

Die
Formen der Strafschuld

und

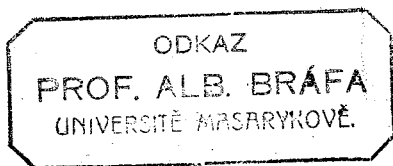
ihre gesetzliche Regelung.

Von

Dr. August Miřička

k. k. Oberstaatsanwaltsstellvertreter und Privatdozent in Prag.

A. Miřička
J. 17.



Leipzig
Verlag von C. L. Hirschfeld
1903.

Vorrede.

Die im Jahre 1902 erschienene böhmische Ausgabe des vorliegenden Werkes wurde der Aufnahme in die Publikationen der Böhmisches Kaiser-Franz-Josefs-Akademie für Wissenschaften, Belletristik und Künste gewürdigt und durch Zuerkennung des P. Philipp Čermák'schen Stiftungspreises ausgezeichnet. Die wohlwollenden Stimmen der Kritik, sowie mehrfache Anregungen seitens hervorragender Fachmänner veranlaßten mich, das Buch auch in deutscher Sprache herauszugeben. Ich habe diese Gelegenheit dazu benützt, vieles entsprechender zu fassen, manches gänzlich umzuarbeiten und einiges auch neu hinzuzufügen. Die Bedenken, welche seitens der inzwischen zur Veröffentlichung gelangten Kritik gegen meine Ideen erhoben wurden, boten mir Anlaß, auf dieselben zu reagieren. Auch die sonstige seither im Gegenstande erschienene, nicht karge Literatur wurde nach Gebühr berücksichtigt. Den in der böhmischen Ausgabe in der Anmerkung 1 zu § 18 gegen die Entscheidung des Kassationshofes Slg. Nr. 2456 erhobenen harten Vorwurf, von dessen Grundlosigkeit ich mich — von hochangesehener Seite aufmerksam gemacht — überzeugte, habe ich selbstredend fallen lassen.

Ich betrachte es als meine tief empfundene Pflicht, dem hohen k. k. Justizministerium und meinem hochverehrten Amtsvorstand, Herrn Hofrat und Oberstaatsanwalt Miroslav Merhaut, für die geneigte Gewährung beziehungsweise Befürwortung zeitweiliger Dienstbefreiung, wodurch das Zustandekommen des Werkes erheblich gefördert wurde, an dieser Stelle meinen ergebensten Dank zu erstatten.

Prag, im August 1903.

Dr. August Mířička.

Inhaltsübersicht.

| | Seite |
|---|-------|
| § 1. Einleitung. | 1 |
| Die Aktualität des Problems S. 1, namentlich in Rücksicht der lex ferenda S. 4. — Stellungnahme zur Philosophie S. 4, zum Determinismus und Indeterminismus S. 6. | |

Erster Abschnitt.

Der Status praesens in der Doktrin.

| | |
|---|----|
| § 2. Allgemeiner Überblick | 11 |
| § 3. Die Willenstheorie | 16 |
| Die Mangelhaftigkeit der Bestimmung des dieser Theorie zugrunde liegenden Willensbegriffes S. 16. — Die Achillesferse der Willenstheorie — der Eventualvorsatz S. 19. — Das ungelöste Problem des ihm wesentlichen psychischen Aktes S. 21. — Die Willenstheorie steht und fällt mit dem eventuellen Vorsatz S. 24. | |
| § 4. Die Vorstellungstheorie | 26 |
| Die Theorie Bekkers S. 26. — Die Theorie Liszts S. 27. — Das auch von Liszt akzeptierte hypothetische Kriterium Franks S. 30. — Dieses Kriterium ist unbrauchbar und auch das „assertorische Urteil“ Liszts ist untauglich zur Ziehung einer Grenze innerhalb der bewußten Schuld S. 32. | |
| § 5. Die Wissentlichkeitstheorie | 37 |
| Die Lehre Löfflers und ihre Kritik. | |
| § 6. Die Motivtheorie | 46 |
| Einzelne Versuche, das Motiv im Strafrecht zu verwerten S. 46. — Die Theorie M. E. Meyers und deren Kritik S. 47. | |

Zweiter Abschnitt.

Die Lex lata.

| | |
|--|----|
| § 7. Rundschau | 60 |
| Die Schuldformen in den wichtigsten Strafgesetzgebungen S. 60. — Die Judikatur in Deutschland und Österreich S. 61. | |
| § 8. Vorsatz und Absicht | 63 |
| Die allmähliche Entwicklung der Absicht als eines vom Vorsatze disparaten strafrechtlichen Begriffs S. 63. — Die bezüglichen Verlegenheiten der Doktrin, Gesetzgebung und Judikatur S. 64. | |
| § 9. Die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale | 67 |
| Die Duplizität des Vorsatzbegriffes der herrschenden Lehre in Rücksicht des Erfolgs einerseits und der Tatbestandsmerkmale andererseits S. 67. — Die Anwendung des eventuellen Wollens (Vorsatzes) auf die Tatbestandsmerkmale S. 69. — Unhaltbarkeit der Ergebnisse S. 70. — Hervorhebung der Wissentlichkeit im gesetzlichen Tatbestand S. 72. | |

| | Seite |
|--|-------|
| § 10. Der Gefährdungsvorsatz | 77 |
| Die Bildung des Begriffs durch Zusammenfügung des eventuellen Verletzungsvorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit als einzige logische Möglichkeit S. 77. — Die Zerfahrenheit der Doktrin S. 84. — Das Reichsstrafgesetzbuch S. 90. | |
| Dritter Abschnitt. | |
| Die Lex ferenda. | |
| § 11. Die Aufgabe des Gesetzgebers | 95 |
| Die Schuldformen sind im Gesetze selbst zu bestimmen S. 95. — Der Standpunkt des österreichischen, schweizerischen und russischen Entwurfs S. 99. — Nur eine tunlichst beschränkte Schuldformenzahl ist brauchbar für Gesetzgeber und Richter S. 100. | |
| § 12. Die Wahl der konstruktiven Elemente | 101 |
| I. Bewußte und unbewußte Schuld | 103 |
| Die Voraussicht (Vorstellung) des rechtswidrigen Erfolges ist ein geeignetes konstruktives Element, die verschiedene Evidenz (Intensität) dieser Voraussicht hingegen nicht. | |
| II. Die Absicht | 106 |
| Deren Wesen und Begriffsbestimmung mit Hilfe des Zweckbegriffs S. 106. — Das Verhältnis mehrerer Zwecke untereinander S. 110. — Die Absicht ist ein geeigneter Teilungsgrund der bewußten Schuld S. 111. | |
| III. Der Wille | 112 |
| Der Willensbegriff ist als konstruktives Element abzulehnen und ebenso auch: | |
| IV. Das Motiv | 116 |
| V. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit | 118 |
| Vieltendigkeit dieses Begriffs S. 119. — Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Tatbestände als Hauptursache der bezüglichen Kontroversen S. 121. — Die Theorie „von den negativen Tatumständen“ S. 124. — Deren Konsequenzen in bezug auf die Schuldfrage S. 126. — Bedeutung eines bezüglichen Irrtums insbesondere S. 126. — Hervorhebung der Rechtswidrigkeit im gesetzlichen Tatbestand S. 134. | |
| Anhang | 137 |
| Die Einwendungen Kohlrauschs gegen die Theorie „von den negativen Tatumständen“. | |
| § 13. Die untere Grenze der Strafschuld | 140 |
| Die Aufgabe S. 140. — Die Heranziehung des Gefahrbegriffs S. 141. — Unzulänglichkeit der Bestimmung dieses Begriffs in Theorie und Praxis S. 142. — Das strafrechtliche Problem des Gefahrbegriffs S. 144. — Die Gefahr, eine subjektive oder objektive Erscheinung? S. 146. — Die adäquate Gefahr S. 147. — Die normale Gefahr S. 154. | |
| § 14. Die Verwertung des Gefahrbegriffs in der Schuldlehre | 160 |
| I. Die bewußte Schuld | 161 |
| Innerer Zusammenhang mit dem Gefahrbegriffe durch das beiden Begriffen inhärente Element der Verletzungsmöglichkeit S. 161. — Korrektur des Begriffs der bewußten Schuld mit Rücksicht auf das Erfordernis einer übernormalen bzw. inadäquaten Gefahr S. 161. — Definitive Formel S. 165. | |

| | Seite |
|--|-------|
| II. Die Grenze der bewußten und der unbewußten Schuld | 165 |
| III. Die unbewußte Schuld | 168 |
| Unhaltbarkeit der subjektiven Komponente (Möglichkeit der Voraussicht) im Begriffe der Fahrlässigkeit S. 169. — Endgültige Definition der unbewußten Schuld (Fahrlässigkeit) S. 173. | |
| IV. Die Absicht | 173 |
| Eine normal gefährliche Handlung ist keine zureichende Betätigung der verbrecherischen Absicht. | |
| § 15. Das Wissen der Tatbestandsmerkmale | 177 |
| Anwendung des Begriffs der abnormalen bzw. inadäquaten Möglichkeit auf die Tatbestandsmerkmale S. 177. — Verwertung eines höheren Wissensgrades in der Strafgesetzgebung S. 178. — Die sog. „reinen Tätigkeitsdelikte“ S. 179. | |
| Nachtrag | 182 |
| Die Bedenken der Kritik. | |
| § 16. Die Gefährungsdelikte | 185 |
| Anwendung der gewonnenen Schuldformen auf den Gefährungserfolg S. 185. — Das legislative Problem in Ansehung der Gefährungsdelikte S. 187. — Notwendigkeit eines generellen Verbotes der Lebens- und Leibesgefährdung S. 189. | |
| Anhang. Die Gemeingefährdung | 195 |
| Deren Begriffsbestimmung und Funktion in der Strafgesetzgebung. | |
| § 17. Die höheren Grade der bewußten Schuld | 199 |
| Die Notwendigkeit der Auseinanderhaltung derselben von der Absicht S. 199. — Der Fall Thomas und ähnliche Fälle verbrecherischen Sprengstoffmißbrauchs S. 200. | |
| § 18. Die Erfolgshaftung | 205 |
| Unabweislichkeit des Überganges zur Schuldhaftung S. 205. — Anläufe hierzu in den Entwürfen S. 207. — Notwendigkeit einer konsequenten Durchführung der Schuldhaftung S. 210. — Bei Abstufung der Strafe nach dem Erfolge müssen grundsätzlich alle anerkannten Schuldformen in Aktion treten S. 210. — Die Kategorie der Delikte gegen Leib und Leben als bezügliches Versuchsfeld S. 211. — Kehrseite des Prinzips: Versuch und Gefährdung sind grundsätzlich mit der Verletzung gleichzustellen S. 217. | |
| § 19. Schlußwort | 220 |
| Das Verhältnis der Ergebnisse zum geltenden Recht S. 220. — Vorteile einer entsprechenden Reform S. 222. | |

Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen.

- Bar* = Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte 1871.
- Bekker* = Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts I. 1859.
- Berner* = Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.
- Binding* = Binding, Die Normen und ihre Übertretung I. 2. Aufl. 1890, II. 1. Aufl. 1877
- Bruck* = Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrechte 1885.
- Busch* = Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts 1897.
- E.* = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
- Finger* = Finger, Das Strafrecht I. 1894, II. 1895.
- Finger Gefahr* = Finger, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrechte in der „Juristischen Vierteljahresschrift“, 5. Bd. 1889.
- G. A.* = Goldammers Archiv für Strafrecht.
- Grünhuts Z.* = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
- G. S.* = Gerichtsaaal.
- Hälschner* = Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I. 1881.
- H. Meyer* = Dr. Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. 1888.
- Kohlrausch* = Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I. Teil 1903.
- Köstlin* = Köstlin, System des deutschen Strafrechts 1855.
- Kries* = Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben 1888.
- Lammasch* = Lammasch, Grundriß des Strafrechts 1899.
- Lammasch Obj. Gef.* = Lammasch, Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuches 1879.
- Liepmann* = Liepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900.
- Liszt* = Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. Aufl. 1900.
- Löffler* = Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. I, Abt. I. 1895.
- Lucas* = Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte 1883.
- Merkel* = Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
- M. E. Mayer* = Max Ernst Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1900.
- Olshausen* = Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 6. Aufl. 1901.
- R.* = Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen.
- Rohland* = Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 2. Aufl. 1888.
- Rümelin* = Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- u. Zivilrecht 1900.
- Slg.* = Sammlung der Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- als Kassationshofes, veröffentlicht von der k. k. Generalprokuratur.
- Stooss'scher Entwurf I* = Stooss, Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil 1893.
- Stooss'scher Entwurf II* = Stooss, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven 1894.
- Schweizerischer Kommissionalentwurf* = Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission 1896.
- Schweizerische Expertenverhandlungen* = Schweizerisches Strafrecht. Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch I. u. II. 1896.
- Thyrén* = Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I. 1894, II. 1896.
- Z.* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

§ 1.

Einleitung.

Die beiden Grundpfeiler der gegenwärtigen Struktur des strafbaren Verschuldens in Wissenschaft und Gesetzgebung — der Dolus und die Culpa — fußen bekanntlich im römischen Recht. Während jedoch die Culpa erst später, in der Kaiserzeit, ausgeprägtere Umrissformen als Form der Strafschuld annahm, hat sich der Dolus schon in der klassischen Zeit zum Typus des strafbaren Verschuldens herausgebildet.

In Anbetracht dieses ehrwürdigen Alters — es handelt sich ja wenigstens betreffs des Dolus um volle zwei Jahrtausende, freilich mit längeren von der eisernen Hand der Geschichte der Rechtswissenschaft aufgezwungenen Unterbrechungen — würde ein Uneingeweihter vielleicht der Meinung sein, daß die beiden bezeichneten Begriffe, durch so lange Zeit gezüchtet und geläutert, gegenwärtig etwa den Höhepunkt einer über alle Zweifel erhabenen Exaktheit erreicht haben.

Der Fachmann weiß allerdings, daß das gerade Gegenteil der Wirklichkeit entspricht, daß, je intensiver sich die Rechtswissenschaft mit den erwähnten Begriffen befaßte, je mehr sich die einschlägige Literatur häufte, um so zahlreicher widerstreitende, ja geradezu entgegengesetzte Ansichten auftauchten, um so bestrittener und verwickelter der Stoff, um so heißer der Streit der gegeneinander anprallenden Kontroversen wurde.

„Einigkeit ist offenbar noch nicht erreicht, im Gegenteil, die Zerklüftung ist größer als je. Kaum möglich Gruppen verwandter Meinungen zu schließen. Wer irgend mit den Fragen der Doluslehre selbständig sich beschäftigt hat, ist zu andern Resultaten gelangt als die andern. Und diese Divergenzen beziehen sich keineswegs nur auf die feineren Abgrenzungen und Spezialitäten, Feuerbach und Berner, Luden und Köstlin, Krug und Herrmann, Temme und Hälschner stehen in einem bis zu den Grundlagen durchgreifenden Gegensatz zueinander.“

Diese, von Bekker (I 456) vor mehr als vierzig Jahren geschriebenen Worte passen vollinhaltlich auch auf die Gegenwart, ja man könnte mit gutem Gewissen noch um einen Grad schärfere Ausdrücke anwenden, wollte man ein richtiges Bild der heutigen Zustände in der Doktrin bezüglich der Schuldformen des Strafrechts geben. Das wird

uns wohl jedermann bestätigen, wer Gelegenheit hatte, mit der unsere Materie betreffenden Fachliteratur sich zu befassen, die gegenwärtig schon an und für sich eine ansehnliche Bibliothek repräsentieren könnte. Ja wir sind auch der Zustimmung desjenigen sicher, welcher sich etwas eingehender mit der subjektiven Seite einiger positivrechtlicher Delikte beschäftigt hat. Wenn er nicht mit der Autorität eines Gelehrten oder einiger Judikaten zufrieden, bequem an der Oberfläche bleiben will, führt ihn der Stoff immer tiefer und tiefer, er fühlt sich von einem stets dichteren Netze von Bedenken und Zweifeln umschlungen; umsonst sucht er festen Fuß zu fassen und schließlich ist er froh, wenn er wieder das seichte Wasser einer vielleicht vollständigen Gleichgültigkeit gegen alle diese scholastischen Streitigkeiten erreicht hat.

„So ist es wenig überraschend“ — wie *Bekker* (I S. 457) zutreffend weiter sagt — „wenn die ganze getane Arbeit für verlorene Mühe erklärt worden ist, in den Gesetzbüchern die auf Definition des Dolus und Unterscheidung der einzelnen Arten desselben abzielenden Paragraphen aufgehoben werden . . ., und die Praktiker die auf die Zurechnungslehre bezüglichen Untersuchungen überhaupt für unpraktisch erklären, indem die Geschworenen und nach Umständen die Richter selber ohne Anstrengung und Bedenken die Fragen im konkreten Falle richtig lösten, an deren Beantwortung die Gelehrten seit Jahrhunderten vergeblich sich bemüht.“

Wenn diese Ansicht richtig wäre, wenn es wirklich möglich sein würde, die Lösung der einschlägigen Fragen einfach auf die Schultern der Richter zu überwälzen und damit die Sache abzutun, dann wäre allerdings gewonnen.

Doch eben Erscheinungen der letzten Jahre deuten durchaus nicht darauf hin, daß auf diese Weise erkleckliche Erfolge zu erzielen wären, ja sie beweisen das gerade Gegenteil. Wir wollen da gar nicht auf die in der Rechtsprechung der Gerichte oft streitige Haftung für unbeabsichtigten und unvorgesehenen schwereren Erfolg, das Rätselhafte der subjektiven Seite der Gefährdungsdelikte und die ganze Reihe anderer mit unserer Materie eng verschlungenen, auch die Judikatur beschäftigenden Kontroversen hinweisen. Ist ja das eigenste Gebiet des Dolus selbst, dieser Grundform der Strafschuld, in der Praxis der Gerichte der Schauplatz fortwährender, auf das Wesen der Sache selbst bezüglichen Streitigkeiten. Wir haben hier vornehmlich jenen Teil des bezeichneten Gebietes vor Augen, von dem das berüchtigte Stiefkind der Vorsatzlehre, der *dolus eventualis*, Besitz genommen hat, und welcher der Gegenstand so heißer Fehden geworden ist, daß dadurch vor kurzer Zeit auch die öffentliche Meinung im Deutschen Reiche stark in Bewegung geriet, somit gerade in einem Staate, dessen Straf-

gesetz die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht definiert, sondern in dieser Beziehung der Judikatur freie Hand läßt.

Es wurden in der reichsdeutschen Journalistik lebhaft Klagen geführt über gewisse ziemlich bedenkliche Entscheidungen des Reichsgerichtes, welchem vorgeworfen wurde, daß er im Wesen kulpöser Handlungen als dolose erkläre; ja man beschuldigte dieses Tribunal, freilich mit Unrecht, daß es selbst den ganzen Eventualdolus erfunden habe.

Diese Beunruhigung der Öffentlichkeit erreichte einen solchen Grad, daß man es als angezeigt betrachtete die Lehre vom eventuellen Vorsatze auf die Tagesordnung des im Jahre 1898 in Posen abgehaltenen 24. deutschen Juristentages zu setzen und daß Autoritäten, wie *Liszt* und *Stenglein*, es der Mühe wert fanden, persönlich in die Schranken zu treten und in eingehenden Gutachten die Berechtigung der Lehre vom *dolus eventualis* zu verteidigen. Bezeichnend ist, daß *Liszt* bei diesem Anlasse selbst zugeben mußte, daß sich in der Praxis eine steigende Unsicherheit in der Anwendung dieses Begriffes zeige, indem nicht selten bloße Fahrlässigkeit als Eventualvorsatz behandelt wurde. Dadurch ist die Berechtigung jener den Gerichten gemachten Vorwürfe wohl in klassischer Weise erhärtet worden¹⁾.

Wie man sieht, ist unser Thema zweifellos aktuell und wäre es vielleicht überflüssig, noch weiter zu erörtern, warum wir uns damit befassen. Nichtsdestoweniger müssen wir uns, wenn wir den Schein vermeiden wollen, dass wir Wasser ins Meer zutragen, dabei eines Zieles gut bewußt sein, dem wir zustreben. Und in dieser Richtung sei hier gleich im vorhinein gesagt, daß wir uns nicht etwa zum Zwecke gesetzt haben, die Entwicklungsgeschichte der beiden Grundformen der Strafschuld von Anfang bis zur Gegenwart zu schildern, die verschiedenen in bezug auf das Wesen und die einzelnen Seiten der strafrechtlichen Verantwortung im Laufe der Zeit geäußerten theoretischen Ansichten auseinanderzusetzen und namentlich jene zahlreichen Metamorphosen zu erörtern, welche der Vorsatzbegriff in Theorie und Praxis allmählich durchgemacht hat. An diese Arbeit haben sich schon andere, gewiß Berufenere gemacht²⁾.

Unser bescheidenes Ziel ist, die Grenzsteine zu kennzeichnen, bis zu welchen unsere Frage gegenwärtig gelangt ist, die Haupttypen der geltenden Theorien betreffs der Formen der Strafschuld heraus-

1) Vgl. Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I 90 f., 107 f.

2) Wir verweisen in dieser Beziehung in allererster Reihe auf die ausgezeichnete Schrift *Löfflers*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und dogmatischer Darstellung, von welcher bisher leider nur die 1. Abteilung des I. Bandes erschienen ist. Diese Arbeit wurde von keinem geringeren als von *Liszt* (S. 138 Z. 2) des Epithetons „bahnbrechend“ gewürdigt.

zugreifen, zu ihnen Stellung zu nehmen und weiterhin unsere eigene Ansicht im Gegenstande auseinanderzusetzen.

Und schließlich noch eine Frage ist es, die uns am Herzen liegt, die Frage der legislativen Durchführung. Denn eine im positiven Rechte undurchführbare Theorie ist eine Geistesfrucht ohne Lebenskraft, ein Wahngebilde ohne Fleisch und Blut, ein Phantom, das sich nicht verkörpern und in Gesetzesgestalt zum Nutzen der Menschheit verwenden läßt.

Ich halte dafür, daß diese Qualität d. i. die legislative Tauglichkeit einer Theorie zugleich das Kennzeichen ihrer Lebensfähigkeit, der Prüfstein ihrer abstrakten Richtigkeit ist.

Damit soll aber noch nicht die Frage beantwortet sein, ob die Begriffe „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ im Gesetze selbst zu bestimmen sind, oder um von der derzeit allgemein gültigen und anerkannten Zweiteilung der Strafschuldformen zu abstrahieren, ob der Gesetzgeber die einzelnen Schuldarten im Strafgesetze zu definieren habe oder nicht.

Auf diese Frage werden wir noch zurückkommen, da wir überzeugt sind, daß deren Beantwortung uns bedeutend erleichtert sein wird, wenn wir das ganze Gewirre der an unsere Materie geknüpften Zweifel und Kontroversen kennen gelernt haben. Soviel glauben wir aber schon hier als zweifellos erklären zu können, daß, wenn auch der Gesetzgeber es vorziehen sollte, die bezeichneten Begriffe im Gesetze selbst nicht zu formulieren, er doch nicht umhin können wird, selbst pro foro interno zu denselben und den zusammenhängenden Kontroversen Stellung zu nehmen, und daß, wenn diese Kontroversen den Geburtstag des neuen Gesetzes nicht überdauern sollen, die von dem Gesetzgeber geteilten Ansichten in dem Gesetzesorganismus klar zum Ausdrucke kommen müssen.

Zwei einschlägige Fragen sind es, mit denen wir uns hier noch auseinandersetzen möchten.

Die erste davon betrifft das Verhältnis des Strafrechts zu der Philosophie und den mit dieser verwandten Wissenschaften. Es ist nicht zu verkennen, daß die Philosophie auf die gleichzeitige Strafrechtswissenschaft seit jeher mächtigen Einfluß geübt hat. Und gerade die Lehre von der Strafschuld ist es, welche ihre Fortschritte vielleicht mehr als alle anderen der Einwirkung der verschiedenen philosophischen Schulen dankt, Fortschritte zumindest in der Richtung, daß die bezüglichen Begriffe wissenschaftlich auseinandergesetzt, durch gegenseitige Kritik geläutert und dadurch allerdings vervollkommen wurden.

Solchen unbestreitbaren Einfluß übte auf die Rechtswissenschaft hinsichtlich unserer Materie schon in der römischen Zeit die griechische

Philosophie aus, namentlich die Lehren des Plato und Aristoteles, ebenso, wie später im Mittelalter und in der Neuzeit, die philosophisch-religiösen Schriften des Thomas von Aquino, die Philosophie des Chr. Wolf und vielleicht in größtem Maße die Hegelsche Schule³⁾. Aber es dürfen auch — und wir glauben uns dadurch wohl keines Undankes schuldig machen — die Schattenseiten nicht übersehen werden, welche sich dabei ergeben können und zum Teile ohne Zweifel schon ergeben haben infolge des Umstandes, daß, wie wir glauben, die richtige Grenze überschritten, daß dieser „philosophischen“ Richtung zu stark gehuldigt wurde⁴⁾.

Die Strafrechtswissenschaft ist eine überwiegend praktische Wissenschaft; sie verfolgt selbständige, im Bereiche des wirklichen Lebens gelegene Ziele, die sie niemals aus den Augen verlieren darf. Die Philosophie, namentlich auch die Psychologie, muß sich im Verhältnisse zu der Strafrechtswissenschaft mit der Rolle einer Hilfswissenschaft begnügen, ebenso wie die Anthropologie, Soziologie, Psychiatrie und andere Wissenschaften, deren große Bedeutung für unsere Doktrin wohl ebenfalls unbestritten ist.

So lebhaft also auch jede Erkenntnis zu begrüßen ist, welche die Rechtswissenschaft aus diesen Hilfswissenschaften zur eigenen Vervollkommnung schöpft, so darf sie selbst doch niemals die Zügel aus der Hand geben und sich von einer anderen Wissenschaft einfach ins Schlepptau nehmen lassen.

Wir können uns freilich nicht nur unbedenklich gefallen lassen, sondern wir sollen auch selbst darnach streben, daß die in das Gebiet einer anderen Wissenschaft einschlagenden Begriffe, mit denen wir im Strafrechte arbeiten müssen, von Zeit zu Zeit am Prüfsteine allfälliger neuer Errungenschaften der bezüglichen Wissenschaft überprüft werden. Aber als Prüfstein kann uns in diesem Sinne nur ein fester, durchsichtiger Kristall von unstreitigen Begriffen und Thesen anderer Wissenschaften dienen, nicht aber ein formloses, nachgiebiges Gemisch von auseinandergehenden, in steter Gärung einander bekämpfenden Ansichten. Nur von den Hilfswissenschaften anerkannte Erkenntnisse kann das Strafrecht zu seinen Zwecken nutzbar machen. Das

3) Vgl. hierüber *Löffler* S. 59 f.

4) Wir berufen uns auf das Zeugnis Rümelins (S. 1): „Demgegenüber tritt in der neueren kriminalistischen Literatur das Bestreben nach einer umfassenden philosophischen Orientierung deutlich hervor und oft allzusehr in den Vordergrund. Nicht immer ist den juristischen Schriftstellern gelungen, bei den Schwierigkeiten, in welche sich das tiefere Eindringen in die Philosophie, namentlich auch in die erkenntnis-theoretischen Probleme verwickelt, den juristischen Ausgangspunkt genügend festzuhalten. Und so kommt es, daß einige der neueren Forschungen eher dazu beigetragen haben, die Hindernisse einer Einigung zu mehren als sie zu mindern.“

Einschleppen von bisher nicht ausgekämpften Streitsachen aus dem Bereiche anderer Wissenschaften in die Kriminalistik hat schon viele Schäden angerichtet und kann viele noch anrichten, ja vielleicht die Grundpfeiler der Strafrechtswissenschaft selbst erschüttern.

Die Konsequenzen dieser Anschauung werden in bezug auf unsere Materie seinesorts gezogen werden.

Und noch zu einer zweiten Frage, auf welche sich übrigens auch in gewissem Maße das eben Gesagte bezieht, müssen wir hier Stellung nehmen: zu der Frage der Freiheit oder Unfreiheit des menschlichen Willens.

Wenn es wahr ist, was die Deterministen lehren, daß der menschliche Wille dem ewigen Kausalitätsgesetze unterworfen, daß er durch Motive determiniert, somit unfrei ist, hört — so wird von indeterministischer Seite eingewendet — alle Strafschuld auf, wird jegliche Strafberechtigung hinfällig. Gibt es aber keine strafbare Verschuldung, so kann freilich auch von deren Formen keine Rede sein und schwindet jede reale Unterlage für die Lehre von den Schuldformen des Strafrechts, somit eben für das Thema unserer Abhandlung.

Diesem Einwande gegenüber könnten wir wohl einfach darauf hinweisen, daß soweit die Deterministen selbst in den Folgerungen ihrer Lehre nicht gehen, wenigstens die Anhänger der soziologischen Schule nicht, indem sie den Streit über die Willensfreiheit als bedeutungslos für das Strafrecht erklären⁵⁾, daß ihre Lehrbücher durchwegs die üblichen Kapitel über die Strafschuldformen, den Vorsatz und die Fahrlässigkeit aufweisen, ja daß auch die Anhänger der italienischen positiven Schule das Auseinanderhalten dieser beiden Schuldformen als notwendig betrachten, wie sie ja auch die von der klassischen Schule mit solcher Gründlichkeit durchgeführte Klassifikation der Rechtsgüter und den ganzen von dieser Schule vollendeten Ausbau des morphologischen Teils des Strafrechts ohne Vorbehalt akzeptiert haben⁶⁾.

Das wäre jedoch ein bloßes Umgehen der oben erwähnten Einwendung, welcher wir durchaus nicht ausweichen wollen.

Andererseits wäre es gewiß töricht, wenn wir etwa im engen Rahmen dieser Einleitung die große Frage der Willensfreiheit erschöpfen wollten, mit welcher sich ganze Legionen von Kriminalisten und Philosophen seit langer Zeit befassen. Nur eins sei hier berührt.

Eine der gegen die deterministische Lehre gemachten Einwendungen gipfelt bekanntlich darin, daß schon unsere eigene Erfahrung, die Selbsterkenntnis, die Selbstbeobachtung, uns sagt, daß unser

5) Vgl. bes. *Liszt* S. 69.

6) Vgl. z. B. *Enrico Ferri*, Das Verbrechen als soziale Erscheinung, in *Kurellas* Übersetzung (Leipzig 1896) S. 329, 342, 488.

Wille frei ist. Dieser Einwand scheint uns nicht stichhaltig zu sein. Denn entweder geht diese Selbstbeobachtung erst nach der Tat, nach der Entscheidung vor sich; wir haben uns vor der Tat nicht gesagt, daß wir sie ex post einer solchen Kontrolle unterziehen werden. Der Entschluß ist also zweifellos frei von jeglichem Einflusse, welchen ein solcher vorgefaßter Vorsatz auf ihn vielleicht üben könnte. Dann ist jedoch der Einwand begründet, daß wir eben deswegen vielleicht nicht alle Motive wahrgenommen haben, welche auf unseren Willen einwirkten und ihm die entscheidende Richtung gaben.

Oder aber jene Selbstkontrolle ist im vorhinein vorbereitet; dann ist allerdings unsere Beobachtung verschärft, gleichwie z. B. die Aufmerksamkeit des Zeugen oder Sachverständigen, welchem im voraus bekannt ist, daß er über das Beobachtete vor Gericht auszusagen haben wird. Aber mit der geschärften Aufmerksamkeit stellt sich auch die Einwirkung des Zweckes unserer Selbstkontrolle auf die Entscheidung ein. Wir wollen uns überzeugen, ob unser Wille frei ist und arbeiten unwillkürlich unter dem Einflusse dieser Idee. Wir prüfen, welche Entschließung wir gefaßt hätten unter der Einwirkung der sich uns darbietenden Motive, und dann, um zu beweisen, daß unser Wille frei ist, entschließen wir uns für das Gegenteil. Dadurch ist aber der Beweis der Willensfreiheit gewiß nicht erbracht, sondern es ist aufliegend, daß das Streben nach Durchführung dieses Beweises ein so starkes Gegenmotiv geworden ist, daß es alle anderen Motive, welche sonst den Sieg davon getragen hätten, überwog.

Diese Erscheinung ist um so begreiflicher, je geringere Bedeutung das zum Gegenstande der Selbstbeobachtung gemachte Sichentschließen im übrigen für uns hat. Das Hamlet'sche „Sein oder Nichtsein“ wird sich kaum jemand zu ähnlichen Versuchen auserwählen.

Die kräftigste Stütze der Lehre von der Freiheit des menschlichen Willens ist meines Erachtens das negative Argument: es ist nicht bewiesen, daß das Kausalitätsgesetz auch den menschlichen Willen beherrscht und daß neben der wohl unbestreitbaren Einwirkung von Motiven in unserer Psyche nicht ein von diesem Einflusse freies Element (*liberum arbitrium*) bestehen könnte. Andererseits kann wieder den Deterministen nicht übel genommen werden, wenn sie zugunsten ihrer Lehre geltend machen, daß auch der Beweis des Gegenteils nicht erbracht wurde, daß nämlich und warum eben nur der menschliche Wille von jenem das Weltall beherrschenden Gesetze eximiert sein sollte.

Wie man sieht, ein Streit um ein Prinzip, unüberbrückbare Gegensätze, und umsonst schauen wir uns nach einer Autorität um, welche diesen gordischen Knoten lösen könnte.

Doch eben darum wäre es meines Erachtens töricht, die eine oder

die andere Lehre dem Ausbaue des Strafrechts zugrunde legen zu wollen. Das hieße am Sande bauen. Im Gegenteil, man muß Grundsätze suchen, über welche eine Einigung möglich ist.

Wir erblicken sie in folgenden Thesen:

1. Auf den Willen kann man durch Motive einwirken. Das wird wohl selbst von den Indeterministen nicht in Abrede gestellt.

2. Ein sehr starkes Motiv ist das Übel in derjenigen Gestalt, welche den Strafen des positiven Rechtes eigen ist.

3. Schon die Androhung eines derartigen Übels kann als Motiv wirken (Generalprävention). Ist es unzureichend, dann wird durch den Vollzug des Übels die Wirkung des Motivs erhöht, und zwar sowohl die Wirkung auf den Täter selbst für künftige Fälle (Spezialprävention) als auch auf die übrigen Rechtsgenossen (Generalprävention).

4. Dieses Übel (die Strafe) ist als Motiv mit Vorteil anwendbar zur Erreichung gewisser für die Gesellschaft (den Staat) wichtiger Zwecke. Damit stellen wir uns allerdings auf den Standpunkt der Zweckstrafe.

5. Doch wir begnügen uns nicht mit dem üblichen Losungsworte der Anhänger der Zweckstrafe „ne peccetur“. Denn wenn die Strafnormen keinen anderen Zweck haben, als zu verhindern daß Verbrechen verübt, also daß Strafnormen übertreten werden, so ist es klar, daß diese Normen Selbstzweck sind. Dann muß man aber wohl mit Grund fragen, ob es vernünftig ist, wenn der Staat ohne sichtlichen äußeren Zweck Strafnormen aufstellt und durch Ahndung der Übertreter zu erreichen sucht, daß man sie nicht übertrete. Wäre dann die ganze Strafgesetzgebung etwas anderes, als ein großer Geßlerhut, den man nur von der Stange herunterzuschlagen braucht, um mit diesem Schläge auch alle Verbrechen von der Erdoberfläche wegzukehren?

Wir erblicken mit *Liszt* die Aufgabe der Strafnormen in dem verstärkten Schutze von Rechtsgütern, d. h. von rechtlich geschützten Interessen, in der Notwendigkeit, die Rechtsordnung und dadurch auch den Staat zu erhalten. Wenn aber dieser Zweck durch die Strafnormen, d. i. durch die Strafdrohungen verfolgt wird, muß dieselbe Bestimmung folgerichtig auch der Strafvollzug, also die Strafe selbst haben.

Wir sind überzeugt, daß die Theorie der sittlichen Vergeltung längst ein überwundener Standpunkt wäre, wenn man das Beobachtungsfeld nicht willkürlich dadurch einengen würde, daß man hier vornehmlich nur die bedeutendsten Verletzungen von Rechtsgütern, die schweren Verbrechen berücksichtigt, deren Rechtswidrigkeit und Verwerflichkeit für jedermann — so wird wenigstens behauptet — schon infolge des angeborenen Moralitätssinnes begreiflich ist, und daß man

den ganzen Schwarm von geringfügigen, strafgesetzlich verfolgten Übertretungen einfach zu übergehen pflegt.

An diese kriminalistische „Welt der Kleinen“ wird sich kaum jemand mit der Idee der vergeltenden Gerechtigkeit heranwagen wollen. Denn sie müßte hier auch den Schein einer Berechtigung einbüßen, den sie sich angesichts der groben Verbrechen zu wahren wußte. Zu stark schaut dort der Charakter der Strafe als verstärkten Rechtsgüterschutzes an allen Ecken und Enden heraus. Wir können es ja mit unseren eigenen Augen fast täglich beobachten, wie Rechtsgüter, die bisher ohne Rechtsschutz oder höchstens nur durch zivilrechtliche Normen gedeckt dastanden, auf einmal, nachdem allmählich das Bedürfnis nach Gewährung, beziehungsweise nach Erhöhung des Rechtsschutzes rege geworden war, unter den Schutz von Strafnormen gestellt werden. Eine ganze Reihe von Nachzüglern des Strafgesetzes, der sogenannten strafrechtlichen Nebengesetze, spricht ein beredtes Zeugnis dafür.

6. Die Stärke des in der Strafe liegenden Motivs ist in geradem Verhältnisse mit der Größe der Strafe. Je größer also die Strafe, um so wahrscheinlicher wird sie ihren Zweck erreichen. Doch dieses Prinzip läßt sich nicht auf die Spitze treiben. Man kann bei geringfügigen Übertretungen nicht gleich mit der Todesstrafe oder lebenslänglichen Strafknechtschaft kommen. Wir dürfen nicht vergessen, daß die Strafe ein Übel ist und daß sie sich schon aus diesem Grunde auf das zur wahrscheinlichen Erreichung des Zweckes unbedingt notwendige Maß zu beschränken habe.

Wir müssen daher gewisse Maßstäbe suchen. Auf einen deutet schon der oben bezeichnete Strafzweck hin. Denn wenn die Strafnormen die Bestimmung haben, Rechtsgüter zu schützen, was ist natürlicher, als den Wert, welchen ein bestimmtes Rechtsgut für die Gesellschaft hat und an dem sich in der Regel auch die Stärke der durch die Verletzung desselben hervorgerufenen Reaktion abmißt, auch als Maßstab für die Höhe der Strafe anzuwenden? Je höher wir ein Rechtsgut bewerten, um so wirksamere Motive werden wir in Form erhöhter Strafdrohungen für den Einzelwillen setzen, um ihn von einer Verletzung des Rechtsgutes abzuhalten. Die Werturteile über Rechtsgüter bilden daher zugleich eine geeignete Skala für die Bestimmung der auf deren Verletzung zu setzenden Strafen.

Damit ist allerdings auch die Größe, der Umfang der Verletzung als ein in der behandelten Frage zu berücksichtigender Faktor erklärt.

Der bezeichnete Maßstab bildet aber nur eine — objektive — Komponente der Strafsätze. Die zweite — subjektive — Komponente ist die Intensität des durch die Tat an den Tag gelegten Widerstandes

des Einzelwillens gegen die Rechtsordnung, daher die Gefährlichkeit des Täters für die Ordnung im Staate, insofern sie sich — und das muß betont werden — in einer bestimmten Handlung offenbart⁷⁾.

Da es nun zweifellos ist, daß in dem bewußten, vorsätzlichen Widerstande gegen die Rechtsordnung eine viel größere Energie gelegen ist als in einer unbewußten, bloß aus Fahrlässigkeit entstandenen Auflehnung, daß somit ein dolos Delinquierender für die soziale Ordnung gefährlicher ist als derjenige, welcher dieselbe Rechtsgüterverletzung nur kulpos verursacht, liegt es auf der Hand — und das genügt uns zu unserer subjektiven Beruhigung mit Rücksicht auf den Zweck unserer Schrift vollkommen — daß die von der herrschenden Theorie akzeptierten oder mit ihnen auf gleichen Grundlagen beruhenden Schuldformen einen wichtigen Wegweiser für die Strafzumessung bilden.

7. Die Intensität der Auflehnung des Verbrechers gegen die Rechtsordnung tritt zweifellos auch in dem Rückfalle zutage; daher für den Rückfälligen höhere Strafe. Dies ermöglicht das Gesetz entweder durch — übrigens auch aus anderen Gesichtspunkten notwendige — Strafrahen oder durch eine allgemeine Straferhöhung für den Rückfall.

Was die Unverbesserlichen (Zustandsverbrecher) betrifft, wird das weitere Setzen von Motiven für sie illusorisch und es bleibt als Stütze der Zweckmäßigkeit der Strafe nur die Generalprävention rücksichtlich der Rechtsgenossen übrig; in bezug auf den Verbrecher selbst nimmt die Strafe den Charakter einer Sicherungsmaßregel an.

Diese im Wesen mit den Ergebnissen der soziologischen Schule sich deckenden Thesen enthalten wohl nichts, was nicht sowohl mit der Lehre von der Freiheit des menschlichen Willens als auch mit den deterministischen Grundbegriffen in Einklang zu bringen wäre. Wir glauben damit das, um was uns hier eigentlich zu tun war, einen festen Boden für unsere eigentliche Materie gewonnen zu haben.

7) Die Anfänger der soziologischen Schule betrachten diesen Strafbarkeitsmaßstab als den ausschließenden (vgl. *Liszt* S. 72). Freilich ist es nicht ausgeschlossen, daß darin jene erste Komponente (der Wert des Rechtsgutes) schon inbegriffen ist. Denn je höher der Wert des verletzten Rechtsgutes ist, um so größer muß auch der Grad der in der Tat zutage tretenden Auflehnung gegen die Rechtsordnung, um so größer die Gefährlichkeit des Verbrechers für die Gesellschaft erscheinen, zumindest dann, wenn ihm das allgemeine Werturteil bekannt war.

Erster Abschnitt.

Der Status praesens in der Doktrin.

§ 2.

Allgemeiner Überblick.

Daß das Wesen der Strafschuld in der Relation der Psyche des Täters zu dem rechtswidrigen Erfolge zu suchen ist, darüber kann wohl kaum ein Zweifel bestehen. Je nachdem der Täter den Erfolg sich vorgestellt, m. a. W. sein Eintreten gewußt, ihn somit vorgesehen hat oder nicht, läßt sich das ganze Gebiet der Strafschuld in zwei Teile teilen.

Der letztere Fall — das bekannte römische non intelligere — kann wohl als unbewußte Schuld bezeichnet und einspruchsfrei in das Gebiet der Fahrlässigkeit (culpa) verwiesen werden.

Die erstere Eventualität stellt sich als bewußte Schuld dar.

Ein bezeichnender Fall dieser bewußten Schuld liegt dann vor, wenn der Täter den vorausgesehenen Erfolg geradezu beabsichtigte (intelligere et intendere). Dieser Fall wird einmütig zu der schwereren Schuldform, dem Dolus gerechnet.

Wenn wir die beiden so gewonnenen, freilich nur ganz grob gehauenen Formeln:

intelligere et intendere = dolus

non intelligere = culpa

nebeneinandersetzen, dann ist es sofort klar, daß diese zwei Fälle den Bereich der Strafschuld nicht erschöpfen, daß zwischen ihnen eine Lücke ist, daß hier noch ein dritter zu erledigender Fall möglich ist, wo nämlich der Täter den Erfolg sich vorstellte, ihn voraussah, denselben jedoch nicht beabsichtigte: intelligere sed non intendere.

Um eben die Frage, unter welche von den beiden anerkannten Grundformen der Strafschuld, den Dolus oder die Culpa, diese dritte Eventualität, die bewußte Bewirkung eines nicht beabsichtigten Erfolges — nennen wir sie schlechthin die bewußte Schuld (im engeren Sinne des Wortes) — einzureihen oder ob sie vielleicht unter die beiden genannten Schuldformen zu verteilen sei und in welcher

Weise diese Teilung zu geschehen hätte, stellt jenes Problem dar, um welches sich die Lehre von der Strafschuld seit jeher beherrschenden Kontroversen größtenteils drehen, jenes Gebiet, auf welchem die hartnäckigsten Feinden über Wesen und Tragweite der Begriffe Dolus und Culpa geführt wurden und bisher geführt werden¹⁾.

Die Doktrin schlug in dem Bestreben nach Lösung der aufgeworfenen Frage verschiedene Richtungen ein. Manche, wie *Klein* und *Almendingen*²⁾, weisen das ganze strittige Gebiet der bewußten Schuld zum Dolus zu. Ihnen genügt, wenn der Täter den Erfolg voraussah, um denselben als dolos verursacht zuzurechnen.

In das gegenteilige Extrem verfiel ursprünglich *Feuerbach*, welcher den Begriff des Dolus auf „die Bestimmung des Willens (Begehrungsvermögen) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens“³⁾ einschränkte und folgerichtig zum Dolus offenbar nur den beabsichtigten Erfolg, das ganze übrige Gebiet der Schuld, also einschließlich der bewußten Schuld, zur Culpa rechnet.

Auf den ersten Blick ist es klar, daß, wie die erstere Richtung den Dolusbegriff übermäßig ausdehnt, *Feuerbachs* Theorie ihn wiederum allzusehr einengt, so daß beide Theorien für die gleichzeitige positive Gesetzgebung unbrauchbar waren.

Es müßten ja nach der ersteren Ansicht auch Fälle einer minimalen Schuld, namentlich auch die Voraussicht einer ganz geringen Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges, mit den auf dolose Verbrechen gesetzten schweren Strafen belegt werden, und umgekehrt würden nach *Feuerbachs* Theorie schwere Schuldfälle, insbesondere auch das Bewußtsein einer hohen Wahrscheinlichkeit oder gar der Notwendigkeit des Eintrittes eines nicht beabsichtigten rechtswidrigen Erfolges unter die bedeutend milderen Strafsätze der kulposen Delikte fallen.

Das hat auch *Feuerbach* eingesehen und offenbar durch diese Erkenntnis ließ er sich dazu bewegen, daß er einerseits neben seinem eigentlichen Dolus (*dolus determinatus*) eine zweite Kategorie des Vorsatzes, den *dolus indeterminatus* aufstellte, dessen charakteristisches Merkmal er in der Gleichgültigkeit des Täters zu dem vorausgesehenen Erfolge erblickt, andererseits, daß er die schwereren, unter

1) Schon den römischen Juristen hat diese Frage Schwierigkeiten gemacht. Die Quellen sprechen da in gewissen Fällen von *Culpa lata*, *lascivia*, *luxuria*, *cupiditas*; lassen jedoch genügende Klarheit vermissen, so daß dies zu der Kontroverse Anlaß gab, ob die bezüglichen Fälle, in das Gebiet der Culpa (des non intelligere) oder zum Dolus gehören; vgl. hierüber *Binding* II 338 f. *Löffler* 99 f.

2) Ihre Schriften und Theorien werden eingehend behandelt von *Löffler* 204 f., bes. 208 f. 219 f.

3) Vgl. *Revision* II 61, *Lehrbuch* 13. Aufl. § 54.

den von der damaligen Doktrin anerkannten, von *Feuerbach* selbst aber bekämpften Begriff des *dolus indirectus* fallenden Formen seiner Fahrlässigkeit unter dem Namen „*culpa dolo determinata*“ auf die gleiche Strafbarkeitsstufe mit dem *dolus indeterminatus* setzte⁴⁾.

Damit hat aber *Feuerbach* seinen anfangs so eng begrenzten Dolusbegriff verlassen und obzwar noch ~~bisher~~ hier und da ein Verteidiger jener ursprünglichen Anschauung *Feuerbachs*, zufolge welcher nur der beabsichtigte Erfolg dolos bewirkt ist, auftaucht⁵⁾, kann man dennoch diese Theorie als abgetan betrachten, ebenso wie jene erstere (namentlich von *Klein* und *Almendingen* vertretene) Ansicht, welche zum Dolus das ganze Gebiet der bewußten Schuld rechnet⁶⁾.

Die tragische Schuld dieser beiden Theorien beruht darin, daß sie sich bemühten, ihre bessere Erkenntnis in die ererbten Schuldformen, Dolus und Culpa, hineinzubringen. Dadurch wurden diese Lehren auch de lege ferenda unbrauchbar, weil sie so breite Strafraumen entweder auf dolose oder auf kulpose Taten voraussetzen würden, daß das hiernach eingerichtete Strafgesetz im Punkte der Strafbemessung nicht mehr eine Norm für das Ermessen des Richters wäre, sondern einer beinahe schrankenlosen richterlichen Willkür Tür und Tor öffnen würde.

Die dritte zwecks Lösung der oben bezeichneten Frage eingeschlagene Methode — sie ist bisher als die herrschende zu betrachten — sucht das Gebiet der bewußten Schuld unter die beiden Grundformen, den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, entsprechend zu verteilen, indem sie dabei von dem Begriffe des menschlichen Willens ausgeht.

Den Willen beziehen die Anhänger dieser Richtung nicht bloß auf die menschliche Tat (Körperbewegung), sondern auch auf deren Erfolg, und betrachten als dolos bewirkt nicht nur beabsichtigte, sondern überhaupt gewollte Erfolge. Erfolge, welche zwar vorausgesehen, jedoch nicht gewollt sind, werden der Fahrlässigkeit zugewiesen. Mit welchem Ergebnisse die Teilung der bewußten Schuld auf dieser Grundlage den Anhängern dieser — unter dem Namen der Willenslehre bekannten — Lehre gelungen ist, wird unten besprochen werden.

Der Willensbegriff in dem eben von dieser Theorie akzeptierten Sinne blieb nicht unwidersprochen. Es traten Schriftsteller auf, welche behaupten, daß der menschliche Wille sich nie auf den Erfolg, sondern nur auf die Körperbewegung selbst beziehen, während der Erfolg nur vorgestellt, vorausgesehen sein kann. In der Tat erblicken die Anhänger dieser Lehre — der sogenannten Vorstellungstheorie —

4) Vgl. bes. *Lehrbuch* 13. Aufl. §§ 59 u. 60.

5) So z. B. in letzter Zeit wieder *Huther* G. S. 58. Bd. S. 270 f.

6) Auf den Unterschied zwischen der letzterwähnten Ansicht und der jetzigen Vorstellungstheorie werden wir sofort zurückkommen.

schon in der Vorstellung, der Voraussicht des Erfolges das Wesen des Vorsatzes. Es hat den Anschein, als ob durch diese Bestimmung des Dolusbegriffes das strittige Gebiet der bewußten Schuld zum Dolus gewiesen ist und daß wir es hier also mit einer Rückkehr zu der an erster Stelle erwähnten Lehre (*Klein, Almendingen*) zu tun haben. Doch muß einerseits die abweichende Auffassung des Willensbegriffes, von welcher die Vorstellungstheorie ausgeht, berücksichtigt werden, andererseits versuchen, wie wir später noch sehen werden, die Anhänger dieser Theorie, ohne es formell vielleicht selbst zu bekennen, in Wirklichkeit doch nur eine Grenze zu ziehen, durch welche die bewußte Schuld unter den Vorsatz und die Fahrlässigkeit verteilt werden soll.

Alle bisher angeführten Theorien halten sich an die Bipartition der Schuldformen, wie sie aus dem römischen Rechte von der späteren Wissenschaft übernommen wurde: der Dolus und die Culpa bilden die einzigen Formen der Strafschuld. Ja es fehlen nicht Stimmen, welche behaupten, daß andere Schuldformen als diese zwei logisch undenkbar sind⁷⁾. Wir können diese Ansicht nicht als richtig betrachten. Denn wenn auch die strafbare Verschuldung in einer anderen Form historisch sich nicht entwickelte und auch vielleicht keine einzige positive Gesetzgebung mehr als jene zwei Grundformen der Strafschuld kennt oder wenigstens offiziell anerkennt, begrifflich kann man andere Schuldformen nicht als ausgeschlossen betrachten. Maßgebend ist in dieser Beziehung die Grundlage, auf welcher die ganze Struktur der Schuldformen aufgeführt ist.

In der Tat sind in der Doktrin Versuche gemacht worden, die traditionelle Zweiteilung der Schuldformen aufzugeben und die oben aufgeworfene Streitfrage derart zu lösen, daß zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit eine oder mehrere weitere Schuldarten eingeschoben wurden.

Von den älteren Schriftstellern, welche in dieser Weise vorgehen, verdient *Soden* erwähnt zu werden, welcher eine dritte, mittlere Schuldform unter dem Namen „einwilligende Schuld“ konstruierte; dann *Baumeister*⁸⁾, welcher zwischen Dolus und Culpa drei weitere Schuldstufen einschiebt, nämlich die Ruchlosigkeit (= Voraussicht der Notwendigkeit des Erfolges), die Frevelhaftigkeit (= Voraussicht der Möglichkeit des Erfolges) und den impetus (Affekt); endlich *Köstlin*⁹⁾, welcher folgende Strafarten unterscheidet:

1. den dolus: der Täter will den Erfolg;

⁷⁾ So *H. Meyer* 201, *Bruck* 19; ähnlicherweise *Binding* II 187; dagegen *Lucas* 2, *Löffler* 147.

⁸⁾ Die Schriften und Lehren von *Soden* und *Baumeister* werden eingehend behandelt bei *Löffler* 204, 207 f., 227 f.

⁹⁾ Neue Revision 293 f., System 182.

2. den impetus (das Handeln im Affekt): der Erfolg liegt zwar im Willen, aber nicht (wenigstens nicht deutlich) im Wissen des Täters;

3. die luxuria (bewußte Culpa, Frevelhaftigkeit): der Täter weiß den Erfolg, er will ihn aber nicht, sondern er führt die als gefährlich erkannte Handlung in der Hoffnung aus, daß der Erfolg nicht eintreten wird, und

4. die reine, unbewußte culpa: der Erfolg liegt weder im Willen, noch im Wissen des Täters.

Weder die Theorie *Baumeisters* noch die Lehre *Köstlins* sind von Bedeutung für uns, da sie sich willkürlicher, nicht im Wesen der Sache begründeter Kriterien bedienen. Das gilt insbesondere vom Affekt (impetus), welche sich nicht als selbständige Schuldform konstruieren läßt, weil, wie *Löffler* (S. 11) überzeugend ausführt, der Affekt nichts anderes ist, als eine abnorm gesteigerte Temperatur der Seele, aus welcher jede Schuldart entspringen kann, namentlich also sowohl ein doloses, als auch ein kulposes Handeln.

Löffler selbst gibt in der Einleitung zu seiner Schrift „Die Schuldformen der Strafrechts“ (1895) einen Umriß seiner eigenen Theorie; er gelangt zu drei Schuldformen: Absicht, Wissentlichkeit und Fahrlässigkeit.

In allerletzter Zeit hat *M. E. Mayer* in seinem Buche „Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht“ (1901) auf Grund des Motivbegriffes eine Theorie der strafbaren Verschuldung konstruiert.

Wenn wir diese Theorie als Motivtheorie, *Löfflers* Lehre aber nach der von ihm angenommenen bezeichnenden mittleren Schuldform als Wissentlichkeitstheorie benennen, so lassen sich die verschiedenen, unsere Materie betreffenden Theorien der zeitgenössischen Doktrin in folgende Kategorien scheiden:

- I. die Willenstheorie;
- II. die Vorstellungstheorie;
- III. die Wissentlichkeitstheorie;
- IV. die Motivtheorie.

Damit wollen wir freilich nur die äußere Gruppierung dieser Lehren bieten zum Zwecke deren übersichtlicherer Darstellung, mit welcher wir uns nun befassen werden. Der innere Zusammenhang der einzelnen Theorien wird erst nach Beleuchtung ihres Wesens zutage treten.

Vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, auf welchem Begriffe bekanntlich *Binding* seine Theorie der Schuldformen aufgebaut hat, wird seinesorts die Rede sein.

§ 3.

Die Willenstheorie.

Die Willenstheorie hat ihren Namen redlich verdient, nicht bloß deswegen, weil sie mit dem Willensbegriffe auf dem Felde der Strafschuld überhaupt operiert — dem konnte ja bekanntlich bisher keine Theorie der strafbaren Verschuldung aus dem Wege gehen, namentlich auch die Vorstellungstheorie nicht — sondern mehr noch wegen der weitgehenden, dem Willensbegriffe beigemessenen Bedeutung. Denn der menschliche Wille beschränkt sich zufolge der Willenstheorie nicht auf die Handlung (Körperbewegung), sondern er bezieht sich auch auf deren Erfolg. Der Wille tritt also nach dieser Ansicht aus den engen Grenzen unseres Körpers in die Außenwelt heraus, indem er die Fähigkeit besitzt, darin mittelst seines Mediums — des menschlichen Körpers — wissentlich Veränderungen herbeizuführen. Diese Veränderungen nun, welche zu der menschlichen Handlung (Körperbewegung) im Verhältnis von Erfolg und Ursache stehen, führt die Willenstheorie direkt auf den Willen zurück, indem sie behauptet, daß der Erfolg durch den Willen herbeigeführt (gewollt) ist.

