältnisse der vorgenommenen Handlung zur Norm, sondern auch die von ihrem Verhalten zu einem bestimmten Rechtsgute wesentlich ist, findet diese letzte Vorstellung im Vorsatze

⁶⁶³ Man vgl. die ergänzende Ausführung über den Vorsatz bei der Vergiftung unten § 67.

bei den Uebertretungen der Verbote schlechthin keine Stelle mehr. Untersagt ist Hunde auf Menschen zu hetzen (R.-Str.-G.-B. § 366, 6), in Städten oder Dörfern übermässig schnell zu fahren (§ 366, 2), den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenzuhandeln (§ 367, 2) und verfälschte Getränke feilzuhalten (§ 367, 7). Ob der Thäter das Hundehetzen für gefährlich hält oder nicht, ob er weiss, dass die verfälschten Getränke nicht schaden können, oder ob er ihre Schädlichkeit annimmt, ist völlig gleichgiltig, sofern er nur weiss, dass er verboten handelt. Ja, wenn er den Hund hetzt, damit die Bestie einen Menschen zerresse, wenn er übermässig schnell fährt, damit der Wagen einen auf der Dorfstrasse Einhergehenden überfahre, so liegt stets Konkurrenz von zwei Vorsätzen vor. Denn durch ein selbstständig verbotenes Mittel will der Thäter ein Delikt begehen: und wie Niemand an Konkurrenz zweifelt, wenn die Brandstiftung Mittel der Tödtung sein soll, so ist auch der Zweifel zu verbannen, wenn ein Polizeidelikt das Mittel zur Verwirklichung eines Verletzungs- oder Gefährdungsvorsatzes abgiebt. Der Vorsatz bei Polizeidelikten verträgt sich also mit diesen beiden unter einander unverträglichen Vorsätzen vortrefflich!

Dritter Abschnitt.

Der Vorsatz bei Verbrechen im deutschen Strafrecht der Gegenwart⁶⁶⁴.

§ 60. I. Der Vorsatz kein »Verbrechens-Vorsatz i. e. S.«.

In dem gemeinen Strafrechte der Gegenwart fehlen wie seinerzeit in der Halsgerichtsordnung Karls V »begriffsentwickelnde Rechtssätze« in ausdrücklicher Form über die Arten der Schuld, — eine Schweigsamkeit, welche dem Zweifel über diese so bestrittenen Begriffe Thür und Thor offen gelassen hat statt ihn durch präzise Satzung zu überwinden. Die Schwierigkeit der Definition als Vorwand zu benutzen um die Aufgabe juristischer Begriffs-Bestimmung ganz von den Schultern der Gesetzgebung auf die der Wissenschaft zu übertragen heisst nicht nur beide Zweige juristischer Thätigkeit in feindlichen Gegensatz zu einander stellen und der Gesetzgebung die Wissenschaftlichkeit abstreifen, sondern auch die Grenzen zwischen jenen beiden Gebieten verkennen. Den neuen und den in Praxis und Wissenschaft schwankenden Begriff bei seiner Verwendung festzustellen ist allein Aufgabe des Gesetzgebers, deren Erfüllung er sich nur dann entziehen darf, wenn er gewillt ist sein bestimmungsgemäss auf sicheren Grund gebautes und fest gefugtes Werk auf dem Flugsand streitender Ansichten zu errichten. Darf ein und dasselbe Strafgesetz für seine verschiedenen Untertanen verschiedene Bedeutung haben? Gewiss nicht! Und nichts

⁶⁶⁴ Verbrechen bedeutet in den folg. Ausführungen die Summe aller strafbaren Delikte.

destoweniger ist der Inhalt des deutschen Strafgesetzbuchs ein fundamental anderer für denjenigen, der zum Vorsatz Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fordert, als für den, der auf diess Merkmal verzichtet.

Versäumt aber das gemeine Strafrecht leider sich durch ausdrückliches Gesetz die einheitliche Auslegung bezüglich der Schuldfrage zu sichern, so ist grade sein Schweigen verbunden mit der regelmässigen Anwendung der gleichen Bezeichnungen für die Arten der Schuld der beste Beweis, dass es selbst von einer konstanten und einheitlichen Auffassung der Verschuldung und ihrer Arten ausgeht. Bieten die Quellen den nötigen Anhalt zur Erkenntniss jener Auffassung, so bringen sie implicite den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass die für die Schuldarten gewählten Bezeichnungen stets gleichmässig und stets im Sinne des Gesetzgebers auszulegen seien, sie erschliessen dann einen gemeinrechtlichen begriffsentwickelnden Rechtssatz, dem nur zum »Gesetze« die ausdrückliche Formulierung abgeht.

Gelingt es solchergestalt die gemeinrechtlichen Schuldbegriffe festzustellen, so ist die Schuldfrage auch für das partikuläre deutsche Strafrecht gelöst. Niemand zweifelt, dass die begriffsentwickelnden Rechtssätze des gemeinen Rechtes, wie über Versuch, Anstiftung, Gehülfschaft, Notwer, mit Fug absolute Giltigkeit im ganzen deutschen Reiche beanspruchen. Analoge Rechtssätze über eine Materie fundamentalster Bedeutung wie die Schuld müssen gleichfalls als unantastbare Grundlagen des ganzen deutschen Strafrechts betrachtet werden, und es bedarf zum Nachweis ihrer zwingend gemeinrechtlichen Natur kaum des Hinblickes auf die Thatsache, dass der gemeinrechtliche Vorsatzbegriff Bestandtheil der absolut gemeinen Rechtssätze über Versuch, Anstiftung und Gehülfschaft ist, dass die allgemeine Giltigkeit dieser die Gemeingiltigkeit der Schuldbegriffe zur Voraussetzung hat.

Nun zerfällt der vom gemeinen deutschen Strafrecht adoptirte Schuldbegriff⁶¹⁵ wie die Deliktsschuld in zwei

⁶¹⁵ Die Bezeichnung Schuld begegnet im deutschen Strafgesetzbuche

Arten⁶⁶⁶, von denen die eine fast immer gleichmässig als Fahrlässigkeit^{667 668}, die zweite zwar recht verschieden-

nur im § 213: »ohne eigene Schuld . . . gereizt«, und hier in nicht technischer Bedeutung. »Ohne Schuld« bedeutet: ohne dass der Thäter die ihm widerfahrene Misshandlung oder schwere Beleidigung seinerseits provocirt hätte. Wie so häufig im gemeinen Leben wird Schuldsein und Ursache-Sein hier wie im § 54 (unverschuld. Notstand) auch vom Gesetzgeber identificirt. (Vgl. Ges. betr. die Verbindl. zum Schadenersatz u. s. w. vom 7. Juni 1871; R.-G.-Bl. 1871 S. 207). Dagegen steht Schuld technisch im Gesetz betr. die Commanditgesellschaft auf Aktien v. 11. Juni 1870 A. 206 n. 2 u. A. 249 n. 2. Ebenso bezeichnet die Unschuld des R.-Str.-G.-B. § 344 allerdings die Freiheit von jurist. Schuld, freilich nur mit Bezug auf ein strafbares Delikt. Dessgleichen stehen folgende Ausdrücke in technischem Sinne: sich schuldig machen (Str.-G.-B. § 94. 96. 100. 103. 104. 157. 158. 258 a. A. 336. 369 2; M. Str.-G.-B. § 138. 160; Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 135; Seemannsordnung § 84; der Schuldige: Str.-G.-B. § 165, 1 u. 2. § 172. 181 n. 2. 200. Al. 1 u. 3; Seemannsordnung § 95; der »eigentlich Schuldige« kehrt in den wicht. Steuergesetzen wieder; s. z. B. Ges. wegen Besteuerung des Braumalzes v. 4. Juli 1868 § 34; Brausteuergegesetz v. 31. Mai 1872 § 38; der Mitschuldige Str.-G.-B. § 172; das Verschulden: M. Str.-G.-B. § 66. Ges. betr. die National. der Kauffahrtei-Schiffe v. 25. Okt. 1867 § 14 u. 15 (B.-G.-Bl. 1867 S. 38). Ges. betr. das Urheberrecht v. 11. Juni 1870 (B. G.-Bl. 1870 S. 339 ff.) § 18 Al. 6 (sehr klar Vorsatz und Fahrläss. umfassend). Ges. betr. d. Ausüb. d. militair. Kontrolle, v. 15. Febr. 1875 § 4. Ges. betr. d. Abänder. des § 4 des Gesetzes über das Postwesen . . ., v. 20. Dez. 1875 A. 8; vgl. auch d. sog. Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 1 u. 2; verschuldet: Str.-G.-B. § 59 Al. 2 (durch Fahrlässigkeit verschuldet); schuldhafter Weise: M. Str.-G. § 141. 147; ohne sein Verschulden: Str.-G.-B. § 227; 367 n. 10. Ges. betr. die Nation. der Kauffahrteischiffe v. 25. Okt. 1867 § 14 u. 15. Ges. betr. d. Commanditgesellschaft auf Aktien v. 11. Juni 1870 A. 249*; der schuldlose Dritte im Ges. betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 A. 6.

⁶⁶⁶ Ausser den Strafgesetzbüchern beweisen dafür aufs Schlagendste das Gesetz betr. das Urheberrecht v. 11. Juni 1870 § 18 und die Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 § 97.

⁶⁶⁷ Fahrlässigkeit begegnet im Str.-G.-B. § 121. 163. 222. 230. 232. 309. 314. 326 (vgl. 321—324). 329. 345. 347. M.-Str.-G.-B. § 142. 144. Gesetz betr. das Urheberrecht v. 11. Juni 1870 § 18. 20. 24. — Fahrlässig: Str.-G.-B. § 59. Gesetz betr. d. Urheberrecht § 21. Impfgesetz v. 8. April 1874 § 17. — Fahrlässigerweise: Str.-G.-B. § 316. 318. Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 § 97. Eine Legaldefini-

artig, aber doch vorzugsweise als Vorsatz bezeichnet wird⁶⁶⁹. Dass dieser Vorsatz Synonyme besitzt, wie »Absicht« und »wissentlich«, welche zugleich auch noch etwas Anderes als ihn bezeichnen, trägt grade nicht zu seiner Verdeutlichung bei^{670 671}.

tion der Fahrlässigkeit, freilich nur der culpa bei der Auswahl der Verwalter und Gewerbsgehilfen, enthalten übereinstimmend eine Reihe von Steuergesetzen, die auch eine »Vermutung fahrlässigen Verhaltens« kennen: Gesetz wegen Besteuer. des Braumalzes v. 4. Juli 1868 § 34; Ges. betr. die Besteuer. des Branntweins v. 8. Juli 1868 § 66; die Ges. betr. die subsid. Haftung des Brauerei- und des Brennerei-Unternehmers, beide v. 8. Juli 1868 § 1; Ges. weg. Erhebung der Brausteuern v. 31. Mai 1872 § 38. Die Defin. lautet: »fahrlässig, d. h. nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes«.

⁶⁶⁸ Fahrlässig wird einmal M.-Str.-G.-B. § 62 als »nicht vorsätzlich« bezeichnet; zweimal wird der Begriff umschrieben: »durch unvorsichtige Behandlung der Waffen . . körperlich verletzen« (M.-Str.-G.-B. § 145) und »durch Vernachlässigung ihrer Pflichten gefährden« oder »stören« (M.-Str.-G.-B. § 316 Al. 2, 318 Al. 2). Zweimal wird der Gegensatz von Vorsatz und Fahrlässigkeit identif. mit dem anderen: »wider besseres Wissen« und »leichtfertig«: M.-Str.-G.-B. § 152; Seemannsordnung § 94.

⁶⁶⁹ Was den Sprachgebrauch anlangt, so steht Vorsatz nur M.-Str.-G.-B. § 49; vorsätzlich bald mit bald ohne Zusatz wird an folgenden Stellen verwendet: Str.-G.-B. § 40. 48. 89. 90. 92. 120. 121. 133. 136 (unbefugt vorsätzlich). 137. 141. 142. 162. 167. 169. 207. 211. 212. 214. 217. 218. 220. 221. 223. 229. 232. 239 (vorsätzlich u. widerrechtlich). 271. 299 (vors. u. unbefugt. Weise). 303—305 (vorsätzlich u. rechtswidrig). 306. 308. 312. 313. 315. 317. 321—323. 353^a Al. 2. 329. 336. 340. 341 (vors. ohne hierzu berecht. zu sein). 344. 345. 347. 34^c. 353 (vors. u. rechtswidrig). 357. — M.-Str.-G.-B. § 58. 62. 64. 78. 81. 115. 118. 119 (vors. gesetzwidrigen Einfluss üben). 122. 137 (vors. u. rechtswidrig). 139. 144. 147. Ges. betr. d. Urheberrecht v. 11. Juni 1870 § 18. 20. 21. 24. 25. Ges. betr. die Commanditgesellschaft. auf Actien v. 11. Juni 1870 A. 206 u. 249 (vorsätzlich falsche Angaben machen; Gegensatz »durch ihre Schuld«). Seemannsordnung § 97. Vgl. Verordn. betr. die Einschränkung der Gerichtsb. u. s. w. v. 23. Dez. 1875 § 3; 2^c (vorsätzl. Tödtung mit oder ohne Ueberlegung): § 3; 3^d. — Identisch mit Vorsatz ist Vorhaben: R.-Str.-G.-B. § 82. 139. M.-Str.-G.-B. § 60. 61. 77. Die vorsätzliche Thätigkeit wird häufig als Unternehmen bezeichnet: Str.-G.-B. § 81. 82. 83. 86. 105. 114. 122. 159. 214. 357. 360 n. 5. M.-Str.-G.-B. § 55. 8. 96. 97. 102. 106. 116. Reichsverfass. A. 74. Ges. betr. die Abgabe v. Salz v. 12. Okt. 1867 § 112. Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869

Dieser Vorsatz nun ist »Entschluss ein Verbrechen, Vergehen oder eine Uebertretung zu verüben« (Str.-G.-B. § 43.⁶⁷², und dass ihm eine bestimmte Wissenschaft wesentlich ist.

§ 134. 135. Ges. betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 A. 1 u. 2. Seemannsordnung § 89. 90.

⁶⁷⁰ Nähere Analyse überzeugt mich, dass Bd. I N 210 zu weit geht, wenn sie jeder Unterscheidung von Vorsatz u. Absicht die Berechtigung abspricht. — Nur liegt der Unterschied in etwas Anderem als gewöhnlich angenommen wird. Bald ist nemlich Absicht identisch mit dem Strafbarkeitsmerkmal des Vorsatzes, bald hat sie Bezug auf ein anderes ausserhalb des Vorsatzes gelegenes Strafbarkeitsmerkmal. Nicht ganz ebenso verhält es sich mit »wissentlich«. Vgl. dazu § 73 unten.

⁶⁷¹ Was den Sprachgebrauch der Quellen angeht, so steht Absicht im Str.-G.-B. § 124. 140. 143. 146. 147. 202 (Absicht, dass Einer von beiden Theilen das Leben verlieren soll). 242 u. 249 (Absicht sich rechtswidrig zuzueignen). 243 n. 7 (diebische Absicht). 250 n. 4. 265 (betrügerische Absicht). 275 n. 2 u. 3. 307 n. 2. 313 (Absicht nur auf Schutz des Eigenthums gerichtet). 353^a Al. 2 (Abs. den Vorgesetzten irre zu leiten). M.-Str.-G.-B. § 69. 83. 129 n. 1 u. 134 (Abs. rechtswidr. Zueignung). — Absichtlich: Str.-G.-B. § 48. 210. M.-Str.-G.-B. § 95 (abs. veranlasste Trunkenheit); beabsichtigen: Str.-G.-B. § 43. 46. 225. M.-Str.-G.-B. § 123; Rechtswidrige Absicht: Str.-G.-B. § 267. 269. — »Verbrechen und Vergehen in der bestimmten Absicht begangen, die Vollstreckung von Urtheilen zu hindern«: Verordn. betr. die Einschränkung der Gerichtsbark. der deutschen Consuln in Egypten v. 23. Dez. 1875 § 3 III. — Absicht der gesetzl. Strafe rechtswidrig zu entziehen: Str.-G.-B. § 346. — Absicht Schaden zuzufügen: Str.-G.-B. § 272. 273. 349. — Absicht Nachtheil zuzufügen: Str.-G.-B. 274 n. 1 u. 2. 281. Vgl. § 266, n. 1—3: absichtlich z. Nachtheil handeln (cfr. § 356, 2). — Gewinnsüchtige Absicht: Str.-G.-B. § 133. 169. 301. 302 (vgl. § 219. gegen Entgelt; § 257, 258 u. 259: seines Vortheils wegen). — Absicht zu gewinnsücht. Zwecken zu missbrauchen: Str.-G.-B. § 235. — Absicht sich einen (rechtswidr.) Vermögensvortheil zu verschaffen: Str.-G.-B. § 263. 268. 272. 273. 349. — Ohne Absicht der Verwertung: Ges. betr. d. Urheberrecht an Werken der bild. Künste v. 9 Januar 1876 § 6 u. Ges. betr. d. Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. Jan. 1876 § 6 n. 1. — Absicht die Nachbildung zu verbreiten: in beiden cit. Gesetzen § 5. — In den Steuergesetzen ist vielfach von der »Absicht der Steuer-Verkürzung«, von Beabsichtigen der Kontrebande oder Defraude die Rede. Vgl. z. B. Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 137. 139. 151. Ges. weg. Besteuer. des Braumalzes v. 14. Juli 1868 § 34 I. — Wissentlich steht im Str.-G.-B. § 45. 49. 144. 153. 154. 156. 159 (hier wissentl. falsch

erhellet aus der ungemein häufigen Identifizierung von wissentlich und vorsätzlich⁶⁷². Ja die Praxis neigt stark dazu, das Moment des Bewusstseins gegen das des Willens über Gebühr zu betonen, während die beiden Seiten des Vorsatzes gleich schwer wiegen und das Gewusste gewollt sein muss, soll anders Vorsatz vorliegen.

Nun unterscheiden sich Delikt und Verbrechen wesentlich nur dadurch, dass Jenes die verbotene Handlung als solche, dieses einen Thatbestand bezeichnet, an welchen Strafolgen geknüpft sind und welcher jedenfalls ein Delikt enthält, unter Umständen aber auch noch andere Thatfachen als Voraussetzungen der Strafbarkeit aufführt, die ganz ausser-schwören u. s. w.): 257. 273. 275. 276. 324. 327. 328. 354. 355. 357. 363 n. 1. 364. M.-Str.-G.-B. § 90. 118. 139. 143 (eine strafbare Handlung wissentlich begehen lassen). Ges. betr. die Wechselstempelsteuer, v. 10. Juni 1869 § 15 (wiss. unversteuerte Wechsel verhandeln). Ges. betr. die Sicher. der Zollvereinsgrenze, v. 1. Juli 1869 A. 8. Wissentlich, um der Postkasse das Personengeld zu entziehen: Reichspostgesetz v. 28. Okt. 1871 § 29. Uebereinkunft zwischen d. Nordd. Bunde und der Schweiz, v. 13. Mai 1869 A. 20. Ges. betr. die Commanditgesellschaft. auf Actien v. 11. Juni 1870 A. 206 n. 3 u. 249 n. 3. Pressgesetz v. 7. Mai 1874 § 18. Ges. über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 14 (wissentlich . . . widerrechtlich). Bankgesetz v. 14. März 1875 § 59 (wissentl. den Stand der Verhältnisse der Bank verschleiern). Endlich begegnet noch in 5 Steuergesetzen »die wissentliche Anstellung eines bestraften Defraudanten«: vgl. z. B. Ges. wegen Erhebung der Brausteuer v. 31. Mai 1872 § 38 I. — Wissend Str.-G.-B. § 131. 171. 270. 338. — Von denen er weiss: Str.-G.-B. § 92 n. 1. 127 (dass sie ohne gesetzl. Befugn. gesamm. sind). 259. 302. 345. 352. 353 (hier umfasst das Wissen ausdrücklich die Rechtswidrigkeit mit). — Von denen ihm bekannt ist: Str.-G.-B. § 324. 344 (vgl. § 148: nach erkannter Unechtheit). Mit Kenntniss der verfügten Beschlagnahme: Pressgesetz v. 7. Mai 1874 § 28. Falsche Angaben mit Kenntniss der Unrichtigkeit: Pressgesetz v. 7. Mai 1874 § 18. — Wider besseres Wissen: Str.-G.-B. § 164. 187. 189. 278. M.-Str.-G.-B. § 152 (Gegensatz zu leichtfertig). Vereins-Zollgesetz § 136 (unrichtig deklarieren). Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 § 94 (Gegensatz zu leichtfertig). — Eine Uebertretung mit Vorwissen des Vertretenen begehen: Gewerbeordn. v. 21. Juni 1869 § 151 (nicht technisch steht Vorwissen im Str.-G.-B. § 297. 367. 1). Ohne Wissen: Vereinszollgesetz § 153. — Ohne Mitwissen das. § 154.

⁶⁷² Vgl. z. B. Str.-G.-B. § 48, 1 u. 2 u. § 49, 1 u. 2. Wie weit diese Identificierung geht, darüber später in § 73.

halb der deliktischen Handlung gelegen sind⁶⁷³. Die leichte Körperverletzung ist zwar Delikt, aber strafbar, also Verbrechen, wird sie erst, wenn der Verletzte einen Strafantrag gestellt hat; der Ehebruch ist ein Delikt, aber strafbar, also Verbrechen wird er erst, wenn wegen desselben die Ehe geschieden und ausserdem der Antrag auf Strafverfolgung gestellt ist (Str.-G.-B. § 231 u. 172). Für den Verbrechensthatbestand des Ehebruchs sind die Thatsachen der Scheidung wegen Ehebruchs und der Antragsstellung wesentliche Merkmale; sobald Eine von ihnen wegfällt, ist die Strafbarkeit des Ehebruchs, und damit seine Verbrecherischkeit hinfällig geworden: ein strafloses Verbrechen ist ein Unding⁶⁷⁴. Dagegen sind jene Thatsachen für den Deliktsthatbestand des Ehebruchs ganz irrelevant: der Ehebruch ist verboten, also Delikt zur Zeit als er begangen wird, Verbrechen wird er erst später.

So läge es nicht allzu fern zu definiren den Deliktsvorsatz als das Wissen und Wollen einer Handlung in ihren sämtlichen Deliktsmerkmalen, den Verbrechensvorsatz aber als das Wissen und Wollen der sämtlichen Merkmale eines Verbrechens⁶⁷⁵. Der letztere umfasste dann weit mehr als der erstere, (würde demgemäss weit seltener vorliegen. Die Fahrlässigkeit bei Verbrechen würde dann weit in den Deliktsvorsatz hinein ausgedehnt.

⁶⁷³ Vgl. Bd. I § 23: »Doppelt bedingte Strafdrohungen«.

⁶⁷⁴ Wie verhängnissvoll die Verwechslung von Delikt und Verbrechen ist, beweisen nicht wenige falsche Urtheilssprüche der obersten deutschen Gerichtshöfe. Vgl. beispielsweise Note 680.

⁶⁷⁵ Aehnlich definiren Breidenbach, Commentar I. 2. S. 32: »Dolos ist mithin das Verbrechen überhaupt nur dann begangen, wenn es mit allen seinen wesentlichen . . . sub- und objektiven Merkmalen gewollt worden ist«; und v. Wächter, Gerichtssaal 1864 S. 56. »Es wird . . . zum Dolus erfordert, dass das Wollen auf alle zum Verbrechen wesentliche Momente . . . also auf den gesamten Thatbestand sich erstrecke. Fehlt dieses Wollen auch nur in Beziehung auf eines der Momente des Thatbestandes: so ist dolus mit Bezug auf das betreff. Verbrechen nicht vorhanden«.

Allein es bedarf nur eines Blickes auf das »Verbrechen« des Ehebruchs um diese Begriffsbestimmung für den Vorsatz bei Verbrechen zurückzuweisen. Muss denn der Ehebrecher um strafbar zu werden etwa wissen und wollen, dass er wegen Ehebruchs geschieden werde? Muss er wissen es sei der Ehebruch Antragsverbrechen? Dann würde ja bei allen diesen der Glaube des Thäters nicht ein Antrags- sondern ein Offizial-Verbrechen zu begehen den Verbrechensvorsatz ausschliessen, was doch ein gradezu sinnloses Resultat ergäbe. Ich fürchte keinen Widerspruch gegen den Satz: bei doppelt bedingten Strafdrohungen steht der Vorsatz zu der zweiten Bedingung ausser der deliktischen Handlung in gar keiner Beziehung: dass der Thäter den Eintritt dieser zweiten Bedingung wollte und wusste, ist also für die Frage nach dem Vorhandensein des Vorsatzes ganz gleichgiltig. Ja, Vorsatz liegt selbst dann vor, wenn der Thäter den Eintritt dieser zweiten Bedingung perhorrescirte, wie z. B. der Entführer die Auflösung der mit der Entführten geschlossenen Ehe, welche Auflösung ja die zweite Voraussetzung seiner Bestrafung bildet. (Str.-G.-B. § 238.)

Diese Unabhängigkeit des Vorsatzes von der zweiten Bedingung der Strafbarkeit äussert sich aber nicht nur darin, dass die fälschliche Nichtannahme des Vorhandenseins einer solchen den Dolus unberührt lässt, sondern auch darin, dass die fälschliche Annahme des Nichtvorhandenseins einer solchen den Dolus trotzdem zur Entstehung gelangen lässt. Wer beispielsweise glaubt ein Antragsverbrechen zu begehen, während es ein Offizial-Verbrechen ist, hat trotz dieses Irrtums dolos gehandelt, selbst wenn er Grund zur Annahme hat, der Antrag würde, läge ein Antragsverbrechen wirklich vor, nicht gestellt werden⁶⁷⁶.

So fallen alle ausserhalb der sog. verbrecherischen Handlung liegenden Merkmale des verbrecherischen Thatbestandes insofern weg, als der Verbrechensvorsatz sich auf sie nicht miterstreckt. Besteht dieser denn nun vielleicht in dem Wissen

⁶⁷⁶ Vgl. des Näheren unten S. 475 ff.

und Wollen jener Handlung selbst in allen ihren für den Verbrechensbegriff wesentlichen Merkmalen?

Das hervorstechendste allgemein wesentliche Verbrechensmerkmal ist das der Strafbarkeit. Wird ein Verbrechen nur dann vorsätzlich begangen, wenn der Thäter die Handlung als eine strafbare kennt und will? Selbstverständlich ist die psychologische Zwangstheorie zu dieser Annahme genötigt. Es fragt sich, wie weit das gemeine deutsche Strafrecht, welches jene Theorie verwirft, sich ihre Konsequenzen aneignet? An allerhand Anzeigen, die mit diesen in Einklang stehen, fehlt es nicht.

Zunächst liegt die Versuchung nahe die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs über die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit jugendlicher und taubstummer Personen als Schlüssel zur Dolus-Auffassung zu benutzen. Wie oft hat doch die Praxis geglaubt unmittelbar aus den Satzungen über die Zurechnungsfähigkeit den Dolus-Begriff ableiten zu können! Das deutsche Strafgesetzbuch sagt in § 56 vgl. § 58): »Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12. aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen⁶⁷⁷, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntniss ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass.« Danach scheint beinahe die Erkennbarkeit der Straffolgen als Bestandtheil der sog. kriminalistischen Handlungsfähigkeit überhaupt gefasst zu werden, und nun könnte man die Schuldarten so scheiden, dass man zum Verbrechensvorsatz erkannte Strafbarkeit, zur verbrecherischen Fahrlässigkeit dagegen verkannte aber erkennbare Strafbarkeit verlangte.

Allein dieser Schein sammt den aus ihm abgeleiteten Folgerungen ist, wie schon oben gezeigt⁶⁷⁸, nichtig. Der ganze Passus des Gesetzes enthält nichts Anderes als das Erforderniss der Zurechnungsfähigkeit, welche nur sehr in-

⁶⁷⁷ Strafflose strafbare Handlungen kennt das Gesetz an verschiedenen Stellen!

⁶⁷⁸ S. S. 81. 82.

korrekt bezeichnet wird. Aus ihr den Begriff des Dolus direkt entwickeln zu wollen ist ganz unthunlich: sie ist gleichermassen Voraussetzung für den Vorsatz wie für die Fahrlässigkeit, giebt uns aber bezüglich keiner der beiden Schuldarten näheren Aufschluss.

Wollte man aber wirklich annehmen, das Gesetz verlange für jugendliche Personen mehr als nur Zurechnungsfähigkeit, so dürfte man doch wahrlich nicht diess Verlangen analog auf erwachsene Delinquenten ausdehnen.

Das Gesetz würde dann grade umgekehrt den jugendlichen und den taubstummen Delinquenten eine Aussicht der Freisprechung eröffnen, die es ihren Genossen verschliessen wollte, und diese Liberalität liesse sich nur auf eine einzige Weise erklären. Es wäre dann der Ansicht, bei diesen noch unfertigen Persönlichkeiten sei die Bedeutung der Rechtspflicht zur Zeit noch zu ungenügend erschlossen, als dass die erkannte Rechtswidrigkeit als abhaltendes Mittel genügend wirken könnte: das Gesetz glaubte dann, dieser abhaltende Beweggrund müsse hier durch die Perspektive auf die Schneide des Strafschwertes ergänzt werden ⁶⁷⁹.

So lässt sich »die zur Erkenntniss der Strafbarkeit nötige Einsicht« in keiner Weise als Bestandtheil der Handlungsfähigkeit im Allgemeinen auffassen. Nicht einmal bei diesen jugendlichen und taubstummen Personen wird zum Verbrechensvorsatz vorhandene Erkenntniss der Strafbarkeit verlangt. So beweisen die §§ 56 und 58 gradezu gegen die Annahme, dass zum Vorsatze Bewusstsein der Strafbarkeit erforderlich sei: denn wenn selbst jugendliche Verbrecher schon dann mit der Strafe vorsätzlicher Verbrechen belegt werden dürfen, wenn sie deren Strafbarkeit nicht eingesehen haben, so ist klar wie der Tag, dass zur Strafe des vorsätzlichen erwachsenen Verbrechers jene Erkenntniss der Strafbarkeit in gar keiner Weise verlangt werden kann.

⁶⁷⁹ Dabei würde freilich übersehen, dass die nicht erkannte Strafbarkeit als Motiv nicht wirksam werden kann.

Wie reimen sich aber damit gemeinrechtliche Gesetze zusammen, die das Bewusstsein der Strafbarkeit als Voraussetzung der Strafe ganz ausdrücklich zu verlangen scheinen ⁶⁸⁰?

⁶⁸⁰ Es dürfen hier nur diejenigen Fälle ins Auge gefasst werden, wo der zu Strafende die Strafbarkeit der eigenen oder derjenigen Handlung, an der er sich beteiligt, einsehen musste; es scheidet also aus 1. der Vorsatz bei der echten Begünstigung. Da diese ein Verbrechen gegen den Staat als Inhaber der Strafrechte ist, so kann es lediglich eine Begünstigung von Verbrechen und nicht von Delikten geben. Da unvorsätzliche Begünstigung straflos ist, so muss der Begünstiger wissen, dass der Begünstigte strafbar. Irrtümliche Annahme irgend eines echten Strafausschliessungsgrundes für den Begünstigten schliesst den Begünstigungs-Vorsatz ganz zweifellos aus. Einen für straflos gehaltenen Delinquenten vorsätzlich der Strafe entziehen zu wollen ist ein Unding. Wer deshalb einen Dieb unterstützt den Diebstahl zu verheimlichen, von dem er annimmt, dass er seinen Descendenten bestohlen habe, ist straflos. Wenn § 247, der diese Strafflosigkeit des Diebstahls begangen von Ascendenten an Descendenten statuiert, in Al. 3 sagt: »Diese Bestimmungen finden auf Begünstiger keine Anwendung«, so hat diess einen ganz guten Sinn für die unechte Begünstigung (das vorsätzliche Sichern der Vortheile), die ja § 257 unter der Begünstigung leider mitbegrift. Diese Satzung auf die echte Begünstigung mitzubeziehen ist ganz unmöglich, was am Besten Schwarze, Kommentar S. 631, in dem unverständlichen Satze beweist: »Die Begünstigung ist strafbar, weil nicht eine an sich (!) straflose Handlung vorliegt, sondern nur die strafrechtliche Verfolgung einer an sich strafbaren Handlung ausgeschlossen wird.« (!) Vgl. Schwarze, im Gerichtssaal 1872 S. 376. Nicht minder verwirrt Herzog im Gerichtssaal 1872 S. 460, 461, der Begünstigung eines straflosen Diebes für möglich hält, weil nach § 257 »lediglich die Absicht desjenigen, welcher nach Begehung eines Verbrechens . . . Beistand leistet, entscheidend ist«. Ist denn Dolus und Putativ-Dolus identisch? Ebenso wenig ist echte Begünstigung möglich, wenn Jemand die Strafklage oder den Strafvollzug fälschlich für verjährt erachtet, oder wenn Jemand den Urheber eines Antragsverbrechens unterstützt in der Meinung, der Antragsberechtigte sei gestorben, oder habe die Antragsfrist versäumt, oder habe den gestellten Antrag zurückgenommen. Verstehe ich Geyer, Gerichtssaal 1875 S. 310 u. 311 richtig, so ist er in dieser Beziehung ders. Ansicht. — Ganz anders verhält es sich aber bei der unechten Begünstigung und bei der Sachenhehlerei. Wenn § 259 fordert, der Hehler müsse Sachen an sich gebracht haben, von denen er wusste, dass sie »mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind«, so liegt hier einer jener im D. Str.-

So ordnet das M.-Str.-G.-B. § 47 an: Wer einen Befehl in Dienstsachen als gehorchender Untergebener ausführt, ist mit der Strafe des Theilnehmers zu belegen, »wenn ihm

G.-B. so oft wiederkehrenden ungenauen Ausdrücke vor. (Hier a. M. Geyer a. a. O.) Das Gesetz unterscheidet ja zwischen Delikt und Verbrechen gar nicht; es kennt straflose strafbare Handlungen. Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, ferner der Ausdruck strafbare Handlung sind deshalb doppelsinnig; sie bezeichnen bald das strafbare, bald das straflose Delikt: sorgfältige Auslegung hat den richtigen Sinn im einzelnen Fall zu finden. Nun sind sowohl die unechte Begünstigung als die Sachenehlerei nichts anderes als Vermögensverbrechen, die ebenso wohl durch straflose als durch strafbare Delikte des Begünstigten und dessen, von dem die verhehlten Sachen erlangt worden sind, ermöglicht werden. Es ist deshalb unrichtig unechte Begünstigung und Sachenehlerei auch dann annehmen zu wollen, wenn die angebl. Begünstiger und Hehler nicht einmal die rechtswidrige Art des Erwerbes der betr. Sachen oder Vortheile kannten. Dieser unrichtigen Ansicht scheint der bayr. oberste Gerichtshof in s. Erk. v. 21. Aug. 1874 (Bayr. Samml. IV S. 316. 347) gefolgt zu sein; mit Sicherheit lässt es sich nicht ersehen. Dagegen sind im Resultate durchaus richtig: Erk. des O.-A.-G. Dresden v. 21. März 1871 (St. I S. 27): Zwei Frauen kaufen von einer Dritten Feldfrüchte, von denen sie wissen, dass Letztere sie ihrem Ehemanne entwendet hat (§ 247). Das Gerichtsaamt sprach frei, weil § 259 Erwerb durch eine strafbare Handlung verlangt. Durch besagtes Erk. erkl. das O.-A.-G. Dresden: Diese Freisprechung sei ungerechtfertigt; denn jene Entwendung sei doch Diebstahl oder Unterschlagung — also eine strafbare Handlung. (!) Ferner die Erk. des Pr. O.-Tr. v. 15. Febr. 1872 u. v. 2. Mai 1873 (in Oppenhoff's Rechtsprechung XIII S. 154. 155 u. XIV S. 332 ff.): der Hehler wird verurtheilt, obgleich der Diebstahl, aus dem die Sachen herrühren, Antragsvergehen und der Antrag nicht gestellt ist. — 2. Der Vorsatz bei dem Unterlassungs-Verbrechen des wissentlichen Geschehenlassens strafbarer Handlungen im D. Str.-G.-B. § 357 u. im M.-Str.-G.-B. § 143. Denn nimmt man selbst einmal als feststehend an — was übrigens noch sehr zweifelhaft ist —, dass das Gesetz wirklich das »wissentlich« auf die Qualität der fremden Handlung als einer strafbaren mitbezieht, so ist ja diess Wissen fremder Strafbarkeit durchaus nicht identisch mit dem Bewusstsein eigener Strafbarkeit. Dafür aber, dass diess letztere Bewusstsein zum Vorsatz bei dem Vergehen der unterlassenen Hinderung fremder strafbarer Delikte gehört, fehlt jeder Anhalt. — 3. Der Vorsatz des Anstifters. Denn wenn auch § 48 vorsätzliche Bestimmung des Angestifteten zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung for-

bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.« Der befehlende Vorgesetzte wird natürlich auch dann verantwortlich, wenn der Befehl auf Begehung einer Uebertretung lautet.

Nun ist es für die militärischen Verhältnisse ganz unerlässlich, dass die Grenze des bindenden Gehorsams mit völliger Klarheit gezogen werde, und dass zwischen dem Befehl, der befolgt werden muss, und dem Befehle, der nicht befolgt werden darf, kein Zwischengebiet bleibe, auf welchem das Ermessen des Untergebenen über Gehorsam und Ungehorsam entscheide. Am einfachsten wäre die verbindende Kraft zum Ungehorsam jedem Befehle zu geben, der auf eine Rechtswidrigkeit lautete. Allein ausserordentlich oft sind die Grenzen zwischen erlaubt und verboten dem ungeübten Auge schwer erkennbar, und ebenso oft mag ein Befehl in Dienstsachen einer Rechtswidrigkeit täuschend ähnlich sehen, während der Befehlende diesen Anschein zur Zeit nicht zerstören kann oder mag und der Befehl sich hinterher als durchaus gerechtfertigt darstellt. Trägt aber der Staat Bedenken schon die Erkenntniss der Rechtswidrigkeit des Befehlinhaltes die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Befehl begründen zu lassen, so bleibt ihm kaum etwas Anderes übrig, als dass er erst der erkannten Strafbarkeit diese juristische Wirksamkeit beilegt. Denn das Princip des blinden Gehorsams aufzustellen, hiesse nicht nur eine bedenkliche Bresche in die

dert, und somit den Anschein erweckt, der Anstifter müsse die Strafbarkeit der Handlung des Angestifteten kennen, so stellt sich selbst diess bei näherem Zusehen als unrichtig heraus. Wer den B. zum Diebstahl bei C. anstachelt, den er fälschlich für den Vater des B. hält, während es nur dessen Onkel ist, wird zweifellos strafbarer Anstifter, obgleich er die That des Angestifteten für einen straflosen Familiendiebstahl ansah. Ja, wäre sie selbst strafloser Diebstahl gewesen, so wäre der Anstifter nach § 247 dennoch als solcher verantwortlich. Es ist also nicht einmal Kenntniss der Strafbarkeit des Angestifteten zum Vorsatz des Anstifters erforderlich, noch weniger Bewusstsein eigner Strafbarkeit.

Autorität sowohl der Normen als der Strafgesetze legen, sondern auch in dem willig gehorchenden Werkzeuge verbrecherischer Befehle diesen die brauchbarsten Organe, in dem unwillig gehorchenden Werkzeuge dagegen dem Verbrechen erst recht den Triumph über gerechte Gesinnung zu verschaffen.

Das deutsche Militärstrafgesetz glaubt aber das Gebiet des unverbindlichen Befehls — und mit der Unverbindlichkeit tritt ja von selbst die volle Verantwortlichkeit des Untergebenen für Ausführung des Befehls ein — noch enger begrenzen zu sollen. Nur wenn der Untergebene die anbefohlene Handlung überhaupt als strafbar und auf der Höhe der Verbrechens- oder Vergehenstrafe stehend erkennt, wird er Theilnehmer an dem Verbrechen oder Vergehen, falls er den Befehl ausübt. Noch bei erregtem Zweifel, ob die anbefohlene Handlung Vergehen oder Uebertretung sei, ist der Befehl bindend. Es muss der Untergebene den Befehl nur dann missachten, wenn er durch Ausübung desselben wesentlich dazu beitrüge, dass dem Staate eine erheblichere Strafpflicht aufgelastet würde. Nur ein solcher Befehl trägt nach Ansicht des Gesetzgebers die Unverbindlichkeit klar an der Stirne geschrieben. Nur in diesem Falle wird seiner Ansicht nach auch in dem Untergebenen Einsicht verbunden mit Rechtsgefühl in genügender Stärke sich regen um ihm keinen Zweifel zu lassen, dass statt des regelmässigen Gehorsams die Widersetzlichkeit zur Pflicht wird.

Solchen Grundgedanken gegenüber wird es unmöglich den Untergebenen verantwortlich zu machen für die Ausübung einer Handlung, die Vergehen ist, die er zwar für rechtswidrig, aber aus irgend welchem Grunde nicht für strafbar hält. Das klare Symptom der Unverbindlichkeit des Befehls fehlt diesem, und — so will das Gesetz — dem nicht evident unverbindlichen Befehle muss gehorcht werden.

Und nun lässt sich auch das Verhältniss des Bewusstseins der Strafbarkeit zum Vorsatz des befehlausführenden Untergebenen klarstellen. Wer einen bindenden Befehl ausführt, handelt nicht widerrechtlich, kann also dabei gar keine

widerrechtliche Absicht hegen: es giebt keinen Dolus zu einer erlaubten Handlung. Dass der Befehl nicht verbindet, ist also die notwendige Voraussetzung zum Zustandekommen des Vorsatzes auf Seiten des Untergebenen. Der Befehl verbindet nur dann nicht, wenn er erkanntermassen auf ein Verbrechen oder Vergehen lautet. Dieses Bewusstsein der Strafbarkeit des Befehlenden für den Fall der Ausführung des Gebotes ist also durchaus kein Bestandtheil des Vorsatzes des Untergebenen, sondern lediglich Voraussetzung für die Entstehung eines solchen. Freilich wird diese Voraussetzung meist auch bewirken, dass der Untergebene seine eigene Strafbarkeit für den Fall seiner Folgsamkeit einsieht. Allein diess ist weder wesentlich noch tritt diese Einsicht ausnahmslos ein. Der Untergebene wird auch dann strafbar, wenn er weiss, dass er selbst delinquit, aber fälschlich glaubt, durch einen Strafausschliessungsgrund vor Strafe geschützt zu sein. Zum Vorsatz des strafbar gehorsamen Untergebenen gehört also das Bewusstsein eigener Strafbarkeit nicht.

Damit sind aber die Quellen, aus denen man diess Requisit des Verbrechensvorsatzes zu beweisen versuchen könnte, erschöpft: sie ergeben das negative Resultat, dass der Vorsatz des gemeinen deutschen Strafrechts diess Merkmal nicht in sich schliesst.

Derselben Ansicht pflichtet denn auch die Praxis bei, die sich an diess Quellengebiet angeschlossen hat, und ebenso die neuere Theorie grösstentheils, wenn auch nicht vollständig und wenn auch durchaus nicht immer aus stichhaltigen Gründen⁶⁸¹. Gradezu verhängnissvoll ist die übliche

⁶⁸¹ Sehr klar sagt z. B. das Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 30. Okt. 1872 (in Goltdammer's Archiv XX S. 559): »Die etwaige Unkenntniss von der Strafbarkeit seines Verhaltens ist bedeutungslos für die Schuldfrage.« Vgl. die Erk. dess. Gerichtes v. 15. Dez. 1874 (O. XV S. 871 ff.) und v. 12. Juli 1871 (O. XII S. 395. 396), wo es zu § 327 sehr richtig heisst: Festgestellt werden musste die Kenntniss jenes Verbotes, »welche mit der Kenntniss des die Zuwiderhandlung betr. Strafgesetzes nicht zu

Verwirrung, Irrtum über Verbotensein und Irrtum über Strafbarkeit der Handlung bildeten zusammen den ganz einflusslosen Irrtum über Vorhandensein und Tragweite des Strafgesetzes, und dieser letztgenannte Irrtum sei irrelevant, weil die Kenntniss des Strafgesetzes präsumirt werde⁶⁸². Auch

verwechseln ist«. Ganz ebenso Erk. v. 15. Juli 1874 (O. XV S. 505 ff.) Vgl. auch Erk. des bayer. oberst. Gerichtshofes v. 21. Aug. 1874 (Samml. IV. S. 346. 347) a. E. Ferner Rüdorff, Commentar S. 195; Puchelt, Commentar S. 114.

⁶⁸² Ein Paar Belege aus Praxis u. Theorie mögen die Gefahr dieser Drehung im circulus vitiosus anschaulich machen. Jedenfalls ein Urtheil, wie es nicht sein soll, ist d. Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 8. Juli 1874 c. Rohleder (O. XV S. 479. 480.). Während der Thäter aller Wahrscheinlichkeit nach des Dolus ermangelte und von der Anklage aus § 292 freigesprochen werden musste, sagt das Gericht: »Zur Erfüllung seiner Aufgabe, das Gemeinwesen gegen rechtswidrige Angriffe ausreichend zu schützen, stellt der Staat als durchgreifende Regel auf, dass Kenntniss der von ihm erlassenen Strafgesetze mit deren Verkündigung ohne Weiteres vorausgesetzt wird. Diese Anforderung beschränkt sich nicht bloß auf die Wissenschaft von dem Dasein des Strafgesetzes als solchen, begreift vielmehr auch der Natur der Sache nach die Kenntniss vom Inhalte der Strafnorm und deren Bedeutung für bestimmte einzelne Handlungen. Daraus folgt von selbst die strafrechtliche Wirkungslosigkeit der Berufung eines Angeklagten auf seinen Glauben, dass das — in Wirklichkeit zutreffende — Strafgesetz seine konkrete That nicht beherrsche, und zwar auch für solche strafbare Handlungen, zu deren Begriff an sich Dolus erforderlich ist. Dem angefochtenen Erkenntniss, welches die Unerheblichkeit eines strafrechtlichen Irrthums auf die mangelhafte Wissenschaft von der Existenz des Strafgesetzes beschränkt und die Freisprechung des R. durch dessen guten Glauben motivirt, liegt daher eine zu enge und rechtsirrtümliche Auffassung zu Grunde. Dem Wesen nach kennzeichnet sich nemlich dieser sog. gute Glauben als ein der obigen Ausführung gemäss rechtlich nicht zu beachtender, das Strafgesetz betreffender Irrtum des R. darüber, dass er durch vorsätzliche Aneignung des in fremden Jagdrevieren gefundenen todtten Fuchses, eines nach Waldecker Recht jagdbaren Thieres, nicht gegen die objektive anwendbare Strafbestimmung des § 292 des Str.-G.-B. verstosse«. — Nicht minder bedenklich ist folg. Passus aus den Motiven des Erk. des Pr. O.-Tr. v. 15. Okt. 1874 (O. XV S. 675 ff.): »Ein Rechtsirrtum bezügl. des Strafgesetzes kann nichts helfen; doch muss Implorant mit der Behauptung gehört werden, dass er durch einen rechtl. Irrtum über die strafbare Beschaffenh. seiner Handlung in Unkenntniss

der wirklich als vorhanden anerkannte Irrtum über die Strafbarkeit ist für die Schuldfrage bedeutungslos, während die

versetzt sei und daher das strafrechtl. Bewusstst. einer Rechtsverletz. nicht gehabt habe«. (Von einem solchen »strafrechtl. Bewusstsein« spricht auch das Erk. des Pr. O.-Tr. v. 19. Febr. 1874: O. XV S. 91 ff.). — Ganz dieselben Irrtümer begegnen in einigen Präjudizien des bayer. obersten Gerichtshofes. Im Gegensatze z. Urtheil des Stadtgerichts Nürnberg v. 6. Sept. 1872, welches den Besitzer einer unricht. Waage wegen Gutgläub. freisprach, und welches von d. Bezirksgericht Nürnberg. durch Erk. v. 11. Okt. 1872 bestätigt wurde, erklärt der bayer. Kass.-Hof in s. Erk. v. 3. Dez. 1872 (Samml. II S. 296 ff.): »Schon das Vorhandens. der Unrichtigkeit vollendet die Uebertretung, und es kommt desshalb auf den guten oder bösen Glauben des Besitzers hier nicht weiter an«. »Die Unkunde der und der Irrtum über Rechtsvorschriften und Strafgesetze entschuldigt aber nicht und bildet desshalb weder einen Strafausschluss.- noch einen Strafmilderungs-Grund«. (Die bona fides des Angekl. war durch das Benehmen der Behörden entstanden!) — Die bayr. Untergerichte sprechen frei, das Bez.-Gericht München im Urtheil v. 8. März 1873 auch desshalb, »weil der Beschuld. bei der grossen Zweifelhafth. der oberpolizeilichen Vorschriften die Strafwürd. seiner Abänderungs-Unterlassung nicht gekannt habe, sohin das zum Begriff des Reates (§ 366, 10) erford. Bewusstst. der Widerrechtlichkeit ausgeschlossen sei«. Der oberste Gerichtshof vernichtet durch Erk. v. 16. April 1873 (Samml. III S. 183): der § 59 beschäftige sich nur mit dem thatsächlichen Irrthum und »der Gesetzgeber habe dem Richter die Befugniß nicht einräumen wollen, den Irrtum über die Existenz oder den Sinn und die Tragweite strafrechtl. Vorschriften in Berücksichtigung zu ziehen«. — Ihnen gesellt sich das Erk. des württemberg. Kassationshofes v. 28. April 1873 (bei Stenglein II S. 309). Wegen Normunkenntniss hatte der Gerichtshof in E. den aus § 286 Angeklagten freigesprochen; der Kassationshof hob diess Urtheil als nichtig auf, »sofern die Unkenntniss des Gesetzes die Strafbarkeit nicht ausschliesse . . . ; wonach es auch nicht als ein Erforderniss für die Strafbarh. des Beschuld. angesehen werden könne, dass derselbe das Strafgesetz gekannt habe — . . .«. — Zu diesen Präjudizien vgl. man Oppenhoff, Commentar S. 117 n. 7: »Ein die Existenz oder den Sinn des Strafgesetzes betr. Irrtum schliesst die Strafbarkeit nicht aus; die Meinung des Thäters: seine Handlung sei straflos (nicht verboten) (!), ist für die Anwendung des Gesetzes bedeutungslos«; ferner den ganz verfehlten § 21 von Schaper bei v. Holtzendorff, Handbuch S. 154—156. Dagegen ist es ein Verdienst v. Schwarze, Comm. S. 262, dass er den § 59 auf den Rechtsirrtum mit bezieht und der widerwärtigen praesumptio doli entgegentritt. Allein auch bei ihm fliessen Norm u. Straf-

Kenntniss der Rechtswidrigkeit nie präsumirt werden darf und die Unkenntniss derselben den Dolus stets ausschliesst.

Wenn nun das Wissen um die Strafwürdigkeit der Handlung zum Vorsatz nicht gehört, so versteht sich ganz von selbst, dass sogar das Vorhandensein eines echten Strafausschliessungsgrundes den Dolus intakt bestehen lässt, und dass der irrige Glaube an einen solchen Strafausschliessungsgrund noch weit weniger im Stande ist den Vorsatz zu erschüttern. Diese für das ganze Gebiet des Strafrechts geltende Regel wird von Merkel⁶⁸³ seltsamer Weise ins Gegentheil verkehrt, und der sonst sehr rigoristische Oppenhoff⁶⁸⁴ stimmt ihm darin bei, dass der Diebstahl vermeintlich an einem Descendenten verübt strafflos auszugehen habe. Schwarze⁶⁸⁵ behauptet nicht nur diess in voller Uebereinstimmung mit seiner Auffassung des Dolus, sondern er ist sogar der Ansicht, der irrige Glaube des Diebes, er bestöhle einen Ascendenten, er begehe also ein Antragsdelikt, schütze ihn vor der Official-Verfolgung. Lässt sich für letztere Behauptung höchstens ein ganz tumultuarisches Billigkeitsgefühl, aber nicht ein Rechtsgrund ins Feld führen, so schöpft Merkel seine Gründe wieder aus der Verwechslung von rechtswidrig und strafbar. Schon Hälschner⁶⁸⁶ hatte in sehr klarer Weise darauf aufmerksam gemacht, dass bei den Entwendungen verübt unter nahen Angehörigen das Verwandtschaftsbewusstsein leicht den Vorsatz ausschliessen kann. Der Thäter mag auf Zustimmung des Bestohlenen rechnen oder wirklich glauben, das Recht verbiete solche

gesetz in einander, und so verlangt er zum Vorsatz »Bewusstsein der Strafwürdigkeit«, wogegen die »Kenntniss von der Art und Schwere der Strafe einflusslos ist«. Schwarze geht hier nach der anderen Seite zu weit.

⁶⁸³ In v. Holtzendorff's Handbuch III S. 171: »Denn die irrige Annahme der Existenz eines Strafausschliessungsgrundes bei Begehung der That schliesst überall den Dolus aus«.

⁶⁸⁴ Commentar zu § 247 n. 20.

⁶⁸⁵ Commentar S. 627. 628. Dagegen vortrefflich die Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 21. Nov. 1872 u. v. 20. Jan. 1875 (bei O. XIII S. 620 u. XVI S. 62 ff.)

⁶⁸⁶ System des Preuss. Strafrechts II S. 451—454.

Aneignungen nicht. Dieser Grund des Wegfalls des Vorsatzes kann ebenso Platz greifen, wenn ein Vater seinem Sohne, als wenn ein Sohn seinem Vater diesem wirklich oder vermeintlich gehörige Sachen entwendet. Hälschner hatte nun ganz klar nachgewiesen, dass § 228 des Pr. Str.-G.-B. (entsprechend dem § 247 des D. Str.-G.-B.) mit diesen Fällen gar nichts zu thun hat, sondern gewissen vorsätzlich rechtswidrig verübten Entwendungen Strafflosigkeit zusichert, weil er es mit der Heiligkeit der Familie in Widerstreit stehend erachtet, dass in einem Strafprozess wegen Diebstahls der Sohn als Denunciant dem Vater als Denunciaten gegenüber tritt. Merkel ignorirt leider diese durchaus zutreffende Auslegung des Gesetzes. Nach ihm steht »der aufgestellte Strafausschliessungsgrund keineswegs ausser Zusammenhang mit der Schuldfrage«, eben grade weil sich »unter den genannten Personen bis zu einem gewissen Grade die scharfen Grenzen des Privateigentums verwischen«. Der § 247 des R.-Str.-G.-B. hat aber nur dann einen Sinn, wenn der Vorsatz zu Diebstahl oder Unterschlagung nicht wegfällt: nur dann kann die Handlung Antragsvergehen werden, nur dann muss das Gesetz ausdrücklich Strafflosigkeit zusichern, die sich ja bei wegfallendem Dolus von selbst versteht: bleibt aber das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Entwendung aufrecht, dann hat der Irrtum über die Descendenten-Qualität des Bestohlenen nicht, wie Merkel annimmt, »die Bedeutung eines Irrtums über die konkreten Voraussetzungen der strafrechtlichen Verschuldung« (sic!), sondern es liegt dann volle Verschuldung vor, und der Irrtum bezieht sich auf eine für Schuld oder Unschuld ganz irrelevante Tatsache, nämlich auf die Strafffrage. Schuld- und Straf-Ausschliessungsgründe sind eben wesentlich verschieden; um diese handelt es sich erst, wenn jene nicht da sind.

Ganz denselben Fehler, den nemlich, dass die Annahme von Strafausschliessungsgründen den Vorsatz aufhebe, machen die Kommentatoren noch an anderen Stellen des Str.-G.-B.⁶⁸⁷,

⁶⁸⁷ Vor Allem anlässlich der Auslegung des Begünstigungs-Paragraphen (§ 257).

die später in anderem Zusammenhang zur Besprechung gelangen werden.

Es hat nun die bisherige Untersuchung freilich nur ein negatives, aber für die ganze dogmatische Behandlung des Vorsatzes wertvolles Resultat geliefert. In demselben Augenblick, in welchem feststeht, dass das allen Verbrechen allein gemeinsame Merkmal der Strafbarkeit der begangenen Handlung vom Vorsatze nicht umfasst wird, dass ferner der Vorsatz auch nichts mit den Verbrechensmerkmalen zu thun hat, welche ausserhalb der verbotenen Handlung liegend ihre Strafbarkeit vielfach doch mitbedingen, steht zugleich fest, dass ein besonderer Vorsatz enthaltend das Wissen und Wollen sämtlicher oder auch nur der wichtigsten Verbrechens-Merkmale nicht besteht, dass also ein besonderer »Verbrechens-Vorsatz« als ein Vorsatz, welcher der strafbaren Handlung als solcher in allen ihren Arten wesentlich wäre, nicht existirt. Der auch strafrechtlich allein in Betracht kommende Vorsatz erschöpft sich in der Beziehung des bewussten Willens zu der begangenen Handlung, ohne dass er sich auf deren Rechtsfolgen mit erstreckte. Für einen folgerichtigen Denker ergibt sich daraus von selbst die theoretische Richtigkeit einer wichtigen Folgerung. Wenn es der Vorsatz nicht mit der strafbaren Handlung als solcher zu thun hat, dann werden für ihn auch solche Handlungsmerkmale nicht in Betracht kommen können, die der Gesetzgeber lediglich als Anknüpfungspunkte für eine geschärfte oder eine gemilderte Strafdrohung verwendet. Wenn das Bewusstsein der Strafbarkeit zum Vorsatz nicht gehört, dann wird auch das Wissen und Wollen von strafscharfenden oder strafmildernden Thatmomenten zum Vorsatz nicht gehören können: denn diess Wissen und Wollen kann sich ja als bedeutsam nur von dem Hintergrund des Bewusstseins der Strafbarkeit im Allgemeinen ablösen. Wie es durchaus inkonsequent ist, wenn diejenigen, welche das Bewusstsein der Strafbarkeit zum Vorsatz verlangen, das Wissen um Art und

Höhe der Strafe für irrelevant erklären, so ist es nicht minder inkonsequent das Wissen um die Strafbarkeit für irrelevant, dagegen das Wissen um einen Punkt, dessen einzige Bedeutung darin besteht, das Barometer der Strafbarkeit etwas steigen oder fallen zu machen, für wesentlich zum Vorsatz zu erklären. Nun bestehen alle verbrecherischen Thatbestände, soweit sie nicht poenalisirte Gattungsdelikte sind, aus einer Kombination von Delikts- und von Strafbarkeitsmerkmalen. Auf dieser Grundlage sind nur zwei wesentlich verschiedene in sich einheitliche Dolus-Auffassungen möglich: die Eine sagt, Vorsatz ist Wissen und Wollen aller Delikts- und aller Strafbarkeitsmerkmale; die Andere sagt: der Vorsatz hat es mit der Strafbarkeit überhaupt nicht, also auch nicht mit den Strafbarkeitsmerkmalen, sondern allein mit den Deliktsmerkmalen zu thun. Das Resultat, dass die erstere Auffassung jedenfalls nicht die des positiven deutschen Strafrechts ist, zwingt uns, das Verbrechen als Basis der Vorsatz-Lehre aufzugeben und zu untersuchen, ob der Vorsatz des gemeinen Strafrechts zusammenfällt mit dem Delikts-Vorsatz, also dem Wissen und Wollen einer widerrechtlichen Handlung in allen ihren Deliktsmerkmalen, oder ob jener Vorsatz erweitert oder verengert oder zugleich nach der einen Seite erweitert und nach der andern verengert ist? Es versteht sich dabei von selbst, dass die Untersuchung darauf zu achten hat, ob dann jener gemeinrechtliche Vorsatz ein einheitlicher sei, oder ob er sich für gewisse Gruppen von Delikten verschieden ntancire.

— — — — —

II. Aeusseres Verhalten des Vorsatzes bei Verbrechen zum Deliktvorsatze.

§ 61. A. *Vom Gegensatz des einfachen und des zusammengesetzten Vorsatzes bei Verbrechen.*

Die Beziehungslosigkeit zwischen dem Vorsatze bei strafbaren Handlungen und ihrer Strafbarkeit beseitigt die Gefahr einer starken Entfremdung zwischen jenem und dem

Deliktvorsätze. Bevor aber zur Untersuchung übergegangen werden soll, ob diese beiden Vorsätze wesentlich identisch oder aber nur mit einander verwandt sind, bedarf es der Betrachtung einer Reihe von strafrechtlichen Erscheinungen, welche darin übereinstimmend, dass eine Inkongruenz zwischen beiden Vorsätzen obzuwalten scheint, klarzustellen geeignet sind, in welchem Sinne allein von einer Identität beider Vorsätze gesprochen werden könnte.

Der Thatbestand eines Verbrechens besteht entweder nur aus einem Delikte (einfache Verbrechen) oder aus einer Konkurrenz von Delikten (zusammengesetzte Verbrechen)⁶⁸⁸. Ein Delikt kann nun nie zugleich vorsätzlich und fahrlässig geschehen oder auf eine Mehrheit von Vorsätzen oder Fahrlässigkeiten zurückführbar sein: Dem einfachen Verbrechen entspricht also der einfache Vorsatz. Dagegen kann die Schuldseite bei einem Verbrechen sich sehr wohl aus dolus und culpa mischen oder aus mehreren Vorsätzen oder einer mehrfachen Fahrlässigkeit gebildet sein. Dem zusammengesetzten Verbrechen kann nie nur ein Vorsatz oder eine Fahrlässigkeit zur Quelle dienen, ihre Schuldseite ist notwendig gleichfalls eine zusammengesetzte. Eine Generalschuld aber, welche dann die mehreren Vorsätze zur Schuldeinheit zusammenfasste, ist ganz undenkbar.

Bei diesen zusammengesetzten Verbrechen hat sorgsame Auslegung zuvörderst festzustellen, ob das Gesetz bei sämtlichen Delikten Vorsatz, oder nur für das eine Vorsatz, für das zweite die andere Schuldart erfordert. Im ersten Falle sind es regelmässig zwei Verletzungsvorsätze, welche sich verbinden müssen.