Den so aufgefaßten Willensbegriff aber hat die behandelte Theorie zum Kriterium für die Scheidung der Strafschuld in die beiden Grundformen, den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, gemacht, und gelangte so zu dem Axiom: Nur gewollte Erfolge sind vorsätzlich bewirkt; nicht gewollte Erfolge gehören in das Gebiet der Fahrlässigkeit.

Der Erfolg ist nach der Willenstheorie vornehmlich unzweifelhaft dann gewollt, wenn er begehrt, beabsichtigt wurde, d. h. wenn dessen Herbeiführung geradezu der Zweck, oder, wie man hier und da auch zu sagen pflegt, das Motiv der Tat war. Diese Dolusgattung wird von der herrschenden Meinung als Absicht bezeichnet.

Doch der Wille geht nach der behandelten Theorie über das Begehren hinaus und infolgedessen reicht auch der Vorsatz weiter als die Absicht; er bezieht sich auch auf gewisse, nicht beabsichtigte, jedoch vorgestellte, vorausgesehene Folgen.

Die Voraussicht hat aber verschiedene Intensitätsgrade; der Handelnde kann sich insbesondere den Eintritt des Erfolges seiner Handlung als notwendig oder nur als möglich vorstellen.

Der erstere Fall, wo nämlich der Erfolg dem Täter als notwendige Folge seiner Tat erscheint, macht den Anhängern der Willenstheorie keine Schwierigkeiten. Wer den Eintritt des Erfolges als notwendige Wirkung einer bestimmten Handlung vorausgesehen hat, wenn er auch diesen Erfolg nicht beabsichtigte, und dennoch

diese Handlung (zu einem anderen Zwecke) vornahm, der hat auch jenen Erfolg gewollt und falls dieser eingetreten ist, ihn dolos herbeigeführt. Das gilt als zweifellos.

Nicht so glatt läßt sich der zweite Fall abtun, wo nämlich der Eintritt des Erfolges vom Handelnden nur als möglich vorgestellt wurde. Die Meinungen beginnen hier auseinanderzugehen. *Buri* (G. S. 41. Bd. S. 408 f.) betrachtet den als möglich vorausgesehenen Erfolg nur insoweit als gewollt, als er zugleich begehrt wurde. Die Mehrzahl der übrigen Vertreter der Willenstheorie geht aber weiter und behauptet, daß der als möglich vorgestellte Erfolg vorsätzlich herbeigeführt ist, wenn er auch nicht begehrt (beabsichtigt), nur wenn derselbe von dem Willen des Täters umfaßt, gewollt wurde.

Wir greifen hier auf die Achillesferse der Willenstheorie; denn es entsteht die Frage, wann der nicht begehrte Erfolg als gewollt zu betrachten ist, eine Frage, welche offenbar nur aus dem innersten Wesen des Willensbegriffes heraus sich befriedigend beantworten läßt. Doch dieser Weg, obgleich der einzig richtige, führt augenscheinlich zu den Wurzeln unserer psychischen Tätigkeit selbst und ist daher zu beschwerlich, dornenvoll und vielleicht auch undankbar. Dies scheint auch der Grund zu sein, warum er gemieden wird, weswegen ein anderer weit bequemere Weg beliebt geworden ist, warum, anstatt den Begriff des Willens selbst zu beleuchten und daraus die Konsequenzen für die aufgeworfene Frage zu ziehen, man zumeist nur den Kern der Sache zu umgehen sucht und sich dabei mit bloßen, oft ziemlich unklaren Umschreibungen begnügt, sowie mit Folgerungen aus Axiomen, deren Richtigkeit selbst erst auf dem bezeichneten Wege hätte erwiesen werden sollen.

Hier einige Beispiele:

So sagt *H. Meyer* (205 f., 206 Anm. 16), daß der Wille, den als wahrscheinlich oder (auch nur entfernt) möglich vorausgesehenen Erfolg herbeizuführen, nur dann vorliegt:

„wenn der Täter den betreffenden Erfolg entweder bezweckt hat oder wenn der betreffende Erfolg von dem, was der Täter bezweckte, tatsächlich und nach dem Bewußtsein des Täters mit umfaßt war“.

„Ohne Herbeiziehung des Zweckbegriffes ist aber der Vorsatz nicht zu bestimmen; doch braucht nicht der Erfolg selbst bezweckt zu sein, vielmehr genügt es, wenn sich der betreffende Erfolg als Begleiter beziehungsweise als Stellvertreter des bezweckten Erfolges darstellt.“

Und *Finger* (I 132, 133) erklärt die Sache folgendermaßen:

„Wer sich vorstellt, daß aus seiner Handlung eine Güterverletzung entstehen wird, muß mit ersterer auch letztere wollen; man

kann vom Willen nicht ausschließen, was man als Folge der gewollten Handlung erkennt. Will man die Folge nicht, dann muß man in solchen Fällen auch die Handlung unterlassen . . . Hält ein Täter bei Vornahme der Handlung den von ihm vorgestellten Erfolg lediglich in möglicher, wahrscheinlicher Beziehung zu seiner Handlung, dann ist nur dann von einem Vorsatz hinsichtlich dieses Erfolges zu sprechen, wenn die Handlung entweder wegen dieses Erfolges vorgenommen wird, oder wenn er den als möglich erachteten Erfolg für den Fall seines Eintrittes billigt. Billigt er ihn nicht, mit anderen Worten: würde er die Handlung nicht wollen, sähe er den aus ihr sich entwickelnden Erfolg, so liegt Vorsatz hinsichtlich des Erfolges nicht vor, wohl aber kann die Verwirklichung des Erfolges als fahrlässige zugerechnet werden¹⁾.

Ähnliche Wendungen, welche die Sache bloß umschreiben ohne ihren Kern zu enthüllen, finden wir bei den Anhängern der Willens-
theorie eine ganze Reihe vor. Wir hören da, daß der nicht beabsichtigte, aber als möglich (wahrscheinlich) vorgestellte Erfolg zum Vorsatze zuzurechnen ist, wenn der Täter für den Fall seines Eintrittes:

ihn bestimmt vorher billigt (*Wächter*, Lehrbuch, § 78, Anm. 53),

in ihn willigt (*Bauer*, Lehrbuch, § 51, S. 72 f.),

seine eventuelle Zustimmung hierzu gegeben, ihn bedingt (eventuell) beabsichtigt hat (*Berner*, S. 127)

mit ihm einverstanden ist (*Olshausen*, ad § 59, Anm. 6),

ihn zuließ (*Hauser*, G. S., 54. Bd., S. 1 f., 161 f.).

Liepmann (S. 141 f.) spricht von dem berechneten Erfolge, *Merkel* (S. 79) von einer bewußt in Kauf genommenen Konsequenz der Handlung. *Ortloff* (G. S. 34. Bd., S. 422 f.) meint, daß das Bewußtsein der Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges den Vorsatz nur insofern nicht begründet, „wenn nicht ohne Grund (!) auf den Nichteintritt des Erfolges gerechnet werden konnte, mithin in der Vorstellung der Erfolg positiv abgelehnt . . . wurde“, also wenn der Erfolg „als möglich eintretend in den Bereich der Willensvorstellung mit aufgenommen“ wurde.

Ferner begegnen wir namentlich in den Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes Wendungen wie: sich gefallen lassen, es darauf ankommen lassen, sich darin ergeben, den Erfolg genehmigen, ihn (eventuell) in seinen Willen, sein Wollen, Begehren, Streben aufnehmen²⁾.

1) In der zweiten Auflage seines Buches „Das Strafrecht“ (1902) hat *Finger* das Moment des eventuellen Billigens des als möglich gedachten Erfolges durch den Begriff des Handelns „mit dem Risiko“ dieses Erfolges ersetzt (vgl. S. 179).

2) Vgl. dazu *Liszt*, Verhandlungen des 24. d. Juristentages I, 119 f.

Wie man sieht, eine recht bunte Sammlung von Ausdrücken, und da möchten wir noch keinesfalls für ihre Vollständigkeit eintreten wollen.

Man pflegt hier von bedingtem, eventuellem Wollen zu reden und den dadurch qualifizierten Vorsatz folgerichtig als Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) zu bezeichnen, offenbar zu dem Zwecke, um die hypothetische Beschaffenheit eines solchen Wollens des nur als möglich vorgestellten Erfolges hervorzuheben, mithin um zum Ausdrucke zu bringen, daß das Wollen hier eben nur auf den Fall des Eintrittes des Erfolges beschränkt ist.

Etwas schärfer als in den angeführten Wendungen wird das Wesen des Eventualvorsatzes namentlich zum Unterschiede von der sogenannten bewußten Fahrlässigkeit durch *Hülschner* (I 304) charakterisiert; dieser legt darauf Gewicht, ob der Handelnde den (als möglich vorgestellten) Erfolg als einen vermeidlichen ansieht oder nicht.

Ähnlicherweise erachtet *Finger* (I, 136) für die Zurechnung eines derartigen Erfolges als ausschlaggebend:

„ob der Täter das als eventuell eintretend Vorgestellte vermeiden zu können hofft oder nicht; glaubt er es vermeiden zu können, dann ist es nicht gewollt und für den Fall des Eintrittes nur zur culpa zuzurechnen“³⁾.

Etwas anders, scheinbar genauer, zieht *Finger* (I 148) diese Grenze bei Behandlung der bewußten Fahrlässigkeit, für die er als charakteristisch betrachtet, daß der Täter „den normwidrigen Erfolg nicht will und mit Sicherheit glaubt ihn vermeiden zu können“.

„Vom *dolus eventualis*, dem dieser Fall nahe kommt, unterscheidet er sich dadurch, daß im Falle des *dolus eventualis* der Handelnde auf das Ausbleiben des normwidrigen Erfolges nicht mit Bestimmtheit rechnet und obgleich dies der Fall, die Handlung vornimmt; in unserem Falle (der bewußten Fahrlässigkeit) handelt der Täter, weil er mit dem Vorhandensein gewisser Momente, die schädlichen Erfolg hindern, bestimmt rechnet“⁴⁾.

Ähnlicherweise beschränkt *Lammasch*⁵⁾ die Verantwortlichkeit des Täters für einen als möglich erachteten Erfolg auf bloße bewußte culpa nur unter der Voraussetzung, „wenn man annehmen kann, daß er mit Sicherheit gehofft habe, den in abstracto als möglich vorgestellten Erfolg in concreto vermeiden zu können“.

Noch weiter geht *Weissenborn* (G. S. 50. Bd. S. 305 f.), welcher als entscheidend betrachtet, ob der Täter den

„möglichen Erfolg für unvermeidlich durch eigene Tätig-

3) Ebenso in der 2. Auflage S. 185.

4) Ebenso in der 2. Auflage S. 193.

5) S. 17, ebenso in der 2. Auflage S. 23.

keit oder nicht für unvermeidlich hält. Glaubt er den möglichen Erfolg durch eigenes Tun nicht abwenden zu können, so will er ihn. Hält er ihn nicht für unvermeidlich, so kann er denselben von seinem Willen ausschließen. Er muß dann aber seine Handlung dementsprechend einrichten. Selbstverständlich kann man einen Erfolg nicht vermeiden wollen, auf dessen Eintritt man bewußtmaßen keinen Einfluß hat. Das Wollen geht nicht über das Können hinaus“.

Während also nach *Hälschner*, *Finger* und *Lammasch* zur Ausschließung des Eventualvorsatzes es genügt, wenn der Handelnde (bestimmt) hofft, den Erfolg vermeiden zu können, betrachtet *Weissenborn* als entscheidend:

1. daß der Täter glaubt, den Erfolg durch eigene Tätigkeit vermeiden zu können, und
2. daß er seine Handlung tatsächlich auch danach einrichtet.

Fehlt eine von diesen Voraussetzungen, also setzt z. B. der Handelnde seine Hoffnung nur auf fremde Tätigkeit oder auf Naturkräfte oder verläßt er sich zwar auf seine eigene Tätigkeit, ohne sie aber dementsprechend einzurichten, so hat er — dies ist die logische Konsequenz der Ansicht *Weissenborns* — dolos gehandelt.

Schon diese Mannigfaltigkeit der Ansichten läßt begründete Zweifel von der Richtigkeit der ganzen Lehre vom dolus eventualis aufkommen. Und daß nicht nur etwa verschiedene Wendungen für eine und dieselbe Sache, sondern sachlich abweichende Anschauungen in Frage stehen, dürfte sich schon aus den angeführten Belegstellen ergeben und wird übrigens sofort noch ausgeführt werden. Noch schärfer tritt jene Verschiedenheit der Ansichten dann hervor, wenn es sich um die Subsumption eines wirklichen Falles handelt, wenn somit der theoretisch konstruierte Maßstab praktisch erprobt werden soll.

Die Grenze zwischen dem Eventualvorsatz und der bewußten Fahrlässigkeit ist trotz aller Absteckungsversuche fließend, unbestimmt, nebelhaft geblieben, so daß wir uns darüber nicht wundern können, wenn der Judikatur, wie schon in der Einleitung darauf hingewiesen wurde, der Vorwurf gemacht wird, daß sie bloße Fahrlässigkeitsfälle unter den dolus eventualis subsumiere.

Bei dieser Sachlage ist es auch begreiflich, daß der Begriff des Eventualvorsatzes in den eigenen Reihen der Anhänger der Willens-*theorie* Gegner fand⁶⁾.

Und so läßt sich wohl behaupten, daß die Willens-*theorie* an dieser ihrer Ausgeburt keine große Freude erlebte. Namentlich macht ihr

6) So namentlich in *Bar* G. S. 52. Bd. S. 168 und 56. Bd. S. 401, *Huther* G. S. 56. Bd. S. 241, *Stooss* Z. 15. Bd. S. 199, *Busch* 45.

große Schwierigkeit der Nachweis, daß der Dolus der leibliche Vater des Kindes sei.

Wir haben gesehen, daß der 24. deutsche Juristentag selbst es für geboten hielt, seine Autorität für die Legitimität des dolus eventualis in die Wagschale zu werfen. Der bezügliche Beschluß lautet: „Der Erfolg einer Handlung, auf den der Wille des Täters nicht direkt gerichtet war, der aber vom Täter als möglich erkannt war, ist strafrechtlich dem Täter als vorsätzlich von ihm verursacht anzurechnen, wenn er die Tat auch für den Fall wollte, daß sie diesen Erfolg haben würde.“

Ob nun diese Patronanz dem dolus eventualis etwas nützen wird? Es ist ja doch eben die Frage: Wann kann man sagen, daß ein solcher Erfolg, eine solche Tat gewollt ist?

Das Wollen bedeutet doch eine Willens-*tätigkeit*, also jedenfalls einen psychischen Akt. Ist es nun möglich, daß dieser Akt nur hypothetisch, nur für einen gewissen Fall bestimmt, also eventuell sei? Wir glauben, daß ein solcher Akt entweder geschehen ist oder nicht geschehen ist, daß er aber nicht nur bedingt, eventuell geschehen sein konnte. Wenn sich aber dieses Epitheton nicht auf die Existenz jenes seelischen Vorganges beziehen soll, sondern wenn damit nur etwa die hypothetische Natur des Inhaltes dieses Aktes gemeint ist, wenn es sich also bloß um eine unpassende Wendung handelt, dann müssen wir in der Sache selbst die Frage stellen:

Worin soll dieser seelische Prozeß bestehen, was ist das für ein psychischer Akt, welcher nebst der Voraussetzung eines möglichen Erfolges noch erforderlich ist, um diesen Erfolg als vorsätzlich zurechnen zu können?

Wird nichts anderes erfordert, als daß der Täter die Handlung, d. i. die Körperbewegung vornahm, also die Bewegungsnerven innerierte, obgleich er den Erfolg für möglich hielt, ihn voraussah, dann befindet man sich ganz auf dem Gebiete der Vorstellungstheorie, welche, wie wir sehen werden, eben nur diese Momente für die Annahme des Vorsatzes als entscheidend betrachtet, und muß auch folgerichtig zugeben, daß jeder als möglich vorausgesehene Erfolg gewollt und daher vorsätzlich herbeigeführt ist.

Vielleicht ist aber der fragliche psychische Vorgang in dem Entschluß des Handelnden, die Handlung (Körperbewegung) vorzunehmen zu erblicken? Auch damit ist der Sache nicht geholfen. Denn wenn der für möglich gehaltene rechtswidrige Erfolg nicht beabsichtigt, nicht Zweck der Handlung (Körperbewegung) war, dann war zweifellos ein anderer Erfolg bezweckt und es ist aufliegend, daß nur dieser letztere beabsichtigte Erfolg mit jenem Entschlusse, die Handlung (Körperbewegung) vorzunehmen, in kausaler Verbindung steht, daß nur

die Vorstellung dieses (für uns gleichgültigen) Erfolges den fraglichen Entschluß herbeiführen konnte, nicht aber die Vorstellung des rechtswidrigen, zwar vorausgesehenen, jedoch nicht begehrten, nicht beabsichtigten Erfolges. Die letztere Vorstellung ist mit dem gedachten Entschlusse nur in negativer Wechselbeziehung, nämlich insofern, daß sie diesen Entschluß nicht herbeiführte, beziehungsweise ihn auch nicht verhinderte, oder mit anderen Worten: daß der Täter sich zum Handeln entschloß, trotzdem er einen anderen, rechtswidrigen Erfolg für möglich hielt.

Aber auch da müßten wir folgerichtig den als möglich vorausgesehenen, nicht beabsichtigten Erfolg in jedem Falle als gewollt erklären, weil eben die charakteristische negative Relation zwischen der Vorstellung des möglichen, nicht bezweckten Erfolges und dem Entschlusse zu handeln, unzweifelhaft vorliegt. Dieser Entschluß kann daher nicht der gesuchte psychische Akt sein, welcher gewisse Fälle dieser Art von anderen scheidet würde⁷⁾.

Daß auch die oben angeführten Wendungen, wie: den Erfolg (eventuell) billigen, in ihn willigen, ihn in Kauf nehmen, berechnen u. a. m. uns nicht das Wesen des rätselhaften psychischen Vorganges enthüllen, ist wohl klar. Ebenso wenig kann eine Aufklärung in dem Unterscheidungsmerkmale erblickt werden, ob der Handelnde den Erfolg vermeiden zu können hoffte oder glaubte, und auch mit der Kennzeichnung des Hoffens beziehungsweise Glaubens als eines „mit Sicherheit, mit Bestimmtheit“ gefaßten (*Finger, Lammasch*) ist gar nichts geholfen.

Ein Jäger, welcher nicht weiß, ob das, was sich im Gebüsch regt, ein Wild oder ein Treiber ist, der sich aber auf sein Glück verläßt und schießt, indem er mit Bestimmtheit glaubt, daß es ein Wild sei, erscheint uns wohl nicht minder strafbar, als derjenige, welcher unter den gleichen Umständen schießt, obgleich er weiß, er habe in solchen Sachen „Pech“, und daher nicht mit Bestimmtheit glaubt, daß er auf ein Wild schieße. Er ist weniger sanguinisch als jener erstere Schütze, aber ein gleich leidenschaftlicher Jäger, so daß er lieber das Risiko des Unfalles auf sich nimmt, als von der möglichen Beute abzulassen.

Der erstere Jäger handelt nach dem von *Finger* und *Lammasch* aufgestellten Unterscheidungsmerkmale hinsichtlich des als möglich vorgestellten rechtswidrigen Erfolges nur fahrlässig, der letztere vorsätzlich. Und doch sagt uns unser Rechtsgefühl, daß beide Fälle unter dieselbe Schuldart fallen müssen, daß in dieser Beziehung nur das Be-

⁷⁾ Über die Versuche, den Begriff des Entschlusses zur Definierung oder wenigstens zur Erklärung des Vorsatzes zu verwerten, vgl. *M. E. Mayer* 149.

wußtsein der Gefährdung entscheiden kann, und daß jenes mehr oder weniger bestimmte Glauben oder Hoffen, den rechtswidrigen Erfolg vermeiden zu können, meistens nur der Ausfluß eines größeren oder geringeren Sanguinismus des Handelnden, für die Unterscheidung von zwei so wesentlich verschiedenen Schuldformen, als der Dolus und die Culpa, aber ungeeignet ist.

Bietet uns jedoch ein passenderes Unterscheidungsmerkmal hierfür nicht etwa die Ansicht *Weissenborns*, wonach jener nicht vorsätzlich handelt, welcher glaubt, den möglichen rechtswidrigen Erfolg durch eigenes Tun abwenden zu können und seine Tätigkeit auch dementsprechend einrichtet?

Wir müssen die Frage verneinen. Denn ganz abgesehen von der gewiß unhaltbaren Konsequenz, daß hiernach derjenige, welcher seine bezügliche Hoffnung nicht auf eigene, sondern auf fremde Tätigkeit oder auf Naturkräfte setzen möchte, dolos handeln würde, kann uns eine derartige eigene Tätigkeit höchstens ein äußeres Merkmal bieten, welches darauf schließen läßt, daß ein gewisser innerer (psychischer) Akt, d. i. das Wollen des rechtswidrigen Erfolges, sich nicht ereignet habe, aber das Wesen dieses fraglichen Seelenvorganges ist damit keineswegs beleuchtet.

Und wie, wenn eine solche konträre Tätigkeit, wie sie *Weissenborn* im Auge hat, im gegebenen Falle ausgeschlossen ist, wenn es dem Handelnden, falls er seinen Zweck erreichen wollte, gar nicht möglich war, von seinem Tun zwecks Vermeidung des rechtswidrigen Erfolges irgendwie abzuweichen? Muß ja doch zugegeben werden, daß jener rätselhafte psychische Akt sich ereignen konnte, ohne daß hier welche äußere Anzeichen dafür vorliegen würden, die ja höchstens nur in der Beweisfrage in die Wagschale fallen können.

Und noch ein Fall spricht meines Erachtens für die Unhaltbarkeit der Lehre vom Eventualvorsatz, wenn es nämlich dem Täter vollkommen gleichgültig war, ob der als möglich vorausgesehene rechtswidrige Erfolg eintreten wird oder nicht.

Manche betrachten zwar eine solche Gleichgültigkeit gegen den als möglich vorgestellten rechtswidrigen Erfolg als psychologisch unmöglich⁸⁾. Aber diese Ansicht scheint uns nicht richtig zu sein. Denn einerseits kann der Wert des gefährdeten Rechtsgutes so unbedeutend oder der Grad der Gefahr ein so minimaler sein, daß die Gefühlssphäre des Täters durch die Vorstellung des möglichen Verletzungserfolges unberührt bleibt. Das ist psychologisch ganz gut möglich, ja geradezu notwendig in dem Falle, wenn der Gefühlswert des eigent-

⁸⁾ So *Bar* 45, *Weissenborn* G. S. 50. Bd. S. 205, *M. E. Mayer* 155, *Thyrén* II 132; auch *Lammasch* (bei Grünhut IX, 232) betrachtet die Gleichgültigkeit gegen den Erfolg, abgesehen von ganz besonderen Verwicklungen, als „nicht gut denkbar“.

lichen (beabsichtigten) Handlungszweckes für den Täter so bedeutend ist, daß in der Gefühlssphäre des Handelnden kein Raum bleibt für das Wirken einer anderen Vorstellung, mithin auch nicht für das der Vorstellung eines anderen (des rechtswidrigen) Erfolges.

Andererseits gibt es aber zweifellos so entartete Individuen, daß selbst die Vorstellung einer bedeutenderen Verletzung fremder Rechtsgüter, wenn sie ihre eigenen Interessen nicht tangiert, sie aus ihrer Gleichgültigkeit aufzurütteln nicht vermag. Und wenn *Thyrén* (II, 132) meint, daß sie in diesem Falle den rechtswidrigen Erfolg offenbar schon aus Furcht vor Verratung und Strafe nicht wünschen werden, so müssen wir einwenden, daß es auch Menschen gibt, die moralisch und körperlich so abgehärtet sind, daß selbst die Strafe ihnen ganz gleichgültig ist.

Jedenfalls müssen auch jene, welche die Gleichgültigkeit gegen den als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolg als psychologisch unmöglich halten, zugeben, daß der Fall eintreten kann, wo dem Täter nicht nachzuweisen ist, welche Stellung er zu der Vorstellung eines solchen Erfolges genommen hat, ob eine zustimmende oder eine ablehnende, somit ein Fall, welcher wenigstens praktisch in gleicher Weise zu lösen ist, wie der Fall einer wirklichen psychologischen Gleichgültigkeit.

Diejenigen, welche den fraglichen, zum Eventualvorsatz geforderten psychischen Akt in positiver Weise (als Billigen, Berechnen, Zustimmung u. a. m) bezeichnen, müssen folgerichtig die Gleichgültigkeit bloß zur Fahrlässigkeit rechnen⁹⁾.

Jene dagegen, welche ein bestimmtes positives Kriterium für die bewußte Culpa zu deren Abgrenzung vom Dolus aufstellen, (so namentlich das Hoffen, den Glauben, den Erfolg vermeiden zu können, oder gar eine konträre Tätigkeit), kommen unvermeidlich zu dem gegenteiligen Schlusse, nämlich, daß die Gleichgültigkeit zum Dolus gehört. Denn es liegt auf der Hand, daß hier nach den ersteren nicht die Voraussetzung des Vorsatzes, nach den letzteren nicht die Voraussetzung der bewußten Fahrlässigkeit eingetreten ist.

Die Folgerung der letzteren ist für ihre Theorie entschieden noch verhängnisvoller; denn wenn zum Eventualvorsatze die Gleichgültigkeit gegen den Erfolg genügt, so ist dies doch ein schlagender Beweis dafür, daß der dolus eventualis einen besonderen, ihn eben charakterisierenden psychischen Akt (Wollen) gar nicht erfordert.

Wir können es ganz gut begreifen, warum der Willenstheorie an dem Eventualdolus so viel gelegen ist, warum sie an ihm mit solcher Liebe hängt. Mit dem eventuellen Vorsatze steht und fällt ja die Willenstheorie selbst. Denn alles das, was bisher von

9) So *Merkel* 85.

dem Falle gesagt wurde, wenn der Täter den nicht beabsichtigten rechtswidrigen Erfolg als möglich oder wahrscheinlich hielt, gilt folgerichtig auch für den Fall, daß der Handelnde einen solchen Erfolg als notwendig erkannte.

Mit dem Argumente, daß der als notwendig erachtete Erfolg „nicht nicht gewollt sein konnte“, mithin gewollt sein mußte — welches übrigens auch auf die Voraussicht der bloßen Möglichkeit paßt — reicht man entschieden nicht aus. Es steht ja eben das Wesen des Wollens (Willens) in Frage und wenn wir oben gefordert haben, daß dieser Begriff beleuchtet, daß das Wesen des psychischen Aktes enthüllt werde, welcher erforderlich ist, um als gewollt und daher als vorsätzlich herbeigeführt einen als möglich vorgestellten Erfolg erklären zu können, so müssen wir hier folgerichtig dasselbe auch für den Fall begehren, daß der Täter sich der Notwendigkeit des rechtswidrigen Erfolges bewußt war.

Denn beide Fälle stimmen darin überein, daß der Handelnde diesen Erfolg nicht beabsichtigte, daß er sich ihn jedoch — hier als notwendig, dort als möglich, wahrscheinlich — vorstellte. Die verschiedene Intensität dieser Vorstellung, die verschiedene Bestimmtheit des Urteils darüber, ob der rechtswidrige Erfolg eintreten wird, kann an dem Wesen der Sache nichts ändern.

Wenn aber die Willenstheorie unsere Forderung zu erfüllen nicht vermag, kann sie auch den Fall der Voraussicht der Notwendigkeit des Erfolges nicht mit Grund zum Wollen, zum Dolus zählen. Dann wird aber die ganze Grundlage dieser Theorie hinfällig. Denn das, was von dem Wollen (Willen) noch erübrigt, ist auf das Begehren, das Beabsichtigen zusammengeschrumpft, der Begriff des Vorsatzes deckt sich dann vollständig mit dem Begriffe der Absicht und das ganze übrige Gebiet der bewußten Schuld fällt der Fahrlässigkeit zu.

Wir betrachten die eigentliche Grundlage der behandelten Theorie als verfehlt, nämlich ihr konstruktives Element des Willens, mit dessen Hilfe sie, wie wir gesehen haben, bestrebt ist, die durch den bewußten, jedoch nicht beabsichtigten Erfolg charakterisierte Schuldstufe (die bewußte Schuld) in zwei Teile zu scheiden, den einen mit dem direkten Vorsatze, den anderen mit der Fahrlässigkeit zu vereinigen und so alle Schuldformen gewaltsam in die beiden aus dem römischen Rechte übernommenen Typen hineinzuzwängen.

Doch der Versuch ist, wie sich gezeigt hat, mißlungen; denn der Willensbegriff hat sich infolge seiner Unbestimmtheit, seiner Nebelhaftigkeit als ein ganz ungeeignetes Scheidungselement erwiesen¹⁰⁾. In dem Wahne, sie habe es mit einem exakten Begriffe zu tun,

10) Vgl. hierüber *Liszt* 418 Anm. 2, *Frank* Z. 10. Bd. S. 195 f., *Lilienthal* Z. 15. Bd. S. 277 f., *Thyrén* 8 f., 110 f. Wir werden darauf übrigens noch zurückkommen.

hat die Willenstheorie in die Lehre von den Schuldformen aus der Philosophie einen Begriff hineingetragen, dessen Wesen und Tragweite durch die Psychologie selbst noch nicht entsprechend bestimmt war und den zu präzisieren auch der Rechtswissenschaft bisher nicht gelungen ist.

Es war ein wahres Danaergeschenk, mit welchem da die Rechtswissenschaft von der Philosophie bedacht wurde, ein wahres trojanisches Pferd, aus dessen Innern, kaum daß es die Willenstheorie zwischen ihre Mauern geschafft hat, ein ganzer Schwarm von durch die Psychologie schon vordem hineingebrachten Zweifeln und Kontroversen hervorbrach — der Keim des sicheren Verderbens.

Gebäude, die ewig dauern sollen, darf man eben nicht am Sande auführen.

§ 4.

Die Vorstellungstheorie.

In Anbetracht der Ergebnisse, zu welchen es die Willenstheorie nach dem Gesagten gebracht hat, ist es wohl nichts Auffallendes, daß sie im Laufe der Zeit eine Opposition hervorrief, welche ihren Angriff direkt gegen die Grundlage dieser Theorie, gegen den von ihr vertretenen Begriff des menschlichen Willens richtete.

Unseres Wissens war es *Bekker*¹⁾, welcher auf völlig geänderten Grundlagen eine neue Lehre von den Schuldformen aufgebaut hat, die als Vorgängerin der heutigen Willenstheorie betrachtet werden kann.

Bekker definiert den Willen als „das Vermögen des Ichs, die an dasselbe gebundenen Kräfte wirksam werden zu lassen“ und konstruiert seine Theorie im Wesen etwa folgendermaßen:

Hinsichtlich der Funktion des Willens muß genau zwischen der Handlung und dem Erfolg unterschieden werden. Der Begriff der Handlung beschränkt sich auf die (körperliche oder psychische) Bewegung des Handelnden. Alle durch die Bewegung (Handlung) herbeigeführten Veränderungen in der Außenwelt fallen unter den Begriff des Erfolges. Nur die Handlung ist Willensäußerung, während der Erfolg nie reines Willensprodukt ist, sondern immer zugleich Produkt anderer, mit dem Willen zusammenwirkender Faktoren. Wenn man sagt, daß zum Verbrechen das Wollen der Handlung und des Erfolges erfordert wird, so bedeutet das Wollen des Erfolges etwas anderes, nämlich die Voraussicht, das Wissen desselben. Wer den Erfolg voraussieht, billigt ihn dadurch, daß er in der Voraussicht handelt. Daher ist es nicht erforderlich, das Billigen besonders hervorzuheben.

1) Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. I. Bd. 1859; vgl. bes. S. 245 f., 268 f., 298.

Zum Dolus genügt also das Wollen der Handlung (Bewegung) und das Vorhersehen des Erfolges.

Allerdings kann die Voraussicht des Erfolges, wie wir oben gesehen haben, verschiedene Intensitätsgrade aufweisen, wodurch die untere Grenze des *Bekker*'schen Vorsatzbegriffes ziemlich zweifelhaft wird. Dessen ist sich auch *Bekker* selbst wohl bewußt:

„Nun leuchtet ein, daß je matter und unsicherer das Bild des verbrecherischen Erfolges wird, und je geringer dem Täter die Wahrscheinlichkeit ist, daß dieser Erfolg eintreten werde, desto mehr die Schuld sich mindert, bis endlich sie ganz zusammenschmilzt. Man muß einräumen, daß bei jedem beliebigen äußeren Verbrechensbestande eine völlig allmähliche Modifikation der inneren Momente von höchster Schuld bis zur Unschuld ohne jeglichen Sprung denkbar ist, durch welche eine ebenso gleichmäßige Verringerung der Strafbarkeit bis Strafflosigkeit bedingt ist. Wo hiernach der Dolus als ein kleiner, nur wenig bedeutender erscheine, möge der Staat ihn übersehen. . . .“

Und an einer anderen Stelle (S. 272) sucht *Bekker* diese untere Grenze des Vorsatzes dahin zu bestimmen, daß zum Dolus nach seiner Ansicht nicht mehr zu rechnen ist, wenn die Voraussicht des rechtswidrigen Erfolges so unbedeutend war, daß dadurch selbst „ein guter und getreuer Staatsbürger“ — also ein Analogon des römischen diligens pater familias — von der Handlung sich nicht hätte abhalten lassen.

Wir glauben, daß *Bekker* mit dieser seiner Lehre die Grundlage zu der späteren Vorstellungstheorie gelegt hat, die ihren Ruhm freilich erst dem Verdienste *Liszt*s und *Frank*s verdankt.

Nach *Liszt* (105f, 148f.) ist Schuld die tatsächliche Verantwortlichkeit für die begangene Handlung. Die Handlung ist die willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt. Der Begriff der Handlung setzt mithin voraus einestheils ein willkürliches Verhalten der Täters, eine Willensbetätigung, d. h. ein Verhalten, das, frei von mechanischem oder physiologischem Zwang, durch Vorstellungen bestimmt (determiniert, motiviert) ist, und andernteils eine sinnfällige Veränderung in der Außenwelt (Erfolg). Der Erfolg bildet mithin einen integrierenden Bestandteil des Handlungsbegriffes.

Die willkürliche Verursachung (Veranlassung) eines Erfolges heißt Tun, die willkürliche Nichthinderung eines Erfolges Unterlassen. Rücksichtlich des Tuns erscheint die Willensbetätigung als willkürliche Körperbewegung, d. h. als Anspannung (Kontraktion) der Muskeln, welche nicht durch mechanischen oder physiologischen Zwang, sondern durch Vorstellungen bewirkt wird, und durch die Innervierung der Bewegungsnerven erfolgt. Das Tun ist mithin Verursachung des Er-

folges durch willkürliche Körperbewegung. „Wollen“ bedeutet also lediglich denjenigen psychologischen Akt, durch welchen die Ausspannung der Muskeln erfolgt. „Gewollt“ ist mithin nur die Körperbewegung, niemals der Erfolg.

Vorsatz ist die Voraussicht des durch die Willensbetätigung bewirkten oder nicht gehinderten Erfolges. Der Begriff des Vorsatzes umfaßt mithin:

1. Die Vorstellung der (vorgenommenen oder unterlassenen) Willensbetätigung selbst, soweit diese unter den Begriff eines bestimmten Verbrechens fällt.

2. Die Voraussicht des Erfolges, soweit dieser zu dem Begriffe des Verbrechens erforderlich ist.

3. Bei Begehungsdelikten die Vorstellung, daß der Erfolg Wirkung der Willensbetätigung, daß diese, sei es allein, sei es mit anderen vom Täter beherrschten oder bestimmt erwarteten Umständen, Ursache des Erfolges sein werde, also die Vorstellung der Kausalität des eigenen Handelns selbst; bei Unterlassungsverbrechen die Vorstellung, daß bei Vornahme des unterlassenen Tuns der vorgestellte Erfolg nicht eintreten werde, also die Vorstellung der Nichthinderung des Erfolges. In diesem Bewußtsein der Kausalität liegt der Unterschied des Vorsatzes vom Wunsch wie von der Hoffnung.

Vorsatz liegt demnach vor:

1. Wenn der Erfolg beabsichtigt, d. h. die Voraussicht des Erfolges Beweggrund des Handelns war; wenn der Täter um der durch die Handlung zu bewirkenden Veränderung in der Außenwelt willen die Handlung vornimmt; wenn jene Veränderung das Ziel, ihre Herbeiführung den Zweck des Handelns bildet. Dabei ist es gleichgültig, ob der Täter mit größerer oder geringerer Bestimmtheit auf den Eintritt des Erfolges gerechnet, diesen als notwendig oder als möglich vorausgesehen hat.

2. Vorsatz liegt aber auch dann vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges vorausgesehen hat, auch wenn diese Voraussicht nicht Beweggrund seines Handelns war. Dabei kann man jedoch unterscheiden:

a) Vorsatz ist unbedingt gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für sicher (notwendig) hielt (direkter Vorsatz);

b) bedingt dann, wenn er ihn nur für möglich hielt; nämlich unter der Voraussetzung, daß die Überzeugung von dem sicheren Eintritte des Erfolges den Täter von der Begehung der Handlung nicht abgehalten hätte, wenn also, wie man wohl sagen darf, der Täter den Erfolg gebilligt hat (sogenannter eventueller Vorsatz).

Wesentlich ist in beiden Fällen das (assertorische) Urteil des

Täters: „Der Erfolg wird eintreten“. Erwartet der Täter im Vertrauen auf seine Geschicklichkeit, auf sein gutes Glück usw., daß der Erfolg nicht eintreten werde, so kann von Vorsatz keine Rede sein. Die „Billigung“ des Erfolges ist nur ein anderer Ausdruck für denselben Gedanken.

Wie aus dieser meistens wortgetreuen Reproduktion der Ausführungen *Liszt's* zu ersehen ist, hat *Liszt* die beiden Grundgedanken der *Bekkerschen* Lehre akzeptiert, nämlich einerseits den Grundsatz, daß das Wollen sich nur auf die Körperbewegung, niemals auf den Erfolg bezieht, andererseits den Grundsatz, daß zum Dolus die Voraussicht des Erfolges genügt.

Während jedoch *Bekker*, wie wir gesehen haben, hinsichtlich der Intensität der Voraussicht des Erfolges keinen wesentlichen Unterschied macht und nur für den niedersten Grad des Voraussehens Straflosigkeit in Anspruch nimmt durch Verweisung auf ein gewisses normales Handeln eines „guten und getreuen Staatsbürgers“, versucht *Liszt* die untere Grenze des Vorsatzes, durch welche dieser namentlich gegenüber der Fahrlässigkeit genau abgemarkt werden soll, aus dem Begriffe der Voraussicht selbst zu bestimmen.

Daß der Täter den Erfolg vorausgesehen und mithin vorsätzlich gehandelt hat, kann nach *Liszt* nur dann behauptet werden, wenn er zu dem bejahenden (assertorischen) Urteile gekommen ist, daß der Erfolg eintreten werde. Ist der Täter zu dem gegenteiligen Urteile gelangt, also zu dem Schlusse, daß der Erfolg nicht eintreten wird oder mit anderen Worten, hat er den Erfolg abgelehnt, dann kann man nach *Liszt* (151, 162 Anm. 1) nicht sagen, der Täter habe den Erfolg vorausgesehen und ist dieser dem Täter nur als fahrlässig verursacht zuzurechnen.

Es dürfte nicht ohne Interesse sein, daß die Subsumtion des Falles, wenn der Täter nur die Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges voraussah, in den früheren Auflagen des Lehrbuches *Liszt's* ziemlich fraglich blieb. So lesen wir noch in der 3. Auflage (§ 38, S. 166):

„Voraussicht des Erfolges oder Vorstellung der Kausalität bedeutet das Bewußtsein, daß die Handlung diese Folgen nach sich ziehen werde, nicht daß sie dieselben möglicherweise nach sich ziehen könne oder notwendigerweise nach sich ziehen müsse“.

In Anbetracht dieser Fassung war es allerdings zweifelhaft, ob die Vorstellung des Erfolges als eines möglichen nach *Liszt* zum Vorsatz genügt oder nicht²⁾.

Erst in den späteren Auflagen seines Lehrbuchs hat sich *Liszt* zu

2) Vgl. *Frank Z.* 10. Bd. S. 216.

einer genaueren Formulierung seiner bezüglichen Ansicht entschlossen, und zwar offenbar infolge Einflusses der Lehre *Frank's*.

Wir halten es daher als geboten, uns vorläufig dieser zuzuwenden.

Frank verwahrt sich in seiner scharfsinnigen Abhandlung „Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre“ (Z. 10. Bd. 1890. S. 169 f.), zunächst gegen den Willensbegriff in der von der Willenstheorie zu ihrem Ausgangspunkte gemachten Auffassung und bezieht (in Übereinstimmung mit *Bekker* und *Liszt*) den Willen nur auf die menschliche Tätigkeit (Körperbewegung), keineswegs auch auf den Erfolg. *Frank* betrachtet den Willensbegriff wegen seiner Ungenauigkeit und Strittigkeit als ein ungeeignetes Kriterium des Dolus; auch er geht von dem Begriffe der Vorstellung oder Voraussicht aus, und definiert den Vorsatz als „die Voraussicht (das Bewußtsein) des Erfolges der Handlung, verbunden mit der Kenntnis derjenigen Umstände, welche die Handlung zu einer strafbaren machen.“

„Die Voraussicht kommt zum Ausdruck:

1. in dem Urteil: Der Erfolg wird eintreten. Hier ist an die Möglichkeit des Anderswerdens überhaupt nicht gedacht oder ihre Erwägung im Vertrauen auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge, die eigene Kraft und Geschicklichkeit abgelehnt worden. (Voraussicht des Erfolges als eines gewissen.)

2. In dem Urteil: der Erfolg muß eintreten. Hier ist die Möglichkeit des Anderswerdens erwogen, aber in negativem Sinne entschieden worden. (Voraussicht des Erfolges als eines notwendigen.)

3. In dem Urteil: der Erfolg kann eintreten. Hier ist die Möglichkeit des Anderswerdens erwogen worden, aber unentschieden geblieben. (Voraussicht des Erfolges als eines möglichen³⁾).

Während das Urteil, der Erfolg werde eintreten (Z. 1), ebenso wie das Urteil, der Erfolg müsse eintreten (Z. 2), nach *Frank* immer Vorsatz begründet, erfüllt die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen (Z. 3) den Begriff des Vorsatzes nur dann, „wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte“.

Wie die Vergleichung der Lehre *Liszts* mit jener *Frank's* zeigt, hat *Liszt* das Kriterium *Frank's* akzeptiert, wonach der als möglich vorausgesehene Erfolg nur in dem Falle als vorsätzlich herbeigeführt anzusehen ist, wenn der Täter auch dann gehandelt haben würde, falls er den Eintritt des Erfolges als gewiß vorausgesehen hätte; *Liszt* fügte aber noch das weitere elektive Unterscheidungsmerkmal bei: „wenn

³⁾ Nach der Terminologie *Liszts* bzw. *Thyréns* assertorisches Urteil (Nr. 1), apodiktisches Urteil (Nr. 2) und problematisches Urteil (Nr. 3).

also, wie wir wohl sagen dürfen, der Täter in den Erfolg eingewilligt hat“⁴⁾).

Die Wahl dieses Ausdruckes war keine glückliche; es schaut unter seinem Mantel gar zu auffallend, sowohl etymologisch als sachlich, der Teufelshuf des Willenselementes in bezug auf den Erfolg, mithin im Sinne der von *Liszt* bekämpften Lehre, hervor. Darum hat sich auch *Frank* (l. c.) gegen diesen Ausdruck ausgesprochen und *Liszt* selbst hat ihn in den späteren Auflagen seines Lehrbuchs durch den Ausdruck „Billigen“ ersetzt.

Doch damit hat die Sache nur einen neuen Anstrich bekommen; das Wesen aber blieb unverändert. Haben wir doch oben gesehen, daß auch die Anhänger der Willenstheorie denselben Ausdruck (Billigen) in bezug auf den Erfolg zu demselben Zwecke verwenden, nämlich zur Unterscheidung des Eventualdolus von der Fahrlässigkeit.

Dadurch bringt aber *Liszt* in seine Theorie der Voraussicht ein fremdes, aus dem Willensbegriffe im Sinne der Willenstheorie geschöpftes Element hinein und fordert alle Einwendungen heraus, die wir der Willenstheorie in dieser Beziehung zu machen uns gezwungen sahen.

Freilich hat *Liszt* die Bedeutung seines Billigens durch das von *Frank* übernommene Kriterium näher bestimmt, ob nämlich der Täter gehandelt haben würde, wenn er den sicheren Eintritt des Erfolges vorausgesehen hätte. Doch da kann eingewendet werden, daß dieses Unterscheidungsmerkmal sich mit dem „Billigen“ nicht immer zu decken braucht. Es sind Fälle denkbar, wo dem Täter der als möglich vorausgesehene Erfolg, z. B. der Tod einer Person, die er beerben soll, erwünscht ist, er billigt ihn, und doch, wenn er wissen würde, daß seine Handlung diesen Erfolg sicher herbeiführen wird, würde er die Handlung nicht vornehmen, sei es, daß ihn Entsetzen ergreift bei dem Gedanken, daß er den verbrecherischen Erfolg mit eigener Hand direkt und unvermeidlich bewirken soll, sei es aus anderen Beweggründen. Und umgekehrt ist es, wie wir sehen werden, ganz gut möglich, daß der Täter auch bei Voraussicht der Gewißheit des rechtswidrigen Erfolges gehandelt haben würde, ohne diesen Erfolg gerade zu billigen.

Auch in dem schon oben bei Besprechung der Willenstheorie erwähnten Falle, wenn dem Täter der als möglich vorausgesehene Erfolg gleichgültig war, läßt sich wohl nicht sagen, daß er ihn gebilligt hat, obgleich es vielleicht unzweifelhaft ist, daß er auch in Voraussicht des sicheren Eintrittes des Erfolges gehandelt haben würde, weil ihm dieser eben gleichgültig ist.

⁴⁾ So noch in der 5. Auflage des Lehrbuchs 1892 S. 173.

Aber selbst, wenn wir von dem Unterscheidungsmerkmal des „Einwilligen“ oder „Billigen“ absehen und nur das andere, *Liszt* und *Frank* gemeinschaftliche Kriterium ins Auge fassen, nämlich wie der Täter gehandelt haben würde, wenn er die Gewißheit des Erfolges vorausgesehen hätte, ergeben sich folgende Einwendungen:

1. Dieser Maßstab führt zu der bedenklichen Konsequenz, daß ein bestimmter Fall nicht aus sich selbst heraus, sondern auf Grund einer anderen Supposition gelöst werden muß: nicht das soll für den Richter entscheidend sein, was der Täter wirklich vorausgesehen hat, als er handelte, mithin daß er handelte, obwohl er die Vorstellung des Eintrittes des Erfolges von einer bestimmten Intensität (Voraussicht der Möglichkeit des Erfolges) hatte, sondern maßgebend für den Grad des Verschuldens soll das sein, wie der Täter gehandelt haben würde, wenn seine Vorstellung des Erfolges von einer größeren Intensität — Voraussicht der Gewißheit des Erfolges — seine Voraussicht also eine zumindest quantitativ andere gewesen wäre.

2. Manchmal läßt sich gar nicht sicherstellen, wie der Täter in diesem supponierten Falle gehandelt hätte; vielleicht wird er es ab und zu nicht einmal selbst sagen können. Daher ist dieser hypothetische Maßstab für den Richter mitunter unbrauchbar⁵⁾.

3. Für die Beurteilung, ob der Täter auch in Voraussicht der Gewißheit des rechtswidrigen Erfolges gehandelt haben würde, dürften wohl nachstehende Momente von Belang sein:

a) In erster Linie der Gefühlswert, von welchem für den Täter der als möglich vorausgesehene, jedoch (wie wir voraussetzen) nicht beabsichtigte rechtswidrige Erfolg ist. Je größer die Lustgefühle und je geringer die Gefühle der Unlust sind, welche der rechtswidrige Erfolg nach unserer Ansicht in dem Täter erregt, um so eher werden wir die Überzeugung gewinnen, daß er auch bei Voraussicht der Notwendigkeit des Erfolges gehandelt hätte. Je öfter der Wilddieb auf Anzeige des Hegers bestraft wurde, je häufigere Zusammenstöße er mit ihm hatte, je mehr er ihn haßt, desto mehr werden wir glauben, daß dieser Wilddieb, der auf das Wild feuert, wohl wissend, daß er auch den unweit stehenden Heger treffen könne, und diesen tatsächlich trifft, auch dann geschossen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß er den Heger bestimmt treffen werde. Und ebenso, von je geringerem Wert, je gleichgültiger in den Augen eines Kavaliere, welcher sich vielleicht noch auf die Zeiten der Leibeigenschaft erinnert, die körperliche Integrität des Treibers ist, um so mehr werden wir zu der Annahme hinneigen, daß der Kavalier auf das Wild ge-

feuert hätte, selbst wenn er dessen sicher gewesen wäre, daß er auch den Treiber treffen werde.

Sowohl den Wildschützen als auch den Kavalier müßten wir in diesem Falle nach *Liszt* und *Frank* der vorsätzlichen Verletzung, eventuell der vorsätzlichen Tötung schuldig sprechen.

b) Ferner werden wir auch den Gefühlswert als maßgebend betrachten, welchen für den Täter der eigentliche Zweck (das Motiv), also der beabsichtigte, allenfalls unbedenkliche Erfolg seiner Handlung hat. Je größer für ihn der Gefühlswert dieses Erfolges, mit anderen Worten, je stärker das Motiv seiner Tat (je seltener im gegebenen Falle das Wild, je leidenschaftlicherer Jäger der Kavalier) ist, desto sicherer kann behauptet werden, daß er gehandelt haben würde, auch wenn er die Gewißheit des (nicht beabsichtigten) Verletzungserfolges vorausgesehen hätte.

Das führt aber zu Konsequenzen, die für die Vorstellungstheorie sehr bedenklich sind. Jemand wirft einen Gegenstand aus dem Fenster auf die Gasse, obgleich er voraussieht, daß die Vorübergehenden verletzt werden können. Er hat es nur aus Bequemlichkeit gemacht, im Vertrauen, daß niemand getroffen werden wird; hätte er die Gewißheit einer Verletzung vorausgesehen, würde er das Herabwerfen unterlassen haben. Ein anderer wirft einen gleichen Gegenstand auf die Gasse und gefährdet dadurch die Vorbeigehenden in eben demselben ihm wohl bekannten Grade. Doch er kann sich nicht anders helfen; der Gegenstand ist gestohlen, und er hört schon die Sicherheitswacheleute die Stiege hinaufkommen, um seine Wohnung durchzusuchen. Aus Furcht vor strenger Strafe hätte er es auch dann getan, wenn er gewußt hätte, daß jemand durch den herabfallenden Gegenstand sicher verletzt werden wird.

Der erstere hat nach *Liszt* und *Frank* *kulpos*, der letztere *dolos* gehandelt.

Die Unhaltbarkeit dieser Konsequenz tritt noch schärfer hervor, wenn wir im zweiten Falle ein altruistisches Motiv supponieren, z. B.: Jemand befindet sich in einer fremden Wohnung und gedenkt durch das Herabwerfen der, wie ihm zufälligerweise bekannt, von einem Diebstahle herrührenden Sache von dem unschuldigen Wohnungsinhaber die Gefahr einer ungerechten Verurteilung abzuwenden.

c) Schließlich wird für die Anwendung jenes hypothetischen Kriteriums wohl auch der Charakter des Täters von Belang sein. Je niederträchtiger, je verbrecherischer seine Gesinnung ist, desto begründeter ist die Annahme, daß er auch in der Voraussicht des sicheren Eintrittes der als möglich betrachteten Verletzung gehandelt haben würde. Dieser Maßstab wird um so unabweisbarer, als es im gegebenen Falle schwer fällt, den eigentlichen Zweck (das Motiv) der Tat, even-

5) Ebenso *Thyrén* I, 99, II, 145 f. und *M. E. Mayer* 144 f., 171 f.

tuell den Gefühlswert sicherzustellen, den dieser Zweck und der rechtswidrige Erfolg selbst für den Täter hat, mit anderen Worten, je mehr uns der unter a und b bezeichnete Maßstab im Stiche läßt.

Das führt aber, wie *Bar* (Z. 23. Bd. S. 549f.) richtig bemerkt, unabweichlich zu der Konsequenz, daß derjenige, den der Richter für schlimm hält, der vorsätzlichen Straftat schuldig erkannt, jener dagegen, den er für brav hält, davon losgezählt werden wird. Und doch, wenn in beiden Fällen das Motiv der Handlung bekannt wäre, würde es vielleicht einleuchten, daß der Brave auch in Voraussicht der Gewißheit des Verletzungserfolges gehandelt haben würde, weil der eigentliche Zweck seiner Handlung einen großen Gefühlswert für ihn hatte (ein starkes Motiv), der Schlimme dagegen in Kenntnis der Gewißheit die Handlung unterlassen hätte, da er an dem beabsichtigten Erfolge zufällig kein großes Interesse hatte (schwaches Motiv).

Doch kehren wir zu dem assertorischen Urteile *Liszts* zurück; denn in diesem ist seine eigene Grundidee enthalten, während durch jenes von *Frank* übernommene hypothetische Kriterium und durch das von *Liszt* selbst elektiv angefügte weitere Unterscheidungsmerkmal des „Billigens“ des Erfolges nach *Liszts* eigener Angabe jener Grundgedanke nur der Judikatur „mundgerechter“ gemacht werden sollte⁶⁾.

Liszt betrachtet also grundsätzlich als entscheidend, ob der Täter zu dem assertorischen Urteile, daß der Erfolg eintreten, oder zu dem assertorischen Urteile, daß der Erfolg nicht eintreten werde, gekommen ist. Im ersten Falle liegt Vorsatz, im zweiten Fahrlässigkeit vor.

Wir teilen zwar nicht die Ansicht *Buris* (gesammelte Abhandlungen S. 300), der das assertorische Urteil *Liszts* für psychologisch unmöglich erklärt und meint, daß ein künftiger Erfolg nur entweder als notwendig oder als möglich vorgestellt werden kann; sondern wir behaupten mit *Thyrén* (II, S. 134 Anm. 2), daß die Vorstellung eines zukünftigen Erfolges als eines wirklichen, mithin auch das assertorische Urteil: „Der Erfolg wird eintreten“, oder „Der Erfolg wird nicht eintreten“ psychologisch ganz gut möglich, ja sogar sehr häufig ist, obwohl vielleicht in Anbetracht der menschlichen Kurzsichtigkeit das Urteil: „Der Erfolg kann eintreten“ logischer wäre.

Aber ebenso betrachten wir es als psychologisch ganz gut möglich, daß der Täter zu dem Urteile kam: „der Erfolg kann eintreten“ und daß er es bei diesem Urteile bewenden ließ, ohne — und wer vermöchte ihn dazu zu zwingen? — sich für die bestimmt be-

6) Vgl. Verhandlungen des 24. d. Juristentages I, 107 f., Lehrbuch 151, 162, Anm. 1.

jahende oder die bestimmt verneinende Eventualität zu entscheiden, Hierher gehört z. B. der schon besprochene Fall der totalen Gleichgültigkeit gegen den als möglich vorgestellten rechtswidrigen Erfolg, möge diese in der Verkommenheit des Täters oder in dem Gefühlswerte des eigentlichen Zweckes seiner Handlung ihren Grund haben. Dieser Fall läßt sich, wenn man nur das positive oder negative assertorische Urteil *Liszts* zu Hilfe nimmt, weder unter den Vorsatz noch unter die Fahrlässigkeit bringen.

Gehen wir aber weiter.

Wenn sich jemand dessen wohl bewußt ist, daß unter hundert möglichen Fällen in neunundneunzig ein Verletzungserfolg eintreten und nur in einem die Sache gut ablaufen wird und wenn er in beispiellosem Leichtsinne die Handlung dennoch vornimmt im Vertrauen darauf, daß ihn sein gutes Glück auch diesmal nicht verlassen und daß eben dieser einzige glückliche Fall eintreten werde, so handelt er nach der von *Liszt* ausgesprochenen Ansicht nur fahrlässig. Wer aber umgekehrt weiß, daß nur in einem von hundert möglichen Fällen die Sache ein schlechtes Ende nehmen und in den übrigen neunundneunzig gut ausfallen wird, trotzdem aber zu ängstlicher Natur ist, um bestimmt anzunehmen, daß der Verletzungserfolg nicht eintreten wird, der hat nach *Liszt*, falls er dennoch die Handlung vollbrachte, nicht bloß fahrlässig, also offenbar vorsätzlich gehandelt. Und doch ist es einleuchtend, daß in dem ersteren Falle die Handlung für das bedrohte Rechtsgut unverhältnismäßig gefährlicher ist, als in dem letzteren Falle. Auch das Motiv der Tat kann in jenem Falle weit mehr antisozial sein als in diesem.