So fordert Diebstahl stets einen zweifachen Vorsatz: sich eine fremde Sache widerrechtlich anzueignen, und sie zu diesem Behuf dem detentor widerrechtlich wegzunehmen. Wenn der Schuldner A dem Faustpfandgläubiger P seine dem A gehörige Pfandsache widerrechtlich wegnehmen will und statt seines Pfandes eine Sache des P in die Hände bekommt,

⁶⁸⁸ S. Bd. I § 19 u. 20.

so liegt ein Diebstahl nicht vor, weil der Vorsatz der Aneignung der fremden Sache zur Zeit der That fehlt. Wenn Jemand eine fremde Sache die besessen ist, in Aneignungsabsicht an sich nimmt, während er sie für unbesessen erachtet, so kann es wiederum mangels des zweiten nötigen Vorsatzes zum Diebstahl nicht kommen. Ebenso erfordert der Raub drei Vorsätze: ausser den beiden oben genannten noch den der Nötigung. Bei dem Thatbestande des § 251 (Raub unter Martern) tritt noch der Vorsatz der Körperverletzung als vierter hinzu.

Zweifelhafter könnte man bezüglich des früher analysirten Thatbestandes des strafbaren Bankerotts sein⁶⁸⁹. Lehrreich ist dieser insofern, als neben mehreren Delikten noch eine weitere Handlung, die Zahlungseinstellung, gefordert wird, die nicht verboten ist, die demgemäss auch als solche nicht schuldhaft begangen werden kann: es gilt deshalb das Erforderniss der Schuld nicht weiter auszu dehnen als möglich ist, und diesen indifferenten Thatbestandtheil in seiner Indifferenz zu belassen. Wie aber wenn der zahlungsunfähige Kaufmann, der Handelsbücher nach Maassgabe des Gesetzes zu führen hat, zwar in der Absicht seine Gläubiger zu schädigen, aber zugleich in dem Irrtum er sei (etwa weil er sich für einen Trödler hält) zur Führung der Bücher nicht verpflichtet, seine bisherige Buchführung aufgibt? Mir scheint in solchem Falle § 251 nicht Anwendung finden zu dürfen, weil das deutsche Gesetzbuch, wo es bei einem Delikt nicht ausdrücklich die Fahrlässigkeit hervorhebt, nur an die vorsätzliche Uebertretung denkt.

Jene Kombination von Vorsätzen kann sich aber auch als Konkurrenz eines Verletzungs- und eines Gefährdungs vorsatzes darstellen, wie z. B. bei der vorsätzlichen Zerstörung von Wasserleitungen behufs Herbeiführung von Gefahren für das Leben oder die Gesundheit Anderer (§ 321); oder aber als Zusammentreffen eines Verletzungsvorsatzes und eines dolus zur Uebertretung von Verboten schlechthin: so scheint mir

⁶⁸⁹ Vgl. I S. 113 ff.

der Fall der vorsätzlichen Tödtung im Duell aufzufassen, denn ich vermag in Letzterem nur ein Polizeidelikt zu sehen. Ueberhaupt können alle einander nicht ausschliessenden Vorsätze in solchen zusammengesetzten Thatbeständen durch den Gesetzgeber verknüpft werden.

Man mag nun diesen Bemerkungen über zusammengesetzte Schuld im Princip beistimmen, aber glauben, sie reichten zur Erschöpfung des Schuldgehaltes bei diesen combinirten Verbrechen nicht aus. Beim Raub z. B. müssten nicht nur die Vorsätze der Vergewaltigung, der Besitzentsetzung und der Aneignung fremder Sachen ungetrennt neben einander liegen, sondern es müsse noch ein weiteres Element hinzukommen, welches daraus einen einheitlichen Raubvorsatz erst erschaffe: die Vergewaltigung müsste als Mittel der Besitzentsetzung und diese als Mittel der Aneignung gewollt sein; die drei Delikte müssten also in einen bestimmten Causalzusammenhang gesetzt werden; und ebenso verhalte es sich bei dem Diebstahl, beim Hochverrat durch Ermordung des Landesfürsten u. s. w.

Dagegen muss eingewandt werden: der Gehalt an Vorsatz, den ein Räuber durch seine That verwirklicht, wäre dann allerdings, aber auch nur dann in jenen drei Vorsätzen nicht erschöpft, wenn zu den Dreien noch ein Vierter hinzutreten wäre, d. h. wenn der Thatbestand des Raubes sich aus vier statt aus drei Normwidrigkeiten zusammensetzte. Diess ist nicht der Fall. Wohl aber erscheint der Entschluss die Vergewaltigung zum Zwecke der Besitzentsetzung vorzunehmen als ein Grund höherer Strafbarkeit der vorsätzlichen Vergewaltigung: mit anderen Worten: die Absicht mehrere Delikte in bestimmter Weise zu kombiniren kann als Strafbarkeitsmerkmal für die höhere oder geringere Bestrafung der Gesammtheit dieser Delikte oder auch nur eines derselben in Betracht kommen. Der Vorsatzgehalt ist also in jenen drei Einzelsätzen, dass ich beim Raub bleibe, erschöpft: aber die beabsichtigte causale Verknüpfung von Vergewaltigung und Diebstahl ist ein selbständiges Strafbarkeitsmerkmal.

Bezüglich der Strafbarkeit dieser zusammengesetzten Delikte drängt sich eine höchst eigentümliche Wahrnehmung auf. Leicht erklärt sich, dass eine bestimmte Kombination von zwei strafbaren Delikten den Gesetzgeber veranlassen kann sie als zusammengesetztes Verbrechen milder zu strafen, wie nach den Grundsätzen über Konkurrenz indicirt wäre. Weit schwerer ist die Thatsache zu deuten, dass Verbrechens-Konkurrenz den Gesetzgeber auch veranlasst eine geringere Strafe zu drohen, als die von dem Thäter verwirkte, falls er nur Eines der konkurrierenden Verbrechen begangen hätte; die Verbrechensmehrheit wirkt dann in dem Maass als Strafmilderungsgrund, dass sie nicht nur die Strafe des einen Verbrechens vollständig tilgt⁶⁹⁰, sondern auch noch die des andern erheblich vermindert. So verhält es sich bei der vorsätzlichen Tödtung des Gegners im Zweikampfe.

Der Verbrechensvorsatz bei diesen zusammengesetzten Verbrechen — wenn man inkorrekt in der Einzahl sprechen will — deckt sich also jedenfalls nicht mit einem Delikt-vorsatze, sondern nur mit einer Mehrheit von solchen.

§ 62. B. Von dem Vorsatze bei Mischthatbeständen⁶⁹¹.

Nennt man, wie diess vielfach geschieht, den Thatbestand, der im Gesetze mit jeweilen einer Strafdrohung verbunden ist, ungenau ein Verbrechen, so giebt es Verbrechen mit alternativen Vorsätzen, von denen der Eine ebensogut wie der Andere Verwirklichung gefunden haben kann, ohne dass im ersten Falle ein anderes Strafgesetz Anwendung zu finden hätte als in dem zweiten. Diese Erscheinung greift Platz bei den von mir sog. Misch-Thatbeständen, d. h. überall da, wo das Gesetz im Interesse der Kürze mehrere ver-

⁶⁹⁰ So verhält es sich ja nach gemeinem deutschen Recht regelmässig bei der sog. idealen Konkurrenz. Vgl. auch die D. Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869 § 149.

⁶⁹¹ S. oben § 19 (I S. 109 ff.)

schiedene Delikte alternativ mit einer und derselben Strafdrohung verbindet. In Wahrheit liegt hier immer eine Mehrheit ganz selbständiger Verbrechen vor, von denen jedes seinen eigenen Vorsatz erfordert. Sind diese Verbrechen selbst wieder zusammengesetzte, wie z. B. Hochverrat durch Tödtung eines Bundesfürsten oder durch Gefangennahme eines solchen (§ 81), so ist sehr wohl möglich, dass die Schuldseite bei den verschiedenen Verbrechen sich theilweise deckt, und nur theilweise unterscheidet, wie denn den angeführten Beispielen die hochverräterische Absicht gemeinsam ist, während sich mit ihr im ersten Fall Tödtungs-, im zweiten Nötigungsvorsatz verbindet.

Gegenüber solchen Mischthatbeständen⁶⁹² gilt es eine dreifache Versuchung zu meiden. Unter keinen Umständen darf die Verschiedenheit der Vorsätze verwischt und ein umfassender Generalvorsatz aufgestellt werden, auch dann nicht, wenn das Gesetz dazu grossen Vorschub leistet. Es giebt beispielsweise keinen einheitlichen Vorsatz zu dem, was das R.-Str.-G.-B. § 187 in ganz unbrauchbarer Sprachweise »verleumderische Beleidigung« nennt, weil § 187 ein Mischgesetz ist, und zwei ganz verschiedenartige Verbrechen, eine Ehrverletzung und eine Creditgefährdung (also ein Vermögensverbrechen), in ganz willkürliche Verbindung bringt⁶⁹³. Ebensowenig existirt ein einheitlicher Vorsatz zu der »Thätlichkeit« gegen Kaiser und Bundesfürsten (§ 94 ff.): denn diese Thätlichkeit umfasst Angriffe auf Leben, Körperintegrität, Freiheit und Ehre, von denen jeder seinen eigenen Vorsatz erfordert. Ebensowenig giebt es einen Hochverrats- oder Landesverrats-Vorsatz nach geltendem Reichsrechte. Diese Mannichfaltigkeit der Vorsätze bei Mischthatbeständen wird in der wissenschaftlichen Darstellung des geltenden Rechts viel zu sehr ignorirt.

⁶⁹² In Bd. I N. 197 sind eine Reihe von §§ des R.-Str.-G. zusammengestellt, die solche Mischgesetze enthalten.

⁶⁹³ Der Einzige unter den Bearbeitern des Reichsstrafrechts, der diese schlechte Verbindung, wie billig, gelöst hat, ist Meyer, Lehrbuch S. 421 ff. vgl. mit S. 530.

Grade weil aber ein solcher Generalvorsatz bei ihnen nicht existirt und jedes Verbrechen seinen eigenen Vorsatz fordert, darf die Strafe des Gesetzes nicht verhängt werden, wenn etwa Vorsatz zu einem der alternativ bedrohten Delikte vorlag, ein anderes aber begangen wurde. Wenn ein Telegraphenbeamter R.-Str.-G.-B. § 355, eine Depesche zu verfälschen beabsichtigt und um diesen Vorsatz verwirklichen zu können widerrechtlich eine Depesche unterdrückt, von der er glaubt, er dürfe sie unterdrücken, so genügt natürlich der Fälschungsvorsatz nicht um den Thäter wegen vorsätzlicher Depeschenunterdrückung zur Rechenschaft ziehen zu können. Gibt er den Fälschungsvorsatz nachher auf, so muss er straf-frei ausgehen.

Werden von den mehreren alternativ bedrohten Verbrechen mehrere begangen, so liegt keineswegs ein quantitativ gesteigerter Fall eines Verbrechens, sondern ein echter Konkurrenzfall vor, und muss die Strafe nach den § 73 ff. des R.-Str.-G.-B. ausgeworfen werden.

§ 63. C. *Verschieden benannte Verbrechen mit gleichem Vorsatze.*

Konsumiren sowohl die zusammengesetzten als die gemischten Thatbestände zu ihrem Aufbau eine Mehrheit doloser Delikte, so möchte ich jetzt noch auf die umgekehrte Erscheinung aufmerksam machen, dass öfter mehrere Verbrechen denselben Vorsatz theilen. Ich denke dabei aber durchaus nicht an die Fälle, wo das eine Verbrechen vom Gesetz als eine gemilderte oder geschärfte Unterart des andern bezeichnet wird; auch nicht an diejenigen, wo das vorsätzliche Gattungsdelikt in eine Anzahl vorsätzlicher Verbrechen, (Mord und Todtschlag) zerlegt worden ist: denn hier wie dort muss erst untersucht werden, ob die verschiedenen strafbaren Handlungen nicht auch einen verschiedenen Vor-

satz besitzen. Auch interessirt hier nicht jene theilweise Identität der Vorsätze verschiedener Verbrechen, die eintritt, wenn ein einfaches Verbrechen nachher noch in den Thatbestand eines zusammengesetzten verbaut wird (Unterschlagung-Diebstahl-Raub). Wohl aber muss darauf hingewiesen werden, dass öfter zwei Verbrechen, die der Gesetzgeber offenbar als wesentlich verschieden ansieht, den gleichen Vorsatz theilen. So behandelt das R.-Str.-G.-B. in § 291 die widerrechtliche Aneignung verschossener Munition als Vergehen des »strafbaren Eigennutzes« weit getrennt von Diebstahl und Unterschlagung, während der diesem Vergehen wesentliche Vorsatz gar nicht anders als einen Diebstahls- oder Unterschlagungsvorsatz darstellt. Weit interessanter aber ist das Verhältniss von Raub und Erpressung. Der Vorsatz beim Raub⁶⁹¹ ist eine Kombination von Diebstahls- und Nötigungsvorsatz, womit sich regelmässig noch die Absicht widerrechtlicher Bereicherung verbindet. Bei einer ganzen Reihe von Erpressungsfällen kehrt aber ganz derselbe Vorsatz wieder, während der Rest der Erpressung meist noch den Nötigungs-, aber nicht den Diebstahlsvorsatz mit dem Vorsatze beim Raube gemein hat. So ist der Thatbestand der Erpressung wieder ein Mischthatbestand; die eine Alternative desselben ist dem Raube nahe verwandt und unterscheidet sich regelmässig von ihm nur graduell, während die andere einen wesentlichen Gegensatz zu dem Raube bildet.

Das Resultat der letzten Betrachtungen lässt sich dahin zusammen fassen: die Untersuchung über das Verhältniss des Vorsatzes bei Delikten zum Vorsatze bei Verbrechen muss den Gedanken, dass jedem verbrecherischen Thatbestande ein einheitlicher und ihm allein zugehöriger Vorsatz entspreche, vollständig fallen lassen, und die zu beantwortende Frage ist dahin zu formuliren: fällt der Vorsatz bei allen einfachen und allen zusammengesetzten Verbrechen, mag er einem einzigen Verbrechen ausschliesslich angehören oder ihm mit einem anderen Verbrechen gemeinsam sein, mit je

⁶⁹¹ S. unten § 69.

einem oder mit der Summe von mehreren **Deliktvorsätzen** zusammen? Nur wenn diese Frage verneint werden muss, giebt es einen besonderen Vorsatz bei strafbaren Delikten.

III. Identität des Vorsatzes bei Verbrechen mit einem einfachen oder mehrfachen Deliktvorsatz.

§ 64. A. *Der Vorsatz bei Verbrechen und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit* ⁶⁹⁵.

Wenn jede Norm eine genau bezeichnete Handlung verbietet, und wenn zugleich jedes solche Verbot Ausnahmen neben sich zulässt ⁶⁹⁶, so ist eine und dieselbe Handlungsart in gewissen Fällen erlaubt, in bestimmten anderen Fällen rechtswidrig. Es ist der folgenschwere Fehler der herrschenden Theorie über den Vorsatz ⁶⁹⁷, dass sie diese Thatsache verkennt: nicht die Tödtung ist Delikt, sondern die verbotene Tödtung, nicht die Sachbeschädigung, sondern die verbotene Sachbeschädigung, nicht die Freiheitsberaubung, sondern die verbotene Einsperrung. Wenn alle Verbrechen das Merkmal der Strafbarkeit theilen, so theilen alle Delikte das der Norm- oder Rechtswidrigkeit oder des Verbotenseins. Es ist das Delikts-Merkmal schlechthin. Diese Rechtswidrigkeit jedes Delikts besteht aber nicht in seinem Widerspruch gegen die subjektive Berechtigung irgend eines Privaten, sondern lediglich in seinem Widerspruch gegen das subjektive Recht des Staats auf Befolgung seiner Gesetze. Die Thatsache, dass ein Delikt neben dieser Widerrechtlichkeit vielleicht noch einen Eingriff in ein Privatrecht oder ein subjektives öffentliches Recht enthält, ist für das Delikt durchaus unwesentlich: die Eintheilung derselben, je nachdem eine solche subjektive Rechtsverletzung konkurriert oder nicht, methodisch falsch ⁶⁹⁸. Gradezu verderblich

⁶⁹⁵ Sehr ungenügend Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 205 ff.

⁶⁹⁶ S. Bd. I S. 49 ff.

⁶⁹⁷ S. oben S. 153 ff.

⁶⁹⁸ Ich sehe ganz davon ab, dass vielfach eine solche subjektive

wird dieselbe aber, wenn sie dazu benutzt wird um entsprechend den beiden Arten der Delikte zwei Arten des Dolus anzustellen und zu behaupten: »Von dem Erfordernisse des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit kann bei den rein polizeilichen Uebertretungen nie die Rede sein«⁶⁹⁹. Bei diesen soll es vielmehr lediglich auf ein bewusstes Handeln ankommen.

Es kann diese ganze Unterscheidung nur so gedeutet werden, dass das Merkmal der Rechtswidrigkeit diesen rein polizeilichen Delikten überhaupt nicht zukomme, — ein Irrthum der grade so unerklärlich ist als die Annahme des O.-A.-G. Dresden, das gemeingefährliche Verbrechen der Zerstörung von Wasserleitungen u. s. w. brauche durchaus nicht »rechtswidrig« begangen zu sein⁷⁰⁰.

Alle Delikte sind vielmehr gleich rechtswidrig, alle Ver-

Rechtsverletzung angenommen wird, wo von ihr keine Rede sein kann. Man vgl. die ganz verfehlte Durchführung des Versuchs von Oppenhoff, Commentar, (Einleitung z. 29. Abschnitt n. 1. u. 8; 5. Ausg. S. 679. 680.) die Uebertretungen in rechtsverletzende und rein polizeiliche einzutheilen. Es hängen diese Fehler mit der Unklarheit über den Begriff des subjektiven Rechts und mit der Verwechslung von Rechtsgütern u. Rechten zusammen. — Auch Windscheid, Pand. I § 101 (S. 286) unterscheidet zwei Arten des unerlaubten Verhaltens: 1) »Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjektiven Rechts«. 2) »Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delikt)«. Auch diese Unterscheidung verkennt, dass das Wesentliche im unerlaubten Verhalten stets nur in der Auflehnung gegen das öffentlich-rechtliche Verbot oder Gebot besteht und dass sowohl die widerrechtliche als die rechtmässige Handlung in die gleiche Kollision mit dem subjektiven Rechte geraten kann.

⁶⁹⁹ So Oppenhoff, a. a. O. n. 9 (S. 680) im Anschluss an die Rechtsprechung des Pr. O.-Tr. Vgl. bes. Erk. v. 5. Okt. 1870 (O. XI. S. 497. 498) und v. 23. März 1873 (O. XIII. S. 224. 225); die falsche Rechtsprech. hat sich also unverändert in die Zeiten des R.-Str.-G.-B. fortgesetzt. Vgl. unten § 74.

⁷⁰⁰ Erk. d. O.-A.-G. Dresden v. 4. März 1872 (Annalen N. F. IX. S. 405): Aus den und den Gründen »geht klar hervor, dass die § 321 erwähnten Handlungen keineswegs aus gewinnsüchtiger Absicht oder überhaupt rechtswidrig (!) begangen w. s. müssen, sondern dass es genügt, wenn der Thäter sie vorsätzlich vorgenommen und dadurch Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer herbeigeführt hat«.

brechen sind zugleich Delikte⁷⁰¹; bei allen ist desshalb — soweit sie für das Strafrecht in Betracht kommen — gleichmässig die Frage aufzuwerfen: gehört zum Vorsatz

⁷⁰¹ Dass jedes Verbrechen rechtswidrig sein muss, versteht sich ganz von selbst, auch wenn der Gesetzgeber es nie besonders hervorhebt. Diese Hervorhebung geschieht nun in den gemeinrechtlichen Gesetzen häufig, aber ganz willkürlich, nicht z. B. bei Tödtung, Abtreibung, Körperverletzung, wohl aber bei der Nötigung, beim Diebstahl u. s. w. Dieser schwankende Sprachgebrauch verlockt natürlich leicht zu falschen Deutungen. Auch die Thatsache, dass die Handlung oder die Absicht widerrechtlich sei, wird verschieden bezeichnet. Am exaktesten im R.-Str.-G.-B. § 360 n. 2, im Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 134, im Ges. betr. d. Sicher. der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 A. 1 und dem Bankgesetz v. 14. März 1875 § 56. 57. 58: »den Verbotsbestimmungen« und »dem Verbote zuwider« (vgl. R.-Str.-G.-B. § 360 n. 12; 361 n. 1, 2, 6; 366 n. 1 u. 10; 367 n. 2, 5; 368 n. 1, 2, 8; 369 n. 2, 3). Vom »verbotwidrigen Inhalte« spricht Ges. über d. Postwes. des deutsch. Reichs v. 28. Okt. 1871 § 27. Widerrechtlich begegnet R.-Str.-G.-B. § 123. 124. 239. 240. 291. 339. 353^a. Ges. betr. das Urheberrecht v. 11. Juni 1870 § 21. Ges. über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 14. Ges. betr. d. Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. Jan. 1876 § 14. Rechtswidrig R.-Str.-G.-B. § 53. 242. 246. 249. 253. 263. 267. 289. 303. 304. 305. 346. 353. 355. M. Str.-G.-B. § 129. 134. 149. Gesetzwidrig M. Str.-G.-B. § 119. Ungesetzlich R.-Str.-G.-B. § 129; Verordn. betr. die Gerichtsb. der deutschen Consulu in Egypten v. 23. Dez. 1875 § 3. 4^c u. i. Unerlaubt das. Gesetzlichen Bestimmungen zuwider: Str.-G.-B. § 360 n. 9. Einem gesetzlichen Verbote zuwider: Str.-G.-B. § 367 n. 9. Mit der Anordnung in Widerspruch: Str.-G.-B. § 140. 3. Vorschriftswidrig: Str.-G.-B. § 369 a. E.; vgl. Str.-G.-B. § 353^a Al. 2: den amtlich erteilten Anweisungen des Vorgesetzten vorsätzlich zuwider. — Unter Ausserachtlassung der in diesem Gesetze gegebenen Vorschriften: Ges. über d. Beurkund. des Personenstandes v. 6. Febr. 1875 § 69. Bezeichnen alle diese Ausdrücke die Auflehnung gegen das Recht und zwar wohlverstanden gegen das objektive Recht als Gesetz, so stellt sich daneben eine andere Gruppe, welche uns den Thäter nicht wider das Recht, sondern ohne Befugniss oder Erlaubniss, ohne subjekt. Recht handelnd aufzeigen. So steht unberechtigt: R.-Str.-G.-B. § 277. 292. 294. 295. 296. 370 n. 4. Pressgesetz v. 7. Mai 1874 § 19; ohne hierzu berechtigt zu sein: R.-Str.-G.-B. § 341; ohne Befugniss: R.-Str.-G.-B. § 123; ohne gesetzl. Befugn. das. § 127; unbefugter

auch nach Ansicht des Strafgesetzgebers Wissen und Wollen der Handlung als einer verbotenen?

Strenge genommen müsste diese Frage in der Untersuchung über den Vorsatz die letzte Stelle erhalten: denn erst wenn sich Jemand von dem, was er will, ein Bild gemacht hat, kann das Bewusstsein Platz greifen, dass, was er will, verboten ist. Das auftretende Bewusstsein der Rechtswidrigkeit würde dann erst in Verbindung mit den übrigen Bestandtheilen des bewussten Willens den Vorsatz zum Abschlusse bringen.

Andrerseits handelt es sich hier so sehr um die charakteristische Signatur des gemeinrechtlichen Vorsatzes als der wichtigsten Schuldart, dass die methodisch zuletzt zu behandelnde Frage zur principiell ersten wird. Und sie kann auch ohne Nachtheil für die Sache voranstehen, wenn man nur stets im Gedächtniss bewahrt, wie das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, wenn es überhaupt als Bestandtheil des Vorsatzes erscheint, doch bei jedem Delikte eine eigenthümliche Verbindung mit anderweitigen Deliktsmerkmalen eingeht und sich so bei verschiedenen Delikten auf verschiedene nach Art und Spezies bestimmte Handlungen bezieht.

Tritt man nun an die Quellen heran, so zeigen diese über das Wesen des Vorsatzes eine grosse Schweigsamkeit.

Weise: R.-Str.-G.-B. § 127. 299. Gesetz wegen Besteuer. des Brau-
malzes v. 4. Juli 1868 § 28; unbefugt: R.-Str.-G.-B. 132. 136. 168.
290. 296^a. 300. 360 n. 7; 8; 14. 367 n. 1; 368 n. 9 u. 11; 370 n. 1 u. 2.
— M. Str.-G.-B. § 101. 120. 129, 2. — Ges. betr. d. National. der
Kaufahrteischiffe v. 25. Okt. 1867 § 14. Gewerbeordnung v. 21. Juni
1869 § 149 n. 3 u. 4. Bankgesetz v. 14. März 1875 § 55. Gesetz betr.
d. Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung v. 10. Jan.
1876; ohne Erlaubniss: R.-Str.-G.-B. § 360 n. 1; 3. 361 n. 2.
367 n. 4. 370 n. 2; 3; ohne polizeil. Erlaubniss: R.-Str.-G.-B.
§ 367 n. 3; 8; 11. § 369 n. 3. 369 n. 1; ohne Genehmigung:
R.-Str.-G.-B. § 360 n. 9. — Allein diese negativen Bezeichnungen be-
deuten nichts anderes als gegen das Recht. Denn überall ist hier die
erwähnte Befugniss, Erlaubniss oder Genehm. *conditio sine qua non* für
ein nicht rechtswidriges Handeln, so dass eine Ueberszahl verschiedener
Worte dieselbe Sache bezeichnet.

Methodische Forschung wird deshalb sorglich diejenigen Stellen auszulegen haben, aus denen sich für den Vorsatz Resultate gewinnen lassen, und wird dann, falls diess Resultat ein einheitliches ist, mit vollem Recht den Induktionsschluss wagen, dass der Vorsatz überall derselbe sei, wo das Gesetz über den Dolus schweigt, und dass nur da Abweichungen von jenem gefundenen Begriffe anzunehmen seien, wo das Gesetz solche mit Bestimmtheit zu machen vorschreibt.

Dass der Vorsatz bei »Verbrechen« kein anderer als der bei »Vergehen« und bei »Uebertretungen« sein kann, ergibt sich schon daraus ganz evident, dass dieselben Handlungen öfter zugleich Verbrechen und Vergehen, Vergehen und Uebertretungen sind. Dass vorsätzliche Verletzungs- und Gefährdungsverbrechen, dass ferner diese und das gesammte vorsätzliche Polizei-Unrecht, was das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit anlangt, einander gleich stehen müssen, ergibt sich aus dem doppelten Grunde, dass sie alle in gleicher Weise rechtswidrig sind, und dass unmöglich der vorsätzliche Thäter das eine Mal notwendig dem Rechte zum Trotz handeln muss, während er das andere Mal mit dem Recht gut Freund bleiben darf. Wie weit die *praesumptio doli* heute noch recipirt ist und wie weit ihre Reception die Durchführung des richtigen Vorsatz-Begriffes thatsächlich hindert, wird allerdings zu untersuchen sein⁷⁰². Doch ist hier schon darauf hinzuweisen, dass die *praesumptio doli* als eine prozessuale Thatsache den materiellrechtlichen Vorsatzbegriff nicht alterirt, sondern anerkennt, und dass ihre Bedeutung lediglich in einer Erleichterung des Beweises des Vorsatzes gefunden werden darf.

Nun ergeben unsere Quellen nicht einen einzigen Anhaltspunkt dafür, dass der Strafgesetzgeber für das kriminelle Gebiet dieses wichtigste Merkmal des Deliktsvorsatzes habe fallen lassen wollen. Hätte er diess beabsichtigt, so würde er ja die beiden Schuldarten in ein ganz anderes als das normale Verhältniss zu einander haben setzen müssen. Diess

⁷⁰² S. unten § 74.

ist von ihm weder ausdrücklich noch durch konkludente Handlungen geschehen: vielmehr behandelt er Vorsatz und Fahrlässigkeit als zwei Begriffe, die inhaltlich und in ihrem Verhältniss zu einander auf dem Gebiete des Strafrechts durchaus nichts Besonderes an sich tragen.

Zu diesem einen negativen Beweise gesellt sich ein zweiter. Die grösste Differenz, die innerhalb der Schuld denkbar erscheint, ist die zwischen bewusster Auflehnung gegen das Recht und unbewusster Verletzung desselben. Gehörte nun jene bewusste Opposition gegen die Norm nicht wesentlich zum Vorsatz, so würde der Gesetzgeber in einer Reihe von Fällen gar nicht umhin können die Strafe vorsätzlicher Verbrechen zu schärfen, wenn sich zum Dolus noch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gesellte. Ebensogut wie die Anwendung falscher Schlüssels, das Bewusstsein der Ascendentenqualität des Erschlagenen, die Absicht einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen, oder eine schwere Körperverletzung zuzufügen, müsste das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unter den Qualifikationsgründen doloser Verbrechen erscheinen. Dies ist aber nirgends der Fall. Dagegen öffnet sich fast durchweg eine grosse Kluft zwischen Art und Höhe der Strafe des vorsätzlichen und der des fahrlässigen Verbrechens, eine Kluft, für die es gar keinen anderen Erklärungsgrund giebt als eben jene Differenz innerhalb der Verschuldung. Ist doch die höchste Strafe eines kulposen »Vergehens« — kulpose »Verbrechen« giebt es nicht — im deutschen Str.-G.-B. eine Strafe von 5 Jahren Gefängniss! Oder welch anderes Strafbarkeits-Merkmal wäre im Stande den Unterschied zwischen der Todesstrafe für Mord und der höchstens dreijährigen Gefängnissstrafe für fahrlässige Tödtung zu rechtfertigen?

Allein aus dem richtigen Vorsatz- und dem richtigen Fahrlässigkeits-Begriffe erklärt sich auch das Verhältniss der Nebenstrafen zu den Hauptstrafen vorsätzlicher und fahrlässiger Verbrechen. Nimmt man dem Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, dann sinkt jede Scheidewand

zwischen den beiden Schuldarten⁷⁰³. Wie könnte sich dann erklären, dass der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur zulässig ist neben dolosen Handlungen, dass nur dolose Verbrecher unter Polizei-Aufsicht gestellt werden dürfen, dass die Konfiskation nur die Werkzeuge und Produkte vorsätzlicher Verbrechen und Vergehen ergreift? Wer aber mit vollem Bewusstsein die Gesetze missachtet hat, der ist unter gewissen Voraussetzungen der bürgerlichen Ehrenrechte unwürdig, dessen polizeiliche Beaufsichtigung kann notwendig erscheinen, dem seine verbrecherischen Werkzeuge zu belassen hiesse in vielen Fällen ihm zur Fortsetzung seiner Verbrechen behülflich sein.

Alle diese indirekten Beweise aber können durch den klarsten direkten Beweis überflüssig gemacht werden. Wo unsere Quellen den genauern Einblick in die Bewusstseins-Seite des Vorsatzes gewähren, umfasst diess Bewusstsein die Rechtswidrigkeit der Handlung mit.

Ich beginne mit den Zeugnissen, welche diess ausdrücklich sagen. Das Gesetz über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 14 bestimmt: »Wer Waaren . . . wissentlich mit einem nach Maassgabe dieses Gesetzes zu schützenden Waarenzeichen . . . widerrechtlich bezeichnet, oder wissentlich dergleichen widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt, wird . . . gestraft.« Das Zollvereinsgesetz v. 1. Juli 1869 § 134⁷⁰⁴ und das Gesetz von demselben Tage, betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze A. 1 leiten ihre Strafdrohungen mit den Worten ein: »Wer es unternimmt, Gegenstände, deren Ein-, Aus- oder Durchfuhr verboten ist, diesem Verbote zuwider aus-, ein- oder durchzuführen.« Dass das Unternehmen bewusstermaassen auf Verletzung des Gesetzes gerichtet ist, leuchtet ein. Hieran reihen sich mehrere Strafbestimmungen aus dem 28. Abschnitt des R.-Str.-G.-B. Verbrechen und Vergehen im Amte, vor Allem § 345, der mit

⁷⁰³ S. oben S. 153 ff.

⁷⁰⁴ Ueber dessen § 166 s. unten § 74.

grösster Klarheit den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit abspiegelt, wie ihn das gemeine Recht fasst. Der § lautet:

»Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken lässt, von der er weiss, dass sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maasse nach vollstreckt werden darf.«

»Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnisstrafe oder Festungshaft bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu 300 Thalern ein.«

Da die Satzung im Ausdrucke nicht ganz gelungen ist, scheint sie auf den ersten Blick dafür zu beweisen, dass in Abs. 1 die erwähnte Wissenschaft nicht zum Vorsatze gehört, und dass in Abs. 2 dieselbe Wissenschaft bei dem fahrlässigen Vollstreckenlassen einer ungerechten Strafe zur Strafbarkeit erfordert werde. In einem interessanten preussischen Rechtsfalle haben diess auch die beiden ersten Instanzen angenommen.

Der Brennerei-Inspektor H. liess eine flüchtige gutsherrliche Magd nach ihrer zweiten Ergreifung und nachdem ihr vorher für den Wiederholungsfall bis dreitägige Einsperrung angedroht war, 27 Stunden lang im Polizei-Gefängniss gefangen halten, ohne dass ihr diese Strafe durch eine ordnungsmässige Strafverfügung auferlegt gewesen wäre. Beide Instanzrichter sprachen ihn von der Anklage aus § 345, 2 frei. H. habe nämlich nicht gewusst, dass eine solche Strafe nicht vollstreckt werden dürfe; zwar möge diese Unkenntniss auf einer Fahrlässigkeit beruhen; allein § 345 Al. 2 verpöne ganz denselben Thatbestand wie Al. 1, nur dass hier Vorsatz, dort Fahrlässigkeit verlangt werde. Für § 345, 2 sei desshalb die Wissenschaft des Angeklagten, »dass die Strafe nicht vollstreckt werden dürfe«, gleichfalls unerlässlich⁷⁰⁵.

Es bedarf aber nur einiger Sicherheit in der Handhabung des Fahrlässigkeits-Begriffes um diese Auslegung als unmöglich zu erkennen. Das Gesetz bezieht sich gleich-

⁷⁰⁵ S. Oppenhoff, Rechtssprech. XV S. 93 ff.

mässig sowohl auf diejenigen Beamten, welche die Vollstreckung selbst vornehmen⁷⁰⁶, als auf diejenigen, welche vermöge einer Amtshandlung die Vollstreckung durch Andere veranlassen, sie also diesen auftragen. Nun ist es ganz unmöglich fahrlässig eine Strafe zu vollstrecken, von der der Vollstreckende weiss, dass sie ungerechtfertigt ist: die Handlung wird durch solche Wissenschaft sofort dolos; ebenso wenig lässt sich ein fahrlässiges Delikt dann denken, wenn z. B. der Staatsanwalt den Auftrag zur Vollstreckung einer ihm als ungerecht bekannten Strafe erteilt. Wer weiss, dass er eine Strafvollstreckung veranlasst und zugleich die Ungerechtigkeit der Strafe kennt, handelt immer vorsätzlich; wer aber überhaupt nicht weiss, dass er eine Vollstreckung veranlasst, kann auch nicht wissen, dass die Strafe, die er vollstrecken lässt, ungerecht ist. Er kann es vorher gewusst haben, oder es kann ihm unmittelbar nachher wieder zur Klarheit gekommen sein, während er aber die Vollstreckung veranlasst, darf er es nicht wissen, sonst ist die Handlung

⁷⁰⁶ Meves in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 986. 987 leugnet diess, weil der § 345 nur von dem Beamten spreche, der »eine Strafe vollstrecken lässt« und dieser Ausdruck wie in den §§ 340, 341 und 343 nicht auf den selbstthätigen Beamten bezogen werden könne. Dagegen ist zu bemerken: a) in den §§ 340, 341 u. 343 hindert allerdings der durchgeführte Gegensatz »begeht oder begehen lässt«, vornimmt und vornehmen lässt«, »anwendet oder anwenden lässt«, die letzte Alternative auf den selbstthätigen Beamten zu beziehen, aber dieser Gegensatz fehlt grade in § 345; b) es ist durchaus sinnlos, den § 345 auf den selbstvollstreckenden Beamten nicht mit zu beziehen, und dem gegenüber stellt sich der Ausdruck »vollstrecken lässt«, als eine kleine durch Auslegung zu beseitigende Inkorrektheit dar, die sich leicht aus dem Zusammenhange erklärt, in welchem der § steht. Es denken die §§ 343 u. 344 nicht an Subaltern-Beamte des Strafprozesses, sondern an Staats-Anwalt und Richter, und als der Gesetzgeber nun an das Delikt der Vollstreckung ungerechter Strafen kam, behielt er noch vorzugsweise jene Beamten im Sinne, welche die Vollstreckung vornehmen lassen, aber regelmässig nicht selbst vornehmen. Richtiger wäre auch in § 345 zu sagen »vollstreckt oder vollstrecken lässt«. Richtig Oppenhoff zu § 345 n. 2.

vorsätzlich verübt⁷⁰⁷. Ein fahrlässiges Vollstreckenlassen bekanntermaassen ungerechter Strafen ist ein Widerspruch in sich.

Und nun ist die Möglichkeit einer sicheren Auslegung des § 345 Al. 1 gegeben. Die Worte »von denen er weiss dass sie nicht vollstreckt werden darf« heben lediglich die Bewusstseinsseite des erwähnten Vorsatzes klarer heraus⁷⁰⁸. Vorsätzlich ungerechte Strafen vollstrecken heisst eben willentlich und wissentlich ungerechte Strafen vollstrecken⁷⁰⁹. Es findet desshalb der Satz über diese Wissentlichkeit in Al. 2 durchaus keine analoge Anwendung. Löst man deren Abkürzung auf, so lautet Al. 2 nicht: »Wer fahrlässig Strafen vollstrecken lässt, von denen er weiss, dass sie ungerecht sind«, sondern »Wer ungerechte Strafen fahrlässig vollstreckt oder vollstrecken lässt«⁷¹⁰. Dem Vorsatz also ist das Be-

⁷⁰⁷ Vgl. den interess. Preuss. Fall bei Oppenhoff, Rechtsprechung IX S. 28 ff.

⁷⁰⁸ Ganz ders. Ans. Erk. des Pr. O.-Tr. v. 19. Febr. 1874. S. unten N. 710. Dieselbe Fassung findet sich in § 324: »Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehältern . . . Stoffe beimischt, von den ihm bekannt ist, dass sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind«; ferner in § 344: »Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachtheil einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffn. oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschliesst . . .«

⁷⁰⁹ Für diejenigen, welche die Entstehungs-Geschichte eines Gesetzes als wichtiges Auslegungsmittel desselben ansehen, sei darauf aufmerksam gemacht, dass der entspr. § 320, 2 u. 3 des Preuss. Str.-G.-B. so lautete: »Eine gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken lässt die entweder gar nicht, oder nicht in dem Maasse . . . rechtskräftig ausgesprochen ist. Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt . . . Nun ergibt sich aus den Motiven z. Norddeutsch. Str.-G.-B. mit Evidenz, dass eine sachliche Aenderung nicht intendirt war, der § 345 des Nordd. Str.-G.-B. also nur redaktionell verbessert werden sollte. Ganz ders. Ans. Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 19. Febr. 1874.

⁷¹⁰ Das jene oben (S. 493) erwähnten unterinstanzlichen Urtheile vernicht. sehr beachtenswerte Erk. d. O.-Tr. v. 19. Febr. 1874 (O. XV S. 96 ff.) legt § 345 Al. 1 ganz richtig, Al. 1 fast richtig aus. Nur hat das Präjudiz eine inkorrekte Fassung erhalten, wenn es sagt: »Ein Beamter, welcher aus Fahrläss. eine Strafe vollstrecken lässt, welche nicht voll-

wusstsein der Rechtswidrigkeit wesentlich, während sich gerade die Fahrlässigkeit von ihm durch den Mangel dieses Bewusstseins unterscheidet. Das wissentliche Vollstreckenlassen einer Strafe, die ungerecht ist, deren Ungerechtigkeit aber dem Veranlasser der Vollstreckung unbekannt ist, genügt also zweifellos zum vorsätzlichen Verbrechen nicht. Diess wird völlig bestätigt durch das Militär-Strafgesetzbuch § 118. Hier wird mit Strafe bedroht: »wer vorsätzlich seine Strafbefugnisse überschreitet, insbesondere wer wissentlich unverdiente oder unerlaubte Strafen verhängt.« Und dasselbe Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt die Strafdrohung des § 119 desselben Gesetzes: »Wer vorsätzlich einen gesetzwidrigen Einfluss auf die Rechtspflege ausübt, wird mit Gefängniss bis zu 5 Jahren bestraft«⁷¹¹.

Auch der Beamte, der nach R.-Str.-G.-B. § 344 »vorsätzlich zum Nachtheil einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschliesst« kann nur bewusst rechtswidrig handelnd gedacht werden.

Genau dieselbe Beschaffenheit zeigt der Vorsatz in § 346 des Civil-Strafgesetzbuchs. Hier gilt die Strafdrohung dem Beamten, der bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat und nun »in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen«, die Verfolgung unterlässt, eine Freisprechung bewirkt, eine Strafe nicht vollstreckt, eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt. Deutlicher kann das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gar nicht gefordert werden.

Ebenso deutlich verlangen es aber die §§ 352 u. 353: Gebühren, Vergütungen oder Abgaben erheben, von denen der sie einziehende Beamte weiss, »dass der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet«, heisst sie bewusst rechtswidrig erheben.

gestreckt werden dürfte, verwirkt auch dann, wenn ihm letzteres unbekannt war, die Strafe des Str.-G.-B. § 345«.

⁷¹¹ Vgl. M. Str.-G.-B. § 143.



Nicht minder klar sprechen die § 354 u. 355, wenn sie Post- und Telegraphen-Beamte bedrohen, welche Dritten »wissentlich« gestatten »in anderen als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen« Briefe oder Packete oder Telegramme zu eröffnen oder zu unterdrücken u. s. w.

Dieselbe Deutung erfahren nun durchweg die Stellen, wo »vorsätzlich« und »widerrechtlich« mit einander verbunden auftreten⁷¹². Niemand zweifelt hier, dass der Wille auf die widerrechtliche Handlung als solche gerichtet sei, und das Bewusstsein somit die Rechtswidrigkeit umfasse⁷¹³. Es ist diese Thatsache insofern relevant, als diese Worte in allen §§, welche vorsätzlichen Verbrechen gelten, stehen könnten, wo sie fehlen, und fehlen könnten, wo sie stehen. Denn alle vorsätzlichen Verbrechen sind rechtswidrig. Es ist also kein einziger Grund zu ersehen den Vorsatz in den Gesetzen, welche die Rechtswidrigkeit neben dem Dolus noch besonders betonen, anders aufzufassen als in den Gesetzen wo diess nicht geschieht.

Ganz zu dem gleichen Resultate führt eine sorgsame Betrachtung der Gesetze, welche die Wissentlichkeit als Re-

⁷¹² Sie sind oben S. 461 N. 669 zusammengestellt.

⁷¹³ Ich verweise nur auf einige diess ausdrücklich anerkennende Präjudizien. Vgl. zu § 123 (Hausfriedensbruch): Erk. des Pr. O.-Tr. v. 23. Okt. 1872 (O. XIII S. 552); E. d. Pr. O.-A.-G. v. 24. Jan. 1874 (O. XV S. 40); E. d. Pr. O.-Tr. v. 29. April 1875 (O. XVI S. 322. 323); E. d. O.-A.-G. Dresden v. 29. Dez. 1873 (Annalen 2. N. F. II. S. 69. 70) und v. 2. Jan. 1874 (das. S. 74 ff. bes. S. 75); zu § 168 (Gräberbeschädigung): Erk. des Pr. O.-Tr. v. 15. Mai 1872 (O. XIII S. 310), bes. aber v. 8. Febr. 1871 (O. XII S. 78 ff.), wo einer Leichenverstümmelung, die geschah aus wohlmeinendem Aberglauben und mit Zustimmung der nächsten Angehör. der verstorbenen Frau, die Vorsätzlichkeit abgesprochen wird; zu § 239: Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 18. Sept. 1872 (bei O. XIII S. 459); zu § 303: Erk. d. O.-A.-G. Dresden v. 12. Juli 1872 und v. 2. Dez. 1872 (Annalen N. F. X S. 187 und 460 ff.); zu § 368, 9: Erk. des O.-A.-G. Dresden v. 17. Okt. 1873 (Annalen 2. N. F. I S. 445). — Im Uebrigen vgl. Opppenhoff's Commentar zu § 132 n. 16; 136 n. 5; 239 n. 9; 299 n. 2; 341 n. 7; 353 n. 3; zur Ueberschrift des 29. Abschnitts n. 8.

quisit der strafbaren Handlung hervorheben⁷¹⁴. Ich lasse hier absichtlich noch dahin gestellt, wieweit wissentlich und vorsätzlich sich begrifflich decken: ich benutze aber nur solche Stellen, wo diess der Fall ist. Dass sich die Wissentlichkeit verschiedenen Orts auf die Rechtswidrigkeit der Handlung ausdrücklich mitbezieht, ist schon oben verwertet worden. Allein auch da, wo die Wissenschaft scheinbar nur für einzelne Theile des Thatbestands verlangt wird, sind diess meistens so markante Merkmale, dass derjenige, der um sie weiss, in der erdrückenden Mehrzahl von Fällen gar nicht umhin kann auch um die Rechtswidrigkeit der ganzen Handlung zu wissen. Unter solchen Voraussetzungen mag sich der Gesetzgeber wohl gestatten scheinbar nur die Wissenschaft des Grundes zu fordern, da die Wissenschaft der Folge sich dann von selbst einzustellen pflegt. Oder kann sich derjenige vielleicht ausser in ganz exceptionellen Fällen der Rechtswidrigkeit seiner Handlung verschliessen, der »wissentlich falsch schwört« (R.-Str.-G.-B. § 153—159), oder »von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, dass sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht« (§ 270; vgl. die §§ 273. 275. 276. 363. 364, oder »vergiftete . . . Sachen wissentlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft« (§ 324), oder »seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiss . . . , dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, . . . an sich bringt« (§ 259), oder »mit einem Ehegatten, wissend, dass er verheirathet ist, eine Ehe eingeht« (§ 171), oder »Absperrungsmassregeln . . . wissentlich verletzt« (§ 327. 328), oder »auf Befragen in dienstlichen Angelegenheiten dem Vorgesetzten wissentlich die Unwahrheit sagt« (M.-Str.-G.-B. § 96), oder unrichtige dienstliche Meldungen »wissentlich weiter befördert« (das. § 139), oder »wissentlich, um der Postkasse das Personengeld zu entziehen, uneingeschrieben mit der Post reist«⁷¹⁵, oder als inländischer Makler oder Unterhändler

⁷¹⁴ Die Stellen sind oben S. 463 N. 671 gesammelt.

⁷¹⁵ S. oben S. 462 N. 671.

»wissentlich unversteuerte Wechsel handelt«⁷¹⁶, oder Waarenanhäufungen, welche den Schleichhandel zum Zwecke haben, »auf seinem Grund und Boden . . . wissentlich gestattet«^{717. 718}

Während nun alle Zeugnisse darin übereinstimmen, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehöre, giebt es nicht einen einzigen Gegenbeweis. Sollte vielleicht § 59 über die strafrechtliche Wirkung des Irrtums zur Bestreitung jenes Vorsatz-Requisites verwandt werden, so wird später zu beweisen sein, dass § 59 zwar sagt, unter welchen Voraussetzungen die Strafdrohungen gegen vorsätzliche Verbrechen im einzelnen Fall wegen Irrtums des Thäters wirkungslos sein sollen, aber durchaus nicht sagt, welche Merkmale zum Vorsatz gehören.⁷¹⁹

So darf ich als bewiesenes Resultat den Satz aufstellen: das gemeine deutsche Strafrecht kennt weder bei Verbrechen, noch bei Vergen, noch bei Uebertretungen einen Vorsatz ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit.

Statt nun rückhaltlos anerkannt zu werden, wird dieser Satz von der Praxis bald gehandhabt bald ignorirt, sei's, weil in Fällen, wo das Gesetz vorsätzliche Begehung der Handlung fordert, das Gericht erklärt, es komme auf Dolus⁷²⁰, oder gar auf Dolus und Culpa überhaupt nicht an,

⁷¹⁶ Ges. betr. die Wechselstempel-Steuer, v. 15. Juni 1869 § 15.

⁷¹⁷ Ges. betr. d. Sicherh. der Zollvereinagrenze, v. 1. Juli 1869 A. 8.

⁷¹⁸ Weitere Beweise für das Erforderniss des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zum Vorsatze ergibt die Betrachtung der vielfach widerkehrenden Ausdrücke im Gesetz »um zu, zu dem Zwecke« u. s. w. Da diese Ausdrücke aber häufig auch ohne jeden Bezug zum Vorsatze sind, können sie erst in § 73 vollständig aufgeklärt werden.

⁷¹⁹ Dass der Rechtsirrtum zu berücksichtigen sei, jeden Falls guten Glauben des Thäters begründe, und selbst im Stande sei, die Fahrlässigkeit auszuschliessen, sagt das Ges. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, v. 11. Juni 1870 § 18 ganz ausdrücklich. Und es ist gar kein Grund hier den Rechtsirrtum irgendwie anders zu behandeln als sonstwo Vgl. U. d. R.-O.-H.-G. v. 25. Jan. 1875 (Entsch. XVI S. 220 ff.)

⁷²⁰ So erklärt seltsamer Weise Oppenhoff, Comm. zu § 139 n.

sei's, weil sie den Irrtum über die Norm fälschlich den Dolus nicht ausschliessen lässt ⁷²¹.

Um so wertvoller ist es, wenn höchste Gerichtshöfe, wo sie sich einmal unbeängstigt vom einzelnen Fall über den Dolus im Allgemeinen aussprechen, wenigstens prinzipiell für ihn Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fordern.

So sagt das Preuss. Obertribunal in einem Erkenntniss vom 7. Juli 1864 ⁷²², als es ein ungerecht verurtheilendes Erkenntniss unterer Instanz vernichtet: »Diese Ausführung beruht auf einer Verkennung des beim Jagdvergehen, wie bei allen Vergehen überhaupt erforderlichen strafrechtlichen Dolus, welcher das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit zu seiner Voraussetzung hat, mithin die Strafe ausschliesst, wo diess Bewusstsein gefehlt, vielmehr der, wenn auch irrige Glaube an eine Berechtigung der Handlung vorhanden gewesen ist«.

Ganz übereinstimmend lauten die Entscheidungsgründe in einem Erkenntnisse des bayrischen obersten Gerichtshofes vom 15. Juni 1872 ⁷²³: »Zum Thatbestande der Beleidigung gehört aber wie bei jedem Verbrechen und Vergehen neben der entsprechenden Objektivität der betreffenden Handlung der Dolus, d. h. die Vorsätzlichkeit der Handlung mit dem Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit.« ⁷²⁴ . 725

10, gestützt auf Hälschner, System I S. 567, dass das Vergehen der unterlassenen Anzeige, welches zweifellos Vorsatz verlangt, »eines besonderen Dolus nicht bedürfe«.

⁷²¹ Die Stellung unserer Praxis zum Rechtsirrtum soll erst im folg. Buche näher dargestellt werden. Einstweilen vgl. oben S. 474 N. 692.

⁷²² Bei Oppenhoff, Rechtssprechung V S 52.

⁷²³ Sammlung II S. 182 ff.

⁷²⁴ In vielen Präjudizien zu §§ des Strafgesetzbuchs, welche die Widerrechtlichkeit der zu strafenden Handlung nicht ausdrücklich verlangen (vgl. oben N. 712. 713), ist dieses Merkmal des Vorsatzes auch ausdrücklich anerkannt. Ich hebe einige heraus. Hält man dasselbe für überflüssig, so muss man beispielsweise, wie auch das Bez.-G. Landshut in s. Urth. v. 18. Juli 1874 gethan hat, den wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurtheilen, der in vermeintlicher Notwerlage handelt: denn seine That ist widerrechtlich und der Erfolg vorausgesehen. Ganz mit

B. Die übrigen Bestandtheile des Vorsatzes bei strafbaren Handlungen.

§ 65. 1. *Die möglichen Resultate und ihre praktische Bedeutung.*

Die weiteren allgemein wesentlichen Merkmale des Vorsatzes ausser dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit lassen sich nur durch genauere Analyse der Bestandtheile des Vorsatzes bei den einzelnen strafbaren Handlungen gewinnen. So muss die fernere Untersuchung von dem bisher festgehaltenen Standpunkte über diesen zu ihnen selbst herabführen.

Recht bestätigt aber der bay. oberste Gerichtshof durch Erk. v. 30. Okt. 1874 (Samml. IV S. 500 ff.) das freisprechende Urth. des App.-Ger. Passau, weil der Glaube an eine Notwerlage bewirke, dass die »innere Willensthätigkeit nicht auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet« sei und die »Unkenntniss die Rechtswidrigkeit des Vorsatzes ausschliesse«. Mit diesem Entscheide stimmt das Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 29. Jan. 1872 (O. XIII S. 95 ff.) überein. Gegen den Antrag des G.-St.-A. u. gegen die Ansicht des Richters 2. Instanz stellt ein Erk. des Pr. O.-Tr. v. 26. Jan. 1875 (O. XVI S. 80. 81) fest, dass auch der straffrei zu lassen sei, der nicht gegen den widerrechtl. Angreifer, sondern irrthümlich gegen einen unbetheiligten Dritten Notwer geübt habe. — In einem sehr interessanten preuss. Falle sprachen alle drei Instanzen die angeklagten Mennoniten frei, weil Unkenntniss der Norm, von deren Befolgung sie ihre Gemeindegensossen abhalten wollten, ihren Vorsatz ausgeschlossen habe. »Bei Beurtheil. des Dolus (ist) das Bewusstsein des Angekl. von der Rechtswidr. s. Handlungsweise . . . ohne Rücksicht auf civilrechtliche Präsumtionen thatsächlich zu prüfen«. — Den Vorsatz des Pr. Str.-G.-B. § 272 (wes. = R.-Str.-G.-B. § 137) definirt d. Erk. des Pr. O.-Tr. v. 6. Nov. 1867 (O. VIII S. 667 ff.) als »das Bewusstse. u. der Wille dem gesetzl. Verbote entgegen zu handeln«. Zu dems. § 137 stellt das Erk. des Pr. O.-Tr. v. 15. Okt. 1874 (O. XV S. 675 ff.) fest: »der Thatbestand einer Uebelthat liegt nicht vor, wenn der Thäter in Folge eines ein Civilrechtsverhältniss betr. Rechtsirrtums ohne den erford. Dolus handelt«. — Zum Vorsatz der Beleidigung wird Bewusstsein der Rechtswidr. verlangt u. A. ein Erk. des Pr. O.-A.-G. v. 13. Febr. 1872 (O. XIII S. 140: »die irrige Meinung einer vorhand. Berecht. schliesst den Thatbestand einer Beleidigung aus«) u. v. 4. Mai 1872 (O. XIII S. 29.); Erk. des Pr. O.-Tr. v. 13. Jan. und v. 26. Juni 1873 (O. XIV

Nichtsdestoweniger soll dieser Schritt nicht sofort geschehen. Denn zweckmässiger ist es vor dem Eintritt in die Detail-Forschung ihre möglichen Resultate behufs sofortiger Kritik neben einander zu stellen. Es ist bei verschlun-

S. 47; 106); Erk. des bayer. ob. Gerichtshofes v. 15. Juni, v. 1. Juli und v. 17. Aug. 1872 (Samml. II S. 182 ff.; 189 ff. 216 ff.) — Desgleichen z. Vorsatz der Untreue (§ 266, 1) in den Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 24. März 1871 (O. XII S. 177 ff.) und v. 14. April 1875 (O. XVI S. 287; hier wird das Bewusst. der Rechtswidr. wie auch in manchen andern Präjudizien des O.-Tr. als »der generelle Dolus« statt als generelles Merkmal des Dolus bezeichnet). — Desgl. z. Vorsätze bei der Verletzung v. Absperrungsmaassregeln (§ 327) in den Erk. des Pr. O.-Tr. v. 7. Nov. 1872 (O. XIII S. 582) und v. 15. Juli 1874 (O. XV S. 505 ff.) — Desgl. z. Vorsätze des § 348 (falsche Beurk. rechtl. erheb. Thatsachen durch Beamte) in der Ver. des O.-A.-G. Dresden v. 3. Juni 1872 (Annalen N. F. X S. 190). — Ein Erk. des Pr. O.-Tr. v. 7. Okt. 1873 (O. XIV S. 605) konstatirt die Möglichkeit, dass der zu einer Amts-Gebührenüberhebung erforderl. Vorsatz fehlen könne, obgleich der Thäter weiss, dass die Gebühren noch nicht zu zahlen sind. — Bezüglich der Polizei-Uebertretungen, »welche ein rechtswidriges Handeln voraussetzen« (!) bemerkt ein Erk. des Pr. O.-Tr. v. 5. Okt. 1870 (O. XI S. 497), dass sie straflos zu bleiben hätten, wenn dem Thäter das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehle.

⁷²⁵ Hie und da tritt aber in der deutschen Praxis, auch wo sie am Bewusstsein der Rechtswidrigkeit principiell festhält, eine formalistische Betrachtungsweise auf, die zu falschen Verurtheilungen führt. So genügt zur vorsätzlichen Verletzung von Absperrungsmaassregeln behufs Verhütung der Einschleppung ansteckender Krankheiten die Wissenschaft von diesen Maassregeln durchaus noch nicht: die Annahme eines Rechtsgrundes zum Bruch der Sperre schliesst vielmehr den Dolus aus. Desshalb wurden in einem interessanten Rechtsfalle mehrere Postillone, die durch einen »absolut« gesperrten Ort gefahren waren, vom Erstinstanzrichter wahrscheinlich mit allem Grunde freigesprochen: »weil sie nach ihrer Dienstinstruktion die vorgeschriebene Poststrasse hätten innehalten müssen, und durch die widersprechenden amtlichen Weisungen in einen Nothstand versetzt gewesen seien, welcher das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und der Strafbarkeit ausschliesse«. Das Pr. O.-Tr. vernichtete durch Erk. v. 23. März 1871 (O. XII S. 174 ff.) das freisprechende Urtheil. — Aus ganz dems. Grunde dürften die Erk. des Pr. O.-Tr. v. 30. Okt. 1874 (O. XV S. 729, 730) zu § 303 u. des bayr. ob. Gerichtsh. v. 22. Nov. 1872 (Samml. II S. 278 ff.) zu § 304 Bedenken erregen.

genen Wegen wünschenswert das Ziel stets vor Augen zu haben.

Besteht der Vorsatz bei Delikten im Wissen und Wollen der Handlung in allen ihren Delikts-Merkmalen, so sind jetzt bezüglich des Vorsatzes bei Verbrechen noch zwei Fragen zu beantworten.

1. Ist bei einem Verbrechen ein Vorsatz denkbar, der — vom Merkmal der Rechtswidrigkeit abgesehen — ein Deliktsmerkmal nicht umfasste? Liesse sich also vielleicht eine vorsätzliche Sachbeschädigung denken, ohne dass der Thäter wüsste, er handele gegen eine Sache und nicht gegen einen Menschen? Oder aber kann es eine vorsätzliche Tödtung geben, wenn der Thäter eine Leiche zu verletzen glaubt, oder die Tödtlichkeit seiner Handlung nicht kennt, oder sich selbst zu tödten vermeint, während er mit dem Leben davon kommt, seine Frau aber von seinem Mittel stirbt? Muss nicht vielmehr jeder Vorsatz bei einem Verbrechen den ganzen Vorsatz der Deliktsart, als deren Spezies das Verbrechen erscheint, in sich tragen?

Bedächtige Erwägung der Entstehung der Verbrechens-Begriffe zeigt, dass von diesen beiden Alternativen nur die zweite richtig sein kann. Eine vorsätzliche Ueberschwemmungsstiftung, die der Thäter nichtsdestoweniger als Verursachung einer Ueberschwemmung nicht erkennt, ist eine *contradictio in adjecto*, und dasselbe würde von allen vorsätzlichen Verbrechen zu sagen sein, bei welchen der Thäter ein Deliktsmerkmal übersähe: es würde ja dann das charakteristische Merkmal aller vorsätzlich widerrechtlichen Handlungen, die bewusste Auflehnung gegen ein bestimmtes Gesetz, wegfallen. Freilich ist der Gesetzgeber mächtig genug ein kulposes Delikt mit der Strafe des vorsätzlichen Verbrechens zu belegen, oder aber den Vorsatz zu fingiren. Indessen die Fiktion heugt sich vor dem richtigen Vorsatzbegriff ohne ihn anzutasten.