Wir sehen, daß *Liszt* hier in den Konsequenzen seiner Vorstellungstheorie in scharfe Kollision mit seiner eigenen Lehre von dem Rechtsgüterschutz als Strafzweck und von der sozialen Gefährlichkeit des Täters als Maßstab seiner Strafbarkeit kommt.

Uns scheint aber auch *Liszts* restriktive Auffassung des Begriffes „Voraussicht“ bedenklich zu sein. Ist jemand zu dem Urteile gekommen, daß ein Erfolg, den er sich als möglich vorgestellt hat, nicht eintreten wird, so hat er dadurch seine Vorstellung des Erfolges als eines möglichen noch nicht ausgelöscht. Er bleibt sich trotzdem dessen bewußt, daß der Erfolg eintreten kann, er sieht diese Möglichkeit auch weiterhin voraus und hofft bloß — ob nach reifer, vernünftiger Überlegung oder infolge seines bodenlosen Leichtsinnes, kann an dem Wesen der Sache gar nichts ändern — daß der Erfolg nicht eintreten werde. Ein solches Hoffen aber, ein solches „assertorisches Urteil“, ist für die Bestimmung des Schuldgrades, wie wir oben gesehen haben, bedeutungslos. Damit wird auch die auf dieser Grundlage zwischen dem Vorsatze und der Fahrlässigkeit gezogene Grenze gänzlich hinfällig.

Und nun dürfte es wohl möglich sein, mit der Vorstellungstheorie die Bücher abzuschließen und die Bilanz zu ziehen.

Als Verdienst rechnen wir ihr an, daß sie in richtiger Erkenntnis, daß der von der herrschenden Theorie akzeptierte Willensbegriff eine ganz ungeeignete Grundlage der Lehre von der strafbaren Verschuldung bildet, diese Basis entschlossen fallen ließ, und unter Zugrundelegung des Begriffes der Vorstellung (Voraussicht) eine neue Lehre von den Schuldformen des Strafrechts aufzuführen gesucht hat. Hätte sie sich entschließen können, alle Bande mit der Vergangenheit zu lösen, hätte sie namentlich, wie jenen Willensbegriff, ebenso auch die hergebrachte Zweiteilung der Strafschuldformen rücksichtslos abgeschüttelt und das unternommene Werk auf der neuen Unterlage konsequent zu Ende geführt, würde sie vielleicht bessere Erfolge erzielt haben.

So ist aber für sie das verhängnisvoll geworden, was *Löffler* (S. 237) so treffend von *Bekkers* Lehre sagt, daß sie „einer allgemein üblichen falschen Methode folgend ihre bessere Erkenntnis, statt sie kühn dem Hergebrachten entgegenzustellen, in die enge Form des geltenden Rechts pressen wollte; ein schwieriges Werk: bald ist das gesetzte Recht stärker und unterdrückt den neuen Gedanken, bald wieder sprengt dieser die Formen des ersteren“.

Bekker weist, wie wir gesehen haben, das ganze Gebiet der bewußten Schuld bis hinunter zur Voraussicht einer ganz unbedeutenden Möglichkeit des Verletzungserfolges zum Vorsatze zu; dadurch kommt er aber zu einem so weiten Vorsatzbegriffe, daß die auf dolose Taten bestimmten Strafsätze des geltenden Rechts darauf absolut nicht passen. Es müßte ja dann beispielsweise die Mutter, welche in einer Großstadt ihr Kind ohne Begleitung in die Schule schickt, obwohl sie sich vorstellt, daß dem Kinde auf einem Kreuzungspunkte ein Unfall begegnen könnte, wenn das Kind wirklich durch Überfahren getötet wird, der auf vorsätzliche Tötung (!) gesetzten Strafe verfallen. Diese Konsequenz wird durch das *Bekker'sche* Kriterium „eines guten und getreuen Staatsbürgers“ nur für solche Fälle gehindert, in welchen auch eine gute, sorgsame Mutter nicht anders gehandelt haben würde; die Mutter dagegen, welche aus Unbehutsamkeit diese Grenze bewußt überschritten hat, wird dieses Unterscheidungsmerkmal vor der Strafe der vorsätzlichen Tötung nicht schützen.

Vor dem Rande dieses Abgrundes, zu welchem die extreme Durchführung der Vorstellungstheorie führt, schrickt offenbar auch *Frank* zurück.

„Soll“ — so sagt er (Z. 10. Bd. S. 210) — „die Tatsache des reiflichen Erwägens, des Denkens an alle Möglichkeiten ihn, (den Erfahrenen) strafbar machen? Soll die Vorstellung, daß etwas eintreten könne, woran der minder Vorsichtige nicht einmal denkt,

ihn vor den Richter bringen? Dann wäre ein Privilegium für Gedankenlosigkeit geschaffen, wie es schlimmer kaum gefunden werden kann.“

Erwägungen solcher Art mochten es gewesen sein, welche *Frank* und *Liszt* bewogen, von der konsequenten Durchführung ihrer Grundidee Abstand zu nehmen und die untere Grenze des Vorsatzes — ebenso wie es vor ihnen die Willenstheorie getan hat — weiter vom Rande der bewußten Schuld, innerhalb ihres Gebietes zu ziehen. *Liszt* tat dies unter dem Deckmantel einer einschränkenden Interpretation des Begriffes „Voraussicht“ mit Zuhilfenahme seines assertorischen Urteils, *Frank* ganz unverhohlen unter Heranziehung seines öfters erwähnten, später auch von *Liszt* akzeptierten hypothetischen Kriteriums.

Liszt aber trug, indem er noch das Unterscheidungsmerkmal des Billigens (Einwilligens) hinzufügte, das Willenselement in dem von der Willenstheorie vertretenen, von ihm im vorhinein abgelehnten Sinne durch die Hintertür in seine Vorstellungstheorie wieder hinein und akzeptierte damit auch den Eventualvorsatz der Willenstheorie in seiner ganzen zweifelhaften Natur, nur mit einem etwas anderen Anstriche.

Bei dieser Sachlage erscheint es begreiflich, daß einerseits *Liszt* in seinem für den 24. deutschen Juristentag bestimmten Gutachten als Verteidiger des eventuellen Vorsatzes auftreten und daß andererseits wieder ausgesprochene Anhänger der Willenstheorie, namentlich auch das deutsche Reichsgericht, ohne weiteres die Lehre *Liszts* vom Eventualdolus akzeptieren konnten, wodurch sich wieder erklärt, warum *Liszt* (S. 148 Anm. 2) sich traut, seine Ansicht als die herrschende zu erklären, obgleich das wenigstens numerische Übergewicht, wenn wir nicht irren, bisher an Seite der formellen Anhänger der Willenstheorie zu suchen ist.

§ 5.

Die Wissentlichkeitstheorie.

Löffler hat in der Einleitung zu seiner öfters bezogenen Schrift (S. 1 f.) seine Lehre von den Schuldformen des Strafrechts im Wesen folgendermaßen skizziert:

Als Schuld kann man den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen bezeichnen. Diese Beziehungen können drei verschiedene Formen annehmen und sind demgemäß auch drei Schuldarten zu unterscheiden:

1. Absicht. Der Erfolg ist gewollt; gleichgültig zu welchem Zwecke.

Unter „Wollen“ versteht *Löffler* jene strebende und zugleich billigende, „liebende“ Beziehung unseres Ich zu einem Erfolge, jenes Phänomen, „das sich erleben aber nicht beschreiben läßt“, das wir aber ganz zuverlässig meinen, wenn wir sagen: „Ich will dich töten“ — „ich will sterben“ — „das habe ich nicht gewollt“. Nicht gemeint ist unter dem Wollen die der Körperbewegung vorangehende Inneration. Von dem bloßen Wunsche unterscheidet sich dieser Wille durch ein mitlaufendes Machtbewußtsein: das Bewußtsein, in den Gang der Ereignisse kausal eingreifen zu können. Ich kann nur wünschen, nicht auch wollen, daß das eben aufziehende Unwetter meine Saaten verschone. Niemals aber können Wunsch und Wille in bezug auf einen und denselben Erfolg in Gegensatz treten.

2. Wissentlichkeit. Der Erfolg ist vorausgesehen, ohne gewollt zu sein.

Diese Gruppe ist formal einheitlich, materiell zeigt sich eine durch die verschiedene Evidenz der Voraussicht bedingte Variation. Jeder zukünftige Erfolg unserer Handlungen erscheint uns subjektiv nur unter dem Gesichtswinkel einer bestimmten Wahrscheinlichkeit und diese ist einer unendlichen Abstufung fähig; von der Gewißheit bis zur Unmöglichkeit führt eine kontinuierliche Reihe, deren Zwischenstufen wir durch die Bezeichnungen: „sehr wahrscheinlich“ — „wahrscheinlich“ — „möglich“ — „unwahrscheinlich“ nur in höchst unvollkommener Weise abteilen können.

Für die soziale Bewertung der hierher gehörigen Handlungen ist diese materielle Seite entscheidend. Wer da wußte, daß aus seiner Handlung der Tod eines Dritten zweifellos erfolgen werde, und diese Handlung dennoch vornahm, der ist dadurch charakterisiert als ein Mensch, der bereit ist, antisoziale Handlungen zu setzen, wenn es ihm eben paßt. Er ist nicht minder gefährlich und besserungsbedürftig als derjenige, welcher diesen Erfolg geradezu gewollt hat, und ebenso ist eine nachdrückliche Abschreckung Dritter von gleichen Handlungen am Platze. Mit anderen Worten: der psychologische Tatbestand ist nicht der gleiche, wie bei der Absicht, wohl aber ist die Strafwürdigkeit die gleiche.

In dem Maße nun, wie die Evidenz der Gefahr für das bedrohte Rechtsgut abnimmt, verlieren auch diese Bewertungsmomente Kraft; es ist aus der Handlung nicht jener hohe Grad von Gleichgültigkeit gegen die allgemeinen Interessen erweislich, wie im ersteren Falle; die Repression kann entsprechend geringer sein.

3. Fahrlässigkeit. Der Erfolg ist weder gewollt, noch auch vorausgesehen, hätte aber vorauszugehen und vermieden werden können und sollen: die gemeiniglich sogenannte „unbewußte“ Fahrlässigkeit. Der Staat fordert ein gewisses Mindestmaß von Aufmerksamkeit bei

unseren Handlungen. Fahrlässigkeit liegt nur dann vor, wenn diese normale Aufmerksamkeit unterlassen wurde. Auch innerhalb dieser Gruppe findet sich eine Abstufung. Der schädliche Erfolg kann so nahe, so auf der Hand gelegen sein, daß nur eine völlige Gleichgültigkeit gegen fremde Interessen ihn übersehen ließ. Von hier führt eine kontinuierliche Reihe zu dem Falle, wo eine außergewöhnliche Anspannung der Aufmerksamkeit nötig war, um die drohende Gefahr zu erkennen.

Die gesetzgeberische Verwertung der gewonnenen Resultate denkt sich *Löffler* folgendermaßen:

Die Wissentlichkeit ist in drei Abteilungen zu zerlegen, je nach der Evidenz der Voraussicht. Nun werden drei Stufen der Schuld gebildet: die erste umfaßt die Absicht und die schwersten Formen der Wissentlichkeit; die zweite die mittleren Formen der Wissentlichkeit (Voraussicht des Erfolges als eines wahrscheinlichen); die dritte Schuldstufe umfaßt die leichteren Formen der Wissentlichkeit und die ganze Fahrlässigkeit. Die Strafrahmen haben ausgiebig ineinander überzugreifen, um auch die anderen Strafzumessungsgründe gebührend würdigen zu können.

Wenn auch *Löffler* nach eigener Behauptung seine Theorie nur in Umrissen angedeutet und die detaillierte Durchführung der Fortsetzung seines Buches vorbehalten hat, läßt doch schon die Skizze manches erkennen.

Gleich im vorhinein leuchtet es ein, daß die bei *Löffler* die zweite Schuldart bildende „Wissentlichkeit“ mit der „Voraussicht“ der Vorstellungstheorie im Wesen identisch ist. Während aber die Vorstellungstheorie diese Schuldart, wie wir oben gesehen haben, durch eine begriffliche Scheidewand unter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verteilen bestrebt war, hat *Löffler* in der richtigen Erkenntnis, daß die bewußte Schuld durch eine feste Grenze sich überhaupt nicht zerlegen läßt, sie formal einheitlich belassen und eine dritte selbständige Schuldart aus ihr gemacht. Wir betrachten das als einen Vorzug der Lehre *Löfflers*, und wenn *M. E. Mayer* (S. 170, Anm. 3) die Einwendung erhebt, daß dadurch die Sache überflüssig kompliziert werde und daß die bisherigen zwei Schuldarten vollständig genügen, so müssen wir entgegnen: Selbst wenn durch die Aufopferung der herkömmlichen Zweiteilung der Strafschuld nichts anderes erreicht werden sollte, als einzig und allein die Ausrottung des Eventualvorsatzes, das gebrachte Opfer wäre wahrlich nicht zu groß. Wie bedenklich übrigens diese Zweiteilung der herrschenden Doktrin ist, welche außer Vorsatz und Fahrlässigkeit auch die Absicht anerkennt und noch dazu unter dem Drang des Bedürfnisses des praktischen Rechtslebens an so mancher Stelle, wenigstens in der Gesetzgebung, die Wissentlichkeit verschämt

durchblicken läßt, darauf wird passenden Orts noch hingewiesen werden.

Der weitere von *M. E. Mayer* erhobene Einwand, daß eine Schuldart niemals als Willentlichkeit gekennzeichnet werden kann, weil in dem bloßen Voraussehen nichts Schuldhaftes liegt, scheint uns nicht genug ernsthaft zu sein. Freilich muß zur Voraussicht des Erfolges die Handlung hinzutreten, wenn von Schuld und Strafe die Rede sein soll; aber ebenso könnte man auch den Vorsatz und die Absicht nicht als Schuldarten bezeichnen, da sie erst betätigt Straffälligkeit begründen können.

Das weitere unleugbare Verdienst *Löfflers* beruht darin, daß er den *dolus eventualis*, dessen Bekämpfung sich wie ein roter Faden durch den ganzen folgenden historischen Teil seiner Schrift hindurchzieht, aus der ersten, schwersten Schuldart (seiner „Absicht“) ausschied, und zugleich mit der Voraussicht des Erfolges als eines gewissen, dorthin, wo sie hingehören, nämlich zu der bewußten Schuld, verwies.

Wir wenden aber gegen *Löfflers* System nachstehendes ein:

Zuvörderst die Unbestimmtheit seiner ersten, als Absicht bezeichneten Schuldart. *Löffler* gründet sie auf den Willensbegriff, welchen er nicht definiert, sondern nur erklärt, und zwar, wie wir sahen — wir haben in dieser Beziehung wörtlich zitiert — in einer ziemlich nebelhaften Weise. Denn ein „Phänomen, welches sich erleben, aber nicht beschreiben läßt“, scheint uns eine etwas unsichere Grundlage für eine ausgeprägte Schuldart zu sein. Auch fällt es da schwer zu beurteilen, ob es richtig ist, was *Löffler* behauptet, daß nämlich der von ihm vertretene Willensbegriff ebensowohl der volkstümlichen Auffassung, als auch dem gegenwärtigen Stande der Psychologie entspricht.

Nur gewisse negative Anhaltspunkte bietet *Löfflers* Deduktion zur näheren Bestimmung seines Willensbegriffes, nämlich:

1. Daß unter dem „Wollen“ nicht die der Körperbewegung vorangehende Innervation gemeint ist. *Löffler* bezieht nämlich den Willen, in diesem Punkte in Übereinstimmung mit der Willentheorie, auch auf den Erfolg und bekämpft an anderer Stelle (232 f.) in einer scharfen, wenn auch nur an die Adresse *Bekkers* gerichteten Philippika die gegenteilige Ansicht der Anhänger der Vorstellungstheorie.

2. Daß das Wollen nicht ein bloßes Wünschen ist, von dem es sich durch ein mitlaufendes Machtbewußtsein unterscheidet.

3. Daß Wille und Wunsch in bezug auf einen und denselben Erfolg niemals in Gegensatz treten können, sodaß durch ein konträres Wünschen der Wille offenbar ausgeschlossen wird.

Ob diese negative Bestimmung des Willensbegriffes ausreicht, ist wohl unschwer zu beurteilen.

Löffler schließt aus seiner eben durch den von ihm vertretenen Willensbegriff charakterisierten ersten Schuldart, der Absicht, ausdrücklich eine Beziehung auf die Zwecke der Handlung aus; ihm genügt, daß der Erfolg „gewollt“ ist, zu welchem Zwecke, ist ihm gleichgültig. Dadurch begibt sich aber *Löffler* des meines Erachtens wichtigsten, wenn nicht einzigen Kennzeichens, welches dieser schwersten Schuldart eine bestimmte, charakteristische Färbung geben kann.

Es hat darnach den Anschein, daß auch gewisse nicht bezweckte — also im Sinne der herrschenden Theorie nicht beabsichtigte — Erfolge nach *Löffler* unter gewissen Voraussetzungen zur Absicht zuzurechnen sind, daß somit sein Willensbegriff weiter reicht als der Begriff des Zwecks, und daß daher „gewollte Erfolge“ ein weiterer Begriff sind als „bezweckte Erfolge“. Jedenfalls ist also *Löfflers* Absichtsbegriff noch einer besseren Beleuchtung und genaueren Präzisierung bedürftig.

Ferner scheint uns die Art, wie sich *Löffler* die gesetzgeberische Verwertung seiner Theorie vorstellt, nicht unbedenklich zu sein. Wie wir gesehen haben, will *Löffler* aus der Willentlichkeit, mithin seiner zweiten Schuldart, die Voraussicht der Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des Erfolges herausnehmen und daraus eine selbständige mittlere Schuldstufe bilden, während er die schwereren Fälle der Willentlichkeit, also etwa die Voraussicht der Notwendigkeit mit der „Absicht“ in eine erste, und die leichteren Fälle der Willentlichkeit, also offenbar die Voraussicht der bloßen Möglichkeit zugleich mit der (unbewußten) Fahrlässigkeit in eine dritte Schuldstufe vereinigen will.

Dadurch zersplittert *Löffler* augenscheinlich, wenn auch nur formell, die Einheitlichkeit seiner Schuldarten. Ebenso wäre bloß formeller Natur die Frage, ob in der Gesetzgebung mit Begriffen wie: erste, zweite, dritte Schuldstufe, gearbeitet werden kann, da es ja gewiss nicht schwer fiele, für diese Schuldstufen passende Namen zu finden und die gewählten Benennungen zu definieren.

Aber, wie *Löffler* selbst zugibt, eignen sich die Bezeichnungen: „wahrscheinlich“, „möglich“ u. a. nicht zu einer genauen Abgrenzung bestimmter Grade der Voraussicht, zur Schaffung von gewissen Fächern in dieser ununterbrochenen, allmählich abnehmenden Reihe von Schattierungen der bezeichneten psychischen Tätigkeit. Das würde aber eine bedenkliche Unsicherheit der Grenzen zwischen *Löfflers* zweiter Schuldstufe (Voraussicht der Wahrscheinlichkeit) und den beiden anderen Schuldstufen zur Folge haben.

Dessen ist sich allerdings auch *Löffler* selbst gut bewußt und schlägt eben mit Rücksicht darauf ausgiebig ineinander übergreifende

Strafrahmen für die einzelnen Schuldstufen vor. Dann wäre nach seiner Ansicht die gedachte Unbestimmtheit der Grenzen der einzelnen Schuldstufen sogar von Vorteil, da sie die Subsumption zweifelhafter Grenzfälle erleichtern, die bedenklichen Folgen der Beweisschwierigkeit erheblich abschwächen und dem Richter gestatten würde, jedem einzelnen Falle ganz gerecht zu werden.

Das wäre zwar richtig, aber wohl nur unter der vom positiv-rechtlichen Standpunkte kaum denkbaren Voraussetzung, daß das Gesetz in jedem Falle alle drei Schuldstufen unter Strafe stellt. Sobald wir aber hinsichtlich eines bestimmten Tatbestandes nur die erste oder nur die erste und zweite Schuldstufe als straffällig erklären — und dem wird der Gesetzgeber gewiß nicht ausweichen können — wird die frühere Grenze zwischen größerer oder geringerer Strafbarkeit zur Grenze zwischen Straffälligkeit und Strafflosigkeit, zwischen Schuld und Unschuld, und die Flüssigkeit dieser Grenze, welche dort als unschädlich, ja als vorteilhaft erklärt wurde, wird hier geradezu verhängnisvoll. Denn es gibt keine gefährlichere Waffe als ein Strafgesetz, das die Grenzen der Strafschuld, die Tragweite der einzelnen Strafnormen nur in nebelhafter Weise andeuten würde.

Und weiter. Wie wenn es sich als notwendig herausstellen sollte, bei gewissen Delikten die Strafbarkeit nach *Löfflers* ursprünglichen Schuldarten (Absicht, Wissentlichkeit, Fahrlässigkeit) abzugrenzen? Wir glauben, daß diese Notwendigkeit tatsächlich eintreten würde, beispielsweise gleich bei jenen Delikten — wir könnten sie Absichtsdelikte nennen — welche schon nach geltendem Rechte eine bestimmte Absicht voraussetzen. Dem würde freilich vom Standpunkte der Theorie *Löfflers* grundsätzlich gar nichts entgegenstehen. Aber dann könnte man sich kaum des Vorwurfes einer gewissen Inkonsequenz erwehren: warum wird in solchen Fällen nicht die ganze Schuldstufe, mithin nicht auch jenes Plus geahndet, welches doch nach der vom Gesetzgeber selbst akzeptierten Ansicht grundsätzlich gleich strafbar ist? Und die weitere bedenkliche Konsequenz wäre die, daß wir dann nicht mehr nur drei, sondern tatsächlich vier, fünf, ja sechs Schuldstufen hätten, also eine wenig erquickende Perspektive.

Doch was mag — diese Frage drängt sich hier wohl von selbst auf — *Löffler* dazu bewogen haben, daß er seine mittlere Schuldart, die Wissentlichkeit, auf drei Teile zerreißen will? Meines Erachtens nichts anderes, als was die Vorstellungstheorie dazu vermocht hat, daß sie es nicht wagte, ihre Grundidee konsequent durchzuführen, sondern daß sie die bewußte Schuld zu zerlegen und einen Teil mit dem Vorsatze, den anderen mit der Fahrlässigkeit zu vereinigen suchte. Der Beweggrund liegt, glaube ich, in beiden Fällen in dem Bewußtsein, daß

die schwersten Fälle der bewußten Schuld mit den leichtesten Fällen dieser Schuldform sich unter einen Strafsatz nicht gut bringen lassen, daß das obere und das untere Ende der bewußten Schuld zu weit voneinander entfernt sind, als daß es möglich wäre, sie unter eine einzige Strafnorm zu zwingen.

Und der Urquell dieses Bewußtseins entspringt offenbar der schon bei *Bekker* gefundenen Erkenntnis, daß die untere Grenze der bewußten Schuld völlig unbestimmt, nebelhaft ist; daß als bewußt verschuldet auch Fälle geahndet werden müßten, in welchen die vorausgesehene Möglichkeit des Eintrittes des schädlichen Erfolges ganz unbedeutend war, und daß es freilich schwer fällt, solche Handlungen mit jenen in einen Korb zu werfen, bei denen der Täter wußte, daß die Verletzung zweifellos eintreten muß.

Diese Achillesferse hat auch *Löffler* herausgeföhlt:

„Und so kann“ — sagt er (S. 7 f.) wörtlich — „die Verletzungswahrscheinlichkeit eine so geringe werden, daß das Recht selbst es gestattet, sie wissentlich zu vernachlässigen. Wer ein Bergwerk betreibt, wissend, daß der Betrieb trotz aller aufgebotenen Vorsicht Tötungen im Gefolge haben kann, begeht kein Verbrechen.“

Und in der Anmerkung setzt er hinzu:

„Der Staat wird solche Handlungen gestatten, wenn das Interesse an ihrer Vornahme größer ist, als das entgegenstehende Risiko . . . Verschwindend geringe Wahrscheinlichkeiten kann man auch ohne ausdrückliche Gestattung vernachlässigen.“

Wer würde da nicht an *Bekkers* „guten und getreuen Staatsbürger“ denken? Wir werden sehen, daß sowohl *Bekker* als auch *Löffler* auf guter Spur waren, jedoch unterlassen haben, sie weiter zu verfolgen.

Jedenfalls betrachten wir eine genaue Bestimmung jenes geringsten Grades der Möglichkeit des Eintrittes eines Erfolges, deren Voraussicht noch eine strafbare Verschuldung begründen kann, mithin die Präzisierung eines Minimums der bewußten Schuld als unumgänglich notwendig, wenn es ermöglicht werden soll, die Einheitlichkeit dieser Schuldform in der Gesetzgebung zu wahren. Eine solche Bestimmung des Mindestmaßes der bewußten Schuld möchte zweifellos zu einer Annäherung der beiden Endpunkte dieser Schuldform wesentlich beitragen und es würde dann die Notwendigkeit entfallen, diese Schuldform im Gesetze zu teilen.

Namentlich würde es dann nicht nötig sein, die schwersten Fälle der bewußten Schuld nach dem Vorschlage *Löfflers* mit der Absicht zu vereinigen. Uns scheint ohnedies diese Vereinigung nicht zweckentsprechend zu sein. Zuvörderst schon aus dem mehr prak-

tischen Grunde, weil die einschlägigen Fälle nicht eben häufig sind. Offenbar sind darunter solche Fälle gemeint, wo der Täter die Notwendigkeit des Erfolges voraussah.

Aus dieser Gruppe scheiden aber zuvor jene Fälle aus, in welchen der Täter den als notwendig vorausgesehenen Erfolg bezweckte, beabsichtigte oder (um mit *Löffler* zu sprechen) „wollte“; denn diese fallen schon begrifflich unter die erste von *Löffler* als „Absicht“ bezeichnete Schuldart. Hierher gehören namentlich auch jene Fälle, wo der rechtswidrige Erfolg nur eine Etappe am Wege zu dem eigentlichen, dem Endzwecke war; denn auch ein solcher „Zwischenzweck“ ist zweifellos beabsichtigt.

Andererseits müssen auch solche Fälle ausgeschieden werden, wo der Gefühlswert des eigentlichen, beabsichtigten Zweckes für den Täter so bedeutend, mit anderen Worten das Motiv seiner Handlung so stark ist, daß der nicht beabsichtigte rechtswidrige Erfolg, selbst wenn er unausweichlich zu sein scheint, in der Seele des Täters vollständig zurücktritt, daß er — ich möchte sagen — nicht nur aus dem Blickpunkte, sondern auch aus dem ganzen Blickfelde der Psyche des Täters vollständig verdrängt wird.

Wer in der heftigsten Gemütsbewegung in Tötungsabsicht auf seinen Todfeind durch ein geschlossenes Fenster schießt, wird kaum daran gedacht haben, daß er dabei das Fensterglas zertrümmern und auch die Kleidung seines Opfers beschädigen wird, wenn es auch den Anschein hat, daß er diese Erfolge als notwendig voraussehen mußte. Richtig ist nur soviel, daß er sie als notwendig hätte voraussehen müssen, wenn er mit der Möglichkeit ihres Eintrittes sich überhaupt befaßt haben würde. Aber der Gedanke an die Ermordung seines Todfeindes hat seine ganze Seele derart okkupiert, daß alle anderen, verhältnismäßig unbedeutenden, wenn auch notwendigen Folgen seiner Handlung ihm gar nicht in den Sinn gekommen sind. Es ist daher richtig, wenn die Praxis in solchen Fällen — wohl mehr instinktiv, als sich der Rechtsgründe bewußt — nebst dem Morde nicht auch die vorsätzliche Sachbeschädigung verfolgt, obzwar die Voraussicht der Beschädigung als einer notwendigen sonst zu dem letzteren Delikte als hinreichend angesehen wird.

Und weiter. Es ist eine bekannte psychologische Erscheinung, daß der Mensch gern glaubt, was er wünscht, und ist es daher auch leicht begreiflich, wenn umgekehrt wieder jener, der einen bestimmten schädlichen Erfolg nicht wünscht, sei es auch nur aus Furcht vor Strafe, diesen Erfolg nicht leicht als notwendig betrachten, sondern immer eher glauben wird, ihn doch irgendwie vermeiden zu können, und zwar selbst in solchen Fällen, in denen der Unbefangene diese Möglichkeit ausschließen würde.

Freilich legen wir vom Standpunkte der Strafwürdigkeit, wie schon oben gesagt worden, auf solche durch den Wunsch gefärbte Urteile kein großes Gewicht. Auch wollen wir damit nur soviel dartun, daß die Voraussicht des nicht begehrten, nicht beabsichtigten, ja vielleicht gefürchteten Erfolges als eines notwendigen, ein nicht eben häufiger Fall ist. Daß er psychologisch möglich ist, soll durchaus nicht in Abrede gestellt werden.

Zwischen einem solchen Falle und dem Beabsichtigen des rechtswidrigen Erfolges besteht aber ein grundsätzlicher, für die Frage der Strafbarkeit ungemein wichtiger Unterschied, welcher meines Erachtens nicht genügend berücksichtigt zu werden pflegt.

Wer voraussieht, daß seine Handlung zweifellos eine nicht beabsichtigte Verletzung eines Rechtsgutes herbeiführen wird, und die Handlung dennoch selbstverständlich zu einem anderen (angestrebten) Zwecke vornimmt, der bekundet gewiß einen hohen Grad von Gleichgültigkeit gegen fremde Rechtsgüter, eine starke verbrecherische Energie, niemals aber in einem solchen Maße, wie derjenige, welcher dieselbe Verletzung zum Zweck seiner Handlung gemacht hat, welcher mithin eben deswegen handelt, um den rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen.

Die Handlung des ersteren gefährdet nur darum ein bestimmtes Rechtsgut, weil die ungestörte Existenz dieses Rechtsgutes zufälligerweise mit jenem, dem Täter vorschwebenden, sonst vielleicht ganz harmlosen Zwecke im Widerspruch steht, weil das Rechtsgut zufällig, um bildlich zu reden, in der Richtung des vom Täter geführten Hiebes liegt. Wenn das nicht wäre, würde das fremde Rechtsgut unbeachtet, unverletzt bleiben.

Ganz anders verhält es sich, wenn der Täter die Verletzung beabsichtigte. Hier richtet er direkt und zielbewußt seinen Angriff gegen das fremde Rechtsgut, und zwar auch dann, wenn ihm dessen Verletzung nur ein Zwischenzweck zur Erreichung eines weiteren Zweckes (des Endzweckes) ist; er sucht das Rechtsgut zu diesem Behufe, wenn nötig, auf, und wenn ihm das Unternehmen nicht auf den ersten Sprung gelingt, entschließt er sich leicht zur Wiederholung des Angriffes. Seine Verbrecherenergie ist daher offenbar unverhältnismäßig höher, sein Widerstand gegen die soziale Ordnung weit zäher, seine Gefährlichkeit für Rechtsgüter und mithin auch seine Strafbarkeit — bei sonst gleichen Umständen — viel größer als bei demjenigen, welcher den rechtswidrigen Erfolg zwar als notwendig voraussah, ihn jedoch nicht bezweckte.

Aus diesen Gründen betrachten wir die Vereinigung der schwereren Formen der bewußten Schuld mit der Absicht nicht nur nicht als notwendig, sondern geradezu als verfehlt.

Hiermit schließen wir unsere Besprechung der von *Löffler* skizzierten Lehre, indem wir es als geboten betrachten, die in Aussicht gestellte Detaildurchführung abzuwarten. Denn erst dann wird es möglich sein, zu beurteilen, wie er sich die Verwertung seiner Theorie in mancher wichtigen Richtung denkt, so namentlich betreffs der Gefährungsdelikte und der Erfolgshaftung.

Unsere kritischen Bemerkungen bezweckten durchaus nicht, dem inneren Werte der *Löffler'schen* Theorie nahezutreten, zumal wir ja selbst auf, wie wir glauben, selbständigem Wege, zu in gewissem Maße übereinstimmenden Ergebnissen gelangt sind, und zwar — was wir zumindest pro foro interno besonders schätzen — zu einer Zeit, als wir uns mit der Schrift *Löfflers* noch nicht bekannt gemacht haben.

§ 6.

Die Motivtheorie.

Daß den Beweggründen (Motiven) der menschlichen Handlungen bei Beurteilung ihrer Strafbarkeit eine weitgehende Bedeutung zukommt, ist für die Strafrechtswissenschaft längst kein Geheimnis mehr. Wir sehen, daß namentlich *Feuerbach* dem Motive die eingehendste Aufmerksamkeit schenkt und dasselbe als Strafbarkeitskriterium auszunützen sucht. Namentlich erscheint ihm aber die Strafe selbst, beziehungsweise die Strafdrohung, in ihrer Wirkung als ein Gegenmotiv gesetzwidriger Handlungen¹⁾.

Aber ebenso wie *Feuerbach* betrachtet auch der größte Teil jener Kriminalisten, die nach ihm mit dem Motive sich beschäftigten²⁾, das Motiv nur als ein Element, welches unter gewissen Voraussetzungen die Größe der Strafe stark zu beeinflussen vermag. Erst in neuerer Zeit kommen sporadische Versuche vor, den gedachten Begriff als konstruktives Element für die Lehre von den Schuldformen zu verwerten.

Abgesehen von der häufigen Anwendung des Motivbegriffes zur Charakterisierung der Absicht, welche gemeiniglich nur als eine Abart des Dolus und mithin nicht als selbständige Schuldform betrachtet wird, verdient in der erwähnten Beziehung namentlich der Versuch *Büngers* (Z. 6. Bd. S. 291 f. bes. S. 339) erwähnt zu werden, der in der Definition des Vorsatzes als „des verbrecherischen Willens, welcher das in der Vorstellung des zu erwartenden Eintrittes des rechtsver-

1) Vgl. bes. Lehrbuch 13. Aufl. § 118 f., Revision I, 44 f. II, 372 f.

2) Die wichtigsten Abhandlungen über den Begriff des Motivs führt *M. E. Mayer* S. 40 Anm. 2 an; vgl. dazu *Lilienthal* Z. 10. Bd. S. 440 f. und *Thomsen*, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs (1902).

letzenden Erfolges liegende sittliche Gegenmotiv handelnd überwindet“, gipfelt.

Weiter wäre *Hagen* (Z. 19. Bd. S. 159 f.) anzuführen, nach dessen Ansicht die Grundform der Strafschuld, der Vorsatz, dadurch charakterisiert ist, daß das Gefühl, welches das (ausschließende) Willensmotiv bildet, den Sieg über das Gegenmotiv des Rechtsgefühls davongetragen hat (Gefühlsschuld).

Hier bildet jedoch das Motiv nur ein Hilfselement, namentlich zufolge der Auffassung *Hagens* neben der Vorstellung des Erfolges und der Vorstellung der Rechtswidrigkeit desselben, wodurch das Motiv stark in den Hintergrund verdrängt wird.

Eine ganze Lehre von der schuldhaften Handlung hat auf dem Begriffe des Motivs erst in der neuesten Zeit *M. E. Mayer*³⁾ gegründet und konsequent aufgeführt. Erst diese Theorie verdient meines Erachtens mit vollem Recht den Namen einer Motivtheorie.

Die Grundgedanken dieser unleugbar hochinteressanten, mit großem Scharfsinn durchgeführten Lehre sind folgende:

Diejenigen Vorgänge des Bewußtseins, durch welche wir uns in Tätigkeit setzen, sind Willensakte und der Inbegriff derselben kann als Wille bezeichnet werden. Der Wille bezieht sich nur auf die Körperbewegung (Handlung), nicht auf den Erfolg, denn nur die Körperbewegung ist Produkt unserer Tätigkeit, während der Erfolg auch von anderen Faktoren abhängt, mithin unserer Herrschaft entrückt ist. (S. 28 f.)

Schuldhaftige Handlung ist eine pflichtwidrige Willensbetätigung, welche einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat. (S. 106.) Die Willensbetätigung ist ein Produkt aus dem Charakter des Täters und den Motiven seiner Tat. Da nun der Charakter bei jeder Tat gleich bleibt, bleiben nur die Motive für die nähere Qualifizierung der einzelnen Willensbetätigungen übrig. In dem Motive zeigt sich am besten die Ursache, welche den Täter zu der Verneinung der Rechtsordnung bewogen hat und daher auch der Grad seines Verschuldens. Deswegen lassen sich die Motive mit Vorteil zu der Bestimmung und Abgrenzung der Schuldformen verwenden (S. 14 f., 141 f.).

Unter Motiv wird die in dem Menschen liegende Ursache seiner Willensbetätigung verstanden. In der Sprache werden als Motive bezeichnet entweder:

1. die auf den Willen einwirkenden Vorstellungen oder
2. die diese Vorstellungen begleitenden Gefühle der Lust oder Unlust (wie Furcht, Mitleid, Bestürzung), oder endlich:

3) Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901. Vgl. die Besprechungen dieser Schrift im Sbornik věd právnických a státních II, 196 f. und Z. 23. Bd. S. 304 f.

3. Eigenschaften des Charakters (z. B. Gewinnsucht, Ehrgeiz, Heftigkeit).

Der unter Z. 3 bezeichnete Sinn ist abzulehnen, weil der Charakter allein den Willen niemals in Bewegung setzen kann, sondern eben nur mit der Hilfe der Motive. Dagegen ist es richtig, das Motiv als eine Vorstellung zu definieren, die auf den Willen einwirkt. Auf den Willen einwirken, und daher Motiv sein, kann aber nur eine Vorstellung, die zugleich eine Veränderung des Vorgestellten (in positivem oder negativem Sinne) ist.

Die Ursache aber, warum eine Vorstellung auf den Willen einwirkt, also Motiv wird, ist das die Vorstellung begleitende Gefühl. Es hat daher einen sehr guten Sinn, Gefühle als Beweggründe von Handlungen anzugeben, wie es in der Sprache des täglichen Lebens fort und fort geschieht. Das Gefühl als derjenige Bestandteil der Vorstellung, welchem wir Initiative zuschreiben, wird hier als Träger der Ursächlichkeit an Stelle der Vorstellung hervorgehoben. *Mayer* selbst aber legt auf die logische Struktur des Motivs Gewicht und bezeichnet als Motive konsequent die Vorstellungen, welche auf den Willen einwirken oder ihn bestimmen und dadurch in Bewegung setzen (Beweggründe) (S. 40 f.).

Darnach, ob und in welchem Maße die Vorstellungen die Handlung fördern oder hindern, lassen sich die Motive in vier Gruppen teilen:

1. Hauptmotive, d. h. Vorstellungen, welche die in Aussicht genommene Handlung entscheidend fördern und daher endgültig herbeiführen.

2. Gegenmotive, d. h. Vorstellungen, welche die in Aussicht genommene Handlung entscheidend hindern und daher endgültig nicht zustande kommen lassen.

3. Positive Motive, d. h. Vorstellungen, welche die in Aussicht genommene Handlung fördern, ohne sie an und für sich herbeiführen zu können.

4. Negative Motive, d. h. Vorstellungen, welche die in Aussicht genommene Handlung hindern, ohne sie an und für sich endgültig unterdrücken zu können (S. 55 f.).

Unter den verschiedenen Vorstellungen, welche Motiv der Handlung sein können, die wichtigste ist die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg, welche in ihrer Eigenschaft als Motiv der pflichtwidrigen Handlung zur Charakterisierung und Abgrenzung der einzelnen Schuldformen geeignet ist (S. 143 f.). Ein gemeinsames Merkmal aller schuldhaften Handlungen besteht darin, daß die V. v. r. E. (= Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg) nicht Gegenmotiv der Handlung geworden ist, obwohl sie es hätte werden sollen und können. Nach den Gründen aber,

warum dies nicht der Fall war, unterscheiden sich die einzelnen Schuldformen:

1. Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv geworden, weil sie überhaupt nicht vorhanden war (unbewußte Fahrlässigkeit).

2. Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv geworden, weil sie Hauptmotiv gewesen ist, die Handlung zu begehen (direkter Vorsatz).

3. Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv geworden, weil die Vorstellung vom Nichteintritt des Erfolges für den Täter positiver Motor, d. h. ein Grund mehr gewesen ist, die Handlung vorzunehmen (bewußte Fahrlässigkeit).

4. Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv geworden, weil sie kein Motiv gewesen ist, die Handlung zu unterlassen (indirekter Vorsatz), sei es:

a) daß diese Vorstellung, ob zwar sie vorhanden war, überhaupt kein Motiv gewesen ist (Gleichgültigkeit gegen den Erfolg), sei es:

b) daß sie positiver Motor, d. h. ein Grund mehr gewesen ist, die Handlung vorzunehmen.

Die Summe des 1. und 3. Falles gibt die Definition der Fahrlässigkeit, die Summe des 2. und 3. Falles die Definition des Vorsatzes.

Diese selbstredend nur in den Hauptzügen skizzierte Wiedergabe der Theorie *Mayers* dürfte vielleicht genügen, um ihr Wesen kennen zu lernen und zugleich auch den Scharfsinn, mit welchem sie unter Zugrundelegung des Motivbegriffes aufgeführt wurde, würdigen zu können. Freilich die Schattenseiten einer solchen Konstruktion, welche alles in den engen Rahmen eines schon im vorhinein bestimmten Prinzips zu pressen sucht, zeigen sich auf den ersten Blick auch hier, nämlich ein gewisses gezwungenes, geschraubtes Wesen der einzelnen Teile des Baues und infolgedessen auch eine förmlich beängstigende Kompliziertheit des Ganzen, welche es zu einer nichtsweniger als geeigneten Grundlage sowohl für die Arbeit des Gesetzgebers als auch für die Tätigkeit des Richters stempelt.

Wir möchten gerne sehen, was der Gesetzgeber oder der Richter mit *Mayers* Theorie anfangen würde, wenn er auf sie als Handhabe für die *lex ferenda* beziehungsweise für die Lösung von wirklichen Fällen angewiesen wäre. Es würde ihm wohl nichts anderes übrig bleiben, als das schimmernde Rüstzeug des psychologischen Systems, wodurch hier die Ideen in eine künstliche Stellung zusammengeschnürt sind, wieder herabzunehmen, um ihren wahren Charakter zu erkennen, ihren vielleicht ganz einfachen Kern zu enthüllen. „Die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg ist nicht Gegenmotiv der Handlung geworden, weil sie überhaupt nicht vorhanden war“ (Fall Z. 1: unbewußte Fahrlässigkeit) bedeutet, ins Juristische übersetzt, soviel, als daß der Täter die Handlung ohne Voraussicht (Vorstellung) des rechtswidrigen

Erfolges vorgenommen hat. Eine überhaupt nicht vorhandene Vorstellung konnte selbstverständlich auch nicht Gegenmotiv der Handlung sein.

Ein Motiv, die Handlung zu unterlassen, ist, wenn wir richtig verstanden haben, nichts anderes als ein Gegenmotiv der Handlung, weshalb die Definition des indirekten Vorsatzes: „Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv geworden, weil sie kein Motiv gewesen ist, die Handlung zu unterlassen“ (Fall Z. 4) soviel besagen will, wie: „Die V. v. r. E. ist nicht Gegenmotiv der Handlung geworden, weil sie kein Gegenmotiv der Handlung gewesen ist“, was eine aufliegende Tautologie ist. Wir sagen einfach: Der Täter hat gehandelt, obgleich er den rechtswidrigen Erfolg sich vorstellte (bewußte Schuld). Freilich würde dann das Motiv gänzlich verloren gehen und mithin auch das konstruktive Element des *Mayer'schen* Systems. Wir möchten auch aus diesen Bemerkungen nicht etwa die sachliche Unrichtigkeit der Konstruktion *Mayers* deduzieren wollen.

Auffallend ist allerdings, daß die von *Mayer* als Hauptelement seiner Theorie erklärte V. v. r. E., ihm plötzlich unter den Händen in die Vorstellung vom Nichteintritt des Erfolges sich verändert. Vorausgesetzt also, daß die V. v. r. E. nichts anderes bedeutet als die Vorstellung vom Eintritt des Erfolges, worüber wohl kein Zweifel bestehen kann, schlägt diese Vorstellung in ihr wahres Gegenteil um. Das läßt aber erkennen, daß die Vorstellungen, mit welchen *Mayer* operiert, im Grunde genommen gar nicht so einfache Vorstellungen sind, wie z. B. die Vorstellung eines getöteten Menschen, eines zerschlagenen Fensters u. a. m., sondern daß wir es hier mit ganzen Syllogismen zu tun haben, deren eine Prämisse die Erfahrung des Täters, daß aus einem bestimmten Tun ein bestimmter Erfolg zu entstehen pflegt und die zweite die Vorstellung der beabsichtigten Tat ist. Zum Beispiel:

Obersatz: Ich weiß aus Erfahrung, daß ein Stich ins Herz den Tod des Menschen zur Folge zu haben pflegt.

Untersatz: Ich werde den A ins Herz stechen.

Schluß: Durch diesen Stich werde ich den Tod des A verursachen.

Wir sehen, daß diese „Vorstellungen“ von dem Eintritte oder Nichteintritte des rechtswidrigen Erfolges nichts anderes sind als *Liszts* „assertorische Urteile“, von denen oben die Rede war.

Nun ist aber seinesorts bereits erwähnt worden, daß das Urteil: „Der Erfolg wird eintreten“, hinsichtlich seiner Bestimmtheit einer Abstufung fähig ist, namentlich der Gradation: „Der Erfolg muß eintreten“ und der Abschwächung: „Der Erfolg kann eintreten“. *Mayer* läßt diese Eventualitäten beiseite, dies in einer Polemik gegen *Frank* als einen Vorzug seiner Theorie erklärend (S. 172f.). Damit könnten

wir von unserem Standpunkte schließlich übereinstimmen, möchten aber doch die Frage beantwortet zu sehen wünschen, welche minimale Möglichkeit des Eintrittes des rechtswidrigen Erfolges vorgestellt sein muß, um noch von der V. v. r. E. sprechen zu können, mit anderen Worten: wo die V. v. r. E. endigt und wo die Vorstellung vom Nichteintritt dieses Erfolges beginnt.

Aber das wichtigste Kriterium für die Würdigung der Theorie *Mayers* bildet offenbar die Frage, ob der Begriff des Motivs überhaupt ein geeignetes konstruktives Element für die Lehre von den Schuldformen ist. Jedenfalls mahnt schon die Unsicherheit dieses Begriffes und die Mannigfaltigkeit der ihm begelegten Bedeutungen zur Vorsicht.

Mayer selbst führt, wie wir gesehen haben, drei verschiedene Bedeutungen dieses Wortes an, und zwar: Vorstellung, Gefühl und Charaktereigenschaft, wozu wir mit *Liszt* (Z. 16. Bd., S. 477f.) und *Lilienthal* (Z. 20. Bd., S. 440f.) noch eine vierte Auffassung des Motivs, nämlich als des durch die Vorstellung erregten Triebes hinzufügen möchten.

Ob nur die Wahl *Mayers* (Motiv = Vorstellung) gerade die beste ist? Jedenfalls setzt sich damit *Mayer* in Widerspruch mit der Sprache des täglichen Lebens, welche unter Motiven Gefühle, Triebe oder Charaktereigenschaften versteht. Nun halten wir zwar jeden solchen Konflikt mit der volkstümlichen Ausdrucksweise für bedenklich, und wenn er überflüssig heraufbeschworen wurde, geradezu für unverzeihlich. Doch sind wir uns dessen gut bewußt, daß es sich hier nur um die Terminologie, also bloß um die Form handelt. Über Termine soll aber nicht gestritten, sondern eine Einigung angestrebt werden, welche bei gutem Willen in der Regel unschwer zu erzielen sein wird.

Fassen wir daher den Kern der Sache ins Auge. Dieser enthüllt uns am besten das Verhältnis des Motivs im Sinne *Mayers* zu dem Begriffe des Zweckes⁴⁾. Unter Motiv versteht *Mayer*, wie wir gesehen haben, die Vorstellung einer Veränderung, welche auf den Willen einwirkt, ihn in Bewegung setzt. Den Grund aber, warum die Vorstellung der Veränderung auf den Willen einwirkt, sieht *Mayer* in dem die Vorstellung begleitenden Gefühle. Ohne ein solches Gefühl ist die Einwirkung der Vorstellung auf den Willen undenkbar (S. 46). Da-

4) Die Begriffe „Motiv“ und „Zweck“ pflegen häufig verwechselt zu werden. „Motiv der Handlung“ und „Zweck der Handlung“ werden meistens für zwei verschiedene, nur durch die Änderung des Gesichtspunktes bedingte Ausdrücke für eine und dieselbe Sache gehalten. Über das Verhältnis dieser zwei Begriffe vgl. namentlich: *Bekker* I, 283 f., *Berner* 124 f., *Hälschner* I, 193 f., *H. Meyer* 207 f., *Liszt* 150 f., *Binding* II, 74 f., *Lucas* 10, *Lilienthal* Z. 20. Bd. S. 447.

raus folgt, daß nach *Mayer* nur eine solche Vorstellung Motiv sein kann, welche von einem Gefühle der Lust oder Unlust begleitet ist.

Zweck nennt *Mayer* „die in entscheidender Weise den Willen bestimmende Vorstellung, in der die Beziehung auf ein zu veränderndes Äußere völlig klar ist“ (S. 59). Zweck ist daher nach *Mayer* Hauptmotiv. Trotzdem betrachtet er die Begriffe „Zweck“ und „Hauptmotiv“ nicht als identisch. Entscheidend ist ihm der Gesichtspunkt, von welchem man eine Vorstellung betrachtet.

„Die Vorstellung ist Hauptmotiv, wenn ich sie als Agens betrachte, aus dem meine Willensbetätigung hervorgeht, sie ist Zweck, wenn ich sie als psychische Antizipation dessen, was meine Handlung bewirken soll, ansehe. Spreche ich von den Hauptmotiven, so betone ich den ursächlichen Charakter der Vorstellung und kleide den Gedanken in einen durch „Weil“ eingeleiteten Satz. (Er ist vom Turm gesprungen, weil er sich das Leben nehmen wollte.) Spreche ich von den Zwecken, so betone ich die in der Vorstellung vorgenommene, erwartete Wirkung einer Handlung und kleide den Gedanken in einen durch „Um“ eingeleiteten Satz. (Er ist vom Turm gesprungen, um sich das Leben zu nehmen.) Das Weil im ersten Falle ist aber nicht (wie *Ihering* ausführt) ein Um; es ist ein wirkliches Weil, es gibt den Grund, nicht die vorgestellten Folgen an. Und da der Gesichtspunkt, unter dem allein einer Vorstellung das Prädikat Zweck zukommen kann, nicht auf jede Vorstellung anwendbar ist, gibt es Vorstellungen, die zwar Hauptmotiv, nicht aber Zweck einer Handlung sein können. Dies trifft zu für alle Vorstellungen, die etwas anderes als Folgen der Handlung zum Inhalte haben. Es ist daher auf jede Zweckvorstellung der Gesichtspunkt anwendbar, unter dem sie Hauptmotiv ist, nicht aber auf jedes Hauptmotiv derjenige, unter dem sie als Zweck erscheint. Um diesen Unterschied aber nicht zu verwischen, haben wir den Zweck bestimmt als ein Hauptmotiv, in welchem die Beziehung auf ein zu veränderndes Äußere völlig klar ist. Mit andern Worten: das in die Außenwelt projizierte Hauptmotiv ist der Zweck der Handlung“ (S. 61).

Wir gestehen, daß uns in diesen Ausführungen manches nicht zu stimmen scheint.

Erstens: Was sind das für Vorstellungen, welche zwar Motiv (Hauptmotiv), nicht aber Zweck der Handlung sein können? Nach *Mayer* diejenigen Vorstellungen, welche etwas anderes als Folgen der Handlung zum Inhalte haben, also wenn wir richtig verstehen, solche Vorstellungen, welche etwas beinhalten, was nicht Folge einer Handlung sein kann. Folge einer Handlung kann aber jede Veränderung in der Außenwelt sein, selbstverständlich insofern sie im Bereiche der

menschlichen Wirksamkeit liegt, also insoweit von ihr hier überhaupt die Rede sein kann. Daraus würde folgen, daß Zweck der Handlung diejenigen Vorstellungen nicht sein können, welche etwas anderes als eine Veränderung in der Außenwelt zum Inhalte haben⁵⁾. Ob aber nur eine solche Vorstellung überhaupt Motiv sein kann? Nach *Mayer* entschieden nicht, da, wie er ja selbst ausdrücklich sagt, nur die Vorstellung, die eine äußere Veränderung zum Inhalte hat, Motiv werden kann (S. 46). Wir sehen, daß *Mayer* durch seine Behauptung, daß es Vorstellungen gibt, welche Motiv (Hauptmotiv), nicht aber Zweck der Handlung sein können, mit sich selbst in Widerspruch gerät.

Doch weiter. Voraussetzung dafür, daß eine bestimmte Vorstellung auf den Willen einwirken, mithin Motiv sein kann, ist nach *Mayer*, wie wir oben gesehen haben, das die Vorstellung begleitende Gefühl der Lust oder Unlust. Ein solches Gefühl erscheint sonach als ein charakteristisches Merkmal eines jeden Motivs. Wenn also jeder Zweck zugleich Hauptmotiv ist, wie *Mayer* behauptet, würde daraus folgen, daß ein solches begleitendes Gefühl auch ein charakteristisches Merkmal des Zweckes ist, oder mit anderen Worten, daß nur diejenige Vorstellung Zweck sein kann, an welche ein bestimmtes Gefühl, selbstverständlich ein Lustgefühl, sich knüpft. Das widerstreitet aber meines Erachtens sowohl dem Begriffe des Zwecks oder wenigstens der diesem Begriffe gemeinlich beigelegten Bedeutung, als auch den psychologischen Erfahrungen.

Ein gewisses Lustgefühl knüpft sich zweifellos an den Endzweck unseres Handelns, d. h. an eben jene Vorstellung einer Veränderung, welche uns zum Handeln bewog, deren Verwirklichung das Endziel unseres Tuns ist. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß die ganze Reihe von Veränderungen, durch welche die Erreichung jener endlichen Veränderung bedingt ist, unsere Gefühlssphäre unberührt läßt. Desungeachtet sind aber diese „Zwischenveränderungen“, beziehungsweise deren Vorstellungen, im Verhältnisse zu unseren Handlungen (Körperbewegungen), durch die sie hervorgerufen wurden, zweifellos Zwecke.

Das hat auch *Mayer* (S. 63) selbst richtig herausgeföhlt:

„Eine aus mehreren Körperbewegungen zusammengesetzte Handlung ist auf ein Endziel gerichtet; die Vorstellung dieses Endzieles ist der Zweck der Handlung. Die Ziele der einzelnen Körperbewegungen sind die Mittel zu diesem Endzwecke und zugleich die Zwecke der einzelnen Körperbewegungen“.

⁵⁾ Als Veränderungen in der Außenwelt betrachten wir auch Veränderungen in dem inneren, seelischen Zustande einer vom Täter verschiedenen Person, z. B. Furcht, Ärger, Schmerz u. a. m. Auch solche Veränderungen können selbstredend Erfolg bezw. Zweck unserer Handlungen sein.

Freilich ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Vorstellung eines solchen Zwischenzweckes von einem Lustgefühl begleitet sein kann. Der Einbrecher, der eine „einbruchssichere“ Kasse plündern will, wird vielleicht ein Gefühl der Lust schon bei der Vorstellung des gelungenen Aufbrechens der Kasse haben, obgleich der Endzweck seines Tuns selbstverständlich die Aneignung des Inhaltes der Kasse ist. Dieses Lustgefühl hängt hier offenbar mit der Vorstellung des erwarteten, erst zu bezwingenden Widerstandes zusammen. Aber notwendig müssen — und das ist hier entscheidend — solche begleitende Gefühle bei jedem Zwischenzwecke nicht vorkommen. Das springt sofort in die Augen, wenn wir in dem angeführten Beispiele die eiserne Kasse durch eine Papierschachtel ersetzen. Dann wird kaum jemand behaupten wollen, daß bei der bloßen Vorstellung des Durchreißen der Schachtel — ohne daß also etwa die Vorstellung des Inhaltes mitspielen würde — den Dieb ein Lustgefühl ergreift.