2. Ist bei irgend einem Verbrechen ein Vorsatz denkbar, der mehr umfasste als Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale? Diess Mehr könnte nur in Strafbarkeitsmerk-

malen bestehen. Und da sich alle vorsätzlichen Verbrechen von einander entweder durch Delikts- oder durch Strafbarkeits-Merkmale oder durch Beide unterscheiden, so könnte derjenige, der den Vorsatz auf Beide erstreckt

a. bei dem Resultate anlangen, dass der Vorsatz bei jedem dolosen Verbrechen ihn von allen übrigen Verbrechensvorsätzen scharf unterscheidende Merkmale an sich trüge, dass also die Vorsätze bei nicht zwei Verbrechen mit einander übereinstimmten. Allein diess Ergebniss wäre unrichtig. So unterscheidet sich z. B. der Vorsatz bei der einfachen Körperverletzung (§ 223) in Nichts von dem bei der schweren, aber als solche nicht beabsichtigten Körperverletzung (§ 224). Auch liegt die Fehler-Quelle ganz offen. Nicht alle Strafbarkeitsmerkmale, wodurch vorsätzliche Verbrechen von einander geschieden werden, bestehen in Wissen und Wollen von Thatumständen. Der rückfällige Dieb braucht durchaus nicht zu wissen, dass seine doppelte Vorbestrafung wegen Hehlerei ihn als Dieb rückfällig erscheinen lässt: dem Einbrecher darf unbekannt sein, dass das Eindringen einer Papierscheibe Einbruch ist. Alle diese Strafbarkeitsmerkmale können also zum Vorsatz in gar keine Beziehung treten.

b. So würde die Ansicht dahin rektifizirt werden müssen: nicht nur die Vorsätze bei verschiedenen Verbrechen mit verschiedenen Deliktsmerkmalen, sondern auch die Vorsätze bei den aus derselben Norm entsprungenen Verbrechen sind verschiedenartig, wenn Wissen und Wollen sich auf verschiedene Strafbarkeitsmerkmale erstreckt. Kindsmord und Ascendenten-Todtschlag, dieser und der Todtschlag bei Begehung einer strafbaren Handlung, um durch denselben Hindernisse der That wegzuräumen, hätten dann verschiedene Vorsätze.

Diese Auffassung ist trotz ihrer weiten Verbreitung schon auf den ersten Blick sehr unwahrscheinlich, bei näherer Prüfung durchaus unhaltbar. Ist doch der Vorsatz als höchste Art der Schuld für den Strafgesetzgeber selbst nichts Anderes als ein Strafbarkeitsmerkmal! Die Thatsache, dass der Thäter sich bewusst gegen das Recht auflehnt, veranlasst

den Gesetzgeber ihn überhaupt mit Strafe zu belegen, dagegen das kulpöse Delikt strafflos zu lassen, oder ihn mit einer anderen oder höheren Strafe als den fahrlässigen Delinquenten zu bedrohen. Die Strafbarkeit des vorsätzlichen Verbrechens weiter zu nūanciren, dazu bedarf es anderer Strafbarkeitsmerkmale, die sich mit der Vorsätzlichkeit äusserlich verbinden müssen aber in sie selbst nicht eintreten können. Die bewusste Auflehnung des Thäters gegen die Tödtungsnorm bleibt ganz dieselbe, mag er einen Fremden oder aber seinen Vater erschlagen. Die Kenntniss des Verbrechers von der Ascendentenqualität wird für den Strafgesetzgeber nur insoweit interessant, als das Zustandekommen des Tödtungsvorsatzes trotz jenes natürlichen Hindernisses einen Rückschluss auf die grössere Intensivität des Vorsatzes zulässt und den Gesetzgeber somit zu einer schärferen Strafdrohung berechtigt. Jene Wissenschaft interessirt ihn somit als ein Moment der Entwicklungsgeschichte, nicht als Bestandtheil des gewordenen Vorsatzes. Ueberhaupt kann das, woran die Intensität des Vorsatzes gemessen werden soll, nicht in diesem selbst liegen: denn jedes Messen setzt die Vergleichung des zu Messenden mit einem ausser ihm befindlichen Maassstabe voraus ⁷²⁶.

3. So würden wir von vornherein durch Gründe von Gewicht zur Annahme gedrängt: auch der Vorsatz, der nach gemeinem Recht zu den strafbaren Handlungen verlangt wird, erschöpft sich in Wissen und Wollen aller Deliktsmerkmale der Handlung, und hat auch nach der Ansicht des Strafgesetzgebers mit ihren Strafbarkeitsmerkmalen gar nichts zu thun. Selbst wo die Wissenschaft von solchen Voraussetzung der Strafbarkeit ist, gehört diess Wissen zum Vorsatz nicht, sondern bildet ein ausser ihm liegendes selbstständiges Strafbarkeitsmerkmal. Sollte die Gesetzessprache das Wort »vor-

⁷²⁶ Ueber die grosse Verlegenheit, in welche Wissenschaft und Praxis geraten, wenn sie jene Theorie der Erstreckung des Vorsatzes auf die im Wissen bestehenden Strafbarkeitsmerkmale praktisch handhaben wollen, vgl. die folg. §§.

sätzlich« hie und da auch auf diese Wissenschaft mit erstrecken, so ist das lediglich eine bequeme Ungenauigkeit, wodurch das Wesen des Vorsatzes nicht alterirt werden kann noch soll. Ich glaube damit einen Satz nur bestimmt formulirt zu haben, den die bisherige Praxis gesucht aber nicht gefunden hat: den Satz von der Identität des Verbrechensvorsatzes mit dem Delikts-Vorsatze. Aus ihm ergäbe sich: a. vorsätzliche strafbare und straflose Uebertretungen derselben Norm theilen denselben Vorsatz: b. alle vorsätzlichen Verbrechen, die aus den Uebertretungen derselben Norm gebildet sind, theilen denselben Vorsatz und können sich nur durch anderweitige Strafbarkeitsmerkmale unterscheiden; c. der Vorsatz bei einem und demselben Verbrechen, wenn es aus der Uebertretung zweier Normen gebildet ist, muss ein Doppelvorsatz sein, wie bei Diebstahl und Raub. —

Die scharfe Scheidung von Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen und die Beschränkung des Vorsatzes auf die ersteren beseitigt aber praktische Gefahren nach drei Richtungen hin:

1. Fehlt ein Deliktsmerkmal, so fehlt es am Delikt, kann also von Strafe keine Rede sein: fehlt bei einem vorsätzlichen Delikt ein Strafbarkeitsmerkmal, so bleibt regelmässig sogar die Strafbarkeit des Thäters intakt. Verwechselt der Richter beide Arten von Merkmalen, so kann er zu ganz ungerechtfertigten Verurtheilungen wie Freisprechungen kommen.

2. Nur der Irrtum des Thäters über ein Deliktsmerkmal schliesst den Vorsatz aus. Nur in Folge seiner sinkt die Handlung ins Bereich der fahrlässigen Verbrechen herab, wenn anders die Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist: ist das fahrlässige Delikt straflos, so wird die Handlung durch jenen Irrtum vor Strafe geschützt. Hält man nun ein Strafbarkeitsmerkmal für ein Deliktsmerkmal, so muss man zum Vorsatz mehr fordern als zu ihm nötig ist, und wird in Folge dessen den vorsätzlichen Verbrecher in Anbetracht seines Irrthumes entweder straflos durchschlüpfen oder mit der Fahrlässigkeits-Strafe davon kommen lassen.

3. Irrt umgekehrt der Thäter über ein Delikts-Merkmal, der Richter aber erkennt es nicht als solches, handhabt dagegen im Uebrigen die Grundsätze über den Irrtum richtig, so wird er den kulpösen Delinquenten wegen vorsätzlichen Verbrechens in Strafe nehmen.

Die Folge wird zeigen, dass die Praxis diesen Fehlern verfallen ist.

§ 66. 2. *Der Vorsatz bei den Verbrechen der Tödtung und der Abtreibung.*

Den Satz von der Identität des Delikts- und des Verbrechensvorsatzes gilt es jetzt quellenmässig nachzuweisen oder zu widerlegen. Niemand wird erwarten, dass ich zu diesem Behufe den Dolus bei allen nach gemeinem Recht strafbaren Handlungen analysire. Ich beschränke mich darauf eine Reihe der wichtigsten und unter sich möglichst verschiedenartigen Verbrechen auf ihren Vorsatz hin zu prüfen um genügendes Material für einen vollständig sicheren Induktionsschluss zu erlangen⁷²⁷.

⁷²⁷ Da die den Vorsatz begleitende Vorstellung alle Deliktsmerkmale der jeweiligen rechtswidrigen Handlung umfassen muss, so können die Ausführungen über den Vorsatz bei einzelnen Verbrechen leicht zu kleinen Monographien über diese selbst werden. Das ist hier unbedingt zu vermeiden! Ich habe den Vorsatz bei einzelnen Verbrechen u. die sich daran schliessenden Kontroversen nur soweit zu besprechen, als unentbehrlich ist um ein Urtheil über Identität oder Nichtidentität von Delikts- und Verbrechensvorsatz abgeben zu können. So gerne ich auf den Vorsatz mancher Verbrechen (bes. bei Betrug und Erpressung) näher als geschehen einging, so ist doch hier nicht der Ort dazu. Ebenso gehört die so ausserordentlich schwierige Frage, wie weit Strafbarkeitsmerkmale im Wissen von Thateigenschaften bestehen, oder wie weit schon das objektive Merkmal von Einfluss auf die Strafbarkeit ist, ohne dass es sich im Bewusstsein des Thäters zu reflektiren braucht, in meine Aufgabe nicht hinein und werde ich sie nur beiläufig zu berühren haben. Endlich muss ich noch darauf

I. Der Vorsatz bei den Verbrechen der Tödtung. Das deutsche Str.-G.-B. kennt sechs Verbrechen einfacher vorsätzlicher Tödtung: Mord, Todtschlag, Todtschlag an Ascendenten, Tödtung bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, Mord und Todtschlag begangen an einem ernstlich Einwilligenden, und Kindsmord. Sie alle gehen auf dieselbe Norm zurück, die auf Grund genauer Analyse der Strafgesetze als Verbot der Vernichtung fremder Menschenleben aufzufassen ist. Der Delikts-Vorsatz erschöpft sich danach in vier wesentlichen Merkmalen: er ist Wissen und Wollen der verbotenen Vernichtung eines fremden Menschenlebens. Jede Vernichtung eines Menschen, welche der Thäter als Vernichtungshandlung oder in ihrer Richtung auf Menschenleben oder auf fremdes Menschenleben oder aber in ihrem Verbotensein verkannte, liegt ausserhalb der vorsätzlichen Tödtung.

Dass nun der Mörder ebenso wie der Todtschläger in seinen verschiedenen Arten, dass ferner die Kindsmörderin ein fremdes Menschenleben wissentlich widerrechtlich vernichten wollen, leuchtet auf den ersten Blick ein. Die Bestandtheile des Tödtungs-Delikts-Vorsatzes sind somit alle wesentliche Bestandtheile des Vorsatzes auch bei allen Tödtungs-Verbrechen.

Nun unterscheiden sich Mord und Todtschlag allerdings durch ein psychologisches Moment: der Mörder hat kaltes Blut genug besessen um die Schwere des projektirten Verbrechens mit seinem Zwecke in Verhältniss zu setzen und beide gegen einander abzuwägen: er hat sich mit voller Einsicht in die Unverhältnissmässigkeit von Zweck und Mittel zur Tödtung entschlossen. In dem Todtschläger dagegen

.....
hinweisen, dass der bisherigen Literatur die Scheidung von Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen fremd war, und desshalb der Versuch gar nicht gemacht werden konnte, den Vorsatz auf Wollen und Wissen der Deliktsmerkmale zu beschränken. Es ist desshalb selbstverständlich, dass in sehr vielen Fällen meine Auffassung eines bestimmten Verbrechensvorsatzes von der herrschenden Lehre darüber abweicht.

tritt das Tödtungsmotiv zu jäh auf um ihm ein solches ruhiges Abwägen zu ermöglichen; die Heftigkeit des Beweggrundes verwirrt aber nicht des Thäters Einsicht in die verbrecherische Natur seiner Handlung.

Nichtsdestoweniger kann eine Verschiedenheit des Vorsatzes zwischen Mord und Todtschlag nicht angenommen werden. Zunächst darf man den Vorsatz nicht auf Thatbestandsmerkmale erstrecken, die gar nicht gewusst werden müssen. Dass der Mörder mit Ueberlegung, der Todtschläger ohne Ueberlegung tödte, diess brauchen aber Beide durchaus nicht zu wissen. Ferner können psychologische Vorgänge, die der Entstehungsgeschichte des Vorsatzes angehören, doch nicht als Bestandtheile des entstandenen Vorsatzes betrachtet werden: nachdem sie zu Stande gekommen sind, decken sich Mord- und Todtschlags-Vorsatz vollständig. Beide unterscheiden sich nur durch Strafbarkeitsmerkmale⁷²⁸.

Wie sehr diese Auffassung mit der des R.-Str.-G.-B. übereinstimmt ergiebt dessen Fassung. Die § 211 und 212 zeigen, wie das Gesetz den Vorsatz und die Ueberlegung als völlig von einander unabhängige Thatbestandsmerkmale betrachtet⁷²⁹.

Fällt so die ganze Unterscheidung von Mord- und Todtschlagsvorsatz in sich zusammen, so wird nun die Frage von prinzipieller Bedeutung, ob zwischen letzterem und dem

⁷²⁸ Daraus ergiebt sich auch die Unrichtigkeit der Anschauung, dass der Todtschlagsvorsatz der normale Tödtungsvorsatz und der Mordvorsatz nur eine qualifizierte Art desselben sei; so z. B. Schwarze, Commentar S. 533; v. Holtzendorff in s. Handbuche II S. 433; H. Meyer, Lehrbuch § 84 u. 83: »Todtschlag ist . . . die vorsätzliche Tödtung als solche«. Die ganze Scheidung der vorsätzl. Tödtung in Mord und Todtschlag dankt lediglich dem Bestreben ihre Entstehung jenes weite Delikt nicht unter eine einzige Straffunktion zu stellen.

⁷²⁹ S. auch Verordn., betr. die Einschränkung der Gerichtsbark. u. s. w. v. 23. Dez. 1875 § 3; 2^c: »vorsätzliche Tödtung mit oder ohne Ueberlegung«; ferner das gutmotivirte Erk. des Pr. O.-Tr. v. 13. Juli 1871 (O. XII S. 401 ff.; auch bei St. I 150. 151), welches sehr richtig den Tödtungsvorsatz von dem Momente der Ueberlegung vollständig trennt.

Vorsatz bei dem Ascendenten-Todtschlage ein Unterschied bestehe?

Niemand stellt in Abrede, dass der Todtschläger, soll er mit der geschärften Strafe des § 215 belegt werden, sein verwandtschaftliches Verhältniss zu dem Erschlagenen gekannt haben muss. Wenn also der Vorsatz sich auf Strafbarkeitsmerkmale überhaupt mit erstrecken könnte, so würde er es hier zweifellos thun. Thut er es hier nicht, so thut er es überhaupt nicht. Denn ein Fall, wo er es leichter hätte, ist ganz undenkbar!

Nehmen wir nun an, es gäbe einen solchen besonderen Vorsatz mit Bezug auf den Ascendententodtschlag: der Vorsatz des Tödtungsdeliktes und die Wissenschaft der Vaterqualität des Getödteten verbänden sich unlösbar zu einem neuen Dolus. Dann würde natürlich für diese Art der Tödtung auch eine besondere Fahrlässigkeit existiren müssen. Denn jeder Vorsatz ergänzt sich mit einer analog ihm erstreckten Fahrlässigkeit, und beide zusammen runden sich zur Schuld. Nun lässt sich aber eine besonders geeigenschaftete Fahrlässigkeit für die Tödtung eines Ascendenten gar nicht denken. Man könnte glauben, eine solche Culpa sei immer eine höhergradige als die bei der Tödtung von Descendenten, von Seitenverwandten oder gar von fremden Personen. Allein die kürzeste Erwägung zeigt die Haltlosigkeit dieser Annahme. Wenn aber ein Thatbestandsmerkmal, wie hier die Vaterqualität des Getödteten, ganz gleichgiltig ist für die fahrlässige Tödtung als solche, dann muss es auch gleichgiltig sein für die vorsätzliche Tödtung als solche. Denn der dolose und der kulpöse Delinquent wollen stets denselben Thatbestand, nur wollen sie mit verschiedenem Bewusstsein. Wo also für einen Thatbestand eine besonders geeigenschaftete Culpa undenkbar ist, da giebt es für ihn auch keinen besonders geeigenschafteten Vorsatz. Grade weil sich zur Fahrlässigkeit weit weniger psychologische Strafbarkeitsmerkmale wie das Wissen von Thatumständen, die Ueberlegung u. s. w. gesellen können, ist es bei ihr weit einleuchtender als beim Vorsatz, dass es für jede

Deliktsart nur eine Fahrlässigkeit geben kann, und für gesetzliche Unterarten dieser Deliktsart nicht noch Spielarten derselben. Was aber für sie gilt, gilt auch für den ihr so nahe verwandten Vorsatz.

Bleiben wir aber noch einen Augenblick bei der als unmöglich erkannten Annahme besonderer Vorsatzarten für qualifizierte und privilegierte Unterarten des Gattungsverbrechens stehen. Es soll Jemand vorsätzlich seinen Vater erschlagen haben, aber ohne zu wissen, dass es sein Vater ist. Dann würde jener eigentümliche Vorsatz bei dem Todtschlag an Verwandten wegen Irrtums wegfallen. Schliesst der Irrtum den Vorsatz aus ohne den Willen dem Gebiete der Schuld zu entrücken, so stellt sich dieser schuldhaftige Wille notwendig als Culpā dar. Es läge also culpöse Ascendenten-Tödtung vor⁷³⁰. Indessen eine solche fahrlässige Tödtung des Vaters als solchen giebt es gar nicht. Den Menschen im Ascendenten hat aber der Thäter vorsätzlich erschlagen! Es würde also Todtschlag mit jener gar nicht existirenden fahrlässigen Tödtung des Vaters konkurriren. Und so ständen wir vor dem sinnlosesten Resultate. Denn es liegt ja nur ein Tödtungswille, nur eine Tödtungshandlung, also nur eine Tödtung vor; diese ist vorsätzlich gewollt, und der Irrtum des Thäters hat nicht noch eine weitere culpöse Tödtung erzeugt, sondern umgekehrt gehindert, dass ein Strafbarkeitsmerkmal schärfend zum Todtschlag hinzutrat.

Nehme man ferner an, dass der Verbrecher um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen (§ 214) seinen Vater erschlägt (§ 215), oder dass zur Zeit des früheren gemeinen Rechtes Jemand seinen Grossvater mit Gift aus dem Wege räumte. Haben Giftmord und Vätermord wirklich zwei verschiedene Vorsätze, so konkurriren diese im obigen Beispiele ja Beide. Wo aber zwei Verbrechens-Vorsätze zur Verwirklichung gelangen, da kommt es zu zwei Verbrechen. Ermordet also Jemand seinen Vater durch Gift oder erschlägt er denselben als Hinderniss seines Verbrechens,

⁷³⁰ Sehr verfehlt neuerdings wieder Röder, Gerichtssaal 1874 S. 25.

oder stiehlt er in einem Eisenbahnhofe Passagiergepäck mittels Einbruchs oder Anwendung falscher Schlüssels, so würde er zweier Morde, zweier Todtschläge, zweier Diebstähle schuldig, was zu behaupten wiederum sinnlos ist. Denn es liegt ja hier überall nur ein Verbrechen mit zwei Qualifikationsgründen vor! Aus jener Erstreckung des Vorsatzes auf die Strafbarkeitsmerkmale erklärt sich zu einem Theile die Verwirrung über Möglichkeit und Unmöglichkeit von Verbrechenkonkurrenzen!⁷³¹

Aufs Tiefste würden ferner in Folge jener Auffassung des Verbrechens-Vorsatzes die Grundsätze über die Theilnahme modificirt werden müssen, wesshalb man sie denn grade auf diesem Gebiete einfach ignoriert hat. Ein vorsätzliches Verbrechen kann nur dann in Miturheberschaft begangen werden, wenn mehre Personen den generell wie speciell gleichen Vorsatz theilen und ihn gemeinsam ausführen. Es könnten dann nur die Söhne desselben Vaters als Miturheber an ihm das Verbrechen des Ascendenten-Todtschlags begehen: wirkten zu gleichem Zwecke ein Sohn und ein Fremder verabredungsgemäss zusammen, so entstünde dadurch nicht ein Verbrechen durch Theilnehmer verübt, sondern es würden, da sich inhaltlich verschiedene Vorsätze nicht zu einer gemeinsamen Absicht vereinigen können, zwei ganz von einander unabhängige Verbrechen von je einem Thäter verübt werden.

So mag man zwar aus Bequemlichkeit von einem besonderen Vorsatz beim Todtschlag an Verwandten aufsteigender Linie sprechen: wer richtig denkt, weiss, dass hier als Vorsatz nur der dem Tödtungsdelikt eigentümliche dolus in Betracht kommt, und neben diesem Vorsatz nur noch ein besonderes Wissensmoment als Strafbarkeitsmerkmal steht, dessen Fehlen die Vorsätzlichkeit der Handlung durchaus nicht alterirt.

⁷³¹ So z. B. Oppenhoff, Komm. zu § 211 n. 18 u. 214 n. 8. Ein Urtheil des Preuss. O.-Tr. v. 14. Juli 1875 (O. XVI S. 546) nimmt gar Ideal-Konkurrenz an, wenn Jemand bei Unternehmung einer Missethat mordet um ein ihm entgegentretendes Hinderniss zu beseitigen!

Es dürfte jetzt überflüssig geworden sein die Frage zu ventiliren, ob der Kindsmord oder gar die Tödtung eines ernstlich Einwilligenden einen besonderen Verbrechensovorsatz besitzen? Es versteht sich das Gegentheil um so mehr von selbst, als sogar eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in der Geburt vorsätzlich tödtet, während sie es für das eheliche hielt, der milderen Strafe des § 217 anheimfällt, und als derjenige, der einen Andern auf dessen anscheinend, aber nicht wirklich ernstliche Aufforderung mit Ueberlegung tödtet, von dem Strafrichter wegen Mordes verurtheilt werden muss: der beste Beweis, dass der Mord und die Tödtung eines vermeintlich ernsthaft Einwilligenden den gleichen Vorsatz theilen!

II. Vorsatz bei der Abtreibung. Sehr klar beweist eine neue Kontroverse über das Wesen des Verbrechens der Abtreibung, dass jeder Zweifel über die Formulirung der Norm die Zweifel über den Inhalt des Vorsatzes wachrufen muss. Der § 218 Al. 1 (des St.-G.-B. lautet: »Eine Schwangere, [welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tödtet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.« Die herrschende Meinung geht dahin, dass das Verbrechen der Abtreibung heute noch [wie im früheren gemeinen Rechte wesentlich Tödtung sei und sich nur durch sein Objekt (lebendige Leibesfrucht) von der Tödtung des geborenen Menschen unterscheide⁷³². Danach würde der Abtreibungsovorsatz zu definiren sein als der bewusste Wille gerichtet auf rechtswidrige Tödtung einer (lebendigen) Leibesfrucht⁷³³. Die Alternative des Gesetzes »abtreiben oder im Mutterleibe tödten« würde dann die beiden möglichen Tödtungsarten umfassen: entweder wird die Frucht des Le-

⁷³² S. Berner, Lehrbuch 5. Aufl. S. 499; Schütze, Lehrbuch § 83; v. Holtzendorff, Handbuch III S. 438; ders. Rechtslexikon I S. 9; Oppenhoff zu § 218 n. 3; Schwarze, Kommentar S. 543; Rüdorff, Kommentar § 218 n. 1. Ders. Ans. bezügl. des ganz analogen § 151 des Preuss. Str.-G.-B. Hälschner, System II S. 120 ff.

⁷³³ Dass § 219 die Beihilfe zur und die Urheberchaft bei der Abtreibung unter eine Strafe stellt, kann keine Veranlassung geben diesen Vorsatz anders zu formuliren.

bens beraubt, bevor sie abgeht, oder aber dadurch, dass sie abgeht.⁷³⁴ »Abtreiben« hiesse dann mit »tödlichem Erfolge abtreiben«, und unleugbar ist diess der Sinn, welcher mit dem Worte am häufigsten verbunden wird. Ebenso unbestreitbar ist aber auch, dass die Worte des § 218 eine andere Auslegung als zulässig erscheinen lassen. Danach vereinigte das Verbrechen zwei ganz verschiedene Handlungen unter sich: Tödtung der Frucht im Mutterleibe — und vorzeitige Bewirkung ihres Abganges, einerlei ob in Tödtungsabsicht oder in Gefährdungsabsicht oder in keiner von beiden Absichten, einerlei ob mit tödlichem oder mit lebensgefährlichem oder mit dem harmlosesten Erfolge der Welt, einerlei ob die Frucht lebendig oder nicht lebendig war. Die Norm zu dem zweiten Delikte wäre also als Verbot der Bewirkung des Abgangs der Frucht aufzufassen, und eine Berechtigung zu solchem Eingreifen liesse sich dann nur durch Notstand begründet denken.

Diese Auffassung der »Abtreibung im e. S.« wird von H. Meyer⁷³⁵ und noch eingehender neuerdings von v. Wächter⁷³⁶ vertreten. Ich theile den Standpunkt des Letzteren insofern als v. Wächter das Gesetz nur aus seinen Worten und dem Zusammenhang desselben mit anderen Stellen des Gesetzbuches erklären will;⁷³⁷ von diesem Standpunkte aus komme ich aber zu ganz widersprechenden Resultaten.

Zunächst erscheint mir die Existenz eines solchen Generalverbotes jeder künstlichen Herbeiführung einer Niederkunft gänzlich unbewiesen.⁷³⁵ Es ist geboten, dass der Ge-

⁷³⁴ Es versteht sich ganz von selbst, dass die Alternative »abtreiben oder tödten«, welche in § 219 u. 220 wiederkehrt, aus § 218 zu erklären ist; tödten bedeutet in § 219 u. 220 genau wie in § 218: »im Mutterleibe tödten«.

⁷³⁵ Lehrbuch § 91 (S. 381).

⁷³⁶ In einem Programm: »Ueber den Thatbestand des Verbrechens der Kindesabtreibung«. Leipzig 1876. Gegen diese neue Ansicht wendet sich Sontag, Krit. Vierteljahrsschrift XIX (S. 30 ff. des Separat-Abdrucks, der mir bis jetzt allein zu Gebote steht).

⁷³⁷ A. a. O. S. 11.

⁷³⁸ Meyer und v. Wächter sprechen Beide von einem Delikte

setzgeber die lebende Frucht vor Tödtung durch Abtreibung sichert: es wäre verständlich, wenn er auch die ohne Tödtungsabsicht vorgenommene aber lebensgefährliche Abtreibung untersagte; es ist unverständlich, wenn er seinen Schutz auf todte Früchte ausdehnt, oder die Bewirkung der Geburt auch für den Fall ihrer völligen Ungefährlichkeit für die Frucht untersagt. Sein Verbot wäre dann ein reines Polizeiverbot der Bewirkung einer künstlichen Niederkunft, welches mit dem Schutze des Lebens der Früchte gar nichts zu thun hätte,⁷³⁹ und in dessen Augen tödtliche, lebensgefährliche, ungefährliche Abtreibungen der lebendigen, sowie die Abtreibung der todten Früchte kaum glaublicher Weise als die nämlichen rechtswidrigen Handlungen erschienen.

Ein solches Generalverbot aber einmal angenommen wäre es im höchsten Grade auffallend, wenn die Gesamtheit seiner Uebertretungen mit der Tödtung der Frucht im Mutterleibe unter eine Strafsanktion gestellt würde. Diese beiden Handlungsgruppen böten ja nicht nur keine juristische Verwandtschaft, sondern es wäre auch eine bittere Unbill, die Mutter, die eine künstliche Geburt ihres reifen Kindes in der besten Absicht und mit dem besten Erfolge bewirkt, auch nur in einem Atem mit der anderen zu nennen, die den Abgang als Mittel der Tödtung der Frucht ins Auge gefasst hat, noch ärger aber wäre sie der letzteren an Strafbarkeit gleich zu stellen.

Nur wenn § 218 gar nicht anders auszulegen wäre, dürfte man eine solche tief bedauerliche Anomalie der Gesetzgebung hinnehmen. Dem ist aber nicht so! Nicht nur bedeutet »abtreiben« regelmässig »in tödlicher Absicht ab-

»vorzeitiger« Lostrennung oder Ausstossung der Frucht. Diess erweckt den Anschein, als dächten sie an eine Abtreibung der noch unreifen Frucht. Allein diess ist nicht ihre Ansicht. Auch wenn die normale Zeit der Schwangerschaft verlaufen, das Kind ganz reif ist, und der Abgang der Frucht von der durch Neuralgien gepeinigten Mutter künstlich aber in bester Absicht bewirkt wird, läge der Thatbestand des § 215 vor.

⁷³⁹ Dass im praktischen Leben ein solches Verbot nicht angenom-

treiben«, sondern der Gegensatz »abtreiben oder im Mutterleibe tödten« bestätigt, dass auch im Gesetze abtreiben denselben Sinn hat. Soll das Leben der Frucht geschützt werden, so muss der Gesetzgeber zwei Arten des Angriffes auf dieses Leben berücksichtigen: die Tödtung durch Abtreibung und die Tödtung im Mutterleibe mit oder ohne Abgang der Frucht. Bezieht man die Alternative des § 218 Al. 1 auf diesen Gegensatz, so bezeichnet sie zwei Gruppen aufs Engste mit einander verwandter, sich begrifflich ergänzender Handlungen, während sie bei v. Wächters Auslegung die heterogensten Dinge in schwer begreiflicher Weise neben einander stellt. Endlich darf noch darauf hingewiesen werden, dass § 218 unter der Rubrik »Verbrechen und Vergehen wider das Leben« enthalten ist.⁷⁴⁰

So ist die Abtreibung auch nach heutigem gemeinem Rechte als reines Tödtungsverbrechen das notwendige Complement zur Tödtung des geborenen Menschen, und der zu ihr gehörige Vorsatz nichts als ein Tödtungsvorsatz gerichtet auf die Vernichtung einer lebendigen Leibesfrucht.

Will Jemand tödten durch Abtreibung, und ihm gelingt die Tödtung, aber nicht die Abtreibung, so liegt dennoch das vorsätzliche Verbrechen vollendet vor. Die »Abtreibung« ist nichts weniger als ein Deliktsmerkmal: sie ist ein häufig angewandtes, desshalb vom Gesetzgeber erwähntes, aber durchaus unwesentliches Tödtungsmittel.

Zu Zweifeln über den Inhalt des Vorsatzes könnte die Abtreibung der Frucht »ohne Wissen und Willen« der Schwangeren (§ 220) geben. Sehe ich recht, so konkurrieren zwei Gesichtspunkte um diese Handlung als einer geschärften Strafe würdig erscheinen zu lassen. Es ist die damit häufig verbundene Gefährdung der Mutter und die Zerstörung ihrer

men wird, kann jeder Arzt bezeugen: wie oft sind sie in der Lage, ohne dass Notstand vorliegt Geburten künstlich herbeiführen zu müssen.

⁷⁴⁰ v. Wächter a. a. O. S. 9 verweist dagegen auf das Verbrechen der Aussetzung: diess stünde in dems. Titel, sei aber doch zweifellos keine Tödtung. Sicherlich nicht: allein sie ist Gefährdungsverbrechen gegen das Leben. S. darüber die treffende Bemerkung in der Verord.

Mutterhoffnungen wider ihren Willen. Es wäre nun durchaus möglich, dass hier zu dem Vorsatze der Tödtung gerichtet gegen die Frucht noch ein Vorsatz der Gefährdung gerichtet gegen Leib oder Leben der Mutter hinzutreten müsste. Wir stünden dann vor einem Doppeldelikt mit einem zwiefachen Vorsatz. Allein da der Gesetzgeber eine Gefährdung der Mutter für die Anwendbarkeit des § 220 durchaus nicht als wesentlich ansieht, so genügt auch hier der gewöhnliche Vorsatz der Abtreibung; ja man muss zweifeln, ob das Strafbarkeitsmerkmal, welches die Strafschärfung veranlasst, in einer bestimmten Wissenschaft des Thäters gefunden und der § 220 nicht auch auf denjenigen angewandt werden muss, der gegen den Willen der Mutter abtreibt, während er auf ihre Zustimmung rechnet. Ich trage kein Bedenken, das Gesetz auch auf diesen Fall für anwendbar zu erklären.

§ 67. 3. *Der Vorsatz bei Körperverletzung, Vergiftung und Aussetzung.*

I. Die Norm wider die Körperverletzung ist im engsten Anschlusse an das Verbot der Tödtung zu formuliren. Sie verbietet den nicht tödlichen Angriff auf fremde Körperintegrität. Der Vorsatz für diese Deliktsart ist also der bewusste Wille gerichtet auf einen widerrechtlichen nicht tödlichen Angriff wider dieses Rechtsgut.⁷⁴¹ Niemand wird zum Vorsatz der leichten

des O.-A.-G. zu Dresden v. 22. Dez. 1871 (Annalen des K. S. O.-A.-G. N. F. IX. 1872. S. 301).

⁷⁴¹ Vgl. die Erk. des Preuss. O.-Tr. v. 6. Mai 1874, v. 20. Okt. 1874 und v. 20. Nov. 1874 (O. XV S. 281. 694. 695 u. 806). — Viel zu weit gehend Erk. des Pr. O.-Tr. v. 8. Sept. 1871 (O. XII S. 436 ff.; auch bei St. I S. 84 ff.): R. gab dem K. auf dessen scherzhafte Aufforderung ein Fläschchen Mirbanöl, das er in den Händen hatte, zu trinken. K. trank. erkrankte und starb an den Folgen. R. wird von der Anklage der fahrläss. Tödtung freigesprochen, dagegen aus § 223

und der schweren, aber als solche nicht beabsichtigten Körperverletzung (§ 223, 224) mehr oder weniger fordern als die Bestandtheile des Deliktsvorsatzes. Anders könnte man bezüglich der schweren und als solche beabsichtigten Körperverletzung denken (§ 225). Denn hier weiss und will ja der Thäter, dass die Verletzung eine schwere werde. Nichtsdestoweniger bildet auch diess Wissen nur ein neben den Vorsatz hintretendes Strafbarkeits-Merkmal. Denn auch bei der als solche unbeabsichtigten schweren Körperverletzung ist ja die ganze Verletzung vom Vorsatz umfasst;⁷⁴² es geht durchaus nicht an sie in zwei Delikte oder in ein Delikt konkurrirend mit einem Zufall aufzulösen. Ist aber hier schon der schwere Erfolg vorsätzlich herbeigeführt, so kann doch für ihn bei der beabsichtigten schweren Körperverletzung nicht noch ein zweiter Vorsatz hinzukommen: sonst langen

und § 224 verurtheilt. Zum Vorsatze bei der K.-V. genüge das Bewusstsein dem Anderen ein körperl. Missbehagen zu verursachen. — Wer aber dem Andern nur einen schlechten Geschmack verursachen will, hat diesen Vorsatz mit Nichten. — Bezügl. des Verhältn. v. Vorstellung und Erfolg bei der vorsätzl. Verletzung s. Erk. des Preuss. O.-Tr. v. 22. Jan. 1875 (O. XVI S. 73; 74; auch bei St. IV S. 345) und Erk. des Preuss. Appell.-Ger. Kiel v. 23. April 1872 (bei St. I S. 349).

⁷⁴² S. oben S. 418 ff. A. M. Meyer, Lehrbuch S. 377; Geyer, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 529, 530, u. Merkel, Rechtslexikon II S. 42, der den § 224 des Gesetzes stark tadelt: »Das R.-Str.-G.-B. wird hier wie an zahlreichen anderen Stellen der inneren Seite der Verbrechen nicht gerecht«. Schütze, Lehrbuch S. 396 n. 9 will sogar die Strafe der schweren Körperverletzung nur dann eintreten lassen, wenn der schwere Erfolg »dem Angeschuldigten mindestens zu strafbarer Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann!« Berner S. 507 hält diese Strafe für unzulässig, wenn der Thäter die schwere Folge unmöglich voraussehen konnte. Verwerflich die Unterscheidungen Oppenhoff's, Comm. § 224 n. 11. Die sehr gute Bemerkung Hälschner's System II S. 143 über den Umfang der Zurechenbarkeit des Erfolges zum Vorsatz kann ich mit seinen Ausführungen auf S. 152 unten nicht ganz zusammenreimen. Ebenso wenig scheinen mir die Ausführ. von Schwarze, Commentar S. 556, 557, innere Einheit zu besitzen. Einen interess. Rechtsfall dieser Art s. in den Annalen des O.-A.-G. Dresden N. F. IX (1872) S. 51—53.

wir ja wirklich beim Vorsatz auf der Potenz an. Selbstverständlich bildet aber die Thatsache, dass der Thäter den schweren Ausgang seiner Handlung kannte, eine treffliche Handhabe für die Ausmessung der Strafe des vorsätzlichen Verbrechen. Es tritt nicht zum Vorsatz ein neuer bewusster Wille hinzu, sondern das vorsätzlich Gewollte spezialisiert sich nur genauer im Bewusstsein. Also nicht ein Mehr an Willen sondern ein Mehr an Bewusstsein macht das Strafbarkeitsmerkmal aus.

II. Hohes Interesse bietet dagegen die Betrachtung des Vergiftungsvorsatzes.* Der § 229 sagt: »Wer vorsätzlich einem Andern, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.« Regelmässig wird diess Verbrechen als qualificirte Körperverletzung aufgefasst.⁷⁴³ Ich kann dem durchaus nicht beistimmen. Wäre diess der Fall, so müsste zum vollendeten Verbrechen eine vollendete Körperverletzung gehören, wovon das Gesetz nichts weiss.⁷⁴⁴

Vielmehr muss die Vergiftung schon dann als vollendet angenommen werden, wenn Jemand mit Körperverletzungsvorsatz (»um dessen Gesundheit zu beschädigen«) einem Andern das Gift beigebracht hat, dies aber durch irgend einen Zufall wirkungslos geblieben ist. Das Verbrechen tritt erst dann in das rechte Licht, wenn man es als Gefährdungsverbrechen fasst⁷⁴⁵: es ist vorsätzliche Lebensgefähr-

⁷⁴³ Vgl. z. B. Geyer, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 560; Merkel, Rechtslexikon II S. 41. Schwarze, Comm. S. 571, sieht in ihr einen unter Strafe gestellten Versuch der Körperverletzung. Diess ist richtig, allein darin erschöpft sich das Wesen des Verbrechen nicht. Richtiger spricht Schütze, Lehrbuch S. 403, von einem der Körperverletzung verwandten Verbrechen der Vergiftung.

⁷⁴⁴ Diess wird zugegeben (aber heftig getadelt) v. Geyer a. a. O. III S. 562 (während G. auf S. 560 definirt: »Vergiftung ist eine dolose Körperverletzung, welche vermittelt Beibringung von Gift verübt wird«). S. Merkel, a. a. O. S. 41. Vgl. für das Preuss. Recht Hälschner, System II S. 170.

⁷⁴⁵ Ueber diesen Begriff, den man ja nicht mit dem der Polizeiverbrechen identificiren darf, s. I S. 45 ff., 200 ff. und II S. 454 ff.

dung durch Gift, qualificirt durch die Absicht mittels des Giftes zugleich eine Körperverletzung zu bewirken.⁷⁴⁶ Es könnte auffallen, dass ich bei einer Lebensgefährdung die auf Körperverletzung gerichtete Absicht als einen Qualifikations-Grund und nicht vielmehr als einen Strafmilderungsgrund bezeichne. Aber wer daran Anstoss nimmt, übersieht, dass durch die Absicht auf Lebensgefährdung die Absicht auf Lebensvernichtung ausgeschlossen wird, dass eine vorsätzliche Gefährdung ohne Körperverletzung sehr wohl möglich ist, dass demgemäss die vorsätzliche Gefährdung verbunden mit der Absicht auf Körperverletzung ein Doppeldelikt darstellt, bei welchem nach deutschem Strafgesetzbuch der Hauptnachdruck auf dem Gefährdungsdelikt liegt. So tritt zu dem Vorsatz der Körperverletzung noch der der Lebensgefährdung.⁷⁴⁷

Ich kann Geyer, Gerichtssaal 1874 S. 283, nicht zugeben, »es ermannele für einen strafrechtlichen Begriff der Begriff der Lebensgefahr der nötigen Bestimmtheit«. Jedenfalls ist dieser Begriff vom R.-Str.-G.-B. verworfen. — Noch ausgeprägter als Gefährdungsverbrechen ist die Vergiftung im Preuss. Strafgesetzbuche § 197.

⁷⁴⁶ Unter diesem Gesichtspunkt, den Meyer, Lehrbuch S. 368 ff., ganz richtig erkannt hat, dürfte auch die Existenz des Vergiftungsverbrechens, welche Geyer a. a. O. III S. 560 und Gerichtssaal 1874 S. 314 tadelt, sich rechtfertigen lassen. Wenn Merkel a. a. O. S. 41 im R.-Str.-G.-B. die Gefahr für Leib oder Leben unter den Strafabstufungsgründen bei den Angriffen gegen die Körperintegrität vermisst, so giebt er dem Vergiftungs-Paragraphen sein Recht nicht.

⁷⁴⁷ Da eine vorsätzliche Gefährdung ohne Bewirkung einer Gefahr undenkbar ist, so muss die Dosis Gift eine solche sein, die dem Vergifteten gefährlich werden kann (richtig Rüdorff, Commentar zu § 229 n. 4; m. E. unrichtig Erk. des Preuss. O.-Tr. v. 3. Nov. 1875, bei O. XVI S. 706. 707; auch bei St. V S. 343, welches eine nur für ein kleines Kind gefährl. Dosis Phosphor für ausreichend zum Verbrechen der Vergiftung begangen an einem Erwachsenen erklärt) und der Thäter muss jene Gefährlichkeit kennen. — Da ferner der Vorsatz gerichtet auf Lebensvernichtung den Vorsatz gerichtet auf Lebensgefährdung ausschliesst, so kann bei freiwilligem Rücktritt vom Giftmordversuch das Verbrechen der Vergiftung grade wegen mangelnden Gefährdungsvorsatzes weder als vollendet noch als versucht angenommen werden. A. M. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 564; Schütze, Lehrbuch S. 404 n. 10; Schwarze, Commentar S. 573 (wenn ich recht

Es führt uns diese Wahrnehmung zu einer Principienfrage bezüglich aller Gefährdungsverbrechen. Wie sind die Normen beschaffen, auf welche sie gegründet sind? Bestimmter: nimmt der Gesetzgeber, sofern er Gefährdungen verbietet, auf die Mittel der Gefährdung ebensowenig Rücksicht wie etwa auf die Mittel der Tödtung beim Tödtungsverbote? Lässt sich etwa eine Norm des Inhalts nachweisen: »Ihr sollt fremdes Menschenleben nicht gefährden!« oder sind nur bestimmte Arten der Gefährdung etwa durch Gift, durch Ueberschwemmung u. s. w. verboten? Es ist früher der Nachweis versucht worden, dass das harmloseste Leben nicht verlaufen kann, ohne dass sein Träger für seine Mitmenschen auf Schritt und Tritt Gefahren erzeugt. Es stossen sich eben im Raume die Sachen zu hart. Will man deshalb den Menschen nicht in beständige Kollision mit dem Gesetze bringen, so dürfen nur ganz bestimmte, besonders unheilschwangere Gefährdungen als solche untersagt werden, und alle Beweise sprechen dafür, dass unser positives Recht diesem Grundsatz wirklich huldigt. Die Norm, welche ausser dem Verbote der Körperverletzung dem Verbrechen der Vergiftung im § 226 zu Grunde liegt, muss desshalb als Verbot der Gefährdung fremden Menschenlebens durch Beibringung von Gift oder von andern die Gesundheit zu zerstören geeigneten Mitteln aufgefasst werden. Der Vorsatz ist somit der bewusste Wille widerrechtlich durch Beibringung von Gift ein Menschenleben zu gefährden; er umfasst also das gewählte Mittel gleichfalls.⁷⁴⁸ Das Gift soll aber nach Absicht des Handelnden nicht nur Mittel der Lebensgefährdung, sondern auch der Körperverletzung sein, und so erscheint der Körper-

verstehe); ebenso ein interess. Erk. des Pr. O.-Tr. v. 22. Juni 1875 (O. XVI S. 481—483). Undeutlich Oppenhoff, Comm. § 229 n. 10, und Meyer, Lehrbuch S. 390 vgl. mit n. 14 das. Vgl. auch Bd. I S. 188 n. 311.

⁷⁴⁸ S. auch Hälschner, System II S. 169; Berner, Lehrbuch S. Aufl. S. 509; Schütze, Lehrbuch S. 403; Oppenhoff, Comm. zu § 229 n. 5; Schwarze, Comm. S. 572. 573.

verletzungs-Vorsatz als qualificirendes Moment des Gefährdungsdelikts.

Aus dem Gesagten erklärt sich nun leicht ein auf der ersten Blick auffallender Unterschied zwischen den Vorsätzen bei der Tödtung und bei der Vergiftung. Wer einen Andern erschiessen will, ihn fehlt; ihn aber durch den erregten Schrecken tödtet, ist vorsätzlicher Tödtung schuldig, obgleich das wirkliche und das vorgestellte Tödtungsmittel nicht übereinstimmen. Wer einen Andern durch Gift in seinem Leben gefährden und an seiner Gesundheit verletzen will, ihm unwissentlich kein Gift giebt, ihn aber nun durch die Erzählung, er habe ihn vergiftet, an den Rand des Grabes bringt, der ermangelt des zum Gefährdungsverbrechen erforderlichen Vorsatzes, weil er über das Mittel der Gefährdung irrt: er kann nur wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurtheilt werden. So abhängig ist der Vorsatz von der Formulirung der Normen, gegen die er sich richtet!

Von hier aus ergiebt sich ein leichter Uebergang zu

III. dem Vorsatze bei der Aussetzung. Die Aussetzung, gelöst von dem Willen des Aussetzenden betrachtet, kann Mittel zur Begehung der verschiedensten Verbrechen sein: einer Personenstandunterdrückung, Tödtung, Körperverletzung, eines Menschenraubes u. s. w. Neben diesen Verbrechen noch ein besonderes Delikt der Aussetzung unter Strafe zu stellen ist nur dann möglich, wenn man diess lediglich als Gefährdungsdelikt gerichtet gegen Leib oder Leben der ausgesetzten Persönlichkeit auffasst. Damit ergiebt sich von selbst, dass das specielle Verbrechen der Aussetzung nicht begangen werden kann, wenn die Aussetzung bestimmungsgemäss Mittel der Tödtung oder der Körperverletzung sein soll. Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz beide gerichtet wider dasselbe Objekt sind unverträglich mit einander.⁷⁴⁹ Zweifel können nur darüber entstehen, ob das

⁷⁴⁹ Richtig Erk. des Pr. O.-A.-G. v. 22. Nov. 1873 (O. XIV S. 748 ff.; auch bei St. III S. 194. 195); Berner, Lehrbuch S. 501; v. Holtzendorff im Handbuche III S. 467. Falsch Oppenhoff, Comm. zu § 221 n. 13; Schwarze, Comm. S. 546; Schütze, Lehr-

Vergehen der Aussetzung in der Weise möglich ist, dass Jemand eine hilflose Person mit dem Vorsatze der Körperverletzung wissentlich in eine lebensgefährliche Lage bringt. Der Vorsatz der Lebensgefährdung und der der Körperverletzung können nämlich sehr wohl mit einander konkurriren. Es fragt sich also nur, ob das Gesetz in diesem qualificirten Körperverletzungsfall eine Aussetzung wirklich sieht? Er bildete dann eine vollständige Analogie zur Vergiftung. Diess aber scheint mir zu verneinen. Der § 221 droht in Al. 3 eine geschärfte Strafe, »wenn durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden.« Diese Ausdrucksweise steht im Gesetz überall nur da, wo sich an ein vorsätzliches Verbrechen noch ein fahrlässiges anschliesst. Den § 221 gleichfalls so zu fassen darf uns der Umstand nicht hindern, dass die schwere Körperverletzung im technischen Sinne eine Art der vorsätzlichen Körperverletzung ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzbuchs ist lange nicht exakt genug um uns daran Anstoss nehmen zu lassen. Das Gesetz lässt also den Fall, wo eine lebensgefährliche Aussetzung Mittel zur Körperverletzung sein soll, bei seinen Strafandrohungen für die Aussetzung ganz ausser Betracht. Hieraus scheint mir zu schliessen, dass der Körperverletzungs- und der Aussetzungsvorsatz mit einander unverträglich sind und sich ausschliessen.

Das Verbot, welches dem Aussetzungsvergehen zu Grunde liegt, untersagt desshalb die Gefährdung hilfloser Personen

buch S. 394 n. 16; Meyer, Lehrbuch S. 386 n. 9. — Die falsche Ansicht der Motive zu § 221 (§ 216 des E.) ist natürlich nicht im Stande das Unmögliche möglich zu machen. Dagegen können der Vorsatz der Aussetzung und der der Personenstands-Unterdrückung sehr wohl mit einander konkurriren; ebenso der Vorsatz der Aussetzung und der des Menschenraubes, soweit dieser Versetzung in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zum juristischen Endzwecke hat; wogegen die erste Art des Menschenraubes: »Wer sich eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, um ihn in hilfloser Lage auszusetzen« den Aussetzungsvorsatz in sich schliesst, also mit Aussetzung weder ideell noch reell konkurriren kann.

an Leben oder Leib durch das Mittel der Aussetzung oder des Verlassens in hilfloser Lage. Der Vorsatz würde sich also auf widerrechtliche Gefährdung solcher hilfloser Personen an Leib oder Leben durch die besagten Mittel richten⁷⁵⁰. Ganz gleichgiltig wäre für den Vorsatz der Irrtum des Thäters, der die auszusetzende Person als hilflos erkennt, den Grund der Hilflosigkeit aber fälschlich statt in Krankheit in jugendlichem Alter suchte: ganz gleichgiltig das Bewusstsein, dass durch die Handlung eine Gefahr für das Leben des Ausgesetzten nicht, wohl aber für dessen Körperintegrität veranlasst werde; ganz gleichgiltig endlich der Irrtum, die Gefahr werde nur Leibesgefahr sein, während sie Lebensgefahr ist, und umgekehrt.

§ 68. 4. *Der Vorsatz bei Nötigung, Einsperrung, Bedrohung, und Menschenraub.*

Zu interessanten Resultaten führt die Betrachtung des Vorsatzes bei den Verbrechen gegen die Freiheit⁷⁵¹. Letztere ist in zwei ganz verschiedenen Bedeutungen Angriffsobjekt für Delikte: die Freiheit als wesentliche Eigenschaft der Persönlichkeit im Gegensatz zur Sklaverei (Angriffsobjekt

⁷⁵⁰ Zum vorsätzl. Verlassen gehört »das Bewusstsein des Verlassenden, dass er durch s. Entfernung Leben oder Gesundh. des Verlassenen gefährde«. Verordn. des O.-A.-G.- Dresden v. 22. Dez. 1871 (Annalen N. F. IX S. 301). Vgl. auch Erk. des Preuss. O.-A.-G. v. 22. Nov. 1873 (O. XIV S. 748 ff.; auch bei St. III S. 194. 195). Damit stimmt auch die Doktrin überein: Hälschner, System II S. 126; Schütze, Lehrbuch S. 393. 394; Meyer, Lehrbuch S. 386; Schwarze, Gerichtssaal 1872 S. 52 ff.; bes. S. 52 u. 64. 65; ders. Comment. S. 546; v. Holtzendorff, Handbuch III S. 468; Merkel, Rechtslexikon I S. 142; Oppenhoff, Comm. zu § 221 n. 8. Weniger gut Berner, Lehrb. S. 500: »Die Absicht des Thäters geht dahin, dem Hilfsbedürftigen die Hülfe, deren er bedarf, zu entziehen«. Das Wesen des Aussetzungsverbrechens wird m. E. völlig verkannt von v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 533.

⁷⁵¹ Kaum möglich ist es mir mich an dieser Stelle mit Villnow, Die Verbrechen u. Vergehen wider die persönl. Freiheit (Goldammer's Archiv XXIV S. 104 ff.) aus einander zu setzen. Die Anschauungen sind zu verschiedenartig.

des Menschenraubes nach früherem gemeinem Rechte) und die Freiheit gefasst, als die rechtlich anerkannte Fähigkeit der Bethätigung eigenen Willens (Angriffsobjekt der Nötigung;⁷⁵² Diese beiden Ziele widerrechtlichen Angriffes sind so verschiedenartig, dass ein Kranker, den man zwangsweise auf eine ihm heilsame Reise mitnimmt, insofern als untaugliches Objekt der Nötigung aber als taugliches Objekt zu einem Menschenraub erscheint, dass ferner ein Menschenraub durchaus nicht nur mittels Nötigung begangen werden kann, und dass endlich Nötigung mit Einwilligung des Genötigten unmöglich ist, während nach heutiger Rechtsauffassung anders als nach der römischen der bei uns allerdings undenkbarer Verkauf eines Einwilligenden in Sklaverei echter Deliktsfall sein würde.

I. Betrachten wir zunächst den Vorsatz gerichtet auf einen Angriff wider die Freiheit der Willensbethätigung. Jeder Wille richtet sich entweder auf eine sog. Unterlassung oder auf eine Begehung. Die Nötigung kann also sein ein Drängen zur Begehung oder zur Unterlassung, d. h. zur Vornahme einer bestimmten Bewegung oder zur Nichtvornahme einer solchen⁷⁵³. Alle Nötigungen

⁷⁵² Ganz mit Recht tadelt es Geyer, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 568, die »Willensfreiheit« als Objekt der Freiheitsverbrechen zu bezeichnen. Dagegen will die Schrift von Bruck, »Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit« (1875), jenen falschen Ausdruck sogar zur Basis der Theorie über die Verbrechen gegen die Freiheit machen. Dann wäre das eigentliche Freiheits-Verbrechen die Narkotisirung, da sie zum Wollen unfähig macht. Bruck möchte sie auch gerne zu einem selbständigen Verbrechen erheben. Allein auch bei ihr ist das juristische Ziel des Thäters durchaus nicht die Herbeiführung der Willensunfähigkeit, sondern das Brachlegen von Kraft, deren Anwendung zu seinen Ungunsten der Thäter erwartet: er will also nicht das Zustandekommen, sondern die Ausführung eines widerstrebenden Willens hindern. — Die falsche Grundauffassung führt den Autor zu den allerbedenklichsten Aufstellungen, und diese beweisen grade, wie sehr Geyer mit seinem Tadel im Rechte ist. Gegen Bruck auch v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 518. 519.

⁷⁵³ Ganz mit Recht bekämpft Geyer, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 574 die gebräuchliche Dreigliederung »Handlung, Duldung und Unterlassung«, da im Fall einer durch vis absoluta erzwungenen

zu Unterlassungen sind somit nichts als **Bewegungs-Beschränkungen**⁷⁵¹. Die Freiheit der Willensbethätigung **anzugreifen** giebt es nur zwei Mittel: die absolute Gewalt, deren Anwendung stets nur Nötigung zur Unterlassung sein kann⁷⁵² und die Drohung, welche das unentbehrliche Mittel für die Nötigung zur Begehung und ein taugliches Mittel für die Nötigung zur Unterlassung ausmacht. Nun ist ja jede Drohung nur ein bedingtes Inaussichtstellen von menschlichen, seits zu verursachenden Uebeln für den Bedrohten⁷⁵³: da aber die Anschauungen des Einzelnen nicht nur über das, was Uebel oder Nicht-Uebel ist, sondern auch über das Maass der Empfindlichkeit der Uebel stark schwanken und da Recht sein Nötigungsverbot unmöglich von diesem schwanken Faktor subjektiven Urtheils in Abhängigkeit setzen kann, so muss es zur Nötigung eine Drohung mit einem Uebel in Rechtssinne fordern. Ueberall aber, wo das Recht in menschlichen Handlungen Uebel für Andere sieht, verbietet es diese Handlungen: so dass also die Drohung mit Uebeln im Sinne des Rechts zusammenfällt mit der Androhung von verbotenen, durchaus nicht lediglich mit strafbaren Handlungen^{754 755}.

Thätigkeit keine Handlung i. e. S. vorliegt und das Dulden unter der weiteren Begriff der Unterlassung fällt. S. auch Bruck, a. a. O. S. 55; Meyer, Lehrbuch S. 399 n. 4.

⁷⁵⁴ Dass man diesen Satz auch auf die Nötigungen zur Begehung anwenden kann, mag hier auf sich beruhen bleiben. Vgl. übrigens oben S. 447—454.

⁷⁵⁵ Auch dann, wenn der Thäter Jemandem gewaltsam die Hand zur Unterschrift führt, liegt ein Zwang zur Nichtbethätigung des eigenen Willens, also zu einer Unterlassung vor. Das Versetzen in einen Zustand der Willenslosigkeit ist lediglich ein Fall der vis absoluta und nur dem äusseren Anscheine nach von ihr verschieden.

⁷⁵⁶ Diess schliesst nicht aus, dass das künftige Uebel schon durch Zufügung eines gegenwärtigen in Aussicht gestellt wird, wie z. B. ein Schlag die Perspektive auf eine Reihe von Nachfolgern eröffnen kann. Die Drohung erfolgt dann durch theilweise Verwirklichung eines Verbrechensvorsatzes. Vgl. Schwarze, das Verbrechen der Bedrohung in d. Allgem. Gerichtszeit. f. Sachsen XII S. 477.

⁷⁵⁷ In dem verschiedensten Umfange gelangen die Drohungen in R.-Str.-G.-B. zur Verwendung: fast ausnahmslos aber als Drohungen

Gewalt und derartige Drohungen sind also nicht nur zwei aus einer grösseren Mehrheit tauglicher Mittel hervor-

mit verbotenen Handlungen. Ausser Zweifel steht diess bei der Drohung mit strafbaren Handlungen (§ 106 u. 107), mit Verbrechen oder Vergehen (§ 240), mit Verbrechen (§ 241), mit Mord, Brand oder Ueberschwemmung (§ 254), mit gemeingefährlichen Verbrechen (§ 126), mit Missbrauch der Amtsgewalt (§ 339), mit Gewalt (§ 113), mit Schiessgewehr (§ 117), mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 52. 176, 1. 177, 1. 249. 252. 255). Die unbestimmter lautenden Ausdrücke »durch Gewalt oder Drohung nötigen oder hindern« in den §§ 114 u. 167 sind ganz zweifellos aus den genau die analogen Fälle regelnden §§ 106 u. 107 (durch Gewalt oder Bedrohung mit strafbaren Handlungen hindern) zu erklären (verkannt von Oppenhoff, Comm. zu § 114 n. 3: »auf die Natur des angedrohten Uebels kommt hier nichts an«; vgl. dens. zu § 48 n. 30: »Als Uebel ist Alles anzusehen, was der Bedrohte für sich als nachtheilig erachtet«). »Unter Drohungen betteln« in § 362, 2 kann ebenfalls gar nicht anders verstanden werden. Wenn endlich die §§ 234. 235. 236 (Menschenraub, Kinderraub, Entführung) List, Drohung oder Gewalt als Mittel verlangen, so bin ich wenigstens ganz ausser Stande, die Drohungen, kraft deren sich Jemand eines Andern bemächtigt oder ihn entführt, als in Aussichtsstellen von Uebeln anzusehen, welche das Recht für so irrelevant betrachtet, um ihre Herbeiführung nicht einmal zu verbieten. A. a. Bruck a. a. O. S. 71. — So bleiben nur noch 2 Fälle übrig, wo die Drohung allerdings in weiterem Umfange gefasst werden muss: zunächst in § 48 (vgl. § 210) durch Drohung anstiften oder anreizen; da nun das Mittel der Anstiftung absolut gleichgiltig ist, so muss es auch die Art der zur Anstiftung angewandten Drohung sein, und diese Ausnahme hat somit gar keine Bedeutung; allein wichtig bleibt deshalb die weite Ausdehnung der Drohung bei der Erpressung, welche dort (s. § 70) ihre vollständige Erklärung finden wird. — So lässt sich die Regel aufstellen: die Drohung des deutschen Strafgesetzbuchs als Mittel ein Verbrechen zu begehen ist stets Drohung mit verbotenen Handlungen oder einer Art derselben; wo das Gesetz Drohung mit strafbaren Handlungen oder mit »Verbrechen oder Vergehen« verlangt, denkt es an solche Handlungen, die unter Strafe gestellt sind, legt aber gar kein Gewicht darauf, ob sie auch in concreto strafbar sind oder ob für den sie Vornehmenden ein Strafausschlussgrund vorliegt. — Sehr ungenügend ist diese Frage nach der Natur der jeweils erforderlichen Drohungen in den Commentaren behandelt, zum Theil deshalb, weil auf die Abgrenzung der Drohung, wo sie zuerst im G.-B. erwähnt wird (§ 48), nichts ankommt und diese Drohung in der weitest denkbaren Bedeutung verstanden werden darf.

⁷⁵⁸ Glaser, Abhandl. S. 8 definiert die Drohung als eine Handlung,

gehobene, sondern es sind in den Augen des Rechts d. zwei einzigen Mittel zur Nötigung⁷⁵⁹. Das dieser zu Grunde liegende Verbot lautet also ganz allgemein dahin, einen Andern in der Ausübung seiner rechtlich anerkannten Freiheit der Willensbethätigung nicht zu hindern. Danach bestimmt sich der Vorsatz. Der Thäter muss einen Andern zu einem Thun oder Unterlassen wissentlich nötigen wollen und muss wissen, dass das Recht im einschlagenden Falle die nicht gestattet.

Ganz unberührt bleibt dieser Delikts-Vorsatz dadurch, dass der Thäter etwa seine Drohung für Gewalt oder die angedrohte Handlung fälschlich für rechtmässig statt für widerrechtlich hält, sofern er nur im letzten Falle seine Drohung für ein taugliches Mittel zur Nötigung und dies für widerrechtlich ansieht.

welche in der Absicht unternommen wird, einem Menschen eine ihm bevorstehende vorsätzliche Verletzung anzukündigen«. Vgl. desse Bemerk. z. Züricher Entw. S. 86 ff. — Geyer a. a. O. III. S. 57 verlangt (freilich nur aus kriminalpolitischen Erwägungen) zur Nötigung Drohungen mit rechtswidriger Zufügung von Nachtheilen«. John, Entwurf mit Motiven S. 485, möchte laut § 159 seines Entw. nur die Bedrohung mit Verbrechen, d. s. alle strafb. Handlungen, bestraft wissen. Hälschner, System II S. 179 n. 3 ist principiell anderer Ansicht: »Nur darauf kann es ankommen, ob die angedrohte Handl. im gegebenen Falle geeignet war einen Zwang gegen den Willen zu üben, der in allen Fällen widerrechtlich bleibt, gleichviel ob die Handlung eine erlaubte oder widerrechtliche ist«. Es ist aber ganz undenkbar, dass das Recht jeden Willen, mag er noch so sinnlos sein, vor jeder Drohung, sei sie auch noch so wohlbegründet, schützen möchte. v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 530 meint: »Die Drohung mit einer Uebertretung oder sogar mit einer strafbaren Handlung kann weit wirksamer sein, als die Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen. Jede Drohung müsste vielmehr für strafbar gehalten werden, wenn nicht die Handlung, mit welcher gedroht wird, erlaubt ist (= unverboden?), und man nicht zugleich einen Anspruch auf das erzielte Ergebniss hat«.

⁷⁵⁹ Es ist deshalb einigermaßen zu verwundern, wenn Bruck a. a. O. S. 56 sich nicht recht klar ist, aus welchem Grunde (in § 241) nicht auch die List als ein zur Verübung der Nötigung geeignetes Mittel genannt worden sei, während dieselbe doch als taugliches Mittel des Menschenraubes erscheine. »An der Möglichkeit der Verübung der Nötigung durch List ist nicht zu zweifeln«. (?)

Wie verhält sich dieser Deliktsvorsatz zu dem Vorsatz der beiden Vergehen der Nötigung und der Freiheitsberaubung? Das R.-Str.-G.-B. § 240 straft die Nötigung nur dann, wenn Jemand »einen Andern widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt«. Es straft nur einen Theil der vorsätzlichen Nötigung: denn dass diese auch durch Androhung von Uebertretungen und von straflosen Delikten begangen werden kann, ist zweifellos. Beschränkt es nun das Gebiet strafbarer Nötigung etwa dadurch, dass es zum Vorsatze mehr verlangt als die Wissenschaft widerrechtlicher Nötigung? Muss der Thäter vielleicht ausserdem wissen, dass die Handlung, mit der er droht, unter die wertlosen Begriffe Verbrechen oder Vergehen subsumirt werden kann? Verlangte diess das Gesetz, so würde diese Wissenschaft mit dem Vorsatze immer noch nichts zu thun haben: es statuirte dann lediglich, dass ausser dem Nötigungsvorsatze noch das Wissen um einen bestimmten Umstand Strafbarkeitsmerkmal sein sollte. Aber diess Erforderniss wird nicht einmal aufgestellt! Vielmehr will der Gesetzgeber die Nötigung durch Drohung nur dann unter Strafe ziehen, wenn die Drohung eine bestimmte Intensität erlangt hat: wenn sie nämlich auf eine Handlung gerichtet ist, die in den Augen des Gesetzgebers, nicht in denen des Thäters, ein Verbrechen oder Vergehen darstellt. Dass der Thäter diese Handlung für eine Uebertretung hält, mindert ja die Intensität seiner Drohung gegenüber dem Bedrohten ebensowenig, als wenn er seine Gewalt für eine Drohung oder seine Drohung für eine Gewalt ansehen sollte: und auf Ausmessung jener Intensität kann es ja dem Gesetze allein ankommen! Was kümmert den Richter über die Nötigung die Vorstellung des Thäters von dem Maasse der Strafbarkeit der angedrohten Handlung? Ja was kümmert ihn, ob der Thäter diese überhaupt für strafbar hielt? Ist vielleicht der Sohn, der den Vater mittels Androhung eines Diebstahls nötigt, den er als Descendent für straflos erachtet, nicht Urheber einer Nötigung? Und sollte der Sohn in dem

gleichen Falle die Wegnahme der Sachen des Vaters gar für erlaubt halten, zugleich aber der Ansicht sein, dass die Drohung mit dieser Entwendung der dem Vater unentbehrlichsten Gegenstände taugliches Mittel zur widerrechtlichen Nötigung sei, so lässt sich kein einziger Grund gegen die Annahme vollendeter Nötigung auffinden. So fällt wieder der Vorsatz bei der strafbaren mit dem bei der straflosen Nötigung völlig zusammen.

Wenn nun schon die einfache Nötigung widerrechtliche Bewegungshinderung ist, so kann die sog. Einsperrung gar nichts anders als ein hervorgehobener Fall der Nötigung sein ⁷⁶⁰: es ist die Freiheit der Ortsveränderung, in welcher der Eingesperrte beeinträchtigt wird. Die Dauer dieser Beeinträchtigung ist bei ihr als einem echten Nötigungsfalle gänzlich gleichgiltig ⁷⁶¹. Dann müssten ja aber Nötigung und Einsperrung wie Mord und Todtschlag denselben Vorsatz theilen? Diess ist auch der Fall und wird sehr mit Unrecht übersehen. Den besten Beweis für diese Identität liefert die Praxis.

Hätten Einsperrung und Nötigung verschiedene Vorsätze, so müsste der Thäter mangels Vorsatzes straflos ausgehen, der seine Einsperrungshandlung für eine Nötigung hielte oder umgekehrt. Nun wird aber kein Richter Bedenken tragen die That dessen, der einen Andern bewusst widerrechtlich an einen Baum gefesselt hat, ohne Weiteres unter § 239 zu subsumiren, auch wenn der Beklagte glaubhaft einwenden sollte, er habe diese seine That zwar für eine Vergewaltigung, aber nie und nimmer für eine Einsperrung gehalten. Der Richter verurtheilt, weil der Thäter wusste, dass er eines Andern Willensbethätigung widerrechtlich hindere, d. h. eben weil er Nötigungsvorsatz besass. Bei Verbrechen, die wie Tödtung und Körperverletzung wirklich verschiedene Vorsätze haben, würde die Auffassung der vorgenommenen Tödtungshandlung als einer

⁷⁶⁰ Richtig Bruck a. a. O. bes. S. 62, der daraus nur gar keine Folgerungen zieht.

⁷⁶¹ A. A. aber ohne zureichende Begründung v. Buri, Gerichtssaal 1871 S. 527.

Körperverletzung die Zurechnung des eingetretenen Todes zum Vorsatze ausschliessen.

Aus dieser Identität des Vorsatzes bei Nötigung und Einsperrung folgt aber nicht nur, dass wegen Einsperrung gestraft werden kann, wenn der Thäter nur zu nötigen glaubte, und umgekehrt, und dass Einsperrung durch Nötigung keinen Konkurrenzfall darstellt⁷⁶², sondern es lässt sich aus der

⁷⁶² A. A. wieder Oppenhoff, Comm. zu § 239 n. 3. Ebenso das Preuss. O.-Tr. in s. Erk. v. 19. Sept. 1872 (O. XIII S. 459; auch bei Goltdammer XX S. 450—452). Der hierin entschiedene interessante Rechtsfall ist der, dass Maurer-Arbeiter in der Arbeitsbude bei der Lohnauszahlung den Bauherrn zwingen wollten, da sie zu wenig erhalten zu haben vermeinten, ihnen den Rest auszuzahlen. Sie bedrohten ihn mit Tödtung, wenn er ohne zu zahlen die Bude verliesse, und so durfte er während 1/2 Stunde nicht wagen wegzugehen. Die 1. Instanz verurtheilte wegen Nötigung, die zweite wegen Nötigung und Freiheitsberaubung in Idealkonkurrenz, und diess Urtheil wurde vom Obertribunal bestätigt, obgleich, wie das Gericht treffend bemerkt, »das Einsperren stets einen Zwang zu einer Unterlassung . . . enthält«. Sein Hauptentscheidungsgrund »es begründe grade die Thatsache, dass die zu ahndende verbrech. Handlung in ihren Begriffsmerkmalen die Merkmale mehrerer vom Gesetze vorgesehenen Strathaten umfasse, das Vorhandensein . . . der ideellen Konkurrenz« ist jedenfalls unrichtig. — Geyer, der im Gerichtssaale 1875 S. 379 ff. diese Entscheidung bespricht, tadelt sie insofern, als der Zwang zum Unterlassen einer Ortsveränderung »seine vollständig erschöpfende Würdigung im § 239 als Freiheitsberaubung finde« und § 240 den §§ 236—239 nur subsidiär sei. So meint Geyer ganz richtig, dass durchaus nicht in jeder Freiheitsberaubung ein Konkurrenzfall stecke, aber hier liege ein solcher vor, weil mit ihr der Versuch der Nötigung zur Zahlung zusammentreffe; und nehme man an, dieser angestrebte Vermögensvorteil sei ein widerrechtlicher gewesen, so würde »sich Niemand bedenken, Konkurrenz von Freiheitsberaubung und versuchter Erpressung anzunehmen«. Allein ich kann dem durchaus nicht beistimmen. Die Freiheitsberaubung ist lediglich Nötigung zum Bleiben: trifft mit ihr Nötigung zum Zahlen zusammen, so gleicht der Fall genau dem andern, wo Jemand seinem Gegner eine intensive Körperverletzung zufügen will, und ihn erst haut und dann noch mit scharfem Instrumente verwundet: d. h. wir stehen vor einem fortges. Verbrechen aber nicht vor einer Verbrechensmehrheit. Und hätten jene Arbeiter erpressen wollen, so würde ich wenigstens es gradexu für falsch finden Konkurrenz von Freiheitsberaubung und Erpressung anzunehmen. Eine Delikts-Einheit, wie sie eine fortgesetzte Nötigung darstellt, kann nie eine Ver-

Erkenntniss derselben auch eine empfindliche Lücke des Gesetzes ausfüllen. Während § 240 die versuchte Nötigung ausdrücklich unter Strafe stellt, versäumt diess § 239 mit dem Versuche der schwerer strafbaren Freiheitsberaubung. Jeder Versuch derselben ist aber Versuch der Nötigung und somit nach § 240 strafbar⁷⁶³.

Der Vorsatz bei der durch ihre Zeitdauer qualificirten Einsperrung ist genau derselbe, wie der bei der einfachen: der Thäter verfällt dem § 239, 2, auch wenn er von jener Erstreckung der Einsperrungsfrist keine Kunde hat⁷⁶⁴.

II. Wie sich die Aussetzung zur Tödtung, so scheint sich die Bedrohung zur Nötigung zu verhalten: wie ein Gefährdungs- zum Verletzungs-Verbrechen. Allein nähere Prüfung zeigt, dass zwar nach § 231 Aussetzung ohne Gefährdung undenkbar ist, dagegen Bedrohung ohne Freiheits-Gefährdung nach § 241 als sehr wohl möglich erscheint; mit anderen Worten: die Bedrohung ist durchaus nicht nur für den Fall ihrer Gefährlichkeit untersagt, sondern, weil sie leicht gefährlich werden kann, auch für den Fall ihrer Ungefährlichkeit. Die Bedrohung ist nach deutschem Strafgesetzbuche einfaches Polizeidelikt⁷⁶⁵. Auch wenn der Bedrohte die Dro-

brechensmehrheit enthalten; bei einer Deliktsmehrheit, die wie bei der Erpressung zu einem Verbrechen zusammengefasst ist, dürfen nicht ausser dem Ganzen auch noch die Theile gezählt werden. — Ebenso wenig liegt Konkurrenz vor, wenn Jemand einen Beamten einsperrt, um ihn zur Unterlassung oder Vornahme einer Amtshandl. zu nötigen (§ 114). Falsch Oppenhoff das. n. 11. Dagegen Geyer, Handbuch III S. 591.

⁷⁶³ Dabei ist es Straferhöhungsgrund, dass die vollendete Einsperrung soviel höher strafbar ist als die vollendete Nötigung. Es handelt sich übrigens hier nicht um einen Fall der nach R. Str.-G.-B. § 2 unzulässigen Analogie, sondern um unmittelbare Anwendung des § 240. Von den beiden Strafdrohungen des § 240 für vollendete und versuchte Nötigung ist nur die erste qualificirt, wenn die Nötigung Freiheitsberaubung ist.

⁷⁶⁴ Die Satzung des § 239, 2 bildet also ein Analogon zu § 224, nicht zu § 225.

⁷⁶⁵ Diess wird auch von Geyer in Holtzendorff's Handbuch III S. 582 ff. verkannt. Entschieden falsch ist, wenn Schwarze noch in s. Comm. S. 555 (also doch jedenfalls von der gemeinrechtlichen Bedrohung) genau wie in d. N. Jahrbüchern f. Sächs. Strafrecht III (1845) S. 373

hung verlacht und sich durch sie in keiner Weise auch nur momentan beeinträchtigen lässt, greift die Strafe Platz⁷⁶⁶.

Nun erhebt sich aber die für die Bestimmung des Vorsatzes schwierige Frage, in welchem Umfange denn die Drohungen als solche untersagt erscheinen? Das R.-Str.-G.-B. verpönt nur die Drohung »mit Verbrechen«. Haben wir uns die Norm entsprechend auch nur als Verbot der Bedrohung mit »Verbrechen« zu denken? Auch wenn diese so lautete, würde sie nur den praktikablen Ausdruck für den andern Gedanken enthalten, dass diejenige Drohung ohne Nötigungsabsicht untersagt sein solle, welche regelmässig geeignet erscheint den Bedrohten in der Freiheit seiner Entscheidung zu beeinträchtigen. Denn nur weil die Bedrohung mit Verbrechen hiezu regelmässig tauglich ist, könnte der Gesetzgeber auf den Gedanken kommen sie zur Grundlage eines Polizeideliktes zu machen⁷⁶⁷.

sagt: »Das Wesen der Bedrohung besteht in der Störung des Rechtsfriedens des Einzelnen, des Bewusstseins der Rechtssicherheit«. (Ganz ähnlich Köstlin, Abhandl. S. 432. 433.) S. auch Erk. des bayr. ob. Gerichtshofes v. 2. Jan. 1874 (S. IV S. 2). — Grade weil § 241 ein Polizeidelikt verpönt, ist der Thatbestand des § 126 (»Wer durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört....«) durchaus kein qualificirter Fall des Vergehens der Bedrohung. — Aus ganz anderem Grunde wie dem im Text angegebenen erklärt auch Köstlin a. a. O. S. 434 die Bedrohung für ein Polizeivergehen.

⁷⁶⁶ Man könnte versucht sein die Bedrohung für ein Verletzungsdelikt, aber nicht für eine Beeinträchtigung der Freiheit der Willensbethätigung, sondern für einen Versuch der Furchterweckung anzusehen, ihr Wesen also in ihrer Wirkung auf das Empfindungsleben des Bedrohten zu finden. Allein es ist schon höchst bedenklich anzunehmen, dass das Empfindungsleben des Menschen als solches vom Recht als Rechtsgut bezeichnet würde. (Vgl. Glaser, Abhandl. S. 10—12.) Ferner geraten wir sofort in Verlegenheit, wenn wir jenen Gedanken durchführen wollten. Die Drohung ohne Absicht der Furchterweckung müsste dann nach § 241 strafflos bleiben, ebenso die zur Furchterregung absolut untaugliche Drohung mit Verbrechen: beide Strafausschlussgründe kennt aber § 241 nicht.

⁷⁶⁷ Weil nach der Theorie von Bruck Verbrechen geg. die Willensfreiheit, die Drohungen nur als Angriff auf die Willensfreiheit (wohl zu

Nun stehen wir vor der Alternative: nehmen wir an, dass die Norm lediglich Bedrohung mit »Verbrechen« verbietet — ein seltsames Unterfangen bei dem seltsamen gemeinrechtlichen Verbrechensbegriff! —, dann besteht der Vorsatz bei der Bedrohung im bewussten Willen widerrechtlich mit einem Verbrechen zu drohen, und wer die angeandrohte verbrecherische Handlung für ein Vergehen hält, muss von der Anklage aus § 241 freigesprochen werden. Formuliert man aber die dem Strafgesetze zu Grunde liegende Norm in der zweiten sachlich zutreffenderen Weise, so liegt immer dann Vorsatz vor, wenn der Thäter weiss, dass seine Drohung regelmässig zur Einschüchterung geeignet ist, und jener Irrtum über Verbrechens- oder Vergehens-Qualität der Handlung erscheint völlig irrelevant⁷⁶⁸.

Ich trage kein Bedenken, die letztere Ansicht für die richtige zu halten. Demgemäss gehört zum Vorsatz durchaus nicht Wissen und Wollen, dass im konkreten Falle die Drohung einschüchtere, sondern nur, dass ihr diese einschüchternde Wirkung durchschnittlich eigentümlich sei — was ja bei der Bedrohung mit schweren strafbaren Delikten stets zutreffend sein wird⁷⁶⁹. Der Gesetzgeber aber erklärt nur einen Theil dieses vorsätzlichen Polizeideliktes für strafbar: nemlich die Bedrohung mit »Verbrechen«.

III. In scharfem Gegensatze zu diesen einfachen Verbrechen steht der Menschenraub, der zugleich Mischthatbestand und meistens zusammengesetztes Verbrechen, ausserdem eine der unklarsten Handlungen des gemeinen

unterscheiden von der Freiheit der Willensbethätigung; gestraft werden dürfen, verlangt Bruck, dass die zu strafenden Drohungen »zur Hervorrufung sinnesverwirrender Affekte geeignet« sein müssen. »Deshalb« (!) bedrohe d. R.-Str.-G.-B. nur die Bedrohung mit »Verbrechen« (S. 48. 49.). Diese ganze Deduktion steht vollständig in der Luft.

⁷⁶⁸ Für diese Auffassung des Irrtums Oppenhoff, Comm. zu § 241 n. 5.

⁷⁶⁹ Ganz gleichgiltig ist überhaupt der Reflex der Drohung auf den Bedrohten. (A. M. Schwarze, N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht III S. 374 ff.). Ob er die Drohung für ernsthaft hält, fällt nicht ins Gewicht, ebensowenig, ob der Drohende dieselbe ernsthaft meint. Nur

Strafrechts ist⁷⁷⁰. Denken wir uns die Delikte, deren Versuch § 234 zur vollendeten Straftat erhoben hat, bei ihrem juristischen Endpunkte angekommen⁷⁷¹, so stellen sie sich

wird bei der scherzhaften Drohung häufig das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit wegfallen. Schwarze a. a. O. S. 376 verlangt als Vorsatz wenigstens den eventuellen Willen zu ängstigen. Auch Oppenhoff zu § 241 n. 5 geht zu weit wenn er sagt: »Der Dolus besteht hier in dem Willen zu drohen verbunden mit dem Bewusstsein, dass die Drohung von dem Bedrohten für ernstlich gemeint gehalten werden könne.« Wenn Geyer, Handbuch III S. 582. 583 wie Schwarze die Absicht bei der Bedrohung darauf gehen lässt, »in dem Bedrohten die Besorgniss zu erwecken, dass der Drohende das angedrohte Uebel auch wirklich herbeiführen werde,« so spricht er — sehe ich recht — de lege ferenda. Ohne jeden Beweis bleibt die Behauptung von Bruck, Verbrech. geg. d. Willensfreiheit S. 50. 51, der dolus bestehe in der Absicht des Drohenden durch die Drohung in der Person des Bedrohten den Glauben an die Möglichkeit der Verwirklichung des angedrohten Übels zu erwecken, und beinahe scheint es als verlange Bruck zur Vollendung, dass »der Bedrohte im concreten Falle zu der Annahme (die Verwirkl. liege in der Macht des Drohenden) verleitet wurde.« Jene »Absicht« wird der Drohende thatsächlich zwar fast immer haben, juristisch ist sie nach geltendem Reichsrecht nicht erforderlich. — Richtig Rüdorff, Komm. zu § 241 n. 2: »Ob die Drohung einen Erfolg hatte und ob dieselbe ernstlich gemeint war, ist gleichgiltig. Dieselbe muss nur objektiv geeignet sein, Besorgnisse zu erregen.« Vgl. auch Meyer, Lehrbuch S. 402 u. 403, u. v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 532. Die Praxis ist insofern unsicher, als sie bald Ernstlichkeit der Drohung verlangt, widrigenfalls der dolus immer fehle (Erk. des Pr. O.-Tr. v. 15. Dez. 1874. bei O. XV S. 809), bald darauf nichts ankommen lässt (Erk. des Bay. ob. Gerichtshofes v. 2. Jan. 1874, Samml. IV S. 3). Dass der Bedrohte sie nicht für ernst gehalten zu haben braucht, wird nicht bezweifelt. Genauere Präcisirungen des Vorsatzes durch die an das R.-Str.-G.-B. sich anschliessende Praxis habe ich nicht auffinden können.

⁷⁷⁰ S. neuerdings Geyer im Handbuch III bes. S. 600 ff.; Bruck a. a. O. S. 69 ff.; v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 522 ff. Allzukurz Merkel, Rechtslexikon s. v. Menschenraub II S. 148. — Vgl. auch John. Entwurf S. 484 ff.

⁷⁷¹ Dass vom G.-B. wieder das versuchte Delikt zum vollendeten Verbrechen gestempelt worden ist, wirkt auf die Frage des Vorsatzes nicht zurück. Zu seiner Untersuchung muss von dieser Inkongruenz zwischen Delikt und Verbrechen abgesehen werden. Uebrigens hat die Fassung des § 234 mit ihrer Betonung der Mittel des Verbrechens zur Folge, dass die vollendete Aussetzung in hilfloser Lage

dar als eine Gefährdung versetzen in hilflose Lage und als drei Verletzungen, welche sämmtlich die Begründung eines dauernden Abhängigkeits-Verhältnisses (Sklaverei, Leibeigenschaft, auswärtiger Kriegs- oder Schiffsdienst in sich schliessen. Es erhellt somit, dass der Menschenraub des heutigen gemeinen Rechts durchaus nicht in allen seinen Gestalten Freiheitsverbrechen ist.

1. Fassen wir zunächst trotz seiner ungemeinen Seltenheit den Menschenraub als Gefährdungsverbrechen ins Auge. Die aus der hilflosen Lage entspringende Gefahr ist nicht nur als Gefahr für Leib oder Leben, sondern auch für die dauernde Unabhängigkeit, somit für die Freiheit des Ausgesetzten zu denken. Der Vorsatz bei diesem Verbrechen fällt also nur insoweit, als er sich richtet auf Leibes- oder Lebensgefährdung mit dem Vorsatze bei der Aussetzung (§ 221) zusammen. Dass taugliche Objekte nicht des Deliktes wohl aber des Verbrechens der Aussetzung nur wegen Jugend oder Krankheit hilflose Personen sind, während der Menschenraub sowohl an sich hilflose als auch kräftige und erwachsene Individuen zum Gegenstand haben kann, wirkt auf den Vorsatz in gar keiner Weise zurück. Die Hilflosigkeit vor der Aussetzung ist nur ein Moment, welches dem Thäter die Gefährlichkeit der Aussetzung zum Bewusstsein zu bringen geeignet ist. Das Verbot, welches der Aussetzung und dem leibes- oder lebensgefährlichen Menschenraube gemeinsam zu Grunde liegt, ist das Verbot der Gefährdung irgend welcher Personen durch Aussetzung. Die vorsätzliche Uebertretung dieses Verbotes wird immer be-

und die vollendete Versetzung in Sklaverei oder auswärtigen Kriegsdienst straflos bleibt, wenn es der Thäter nicht nötig hatte sich des Verletzten zuvor durch List oder Gewalt zu bemächtigen (!). (Einen freiwillig ans Land gegangenen Matrosen verkauft der Kapitän hinter seinem Rücken in Sklaverei und lichtet schleunigst die Anker. Solche Ergebnisse sind unausbleiblich, wenn man nicht die Verbrechensthatbestände unter sorgfältiger Berücksichtigung der Normen formulirt. S. auch v. Buri, Gerichtssaal 1875 S. 522. 523. Auf die sonstigen Lücken des § 234 einzugehen, dazu ist hier der Ort nicht.

straft, wenn wegen Jugend oder Krankheit hilflose Personen ausgesetzt worden sind; wird aber mit geschärfter Strafe belegt, wenn solche Persönlichkeiten oder ihre besser situirten Lebensgenossen durch die Mittel des Menschenraubes ausgesetzt werden.

Fragen wir, ob sich zu diesem Gefährdungsvorsatze stets noch ein weiterer Vorsatz gesellen muss, so ist diess zu bejahen, sofern sich Jemand des Auszusetzenden durch Nötigung (Gewalt oder Drohung) bemächtigt, zu verneinen, sofern diess durch List in der Weise geschieht, dass der Gefährdete gar nicht bemerkt in fremder Gewalt zu sein. Wird er anfangs überlistet und findet sich dann in fremder Gewalt, so setzt deren Aufrechthaltung die Fassung eines Nötigungsentschlusses seitens des Gewalthabers voraus. Aber nicht einmal ein eventueller Nötigungsvorsatz braucht das listige Vorgehen zu begleiten: der Thäter kann von vornherein auf jede Vergewaltigung verzichten wollen, wenn sein Vorhaben mittels der List nicht glückt.

So ist der Menschenraub als Gefährdungsverbrechen nicht in allen, wenn auch den meisten Fällen ein aus zwei Delikten zusammengesetztes Verbrechen, und der erforderliche Dolus nicht immer ein Doppelvorsatz.

2. Ganz genau dasselbe gilt bezüglich der übrigen Fälle des Menschenraubes. Auch bei ihnen ist die als Mittel zum Zweck gewählte Handlung bald ein selbständiges vorsätzliches Delikt bald nicht: der erforderliche Vorsatz also bald ein zusammengesetzter bald ein einfacher.

Der Bestimmung des Vorsatzes für den Hauptbestandtheil dieser zweiten Gruppe des Menschenraubes stellen sich einige Hindernisse entgegen. Wie, wenn der Thäter sein Opfer zu fremden Kriegsdiensten bestimmt hat, die Personen aber, denen es ausgeliefert worden ist, verkaufen es in Sklaverei?

Zwar ist hier nicht genau diejenige Freiheitsbeschränkung eingetreten, in deren Eintritt der Menschenräuber gewilligt hat: nichts destoweniger wird man geneigt sein wegen vollendeten vorsätzlichen Menschenraubes Verurtheilung ein-

treten zu lassen. Und mir scheint mit Recht! Dann muss man aber die Norm, welche dem Menschenraube zu Grunde liegt, als das Verbot fassen Jemanden in ein seine rechtliche Persönlichkeit dauernd beeinträchtigendes Abhängigkeitsverhältniss zu versetzen⁷⁷². Nur dann ist jene Differenz zwischen dem geplanten und dem eingetretenen Erfolge wirklich irrelevant. Der Thäter wusste, dass er den Geraubten durch seine Auslieferung an Fremde in ein solches Verhältniss setzen würde, und er hat es auch dadurch gethan. So ist der Fall ganz analog dem Falle der Tödtung, wo Jemand seinen Feind durch die Kugel tödten will, ihn aber durch ein Sprengstück der überladenen und in Folge dessen geplatzten Pistole tödtet: der in Aussicht genommene Erfolg ist vorsätzlich verursacht, nur unter anderen Modalitäten als der Thäter erwartet hat.

Der Vorsatz also, welchen das Gesetz für den Menschenräuber dieser zweiten Art fordert, ist der bewusste Wille Jemanden widerrechtlich in ein seine Freiheit dauernd beeinträchtigendes Abhängigkeitsverhältniss zu versetzen.

Soll die Nötigung das Mittel zur Verwirklichung dieses Vorsatzes abgeben, so könnte man zweifeln, ob das Verbrechen, weil in Mittel und Zweck gegen die Freiheit gerichtet, wirklich einen Doppelvorsatz verlange, und ob der Fall nicht vielmehr dem oben besprochenen analog sei, in welchem die Freiheitsberaubung Mittel der Nötigung sein

⁷⁷² Damit ist durchaus nicht gesagt, dass man nun auch jede Versetzung in einen solchen Zustand, sofern sie durch die vom § 234 zum Menschenraub erfordernten Mittel geschah, auf Grund des nach allen Seiten hin lückenhaften § 234 strafen dürfte. — Von mancher Seite findet man das Wesen des Verbrechens darin, dass sich der Menschenraub auf »Beseitigung des Schutzes richtet, welchen die einheimische Gesetzgebung gegen derartige Abhängigkeitsverhältnisse gewährt.« So Geyer, Handbuch III S. 601; Meyer, Lehrbuch S. 408. 409; John, Entwurf S. 489. 490. Allein dieser Gesichtspunkt scheint mir nicht richtig. Auch der ist Menschenräuber, der einem afrikanischen Fürsten einige seiner Untertanen abkauft, dieselben gewaltsam auf sein unter deutscher Flagge fahrendes Schiff bringt, und sie auf offener See als Sklaven verhandelt.

soll. Allein hier zeigt sich grade, wie wichtig es ist die scheinbare Einheitlichkeit des Angriffsobjekts der Verbrechen wider die Freiheit aufzulösen: der Menschenraub ist Verbrechen gegen die Freiheit als wesentliche Eigenschaft der Persönlichkeit; man wird diess für die Versetzung in Sklaverei und Leibeigenschaft zugeben, für die in fremden Kriegsdienst leugnen. Allein für unseren Gesetzgeber kann doch bei Beurtheilung einer solchen Missethat ebensowenig in Betracht kommen, ob das auswärtige Gouvernement von seinem Rechtsstandpunkt aus seine Soldaten für Freie hält, als ob es die Sklaverei verbietet oder erlaubt: thatsächlich enthält die Lage eines Deutschen, der in solche Kriegs- oder fremde Schiffsdienste verbracht ist, eine ganz eminente Beeinträchtigung jener Freiheit, und auf diese thatsächliche Beschränkung kann der einheimische Gesetzgeber allein sehen.

Wenn also der Menschenraub mittels eines Angriffs auf die Freiheit der Willensbethätigung begangen wird, bildet er allerdings ein Verbrechen mit einem Doppel-Vorsatz.

§ 69. 5. *Der Vorsatz bei Unterschlagung, Besitz-Entwendung, Diebstahl und Raub.*

Jede Anerkennung des Eigentums schliesst das Verbot der Aneignung fremder Sachen ohne Einwilligung des Eigentümers, jede Anerkennung des Besitzers als eines Rechtsgutes das Verbot der Störung und der Aufhebung des Besitzes ohne Einwilligung des Besitzers in sich⁷⁷³. Mit diesen beiden Verboten ist die Grundlage zu einer Reihe ungemein umfassender Verbrechen gegeben.

⁷⁷³ Nicht nötig ist, dass die Aneignung oder die Besitzentziehung erfolge wider den Willen des Eigentümers oder des Besitzers. Aus diesem Grunde ist auch die Einwilligung des Handlungsunfähigen, insbes. des infans und des furiosus, nicht im Stande die Rechtswidrigkeit der Zueignung oder der Besitzentziehung auszuschliessen. Beide geschehen nicht mit Willen, aber auch nicht gegen den Willen des Handlungsunfähigen: denn diesem eigentümlich ist der Mangel an Wille. Vgl. Merkel, Handbuch III S. 644; Meyer, Lehrbuch S. 451; Oppenhoff, Comm. zu § 242 n. 35.

I. Auf das erste von ihnen und auf es allein basirt sich das Verbrechen der Unterschlagung. Der Vorsatz, der jenem Verbote entspricht, ist der bewusste Wille sich widerrechtlich d. h. ohne Einwilligung des Eigentümers und ohne sonstigen Rechtsgrund eine fremde Sache anzueignen. Auf die Natur dieser Sache im Rechtssinne, insbesondere darauf, ob sie zu den beweglichen oder den unbeweglichen gehört und ob sie Wert hat oder nicht, auf den Besitzstand der Sache, insbesondere darauf, ob sie unbesessen oder in Besitz des Aneigners oder eines Dritten befindlich, auf den Zweck der Aneignung, insbesondere darauf, ob sie dem Thäter einen Vermögensvorteil gewähren soll oder nicht, kommt es bei diesem Deliktsvorsatze in keiner Weise an ⁷⁷⁴.

Auch ist der Eingriff in das Eigentum in Verwirklichung dieses Vorsatzes durchaus nicht notwendig mit einer Verletzung des Vermögens des Eigentümers verbunden ⁷⁷⁵. Die Absicht der Ersatzleistung bei der widerrechtlichen Aneignung, ja selbst die Verwirklichung dieser Absicht in be-

⁷⁷⁴ Sind völlig wertlose Gegenstände »Sachen« und stehen sie im Eigentume, so sind sie taugliche Objekte nicht eines Vermögens-, wohl aber eines Eigentumsverbrechens. Grade weil bei diesem Delikte die gewinnsüchtige Absicht mangelt, braucht das Objekt kein Wertobjekt zu sein. Richtig hervorgehoben im Erk. des O.-A.-G. Dresden v. 6. Juli 1874 (Annalen 2. N. F. II S. 214. 215; auch bei St. IV S. 364). Vgl. auch Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 19. Nov. 1874 O. XV S. 803; auch bei St. IV S. 372. 373. Nicht richtig Merkel, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 634. Dagegen Hälschner, Syst. II S. 423 bes. n. 2; u. Huber, Unterschlagung S. 48.

⁷⁷⁵ Nicht richtig sagt v. Stemann, Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue S. 4: »Die Absicht des Thäters geht beim Diebstahl, wie bei der Unterschlagung auf rechtswidrige Zueignung, deren concrete Form die Gewinnsucht ist«. Vgl. S. 7: »Für den Thatbestand der Unterschlagung ist daher (de lege ferenda) durchweg die gewinnsüchtige Absicht ein unentbehrliches Erforderniss«. Gegen diess Requisit der gewinnsüchtigen Absicht bei Diebstahl und Unterschlagung richten sich besonders Ullmann, Der Dolus beim Diebstahl S. 51 ff., u. Huber, Unterschlagung S. 42 ff.; freilich ohne dasselbe vollständig zu würdigen. Es handelt sich hier nicht nur um ein gravirendes Motiv.

sagtem Zeitpunkte etwa mittels Absendung des Werthbetrages durch die Post, ist als solche desshalb ganz ungeeignet jenen Vorsatz zu alteriren. Nur wenn der Thäter denkt bei richtiger Ersatzleistung werde der Eigentümer der Aneignung zustimmen, fällt der Vorsatz zu dem Eigentumsverbrechen wie bei jeder erwarteten Einwilligung des Eigentümers weg.

Aus dieser Unabhängigkeit des Vorsatzes bei widerrechtlicher Aneignung beweglicher Sachen folgt aber in keiner Weise, dass der Strafgesetzgeber Diebstahl und Unterschlagung auch dann strafen müsste, wenn diese Eigentumsverbrechen Vermögensverbrechen nicht sind oder als solche nicht intendirt sind. Nach den Satzungen des R.-Str.-G.-B. aber kommt auf die vermögensverletzende Qualität dieser Eigentumsdelikte gar nichts an, und selbst die in Aussicht auf vollen Ersatz vorgenommene Aneignung von Fungibilien ist nach § 246 straffällig, falls eben nicht der Thäter grade im Hinblick auf den Ersatz die Einwilligung des Eigentümers erwartete⁷⁷⁶.

Nun hat der Strafgesetzgeber von diesem Gattungsdelikte einen wichtigen Theil, die Aneignung von Immobilien, straflos gelassen⁷⁷⁷, und bedroht nur den, »der eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet«, als Urheber einer Unterschlagung⁷⁷⁸.

In diesem Thatbestande befinden sich zwei wesentliche Merkmale, welche dem Gattungsdelikte der widerrechtlichen

⁷⁷⁶ Vgl. das Nähere unten beim Diebstahl.

⁷⁷⁷ Vertheidigt von Grolman, Grundsätze § 206.

⁷⁷⁸ Zu voll tönt das Lob der Fassung des § 246 bei Huber, Die Unterschlagung (1875) S. 41. S. dagegen Köstlin, Abh. S. 338 n. 6: »Namentlich ist jede positive Bezeichnung, z. B. einer Sache, die man schon in Besitz oder Gewahrsam hat, unrichtig . . . die Meisten übersehen ganz, dass Unterschlagung auch dann vorliegt, wenn der Thäter den Besitz unrechtmässig, aber nur nicht durch Stehlen oder Theilnahme daran erlangt hat«. Trefflich schon Wächter, Rechtslex. III S. 360 n. 34. Der richtige Gedanke kommt auch in dem Gesetzesvorschlage von Schütze, Gerichtssaal 1869 S. 115 nicht zu exakter Formulirung.

Aneignung fremder Sachen fehlen: die geforderte Beweglichkeit der Sache und die Hervorhebung des Besitzes des Thäters. Wäre es richtig, dass beim Verbrechens-Vorsatze das Wollen auf alle wesentlichen Merkmale des Verbrechens gerichtet sein müsste, so würde der Urheber einer Unterschlagung jedenfalls auch wissen müssen, dass die entwandte Sache eine bewegliche sei. Hielte er den civilistischen Begriff der Beweglichkeit auch für den Umfang der Unterschlagung für maassgebend, so würde dieser sein Irrthum den Vorsatz ausschliessen. Niemandem aber kommt es zu Sinne einen solchen Delinquenten wegen seines Irrthums mit der Strafe der Unterschlagung zu verschonen. So ist die Aufstellung des Merkmals der Beweglichkeit nicht im Stande beim Verbrechen der Unterschlagung den Deliktvorsatz als ungenügend erscheinen zu lassen.

Etwas anders verhält es sich bezüglich der Hervorhebung des Besitzes des Thäters. Wissenschaft und Gesetzgebung erschweren sich beide die Formulirung des Unterschlagungsbegriffes ganz unnützer Weise dadurch, dass sie das freilich praktisch bedeutsamere aber zusammengesetzte Verbrechen des Diebstahls vor dem einfachen der Unterschlagung behandeln. Sie werden dadurch genötigt negativ das Merkmal anzugeben, welches diese von jenem unterscheidet, während sich die richtige Abgrenzung beider Verbrechen von einander ganz von selbst ergäbe, wenn man zunächst die widerrechtliche Aneignung fremder beweglicher Sachen rein als solche unter Strafe stellte, und dann erst zur Behandlung der widerrechtlichen Aneignung fremder beweglicher Sachen durch rechtswidrige Wegnahme aus fremdem Besitze überginge, mit anderen Worten, wenn man den Diebstahl als das behandelte, was er allein ist, nemlich als eine durch Zutritt eines neuen Deliktes gegen die Besitzesordnung qualificirte Unterschlagung⁷⁷⁹. Jene Umdrehung des richtigen

⁷⁷⁹ Ich kann Schwarze, Bemerk. zur Lehre vom dolus bei der Unterschlagung, Gerichtssaal 1871 S. 440, nicht Recht geben, wenn er sagt: »Die Schwierigkeiten, mit welchen die Begriffsbestimmung der Unterschlagung zu kämpfen hat, beruhen zu ein. wes. Theile, auf dem

Verhältnisses hat nun auch den § 246 des R.-Str.-G.-B. beinträchtigt. Es sollte gesagt werden, dass bei der Unterschlagung die Erlangung des Besitzes für den Thäter nicht durch Wegnahme der Sache aus fremdem Besitze in Aneignungsabsicht geschehen dürfe, und wurde statt dessen gesagt, dass der Thäter die Sache, die er sich aneignen will, in eigenem Besitze oder Gewahrsam haben müsse.

Will man nun nicht gradezu zwischen Diebstahl und Unterschlagung eine Reihe widerrechtlicher Aneignungen, ganz besonders aber derartiger Aneignungsversuche straflos lassen, so bedarf § 246 einer berichtigenden Auslegung in dem Sinne, dass er alle widerrechtlichen Aneignungen fremder beweglicher Sachen umfasst, welche nicht Diebstähle, Raubfälle oder Erpressungen darstellen⁷⁹⁰. Wenn man aber selbst nicht so weit gehen will das Requisit des Besitzes des Thäters als ganz unwesentlich zu bezeichnen, so wird man doch darüber nicht einen Augenblick zweifelhaft sein, dass es wenigstens auf den Vorsatz bei der Unterschlagung keine Rückwirkung übt. Allgemein wird anerkannt werden müssen, dass derjenige unterschlägt, der eine verlorene Sache, die

Umstände, dass die rechtswidrige Aneignung der Sache nicht so entschieden in die äussere Erscheinung tritt, wie bei dem Diebstahle. Diese sehr richtig hervorgehobenen Beweisschwierigkeiten ergeben keine Schwierigkeiten bezüglich der Begriffsbestimmung.

⁷⁹⁰ Wenn es wesentlich ist für das Vergehen der Unterschlagung, dass die Sache sich im Besitze des Thäters befindet, so kann auch das Vergehen nicht vorher beginnen, ehe der Thäter Besitz hat. Wer also mit der Absicht der Unterschlagung einem Schuldner vorspiegelt, er sei zur Einkassirung der Schuld vom Gläubiger gesendet und solle diesem das Geld bringen, ist völlig straflos, wenn er dabei entdeckt wird: ein versuchter Betrug liegt nicht vor, und zum Versuche der Unterschlagung ist die Handlung noch nicht gediehen. — Am weitesten hat sich Oppenhoff, Commentar zu § 246 n. 37, durch die Fassung des § 246 fortreissen lassen: er will denjenigen freigesprochen wissen, der eine Sache findet und den Besitz sofort mit Zueignungsabsicht ergreift: denn § 246 setze voraus, »dass der Thäter die Gewahrsam schon vor der Zueignung gehabt habe«. (!) Weder die Motive, auf die sich Oppenhoff stützt, noch ein Präjudiz, das er anführt, stimmen ihm darin bei.

er für unverloren und somit für besessen hält, sich aneignet⁷⁸¹. Also selbst der Glaube an den fremden Besitz schliesst den Vorsatz der Unterschlagung nicht aus; es kann ihm also die Wissenschaft des eigenen Besitzes unmöglich wesentlich sein. Somit fällt der dem Verbrechen der Unterschlagung wesentliche Vorsatz vollständig mit dem Deliktvorsatz der widerrechtlichen Aneignung fremder Sachen zusammen⁷⁸².

Es dürfte besonders behufs klareren Einblicks in den Diebstahlsvorsatz zweckmässig sein den einzelnen Elementen dieses Vorsatzes näher zu treten. Den vier objektiven Merkmalen widerrechtlicher Aneignung fremder Sachen muss der bewusste Wille des Thäters derart entsprechen, dass

1) die Sache als eine im Eigentume stehende gekannt wird⁷⁸³. Bewusst widerrechtliche Aneignung einer fälsch-

⁷⁸¹ Sehr präcis schon Grolman, Grundsätze § 179, bes. n. c; dann Wächter, Rechtslex. III S. 398 n. 238. Ders. Ans. Köstlin, Abhandl. S. 340; Merkel, Handbuch III S. 636. 637; Huber, Unterschlagung S. 80 ff.

⁷⁸² Weder die neuere Doktrin noch die Praxis fordern mehr Merkmale zu diesem Vorsatze. Vgl. z. B. Köstlin, Abh. S. 343; Merkel, Handbuch III S. 705 u. 706; Huber, Unterschlagung S. 45. Oppenhoff, Comm. zu § 246 n. 45: Der Dolus besteht in »der Absicht der Zueignung und in dem Bewusstsein, dass die Sache eine fremde und dass die Zueignung rechtswidrig sei«. Schwarze, Comm. S. 625: Dolus ist »die Absicht der rechtswidr. Zueignung einer fremden Sache«. — Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 1. Nov. 1872 (O. XIII, S. 579): Der bei einer Unterschlagung vorausgesetzte Dolus wird durch das Bewusstsein der rechtswidrigen Zueignung erfüllt; neben demselben wird der Nachweis einer gewinnsüchtigen Absicht nicht erfordert. Noch besser Erk. d. O.-Tr. v. 6. Okt. 1874 (O. XV S. 624): »Der zum Thatbestande einer Unterschlagung erforderliche Dolus besteht in der Absicht der Zueignung verbunden mit dem Bewusstsein, dass die Sache eine fremde und dass d. Handl. eine widerrechtliche sei«. Vgl. Erk. des Pr. O.-Tr. v. 29. Mai 1874 (O. XV S. 339, 340) u. v. 3. März 1876 (O. XVII S. 170). Abweichend allein Hälschner, System II S. 512, der bei der Unterschlagung wie beim Diebstahl unrichtigerweise die Absicht unentgeltlicher Aneignung fordert. Ebenso die Motive des Nordd. F. zu § 241. Dagegen Meyer, Lehrbuch S. 416 n. 9.

⁷⁸³ Einen interess. Fall, wo diess Requisit von der 1. Instanz fälsch-

lich für herrenlos gehaltenen Sache darf weder als Unterschlagung noch etwa als schuldhafte Verletzung eines fremden Okkupationsrechtes angesehen werden: für beide Annahmen fehlt es am nötigen Vorsatz.

2. Dieses Eigentum muss der Thäter richtig einem Anderen als sich selbst zuschreiben; ob dieser Andere ein: naher Angehöriger oder ein ganz fern Stehender ist, mag Einfluss üben auf die Strafbarkeit, übt aber keinen auf die Vorsätzlichkeit der That.

3. Dieses fremde Eigentum muss der Thäter sich bewusstermaassen aneignen, d. h. nicht dem fremden Rechte wirklich entziehen und wirkliches Eigentum daran erlangen wollen, sondern thatsächlich das fremde Eigentum illusorisch machen und thatsächlich für sich ein Verhältniss zur Sache schaffen wollen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt um Eigentumsverhältniss zu sein. Jede Disposition über die Sache, welche unter Respektirung des fremden Eigentums vorgenommen wird, macht die Annahme einer Unterschlagung unmöglich⁷⁸⁴.

Man könnte glauben, dass der Vorsatz bei dem Angriff auf die Eigentumsordnung lediglich in dem Willen gefunden werden müsste einem Andern sein Eigentum thatsächlich

lich angenommen, v. Appell.-Gericht Kiel (Urtheil v. 20. Juli 1871) richtig gezeugnet wurde s. bei Stenglein, Zeitschr. I S. 134. 135. (Diebstahl oder widerrechtl. Fischen durch Aneignung eines Aals aus einem nach hinten offenen Aalfang). — Die Möglichkeit einer Unterschlagung durch Einbehaltung eigener, aber Dritten geschuldeter Gegenstände anzuerkennen ist eine schwer begreifliche Verirrung. Gut dagegen v. Stemann, Unterschlag. u. Untreue S. 15 ff.; Merkel, Handbuch III S. 692. 694.

⁷⁸⁴ Desshalb ist die Verpfändung des Gegenstandes, je nach dem Vorsatze des Thäters bald zur Unterschlagung ausreichend, bald nicht. Vgl. darüber Merkel, Handbuch III S. 699 bes. n. 5; Meyer, Lehrbuch S. 444; Huber, Unterschlagung S. 55 ff. Falsch Oppenhoff; Komm. zu § 246 n. 34. Vgl. den Nachweis der Praxis bei Petzold, Deutsche Strafrechtspraxis S. 314. 315. Uebrigens ist es nicht zu billigen, wenn Wächter, Rechtslexikon III S. 398, u. Köstlin, Abhandl. S. 341, diese Zueignungsabsicht mit dem *animus lucri facienti* identificiren. —

durch Zerstören oder Verbergen der Sache zu entziehen. und dass die Absicht sich den fremden Gegenstand anzueignen als ein besonderes Strafbarkeitsmerkmal aufzufassen wäre. Allein diese Betrachtung stellt sich wieder auf den für das Delikt unzutreffenden Standpunkt des durch die That Betroffenen: es handelt sich ja aber bei der Unterschlagung gar nicht um Vermögensbeschädigung oder um Beeinträchtigung eines subjektiven Eigentumsrechtes, sondern um einen Angriff auf die Eigentumsordnung, um die Herstellung, wenn ich so sagen darf, thatsächlichen Eigentums wider Willen des Rechts. Die Norm: »Ihr sollt Euch nicht fremde Sachen aneignen«! steht als ganz selbständiges Verbot neben den beiden Anderen: »Ihr sollt nicht fremde Sachen zerstören«! und »Ihr sollt den Eigentümer nicht in der Ausnutzung seines Eigentums beeinträchtigen«!

4. Diese Aneignung muss richtig als eine verbotene erkannt sein. Regelmässig ist ein solcher Angriff schon wegen fehlender Einwilligung des Eigentümers untersagt. Regelmässig wird also die Aneignung vorsätzlich widerrechtlich schon dann geschehen, wenn der Thäter den Mangel dieser Einwilligung kennt. Allein die Aneignung kann trotz dieses Mangels ausnahmsweise wie auf Grund eines Notstandes erlaubt sein. Besteht ein solches Recht auf Aneignung oder glaubt der Thäter auch nur an ein solches, so fehlt es am Vorsatz. Nur darf man nicht solchem Rechte auf sofortige Aneignung mittels Eigenmacht jedes Recht auf künftige Uebertragung der Sache zu Eigentum seitens des bisherigen Eigentümers gleichstellen⁷⁶⁵. —

Bei der Veruntreuung konkurriert mit diesem Vorsatz

⁷⁶⁵ Entschieden zu weit geht nach Vorgang Köstlins, Abh. S. 244, Merkel, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 654 (s. bes. n. 6 das.) u. S. 702, welcher nicht genügend scheidet, wie weit ein Recht auf sofortige Aneignung existirt, und wie weit ein Recht die künftige Uebertragung der Sache zu Eigentum zu fordern zwar nicht die Widerrechtlichkeit sofortiger Aneignung, aber das Bewusstsein dieser Widerrechtlichkeit und somit den Vorsatz ausschliesst.

noch eine bewusste Verletzung einer Vertrags-Verbindlichkeit zur Restitution der Sache in specie, so dass sich also hier zum Vorsatze der Unterschlagung noch ein anderer Vorsatz gesellt⁷⁹⁶. Vollständig gleichgiltig ist bei ihr, ob der Vertragsbruch erfolgt zum Zwecke der Unterschlagung oder die widerrechtliche Aneignung zum Zwecke des Vertragsbruchs.

II. Stellen wir jetzt dem einfachen vorsätzlichen Angriff auf das Eigentum den einfachen vorsätzlichen Angriff auf den Besitz gegenüber. Von seinen drei Arten, dem widerrechtlichen Besitzerwerbe, der Aufhebung und der Störung fremden Besitzes, interessirt hier nur die erste, weil nur sie in Verbrechensthatbeständen vorkommt. Sie stellt sich dar als bewusst widerrechtliche Detentionsentziehung.

Den objektiven Momenten widerrechtlicher Besitzerlangung durch Entziehung der Sache aus fremdem Besitze muss der bewusste Wille des Thäters derart entsprechen, dass

1. die Sache überhaupt als besessen gekannt wird. Das Verhältniss der Sache zum Eigentum ist irrelevant, da auch herrenlose Sachen besessen werden können. Wer die Sache, die er an sich nimmt, fälschlich für unbesessen hält, erman gelt des zur Besiztentwendung nötigen Vorsatzes.

2. Die Detention der Sache muss der Thäter richtig einem Andern als sich selbst zuschreiben. Wie aber Jemand an einer Sache, woran er mit Anderen das Eigentum theilt, sehr wohl eine Unterschlagung begehen kann, so ist auch in den Fällen der Condetention Mehrerer bezüglich desselben Gegenstandes eine widerrechtliche Besiztentziehung sehr wohl denkbar: der Vorsatz zu diesem Delikte setzt aber dann voraus, dass der Thäter sich nicht für den alleinigen Besitzer hält.

3. Diesem fremdem Besitze muss der Thäter die Sache entziehen, und zwar den fremden Herrscherwillen durch seinen eigenen verdrängen wollen.

⁷⁹⁶ Desshalb dürfte es auch nicht, wie Merkel. in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 706 n. 2, meint, legislativ richtiger sein statt die Veruntreuung mit höheren, die Unterschlagung verlorener Sachen durch niedrigere Straffätze auszuzeichnen.

4. Diese Besiztentwendung muss richtig als eine verbotene erkannt sein. Regelmässig genügt hierzu die Kenntniss der mangelnden Einwilligung des Detentors: ausnahmsweise ist die Besiztentziehung, wie z. B. in den Fällen berechtigter Pfändung, auch gegen des Besitzers Willen gestattet. Besteht ein solches Recht auf sofortige Besiztentziehung oder glaubt der Thäter auch nur an ein solches, so fehlt es am Vorsatz. Nur gilt es wieder mit solchem Rechte auf eigenmächtige Besiztentziehung nicht den Anspruch auf Besiztestübertragung seitens des bisherigen Detentors zu verwechseln ⁷⁸⁷.

Ist diess Objekt der Besiztentwendung eine im Eigentum stehende Sache, welche sich aber nicht in des Eigentümers, sondern in fremder Detention befindet, so kann die Zustimmung des Eigentümers zur Wegnahme der Sache vielleicht den Vorsatz des Thäters, nicht aber die Widerrechtlichkeit der That aufheben, wenn der Besitzer diese Wegnahme nicht will ⁷⁸⁸.

Es fragt sich nun, ist dieses Delikt als solches, sei's ganz, sei's theilweise, unter Strafe gezogen? Man wird hier sofort an das *furtum possessionis* denken, und könnte meinen, wie die Unterschlagung reiner Angriff auf das Eigentum, so sei dieses reiner strafbarer Angriff auf den Besitz.

Allein diese Vorstellung ist unrichtig. »Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben, dem Nutzniesser, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt« (R.-Str.-G.-B. § 289), begeht ein Doppeldelikt. Wie beim Diebstahl die Besiztentwendung als Mittel der Aneignung, so soll sie hier als Mittel zur Beeinträchtigung der rechtlichen Lage des besitzenden Pfandgläubigers oder Nutzniessers oder Retentionsberechtigten durch

⁷⁸⁷ Auch hier muss die in N. 785 gemachte Unterscheidung wohl beachtet werden.

⁷⁸⁸ Vgl. unten S. 555 ff.

Beseitigung der faktischen Voraussetzung für die volle Ausübung ihres Rechtes dienen. Wie ein Diebstahl unmöglich ist, ohne dass die entwandte Sache wirklich im Eigentume stand, so ist die sog. Besitzentwendung des § 289 nicht denkbar, ohne dass dem Besitzer der Sache an ihr ein Pfand-, Retentions- oder Nutzungsrecht wirklich zusteht. Auch ohne solches kann die Besitzentwendung widerrechtlich sein, aber strafbar ist sie nach gemeinem Rechte nicht.

Für den von § 289 verlangten Vorsatz ergibt sich daraus ein Doppeltes: der Thäter muss zunächst wissen, dass seine Besitzentwendung verboten ist, und er muss wissen und wollen, dass durch die Entwendung die rechtliche Lage des Berechtigten zeitweilig verschlechtert werde. Er muss deshalb den Besitzer als pfand- oder nutzungs- oder retentionsberechtigten kennen, widrigenfalls fehlt der Dolus.

Die Absicht späterer Zurückgabe der Sache kann den Vorsatz unter zwei Voraussetzungen aufheben: wenn der Thäter in Folge derselben auf Zustimmung des Besitzers zu der Entwendung rechnet, oder wenn der Thäter gar nicht vorhat den Herrscherwillen des Berechtigten über den Gegenstand auszuschliessen: er nimmt z. B. die Sache dem Pfandgläubiger weg um eine seines Erachtens notwendige Reparatur auszuführen und sie ihm dann zurückzustellen. Dadurch unnötig ist die Absicht dem Pfandgläubiger einen Vermögensnachtheil zuzufügen⁷⁸⁹.

Uebrigens findet sich in § 289 eine bedauerliche Lücke: nicht jede vorsätzliche Beeinträchtigung des Pfandgläubigers durch vorsätzlich widerrechtliche Wegnahme der von ihm besessenen Pfandsache wird bestraft, sondern nur der leichtere Fall derselben! Wer einem Pfandgläubiger in rechtswidriger Absicht die Pfandsachen wegnimmt, aber nicht zu

⁷⁸⁹ Nicht richtig deutet ein Erk. des O.-A.-G. Jena v. 25. Jan. 1872 (St. I S. 273. 274) die rechtswidrige Absicht des § 289 „als die Absicht sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder dem Anderen Schaden zuzufügen.“ Dagegen Oppenhoff, Komm. zu § 289 n. 9. Nicht klar genug tritt der Vorsatz bei Merkel, Handbuch III S. 836. 837, hervor.

Gunsten des Eigentümers, sondern zu seinen eigenen Gunsten, nemlich um sie für eigene Schuld des Thäters zu Pfand zu geben, bleibt strafflos, weil analogische Anwendung des § 289 untersagt ist, und ausdehnende Auslegung nicht hilft⁷⁹⁰.

III. Nach den bisherigen Ausführungen stellt sich nun die Frage nach dem Vorsatze bei dem Diebstahl un-
gemein einfach. Er ist ein Doppelvorsatz, der sich zusammen-
setzt aus dem Willen bewusst widerrechtlicher Aneignung
einer fremden Sache und bewusst widerrechtlicher Wegnahme
der Sache aus fremdem Besitze: also aus den Vorsätzen bei der
Unterschlagung und der Besitzentwendung⁷⁹¹. Er ist uns
somit in allen seinen Elementen bekannt. Jeder Irrtum, der
einen der beiden Vorsätze aufhebt, hindert die Annahme des
Diebstahls. Dass die Besitzentwendung — welche also in
vollem Umfange unter Strafe steht, soweit sie sich auf Mo-
bilien bezieht und gleichzeitig als Mittel zur Aneignung
dient, — das Mittel zum Angriff wider das Eigentum ab-
geben soll, alterirt den Vorsatz in keiner Weise, sondern
ist nur ein Strafbarkeitsmerkmal um zu markiren, wie weit
die Besitzentwendung in Konkurrenz mit widerrechtlicher

⁷⁹⁰ Wie § 259 keinen einfachen Fall der Besitzentwendung, so ent-
hält § 290 keinen solchen der Gebrauchsentwendung, sondern
eine vorsätzliche Verletzung der dem Pfandleiher obliegenden Verbind-
lichkeiten mittels Anmaassung des Gebrauchs der in Pfand genommenen
Gegenstände. Dass der Pfandleiher nach § 290 ein öffentlicher sein
muss, ist ein besonderes Strafbarkeitsmerkmal, welches mit dem Vor-
satz nichts zu thun hat, ja welches vom Thäter überhaupt nicht gewusst
zu sein braucht.

⁷⁹¹ Richtig hebt Schwarze, Gerichtssaal 1871 S. 441, hervor: »Der
Unterschied zwischen dem Diebstahle und der Unterschlagung berührt
nicht die Aneignungsabsicht; beiden Verbrechen ist sie gemeinsam und
bei beiden gleichartig«. Nicht ganz richtig v. Stemann, a. a. O. S. 4.
Unbegreiflich aber ist, wie Huber, Unterschlagung S. 42, sagen kann:
»Der Unterschied des Diebstahls und der Unterschlagung berührt bekann-
termaassen nicht die Bestimmung des Willens- und Handlungsmomen-
tes.« Vgl. dens. S. 44. Hälschner, System II S. 511. 512, behauptet
doch wenigstens nur: »Rücksichtlich der Willensbestimmung kommt
der Thatbestand der Unterschlagung in jeder Beziehung mit dem des
Diebstahls überein«.

Aneignung unter Strafe gestellt werden soll. Dass der Diebstahl wesentlich Konkurrenz von vollendeter Besiztentwendung und nur versuchter Aneignung ist, bleibt ebenso einflusslos auf den Vorsatz⁷⁹². Dieser würde sich aber sofort ändern, richtiger komplizieren, wenn zum Diebstahl gewinnstüchtige Absicht gefordert würde⁷⁹³, was aber im R.-Str.-G.-B. nicht geschieht.

Für die richtige Auffassung des Verhältnisses von Diebstahl und Unterschlagung ist es unumgänglich zu beachten, dass der Diebstahl Doppeldelikt sein muss, der Urheber der Unterschlagung aber sehr wohl ausser seiner widerrechtlichen Aneignung auch eine widerrechtliche Besiztentwendung begangen haben kann. Nur darf er sie nicht als Mittel der Aneignung vorgenommen haben⁷⁹⁴.

Dieser Diebstahlsvorsatz bleibt auch in allen Fällen des ausgezeichneten Diebstahls der gleiche. Hie und da treten Bewusstseinsmomente als Strafbarkeitsmerkmale neben ihn, wie beispielsweise die Wissenschaft des gottesdienstlichen Ortes, wo, und die Kenntniss der gottesdienstlichen Bestimmung des Gegenstandes, an welchem der Diebstahl begangen wird (§ 243, 1); nur in einem einzigen Falle muss sich ihm m. E. ein eventueller Nötigungs- und vielleicht ausserdem ein eventueller Tödtungs- oder Körperverletzungsvorsatz zugesellen: ich meine beim Diebstahl mit Waffen⁷⁹⁵; sehr

⁷⁹² S. Merkel, im Handbuch III S. 666. — Es ist eben hier nur wie so vielfach das versuchte Delikt zum vollendeten Verbrechen erklärt worden.

⁷⁹³ S. hierüber unten § 70.

⁷⁹⁴ Ganz falsch ist desshalb die Abgränzung, die Huber, Unterschlagung S. 44. 52. 66, vornimmt: bei der Unterschlagung habe keine Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam einer anderen Person stattgefunden; bei ihr sei »der Attentäter zur Inhabung der res aliena berechtigt;« er müsse »den Besitz der Sache rite erlangt haben«. Nicht exakt auch Meyer, Lehrbuch S. 475; dagegen kann man mit Hälschner, System II S. 499, sagen: »Vom Diebst. unterscheidet sich die Unterschlagung wesentlich dadurch, dass die Sache nicht durch eine strafbare Handlung erlangt war.«

⁷⁹⁵ Es ist hier nicht der Ort mich auf die Kontroverse über die Auslegung des § 243, 5 einzulassen. Leugnet man mit Merkel im

häufig wird mit dem Diebstahls-Vorsatze noch ein Vorsatz des Hausfriedensbruchs konkurriren: aber wesentlich ist dessen Vorhandensein nicht einmal beim Diebstahl mit Einbruch oder mit Einsteigen⁷⁹⁶. Liegt aber im Einbruch ein Hausfriedensbruch, so wird dieser auf den Titel des Diebstahls hin mitbestraft⁷⁹⁷.