Wir halten aber dafür, daß es nicht nur nicht notwendig, sondern geradezu undenkbar ist, daß sich an die Vorstellung jedes, selbst des unbedeutendsten Zwischenerfolges ein Gefühl der Lust knüpfen müßte. Namentlich kann aber nicht etwa behauptet werden, daß das die Vorstellung des Enderfolges begleitende Gefühl immer auch die Vorstellungen der Zwischenerfolge beherrscht. Es können ja ganz verschiedene Gefühle sein. Wer seinen leiblichen Vater ermorden will, um ihn zu beerben, der hat wohl bei der Vorstellung der Erbschaft ein Lustgefühl, bei der Vorstellung aber, daß sein Vater durch seine Hand fallen soll, wird wohl selbst ein moralisch minderwertiges Individuum von einem Gefühle der Unlust, ja vielleicht des Ekels ergriffen.

Doch genug dieser Erwägungen; wollten wir ja damit nur dartun, daß es Zwecke gibt, die nicht von Gefühlen begleitet, die also Vorstellungen sind, welche nicht Motive im Sinne *Mayers* wurden, und daß es daher unrichtig ist, wenn *Mayer* sagt, daß jeder Zweck ein Hauptmotiv ist. Im Gegenteil, mit Rücksicht auf die Ergebnisse unserer Ausführungen behaupten wir, daß jedes Hauptmotiv im Sinne *Mayers*, d. h. jede Vorstellung einer äußeren Veränderung, welche auf den Willen in entscheidender Weise eingewirkt, ihn in Bewegung gesetzt hat, zugleich Zweck der Handlung ist, daß es jedoch Vorstellungen gibt, welche, obwohl sie Zweck waren, dennoch nicht Motive in der von *Mayer* vertretenen Bedeutung geworden sind. Das gilt, wie gesagt, von den Vorstellungen solcher äußeren Veränderungen, welche nur Mittel zur Erreichung des Enderfolges sind. Da jedoch auch der rechtswidrige Erfolg mitunter nur ein Mittel zur Erreichung eines weiteren endlichen Zieles, mithin eine bloße Zwischenveränderung sein kann, liegt es auf der Hand, daß das

konstruktive Element der Theorie *Mayers*, nämlich die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg, eventuell Zweck sein kann, ohne zugleich Motiv zu sein. Das würde aber zu der gewiß bedenklichen Konsequenz führen, daß in solchen Fällen der rechtswidrige Erfolg nach *Mayers* Lehre nicht zum Vorsatze angerechnet werden könnte, obgleich er Zweck der Handlung, also beabsichtigt war, weil seine Vorstellung nicht Motiv geworden ist.

Freilich würde es für *Mayer* vielleicht unschwer sein, auch solche Zwischenerfolge unter seinen Motivbegriff zu bringen. Dann müßte er aber das für diesen charakteristische Merkmal des begleitenden Gefühls fallen lassen, auf das er ein solches Gewicht legt (S. 46, 178). Dann würden aber auch die so aufgefaßten Begriffe „Motiv“ und „Zweck“ sich vollständig decken, mithin würde gegebenenfalls immer eine und dieselbe Vorstellung sowohl Motiv als auch Zweck sein, außer etwa in anderer Weise zur Darstellung gebracht: einmal als Agens (Motor) der Handlung, das andere Mal als ihr Ziel.

Stellt man sich aber auf diesen Standpunkt, dann drängt sich die Frage auf: Wenn uns schon ein im ganzen unbestrittener, unzweifelhafter Begriff — „Zweck“ — zu Gebote steht, warum soll nicht dieser als konstruktives Element verwendet werden? Was hat das für einen Sinn, zu einem anderen, sinnverwandten Ausdrucke zu greifen, und ist es namentlich zweckentsprechend, zu diesem Behufe den weiteren Begriff des Motivs erst (nach dem Beispiele *Mayers*) zu verstümmeln und dann wieder (durch Hinweglassen des Gefühlselementes) derart auszudehnen, daß das, was dabei herauskommt, eben mit dem Begriffe des Zwecks sich decke?

Doch wenden wir uns nun *Mayers* „Motoren“ zu. Motoren nennt *Mayer*, wie wir gesehen haben, solche auf den Willen einwirkenden Vorstellungen, mithin solche Motive, welche an und für sich nicht imstande sind, dem Willen die entscheidende Richtung zu geben, d. h. die Handlung endgültig herbeizuführen oder zu hindern (positive und negative Motoren). Ein Motor setzt daher immer ein Hauptmotiv voraus, sei es ein positives, sei es ein negatives (Gegenmotiv), welches gleichzeitig auf den Willen einwirkt, und zwar in entscheidender Weise; durch den Motor wird diese entscheidende Tätigkeit des Hauptmotivs nur unterstützt.

Mayer verwendet den Begriff des Motors speziell zur Kennzeichnung des indirekten Vorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit. Wenn die V. v. r. E. positiver Motor oder ein Grund mehr war, die Handlung vorzunehmen, liegt indirekter Vorsatz vor; war aber die V. v. r. E. negativer Motor oder — was *Mayer* (S. 153) mit einer gewissen, wohl begreiflichen Schüchternheit als identisch erklärt — die

gegenteilige Vorstellung, d. h. die Vorstellung vom Nichteintritte des rechtswidrigen Erfolges positiver Motor, so haben wir es mit bewußter Fahrlässigkeit zu tun.

Einige Schwierigkeit bereitet hier *Mayer* der oben schon wiederholt behandelte Fall der vollständigen Gleichgültigkeit des Täters gegen den rechtswidrigen Erfolg. Er betrachtet zwar diesen Fall nicht als psychologisch möglich; desungeachtet befaßt er sich mit ihm, um die allseitige Eignung seiner Theorie zu beweisen, und subsumiert die Gleichgültigkeit gegen den rechtswidrigen Erfolg unter den indirekten Vorsatz. Infolgedessen läßt er das allgemeine Kennzeichen dieser Schuldform, nämlich daß die V. v. r. E. positiver Motor war, fallen, und stellt als charakteristisches Merkmal des indirekten Vorsatzes die Tatsache auf, daß die V. v. r. E. nicht Motiv gewesen ist, die Handlung zu unterlassen (S. 156). Dadurch ist er freilich gezwungen, seinen Vorsatzbegriff auch auf Fälle auszudehnen, in welchen die V. v. r. E. auf den Willen überhaupt nicht eingewirkt hat. Infolgedessen unterscheidet sich dann der indirekte Vorsatz von der bewußten Fahrlässigkeit lediglich dadurch, daß bei der bewußten Fahrlässigkeit die Vorstellung vom Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges positiver Motor der Handlung war, bei dem indirekten Vorsatze nicht.

Doch entscheidend ist, wann eine Vorstellung, speziell also auch die Vorstellung vom Eintritt oder Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges, als positiver Motor zu betrachten ist. Nach *Mayer* zweifellos dann, wenn sie den Willen in der die Handlung fördernden Richtung beeinflusst hat. Doch das zu unterscheiden ist nicht so leicht. Ein positiver Motor setzt ja nach *Mayer* ein Hauptmotiv voraus, also ein Motiv, welches schon an und für sich, mithin auch ohne Hilfe des positiven Motors, imstande ist, dem Willen die entscheidende Richtung zu geben. Wie soll man also erkennen, ob nebst dem Hauptmotive noch ein positiver Motor, namentlich die V. v. r. E. den Willen beeinflusst hat?

Da die Einwirkung der Vorstellung auf den Willen durch die die Vorstellung begleitenden Gefühle geschieht, betrachtet *Mayer* die Gefühle als ein untrügliches Zeichen dafür, daß diese Einwirkung wirklich stattgefunden hat. Sind es Lustgefühle, wirkt die Vorstellung auf den Willen selbstredend in der die Handlung fördernden Richtung ein; sind es dagegen Gefühle der Unlust, geschieht diese Einwirkung in der die Handlung hindernden Richtung. So kommen wir zu dem Resultate: Wenn die V. v. r. E. von Lustgefühlen begleitet war, war sie positiver Motor gewesen; wenn sich dagegen an die V. v. r. E. Gefühle der Unlust und daher an die Vorstellung vom Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges Lustgefühle knüpften, war diese letztere (also die gegenseitige) Vorstellung positiver Motor gewesen. Im ersteren Falle liegt indirekter Vorsatz, im letzteren bewußte Fahrlässigkeit vor.

Wie groß müssen aber solche Gefühle mindestens sein, um der Vorstellung die Qualität eines Motors zu geben? Da die Gleichgültigkeit, also ein gänzlicher Mangel an Gefühlen der Lust oder Unlust, bei der V. v. r. E. nach *Mayer* noch zum indirekten Vorsatze gehört, genügt per argumentum a minore auch das geringste Maß von an die V. v. r. E. sich knüpfenden Lustgefühlen dazu, um die Tat als vorsätzlich zu erklären, und umgekehrt, auch das geringste Maß von Lustgefühlen, die bei der Vorstellung vom Nichteintritt des Erfolges entstehen, reicht dazu hin, daß die Tat nur zur Fahrlässigkeit gerechnet werden kann. Das sind wohl zwingende logische Folgerungen aus den Axiomen *Mayers*.

Doch weiter. Wie schon oben erwähnt, betrachtet es *Mayer* als belanglos, in welchem Grade der Täter den Eintritt des rechtswidrigen Erfolges für möglich hielt. Demnach genügt zum Vorsatze wohl auch das Bewußtsein einer ganz geringen Möglichkeit, wenn nur die Vorstellung, daß der Erfolg eintreten könnte, von Lustgefühlen begleitet war, und umgekehrt, das Bewußtsein selbst der höchsten Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des rechtswidrigen Erfolges ist zum Vorsatze unzureichend, wenn an diese Vorstellung Gefühle der Unlust, mithin an die Vorstellung, daß der Erfolg doch nicht eintreten müßte, Lustgefühle sich knüpften.

Der Wildschütz, welcher auf das im Dickicht verborgene Wild schießt und welchem die Möglichkeit vorschwebt, daß in demselben Dickicht auch der verhaßte Heger, den er vor einer Weile in der Nähe gesehen, steckt, handelt, da er bei Vorstellung, daß er durch einen Schuß den Heger töten könnte, begreiflicherweise Lustgefühle hat, mögen diese Lustgefühle und das Bewußtsein der Möglichkeit des Verletzungserfolges noch so gering sein, nach dem Gesagten gegen den Heger vorsätzlich, und wenn der Heger zufälligerweise wirklich in dem Dickicht sich befindet und durch den Schuß getötet wird, ist der Wildschütz der vorsätzlichen Tötung schuldig.

Der Schütze dagegen, der aus Bravour seiner Braut den Apfel vom Kopfe schießt (ein Beispiel *Mayers*, S. 178), wenn er sich auch seiner Unvollkommenheit in der Schießkunst bewußt ist und mithin weiß, wie sehr er seine Braut gefährdet, wird, wenn die Sache schlecht ausfällt, nur wegen einer fahrlässigen Handlung belangt werden, weil die Vorstellung, er könnte seine Braut verletzen, in ihm unzweifelhaft ein Gefühl der Unlust erweckt hat.

Wie man sieht, ist *Mayer* mit seinem Unterscheidungsmerkmale für den direkten Vorsatz und die bewußte Fahrlässigkeit vollständig in das Labyrinth des Eventualdolus der Willens- und Vorstellungstheorie hineingeraten, aus dem ihn der vermeintliche Ariadnefaden seiner Motive und Motore kaum herausführen wird.

Es ist ein immer und immer wiederkehrender, stets gleich falscher Schluß, daß der Wildschütz, welcher nach dem Wilde schießt in dem Bewußtsein, daß er den verhaßten Heger treffen und töten könnte, strafbarer ist als der Kunstschütze, der seiner Braut den Apfel vom Kopfe schießt; obgleich er weiß, daß er dabei das geliebte Mädchen selbst treffen und töten kann, strafbarer deswegen, weil jenem der Tod des Hegers erwünscht, für diesen der Tod der Braut unerwünscht, ja vernichtend ist. Im Gegenteil, wir betrachten den Wildschütz an und für sich als weniger strafbar, weil jener Bravourschütze mehr Pflichten gegen seine Braut und mithin mehr Grund hat, die Gefährdung zu unterlassen, als der Wildschütz gegen den verhaßten Heger. Wir setzen allerdings voraus, daß es nicht Zweck des auf das Wild feuern den Wildschützen war, auch den Heger zu treffen.

Und hier tritt eben der Fehler zutage, den *Mayer* in seiner Lehre von den Motoren begangen hat. Wenn das Hauptmotiv dem Willen schon die entscheidende Richtung gegeben, ihn in der Richtung der Handlung bereits in Bewegung gesetzt hat — und sonst wäre es ja nach *Mayer* kein Hauptmotiv — dann bleibt für die Einwirkung eines anderen Motivs (Nebenmotivs, Motors), namentlich auch für den Einfluß der V. v. r. E. kein Platz mehr übrig. Daß diese Vorstellung dem Hauptmotive (oder wie wir sagen: dem Zwecke) sich zugesellte und daß sie etwa mit Lustgefühlen für den Täter verbunden war, ist ganz belanglos; sein Wille ist bereits durch das Hauptmotiv bestimmt, er hätte gehandelt, und zwar ebenso gehandelt, auch dann, wenn die V. v. r. E. in ihm gar nicht aufgekommen wäre. Die V. v. r. E. kann somit in diesem Falle den Willen des Handelnden überhaupt nicht beeinflussen und da nach *Mayer* Motive nur die auf den Willen einwirkenden Vorstellungen sind, so ist die V. v. r. E. in einem solchen Falle weder Motiv noch Motor.

Daß diese Vorstellung auf den Willen einwirkte und mithin Motiv war, ist anzunehmen:

1. wenn jenes erstere Motiv an und für sich unzureichend war, den Willen zu bestimmen, wenn also erst durch das Hinzutreten der V. v. r. E. der Wille in Bewegung gesetzt worden ist. Der Wildschütz war unschlüssig, ob er auf das ziemlich entfernte Wild schießen sollte; da tauchte in der Nähe des Wildes der Heger auf und die Vorstellung, daß nebst dem Wilde auch der Heger getroffen werden könnte, bewog den Wildschützen zu schießen. Oder:

2. wenn jenes erstere Motiv den Willen zwar schon zum Handeln bestimmt, der Einfluß der V. v. r. E. aber eine Modifikation dieses Entschlusses herbeigeführt hat. Zum Beispiel: der Wildschütz war schon entschlossen auf das Wild mit einer Kugel zu schießen, als das Erscheinen des Hegers in der Nähe des Wildes und der Gedanke, daß

dies eine willkommene Gelegenheit sei, dem Heger ein Angedenken zu geben, den Wildschütz bewog, den anderen mit Schrot geladenen Lauf abzuschließen, weil so mit einem Schuß leicht Wild und Heger getroffen werden könnten.

Es ist einleuchtend, daß in beiden Fällen zu dem ursprünglichen Zwecke (nach *Mayer*: Motive) ein weiterer Zweck hinzugetreten ist, daß in beiden Fällen der Wildschütz sowohl das Wild als auch den Heger zu treffen bezweckte. Dabei ist es ganz gleichgültig, welcher von den beiden Zwecken ihm früher vorschwebte. Ebenso ist es belanglos, ob der Täter auf die Erreichung des einen Zweckes größeres Gewicht legt, als auf die Erreichung des andern, wenn also einer ihm Hauptzweck (primärer Zweck), der andere nur Nebenzweck (Eventualzweck) war. Auch ist es gleichgültig, ob er beide Zwecke zugleich, oder nur einen erreichen kann (alternativer Zweck). Entscheidend ist immer nur, daß die Vorstellungen beider Erfolge auf seinen Willen eingewirkt, ihn in Bewegung gesetzt haben.

Wir kommen also zu nachstehendem Ergebnisse:

Wenn von zwei (oder was dasselbe ist, von mehreren) vorgestellten Erfolgen einer rechtswidrig ist, kann die Vorstellung dieses rechtswidrigen Erfolges nur dann als Zweck (Motiv) der Handlung betrachtet werden, wenn diese Vorstellung auf den Willen des Täters eingewirkt hat, mithin wenn der Täter mangels dieser Vorstellung entweder:

- a) die Handlung überhaupt nicht vorgenommen oder
- b) sie anders ausgeführt hätte, als er sie eben ausgeführt hat.

Wir glauben, daß gerade vom Standpunkte der (auch von *Mayer* vertretenen) deterministischen Lehre, welche das Kausalitätsgesetz auch auf den Willen bezieht, die hier gewonnenen Ergebnisse als zwingend erscheinen; denn nur in den angeführten Fällen kann die V. v. r. E. als eine *conditio sine qua non*, somit als Ursache der Willenstätigkeit betrachtet werden.

Wie man sieht, hat uns die Analyse der Theorie *Mayers* zu dem Zweckbegriff als konstruktiven Element der bewußten Schuld geführt; zugleich sind wir aber zu der Überzeugung gekommen, daß der Begriff des Motivs zu dieser Aufgabe nicht taugt.

Zweiter Abschnitt.

Die Lex lata.

§ 7.

Rundschau.

Wenn wir unter den Strafgesetzgebungen der wichtigsten Staaten Europas Umschau halten und prüfen, in welcher Weise die Frage der Regelung der Schuldformen in einzelnen von ihnen zur Lösung gelangt ist, finden wir nachstehendes:

Das geltende österreichische Strafgesetzbuch vom J. 1852 hat im § 1 die Definition des Vorsatzes aus dem Strafgesetzbuche vom J. 1803, dessen bloße Revision es bekanntlich ist, wörtlich übernommen:

„Zu einem Verbrechen wird böser Vorsatz erfordert. Böser Vorsatz aber fällt nicht nur dann zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlassung das Übel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen, sondern auch wenn aus einer anderen bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das Übel, welches dadurch entstanden ist, gemeinlich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann.“

Durch diese Definition, welche im Wesen bereits in dem westgalizischen Strafgesetze vom J. 1796 (§ 6 und 7), sowie im Strafgesetzbuche Kaiser Joseph II. vom J. 1787 (§ 2 und 3) vorkommt und deren Elemente schon im Theresianischen Strafgesetze (Art. 3 § 2) deutlich bemerkbar sind, wurde bekanntlich der *dolus indirectus* der seinerzeitigen Doktrin mit allen seinen Unzukömmlichkeiten und Streitfragen eingeführt.

Eine Definition der Fahrlässigkeit wird im geltenden österreichischen Strafgesetze *ex professo* nicht gegeben, doch wir finden eine allgemeine Begriffsbestimmung derselben in dem Tatbestande des im § 335 St.G. normierten Deliktes gegen die Sicherheit des Lebens.

Das Strafgesetz des Deutschen Reichs vom J. 1871 wendet die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit an, ohne jedoch — nach dem Muster des preußischen Strafgesetzbuchs vom J. 1851 — diese Begriffe zu bestimmen. Auf die Gründe dieser Unterlassung werden wir noch zurückkommen.

Auf gleiche Weise ist das ungarische Strafgesetz vom J. 1878 vorgegangen, dessen VI. Kapitel unter der Überschrift „Vorsatz und Fahrlässigkeit“ in zwei Paragraphen bloß die Bestimmung enthält, daß als Verbrechen nur vorsätzlich begangene Handlungen anzusehen sind (§ 75) und daß das Gleiche auch von Vergehen gilt, ausgenommen, wenn eine aus Fahrlässigkeit (*culpa*) begangene Handlung im besonderen Teile des Gesetzes als Vergehen erklärt wird (§ 76).

Von anderen Strafgesetzen enthält der französische *code pénale* vom J. 1810 keine Regelung der Schuldformen¹⁾ und ebenso auch das englische Strafrecht²⁾.

Das italienische Strafgesetz vom J. 1889 enthält im Art. 45 folgende Bestimmung:

Niemand kann wegen eines Verbrechens bestraft werden, wenn er die dasselbe bildende Tat nicht gewollt hat, außer es würde das Gesetz diese ihm zur Last legen als Folge seiner Handlung oder Unterlassung. Bei Übertretungen haftet jeder für seine Handlung oder Unterlassung, selbst wenn nicht dargetan wird, daß er eine gesetzwidrige Tat begehen wollte.“

Wie nebelhaft, unzureichend, ja überflüssig eine solche Bestimmung der Schuldformen ist, braucht wohl nicht erst des weiteren ausgeführt zu werden.

Aus dem Angeführten erhellt, daß von den besprochenen sechs Strafgesetzgebungen unter den älteren nur die österreichische, unter den neueren bloß die italienische eine Regelung der Schuldarten enthalten, wenn nämlich die zitierte Bestimmung des italienischen Strafgesetzes diesen Namen überhaupt verdient.

Es ist begreiflich, daß mangels einer Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit im reichsdeutschen Strafgesetze die Praxis der deutschen Gerichte sich einfach von der Doktrin ins Schlepptau nehmen ließ. Die Judikatur des deutschen Reichsgerichtes segelt

1) Die Fahrlässigkeit wird im französischen Strafgesetze nur in bestimmten Fällen als strafbar erklärt; vgl. Art. 319, 320 und 458. In der Überschrift des Art. 319 und 320 ist von „*homicide, blessures et coups involontaires*“ die Rede; der letztere Ausdruck wird dann im Art. 319 näher erklärt als: „*par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des réglemens*“. Auch Art. 458 (fahrlässige Brandlegung) spricht von „*négligence ou imprudence*“.

2) Das englische Strafrecht beruht bekanntlich teils auf Gewohnheitsrecht, teils auf zahlreichen Spezialgesetzen. Die bisherigen Kodifizierungsversuche sind erfolglos geblieben. Für *dolus* kommt am häufigsten der Ausdruck *malice* (*dolus = maliciously*) vor. Infolge der ursprünglich von Lord Blackburn formulierten und später auch von anderen Richtern akzeptierten Definition dieses Begriffes handelt *maliciously* derjenige, welcher willentlich (*willfully*) etwas tut, wissend, daß dadurch die Person oder das Vermögen eines anderen verletzt werden wird. Häufig wird aber dieser Ausdruck auch dort angewendet, wo eine bestimmte Absicht in Frage steht. Vgl. *Liszt*, Strafgesetzgebung der Gegenwart I, 627 f.

vollständig im Fahrwasser der herrschenden Willenstheorie und hat auch ihren *dolus eventualis* an Bord genommen, ohne allen Vorbehalt, mit allen Konsequenzen und Inkonsequenzen dieses Begriffes. Und dasselbe kann auch von der Rechtsprechung der österreichischen Gerichte behauptet werden³⁾.

Den bezüglichen Standpunkt des deutschen Reichsgerichtes finden wir besonders klar in der Entscheidung des III. Senates vom 7. Dezember 1899 (E. 33, 1) präzisiert, weshalb wir dieses Judikat hier wörtlich anführen:

„Nach der Begriffsbestimmung des *dolus eventualis*, wie sie sich aus der im wesentlichen gleichmäßigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes ableiten läßt, ist der Erfolg einer Handlung, auf den der Wille des Täters nicht direkt gerichtet ist, der aber vom Täter als möglich erkannt war, ihm als vorsätzlich verursacht anzurechnen, wenn er die Tat auch für den Fall gewollt hat, daß sie diesen Erfolg haben würde (wenn er den Erfolg im voraus gebilligt, in seinen Willen aufgenommen hat). In dieser Begriffsbestimmung ist das Einverständnis mit dem Erfolge ein selbständiges Merkmal, das ebenso der besonderen Feststellung bedarf, wie das Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges. Es genügt nicht, daß der Täter die Handlung trotz dieses Bewußtseins vornimmt, denn das Handeln auf die Gefahr eines bestimmten Erfolges enthält nicht von selbst die Billigung dieses Erfolges. Ein großer Teil aller menschlichen Handlungen wird unter solchen Umständen vorgenommen, daß sich sagen läßt: der Erfolg ist zweifelhaft; der Täter rechnet auf einen vorteilhaften Ausgang, weiß dabei aber recht wohl, daß die Tat auch zu seinem oder eines Dritten Nachteil ausschlagen kann: die Gewißheit dieses letzteren Erfolges würde ihn von der Tat abhalten, er nimmt sie aber gleichwohl vor, weil er darauf

3) Vgl. hierüber hinsichtlich der deutschen Rechtsprechung namentlich *Bar* Z. 18. Bd. S. 848 und *Hagen* Z. 19. Bd. S. 174. Betreffs des Rechtszustandes in Österreich vgl. besonders *Lammasch* 18 (II. Aufl. S. 24) und *Finger* II, 9, dann die Entscheidungen des Kassationshofes Slg. Nr. 480, 1534, 1634, 2309, 2584 (Ehrenbeleidigungen), Nr. 1176 (§ 63 St.G.) und Nr. 2301 (§ 303 St.G.). In diesen Entscheidungen wird das Bewußtsein des Täters, daß er durch seine Handlung das betroffene Rechtsgut (die Ehre des Beleidigten, die Ehrfurcht gegen den Kaiser u. a.) verletze, als zureichend zum Vorsatze erklärt. In der Kass.-Entsch. Nr. 2707 der Slg. (§ 87 St.G.) wird sogar von einem „Bewußtseinsdolus“ gesprochen. Freilich könnte man auch behaupten, daß überall hier die Vorstellungstheorie zur Anerkennung gelangt ist, wenn nicht hier und da mit dem Begriffe des Willens im Sinne der Willenstheorie operiert würde. Leider ist es mir nicht gelungen, in unserer Judikatur eine Entscheidung zu finden, in welcher die Anerkennung des Eventualvorsatzes in bezug auf einen nur als möglich vorausgesehenen Erfolg so klipp und klar ausgesprochen wäre, wie es in der oben im Texte gleich weiter zitierten Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes geschehen ist.

rechnet, daß dieser Erfolg eben nicht eintreten werde, sei es, daß gewisse, den Erfolg bedingende Umstände nicht zur Existenz gelangen würden, oder daß er ihrer Wirksamkeit durch entsprechende Vorkehrungen entgegenwirken, sie aufheben könne. Wer in dieser Weise einen bestimmten Erfolg innerlich ablehnt, von dem läßt sich niemals sagen, er habe ihn gleichwohl eventuell gewollt; es kann nur Fahrlässigkeit in Frage kommen. Wesentlich anders beschaffen ist der Wille dessen, der mit dem als möglich erkannten Erfolge seiner Handlung im voraus einverstanden ist und der sich eben deshalb durch die Vorstellung der Handlung des Eintrittes dieses Erfolges von der Ausführung der Handlung nicht abhalten läßt und vom Standpunkte seiner Willensrichtung nicht abhalten zu lassen braucht; ihm wird mit Recht vorgehalten, daß er den Erfolg, wenn auch nicht erstrebt, so doch immerhin gewollt habe. Gerade hierin also, in der Billigung des Erfolges als einer zu der Voraussicht von dem möglichen Eintritte desselben hinzutretenden, selbständigen, inneren Tatsache, liegt das wesentliche Merkmal des eventuellen Vorsatzes, das Mittelglied, das das Gebiet des *dolus eventualis* von dem der Fahrlässigkeit scheidet.

Was Aufrichtigkeit und Deutlichkeit anbelangt, läßt dieses „Konfiteor“ wahrlich nichts zu wünschen übrig.

Daß eine Regelung der Schuldformen, wie sie in dem österreichischen Strafgesetze mit seinem *dolus indirectus* — dem abgesehen von dem bisherigen russischen Rechte vielleicht einzigen überlebenden Reste dieser Ausgeburt der Doktrin des 18. Jahrhunderts — vorkommt, für eine moderne Strafgesetzgebung unannehmbar ist, steht wohl außer Frage. Uns ist daher hauptsächlich um den Beweis zu tun, daß auch der Versuch des deutschen Gesetzes mit der uralten Erbschaft des *Dolus* und der *Culpa* in Verbindung mit der Abstinenz hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmung dieser Begriffe das Auslangen zu finden, ein völlig verfehlter ist.

Eigentlich sollte schon der Umstand, daß die deutsche Theorie und Praxis zum *dolus eventualis* zu greifen genötigt war, im Hinblick auf das oben (in § 3) von diesem gesagte genügen, um den gedachten Beweis als erbracht zu betrachten. Den etwa noch Unschlüssigen dürften die weiteren Kontroversen überzeugen, zu welchen das deutsche Strafgesetz in unserer Frage Anlaß gibt und welche nun erörtert werden sollen.

§ 8.

Vorsatz und Absicht.

Es dauerte ziemlich lange, ehe die Doktrin zu der Erkenntnis kam, daß ihr durch abstrakte Spekulation übermäßig erweiterter *Dolus*begriff für die Bedürfnisse der Gesetzgebung nicht ausreicht. Die Folge davon

war, daß neben dem Begriffe des Vorsatzes, wie sich ihn die Strafrechtswissenschaft großgezogen hat, der Begriff der Absicht allmählich sich herauszuschälen begann¹⁾.

Freilich war die Erkenntnis der Unzulänglichkeit des so zärtlich gepflegten Dolusbegriffes für die Doktrin nichts weniger als angenehm. Dadurch erklärt sich auch, warum es nicht an Stimmen fehlt, welche einer Unterscheidung von Vorsatz und Absicht jede Berechtigung absprechen²⁾. Andere betrachten diese Auseinanderhaltung zumindest als bedeutungslos, indem sie den Absichtsbegriff zu den Handlungsmotiven verweisen (so *Bekker* 286, 321 f.) oder mit ihm nur die Bedeutung eines entfernteren Handlungszweckes verbinden (so *H. Meyer* 207 f.).

Aber die Anforderungen des praktischen Lebens und das daraus entspringende Bedürfnis des Gesetzgebers vermögen selbst die engsten Ketten einer wissenschaftlichen Spekulation zu sprengen, insbesondere dann, wenn diese auf Irrwege geraten ist. Und so sehen wir auch hier, daß der Begriff der Absicht sich allmählich eine feste Position erobert hat, und daß, wenngleich die Doktrin noch sichtlich unschlüssig darüber dasteht, ob sie ihn innerhalb oder außerhalb ihres Dolusbegriffes unterbringen, ihn als eine selbstständige Schuldform oder nur als eine Abart des Vorsatzes ansehen soll, läßt sich doch mit Befriedigung konstatieren, daß die Absicht als eine mit dem Vorsatz sich nicht deckende Schuldtype von der herrschenden Meinung unverhohlen anerkannt wird.

Allerdings wurde hinsichtlich des Absichtsbegriffes noch keine Einigung erzielt; das wäre wohl auch zuviel verlangt. Nichtsdestoweniger kann man sagen, daß in neuerer Zeit der Unterschied von Vorsatz und Absicht zumeist darin erblickt wird, daß in dem Vorsatze mehr die Beziehung des Willens auf die Tätigkeit selbst, in der Absicht mehr die Beziehung des Willens auf den zu erreichenden Erfolg in den Vordergrund tritt und daß sonach das charakteristische Merkmal der Absicht in der unmittelbaren Richtung des Willens auf den Erfolg liegt³⁾.

Am deutlichsten tritt diese Ansicht bei denjenigen hervor, welche

1) Die Anfänge dieses Prozesses fallen in die Zeit *Berners* und *Köstlins*. Der ältere vereinzelt Versuch *Kleins* in dieser Beziehung ist von keiner besonderen Bedeutung. Vgl. über diesen historischen Prozeß *Frank. Z.* 10. Bd. S. 187 f., *Busch* 66, namentlich aber *Löffler* 208 f., 221 f.

2) So namentlich *Binding* Normen I § 19; aber schon im II. Teile derselben Schrift (S. 462 Anm. 670) sieht er sich veranlaßt, zuzugeben, daß er in dieser Richtung zu weit gegangen sei.

3) Vgl. u. a. *Berner* 125 f., *Hälschner* I, 190, *Lammasch* Obj. Gef. 14 f., *Weissenborn* G.S. 50. Bd. S. 195 f.

zur Kennzeichnung dieser typischen Beziehung zwischen Willen und Erfolg den Zweckbegriff verwenden⁴⁾.

Was aber ist daraus zu ersehen? Nichts anderes, als daß hier dem Begriffe „Absicht“ eine Bedeutung beigelegt wird, in welcher die Volkssprache den Ausdruck „Vorsatz“ allgemein anwendete und bisher in Anwendung bringt, daß die Doktrin sich gezwungen sah, vor der Notwendigkeit des wirklichen Lebens zu kapitulieren und als Ersatz für diesen zu ihren scholastischen Vivisektionsversuchen entzogenen Ausdruck „Vorsatz“ einen anderen (Absicht) in dem Sinne zu akzeptieren, welcher in der Sprache des täglichen Lebens jenem ersteren (Vorsatz) beigelegt wird, jedoch völlig verschieden ist von dem Resultate, zu welchem es die Wissenschaft mit ihren erwähnten Versuchen gebracht hat.

Es ist wohl begreiflich, daß die Doktrin erst nach einigem Zögern sich zu diesem Überzeugungsoffer entschloß. Doch diese Zaghaftigkeit hat sich bitter gerächt. Selbst unschlüssig und bezüglich des Absichtsbegriffes nicht im reinen, konnte sie auch dem Gesetzgeber keine exakte Bestimmung dieses Begriffes bieten. Andererseits war aber das Bedürfnis des wirklichen Lebens zu stark, als daß der Gesetzgeber auf diesen Begriff gänzlich hätte verzichten können; infolgedessen war er gezwungen, mit einem nicht genügend bestimmten Begriffe zu arbeiten. Und dies hatte wiederum zur Folge, daß das vom Gesetzgeber unter solchen Umständen Geschaffene keine feste Grundlage für die Praxis bilden konnte.

Das zeigte sich klar betreffs des geltenden Strafgesetzes des Deutschen Reichs: Dieses verwendet bekanntlich nebst dem Vorsatze als Grundart der Strafschuld an zahlreichen Stellen den Ausdruck „Absicht“ („absichtlich“⁵⁾). Darüber jedoch, welcher Sinn diesem Ausdrucke beizulegen ist, herrscht lebhafter Streit. Jegliche besondere, von dem Vorsatze unterschiedliche Bedeutung wird dem gedachten Begriffe, wie gesagt, von *Binding*⁶⁾ abgesprochen. Auf einem völlig ent-

4) So namentlich *Liszt* 150, *Ortloff* G.S. 34. Bd. S. 401 f. und das deutsche Reichsgericht, vgl. z. B. die Entsch. v. 15. November 1884 (E. 11, 380) und v. 15. Oktober 1900 (E. 33, Heft 3, 1900). Bekanntlich war es *Feuerbach*, der den Begriff des Zwecks seiner Bestimmung des Vorsatzes zugrunde legte (vgl. oben § 2). Von Interesse ist in dieser Beziehung die Definition des Art. 39 des bayerischen Strafgesetzes vom J. 1813: „Mit rechtswidrigem Vorsatz (dolus) wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstehenden Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewußt gewesen ist“.

5) Diese Stellen sind aufgezählt bei *Binding* II, 462, Anm. 671.

6) Normen I, § 19; im II. Teile dieses Buches (S. 462, Anm. 670) hat er zwar, wie gesagt, diesen völlig ablehnenden Standpunkt fallen lassen, ohne jedoch seine Ansicht deutlich zum Ausdrucke zu bringen.

gegengesetzten Standpunkt steht *Ortloff* (G. S. 34. Bd. S. 449 f.), welcher die Ansicht vertritt, daß überall, wo das deutsche Strafgesetz sich der Ausdrücke „Absicht“, „absichtlich“ bedient, diesen eine technische, vom Vorsatz verschiedene Bedeutung beizulegen ist, indem sie die direkte Richtung des Willens auf den Erfolg andeuten.

Nach der Meinung anderer kommt diese selbständige Bedeutung dem Absichtsbegriffe grundsätzlich zu, aber nicht durchwegs, sondern in einigen Fällen soll dieser Ausdruck ganz im Sinne von „Vorsatz“ angewendet worden sein. Als solche Ausnahme wird im ganzen übereinstimmend der Fall des § 266 des St.G. anerkannt⁷⁾. Nach *Liszt* (S. 150) gilt dasselbe namentlich auch vom § 346 und bedarf es in jedem Falle, wo das Strafgesetz den Ausdruck „Absicht“ („absichtlich“) in den Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen hat, sorgfältiger Prüfung des von dem Gesetzgeber mit diesem Ausdrucke verbundenen Sinnes. *Lucas* (S. 27 f.) meint, daß der Ausdruck Absicht im Sinne von „Vorsatz“ nur in den §§ 43, 46, 48, 210 und vielleicht auch im § 266 angewendet sei, daß aber in allen übrigen Fällen die „Absicht“ ihre besondere technische Bedeutung habe.

Das deutsche Reichsgericht steht auf dem Standpunkte, daß der Ausdruck „Absicht“ im Strafgesetze grundsätzlich (also mit Ausnahmen) im technischen, vom Vorsatz verschiedenen Sinne aufzufassen sei, und daß von Absicht nur dann gesprochen werden könne, wenn der Wille des Täters direkt auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, wenn mithin dieser Erfolg bezweckt war.

In diesem technischen Sinne wird der Absichtsbegriff vom Reichsgerichte beispielsweise auch hinsichtlich des im § 140 Z. 1 d. St.-G. bezeichneten Deliktes der Verletzung der Wehrpflicht aufgefaßt, dessen Tatbestandsmerkmal die Absicht bildet, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen (vgl. Entsch. vom 15. Oktober 1900 I. Senat E 33. Heft 3, 1900). Obwohl nun der subjektive Tatbestand des analogen Vergehens nach § 45 des österr. Wehrgesetzes vom J. 1889 auf ganz gleiche Art geregelt ist (Absicht, sich der Stellungspflicht zu entziehen), kommt unser Kassationshof zu der völlig gegenteiligen Ansicht, nämlich daß der Dolus hier nichts anderes voraussetzt, als „das Bewußtsein der Stellungs-

7) Untreue der Vormünder und anderer Personen, welche bei Besorgung fremder Angelegenheiten absichtlich zum Nachteile derjenigen handeln, deren Geschäfte sie besorgen. Zuzufolge der Judikatur des Reichsgerichtes (vgl. E. I, S. 172, 329) hat hier „absichtlich“ dieselbe Bedeutung wie „vorsätzlich“. Derselben Meinung ist namentlich *Hagen* Z. 19. Bd. S. 171 Anm. 27 und *Liszt* S. 443; *Lucas* (S. 27 f.) ist nicht ganz im reinen. *Ortloff* (cit.) faßt zwar konsequent auch in diesem Falle den Ausdruck „absichtlich“ in seinem technischen Sinne auf, gibt aber zu, daß hier vom legislativ praktischen Standpunkte der Ausdruck „vorsätzlich“ am Platze wäre.

pflicht und den Mangel des Willens, ihr rechtzeitig zu genügen“ (vgl. Slg. Nr. 2149). Wie weit der in diesem Sinne aufgefaßte Dolus von dem nach der Auslegung des deutschen Reichsgerichtes auf dem Zweckelemente fußenden Absichtsbegriffe entfernt ist, bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung. Angesichts der die Doktrin in unserer Frage beherrschenden Unsicherheit wäre es übrigens auch kaum zu verwundern, wenn so widersprechende Entscheidungen von Gerichten eines und desselben Reiches erlassen wären.

Wenn aber das deutsche Strafgesetz ebenso wie das österreichische nebst Vorsatz und Absicht hier und da auch mit Begriffen wie: Bös-willigkeit“, „Bosheit“, „Arglist“, „Mutwille“ operiert, trägt dies selbstredend zur Behebung der Rechtsunsicherheit nicht bei⁸⁾.

§ 9.

Die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale.

Alle bisher behandelten Bestimmungen des Dolusbegriffes beruhen, wie wir gesehen haben, auf der Beziehung der Psyche des Handelnden zu dem rechtswidrigen Erfolg. Nun wird aber allgemein anerkannt, daß der Vorsatz auch alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Verbrechens umfassen müsse. Diese Erkenntnis erschien so natürlich, so unzweifelhaft, daß sie zu einer Duplizität der Begriffsbestimmung des Vorsatzes führte; man stellt neben der ausschließlich den rechtswidrigen Erfolg berücksichtigenden Definition eine zweite auf:

Vorsatz ist die Kenntnis sämtlicher Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören¹⁾.

Von dem rechtswidrigen Erfolge, also jener für die Rechtsgüter schädlichen Veränderung in der Außenwelt, geschieht in dieser Definition keine Erwähnung mehr. Das ist wohl aber auch nicht nötig, weil es doch zweifellos ist, daß auch diese Veränderung, dieser Erfolg eines der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Deliktes bildet und mithin in jener Definition stillschweigend einbegriffen ist.

8) Über die Reihe von Zweifeln, welche sich an diese Begriffe knüpfen, vgl.: *Bekker* 545 f., *Bindung* II, 604, *H. Meyer* 211 f., *Lucas* 34, *Löffler* 80 f., *Jemell*, Das österr. Kriminalrecht 3. Aufl. II, 47 f., *Finger* II, 86, 175, 303, *Lammasch* 59 f., *Högel* Ger.-Ztg. 1901 S. 12.

1) So namentlich *Liszt* S. 152. Die weitere angegliederte Formel: „Vorsätzliches Handeln ist die wissentliche Verwirklichung sämtlicher Verbrechensmerkmale“, dürfte m. E. noch eine Korrektur benötigen; denn verwirklichen kann ich wohl nur das, was ich durch meine Handlung bewirken soll, daher nicht solche Tatbestandsmerkmale, welche als von selbst gegebene Voraussetzungen meiner Tat erscheinen, z. B.: eine fremde Sache beim Diebstahl, eine Person unter vierzehn Jahren bei der Unzucht u. a. Freilich kann man aber richtig sagen, daß wir den durch diese Merkmale qualifizierten Erfolg verwirklichen.

Daraus folgt aber, daß die Anhänger der Willenstheorie mit dieser Definition folgerichtig nicht das Auslangen finden, sondern auch das Moment des Wollens in dieselbe aufnehmen müssen: erst das Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale ist zufolge der Willenstheorie Vorsatz²⁾.

Doch durch diese Vervollständigung der gedachten Formel wird jenes Problem heraufbeschworen, das wir oben (§ 3) als die Achillesferse dieser Theorie bezeichnet haben: worin besteht dieses Wollen, welches ist das Wesen des ihm zugrunde liegenden psychischen Aktes? Ja, dieses Problem spitzt sich hier noch zu. Denn wenn wir in bezug auf den Erfolg der Handlung hier und da doch eine wenigstens zum Scheine annehmbare Erklärung gefunden haben, die offenbar durch die Qualität des Erfolges als eines künftigen, erst durch die menschliche Handlung herbeizuführenden Ereignisses ermöglicht wurde, muß hinsichtlich derjenigen Tatbestandsmerkmale, welche nicht erst durch den Handelnden verwirklicht werden sollen, sondern welche als von selbst gegebene, im Zeitpunkt der Handlung bereits existierende Voraussetzungen des verbrecherischen Tuns erscheinen (z. B. eine fremde Sache beim Diebstahle, eine rechtsgültige Ehe bei der Bigamie, eine Person unter vierzehn Jahren bei der Unzucht), jeder solcher Versuch gleich äußerlich scheitern.

Worin soll das Wollen solcher Tatbestandsmerkmale bestehen, wenn nicht in dem Wissen, der Vorstellung derselben? Die Antwort fällt schwer, und deswegen pflegen sich die Anhänger der Willenstheorie zumeist mit dem bloßen Wissen der Tatbestandsmerkmale zu begnügen und das Requisite des Wollens nur bezüglich des Erfolges aufrecht zu halten. So kommen sie aber unausweichlich zu einer bedenklichen Duplizität des Vorsatzbegriffes, welcher dann ein anderes Wesen hat in Beziehung auf den Erfolg und ein anderes in Beziehung auf die übrigen (schon existenten) Tatbestandsmerkmale.

Weit günstiger ist in diesem Punkte die Position der Vorstellungstheorie. Da sie den Begriff des Vorsatzes durch die Vorstellung (Voraussicht) des Erfolges bestimmt, kommt sie hinsichtlich anderer Tatbestandsmerkmale nicht in Verlegenheit, sondern sie kann folgerichtig sagen: Vorsatz ist die Vorstellung (Kenntnis) sämtlicher Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, also den Erfolg mit einbegriffen. Mit Recht kann daher die Vorstellungstheorie sich damit brüsten, daß sie jene Inkonsequenz, in welche, wie wir gesehen haben, die Willenstheorie verfiel, vermieden habe.

Aber dieser Ruhm der Vorstellungstheorie ist nicht von langer Dauer. Denn sobald wir weiter gehen und fragen, was für ein Grad

2) Vgl. *Binding* II, 464, *Olshausen* I, 254.

des Wissens der einzelnen Tatbestandsmerkmale zum Vorsatze notwendig ist und ob es zum dolosen Tun insbesondere genügt, daß der Täter das Vorhandensein eines Merkmals nur für möglich hielt, entstehen für die Vorstellungstheorie keine geringeren Schwierigkeiten als für die Willenstheorie. Die Verteidiger beider Lehren kommen da in buntes Gedränge.

Die einen erklären die Kenntnis der Möglichkeit der einzelnen Tatbestandsmerkmale als unbedingt zureichend zum Vorsatze, indem sie sich auf die Bestimmung des § 59 d. St.G. berufen:

„Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen³⁾.“

Hieraus wird deduziert, daß nur das Nichtwissen, also ein Irrtum bezüglich eines Tatbestandsmerkmals, den Vorsatz ausschließt⁴⁾.

Nach der Ansicht anderer genügt es zum Vorsatze nicht, daß der Täter sich der Möglichkeit des Vorhandenseins eines bestimmten Verbrechensmerkmals bewußt war, sondern es ist nebstdem noch erforderlich, daß er die Handlung ungeachtet dieses Bewußtseins, also auch für den Fall gewollt hat, daß dieses Tatbestandsmerkmal vorliegt⁵⁾. Dieser Meinung ist ganz unzweideutig der 24. deutsche Juristentag (1898) beigetreten, indem er den nachstehenden Satz zu seinem Beschlusse erhob:

„Desgleichen“ (d. h. ebenso wie hinsichtlich des vom Täter als möglich erkannten Erfolges) „ist der Täter, der das Vorhandensein eines zum Tatbestande einer strafbaren Handlung gehörenden Merkmals nicht kannte, aber für möglich hielt, wegen vorsätzlicher Begehung der strafbaren Handlung zu verurteilen, wenn er die Tat auch für den Fall gewollt hat, daß dieses Tatbestandsmerkmal vorliegt“.

Wie man sieht, wird hier auf dem Felde der Tatbestandsmerkmale ganz unverhohlen mit dem Eventualdolus operiert. Mit diesem wird jedoch auch das ganze an diesen Begriff geknüpfte Problem auf dieses Feld übertragen. Denn es liegt auf der Hand, daß auch hier zwecks Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit folgerichtig derselbe

3) Nach dem Muster des § 59 des St.G. ist auch § 82 des ungarischen St.G. und § 39 Abs. 2 des russischen Entwurfs vom J. 1881 stilisiert.

4) So namentlich *Merkel* 82 f., *Olshausen* I, 250 f., *Hauser* G.S. 54. Bd. S. 1 f., *Huther* G.S. 58. Bd. S. 270 f., *Lucas* 35 f.

5) So im wesentlichen *Buri* G.S. 43. Bd. S. 241 f. und *Liszt*, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 128 f. Ebenso nach österr. Recht *Finger* II, 346. Nach *Bar* (Z. 18. Bd. S. 541 f.) ist diese Frage nicht im allgemeinen zu lösen, sondern nur mit Berücksichtigung des Begriffes der einzelnen Delikte und des Grundsatzes „in dubio mitius“.

Maßstab wird zur Anwendung kommen müssen, wie bei dem Erfolge, also entweder jene Surrogate des Begriffes des Wollens, zu denen, wie wir gesehen haben, die Anhänger der Willenstheorie Zuflucht nehmen (das Billigen, Einwilligen, Zulassen, Berechnen u. a. m.) oder der bekannte hypothetische Teilungsgrund der Vorstellungstheorie (wie der Täter in Kenntnis der Gewißheit gehandelt hätte). Die Unzulänglichkeit der beiden Gesichtspunkte hat oben (§ 3 und § 4) wohl genügende Erörterung gefunden und wir wollen uns daher mit dieser Frage hier nicht weiter befassen.

Zu noch bedenklicheren Resultaten kommen aber diejenigen, welche das Bewußtsein der Möglichkeit des Vorhandenseins der einzelnen Tatbestandsmerkmale als unbedingt genügend zum Vorsatze erklären. Denn diesen muß die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sozusagen unter den Händen verloren gehen, weil sie folgerichtig die Kenntnis jeder, also auch einer noch so geringen Möglichkeit des Vorhandenseins der einzelnen Tatbestandsmerkmale als zum Dolus hinreichend betrachten müssen. Bezüglich solcher Delikte, welche eine bestimmte Absicht erfordern (z. B. Diebstahl u. a.) oder einen äußeren Verletzungserfolg voraussetzen (z. B. die Tötung eines Menschen, die Beschädigung einer Sache), sind die Konsequenzen dieser Ansicht nicht so auffallend. Denn hier bildet im ersteren Falle das Erfordernis der Absicht, im letzteren der Begriff des eventuellen Vorsatzes in bezug auf den Erfolg ein willkommenes Korrektiv. Anders verhält es sich aber hinsichtlich derjenigen strafbaren Handlungen, welche scheinbar keine äußere Rechtsgüterverletzung erheischen, sondern wo ein sonst ganz unbedenkliches Tun durch Beitritt eines bestimmten Merkmales verbrecherisch wird, z. B. ein freiwilliger Beischlaf oder andere Unzuchtsakte mit einer Person des anderen Geschlechtes dadurch, daß diese Person noch nicht das vierzehnte Lebensjahr erreicht hat⁶⁾. In solchen Fällen geht natürlich jenes eben erwähnte Korrektiv des Eventualdolus hinsichtlich eines schädigenden Erfolges gänzlich verloren und es bleibt nur die nackte Kenntnis des entscheidenden Tatbestandsmerkmals, also im gegebenen Falle des Alters unter vierzehn Jahren. Folgerichtig müssen dann die Vertreter der bezeichneten Ansicht zu dem Schlusse kommen, daß die Kenntnis jeder, auch der geringsten

6) §§ 127 und 128 österr. St. G., § 176 des St. G., zu vgl. auch § 182 des St. G. Lucas (S. 16 und 111) meint, daß zum Tatbestande dieser und mancher anderer Delikte (z. B. Meineid, Ehrenbeleidigung, Münzfälschung) der wirkliche Eintritt eines Erfolges, eine Veränderung in der Außenwelt gar nicht gehört, sondern daß diese Delikte sich in der Handlung selbst vollziehen. Ähnlicher Anschauung ist Stenglein (Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 104) namentlich betreffs der Ehrenbeleidigung. Dagegen Liszt (ebenda S. 130) und Kohlrausch S. 100 f. Auf diese Frage werden wir übrigens noch zurückkommen.

Möglichkeit, mithin jeder noch so unbedeutende Zweifel des Täters darüber, ob die betreffende Person das kritische Alter überschritten habe oder nicht, dazu genügt, um ihm die Handlung als vorzüglich anzurechnen.

Aber auch diejenigen, welche den Eventualvorsatz auch auf die Tatbestandsmerkmale beziehen, sind in sichtlicher Verlegenheit darüber, was hier zu der Annahme dieses Vorsatzes außer der Kenntnis der Möglichkeit, daß die mißbrauchte Person noch nicht vierzehn Jahre alt sei, erfordert werden soll. Wendungen, wie die, daß der Täter „seine Lüste auch für den Fall befriedigen wollte, daß das Kind noch nicht vierzehn Jahre alt sei“ (Buri, G. S., 43. Bd., S. 241 f.) oder daß er „auf diese Eventualität hin den Beischlaf vollzieht“ (Finger, II 346) sollten auch den eifrigsten Verfechter des Eventualvorsatzes zum ersten Nachdenken darüber bewegen, wie man sich einen solchen Beischlaf beziehungsweise die seelische Disposition des Täters dabei vorstellen und namentlich was für einen psychischen Akt man an Seite des von den Reizen des Opfers völlig eingenommenen Täters zu dessen Verurteilung noch fordern soll, abgesehen eben von dem Bewußtsein der Möglichkeit, daß die Person das vierzehnte Lebensjahr noch nicht erreicht hat. Auch der hypothetische Maßstab der Vorstellungstheorie: wie der Täter in Kenntnis der Gewißheit gehandelt haben würde, muß hier versagen. Denn es liegt auf der Hand, daß es hiernach von der größeren oder geringeren Intensität des Geschlechtstriebes des Täters oder seiner geschlechtlichen Aufregung im Momente der Tat abhängen würde, ob er ein Verbrechen begeht oder sich nur einem unschuldigen Vergnügen hingibt.

Die einschlägige Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes schwankt; bald wird sich damit begnügt, daß sich der Täter der Möglichkeit bewußt war, er habe es mit einer Person unter vierzehn Jahren zu tun, bald wird erklärt, daß ein bloßer Zweifel (also eben das Bewußtsein der Möglichkeit) in dieser Beziehung nicht genügt, und daß der Vorsatz ausgeschlossen ist, wenn der Täter ungeachtet seines Zweifels in der (wenn auch leichtfertigen) Erwartung gehandelt hat, daß das kritische Alter bereits überschritten sei⁷⁾.

Wie man sieht, gibt es hier Kontroversen in Hülle und Fülle; und da ist noch die vielleicht allgemein übersehene Frage außer Spiel geblieben, was Rechtens, wenn der Täter über das Alter der mißbrauchten Person überhaupt gar nicht nachgedacht hat, beispielsweise aus dem Grunde, weil ihm unbekannt war, daß der Beischlaf mit Frauens-

7) Über diese sich widersprechenden Judikate vgl. Olshausen I, 250, Frank Z. 10. Bd. S. 224 f., Stenglein Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 98 f. und Liszt daselbst S. 117 f. Dazu die Entscheidungen des österr. Kassationshofes Slg. Nr. 1025, 1377.

personen unter vierzehn Jahren gesetzlich verboten sei. Die Unkenntnis des Gesetzes kann ihn allerdings nicht entschuldigen; läßt sich aber behaupten, er sei sich der Möglichkeit bewußt gewesen, daß die Person noch nicht vierzehn Jahre alt sei, wenn er daran gar nicht gedacht hat? Und wie, wenn es sich z. B. um ein vierjähriges Kind handelt? Daß in einem solchen Falle der Täter hätte wissen müssen, das Kind sei noch nicht vierzehn Jahre alt, wenn er daran überhaupt gedacht hätte, steht natürlich außer Frage; nicht so unzweifelhaft ist jedoch, ob ihm, trotzdem er daran eben gar nicht gedacht hat, das Bewußtsein der Möglichkeit dessen imputiert werden kann.

Weitere Komplikationen entstehen in jenen Fällen, wo das Gesetz das Merkmal der Wissentlichkeit in den Tatbestand einzelner Delikte ausdrücklich aufgenommen hat. Das deutsche Reichsstrafgesetz tut dies an zahlreichen Stellen mit Zuhilfenahme verschiedener Ausdrücke, namentlich: „wissentlich“, „wissend“, „von dem er weiß“, „von dem ihm bekannt ist“ u. a. m. 8).

Was für eine Bedeutung diesen Ausdrücken zukommt und namentlich in welchem Verhältnisse sie zum Vorsatze stehen, darüber gehen die Meinungen in der Doktrin auseinander. Im ganzen ist die Ansicht vorherrschend, das Gesetz habe durch diese Ausdrücke nur vorsichtsweise die dolose Natur der betreffenden Delikte kennzeichnen und insbesondere einige Tatbestandsmerkmale hervorheben wollen, welche das Wissen des Täters umfassen muß, wenn seine Tat als vorsätzlich angesehen werden soll. „Wissentlich“ und auch die übrigen angeführten synonymen Ausdrücke decken sich hiernach völlig mit dem Begriffe „vorsätzlich“ 9). Dabei wird allerdings die oben dargelegte Verschiedenheit der Ansichten in bezug auf den Vorsatzbegriff und

8) Die Aufzählung der zahlreichen Paragraphen des deutschen St. G., in denen diese Ausdrücke vorkommen, findet sich bei *Binding* II, 465 Anm. 671. Eine wesentlich andere Wendung kommt wieder im § 259 des St. G. (Sachhehlerei) vor: „Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß, oder den Umständen nach annehmen muß...“ Über die hieran sich knüpfende Kontroverse vgl. *Liszt* 477 und die dort in Anm. 6 angeführte Literatur, ferner *Waag* und *Orloff* im G. S. 34. Bd. S. 257 f. und 437 f. Auch im österr. St. G. finden sich hier und da derlei Wendungen z. B. der Ausdruck „wissentlich“ im § 207 St. G. (zweiter Deliktsfall der Bigamie); daß ihm hier keine besondere Bedeutung zukommt, geht schon daraus hervor, daß er im § 206 (erster Deliktsfall der Bigamie) nicht enthalten ist, obzwar er mit ebendenselben Rechte dahin gehören würde.

9) So im wesentlichen *Berner* 124 Anm. 1, *Hälschner* I, 308 f., *H. Meyer* 209, *Lucas* 22 f. und *Liszt* Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 128 f. Nicht ganz sicher ist *Binding* II, 602 f. Dagegen wird der dolus eventualis ausgeschlossen von *Olshausen* im Falle des § 131 („wissend“) und des § 148 („nach erkannter Unechtheit“), ferner von *Waag* (G. S. 34. Bd. S. 258) im Falle des § 153 (wissentlich falscher Eid).

seine Beziehungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen in vollem Maße auch für diese Fälle aufrecht erhalten.

Wenn aber jene Ausdrücke so gedeutet werden, dann ist wahrlich nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber sich nicht lieber konsequent an eine einheitliche Terminologie (den Ausdruck „vorsätzlich“) gehalten, ja aus welchem Grunde er stellenweise sogar beide Ausdrücke (wissentlich und vorsätzlich) nebeneinander gesetzt hat (vgl. z. B. §§ 324 und 344 d. St. G.)?

Einer wesentlich abweichenden Anschauung ist *Löffler* (S. 264), nach dessen Meinung die Betonung der Wissentlichkeit im Gesetze eine andere negative Bedeutung hat, nämlich die, daß in bezug auf das betreffende Tatbestandsmoment nicht mehr als ein wissentliches Verwirklichen, also kein Wollen, keine Absicht verlangt wird. Und wahrlich, wenn man nicht dem Gesetzgeber imputieren will, daß er nicht nur in ganz überflüssiger, sondern geradezu in einer höchst beirrenden Weise zwei verschiedene Ausdrücke zur Bezeichnung eines und desselben Begriffes abwechselnd, ja hier und da auch beide gleichzeitig nebeneinander anwendet, bleibt nichts anderes übrig, als der Ansicht *Löfflers* beizutreten. Wir können es um so leichter Herzens tun, als wir ja ohnehin alle Versuche als gescheitert betrachten, welche dahin gehen, in solchen Fällen, wo der Ausdruck wissentlich nicht auf das verbrecherische Tun oder auf dessen Erfolg, sondern auf einen bereits existenten Tatumstand sich bezieht, in den Dolusbegriff noch etwas mehr hinein zu interpretieren, als das Wissen des betreffenden Tatbestandsmomentes.

Aber wenn wir der Ansicht *Löfflers* beipflichten, so müssen wir uns eine wichtige Konsequenz derselben zum Bewußtsein bringen. Es ist zweifellos, daß dann der Umfang solcher doloser Delikte über die von der herrschenden Doktrin dem Vorsatze gezogene Grenze hinaus verschoben und dadurch insbesondere auch das sonst der sog. bewußten Fahrlässigkeit vorbehaltene Gebiet eingenommen wird. Wenn nun einem solchen dolosen Delikte ein korrelates kulposes Delikt gegenübersteht — z. B. dem wissentlichen Meineid nach § 153 der fahrlässige Meineid nach § 163 d. St. G. — wird natürlicherweise der Umfang des kulposen Deliktes auf die bloße unbewußte Fahrlässigkeit (unbewußte Schuld) eingeschränkt. Wie man sieht, wird hier durch eine, ich möchte sagen, natürliche Triebkraft der Strom der Gesetzgebung aus den künstlich angelegten Rinnen des Dolus und der Culpa in das natürliche Flußbett der bewußten und unbewußten Schuld zurückgeleitet¹⁰⁾.

10) Das gilt m. E. namentlich auch von einigen neueren österr. strafrechtlichen Nebengesetzen, welche mit der Wissentlichkeit an Stelle der Vorsätzlichkeit arbeiten z. B. § 23 des Markenschutzgesetzes vom 6. Jänner 1890 Nr. 19 R. G. Bl., §§ 51 und 53

Von noch größerer Tragweite für die Beurteilung einzelner Fälle in der Praxis ist die Kontroverse, welche sich an die Wendung „wider besseres Wissen“ knüpft, die das deutsche Strafgesetz hier und da anwendet, so im § 164 (falsche Anschuldigung):

„Wer bei einer Behörde eine Anzeige macht, durch welche er jemand wider besseres Wissen der Begehung einer strafbaren Handlung oder der Verletzung einer Amtspflicht beschuldigt . . .“ im § 187 (verleumderische Beleidigung):

„Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, . . .“¹¹⁾ im § 189:

„Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch beschimpft, daß er wider besseres Wissen eine Tatsache behauptet, welche denselben bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzusetzen geeignet gewesen wäre . . .“ und im § 278:

Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauche bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen . . .“

Nach *Olshausen* (ad §§ 59, 164, 187, 189 und namentlich ad § 278)

des Gesetzes betreffend das Urheberrecht vom 26. Dezember 1895 Nr. 197 R. G. Bl., insbesondere aber von zahlreichen Bestimmungen des Lebensmittelgesetzes vom 16. Jänner 1896 Nr. 89 R. G. Bl. von 1897, in denen die Wissentlichkeit direkt als Antithese der Fahrlässigkeit gegenübergestellt wird. Vgl. dazu Kass.-Entsch. Slg. Nr. 1454, 2211, 2552, dann die Verhandlungen des 25. deutschen Juristentages in der a. ö. Ger.-Ztg. v. J. 1900 S 318 und 319. Bezeichnend ist, daß der Regierungsentwurf zu dem § 18 Z. 1 und 3 des geltenden österr. Lebensmittelgesetzes (nach dem Muster des § 12 des deutschen Lebensmittelgesetzes vom 14. Mai 1879) den Ausdruck „vorsätzlich“ enthielt, welcher erst in dem Ausschusse des Abgeordnetenhauses durch den Ausdruck „wissentlich“ ersetzt wurde. Dem Motivenberichte entnehmen wir nur, daß man dadurch den dolosen (sic!) Charakter dieser Delikte zu bezeichnen gesucht hat. Bemerkenswert ist, daß das Gesetz vom 4. Jänner 1903 Nr. 10 R. G. Bl. betreffend das Verbot des Terminhandels in Getreide und Mühlenfabrikaten wiederum die vorsätzliche Zuwiderhandlung dem im § 14 statuierten Verbote der Notierung und Veröffentlichung von Kursen gewisser verbotener Geschäfte als Vergehen erklärt, obgleich es sich doch offenbar um ein reines Ungehorsamsdelikt handelt.

11) Vgl. dazu die Definition der einfachen Beleidigung nach § 186 d. St. G.: „Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, wegen Beleidigung bestraft“. Betreffs der diese Bestimmung betreffenden Kontroversen vgl. *Liszt* 329 und *Löffler* 265 Anm. 13.

reicht in diesen Fällen der *dolus eventualis* nicht hin, woraus folgt, daß das Wissen des Täters erforderlich ist, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei wahr. Derselben Meinung ist *Lucas* (S. 35 f.), jedoch nur betreffs der §§ 164, 187 und 189, wofür er die Entstehungsgeschichte des § 164 ins Treffen führt; in den übrigen Fällen (also namentlich in dem Falle des § 278) hält er die Wendung „wider besseres Wissen“ als gleichbedeutend mit „wissentlich“.

*Liszt*¹²⁾ dagegen vertritt die Ansicht, daß die Wendung „wider besseres Wissen“ durchgehends im Sinne von „wissentlich“ und somit im Sinne von „vorsätzlich“ gebraucht sei, daß alle drei Begriffe synonym sind, und daß mithin dort, wo das Gesetz Handeln wider besseres Wissen verlangt, das bloße Wissen der Möglichkeit des Gegenteils, falls der *dolus eventualis* hinzutritt, genügt.

Für die Meinung *Lissts* scheint manches zu sprechen. Denn es ist nicht einzusehen, warum hier mit dem Begriffe des Wissens ein anderer Sinn verbunden sein sollte als in den übrigen oben erwähnten Fällen, wo das Gesetz diesen Begriff, gekleidet in die Ausdrücke „wissentlich“, „wissend“ u. a. in den Tatbestand zahlreicher Delikte aufgenommen hat. Kann ja doch „wider besseres Wissen“ offenbar nichts anderes bedeuten als: „wider Wissen des Gegenteils“, mithin etwa ebensoviel wie: obzwar er weiß, obgleich ihm bekannt ist, daß das Behauptete der Wahrheit nicht entspricht. Aus der gesetzlichen Diktion selbst kann also durch wörtliche Interpretation nichts anderes deduziert werden, als wenn das Gesetz lauten würde: wer wissentlich eine Unwahrheit behauptet u. ä. Wenn man daher in allen anderen Fällen, wo die Wissentlichkeit in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen oder auch nicht aufgenommen wurde, das Wissen der Möglichkeit des Vorhandenseins des betreffenden Tatbestandsmerkmals, sei es an und für sich, sei es in Verbindung mit dem *Eventualdolus*, zum Vorsatze als genügend betrachtet, muß dasselbe folgerichtig auch für diejenigen Fälle behauptet werden, in denen das Gesetz die Wendung „wider besseres Wissen“ gebraucht hat.

Die gegenteilige Meinung *Olshausens* und *Lucas'* wäre auch sachlich bedenklich. Angenommen z. B., jemand würde aus Rache seinen Nachbar wegen eines in der Nacht an dem Anzeiger verübten Diebstahls zur Anzeige bringen. Wer den Diebstahl verübt hat, ist unbekannt; auch der Anzeiger weiß es nicht. Er hält es zwar nicht für ganz ausgeschlossen, daß es sein Nachbar war, aber Beweise hat er keine dafür. Er ist sich dessen wohl bewußt, daß es ebensowohl jemand anderer sein könnte. Es ist ihm übrigens ganz gleichgültig;

12) Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 128 f., dann Lehrbuch S. 151 Anm. 5, S. 330, 586; vgl. auch die daselbst angeführte, ziemlich karge Literatur.

ihm handelt es sich nur darum, den Nachbar in Strafe zu bringen. Soll hier etwa der Anzeiger straflos sein aus dem Grunde, weil das Wissen der Möglichkeit, daß die Anzeige unwahr sei, zum Vorsatze nicht genügt?

Wenn wir aber das Bewußtsein dieser Möglichkeit als zum Vorsatze hinreichend erklären, wer würde es dann je wagen, gegen jemanden eine Strafanzeige zu erstatten? Daß die Versuche hier durch das Erfordernis des *dolus eventualis*, eine Grenze zu ziehen, fehlschlagen müssen, dürfte oben wohl zur Genüge dargetan worden sein. Wir wiederholen nur, daß auch der hypothetische Teilungsgrund der Vorstellungstheorie (wie würde der Täter im Bewußtsein der Gewißheit gehandelt haben?) hier unbrauchbar ist. Es würde ja dann z. B. jener, der mit seinem Nachbar in Feindschaft lebt, selbst dann, wenn die schlagendsten Verdachtsgründe vorlägen, nicht wagen dürfen, gegen den Nachbar die Anzeige zu erstatten, weil er für den Fall, daß sich der Verdacht doch nicht bewahrheiten würde, die Annahme fürchten müßte, daß er die Anzeige erstattet hätte, selbst wissend, daß sie unwahr sei.

Doch gehen wir weiter. Wenn zum Vorsatze das Wissen der Möglichkeit in allen übrigen Fällen genügt, so reicht es folgerichtig auch im Falle des § 344 d. St. G. hin. Dieser lautet:

„Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.“

Hiernach würde auch nur ein Zweifel des Beamten von der Schuld des Verdächtigen dazu genügen, um den Beamten ins Zuchthaus zu bringen. Wiewohl gegen diese Auslegung unser Rechtsgefühl sich sträubt, dennoch können wir zu einem anderen Resultate nach dem Angeführten gar nicht gelangen, und zwar auch dann nicht, wenn wir die allgemeine Vorschrift des § 59 heranziehen. Denn deutet man diese mit der herrschenden Meinung dahin, daß das Nichtkennen eines Tatumstandes durch das Kennen auch nur der Möglichkeit dessen Vorhandenseins ausgeschlossen werde, so liegt es auf der Hand, daß in unserem Falle die Kenntnis der Möglichkeit, der Verdächtige sei unschuldig, die Unkenntnis seiner Unschuld ausschließt und mithin zur Kenntnis seiner Unschuld hinreicht. Wollten wir aber den Ausdruck „bekannt sein“ im § 344 derart auslegen, daß er die Kenntnis der Gewißheit voraussetze und die Kenntnis der Möglichkeit der Unschuld nicht mit umfasse, so würden wir dahin kommen, daß das „Bekanntsein“ im § 344 und das „Nichtkennen“ im § 59 — nach den Grundsätzen der Logik doch zweifellos kontradiktorische Begriffe — hier tatsächlich nicht kontradiktorisch sind, da weder der eine noch der

andere Begriff die Kenntnis der bloßen Möglichkeit umfaßt, welche mithin zwischen den beiden irgendwo in der Luft hängt.

Ungeachtet dieses Widerspruches halten wir es für ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber im § 344 mit Zuchthaus auch den Beamten bedrohen wollte, welcher sich der Möglichkeit bewußt war, daß der Verdächtige unschuldig sei. Denn wenn es wirklich die Intention des Gesetzgebers gewesen wäre, so müßte mit Recht gefragt werden, wo sich ein Staatsanwalt oder ein Richter finden würde, der sein Amt noch weiter versehen wollte. Es scheint beinahe absurd zu sein, daß das Gesetz so etwas hätte im Sinne haben können. Aber ebenso betrachten wir es als unzweifelhaft, daß anders der Anzeiger aus Rache zu beurteilen ist, anders derjenige, welcher eine Anzeige in gutem Glauben zwecks Förderung der Gerechtigkeit erstattet und wieder anders noch vielleicht jener, der in Ausübung seiner Amtspflicht gehandelt hat. Die Kenntnis eines gewissen Grades der Möglichkeit des Gegenteils, die uns bei dem einen nicht genügt, werden wir bei dem andern vielleicht als völlig hinreichend betrachten.

Sache des Gesetzgebers ist es, durch klare Vorschriften in dieser Beziehung der Praxis eine feste Grundlage zu bieten. Daß das deutsche Strafgesetz es nicht getan hat, darüber kann wohl nach dem Gesagten kein Zweifel mehr bestehen. Die allgemeine Vorschrift des § 59 gibt keine Handhabe in der fraglichen Richtung, und der Umstand, daß das Requisite der Wissentlichkeit in den gesetzlichen Tatbestand einzelner Delikte ohne jegliches Prinzip aufgenommen wurde, hat die Verwirrung nur noch gesteigert.

§ 10.

Der Gefährdungsvorsatz.

Die Verlegenheiten der herrschenden Lehren von den Schuldformen des Strafrechts erreichen ihren Höhepunkt in bezug auf die sogenannten Gefährdungsdelikte. Man versteht darunter bekanntlich jene zahlreichen strafbaren Handlungen des positiven Rechts, deren Tatbestand grundsätzlich nicht eine Verletzung, sondern nur eine Gefährdung von Rechtsgütern erfordert.

Die Gefahr ist mithin ein Merkmal des Tatbestandes dieser Delikte. Es ist aber nicht unbedingt erforderlich, daß dieses Merkmal in der legalen Definition des Deliktes eben durch die Bezeichnungen „Gefahr“ oder „Gefährdung“ zum Ausdruck gelangt, sondern es genügt, was immer für ein Ausdruck, der diesen Begriff beinhaltet. In der Tat finden wir, daß das positive Recht hier und da auch andere Wendungen zur Bezeichnung des Tatbestandsmomentes der Gefahr verwendet, z. B.:

tödliche Waffen (beim Zweikampf), giftige Stoffe (bei der Vergiftung), gesundheitsschädliche Stoffe (Lebensmittelgesetz) u. a. m.

Auf den Ausdruck kommt es selbstredend nicht an; der Begriff entscheidet. Es ist daher notwendig, sich zuvörderst ein wenig mit dem Begriffe der Gefahr zu befassen.

Dieser Begriff ist bekanntlich im Strafrechte ungemein strittig. Wir wollen hier vorläufig die bekannte Kontroverse beiseite lassen, ob die Gefahr ein objektiver Zustand oder etwas bloß Subjektives sei. Dieser Streit, auf den wir noch zurückkommen werden, hat wohl mehr einen scholastischen Charakter. Auch die auf den sachlichen Inhalt des Gefahrbegriffes bezüglichen Kontroversen werden erst unten (§ 13) eingehend besprochen werden. Für den uns hier vorschwebenden Zweck genügt es, wenn wir erwähnen, daß, wie im ganzen übereinstimmend anerkannt wird, das Wesen der Gefahr in der Möglichkeit eines schädlichen Erfolges besteht. Freilich wird auch da von einer nahen, dort von einer bedeutenden oder großen Möglichkeit, anderenorts wieder von der Wahrscheinlichkeit eines solchen Erfolges u. ä. gesprochen. Aber schon der Umstand, daß eine genaue quantitative Abstufung der Möglichkeit und insbesondere deren Abgrenzung von der Wahrscheinlichkeit in dieser Beziehung undurchführbar ist, läßt erkennen, daß solche Bezeichnungen zu einer näheren Beleuchtung des Gefahrbegriffes überhaupt und im Strafrechte insbesondere nicht beizutragen vermögen. Der Grund, warum zu diesen Wendungen gegriffen wird, liegt offenbar in der Erkenntnis, daß geringere Grade der Gefährdung für das Strafrecht meistens bedeutungslos sind. Doch die Erfahrung lehrt, daß bei gewissen Verhältnissen auch Fälle einer großen, bedeutenden, nahen Verletzungsmöglichkeit (z. B. von Luftschiffen im Ballon, von Bergleuten in Bergwerken, der Löschmannschaft bei der Feuersbrunst) kriminalistisch ohne Belang sind.

Wie diese Erscheinung zu erklären und von welcher Seite sie kriminalistisch anzufassen sei, wird seinesorts gezeigt werden. Hier müssen wir uns vorläufig damit begnügen, die Gefahr als Möglichkeit eines schädigenden Erfolges, mithin als Möglichkeit einer Rechtsgüterverletzung zu bestimmen; über diesen Begriff hinaus ist meines Erachtens auch die herrschende Doktrin nicht gekommen und hat, wie wir sehen werden, auch gar nicht weiter kommen können.

Und nun prüfen wir die subjektive Seite der Gefährdungsdelikte, vor allem der dolosen. Worin besteht der Gefährdungsvorsatz?

Wenn das Wesen des Verletzungsvorsatzes in einer bestimmten, charakteristischen Relation der Psyche zum Verletzungserfolge, also zu der Verletzung liegt, so ist es einleuchtend, daß, wenn der Vorsatzbegriff, wie es wohl gar nicht anders sein kann, überhaupt eine kon-

stante technische Bedeutung hat, das Wesen des Gefährdungsvorsatzes in demselben charakteristischen Verhältnisse der Psyche zum Gefährdungserfolge, mithin zu der Gefährdung, der Gefahr gesucht werden muß, mit anderen Worten — um uns zuerst auf den Standpunkt der Willenstheorie zu stellen — wenn der Verletzungsvorsatz das Wissen und Wollen der Verletzung ist, so ist der Gefährdungsvorsatz das Wissen und Wollen der Gefährdung. Wer die Verletzung wußte und wollte, hat vorsätzlich verletzt, wer die Gefahr wußte und wollte, der hat vorsätzlich gefährdet, allerdings, wie gesagt, vom Gesichtspunkte der Willenstheorie aus gesprochen.

Bisher scheint also alles einfach und klar zu sein, doch nur insofern, als wir an der Oberfläche bleiben. Sobald wir tiefer gehen und zu analysieren anfangen, kommen auch schon die Schwierigkeiten.

Denn wie wir schon vorausgeschickt haben, ist die Gefahr nichts anderes als die Möglichkeit einer Rechtsgüterverletzung, also was gleichbedeutend ist, die Möglichkeit des Eintrittes des Verletzungserfolges. Wenn wir nun den Gefahrbegriff in der gewonnenen Definition des Gefährdungsvorsatzes durch diese Begriffsbestimmung ersetzen, kommen wir zu dem Resultate, daß der Gefährdungsvorsatz (nach der Willenstheorie) das Wissen und Wollen der Möglichkeit der Rechtsgüterverletzung, also das Wissen und Wollen der Möglichkeit des Eintrittes des Verletzungserfolges ist. Doch werden dadurch nicht gewisse Erinnerungen wachgerufen? Das Wissen (die Voraussicht) der Möglichkeit des Verletzungserfolges hat uns oben viel beschäftigt. Ist es ja, wie wir gesehen haben, dasjenige Gebiet, welches die Willenstheorie unter den Vorsatz und die Fahrlässigkeit mit Hilfe ihres — nach unserem Dafürhalten untauglichen — Teilungsgrundes des Willens zu verteilen bestrebt ist.

Doch wie immer man auch über die Eignung dieses Teilungsgrundes denken mag, das eine ist wohl zweifellos, daß damit das ganze strittige Gebiet, d. h. die ganze Voraussicht der Möglichkeit der Verletzung, unter den (eventuellen) Vorsatz und die (bewußte) Fahrlässigkeit verteilt werden soll, daß mithin dasjenige, was jenem nicht zugesprochen wird, dieser zufällt und umgekehrt. Daraus geht aber klar hervor, daß zwischen dem Eventualvorsatz und der bewußten Fahrlässigkeit keine Lücke für eine weitere Schattierung der Schuld leer geblieben ist, die etwa vom Gefährdungsvorsatz ausgefüllt werden könnte. Wenn daher der Gefährdungsvorsatz sich in dieser Gegend überhaupt niederlassen soll — und daß er sich nicht anderswo niederlassen kann, dürfte kaum zu bezweifeln sein — kann ihm kein selbständiges Gebiet, sondern nur ein Teil des bereits okkupierten Territoriums zugewiesen werden.

Doch welcher Teil ist es und wodurch ist er bestimmt? Ist es

das Gebiet des *dolus eventualis*? ganz oder nur zum Teile? Oder ist es das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit, das ganze oder nur ein Teil davon? Oder ist es vielleicht das ganze oder ein Teil sowohl von dem einen als auch von dem anderen Gebiete, in eins vereinigt?

Die Lösung dieses Problems ist offenbar von der Beantwortung der Vorfrage abhängig, wie sich das Wesen des Gefährdungsvorsatzes, d. h. das Wissen und Wollen der Möglichkeit des Verletzungserfolges zu jenem Kriterium verhält, welches die Willenstheorie zur Verteilung der Voraussicht (= Wissen) der Möglichkeit dieses Erfolges unter den *dolus (eventualis)* und die (bewußte) *culpa* anwendet. Dieses Kriterium ist, wie wir gesehen haben, das eventuelle Wollen des Erfolges, d. h. das Wollen des Erfolges für den Fall seines Eintrittes.

Wie verhält sich also das Wollen der Möglichkeit des Verletzungserfolges (der Gefahr) zum eventuellen Wollen dieses Erfolges selbst? Zweifellos ist, daß derjenige, welcher den Verletzungserfolg auch nur eventuell will, mindestens auch die Möglichkeit dieses Erfolges (die Gefahr) will. Ist ja die Gefahr eben nur ein gewisses Vorstadium der Verletzung. Unzweifelhaft umfaßt also der eventuelle Verletzungsvorsatz auch den Gefährdungsvorsatz. Aber ebenso sicher scheint es, daß derjenige, welcher gefährden will, nicht immer auch den Verletzungserfolg herbeiführen will. Ich will z. B. jemanden in Gefahr bringen, um ihn zu schrecken oder um ihn selbst zu retten und dadurch eine Belohnung zu verdienen.

Wenn wir dies aber etwa als Unterscheidungsmerkmal zwischen Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz verwerten wollten und sagen würden — wir werden sehen, daß dies tatsächlich zumeist geschieht — der Gefährdungsvorsatz im technischen Sinne liege nur dann vor, wenn der Täter die Verletzung nicht herbeiführen wollte, sonst sei er durch den Verletzungsvorsatz konsumiert, ist es klar, daß dann das ganze Gebiet des Verletzungsvorsatzes, auch des eventuellen, für den Gefährdungsvorsatz abgesperrt ist und daß für diesen von der Voraussicht der Möglichkeit des Verletzungserfolges im äußersten Falle nur dasjenige erübrigt, was die Willenstheorie davon der Fahrlässigkeit zugewiesen hat. Dient ja doch eben dasselbe Unterscheidungsmerkmal, d. h. das eventuelle Wollen der Verletzung zur Abgrenzung des eventuellen Verletzungsvorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit.

Schon diese Konsequenz zeigt, daß dieses Unterscheidungsmerkmal nicht auch zur Abgrenzung des eventuellen Verletzungsvorsatzes von dem Gefährdungsvorsatz zu verwenden ist. Auf solche Art den Gefährdungsvorsatz einzuschränken, ist wohl niemandem eingefallen. Auch genügt ein flüchtiger Blick auf das Strafgesetz, um zu der Überzeugung zu kommen, daß eine solche Auslegung der ganzen, den Gefährdungs-

delikten im Einklange mit ihrer Entstehungsgeschichte gegebenen positivrechtlichen Struktur zuwiderlaufen würde. Kann ja wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß beispielsweise die drakonischen Strafen des § 4 des österreichischen und des § 5 des deutschen Sprengstoffgesetzes auch auf denjenigen gemünzt sind, der eventuell verletzen wollte. Daran kann der Umstand gar nichts ändern, daß, wie wir unten noch sehen werden, das positive Recht sich in dieser Beziehung nicht immer konsequent geblieben ist.

Aber wenn der gedachte Teilungsgrund zur Abgrenzung des eventuellen Verletzungsvorsatzes vom Gefährdungsvorsatz untauglich ist, dann liegt vom Gesichtspunkte der Willenstheorie überhaupt kein diesbezügliches Kriterium vor, woraus notwendig folgt, daß dem Gefährdungsvorsatz das **ganze** Gebiet des eventuellen Verletzungsvorsatzes zuzuweisen ist.

Daß der Gefährdungsvorsatz auch in das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit hinübergreift, das geht schon aus seiner oben gegebenen Begriffsbestimmung hervor. Es fragt sich aber, wie tief er in dieses Gebiet eingreift. Gibt es hier eine Grenze und wo ist sie?

Wenn die bewußte Fahrlässigkeit das Wissen der Verletzungsmöglichkeit, der Gefährdungsvorsatz dagegen das Wissen und Wollen dieser Möglichkeit ist, so liegt es auf der Hand, daß eine solche Grenze nur das Wollen, allerdings im Sinne der Willenstheorie — von deren Standpunkt aus wir die Sache hier unausgesetzt betrachten — also einschließlich des eventualen Wollens bilden könnte. Unter diesem Gesichtspunkte will aber die Verletzungsmöglichkeit offenbar derjenige, wer in Kenntnis der Möglichkeit, daß seine Handlung die Möglichkeit der Verletzung herbeiführen werde, also im Bewußtsein der Möglichkeit der Möglichkeit der Verletzung, dennoch auf die Gefahr dieser Verletzungsmöglichkeit, somit auf die Gefahr der Gefahr hin handelt (die Verletzungsmöglichkeit eventuell will). Das Labyrinth dieser potenzierten, schon ohnehin strittigen Begriffe, in das wir da hineingeraten sind, läßt erkennen, daß wir uns auf einem Irrwege befinden.

Wer tätig wird, wissend, daß er durch sein Tun eine Verletzungsmöglichkeit (Gefahr) herbeiführt, von dem muß behauptet werden daß er diese Möglichkeit (keinesfalls noch die Verletzung selbst) billigt, eventuell will. Jede weitere Unterscheidung führt unausweichlich in das gedachte Labyrinth hinein. Das Element des Wollens hat seine Pflicht der Willenstheorie gegenüber schon in bezug auf den rechtswidrigen Erfolg selbst bei Abgrenzung des eventuellen Verletzungsvorsatzes von der bewußten Fahrlässigkeit erfüllt. Als weiterer Teilungsgrund innerhalb der bewußten Fahrlässigkeit zu deren Unterscheidung vom Gefährdungsvorsatz erscheint er unanwendbar. Auch hier jedoch steht der Willenstheorie kein anderer Teilungsgrund zur

Verfügung und ist auch ein solcher, soviel uns bekannt, von keinem Anhänger dieser Lehre in Antrag gebracht werden. Dann bleibt aber nichts anderes übrig, als auch die ganze, ungeteilte bewußte Fahrlässigkeit zum Gefährdungsdolus zuzuweisen.

Zu diesen Ergebnissen muß übrigens auch die Vorstellungstheorie gelangen. Es gilt hier mutatis mutandis alles, was wir eben vom Gesichtspunkte der Willenstheorie aus gesagt haben. Auch die Vorstellungstheorie verteilt mit Hilfe ihres bekannten hypothetischen Teilungsgrundes (wie der Täter gehandelt hätte; wissend, daß der Verletzungserfolg mit Gewißheit eintreten werde) die ganze Voraussicht der Möglichkeit der Verletzung unter den (eventualen) Verletzungsvorsatz und die (bewußte) Fahrlässigkeit. Auch nach dieser Theorie ist hier gewiß keine Lücke vorhanden, welche vom Gefährdungsvorsatz ausgefüllt werden könnte. Auch ihr hypothetisches Unterscheidungsmerkmal eignet sich nicht zur Durchführung einer weiteren Teilung innerhalb des eventuellen Verletzungsvorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit zwecks Ziehung einer Grenze für den Gefährdungsvorsatz. Wenn wir aus diesem den Fall ausscheiden, wo der Täter gehandelt hätte, auch wissend, daß die Verletzung eintreten werde, dann müssen wir auch hier den Gefährdungsvorsatz ausschließlich in das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit verweisen und, wenn wir innerhalb dieser mit Hilfe des gedachten hypothetischen Unterscheidungsmerkmals eine weitere Teilung vornehmen wollten, würden wir auch hier zu ähnlichen komplizierten, ebensowohl für die Doktrin, als auch für die Praxis unbrauchbaren Begriffspotenzen kommen, zu welchen wir oben auf dem Wege der Willenstheorie gelangt sind.

Auch hier müssen wir uns einfach mit der Folgerung begnügen, daß, wer eine Handlung in Kenntnis der Möglichkeit des Verletzungserfolges vornimmt, dieselbe auch dann vorgenommen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß diese Möglichkeit (keineswegs noch der Erfolg selbst!) eintreten wird. Kurz und gut, auch die Vorstellungstheorie ist gezwungen, wenn sie zu einem halbwegs annehmbaren Resultate kommen will, die Domäne des Gefährdungsvorsatzes aus dem ganzen Gebiete des eventuellen Verletzungsvorsatzes und aus dem ganzen Gebiete der bewußten Fahrlässigkeit zu konstruieren.

Dann nimmt aber der Gefährdungsvorsatz sowohl zufolge der Willenstheorie, als zufolge der Vorstellungstheorie das ganze Wissen der Verletzungsmöglichkeit ohne weitere Differenzierung ein, mit anderen Worten: der Begriff dieses Vorsatzes deckt sich einfach mit dem Wissen der Möglichkeit der Verletzung, also mit dem Bewußtsein (der Voraussicht) der Gefahr: Gefährdungsbewußtsein und Ge-

fährdungsvorsatz, bewußte Gefährdung und vorsätzliche Gefährdung sind identische Begriffe¹⁾.

Freilich ist auf solche Weise aus dem Begriffe des Gefährdungsvorsatzes das Element des Wollens, somit eben das zufolge der Willenstheorie charakteristische Merkmal des Dolus, gänzlich verschwunden. Die Vorstellungstheorie bleibt zwar von einem so verhängnisvollen Ergebnisse verschont; man darf jedoch nicht vergessen, daß der gewonnene Begriff des Gefährdungsvorsatzes auch weit über die von der Vorstellungstheorie dem Dolus gezogenen Grenzen hinausgreift. So bricht sich denn auch hier der natürliche Strom der bewußten Schuld mit eigener unbezwingbarer Kraft den Weg durch die ihn verlegenden bemoosten Felsblöcke der hergebrachten, künstlich konstruierten Schuldformen hindurch²⁾.

An den eben gewonnenen Ergebnissen kann sich auch dadurch nichts ändern, wenn man an Stelle des Begriffes der Gefahr als der Möglichkeit einer Verletzung mit diesem Begriffe im Sinne eines gewissen objektiven Zustandes operieren wollte. Denn dieser Zustand muß eben gefährlich, und die Gefahr, also die Verletzungsmöglichkeit, dem Täter bekannt sein; wir sind mithin wieder dort, wo wir früher waren, nämlich bei der Verletzung selbst. Ist die Psyche des Täters in einer bestimmten Relation zu der Möglichkeit der Verletzung, so ist sie notwendigerweise auch in einer gewissen, wenn auch vielleicht qualitativ anderen Relation zu der Verletzung selbst; wer die Möglichkeit der Verletzung im Sinne hat, der denkt eo ipso auch an die Verletzung selbst. Wir werden sehen, daß gegen dieses so selbstverständlich klingende Axiom des öfteren gesündigt wurde.

Damit ist der essentielle Zusammenhang des Verletzungsvorsatzes und des Gefährdungsvorsatzes gegeben; und deswegen kommt man aus diesem Kreise selbst dann nicht heraus, wenn man als Gegenstand des Rechtsschutzes und mithin auch als Angriffsobjekt bei den Gefährdungsdelikten ein wesentlich anderes Rechtsgut bezeichnet, als dasjenige, welches zu schützen die korrele Verletzungsstrafnorm bestimmt ist, z. B. die Sicherheit, die Ungestörtheit der Existenz dieses ursprünglichen Rechtsgutes³⁾.

Aus den gewonnenen Resultaten ergibt sich das Verhältnis des

1) Das Bewußtsein der Gefahr betrachten als zureichend zum Gefährdungsvorsatz namentlich: *Berner* 640 f., *Rohland* 24, *Rotering* Jur. Viert. 30. Bd. S. 133.

2) Das zeigt sich wohl am besten an denjenigen Gefährdungsdelikten, in deren Tatbestand das Requisite der Vorsätzlichkeit durch das Merkmal der Wissentlichkeit ersetzt ist; vgl. namentlich den § 18 des österr. und § 12 des deutschen Lebensmittelgesetzes.

3) So *Binding* I, 372 f., *Busch* 31 f.; vgl. hierzu *Zucker* G.S. 44. Bd. S. 442 f.

Verletzungsvorsatzes und des Gefährdungsvorsatzes. Die beiden Begriffe kreuzen sich; das Gebiet des eventuellen Verletzungsvorsatzes ist ihnen gemeinsam; wird diesem der direkte Verletzungsvorsatz hinzugefügt, kommt der Verletzungsvorsatz als Ganzes heraus; vereinigt man dagegen mit dem als gemeinsam bezeichneten Gebiete die bewußte Culpa, ergibt sich der Gefährdungsvorsatz. Mathematisch dargestellt:

Verletzungsvorsatz = eventueller Verletzungsvorsatz
 + direkter Verletzungsvorsatz;
 Gefährdungsvorsatz = eventueller Verletzungsvorsatz
 + bewußte Fahrlässigkeit.

Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß wir diese Ergebnisse als unsere eigenen betrachten. Wir waren nur nach Kräften bestrebt, auf der von der herrschenden Doktrin gebotenen Grundlage einen annehmbaren Begriff des Gefährdungsvorsatzes zu konstruieren. Da wir aber diese Grundlage selbst, d. h. die ganze heutige Lehre von den Schuldformen, als verfehlt betrachten, können wir auch das so gewonnene Resultat nicht als unser eigenes akzeptieren. Wir behalten uns daher vor, unsere Meinung betreffs der Gefährdungsdelikte an geeigneter Stelle auseinanderzusetzen.

Hätte das positive Recht sich an den oben deduzierten Begriff des Gefährdungsvorsatzes gehalten und auf dieser Grundlage konsequent weiter gebaut, hätte es meines Erachtens mindestens zu halbwegs befriedigenden Ergebnissen gelangen und die gegenwärtig herrschenden Wirren vermeiden können. Bevor wir uns jedoch mit diesen befassen werden, wollen wir sehen, auf welche Weise die Doktrin zu dem Gefährdungsvorsatz Stellung nimmt.

Binding geht von der Ansicht aus, daß das Schutzobjekt und mithin auch das Angriffsobjekt bei den Gefährdungsverboten ein anderes ist als bei den Verletzungsverboten, nämlich die Existenzsicherheit des durch das Verletzungsverbot geschützten Rechtsgutes. Daher sind die Gefährdungsverbote nicht in den Verletzungsverboten enthalten, sondern stehen selbständig neben diesen. Der Gefährdungsvorsatz ist auf Erregung der Gefahr gerichtet und besteht in dem Bewußtsein, daß durch die Handlung die Masse der zu dem Erfolge hinstrebenden Bedingungen auf eine solche Art bestärkt wird, daß es nur noch wenig mehr bedarf, um ihr das Übergewicht zu verschaffen. Die Besorgnis um das Rechtsgut, die den Impuls zum Gefährdungsverbote gab, ist Besorgnis des Gesetzgebers, welche von dem gefährdenden Täter nicht geteilt zu werden braucht, ja nicht einmal geteilt werden darf, wenn sein Vorsatz Gefährdungsvorsatz bleiben soll. Der Gefährdungsvorsatz und der Verletzungsvorsatz können

nebeneinander nur hinsichtlich verschiedener Rechtsgüter bestehen; so verträgt sich beispielsweise der auf Lebensgefährdung gerichtete Vorsatz mit dem auf Körperverletzung sich richtenden Vorsatz. Sobald man aber als Objekt der beiden dasselbe Rechtsgut sich vorstellt, vertragen sich der Gefährdungs- und der Verletzungsvorsatz miteinander nicht, sondern schließen sich gegenseitig aus. Daraus folgt, daß, wenn sowohl die Verletzung eines Gutes als dessen Gefährdung verboten ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit einen anderen Inhalt bei den Übertretungen der Verursachungs- als bei den der Gefährdungsverbote haben. Ist nur die Übertretung des Gefährdungsverbotes ausdrücklich unter Strafe gestellt, so wird nach diesem Strafgesetz auch die versuchte und vollendete Verletzung zu bestrafen sein; die Übertretung des Verletzungsverbotes wirkt dann aber als strafferhöhend⁴⁾.

Obwohl wir die in dem letzten Satze enthaltene offenbare Inkonsequenz gegen die vorentwickelten Grundsätze als eine bloße, dem positiven Rechte gemachte Konzession betrachten, müssen wir nichtsdestoweniger die von *Binding* gegebene Begriffsbestimmung des Gefährdungsvorsatzes als unklar, als nebelhaft bezeichnen. Aus seinen Ausführungen erhellt nur das eine: halten wir mit *Binding* dafür, daß Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz, gerichtet auf dasselbe Rechtsgut, sich ausschließen, so bleibt nichts anderes übrig, als entweder den *dolus eventualis* aus dem Verletzungsvorsatz auszuschneiden und ihn dem Gefährdungsvorsatz zuzuweisen oder den Gefährdungsvorsatz ausschließlich in das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit zu verbannen. *Tertium non datur*. Das ist ein unausweichlicher, zwingender Schluß aus dem oben Gesagten. Das letztere widerstreitet der Entwicklungsgeschichte der Gefährdungsdelikte und deren gegenwärtigen gesetzlichen Regelung; auf das erstere dürfte *Binding* selbst kaum submittieren wollen. Bei Anwendung des von *Binding* entwickelten Begriffes des Gefährdungsvorsatzes auf einzelne Delikte springen übrigens die bedenklichen Folgen seiner unklaren Begriffsbestimmung mehr noch in die Augen.

Finger (Gefahr S. 114) verweist, was den Begriff des Gefährdungsvorsatzes betrifft, einfach auf die Doluslehre:

„Die subjektive Seite der eigentlichen Gefährdungsverbrechen bietet nichts von der aller übrigen Bewirkungsverbrechen abweichendes. Die Frage, ob dem Täter die aus seiner Handlung entstandene Gefahr zuzurechnen sei, wird nicht anders zu beantworten sein wie die Frage nach der Zurechnung irgend eines anderen Erfolges. Die Frage nach dem Dolus wird hier nicht anders als bei den Verletzungsverbrechen zu lösen sein.“

4) Vgl. namentlich Lehrbuch II, 3, Normen I, 111 f., 121 f., 372 f., II, 455 f., 519 f.

So einfach ist die Sache aber doch nicht, wie *Finger* (Gefahr S. 121) selbst zuzugeben sich sofort gezwungen sieht:

„Die subjektive Seite doloser Gefährdung hat viele Ähnlichkeit mit der kulposer Verletzung; in keinem dieser beiden Fälle darf eine Verletzung gewollt sein; während sie aber im Falle kulposer Verletzung eintritt, weil der Täter blind darauf los handelte und fahrlässigerweise seine Handlung nicht von dem Gesichtspunkte prüfte, ob sie nicht Rechtsgüter verletze, schwebt die Möglichkeit einer Verletzung dem dolos Gefährdenden vor, auch er will sie nicht, dennoch vermeidet er die Handlung nicht, aus der sie nach seiner Meinung leicht entstehen kann. Hält man fest, daß mit der Vornahme einer Handlung auch gewisse Erfolge, von denen der Täter erkennt, daß sie sich mit seiner Handlung entwickeln, als gewollt zuzurechnen sind, so ergibt sich die große Schwierigkeit, die sich der Abgrenzung der dolosen Gefährdung von der Verletzung entgegenstellt.“

Daraus geht hervor, daß auch *Finger* (ebenso wie *Binding*) den Gefährdungsvorsatz für ausgeschlossen erhält, wenn der Täter die Verletzung wollte, daß er mithin den Gefährdungsvorsatz als mit dem Verletzungsvorsatze unvereinbar betrachtet. Doch damit ist der Gefährdungsvorsatz, wie schon oben erwähnt, gänzlich in das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit verwiesen. Wenn aber *Finger* durch das weiter Angeführte etwa beabsichtigte, den Unterschied zwischen der bewußten Fahrlässigkeit und dem Gefährdungsvorsatze zum Ausdrucke zu bringen, mit anderen Worten, wenn er diesen auch von dem Gebiete der bewußten Fahrlässigkeit verdrängen will, dann ist nicht abzusehen, wo er ihn eigentlich zu unterbringen gedenkt. Etwas in eine Lücke zu zwängen dort, wo keine besteht, ist eine reine Unmöglichkeit. Daß jeder darauf abzielende Versuch Schwierigkeiten macht, glauben wir aufs Wort⁵⁾. Übrigens läßt die Art und Weise, wie *Finger*

5) Einen sprechenden Beweis dafür liefert m. E. der berüchtigte § 87 österr. St. G. (Verbrechen der öffentlichen Gewalttätigkeit durch boshafte Handlungen oder Unterlassungen unter besonders gefährlichen Verhältnissen). Dieser Paragraph war bekanntlich in dem Strafgesetze vom J. 1803 noch nicht enthalten, sondern wurde erst bei der Revision vom J. 1852 eingefügt. Geht man nun von der Voraussetzung aus, daß im St. G. vom J. 1803 das allgemeine fahrlässige Delikt gegen die Sicherheit des Lebens (§ 89 des II. Teils) hinsichtlich der subjektiven Tatseite sich eng an die allgemeinen, für dolose Verletzung und Tötung gegebenen Normen anschloß — und etwas anderes ist wohl kaum denkbar, wenn man nicht annehmen will, daß hier eine Lücke bestand und daß mithin die einschlägigen Fälle bis zum J. 1852 straflos waren! — so ist nicht abzusehen, wohinein der Dolus des § 87 St. G. gepreßt werden könnte, ohne von der Schuldseite jener allgemeinen Normen, sei es der dolosen, sei es der kulposen, sei es beider, ein Stück abtrennen zu müssen. Die daraus sich ergebenden Schwierigkeiten werden noch dadurch erhöht, daß die herrschende Meinung die Auffassung des ersten Deliktsfalles des § 87 (Herbeiführung

den Gefährdungsvorsatz von der bewußten Fahrlässigkeit abzugrenzen sich bemüht, deutlich die Verlegenheiten erkennen, die ihm die Sache bereitet. Ja, je aufmerksamer wir seine Ausführungen lesen, desto mehr scheint es uns, als ob er eigentlich die Grenze zwischen der bewußten und der unbewußten Fahrlässigkeit gezogen hätte.

Auch *Buri* (G. S. 40. Bd. S. 514 f.) glaubt mit den allgemeinen Grundsätzen vom Vorsatze auch bezüglich der Gefährdung ganz gut auskommen zu können.

„Die Verursachung eines gefährdenden Zustandes ist gerade so zu beurteilen, wie die Verursachung jedes anderen Erfolges. Darum muß er ein gewollter gewesen sein, wenn seine Herbeiführung als eine vorsätzliche soll betrachtet werden dürfen.“

Aber *Buri* selbst liefert sofort einen schlagenden Beweis dafür, daß die Sache doch nicht so einfach ist, wie er glaubt:

„War hingegen der Wille auf Herbeiführung eines Zustandes gerichtet, welcher nur möglicherweise die Verletzung eines Rechtsgutes befürchten lassen werde, so kann die verursachte Gefahr nur zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden.“

Wir bezweifeln, daß aus dieser Erklärung jemand einen klaren und richtigen Begriff des Gefährdungsvorsatzes gewinnen wird.

Auf einem der Meinung *Bindings* und *Fingers* entgegengesetzten Standpunkte steht *Weissenborn* (G. S. 50. Bd. S. 222), welcher die Ansicht vertritt, daß der Verletzungsvorsatz den Gefährdungsvorsatz einschließt, nicht aber umgekehrt.

„Denn wer eine Verletzung als möglichen Erfolg voraussieht, kann die Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges nicht vermeiden wollen Stellt er sich die Verletzung als vermeidlich vor und will er sie vermeiden, so kann er zwar die Möglichkeit der Verletzung nicht vermeiden wollen — denn das würde sein Können übersteigen — aber er will die Verletzung nicht.“

Busch geht in seiner schon öfters zitierten, unserer Frage gewidmeten Schrift „Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts“ (1897) mit *Binding* von dem Axiom aus, daß Schutzobjekt und mithin auch Angriffsobjekt bei den Gefährdungsdelikten ein neues, selbständiges Rechtsgut, nämlich die Sicherheit, die

einer Gefahr durch eine aus Bosheit unternommene Handlung) als eine Gemeingefährdung zurückweist, obwohl auf eine solche schon die Anreihung des zweiten Deliktsfalles (geflissentliche Außerachtlassung der bei dem Betriebe von Eisenbahnen und sonstigen im § 85 c bezeichneten Werken und Unternehmungen obliegenden Verpflichtungen) hindeutet. Und doch ist m. E. nur auf diesem Wege zu einem erträglichen Ergebnisse zu gelangen. Der von der herrschenden Meinung angerufene in gewissem Maße gleiche Wortlaut des § 85 b und des § 335 St. G. ist wohl nur von untergeordneter Bedeutung.

Ungestörtheit der Existenz des schon gegen die Verletzung geschützten Rechtsgutes ist, und daß das Verletzungsverbot das Gefährdungsverbot nicht in sich schließt⁶⁾. Desungeachtet und obgleich er zum Vorsatze (gerade so wie *Binding*) das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordert, kommt *Busch* in bezug auf den Begriff des Gefährdungsvorsatzes zu ganz anderen Resultaten als *Binding*. Nach *Busch* ist der Gefährdungsvorsatz „der in Tat umgesetzte Willensentschluß zu einer Handlung trotz des Bewußtseins, daß ihre Vollführung konkrete verbotene Gefährdung bedeutet, begleitet also von der Vorstellung des leicht möglichen rechtswidrigen Verletzungserfolges“ (S. 48.) Zwischen Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz sieht *Busch* keinen materiellen Unterschied (S. 55). Dies ist dadurch zu erklären, weil ihm auch zu dem Verletzungsvorsatze genügt, daß der Handelnde sich des leicht möglichen Eintrittes des Erfolges als eines rechtswidrigen bewußt war (S. 43.) „Zum Vorsatz der Gefährdung gehört die Vorstellung von der konkreten Gefährlichkeit der Handlung, das Wollen eines tatsächlich gefährlichen Zustandes“ (S. 45); dies genügt aber nach *Busch* auch zum Verletzungsvorsatze. „Bewußtes Wollen der Verletzungsgefahr ist bewußtes Wollen der eventuell eintretenden Verletzung. Es gibt keinen bloßen Gefährdungswillen“ (S. 46). Der Gefährdungsvorsatz ist daher der „niederste Intensitätsgrad des Verletzungsvorsatzes“ (S. 56), „die allgemeinste, einfachste . . . häufigste und auch am leichtesten zu erweisende Erscheinungsform des verbrecherischen Vorsatzes überhaupt“ (S. 53).

Wir können die Ansicht *Buschs* von dem Wesen des Gefährdungsvorsatzes nicht als unrichtig erklären; im Gegenteil, wir glauben daß sie sachlich mit dem übereinstimmt, was wir oben als das einzige annehmbare Resultat der derzeit herrschenden Schuldformenlehre erklärt haben. Freilich differiert dies scheinbar von den Ergebnissen *Buschs* darin, daß wir jenen geringsten Intensitätsgrad des Verletzungsvorsatzes, den nach *Busch* der Gefährdungsvorsatz bildet, als eventuellen Verletzungsvorsatz der herrschenden Doktrin bezeichnet haben. Wenn *Busch* es nicht tut, so dürfte dies darin seine Erklärung finden, daß er ein eventuelles Wollen nicht anerkennt und daher auch einen eventuellen Vorsatz nicht, sondern nur ein eventuelles Beabsichtigen (S. 39). Ferner umfaßt der Gefährdungsvorsatz zufolge der von uns oben aufgestellten Konstruktion auch die bewußte Fahrlässigkeit, während sich derselbe nach *Busch* auf das Gebiet des Dolus zu beschränken scheint. Doch der Dolus in der Gestalt, wie *Busch* sich ihn nach dem Gesagten vorstellt, reicht — wenn man von dem (offenbar nach dem Vorbilde *Bindings* aufgestellten) Erfordernisse des Bewußt-

6) Das gerade Gegenteil behauptet *Lotering* (G. A. 31. Bd. S. 270): „Die Gefährdungsverbote sind in den Verletzungsverboten eo ipso enthalten“.

seins der Rechtswidrigkeit und dann von der meines Erachtens bedeutungslosen Kennzeichnung der Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges als einer „leichten“ absieht — augenscheinlich gerade so weit wie die bewußte Fahrlässigkeit der herrschenden Doktrin.

*Liszt*⁷⁾ vertritt die Ansicht, daß der Gefährdungsvorsatz und der Verletzungsvorsatz als bestimmter und als eventueller Vorsatz ganz gut nebeneinander bestehen können, so daß es gleichgültig ist, welcher von beiden als eventueller erscheint. Hingegen ist ihr Zusammenbestehen im direkten Vorsatze nach *Liszt* begrifflich unmöglich. Wenn wir richtig verstanden haben, ist damit soviel gemeint, daß der Vorsatz des Täters nicht direkt auf die Gefährdung und zugleich direkt auch auf die Verletzung desselben Rechtsgutes gerichtet, sondern daß der Vorsatz in einer von den beiden bezeichneten Beziehungen nur ein eventueller sein kann. Als ob es ausgeschlossen wäre, daß der Vorsatz des Täters direkt auf die Herbeiführung einer für das Leben anderer gefährlichen Situation (z. B. der Strandung eines Schiffes) zu dem ebenso direkten Zwecke, die gefährdeten d. i. die auf dem Schiffe befindlichen Personen ums Leben zu bringen, gerichtet sei. Sonst bleibt auch *Lissts* Auffassung des Wesens des Gefährdungsvorsatzes für uns in Nebel gehüllt.

Einen besonderen Standpunkt nimmt *Stooss*⁸⁾ ein. Er meint, daß hinsichtlich des Verletzungserfolges bei einem Gefährdungsdelikte kein dolus vorliegt, auch kein dolus eventualis nicht — den übrigens *Stooss* wenigstens im Sinne der herrschenden Meinung nicht anerkennt — da die Verletzung nicht gewollt ist, daß hier aber doch mehr als Fahrlässigkeit vorliegt, ein Handeln auf Gefahr, eine Art dritte Schuldform, ein Mittelding zwischen dolus und culpa, welche die Zurechnung der Verletzung ermöglicht.

Wird das Angeführte zusammengefaßt, so ergibt sich, daß in der Doktrin vier wesentlich verschiedene Ansichten über das Wesen des Gefährdungsvorsatzes bestehen:

1. Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz schließen sich hinsichtlich desselben Rechtsgutes gegenseitig aus (*Binding*, *Finger*).
2. Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz können zwar nebeneinander bestehen, aber nur in der Weise, daß einer von ihnen ein eventueller ist (*Liszt*);
3. der Gefährdungsvorsatz ist notwendig in dem Verletzungsvorsatz enthalten, nicht aber auch immer umgekehrt dieser in jenem (*Weissenborn*, *Busch*);

7) Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, 132, Lehrbuch 151.

8) Z. 15. Bd. S. 199—201; vgl. hierzu auch die Motive zum Art. 58 und 59 des *Stooss'schen* Entwurfs II. Dagegen *Liszt*, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages 115 f.

4. der Gefährdungsvorsatz ist eine dritte (mittlere) Schuldform (Stooss);

Wenn die Doktrin bezüglich der Auffassung des Gefährdungsvorsatzes bisher eine solche Zerfahrenheit zeigt, so ist es einleuchtend, daß der Gesetzgeber des Deutschen Reichs im J. 1871 es zu keinem annehmbaren Resultate bringen konnte. Sämtliche Gefährdungsverbote des Reichsstrafgesetzbuchs liefern einen sprechenden Beweis dafür, daß hier nicht mit einem geläuterten, exakten Begriffe gearbeitet wurde, ja daß man im Finstern herumtappte. Das gilt übrigens auch von manchen neueren reichsdeutschen Strafgesetzen. Am besten hat sich dies an dem § 5 des deutschen Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884 gezeigt⁹⁾. Es hat wirklich den Anschein, als ob es dem Gesetzgeber gar nicht davon geträumt hätte, daß den in diesem Paragraphen aufgestellten drakonischen Strafen — die bloße Gefährdung wird mit Zuchthaus von 1 bis 15 Jahren bedroht — auch der Steinbrecher unterliegt, der die gelegte Dynamitpatrone zur Explosion bringt, obgleich er weiß, daß die in der Nähe befindlichen Zuschauer durch die herumfliegenden Steine verletzt werden können. Und doch läßt die zitierte Vorschrift keine andere Deutung zu, wenn der Gefährdungsvorsatz überhaupt eine von dem Verletzungsvorsatze verschiedene Bedeutung haben soll.

Wären übrigens die Gefährdungsverbote auf die bloße Gefährdung beschränkt, würde der Mangel eines exakten Begriffes des Gefährdungsvorsatzes trotz allem dem nicht so stark in die Augen springen, weil diese Verbote dann einfach in dem Falle zur Anwendung kommen würden, wenn eben keine Verletzung eingetreten ist. Nun sind aber die Gefährdungsdelikte des positiven Rechts zumeist, wenigstens insoweit sie gegen die Sicherheit des Lebens, der Gesundheit und überhaupt gegen die körperliche Integrität von Menschen sich richten, derart geregelt, daß neben den auf bloße Gefährdung gesetzten Grundstrafen schwerere Strafsätze für den Fall bestimmt sind, wenn Verletzungen eines bestimmten Grades, namentlich eine schwere Verletzung oder der Tod eines Menschen herbeigeführt wurden. Infolgedessen entsteht die Frage, in welchem Verhältnisse diese speziellen Strafgesetze zu den allgemeinen, für die vorsätzliche Körperverletzung oder Tötung geltenden Strafnormen stehen, namentlich aber, ob auf die Fälle der vorsätzlichen Körperverletzung oder Tötung diese oder jene anzuwenden sind.

9) „Wer vorsätzlich durch Anwendung von Sprengstoffen Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben eines anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft“. Das Gesagte bezieht sich übrigens auch auf den dieser Vorschrift offenbar nachgebildeten § 4 des österr. Sprengstoffgesetzes vom 27. Mai 1885 Nr. 134 R. G. Bl. Vgl. hierzu *Seuffert*, Anarchismus und Strafrecht S. 101 f. und *Zucker* G. S. 44. Bd. S. 438.

Der einzige richtige Vorgang meines Erachtens wäre der gewesen, wenn im Falle des eventuellen Verletzungsvorsatzes — der nach dem oben Gesagten das gemeinsame Gebiet beider Normen bildet — die *lex specialis*, also die besondere Gefährdungsnorm, mag sie milder oder strenger sein, gelten würde, im Falle des direkten Verletzungsvorsatzes aber grundsätzlich die allgemeine Verletzungsnorm, und wenn dort, wo der Gesetzgeber auch den direkten Vorsatz mit strengerer oder gelinderer Strafe, als die der allgemeinen Verletzungsnorm ist, ahnden wollte, er dies bei dem Gefährdungsverbote ausdrücklich bestimmt hätte.