Einen bestimmten Konkurrenzfall von Diebstahl und Vergewaltigung stellt § 252 an Strafbarkeit dem Raube gleich: er liegt dann vor, wenn Jemand bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen gegen eine Person Gewalt verübt, oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten. Den Vorsatz anlangend unterscheidet sich derselbe in gar nichts von dem Vorsatze beim Raub: er kombinirt sich in beiden Fällen aus dem Vorsatze der Unterschlagung, der Besiztentwendung und der Nötigung, und nur die Art der Kombination unterscheidet Raub und raubähnlichen Diebstahl: beide enthalten ganz dieselben Delikte, nur anders gemischt.

Nun wird aber grade der Diebstahlsvorsatz bei Handhabung der Gesetze leicht verkannt, und diess erklärt sich aus der Entwicklung der Diebstahlsauffassung in Wissenschaft und Praxis unseres Jahrhunderts.

Das grosse Resultat derselben lässt sich kurz dahin bezeichnen, dass die Doppeldeliktsnatur des Diebstahls immer mehr zum Bewusstsein gekommen ist, und dass immer energischer die Konsequenzen dieser Auffassung gezogen werden.

Aber noch stehen wir mitten in dieser Entwicklung drin,

Handbuche III S. 690 ff. die Notwendigkeit dieses Vorsatzes, dann sollte man konsequent auch das Erforderniss der Wissenschaft vom Waffenbesitze aufgeben. Denn wie diese Wissenschaft in Verbindung mit der Absicht von der Waffe unter keiner Bedingung Gebrauch zu machen als Strafschärfungsgrund aufgefasst werden könne, ist mir nicht fasslich.

⁷⁹⁶ Diese Mittel zur Begehung des Diebstahls können auch von Solchen gewählt werden, denen der zu Bestehlende den Eintritt in sein Haus gestattet hat.

⁷⁹⁷ Mit der Feststellung des Vorsatzes bei Unterschlagung und Besiztentwendung ist der Vorsatz auch für die §§ 291 u. 370, 5 festgestellt.

jeden Augenblick in Gefahr das Errungene wieder Preis zu geben und mit dem richtigen Begriffe des Diebstahls und des Diebstahlsvorsatzes in Konflikt zu treten. So lässt sich grade an dieser Stelle klar nachweisen, wie wertvoll es ist die zusammengesetzten Delikte in ihrer Bedeutung zu würdigen.

Drei Fehler sind es, zu denen Wissenschaft wie Praxis von der complicirten Natur derselben leicht verlockt werden:

1. über dem Vorhandensein der Merkmale des einen Deliktes wird der Mangel an Merkmalen des andern übersehen;

2. zu Bestandtheilen des einen Deliktes wird nicht nur der grade diesem Unrecht wesentliche Vorsatz verlangt, sondern auch der zum andern Delikt gehörige Dolus zur Verstärkung zugezogen;

3. Merkmalen desselben Deliktes giebt man im zusammengesetzten Verbrechen eine andere Bedeutung als im einfachen oder umgekehrt.

ad 1. Der Diebstahl hört auf wesentlich Verbrechen gegen das Eigentum zu sein, wenn ein Diebstahl an herrenlosen Sachen⁷⁹⁸ oder aber an der eigenen Sache anerkannt

⁷⁹⁸ In einem Bayr. Straffalle aus jüngster Zeit hebt das Appell.-Gericht das freisprech. erstinstanzl. Urtheil auf und verurtheilt wegen Unterschlagung. In den Entscheidungsgründen heisst es: »die fraglichen Sachen könnten desshalb nicht als herrenlos angesehen werden, weil sie sich im Gewahrsame des Beschuldigten gefunden hätten, und hierdurch deren Aneignung Seitens eines Dritten ausgeschlossen gewesen sei.« Also weil die Sachen besessen sind, sind sie nicht herrenlos! Der ob. Bay. Gerichtshof hob nun seiners. durch Erk. v. 23 Mai 1873 das appellrichterliche Urtheil auf (Samml. III S. 254 ff.). — Weiter wird heutzutage noch ein solcher Diebstahl insofern angenommen, als an der Leiche ins Grab mitgegebenen Wertgegenständen, obschon sie als nicht derelinquirt kaum in einem einzigen Falle gedacht werden können, im Allgemeinen der Diebstahl für möglich erklärt wird. S. Oppenhoff, Komm. zu § 168 n. 2; Schwarze Komm. S. 451; Merkel, Handbuch III S. 633. Hat ja doch das Preuss. Obertribunal verschiedentlich selbst Unterschlagung an einer herrenlosen Sache angenommen, weil der Ausdruck »fremde Sache« nur zu sagen bezwecke: eine dem Unterschlagenden fremde Sache, und es gleichgiltig sei, ob sie sich im Eigentume

wird⁷⁹⁹. Erscheint dann der Diebstahl wesentlich als Besitzesdelikt, so greift die umgekehrte einseitige Auffassung Platz, wenn die Besitzentwendung als irrelevant für den Diebstahl bezeichnet wird.

Es ist bekannt, dass man bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts allgemein den Funddiebstahl als echten Diebstahlsfall ansah, und dass er sich erst sehr allmählich vom Diebstahle gelöst hat. Noch 1826 bemerkt Feuerbach gegen Grolman: »Den Diebstahl an wahrhaft verlorenen Sachen für unmöglich erklären, weil die Apprehension widerrechtlich sein müsse, ist darum ohne Grund, weil der Verlierende zwar Besitz, aber nicht sein Eigentumsrecht verliert⁸⁰⁰«.

Jetzt wird der sog. Funddiebstahl zwar allgemein als Unterschlagung begriffen, allein ein Ueberrest der alten Auffassung macht sich noch öfter bemerkbar. Wenn eine Sache zwar nicht verloren ist, aber von demjenigen, der sie in Aneignungsabsicht ergreift, vielleicht für verloren gehalten worden ist, sieht man wohl in der Praxis die Feststellung, die Sache sei nicht verloren gewesen, als genügend an um wegen Diebstahls zu verurtheilen, ohne irgend wie den Besitzentwendungsdolus genau festzustellen⁸⁰¹.

eines Dritten befinde oder nicht, und weil der auf dem Kirchhof gefundene Schatz sich doch jedenfalls im Gewahrsam des Eigentümers des Kirchhofes befunden habe. Also selbst die Unterschlagung wird zur Besitzentwendung! Vgl. Erk. v. 14. Febr. 1855 in Goltdammer's Archiv III S. 707. 708.; Erk. v. 30. Juni 1866 u. Erk. v. 17. Febr. 1869 (das. XVII S. 299 u. bei O. Rechtspr. X S. 96 ff., VII S. 396. 397). S. dagegen v. Stemann, Unterschlagung u. Untreue S. 14.

⁷⁹⁹ S. bes. Tittmann, Handbuch II S. 326—328, und Martin, Lehrbuch § 140 u. 141. Ein dahin gehendes Urtheil des O.-A.G. Kassel bei Heuser, Bemerkenswerthe Entscheid. IV S. 184. 185. Uebereinstimmend wird hier das *furtum possess.* zum Diebstahle gezogen.

⁸⁰⁰ Lehrbuch 9. Aufl. § 315 n. e. Ueber den interessanten Entwicklungsgang vgl. Dollmann, Entwendung (1834) S. 107 ff.; bes. aber Walther, Funddiebstahl (1848) S. 6 ff.; auch Huber, Unterschlagung S. 79 ff.

⁸⁰¹ S. die Klagen Goltdammer's in s. Archiv VIII S. 564. 565, die sich allerdings mehr auf ungenügend fundirte Verurtheilungen wegen

Derselbe Fehler der Unterschätzung des Angriffes auf den Besitz tritt nur in anderer Gestalt auf, wenn man die Einwilligung des Besitzers in die Wegnahme bei mangelnder Zustimmung des Eigentümers den Diebstahl nicht ausschliessen lässt⁸⁰², was besonders da sehr nahe liegt, wo die Einwilligung seitens des Thäters durch Drohungen hebeigeführt worden ist⁸⁰³.

Vereinigen sich Eigentum und Besitz der Sache bei derselben Persönlichkeit, so kann diese auch sehr wohl ihre Einwilligung zur Besitzentsetzung aber nicht zur Aneignung geben. Diess hat das Pr. O.-Tr. meines Erachtens in seinem Erk. v. 10. April 1874⁸⁰⁴ verkannt. Der wegen Diebstahls Verurtheilte hatte von dem angeblich Bestohlenen eine Quantität Spreu gekauft, und überredete den Arbeiter des Verkäufers, welcher die Spreu zuzumessen hatte, ihm statt der Spreu viel wertvolleren Raps zuzumessen. Dieser gieng im Einverständnisse mit seinem Herrn auf das Ansinnen ein, und der Käufer verlud den Raps auf seinen Wagen, bis man sich seiner selbst bemächtigte. Die Verurtheilung wegen Diebstahls dürfte hier nicht gerechtfertigt sein; denn in die Wegnahme der Sache aus seinem Besitze willigt der Besitzer ausdrücklich ein: es durfte desshalb nur wegen Unterschlagung verurtheilt werden⁸⁰⁵.

ad 2. Missachtet man hier den Mangel der Einwilligung des Besitzers und nimmt trotzdem Diebstahl an, so hat die Besitzentwendung bei diesem Verbrechen öfter das Unglück gehabt in Abhängigkeit von dem Willen des nicht besitzenden Eigentümers zu geraten, derart, als beraube dessen Zustimmung zur Wegnahme der Sache aus fremdem Besitze diese ihres Deliktscharakters.

Unterschlagung beziehen. Gut Wächter, *Rechtalex.* III S. 398 n. 238; Merkel, *Handbuch* III S. 637.

⁸⁰² S. die von Köstlin, *Abhandl.* S. 243 n. 2 citirten.

⁸⁰³ Vgl. darüber des Näheren Merkel, *Handbuch* III S. 642 ff.

⁸⁰⁴ O. XV S. 225.

⁸⁰⁵ Vgl. den ganz analogen Fall aus dem röm. Rechte oben S. 286, in welchem die *actio furti* versagt wird.

Man muss dann wie Köstlin und Hälschner die Forderung aufstellen, die Wegnahme müsse wider Willen des Besitzers und des Eigentümers erfolgen. Willige daher der Eigentümer oder der Inhaber in die Wegnahme, so liege in keinem Falle Diebstahl vor⁸⁰⁶.

Diese Ansicht ist aber evident falsch! Denke man sich, dass der Eigentümer um den Pfandgläubiger zu chikanieren seinen Diener beauftragt diesem das Pfand zu entwenden, dass der Diener daraufhin beschliesst seinen Herrn zu verraten, und sich mit dem entwendeten Wertgegenstande aus dem Staube macht, so ist er widerrechtlicher Aneignung mittels Besiztentwendung schuldig, also nichts anderes als Dieb.

ad 3. Von seltsam widersprechender Auffassung derselben Merkmale der Eigentums-Entwendung bei Unterschlagung einerseits, bei Diebstahl andererseits sind mir zwei Beispiele besonders auffällig gewesen.

Es versteht sich ganz von selbst, dass dieselben fremden Sachen gleich taugliche oder gleich untaugliche Objekte des Deliktes der Eigentumsentwendung, also gleich tauglich zu Unterschlagung wie Diebstahl sein müssen. Allein diese Thatsache wird bezüglich der Fungibilien in Frage gezogen. und Köstlin glaubt in dieser Beziehung wirklich an einen wesentlichen Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung⁸⁰⁷. Allein wenn Niemand bezweifelt, dass ein Diebstahl auch dann vorliegt, wenn der Thäter Fungibilien mit der Absicht der Restitution eines tantundem aus fremdem

⁸⁰⁶ S. Köstlin, Abhandl. S. 242. 243. Ebenso Hälschner, System II S. 427 mit der Bemerkung (N. 1.): »Wunderlicher Weise herrscht in dieser Beziehung noch vielfach Unklarheit, indem man mangelnde Einwilligung des Inhabers oder Eigentümers fordert — oder nur das Wegnehmen wider den Willen des Thäters.« Gut sondert beide Delikte Merkel, Handbuch III S. 646, u. seine Scheidung von Wegnahme u. Zueignung darf Niemandem »als zu subtil erscheinen.« (S. 655). Aber freilich: nicht alle Folgerungen, welche Merkel aus dieser Scheidung ableitet, sind richtig.

⁸⁰⁷ A. a. O. S. 343 n. 5 Hepp — meint Köstlin — ahne von diesem Unterschiede nicht einmal etwas!

Besitze weggenommen und sich angeeignet hat, so steht die Nichtannahme einer Unterschlagung an Fungibilien bei Verbrauch derselben wider des Eigentümers Willen auf Grund der Absicht rechtzeitiger Restitution damit in flagrantem Widerspruche⁸⁰⁸. Denn einer widerrechtlichen Zueignung bedarf die Unterschlagung grade so wie der Diebstahl, und eine nicht verbotene Aneignung kann nicht durch eine widerrechtliche Besitzentwendung zum Eigentumsdelikt werden.

So heischt für beide Verbrechen der Satz Anerkennung, dass auch die vorsätzlich rechtswidrige Aneignung von fremden Fungibilien zur Erfüllung des Thatbestandes des Eigentumsdeliktes ausreichend sei, und dass die Absicht der Restitution für beide Verbrechen gleichmässig zwar den Vorsatz, aber nicht die Widerrechtlichkeit der Aneignung aufzuheben vermöge⁸⁰⁹.

Eine grelle Dissonanz zwischen Unterschlagung und Diebstahl hat endlich Merkel ins geltende Recht zu bringen

⁸⁰⁸ Ich sehe hier natürlich von den Fällen ab, wo nur eine Verbindlichkeit zur Restitution in genere besteht: dann wird derjenige wirklich Eigentümer der Fungibilien, der sie sich »zueignet«, und von Unterschlagung kann keine Rede sein.

⁸⁰⁹ A. M. Köstlin; a. a. O. u. neuerdings theilweise auch Merkel, Handbuch III S. 703—705, vgl. 706, der seltsamer Weise für die Unterschlagung von Fungibilien einen besonderen dolus aufstellt. »Er liegt bei demjenigen vor, der sich bewusst ist, ein Recht auf Zueignung der betr. Stücke nicht zu haben, falls er zugleich zur Zeit der Handlung entweder weiss, dass nach seiner Vermögenslage eine Sicherheit hinsichtlich der Ausführbarkeit einer künftigen Erstattung in genere nicht für ihn besteht, oder die Absicht hat, dem Berechtigten die Stücke ohne Entgelt zu entziehen. Ferner bei demjenigen, dem gegenüber eine die Vertretbarkeit der übergebenen Stücke ausschliessende Willensäusserung erfolgt ist.« Ein solcher Spezial-Dolus ist aber dogmatisch undenkbar! S. dagegen die treff. Bemerkungen Hälschner's, System II S. 512 u. 517 (der freilich zur Unterschlagung überhaupt die Absicht unentgeltlicher Aneignung fordert); ferner die Motive z. Nordd. Entw. § 241 (bei Kortkamp S. 76); Meyer, Lehrbuch S. 478. 479; Huber, Unterschlagung S. 98. S. auch Oppenhoff Komm. zu § 246 n. 7, der aber am Schlusse zu weit geht, und die Präjudizien bei Petzold, Deutsche Strafrechtspraxis § 246 n. 5 (S. 305).

versucht⁸¹⁰. Die Einwilligung des Eigentümers in die Zueignung schliesst auch nach seiner Ansicht bei der Unterschlagung die Rechtswidrigkeit der Eigentumsentwendung selbst dann aus, wenn der Thäter keine Kunde von ihr hat: grade umgekehrt soll es aber beim Diebstahl sein. Nach dem Gesetzeswortlaut »komme es hier lediglich auf die mala fides des Thäters an. Denn er fordere nur eine auf rechtswidrige Zueignung 'gerichtete Absicht. Die Existenz einer solchen werde aber durch die dem Thäter unbekannte Zustimmung des Eigentümers nicht berührt«.

Mit anderen Worten: der Diebstahl hört auf, Eigentumsverbrechen zu sein und ist lediglich eine durch ein schlechtes Motiv verschärfte Besizzentwendung!⁸¹¹

Allein diese Ansicht verkennt nicht nur die systematische Stellung des Diebstahls im heutigen Rechte, sondern sie übersieht auch, dass Absicht ungemein häufig und grade in § 242 lediglich ein Synonymum von Vorsatz ist; sie unterscheidet ferner nicht zwischen vermeintlichem und wirklichem Vorsatz, und steht endlich mit Merckels richtiger Grund auffassung, der Diebstahl sei Konkurrenz von vollendeter Besitz- und versuchter Eigentums-Entwendung, in schneidendem Gegensatz.

So glaube ich gezeigt zu haben, dass Wissenschaft und Praxis mit noch grösserer Energie und noch sorglicherer Vorsicht als bisher die Folgerungen aus der Doppeldeliktsnatur des Diebstahls zu ziehen und zu verwirklichen dringend veranlasst sind. Nam ita lex scripta!

IV. Wie jeder Raub einen Diebstahlsfall, so enthält auch jeder Raubvorsatz einen Diebstahlsvorsatz. Beide Verbrechen unterscheiden sich nur durch das Mittel zur Besitzentwendung. Bei Raub ist diess nemlich die Gewalt, welcher Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

⁸¹⁰ Handbuch III S. 653 vgl. 698.

⁸¹¹ Dieser Auffassung sehr nahe kommt Meyer, Lehrbuch S. 444 n. 2. Aber Merkel's Folgerung lehnt Meyer, a. a. O. 452 n. 5, ausdrücklich ab.

gleichgestellt sind (R.-Str.-G.-B § 249)⁸¹². Es fragt sich nun, ob der diesem Nötigungsbestandtheil des Raubes entsprechende Vorsatz etwas mehr oder etwas anderes ist als der Vorsatz bei dem Gattungsdelikte der Nötigung: nemlich der bewusste Wille Jemanden widerrechtlich zu einer Handlung oder Unterlassung zu zwingen?

Nun ist oben gezeigt worden, wie der Nötigungsvorsatz alle Drohungen mit widerrechtlichen Handlungen zum Zwecke der Nötigung umfasst, also auch Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Dass der Räuber diese Gefährlichkeit seiner Drohungen kennt und somit auch bewusst will, ist allerdings erforderlich: allein es bildet diess nur ein Strafbarkeitsmerkmal, welches zum Nötigungsvorsatze ihn spezialisirend hinzutritt. Und so ist der Vorsatz beim Raube gar nichts anders als eine Kombination von drei Deliktsvorsätzen, die sich mit zwei Strafbarkeitsmerkmalen verbinden, mit der Absichtlichkeit leibes- oder lebensgefährlicher Drohungen und mit dem Willen die Nötigung als Mittel zur Besitzentsetzung und diese wieder als Mittel der Aneignung zu gebrauchen.

Was oben über den Vorsatz bei dem qualificirten Diebstahl gesagt werden musste, gilt grade so bezüglich des Vorsatzes beim qualificirten Raube.

§ 70. 6. Zum Vorsatze bei Erpressung und Betrug⁸¹³.

Erpressung und Betrug unterscheiden sich von Unterschlagung, Diebstahl und Raub im heutigen Rechte dadurch,

⁸¹² Der Wortlaut des Raub-Paragraphen würde es ermöglichen auch denjenigen mit der Raubstrafe zu belegen, der seinen auf den Diebstahl mitgenommenen Gesellen auf dessen Erklärung nicht mehr mit ihm zu wollen gefährlich bedroht, um ihn zur Fortsetzung des Diebstahls zu nötigen. Allein dem Sinne des Gesetzes wird nur diejenige Auslegung gerecht, welche die verlangte Nötigung als Mittel zur Ueberwindung des dem Räuber entgegentretenden persönlichen Widerstandes auffasst, wenn es auch durchaus genügend erscheint, dass die Frau bedroht wird um den widerstehenden Mann einzuschüchtern.

⁸¹³ Die folg. Ausführungen sollen nur dazu dienen meine Auffassung über das Verhältniss dieser Vorsätze unter sich und zu dem des

dass sie wesentlich Bereicherungsverbrechen sind, während der Unterschlagende, der Dieb und der Räuber zwar regelmässig auf Bereicherung ausgehen, diess aber für ihre Beurtheilung nur als Strafzumessungsgrund ins Gewicht fällt. Die dem Raube subsidiäre Erpressung und der Betrug unterscheiden sich von einander wesentlich durch das Mittel, welches den rechtswidrigen Vermögensvorteil herbeiführen soll: beim Betrug ist es täuschende List, und wenn diese sich gegen den zu Benachtheiligenden selbst richtet, die erschlichene und deshalb nur formell vorhandene Einwilligung des Benachtheiligten zu seiner Selbstbeschädigung: bei der Erpressung die Erregung einer Furcht, welcher die Duldung oder Selbstbewirkung der Vermögensbenachtheiligung als das kleinere Uebel erscheint.

Den Vorsätzen beider Verbrechen ist nun ein Theil gemeinsam: »die Absicht sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen«, welche ungewein häufig sich auch mit dem Diebstahls- und dem Raub-Vorsatze verbindet, ohne jedoch als deren wesentlicher Bestandtheil zu erscheinen. Das Recht verbietet nemlich sich einen Vermögensvorteil, auf den man keinen Rechtsanspruch hat, durch Benachtheiligung einer Person, zu der man kein Recht hat, zu verschaffen⁸¹⁴. Nicht das deliktische Mittel bewirkt die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteiles: sonst würde die Befriedigung einer Forderung durch widerrechtlichen Verkauf von Sachen des Schuldners einen solchen rechtswidrigen Vorthail in sich schliessen. Vielmehr verhält sich die Sache grade umgekehrt: die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils macht jedes Mittel zu einem verbotenen, wodurch er bewirkt werden soll! Auch nicht die Thatsache,

Raubes zu präcisiren, und die Ausdehnung des Nötigungsbegriffes bei der Erpressung durch Zuziehung der Analogie des Betruges zu erklären.

⁸¹⁴ Vgl. darüber bes. Merkel, Krim. Abhandl. II S. 95 ff.; ders. in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 731—733; 772—773; u. oben Bd. I S. 119—121. Es ist ein grosses zu wenig anerkanntes Verdienst von Merkel die Bereicherungsabsicht über das Niveau eines blossen Motives hinaus gehoben und das Verständniss für Bereicherungsverbre-

dass man auf einen Vortheil kein Recht hat, lässt ihn als einen verbotenen erscheinen, obgleich allgemein der rechtswidrige Vermögensvortheil als ein solcher gefasst wird, den zu beanspruchen man kein Recht hat⁸¹⁵. Der Kaufmann übt kein »Recht zum Profitiren« aus, wenn er theurer verkauft als er eingekauft hat und doch ist sein Profit kein rechtswidriger Vermögensvortheil. Wer bei freier Jagd ein Stück Wild okkupirt, wird mit rechtlicher Billigung Eigentümer desselben, ohne dass er irgend ein subjektives Recht auf Erlangung dieses Vermögensvortheils gehabt hätte. Ohne das Recht und wider das Recht sind wesentlich verschieden⁸¹⁶. Auch nicht die Thatsache, dass der Vortheil auf Kosten eines Andern erlangt wird, macht ihn zu einem rechtswidrigen: sonst würde jeder Kaufkontrakt zum Nachtheil des Verkäufers den Käufer ins Unrecht setzen. Aber einen Vermögensvortheil erlangen ohne Recht und zugleich auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage eines Andern — diess muss das Gesetz verbieten, wenn es nicht dem Betrüge und der Erpressung Thür und Thor öffnen will⁸¹⁷.

Wie nicht die Beschädigung fremden Eigentumes, sondern erschlossen zu haben. Nur schade, dass M. im Handbuch III S. 621 auch Diebstahl und Unterschlagung mit Erpressung und Betrug auf eine Linie stellt!

⁸¹⁵ In s. Erk. v. 13. Mai 1872 (O. XIII S. 302. 303) geht das Pr. O.-Tr. soweit, die Absicht der Erlangung eines rechtswidr. Vermögensvortheiles nur durch einen »bereits unzweifelhaft festgestellten Anspruch der Person gegenüber, gegen welche die angebl. Betrugs-handlungen gerichtet sind,« widerlegen zu lassen.

⁸¹⁶ Vgl. auch oben S. 459 N. 701. S. auch Merkel, Handbuch III S. 731 ff.; Villnow, Raub und Erpressung S. 49. Ohne jedes Verständniss für das in Rede stehende Requisit Gryziecki, Studien über den strafb. Betrug S. 139 ff. Unrichtig m. E. auch Meyer, Lehrbuch S. 499, n. 5

⁸¹⁷ Eine formal. Betrachtungsweise (s. oben N. 725) kann auch hier leicht zu falsch. Verurtheilungen führen. Erpressung fehlt m. E., wenn Jemand eine ihm durch Meineid abgeschworene Summe von dem bereicherten Meineidigen durch Drohung mit Denunciation wegen Meineides zurückerhalten will. A. M. Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 4. April 1876 (O. XVII S. 248 ff.).

dem die widerrechtliche Aneignung fremder Sachen das Eigentumsdelikt schlechthin ist, so ist auch nicht die Beschädigung fremden Vermögens, sondern die rechtlose Bereicherung auf Kosten eines solchen das Vermögensdelikt schlechthin.

Der jenem Verbote entsprechende Vorsatz umfasst ein doppeltes Moment bewussten Willens: die Absicht sich einen Vermögens-Vorthail zu verschaffen, auf den kein Rechtsanspruch besteht, und die Absicht sich diesen Vorthail auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögens-Lage eines Andern und desshalb verbotenerweise zu verschaffen.

Dieses vorsätzliche Delikt ist der grosse Rahmen, worin sowohl die Erpressung als der Betrug eingezeichnet gesehen werden müssen. sollen beide in ihrem Verhältnisse zu einander und soll insbesondere das Verhältniss von Erpressung zu Raub und Nötigung richtig erkannt werden.

Da jedes Verbot einen Erfolg zu bewirken auch die Mittel zu verbotenen stempelt, welche zu seiner Herbeiführung dienen sollen, so kann die Uebertretung stets auf zwei Weisen erfolgen: entweder durch die Anwendung von Mitteln, welche schon isolirt betrachtet ein Delikt enthalten, oder durch andere Mittel, welche isolirt betrachtet vielleicht höchst harmlos, jedenfalls nicht rechtswidrig nur im Dienste des verbrecherischen Willens zu widerrechtlichen werden. Im ersten Fall kommt es stets zur Konkurrenz von Delikten (durchaus nicht notwendig von Verbrechen!; im zweiten nur zu einem einzigen Delikt.

Der Betrug ist wesentlich Deliktseinheit⁸¹⁵, die Erpressung nicht in allen aber in ihren meisten Fällen wesentlich Deliktsmehrheit.

Wie nun der Raub an der jungfräulichen Ehre nur entweder gegen des Mädchens Willen oder ohne denselben vorgenommen werden kann, so kann auch der rechtswidrige Vermögensvorthail nur wider oder ohne den Willen des Be-

⁸¹⁵ Womit selbstverständlich nicht ausgeschlossen ist, dass er etwa durch Urkundenfälschung oder Abgabe falschen Zeugnisses begangen werden kann. Dann tritt zu ihm noch ein zweites Delikt hinzu.

nachtheiligten erlangt werden. Echte Einwilligung des Verlierenden, d. h. die bewusste Zustimmung, dass sich der Gewinnende ohne Rechtsgrund auf seine des Verlierenden Kosten bereichere, unterscheidet sich fundamental von der scheinbaren Zustimmung des Betrogenen: denn jene involvirt eine Veräusserung und wird somit zum rechtlichen Fundamente der gewonnenen Bereicherung.

Erpressung und Betrug umfassen nun keineswegs das ganze Gebiet der Bereicherungsdelikte, soweit sie nicht auf den Titel von Diebstahl, Raub und Hehlerei laufen. Der Schuldner z. B., der dem Gläubiger heimlich die Schuld-scheine zerstört, welche allein zur Einforderung der Schuld berechtigen, der Wilddieb, der ein fremdes Jagdrecht schädigt, ist weder der Erpressung noch des Betruges schuldig. Beide Verbrechen sind also nur hervorgehobene Unterarten des Deliktes der widerrechtlichen Bereicherung ohne diess zu erschöpfen, und es begreift die Erpressung wesentlich die Bereicherung wider Willen des Benachtheiligten, der Betrug einen Hauptfall der Bereicherung ohne Willen desselben.

Es dürften die bisherigen Ausführungen in den Stand setzen manches Auffallende bei der Schuldseite beider Verbrechen zu erklären.

Bei der Erpressung ist die Schuld bald eine einfache, bald eine zusammengesetzte. Die letztere besteht aus dem Vorsatze widerrechtlicher Bereicherung, welche sich mit dem Vorsatze zu unterschlagen oder zu stehlen verbinden kann, und dem Deliktvorsatze der Nötigung, d. h. dem Vorsatze. Jemanden durch physische Gewalt oder Bedrohung mit verbotenen Handlungen zu einem Begehen oder Unterlassen zu zwingen⁸¹⁹. Nun kann ja aber die Erpressung auch durch Androhung von rechtmässigen und rechtlich irrelevanten Handlungen begangen werden. Ganz unrichtig wäre aus dieser Erstreckung des Nötigungsbegriffes bei der Erpressung schlies-

⁸¹⁹ Diese Fälle der Erpressung theilen mit denen des gewinnsüchtigen Raubes ganz den gleichen Vorsatz. S. auch Villnow, Raub und Erpressung, Begünst. und Hehlerei (1875) S. 43. 44.

sen zu wollen, dass jede Beschränkung der Freiheit der Willensbethätigung durch Drohungen irgend welcher Art als solche untersagt wäre, und dass das Nötigungsdelikt so weit auszudehnen sei als die Nötigung bei der Erpressung gehe. Ein solcher Schutz der subjektiven Willkür auch gegen die Drohungen der Vernunft wäre ebenso ungreiflich als unerträglich! Die Nötigung, soweit sie nicht als solche verboten ist, wird bei der Erpressung nur widerrechtlich als Mittel zur widerrechtlichen Bereicherung. Sie bewirkt, dass letztere stattfindet zwar nicht gegen den Willen des Geschädigten, aber auch nicht mit ihm, sondern ohne ihn. Wenn also die Erpressung durch solche an sich weder verbotene noch erlaubte Drohung begangen wird und sie besteht nicht zufällig zugleich aus Unterschlagung oder Diebstahl, so liegt nur ein einfacher Bereicherungsvorsatz vor. Und der Umstand, dass der Thäter seine Bereicherung erlangen will mittels Einschüchterung durch Drohungen bildet wieder lediglich ein selbständiges Strafbarkeitsmerkmal.

Dieser letzten Erpressungsform ist nun der Betrug nahe verwandt! Wie bei ihr die Drohung, so wird bei ihm die List nur rechtswidrig als Mittel zur Bereicherung. Das seltsame Monstrum des Rechtes auf Wahrheit — ein echtes Gegenstück zu dem hysterischen Rechte nie und nimmer durch Drohungen behelligt zu werden — ist glücklicherweise zu Grabe gegangen. Die absichtliche Täuschung beim Betrüge stellt sich mit Nichten als selbständiges Delikt dar; die Wahl grade dieses Mittels aber ist ein hier wie so oft zum wesentlichen Verbrechensmerkmal erhobenes Strafmoment. Die Anwendung der List führt zwar auch hier, wie die Drohung bei der Erpressung, regelmässig zu einer freiwilligen Bereicherung des Betrügers durch den Getäuschten: allein diese geschieht unter Voraussetzungen, deren Kenntniss den Getäuschten zu ihrer Unterlassung bewogen haben würde, sie geschieht also in Wahrheit ohne die Zustimmung des Betrogenen.

§ 71. 7. *Der Vorsatz bei Begünstigung und Hehlerei.*

Wenn ich hier nochmals auf den Vorsatz bei Begünstigung und Hehlerei zurückkomme⁸²⁰, so geschieht es, weil ich glaube, dass sich aus der Betrachtung der vorsätzlichen Delikte, aus welchen jene Verbrechen geformt sind, nicht unwichtige Resultate zum besseren Verständnisse dieser Letzteren gewinnen lassen.

I. Die Norm, auf welcher die echte Begünstigung basiert, verbietet die Vereitelung von Strafansprüchen des Staates. Vorsätzliche Uebertretung dieses Verbotes setzt Wissenschaft, dass der Thäter sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe und dass seine Strafbarkeit noch nicht erloschen sei, voraus⁸²¹.

Ganz gleichgiltig ist, ob der Begünstiger die Handlung, welche die Quelle des Strafanspruchs bildet, speziell oder generell oder gar nicht kennt, sofern er nur weiss, dass der Begünstigte Urheber oder Theilnehmer an einem Verbrechen ist. Hält er den staatlichen Strafanspruch, den zu vereiteln er bemüht ist, für bedeutender oder für geringer als in Wirklichkeit zutrifft, so berührt diess seinen Vorsatz in keiner Weise, ebensowenig wie die falsche Vorstellung vom Umfange der zu bewirkenden Körperverletzung auf deren Vorsatz Einfluss übt. Und wenn der Begünstiger glaubt einem Vatermörder wegzuhelfen, während der Begünstigte nur ein Paar Häringe gestohlen hat, oder umgekehrt, so mag dieser sein Intensitätsirrtum bei der Strafzumessung in Betracht kommen, sein Dolus aber bleibt unberührt. Alle staatlichen Strafansprüche unterscheiden sich von einander nur durch ihren Umfang: diesen genau voraus zu berechnen ist dem Begünstiger meist unmöglich, stets nutzlos: denn auch den

⁸²⁰ Vgl. oben S. 468 N. 690. S. auch meine Kritik des Nordd. E. S. 105 ff.

⁸²¹ Sehr energisch hebt diess Erforderniss auch für das Verbrechen der Begünstigung Geyer, Gerichtssaal 1975 S. 310, hervor.

kleinsten Strafanspruch, den der Staat erworben hat, will er nicht vereitelt sehen⁸²².

Das Gesetz § 257¹ straft aber wieder nur die Begünstigung von Verbrechen und Vergehen. Schützt den Begünstiger nun etwa sein Glaube, die strafbare That des unterstützten Delinquenten sei eine Uebertretung, während sie ein Vergehen ist, vor Strafe? Wäre diess der Fall, dann müsste zu dem Vorsatze des Deliktes der Begünstigung noch das Strafbarkeitsmerkmal hinzutreten, dass der Begünstiger wenigstens einigermaßen die Quantität des Strafanspruchs kenne, den zu vereiteln er sich anschickt, und der Umstand, dass er sich in der komplizirten Eintheilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und in dem Ausmass der Strafen für das einzelne Delikt nicht ausfände, mit andern Worten, dass er kein ausgebildeter Kriminalist wäre, würde für ihn ein Strafausschliessungsgrund trotz seiner vorsätzlichen Begünstigung. Ein Strafgesetz, welches diese Ansicht zu Grunde legte, wäre nur in einem Kriminalistenstaate nicht sinnlos⁸²³.

Nichtsdestoweniger findet die entgegengesetzte Ansicht, dass der Begünstiger die That des Unterstützten als Verbrechen oder Vergehen erkennen müsse, weit zahlreichere Vertheidiger, sei's nun, dass man dem Irrthume, es werde nur eine Uebertretung begünstigt, eine den Vorsatz tilgende Wirksamkeit beilegt⁸²⁴, sei's dass man wenigstens den erro-

⁸²² Geradezu unbegreiflich Villnow, Raub und Erpressung, Begünst. und Hehlerei S. 85, der meint, wenn Jemand einen Mörder, vor dem er aber annimmt, er habe nur einen Familiendiebstahl begangen, begünstigt, so er habe strafflos zu bleiben: »denn eine culpose Begünstigung giebt es nicht, und dolos hat er einen Mörder nicht begünstigen wollen.« Diese vagen Analogieen mit der Gehülfschaft zeigen, wie wenig der Verfasser die Bedeutung der Begünstigung erfasst hat.

⁸²³ S. den guten Nachweis in der gediegenen Abhandlung v. Meves, in v. Holtzendorff's Strafrechtszeitung 1873 S. 504—507.

⁸²⁴ Rüdorff, Komm. zu § 257 n. 3; Schwarze, Komm. S. 646 vgl. dens. Gerichtssaal 1872 S. 380; Merkel, Handbuch III S. 741 (der sich übrigens ebenso wie Rüdorff a. a. O. mit Unrecht auf Hälschner, System II S. 557 beruft, denn Hälschner sagt sehr

facti dieses Inhaltes solchergestalt privilegiert²⁵, sei's, was wesentlich auf dasselbe hinauskommt, dass man fordert, es müsse sich der Begünstiger die Handlung des Begünstigten in denjenigen Merkmalen vorstellen, mit welchen sie der Gesetzgeber als Verbrechen- oder Vergehenshandlung charakterisire²⁶.

Die beiden letzten Ansichten dürften gleich wenig haltbar sein: ihr Ausgangspunkt, dass sich der Begünstiger die That dessen, den er unterstützt, detaillirt vorstellen müsse, ist falsch. Sollen alle Begünstiger, die nur wissen, sie helfen einem Verbrecher davon, aber nicht wissen, was er begangen hat, straflos bleiben? Welchen Wert hat denn überhaupt alle Kenntniss von dieser That für den Begünstiger? Lediglich den des Materials einer Schlussfolgerung, der Folgerung nämlich von dem Entstandensein eines staatlichen Strafrechts; kennt er aber Letzteres schon, so ist ihm jener Stoff völlig uninteressant.

Ferner lassen diese Ansichten im Dunkeln, wie es dann verhalten werden soll, wenn der Begünstigte eine Handlung begangen hat, die zugleich Vergehen und Uebertretung ist: stellt sich der Begünstiger solche richtig vor, so stände ihm offenbar immer die Entschuldigung zur Seite, seine Vorstellung sei auch auf eine Uebertretung gerichtet gewesen, und in dubiis benigniora!

Zur Vertheidigung der ersten Ansicht aber, dass der Begünstiger die Handlung des Begünstigten unter das Genus Verbrechen oder Vergehen subsumirt haben müsse, finde ich selbst bei sorgfältigster Umschau nicht einen einzigen Grund.

treffend: der Begünstiger muss mit dem Bewusstsein handeln dem Begünstigten in Betreff einer von ihm verübten strafbaren Handlung Beistand zu leisten, während es nicht für den Thatbestand, sondern nur für die Strafzumessung von Bedeutung ist, ob der Begünstiger die näheren Umstände der That des Begünstigten und damit das Maass seiner Schuld oder Strafbarkeit gekannt hat; Villnow a. a. O. S. 54 ff.

²⁵ Schütze, Lehrbuch S. 163 n. 6.

²⁶ So fasse ich Oppenhoff, Komm. zu § 257 n. 4, und Geyer, Gerichtssaal 1875 S. 310. 311.

Selbst der Wortlaut des § 257 stimmt besser zu der gegenwärtigen Anschauung! Und wolle man sich doch darüber nicht den geringsten Illusionen hingeben, dass die mysteriöse Dreitheilung der strafbaren Handlungen für das Volk eine Todgeburt ist, und die Forderung, grade das Volk solle Delikte Begriffen unterstellen, die es nicht kennt, oder jedenfalls nicht versteht, sich selbst ad absurdum führt.

Es bleibt somit gar nichts Anderes übrig als anzunehmen, dass die Hervorhebung der »Verbrechen und Vergehen« nur für den Staat und nicht für den Delinquenten geschehen ist: der Staat glaubt trotz des Vorsatzes des Thäters auf die Strafe verzichten zu können, wenn lediglich eine Uebertretung Gegenstand der Begünstigung war⁸²⁷, keineswegs aber will er auf die Strafe verzichten, wenn der Thäter das begünstigte Vergehen für eine Uebertretung ansah⁸²⁸. So ist der Vorsatz beim Vergehen der echten Begünstigung wieder der reine Deliktsvorsatz.

Eine eigentümliche Schwierigkeit entsteht nun hinsichtlich der Begünstigung von Antragsverbrechen⁸²⁹. Die Begünstigung als solche ist nie Antragsvergehen: hat sich aber der Begünstigte eines solchen schuldig gemacht, so ist zu unterscheiden:

1. der Beistand wird geleistet, nachdem die Antragsfrist unbenutzt verstrichen oder jenes Vergehen verjährt, also ohne dass ein staatlicher Strafanspruch entstanden ist. Grade deshalb kann von Begünstigung keine Rede sein:

2. der Beistand wird geleistet, nachdem der Antrag

⁸²⁷ Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, dass die Begünstigung auch dann strafbar ist, wenn eine Uebertretung auf Grund des Rückfalls zum Vergehen wird. Richtig Oppenhoff, Komm. zu § 259 n. 4 gegen Merkel Handbuch III S. 739.

⁸²⁸ Ganz analog verhält es sich in den §§ 43 (Versuch) und § 49 (Gehülfschaft: auch hier sind die Thäter strafbar, wenn sie glaubten nur eine Uebertretung zu versuchen oder zu unterstützen.

⁸²⁹ Ich berühre diesen Punkt lediglich um der Verschiedenheit des Vorsatzes bei der echten und bei der unechten Begünstigung willen und verzichte deshalb auf jede Polemik. Ueber die wichtigste kontroverse Frage s. oben S. 468 n. 660.

gestellt ist; dann liegt Begünstigung vor; und selbst wenn der Antrag nachher zurückgenommen wird, könnte ein Rigorist an der Begünstigung festhalten wollen; allein wenn der Staat seinen Strafanspruch unbegreiflicher Weise so gering taxirt, dass er es vom Belieben des Antragstellers abhängen lässt, ob dieser ihn zerstören will oder nicht, so wäre es inkonsequent diesem ein Recht der Zerstörung zu geben, und wenn er davon Gebrauch gemacht, einen Andern dafür verantwortlich machen zu wollen, dass er versucht habe das auf kurze Zeit entstandene staatliche Strafrecht illusorisch zu machen (R.-Str.-G.-B. § 64);

3. der Beistand wird geleistet, bevor der Antrag gestellt, also bevor die Handlung des Begünstigten strafbar geworden ist. Hier könnte man leicht an ein Wahnverbrechen denken, wenn der Begünstiger die That des Unterstützten als ein Antragsverbrechen nicht kennt. Allein mit Unrecht! Denn der Begünstiger leiht ja dem Thäter seinen Beistand in Voraussicht seiner Verfolgung, also — auch wenn er diess nicht weiss — grade auch für den Fall, dass der Antrag gestellt wird. Und bleibt dieser nicht aus und wird nicht zurückgenommen, so hat es dem Begünstiger am nötigen Vorsatze nicht gefehlt.

Am interessantesten aber ist die Frage, ob Begünstigung oder nicht, wenn der den Delinquenten Unterstützende weiss, dass dieser ein Antragsverbrechen verübt hat, und er nun die Antragstellung hintertreibt. Thut er diess durch Bitten oder Ueberredung des Antragsberechtigten, so fällt Begünstigung weg: denn der Staat will grade den Antragsberechtigten in die Lage setzen solche Bitten und Bestürmungen in Betracht ziehen zu können. Wenn aber der Antragsberechtigte durch Gewalt gehindert oder durch List bis zum Ende der Antragsfrist hingehalten wird, so nehme ich allerdings Begünstigung an: denn der Thäter bringt hier den Staat wider dessen Willen um ein Strafrecht. Es dehnt sich also grade bei den Antragsverbrechen die Begünstigung über den Versuch der Vereitelung entstandener Strafrechte des

Staates hinaus, und umfasst auch die vorsätzlich widerrechtliche Hinderung der Entstehung solcher.

Einen vollständig anderen Inhalt hat der Vorsatz der unechten Begünstigung, welche auch dann noch möglich ist, wenn der Verbrecher seine Strafe voll verbüsst hat, welche somit als ein Verbrechen gegen den Staat nicht aufgefasst werden darf, und welche das verbotene Mittel zur echten Begünstigung abgeben kann. Hier handelt es sich rein um ein Vermögensverbrechen. Die widerrechtliche Bereicherung des Delinquenten soll gefestigt werden. Diese Widerrechtlichkeit der erlangten Vorthelle ist aber völlig unabhängig davon, ob das Delikt, dessen Resultate sie sind, straffällig ist oder nicht. Die unechte Begünstigung ist also keineswegs von der Strafbarkeit des Begünstigten abhängig. Dass diese richtige Auffassung des Deliktes der unechten Begünstigung auch vom Reichsstrafgesetzbuche für das Vergehen derselben anerkannt ist, ergeben unwidersprechlich die §§ 247 und 289, die eine strafbare (unechte) Begünstigung straffloser Diebstähle, Unterschlagungen und Besiztentwendungen kennen ⁸³⁰.

Wenn § 247 darüber keinen Zweifel lässt, dass auch der eine unechte Begünstigung begehen kann, welcher die Straflosigkeit des Diebstahls begangen von Ascendenten an Descendenten kennt, so ist damit auch für § 257 der Beweis erbracht, dass der unechte Begünstiger jedenfalls von dem Maasse der Strafbarkeit der Handlung, durch welche die Vorthelle erlangt worden sind, keine Kenntniss zu haben braucht, dass also sein Irrtum, diese Handlung sei eine

⁸³⁰ Daraus erhellt, wie § 257 inkorrekt ist, wenn er nur die unechte Begünstigung von Vergehen und Verbrechen bedroht. Die Eintheilung des § 1 bezieht sich nur auf strafbare, nicht auf straflose Delikte. Die Worte Verbrechen und Vergehen in § 257 haben also einen ganz andern Sinn für die echte als für die unechte Begünstigung! Bezüglich der letzteren bezeichnen sie Handlungen, welche Verbrechen oder Vergehen entweder sind oder sein würden, wenn nicht irgend ein Strafausschliessungsgrund für sie vorläge. Diess sind die Folgen, wenn man die heterogensten Dinge wie echte und unechte Begünstigung in einen Mischthatbestand vereinigt!

Uebertretung, nicht nur den Vorsatz vollständig intakt lässt, sondern selbst nicht einmal ein zur Bestrafung nötiges Strafbarkeitsmerkmal beseitigt.

Der Vorsatz der unechten Begünstigung besteht also in dem bewussten Willen verbotenerweise dem Delinquenten seine durch das straflose oder strafbare Delikt gewonnenen widerrechtlichen Vermögensvorteile zu sichern ⁸³¹.

Der Qualifikationsgrund bei der echten wie bei der unechten Begünstigung, dass der Thäter den Beistand seines Vorteils wegen leistet, kann einen doppelten Inhalt haben ⁸³²: entweder es handelt sich nur um das gemeine Motiv, also um ein Strafbarkeitsmerkmal, welches nicht in einem selbstständigen Vorsatze besteht, so wenn der Begünstiger gegen Lohn oder gegen Schulderlass begünstigt, in welchem Falle der Vermögensvorteil kein rechtswidriger ist, oder aber der Begünstiger hat den Vorsatz das Delikt der widerrechtlichen Bereicherung zu begehen ⁸³³.

Eine seltsam widerspruchsvolle Satzung enthält § 258, der aus einigen Fällen echter und unechter qualificirter Begünstigungen die »Hehlerei« schafft. Dass die echte Begünstigung eines Mordes und eines Hochverrates milder zu strafen sein soll als die eines schweren Diebstahls, könnte Wunder nehmen, wenn nicht offenbar ein polizeilicher Gesichtspunkt zur qualificirten Strafdrohung des § 258 den Anlass gäbe: die Wahrnehmung, dass die gewinnstüchtige Begünstigung von Dieben und Räubern die Begehung von Diebstahl und Raub indirekt sehr zu befördern pflegt. Daraus allein lässt sich auch mit einiger Sicherheit der sonst unge-

⁸³¹ Während sich bei der echten Begünstigung wenigstens Einiges für die Straflosigkeit der Uebertretungsbegünstigung sagen lässt, so stehen die Satzung des § 247 und die Beschränkung der unechten Begünstigung auf Verbrechen und Vergehen in schneidendem Widerspruche.

⁸³² Ich stimme Merkel, Handbuch III S. 742, vollständig bei, dass hier nur an einen materiellen Gewinn, an, sei's mittelbare sei's unmittelbare Vermögensvorteile gedacht werden darf, obgleich allgemein das Gegentheil angenommen wird. Ein rechtswidriger Vorteil wird aber allerdings nicht gefordert. Nicht ganz richtig Bd. I S. 120.

⁸³³ Vgl. oben § 70.

rechtfertigte Schluss ziehen, dass § 258 seine Strafen nur für denjenigen bestimmt hat, der weiss, dass er grade einen einfachen Diebstahl resp. eine Unterschlagung, oder einen schweren Diebstahl resp. ein Raub begünstigt: grade diese Wissenschaft bildet nach § 258 ein eigentümliches Strafbarkeitsmerkmal, welches noch neben dem Begünstigungsvorsatz richtiger neben jedem der beiden Begünstigungsvorsätze vorhanden sein muss. Hält der Begünstiger die räuberische That des Begünstigten für einfachen Diebstahl, so kann nur nach § 258, 1, hält er den Diebstahl für einen Mundraub. so kann er nur nach § 257 zur Verantwortung gezogen werden.

II. Wende ich mich jetzt zur Untersuchung des Vorsatzes bei der sog. Sachenhehlerei (§ 259⁸³⁴), so versteht sich für mich zunächst von selbst, dass dem Text des Gesetzes stillschweigend die Worte »ohne Begünstigungsabsicht« hinzu zu denken sind. Einen Theil des Thatbestandes des § 257 hier nochmals unter Strafe zu stellen wäre nicht nur überflüssig, sondern unerklärlich. Die Handlung des § 259 darf also nicht geschehen um den Verbrecher der Strafe zu entziehen oder ihm die Vortheile seiner That zu sichern⁸³⁵.

Ausdehnend wird man aber das Gesetz insofern interpretiren müssen, als es wieder nicht auf die »Strafbarkeit« der »strafbaren Handlung«, durch welche die Sachen erlangt sind, sondern nur auf ihre Widerrechtlichkeit ankommt, so dass also die Annahme, die Gegenstände seien durch einen straflosen Diebstahl erlangt, den Vorsatz unberührt lässt. Desshalb ist es auch durchaus gleichgiltig, ob wirklich der Urheber jener Handlung strafrechtlich verfolgt werden kann oder ob ihm ein Strafausschliessungsgrund zur Seite steht, ob er ein Antragsvergehen begangen hat und der Antrag

⁸³⁴ Ueber den Gegensatz von »müssen« und »annehmen müssen« s. unten § 75.

⁸³⁵ Die seltsamen Vorstellungen von der Möglichkeit einer Konkurrenz der Thatbestände der §§ 259 u. 257 mögen hier auf sich beruhen bleiben. Einen kleinen Beitrag zu ihrer Kritik liefert der Nachweis von der Identität des Vorsatzes bei der Hehlerei und der unechten Begünstigung.

unterblieben ist⁸³⁶, oder ob seine That ein Officialverbrechen darstellt. Als *conditio sine qua non* für die Hehlerei erscheint aber, dass der Urheber des Erwerbes der Sachen deliktsfähig war. Seine Jugend⁸³⁷, sein Wausinn machen es unmöglich, dass sich an seine That eine Hehlerei anschliesst. Wohl aber kann der anscheinende Hehler Urheber einer selbstständigen Unterschlagung werden, indem er sich wissentlich fremde Sachen aneignet, und diese Unterschlagung kann dann sehr wohl zum Ausgangspunkte für eine weitere Hehlerei dienen.

Der Vorsatz der echten Hehlerei hat nun in allen Fällen derselben einen festen Bestandtheil: stets geht der Wille dahin die durch eine »strafbare Handlung« geschaffene widerrechtliche Vermögenslage zu festigen oder zu verlängern.

Diese Vermögenslage, welche durch das der Hehlerei zum Stützpunkt dienende Delikt geschaffen sein muss, besteht darin, dass Sachen, die von Rechtswegen fremder Disposition unterstehen, dieser widerrechtlich entzogen werden, und zwar nicht auf dem Wege der Zerstörung, sondern durch Schaffung einer vom Rechte missbilligten Dispositionsgewalt⁸³⁸. Letztere will der Hehler aufrechterhalten in ihrem Widerspruch gegen die Gewalt des zur Sache Berechtigten. Desshalb ist Hehlerei unmöglich anzunehmen:

⁸³⁶ S. Erk. d. Pr. O.-Tr. v. 13. März 1874 (O. XV S. 151); Erk. des Bay. ob. Gerichtshofes v. 19. April 1875 (Samml. V S. 148 ff.; auch bei St. V S. 98. 99).

⁸³⁷ S. das treff. Erk. des Württemberg. Kassationshofes vom 29. Dez. 1875 (Württ. Gerichtsblatt XI S. 305. 306), während in der Preuss. Praxis das Pr. O.-Tr. mehrfach festgestellt hat, die Jugend beseitige nicht die Zurechnungsfähigkeit, sondern nur die Strafbarkeit. Erk. d. O.-Tr. v. 3. Mai 1872 (O. XIII S. 293; auch bei St. I S. 327. u. 328) und v. 2. Mai 1873 (O. XIV S. 332 ff.).

⁸³⁸ Gerade deshalb liegt kein Grund vor Hehlerei nicht anzunehmen, wenn der Thäter die durch eine Besitzentwendung (§ 289) des Eigentümers geschaffene Vermögenslage durch Verheimlichung der Pfandobjekte perpetuirt (s. unten Note 843), und wenn der Thäter wissentlich durch Verbrechen erlangte Gegenstände zum Geschenk nimmt. Zweifelhafte Schwarze, Komm. S. 654.

1. wenn Jemand die durch ein Verbrechen erlangten Sachen zerstört. Grade desshalb und desshalb allein ist das Mitverzehren der Früchte der That als solches keine Hehlerei³⁹, möglicherweise ist ihm aber eine Hehlerei durch Verheimlichen vorangegangen:

2. wenn Jemand Theil nimmt an dem Erlöse aus dem Verkauf oder der Vertauschung der durch das Verbrechen erlangten Gegenstände. Denn dann ist der Käufer oder der Tauschnehmer möglicher Weise Fortsetzer der widerrechtlichen Vermögenslage, nicht aber der angebliche Hehler: denn über das Geld oder das eingetauschte Gut, welches dieser an sich bringt, steht dem durch das Verbrechen ursprünglich Betroffenen gar keine Dispositionsgewalt zu. Ja möglicherweise hat der Käufer die Sache sofort dem ihm bekannten Bestohlenen zurückgebracht, und jede widerrechtliche Vermögenslage ist dadurch beseitigt. Wer auch hier dem Satze huldigt: *pretium succedit in locum rei*, vernichtet das Deliktsmoment in der Hehlerei⁴⁰.

Der Hehler braucht nun weder die konkrete widerrechtliche Handlung, wodurch die Sachen gewonnen wurden, noch deren Urheber irgend wie zu kennen: sobald er aber die durch das Delikt geschaffene Vermögenslage aus irgend einem Grunde, sei's mit Fug oder irrig, als legalisirt betrachtet, verliert er seinen Charakter als Hehler: sei's dass er annimmt, der durch das ursprüngliche Delikt Beschädigte sei hinreichend abgefunden und erhebe desshalb keinen Anspruch mehr auf die Sachen, um die er gekommen ist, sei's, dass er glaubt.

³⁹ S. d. Erk. des Appell.-Ger. Kiel v. 2. Nov. 1875 bei St. V S. 368. Vgl. auch d. Erk. des O.-A.-G. Dresden v. 26. Juni 1871 (Annalen N. F. IX S. 59. 60; auch bei St. I S. 93, welches nicht ohne Weiteres für die gegentheilige Meinung angeführt werden darf (die *Species facti* ist nicht ganz klar.) Richtig auch Oppenhoff zu § 259 n. 19; Schwarze, Komm. S. 654.

⁴⁰ Der richt. Ans. Merkel, Handbuch III S. 745; Schwarze, Gerichtssaal 1872 S. 393. 394; Oppenhoff, Komm. zu § 259 n. 9; dageg. das O.-A.-G. Dresden in den Entscheidungsgründen zu s. Erk. v. 5. März 1875 (Annalen 2. N. F. III S. 123; vgl. Annalen III S. 83), und offenbar auch Schütze, Lehrbuch S. 461 n. 13.

der Durchgang der Sache durch die Hände eines bonae fidei possessor oder die Verjährung der Ersatzklage des Geschädigten nehme ihr den Makel ihres Ursprungs⁴¹. Ebenso zweifellos fällt die Hehlerei weg, wenn derjenige, der die durch Verbrechen erlangten Sachen an sich bringt, diess im Interesse des durch das Verbrechen Geschädigten thut.

Vergleicht man den Hehlereivorsatz mit dem Vorsatze der unechten Begünstigung so zeigt sich vollste Uebereinstimmung zwischen Beiden, und nur das Strafbarkeitsmerkmal, dass die

⁴¹ Es scheint mir zu weit gegangen, dem Eintritt eines bonae fidei possessor in die Reihe der malae fidei possessores die objektive Wirkung beizulegen, dass fernerhin an der von einer Hand gutgläubig erworbenen Sache keine Hehlerei mehr begangen werden könne. Jedenfalls würde dann auch eine Stunde guten Glaubens bei mala fides superveniens derselben Person die Möglichkeit ausschliessen sie wegen Hehlerei zu verurtheilen. Sehr lehrreich gegen diese Ansicht die gute Entscheid. des Obergerichts in Meklenburg, im Gerichtssaal 1872 S. 314. 315. Der durch das Verbrechen geschaffene widerrechtliche Vermögenszustand hört indessen durch die Gutgläubigkeit des einen Erwerbers nicht auf. Vielmehr fällt lediglich mit Bezug auf die Verlängerung dieses Zustandes ihm kein Vorsatz zur Last. An dieser Schuldlosigkeit kann sein Rechtsnachfolger Theil haben, obschon er den Ursprung der Sache kennt, wenn er nemlich glaubt, er dürfe sie aus den Händen des gutgläubigen Besitzers von Rechtswegen empfangen: hat er aber selbst diesen guten Glauben nicht, dann perpetuirt er vorsätzlich die vermögensrechtliche Wirkung des Verbrechens: er hehlt! Der richtigen Ansicht das Pr. O.-Tr. s. Oppenhoff zu § 259 n. 8) u. der Württemb. Kass.-Hof in s. Erk. v. 23 Dez. 1874 (Württ. Gerichtsblatt IX S. 178. 179); Merkel, Handbuch III S. 746 oben. Dagegen Oppenhoff, Komm. zu § 259 n. 8; Rüdorff, Komm. § 259 n. 5; Schwarze, Komm. S. 652; ders. Gerichtssaal 1872 S. 393; Villnow a. a. O. S. 97. Dass diesem Meinungsunterschied eine Verschiedenheit in der principiellen Auffassung der Hehlerei zu Grunde liegt, bemerkt richtig Meves, Strafrechtszeitung 1873 S. 523. Da aber die Hehlerei Vermögensverbrechen ist, so kommt es nur auf den dolus für dieses an, und deshalb ist auch sog. dolus superveniens vollständig ausreichend, sofern nur in Verwirklichung seiner eine der in § 259 bedrohten Handlungen vorgenommen wird. Freilich wird allgemein (abgesehen von dem oben cit. Meklenburg. Urtheil, das Gegentheil angenommen: nicht ohne Inkonssequenz derjenigen, welche Gutgläubigkeit des Vorbesitzers die Möglichkeit fernerer Hehlerei ausschliessen lassen.

Begünstigung geschieht im Interesse dessen, der die Sachen durch seine Handlung erlangt hat, die Hehlerei aber im Interesse des Hehlers hält beide Verbrechen auseinander.

Mit diesem Vorsatze aber erschöpft sich der Dolus bei der Hehlerei keineswegs immer, möglicherweise gesellt sich ihm ein zweiter, hie und da auch ein dritter.

Der Hehler muss »seines Vorthells wegen« handeln. Dieser Vortheil ist entweder ein rechtswidriger im Sinne der Strafgesetze wider Betrug und Erpressung: dann will der Hehler das Delikt der widerrechtlichen Bereicherung selbst begehen, und zwar nicht durch Ueberlistung des Benachtheiligten oder durch Nötigung oder durch Diebstahl in Bereicherungsabsicht, sondern dadurch, dass er als Nachfolger in den von seinem verbrecherischen Vorgänger geschaffenen widerrechtlichen Vermögenszustand eintritt. Dann besitzt der Hehler auch noch den Vorsatz widerrechtlicher Bereicherung, und sein gewähltes Mittel, die Ausnutzung fremder Bereicherungsdelikte, erscheint als Strafbarkeitsmerkmal. Oder jener Vortheil ist ein solch rechtswidriger nicht: dann gesellt sich zum einfachen Hehlerei-Vorsatz nur das Strafbarkeitsmerkmal des gemeinen Motives.

Die zu verhehlenden Sachen, welche durch eine strafbare Handlung erlangt sind, können nun entweder sein herrenlose⁸⁴² oder im Eigentum stehende; sie können entweder sich im Eigentume des Delinquenten, der sie erbeutet hat, befinden, oder weder ihm noch dem Hehler, sondern einem Dritten gehören, und es steht selbst nichts im Wege, dass sie sich im Eigentume des Hehlers befinden, sofern sie nur etwa dem Pfandgläubiger oder der amtlichen Beschlagnahme durch Besizzentwendung entzogen worden sind⁸⁴³; sie können schliesslich entweder beweglich oder unbeweglich sein.

⁸⁴² Jedenfalls ist es also ungenau, wenn mehrfach, so auch von Oppenhoff zu § 259 n. 6, gefordert wird, die Sache müsse für den Hehler eine fremde sein.