Doch das deutsche Strafgesetz hat nicht nur nicht diesen Grundsatz beobachtet, sondern es ist fraglich, ob es überhaupt ein Prinzip vor Augen hatte und welches. Man vergleiche nur ein wenig die einzelnen Strafsätze. Wir haben da vor allem die Körperverletzungsverbote:

| | | |
|---|-------|---|
| § 211: vorsätzliche Tötung mit Überlegung (Mord) | | Todesstrafe |
| § 212: vorsätzliche Tötung ohne Überlegung | | Zuchthaus von 5 bis zu 15 Jahren |
| § 224: vorsätzliche Körperverletzung mit schwerem Erfolge | | „ „ 1 „ „ 5 „ oder Gefängnis „ 1 „ „ 5 „ |
| § 225: beabsichtigte schwere Körperverletzung | | Zuchthaus „ 2 „ „ 10 „ |

Vergleichen wir mit diesen allgemeinen Verletzungsverboten die einzelnen speziellen Gefährdungsverbote, so finden wir, daß dieselben zumeist den Fall des herbeigeführten Verletzungserfolges mit einer schwereren als der auf die vorsätzliche schwere Körperverletzung gesetzten oder mindestens mit der gleichen Strafe ahnden, und umgekehrt, für den Fall des durch die Handlung bewirkten Todes eine mildere Strafe als die der vorsätzlichen Tötung mit Überlegung androhen, z. B.:

| | im Falle einer schweren Körperverletzung Zuchthaus: | im Falle des tödlichen Ausganges Zuchthaus: |
|--|--|---|
| § 221: Aussetzung | von 1 bis zu 10 Jahren | von 3 bis zu 15 Jahren |
| § 229: vorsätzliche Beibringung von Gift (individuelle Vergiftung) | „ 5 „ „ 15 „ | von 10 Jahren bis lebenslänglich |
| § 315: vorsätzliche Gefährdung des Eisenbahntransportes | „ 5 „ „ 15 „ | von 10 Jahren bis lebenslänglich |

Nun entsteht die Frage, welche Normen zur Anwendung zu kommen haben, wenn der Täter in diesen Fällen die schwere Körperverletzung oder den tödlichen Erfolg vorsätzlich herbeigeführt hat, ob die allgemeinen Normen der §§ 211, 212, 224 beziehungsweise des § 225 oder die speziellen Gefährdungsnormen.

Wenn wir beide Fälle (schwere Körperverletzung und Tötung) nach den allgemeinen Verletzungsverboten behandeln, liegt es auf der Hand, daß dann die vorsätzliche (nicht beabsichtigte), schwere Körperverletzung unter eine mildere Strafe gestellt wäre als die nicht vorsätzliche schwere Körperverletzung, mit anderen Worten, daß derjenige, welcher eine von den gedachten Gefährdungshandlungen zu dem Zwecke vornimmt, um jemanden am Körper zu beschädigen, und tatsächlich ihn dadurch schwer verletzt, einer gelinderen Strafe unterliegen würde als jener, der ohne Verletzungsvorsatz gefährdete, wenn also die schwere Verletzung nur aus seiner Fahrlässigkeit oder durch Zufall entstanden ist.

Die Unhaltbarkeit einer solchen Gesetzesanwendung springt noch mehr in die Augen dort, wo schon die Gefährdung an und für sich (ohne Verletzung) unter strengere Strafe gestellt ist als die vorsätzliche Körperverletzung, z. B.:

| | im Falle der bloßen Gefährdung Zuchthaus: | im Falle der Tötung Zuchthaus: |
|--|---|----------------------------------|
| § 312: vorsätzliche Herbeiführung einer Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Menschenleben | von 3 bis zu 15 Jahren | von 10 Jahren bis lebenslänglich |
| § 324: vorsätzliche Brunnenvergiftung (gemeingefährliche Vergiftung) | „ 1 „ „ 10 „ | von 10 Jahren bis lebenslänglich |

In diesen Fällen wäre nach dem gedachten Grundsatz die bloße vorsätzliche Gefährdung strafbarer als die vorsätzliche Verletzung mit schwerem Erfolge.

Erklären wir hingegen die besonderen Gefährdungsnormen als für beide schweren Erfolge (schwere Verletzung und Tötung) gültig, so wird derjenige, welcher durch eine der gedachten Gefährdungstätigkeiten jemanden vorsätzlich mit Überlegung tötet, jedem anderen Mörder gegenüber das unbegründete Privilegium einer milderen Strafe genießen.

Vielleicht könnte man also die vorsätzliche Körperverletzung und die vorsätzliche unüberlegte Tötung nach der besonderen Gefährdungsnorm, die vorsätzliche Tötung mit Überlegung aber nach der allgemeinen Verletzungsnorm beurteilen? Das wäre freilich durch ein Überzeugungsoffer seitens jener bedingt, nach deren Ansicht, wie wir gesehen haben, der Verletzungsvorsatz und der Gefährdungsvorsatz nebeneinander, sei es überhaupt, sei es wenigstens im direkten Vorsatze, nicht bestehen können. Aber auch davon abgesehen, kommen wir auf diesem Wege zu keinen nach allen Richtungen hin befriedigenden

Ergebnissen. Denn einerseits müßte auch der Zweikampf, wenn der Vorsatz des Duellanten auf die Tötung des Gegners gerichtet war, folgerichtig (auch außer dem Falle des § 207) nach den strengeren allgemeinen Vorschriften der §§ 211 und 212 und nicht mit der milderen Strafe des § 206 geahndet werden, was wohl den Intentionen des Gebers zuwiderlaufen würde (vgl. §§ 202 und 206). Andererseits paßt der gedachte Grundsatz offenbar nicht auf das Delikt des § 327: Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit anderer durch vorsätzliche Beschädigung von Wasserwerken u. dgl., weil derjenige, welcher durch eine der in diesem Paragraphen bezeichneten Tätigkeiten jemandem absichtlich eine schwere Körperverletzung zufügt, nach § 321 bloß mit Zuchthaus von 1 bis zu 5 Jahren, also milder strafbar wäre, als nach der allgemeinen für absichtliche schwere Körperverletzung geltenden Vorschrift des § 225 (Zuchthaus von 2 bis zu 10 Jahren), obgleich die Beschaffenheit der im § 321 bezeichneten verbrecherischen Tätigkeiten dieses Privilegium durchaus nicht rechtfertigt. Dieselbe Konsequenz würde auch im Falle des § 12 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 eintreten und nebstdem würde die vorsätzliche, unüberlegte Tötung nach diesem Paragraphen (nicht so im Falle des § 13) nur der Strafe des Zuchthaus von 1 bis zu 5 Jahren unterliegen. Ferner würde nach § 221 (Aussetzung) die vorsätzliche, unüberlegte Tötung das privilegierte Strafminimum von 3 Jahren (gegen 5 Jahre des § 212) genießen.

Wie dann also, wenn man sowohl auf die vorsätzliche schwere Körperverletzung als auch auf die vorsätzliche Tötung den im § 73 für die eintätige Konsequenz aufgestellten Grundsatz zur Anwendung bringen und die strengere Norm als maßgebend betrachten würde? Das ist es ein Notausweg, welcher tatsächlich zumeist eingeschlagen wird. Doch man darf dabei nicht übersehen:

1. daß dieser Vorgang gegen die Ansicht derjenigen verstößt, welche behaupten, daß der Gefährdungsvorsatz und der Verletzungsvorsatz sich überhaupt oder mindestens im direkten Vorsatze gegenseitig ausschließen;
2. daß derselbe auf den Zweikampf mit einem auf Verletzung oder Tötung gerichteten Vorsatze nicht paßt und
3. daß er gegen den Grundsatz verstößt, wonach im Falle der Konkurrenz der *lex specialis* vor der allgemeinen Norm der Vorrang gebührt.

Es bleibt mithin offenbar nichts anderes übrig, als von Fall zu Fall sich durchzuzuretten, d. h. bei jedem Gefährdungsdelikte besonders nach einer annehmbaren Lösung des Verhältnisses der speziellen Norm zu der allgemeinen zu forschen. Einen bezüglichen prinzipiellen Leitfaden im deutschen Strafgesetze ausfindig zu machen, ist uns bei bestem

Willen nicht gelungen. Daß bei dieser Sachlage die Meinungen beinahe bei jedem Paragraphen auseinandergehen, ist ganz begreiflich.

Vielleicht dürfte der ganze Wirrwarr von Zweifeln und Kontroversen, welche die geltenden Formen der Strafschuld in Doktrin und Gesetzgebung nach dem bisher dargelegten umstricken, genügen, um auch diejenigen in ihrer Ruhe zu stören, welche vielleicht im Vertrauen auf eine wissenschaftliche Autorität oder auf einige Judikate der obersten Instanz die gegenwärtige Lage als nicht besonders reformbedürftig betrachten.

Und da haben wir noch fast gänzlich den Umstand mit Still-schweigen übergangen, daß das deutsche Strafgesetz, wie in Theorie und Praxis beinahe übereinstimmend zugegeben wird, gänzlich auf dem Standpunkte der sogenannten Erfolgshaftung steht, indem es die höheren, für den Fall des Eintrittes schwererer Folgen bestimmten Strafsätze ohne Unterschied der Relation, in welcher die Psyche des Täters zu einem solchen schwereren Erfolge ist, mithin auch für den Fall gelten läßt, wenn dieser Erfolg dem Täter nicht einmal zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, mit anderen Worten, wenn er bloß ein zufälliger ist. Der schwerere Erfolg ist, wie man sich auszudrücken pflegt, nur eine objektive Bedingung der größeren Strafbarkeit. Zufall, Fahrlässigkeit und meistens auch Vorsatz stehen hier ganz auf derselben Linie. Daß dieser Standpunkt den Grundbegriffen des Rechts überhaupt und insbesondere denjenigen der individualisierenden Gerechtigkeit zuwiderläuft, darüber kann sich kaum jemand denkender im Zweifel befinden. Da wir uns hier mit diesem, jetzt übrigens glücklicherweise vielleicht schon allgemein anerkannten Mißstande de lege lata nicht eingehender befassen können, verweisen wir denjenigen, den es interessiert, auf die überzeugenden Ausführungen *Löfflers* (S. 262 f.). Seine scharfen Worte: „Diese Paragraphen sind ein empörendes Schandmal unserer Zeit. Daß sie sich ein Vierteljahrhundert in Geltung erhalten konnten, daß sie nicht von einem Sturme der öffentlichen Entrüstung hinweggefegt wurden, wird uns die mit Staunen gemischte Verachtung kommender Geschlechter eintragen“, möchten wir nur unterschreiben.

Daß aber ein System, welches es zu solchen Ergebnissen gebracht hat, wie sie hier wohl ohne Voreingenommenheit dargetan wurden, nicht die Grundlage des kommenden Gesetzes bilden kann, scheint uns sonnenklar zu sein. Doch nicht nur das Gebäude selbst, auch die es tragenden Grundmauern sind morsch; nicht bloß das System, auch seine Grundlagen sind verfehlt. Werfen wir sie samt dem System als alten Kram hinweg, so werden sie ihrem längst verdienten Schicksale zugeführt sein. Doch zuvor gilt es, nach einem geeigneten Ersatze Umschau zu halten.

Dritter Abschnitt. Die Lex ferenda.

§ 11.

Die Aufgabe des Gesetzgebers.

Sind die Formen der Strafschuld gesetzlich zu regeln? Diese Frage muß sich der Gesetzgeber wohl vor allen anderen stellen und beantworten. Sie wurde auch in der Literatur lebhaft erörtert¹⁾.

Durch das geltende reichsdeutsche Strafgesetz (vom J. 1871) wurde die gedachte Frage, wie schon oben (§ 7) erwähnt, verneinend gelöst. Über die Gründe hiefür schweigen sich die Motive aus. Wie jedoch die Materialien zum preußischen Strafgesetze vom J. 1851, das jenem, wie in so mancher Beziehung, auch in unserer Frage als Muster gedient hat, entnehmen lassen, ist der Grund des vom Gesetze beobachteten Still-schweigens der, „daß die Strafgesetzgebung vielfach vergeblich versucht hat, jene Lehren (d. h. die Lehren vom Vorsatze und von der Fahrlässigkeit) und die Grenzen der beiden Begriffe untereinander in bestimmte zugleich dispositive Formeln zu bringen, daß sie daher in dieser Hinsicht das Feld lediglich der Doktrin überließ und dem Richter vertraut hat, daß ihn diese und mit ihr die lebendige, praktische Anschauung leiten werde²⁾“.

Dieser Standpunkt wurde von manchen Seiten gutgeheißen, wobei man besonders darauf hinwies, wie ersprießlich es für die Gesetzgebung ist, daß eine so wichtige Lehre „dem Fortschritte der Wissenschaft nicht durch gesetzliche Fixierung entzogen, sondern daß vielmehr der Recht-

1) Die ältere einschlägige Literatur führt *Mittermaier* in der III. Anm. zu § 54 der 13. Aufl. des Lehrbuches *Feuerbachs* an. Von den neueren Schriftstellern haben sich gegen die gesetzliche Regelung ausgesprochen: *Mittermaier* l. c., *Hülschner* I, 308, *Bünger* Z. 6. Bd. S. 350, *Lucas* 3 f.; für die Regelung treten ein: *Bekker* I, 331, *Köstlin*, Neue Revision 330, *Binding* II, 458, *Bruck* 106 f., *Löffler* 252 f.; vgl. hierzu auch, was *Högel*, Straffälligkeit und Strafzumessung S. 87 f. für die gesetzliche Regelung der Strafzumessungsfrage geltend macht.

2) Vgl. *Goltdammer*, Materialien I, 236.

sprechung Freiheit gelassen worden ist, sich in diesem Punkte stets auf der Höhe der Zeit zu halten³⁾.

Wie diese vielleicht besser gemeinten, als vorbedachten Intentionen des Gesetzgebers in der Wirklichkeit in Erfüllung gegangen sind, wird durch die Ausführungen des zweiten Abschnittes wohl genügend dargestellt. Wie ein schwaches, den entfesselten Elementen der hohen See preisgegebenes Schiffelein, nicht anders kommt uns die der Wissenschaft und Judikatur anvertraute Lehre von den Formen der Strafschuld vor.

Es ist freilich ziemlich bequem für den Gesetzgeber, wenn er sich einfach an die hergebrachten Begriffe „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ hält, die Strafen auf dolose und kulpose Delikte bestimmt und sodann, mit verschränkten Armen erklärt: „Sehet, ich habe gesagt, was den zu treffen hat, der dolos, und was denjenigen, der kulpos gehandelt hat. Und nun ist es euere Sache, Doktrin und Judikatur, zu bestimmen, wann jemand dolos und wann er kulpos gehandelt hat.“

Scheinbar ist dieser Standpunkt gar nicht so unrichtig. Bei näherer Betrachtung jedoch ist seine Unhaltbarkeit offenkundig. Es kann ja doch kein Zweifel darüber bestehen, daß der Gesetzgeber bei Feststellung des Strafsatzes sich dessen bewußt sein muß, welche Handlungen damit getroffen werden sollen, und daß er namentlich, auch von dem subjektiven Tatbestande des betreffenden Deliktes eine klare Vorstellung haben soll. Er kann sich nicht hinter das Axiom verschanzten: „Wer dolos handelt, verdient solche Strafe“, denn wenn die Tragweite des Begriffes „dolos“ dem Gesetzgeber selbst fremd wäre, dann ist dies eine leere Redensart.

Um die Sache an einem drastischen Beispiele zu veranschaulichen: Wenn der Gesetzgeber auf die vorsätzliche Tötung eines Menschen, beziehungsweise auch auf den Versuch derselben, die Todesstrafe oder eine langjährige Zuchthausstrafe setzt, muß er sich doch darüber klar sein, ob diese Strafe auch der Jäger verwirkt, der auf ein Gebüsch schießt, ohne zu wissen, ob ein Wild oder ein Mensch dahintersteckt, also auf die Gefahr hin, einen Menschen zu töten⁴⁾. Und gerade so ist der Gesetzgeber nicht in der Lage, hinsichtlich der vorsätzlichen Gefährdung durch Anwendung von Sprengstoffen die Strafen entsprechend zu regeln, falls er darüber im Zweifel ist, ob diese Strafen

3) So *Lucas* 3 f.; dagegen wendet *Löffler* (S. 252 f.) mit Recht ein, daß das gar nicht Aufgabe der Wissenschaft ist, was ihr da imputiert wird, und *Bruck* (S. 106 f.), daß der Fortschritt der Wissenschaft das Gesetz durch entsprechende Änderung desselben teilhaftig gemacht werden kann.

4) *Binding* (II, 409 f.) erklärt eine solche Handlung, wenn in dem Gebüsch tatsächlich ein Mensch war, als (eventuell versuchte) vorsätzliche Tötung, wenn darin hingegen ein Wild war, nur als Ausübung der Jagdberechtigung. *Weissenborn* (G.S. 50. Bd. S. 205 f.) betrachtet dieselbe Tat in allen Fällen als dolos.

auch für den Steinbrecher Geltung haben, der die gelegte Mine zur Explosion bringt, obwohl er weiß, daß unweit stehende Menschen durch die herumfliegenden Steine verletzt werden können⁵⁾.

Wie man daraus zugleich ersieht, ist die Sache mit der bloßen Begriffsbestimmung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit nicht abgetan, es handelt sich auch um das Wesen der Gefährdungsdelikte, um die Frage der Erfolgshaftung und eine ganze Reihe anderer, mit der Schuldformenlehre innig zusammenhängender Probleme. Auch hat das positive Recht, wie wir gesehen haben, mit den beiden hergebrachten Schuldarten — Vorsatz und Fahrlässigkeit — nicht das Auslangen gefunden, sondern es greift nebstdem bald zur Absicht, bald wieder zur Wissentlichkeit. Soll etwa auch da überall die Wissenschaft für den Gesetzgeber arbeiten?

Unsere Meinung ist kurzweg folgende: Entweder arbeitet der Gesetzgeber am Felde des strafbaren Verschuldens mit Begriffen, die ihm selbst nicht ganz klar sind; dann kann sein Werk nicht gedeihen. Oder er ist sich der Bedeutung, in der er die betreffenden Begriffe anwendet, genau bewußt; dann ist nicht einzusehen, weshalb durch die gesetzliche Regelung dieser Begriffe nicht eine feste Grundlage für die Wissenschaft und die Praxis gelegt werden sollte.

Wo sollen übrigens Doktrin und Rechtsprechung eine solche Grundlage finden, wenn nicht im Gesetze? Vielleicht in der Philosophie? In dieser würden wir genau abgegrenzte und geläuterte Begriffe, um die uns zu tun ist, umsonst suchen. Und wenn die Philosophie solche auch besitzen würde, müßten wir uns energisch dagegen verwahren, daß diese Begriffe ohne weiteres in das Strafrecht übernommen werden. Das würde der souveränen Stellung, welche, wie wir schon in der Einleitung darzutun versucht haben, das Strafrecht auch der Philosophie gegenüber wahren muß, zuwiderlaufen und mit den selbständigen Zwecken, welche es verfolgt, nicht im Einklange stehen. Nur nach einer von diesem Standpunkte vorgenommenen, eingehenden Revision würde die Übernahme solcher Begriffe aus der Philosophie nach unserer Meinung zulässig sein⁶⁾.

5) Vgl. oben S. 90.

6) Das wird in betreff des Kausalitätsbegriffes anerkannt von *Geyer*, *Krit. Vierteljahresschrift* 14. Bd. S. 169, von *Thyren* I, S. 1, namentlich aber von *Rümelin* S. 10 f.: „Wird einmal zugegeben, daß die juristische Systematik in erster Linie von dem Zweck beeinflusst ist, die Normen der Gesetze zum angemessensten Ausdrucke zu bringen, so wird man auch anerkennen müssen, daß sich das Bedürfnis ergeben kann, die begriffliche Zusammenfassung, abweichend von der des täglichen Lebens und abweichend vielleicht auch von dem seitens der Philosophie zu anderen

Wie denn aber die Sprache des täglichen Lebens? In dieser kommen doch die betreffenden Begriffe, namentlich Vorsatz und Fahrlässigkeit, auch vor. Könnte sie uns vielleicht als Richtschnur dienen? Zweifellos könnte sie es, aber nur unter zwei Voraussetzungen, nämlich:

1. daß der bezügliche Begriff in der Sprache des täglichen Lebens seine abgeklärte, genaue und zugleich bekannte Bedeutung hat, und
2. daß es dem Strafrechte aus sachlichen und technischen Rücksichten möglich ist, den Begriff in ebenderselben Bedeutung zu übernehmen.

Sind diese Bedingungen gegeben oder können sie geschaffen werden, dann sollte freilich die Übereinstimmung mit der Volkssprache das leitende Prinzip für den Gesetzgeber sein, schon deswegen, weil das Strafgesetz für jedermann bestimmt ist und weil auch Männer aus dem Volke dazu berufen sind, bei dessen Anwendung mitzuwirken.

Nicht jeder in der Sprache des täglichen Lebens vorkommende Begriff ist dazu geeignet, ohne weiteres in das Gesetz aufgenommen zu werden. Begriffe, wie „Verbrechen“, „Mord“, „Diebstahl“ und viele andere mußte der Gesetzgeber erst sich zurechtlegen, mit ihnen einen genau bestimmten Sinn verbinden, kurz daraus technische Termine machen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß in Ansehung der Schuldformen der Gesetzgeber erst eine feste wissenschaftliche Grundlage haben muß, um feststellen zu können, welche Begriffe der Alltagssprache er für das Gesetz benötigt und ob er sie in ihrer volkstümlichen Bedeutung verwenden kann. Daß sich hier kaum eine vollständige Übereinstimmung erzielen lassen wird, ist mehr als wahrscheinlich. Denn wäre dies einmal vielleicht auch möglich gewesen, das jahrhundertelange Herumexperimentieren der Jurisprudenz hätte alles gründlich verderben müssen.

Das Resultat unserer Erwägung ist der kategorische Imperativ für den Gesetzgeber: Die Schuldformen sind gesetzlich zu regeln.

Wie zu dieser Frage die wichtigsten der geltenden europäischen Strafgesetzbücher Stellung genommen haben, ist oben (§ 7) gezeigt

Zwecken, z. B. Zwecken der naturwissenschaftlichen Forschung, vorgenommenen Begriffsbildungen zu gestalten. Deshalb ist es logisch unrichtig, das Ausgehen von den Begriffen der Philosophie als das logisch allein mögliche zu fordern, jede andere Begriffsbildung als *contra naturam scientiae* zu erklären“. . . . „Denn praktische Wissenschaften wie die Jurisprudenz knüpfen in derartigen Fragen nicht an die zum Zwecke einheitlicher Weltanschauung aufgestellten philosophischen Systeme an, sondern sie verwerten die allerdings durch die Logik näher zu bestimmenden Begriffe des allgemeinen Denkens“ (S. 13).

worden. Hier dürfte es von Interesse sein noch darzulegen, welchen Standpunkt die Entwürfe einiger Strafgesetze einnehmen.

Der letzte österreichische Regierungsentwurf (vom Jahre 1891) hat sich in dieser Frage an sein Muster, das geltende Strafgesetz des Deutschen Reichs, gehalten. Auch er arbeitet mit den Begriffen „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“, ohne ihre Bedeutung selbst zu bestimmen. Die Motive (S. 67) weisen auf die Schwierigkeit einer solchen Begriffsbestimmung hin und überlassen diese Aufgabe der Doktrin.

Dagegen finden wir die Formen der Strafschuld in zwei anderen Entwürfen, nämlich dem russischen und dem schweizerischen, geregelt.

Der russische Entwurf vom Jahre 1881 enthält im Artikel 43 folgende Bestimmung der Schuldformen:

„Die strafbare Handlung gilt als vorsätzlich begangen, wenn der Täter bei ihrer Begehung deren Verübung wünschte oder den Eintritt des daraus entstandenen Erfolges zuließ. Die strafbare Handlung gilt als fahrlässig begangen, wenn der Täter bei deren Begehung, obgleich er den daraus entstandenen Erfolg voraussah, ihn doch abzuwenden glaubte, oder wenn, obzwar er die Tat selbst oder den daraus entstandenen Erfolg nicht voraussah, denselben doch voraussehen konnte oder sollte“.

In dem Entwurfe der Redaktionskommission hat dieser Artikel (als Artikel 40) nachstehende Fassung erhalten:

„Die strafbare Handlung wird als vorsätzlich angesehen, wenn der Täter:

1. deren Begehung wünschte, oder wenn er
2. den Eintritt des die Straffälligkeit bedingenden Erfolges dieser Handlung wissentlich zuließ.

Die strafbare Handlung wird als fahrlässig angesehen, wenn der Täter:

1. sie nicht voraussah, aber voraussehen konnte oder sollte,
2. den Eintritt des die Straffälligkeit bedingenden Erfolges dieser Handlung voraussah, aber denselben abzuwenden glaubte“.

Wie man sieht und wie übrigens die Motive selbst zugeben, hat sich der russische Entwurf ganz auf den Standpunkt der Willentheorie gestellt und namentlich auch deren eventuellen (oder, wie die Motive ihn konsequent nennen, indirekten) Vorsatz in seiner ganzen Tragweite akzeptiert. Ob der Täter den vorausgesehenen, aber nicht begehrten Erfolg zuließ oder ihn abzuwenden glaubte, ist das Kriterium, welches darüber entscheiden soll, ob er *dolos* oder *culpos* handelte. Bezeichnend ist, daß die Motive die Gleichgültigkeit gegen den rechtswidrigen Erfolg ausdrücklich mit dem Vorsatze gleichstellen, was damit begründet wird, daß „derjenige, welcher sich gleichgültig dazu verhält, ob aus seiner Handlung der Tod eines Menschen entstehen

wird, sehr oft die gleiche sittliche Verderbtheit und die gleiche Gefährlichkeit zeigen kann, wie jener, der sich jemandes Tod direkt wünschte“.

Der schweizerische Kommissionsentwurf bestimmt in Artikel 14:

„Vorsätzlich handelt, wer eine als Verbrechen bedrohte Tat mit Wissen und Willen begeht. Fahrlässig handelt, wer eine als Verbrechen bedrohte Tat aus Mangel an der Vorsicht begeht, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war“⁷⁾.

Daraus ist zu ersehen, daß auch die Urheber des schweizerischen Entwurfs mit beiden Füßen im Lager der Willenstheorie stehen.

Unvergleichlich schwieriger als die Beantwortung der Frage, ob die Schuldformen im Gesetze zu regeln sind, ist die Lösung des Problems, wie sie zu regeln wären. Mit dieser Frage befassen sich unsere weiteren Ausführungen.

Nur eines sei hier noch erwähnt, ehe wir an unsere eigentliche Arbeit gehen. Es ist nicht zu bezweifeln, daß die Zahl der Schuldformen, welche man auf induktivem Wege konstruieren könnte, sehr groß, ja vielleicht unbeschränkt ist. Man betrachte nur die Abstufung in den nachstehenden Beispielen:

1. Der Wildschütz schießt direkt auf den das Wild schützenden Heger, wissend, daß er sich anders des Wildes nicht bemächtigen kann, als wenn er den Heger zuvor tötet.

2. Der Wildschütz schießt auf das Wild, wobei er mit Bestimmtheit darauf rechnet, daß auch der in der Schußrichtung befindliche Heger seinen Teil bekommt.

3. Der Kavalier schießt auf das Wild; ob er zugleich auch den Treiber — seinen einstigen Leibeigenen — tötet, ist ihm ganz gleichgültig.

4. Der Jäger schießt auf das Wild, obwohl er sieht, daß er auch den Treiber gefährde; er hofft aber, daß es gut ausfallen wird.

5. Der Jäger schießt auf das Wild, ohne zu wissen, daß er den hinter dem Gebüsch stehenden Treiber gefährde.

Wir haben geflissentlich denselben Endzweck gewählt: die Tötung des Wildes. Wollte man eine weitere Abstufung mit Hilfe der ver-

⁷⁾ Der ursprüngliche (I.) *Stooss'sche* Entwurf bestimmte im Art. 12: „Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen mit Wissen und Willen begeht“, und im Art. 13: „Fahrlässig handelt, wer die den Umständen nach gebotene Aufmerksamkeit außer acht läßt“. Der II. Entwurf (Art. 48) enthielt bloß eine Definition der Begriffe „vorsätzlich“ und „fahrlässig“: „Vorsätzlich bedeutet: mit Wissen und Willen. Fahrlässig bedeutet: aus Mangel an der Vorsicht, zu welcher der Täter den Umständen nach verpflichtet war“. Vgl. hierzu die Motive zu diesem II. Entwurfe S. 143. Über die interessanten Debatten, welche hinsichtlich dieser Bestimmungen und namentlich auch betreffs der Frage des eventuellen Vorsatzes in der Kommission geführt wurden, s. Expertenverhandlungen I, 62 f., II, 377 f.

schiedenen sozialen Bewertung des Zweckes (Motives) der Handlung durchführen und vielleicht auch noch den Grad des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit der Tat an Seite des Täters berücksichtigen, würde sich die Reihe der Schuldformen vielleicht ins Unendliche vermehren.

Es liegt aber auf der Hand, daß eine solche Stufenfolge wertlos wäre, ebenso für den Gesetzgeber, wie für den Richter. Der Gesetzgeber braucht — und dadurch dürfte sich die Beliebtheit der römischen Bipartition erklären — eine möglichst geringe Zahl von Schuldformen; mit einer größeren Anzahl könnte er im Gesetze schon aus Gründen der Technik nicht leicht manipulieren. Aber auch für den Richter wäre eine größere Schuldskala von äußerst problematischem Werte. Freilich wenn die Psyche des Verbrechers immer so offen vor uns liegen würde, wie das Innere des Mörders Raskolnikow in Dostojewskys berühmtem Romane „Verbrechen und Strafe“, wenn der Richter gewissermaßen mit einem Schnitte die Seele des Täters entzweischneiden könnte und dort die ganze Folge seiner Gedanken, den Kampf der Motive für und wider, die Sprünge nach vorwärts und wieder nach rückwärts, die sich ereigneten, ehe es zur Tat kam, genau verzeichnet finden würde, oder wenn es vielleicht möglich wäre, ein Bild von allem dem mittelst eines psychischen Kinematographen auf die Wand des Gerichtssaales vor die Augen des Richters zu projizieren: dann, aber auch nur dann würde es für diesen ein leichtes sein auf einer vom Gesetzgeber vorgezeichneten ganz genauen Schuldskala die Strafe einfach herabzulesen.

Doch bekanntlich wird sich der Richter meistens kaum von den äußeren Tatumständen ein so klares Bild machen zu können. Hinsichtlich des inneren Vorgangs in der Seele des Täters ist eine solche Klarlegung um so weniger zu gewärtigen, als ja hier der Richter, falls nicht etwa ein Geständnis vorliegt, an den Indizienbeweis gewiesen ist. Deswegen kann schon die Einreihung des Falles unter eine von zwei oder drei Schuldarten Schwierigkeiten begegnen; die Differenzierung unter einer größeren Stufenzahl wäre in der Regel eine reine Unmöglichkeit. Auch für den Strafrichter ist mithin eine beschränkte, und zwar möglichst geringe Anzahl von Schuldtypen einzig praktisch. Eine weitere Individualisierung wird von dem Gesetzgeber durch Aufstellung von Strafrahmen ermöglicht und in diesen Grenzen dem Richter überlassen.

§ 12.

Die Wahl der konstruktiven Elemente.

Die Doktrin hat bisher fruchtlos darnach gestrebt, die Grenze zwischen dem strafbaren Unrechte und dem Zivilunrechte auf abstrakte Weise aus dem Wesen der beiden heraus zu bestimmen. Heute gilt

es wohl schon als ausgemachte Sache, daß diese Grenze nur durch das positive Recht gezogen werden kann. Die Gesetzgebung des Staates stellt nach den Bedürfnissen der Gesellschaft bestimmte Rechtsgüter unter den intensiveren Schutz von Strafnormen.

Auch das Maß dieses Schutzes kann bezüglich verschiedener Rechtsgüter ein verschiedenes sein; manche genügt es nur gegen besonders intensive Angriffe zu sichern, andere müssen auch gegen minder grobe Angriffe Schutz genießen. Als Regel wird in dieser Beziehung wohl anzunehmen sein, daß, je wertvoller ein Rechtsgut in den Augen der Rechtsgenossen ist, desto größer der ihm strafrechtlich zu gewährende Schutz sein muß. Das gilt auch in bezug auf die subjektive Tatseite. Daher sehen wir, daß das positive Recht bei manchen Rechtsgütern nur vorsätzliche, bei anderen auch fahrlässige Verletzungen straft. Dabei bahnt sich den Weg der Grundsatz, daß nur schuldhaft Handlungen kriminell zu ahnden, die Haftung für den zufälligen Erfolg hingegen aus dem Strafrechte zu verbannen sei¹⁾.

Unter Strafschuld verstehen wir mit Rücksicht auf das Angeführte eine solche Relation zwischen der Psyche des Täters und einem rechtswidrigen Erfolge, welche eben durch das positive Recht als strafbar erklärt wird²⁾.

Ist es, wie gesagt, Sache der Gesetzgebung, auch hinsichtlich der subjektiven Seite der schuldhaften Handlung zu bestimmen, in welchem Maße einzelnen Rechtsgütern der Strafschutz gewährt werden soll, so betrachten wir es andererseits wieder als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, im allgemeinen die äußerste Grenze zu ziehen, bis zu welcher der Gesetzgeber in dieser Richtung gehen kann, mit anderen Worten, ein Minimum festzustellen, das nötig ist, um überhaupt noch von einer Strafschuld sprechen zu können, also die Schuld von dem Zufalle abzugrenzen.

Eine weitere Aufgabe der Doktrin ist es, innerhalb des so abmarkten Gebietes gewisse Stufen, gewisse Typen der Schuld zu bestimmen, mit denen der Gesetzgeber arbeiten könnte und mit deren Hilfe er namentlich die Grenzen des Strafschutzes bald enger, bald weiter zu ziehen vermöchte. Um jedoch solche Schuldgrade bilden und auf feste Basis stellen zu können, hierzu bedarf es geeigneter kon-

1) Vgl. namentlich *Bekker* I, 525, *Binding* I, 319, II, 605 f., *Liszt* 135, *Bruck* 6 f., 59 f., *M. E. Mayer* 1 und besonders scharf *Seuffert*, Anarchismus und Strafrecht S. 121 f. und in den Mitteilungen der int. krim. Vereinigung 9. Bd. (1901) S. 108 f.

2) Wir stimmen also in dieser Beziehung mit *Löffler* (S. 5) überein, der die Schuld als „den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozialschädlichen Erfolge seiner Handlungen“ definiert, vorausgesetzt, daß er eben nur positivrechtlich relevante Beziehungen der gedachten Art vor Augen hat.

struktiver Elemente oder Teilungsgründe, vermöge welcher der ganze Umfang der Schuld sich in bestimmte Teile zerlegen ließe.

Einige solche konstruktive Elemente und teilweise auch schon ihre Brauchbarkeit oder Unbrauchbarkeit haben wir oben gelegentlich der Besprechung der einzelnen Schuldformenlehren kennen gelernt. Hier soll die Aufzählung und Kritik derselben teils rekapituliert, teils ergänzt werden. Bis die Auslese geeigneter Teilungsgründe und mit deren Zuhilfenahme die Bestimmung der einzelnen Schuldformen vollzogen sein wird, werden wir die zweite, gewiß schwierigere Aufgabe in Angriff nehmen, nämlich die Feststellung der unteren Grenze der Strafschuld.

I. Bewusste und unbewusste Schuld.

Daß der Umstand, ob der Täter sich der Möglichkeit des Eintrittes des rechtswidrigen Erfolges bewußt war, den Erfolg mithin voraussah oder nicht, ein besonders geeigneter Teilungsgrund der Strafschuld sei, scheint uns ganz zweifellos zu sein. Derjenige, welcher weiß, daß seine Handlung einen sozial schädlichen Erfolg herbeiführen wird oder wenigstens herbeiführen kann, und die Handlung dennoch vornimmt, bekundet dadurch gewiß einen viel intensiveren Grad von Auflehnung gegen die Rechtsordnung, und zeigt mithin, daß er für Rechtsgüter weit gefährlicher sei, als jener, der dieselbe Handlung vornimmt, ohne sich vorgestellt zu haben, daß sie einen solchen schädlichen Erfolg haben werde, also ohne den Erfolg vorausszusehen.

Das ist so einleuchtend, daß, wie wir gesehen haben, manche (wie *Klein*, *Almendingen*, *Bekker*) durch diese Erkenntnis sich dazu verleiten ließen, das ganze Gebiet der bewußten Schuld ohne weiteres der schwereren Schuldform, dem Dolus einzuverleiben, die meisten aber (namentlich sowohl die Anhänger der Willenstheorie als auch die Verteidiger der Vorstellungstheorie) bestrebt waren, auf dem Gebiete der bewußten Schuld mit Hilfe eines anderen Teilungsgrundes eine Grenze zu ziehen zu dem Zwecke, um wenigstens die schwereren Fälle der Wissentlichkeit zum Vorsatze zuweisen zu können.

Freilich fehlt es nicht an Stimmen, welche einen wesentlichen Unterschied der bewußten Schuld und der unbewußten Schuld oder wenigstens seine Bedeutung für das Strafrecht in Abrede stellen und es geradezu als widersinnig, als ein bedenkliches Privilegium für die Unvorsichtigkeit, Unachtsamkeit und Gleichgültigkeit gegen Rechtsgüter erklären, wenn man diese milder behandeln wollte, als die Behutsamkeit und ein vorsichtiges Abwägen der Folgen³⁾.

3) So namentlich *Bar* in *Grünhuts Zeitschrift* 4. Bd. S. 29, *Bruck* 15 f., *Busch* 58 f., *Liszt* 165 Anm. 6, *Liepmann* 151. Dagegen wird der wesentliche Unterschied der bewußten und der unbewußten culpa bezw. seine Bedeutung im Strafrechte

Diese Kontroverse ist vor allem auf eine richtige Basis zu stellen. Denn die gedachte Meinung bezieht sich offenbar nicht auf das ganze Gebiet unserer bewußten Schuld, namentlich nicht auf jene schwereren Fälle, welche die herrschende Doktrin zum Vorsatz rechnet, nämlich die Voraussicht der Notwendigkeit des Erfolges und die Fälle des sogenannten *dolus eventualis*. Eine solche Tragweite wird der erwähnten Ansicht gewiß nicht einmal von ihren Vertretern selbst beigelegt, sondern es ist hier offenbar nur derjenige Torso der bewußten Schuld gemeint, welcher von ihr nach Ausscheidung jener schwereren Fälle übrig geblieben ist und mit der unbewußten Schuld in eine Schuldart unter dem Namen „Fahrlässigkeit“ vereinigt wurde. Nur innerhalb dieser Schuldart wollen offenbar die Anhänger der in Rede stehenden Meinung keine Grenze zwischen der Wissentlichkeit und der Unwissentlichkeit sehen, die Wissentlichkeit grundsätzlich als schwerere, strafbarere, die Unwissentlichkeit als die weniger schwere und mithin minder strafbare Art der Fahrlässigkeit nicht anerkennen.

Und in dieser Hinsicht scheinen sie gewissermaßen recht zu haben. Denjenigen, welcher sich als Lokomotivführer dinge ließ, obgleich er mit einer Dampfmaschine zu manipulieren nicht versteht, und durch Bewegung eines falschen Griffes, ohne die Folgen vor auszusehen, eine Entgleisung und den schweren Unfall zahlreicher Personen herbeigeführt hat, werden wir gewiß strenger strafen als denjenigen, der ein Stück Holz aus dem Fenster auf die Gasse herabwirft, obgleich er voraussieht, daß ein eben vorbeigehender Mensch dadurch verletzt werden kann. Es ist hier offenbar in erster Reihe der durch den Wert und den Umfang der gefährdeten Rechtsgüter bestimmte Grad der Gefahr entscheidend. Aber bei sonst gleichen Verhältnissen werden wir die bewußte Gefährdung gewiß strenger ahnden als eine unbewußte⁴⁾, mithin den erfahrenen Lokomotivführer, der vielleicht aus Bravour die verhängnisvolle Drehung des Griffes vorgenommen, obgleich er wußte, daß er dadurch den Zug zu einer rasenden Schnelligkeit und daher in Entgleisungsgefahr bringt, strenger, als jenen unerfahrenen, und denjenigen, welcher durch das Herabwerfen eines Gegenstandes auf die ihm als frequent bekannte Gasse jemanden verletzt, strenger als jenen, der denselben Gegenstand in den gewöhnlich menschenleeren Lichthof wirft, ohne eine Ahnung zu haben, daß sich darin zufälligerweise gerade ein Mensch befindet, und diesen verwundet.

Freilich können die für die Strafbarkeit maßgebenden Umstände auch innerhalb der Grenzen des gesetzlich bestimmten objektiven Tatbestandes eines Deliktes so verschieden sein, daß sie durch ihre

anerkannt von *Bekker* I, 415, *H. Meyer* 224, *Merkel* 90, *Finger* I, 146 f. Vgl. hierzu auch *Berner* 129, *Hälschner* I, 310 f. bes. 317, *Lammasch* 16 f., *M. E. Mayer* 179 f.

4) So richtig *Finger* I, 148, 149.

Bedeutung das Moment der Wissentlichkeit überwiegen. Daraus folgt nur, daß im Gesetze die Möglichkeit offen gehalten werden muß, die unter den objektiven Tatbestand eines und desselben Deliktes zu subsumierenden Fälle, wenn nötig, milder zu strafen, obgleich der Täter wissentlich handelte, als andere, in denen unbewußte Schuld vorliegt, mit anderen Worten: die gesetzlichen Strafraumen betreffs der bewußten und der unbewußten Schuld müssen ineinander übergreifen.

Dadurch ist aber selbstredend die Existenz einer Grenze zwischen der bewußten und unbewußten Schuld keinesfalls in Frage gestellt. Ist sie ja doch in Ansehung der schweren Fälle der bewußten Schuld (die die herrschende Doktrin, wie gesagt, zum *Dolus* zählt), für jedermann kennbar. Aber auch in minder schweren Fällen, d. h. solchen, wo die Voraussicht des Erfolges weniger intensiv ist, ist die Grenze zweifellos; sie bildet bei sonst gleichen Umständen eine bestimmte Stufe der Schuld und mithin auch der Strafwürdigkeit, und nur die Unmöglichkeit im positiven Rechte die deliktischen Tatbestände in der Weise zu spezialisieren, daß die einzelnen Tatumstände, ausgenommen die Schuldseite, in allen einschlägigen Fällen in Ansehung der Strafzumessungsfrage gleichwertig wären, hat zur Folge, daß die bewußte Schuld nicht als absolut strafbare Schuldform erklärt werden kann. Das kann aber auch bei anderen Schuldarten, namentlich bei dem Vorsatze, vorkommen und wird dadurch die Eignung der Wissentlichkeit als konstruktiven Elementes der Strafschuld keineswegs abgeschwächt.

Das Wesen der Wissentlichkeit (der bewußten Schuld) erblicken wir in dem Wissen des Täters, daß seine Handlung den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen kann, also in der Voraussicht des Eintrittes des Erfolges als eines möglichen. Selbstredend kann die Voraussicht des Erfolges an Bestimmtheit noch gewinnen und in dem Urteile gipfeln: „Der Erfolg wird eintreten“. Diesem gleicht an Intensität, wenn es nicht etwa noch höher steht, das Urteil: „Der Erfolg muß eintreten“. Diese beiden Fälle bilden die obere Grenze der bewußten Schuld; die untere Grenze wird durch das anstoßende Gebiet der unbewußten Schuld bestimmt, also durch den Fall, wenn der Täter den Erfolg nicht als möglich voraussah, mithin wenn er den Erfolg sich überhaupt nicht vorgestellt oder den ihm vorschwebenden Erfolg als unmöglich abgelehnt hat. Zwischen den beiden bezeichneten Polen zieht sich eine ununterbrochene Reihe von Intensitätsgraden der Voraussicht hin, welche durch das Urteil: „Der Erfolg kann eintreten“, umfaßt wird, mag man den Eintritt oder den Nichteintritt des Erfolges als wahrscheinlicher betrachten.

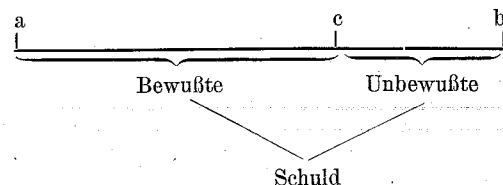
Nun fragt es sich, ob es nicht angezeigt wäre, die bewußte Schuld nach den verschiedenen Intensitätsgraden der Wissentlichkeit (Voraus-

sicht des Erfolges) in bestimmte Kategorien zu teilen (z. B. Voraussicht der 1. Notwendigkeit, 2. Wahrscheinlichkeit, 3. Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges) und diese Kategorien zur Bildung von Schuldstufen zu verwerten. Das schlägt, wie wir oben (S. 39) gesehen haben. *Löffler* (S. 10) vor. Wir haben uns dagegen ausgesprochen und können uns hier einfach auf die für diese unsere Ansicht oben geltend gemachten Gründe beziehen. Ausschlaggebend ist für uns, daß dies keine bestimmten, im Gegenteil höchst unbestimmte Kategorien wären; so fließende Begriffe sind keine geeignete Grundlage zur Bestimmung der Arten der Strafschuld, zumal nicht immer nur die gegenseitige Abgrenzung der einzelnen Schuldstufen untereinander, sondern nicht selten auch die Scheidung von Schuld und Unschuld in Frage kommt.

Da die Wissentlichkeit nach dem gesagten bis hinunter zur unbewußten Schuld in stets abnehmender Intensität sich hinzieht, liegt es auf der Hand, daß zum Schlusse recht geringe Möglichkeitsgrade herauskommen können, und entsteht die Frage, ob deren Vorstellung zur Begründung der bewußten Schuld überhaupt noch hinreicht. Diese Frage bildet, wie wir gesehen haben, die gefährliche Klippe so mancher Schuldlehre. Sie steht zweifellos in innigem Zusammenhange mit der Frage der unteren Grenze der Strafschuld überhaupt und wird seinesorts erörtert werden. Hier können wir wohl mit ruhigem Gewissen den Satz aufstellen:

Die Voraussicht des rechtswidrigen Erfolges ist ein geeignetes konstruktives Element der Strafschuld, die verschiedene Intensität der Voraussicht dagegen nicht.

Geometrisch veranschaulicht ergibt dies folgendes Bild:



Die die Schuld vorstellende Linie ab teilen wir vermittelst des Teilungsgrundes der Voraussicht des Erfolges bloß in zwei Teile ein:

- ac = bewußte Schuld,
- cb = unbewußte Schuld.

II. Die Absicht.

Wenn eine Veränderung in der Außenwelt in unserem Innern einmal oder einigemale ein Lustgefühl hervorgerufen hat, ist es natürlich, daß in der Folge die Vorstellung dieser Veränderung ebenfalls von einem Gefühle der Lust begleitet sein wird und daß dieses Gefühl in

uns das Begehren nach dem Wiedereintritte jener Veränderung erweckt. Solange dieses Begehren in unserem Innern verschlossen bleibt, hat es selbstredend keine Bedeutung für die äußere Welt, um so weniger für das Strafrecht. Anders verhält es sich, wenn das Begehren in irgend einer Weise aus seiner Reserve getreten ist, wenn es sich nach außen hin manifestierte.

Es lehrt uns nämlich die Erfahrung, daß der Eintritt einer bestimmten äußeren Veränderung immer einen Komplex von Bedingungen zur Voraussetzung hat, durch deren Zusammenwirken jene Veränderung herbeigeführt wird, und daß manche von diesen Bedingungen vielleicht schon durch die äußere Welt selbst gegeben sind, wogegen andere erst geschaffen werden müssen. Ferner sagt uns die Erfahrung, daß manche von diesen Bedingungen durch Bewegungen unseres eigenen Körpers sich herbeiführen lassen. Ist das erwähnte Begehren stark genug, bewirkt es, daß unsere Psyche durch Innervation der betreffenden Bewegungsnerven Bewegungen unseres Körpers hervorruft, durch welche die erforderlichen Bedingungen der begehrten äußeren Veränderung herbeigeführt werden sollen. Wenn wir dagegen aus Erfahrung wissen, daß Bedingung der gewünschten Veränderung die Nichtvornahme gewisser Körperbewegungen ist, so hat das genügend starke Begehren gerade die gegenteilige Wirkung, nämlich die Psyche unterläßt es, durch Innervation der Bewegungsnerven diese Körperbewegungen hervorzurufen.

Ein derartiges, sei es positives, sei es negatives Setzen von Bedingungen für eine Veränderung in der Außenwelt, und zwar auch dann, wenn die Veränderung nicht begehrt wurde, heißt Handlung (Tat) und die durch die Handlung herbeigeführte Veränderung Erfolg der Handlung (Tat)⁵⁾.

Wenn der Erfolg von dem Handelnden begehrt wurde, d. h. wenn gerade die Vorstellung des Erfolges ihn zur Handlung bewogen, mit anderen Worten, wenn er um des herbeizuführenden Erfolges willen die Handlung vorgenommen hat, wird der Erfolg als Zweck bezeichnet. Wir definieren also den Zweck als denjenigen Erfolg, dessen Vorstellung unser „Ich“ zum Handeln, d. h. zum bewußten Setzen von Bedingungen für diesen Erfolg bewogen hat. (Wie man wohl merkt, gehen wir hier geflissentlich dem Begriffe „Wille“ aus dem Wege, zu-

⁵⁾ Die Kontroverse, ob die Handlung auch den Erfolg umfasse, halten wir mit *Liszt* (S. 103 Anm. 2) und *Finger* (I, 150) für einen terminologischen Streit. Aus technischen Gründen wäre es freilich von Vorteil, wenn man sich darüber einigen würde, mit einem Ausdrucke (z. B. Handlung) nur die Körperbewegung ohne Erfolg zu bezeichnen, mit dem anderen (z. B. Tat) auch den Erfolg zu umfassen: vgl. dazu *Lammasch* bei Grünhut 9. Bd. S. 227, *Hälschner* I, 185 Anm. 1, *Binding* II, 37 Anm. 56, *M. E. Mayer* 23 f.

mal dieser als konstruktives Element der Strafschuld weiter unten besprochen werden wird.)

Denjenigen Seelenvorgang aber, mittelst dessen wir uns einen gewissen Erfolg als Zweck unserer Handlung vorstellen, mithin den psychischen Akt, durch welchen die Vorstellung des Erfolges unser „Ich“ zum Handeln, d. h. zum bewußten Setzen von Bedingungen für diesen Erfolg bewogen hat, nennen wir Absicht. Wir können also kurz sagen: Absicht ist die Vorstellung eines bestimmten Erfolges als Zweckes unserer Handlung.

Demnach hat die Absicht folgende Voraussetzungen:

1. Der Erfolg muß vorgestellt (vorausgesehen) sein. Das geht schon aus dem weiteren Erfordernisse hervor, daß der Erfolg begehrt sein müsse. Denn ein nicht vorgestellter Erfolg kann auch nicht begehrt werden⁶⁾.

Auf eine größere oder geringere Bestimmtheit der Vorstellung kommt es nicht an. Nur soviel betrachten wir als notwendig, daß der Handelnde wisse, was für Rechtsgüter er gefährde, daß also z. B. derjenige, welcher eine Bombe wirft, sich dessen bewußt sei, daß er das Leben oder das Vermögen von Menschen oder beides gefährde.

Ebenso ist die Intensität der Voraussicht des Erfolges, d. h. das Bewußtsein einer größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit seines Eintrittes belanglos. Es genügt, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für möglich hielt. Mithin kann jede bewußte Schuld, aber auch nur eine bewußte Schuld eine geeignete Grundlage der Absicht bilden. Daraus folgt aber, daß die Absicht nur bezüglich der bewußten, nicht auch betreffs der unbewußten Schuld die Funktion eines Teilungsgrundes versehen kann.

2. Der vorgestellte Erfolg muß begehrt sein. Niemals kann ein nicht begehrt Erfolg der Absicht zugrunde liegen (beabsichtigt

⁶⁾ So die gemeine Meinung (vgl. z. B. *Berner*, Imputationslehre 191, *H. Meyer* 204, *Frank Z.* 10. Bd. S. 206, *Löffler* 6, *M. E. Mayer* 30 f.) gegen den vielleicht allein dastehenden *Binding* (II, 104 f.) nach dessen Ansicht auch der nicht vorgestellte Erfolg gewollt sein kann. Hierzu bemerken wir, daß der Begriff des Wollens im Sinne *Bindings* auch das sog. eventuelle Wollen umfaßt und daher jedenfalls viel weiter ist als unsere „Absicht“ in der oben vertretenen Bedeutung. Für diese beweisen aber die von *Binding* ins Treffen geführten Beispiele gar nichts. Der Chemiker, der wissen will, was aus der Mischung herauskommt, der Physiolog, welcher die Wirkungen der Einimpfung eines Krankheitsstoffes erkennen will und auch derjenige, welcher an den Hebeln der Dampfmaschine herumdreht, um deren Funktion kennen zu lernen, hat entweder eine gewisse Vorstellung des möglichen schädlichen (rechtswidrigen) Erfolges seines Tuns, und dann kann man nicht von einem nicht vorgestellten Erfolge sprechen, oder er hat eine solche Vorstellung nicht und dann konnte ihn diese (nicht existierende) Vorstellung selbstredend auch nicht zum Handeln bewogen haben. Freilich ist die Meinung *Bindings* eine extreme Konsequenz der Lehre vom eventuellen Wollen (Vorsatz).

sein); mit anderen Worten: Absicht und Wunsch können hinsichtlich eines und desselben Erfolges nie auseinandergehen.

3. Der vorgestellte und beehrte Erfolg muß Zweck der Handlung sein. Dies ist aber nach dem Gesagten dann der Fall, wenn gerade die Vorstellung des Erfolges bewirkt hat, daß die Handlung vorgenommen wurde, mit anderen Worten, wenn die Handlung deswegen geschehen ist, um den Erfolg herbeizuführen. Durch dieses Moment (ad 3) unterscheidet sich eben die Absicht vom bloßen Wunsche.

Die Absicht verleiht der Handlung, falls der in Frage stehende Erfolg rechtswidrig ist, eine besondere verbrecherische Intensität, sie charakterisiert die Auflehnung des Handelnden gegen die Rechtsordnung als eine ungemein energische. Gerade die Tatsache, daß der Täter die Bewirkung des rechtswidrigen Erfolges sich zum Ziele setzte, beweist einen ungewöhnlichen Grad seiner subjektiven Gefährlichkeit für Rechtsgüter. Darum kann sich der Absicht keine andere Kategorie der bewußten Schuld an die Seite stellen; selbst die höchste Stufe der Wissentlichkeit, also die Voraussicht der größten Wahrscheinlichkeit oder gar der Notwendigkeit des Eintrittes des nicht bezweckten Erfolges kommt der Absicht nicht gleich. Denn, wie schon oben bei Besprechung der Theorie *Löfflers* (§ 5) darauf hingewiesen worden, hat in dem Falle, wenn der rechtswidrige Erfolg nicht beabsichtigt, sondern nur vorausgesehen wurde, die Verletzung oder Gefährdung des fremden Rechtsgutes ihren Grund nur darin, daß dieses Rechtsgut in einem gewissen Zusammenhange mit dem (vielleicht ganz unschuldigen) Zwecke des Handelnden ist, daß es den zur Erreichung dieses seines Zweckes führenden Weg verlegt. Wenn das nicht wäre, würde es unbehelligt bleiben. Denn dem Täter ist es nicht um den rechtswidrigen Erfolg zu tun, sondern um seinen eigentlichen (möglicherweise unbedenklichen) Zweck, zu dessen Erreichung er die betreffende Handlung eben vorzunehmen sich veranlaßt sieht. Daß diese Handlung zugleich zu einem schädlichen Erfolge führt, ist ihm vielleicht sehr unerwünscht, die Vorstellung dieses Erfolges erweckt in ihm möglicherweise ein Gefühl der Unlust. Aber auch wenn diese Vorstellung von Lustgefühlen begleitet, der Erfolg daher nach seinem Geschmack wäre, würde sich dadurch an der Sache nichts ändern, solange gerade diese Vorstellung ihn nicht zu der Handlung bewog, insoweit also der rechtswidrige Erfolg nicht von ihm bezweckt war.

Ein ganz anderes Gesicht bekommt die Sache, wenn jemand absichtlich handelt. Hier verletzt er das fremde Rechtsgut nicht, wie in jenem ersteren Falle, deswegen, weil dessen ungestörte Existenz mit dem Zwecke der Handlung im Widerspruche, weil das Rechtsgut vielleicht nur zufälligerweise der Erreichung dieses Zweckes im Wege steht; sondern gerade diese Verletzung selbst ist Zweck der Handlung. Dort

wird die Verletzung zugefügt, weil diese eben die unvermeidliche Folge der Handlung ist; hier wird die Handlung vorgenommen, weil sie die Verletzung zur Folge hat. Dort handelt der Täter, obwohl er den Erfolg voraussieht, hier handelt er, weil er den Erfolg voraussieht. Hier unternimmt er einen nicht nur wissentlichen, sondern auch direkten Angriff gegen ein fremdes Rechtsgut, er sucht es zu diesem Behufe, wenn nötig, auf, und liegt die Befürchtung nahe, daß, wenn ihm der erste Angriff mißglückt, er zu einem zweiten schreiten wird, sei es gegen dieselbe Person, sei es (wenn die Person für ihn gleichgültig ist), gegen eine andere (der Dieb, der Räuber).

Wir glaubten diese unvergleichlich größere Verbrecherenergie, diese subjektive Gefährlichkeit des absichtlich verletzenden, welche durch Verwicklung des Absichtsbegriffes mit dem Vorsatze oft allzu sehr verwischt wird, deswegen so scharf hervorheben zu müssen, um darzutun, daß die Absicht (in der von uns vertretenen Bedeutung) einen besonders geeigneten Teilungsgrund der bewußten Schuld zu bilden vermag.

Doch wie eine Handlung mehrere Erfolge herbeiführen kann, gerade so ist es möglich, daß der Täter durch die Vorstellung, beziehungsweise durch die Vorstellungen mehrerer verschiedenen Erfolge zur Handlung bewogen wurde. In diesem Falle sind alle diese Erfolge, oder richtiger gesagt, ist jeder von diesen Erfolgen, und wenn mithin einer darunter rechtswidrig ist, auch dieser Erfolg als Zweck der Handlung zu betrachten. Belanglos ist in dieser Beziehung, in welchem gegenseitigen kausalen Verhältnisse der Täter diese einzelnen Erfolge sich vorgestellt hat, insbesondere ob er sich vorstellte:

1. daß zwei oder mehrere Erfolge zugleich (durch dieselbe Handlung) herbeigeführt werden sollen (kumulatives Verhältnis), was wieder derart möglich ist:

a) daß diese Erfolge in der Kausalkette hintereinander liegen, daß zuerst der Erfolg a eintreten muß, der wiederum die Bedingung des Erfolges b ist (kollineales Verhältnis);

b) daß die Erfolge in der Kausalitätssphäre nebeneinander liegen, daß die durch die Handlung aufgerollte, anfangs einheitliche Kausalkette sich in der Folge in zwei oder mehrere Arme trennt, von denen einer zu dem Erfolge a, der zweite zu dem Erfolge b usw. führt (kollaterales Verhältnis);

2. daß die Erfolge sich gegenseitig ausschließen, so daß z. B. von zwei Erfolgen nur einer möglich ist (alternatives Verhältnis⁷⁾.

Auch ist es unwesentlich, ob der Täter auf einen von zwei (oder auch mehreren) Zwecken größeres Gewicht legte als auf den anderen,

⁷⁾ Wir haben hier die unseres Erachtens sehr zutreffende Terminologie *Thyréns* (II, 78 f., 108) angewendet.

ob mithin der eine für ihn Hauptzweck, der andere bloß Nebenzweck war. Denn ob der Vorstellung eines Erfolges ein größerer oder geringerer Anteil daran zukommt, daß es zur Handlung kam, ist nicht von Belang; entscheidend ist nur, daß die Vorstellung auf die Psyche des Täters in dieser Richtung eingewirkt hat.

Doch wie überall im Seelenleben allmähliche Übergänge vorkommen, so kann auch hier das Maß der gedachten Einwirkung unter Umständen so geringfügig sein, daß diese beinahe bis auf die Null herabsinkt. Nun kann es zweifelhaft sein, ob solche Fälle überhaupt noch zu den absichtlichen zu zählen sind, und wo jene Minimalgrenze liegt, bis zu welcher man in dieser Beziehung gehen kann. Hier fällt jedoch meines Erachtens die Funktion eines geeigneten Korrektivs der Beweisfrage zu. Bekanntlich macht überall dort, wo es sich um rein innerliche Vorgänge handelt, der Beweis in der Praxis oft nicht geringe Schwierigkeiten. Diese werden um so größer, je kleiner die Intensität des fraglichen psychischen Vorganges ist. Minimale Größen werden, wie natürlich, beweislos bleiben. Und wenn auch gewisse Beweise vorliegen würden, werden sie kaum für die richterliche Überzeugung zureichen. Die Kraft der Beweismittel leidet hier zweifellos durch die Geringfügigkeit des zu beweisenden. *Minima non curat praetor*. Das scheint uns aber kein Nachteil, sondern im Gegenteil ein Vorteil zu sein. Es ist eine gesunde Wirkung der Beweisschwierigkeiten in allen Fällen, welche sich an der Grenze zweier psychischer Erscheinungen bewegen. Die Beweisfrage bildet hier ein Surrogat der praktisch unmöglichen genauen Abgrenzung.

Ein untrügliches Zeichen dafür, daß die Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges auf den Entschluß des Täters, die Handlung vorzunehmen, eingewirkt hat, wird für den Richter, wie oben (S. 58) bei Besprechung der Motivtheorie *M. E. Mayers* angedeutet wurde, die Erkenntnis bilden, entweder:

1. daß es bei Nichtvorhandensein dieser Vorstellung überhaupt nicht zu der Handlung gekommen wäre, daß mithin die Vorstellung eine *conditio sine qua non* des Entschlusses des Täters war, oder

2. daß die Handlung nicht in der Weise vorgenommen worden wäre, wie sie eben vorgenommen wurde, mit anderen Worten, daß der Entschluß des Täters, die Handlung vorzunehmen, durch den Einfluß der Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges in irgend einer Weise modifiziert wurde.

Aus dem Angeführten geht ein Doppeltes hervor:

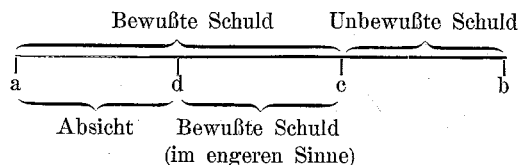
1. Den Zweck fassen wir in objektivem Sinne auf⁸⁾; wir bezeichnen damit nicht die Vorstellung des Erfolges, sondern den Er-

⁸⁾ Vgl. *M. E. Mayer* 62.

folg selbst. Dies dürfte auch der volkstümlichen Auffassung entsprechen, was wir ja überall dort, wo es möglich ist, als einen nicht zu unterschätzenden Vorteil betrachten. In der Sprache des täglichen Lebens wird der Zweckbegriff nie in für psychische Vorgänge üblichen Wendungen gebraucht; man sagt weder: „er faßte den Zweck“, noch „in seiner Seele ist der Zweck entstanden (aufgekommen)“, wohl aber: „er faßte die Absicht“, „in seiner Seele ist die Vorstellung, die Idee entstanden (aufgekommen)“. Die Vorstellung des Erfolges braucht überhaupt keine besondere technische Benennung; die Vorstellung des Erfolges als Zweck ist uns aber schon Absicht.

2. Das, was wir Absicht nennen, deckt sich im Wesen mit jener Schuldart, welche auch die herrschende Meinung mit diesem Namen bezeichnet⁹⁾. Doch gerade diese Übereinstimmung bestärkt uns in unserer Überzeugung von der Wichtigkeit des Absichtsbegriffes als konstruktiven Elementes der Lehre von den Schuldformen.

Da, wie gesagt, nur die bewußte Schuld die Grundlage für die Absicht bilden kann, gelangen wir zu dem zweiten Satze: Die Absicht ist ein geeigneter Teilungsgrund der bewußten Schuld. Durch Anwendung dieses Teilungsgrundes zerfällt in unserem geometrischen Bilde die die bewußte Schuld veranschaulichende Linie



a c in zwei weitere Teile, nämlich:

- a d = bewußte Schuld mit beabsichtigtem Erfolge,
- d c = bewußte Schuld mit nicht beabsichtigtem Erfolge.

Wenn man die erstere Form nach dem für sie charakteristischen psychischen Akte als Absicht, die letztere als bewußte Schuld im engeren Sinne des Wortes oder schlechthin als bewußte Schuld bezeichnet, so ergeben sich im ganzen drei Schuldformen:

1. Absicht,
2. bewußte Schuld,
3. unbewußte Schuld.

III. Der Wille.

Hier kommen wir eigentlich mit einem fertigen Urteile. Denn es wurde schon oben bei Besprechung der Willenstheorie (§ 3) ge-

9) Ausdrücklich wird der Zweckbegriff zur Bestimmung der Absicht namentlich von Liszt (S. 150) und von Ortloff (G.S. 34. Bd. S. 401 f.) verwendet. Andere betonen nur die direkte Richtung des Willens auf den Erfolg.

sagt, daß wir den Willen nicht als geeignetes konstruktives Element der Strafschuldformen betrachten, und zwar wegen der gänzlichen Unbestimmtheit, Nebelhaftigkeit dieses Begriffes. Sicher ist wohl, daß die bezeichnete Theorie das Wesen des Willens (Wollens) in einer gewissen Relation der Psyche des Handelnden zu dem Erfolge sucht. Aber gerade so zweifellos ist es, daß es der Willenstheorie nicht gelungen ist diese Relation aufzuklären. Namentlich ist nicht der Beweis erbracht worden, daß und warum diese Relation (das Wollen) weder mit dem Begehren, welches Beweggrund der Handlung war (Absicht), noch mit der Voraussicht sich deckt, daß und warum ein gewollter Erfolg etwas weniger als ein beabsichtigter, jedoch wieder etwas mehr als ein nur vorausgesehener Erfolg sein soll. Das Maß dieses Minus, beziehungsweise dieses Plus, das innere Wesen dieser Unterschiede ist in Nebel gehüllt; daher kommen eben die nicht befriedigenden Ergebnisse der Willenstheorie.

Die Vorstellungstheorie beschränkt, wie wir gesehen haben, den Willen auf die Bewegungen des menschlichen Körpers (Handlungen) und schließt jegliche Beziehung zu Veränderungen in der Außenwelt (Erfolgen) aus dem Willensbegriffe aus. Sie sieht das Wesen des Willensaktes in der die Körperbewegung hervorrufenden Innervation der Bewegungsnerven.

Dadurch ist das streitige Gebiet wohl eingeschränkt, nicht aber gänzlich beseitigt. Denn man muß die Innervation unterscheiden einerseits von der Vorstellung der vorzunehmenden Körperbewegung, also einem entschieden noch psychischen Akte, andererseits von der Körperbewegung selbst, also einem zweifellos schon physischen Akte, und man muß sich entschließen, ob man die Innervation noch unter die psychischen oder schon unter die physischen Vorgänge oder gewissermaßen auf die Grenze der beiden (eine psychophysische Erscheinung) stellt und welchen oder welche von diesen Vorgängen wir eigentlich als Gegenstand des Willens (als gewollt) ansehen. Denn diese Akte sind in gewissem Maße voneinander unabhängig, also selbständig. Namentlich ist die Vorstellung einer Körperbewegung möglich, die weder von einer Innervation noch von der Körperbewegung begleitet ist, und ebenso die Vorstellung einer Körperbewegung, an welche zwar eine Innervation, nicht aber auch die Körperbewegung sich knüpft, z. B. bei einem Gelähmten¹⁰⁾.

Das sind aber Fragen, mit denen sich die Psychologie mühen soll. Für das Strafrecht betrachten wir als ausschlaggebend, daß die Beziehung der Psyche zu der Körperbewegung eine wesent-

10) Vgl. darüber Thyren II, 34 f., Liszt 105 Anm. 1.
Mirička, Strafschuld.

lich andere ist als ihre Beziehung zu den sonstigen Veränderungen in der Außenwelt, also namentlich auch zu dem Erfolge der Körperbewegung.

Freilich darf dieser Unterschied nicht darin gesucht werden, daß die Körperbewegung nur von unserer Seelentätigkeit abhängt, während für andere äußere Vorkommnisse noch andere ursächliche Momente entscheidend sind. Denn die Körperbewegung setzt, wie *Löffler* (S. 233 f.) gegen *Bekker* richtig geltend macht, nebst dem rein psychischen Akte auch manche physischen Bedingungen voraus, z. B. die richtige Funktionierung der Bewegungsnerven, die Existenz des Gliedes, mit dem die Bewegung ausgeführt werden soll u. a. Aber alle diese Bedingungen beschränken sich hier, was wieder *Löffler* nicht sehen will, auf unsere Seele und unseren Körper, auf unser psychisches und physisches „Ich“, und auch das Resultat, d. i. die Bewegung, betrifft nur unseren Körper. Dieses ist das eigentliche und meines Erachtens das ausschließliche Herrschaftsgebiet unserer Psyche, wo ihre Verfügungen unmittelbar entscheiden.

Dagegen ist unser Einfluß auf andere äußere Vorkommnisse stets nur mittelbar; es besteht hier nicht jene unvermittelte Wechselbeziehung von Ursache und Wirkung, wie wir sie eben bei unseren Körperbewegungen sehen. Die Kausalitätskette läuft hier schon teilweise außerhalb unseres Körpers und in diesem ihrem Teile ist sie der Einwirkung mannigfaltiger, unserem Einflusse sich entziehender, kausaler Faktoren ausgestellt. Jenes intensive, mit der Beherrschung des eigenen Körpers verbundene Machtbewußtsein schrumpft hier unter dem psychologischen Mikroskope auf das Wissen zusammen, daß wir eine Körperbewegung vornehmen, die nach unserer Erfahrung zu einer — wenn auch mitunter sehr wirkungsvollen — Bedingung einer äußeren Veränderung werden kann.

Weiter geht auch unser Einfluß in Wirklichkeit nicht. Freilich kommen Fälle vor, und zwar, wir geben es zu, recht häufige Fälle, wo unsere Handlung mit dem Erfolge scheinbar in einer so engen, kausalen Verbindung steht, wo der Erfolg mit einer solchen regelmäßigen Pünktlichkeit und Schnelligkeit unserer Körperbewegung nachfolgt — man denke nur z. B. an das Einschlagen eines Fensters, vor dem wir stehen — daß es in uns die Meinung erweckt, als ob wir über diesen Erfolg ebenso verfügen würden, wie über unseren eigenen Körper, als ob diese außerhalb unser liegende Veränderung gewissermaßen nur die Fortsetzung unserer Körperbewegung und dieser in bezug auf die Wirksamkeit unserer Psyche qualitativ völlig gleichgestellt wäre. Aber ein zufälliges äußeres Hindernis in dem vorliegenden oder einem künftigen Falle wird uns darüber belehren, daß dies ein Irrtum ist, daß unsere Verfügungsgewalt hier, so kurz die Kausalkette auch sein mag, um nichts

größer ist, als dort, wo der Erfolg vielleicht erst am Ende einer langen ursächlichen Reihe liegt.

Diese innere Verschiedenheit der Beziehungen der Psyche einerseits zur Körperbewegung und andererseits zu den außerhalb unser liegenden Erfolgen muß schon aus technischen Gründen auch terminologisch zum Ausdruck kommen. Wenn nun die Vorstellungstheorie zur Bezeichnung der Beziehung zwischen Psyche und Körperbewegung den Ausdruck „Wollen“ gewählt hat, so können wir ihr darin folgen, zumal wir gesehen haben, daß der gedachte Ausdruck für die Relation zwischen der Psyche und den sonstigen Veränderungen in der Außenwelt (Erfolg) neben dem Begriffe der Absicht und der Vorstellung (Voraussicht) keine Existenzberechtigung hat.

In diesem Sinne wollen wir den Willensbegriff hier auch weiter anwenden. Wird man uns einen anderen passenden Ausdruck zur Bezeichnung der fraglichen Relation vorschlagen, sind wir zu einem Kompromisse bereit; denn einen terminologischen Streit möchten wir da nicht ausfechten wollen. Aber eine derartige Bezeichnung betrachten wir als unentbehrlich, schon um den Unterschied von solchen Körperbewegungen, welche durch mechanischen oder physiologischen Zwang hervorgerufen wurden (passive Bewegungen, Reflexbewegungen), zum Ausdrucke zu bringen. Solche nicht willentlichen, also unwillkürlichen Bewegungen, sind selbstredend für das Strafrecht belanglos, so daß in diesem Sinne der Wille die Grenze zwischen Schuld und Unschuld bildet, jede Schuld also tatsächlich Willensschuld ist.

Durch das von dem Willensbegriffe hier Angeführte ist nur der wesentliche Unterschied zur Darstellung gelangt, welcher in der Auffassung dieses Problems zwischen zwei großen Lagern, den Anhängern der Willenstheorie und jenen der Vorstellungstheorie, hervortritt. Wer das ganze Kaleidoskop der mannigfaltigen, den Willensbegriff betreffenden Ansichten ins Detail kennen lernen will, den verweisen wir auf die hochinteressanten, tiefgreifenden Ausführungen *Thyréns* (II, S. 110 f.). Nur im Fluge sei hier erwähnt, daß nach den verschiedenen Meinungen gewollt (Gegenstand des Willens) sind:

1. nur psychische (innere) Vorgänge, und zwar entweder:
 - a) alle (einschließlich der Innervation) oder
 - b) nur einer oder mehrere von ihnen (z. B. nur die Innervation);
2. nur physische (äußere) Vorgänge, und zwar wieder entweder:
 - a) alle (von der Körperbewegung an bis zum Erfolge) oder
 - b) einer oder mehrere von ihnen (z. B. nur die Körperbewegung);
3. sowohl psychische als auch physische Vorgänge, und zwar auch hier wieder entweder:

- a) der ganze Komplex derselben oder
- b) nur bestimmte von den einen und den anderen (z. B. die Innervation und die Körperbewegung).

Dieses Schema zerfällt aber weiter in eine kaum übersehbare Reihe von Kombinationen, wenn noch die verschiedenen Ansichten über nachstehende Fragen eingeflochten werden:

1. ob nur vorgestellte oder auch vorstellbare, wenn auch nicht vorgestellte, oder selbst unvorstellbare Folgen (*Binding*) zu berücksichtigen sind, und
2. welche Intensität der Vorstellung des Erfolges als entscheidend zu betrachten ist (Voraussicht der Notwendigkeit, Wahrscheinlichkeit, Möglichkeit usw.).

Wen selbst dieses bunte Bild nicht zum Wanken zu bringen vermag in der Überzeugung, daß mit dem Begriffe des Willens (Willens) in der Lehre von den Formen der Strafschuld sich manipulieren läßt, mit dem können wir uns in weitere bezügliche Auseinandersetzungen nicht einlassen. Nur eins sei noch erwähnt.

Das Bestreben der Doktrin geht, wie schon wiederholt erwähnt, dahin, mit Hilfe des Willensbegriffes oder eines anderen Teilungsgrundes die bewußte Schuld in zwei Teile zu teilen und unter Aufrechthaltung der klassischen Bipartition der Schuldformen einen Teil zum Dolus, den anderen zur Culpa zuzuweisen. Wenn es nun gelingt darzutun, daß in der Gesetzgebung anstandslos, ja noch vorteilhafter, einerseits mit der ungeteilten bewußten Schuld (im engeren Sinne = Linie d c des Bildes auf S. 112), andererseits mit der Dreiteilung der Schuldformen sich auskommen läßt, so wird dies wohl zugleich der schlagendste Beweis dafür sein, daß man ohne eine derartige weitere Teilung der bewußten Schuld bestehen kann.

Der Willensbegriff ist zu einer solchen Teilung, wie gesagt, absolut unverwendbar.

IV. Das Motiv.

Wenn wir als Zweck jenen Erfolg bezeichnet haben, dessen Vorstellung den Handelnden bewogen hat, die Handlung vorzunehmen, liegt es nahe, die Vorstellung dieses Erfolges, welche auf unseren Willen — jetzt können wir schon das Wort in dieser Bedeutung gebrauchen — derart eingewirkt hat, als Beweggrund (Motiv) zu bezeichnen. Das wird auch in der Tat hier und da gemacht und der Begriff des Motivs dann unmittelbar als Grundlage des Absichtsbegriffes verwendet¹¹⁾.

Gegen diese Auffassung des Motivs haben wir zwar grundsätzlich

11) So namentlich *Bekker* I, 283 f., *Liszt* 150.

nichts einzuwenden; wird ja damit auf bildliche, nicht unzutreffende Weise die Vorstellung des Erfolges als eine den Willen zur Handlung treibende Kraft veranschaulicht. Wir würden dann aber entschieden zweierlei als notwendig betrachten:

1. Es müßte die Wechselbeziehung der Begriffe „Motiv“ und „Absicht“ aufgeklärt werden. Denn wir haben oben (S. 108) die Absicht als jenen inneren Vorgang definiert, mittelst welches wir uns einen bestimmten Erfolg als Zweck unserer Handlung vorstellen, also als jenen psychischen Akt, vermöge dessen die Vorstellung des Erfolges unseren Willen in Bewegung gesetzt hat. Wenn hiernach die auf unseren Willen einwirkende Vorstellung des Erfolges schon Absicht ist, dann fragt es sich, ob neben diesem Absichtsbegriffe dem Motive in der eingangs bezeichneten Auffassung überhaupt noch eine verschiedene Bedeutung zukommt und ob namentlich die eben erwähnte bildliche Veranschaulichung der Vorstellung als eines auf den Willen einwirkenden Agens an und für sich von solchem Werte ist, um dadurch das Bedürfnis einer besonderen Bezeichnung für genügend begründet zu halten.

2. Es ist nicht zu übersehen, daß, wenn wir den Begriff des Motivs im Sinne der auf den Willen einwirkenden Vorstellung des Erfolges an Stelle der Absicht, beziehungsweise des Zweckes, als konstruktives Element für die Lehre von den Schuldformen verwenden wollen, wie oben (§ 6) bei Besprechung der darauf basierenden Theorie *M. E. Meyers* dargetan wurde, aus dem Motivbegriffe das Gefühlselement ausgeschieden werden muß. Denn nicht jede Vorstellung, welche den Willen in Bewegung setzt, muß für den Täter einen Gefühlswert haben, gerade so wie umgekehrt wieder nicht alle Vorstellungen, welche für den Täter einen Gefühlswert haben, schon darum auf seinen Willen einwirken müssen. Wir haben gefunden, daß gewisse Gefühle sich zwar in der Regel, wenn nicht gar immer, an die Vorstellung des Endzweckes der Handlung, nicht aber auch notwendigerweise an die Vorstellungen sämtlicher, nur die Erreichung des Endzweckes vermittelnden Zwischenerfolge knüpfen werden. Es wäre daher ohne Eliminierung des Gefühlselementes unmöglich, mit dem Motivbegriffe auch die Vorstellungen solcher Zwischenzwecke zu umfassen, obgleich doch schon ein Zwischenzweck im Sinne des Strafgesetzes rechtswidrig, mithin für uns entscheidend sein kann.

Wir betrachten aber gerade dieses Gefühlselement, diese Beziehung der Vorstellung zu der Gefühlssphäre des Täters, als ein charakteristisches Merkmal des Motivs, schon deswegen, weil nur auf solche Weise eine Übereinstimmung mit der Volkssprache sich erhalten läßt. Daß die Vorstellung vom Tode des Vaters der Beweggrund der abscheuerregenden Tat des Vaternörders war, wird man kaum jemals hören, wohl aber, daß diesen Beweggrund die Hoffnung auf die Erbschaft, seine Gewinnsucht

bildete. Gerade so werden in der Sprache des täglichen Lebens als Motive von vorkommenden strafbaren Handlungen Rache, Schadenfreude, Furcht, Neid, Geiz u. a. m., also ein an die Vorstellung des Erfolges sich knüpfendes Gefühl, ein Trieb oder eine Charaktereigenschaft (die psychische Eigenart) des Täters¹²⁾ bezeichnet werden, nicht aber die Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges. Wenn wir den Motivbegriff auch auf diese Vorstellung erstrecken wollten, müßten wir, wie gesagt, jene charakteristische Beziehung zu der Gefühlssphäre des Täters verwischen, welche diesen Begriff auch in jenen Fällen kennzeichnet, wo wir einen Trieb oder eine Charaktereigenschaft als Beweggrund der Handlung bezeichnen. Dadurch würden wir uns aber von der volkstümlichen Redeweise entfernen, ohne etwas anderes dabei gewonnen zu haben als einen Begriff, dessen Unentbehrlichkeit stark bezweifelt werden muß.

Daher empfehlen wir, höchstens nur diejenige Vorstellung des Erfolges Motiv zu nennen, welche auf den Willen des Täters vermöge ihrer Relation zu dessen Gefühlssphäre eingewirkt hat, und zwar entweder durch Lustgefühle (Motiv) oder durch Gefühle der Unlust (Gegenmotiv). Daneben soll aber gegen die Sprachübung, wonach auch diese die Vorstellung des Erfolges begleitenden Gefühle selbst, dann Triebe und Charaktereigenschaften als Motive bezeichnet werden, keine Einwendung erhoben werden.

In diesem Sinne ist das Motiv als Teilungsgrund der Strafschuld selbstredend unverwendbar. Als die auf den Willen schlechthin einwirkende Vorstellung des Erfolges aber aufgefaßt, hat dieser Begriff neben der Absicht für die Konstruktion der Schuldformen keine weitergehende Bedeutung.

V. Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit.

Die Frage, ob zu dem Vorsatze auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist, gehört zu denjenigen Problemen, die, trotzdem sie die Strafrechtswissenschaft in sehr starkem Maße beschäftigten, nicht als befriedigend gelöst betrachtet werden können, im Gegenteil den Gegenstand zahlreicher Kontroversen in Theorie und Praxis bilden.

Zweifellos ist, daß, wenn wir das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des Vorsatzes betrachten, wir dadurch aus dieser Schuldform alle zu ihr sonst gehörigen Fälle ausscheiden, welche eben dieses Erfordernis nicht aufweisen. Diese Fälle sind dann, wenn die betreffende Tat im Gesetze nicht auch als fahrlässig begangen unter Strafe gestellt ist, wohl unzweifelhaft straflos.

12) Vgl. *Liszt* Z. 16. Bd. S. 477 f., *Lilienthal* Z. 20. Bd. S. 440 f., *Liepmann* 119 f., *M. E. Mayer* 185 f.

Wird aber in solchen Fällen auch die bloße culpa gesetzlich verfolgt, dann entsteht die Frage, ob desungeachtet die Handlung, der zur Vorsätzlichkeit eben nichts anderes als das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, ohne Ausnahme straflos sein soll, oder ob eine solche Handlung unter Umständen als eine fahrlässige verfolgt werden kann und unter welchen Bedingungen dies tunlich ist. Im ersteren Falle müßte man zu dem Schlusse gelangen, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auch Voraussetzung der Fahrlässigkeit, also der Strafschuld überhaupt sei. Im zweiten Falle würde dieses Bewußtsein als ein Teilungsgrund erscheinen, der die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zugunsten der letzteren weiter in das Gebiet des Vorsatzes hinein verschiebt, da eben diejenigen Fälle, in denen zum Vorsatze das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mangelt, entweder schlechthin oder unter gewissen Bedingungen zur Fahrlässigkeit zugerechnet würden.

So schaut die Sache vom Standpunkte der herrschenden Zweiteilung der Schuldformen aus. Von unserem Gesichtspunkte formuliert sich die Streitfrage dahin, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ein geeignetes konstruktives Element der Strafschuldformen ist, sei es neben den von uns akzeptierten, nämlich dem Bewußtsein des Erfolges und der Absicht, sei es an Stelle der beiden oder mindestens eines von ihnen.

Ehe wir an die Beantwortung dieser Frage herantreten können, ist es allerdings notwendig, sich klar zu machen, was unter dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu verstehen sei. Denn es ist unsere Überzeugung, daß die das behandelte Problem umstrickenden Kontroversen ihre Nahrung zum nicht geringsten Teile darin fanden, daß nicht immer mit ganz klaren Begriffen gearbeitet wurde.

Rechtswidrig ist wörtlich das, was gegen das Recht verstößt, sei es gegen das subjektive Recht des einzelnen, sei es gegen das objektive Recht, also die Rechtsgrundsätze. Da nicht jede strafbare Handlung ein subjektives Recht verletzt, im Gegenteil das Strafrecht in erster Reihe öffentliche Interessen zu verfolgen berufen ist, und da übrigens durch jede Verletzung eines subjektiven Rechtes indirekt auch die demselben zugrundeliegende Rechtsvorschrift verletzt wird, so liegt es auf der Hand, daß die Rechtswidrigkeit in strafrechtlicher Beziehung vorwiegend vom Gesichtspunkte des objektiven Rechts in Frage kommt. Hiernach würde das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in dem Bewußtsein bestehen, daß die Handlung gegen das positive Recht, also gegen die Rechtsgrundsätze verstößt. Nun herrscht aber Meinungsverschiedenheit darüber, welche Rechtsgrundsätze hier in Betracht zu kommen haben. Aus dem Schwarm der verschiedenartigsten darüber

geäußerten Ansichten¹³⁾ greifen wir in Anbetracht des uns gesteckten Zieles nur die folgenden wichtigsten Typen heraus:

1. Am weitesten geht wohl die Meinung, welche die Vorschriften des Strafgesetzes als Grundlage nimmt und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in dem Bewußtsein der Strafbarkeit, also in letzter Konsequenz in der Kenntnis des übertretenen Strafgesetzes sucht.

Daß das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in diesem Sinne im Grunde genommen als konstruktives Element der Strafschuldformen dienen könnte, namentlich in der Art, daß es das Unterscheidungsmerkmal der bewußten Schuld und der unbewußten Schuld bilden würde, steht außer Zweifel. Aber ein auf dieser Grundlage aufgebautes Strafgesetz, also ein Strafgesetz, welches das Bewußtsein der Strafbarkeit als Kriterium zwischen der schweren und der leichteren Schuldform erklären würde, hätte keinen praktischen Wert; seine Spitze würde sich an dem Einwande oder gar an der Ausrede des Täters brechen, er habe das Strafgesetz nicht gekannt, er habe nicht gewußt, daß das, was er tue, unter Strafe gestellt sei: ein Gesetz vielleicht für Kriminalisten, nicht aber für Bürger überhaupt.

Daher ist auch die gedachte Meinung mit Recht in Wissenschaft und Gesetzgebung als abgetan zu betrachten¹⁴⁾.

2. Nach einer zweiten typischen Ansicht ist nicht die Kenntnis des Strafgesetzes selbst, sondern der den einzelnen Vorschriften desselben zugrunde liegenden Normen entscheidend. Die Auflehnung gegen diese Normen begründet, falls sie bewußt ist (bewußt-normwidriger Wille), Vorsatz, wenn sie unbewußt ist (unbewußt-normwidriger Wille), Fahrlässigkeit.

Diese bekanntlich von *Binding*¹⁵⁾ großgezogene und bis ins Extrem durchgeführte Theorie geht von der Voraussetzung aus, daß die Vorschriften des Strafgesetzes nicht selbständige Grundnormen sind, sondern sich durchwegs auf andere, ihnen begrifflich, wenn auch nicht

13) Die einschlägige Literatur verzeichnen u. a. *Liszt* bei § 41 und S. 158 Anm. 3, *Olshausen* I, 259, *Frank* Z. 14. Bd. S. 367 und jetzt namentlich *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit (1903).

14) Eine andere Frage ist es, ob die Unkenntnis des Strafgesetzes unter Umständen einen Grund für die Strafmilderung bilden könne; vgl. Artikel 12 Absatz 2 des *Stooss'schen* Entwurfs II.

15) Normen I und II. Das Bewußtsein der Normwidrigkeit der Handlung fordert zum Vorsatze auch *Orloff* G.S. 34. Bd. S. 401 f. und *Finger* I, 133, nach dessen Ansicht jedoch die Kenntnis der einzelnen Norm, der die Handlung zuwiderläuft, nicht erforderlich ist. In der II. Auflage (S. 180) läßt *Finger* an Stelle des Bewußtseins der Normwidrigkeit bereits das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit treten. Gegen die Anwendung des Ausdruckes „Normwidrigkeit“ im Sinne *Bindings* erklärt sich *Hold*, Rechtswidrigkeit S. 276.

immer zeitlich vorausgehende (geschriebene und ungeschriebene) Normen des positiven Rechts gründen.

Wir betrachten diese Prämisse in ihrer allgemeinen Fassung als falsch und können auch den daraus gemachten Folgerungen nicht beistimmen. Eine eingehende bezügliche Auseinandersetzung würde über den Rahmen unserer Schrift um so mehr hinausgehen, je kleiner der Anklang ist, den diese Theorie gefunden hat. Von denjenigen Fällen, in welchen die Übertretung außerstrafrechtlicher Vorschriften in gewissem, wichtigem Zusammenhange mit der Frage der strafrechtlichen Schuld steht, wird unten (im § 13) noch die Rede sein.

3. Andere wieder lassen an Stelle des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit treten und betrachten dieses als Erfordernis des Vorsatzes¹⁶⁾.

Auch diese Meinung ist für uns unannehmbar schon wegen des Mangels an Bestimmtheit, an dem der Begriff der „Pflichtwidrigkeit“ leidet. Sofern diesem Begriffe Rechtspflichten zugrunde liegen sollen, würde das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit sich wohl mit dem Bewußtsein decken, daß die Handlung gegen diejenigen Normen, in denen die bezüglichen Pflichten begründet sind, verstößt. Dieses Bewußtsein würde jedoch in bezug auf die Verbote und Gebote der Strafgesetze offenbar die Kenntnis eben dieser Gesetze, hinsichtlich der durch andere Rechtsvorschriften aufgestellten Pflichten die Kenntnis dieser einschlägigen Normen voraussetzen. In dieser Beziehung würde diese Meinung also mit der unter Z. 1 bezeichneten und wenigstens teilweise auch mit der unter Z. 2 gedachten Ansicht zusammenkommen. Insofern aber auch ethische Pflichten herangezogen werden (*Liepmann*, *M. E. Mayer*), wird die Frage auf ein Feld verschoben, das wir nicht betreten können, ohne Gefahr zu laufen, daß wir den festen Boden unter den Füßen verlieren.

Wir glauben, daß die bezüglichen Gegensätze sich viel leichter überbrücken ließen, wenn man es vom Boden des positiven Rechts aus versucht hätte. Dann wäre man wohl zu der Erkenntnis gekommen, daß nicht der letzte Grund der einschlägigen Kontroversen in den Mängeln der geltenden Strafgesetze zu suchen sei, deren Behebung umgekehrt wieder vielleicht zu einer Einigung in der Wissen-

16) So namentlich *Merkel* 68, *Hälschner* I, 296 f., dann *Liepmann* 132 f., *M. E. Mayer* 114, nunmehr auch *Finger* II. Aufl. S. 180 und wohl auch *Kohlrausch* 24 f.; dagegen besonders *Lucas* 83 f. *Mayer* betrachtet die Pflichtwidrigkeit als objektives Erfordernis der schuldhaften Handlung überhaupt und fordert konsequent zu der Fahrlässigkeit die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit, zum Vorsatze aber außerdem in jenen Fällen, wo die Rechtswidrigkeit gesetzliches Tatbestandsmerkmal ist, auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Über das Verhältnis der Rechtswidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit vgl. neuerdings *Hold*, Rechtswidrigkeit, bes. S. 276 f.

schaft führen könnte. Freilich ist nicht zu verhehlen, daß eine solche Einigung in gewissem Maße durch die Art und Weise erschwert ist, wie die Frage der Strafschuldformen in Doktrin und Gesetzgebung behandelt wird.

Wir wollen im nachstehenden versuchen, unsere gegenständliche Ansicht darzulegen, ohne selbstredend unser eigentliches Ziel dabei aus den Augen zu verlieren.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Handlung, wenn sie vom strafrechtlichen Gesichtspunkte rechtswidrig und mithin strafbar sein soll, alle Tatbestandsmerkmale aufweisen muß, welche die bezügliche Strafnorm aufstellt. Diese Tatbestandsmerkmale sind teils objektiver Natur, teils gehört darunter auch die subjektive Verschuldung, d. h. diejenige Schuldart, diejenige Beziehung der Psyche zu dem rechtswidrigen Erfolge, welche das Gesetz eben zu dem betreffenden Delikte erfordert.

Muß aber die Handlung, um rechtswidrig zu sein — nebst der subjektiven Schuld — alle objektiven gesetzlichen Tatbestandsmerkmale an sich tragen, so muß es selbstredend auch der Erfolg, in welchem sich die Rechtswidrigkeit verkörpert. Hieraus folgt, daß auch die gedachte Beziehung der Psyche zum Erfolge alle besagten Merkmale umfassen muß und daß namentlich von der bewußten Schuld und — da diese eine Voraussetzung der Absicht (in unserem Sinne) bildet — auch von der Absicht nur dann die Rede sein kann, wenn der Täter wußte, daß er durch seine Handlung alle objektiven Merkmale des Deliktes wirkliche, oder, genauer ausgedrückt, wenn dem Täter alle diejenigen Tatumstände bekannt waren, durch welche die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt werden. War ihm auch nur eines von diesen Merkmalen unbekannt, mit anderen Worten, befand er sich bezüglich der Existenz eines solchen Merkmals im Irrtum, kann ihm nur unbe- wußte Schuld zur Last gelegt werden, vorausgesetzt, daß auch die übrigen Erfordernisse dieser Schuldart vorliegen.

Hiernach würde das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung lediglich in der Kenntnis derjenigen Tatumstände liegen, durch welche die sämtlichen objektiven Deliktsmerkmale verwirklicht werden und dann könnte auch kein Zweifel darüber bestehen, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in diesem Sinne ein Erfordernis der bewußten Schuld sei.

Wenn jedes Strafgesetz die Merkmale der rechtswidrigen Handlung gänzlich erschöpfen würde, wenn mithin jede unter die gesetzliche Definition eines bestimmten Deliktes passende Handlung tatsächlich auch als solches strafbar, mit anderen Worten, wenn der Wortlaut eines speziellen Strafgesetzes die wirkliche Grenze des strafbaren Unrechtes wäre, würde die Sache keine weiteren Schwierig-

keiten bereiten. Dem ist jedoch nicht so; im Gegenteil, es gibt eine ganze Reihe von Handlungen, welche, obgleich die gesetzliche Definition völlig auf sie paßt, obgleich sie, von einem deliktsfähigen Subjekte begangen, sowohl die objektive, als auch die subjektive Seite der Legalnorm vollständig erschöpfen, dennoch nicht unter diese Norm fallen, nicht gemäß derselben strafbar, nicht im Sinne des Strafgesetzes rechtswidrig sind.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden:

1. Das Strafgesetz selbst führt im allgemeinen (also nicht bei den einzelnen Delikten) bestimmte Fälle an, wo Handlungen, welche im übrigen alle Merkmale eines Deliktes aufweisen, wenn sie zu gewissen Zwecken vorgenommen wurden, den rechtswidrigen Charakter verlieren, straflos sind. Typische Fälle solcher Gattung, vielleicht in jedem Strafgesetze enthalten, sind Notwehr und Notstand.

2. Andere einschlägige Fälle pflegen im Strafgesetze nicht angeführt zu werden, sondern haben ihre Grundlage in anderen Normen, sei es des öffentlichen Rechtes (die Tötung des Verurteilten durch den Scharfrichter, des Feindes durch den Soldaten ist kein Mord, die Anhaltung des Verbrechers in der Strafanstalt nicht das Verbrechen der Beschränkung der persönlichen Freiheit), sei es des Privatrechtes (Selbsthilfe, Züchtigungsrecht).

Im allgemeinen kann man sagen, daß die Verletzung des fremden Rechtsgutes, die zwecks legaler Ausübung einer im öffentlichen oder privaten Rechte gegründeten Befugnis, beziehungsweise Verpflichtung, somit zu einem sozialen, von der Rechtsordnung anerkannten Zwecke, ohne Überschreitung der Grenzen des Notwendigen vorgenommen wird, nicht rechtswidrig und daher auch nicht strafbar ist¹⁷⁾.

Es ist einleuchtend, daß durch solche Normen des öffentlichen und privaten Rechts die Tragweite der betreffenden Strafgesetze ebenso beschränkt wird, wie durch die unter Z. 1 bezeichneten allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzes selbst (Notwehr, Notstand). Die Sache liegt nicht anders, als wenn alle diese Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit bei jedem einzelnen Delikte, auf das sie sich beziehen können, angeführt, oder noch besser, wenn die Legaldefinitionen der betreffenden Delikte so gefaßt wären, daß sie eben nur die rechtswidrigen, mithin strafbaren Fälle treffen würden.

17) Offenbar zu eng ist die Fassung des Artikels 36 des russischen revidierten Kommissionsentwurfs: „Als strafbare Handlung wird nicht betrachtet das, was zur Erfüllung des Gesetzes oder eines Dienstbefehls getan wurde, welcher von der zuständigen Behörde mit Wahrung der hierfür bestehenden Vorschriften erlassen würde und eine offenbar strafbare Handlung nicht angeordnet hat“. Hierher gehören auch die bewußten Bestimmungen der Militärstrafgesetze über die exkulperierende Kraft des Dienstbefehls.

Das wäre freilich schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Ist es ja nicht einmal der Wissenschaft selbst bisher gelungen, die teils durch das positive Recht, teils durch Theorie und Judikatur anerkannten Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit in ein halbwegs vollständiges System zu bringen¹⁸⁾.

Aber selbst wenn dieser Mangel nicht bestehen würde, wäre es schon vom Gesichtspunkte der Gesetzgebungstechnik notwendig, diese zumeist auf eine größere Anzahl von Delikten sich beziehenden Fälle in den allgemeinen Teil des Strafgesetzes aufzunehmen, so wie es beispielsweise bezüglich der Notwehr und des Notstandes geschah. Durch die Aufzählung der betreffenden Fälle bei jedem einzelnen Delikte, auf welches sie sich beziehen, würde das Strafgesetz allzu sehr anschwellen, wegen seines großen Umfanges unübersichtlich werden, ein wahrlich abschreckendes Beispiel der Verletzung des Grundsatzes: „lex brevis esto!“ bieten.

Doch dieser bloß technische Gesichtspunkt darf uns in bezug auf das Wesen der Sache nicht beirren. Wir behaupten: Soll die Legaldefinition eines Deliktes vollkommen sein, muß sie die Grenze zwischen dem strafbaren Unrechte und der Straflosigkeit bilden, muß sie derart gefaßt sein, damit sie namentlich die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit nicht treffe. Ist dies aus technischen Gründen untunlich, sondern muß die bezügliche Ergänzung einer besonderen Strafnorm in dem allgemeinen Teile des Strafgesetzes oder gar in außerstrafrechtlichen Normen gesucht werden, so liegt darin ein gewisser, wenn auch nur formeller Mangel der gesetzlichen Definition des Deliktes. In materieller Beziehung ist die Sache so aufzufassen, als ob die Legaldefinition vollständig, d. h. derart gefaßt wäre, um nur die wirklich rechtswidrigen Handlungen zu treffen und mithin die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit nicht zu umschließen. Daraus folgt aber, daß die Negation des Komplexes der sämtlichen Fälle

18) Von den verschiedenen Einteilungen der anerkannten Gründe der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit gibt die verhältnismässig noch systematischste und vollständigste *Liszt* (S. 121 f.), welcher diese Gründe folgendermaßen gruppiert:

1. Ausübung eines Rechts, einer Pflicht, eines staatlich anerkannten Beweises;
2. Wahrung berechtigter Interessen: a) Selbsthilfe, b) Notwehr, c) Notstand;
3. Einwilligung des Verletzten;
4. Richtung des Angriffs gegen Rechtsgüter des Täters selbst;

dann *Stooss* (Schweiz. Zeitschrift f. Strf. 10. Bd. S. 351 f.), welcher unterscheidet:

- I. Pflichtmäßige Verletzungen in Ausübung einer: 1. Amts- oder Dienstpflicht, 2. Bürgerpflicht, 3. Wehrpflicht;
- II. Rechtsmäßige Verletzungen: 1. in Notwehr, 2. in berechtigter Selbsthilfe, 3. in Ausübung der Erziehungsgewalt, 4. in Ausübung der Disziplinarbefugnis, 5. in Ausübung des Berufsrechts, 6. in Ausübung des Notrechts;
- III. Strafloose Verletzungen im Notstand.

der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit ein positives Tatbestandsmerkmal eines solchen Deliktes, oder mit anderen Worten, daß der Komplex dieser Fälle ein negatives Merkmal dieses Tatbestandes bildet¹⁹⁾.

Dies mag vielleicht auf den ersten Blick befremden; uns scheint die Sache klar, unzweifelhaft zu sein. Bildet ja jedes Merkmal des Tatbestandes eines Delikts die Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit, zwischen strafbarem Unrechte und den Fällen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit. Wenn z. B. das Gesetz als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls die Wegnahme einer fremden Sache zu gewinnsüchtigem Zwecke, oder als Tatbestandsmerkmal der Notzucht den Umstand erklärt, daß die weibliche Person, welche sich freiwillig zum Beischlaf herbeiließ, unter vierzehn Jahren sei, so ist damit selbstredend gesagt, daß die Wegnahme einer eigenen Sache oder einer fremden Sache zu einem anderen Zwecke, beziehungsweise der mit einer bereits vierzehnjährigen Person freiwillig vollzogene Beischlaf im Sinne dieser Normen nicht rechtswidrig und mithin nicht strafbar sei.

Nun behaupten wir: Wenn es möglich wäre, wie in diesen Fällen, durch die Merkmale „fremde Sache“, „gewinnsüchtige Absicht“ oder „ein Alter von unter vierzehn Jahren“ gerade so einfach und genau, vielleicht durch einen einzigen Ausdruck, sozusagen ein Zauberwort, alle Fälle, in denen z. B. die Tötung eines Menschen, die Beschränkung der persönlichen Freiheit oder das Eindringen in das Haus rechtswidrig ist, sachlich bezeichnen und von den Fällen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit zu scheiden, kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber hier dasselbe getan hätte wie dort; er hätte den fraglichen Ausdruck einfach als Tatbestandsmerkmal in die gesetzliche Definition der betreffenden Delikte eingefügt.

Wenn er dies nicht getan hat, sondern in dieser Beziehung stillschweigend auf Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzes (Notwehr, Notstand) oder gar auf außerstrafrechtliche Vorschriften verweist, so hat dies, wie gesagt, nur technische Gründe, am Wesen der Sache wird dadurch nichts geändert, namentlich auch nicht an dem oben entwickelten Grundsatz, daß stets der Komplex dieser Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit als negatives, oder, was gleich ist, die Antithese dieses Komplexes als positives Merkmal des betreffenden deliktischen Tatbestandes zu betrachten ist.

19) Wir kommen hier also zu demselben Ergebnisse wie *Löffler* in *Grünhuts Ztschr.* 20. Bd. S. 774 f., *Frank* II. Auflage S. 78 f., 97 und in letzter Zeit (1903) auch *Hold*, *Rechtswidrigkeit* S. 391. Dem letzteren ist zuzustimmen, wenn er es als unrichtig erklärt, die Rechtswidrigkeit selbst als positives Tatbestandsmerkmal zu bezeichnen (S. 392). Diese Theorie „von den negativen Tatbeständen“ wird letzthin heftig bekämpft von *Kohbrausch*, *Irrtum und Schuld begriff* (1903) S. 59 f.

Daraus ergibt sich aber eine weitere wichtige Konsequenz hinsichtlich der subjektiven Seite des Deliktes; denn auch in dieser Beziehung muß von dem gedachten Tatbestandsmerkmale folgerichtig alles das gelten, was von allen anderen Verbrechensmerkmalen gilt; namentlich muß es als ein Erfordernis der bewußten Schuld erklärt werden, daß das Bewußtsein des Täters auch dieses Tatbestandsmerkmal umfasse.

Freilich scheint hier ein Unterschied vorzuliegen, der dadurch bedingt ist, daß das fragliche Merkmal von negativer Form ist und daß auch diese Negation nicht in einheitlicher Weise, sondern durch einen Komplex von mehreren Fällen, d. h. eben durch die Zusammenfassung aller möglichen Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit bestimmt wird. Es beruht mithin das Bewußtsein des fraglichen Tatbestandsmerkmals, also das Bewußtsein der Antithese des Komplexes aller Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit offenbar in dem Bewußtsein, daß keiner von diesen Fällen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit gegebenenfalls vorliegt. Dieses Bewußtsein wird aber ausgeschlossen durch das Wissen des Täters, daß einer von diesen Fällen gegeben ist. Deckt sich dieses Wissen, diese Vorstellung des Täters mit der Wirklichkeit, liegt also ein Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit tatsächlich vor, ist die Handlung selbstredend straflos. Uns interessiert daher vorwiegend der Fall, wenn der Täter in Nichtübereinstimmung mit der Wirklichkeit, also irrtümlich, angenommen hat, daß ein Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit (z. B. Notwehr, Notstand, Züchtigungsrecht) gegeben sei.

Doch auch das Kennen der anderen (gewöhnlichen) Tatumstände (z. B. das Wissen, daß die Sache fremd, das Mädchen noch nicht vierzehn Jahre alt sei) ist eben durch die irrije Annahme des Gegenteils (also die irrije Meinung des Täters, die Sache sei seine eigene, das Mädchen schon vierzehn Jahre alt) ausgeschlossen. Hieraus ergibt sich, daß in dieser Beziehung zwischen diesen und jenen Fällen sachlich kein Unterschied besteht und daß somit hier und dort ein solcher Irrtum dieselbe Wirkung haben muss, nämlich daß die bewußte Schuld (und folglich auch die Absicht) ausgeschlossen ist und daß höchstens nur von einer unbewußten Schuld die Rede sein könnte.

Nur nach zwei Richtungen hin können sich Zweifel ergeben.

A) Der Irrtum des Täters kann bestehen:

1. in der unrichtigen Vorstellung von einem entscheidenden Tatumstände (sog. Tatirrtum);
2. in der Unkenntnis der Rechtsnorm;
3. in der unrichtigen Subsumption, oder, richtiger gesagt, in der

unrichtigen Nichtsubsumierung der richtig vorgestellten Tatumstände unter die bekannte Rechtsnorm.

Da der unter Z. 3 bezeichnete Irrtum (der sog. Subsumptionsirrtum) offenbar in der Unkenntnis der Tragweite der Rechtsnorm, mithin in der unvollkommenen Kenntnis der Rechtsnorm selbst seinen Grund hat, besteht zwischen diesem Falle und dem Falle Z. 2 kein wesentlicher Unterschied. Denn wenn die Norm dem Täter vollkommen bekannt ist, d. h. von ihm auch richtig aufgefaßt wird, ist eine unrichtige Subsumption der richtig vorgestellten Tatumstände selbstredend ausgeschlossen²⁰). Beide Fälle können mithin unter der Bezeichnung „Rechtsirrtum“ zusammengefaßt werden.

Ein solcher Rechtsirrtum (Z. 2 und 3) kann entweder:

a) unmittelbar das Strafgesetz selbst betreffen; z. B.: Der Duellant weiß nicht, daß der Zweikampf strafbar sei, oder meint, daß die Schläger keine tödlichen Waffen sind; oder

b) außerstrafgesetzliche Rechtsnormen, die jedoch die Grundlage einzelner Bestimmungen des Strafgesetzes bilden; z. B.: Der Verkäufer weiß nicht, daß das pactum reservati domini zivilrechtlich ungültig sei, und nimmt die verkaufte Sache dem Käufer eigenmächtig weg in der Meinung, die Sache sei bisher sein Eigentum, oder der Beischläfer, dem der Geburtstag des Mädchens bekannt ist, glaubt, daß es schon heute vierzehn Jahre alt sei, während nach den Bestimmungen des Zivilrechts das Mädchen dieses Alter erst morgen erreicht haben wird.

Daß der in Unkenntnis des Strafgesetzes oder dessen Tragweite bestehende Irrtum (Fall a) vom Gesetzgeber nicht als Grund der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit und daher auch der ausgeschlossenen Strafbarkeit der Handlung erklärt werden darf, wenn die Wirkungsfähigkeit des Strafgesetzes nicht gleich im vorhinein gebrochen werden soll, ist schon gesagt worden.

Zweifel können sich de lege ferenda (oft auch de lege lata) im Falle b ergeben. Denn es scheint bedenklich, den Vorschriften des Strafgesetzes die außerstrafrechtlichen Normen in der fraglichen Beziehung völlig gleichzustellen und der Unkenntnis der letzteren oder deren oft in Theorie und Praxis ziemlich streitigen Tragweite in bezug auf die Schuldseite ebenfalls keine Bedeutung beizulegen.

Daher dürfte es kommen, daß die herrschende Meinung in Doktrin und Judikatur diesen sogenannten außerstrafrechtlichen Rechts-

²⁰) Aus diesem Grunde muß es als höchst bedenklich erklärt werden, wenn man den Unterschied zwischen Rechtsunkenntnis und Subsumptionsirrtum als Kriterium des strafrechtlich irrelevanten und des strafrechtlich relevanten Irrtums verwerten will; vgl. *Bülow*, G.S. 59. Bd. S. 1 f. und *Rosenblatt* G.S. 61. Bd. S. 1 f.

irrtum mit dem Tatirrtume auf dieselbe Stufe setzt und ihn gleich diesem als Ausschließungsgrund des Vorsatzes betrachtet.

Doch ist dieser Satz namentlich in neuester Zeit heftig angegriffen worden. Man hat die Unterscheidung des außerstrafrechtlichen Irrtums von dem strafrechtlichen als willkürlich bezeichnet, ja auch die Auseinanderhaltung des Tatirrtums und des Rechtsirrtums in dem bisher geläufigen Sinne als unhaltbar hingestellt²¹⁾.

So tief nun auch die bezüglichen Ausführungen (namentlich die von *Kohlrausch*) greifen, so lehrreich sie erscheinen und so unanfechtbar manches ist, was da ins Treffen geführt wird, des Eindruckes können wir uns dennoch nicht erwehren, daß die geltend gemachten Bedenken vornehmlich dadurch angeregt wurden, daß, so wie es überall, wo psychische Erscheinungen in Frage kommen, der Fall ist, auch hier die Begriffe „Tatirrtum“, „strafrechtlicher Rechtsirrtum“ und „außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum“ sich in der Praxis nicht immer streng scheiden lassen, sondern daß sie Übergänge aufweisen und daß hier und da Grenzfälle vorkommen, deren Einreihung Schwierigkeiten begegnet. Doch in den meisten Fällen wird sich wohl leicht beurteilen lassen, ob das, worüber der Täter irrte, noch als eine Tatsache (d. h. ein sinnfälliges Ereignis eventuell eine diesem gleichzustellende Abstraktion daraus) oder schon als ein Rechtssatz des Strafrechts oder als ein Rechtssatz eines anderen Rechtsgebietes zu betrachten ist.

Eine andere Frage ist die nach der strafrechtlichen Relevanz dieser einzelnen Irrtumsarten. Denn darüber läßt sich wohl streiten, ob der bezügliche Standpunkt der heute in Theorie und Praxis noch herrschenden Meinung der richtige ist, wonach der strafrechtliche Rechtsirrtum ganz ignoriert, durch jeden anderen Irrtum aber, also sowohl durch den Tatirrtum als auch durch den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum die Schuld oder mindestens deren schwerere Form (der Vorsatz) als ausgeschlossen betrachtet wird.

Es ist nicht zu übersehen, daß der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum, wenn er auch in erster Linie und unmittelbar außerhalb des Strafgesetzes stehende Normen betrifft, andererseits doch indirekt sich auch auf das Strafgesetz selbst bezieht. So hat gewiß jener Verkäufer den Begriff der fremden Sache in der Diebstahlsdefinition und ebenso jener Beischläfer den Begriff des Alters unter vierzehn Jahren in der gesetzlichen Begriffsbestimmung der Notzucht sich wenigstens mittelbar unrichtig ausgelegt, wenn auch diese unrichtige Auffassung des Strafgesetzes in beiden Fällen in einer falschen Deutung oder Unkenntnis des bürgerlichen Rechts ihren Grund hat.

21) Vgl. *Liszt* 154 f., *Finger* I 2. Aufl. S. 169 f., *Kahn*, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum (in *Belings* Strafrechtlichen Abhandlungen 1900) und *Kohlrausch* nam. S., 84 f. 118 f.

Ferner darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Strafrechtsnormen bestimmt sind, den den Rechtsgütern durch außerstrafrechtliche Normen gewährten Schutz zu verstärken, daß jene somit zweifellos etwas Stärkeres, etwas Intensiveres sind als diese, und daß, wenn man die Unkenntnis oder unrichtige Auslegung des Strafgesetzes nicht als Entschuldigung gelten läßt, man konsequent schon per argumentum a maiore auch der Nichtkenntnis oder falschen Auffassung anderer Rechtsnormen, insofern sie die Anwendung des Strafgesetzes beeinflussen, nicht eine die Strafbarkeit der Handlung ausschließende Kraft beilegen sollte.