⁸⁴³ Dagegen aus unzureichenden Gründen Oppenhoff, Komm. zu § 259 n. 6. — Der richtigen Ans. Fr. Meyer, Komm. S. 217; Schwarze, Gerichtssaal 1872 (welche freilich Beide nur von der Be-

Nun ist möglich:

1. dass der Hehler diese Sachen an sich bringt um sie, sofern er nicht ihr Eigentümer ist, sich anzueignen. Er verletzt dann, wenn die Sache herrenlos ist, ein fremdes Okkupationsrecht⁸⁴⁴; steht sie im Eigentume, aber nicht in dem seines Vorgängers, so eignet er sich eine fremde Sache bewusst widerrechtlich an; interessanter Weise finden wir hier neben der Unterschlagung an Mobilien (denn eine solche steckt dann in der Hehlerei!) auch die widerrechtliche Aneignung von Immobilien auf denselben Verbrechenstitel hin unter Strafe gestellt⁸⁴⁵. Ist aber die durch das Verbrechen erlangte Sache ins Eigentum des Delinquenten und seiner Nachfolger gekommen, und will der Hehler nun in dieses Eigentum succediren, so hat er lediglich die Absicht ein fremdes Eigentums- oder Vermögensverbrechen in seinen vermögensrechtlichen Wirkungen zu festigen.

Dienen die beiden ersten Delikte dem Hehler zur Begehung eines Bereicherungsverbrechens, so setzt sich der Vorsatz aus drei Bestandtheilen zusammen: dem specifischen Hehlervorsatz, dem Vorsatze widerrechtlicher Bereicherung, und dem Vorsatze der widerrechtlichen Aneignung oder der Verletzung eines fremden Okkupationsrechtes. Besonders wichtig scheint mir zu beachten, wie häufig in der Hehlerei eine Unterschlagung steckt.

2. Der Hehler kann aber auch die Sachen »an sich bringen« ohne Aneignungsabsicht, oder zu deren Absatz an Dritte mitwirken. Da er sie dann nicht für sich haben will;

(schlagnahme entzogene Sachen reden), Schütze, Lehrbuch S. 463 n. 13. Die Hehlerei an der eigenen Sache im Anschlusse an die Besitzentwendung der § 259 ist so zu denken, dass Jemand zu Gunsten des Eigentümers, aber ohne Wissen dess. die Sache dem Pfandgläubiger entwendet, und der Eigentümer sie nun verbirgt. Ganz ebenso die Hehlerei im Anschluss an das Delikt des § 137.

⁸⁴⁴ Wo hier die feine Gränze zwischen Theilnahme und Hehlerei läuft, steht nicht an dieser Stelle zur Untersuchung.

⁸⁴⁵ Man sieht, wie wenig die Bemerkung Schwarze's, Gerichtssaal 1872 S. 391, die Partirerei-Handlungen »seien an sich straflos, und würden nur durch den sie begleitenden dolus straffbar« zutreffen.

so vermag er wohl aus seinem Verhalten irgend einen Profit herauszuschlagen, aber zur Begehung eines selbständigen Bereicherungsdeliktes ist er dann ausser Stande. Sein Vorsatz besteht hier lediglich in dem Willen ein fremdes Eigentums- oder Vermögensverbrechen in seinen vermögensrechtlichen Wirkungen zu festigen: möglicherweise aber wird er ausserdem noch Gehülfe zu einem neuen Hehlerei- und Bereicherungsverbrechen, nemlich dann, wenn derjenige, an welchen die Sachen abgesetzt werden, ein solches begehen also wiederum Hehler werden will. Diese Gehülfschaft ist aber nach geltendem Rechte auf den Titel der Urheberschaft an der Hehlerei zu bestrafen.

§ 72. 8. *Der Vorsatz bei Brandstiftung und Ueberschwemmung.*

Die sog. gemeingefährlichen Verbrechen des Reichsstrafgesetzbuches unterscheiden sich dadurch, dass einige echt Gefährdungsverbrechen sind, andere nicht, und dass je bald nur eine Spezialgefahr, bald aber eine wirkliche Gemeingefahr erzeugen müssen. Es wäre deshalb unrichtig ihnen allen einen Gefährdungsvorsatz zuschreiben zu wollen was eine Vergleichung der Vorsätze bei der Ueberschwemmung und bei dem Vorbilde aller gemeingefährlichen Verbrechen, der Brandstiftung, bestätigen wird⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ Ich kann nicht zugeben, was mehrfach behauptet wird, (s. z. B. Osenbrüggen, Brandstiftung S. 126, Gessler, Gutacht. über den Entw. des Str.-G.-B. f. d. Nordd. Bund; Verhandl. des 9. Juristentags I S. 70, v. Buri, Causalität S. 43) dass die Schuldseite bei gemeingefährl. Verbrechen besondere Schwierigkeiten mache. Nur kann sie nicht klargestellt werden ohne genaue Scheidung von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten. Noch neuerdings spricht Schaper, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 865, davon: »dass es keine Gattung von Strafhandlungen giebt, welche so lebhaft, wie die gemeingefährlichen, die Begriffe von dolus und culpa . . . in einander spielen lässt«. Wer aber nicht die culpa als Gefährdungswillen fasst, wird von dieser Gränzverwischung nichts gewahr.

Schon öfter ist uns im Verlaufe der Untersuchung die Erscheinung entgegengetreten, dass ein und dasselbe Verbrechen ein einfaches oder ein zusammengesetztes sein kann, und dass der Hinzutritt des zweiten Deliktes oder eines zweiten Verbrechens dann lediglich als Strafzumessungsgrund wirkt. Unterschlagung, Diebstahl und Raub können zugleich Bereicherungsdelikte darstellen, aber erforderlich ist diess nicht; in der Hehlerei kann die Verletzung eines fremden Okkupationsrechtes oder eine Unterschlagung stecken, allein wesentlich ist das für sie nicht. Wichtig ist aber in allen diesen Fällen, dass man den Hinzutritt des zweiten Vorsatzes nicht übersieht: sonst gerät man ins Schwanken über den Inhalt des ersten.

Brandstiftung und Ueberschwemmung stehen nun in dem eigentümlichen Verhältniss zu einander, dass Beide vorsätzliche Gemeingefährdungen durch vorsätzliche Sachbeschädigung sein können, und dass sich dann beide Verbrechen nur durch die Wahl verschiedener Mittel zur Sachbeschädigung unterscheiden, dass aber der Gefährdungsvorsatz der Brandstiftung, der Sachbeschädigungsvorsatz der Ueberschwemmung unwesentlich ist, andrerseits das Vorhandensein des Letzteren bei der Ueberschwemmung nicht Konkurrenz zweier Verbrechen (bedroht durch die §§ 303—305 und 312. 313) begründet.

I. Ich beginne mit der vorsätzlichen Ueberschwemmung als einem Verbrechen, dem der Eintritt der Gemeingefahr wesentlich ist (§ 312. 313)⁸⁴⁷. Aus der Stellung der Worte: »Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben (für das Eigentum) vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt« folgert Oppenhoff⁸⁴⁸: die Vorsätzlichkeit sei lediglich auf die Herbeiführung der Ueberschwemmung zu beziehen und brauche sich nicht auf die Bewirkung der Gemeingefahr zu erstrecken⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ Ueber den Gefährdungsbegriff enthält manche gute Bemerkung d. Erk. d. Pr. O.- v. 1. Okt. 1874 (O. XV S. 604 ff.).

⁸⁴⁸ Komm. zu § 312 n. 2.

⁸⁴⁹ Wenn Oppenhoff a. a. O. fortfährt: »in dieser Beziehung genügt das Bewusstsein des Thäters«, also offenbar meint, nur vorsätzliche

Diess besagt nichts Anderes, als dass die Norm nicht die gemeingefährliche, sondern jede Ueberschwemmung verbiete. Allein völlig ungefährliche Ueberschwemmungen zu untersagen hat der Gesetzgeber gar keinen Anlass, und so müssen wir die Gemeingefährlichkeit zweifellos als Deliktsmerkmal betrachten und den Vorsatz auch darauf beziehen.

Das Gesetz kennt nun zwei vorsätzliche Ueberschwemmungen, die mit gemeiner Gefahr für Menschenleben und die mit gemeiner Gefahr für fremdes Eigentum. Es ist nicht unwichtig festzustellen, ob diese beiden Verbrechen auf zwei verschiedene Normen, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat, oder nur auf eine einzige zurückzuführen? Nehmen wir zwei Verbote an, das der lebensgefährlichen und das der eigentumsgefährdenden Ueberschwemmung, so ist keines von ihnen vorsätzlich übertreten, wenn der Thäter eine lebensgefährliche Ueberschwemmung beabsichtigt, die Wasserflut aber absolut untauglich ist eine solche Lebensgefahr herbeizuführen, weil weit und breit im Thale des Gebirgsbachs kein Mensch sich befindet, dagegen fremdes Eigentum in grossem Umfang in Gefahr gerät. Sollte aber durch eine Ueberschwemmung vorsätzlich Gefahr für Menschen und Dinge herbeigeführt sein, so ständen wir vor einer Konkurrenz zweier Verbrechen.

Beide Annahmen sind indessen gleich anstössig, und so müssen beide Verbrechen auf nur eine Norm zurückgeführt, und diese kann nicht anders denn als Verbot der Ueberschwemmung mit gemeiner Gefahr für Rechtsgüter gefasst werden. Die Thatbestände der beiden Ueber-

Ueberschwemmung begleitet vom Bewusstsein der Gemeingefährlichkeit der That werde vom Gesetze erfordert, so übersieht er nur, dass er damit ja Vorsatz auch für die Gemeingefährdung postulirt, und es ist schwer zu begreifen, wie Schwarze, Komm. S. 743, sagen kann: »Die Behauptung, dass es ausreiche, wenn dem Thäter die Gefährlichkeit bekannt gewesen, verwechselt die bewusste culpa mit dem dolus.« Wie Oppenhoff, die Erk. des Pr. O.-Tr. v. 7. Juli 1869 u. v. 1. April 1870 (bei O. X S. 488 u. XI S. 225). Aehnlich wie Schwarze Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 866 (wenig klar).

schwemmungsverbrechen stehen dann in demselben Verhältnisse zu einander, wie Mord und Todtschlag: das vorsätzliche Gattungsdelikt ist in zwei Arten zerlegt. Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, dass der Vorsatz bei der sog. lebensgefährlichen Ueberschwemmung durchaus nicht der bewusste Wille eine unbestimmte Anzahl von Menschenleben zu gefährden ist, sondern vielmehr der Wille durch Ueberschwemmung eine Gemeingefahr für Rechtsgüter herbeizuführen; und es kann somit auch derjenige nach § 312 gestraft werden, der fremdes Eigentum zu gefährden glaubte, während er in Wahrheit Menschenleben gefährdet hat. Ganz analog verhält es sich aber bei § 313. Mit anderen Worten: dass in § 312 die Gefahr gerade für Menschenleben, in § 313 aber für das Eigentum eingetreten sein muss, ist ein besonderes Strafbarkeitsmerkmal, welches mit dem Vorsatze in wesentlichem Zusammenhange nicht steht. Es ist möglich, dass der Gefährdungsvorsatz dort grade auf Leben, hier grade auf Gut gerichtet war, allein erforderlich ist diess nicht. Stiftet also Jemand eine Ueberschwemmung in der Absicht, dadurch sein Eigentum zu schützen (§ 313, 2) und in dem Glauben, er bewirke gemeine Lebensgefahr, während nur gemeine Eigentumsgefahr eintritt, so greift die mildere Strafdrohung des § 313, 2 Platz.

Diese lebensgefährdende Ueberschwemmung kann aber zugleich auch eine spezielle Sachen beschädigende sein: zum Gefährdungsdolus gesellt sich dann der Vorsatz der Sachbeschädigung.

Aus dem Verhältniss von Verletzung und Gefährdung ergibt sich nun: sollte nach Absicht des Thäters eine unbestimmte Anzahl von Menschen in den Fluten ertrinken, so liegt nicht das Verbrechen der Ueberschwemmung, sondern das des Mordes vor. Soll Einer den Tod finden und eine unbestimmte Anzahl von Anderen nur gefährdet werden, so konkurriert Mord mit Ueberschwemmung. Eigentümlicher Weise verhält es sich aber anders, wenn fremdes Eigentum, und zwar nicht nur spezielle Sachen, durch die Fluten geschädigt

werden soll. Während der Verletzungsvorsatz den [Gefährdungsvorsatz in Wahrheit immer ausschliesst und das Gesetz in § 313 den Gefährdungsvorsatz fordert, wird man nicht umhin können, falls man nicht zu gradezu ungeheuerlichen Resultaten kommen will, auch die Ueberschwemmung behufs gemeiner Verletzung fremden Eigentums nach § 313 und nicht nach den Gesetzen über strafbare Sachbeschädigung (§ 303) zu ahnden. So ergibt sich, dass der Vorsatz in § 313 entweder ein Vorsatz gemeiner Gefährdung oder gemeiner Verletzung sein kann.

II. Auf den ersten Blick nicht so durchsichtig wie die Schuldseite der vorsätzlichen Ueberschwemmung, in Wahrheit aber viel einfacher ist der Vorsatz der Brandstiftung (§ 306—308)⁸⁵⁰. Dieser nemlich ist nach heutigem Rechte die Bewirkung einer Gemeingefahr für Menschenleben oder fremdes Eigentum ganz unwesentlich: weder § 306 noch § 308 verlangen sie. Ja nicht einmal die Gefährdung eines einzigen Lebens⁸⁵¹ und einer einzigen fremden Sache (der in § 308 genannten Arten) ist erforderlich: denn wenn auch § 308 die Brandstiftung an der eigenen Sache nur dann straft, wenn diese »ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet ist, das Feuer einer der in § 306, 1—3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzutheilen«, so ist damit allerdings eine Handlung gefordert, welche regelmässig eine Spezialgefahr

⁸⁵⁰ Ders. ist mehrfach ausführlicher besprochen worden: so von v. Woringen, A. d. Cr.-R. N. F. 1843 S. 412 ff.; Osenbrüggen, Brandstiftung S. 122 ff.; ders. A. d. Cr.-R. N. F. 1856 S. 605 ff. Diese Besprechungen ventiliren mit Vorliebe die Frage nach dem Umfange, in welchem ein erregter Brand zum Vorsatze zugerechnet werden könne, — eine Frage die principiell oben S. 418 ff. erörtert worden ist. In seiner Schrift über Causalität S. 42 ff. wirft v. Buri dieselbe für die gemeingefährlichen Verbrechen überhaupt auf und gelangt dabei zu sehr bedenklichen Resultaten. S. dagegen die guten Bemerkungen Hälschner's in Goldammer's Archiv XVIII S. 668.

⁸⁵¹ Erk. d. Pr. O.-A -G. v. 7. Dez. 1872 (O. XIII S. 649): »Der Thatbestand der Brandstiftung ist nicht durch den Eintritt einer Lebensgefahr für andere Menschen bedingt.«

und häufig eine Gemeingefahr bewirken wird⁸⁵², aber sie ist keineswegs nur für den Fall ihrer Gefährlichkeit unter Strafe gestellt⁸⁵³. Wer seine Früchte auf dem Halm in Brand setzt, während das Getreide auf dem Nachbarfeld noch ungeschnitten steht, ein heftiger Wind aber wie erwartet, die Flamme vom Nachbar wegtreibt, wird nach § 308 gestraft werden müssen, auch falls dem fremden Eigenthume keine Spur von Gefahr drohte: denn der Lage und der Beschaffenheit nach sind brennende Felder geeignet das Feuer auf Nachbarfelder zu übertragen, und die erforderliche Kenntniss dieser Sachlage fehlte dem Thäter nicht⁸⁵⁴.

Es bleibt somit als wesentlich für die dolose Brandstiftung allein ein Sachbeschädigungsvorsatz übrig. Mit diesem kann sich ein Vorsatz gerichtet auf Erzeugung von Spezial- oder Gemeingefahr verbinden; allein notwendig ist diess nicht. Geschieht es, so wirkt er lediglich als Strafzumessungsgrund⁸⁵⁵. Da die Brandstiftung nicht wesentlich Gefährdungsverbrechen ist, so bildet die Branderregung in Mordabsicht einen Verbrechenkonkurrenzfall.

Die Brandstiftung wird somit das schwere Verbrechen,

⁸⁵² Nicht zutreffend bemerkt Oppenhoff, Komm. zu § 308 n. 14, dass hier »die Gemeingefährl. den Grund der Bestrafung abgebe«; ebenso Rüdorff Komm. zu §. 308 n. 2. Vielmehr hat nur die regelmäßige Gemeingefährl. solcher Handlungen den Gesetzgeber zu dieser Formulirung des Thatbestandes veranlasst, der die Gemeingefährl. nicht als Begriffsmerkmal enthält. Richtig Schütze, Lehrbuch S. 511; noch präziser Meyer, Lehrbuch S. 549. 551.

⁸⁵³ Völlig grundlos ist die Ansicht Schwarze's, Komm. S. 739, für diese Fälle habe »das Gesetz auf Grund der factischen Verhältn. des Falles und der Kenntniss des Thäters eine praesumptio doli etablirt«. (Offenbar soll ein dolus gerichtet auf Entzünden der benachbarten Gegenstände präsumirt werden).

⁸⁵⁴ Unrichtig Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 882. 883: Handelt aber der Thäter in der Ueberzeugung, »dass die an sich mögliche Gefahr unter den obwaltenden Umständen ausgeschlossen bleibe, so fällt die Brandstiftung nicht in das Gebiet des Vorsatzes, sondern verharret noch in dem der bewussten Fahrlässigkeit.«

⁸⁵⁵ Ob diess legislatorisch richtig ist muss hier dahin gestellt bleiben, wie ich denn jede Kritik der § 306—308 hier vermeiden muss.

was sie ist, nur durch Hinzutritt von drei Arten von Strafbarkeitsmerkmalen zu der vorsätzlichen Sachbeschädigung. Diese bestehen in den Mitteln der Sachbeschädigung, den Objekten derselben, und einer Wissenschaft von jenen und diesen bei der That⁵⁵⁶ · 557.

Wer das Zimmer eines Andern dadurch verwüsten will, dass er ein Stück Eisen durch das Fenster schleudert, in Wahrheit aber unbewusst ein Sprenggeschoss wirft, welches durch den Wurf krepirt, ist vorsätzlicher Sachbeschädigung, aber nicht vorsätzlicher Brandstiftung schuldig. Der Brandstifter muss also sein Mittel kennen. Wissentliche Anwendung des Feuers ist nun zwar auch taugliches Mittel einfacher Sachbeschädigung, ohne sie aber giebt's keine Brandstiftung. Dem Brennen ist die Anwendung explosiver Stoffe gleichgestellt. Dagegen ist der Irrtum des Thäters gleichgiltig, dass sein angewandtes Mittel nur Brand und nicht eine Explosion verursachen werde, wenn letztere eintritt, ersterer nicht. Der Thäter muss also nur richtig erkennen, dass sein Mittel dem von dem Gesetze aufgestellten Genus der brand- oder explosionserregenden Mittel angehöre. Welcher Alternative er es subsumirt, ist gleichgiltig.

Ganz die analoge Erscheinung zeigt sich auf dem Gebiete der specifischen Brandstiftungsobjekte. Fassen wir nur drei ins Auge! Als taugliche Gegenstände des Verbrechens bezeichnet das Gesetz alle Gebäude, Hütten und Schiffe wenn sie entweder fremde Sachen sind, oder wenn sie zwar im

⁵⁵⁶ Es liegt etwas Richtiges in dem sprachlich falschen Satze Berner's, Lehrbuch S. 577: die Gesetzgebung habe mit den von ihr einzeln aufgeführten Gegenständen der Brandstiftung »Fiktionen der Gefährlichkeit verknüpft«.

⁵⁵⁷ Unbeweisbar steht die Ansicht von John, Rechtslexikon I S. 245: »bei der vorsätzl. Brandstiftung müsse der Wille des Thäters darauf gerichtet sein, dass durch das Inbrandsetzen an dem Brand-Objekte eine Feuersbrunst, d. h. ein Feuer entstehe, welches durch die vereinzeltten Kräfte des Thäters nicht mehr gelöscht werden könne.« Oefter ist der Thäter im Stande noch einen sehr gefährlichen Brand zu löschen, wenn er nur will. Das von John verlangte Intensitätsmerkmal ist somit der »vorsätzl. Brandstiftung« nicht wesentlich.

Eigentume des Thäters stehen aber entweder zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmte Gebäude oder zu Menschenwohnungen dienlich oder ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind das Feuer einem weiteren zur Brandstiftung tauglichen Objekte mitzutheilen.

Nun wird es Niemandem einfallen der Freisprechung dessen das Wort zu reden, der Nachts eine Kirche anzuzünden glaubt, aber ein Wohnhaus ansteckt, oder vermeintlich eine Hütte anbrennt, in Wahrheit aber das Feuer an ein Schiff legt. Das Strafbarkeitsmerkmal besteht also durchaus nicht in der Wissenschaft der Species von tauglichen Brandstiftungsobjekten, der die Sache angehört, woran sich der Thäter vergreift, vielmehr in dem doppelten Momente, dass ein taugliches Brandstiftungsobjekt angegriffen wird und dass der Thäter diess thut mit der Vorstellung eine Kirche oder ein Wohnhaus oder eine Hütte oder ein Schiff vor sich zu haben; die Subsumtion des anzuzündenden Gegenstandes unter die falsche Rubrik ist für das Zustandekommen des Verbrechens ganz gleichgiltig⁸⁵⁸.

Nicht aber für seine Strafbarkeit! Wer ein fremdes Stallgebäude in Brand zu setzen wähnt, während es ein Wohnhaus ist, wird nicht mit der geschärften Strafe des § 306, sondern nur mit der Strafe des § 308 belegt werden können⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Ganz seltsam Meyer, Lehrbuch S. 552 n. 1: Wenn der Thäter nicht wusste, dass es sich um ein Wohngebäude handele, diess aber hätte wissen sollen, »so trifft ihn insofern eine Fahrlässigkeit, und es ist somit (was Oppenhoff . . . mit Unrecht bestreitet) in einem solchen Falle sehr wohl Konkurrenz von vorsätzlicher und fahrlässiger Brandstiftung möglich.« Das Nichtwissen um ein Strafbarkeitsmerkmal hat selbstverständlich mit der culpa gar nichts zu thun.

⁸⁵⁹ Richtig bemerken Oppenhoff, Komm. zu § 306 n. 7 u. Rüdorff, Komm. zu § 306 n. 3: zum dolus gehöre nur (?) der Wille den Gegenstand in Brand zu setzen verbunden mit der Kenntniss des Thäters, dass der Gegenstand eine der im § 306 erwähnten Eigenschaften habe. Vgl. Oppenhoff zu § 308 n. 15 und Rüdorff zu § 308 n. 5. Nicht so genau Schwarze, Komm. S. 732; Berner, Lehrbuch S. 580; Schütze, Lehrbuch S. 514; Meyer, Lehrbuch S. 552; Schaper, Handbuch III S. 882.

Da nun das Gesetz offenbar mit der Wendung: »wer vorsätzlich in Brand setzt . . . ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte« auch jenes Strafbarkeitsmerkmal der Vorstellung ein zur Brandstiftung taugliches Objekt vor sich zu haben mitbezeichnen will, so zeigt sich hier einmal in voller Deutlichkeit der Ausdruck Vorsatz verwandt für die Kenntniss von Strafbarkeitsmerkmalen, welche sich nur mit dem Vorsatze verbinden ohne Bestandtheile desselben zu sein.

Da aber die Brandstiftung nach heutigem Rechte nur qualificirte Sachbeschädigung ist, da diess Delikt in sehr verschiedenem Umfange begangen werden kann, und die Beschädigung von zwei Objekten durch eine Schädigungshandlung durchaus keine Deliktskonkurrenz begründet, da ferner, wo diese fehlt, auch eine Verbrechenskonkurrenz unmöglich angenommen werden kann, so liegt nur ein Verbrechen der Sachbeschädigung mit zwei Qualifikationsgründen vor, wenn Jemand einen Heuschober anzündet, damit sich von da aus das Feuer auf ein Wohnhaus verbreite.

In allen solchen Fällen der Konkurrenz nicht zweier Verbrechen, sondern zweier Qualifikationsgründe bei einem Verbrechen kann die Klage nur aus demjenigen Strafgesetze erhoben werden, welches den schwersten Schärfungsgrund berücksichtigt. Ist also jener Plan gelungen und das Wohnhaus durch den Heuschober in Brand gesetzt worden, so muss wegen vollendeter Brandstiftung allein nach § 306 verurtheilt werden; ist das Wohnhaus intakt geblieben, so liegt Versuch der schwersten Brandstiftung (des § 306) vor, und bei der Strafzumessung ist zu berücksichtigen, dass die Anzündung des Schuppens isolirt betrachtet schon mit der Strafe des § 308 zu belegen gewesen wäre⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ Ein Preuss. St.- u. Kreis-Gericht hatte wegen eines solchen Thatbestandes den Angeschuld. vorläufig auf Grund der §§ 306 n. 2 u. 308 in Anklagezustand versetzt, der Ankl.-Senat des Appell.-Gerichts erklärte nur die Anklage aus § 308 für zulässig, das O.-Tr. vernichtete durch Beschluss v. 22. Dez. 1875 (in Goldammer's Archiv XXIII S. 547. 518), weil, wenn nur eine bestimmte Beweisfrage bejaht würde, »nicht allein der Thatbestand des § 308, sondern auch der der §§ 306, 2,

§ 73. 9. *Zur Kontroverse über den Vorsatz der Widersetzlichkeit.*

Zum Schlusse dieser vielleicht etwas eintönigen Untersuchungen noch ein kurzes Wort zu einem praktisch sehr bedeutsamen Streite über die Frage, ob gesetzliche Merkmale eines Verbrechens Delikts- oder nur Strafbarkeitsmerkmale seien?

Das Vergehen der Widersetzlichkeit³⁶¹ kann nur gegen den in »rechtmässiger Ausübung seines Amtes« befindlichen Beamten begangen werden. Dass dieses Delikt nur wenn vorsätzlich verübt bestraft werden kann, wird nirgends angezweifelt. Allein darüber wird gestritten, ob der Widerstehende um straffällig zu werden auch wissen müsse, dass der Beamte rechtmässig handele, oder ob diess Bewusstsein zum Vorsatze nicht wesentlich sei? Mit anderen Worten, ob das Erforderniss der Rechtmässigkeit ein Deliktsmerkmal oder nur ein Strafbarkeitsmerkmal bedeute? Deutlicher gesprochen: ob die Norm verbiete jeden Widerstand gegen die bevollmächtigten Träger der Staatsgewalt in wirklicher oder angeblicher Ausübung ihrer Vollmacht, oder nur den Widerstand gegen die wirkliche, also notwendig rechtmässige Ausübung derselben? ob sie untersagt nur den Widerstand gegen die wirkliche Staatsgewalt oder auch gegen alle Gewalt, welche unter der Firma der Staatsgewalt von den Beamten derselben ausgeübt wird?

Nun kann es nach dem geltenden Staats- und Notwer-Recht gar nicht zweifelhaft sein, dass der Widerstand gegen alle widerrechtliche Angriffe, also auch gegen die der Beamten in angeblicher Ausübung der Staatsgewalt, erlaubt ist. Von den beiden soeben formulirten Normen, deren eine dem

308 u. 73 des Str.-G.-B. vorliegt.« Ganz ders. unricht. Ansicht folgt das württemb. Schwurgericht zu Ellwangen in s. Erk. v. 16. Dez. 1873 (Württ. Gerichtsblatt VIII S. 30—32). Ebenso Oppenhoff, Komm. zu § 306 n. 9 u. 308 n. 16; Rüdorff, Komm. zu § 308 n. 3.

³⁶¹ R.-Str.-G.-B. § 113 vgl. § 117.

absolutistischen, deren andere dem sog. Rechts-Staate entspricht, haben wir also zweifellos die letztere als geltendes Recht anzuerkennen. Verboten ist der Widerstand gegen den Beamten nur in rechtmässiger Ausübung seines Amtes⁸⁶².

Es war indessen zu erwarten, dass der höchste Preussische Gerichtshof sich schwer dazu entschliessen würde mit seiner bisherigen Auffassung der Norm zu brechen, und er hat diess denn auch nicht gethan. In zwei Erkenntnissen von prinzipiell grösster Bedeutung, die sich eng an einander schliessen und sich ergänzen, erklärt der Gerichtshof⁸⁶³: »Prinzipiell erfordert es die staatliche Ordnung, dass Niemand sich einem Beamten bei Ausübung seines Amtes widersetzen darf; er muss hierbei geschützt werden«. »Nirgend ist der Angriff wider einen Beamten, der sich in der Ausübung seines Amtes befindet, vom Gesetze gestattet; er wird nur für straflos erklärt, wenn diese Ausübung nicht eine rechtmässige ist«. Nach dieser Auffassung bleibt also der bewusste Widerstand gegen Beamte stets dolose Widersetzlich-

⁸⁶² Dass die Aufnahme der Worte »in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes« gelegentl. der 3. Lesung des Entwurfs gerade die Bedeutung hatte der absolutistischen Norm, die insbes. das Preuss. O.-Tr. seiner Rechtsprechung in Anwendung des Pr. Str.-G.-B. § 69 zu Grunde legte, die Norm des Rechtsstaates gegenüberzustellen, die übrigens schon im röm. Rechte bekanntlich aufgenommen war, kann nicht zweifelhaft sein. S. darüber auch Fr. Meyer, Kommentar, Einleitung S. XXVI ff.; Neumann, Die Rechtmäss. der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt, in Goldammer's Arch. XXII S. 216. 217. — Sehe ich recht, so wird erstere von der Wissenschaft principiell nirgends mehr als geltendes Recht anerkannt. Ueberall sieht man nur die rechtmäss. Amtshandlung als geschützt an, mag man auch über die Ausdehnung dieses Begriffes sehr verschiedener Meinung sein. S. John, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 117 ff.; Meyer, Komm. S. XXVI ff.; Hiller, Die Rechtmässigkeit der Ausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzl. (1873) insbes. S. 43 ff.; Schütze, Lehrbuch S. 265; ders. Rechtslexikon II s. v. Widersetzlichkeit; Neumann, a. a. O. S. 216 ff.; Meyer, Lehrbuch S. 666 ff.

⁸⁶³ Erk. v. 28. Febr. 1872 (O. XIII S. 181. 182) u. v. 9. Juli 1873 (O. XIV S. 488 ff.).

keit, und die Thatsache, dass die Amtshandlung widerrechtlich war, wird nur ein Grund dieses vorsätzliche Delikt mit Strafe zu verschonen, also Strafbarkeitsmerkmal ausserhalb des Vorsatzes. Von diesem Standpunkt allein kommt man konsequent zu dem Satze, dass die Ueberzeugung des Widerstehenden von der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung, der er Widerstand leistet, den Vorsatz der Widersetzlichkeit nicht ausschliesst⁸⁶⁴.

Allein eine solche Auffassung des der Widersetzung zu Grunde liegenden Verbotes steht in schneidendem Widerspruch mit unserem ganzen öffentlichen Rechte und darf desshalb in keiner Weise praktische Anerkennung finden.

Wer aber in dieses Verbot das Erforderniss der Rechtmässigkeit der Amtshandlung aufnimmt und weiss, dass der Vorsatz nichts anderes ist als das Wissen und Wollen eines Delikts in allen seinen Deliktsmerkmalen, der kann auch darüber nicht länger zweifelhaft sein, dass der Vorsatz bei der Widersetzlichkeit identisch ist mit dem bewussten Willen, der rechtmässigen Ausübung der Amtsgewalt seitens eines Beamten Widerstand zu leisten.

Jeder Glaube an die Widerrechtlichkeit der angeblichen Amtshandlung schliesst den Vorsatz der Widersetzlichkeit aus, mag erstere auch rechtmässig und der Irrtum des Widerstehenden ein durchaus unverzeihlicher sein⁸⁶⁵. Freilich nur der Vorsatz der Widersetzlichkeit wird durch diese Annahme

⁸⁶⁴ Diesen Satz hat denn auch das O.-Tr. ganz gleichmässig bei seiner Rechtsprechung angewendet. Vgl. ausser den in vor. Note citirten Urtheilen noch die Erk. v. 7. Nov. 1873 (O. XIV S. 708. 709); v. 17. Nov. 1875 (O. XVI S. 736. 737); v. 21. Jan. 1876 (O. XVII S. 41). Dagegen fällt d. Erk. v. 6. Sept. 1875 bei Goltdammer, Archiv XXIII S. 508, mit seiner zweideutigen Aeusserung gar nicht ins Gewicht.

⁸⁶⁵ Gänzlich unhaltbar ist die neuerdings von Hiller, Gerichtssaal 1875 S. 14 ff. vertretene Auffassung, die fälschliche Annahme der Rechtswidrigkeit aus Rechtsirrtum (den Hiller noch gerade so verwirrt fasst, als ob der Unterschied von Norm und Strafgesetz noch ganz unentdeckt wäre,) schliesse den Vorsatz des § 113 nicht aus, wohl aber die fälschliche Annahme aus faktischem Irrtum. Auch diese Ansicht wird auf den armen § 59 basirt!

ausgeschlossen; geht der Widerstehende über das Maass der nötigen Abwehr vorsätzlich hinaus, so kann er zwar nicht auf Grund des § 113, wohl aber etwa wegen Nötigung oder Körperverletzung bestraft werden.

Zweifelt der Widerstehende nur an der Rechtmässigkeit der Amtshandlung, so widersteht er auch für den Fall ihre Rechtmässigkeit, und es fehlt ihm dann nicht am Vorsatze wenn sie wirklich rechtmässig ist⁸⁶⁶.

Seltsamer Weise wird aber das Bewusstsein von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung, welcher widerstanden wird, als Erforderniss des Vorsatzes bei der Widersetzlichkeit auch von denen fast einstimmig verworfen, welche die Norm richtig auffassen⁸⁶⁷. Und zwar spielt hier ein unstichhaltiger Grund eine grosse Rolle. Es geriete — so meint man — durch Anerkennung dieses Vorsatzmerkmals die Autorität der Norm, welche den Beamten in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes schütze, oder die Autorität des Strafgesetzes in Abhängigkeit von der Kritik dessen, gegen den die Amtshandlung sich richte⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ S. oben S. 405 ff. Vgl. auch Hiller, Gerichtssaal 1875 S. 15 der freilich den Zweifel nicht scharf genug von der Annahme der Rechtswidrigkeit scheidet.

⁸⁶⁷ Auf die Ansicht des Widerstehenden von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung komme nichts an, sobald letztere nur rechtmässig sei S. Fr. Meyer, Kommentar, Einleit. S. XXVIII; Rüdorff, Comm. zu § 113 n. 3; Schwarze, Comm. S. 346 n. 6 (grade umgekehrt in Reichstage, Stenogr. Berichte 1870 S. 409: nach dieser Aeusserung schliesst der Irrtum den dolus aus); John, Handbuch III S. 124. 125 Hiller, Rechtmässigkeit der Amtsausübung S. 73 (anders im Gerichtssaale; vgl. oben N. 865); Schütze, Lehrbuch S. 265 n. 22 (?); Neumann, bei Goltdammer XXII S. 224. — Dass dieser Grund auch in den Präjudizien des Preuss. O.-Tr. (s. oben N. 863. 864) verwandt wird ist dort nur konsequent.

⁸⁶⁸ Vgl. schon Gessler, Gerichtssaal 1858 S. 224. Dann Rüdorff, zu § 113 n. 3; »Es springt in die Augen, dass die blosse subjektive Auffassung des Einzelnen nicht über die Anwendbarkeit des § 113 entscheiden darf.« Auch dieser Grund findet in den Präjudizien des O.-Tr. seine Verwertung S. bes. Erk. v. 9. Juli 1873 (O. XIV S. 485 ff.) »Dass der Beamte bei rechtmässiger Ausübung seines Amtes von der subjektiven Meinung eines Dritten abhängig sein soll, hat das Gesetz

Was aber die Abhängigkeit des Strafgesetzes von dem Bewusstsein der Delinquenten anlangt, so ist diese in allen Fällen gleichmässig vorhanden, wo die Strafdrohung an ein vorsätzliches Delikt geknüpft ist. Denn ob Vorsatz vorhanden sei oder nicht, diess bestimmt sich stets nach der Auffassung des Handelnden von seiner That.

Die den Beamten schützende Norm aber büsst durch den Irrtum des ihm Widerstehenden doch wahrlich nicht an ihrer Autorität ein. Die ganze Zwangsgewalt der Exekutive steht dem rechtmässig handelnden Beamten auch gegen den bona fide Widersetzlichen zu Gebote: und auch das Strafgesetz schützt die Autorität jenes Gesetzes, freilich nur gegen den bösen Vorsatz und nicht durch das schlechte Mittel den guten Glauben in *dolus malus* zu verwandeln. Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung ist *conditio sine qua non* für das Verbrechen der Widersetzlichkeit, aber keineswegs genügt ihre Existenz um den fehlenden Vorsatz auf Seiten des zu Beurtheilenden zu ersetzen. Den gutgläubigen Widerstand wird die Staatsgewalt stets zu brechen im Stande sein: ihn zu strafen ist *de lege ferenda* kein Anlass, *de lege lata* kein Rechtsgrund vorhanden ⁸⁶⁹.

Da aber die Vorsätzlichkeit stets vom Kläger bewiesen werden muss und schon der misslungene Schuldbeweis, nicht erst der gelungene Unschuldbeweis die Freisprechung bedingt, so hat letztere nicht erst dann einzutreten, wenn festgestellt ist, dass der Thäter von der Widerrechtlichkeit der

nicht ausgesprochen, auch nicht beabsichtigen können, weil sonst eine Schutz- und Rechtlosigkeit der Beamten eingeführt worden wäre, welche zu den grössten Unordnungen führen müsste.*

⁸⁶⁹ Auch der öfter geltend gemachte Grund ist entschieden zurückzuweisen, dass im Falle der Rechtmässigkeit der Amtshandlung der Widerstehende auf eigene Gefahr hin handle. So Hiller, *Rechtmässigkeit* S. 73; Schwarze, *Comm.* S. 359; *Erk. des Pr. O.-Tr. v. 7. Nov. 1873* (O. XIV S. 708, 709) u. v. 21. Jan. 1876 (O. XVII S. 40, 41). Soll mit diesem Satze nicht eine ganz haltlose *praesumptio doli* aufgestellt werden, so kann er nur bedeuten, der Widerstehende besitze immer *dolus eventualis*: und diess ist einfach falsch!

Amtsausübung überzeugt gewesen sei⁸⁷⁰, sondern schon dann, wenn die Wissenschaft des Thäters von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung nachzuweisen nicht gelungen ist⁸⁷¹.

So lässt sich auch hier aus der Analyse der Norm eine begründete Ansicht über den Inhalt des Vorsatzes gewinnen⁸⁷².

⁸⁷⁰ So Oppenhoff zu § 113 n. 74, der principiell die richtige Dolusauffassung vertritt, aber durch eine falsche Auslegung des § 59 (vgl. darüber unten § 75) zu dieser Ansicht gedrängt wird.

⁸⁷¹ Die richtige Bestimmung des in § 113 u. 117 erfordernten dolus wird ohne alle Einschränkung nur von dem anonymen Recensenten von Hiller's Schrift im Gerichtssaal 1873 S. 165 und von Meyer, Lehrbuch S. 669, bes. n. 13 das., vertheidigt.

⁸⁷² Ein anderer Streit freilich lange nicht von so weittragender Bedeutung betrifft einen Bestandtheil des Vorsatzes bei dem Vergehen der unterlassenen Anzeige. »Glaubhafte Kenntniss« von dem verbrecherischen Pläne muss Jemand erhalten haben um wegen unterlassener Anzeige verantwortlich zu werden (R.-Str.-G.-B § 139, M.-St.-G.-B. § 77 u. 104). Allein wem glaubhaft? Demjenigen, der die Nachricht erhält? So Schwarze, Commentar S. 403. 404 u. John, Handbuch III S. 199, beide mit schlagenden Gründen. Oder einem seine Kunde sorgfältiger wägenden Geistesgenossen desselben? So Schütze, Lehrbuch S. 267 n. 34: »Glaubhaft ist die so beschaffene Kenntniss, dass ihr Glauben zu schenken dieses Individuum den Umständen nach Anlass hatte«; ebenso Meyer, Lehrbuch S. 687 n. 8. Oder dem Richter, der über den Unterlassenden zu urtheilen hat? (ganz seltsam Oppenhoff zu § 139 n. 3 der verlangt, der Angeschuldigte brauche der Nachricht nicht geglaubt, müsse sie aber als glaubhaft für andere verständige Menschen angesehen haben! Sehr gut ad absurdum geführt von John a. a. O. S. 199 n. 3). Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, dass diejenigen, welche den Unterlassenden auch dann strafen wollen, wenn er an die Existenz des mörderischen Vorhabens nicht glaubt, ein zweifellos zu seinen Gunsten aufgenommenes Merkmal des Thatbestandes zu seinem Nachtheile deuten. Hiesse es in den allegirten Gesetzen nur: »Wer von dem Vorhaben eines Hochverrates u. s. w. Kenntniss erhält und fehlte das »glaubhaft,« so könnte man doch nur so interpretiren: wer an die Existenz eines Planes, von dem er hört, nicht glaubt, erhält nach seiner Auffassung, die doch für den Umfang seines Wissens massgebend ist, Kenntniss von der Nichtexistenz eines solchen, jedenfalls keine Kundschaft von ihm, und kann demgemäss aus keinem dieser Gesetze verurtheilt werden. In der Aufnahme des Beiworts »glaubhaft« läge also ein schlimmer Fallstrick für den Nichtanzeigenden. Eine sichere Entscheidung des Streites kann aber meines Erachtens aus der

Ich bin am Schlusse: denn ich glaube die Identität des Delikts- und des Verbrechensvorsatzes nachgewiesen zu haben. Wissen und Wollen einer verbotenen Handlung in allen ihren Deliktsmerkmalen, nicht mehr und nicht weniger, macht den Vorsatz auch bei strafbaren Delikten aus.

Nicht Allen wird meine Beweisführung und ihr Ergebniss genehm sein. An Stelle einer ganzen Reihe von *doli* nur einen einzigen zu setzen um gleich darauf einen für einheitlich gehaltenen in eine Summe ganz verschiedenartiger Vorsätze aufzulösen mag Manchen wie ein launisches Schwanken zwischen zwei Extremen erscheinen. Allein ganz dieselbe elementare Betrachtungsweise so exakt durchgeführt, als diess in einem Recht mit oft sehr undeutlichen Normen nur irgend möglich war, zwang mich hier zur Trennung und dort zum Vereinen. Meine Ueberzeugung, dass von der Verwertung des Gegensatzes zwischen Delikt und Verbrechen, den immer tiefer zu fassen wir jetzt im Begriffe stehen, der Fortschritt unserer Wissenschaft zu einem nicht geringen Theile bedingt ist, hat sich mir von Jahr zu Jahr mehr gefestigt. Dass bei meinen Versuchen jenen Gegensatz auszumünzen Begriffe ins Schwanken gekommen sind, welche man als stabil ansah, und dass die Bewegung sich fortpflanzen wird und fortpflanzen muss auf die Gebiete derjenigen Verbrechen, deren Betrachtung ich mich an dieser Stelle nicht unterziehen konnte, ist für Manchen schlimm, für Viele unbetrachtung der Norm gewonnen werden, deren Uebertretung unter Strafe steht. Da es ganz sinnlos wäre einen Jeden zur Anzeige jedes unverbürgten Gerüchts über einen vielleicht scherzhaft ventilirten Verbrechensplan zu verpflichten, da der Staat nur existente Verbrechenspläne zur Anzeige gebracht haben will, da er den Untertanen eine Untersuchung über deren Existenz in Zweifelfällen nicht zumuten kann ohne diese in die allerschlimmsten Kollisionen mit ihren Nebenmenschen und den Strafgesetzen gegen leichtfertig übele Nachrede zu bringen, so kann er ihnen die Anzeige nur für den Fall gebieten, dass sie von solchen Verbrechensplänen ihnen glaubhafte Kunde erhalten haben. Richtig sagt John, Handbuch III S. 199: »Was ich selbst nicht für glaubhaft halte, kann mich nicht zur Denunciation verpflichten.« So geht der Vorsatz des Delinquenten auf rechtswidrige Unterlassung der Anzeige ihm glaubhaft zur Kunde gekommener Verbrechens-Pläne.

bequem, und nur für diejenigen erfreulich, welche von der Wissenschaft keinen Stillstand erwartend aus deren Bewegung die Lust zur Beschleunigung der eigenen Schritte schöpfen. Für die Ersten schreibe ich nicht, für die Zweiten möchte ich geschrieben haben, für die Letzten habe ich es gethan. mögen sie meine Ansichten loben oder. sie tadelnd. ausgehen um bessere zu finden.

§ 74. IV. Absicht und Zweck. Wissentlichkeit. Böswilligkeit und Mutwille. Arglist.

Ferne sei es von mir einen neuen Beitrag zur dogmatischen Unterscheidung von Vorsatz und Absicht innerhalb des Dolus zu geben! Der Begriff der Absicht hat für die Doluslehre gar keine Bedeutung⁸⁷³, und so sähe ich mich

⁸⁷³ Nur dann wenn es nach Vorschlag von Herrmann gelingt, die Seiten der Vorstellung und des Willens beim dolus mit Absicht und Vorsatz zu bezeichnen, würde die Unterscheidung beider Begriffe für die Lehre vom Vorsatze zu verwerten sein. Ich kann deshalb den Aufwand geistiger Kraft, der zur Feststellung der Verschiedenheit von Vorsatz und Absicht verwendet worden ist, nur beklagen. Ausser dem im Text bezeichneten verneinenden Ergebniss kann diese Anstrengung nur insofern Früchte tragen als sie sich Gegenständen widmet, die ausserhalb ihres Thema liegen. Ganz besonders ist es die Hegelsche Schule gewesen, welche jene angebliche Verschiedenheit für die Schuldlehre ausgiebig zu machen suchte, wohl nicht ohne dabei an die Aristotelische Unterscheidung von προαίρεσις (Vorsatz) und βούλησις (Absicht) anzuknüpfen (vgl. Hildenbrand, Gesch. der Rechts- und Staatsphilos. I S. 276 ff.). S. Hegel, Rechtsphilosophie § 105 ff. (der Vorsatz und die Schuld); § 119 ff. (Die Absicht und das Wohl); A begg, Lehrbuch § 83; Berner, Imputationslehre S. 179 ff.; 184; davon abweichend Theilnahme S. 66 ff. (vgl. oben N. 617); Köstlin Revision S. 744 ff. (»Der Begriff der Absicht ist es, um den sich der Fortschritt in der Strafrechtswissenschaft drehen muss, wie er sich seinerzeit geschichtlich darum gedreht hat«); ders. System I S. 158 ff.; 181 ff.; Hälschner,

nicht veranlasst ihm irgend welche Aufmerksamkeit zu schenken, wenn nicht unsere Strafgesetzbücher diess notwendig machten.

System I S. 122 ff.; Heffter, Lehrbuch § 62; Krug, Dolus u. Culpa S. 28. 82; Rubo, Quae sit doli natura? S. 8; Osenbrüggen, Abhandl. I S. 13 ff.; Bekker, Theorie I S. 283 ff.; bes. 309 ff.; Gessler, Dolus S. 80 ff.; Geib, Lehrbuch II S. 247 (der die Unterscheidung als eine in prakt. Bezieh. ebenso müssige und unfruchtbare als sprachlich gezwungene bezeichnet); Dollmann, Commentar S. 77; Stenglein, Comm. I S. 386; Wahlberg, Gesamm. Schriften I S. 38. 39. 51. 59; Schaper, in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 186 ff.; 195 ff.; v. Bar, Causalzusammenhang S. 35 ff.; v. Buri, Causal. S. 41. 42; Schütze, Lehrbuch S. 128; Meyer, Lehrbuch S. 181. — Dazu vgl. noch die oben N. 614 (bes. S. 392 unten) cit. Abhandlungen. — Wie wenig wertvoll jene Unterscheidung der Begriffe selbst bei solchen ist, die grosses Gewicht darauf legen, möchte ich an zwei Beispielen nachweisen. Berner, Lehrbuch § 94 sagt: »Als Vorsatz bezeichnet das Strafrecht den Grad der Tiefe und Entschiedenheit (welchen Grad?) des verbrecherischen Willens. Der Wille tritt hier auf als wirksame Ursache;« »Absicht — lesen wir in § 95 — heisst der Wille in seiner Richtung auf den verbrecherischen Erfolg.« Beide Begriffe stehen nun bei Berner ersichtlich in gar keinem Verhältnisse zu einander, und der »Vorsatz« leidet an den beiden argen Gebrechen, dass er als Quantitätsbezeichnung gebraucht wird, ohne dass die Quantität an Energie, die er bezeichnen sollte, irgend vom Verf. angegeben würde, und ferner, dass er gar kein dem Dolusgebiet angehöriger Begriff ist, sondern auf die Fahrlässigkeit (denn auch sie ist verbrecherischer Wille) mit erstreckt wird. Das Wollen des Erfolges aber, welcher der Absicht wesentlich sein soll, ist ein ganz vager Begriff; was für ein Erfolg ist es denn, auf den sie sich richtet: der juristische Endpunkt der Handlung? oder der jenseits ihrer liegende der Beseitigung des Motives? oder der Erfolg des Verbrechens auf die Gesellschaft? — Bei Hälschner, System I S. 122 ff. sollen Vorsatz und Absicht zwei Relationen bezeichnen: Vorsatz ist das Verhältniss des Erfolges der Handlung zum Willen, wonach das Geschehene ein Gewolltes ist; Absicht ist das Verhältniss des Erfolges zur Denkhätigkeit des Handelnden, wonach dieser als in sich abgeschlossene Thatsache in ihrer Wirklichkeit denkend vorher gesetzt war. Danach müsste man annehmen, dass von Vorsatz u. Absicht erst nach Eintritt des Erfolges die Rede sein könnte! Allein S. 122 unten sehen wir die Absicht entstanden vor aller That u. zwar mit dem Beschluss auf Grund vorausgegangener Beratung. — Mit der Absicht — also wieder vor aller That — ist aber sofort auch notwendig der Vorsatz gegeben, da das Gedachte, »das zugleich für den Willen als ein zu Verwirk-

In ihnen findet sich nemlich eine ganze Anzahl von Ausdrucksweisen, welche alle eine bestimmte Intention des Verbrechens bezeichnen, und deren Beziehung zum Vorsatz nichts weniger als augenfällig klar liegt. Es gilt zu untersuchen, ob sie nur Synonyma des Vorsatzes sind oder aber selbständige Bedeutung beanspruchen, und worin diese dann besteht? Ich beginne

I. mit der Absicht⁸⁷⁴ und dem ihr verwandte Zwecke^{875 · 876}.

lichendes gesetzt ist,« in dieser Beziehung als Vorsatz erscheint. Da nach wäre also die Absicht Vorstellung, und der Vorsatz die auf Realisirung dieser Vorstellung gerichtete Wille, und beide existirten vor dem Erfolg. Gleich darauf aber (S. 123) sind Absicht u. Vorsatz beide wesentlich Wille, aber Wille verschiedenen Inhaltes »insofern, als die Absicht sich auf den Erfolg, der Vorsatz sich auf die Thätigkeit bezieht, durch welche die Absicht ihre Verwirklichung finden soll: und wenige Zeilen später (S. 124) sind wieder »Absicht und Vorsatz nur die Bezeichnung der konkreten Form, in welcher das Wollen und das Denken in der Handlung sich darstellen.« Es werden also nicht wenige als drei ganz verschiedene Begriffe mit demselben Wortpaar verbunden. Daneben fällt der Vorwurf gegen Hermann's so klare Abhandlung, sie sei über das Verhältniss von Absicht und Vorsatz noch weniger zu Klarheit gekommen als Berner, einigermassen auf.

⁸⁷⁴ Die Quellenstellen sind oben S. 462 n. 671 zusammengestellt. Zu vergleichen ist die Ausführung in Bd. I S. 116—121.

⁸⁷⁵ Zweck findet sich R.-Str.-G.-B. § 128. 129 (Zw. die Vollziehung v. Gesetz. durch ungesetzl. Mittel zu hindern). 147. 151 (z. Zw. eine Münzverbrechens). 177, 1. 191. 235 (gewinnsücht. oder unsittl. Zwecke). 267. 270. 273 (z. Zwecke der Täuschung). 334, 2 (Zw. den Richter zu parteil. Entscheidung einer Rechtssache zu bestimmen). 363 (z. Zw. besseren Fortkommens). — M.-Str.-G.-B. § 47 (Handlung, welche ein Verbrechen bezweckt). Vgl. auch Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 149; Ges. betr. die Sicher. der Zollvereinsgränze v. 1. Juli 1869 A. 8 (den Schleichhandel zum Zweck haben). — Die Erwähnung der Zwecke in R.-Str.-G.-B. § 317. 318. 320. 322. 329. 350 ist für unsere Untersuchung irrelevant. —

⁸⁷⁶ Eine Bezeichnung, welche vielfach an Stelle von Absicht und Zweck gebraucht wird, ist »um zu.« Vgl. R.-Str.-G.-B. § 87. 131. 146. 181, 1. 214. 229, 1. 234. 236. 237. 252. 253. 257, 1 u. 2. 266 a. E. 279. 282 n. 2. 298. 307, 3. 333. 334, 1. 363, 1. 370, 6. M.-Str.-G.-B. § 124. 128. Seemannsordnung § 81. 93, 1. 99, 2. Ges. betr. d. Sicher. der Zollvereinsgränze v. 1. Juli 1869 A. 8.

Schon an anderer Stelle ist darauf aufmerksam gemacht, dass die Absicht sehr häufig gar nichts anders bedeutet als den Vorsatz⁸⁷⁷. So spricht das Gesetz vom »beabsichtigten Verbrechen«⁸⁷⁸, von der absichtlichen Anreizung zum Zweikampf (§ 210), von der Absicht widerrechtlicher Zueignung⁸⁷⁹, von rechtswidriger, diebischer und räuberischer Absicht⁸⁸⁰, von der Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen⁸⁸¹, von der Absicht sich seiner gesetzlichen Dienstpflicht zu entziehen⁸⁸², von der Absicht Jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen⁸⁸³, von der Absicht zu schädigen oder zu benachtheiligen⁸⁸⁴. Bei den Fälschungsverbrechen bezeichnet das Wort öfter den Vorsatz, sofern er auf den Endpunkt des Delikts gerichtet ist. So bei der Münzfälschung und bei der Stempelpapierfälschung die Absicht

⁸⁷⁷ Bd. I S. 118 n. 210. Das dort gegebene Paragraphen-Verzeich. muss hier eine Berichtigung erfahren.

⁸⁷⁸ R.-Str.-G.-B. § 43. 46.

⁸⁷⁹ Das. § 242. 249. M.-Str.-G.-B. § 129 n. 1 u. 134.

⁸⁸⁰ R.-Str.-G.-B. § 243, 7. 250, 4 (vgl. die betrüger. Abs. in § 265, 1). 267. 289.

⁸⁸¹ Vgl. darüber I S. 119—121; die Quellen das. S. 120 n. 214 u. oben N. 671. Uebrigens darf nicht übersehen werden, dass vereinzelt im Gesetz die Gewinnsucht wirklich allein als gemeines Motiv in Betracht kommt und sich nicht als Vorsatz darstellt: so in § 235.

⁸⁸² R.-Str.-G.-B. § 140. 143. M.-Str.-G.-B. § 69. 83.

⁸⁸³ R.-Str.-G.-B. § 346.

⁸⁸⁴ S. oben N. 671 u. Bd. I S. 119 n. 213. Das Erk. des Pr. O.-Tr. v. 14. März 1871 (O. XII S. 177 ff.) stellt fest, dass der § 266, 1 indem er Absicht fordere, mehr verlange als Pr. § 246, 1, der sich mit Vorsatz begnüge. »Hiernach war es damals nicht grade erforderlich, dass die Handlung eine Vermög.-Beschäd. der anvertrauten Person . . . z. Zwecke gehabt haben musste; es genügte, wenn diese treulos mit dem Bewusst. der Widerrechtl. geschah.« Anders B.-Str.-G.-B. § 266. — Ebenso Erk. des Pr. O.-Tr. v. 7. Mai 1875 (O. XVI S. 357. 358). — Allein diese Entscheidungen übersehen, dass Vorsatz u. Absicht auch nach dem R.-Str.-G.-B. sehr vielfach und insbes. in § 266 identisch sind, und dass kein Grund vorliegt auch nur einen Theil der vorsätzlichen Benachtheiligung des Mündels durch den Vormund straflos zu lassen. Richtig Erk. des Preuss. O.-A.-G. v. 14. Dez. 1872 (O. XIII S. 667).

das Geld oder das unechte Stempelpapier als echt zu gebrauchen⁸⁸⁵.

Allein darin erschöpft sich ihre Bedeutung im gemeinen Strafrechte nicht. Nun begeht Niemand ein Verbrechen um des Verbrechens Willen: vielmehr soll es immer nur Mittel zum Zweck sein, und dieser Zweck, auf den es der Thäter absieht, besteht immer in der Beseitigung des Motives, welches zum Handeln getrieben hat. So kann das Wort Absicht sehr wohl für die Intention des Thäters gebraucht werden sich in eine Lage zu versetzen, die grade weil sie das gewährt, dessen Mangel zum Handeln trieb, den Anreiz dazu beseitigt. Die Absicht geht dann auf Stillung des Beweggrundes. Ihr Ziel liegt über den Endpunkt des Verbrechens hinaus: die vorsätzliche That ist nur das Mittel zur Erreichung der Absicht⁸⁸⁶.

Regelmässig wird die Absicht auch vom gemeinen Rechte der Gegenwart in diesem Verhältniss zum Vorsatze gedacht: allein das Ziel der Absicht ist auch mehrfach in grösserer Nähe gesteckt: der Thäter sieht es auf eine Handlung ab, weil diese Mittel zur Realisirung des Vorsatzes ist: sein nächster Zweck besteht in der Förderung der Dolusverwirklichung. So sagt das R.-Str.-G.-B. § 48 vom Anstifter, dass er einen Andern vorsätzlich durch absichtliche Herbeiführung eines Irrthums zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt habe, und ganz analog kennt das M.-Str.-G.-B. § 85, 2 »die absichtlich veranlasste Trunkenheit« als Mittel zur Begehung des Verbrechens der Feigheit. Hier dient also umgekehrt die Absicht als Mittel des Vorsatzes, richtiger gesagt, ein Theil der vorsätzlichen Thätigkeit wird eine absichtliche genannt, und wir stehen vor Fällen der Synonymität beider Ausdrücke.

Und so bleibt nur die kriminalistische Bedeutung der-

⁸⁸⁵ R.-Str.-G.-B. § 146. 147. 275, 2. Ganz analog ist das »in rechtswidr. Absicht« in § 267 zu deuten. S. Bd. I S. 117 ff.

⁸⁸⁶ Ueber die Absicht in diesem Sinne finden sich neben manchem Unhaltbaren gute Bemerkungen bei Ortloff, Gerichtssaal 1864 S. 70 ff. u. 107 ff.

jenigen Absicht zu untersuchen, welche mit dem Vorsatz nicht zusammenfallend sich auf ein jenseits der That also ganz ausserhalb derselben liegendes Ziel richtet.

Diese Absicht kann nichts Anderes sein und ist nichts Anderes als ein Symptom zur Bemessung des Strafgehaltes der Delikte⁸⁹⁷: sie ist ein Strafbarkeitsmerkmal ganz unabhängig von dem des Vorsatzes⁸⁹⁸, und wenn sie auch in den gemeinen Gesetzen lediglich zur Präcisirung des Strafgehaltes vorsätzlicher Delikte verwandt wird, so wäre es ganz unrichtig ihr alle Bedeutung für das Gebiet der Fahrlässigkeit absprechen zu wollen. Wer um einem in Todesgefahr schwebenden Kinde Hülfe zu bringen fortstürzt und dadurch einen Menschen fahrlässig verletzt, für den wird seine Absicht auch eine geringere Fahrlässigkeit bezeugen.

Die Absicht kommt also nie als solche, sondern stets nur als Beweismittel für die Intensität der Verschuldung, neben der sie auftritt, in Betracht. So die Absicht bei der Herausforderung, dass einer von beiden Theilen das Leben verlieren soll (§ 202), die Absicht beim Kinderraub die Person zum Betteln oder zu gewinnstüchtigen oder unsittlichen Zwecken zu gebrauchen (§ 235), die Absicht Jemandem eine schwere Körperverletzung zuzufügen⁸⁹⁹, die Absicht bei der Uberschwemmungsstiftung das Eigentum des Thäters dadurch zu

⁸⁹⁷ Interessanterweise umfasst die Absicht öfter den Vorsatz u. ein ausser ihm liegendes Strafbarkeitsmerkmal: so R.-Str.-G.-B. § 124: »in der Absicht Gewaltthatigkeiten . . . mit vereinten Kräften zu begehen;« § 275, 3: Briefkouvets etc. in der Absicht verfälschen sie zu einem höheren Werte (nicht nur als echt) zu verwenden; § 307, 2: die Brandstiftung in der Absicht begehen um »unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu verüben« u. s. w.

⁸⁹⁸ Dem Richtigen sehr nahe Ortloff a. a. O. S. 121: »derartige Modalitäten (wie Rachsucht, Schadenfreude u. s. w.), welche noch ausserhalb der allgemeinen Schuldart Vorsatz liegen, haben bei Bemessung der Strafbarkeit ihre innere Berechtigung und können nur durch das Wort Absicht oder durch Umschreibungen des darin enthaltenen Begriffes . . . kenntlich gemacht werden.«

⁸⁹⁹ R.-Str.-G.-B. § 225; M.-Str.-G.-B. § 123.

Schützen (§ 313), die Absicht des Beamten in § 353* »seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten«⁹⁰.

Aus dieser Verschiedenheit der Absicht vom Vorsatze lassen sich einige nicht ganz unwichtige Konsequenzen ableiten.

1. Während scharf zwischen wirklichem und Putativ-Vorsatz zu unterscheiden ist, und derjenige z. B. des Vorsatzes ermangelt, der eine Sache, die er fälschlich für die seinige hält, dem Faustpfandgläubiger wegnimmt (§ 289), so ist eine analoge Unterscheidung bei jener Absicht unzulässig. Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigentum vorsätzlich eine Ueberschwemmung stiftet, muss mit der milderen Strafe des § 313, 2 auch dann belegt werden, wenn er durch die That nur sein vermeintliches Eigentum schützen wollte. Handelt es sich hier doch lediglich um einen Gradmesser für die Intensität des Vorsatzes: und dafür kommt es lediglich auf die Vorstellung des Thäters, nicht aber auf ihre Congruenz mit der Wirklichkeit an. Die Absicht kann sich desshalb auch auf etwas absolut Unmögliches richten und muss dann doch Berücksichtigung finden.

2. Die Verwirklichung dieser Absicht duldet die Unterscheidung von Versuch und Vollendung nicht und bildet jedenfalls keinen Bestandtheil des vorsätzlichen Verbrechens mehr, welches von der Absicht begleitet wird.

3. Deutet man die Absicht, wo sie dem Vorsatze synonym ist, als Absicht in dem zuletzt ausgeführten Sinne. so

⁹⁰ Da die Absicht noch etwas ausserhalb des Vorsatzes liegendes ist, so muss es für die Vertheidigung sehr verlockend sein, auch bei nachgewiesenem Vorsatze und bei solchen Verbrechen, die nicht noch ausser dem Vorsatze eine bestimmte Absicht verlangen, wegen mangelnder Absicht Freisprechung zu beantragen, die Absicht also in möglichst viele Thatbestände einzuschmuggeln. So haben unsere höchsten Gerichtshöfe allzuhäufig die Aufgabe solches Ansinnen zurückzuweisen, u. beispielsweise festzustellen, dass zum Hausfriedensbruch, zur Beleidigung, zur Störung des Gottesdienstes, zum Arrestbruch, zur Körperverletzung, zum Kinderraub u. s. w. Vorsatz genüge, und nicht noch eine bestimmte Absicht Voraussetzung der Bestrafung sei.



stösst man leicht aus einem Verbrechen, zu welchem der Gesetzgeber Vorsatz verlangt, das ganze Schuldmoment aus⁸⁹¹.

4. Bei wegfallendem Vorsatze kann die übrig bleibende Absicht nie als genügendes Fundament für eine Strafverhängung angesehen werden⁸⁹².

Ganz analog wie mit der Absicht verhält es sich im gemeinen Strafrechte mit dem Zweck: bald ist der Zweck das Ziel der Absicht und das Verbrechen ist Mittel zum ausser ihm liegenden Zweck, bald wird die Begehung des Verbrechens selbst als Zweck bezeichnet: so spricht R.-Str.-G.-B. § 151 von der Anfertigung von Stempeln zum Zwecke eines Münzverbrechens, und M.-Str.-G.-B. § 74 von Handlungen, welche ein Verbrechen bezwecken.

Bald fällt der Zweck zusammen mit dem juristischen Endpunkte des vorsätzlichen Delikts, und denselben bezwecken und den Vorsatz darauf richten, ist identisch. So bedroht § 147 denjenigen, welcher nachgemachtes Geld sich verschafft und zum Zwecke der Verbreitung aus dem Aus-

⁸⁹¹ Vgl. oben S. 468 n. 680 die Ansicht von Herzog über die Begünstigung (§ 257).

⁸⁹² Diese wichtige Thatsache wird bei Auslegung der §§ 192 u. 193 öfter nicht genügend beachtet. Die sog. »Absicht zu beleidigen« kann einen Thatbestand nie als strafbar erscheinen lassen, falls nicht eine rechtswidrige Verletzung fremder Ehre darin steckt. Nun ist jede Ehre von der sittlichen und rechtlichen Führung ihres Trägers abhängig; wer durch Unsittlichkeit einen Theil seiner Ehre verwirkt, kann bezüglich dieses ihm verlustig gegangenen Theiles nicht mehr injuriös angegriffen werden. Sind also die erhobenen Vorwürfe wahr, die tadelnden Urtheile und die Rügen der Vorgesetzten gegründet, so kann die Absicht durch jene Vorwürfe, Urtheile oder Rügen Jemanden empfindlich zu treffen, den Thatbestand einer Ehrbeleidigung in keiner Weise konstituieren. Und vom Vorhandensein einer solchen macht doch sowohl § 192 als § 193 die Strafbarkeit abhängig. Etwas anders steht die Sache bezüglich der Aeusserungen zur Ausführung oder Vertheidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. Diese sollen auch für den Fall, dass sie injuriös sind, in Anbetracht ihres Anlasses privilegiert werden, und deshalb kann bei ihnen der Hinzutritt der Absicht zu beleidigen allerdings als strafbegründend angesehen werden.

lande einführt, und § 177 denjenigen, der »eine Frauensperson zum ausscherehelichen Beischlafe missbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewusstlosen Zustand versetzt hat«. Bald liegt der Zweck jenseits der verbrecherischen That und dient nur dazu, deren Strafgehalt zu bemessen. So der »Zweck des besseren Fortkommens« bei der Fälschung des § 363, die gewinnstüchtigen und unsittlichen Zwecke beim Kinderraub (§ 235) u. s. w.

Die Bezeichnung »um zu« bedeutet in einzelnen Fällen genau so viel wie vorsätzlich⁸⁹³, bei weitem am häufigsten bezeichnet es den Vorsatz, sofern er auf Herbeiführung des juristischen Endpunktes des Deliktes gerichtet ist⁸⁹⁴; hier und da steht es zur Charakterisirung des Verbrechensmotives als eines Strafbarkeitsmerkmals⁸⁹⁵, und an einer Stelle bedeutet es das Motiv einer strafscharfenden Handlung⁸⁹⁶.

II. In einer etwas anderen Beziehung steht die Wissentlichkeit zum Vorsatze⁸⁹⁷. Man könnte erwarten diese in drei Bedeutungen verwertet zu finden: als Synonymum mit Vorsatz, als Bezeichnung der Wissenschaft von einem oder von mehreren, aber nicht von allen Deliktsmerkmalen einer verbrecherischen Handlung, somit als Bezeichnung für einen Theil des Vorsatzes, endlich als Wissenschaft von Strafbarkeitsmerkmalen⁸⁹⁸. Nun ist es allerdings richtig, dass im

⁸⁹³ R.-Str.-G.-B. § 229, 1: »um dessen Gesundheit zu beschädigen«. Ges. betr. die Sicher. der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 A. 8: »ein Schiff auslegen, um dasselbe als unverzollte Waarenniederlage behufs eines unerlaubten Verkehrs mit dem Zollgebiete zu benutzen«.

⁸⁹⁴ R.-Str.-G.-B. § 87 (vgl. § 92 n. 2). 131. 146. 181. 234. 253. 257, 1 u. 2. 266 a. E. 279. 282, 2. 298. 333. 334, 1. 363. M.-Str.-G.-B. § 128. Seemannsordnung § 81. 93, 1. 99, 2.

⁸⁹⁵ R.-Str.-G.-B. 214. 236. 237. 252. 370, 6.

⁸⁹⁶ R.-Str.-G.-B. § 307, 3.

⁸⁹⁷ Der Kuriosität halber sei erwähnt, dass die wissentliche Anstellung eines bestraften Defraudanten als Verwalter oder Gewerbagehülfen in mehreren Steuergesetzen als Fahrlässigkeit in der Auswahl charakterisirt wird. Vgl. z. B. Ges. wegen Erhebung der Brausteuer v. 31. Mai 1872 § 38.

⁸⁹⁸ Kann doch die Wissenschaft derselben Thatsache in dem einen

hentlichen Rechte solche Strafbarkeitsmerkmale im Wissen von Thatsachen bestehen, wie z. B. im Wissen von der Fürstenqualität des Beleidigten, von der Ascendentenqualität des Erschlagenen: allein seltsamerweise enthalten die gemeinrechtlichen Gesetze keine Stelle, welche die ausdrücklich hervorgehobene Wissenschaft auf derartige ausserhalb des Dolus liegende Strafbarkeitsmerkmale bezöge.

In den seltneren Fällen ist sie vielmehr identisch mit Vorsätzlichkeit — und in Einigen davon wird sie ausdrücklich auf die Widerrechtlichkeit mit erstreckt —⁸⁹⁹, in allen anderen wird sie nur bezüglich einzelner Deliktsmerkmale hervorgehoben: freilich gilt für das heutige Recht dasselbe wie für das römische⁹⁰⁰: die Wissenschaft wird auch heute immer auf den springenden Punkt gestellt, und macht so — von ganz verschwindenden Ausnahmen abgesehen — dem Wissenden die bona fides unmöglich^{901 · 902}.

Fall Bestandtheil des Vorsatzes, in einem andern Wissen um ein Strafbarkeitsmerkmal sein. So die Wissenschaft um die Bundesfürstenqualität des Angegriffenen. Beim Hochverrat Bestandtheil des Vorsatzes ist sie bei der »Beleidigung von Bundesfürsten« nur Wissen um ein Strafbarkeitsmerkmal. Desshalb schliesst dort die Unwissenheit den Dolus aus, hier bleibt er trotz ihrer bestehen. Der Vorsatz bei dieser qualificirten Beleidigung (§ 94 ff.) wird bedenklich verkannt in dem Erk. des Pr. O.-Tr. v. 2. Juni 1874 (O. XV S. 350 ff.)

⁸⁹⁹ R.-Str.-G.-B. § 48. 49. 327. 328. M.-Str.-G.-B. § 118. Gesetz über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 14. Vgl. R.-Str.-G.-B. § 345. 352. 353. »Mit Vorwissen« heisst vorsätzlich und »ohne Wissen« ohne Vorsatz in den Note 671 a. E. cit. Stellen.

⁹⁰⁰ S. oben S. 309.

⁹⁰¹ Vgl. R.-Str.-G.-B. § 92, 1. 127. 131. 144. 153. 154. 156. 159. 164. 171. 187. 189. 257. 259. 270. 273. 275, 1. 276. 278. 302, 3. 324. 338. 344. 354. 355. 363, 1. 364. M.-Str.-G.-B. § 90. 139. 143. Vgl. dazu oben S. 498. 499.

⁹⁰² Einen zu subtilen Unterschied zwischen wissentlich und vorsätzlich versucht d. Erk. des Pr. O.-Tr. v. 3. April 1871 (O. XII S. 194 ff.) zu machen. Danach soll wissentlich stets nur die Kenntniss bereits in der Vergangenheit liegender oder gleichzeitiger Thatbestände bedeuten, vorsätzlich dagegen sich auf die Zukunft beziehen. Die Handlung »ist eine vorsätzliche mit Rücksicht auf den Erfolg«. — Danach verletzte z. B. derjenige nicht »wissentlich« die getroffenen Absperrungs-Maassregeln, der

III. Zum Schlusse soll noch das Verhalten des Vorsatzes zu seinen Spielarten der Böswilligkeit und Mutwilligkeit⁹⁰³ und der Arglist⁹⁰⁴ festgestellt werden. Es ist zunächst als feststehend zu betrachten, dass die böswillige wie die mutwillige wie die arglistige Thätigkeit Fälle des dolosen Handelns darstellen und dass auch der Mutwille mit der Fahrlässigkeit nichts zu thun hat. Es erhellt des Weiteren ganz klar aus M.-Str.-G.-B. § 132, dass die Böswilligkeit (*dolus malus*) nur das Gegenstück zur Mutwilligkeit (*culpa lata, lascivia*) bildet⁹⁰⁵, dass beide zusammen das Gebiet der vorsätzlichen Thätigkeit erschöpfen. Von diesen beiden relativen Begriffen ist der des Mutwillens der leichter feststellbare, weil sich der Mutwille in allen Fällen sehr ähnlich ist. Der Mutwillige handelt aus überquellender Thatlust, und lieber als diese zu bändigen und das frohe Eingreifen in die Aussenwelt zu missen nimmt er auch die Rechtswidrigkeit der Handlung in den Kauf. Der Böswillige freut sich entweder an der Rechtswidrigkeit seiner That oder an ihrer verderblichen Wirkung als solcher. Boshafte Verheerung fremder Sachen ist z. B. die Verheerung in der

seinen ahnungslosen Knecht mit Vieh nach der gesperrten Grenze hin absendet.

⁹⁰³ Der Gegensatz in seinen beiden Theilen begegnet nur M.-Str.-G.-B. § 132: »Boshafte oder mutwillige Verheerung . . . fremder Sachen im Felde wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren, in schweren Fällen der Plünderung gleich bestraft«. Öffentliches boshafte Quälen der Thiere stellt R.-Str.-G.-B. § 360 n. 13 unter Strafe. »Böswillig« muss das Wegnehmen oder Zerstören der öffentlichen Zeichen der Autorität in § 135 und § 103^a, ferner das Abreißen von öffentlich angeschlagenen Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehlen oder Anzeigen von Behörden in § 134 geschehen, sollen diese Handlungen überhaupt strafbar sein. Nach § 366, 3 wird gestraft, »wer auf öffentlichen Wegen u. s. w. das Vorbeifahren Anderer mutwillig verhindert«.

⁹⁰⁴ S. R.-Str.-G.-B. § 170. Arglistiges Verschweigen von Ehehindernissen bei Eingehung der Ehe und arglistige Verleitung des andern Theils durch Täuschung zur Eheschliessung (vgl. die hinterlistigen Kunstgriffe des § 181, 1).

⁹⁰⁵ A. M. scheint Meyer, Lehrbuch S. 679 n. 2.

Absicht die Eigentümer zu schädigen oder sie zu kränken oder eine Notlage herbeizuführen oder dem Verbote der Führer zum Trotze zu wüsten oder die Sachen nicht in die Hände der Truppen von morgen fallen zu lassen.

Bei dem böswilligen Abreißen oder Verunstalten von öffentlich angeschlagenen Bekanntmachungen und Verordnungen muss der Thäter mindestens die Absicht haben den öffentlichen Anschlag illusorisch zu machen; möglicherweise soll seine That auch noch dazu dienen die Behörden oder Beamten zu verhöhnen, sie zu ärgern oder sie dem hässlichen Spotte preiszugeben. Wer aus Mutwillen und gereizt durch die Komik der projektirten Verunstaltung sich zu solcher hinreissen lässt, verfällt dem § 134 mit Nichten. Ganz entsprechend ist die Böswilligkeit der §§ 103* und 135 aufzufassen⁹⁰⁶.

Die Arglist des § 170 endlich ist eine täuschende Vorsätzlichkeit den andern Theil zum Abschluss einer Ehe zu bewegen, welche er bei Einsicht in die Sachlage nach Ansicht des Täuschenden nicht eingegangen wäre. Geschieht das Verschweigen um den andern Theil nicht unglücklich zu machen oder aus Lässigkeit, so ist die Strafandrohung des § 170 unanwendbar⁹⁰⁷.

§ 75. V. Die wirklichen und angeblichen Anomalien des Schuldbeweises im gemeinen Strafrechte, insbesondere bei Uebertretungen.

Zwei Interessen des Staates bei seiner Strafrechtspflege versöhnen sich schwer mit einander: das der möglichst aus-

⁹⁰⁶ Vgl. Bd. I S. 126 ff. bes. S. 128 n. 225. Oppenhoff, Comm. zu § 134 n. 4; Schwarze, Comm. S. 397; Rüdorff, Comm. zu § 134 n. 2; John in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 187, der übrigens manche Fälle als böswillig bezeichnet, die auch wohl mutwillig begangen sein können, z. B. die Verunstaltung um die Bekanntmachung lächerlich erscheinen zu lassen.

⁹⁰⁷ S. auch Oppenhoff, Comm. zu § 170 n. 3; zu weit gehend Schwarze, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 284.

nahmlosen Anwendung des Strafgesetzes auf alle ihm unterfallenden wirklich geschehenen Verbrechen, und das ausschliesslich gerechter Bestrafung nur auf bewiesene Schuld hin. Das zweite fordert vom Staate resignirenden Verzicht auf jeden Versuch das vielleicht vollführte aber nicht nachweisliche Verbrechen unter Strafe zu ziehen; das erste drängt ihn den unmöglichen Beweis möglich zu machen, damit das Beweisrecht nicht zum Asyl des Verbrechers werde. Es ist für jede Zeit und jeden Staat höchst charakteristisch, weil meist nur aus ihren inneren Bedürfnissen heraus erklärlich, welches der beiden Interessen die Oberhand gewinnt? Aber freilich die Macht des Beharrens kann auch Veranlassung werden einen traditionellen Standpunkt festzuhalten, der keine innere Rechtfertigung mehr findet. Und so fragt sich zum Schlusse, in welchem Umfange das heutige deutsche Reich die Grenzen der Strafbarkeit über das dem Beklagten voll bewiesene Delikt hinaus erweitere, und in welchem Umfange sich diese Erweiterung rechtfertigen lasse?

I. Hier bedarf zunächst R.-Str.-G.-B. § 59 der Betrachtung und zwar in einer doppelten Beziehung⁹⁰⁸. Man könnte — sich anlehnend an den Wortklang desselben und an die Verwandtschaft der Ausdrücke *error facti* und Nichtkenntniss »von Thatumständen, die zum gesetzlichen Thatbestande gehören«, — den § 59 nur auf den sog. faktischen Irrtum beziehen und aus seinem anscheinenden Schweigen über den Rechtsirrtum folgern wollen, der § statuiere die Einflusslosigkeit des Letzteren auf die Zurechnung, insbesondere die Unzulässigkeit der Berufung auf Normunkenntniss gegenüber dem Vorwurfe dolosen Handelns⁹⁰⁹. Es würde dann dem

⁹⁰⁸ Die Bedeutung des § für die Irrtumslehre kann erst im folg. Buche gewürdigt werden; einstweilen verweise ich auf Oetker, Rechtsirrtum S. 81 ff.

⁹⁰⁹ Diess ist im Wesentlichen die Ansicht Oppenhoff's, Komm. S. 111 n. 7 u. zu § 59 n. 15. S. auch die Präjudizien das. S. 111 n. 7 u. bei Pezold, Die deutsche Strafrechtspraxis S. 41 n. 3. — Dass § 59, 1 mit der »Lehre vom Dolus . . . in keinerlei Zusammenhang stehe«, behauptet seltsamerweise Rubo, Commentar S. 495.

Gesetze eine im Einzelfalle unwiderlegliche Präsumtion der Kenntniss sämtlicher Normen zu Grunde liegen.

Allein der § 59 hat mit der Scheidung des Irrtums in Rechts- und faktischen Irrtum und mit der Glaublichkeit oder Unglaublichkeit der Vorschüttung des ersteren gar nichts zu thun: er beschäftigt sich lediglich mit dem Irrtum über Thatumstände, die zum gesetzlichen Thatbestande gehören. Nun giebt es keinen Thatumstand, der für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre als grade das Verbotensein der Handlung. Der Unwissenheit des Verbotenseins gilt somit die Satzung des § 59 gleichfalls, was selbst Oppenhoff⁹¹⁰ für diejenigen Fälle anerkennt, wo bei einem Straffalle das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erfordert werde. Bei welchem vorsätzlichen Delikte wird aber diese Wissenschaft nicht gefordert? Kennt also der Thäter die Rechtswidrigkeit seiner That nicht, so kann nach § 59 das Strafgesetz gegen das vorsätzliche Verbrechen auf ihn keine Anwendung finden. Und zwar gilt diess gleichmässig für Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen; denn es giebt absolut keinen Grund den § 59 auf irgend welche Polizeidelikte nicht zu beziehen⁹¹¹.

Im ganzen deutschen Reichsstrafrechte giebt es nur ein einziges Spezialgesetz, welches sich mit der Unbekanntschaft der Normen ex professo beschäftigt: das ist das Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869⁹¹². Dieses lautet im § 163: »Unbekanntschaft mit den Vorschriften dieses Gesetzes und der in Folge desselben gehörig bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften soll Niemand, auch nicht

⁹¹⁰ Commentar § 59 n. 7 a. E.

⁹¹¹ Ganz unbegreiflich die Willkür Oppenhoff's, Komm. zu § 59 n. 9 u. zur Ueberschrift des Abschnittes 29 n. 9, der nicht einmal einen Scheingrund für seine allen Regeln der Gesetzesauslegung spottende Behauptung aufzusuchen für nötig erachtet. S. dagegen die Entscheidungen des R.-O.-H.-G. v. 20. Sept. 1872 (bei St. II S. 17 ff.), des Preuss. O.-Tr. v. 15. Jan. 1874 (bei O. XV S. 30 ff.), des bayr. Kassationshofes v. 31. Nov. 1873 (Samml. III. S. 97 ff.; bei St. III S. 237).

⁹¹² Bundesgesetzblatt 1869 N. 30 S. 317 ff.

den Ausländern, zur Entschuldigung gereichen«. ⁹¹³ Hält man mit dieser Bestimmung die Strafsatzungen desselben Gesetzes § 134 ff. zusammen, so kann kein Zweifel sein, dass auch die Strafe der vorsätzlichen That durch solche Unbekanntschaft nicht ausgeschlossen werden soll. Es leuchtet ein, wie gross das Interesse des Staatssäckels sein muss grade bei Zollkonventionen das Beweisverfahren möglichst zu vereinfachen und deshalb jenen Einwand abzuschneiden. Diese ganz singuläre Bestimmung darf selbstverständlich in keiner Weise auf dem Wege der Analogie in andere Gesetze eingeführt werden.

Eine Rechtsvermutung für die Kenntniss sämtlicher Normen ist also dem gemeinen Rechte fremd. Dem Beklagten muss vielmehr die Wissenschaft der Rechtswidrigkeit bewiesen werden, soll ihn die Strafe des Vorsatzes treffen. Oder löst ihn vielleicht nur der gelungene Beweis seiner Unkenntniss und nicht schon der misslungene Beweis seiner Kenntniss? Drückt sich doch § 59 dahin aus, dass die Unkenntniss von Thatumständen, nicht dass schon der misslungene Beweis der Kenntniss die Zurechnung ausschliesse! Allein § 59 ist Bestandtheil eines materiellrechtlichen Gesetzes. Er, wie seine Vorgänger und Nachfolger im 4. Abschnitt wollen nur vom Standpunkte des materiellen Rechtes die »Gründe« angeben, »welche die Strafe ausschliessen oder mildern«; sie beabsichtigten dagegen gar nicht sich mit der Regelung der Beweislast zu befassen ⁹¹⁴. Und wie Niemand auf den Einfall kommen kann, § 51 sichere nur dem Straflosigkeit zu, dessen Unzurechnungsfähigkeit festgestellt sei, und wolle den Andern zur Bestrafung gezogen wissen, an dessen Zurechnungsfähigkeit starker Zweifel obwalte, so sollte auch Niemand den § 59 in solcher verkehrten Weise deuten wollen. Schon die Vergleichung der §§ 56 und 57 mit § 59 müsste davon abhalten. Der jugendliche Verbrecher soll nach

⁹¹³ Ueber die materiellrechtl. Einkleidung dieses Satzes s. oben S. 130 ff., insbes. S. 136 a. A.

⁹¹⁴ Es ist sicher unrichtig, wenn Rüdorff, Comm. zu § 59 n. 2 dem § 59 »vorzugsweise eine prozessuale Bedeutung« beilegen will.

§ 56 freigesprochen werden, wenn er bei seiner That die zur Erkenntniss ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass. Wenn nur der festgestellte Nichtbesitz Freisprechung bewirkte, so könnte bei zweifelhaftem Besitz dieser Einsicht schon Verurtheilung eintreten, während § 57 ausdrücklich bemerkt, dass Besitz der zur Erkenntniss der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht die notwendige Voraussetzung der Verurtheilung bilde⁹¹⁵.

II. Wenn aber auch § 59 in den Grundsatz, dass nur auf klägerischerseits voll bewiesene Schuld hin Strafe zulässig sei, eine Bresche nicht legt, so kennt doch das heutige gemeine Recht eine ganze Reihe von Ausnahmen desselben, welche wieder in zwei Gruppen zerfallen. 1) Der Gesetzgeber entlastet entweder zu Ungunsten des Beklagten den Kläger von einem Theile des Schuldbeweises und erklärt diesen auf ungenügende Beweisgründe hin für erbracht, es würde denn der Beschuldigte gewisse Entlastungsmomente seinerseits beweisen⁹¹⁶; oder aber 2) er schiebt den Schuldbeweis auf un-

⁹¹⁵ Für die richtige Ansicht Rüdorff, Kommentar zu § 59 n. 4; Meyer, Lehrbuch S. 147; Rubo, Kommentar S. 496. 497; Oetker, Rechtsirrtum S. 90. S. auch Puchelt, Komm. S. 114. Schwankend und zum Theile falsch Schwarze, Kommentar S. 266; ganz falsch Oppenhoff, Komm. zu § 59 n. 6; Hiller, Gerichtssaal 1875 S. 9. S. dagegen den klaren Ausspruch der Motive zu § 57 des Nordd. Entw. (Ausg. v. Kortkamp S. 58): »Der Wortlaut des § könnte zwar Veranlassung für die Annahme bieten, dass, wenn ein Angeklagter behauptet, die in Rede stehenden Umstände oder Eigenschaften nicht gekannt zu haben, ihm auch der Beweis für die Unkenntniss obliegt. Der § 57 geht aber davon aus, dass in einem solchen Falle der Angeklagte nicht seine Unkenntniss zu beweisen habe, sondern gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei, insofern nach Lage der Sache der erhobene Einwand überhaupt in Frage kommen kann«.

⁹¹⁶ Bei unserem Strafbeweisverfahren, welches bei seinem Streben nach materieller Wahrheit einer strengen Vertheilung der Beweislast widerstrebt, ist diese Belastung des Beklagten *cum grano salis* zu verstehen. Selbstverständlich muss er das Entlastungsmoment geltend machen und den Beweis dafür antreten: der Richter hat dann aber gleichfalls im Interesse materieller Wahrheit thätig zu werden. Das Charakteristische dieser Bestimmungen liegt also weniger in jener Anerkennung

genügende Beweisgründe hin als voll erbracht an, ohne dem Beschuldigten noch einen besonderen Entlastungsbeweis zuzumuten oder zu gestatten.

ad 1. Den ersten Weg geht das R.-Str.-G.-B. nur in einem einzigen unbedeutenden Falle⁹¹⁷. Der Beweis der sog. *exceptio veritatis* gegen die Klagen aus den §§ 185—187 und 189 liegt dagegen heute keinesweges mehr dem Beklagten ob. Nichtsdestoweniger kann eine falsche Auffassung von der Bedeutung dieses Wahrheitsbeweises zur Verurtheilung auf ungenügenden Schuldbeweis hin führen⁹¹⁸.

Der gelungene Beweis der Wahrheit, der wie gesagt keineswegs Sache des Beschuldigten ist, rettet ihn⁹¹⁹ von der Verurtheilung aus jedem der genannten §§. Wie aber, wenn der Beweis misslingt? Wegen Verleumdung kann dann jedenfalls keine Verurtheilung erfolgen: der Kläger muss bei ihr vielmehr dem Beklagten beweisen, dass er wider besseres Wissen ehrenrührige Thaten behauptet oder verbreitet habe. Ebensowenig ist aber daraufhin schon eine Verurtheilung wegen einfacher Beleidigung berechtigt: denn der Glaube an die Wahrheit der behaupteten ehrenrührigen Thaten schliesst den Vorsatz der Beleidigung aus, und jener Glaube kann mit dem misslungenen Beweise derselben sehr wohl zusammenbestehen. Wohl aber scheint diess Misslingen die sofortige Verurtheilung aus § 186 zu rechtfertigen⁹²⁰.

der Beweislast des Beklagten, als darin, dass ein Unschuldbeweis zur Freisprechung erfordert wird und mangelnder Schuldbeweis nicht genügt. Diess ist für die Zusammenstellung unten in N. 926 u. 929 zu beachten.

⁹¹⁷ § 361 n. 8: »Mit Haft wird bestraft: Wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen . . . bestimmter Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, dass er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe«.

⁹¹⁸ In der Folge müssen einige Fälle der 2. Gruppe gelegentlich der ersten mitbesprochen werden.

⁹¹⁹ Ich sehe von dem verfehlten § 192 ab.

⁹²⁰ S. z. B. Meyer, Lehrbuch S. 424: »Es genügt, dass die Wahrheit der Thaten nicht bewiesen werden kann, um eine Verurtheilung

Dann würde aus dem Misslingen eines Entlastungsbeweises ohne weiteres auf das Gelingen des Schuldbeweises geschlossen. Allein diese Ansicht ist durchaus unhaltbar. Wo das R.-Str.-G.-B. wie in § 186 die Schuldseite nicht ausdrücklich erwähnt, fordert es stets Vorsatz⁹²¹; ferner ist ihm der Zufall nie strafbar. Zum Vorsatz des § 186 gehört Bewusstsein von der Unbeweisbarkeit der ehrenrührigen That-sache⁹²², und der misslungene Beweis der Wahrheit beweist noch gar nichts für jene dem Thäter nach § 186 unerlässliche Wissenschaft.

So enthält der Abschnitt über die Beleidigung nur eine einzige unbedeutende wenn auch bedauerliche Ausnahme von dem Erfordernisse allseitiger Beweiserhebung als Voraussetzung der Verurtheilung: der § 190 bestimmt, dass wenn die behauptete oder verbreitete ehrenrührige Thatsache eine strafbare Handlung darstelle, »der Beweis der Wahrheit . . . ausgeschlossen ist, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist«. Dieser Bestimmung, dass die rechtskräftige Freisprechung vollen Beweis für ein Thatbestandsmerkmal des § 186 (»wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist«) erbringe, und dass bei Beleidigung und Verleumdung in diesem Falle der Versuch der Reinigung durch Antritt des Wahrheitsbeweises unzulässig sein solle, wird aber leicht eine ganz ungebührliche Tragweite gegeben⁹²³. In dem

zu begründen. Es wird danach nicht nur das, was man fahrlässige Verleumdung nennen könnte, sondern unter Umständen auch die rein thatsächliche Verleumdung bestraft . . . , bei der eine wirkliche Verschuldung höchstens insofern und auch in dieser Beziehung keineswegs immer stattfindet, dass der Thäter etwas behauptet, was er später nicht zu beweisen im Stande ist«.

⁹²¹ Vgl. darüber m. Kritik des Norddeutsch. Entwurfes S. 52 ff.

⁹²² S. die Urtheile des bayr. Kassations-Hofes v. 15. Juni 1872; v. 17. August 1872 u. v. 22. Mai 1874 (Samml. II S. 182 ff.; 216 ff.; IV S. 216 ff.).

⁹²³ S. Dochow, in v. Holtzendorff's Handbuch III S. 362. Ich finde überhaupt weder in den Lehrbüchern noch in den Commentaren eine exakte Auslegung des § 190.

eben Gesagten erschöpft sich die von § 190 beabsichtigte Abweichung von den Grundsätzen des Criminalbeweises. Jener Ausschluss des Wahrheitsbeweises bedeutet mit Nichten eine Präsümption der in den §§ 185, 186 und 187 verlangten Vorsätze. Kann er doch selbstverständlich keine andere Wirkung üben als das Misslingen des zugelassenen Wahrheitsbeweises! In beiden Fällen kommt es eben nicht zur Erbringung dieser Evidenz, nur das eine Mal, weil sie nicht versucht werden darf, das andere Mal, obschon sie versucht worden ist. Selbst wenn der aus § 186 oder 187 verklagte Thäter von jener Freisprechung Kunde hat, kann er des erforderlichen Dolus ermangeln⁹²⁴; kennt er freilich jenes Urtheil und den Ausschluss des Wahrheitsbeweises in Folge dessen, dann besitzt er den zur Anwendung des § 186 nötigen Vorsatz.

Eine Schuld-Vermutung liegt also nicht in § 190, wenn auch der Ausschluss eines Entlastungsbeweises. Und auch darin kehrt das Gesetz seine Spitze durchaus nicht gegen den Angeschuldigten als solchen, sondern es wahrt nur das Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und das Interesse des Verunglimpfen⁹²⁵.

b. Der Sitz der Schuldvermutungen ist vielmehr in den Spezialstrafgesetzen des Reiches zu suchen⁹²⁶.

⁹²⁴ Höchst seltsam Schwarze, Komm. S. 512; dagegen richtig Oppenhoff, Komm. zu § 190 n. 7.

⁹²⁵ S. auch die Motive des rev. E. zu § 185 (Ausgabe bei Kortkamp 1870 S. 68).

⁹²⁶ Vgl. zunächst Ges. betr. die National. der Kauffarthenschiffe, v. 25. Okt. 1867 (B.-G.-Bl. 1867 S. 35 ff.) § 14: »Wenn ein Schiff, welches gemäss § 10 sich der Führung der Bundesflagge enthalten muss, . . . unter der Bundesflagge fährt, so hat der Führer (Strafe) verwirkt, sofern er nicht nachweist, dass der unbefugte Gebrauch der Bundesflagge ohne sein Verschulden geschehen sei«. § 15. »Die . . . Strafe hat auch derjenige verwirkt, welcher eine nach . . . § 12 ihm obliegende Verpflichtung . . . nicht erfüllt, sofern er nicht beweist, dass er ohne sein Verschulden ausser Stande gewesen sei, dies zu erfüllen«. Ges. betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien v. 11. Juni 1870 (B.-G.-Bl. 1870 S. 375 ff.) A. 249a: Nicht seitens der Mitglieder des Vorstandes nachweislich unverschuldete Unterlassung der von A. 240 erford. An-

Ueberall wo dem Beschuldigten zugemutet wird behufs Freisprechung seine gänzliche Schuldlosigkeit oder seinen Mangel an Vorsatz nachzuweisen, gilt Konstatirung des sog. objektiven Thatbestandes für erbrachten Schuldbeweis, der nur durch nachgelassenen Gegenbeweis entkräftet werden kann⁹²⁷.

So finden sich in den wichtigsten Steuer- und Zollgesetzen Bestimmungen, die theils vollständig, theils annähernd der Satzung des Gesetzes betr. die Erhebung einer Abgabe von Salz v. 12. Okt. 1867⁹²⁸ § 13 Al. 2 nachgebildet sind: »Das Dasein der Defraudation und die Anwendung der Strafe derselben wird in den vorstehend aufgeführten Fällen lediglich durch die bezeichneten Thatsachen begründet. Kann jedoch der Angeschuldigte vollständig nachweisen, dass er

zeige, »dass das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt«, wird an den Mitgliedern des Vorstandes mit Gefängniss bis zu 3 Monaten bestraft. — Weit triftiger als die Gründe für die Schuld-Präsumtionen in allen übrigen Reichsstrafgesetzen sind die Argumente für ähnliche Vermutungen im Reichs-Press-Gesetz v. 7. Mai 1874 (Reichsgesetzblatt 1874 S. 65 ff.). Vgl. Marquardsen, das Reichs-Press-Gesetz v. 7. Mai 1874 (1875) S. 113—186. Der § 20 bestimmt, dass die Verantwortlichkeit für Pressvergehen sich nach den bestehenden allgemeinen Strafgesetzen regele. »Ist die Druckschrift eine periodische, so ist der verantwortliche Redakteur als Thäter zu bestrafen, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft ausgeschlossen wird«. § 21: »Begründet der Inhalt einer Druckschrift den Thatbestand einer strafbaren Handlung, so sind der verantwortliche Redakteur, der Verleger, der Drucker, derjenige, welcher die Druckschrift gewerbsmässig vertrieben oder sonst öffentlich verbreitet hat (Verbreiter), soweit sie nicht nach § 20 als Thäter oder Theilnehmer zu bestrafen sind, wegen Fahrlässigkeit mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark oder mit Haft oder Festungshaft oder Gefängniss bis zu 1 Jahr zu belegen, wenn sie nicht die Anwendung der pflichtmässigen Sorgfalt oder Umstände nachweisen, welche diese Anwendung unmöglich gemacht haben«. Vgl. dazu die Fälle in N. 929 unten.

⁹²⁷ In den meisten Fällen nun, wo das Reichsrecht den Beschuldigten solcher Gestalt belastet, ist das Faktum ungemein leicht beweisbar, der Schuldbeweis also ungemein rasch erbracht.

⁹²⁸ B.-G.-B. 1867 S. 41 ff.

eine Defraudation nicht habe herbeiführen können oder wollen, so findet nur eine Ordnungsstrafe nach § 15 statt«⁹²⁹ · 930.

⁹²⁹ Es sind folgende Gesetze: 1) Ges. betr. die Besteuer. des Branntweins etc. v. 8. Juli 1868 (B.-G.-Bl. 1868 S. 384 ff.), aber nur in § 64: Es tritt die und die Strafe ein, »falls nicht glaubwürdig dargethan wird, dass die Zerstörung der Bezeichnung oder die Verletzung des Verschlusses durch einen vom Steuerpflichtigen nicht verschuldeten Zufall entstanden, oder davon gleich, nachdem solche wahrgenommen worden, Anzeige geschehen ist«. Anders z. B. §§ 57. 58. 2) Gesetz die Besteuerung des Zuckers betr. v. 26. Juni 1869 (B.-G.-Bl. 1869 S. 282 ff.) § 4 Al. 3 verlangt, um sich mit einer Ordnungsstrafe zu begnügen, Beweis: »dass die Absicht, die Staatskasse zu verkürzen, nicht vorgelegen habe«. 3) Vereinszollgesetz v. 3. Juli 1869 (B.-G.-Bl. 1869 S. 317 ff.; vgl. Ges. weg. Abänder. einz. Bestimm. der Zollordnung etc. v. 18. Mai 1866 § 7 u. 8; B.-G.-Bl. 1868 S. 225 ff.). Beachte oben S. 607. 608. Nachdem § 136 sehr ausführlich bestimmt hat, wann die Kontrebande, bez. Zolldefraudation als vollbracht angenommen werden soll, fährt § 136 fort: »Das Dasein der . . . Vergehen u. die Anwend. der Strafe ders. wird in den im § 136 angef. Fällen ledigl. durch die das. bezeichn. Thatsachen begründet. Kann jedoch in den im § 136 unter 1: a. c. und d., 3. 4. 5. 6. 7. u. 8 angef. Fällen der Angeschuld. nachweisen, dass er eine Kontrebande oder Defraud. nicht habe verüben können, oder eine solche nicht beabsichtigt gewesen sei, so findet nur eine Ordnungsstrafe . . . statt«. Eine weitere widerlegliche Präsumtion für die Defraude das. § 138; für geflissentl. Waffentragen zum Widerstande gegen die Beamten das. § 148; über § 153 s. oben im Text. 4) Ges. wegen Erhebung der Brausteuer v. 31. Mai 1872 (R.-G.-Bl. 1872 S. 153 ff.) § 92. Vgl. noch Note 926.

⁹³⁰ Mit voller Absichtlichkeit lasse ich hier eine Reihe von Bestimmungen ausser Betracht, wo Schuld-Präsumtionen (insbes. »die Vermutung fahrlässigen Verhaltens«) mit nachgelassenem Gegenbeweise eine grosse Rolle spielen. Vgl. Ges. über die Abgabe von Salz v. 12. Okt. 1867 § 17; Ges. wegen Besteuer. des Braumalzes, v. 4. Juli 1868 (B.-G.-Bl. 1868 S. 375 ff.) § 34 u. damit fast wörtlich übereinstimmend Ges. betr. die subsidiar. Haftung des Brauereiunternehmers für Zuwiderhandl. geg. d. Braumalzsteuergesetze etc. v. 8. Juli 1868 (B.-G.-Bl. 1868 S. 403. 404); Ges. betr. die Besteuer. des Branntweins, v. 8. Juli 1868 (B.-G.-Bl. 1868 S. 384 ff.) § 66 und damit fast wörtlich übereinstimmend Ges. betr. die subsidiar. Haftung des Brennerei-Unternehmers etc. v. 8. Juli 1868 (B.-G.-Bl. 1868 S. 404—406); Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 153. In diesen Gesetzen wird die subsidiarische Verbindlichkeit gewisser Personen, Verwaltungen oder Gesellschaften für die von dem »eigentlich Schuldigen« unbeitreibbaren Geldstrafen (nach

Wenn man wahrnimmt, wie diese ganz singulären Bestimmungen überall wiederholt werden, wo die Gesetze Gewicht auf ihre Anwendung legen, wenn man ferner beachtet, wie innerhalb desselben Gesetzes bald voller Schuldbeweis verlangt, bald bis zum Gegenbeweis Schuld präsumirt, bald dieselbe — freilich sehr ausnahmsweise — unter Ausschluss des Gegenbeweises präsumirt wird, so wird man es sofort als unstatthaft erkennen auch nur im geringsten Maasse an eine Erweiterung dieser Satzungen auf dem Wege der Analogie zu denken. Am allerwenigsten wird man sich aber zu dem Satze versteigen dürfen, dass bei allem Polizeiuurecht oder auch nur bei einem Theile desselben der Nachweis des objektiven Thatbestandes zur Bestrafung hinreichend sei.

Da aber neuerdings versucht worden ist diesen jede Praxis, die ihn handhabt, durch seine Sinnlosigkeit und seine ungerechte Härte stark gravirenden Satz auch wieder bei Anwendung des Reichsstrafrechts zur Geltung zu bringen, so ist es nötig ihn eingehender zu bekämpfen ⁹³¹.

dem Vereinszollgesetz für Geldbussen, Zollgefälle und Prozesskosten) statuiert. Allein es ist diess eine civilistische Haftung für Forderungen des Fiskus, und die Schuldpräsumtionen bezüglich der subsidiarisch Verhafteten dienen durchaus nicht dazu diese zur Bestrafung zu bringen.

⁹³¹ Nicht ohne peinlich berührt zu werden wird Jedermann, dem es noch nicht gelungen ist Rechtspflege und Gerechtigkeitspflege für verschiedenen zu halten, den Nachweis über die frühere Praxis des Preuss. O.-Tribunals bezüglich der Schuldfrage bei Uebertretungen lesen, den Loos, Ueber den Dolus bei Uebertretungen, in v. Holtzendorff's Strafrechtszeitung 1870 S. 323 ff. giebt. Aehnliche Bilder liessen sich auch aus der nichtpreuss. Praxis zusammenstellen. — Neuerdings ist es vorzugsweise Oppenhoff, der an jene Praxis anknüpfen möchte. O. will die Uebertretungen, die das Recht eines Andern verletzen, von den Fällen sondern, wo das Strafverbot (Gebot) »einen rein polizeilichen (vorbeugenden) Charakter hat.« In den letzten Fällen soll »die Handlung (Unterlassung) an und für sich und ohne Rücksicht auf eine dabei vorwaltende Willensrichtung strafbar sein« S. Komm. zu § 59 n. 9; zu Ueberschrift von Abschn. 29 n. 1. 8—11. — Diese Ansicht wurde seitens der Preuss. Generalstaatsanwaltschaft in einem Falle, wo es sich um Anwendbarkeit des § 367 n. 7 handelte, der Nichtigkeitsbeschwerde zu Grunde gelegt, weil »die entgegenstehende Auffassung (der Bestimmung des § 367 n. 7) jede praktische Bedeutung nehmen müsse.« Als ob die prak-

Die Annahme, dass ein materielles Strafgesetz mit vollem Bewusstsein an schuldlose Thatbestände eine Strafdrohung knüpfen könnte, enthält den schlimmsten Vorwurf, der je der modernen Strafgesetzgebung gemacht worden ist, den Vorwurf bewusster Verletzung der höchsten Grundsätze der Gerechtigkeit und des schändlichsten Verrates an der Rechtschaffenheit der Staatsbürger.⁹³²

Dieser Vorwurf ist ausserdem in jeder Hinsicht ungerechtfertigt: denn jedes Polizeidelikt fordert Verschuldung des Thäters. Ich lasse hier die Frage ganz auf sich beruhen, ob auch Fahrlässigkeit zu ihrer Bestrafung nach Reichsrecht genüge: denn sie kann nur im Zusammenhang

tische Bedeutung dieses Gesetzes darin bestände möglichst viele Menschen dem Strafgesetze in die Arme zu treiben! Aber das O.-Trib. wies die Beschwerde durch Erk. v. 15. Jan. 1874 (bei O. XV S. 30 ff.) zurück. Dagegen hat der bayr. Kassationshof durch Erk. v. 11. Januar 1873 (Samml. v. Entscheid. III S. 108 ff.) ein Urtheil des Würzburg. Bez.-Ger. vernichtet, welches den aus § 367 n. 15 Verfolgten freisprach, da er im guten Glauben gehandelt habe den Bauplan einzuhalten. »Bei Nichtbeachtung derartiger polizeilicher Anordnungen ruft schon die Thatsache der Nichtbeachtung die strafrechtl. Verantwortl. hervor.« Man vgl. auch die seltsam geschraubte Motivirung in dem Erk. des braunschw. Obergerichts v. 18. Okt. 1873 (bei St. III S. 308, 309). In einem Erk. des Pr. O.-Tr. v. 10. Sept. 1873 (O. XIV S. 523) heisst es gar bezüglich eines Vergehens (des leichtsinnigen Bankrotts: § 283, 2): »Die betr. Vorschriften (bezügl. der unterlassenen Führung von Handelsbüchern) seien formelle (?), bei welchen es auf den Nachweis eines besonderen strafrechtlichen Dolus oder einer Fahrlässigkeit nicht ankomme.« Dann bleibt ja aber, da doch die Zahlungseinstellung kein Delikt ist, nichts zur Bestrafung übrig. Ganz ebenso bedenklich Erk. des Pr. O.-Tr. v. 2. Juni 1871 (O. XII S. 300). Dagegen ist wohlthuend zu sehen, wie der verkehrte Rigorismus der französischen Auffassung, in einem Rechtsfalle adoptirt von dem Landgerichte zu Mühlhausen im Elsass, von dem deutschen R.-O.-H.-G. zurückgewiesen wird (s. Erk. dess. v. 20. Sept. 1872 bei St. II. S. 19 ff.).

⁹³² Ich kann mich dafür auf ein Erk. des Pr. O.-Tr. v. 4. Sept. 1856 (in Goldtammers Archiv V. S. 108) berufen, worin es heisst: »... dass jede Verurtheilung — sei's wegen Verbrechen, Vergehen u. Uebertretungen — eine strafrechtliche Schuld, dolus oder culpa, voraussetzt, indem [das Gegentheil] einen Widerspruch gegen die Strafgerechtigkeit des Staates enthalten würde...«

mit der Frage nach dem Umfang der Strafbarkeit fahrlässiger Delikte im Rechte der Gegenwart überhaupt exakt beantwortet werden. Jedenfalls sind die Polizeidelikte aber wenn dolos begangen strafbar! Dieser Vorsatz kann sich in Nichts von dem Vorsatze bei Verbrechen und Vergehen unterscheiden: das Gesetz schweigt über eine solche Differenzierung vollständig, und da sie sich nicht von selbst versteht, so bedeutet eben jenes Schweigen, dass das gemeine Recht der Gegenwart nur Eine Art des Vorsatzes bei strafbaren Handlungen kennt. Es ist also ganz zweifellos bei Polizeidelikten Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur vorsätzlichen Begehung erforderlich⁹³³.

Wenn es nun keine schuldlosen Polizeidelikte giebt, so lässt der Satz, dass es bei ihnen auf Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ankomme, vielmehr schon das nackte Faktum die Strafbarkeit begründe, nur eine Deutung im prozessualischen Sinne zu, wenn er überhaupt Sinn haben soll. Der objektive Thatbestand herbeigeführt durch eigene That eines nicht evident unzurechnungsfähigen Menschen soll unter Ausschluss des Gegenbeweises vollen Beweis für Vorhandensein der Schuld liefern.

Eine solche Präsumtion wäre aber schon in sich höchst widerspruchsvoll. Wenn der Beschuldigte Unzurechnungsfähigkeit vorschützt, sei's wegen geistiger Störung, sei's wegen Zwang, oder wenn er einen Rechtstitel zur Vornahme der That zu besitzen behauptet, so müssen doch diese Entlastungsmomente zweifellos berücksichtigt und muss ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein beweismässig festgestellt werden. Nun bildet ja aber der unüberwindliche Irrtum nur einen der verschiedenen Gründe der Unzurechnungsfähigkeit. Die Berufung auf ihn ausschliessen heisst also die Präsum-

⁹³³ Nur wer bei allen Verbrechen und Vergehen die Notwendigkeit dieses Dolusrequisites leugnet, kann es auch bei dem Vorsatze der Uebertretungen in Abrede ziehen. Oppenhoff, Komm. zur Ueberschrift des Abschnittes 29 n. 9 a. E. meint natürlich: »Von dem Erfordernisse des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit kann bei diesen Uebertretungen nie die Rede sein.«

tion der Schuld bei objektiv den Polizeinormen zuwiderlaufenden Thaten eines nicht evident Unzurechnungsfähigen in eine Präsomption der Zurechnungsfähigkeit auf Grund der nackten Thatsachen verwandeln. Dann aber fehlt jeder Grund Wansinnige und Kinder, die in Kollision mit den polizeilichen Normen gekommen sind, mit Strafe zu verschonen. Denn die entschuldigende Kraft der Unzurechnungsfähigkeit ist in allen ihren Fällen die gleiche; einen gesunden Unzurechnungsfähigen strafen ist nicht minder verwerflich als sich an dem geisteskranken zu vergreifen.

Einen solchen Beweisgrundsatz, der zu den bedauerlichsten Resultaten führt, darf der Richter nie anerkennen, er sei denn vom Gesetzgeber ausdrücklich dazu gezwungen. Wo ein solcher Zwang statuiert wird, da hat der Richter die Zwangsnorm so strikt als irgend möglich zu interpretiren um mit der denkbar kleinsten Zahl schlecht begründeter Urtheile auszureichen.

Wo aber hätte der Reichsgesetzgeber den deutschen Richter genötigt für die grosse Klasse der echten Polizeidelikte — zu denen nebenbei gesagt auch Kuppelei und Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen gehören — nach solchem Beweisrechte vorzugehen? Nirgends findet sich ein dahin lautendes Gesetz. Indessen die Berechtigung zur Präsomption soll ja abgeleitet werden aus der vorbeugenden Natur der Polizeistrafgesetze⁹³⁴! Ein seltsames Beginnen! Alle Normen auch die gegen die Tödtung besitzen in gleichem Maasse solche vorbeugende Natur: allen Strafgesetzen fehlt sie. Oder will man wirklich behaupten, dass im Interesse der Verhütung von deliktischen und nichtdeliktischen Uebertretungen der Normen die Strafgesetze auf die nackten Thaten Anwendung zu finden hätten, und dass das Schuld-

⁹³⁴ Diese vorbeugende Natur der Polizeistrafgesetze ist überhaupt der einzige Scheingrund, der je seitens der Praxis und der Doktrin zur Rechtfertigung jener schlimmen Schuldpräsomption aufgestellt worden ist. S. oben Oppenhoff's Aeusserung in N. 931. Vgl. ferner Golt-dammer, Materialien I S. 240 und II S. 710; Beseler Kommentar S. 577.

moment für sie nicht vorhanden sei? Dann wäre die Strafe nichts als eine Reflexbewegung des Staates auf die äussere Uebertretung seiner Gesetze hin und grade so wertlos wie ein solch automatischer Akt.

Wenn aber das Reichsrecht eine solche Präsumtion für die gemeinen Polizeidelikte nicht aufstellt, so versteht sich ganz von selbst, dass auch das Partikularrecht dazu nicht befugt ist. Ebensowenig wie dieses die gemeinrechtlichen Schuldbegriffe abändern darf, ebensowenig darf es Maassregeln ergreifen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Verschuldung auf prozessualischem Wege illusorisch zu machen.

So fordern das geltende Recht und die Natur der Sache gleich kategorisch die Polizeidelikte hinsichtlich der Schuldfrage und ihres Beweises ganz wie die Verbrechen und die Vergehen zu behandeln⁹³⁵.

ad 2. Sucht man nach den Stellen, welche einen ungentügenden Schuldbeweis zur Verurtheilung ausreichen

⁹³⁵ Gegen jene Präsumtion richtet sich auch der in seinen Forderungen nur zu bescheidene Aufsatz von Lorenz, Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege d. K. Bayern IX (1862) S. 66 ff. — Von der Behauptung, dass es bei Uebertretungen im Preuss. Rechte nur auf die That in ihrer äusseren Erscheinung ankomme, meint Hälschner, Gerichtssaal 1865 S. 332: »In dieser Fassung und solcher Allgemeinheit wird aber der Satz unmöglich als richtig anerkannt werden können«. H. versucht dann S. 333—342 zu entwickeln, was jenem Satze Richtiges zu Grunde liegt. Wenn man aber wie Hälschner den Vorsatz fasst als die wissentliche Vornahme einer objektiv verbotenen Handlung, so erreicht man im Wesentlichen auf materiellrechtlichem Wege, was durch jene Präsumtion auf prozessualischem gewonnen werden soll. Sehr charakteristisch dafür die Zusammenstellung der Resultate bei Hälschner a. a. O. S. 341. 342. — Bezüglich des geltenden Rechtes vertreten den principiell richtigen Standpunkt Rüdorff, Komm. S. 469 n. 3, und Schwarze, Komm. S. 25—27 (wo freilich eine grosse Anzahl falscher Anschauungen mit unterläuft); scheinbar auch Schaper, in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 96, der aber über »die oft verfochtene Behauptung, dass es zur Strafbarkeit der Uebertretungen der Feststellung weder des Vorsatzes noch der Fahrlässigkeit bedürfe« nur die Anmerkung macht: »allein einmal ist dieser Satz keineswegs allgemein richtig« und sich dabei auf die ganz verfehlten Ausführungen von Beseler, Komm. S. 577 bezieht.

Dritter Abschnitt.

Man könnte man zunächst an R.-Str.-G.-B. § 259 „wissen“ und „annehmen müssen“ einander gleichsetzen⁹³⁷. Dieses Annehmen-Müssen duldet eine dreifache Auslegung: es lässt sich zunächst auf kulpöse Heblerei beschränken, umfasst dann aber das ganze Gebiet derselben⁹³⁸; es kann dann der Thäter sagen müssen, die Sache sei durch die mittel einer strafbaren Handlung erlangt. Allein die Gleichsetzung solcher culpa mit der in § 259 verlangten culpa ist unzulässig; die Absicht ist undenkbar; zudem stellt das Gesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit unter dieselbe Strafbestimmung. So bleiben nur noch zwei Auslegungen möglich: eine im Sinne des materiellen, eine andere im Sinne des rechtlichen. Die Erste sagt: das Gesetz unterscheidet zwischen dem praktischen Takte⁹³⁹, ob der Thäter positive Beweismittel von dem Ursprung der Sachen, oder ob er sich genötigt sah anzunehmen, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind. Das Recht stellt es diese beiden im Leben vielleicht vorkommenden Fälle des Vorsatzes einander gleich⁹⁴¹. Die zweite Auslegung dieses „Annehmen-Müssen“ macht Front gegen

brecherische Herkunft der Sachen gar nicht gekannt, und schneidet diese Ausflucht ab: es enthält also eine *praesumptio doli*. Wenn nun in einem Strafgesetze die materiell-rechtliche Auslegung einen trefflichen Sinn giebt, so ist sie schon an sich der prozessualen vorzuziehen: letztere kommt aber gar nicht in Betracht, wenn sie zu einem der Gerechtigkeit widerstreitenden Resultate und zur Annahme einer ganz vereinzelt und noch dazu unerklärlichen Anomalie im Gesetze führte. Und so muss nach § 259 dem Hehler sein Vorsatz in gehöriger Weise bewiesen werden, soll ihn die verdiente Strafe treffen.

Auf höchst ungentügenden Schuldbeweis kann es nun aber zur Verurtheilung kommen, wo dem sog. summarischen Strafprozesse, dem Verfahren mit Strafbescheiden, Aufnahme gegönnt wird⁹⁴². Die *Prima-facie-Kognition* findet darin ja stets auf ein durchaus unvollständiges Beweismaterial hin statt, und die stillschweigende Unterwerfung des Verurtheilten unter diesen Bescheid enthält eine sehr wenig ausreichende Verstärkung desselben. So ruht der rechtskräftig gewordene Bescheid auf einer notorisch unzuverlässigen Beweisgrundlage!

Ueberblicken wir jetzt nochmals sämtliche Anomalien des Schuldbeweises im heutigen Reichsrecht, so bieten sie kein erfreuliches Bild. Den verschiedenartigsten Anlässen danken sie den Ursprung, und durchaus nicht jeder Grund rechtfertigt die Folge! Im Pressgesetz bildet den Anlass die ungemeine Schwierigkeit der Entdeckung des Schuldigen verbunden mit dem dringenden Bedürfnisse die Pressdelikte bei ihrer gegenwärtigen Tragweite nicht ungestraft zu lassen; in den Zoll- und Steuergesetzen das gerechtfertigte fiskalische Interesse an Erlangung der Zoll- und Steuer-Gefälle und der hässliche Heisshung nach den Geldbussen der angeblichen

⁹⁴² S. Ges. über das Postwesen des Deutschen Reiches, v. 28. Okt. 1871 (R.-G.-Bl. 1871 S. 347 ff.) § 35. Vgl. Entwurf einer deutschen Strafprozessordnung § 375 ff, § 381 ff, § 386 ff.

Kontravenienten; beim summarischen Strafprozess die Rücksicht auf möglichst schleunige, einfache und billige Erledigung der Bagatell-Sachen; hie und da aber besteht überhaupt kein sichtbarer Grund⁹⁴³: — das stimmt schlecht zusammen! Und nur in Einem gleichen sich die verschiedenen Erscheinungen: sie sind alle Symptome einer hoch gesteigerten Neigung des Staates möglichst oft und möglichst schnell mit der Strafe bei der Hand zu sein, auf die Gefahr hin auch den Unschuldigen zu treffen.

Für seinen Mehrertrag an Strafurtheilen zahlt aber der Staat einen theuern Preis. Denn die Saat der Gleichgiltigkeit gegen die Scheidung von Schuld und Unschuld — wenn auch lediglich auf kleinem Felde gestreut — kann nur schlimme Früchte treiben. Die Achtung vor der Autorität des Gesetzes wird gefährdet, wenn sie nicht einmal mehr vor Strafe schützt; der Glaube an des Gesetzes Gerechtigkeit geht verloren, wenn auch der Schuldlose von Rechtswegen Strafe zu leiden hat. Wo wie im Civilprocess lediglich ein Recht und keine Pflicht verfolgt wird, muss sich der Richter mit formeller Wahrheit begnügen; aber das Strafurtheil, gleich belastend für den Staat wie für den Verurtheilten, bedarf durchweg einer festeren Basis⁹⁴⁴.

⁹⁴³ So m. E. in den beiden ersten Fällen der N. 926.

⁹⁴⁴ Ich kann nicht anerkennen, dass — wie v. Tappelskirch, Ueber den Unterschied von Rechtsvermuthungen und Beweisregeln im Strafverfahren, Gerichtssaal 1875 S. 249, verfiht — der Gesetzgeber durch die Beschränktheit menschlicher Einsicht nicht selten genötigt werde »sich auch im Strafprozesse aus mancherlei Rücksichten ähnlich wie im Civilprozesse mit einem formalen Beweise begnügen zu müssen«. Was könnte den Gesetzgeber zwingen unmögliche Beweise zu forciren?

Anhang I. Quellenregister.

**Verzeichniss der theils ausführlicher, theils beiläufig
in Betracht gezogenen §§ deutscher Reichsgesetze.**

I. Civilstrafgesetzbuch.	§ 192. S. 601 n. 892. S. 610.
43. S. 568 n. 828. S. 597. 598.	§ 193. S. 601 n. 892.
46. S. 597.	§ 202. S. 599.
48. S. 463 n. 672. S. 469 n. 680.	§ 206. S. 481.
S. 527 n. 757.	§ 210. S. 597.
49. S. 463 n. 672. S. 568 n. 828.	§ 211—217. S. 507—513.
51. S. 608.	§ 218—220. S. 513—517.
52. S. 83.	§ 221. S. 522—524.
54. S. 203.	§ 223—225. S. 517—519.
56. S. 81. 466. 467. 608.	§ 223. S. 504.
57. S. 81. 608.	§ 224. S. 504.
58. S. 81. 466. 467.	§ 225. S. 599.
59. S. 473 n. 642. S. 499. S.	§ 226. S. 190 n. 255.
606—609.	§ 229. S. S. 519—522. 603.
64. S. 569.	§ 231. S. 464.
81. S. 483.	§ 234. S. 527 n. 757. S. 534—539.
82. S. 454 n. 659.	§ 235. S. 525 n. 757. S. 597 n. 881.
94 ff. S. 483. 603 n. 898.	S. 599. 603.
103 a. S. 605.	§ 236. S. 527 n. 757.
113. S. 587—594.	§ 238. S. 465.
114. S. 527 n. 757.	§ 239. { S. 529—532.
117. S. 587—594.	§ 240. }
124. S. 599 n. 886.	§ 241. S. 532—534.
126. S. 533 n. 765.	§ 242. S. 454 n. 659. S. 479. 480.
135. S. 604 n. 903. S. 605.	540—558. 597.
137. S. 500 n. 724.	§ 243. S. 551. 552. 597.
139. S. 592 u. 593 n. 872.	§ 246. S. 540—547. 554.
140. S. 597.	§ 247. S. 468 n. 680. S. 470. n. 680.
143. S. 597.	S. 476. 570.
146. S. 598.	§ 249. S. 454 n. 659. S. 480. 481.
147. S. 598. 601.	485. 558. 559. 597.
167. S. 527 n. 757.	§ 250. S. 559. 597.
170. S. 604 n. 904. S. 605.	§ 251. S. 480.
172. S. 464.	§ 252. S. 552.
177. S. 602.	§ 253. S. 485. 527 n. 757. S.
185. S. 500 n. 724. S. 610.	559—564.
186. S. 610. 611.	§ 257. S. 454 n. 659. S. 468 n. 680.
187. S. 483. 610.	S. 476 n. 687. S. 565—571.
190. S. 611. 612.	§ 258. S. 571. 572.

- § 259. S. 468 n. 680. S. 572—578.
620. 621.
§ 263. S. 559—564.
§ 265. S. 597 n. 550.
§ 266, 1. S. 501 n. 724.
§ 267. S. 597. 598.
§ 275, 3. S. 599 n. 557.
§ 281. S. 480.
§ 289. S. 548—550. 570. 577 n. 843.
S. 597. 600.
§ 290. S. 550 n. 790.
§ 291. S. 485. 552 n. 797.
§ 292. S. 473 n. 682.
§ 303. } S. 502 n. 725.
§ 306. }
§ 307. } S. 578. 579. 582—586. 599
§ 308. } n. 557.
§ 312. S. 579—581.
§ 313. S. 579—581. 600.
§ 321. S. 480.
§ 327. S. 502 n. 724 u. 725.
§ 340. }
§ 341. } S. 494 n. 706.
§ 343. }
§ 344. S. 494 n. 706. S. 496.
§ 345. S. 492—496.
§ 346. S. 496. 597.
§ 348. S. 502 n. 724.
§ 352. }
§ 353. } S. 496.
§ 354. }
§ 353 a. S. 600.
§ 355. S. 484. 497.
§ 357. S. 469 n. 680.
§ 360 ff. S. 615—619.
§ 360, 13. S. 604 n. 903.
§ 361, 8. S. 610 n. 916.
§ 362, 2. S. 527 n. 757.
§ 363. S. 603.
§ 366, 2. S. 457.
§ 366, 6. S. 457.
§ 366, 10. S. 474 n. 682.
§ 367, 2. S. 457.
§ 367, 7. S. 457.
§ 370, 5. S. 552 n. 797.
II. Militärstrafgesetzbuch.
§ 69. S. 597.
§ 83. S. 597.

- § 85. S. 598.
§ 123. S. 599.
§ 129. S. 597.
§ 132. S. 604.
§ 134. S. 597.
§ 143. S. 469 n. 680.

III. Deutsches Handelsgesetzbuch.

- A. 396. }
A. 427. } S. 377 n. 577.
A. 610. }

IV. Ges. betr. d. Erh. ein Abgabe v. Salz v. 20. Okt. 1867.
§ 13 Al. 2. S. 613.

V. Ges. betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe v. 25. Okt. 1867.
§ 14 u. 15. S. 612 n. 925.

VI. Ges. betr. d. Besteuer. des Branntweins v. 8. Juli 1868.
§ 64. S. 614 n. 929.

VII. Ges. betr. d. Besteuer. des Zuckers v. 26. Juni 1869.
§ 4 Al. 3. S. 614.

VIII. Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869.

- § 134. S. 492.
§ 137. S. 614. n. 928.
§ 163. S. 607. 608.

IX. Ges. betr. die Kommanditgesellsch. auf Aktien v. 11. Juni 1870.
A. 249 a. S. 612 n. 925.

X. Ges. über d. Postwesen des D. Reiches v. 28. Okt. 1871.
§ 35. S. 621 n. 941.

XI. Ges. wegen Erheb. der Brausteuer v. 31. Mai 1872.
§ 92. S. 614 n. 929.

XII. Reichs-Pressgesetz v. 7. Mai 1874.

- § 20. {
§ 21. { S. 613 n. 925.

XIII. Gesetz über Markenschutz v. 30. Nov. 1874.
§ 14. S. 492.

Anhang II. Sachregister.

(Die röm. Zahlen bezeichnen den Band, die deutschen die Seite.
A. bedeutet Anmerkung.)

- Aberrationsfälle II 412.
 Absicht, als angebl. Schuldart II 177.
 — Bedeutungen im R.-Str.-G.-B. I 117, 118, II 596 f.
 — bei Injurie II 601 A.
 — ein Strafbarkeitsmerkmal II 596 f.
 — ein Synonymum des Vorsatzes I 118 A. II 597.
 — gewinnsüchtige I 120.
 — Konseq. aus der Verschied. v. Abs. u. Vors. II 600 f.
 — rechtswidrige I 116 f.
 — sich einen (rechtswidr.) Vermögensvorteil zu verschaffen I 120, 121. II 560 f.
 — zu schädigen I 119, 120.
 Abtreibung II 513 f.
 Actio doli u. crimen stellionatus II 280.
 Actiones liberae in causa II 191, 195 f.
 Aequitas, Erweiterung des Dolusbegriffs im röm. R. durch Anerkennung der aeq. II 297 f.
 Affekt, als Grund des Wegfalls der Handlungsfähigkeit II 71.
 — als Strafbarkeitsmerkmal I 107.
 — Vorsatz im Aff. II 396 A., 508, 509.
 Analogie, angebl. zwischen dem kulpösen Delikt u. versuchten dolosen Verbrechen II 164, 182. (s. auch Rechtsanalogie).
 Aneignung, widerrechtl. A. fremder Sachen II 561.
 Anforderung der Norm an den handelnden Menschen I 38 f., 139, 140. II 95 f., 99.
 Anomalien des Schuldbeweises im gem. Straf-R. II 605 f.
 Anstifter, Vorsatz des A. im R.-Str.-G.-B. II 469 A.
 Antragsverbrechen, Bedeutung des Antrags I 19.
 — Begünstigung bei II 568 f.
 — bei Aender. d. Strafgesetzes I 89.
 — Vorsatz bei II 465.
 Anzeige, unterlassene II 592 A.
 Arglist, Bedeutung im R.-Str.-G.-B. II 604.
 Aufmerksamkeit, Gebot ders. II 89 f., 94.
 — Unselbständ. dieses Gebotes II 89 f.
 — Verhält. z. Verboten u. Geboten II 90 f.
 Aussetzung, Verbot der A. II 522 f. 536 f.
 — Verbrechen der II 522.
 — Verhältniss zu Menschenraub II 536 f.
 — Vorsatz bei Auss. II 522 f.
 Bankerott, strafbarer I 113 f., II 480.
 Bedingung, Einklang zwischen dem Verbrechen u. der B. der Strafgesetze I 1 f.
 Bedingungen, abhaltende u. hinwirkende I 42.
 — Unterschied von Ursache I 41 f.
 Bedrohung, s. Drohung.
 Befehl, verbindl. u. unverbindlicher im M.-Str.-G.-B. II 470 f.
 Begehungsdelikte u. Unterlassungsdelikte I 145. II 189, 453.
 — Vorsatz bei II 454 f.
 Begünstigung, bei Antragsverbrechen II 568 f.
 — echte II 565 f.
 — unechte II 570 f.
 — Vorsatz II 468 A., 565 f.

- Beleidigung s. Injurie.
 Bereicherung, widerrechtliche — als Vermögensdelikt schlechthin II 560 f., 577.
 Besiztentwendung, Begriff II 547.
 — Verhält. z. furt. possess. II 548 f.
 — Vorsatz bei II 547 f.
 Betrug, als Bereicherungsverbrech. II 559 f.
 — Vorsatz bei II 563 f.
 Beweis. Anomalien im Schuld-B. im gem. R. II 594 f.
 — der Wahrheit II 610.
 — Entlastungs-B. II 612.
 — Ziel des krim. materielle Wahrh. II 622.
 Beweisfrage, Verwechselung mit Sachfrage im Röm. R. II 289 f.
 Bewusstsein der Rechtmässigkeit od. Unerlaubtheit des Willensinhalts II 96 f., 117.
 — der Rechtswidrigkeit s. Rechtswidrigkeit.
 — der Unbilligkeit beim dolus s. Unbilligkeit.
 Bewusstseinsmoment im dolus im Allg. II 300 f.
 Billigung, sog. B. des Erfolges II 408 A.
 Blankettstrafgesetze I 74, 96, 97.
 Bona fides unabhängig v. d. Entschuldbarh. des Irrtums II 327.
 Böslische Handlungsweise II 377 A.
 Böswilligkeit, Bedeutung im R.-Str.-G.-B. II 604.
 Brandstiftung, ledigl. qualif. Sachbeschäd. II 583 f.
 — Vorsatz II 582 f.
 Calliditas s. dolus, Synonyma.
 Casus, prinzipielle Zugehörigkeit der culpa zum c. bei den Römern II 26, 283.
 Civilprocesszweck I 141. II 622.
 Civilrechtsnormen I 134, 144.
 Civilunrecht I 134.
 Civilurtheil I 141.
 Civilzwang I 161 f.
 Consilium s. dolus, Synonyma.
 Consulto s. dolus, Synonyma.
 Crimen, kein c. extraord. aus rein kulposen Delikten im röm. R. II 350.
 Culpa, Absicht bei C. im R.-Str.-G.-B. II 599.
 Culpa, als Schuldart II 117 f.
 — als Strafbarkeitsmerkmal I 107.
 — antecedens u. subsequens II 191. 206 f., 259 f.
 — Bedeutung u. Ableitung II 274.
 — bewusste II 145, 163, 179.
 — Gefährdung als angebl. Schuldmoment in ders. II 143 f.
 — imprudentia als C. II 302.
 — keine Arten des Vorsatzes u. der C. II 121.
 — keine Grundlage einer accus. im Röm. Rechte II 350.
 — kein Nichtwollen II 107 f.
 — negligentia als C. II 284.
 — nicht identisch mit Unterlassung II 129, 143 f.
 — offenbare u. verborgene II 184.
 — prinzipielle Zugehörigkeit der C. zum Casus bei Römern u. Germanen II 26, 283.
 — Quantitäts-, nicht Qualitätsstufen der C. II 348 A.
 — scheinbare Konkurr. von schuldloser Verursachung u. v. c. subsequens II 259 f.
 — unbewusste II 163.
 — u. dolus, angeblich nur quantitative Unterschiede II 155 f., 163 f., 174 f.
 — Unterlassung als angebl. Schuldmoment in ders. II 143 f.
 — Verwandlung der c. in dolus II 183.
 Culpa dolo proxima s. Culpa lata.
 Culpa lata, als dol. mal. abzüglich des gemeinen Motivs im röm. R. II 338 f.
 — als rechtswidriger, aber nicht ehrenrühriger Vorsatz II 362.
 — Auffassungen in der neu. Doktrin II 338 A.
 — Bedeutung für die Gegenwart II 389.
 — Begriff II 338 f.
 — begründet durch absichtliche, aber nicht dolose Hintansetzung fremder Sachen II 355 f.
 — begründet durch rechtswidrigen Vorsatz aus Connivenz gegen Dritte II 351 f.
 — begründet durch rechtl. Vorsatz aus Mitleid II 348 f.
 — begründet durch rechtl. Vorsatz aus Uebermut II 366 f.

- Culpa lata**, Behandlung d. c. l. im Vergleich zum *dolus malus* II 383 f.
- Behandlung von c. l. u. d. *dolus* bei *accusationes* II 387.
 - Behandlung von c. l. u. *dolus* bei Haftung aus Kontrakten II 388.
 - Behandlung v. c. l. u. *dolus* bei Privatpönalklagen II 387.
 - bei Brandstiftung II 375.
 - bei Bürgschaft II 364.
 - bei *interrogatio in jure* II 365.
 - bei Tödtung II 369 f.
 - bei Uebernahme der Vormundschaft II 363.
 - beim *depositum* II 356 f.
 - beim *furtum* II 368.
 - *culpa dolo prox.* als c. l. II 342, 343.
 - *dolus malus* u. c. l. im röm. R. II 269 f.
 - gehört dem materiell. u. nicht dem Beweisrecht an II 341.
 - Gleichstellung von *dolus* u. c. l. II 345, 383.
 - Grund der schwankenden Beziehung v. c. l. zu *dolus* im röm. R. II 380.
 - Nichtgleichstellung von *dolus* u. c. l. II 385 f.
 - Synonyma II 342, 377, 604.
 - Unbrauchbare Maassstäbe für c. l. u. *culpa levis* II 348 A.
 - u. *negligentia* II 382.
 - Unterschied v. *dolus* II 346.
 - Wesen ders. im Gegensatz zu *propositum* u. *impetus* II 348 f.
- Dekalog**, Norm u. Strafgesetz im I 56 f.
- Delikt**, angebl. Analogie zwischen kulpösem D. u. versuchtem *dolosum* D. II 164, 182.
- Begriff II 102 f.
 - kein *crimen extraordinarium* aus kulp. D. im röm. R. II 350.
 - kein D. ohne Normkenntniss II 69.
 - kein D. ohne Rechtspflicht- u. Handlungsfähigkeit II 53.
 - Nichtwegfall des D. bei Unkenntniss der Grenze von Norm u. Ausnahme II 68 f.
 - Schadenersatz als angebl. Rechtsfolge I 212 f.
 - u. Verbrechen II 463.
- Delikt**, Wegfall, s. Schuld.
- Delikte**, Begehungs- u. Unterlassungs-D. II 189 f.
- Eintheilung der D. mit Rücksicht auf eine subj. Rechtsverletzung II 486.
 - Konkurrenz von D. II 419, 562.
 - in verschiedenem Umfang begehbar II 415 f.
 - mehrere D. — ein Verbrechen II 190 A.
 - vorsätzliche u. fahrlässige D. angeblich Uebertretungen verschiedener Normen II 128, 143 f.
- Deliktsfähigkeit** als Art der Handlungsfäh. II 54 f.
- Begriff in der Gesetzgebung II 77 f.
 - dogmat. Begriff II 76.
 - individ. Umfang ders. II 84 f.
 - relative der *impubes* II 74.
 - (s. auch Handlungsfäh., Zurechnungsfäh.).
- Deliktsmerkmal**, Begriff I 103 f.
- das Verbotensein des D. schlechthin II 486.
 - der Vorsatz im gem. R. erschöpft sich im Wissen u. Wollen aller D. II 505.
 - die Schuld als D. II 116.
 - Irrtum über ein D. II 434.
- Deliktsmoment** in allem Unrecht I 172 f., 181 f.
- in verbotenen Unterlassungen I 206.
 - verschiedene Gestaltung I 179 f., 187 f., 196.
- Deliktsobligationen**, Grundlage derselb. I 223.
- Deliktvorsatz**, Verhältn. zum Verbrechenvorsatz II 505.
- depositum**, *culpa lata* beim II 356 f.
- *dolus* beim II 304, 307, 329.
 - Gleichstellung von *culpa lata* u. *dolus* beim II 345.
 - Pflichtwidrigkeit aus Mitleid beim II 349.
- Determinismus**, Arten II 11 f.
- Konsequenzen u. Kritik II 21 f.
- Diebstahl**, der D. — eine durch Besitzentwend. in Aneignungsabsicht qualifizierte Unterschlagung II 542, 551 f.
- in Erpressung II 563.
 - u. Vergewaltigung II 552.

Diebstahl, Vorsatz II 279, 550.

— Wandel der Auffassung II 553 f.
doli capaces aut incapaces II 280 A.

Dolus s. auch Vorsatz.

— Ableitung II 273.

— affektvoller u. nicht aff. II 396 A.

— als d. rechtsw. Wollen schlecht-
hin im röm. R. II 283.

— alternativus II 395 A.

— Bedeutung im röm. R. II 273 f

— bei der interrogatio in jure II 330.

— bei der l. Cornelia test. num-
maria II 284.

— bei der Popularklage de albo cor-
rupto II 304.

— beim depositum II 304, 307, 329.

— beim Erbschaftsverkauf II 307.

— beim furtum II 285 f., 328.

— beim Incest II 319 f.

— beim Pfandgeschäft II 295, 328.

— beim S. C. Libonianum II 288.

— beim S. C. Silanianum II 303,
315.

— bei Sachbeschädigung II 295.

— bei Uebernahme einer Vormund-
schaft II 331.

— Bewusstsein der Normwidrigkeit
beim D. II 305.

— Bewusstsein der Unbilligkeit
beim D. II 306.

— Bewusstseinsmoment im röm.
Dol. mal. im Allg. II 300 f.

— Culpa u. D. angebl. nur quan-
titativ unterschieden II 161, 163,
174 f.

— Culpa lata u. Dolus bei accusa-
tiones II 387.

— Culpa lata u. D. bei Haftung aus
Kontrakten II 388.

— C. lata u. D. bei Privatpönal-
klagen II 387.

— C. lata u. D. malus im röm. R.
II 269 f.

— Definitionen röm. Juristen II
277.

— der den D. malus ausschlies-
sende Irrtum II 332 f.

— determinatus II 395 A., 410.

— Einheitlichkeit des D.-Begriffs
im röm. R. II 272 f.

— engerer u. weiterer D.-Begriff
im röm. R. II 276.

Dolus, Erweiterung des D.-Begriffs
durch Anerkennung der aequitas
im röm. R. II 297 f.

— eventualis II 395 A., 401 A., 409f.

— — Alternative der Vor-
stellung bei dems. II 409.

— eventualis, Versuche beim II 410.

— Gegensatz von vis u. D. II 274.

— generalis II 395 A., 401 A.

— — bei den »Vergehens«-
Versuchen im R.-Str.-G.-B. II
430 A.

— generalis, Vorstellung u. Wille
beim II 424 f.

— Gleichstellung u. Nichtgleich-
stellung von D. u. Culpa lata
383 f.

— Gleichstellung von D. u. Culpa
lata zuerst beim depositum II 345.

— Grund der schwankenden Be-
ziehung der Culpa lata zum D.
II 380.

— indeterminatus II 400.

— indirectus II 395 A.

— irrüml. Verwandlung des D. in
Culpa II 184.

— kein D. ohne Schuld im röm. R.
II 289 f.

— putativus II 401 A., 415.

— Synonyma im röm. R. II 278,
299, 300, 307.

— Uebergang der ethischen Auf-
fassung des D. in e. juristische
im röm. R. II 285 f.

— u. casus fortuitus II 283.

— Unterschied v. D. u. Culpa lata
II 346.

— Willensmoment im dolus malus
II 282 f.

— Zerlegung des D. in impetus u.
propositum II 317 A.

— Zusatz von Unsittl. im röm. R.
II 342.

Drohung, als selbst. Vergehen II
532 f.

— ein Polizeidelikt II 532.

— Vorsatz beim Vergeh. d. D. II
532 f.

— als Mittel d. Erpressung II 563 f.

— mit verbot. Handl. als Mittel der
Nötig. II 526 f.

— Verwertung des D. im R.-Str.-
G.-B. II 526 A.

Duell, ein Polizeidelikt II 451.

— vorsätzliche Tödtung im II 481 f.

- Eigentumsdelikt** schlechthin s. **An-
eignung**.
Eigentumsrecht, Inhalt II 52.
Einklang zwischen d. Verbrechen
u. der Bedingung der Strafge-
setze I 1 f.
Einsperrung, als Art der Nötigung
II 530 f.
— **Konkurr. mit Nötigung?** II 501.
— **Vorsatz** bei II 530 f., 559 f.
Empfindung, als Reiz zur Hand-
lung II 8.
Entlastungsbeweis, **Ausschluss des-
selb.** II 612 f.
Entschädigungszwang I 144.
— **Verh. desselb. zum Strafwang**
I 160 f.
Entschluss u. Motive II 74.
— **Wegfall der Schuld wegen man-
gelnden Kausalwerdens des E.**
II 104.
— **wesentl. Bestandtheile des rechtl.**
relevanten E. II 280.
Entwendung s. **Gebrauchs- u. Be-
sitzentwendung**.
Erfolg, d. **Schuld** als **Wollen** eines
verbotenen, vorgestellten E. II
153 f.
— **Einfluss ein. Differenz zwischen**
vorgestellten u. eingetretenen E.
auf den Vorsatz II 434 f., 444.
— **generelle u. spezielle Identität**
d. vorgestellten u. eingetretenen
E. nötig z. Vorsatz II 411 f.
— **Mangel jeder Vorstellung über**
den E. II 431.
— **Prüfung des vorgestellten E.** II
96 f.
— **sog. Billigung des E.** II 408 A.
Erfolge, **nachtheilige u. vortheil-
hafte** I 33.
Erfüllungszwang I 144.
Erpressung u. Betrug als **Bereiche-
rungsverbrechen**, II 559 f.
— **Vorsatz** bei II 485, 559 f.
error in objecto, **kein Irrtum im**
Rechtssinn II 412 A.
exceptio veritatis II 610 f.
Fahrlässigkeit, **Terminologie im**
heut. gem. Recht II 460 A.
— s. **Culpa**.
fallacia, s. **dolus**, **Synonyma**.
familia, **dil. pater. f. u. homo dilig.**
II 348 A.
fraus, **Bedeutung** II 273.
Freiheit, als **Voraussetzung der**
Handlungsfähigkeit II 3 f.
— **Bewusstsein, menschlicher F.**
II 24, 25.
— **der Willensbethätigung** II 525 f.
— **des Menschen als c nstante Ur-
sache seiner Handlungen** II 16.
— **falsche Auff. d. Fr.** II 3 ff.
— **u. Nothwendigkeit** II 15 f.
— **versch. Bedeutung ders. als An-
griffsobjekt der sog. Freiheits-
verbrechen** II 524, 525.
— **Vorsatz bei Verbrechen gegen die**
F. II 524 f.
Funddiebstahl II 554.
furtum possessionis II 548.
Gattungsdelikt, **Vorsatz** bei dem II
394.
Gattungsvorstellungen beim **dolus**
generalis II 429.
Gattungsverbrechen I 100.
Gebot der Aufmerksamkeit. **Un-
selbständ. dess.** II 89 f., 94.
Gebote, als **Grundlage des Unter-
lassungsdelikts** I 144 f.
— **die drei Arten der Zweckver-
folgung durch die** I 48.
— **Uebertretung von G. durch ver-
botene Handlungen** II 453.
Gebrauchsentwendung II 550.
Gefahr, **Begriff** I 46.
Gefährdung als **angebl. Bestandtheil**
kulposer Delikte II 148 f.
— **Bedeutung ders.** I 202, 203.
— **verbotene od. nicht** I 43, 45 f.
— **Verh. zur Verletzung** I 45 f., 311.
Gefährdungsverbote, 145, 188, 201 f.
II 455 f., 521 f.
— **Vorsatz gegenüber G.** II 455.
Gefährdungsverbrechen II 521 f.,
536 f., 578 f.
Gehorsam, **Begriff** II 63.
— **sog. blinder** II 470 f.
Gehorsamspflicht, **Entstehung ders.**
II 63.
Geistes- u. Gemütskrankheiten II
71, 83.
Gemeingefährl. Verbrechen II 578 f.
Genugthuungs-Theorie II 30.
Gesetz, **Vergessen des G.** II 69.
— s. auch **Recht, gesetztes**.
Gesetz der grossen Zahl II 12 f.,
20 f.

Gesetztes Recht s. Recht.
Gewalt, absolute, als Mittel d. Nötig.
II 526.

Gewissheit u. histor. Wahrscheinlichkeit II 98 A.

Gratia, Gegensatz zu per sordes im Röm. R.-Verh. zur culpa lata II 352 A.

Gut s. Rechtsgut.

Handlung, Anforderungen d. Rechts an den Handelnden vor- und während der H. II 95 f., 99.

— Begriff II 39 f., bes. 41.

— die-schuldhaftige II 102 f.

— Eintheilung II 46.

— Fähigkeit zu pflichtmässigen u. pflichtwidrigen H. II 54 f.

— freie II 3 f.

— Freiheit als konstante Ursache der mensch. H. II 16.

— gefährliche I 45.

— Gegensatz von H. u. Zufall II 35.

— im Rechtssinn II 35 f.

— Irrtum über den Umfang der Wirkung einer H. II 418.

— rechtl. relevante H. ohne rechtl. Wirkung II 47.

— rechtswidrige I 56.

— sog. willkürliche II 12.

— u. That II 35 f.

— Unterlassung u. H. im e. S. als Arten der H. II 452.

— verbrecherische I 56.

— vorsätzliche II 402 f.

— vollkommen pflichtmässige II 88 f., 96.

— Wirkung der verbotenen I 33.

— zeitliches Verh. der Schuld zur widerrechtl. H. II 188 f.

Handlungen, Konkurrenz v. erlaubten u. unerlaubten II 291.

— mehrere strafbare — ein Verbrechen I 121.

— mehrere strafflose — ein Verbrechen I 112 f., 174.

— rechtswidrige, Eintheilung s. Unrecht.

Handlungsfähigkeit, bedingt durch d. Fähigkeit die Entschlüsse unter d. Norm zu subsumiren II 75.

— Begriff II 35 f., 46 f., 54.

— Eintheilung II 46 f.

Handlungsfähigkeit, Freiheit als Voraussetzung d. H. II 3 f.

— Gründe des Wegfalls ders. II 71, 79.

— individ. Umfang ders. II 84 f.

— Kenntniss d. Kausalitätsgesetzes als Erforderniss der H. II 54, 75.

— Mangel der H. als Grund mangelnder Rechts- u. Pflichtfähigkeit II 53.

— Mangel ders. zur Zeit der That. II 192.

— Präsumtion ders. im Civilrecht, nicht im Strafrecht II 87.

— Verhältniss z. Rechts- u. Pflichtfah. II 47 f.

— Wechsel vom H. u. Handlungsunfähigkeit II 193.

— Zurechnungsfähigkeit eine Unterart der H. II 46 A.

Handlungsmoment in der Unterlassung II 451.

Handlungsnormen I 36.

Handlungsunfähigkeit, Wegfall der Schuld wegen H. II 103.

— s. auch Handlungsfähigkeit.

Handlungsweise, bössliche II 377 A.

Hehlerei, keine, durch Theilnahme am Erlös II 574.

— keine, durch Verzehren od. Zerstören der erlangten Sachen II 574.

— Unterschlagung in der H. II 577.

— Verletzung eines fremden Okkupationsrechtes in ihr II 577.

— Vorsatz II 571 f.

— Identit. dess. mit d. Vors. der unecht. Begünst. II 575 f.

— Wesen I 121, II 571, 620.

Heilungs-Theorie II 30.

Hinderungshandlung bei der Unterlassung II 451.

Ignorantia facti u. juris II 310.

Imperativ der Strafgesetze I 23.

impetus, Bedeutung im Röm. R. II 178, 346.

— gehört nicht zu culpa lata II 346, 347.

— u. propositum II 346 A.

imprudencia s. Culpa Synonyma.

impubes, Deliktsfähigkeit II 54.

Incest, zwei Arten der Begeh. im Röm. R. II 320 f.

- Indeterminismus** II 4 f.
Injurie, Absicht bei II 601 A.
 — der den *dolus* ausschliessende Irrtum bei der I. II 333.
 — Wahrheitsbeweis II 610 f.
Internationales Strafrecht, Satzungen im R.-Str.-G.-B. I 21, 22.
Irrtum II 65.
 — als Grund des Wegfalls der Handlungsfähigkeit II 71, 86, 96, 114.
 — bei culpa II 96 A.
 — bei Frauen u. Soldaten II 318 f.
 — der den *dolus mal.* ausschliessende II 311 f., 332 f.
 — der sog. *error in objecto* kein I. im Rechtssinn II 412 A.
 — Folgen des vermeidl. u. unvermeidlichen I. II 88.
 — Irrelevanz v. Quantitäts-I. beim Vorsatz II 422.
 — scheinbar mögl. Gestaltung dess. II 311 f.
 — Subsumtions-I. der einzig rechtl. relevante II 315 A.
 — über ein Deliktsmerkmal II 434.
 — über einen Strafausschliessungsgrund II 475.
 — über den Umfang der Wirkung der Handlung II 418.
 — über d. Willensinhalt II 108 f., 121.
 — u. Vorsatz in der Gesetzgebung II 136 f.
 — Unmöglichkeit eines relevanten I. im Deliktvorsatz II 405.
 — unverzeihlicher II 68.
 — Verträglichkeit mit d. Vorsatz II 434 f.
 — Verträglichkeit mit d. Willen II 105 f.
 — verzeihlicher II 205.
Jugendliche Personen, Verantwortlichkeit nach dem R.-Str.-G.-B. II 466.
Kausalität, Kenntniss des K.-Gesetzes II 54, 75.
Kausalzusammenhang, Arten der Schuld gegründet auf die Vorstellung des K. II 122 f.
 — berechtigt nicht zur Zurechnung II 45.
 — Vorstellungen über die K. II 406 f.
Kenntniss der Norm als Voraussetzung f. Entsch. d. Pflicht II 60 f.
Kenntnissnahme, unterlassene K. von Gesetzen II 61 f., 79.
Kommissivdelikt durch Unterlassung II 224 f.
Kommissiv- u. Ommissivdelikte s. Begehungsverbrechen.
Konfiskation, eine Polizeimassregel I 20, 21.
Konkurrenz bei Mischthatbeständen I 112.
 — von Delikten II 419, 562.
 — ideale von Verbrechen II 482 A.
 — zweier Qualifikationsgründe bei einem Verbrechen II 586.
Konkurrierende Delikte — ein Verbrechen I 112 f.
Konkurrierende Verbrechen — ein Verbrechen I 121 f.
Körperverletzung, Vorsatz bei II 517 f.
Lascivia II 366 f.
 (s. auch *Culpa lata*, Synonyma).
Leben u. Körperintegrität, verschiedene Rechtsgüter II 425.
luxuria II 179, 366, 374 f.
 — im deutschen Handelsgesetzb. II 377 A.
 (s. auch *Culpa*, Synonyma).
Machinatio s. *dolus*, Synonyma.
Materialismus II 11 f.
Maximen II 70 f.
Menschenraub, als Gefährdungsverbrechen II 536 f.
 — Arten dess. II 534 f.
 — Konkurrenz mit Nötig. II 538 f.
 — Seltsame Strafflos. II 535 A.
 — Verhält. z. Aussetzung II 536.
 — Vorsatz II 534 f.
Merkmale des Thatbestandes I 102.
Mischgesetze I 111.
Mischthatbestände I 109.
 — Konkurrenz bei I 112.
 — Vorsatz bei II 482 f.
Mittel, untaugliche II 411 A.
Mittheberschaft, Vorsatz bei II 512.
Moralstatistik II 12 f.
Motive, Begriff II 8.
 — des Willens II 3, 70, 71.
 — Kraft ders. II 9 f.
 — u. Entschluss II 74.

Mutwilligkeit, Bedeutung im R.-Str.-G.-B. II 604.

Negligentia s. Culpa.

Nötigung, Konkurrenz mit Einsperrung? II 531.

— Verbot der N. II 528.

— Verhält. z. Einsperrung II 529 f.

— Vorsatz bei N. II 525 f.

Norm, Anforderungen der N. an den handelnden Menschen I 38 f., 139, 140.

— Anforderungen der N. an d. Handlungen II 88 f.

— Arten der Verwertung in den Strafgesetzen I 98 f.

— Arten der Zweckverfolgung I 38 f.

— Ausnahmen v. d. N., allg. u. besondere I 49, 51 f.

— Unkenntniss der Grenze zwischen N. u. Ausnahme II 68 f.

— Begriff u. Inhalt I 31 f.

— eine N. — ein Strafgesetz I 98.

— eine N. — eine Mehrheit von Strafgesetzen I 99 f.

— Eintheilung I 38, 48 f.

— eine und mehrere Uebertretungen einer Norm II 402.

— jede dolos u. kulpos übertretbar I 147 f.

— öffentl. u. rechtl. Natur I 144.

— Quellen d. N. 186 A.

— Umfang I 34.

— u. Strafgesetz, formeller Gegensatz ders. im heut. R. I 56, 66.

— — — im Dekalog I 56.

— — — im röm. R. I 60.

— u. Verbrecher I 54 f.

— unveränderte N. bei Wandlung des Strafgesetzes I 78.

— Verhältniss zum Strafgesetz I 4, 54 f.

— Wandlung bei unverändertem Strafgesetz I 96 f.

— Zweck I 32 f.

Normen, allg. u. besondere I 31 A.

— Civilrechts-N. I 134, 144.

— des ungesetzten Rechts I 5, 66 f.

— gemeine u. partikuläre I 71 f.

— Handlungs- u. Unterlassungs-N. I 36.

— mehrere N. — ein Strafgesetz I 108 f.

— neue N. — neue Strafgesetze I 75 f.

Normen, Prozessrechts-N. I 134, 144.

— Staatsrechts-N. 134, 144.

— Völkerrechts-N. I 134, 144.

Normkenntniss als Voraussetzung einer Pflichtverletzung in d. Gesetzgebung II 77 f.

— Gehorsamspflicht entsteht erst durch die N. II 63.

— kein Delikt ohne N. II 64 f.

— Rechtsvermutung ders. i. Reichsrecht? II 606 f.

— u. Normkenntniss II 56, 606 f.

Normübertretung, keine Norm- od. Rechtsverletzung I 184 f.

— Strafbarkeit beschränkt auf qualifizierte N. I 126, 133.

— straflose N. als Strafschärfungsgrund I 113 f. 133.

— vorsätzliche u. fahrlässige I 34.

Normverletzungen, gewerbs- u. gewohnheitsmässige I 128.

— Strafbarkeit einer N. als Grund der Straflosigkeit einer andern I 129, 133.

Normwidrigkeit, Bewusstsein ders. beim dolus II 305.

— s. auch Unrecht.

Normwidrigkeiten, mehrere N. — ein Verbrechen I 112 f.

Normwidrigkeitsmerkmale s. Deliktsmerkmale.

Notwendigkeit, Verh. zur Freiheit II 10 f.

Notstand, II 194, 293.

— insbes. im Röm. R. II 293 A.

— Irrtum bei II 205.

— Selbstversetzung in N. zum Zweck der Ausführung geplanten Unrechts II 203 f.

— Sieg des Selbsterhaltungsmotivs im N. II 73.

— u. Zurechnungsfäh. II 83.

Notwehr II 194, 203 f. 296.

Objekte, untaugliche II 411.

Obligationen, Grundlage der sog. Delikts-O. I 223.

— kraft Selbstunterwerfung I 221.

— kraft Zwangsunterwerfung I 221.

Offizialverfolgung I 89, 91.

Okkupationsrecht, fremdes, Verletzung durch Hehlerei II 577.

Omissivdelikte s. Begehungsverbrechen.

Persönlichkeit, Verbrechen gegen d. P. s. Verbrechen.

Pflicht als Motiv II 70 f.

Pflichten, Entstehung ders. II 54 f.

— höchstpersönliche Pfl. u. Rechte II 52 (s. auch Rechtspflichten).

Pflichtfähigkeit, Begriff II 47 f.

— Verh. z. Handlungsfäh. II 47 f.

Pflichthandlung, Fähigkeit zur P. II 46 f., 76.

Pflichtmotiv II 70 f., 73.

— unterlassene Geltendmachung II 119.

Pflichtverletzung, Erfordernisse zur Möglichkeit einer P. in der Gesetzgebung II 78 f.

Pflichtwidrigkeit aus Connivenz gegen Dritte II 351 f.

Polizeidelikte, keine schuldlosen II 615 f.

— Schuldbeweis bei II 617.

— Vorsatz bei II 617.

Polizeigesetzwidrigkeit s. Polizei-unrecht.

Polizeistrafgesetzes s. Polizeiunrecht.

Polizeiunrecht I 179 f., 183, 204.

Prädestinationslehre II 11 f.

Prädeterminismus II 11 f.

Praedo II 317.

praesumptio doli II 130 f., 163, 490.

Präsumtion der Handlungsfähigkeit II 87.

— der Rechtskenntniss II 66 f., 130 f.

— der Rechtskenntniss in den Gesetzgebungen II 136 f.

— der Rechtskenntniss im R.-Str.-G.-B. II 606 f.

Präsumtionen betr. die Zurechnung im neu. Rechte II 130 f.

— im Pressgesetz II 613, 621.

Privatstrafe I 174.

propositum s. dolus, Synonyma.

Prozessrechtsnormen I 134, 144.

Prozessrechtssätze im R.-Str.-G.-B. I 17.

prudentia s. dolus, Synonyma.

Publikation der Gesetze, Bedeutung ders. II 57 f.

Qualifikationsgründe. Konkurrenz zweier bei ein. Verbrechen II 586.

Quantitätsirrtum s. Irrtum.

Quasikontrakt als Grundlage der sog. Deliktsobligation I 223.

Raub, Vorsatz bei II 480 f., 558 f.

Rausch, als Grund aufgehobener Handlungsfähigkeit II 71.

Recht. Begriff I 68.

— gemeines u. partikuläres I 71 f.

— gesetztes I 69 II 57, 58.

— ungesetztes I 66 f. II 57, 58.

— zu verbotenen Handlungen? II 201 f.

Rechte, Eintheilung der subj. R. nach ihrem Inhalt II 52, 53.

— höchstpersönliche II 52.

Rechthandlung, Fähigkeit zur II 46.

Rechtmässigkeit der Amtsausübung II 588 f.

Rechtsanalogie I 70.

Rechtsbruch, reparabler u. irreparabler I 178.

Rechtsfähigkeit, Begriff II 47 f.

— Verh. z. Handlungsfähigkeit II 47 f.

Rechtsfolgen nichtdeliktischer Thatbestände I 207.

— Verschiedenheit od. Gleichartigkeit ders. I 158 f.

Rechtsgut, Begriff I 189, 193.

Rechtsgüter, Generalisirung I 196.

— in verschiedenem Umfange verletzbarer R. od. nicht II 416.

— Lebens u. Körperintegrität, verschiedene R. II 425.

— Schein-R. I 196.

Rechtsgüterbeschädigung, verbotene u. reiner Ungehorsam I 179 f., 205.

Rechtsgüterverletzung u. -Gefährdung I 206.

Rechtsirrtum s. Irrtum.

Rechtskenntniss s. Präsumtion.

Rechtspflichten, Erfordernisse ders. II 74 f.

— mögl. Arten der Begründung II 55 f.

Rechtsquelle, Begriff I 68.

Rechtssatz, falsche Auffassung des R. welchem d. Schuld opponirt II 127, 138 f.

Rechtsschädigung, objektive I 139.

Rechtssubjekt II 487.

- Rechtsverletzung, d. Normübertretung keine R. I 184, 191.
- Eintheilung der Delikte mit Rücksicht auf konkurrierende subj. R. II 486.
- Verhältniss zur Rechtsgüterverletzung I 193.
- Rechtsvermutung s. Präsumtion.
- Rechtswidrigkeit, formal. Handhabung des Begriffs in der Praxis II 502 A.
- Sprachgebrauch im R.-Str.-G.-B. II 488 A.
- u. Unverträglichkeit mit den Rechtsinteressen I 54.
- Vorsatz beim Verbrechen u. Bewusstsein der R. II 486 f., 490, 617.
- Rechtszustand, gestörter I 141.
- »Regel des Lebens« I 39, 40
- Reize u. Gegenreize II 8, 70 f.
- Reparationsverbindlichkeit I 207, 231.
- der Quasi-Kontrakt als Grundlage ders. I 222 f.
- die Schuld nicht Fundament ders. I 207 f.
- Retorsion, fakultative Straflosigkeit bei der R. I 21.
- Rücktritt, freiwilliger R. vom Versuch II 250.
- freiwilliger R., Grund der Straflosigkeit dess. I 43 A.
- Rückwirkung der Strafgesetze I 79 f.
- Sachenehlerei II 572 f.
- Vorsatz bei II 573 f. (s. auch Ehlerei).
- Schaden, irreparabler I 231.
- Schadenersatz im Verhältniss zur Strafe I 166 f., 172, 207 f.
- Schadenersatzverbindlichkeit, als angebliche Folge des Delikts I 212 f.
- als Rechtsfolge nichtdeliktischer Thatbestände I 225 f.
- als Unterart der Reparationsverbindlichkeit I 231.
- Scheingüter I 196.
- Schlaf, als Grund aufgehobener Handlungsfähigkeit II 71, 86.
- Schuld, abweichende Auffassungen II 124 f.
- Schuld, als Deliktsmerkmal II 116.
- als Vorstellung II 151.
- als wesentl. Merkmal des Unrechts I 135 f.
- als wesentliche Voraussetzung der Strafe I 166 f.
- als Wollen eines verbotenen, vorgestellten Erfolges II 153 f.
- Begriff II 102, 103.
- bezogen auf d. Strafgesetz, statt auf d. Norm II 140 f.
- dolus u. culpa als willkürliche Stufen der S. II 185, 186.
- falsche Auffassung des Rechtsatzes dem d. Sch. opponirt II 127, 138 f.
- Mangel der S. wegen rechtmässigen Willens zur Zeit der That II 193 f.
- nachfolgende Sch. (culpa subsequens) II 206 f., 259 f.
- nicht Fundament der Reparationsverbindlichkeit I 207 f.
- scheinbarer Mangel der S. zur Zeit der That II 192 f., 205.
- Terminologie im heut. gemein. Recht II 459 A.
- Verkennung des Verhältnisses von Wille u. Vorstellung bei d. S. II 129, 151 f.
- Wegfall der S. wegen Handlungsunfähigkeit II 103.
- Wegfall der S. wegen mang. Kausal. des Entschlusses II 104.
- Wegfall der S. wegen Nichtwollen des Unrechts II 103.
- zeitliches Verhältniss der S. zur widerrechtl. Handlung II 188 f.
- Schuldarten I 107, 147, 148. II 115 f., 460.
- als Strafbarkeitsmerkmale II 116, 119.
- angebliche II 177 f.
- die 2 S. im gelt. Reichsrecht II 459 f.
- falsche Ausgangspunkte für d. Aufstellung v. S. II 124 f.
- gegründet auf d. Vorstellung v. Kausalzusammenhang zwischen That u. Erfolg II 122 f.
- gegründet auf d. Verschiedenheit der den widerrechtl. Willen begleitet. Vorstellung II 121 f.
- gegründet auf die Verschiedenheit der Willensseite II 103.

- Schuldarten, irrtümliche Annahme nur einer S. II 183 f.
 — irrtümliche Annahme von mehr als zwei S. II 186 f.
 Schuld begriff II 102.
 — die Unterbegriffe dess. a. Schuldarten.
 — histor. Entwicklung im röm. u. deutschen R. II 269.
 Schuld begriffe, die deutschen den röm. erlegen II 270.
 Schuldbeweis, Anomalien des S. im gem. R. II 605 f.
 Schuldlehre, auf der Basis der Normen zu errichten II 392, 393.
 Schuldvermutungen im R.-Str.-G.-B. II 642 f.
 scientia s. dolus, Synonyma.
 Selbsterhaltungsmotiv beim Notstande II 73.
 Sordes, per, Gegensatz zu gratia im Röm. R. Verh. zu dolus mal. II 352 A.
 Spezialrecht, Erwerb eines S. zur Vornahme sonst verbotener Handlungen behufs Ausführung geplanten Unrechts II 202 f.
 Staatsrechtsnormen I 134, 144.
 stellionatus II 280.
 Strafausschliessungsgrund, Irrtum über einen S. lässt den Vorsatz intakt II 475.
 Strafe, Erklärung des Verhältnisses v. Haupt- u. Neben-St. II 491.
 — Gleichheit od. Verschiedenheit v. S. u. Schadenersatz I 157, 166 f., 172.
 — öffentl. u. Privat-St. I 174.
 — Rechtsfolge des Unrechts I 166 f.
 — Ungehorsamsstrafe I 48.
 — Zweck I 170, 172.
 Strafbarkeit, Bewusstsein der Str. kein Requisite des Vorsatzes II 466 f.
 — die S. beschränkt auf qualif. Normwidrigkeit I 126, 133.
 — einer Normverletzung als Grund der Straflosigkeit einer andern I 129, 133.
 Strafbarkeitsmerkmal, Absicht als II 599.
 — Affekt als I 107.
 — Begriff I 103 f.
 — causale Verknüpfung von Vergewaltigung u. Diebstahl als II 451.
 Strafbarkeitsmerkmal, die Schuldarten als II 116, 119.
 — Fahrlässigkeit als I 107.
 — Verbrechensmehrheit als II 482.
 — Vorbedacht als I 107.
 — Vorsatz als II 504.
 Strafdrohungen, allg. u. besondere I 31 A.
 — angeblich an schuldlose Thatbestände geknüpft II 615 f.
 — doppelt bedingte I 130 f.
 — - - Vorsatz bei II 465.
 Straferhöhungsgründe II 455.
 Strafgesetz, an wen gerichtet I 6 f.
 — Antragsverbrechen bei Aenderung des S. I 89.
 — Bau I 6 f.
 — Bedeutung I 6 f.
 — Begriff I 98 A.
 — ein S. — eine Norm I 98.
 — ein S. — mehrere Normen I 108 f.
 — Imperativ des S. I 6 f.
 — Rückwirkung I 79 f.
 — u. Norm im Dekalog I. 56.
 — - - im röm. R. I 60 f.
 — - - im heutigen R. I 56, 66.
 — unverändertes S. bei Wandlung der Norm I 96 f.
 — Verhältniss zur Norm I 54 f. (s. auch Norm).
 — Verhältniss zum Staat I 13, 14.
 — - - zum Strafrichter u. Strafvollzugsbeamten I 11 f., 17 f.
 — Verhältniss zum Verbrecher I 3, 4, 10, 11.
 — Uebertreter I 6 f., 14.
 — Wandlung bei unveränderter Norm I 78.
 Strafgesetze, Blankett-S. I 74, 96.
 — gem. u. partikuläre I 71 f.
 — Mehrheit der S. — eine Norm I 99 f.
 — neue S. — neue Normen I 78 f.
 Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts v. Versuch I 43 A.
 — fakultative bei der Retorsion I 21.
 Strafpflicht u. Strafrecht I 20 f.
 Strafrechtstheorien II 30, 31.
 Strafrichter, Aufgabe des S. I 12.
 Strafschärfungsgrund, eine straflose Normwidrigkeit als S. I 113 f., 133.

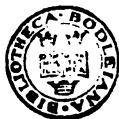
- Strafvollstreckungsbeamte, Aufgabe ders. I 13.
 Strafwang I 161 f.
 Subsumtionsirrtum s. Irrtum.
 Sühne-Theorie s. Genugthuungstheorie.
- Taubstumme II 466.
 Telegraphische Depeschen keine Urkunden I 110.
 That, Begriff II 37 A.
 — scheinbarer u. wirkl. Mangel der Schuld zur Zeit der T. II 191 f.
 — u. Handlung II 35 f.
 Thatbestand, als erster Theil des Strafgesetzes I 98 A., 104.
 — allg. u. bes. wesentl. Merkmale dess. I 102.
 Thatbestände, einfache u. zus. gesetzte I 112.
 — Rechtsfolge nichtdeliktischer T. I 207, 225.
 — Strafdrohungen, angebl. an schuldlose T. geknüpft II 615 f.
 — s. auch Mischthatbestände.
 Thatsache s. That.
 Thomas, Rechtsfall II 436 f.
 Tödtung, durch Nicht-Verabreichung von Alimenten II 265 A.
 — Gleichh. des Vors. bei den Verbrechen der T. II 508 f.
 — vorsätzliche im Duell II 461, 482.
- Ueberschwemmung, Deliktsbegriff II 580.
 — Fassung der Norm II 580 f.
 — Vorsatz bei II 581 f.
 Uebertretung von Geboten durch verbotene Handlungen II 435.
 (s. Polizei-Delikte).
 Unbilligkeit, Bewusstsein der U. beim dolus II 306.
 Ungehorsam, reiner I 48, 179 f. 205.
 — verbotener I 47.
 Ungehorsamsmoment, Bedeutung dess. in d. verschiedenen Verbrechen I 198 f.
 — in jeder Normwidrigkeit I 97.
 Ungehorsamsstrafe I 48.
 Unkenntniss der Norm s. Norm.
 Unrecht, befangenes u. unbefangenes I 177.
 — Begriff I 135.
- Unrecht, civiles u. kriminelles I 133 f., 147.
 (s. auch Civilunrecht).
 — Deliktsmoment in allem U. I 72 f.
 — kein U. ohne Schuld I 135 f.
 — materielles u. formelles I 205.
 — mittelbares u. unmittelbares I 150 f.
 — mögliche Eintheilungsfundamente u. Arten I 142 f. 179 f.
 — negatives u. positives I 144 f.
 — objektives u. subjektives I 135, 136 f.
 — Polizei-U. I 179 f.
 (s. auch reiner Ungehorsam).
 — Rechtsfolgen des U., Verschiedenheit od. Gleichartigkeit ders. I 158 f.
 — rein formelles u. materiell-formelles I 206.
 — strafbares u. nichtstrafbares I 146 f., 174.
 — straffähiges u. strafunfähiges I 175.
 — Umfang der Strafbarkeit des U. I 173 f.
 — unbedingtes I 146.
 — unsträfliches s. nichtstrafbares.
 — verschuldetes u. unverschuldetes s. obj. u. subjektives U.
 Unterlassen, doppelte Bedeutung II 449 f.
 Unterlassung, Deliktsmoment in der verbotenen U. I 206.
 — Handlungsmoment in d. U. II 451 f.
 — Hinderungshandlungen bei d. U. II 451.
 — Kommissivdelikt durch U. II 224 f.
 — nicht Wesen der Culpa II 129, 143 f.
 — u. Handlung i. e. S. als Arten der Handlung II 452.
 Unterlassungsdelikte, echte II 447 f.
 — nicht reine Unthätigkeit II 450.
 — Thatseite ders. II 449 f.
 — Verhält. zu Begehungsdel. II 189 f., 453 f.
 — Vorsatz bei II 447 f.
 Unterlassungsdelikte, unechte, Vorsatz bei II 447 f.
 — Kausalität der sog. Unterlassung II 248 f.

- Unterlassungsdelikte, Natur der der
 U. voraufgeh. Handlung II 226 f.
 — Natur der sog. U. selbst II 248 f.
 — Theorie der II 206 f.
 — Zeitl. Verh. der Schuld zur Handlung II 258, 259.
 Unterlassungsnormen II 36.
 Unterlassungsverbrechen s. Begehungsverbrechen.
 Unterscheidungsvermögen II 81.
 Unterschlagung, Bedeutung des Besitzes bei d. U. II 542 f.
 — Diebstahl als qualif. U. II 542.
 — in Erpressung II 563.
 — in Hehlerei II 577.
 — kein Vermögensverbrechen II 540 f.
 — Vorsatz bei II 540 f.
 Unthätigkeit, reine II 450.
 Unzurechenbarkeit u. Unzurechnungsfähigkeit II 39.
 Urkunde, Begriff I 110 A.
 Ursache, Begriff I 40.
 — die Freiheit des Menschen als konstante U. seiner Handlungen II 16.
 — Unterschied von Bedingung I 41 f.
 Ursachenziffern, Konstanz der U. bei den sog. willkür. Handlungen II 14 f.
 Verantwortlichkeit, Erfordernisse zur II 76.
 — Verh. des Material. z. V. II 27 f.
 — Verh. zur Verursachung II 9.
 — zur Geschichte ders. II 26.
 Verbote, Grundlage der Begehungsdelikte I 44 f.
 — schlechthin I 48, 188, 200 f. II 456.
 — unbedingte I 146 (s. auch Verletz.-Verbote).
 Verbotensein, das Deliktsmerkmal schlechthin II 486.
 Verbrechen, angebl. Gegensatz v. Inhalt u. Form dess. II 168.
 — Antrags-V. I 89, 131. II 465, 568 f.
 — bei V. gegen d. Persönlichkeit soviel Delikte als Angegriffene II 425.
 — ein V. — mehrere Delikte I 112 f. 133, II 190 A.
 Verbrechen, einfache u. zusammengesetzte II 479, 579.
 — fahrlässige V. als dolose Unterlassungsv. II 144 f.
 — fahrlässige V. als dolose Gefährdungen II 148 f.
 — Gattungs-V. u. Unterarten dess. I 100.
 — Gefährdungs-V. II 521.
 — gegen d. Freiheit II 524 f.
 — geschaffen durch d. Strafgesetz I 55.
 — gesetzliche Merkmale II 597 f.
 — gewerbs- u. gewohnheitsmässige I 128.
 — Konkurrenz zweier Qualifikationsgründe bei e. V. II 586.
 — u. Delikte II 463.
 Verbrechenkonkurrenz, ideale II 482 A.
 Verbrechenmehrheit als Strafmilderungsgrund II 482.
 Verbrechenvorsatz = Deliktsvorsatz II 505.
 Verbrecher, sein Verhältniss zur Norm I 4, 23 f.
 — sein Verhältniss zum Strafgesetz I 3, 4.
 Vergehensversuche im R.-Str.-G.-B. II 430 A.
 Vergeltungs-Theorie s. Genugthungstheorie.
 Vergewaltigung u. Diebstahl II 552.
 Vergiftung, Gefährdungsverbrechen II 519 f.
 — Vorsatz II 519 f.
 Verjährung I 19.
 Verletzung, Wollen eines best. Maasses bei der V. II 421.
 Verletzungs- u. Gefährdungsvorsatz gegen dass. Rechtsgut schliessen sich aus II 454.
 Verletzungs- u. Verursachungsverbote I 38, 188.
 — Vorsatz gegenüber II 454.
 Verleumdung s. Injurie.
 Vermögensdelikt schlechthin s. Bereicherung.
 Vermögensrecht, Bedeutung I 154 f.
 Verschmachtenlassen Neugeborener II 265 A.
 Versehen II 270 A. (s. Culpa).
 Versuch, angebl. Analogie zwischen dolosem V. u. kulposem Delikt II 164, 182.

- Versuch, beim dolus eventualis** II 410.
- freiwilliger Rücktritt v. I 43 A. II 250.
 - mit untaugl. Mitteln u. an. untaugl. Obj. II 411.
 - Vorsatz (dolus generalis) bei dem Vergehensversuch im R.-Str.-G.-B. II 430 A.
- Veruntreuung, Vorsatz bei** II 546.
- Verursachung durch sog. Unterlassung** II 224 f.
- einer Veränderung, Begriff I 42.
 - scheinbare Konkurrenz v. schuldloser V. u. culpa subsequens II 259 f.
 - u. Verantwortlichkeit II 9.
- vis, Gegensatz zum dolus** II 274.
- Völkerrechtsnormen** I 134, 144.
- Vorbedacht, als Strafbarkeitsmerkmal** I 107.
- dolus mit V. II 396 A., 508, 509.
- Vorsatz bei Delikten** II 391 f.
- Vorsatz bei den einzeln. Verbrechen.**
- bei Abtreibung II 513 f.
 - bei Aussetzung II 522 f.
 - bei Bedrohung II 532 f.
 - bei Begünstigung II 465 A., 565 f.
 - bei Besitzentwendung II 547 f.
 - bei Betrug II 559 f.
 - bei Brandstiftung II 582 f.
 - bei Diebstahl II 479, 550 f.
 - bei Einsperrung II 530 f.
 - bei Erpressung II 559 f.
 - bei Hehlerei II 485, 572 f.
 - bei Körperverletzung II 517 f.
 - bei Menschenraub II 534 f.
 - bei Nötigung II 525 f.
 - bei Raub II 480, 485, 559.
 - bei Tödtung II 416 f., 508 f.
 - bei Ueberschwemmung II 579 f.
 - bei Unterschlagung II 540 f.
 - bei Verbrechen gegen d. Freiheit II 524 f.
 - bei Vergiftung II 519 f.
 - bei Veruntreuung II 546.
 - bei Widersetzlichkeit II 587 f.
- Vorsatz im Allgemeinen.**
- als Strafbarkeitsmerkmal II 504.
 - Arten dess. im pos. Rechte II 397 f.
 - äusseres Verhalten des V. bei Verbrechen zum Deliktvorsatz II 478 f.
- Vorsatz, Begriffsbestimmung** II 400 f.
- Begriffsbestimm. in den Gesetzen II 136 f.
 - bei Begehungsdelikten II 454 f.
 - bei doppelt bedingten Strafdrohungen II 564.
 - bei Gefährdungsverboten II 455.
 - bei Mischthatbeständen II 482 f.
 - bei Miturheberschaft II 512.
 - bei Unterlassungen II 447.
 - bei Verboten schlechthin II 456.
 - bei Verletzungsverboten II 454.
 - Beschaffenheit des V. bei jedem Gattungsdelikt II 394.
 - Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit als Erforderniss des V. II 140.
 - Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Erforderniss des V. II 125 A., 486 f.
 - Bewusstsein der Strafbar- und Strafwürdigkeit als Erforderniss des V. II 126 A., 138.
 - Culpa lata als rechtswidriger, aber nicht ehrenrühriger V. im röm. R. II 362.
 - die übrigen Bestandtheile des V. ausser dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit II 501 f.
 - einfacher u. zusammengesetzter bei Verbrechen II 478 f.
 - Einfluss einer Differenz zwischen vorgestelltem u. eingetretenem Erfolg auf die Zurechnung zum V. II 434 f., 474.
 - generelle u. spezielle Identität des vorgestellten u. eingetretenen Erfolges II 411 f.
 - gleicher Vorsatz bei verschieden benannten Verbrechen II 484 f.
 - Identität des Obj. der Vorstellung mit dem des Verbotes beim V. II 411.
 - Identität des V. bei Verbrechen mit einem einfachen od. mehrfachen Deliktvorsatz II 397, 486 f.
 - Irrtum über die Quantität der Verletz. beim V. II 418 f.
 - keine Arten des V. u. der Fahrlässigkeit II 121.
 - Konkurrenz von Delikts-V. II 457, 480, 481.

- Vorsatz, mögl. Entstehungsarten II**
 396 f.
 — Nichtexistenz eines Verbrechens-V. II 477.
 — Putativ-V. II 401 A., 415.
 — rechtswidriger V. aus Connivenz II 356 f.
 — rechtswidriger V. aus Mitleid II 345 f.
 — rechtswidriger V. aus Uebermut II 366 f.
 — u. Quantität des Delikts II 418 f.
 — Wille und Vorstellung beim V. 405 f., 410 f., 446.
 — Wissen u. Wollen v. strafscharfenden u. -mildernden Thatumständen kein Erforderniss des V. II 477.
- Vorsatz im heutigen deutschen Strafrecht.**
 — beim Unterlassungsverbrechen des wissentl. Geschehenlassens strafbarer Handlungen II 469 A.
 — bei »Verbrechen«, »Vergehen«, u. »Uebertretungen« II 490, 617.
 — Bewusstsein der Rechtswidrigkeit beim V. II 490, 492, 499, 617.
 — Bewusstsein der Strafbarkeit kein Merkmal des V. II 468 f.
 — des Anstifters II 469 A.
 — die zur Strafbarkeit nötige Einsicht als Erforderniss des V. II 466 f.
 — Identität von Verbrechens-V. u. Delikts-V. II 506.
 — kein Verbrechens-V. im engeren Sinn II 458 f.
 — Synonyma u. Terminologie II 461, 594 f. (s. Vorsatz bei d. einz. Verbrechen).
- Vorsatz u. Irrtum s. Irrtum.**
Vorsatz s. auch dolus.
- Vorstellung, Alternative der V.**
 beim dolus eventualis II 409.
 — der Harmonie u. Disharmonie als empfindungsregend II 8.
 — Mangel jeder V. über den Erfolg II 431.
 — Schuldarten, gegründet auf die V. von That u. Erfolg II 122 f.
 — Schuldarten, gegründet auf die Verschiedenheiten der den rechtswidrigen Willen begleitenden V. II 121 f.
- Vorstellung u. Wille bei der Schuld**
 II 151 f.
 — u. Wille beim dolus generalis II 424 f.
 — u. Wille beim Vorsatz II 405 f., 410, 446.
- Vorstellungen des Kausalzusammenhanges II 406 f.**
 — des Thuns, Nichtthuns u. Andersthuns II 3 f.
 — der Ursächlichkeit II 407 f.
 — Gattungs-V. beim dolus generalis II 429.
- Wahrheitsbeweis II 610 f.**
Wahrscheinlichkeit u. histor. Gewissheit II 98 A.
Wanverbrechen II 103, 111.
Widersetzlichkeit, Vorsatz bei II 557 f.
Wille, Ausdehnung dess. II 112.
 — bewusster u. unbewusster II 107 f.
 — bewusst rechtmässiger II 95, 96.
 — bewusst rechtswidriger II 117 f.
 — freier s. Freiheit.
 — Mangel der Schuld wegen rechtmässigen W.s zur Zeit der That II 193 f.
 — Mögl. des Irrtums beim W. II 105 f.
 — rechtl. relevanter II 40.
 — Unbedingtheit des freien W. II 4.
 — unbewusst rechtmässiger II 101 f.
 — unbewusst rechtswidriger II 117 f.
 — u. Wunsch II 106, 111.
 — Ursächlichkeit des W. II 104 f., 450 f.
 — Verhältniss des W. zur Vorstellung u. That II 104 f.
 — Verkennung des Verhältnisses v. Wille u. Vorstellung bei der Schuld II 129, 151 f.
- Willensinhalt, Prüfung des W. als Anforderung der Norm II 96 f.**
 — Irrtum über II 105 f., 121.
- Willensmoment im dolus mal. II 482 f.**
Willensmotive s. Motive.
Willensseite, als Grundlage der Schuldarten II 103.
Wirkung der verbotenen Handlung I 33.

- Wissen u. Wollen** strafscharfender
u. strafmildernder Thatumstände
II 477.
Wissentlichkeit, Bedeutungen im
R.-Str.-G.-B. II 602 f., vgl. 462 A.
Wunsch u. Wille II 106, 111.
Zahl, sog. **Gesetz** der grossen Z. II
12 f., 20.
Zufall, s. Bedeutung im Materialism.
u. Indeterm. II 12 f.
— Begriff II 35 f., 38.
— das sog. obj. Unrecht als Z. I
136, 137.
— u. Freiheit II 4.
— u. Handlung II 35.
Zurechnung, Anwendungsgebiet des
Begriffs II 41, 42.
— Begriff der jurist. Z. II 41 f.
— falsche Auffass. d. Z. II 42 f.
— formelle II 168 f.
Zurechnungsfähigkeit II 77.
— in der Gesetzgebung II 77 f.
— Präsumtion ders II 130 f.
— Unterart der **Handlungsfähig-**
keit II 46 A.
Zustand, gestörter Rechts-Z. I 141.
— unrechtmässiger I 137.
Zweck, Bedeutungen im R.-Str.-
G.-B. II 601 f.
— des Handelns II 74.







BEQUEATHED TO THE UNIVERSITY
BY SIR PAUL VINOGRADOFF 1926

—