Es wäre ja sonst eine unausweichliche Folge davon, daß auch der unrichtigsten, vielleicht durch den krassesten Egoismus diktierten Auslegung solcher Normen dieselbe Wirkung zukommen müßte, daß wir auf diese Weise ein bedenkliches Privilegium für die Unkenntnis des Gesetzes und dessen willkürliche Deutung statuieren und so indirekt den Schutz abschwächen, den das Strafgesetz den Rechtsgütern doch in erhöhtem Maße gewähren soll. Wer da weiß, daß der Fall vom Standpunkte des bürgerlichen Rechts oder anderer außerstrafrechtlichen Normen zweifelhaft ist, hat allen Grund, sich einer Handlung zu enthalten, die im Falle, daß seine Ansicht unrichtig wäre, unter das Strafgesetz fiel. Umsomehr Grund zu einer solchen Enthaltensamkeit soll aber derjenige haben, welcher sich seiner gänzlichen Ignoranz oder doch der Lückenhaftigkeit seiner Kenntnis der betreffenden Rechtsvorschriften bewußt ist. Wenn er sich aber über solche Zweifel oder Mängel einfach hinwegsetzt und den in Wirklichkeit rechtswidrigen Angriff unternimmt, dann trifft ihn die Strafe nicht unbillig, oder wenigstens nicht unbilliger als denjenigen, der aus Unkenntnis des Strafgesetzes oder dessen unrichtiger Auffassung nicht wußte, daß er eine strafgesetzwidrige Handlung begehe. Im Gegenteil, als eine durch nichts gerechtfertigte Unbilligkeit muß es erscheinen, wenn man diesen die volle Schärfe des Strafgesetzes fühlen läßt, jenen dagegen davon gänzlich eximiert. Das richtige liegt wohl in der Mitte.

Aus diesen Gründen möchten wir de lege ferenda die Annahme des Grundsatzes befürworten, daß der Rechtsirrtum die bewußte Schuld nicht ausschließt, mag er das Strafgesetz oder außerstrafrechtliche Rechtsnormen betreffen, sondern daß er in beiden Fällen nur einen Strafmilderungsgrund bilden kann, dessen Bedeutung sich danach abmißt, ob der Irrtum mehr oder weniger verschuldet ist²²⁾.

22) So war im Art. 97 des St. G. B. für das Königr. Sachsen vom 13. Aug. 1855 für den Fall des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums (Rechtsirrtum über „andere bei der Handlung in Betracht kommende Rechtsgrundsätze“) bloß verminderte Strafbarkeit vorgesehen. Vgl. auch Art. 37 des I., Art. 12 Abs. 2 des II. *Stooss'schen* Entwurfs²⁾ und Art. 15 Abs. 2 des schweiz. Kom.-Entw., deren Tragweite jedoch nament-

Werden der strafrechtliche und der außerstrafrechtliche Irrtum auf solche Weise hinsichtlich ihrer Bedeutung im Strafrechte gleichgestellt, dann wird auch die für die Unhaltbarkeit dieser Unterscheidung geltend gemachte Flüssigkeit der Grenzen dieser beiden Arten des Rechtsirrtums ohne Belang sein.

Soviel ist aber gewiß, ob wir uns (und zwar sei es *de lege ferenda*, sei es *de lege lata*) für die schuldausschließende Bedeutung des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums oder für den gegenteiligen Standpunkt entscheiden, daß — und hiemit betreten wir wieder unser eigentliches Gebiet — der akzeptierte Grundsatz auch für die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit gelten muß. Denn diese, mögen sie in dem Strafgesetze enthalten sein (Notwehr, Notrecht) oder nicht (Amtspflicht, Berufspflicht, Züchtigungsrecht u. a.), bilden, wie wir dazutun versucht haben, in ihrer Zusammenfassung ein negatives, oder mit anderen Worten, die Antithese ihres Komplexes bildet ein positives Tatbestandsmerkmal, welches in der gedachten Richtung gleich allen anderen Tatbestandsmerkmalen zu behandeln ist.

Auch betreffs dieses Tatbestandsmerkmals kann ein Tatirrtum vorliegen (z. B. jemand wollte einen anderen nur scherzweise schrecken, dieser jedoch in der Meinung, es handle sich um einen wirklichen räuberischen Überfall, verwundet den vermeintlichen Räuber, oder jemand bestraft einen ausgelassenen Knaben, indem er ihn in der Dunkelheit irrtümlich für seinen Sohn hält), und ebenso ein Rechtsirrtum, der wiederum entweder auf außerstrafrechtliche Rechtsnormen sich beziehen (der Lehrer nimmt irrigerweise an, daß ihm das Recht der körperlichen Züchtigung zustehe) oder das Strafgesetz selbst betreffen kann, letzteres selbstredend nur insofern, als das Strafgesetz einen oder den anderen Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit ausdrücklich behandelt (der an der Ehre Angegriffene verwundet den Angreifer in der irrigen Meinung, daß Ehrennotwehr gestattet sei).

Diese Fälle sind, wie gesagt, gerade so zu lösen, als ob der Irrtum auf was immer für ein anderes Tatbestandsmerkmal sich beziehen würde. Daher wird, je nachdem man die bewußte Schuld nur durch einen Tatirrtum, oder auch durch einen außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum, eventuell auch durch einen Strafrechtsirrtum als ausgeschlossen betrachtet, in dem ersten, allenfalls auch im zweiten, eventuell auch im dritten Falle ein bewußtes Verschulden nicht angenommen werden können.

B) Wie schon wiederholt erwähnt wurde, kann das Wissen (die Voraussicht) des rechtswidrigen Erfolges von einer verschiedenen Intensität sein, deren markanteste Abstufungen wir als Bewußtlich gerade in der Richtung zweifelhaft ist, welche Arten des Irrtums durch diese Bestimmungen getroffen werden sollen.

sein der Notwendigkeit, der Wahrscheinlichkeit und der Möglichkeit bezeichnet haben, eingedenk allerdings, daß es sich dabei nicht etwa um bestimmte, in exakter Weise abgeteilte Fächer unserer psychischen Tätigkeit handelt, sondern nur um geläufige Ausdrücke der Alltagssprache mit fließenden Grenzen, die sich auf Durchschnittsurteile gründen, für das Strafrecht als Norm des wirklichen Lebens aber doch nicht ohne Bedeutung sind.

Die Tunlichkeit einer solchen Abstufung der bewußten Schuld ist folgerichtig auch bezüglich der einzelnen Tatbestandsmerkmale gegeben und macht es dabei keinen Unterschied, daß dort der Erfolg, also ein künftiges Ereignis, hier zumeist schon bestehende Tatumstände in Frage kommen. Nur in der Beziehung zeigt sich vielleicht eine gewisse Differenz, daß das Bewußtsein der Notwendigkeit — dort in Anbetracht der menschlichen Kurzsichtigkeit in bezug auf zukünftige Ereignisse immer sehr problematisch — hier unter Umständen die Gestalt des Bewußtseins der Gewißheit, der Kenntnis der Wirklichkeit annimmt, weil es sich eben oft um schon bestehende Sachen beziehungsweise Sacheigenschaften handelt, von deren Existenz man sich eventuell mittelst seiner eigenen Sinne überzeugen kann.

Wie jedoch zu der bewußten Schuld in bezug auf den rechtswidrigen Erfolg — nach dem oben (§ 12 I u. § 14) — Ausgeführten das Bewußtsein auch nur der Möglichkeit desselben, und zwar bis hinunter zu der Grenze der Unwissenheit genügt, ebenso muß ein solches Bewußtsein auch hinsichtlich der Merkmale des Tatbestandes als hinreichend zu der bewußten Schuld betrachtet werden.

Sind ja die Tatbestandsmerkmale nichts anderes als ein Corollar des Erfolges; nur ein durch diese Merkmale qualifizierter Erfolg kann als rechtswidrig erklärt werden. Was daher von dem Wissen des Erfolges gilt, gilt, wie gesagt, *eo ipso* auch von dem Kennen der Tatbestandsmerkmale und mithin auch von jenem Merkmale, das wir oben als Antithese des Komplexes der Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit bezeichnet haben.

Genügt aber zu der bewußten Schuld das Wissen der Möglichkeit des Vorhandenseins der Merkmale des betreffenden deliktischen Tatbestandes bis hinab zu der Grenze des Nichtwissens, dann ist es aufliegend, daß von einem Irrtume bezüglich der Existenz eines dieser Merkmale nur dann die Rede sein kann, wenn diese Grenze bereits überschritten oder mindestens erreicht wurde. Diese Frage hängt mithin, wie man sieht, enge zusammen mit der Frage der Abgrenzung der bewußten Schuld von der unbewußten, beziehungsweise mit der Frage des Minimums der Strafschuld überhaupt, deren Beantwortung hier noch vorbehalten bleibt.

Wird das Gesagte auf den Irrtum in bezug auf die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit angewendet, ist zu unterscheiden:

- a) die irrige Annahme, daß ein Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit (Notwehr, Amtspflicht, Züchtigungsrecht u. a.) vorliegt;
- b) die irrige Annahme, daß ein solcher Fall vorliegen kann;
- c) das Bewußtsein, daß ein solcher Fall nicht vorliegt.

Der Fall c) ist zweifellos strafbar. Der Fall a) begründet unzweifelhaft einen Irrtum bezüglich der Existenz eines Tatbestandsmerkmals und schließt somit allenfalls (d. h. je nach seiner Qualität als Tat- oder Rechtsirrtum und nach der gesetzlichen Bedeutung eines solchen Irrtums) die bewußte Schuld aus.

Etwas zweifelhafter Natur ist der Fall b), und zwar namentlich mit Rücksicht auf den negativen Charakter des betreffenden Tatbestandsmerkmals. Denn das (wenn auch irrige) Wissen, daß ein bestimmter Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit vorliegen kann, setzt logisch und psychologisch das Wissen voraus, daß hier ein solcher Fall auch nicht zu sein braucht, oder mit anderen Worten: das Bewußtsein der Möglichkeit der Nichtexistenz des betreffenden Tatbestandsmerkmals muß mit dem Bewußtsein der Möglichkeit des Vorhandenseins desselben Hand in Hand gehen. Da aber dieses letztere Bewußtsein zu der bewußten Schuld, wie gesagt, grundsätzlich genügt, müßte man dieses Bewußtsein folgerichtig auch in diesem Falle als hinreichend und mithin einen Irrtum im Falle b) als ausgeschlossen betrachten.

Es ist aber die Frage, ob sich diese Eventualität doch nicht in einer etwas abweichenden Weise gesetzgeberisch verwerten ließe. Die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit erscheinen nämlich in bezug auf das betreffende Delikt grundsätzlich als Ausnahme von der Regel. Die Tötung, die Körperverletzung, die Beschränkung der persönlichen Freiheit, der Hausfriedensbruch sind in der Regel rechtswidrig, strafbar. Wer daher eine solche Handlung vornimmt in der Annahme, daß ein Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit gegeben ist, soll sich dessen bewußt sein, daß er nur ausnahmsweise strafrei sein könne. In solchen Fällen ist somit die gedachte strikte Interpretation des Irrtumsbegriffes, wonach das irrige Bewußtsein der bloßen Möglichkeit des Vorhandenseins von Tatumständen, welche einen Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit begründen, zur Ausschließung der bewußten Schuld nicht zureicht, gewiß am Platze.

Doch es können Fälle vorkommen, wo jenes Verhältnis verkehrt ist, wo die Rechtmäßigkeit einer solchen Handlung als Regel, die Rechtswidrigkeit als Ausnahme erscheint. Man denke z. B. an einen öffentlichen Beamten, der dazu berufen ist, den Verdächtigen zu verhaften und ins Gefängnis zu setzen, dessen Wohnung zu durchsuchen und ihn in sonstiger Weise strafrechtlich zu verfolgen.

Soll auch hier das Bewußtsein der Möglichkeit, daß der Beschuldigte unschuldig und die Amtshandlung daher rechtswidrig sei, dazu genügen, um die Handlung des Beamten zur bewußten Schuld zuzurechnen und zu ahnden? Welcher Beamte würde sich dann zu einer solchen Amtshandlung entschließen, außer er hätte die volle Überzeugung von der Schuld der betreffenden Person? Dadurch würde freilich die Tätigkeit aller zur Mitwirkung im Strafverfahren berufenen Organe so gut wie lahmgelegt sein.

Und nicht anders verhält sich die Sache auch in anderen Fällen, in denen mit Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft des Handelnden und die Beschaffenheit der Handlung deren Rechtmäßigkeit als Regel, die Rechtswidrigkeit als Ausnahme erscheint. In solchen Fällen scheint es nicht nur eine Sache der Billigkeit, sondern geradezu eine Staatsnotwendigkeit zu sein, das Wissen der bloßen Möglichkeit der Rechtswidrigkeit der Handlung, also den Fall b), zum Irrtume zuzählen, und nur den Fall a), d. h. das bestimmte Wissen, daß die Handlung widerrechtlich sei, zur bewußten Schuld zuzurechnen²³⁾.

Allerdings müssen wir auch hier *de lege ferenda* befürworten, daß nur der Tatirrtum die bewußte Schuld ausschließen soll, nicht auch der außerstrafrechtliche Irrtum, um so weniger natürlich der Strafrechtsirrtum. Denn soll, wie wir verlangen, die Unkenntnis der allgemeinen außerstrafrechtlichen Normen den einfachen Bürger nicht exkulpiert, so kann es selbstredend um so weniger dem öffentlichen Beamten zur Rechtfertigung dienen, daß er die speziellen Rechtsvorschriften nicht kannte, durch die seine Amtshandlungen geregelt werden. Von den Tatumständen kann man sich beim besten Willen nicht immer die richtige Vorstellung machen; da kann ein Irrtum entschuldbar sein. Soviel müssen wir aber von Personen, die ein öffentliches Amt bekleiden, verlangen, daß sie Inhalt und Tragweite derjenigen Rechtsnormen genau kennen, durch welche Amtshandlungen geregelt sind, die in so intensiver Weise in die Rechtssphäre des Einzelnen einschneiden, daß ein solcher Eingriff außer diesem Falle als Verbrechen erklärt wird.

In derlei Fällen ist gewiß die ganze Strenge des Gesetzes am Platze; da kann den Beamten auch ein Irrtum betreffs der Tragweite

23) Das scheint offenbar die Intention der Bestimmung des § 344 d. St.G. zu sein: „Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.“ Nicht mehr so bestimmt gefaßt sind § 341 (Verhaftung u. s. w.) und § 342 (Bruch des Hausfriedens durch einen Beamten). Freilich vermag selbst die dezisive Fassung des § 344 der Unsicherheit der Doktrin und Praxis in der behandelten Frage, wie oben (§ 9) eingehend erörtert worden, nicht zu steuern.

des Gesetzes, geschweige denn die Unkenntnis seines Inhaltes nicht exkulpieren. Ist er seiner Sache nicht sicher, dann soll er lieber einen solchen für den Betroffenen oft verhängnisvollen Eingriff in dessen Rechtssphäre unterlassen. Der daraus in den gewiß nicht vielen Fällen, die hier in Frage kommen, für die Gesellschaft vielleicht entstehende Schade fällt wohl nicht in die Wagschale. Weit fühlbarer wären die Nachteile, die sowohl für die betroffenen einzelnen Rechtssubjekte als auch für die Rechtssicherheit der Rechtsgemeinschaft eine leichtsinnige Ausübung so wichtiger Amtsfunktionen zeitigen müßte, genährt durch das Bewußtsein, daß auch die gröblichste Unwissenheit außerstrafrechtlicher Normen und die gewaltsamste Auslegung derselben vor dem Strafgesetze entschuldigt. Folgerichtig müßte ja dann selbst die Nichtkenntnis der Vorschriften der Strafprozeßordnung, namentlich auch betreffs der Voraussetzungen der Verhaftung und Hausdurchsuchung, die übergreifende Amtsperson exkulpieren; denn auch die Strafprozeßordnung gehört zu den außerhalb des materiellen Strafrechtes liegenden Rechtsnormen²⁴⁾.

Die hier vertretene Auffassung des Wesens der Rechtswidrigkeit hat auch de lege lata ihre Konsequenzen. Wir haben oben die Überzeugung ausgesprochen, daß, wenn es möglich wäre, alle auf ein Delikt bezüglichen Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit, oder noch besser alle gegenteiligen Fälle, in denen also die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen ist, mit womöglich einem einzigen Ausdrucke zu umfassen, der Gesetzgeber nicht gezögert haben würde, diesen Ausdruck in die gesetzliche Definition des betreffenden Deliktes als (negatives, beziehungsweise positives) Tatbestandsmerkmal einzufügen. Ein solcher Ausdruck scheint vorhanden zu sein. Denn was liegt näher, als alle jene Fälle, welche den Gegensatz zu den Fällen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit bilden, einfach als rechtswidrig begangen zu bezeichnen und dieses Wort oder ein sonstiges Synonymum in den gesetzlichen Tatbestand der betreffenden Delikte aufzunehmen?

Und in der Tat finden wir, daß das Strafgesetz dies an zahlreichen Stellen tut, indem es promiscue die Ausdrücke: „rechtswidrig“, „widerrechtlich“, „unbefugt“, „unbefugterweise“, „ohne hiezu berechtigt zu sein“ u. a. m. anwendet²⁵⁾. Nun entsteht die Frage, welche Bedeutung diesen Ausdrücken zukommt²⁶⁾. Von der Nähe aus betrachtet, sagen

24) Das wird tatsächlich behauptet in den Entscheidungen des Reichsgerichtes vom 15. Februar 1883 E. VIII, 104 und vom 5. Jänner 1901 E. XXXIV, 443.

25) Vgl. z. B.: §§ 123, 124 (Störung des Hausfriedens), § 239 (Einschränkung der persönlichen Freiheit), § 242 (Diebstahl), § 246 (Unterschlagung), §§ 303, 305 (Sachbeschädigung), dann die Definition vieler Amtsdelikte (§ 331 ff. d. St. G.) u. a. m.

26) Diese Frage ist sehr streitig; vgl. hierüber namentlich *Liszt* 157 f., *Lucas* 90 f., *Kohlrausch* 72 f.

sie uns offenbar nichts anderes, als was wir ohnehin wissen, nämlich daß die Strafbarkeit eben nur in denjenigen Fällen eintritt, in denen die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen ist, auf die also, abgesehen von den Fällen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit, die gesetzliche Definition noch paßt. Welche aber diese oder welche jene Fälle sind, darüber lassen uns die gedachten Ausdrücke im Unklaren. Auch da bleiben wir auf den allgemeinen Teil des Strafgesetzes und hauptsächlich auf außerstrafgesetzliche Rechtsnormen verwiesen. Die erwähnten Ausdrücke sind also lediglich Negationen, wenn auch zum Teile in positiver Form, eine nur formale Ausfüllung der Lücke im Gesetze, ein bloßer Notbehelf; sachlich sagen sie uns gar nichts. Keinesfalls sind es mithin etwa die gesuchten Zauberformeln, geeignet, die oben geschilderten Mängel des Strafgesetzes zu beseitigen, sondern offenbar nur zu deren Bemäntelung bestimmte, auf alle möglichen Fälle passende Universalmittel.

Daraus deduzieren wir aber, daß diesen Ausdrücken zuvörderst in objektiver Beziehung keine besondere Bedeutung zukommt. Das Gesetz hätte sie ebensogut auch in die Definitionen aller übrigen Delikte, bei denen Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit denkbar sind (z. B. Tötung, Körperverletzung, Ehrenbeleidigung u. a. m.), aufnehmen, oder wenn es dies hier nicht getan hat, sie auch dort weglassen können; dadurch hätte sich an der Sache nichts geändert. Wenn sich der Gesetzgeber bei Definierung einzelner Delikte der besprochenen Ausdrücke bedient, bei anderen dagegen nicht, folgt daraus keineswegs daß dort die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit straflos, hier dagegen (z. B. die Tötung des Feindes in der Schlacht, die Hinrichtung des zum Tode Verurteilten u. a. m.) unter Strafe gestellt sind. Man kann daher füglich nichts anderes annehmen, als daß der Gesetzgeber bei solchen Delikten, wo Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit öfters vorkommen, auf diese Möglichkeit den Richter aufmerksam machen wollte.

Aus eben denselben Gründen müssen wir aber folgerichtig weiter behaupten, daß die gedachte ausdrückliche Hervorhebung der Rechtswidrigkeit in der Legaldefinition einzelner Delikte auch in subjektiver Beziehung keine besondere Bedeutung hat²⁷⁾. Wir haben schon oben unsere Ansicht darüber ausgesprochen, ob und in welchem Sinne die bewußte Schuld in solchen Fällen das Bewußtsein der Rechts-

27) Anderer Meinung *Liszt* (S. 157 f.), der in diesen Fällen zum Vorsatze das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordert, in den übrigen nicht; vgl. die dortselbst S. 159 Anm. 4 und S. 161 Anm. 8 angeführte Literatur. Nach *Liszt* schließt also Putativnotwehr die Zurechnung der Tat als einer dolosen nicht aus. Dagegen namentlich *Löffler Grünhuts Ztschr.* S. 774 f., *Frank Z.* 14. Bd. S. 363 f. und *Kohlrausch* S. 60 Anm. 1.

widrigkeit zur Voraussetzung hat und halten diese Ansicht aufrecht, unbekümmert darum, ob jene sachlich belanglosen Ausdrücke in die gesetzlichen Tatbestandsbestimmungen aufgenommen wurden oder nicht.

Die Sache scheint uns so einfach, so klar zu sein, daß es eigentlich zu verwundern ist, wie sie so verschiedene, geradezu entgegengesetzte Meinungen hervorufen konnte. Angenommen, daß es beispielsweise erlaubt wäre, nur die persönliche Freiheit eines Verbrechers zu beschränken und daß jede andere Freiheitsberaubung als Verbrechen strafbar sein würde; jedenfalls hätte dann das Gesetz in der Definition dieses Verbrechens als Tatbestandsmerkmal den Umstand hervorgehoben, daß die in ihrer Freiheit beschränkte Person kein Verbrecher sei, und es würde dann von diesem Merkmale gewiß auch in subjektiver Beziehung eben dasselbe gelten, was von jedem anderen Tatbestandsrequisite gilt. Nicht anders möchte sich die Sache auch dann verhalten, wenn die Freiheitsentziehung in mehr als einem Falle berechtigt wäre, und wenn das Gesetz alle diese Fälle als negative Tatbestandsmerkmale in die Definition dieses Verbrechens aufgenommen hätte. Wenn aber das Gesetz diese Fälle nicht anfährt, sondern sie nur allgemein mit dem Worte „rechtswidrig“ bezeichnet, oder diesfalls überhaupt in der Definition des Verbrechens eine Lücke läßt, kann dies doch offensichtlich keine materiellrechtliche Bedeutung haben²⁸⁾. Ob die bezügliche Fassung des Gesetzes in prozessualer Beziehung von Einfluß ist, ist eine Frage, welche den Rahmen dieser Arbeit übersteigen würde; sie muß zweifellos nach den einzelnen positiven Prozeßrechten gelöst werden. Naturgemäß wird der Richter mit der Frage, ob ein Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit vorliegt, sich nur dann befassen, wenn der Beschuldigte einen solchen behauptet oder wenn sonst welche Anzeichen dafür vorliegen.

Wir resumieren:

Von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als einer Voraussetzung der bewußten Schuld kann im allgemeinen nur in dem Sinne die Rede sein, daß zu der bewußten Schuld, wie schon aus ihrem inneren Wesen folgt, auch das Wissen aller einzelnen, zum Tatbestande gehörenden Tatumstände erforderlich ist und daß somit der Irrtum bezüglich des

28) Interessant in dieser Beziehung ist die Vergleichung des § 239 d. St.G.: „Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt . . .“ mit dem § 93 öst. St.G.: „Wenn jemand einen Menschen, über welchen ihm vermöge der Gesetze keine Gewalt zusteht und welchen er weder als einen Verbrecher zu erkennen, noch als einen schädlichen oder gefährlichen Menschen mit Grund anzusehen Anlaß hat, eigenmächtig verschlossen hält, oder auf was immer für eine Art an dem Gebrauche seiner persönlichen Freiheit hindert . . .“

Vorhandenseins eines solchen Tatumstandes die bewußte Schuld ausschließt.

Was die sogenannten Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit betrifft, kommen diese nur bei einzelnen Delikten vor und ist der Grund einer gewissen Abnormität dieser Fälle lediglich in der Unvollständigkeit der bezüglichen gesetzlichen Tatbestände zu suchen.

Die Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit bilden, wenn sie auch in der gesetzlichen Deliktsdefinition nicht ausdrücklich hervorgehoben oder die Lücke durch das Wort „rechtswidrig“ oder einen sinnverwandten Ausdruck verdeckt wäre, in ihrem Komplex ein negatives Tatbestandsmerkmal des Deliktes, und es gilt von ihnen in objektiver und subjektiver Beziehung dasselbe, was von jedem anderen solchen Merkmale gilt.

Daraus ist wohl klar zu ersehen, daß von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, als einem weiteren allgemeinen Teilungsgrunde der Strafschuld nicht die Rede sein kann.

Hiernach nehmen wir als geeignete konstruktive Elemente von allen besprochenen nur das Wissen des Erfolges und die Absicht an. Durch ihre Anwendung gelangen wir zur Dreiteilung der Strafschuldformen in Absicht, bewußte Schuld und unbewußte Schuld.

Anhang.

Die Theorie „von den negativen Tatumständen“, mit welcher die vorstehenden Ausführungen im wesentlichen übereinstimmen, hat in allerletzter Zeit einen entschiedenen Widersacher in *Kohlbrausch* (S. 59f.) gefunden. Seine tiefgreifenden Einwendungen sind direkt gegen die Grundlagen der bezeichneten Lehre gerichtet und dürfte daher eine Widerlegung hier wohl am Platze sein.

1. *Kohlbrausch* wendet sich hauptsächlich gegen den Satz *Franks*: „Die Rechtswidrigkeit ist nicht ein positives Tatbestandsmerkmal, wohl aber ihr Mangel ein negatives“, und bezeichnet diesen Satz als unlogisch und in sich widersprechend, weil er gegen den Grundsatz verstößt, daß eine doppelte Verneinung zur Bejahung führt, und weil demgemäß das Nichtvorliegen einer Eigenschaft nur dann negatives Merkmal sein kann, wenn ihr Vorliegen positives Merkmal ist.

Der Satz „duplex negatio est affirmatio“ ist ein unanfechtbares logisches Axiom, welches selbstredend auch für das Gebiet des Strafrechts seine volle Gültigkeit beansprucht. Wer also den Mangel der Rechtswidrigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal be-

zeichnet, ohne zugleich die Rechtswidrigkeit als ein positives anerkennen zu wollen, der muß freilich diese Einwendung *Kohlbrauschs* gegen sich ohne weiteres gelten lassen.

Doch uns trifft sie nicht. Wir haben ja nicht den Mangel der Rechtswidrigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal erklärt, sondern den Komplex der Fälle der sog. ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit, und folgerichtig haben wir die Negation, die Antithese dieses Komplexes, welche also ganz genau den nach Ausschluß dieser Fälle noch erübrigenden Umfang der Strafnorm angibt, (nicht aber die Rechtswidrigkeit) als positives Tatbestandsmerkmal bezeichnet, dessen Eigentümlichkeit in subjektiver Beziehung sich bloß darin äußert, daß sein sachlicher Inhalt eben nur durch die Negation eines ganzen Komplexes von Fällen bestimmt wird. Will man diesen formellen Mangel dadurch bemänteln, daß man zu dem Ausdrucke „rechtswidrig“ greift, dann hat man die Lücke nicht ausgefüllt, sondern bloß verdeckt. Das Wort sagt uns sachlich vorläufig gar nichts; sein materieller Inhalt muß in jedem einzelnen Falle eben erst durch Aufstellung der Antithese bestimmt werden.

Klar zeigt sich die Sache an dem oben besprochenen Falle, welcher von der Voraussetzung ausgeht, daß nach positivem Rechte die Freiheitsentziehung nur gegen einen Verbrecher erlaubt wäre, in allen anderen Fällen dagegen als „rechtswidrig“ ein Verbrechen begründen würde. Hier ist der Umstand, daß man es mit einem Verbrecher zu tun hat — also der einzige Fall der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit — negatives und mithin die Antithese, d. i. „das nicht mit einem Verbrecher es zu tun zu haben“, positives Tatbestandsmerkmal. Nicht aber ist positives Tatbestandsmerkmal etwa die Rechtswidrigkeit, was ja in dem Falle, wenn der Tatumstand „Nichtverbrecher“ in den gesetzlichen Tatbestand ausdrücklich aufgenommen wurde, sofort einleuchtet, weil hier dann keine Lücke vorliegt, welche die Heranziehung der Rechtswidrigkeit wünschenswert erscheinen ließe. Doch selbst wenn die Aufnahme des Merkmals „Nichtverbrecher“ in den gesetzlichen Tatbestand unterlassen worden wäre und das Strafgesetz in dieser Beziehung aus einem anderen Gesetze, z. B. aus der Strafprozeßordnung, ergänzt werden müßte, wird dadurch nicht die Rechtswidrigkeit zum Tatbestandsmerkmale erhoben, sondern es bleibt auch in diesem Falle der Verbrecher negatives und der Nichtverbrecher positives — wenn auch in der Strafdrohung aus was immer für einem Grunde nicht zum Ausdrucke gekommenes — Merkmal des Tatbestandes.

Man könnte wohl mit demselben Rechte und gewiß auch mit derselben Rechtswirkung in objektiver und subjektiver Beziehung so manches, wenn nicht gar jedes andere Deliktsmerkmal aus dem gesetz-

lichen Tatbestande herausgreifen, die so entstandene Lücke mit dem Wörtchen „rechtswidrig“ verkleben und nötigenfalls eine entsprechende, die Strafdrohung ergänzende Norm dem allgemeinen Teile des Strafgesetzes oder einem anderen Rechtsgebiete einverleiben. Man denke z. B. nur an das Merkmal einer „fremden“ Sache in der Diebstahlsdefinition, bei dessen Wegfall die Norm einfach aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes entsprechend zu vervollständigen wäre.

2. *Kohlbrausch* bezeichnet es ferner als willkürlich, die negativen Tatbestandsmerkmale auf das Nichtvorliegen der Rechtswidrigkeit zu beschränken. Mit demselben Rechte müßten auch andere allgemeine Tatumstände, z. B. daß der Täter nicht unter 12 Jahren, nicht unzurechnungsfähig, nicht Monarch sei u. a. m., als negative Tatbestandsmerkmale bezeichnet und für sie die gleichen Konsequenzen hinsichtlich der Doluslehre gezogen werden.

Doch es dürfte wohl einleuchten, daß diese „Tatumstände“ sich von unseren negativen Tatbestandsmerkmalen (Notwehr, Notstand, Amts-, Berufsausübung u. a. m.) ganz wesentlich unterscheiden. Diese letzteren beschränken den objektiven Umfang einzelner Strafdrohungen; die allgemein als Verbrechen unter Strafe gestellte Handlung wird im Einzelfalle in Anbetracht ihres rechtlich anerkannten Zweckes als straflos erklärt.

In den von *Kohlbrausch* herangezogenen Fällen hingegen handelt es sich teils um einzelne Personen, die mit Rücksicht auf ihre exempte Stellung im Staatsorganismus (Monarch) von der Wirksamkeit des Strafgesetzes gänzlich eximiert sind, teils um Personengruppen, welche infolge ihrer individuellen Beschaffenheit (Strafunmündige, Unzurechnungsfähige) vom Gesetze im allgemeinen als nicht deliktfähig erklärt werden. Dadurch erleiden die einzelnen Strafdrohungen in objektiver Beziehung keine Einschränkung, sondern es werden einfach bestimmte Subjekte aus jenem Personenkreise ausgeschlossen, an welchen sich die Strafdrohungen richten. Freilich werden diese dadurch in subjektiver Richtung eingeengt und man könnte infolgedessen, im Grunde genommen, wohl auch hier die einzelnen Normen als unvollständig erklären und analoger Weise deren Ergänzung theoretisch versuchen. Dies wäre jedoch praktisch nutzlos.

Bezweckt ja die Theorie von den negativen Tatbestandsmerkmalen mit ihrer Ergänzung der gesetzlichen Tatbestände zweifellos nichts anderes, als die Relation der Psyche des Täters zu den suppletorisch hinzugedachten Tatumständen zu prüfen und namentlich die rechtliche Bedeutung eines bezüglichen Irrtums festzustellen. Von so etwas kann bei den von *Kohlbrausch* herangezogenen Tatumständen (Alter, Zurechnungsfähigkeit u. a.) keine Rede sein, weil infolge ihres rein subjektiven Charakters die Relation der Psyche des Täters zu denselben — ebenso

wie zu dem Tatumstande der in der speziellen Strafdrohung geforderten Schuldart selbst — für die Schuldfrage belanglos ist.

3. Wenn *Kohlrausch* schließlich die von ihm bekämpfte Theorie für praktisch kaum durchführbar hält, weil sie zu der Konsequenz führe, daß ein jeder, mithin auch ein strafrechtlicher Irrtum, welcher das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließt, auch den Vorsatz ausschließen muß, so trifft auch dieser Einwand offenbar nur diejenigen, welche den Mangel der Rechtswidrigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnen. Übrigens vermögen wir nicht recht einzusehen, aus welchem Grunde sie gezwungen sein sollten, den Strafrechtsirrtum in diesem Falle anders zu behandeln als sonst.

§ 13.

Die untere Grenze der Strafschuld.

Stellt sich jemand eine beabsichtigte Handlung (Körperbewegung) vor und schwebt ihm zugleich die Vorstellung einer für die Rechtsgüter Anderer schädlichen Veränderung in der Außenwelt vor, so ist es einleuchtend, daß die bloße Tatsache, daß diese beiden Vorstellungen sein Gehirn gleichzeitig durchzuckt haben, noch nicht dazu hinreicht, um ihn für bewußt schuldig an der gedachten schädigenden Veränderung zu erklären, wenn auch diese tatsächlich der Erfolg seiner Handlung wurde. Damit dies möglich sei, müssen die beiden Vorstellungen in der Psyche des Täters *anticipando* in ein ähnliches kausales Verhältnis treten, wie in der Folge Handlung und Erfolg in der Wirklichkeit; mit anderen Worten: die bewußte Schuld setzt voraus, daß der Täter die schädliche Außenveränderung als Erfolg seiner Handlung sich vorgestellt, kurz, daß er den Erfolg vorausgesehen hat. Daß zu der bewußten Schuld die Voraussicht der Möglichkeit des Erfolges, also das Urteil, daß die Handlung die schädliche Veränderung herbeiführen kann, genügt, ist bereits oben gesagt worden.

Hieraus ergibt sich, daß die bewußte Schuld von dem rein subjektiven Urteile abhängt, das sich der Täter von dem Erfolge der beabsichtigten Handlung bildet. Andererseits ist es sicher, daß der Richter, der die Schuld zu prüfen, also die Frage zu lösen hat, zu welchem Urteile der Täter in der gedachten Beziehung gelangt ist, sich in die Stellung des Täters im Zeitpunkte der Handlung rückversetzen und im Wege dieser — um den treffenden Ausdruck *Liszts* anzuwenden — nachträglichen Prognose zu einer richtigen Antwort auf die bezeichnete Frage zu gelangen trachten muß. Diese Antwort wird dann richtig sein, wenn die Vorstellung, welche der Richter sich von jenem Urteile des Täters bildet, der Wirklichkeit entspricht, wenn also der Täter tatsächlich im Zeitpunkte der Hand-

lung in bezug auf die Möglichkeit des Erfolges zu dem Urteile gekommen ist, das ihm der Richter nach Schluß seiner nachträglichen Prognose zumutet.

Auch dieser Beantwortung der Frage, was für eine Vorstellung, was für ein Urteil vom Erfolge der Täter sich gebildet hat, kommt der Charakter einer durchaus subjektiven Operation zu. Ob aber diese Vorstellung, dieses Urteil als eine zu der bewußten Schuld zureichende Vorstellung (*Voraussicht*) der Möglichkeit des Eintrittes des Erfolges betrachtet werden kann, darüber müssen schon mit Rücksicht darauf, daß die *Voraussicht* dieser Möglichkeit sich, wie wir gesehen haben, nach unten hin ohne sichtliche Grenze in der Ferne verliert, wenn nicht die ganze Frage der bewußten Schuld von der Willkür des Richters oder gar des Täters abhängen soll, gewisse objektive Momente, bestimmte allgemeine Maßstäbe entscheiden. Diese aufzudecken, darin besteht eben die Aufgabe, die wir uns gestellt haben.

Die Heranziehung des Gefahrbegriffs.

Das erste, worauf wir auf dem Wege zu dem bezeichneten Ziele stoßen, ist bei dem Umstande, als die Möglichkeit eines schädigenden Erfolges in Frage steht, der Begriff der Gefahr.

Dieser Begriff gelangt bekanntlich im positiven Recht in den zahlreichen Fällen zur Anwendung, wo dieses den Eintritt einer Verletzung von Rechtsgütern nicht abwarten will und deshalb schon die Gefährdung derselben unter Strafe stellt.

Der Gefahrbegriff bildet den Gegenstand zahlreicher Kontroversen in der Doktrin. Manche sehen darin einen rein subjektiven Begriff sie stellen das Vorhandensein jeglicher objektiver Momente dabei in Abrede. Der schädigende Erfolg aus einer bestimmten Handlung — so argumentiert man — wird entweder eintreten oder er wird nicht eintreten; eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Ist der Erfolg eingetreten, so war es bereits im Zeitpunkte der Handlung gewiß, daß er unausweichlich eintreten muß. Ist er nicht eingetreten, war schon damals entschieden, daß er gar nicht eintreten könne; deswegen lag hier auch keine wirkliche Gefahr vor. Und wenn auch der Erfolg scheinbar durch das zufällige Eingreifen eines Zwischenmomentes abgewendet wurde, ist nicht zu übersehen, daß dieses Zwischenmoment schon im Zeitpunkte der Handlung mit Notwendigkeit gegeben war. Aus diesen Gründen kann von einer objektiven Möglichkeit der Gefahr und mithin auch von der Gefahr als von etwas Wirklichem, Objektivem nicht die Rede sein. Alles das sind rein subjektive Begriffe, welche darauf zurückzuführen sind, daß es für uns Menschen unmöglich ist,

die Entwicklung der kommenden Ereignisse im vorhinein zu überblicken¹⁾.

Diese Meinung, welche offenbar von der Voraussetzung ausgeht, daß alles, was geschieht, von vornherein durch das ewige Kausalitätsgesetz bestimmt sei, hat freilich auch zahlreiche Gegner gefunden, die in der Gefahr einen wirklichen, durch objektive Merkmale gekennzeichneten Zustand erblicken²⁾. Auf diese Kontroverse wird noch zurückzukommen sein.

Von weit größerer Bedeutung für das positive Recht ist gewiß die weitere Kontroverse, welche sich an den Inhalt des Gefahrbegriffes selbst knüpft. Wir finden da ein recht buntes Durcheinander von verschiedenen Meinungen darüber, was unter Gefahr zu verstehen sei.

Gewisse Übereinstimmung herrscht vielleicht nur darin, daß das Wesen der Gefahr meistens in der Möglichkeit eines schädigenden Erfolges gesucht wird. Während jedoch die einen mit dieser Begriffsbestimmung sich zufriedenstellen (so *Lammasch*, Obj. Gef. S. 11 und bei Grünhut 9. Bd. S. 239 f.), erklären *Buri* (G.S. 41. Bd. S. 408 f.) und *Lilienthal* (Z. 15 Bd. 319) ausdrücklich, daß die bloße Möglichkeit eines solchen Erfolges zu der Gefahr entschieden nicht ausreicht. *Busch* (S. 19 f.) verlangt eine beträchtliche, nahe, große Möglichkeit, *Berner* (S. 633) und *Rohland* (S. 1) die Wahrscheinlichkeit des schädigenden Erfolges. *Olshausen* (I S. 217 f.) meint, daß die Wahrscheinlichkeit zwar nicht erforderlich sei, er fordert aber eine nahe Möglichkeit und damit die begründete Besorgnis des Eintritts einer Verletzung. Dieselbe Bedingung stellt *Liszt* (S. 103), der jedoch die Begriffe „nahe Möglichkeit“ und „Wahrscheinlichkeit“ als gleichbedeutend nebeneinanderstellt³⁾.

1) So namentlich *Finger*, Gefahr S. 54 f. und die dortselbst angeführten „Subjektivisten“.

2) So *Kriess* S. 66 f. und die übrigen bei *Finger* cit. genannten „Objektivisten“, ferner *Merkel* S. 44, *Rotering*, Jur. Vierteljahresschrift 30. Bd. S. 89 f., *Busch* 19 f., *Goldschmidt*, Die Lehre vom beendigten und unbeendigten Versuch S. 49 f., *Seuffert*, Anarchismus und Strafrecht S. 102 f. Zu den „Objektivisten“ ist wohl auch *Liszt* zu rechnen, welcher (S. 104 Anm. 4) zwar zugibt, daß der Begriff der Gefahr nur durch unsere, in zahlreichen Fällen gegebene Unfähigkeit entsteht, den Ablauf eines Ereignisses vorherzusagen, da wir die ihn bestimmenden Umstände nicht genau zu berechnen vermögen; doch die Erkenntnis, daß wir von Gefahr nie mehr sprechen würden, wenn wir allwissend wären, dürfe uns nicht hindern, einstweilen den Begriff, wie im gewöhnlichen Leben so auch in der Rechtspflege zu verwenden.

3) Einen ähnlichen Standpunkt hat auch das deutsche Reichsgericht eingenommen, indem es erklärte, daß zur Annahme einer Gefahr jedenfalls nicht die bloße, vielleicht noch so entfernte Möglichkeit eines Schadens genüge, sondern daß Wahrscheinlichkeit erforderlich sei, daß aber andererseits nicht ein hoher oder

Finger (II, S. 81) legt von seinem subjektivistischen Standpunkte folgerichtig Gewicht auf die Befürchtung, *Rotering* (Jur. Vierteljahresschrift 30. Bd. S. 105 f.) auf die vernünftige Besorgnis, daß aus einer bestimmten Situation eine Rechtsgüterverletzung entstehen werde⁴⁾.

Binding (I, S. 120) ausgehend von seiner Kausalitätstheorie, wonach er die Ursache einer Veränderung in dem Übergewichte der zu dem Erfolge hinwirkenden über die ihm widerstrebenden Bedingungen erblickt, betrachtet die Gefahr dann schon als vorliegend, wenn zu befürchten ist, daß das bis dahin günstige Bedingungsverhältnis in ein ungünstiges umschlägt; in dem Gleichgewichte beider Bedingungs-massen aber sieht er das Maximum der Gefahr. Nach der Ansicht *Buris* (G.S. 41. Bd. S. 408 f.) dagegen kann, solange sich die Möglichkeit, daß eine Verletzung werde herbeigeführt werden, und die Möglichkeit, daß es nicht zur Verletzung kommen werde, das Gleichgewicht halten, eine Gefahr nicht entstanden sein; erst dann würde sonach eine Gefahr vorliegen, wenn die Möglichkeit des schädigenden Ereignisses gegenüber der Möglichkeit, daß es nicht eintreten werde, die überwiegende wäre. Wie man sieht, geradezu konträre Anschauungen!

Man verfiel auch auf die gewiß etwas seltsame Idee, den Gefahrbegriff durch das Prozent der Fälle zu bestimmen, in denen der schädliche Erfolg einzutreten pflegt⁵⁾, und schließlich fehlt es selbst an solchen Stimmen nicht, welche, offenbar in Verzweiflung ob einer solchen Zerfahrenheit, die Anwendbarkeit des Gefahrbegriffes im Strafrechte überhaupt bezweifeln⁶⁾.

Bei dieser Sachlage läßt sich das Resultat der Versuche, den zur Annahme einer Gefahr erforderlichen Grad der Möglichkeit eines Verletzungserfolges zu bestimmen, nicht entsprechender charakterisieren als durch das Geständnis von *Kriess* (S. 74 und 91):

„Zunächst liegt es in der Natur der Sache, daß sich nicht ohne weiteres angeben läßt, wie groß die Möglichkeit eines schädigenden Erfolges sein müsse, um eine Gefahr zu heißen. Nur so viel steht fest, daß wir bei erheblichen Werten einer solchen Möglichkeit von Gefahr sprechen, bei sehr geringen nicht. Eine scharfe Grenze ist hier nicht zu ziehen . . .“ „Auch im Sinne des Strafrechts, (wie

überhaupt ein bestimmter Wahrscheinlichkeitsgrad verlangt werde. So namentlich die Entscheidung vom 11. März 1884 R. VI S. 190; vgl. dazu *Olshausen* II, 1204 f.

4) Von einem gleichen Gesichtspunkte geht auch der österr. Kassationshof in der Entscheidung Slg. Nr. 2456 aus, in welcher die Gefahr als eine Situation charakterisiert wird, welche mit Grund besagen läßt, daß sich daraus eine Rechtsgüterverletzung entwickeln könnte.

5) Vgl. darüber *Rotering* G.A. 31. Bd. S. 266 f., 352 f. und *Olshausen* I, 217 f.

6) So namentlich *Hertz*, Das Unrecht und seine Formen S. 77 f.

dem allgemeinen Sprachgebrauch nach) ist offenbar da keine Gefahr anzunehmen, wo für das Eintreten eines Schadens eine ganz geringe Wahrscheinlichkeit besteht, das verletzende Ereignis der gewöhnlichen Ausdrucksweise nach als ganz unwahrscheinlich zu bezeichnen ist.“

Ebenfalls charakteristisch in dieser Beziehung sind die Worte *Buris* (G. S. 44. B. S. 327):

„Mit welchem Grade von Bestimmtheit das Gefahrurteil die Verletzung in Aussicht stellen müsse, darüber ist unerachtet lebhaften Kampfes noch keine Einigung erzielt worden. Die Wahrscheinlichkeit soll einen zu großen Anspruch an die Gefahr machen, die Möglichkeit und Denkbarkeit aber sollen zu geringe Erfordernisse für dasselbe sein. Wie sich die nahe Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit verhalte, was die Ausdrücke: einige Wahrscheinlichkeit, erheblich, beträchtlich, bedeuten sollen, läßt sich mit Zuverlässigkeit nicht ermitteln und die Feststellung der Gefahr nach einem Prozentverhältnis ist ganz undurchführbar.“

Diese Erkenntnis ist um so verhängnisvoller, weil die behandelte Frage, wie meistens richtig erkannt wird, eine wichtige Bedeutung nicht nur für diejenigen Fälle hat, in welchen das positive Recht den Gefahrbegriff zur Bestimmung des Tatbestandes gewisser Delikte anwendet, sondern auch für den Vorsatzbegriff selbst⁷⁾.

Unsere Meinung im Gegenstande ist folgende:

Der Begriff der Gefahr ist nicht vom Strafrechte gebildet, sondern dem wirklichen Leben entnommen worden. Deswegen ist es wohl geboten, zuvörderst zu untersuchen, welchen Sinn die Sprache des täglichen Lebens diesem Ausdrucke beilegt. In dieser Beziehung scheint es uns zweifellos, daß Gefahr nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nichts anderes bedeutet als die Möglichkeit einer schädigenden Veränderung in der Außenwelt, somit im Hinblick auf die menschliche Handlung als Ursache einer solchen Veränderung, die Möglichkeit eines schädlichen Erfolges.

⁷⁾ Vgl. *Bekker* I, 258 f., *H. Meyer* 206, *Lucas* 11 f. und 110, *Busch* 43. Unhaltbar ist die Ansicht *Weissenborns* (G. S. 50. Bd. S. 205), welcher vermeint die oben bezeichnete Frage lasse sich einfach abtun durch Verweisung auf das Erfordernis des objektiven Kausalzusammenhanges. Denn es handelt sich doch hier offenbar um die Erkenntnis, daß zu der bewußten Schuld nicht das Bewußtsein erforderlich sei, daß der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und einer äußeren Veränderung eintreten werde, sondern daß das Bewußtsein genügt, daß dieser Zusammenhang eintreten könne. Nun wird eben die untere Grenze gesucht, bis zu welcher von dieser Möglichkeit noch die Rede sein kann. Daraus folgt, daß, wenn man den Begriff des Kausalzusammenhanges (der doch schon in dem Begriffe des Erfolgs liegt), zu Hilfe nimmt, damit noch nichts erreicht ist, ganz abgesehen von den weitgehenden, eben an das Kausalitätsproblem geknüpften Kontroversen.

Belanglos ist hier der Grad des drohenden Übels, welcher abhängen wird einerseits:

1. von dem größeren oder kleineren Umfange der drohenden Verletzung, und andererseits
2. von dem höheren oder geringeren Werte des gefährdeten Rechtsgutes.

Ebensowenig kommt es auf den Grad der Verletzungsmöglichkeit an, d. h. auf den höheren oder geringeren Grad der Sicherheit, mit welcher der Eintritt des Verletzungserfolges zu erwarten steht. Für diese Erwartung werden wiederum bestimmend sein:

1. die Größe der sowohl örtlichen als auch zeitlichen Entfernung zwischen Handlung und Erfolg; denn je größer dieser Abstand, je länger die Kausalkette ist, an deren Ende die Verletzung liegt, desto größer ist nach den Regeln der menschlichen Prognose die Wahrscheinlichkeit, daß ein fremdes Kausalelement eingreifen und dem ursächlichen Verlaufe eine andere Richtung geben wird, um so geringer ist also die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des Verletzungserfolges;
2. die größere oder geringere Bedeutung, welche der menschlichen Handlung als Bedingung des Verletzungserfolges in dem Komplex der sämtlichen für den Eintritt des Erfolges erforderlichen Bedingungen zukommt.

Dem allgemeinen Sprachgebrauch nach wird in allen diesen vier Richtungen von der Größe der Gefahr gesprochen, doch der Größe grad selbst, daher insbesondere auch der Grad der Möglichkeit des Erfolges, wird für die Anwendung des Gefahrbegriffes als belanglos betrachtet. Auch einen geringen, ja selbst den geringsten Grad dieser Möglichkeit bezeichnet man noch als Gefahr, indem man von einer geringen, unbedeutenden, ganz unbedeutenden Gefahr spricht, geradeso wie von der Größe auch bei den kleinsten, von dem Härtegrade auch bei den weichsten Dingen gesprochen wird. Erst dort, wo wir die Verletzungsmöglichkeit als ganz ausgeschlossen betrachten, sagen wir, daß keine Gefahr vorliegt, so wie wir von der Härte nicht mehr bei Flüssigkeiten oder Gasen sprechen.

Das gilt aber nur, insoweit wir die gedachten Begriffe in absolutem Sinne anwenden. Anders verhält sich die Sache, wenn man die verschiedenen Höhe- oder Härtegrade von einem bestimmten Standpunkte, insbesondere vom Gesichtspunkte eines bestimmten Zweckes in Betracht zieht. Da wird man sofort große und kleine, harte und weiche Dinge unterscheiden. Allerdings ist dann die Beziehung zu diesem Zwecke derart entscheidend, daß wir denselben Gegenstand (z. B. ein Stück Holz) einmal zu weich finden (z. B. wenn wir daran ein Messer schleifen wollen), ein andermal als zu hart erklären werden (z. B. wenn wir darauf liegen sollen).

Und geradeso verhält es sich mit dem Gefahrbegriffe. Erst ein bestimmter Gesichtspunkt, von dem aus wir die verschiedenen Grade der Verletzungsmöglichkeit in Betracht ziehen, wird dafür entscheidend sein, ob wir gegebenenfalls eine Gefahr als vorliegend betrachten, oder sie verneinen. Eine Leistung, die ein Kunstreiter als gefahrlos erklärt, wird einem anderen als sehr gefährlich vorkommen, und fürwahr, wir würden uns bedanken, wenn wir unseren täglichen Spaziergang auf solchen Wegen machen sollten, die von den Hochtouristen als „ganz ungefährlich“ bezeichnet werden.

Daß der Gefahrbegriff in jenem absoluten Sinne, der sich gänzlich deckt mit dem Begriffe der Möglichkeit eines Verletzungserfolges, für das Strafrecht unbrauchbar ist und daß ihm diese Bedeutung insbesondere in denjenigen Fällen nicht beigelegt werden darf, in denen das Gesetz diesen Begriff als Merkmal des Tatbestandes einzelner Delikte aufgenommen hat, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als nach einem Gesichtspunkte Umschau zu halten, von welchem aus dieser Begriff sich für das Strafrecht relativ bestimmen ließe.

Dieser Gesichtspunkt ist von selbst gegeben: es ist das Strafrecht selbst. Uns ist um die Bestimmung des Gefahrbegriffes vom Standpunkte des Strafrechts zu tun. Daraus folgt aber, daß die oben gestellte Frage, auf die wir die Antwort suchen, unrichtig formuliert wird. Nicht darum handelt es sich, was für ein Grad der Möglichkeit des Verletzungserfolges zur Annahme der Gefahr erforderlich ist, sondern das steht in Frage, was für ein Grad der Möglichkeit des Verletzungserfolges dazu notwendig ist, damit diese Möglichkeit, damit also die Gefahr als strafrechtlich relevant, als rechtswidrig im Sinne des Strafgesetzes betrachtet werden könne.

Die Gefahr — eine subjektive oder objektive Erscheinung?

Um für das weitere Vordringen festen Boden zu gewinnen, ist es geboten, Stellung zu nehmen zu der oben erwähnten Kontroverse, ob die Gefahr eine rein subjektive oder eine objektive Erscheinung ist.

In dieser Beziehung ist eines sicher, daß nämlich der spätere Eintritt oder Nichteintritt des Verletzungserfolges belanglos ist für die Beantwortung der Frage, ob in einem bestimmten Zeitpunkte Gefahr bestand oder nicht; mit anderen Worten: an dem Urteile, das wir uns von der Möglichkeit eines Verletzungserfolges gebildet haben, kann der nachherige wirkliche Kausalverkauf nichts ändern. Selbst wenn der Kausalprozeß in Wirklichkeit anders sich gestaltet, als wir uns vorgestellt haben, mithin selbst wenn der Verletzungserfolg nicht eintritt,

bleibt unser Urteil, daß die Situation im entscheidenden Augenblicke, insbesondere also im Zeitpunkte der Handlung, deren strafrechtliche Bedeutung zu beurteilen ist, gefährlich war, aufrecht. Wir können zu demselben Urteile selbst noch dann gelangen, wenn die Kausalkette schon aufgerollt ist, wenn also der Eintritt oder Nichteintritt des Verletzungserfolges bereits entschieden ist. Das wird in dem oben erwähnten Wege der nachträglichen Prognose möglich.

Daraus folgt aber weiter, daß auch das Vorhandensein einer subjektiven Besorgnis des Gefährdeten oder anderer Personen vor der möglichen Verletzung für den Begriff der Gefahr ohne Belang ist. Konnte ja doch die gefahrbringende Situation unbekannt bleiben sowohl für den Gefährdeten als auch für andere, und dennoch kann man, wenn die seinerzeitige Existenz einer solchen Situation später zum Vorschein kommt, sei es auch zu einer Zeit, da der Nichteintritt des Verletzungserfolges bereits entschieden ist, ganz gut im Wege der nachträglichen Prognose zu dem Urteile gelangen, daß die Situation zu der kritischen Zeit gefährlich war.

Für dieses Urteil aber wird nicht die rein subjektive Einsicht des Täters maßgebend sein, sondern vornehmlich die gemachte Erfahrung, daß aus gleichen oder ähnlichen Situationen schon manchmal, vielleicht gar öfters, eine Verletzung sich entwickelt hat. Es handelt sich hier nicht um die Erfahrung eines Einzelnen (z. B. des Richters), sondern um Erfahrungen ganzer, bald weiterer, bald engerer (z. B. der fachmännischen) Kreise, mithin um gewisse Durchschnittsurteile.

Da auch diese Durchschnittsurteile schließlich subjektiver Natur sind, haben freilich bis zu einem gewissen Grade diejenigen recht, die auf diese subjektive Seite des Gefahrbegriffes hindeuten. Andererseits ist aber nicht zu übersehen, daß solche Durchschnittsurteile im Laufe der Zeit stabil werden, daß das eigentlich nur in unserer Vorstellung bestehende Gefahrelement auf die betreffende Situation selbst übertragen wird, und daß die Durchschnittsurteile sich in diesem Sinne gewissermaßen objektivisieren.

Man spricht dann von der gefährlichen Situation wie von einem objektiven Zustande, wie von einem vorläufigen Stadium oder sozusagen einer niederen, der Verletzung vorangehenden Stufe derselben und manipuliert mit der Gefahr gleich einem geradeso objektiven Phänomen, wie die Verletzung selbst ist.

Die adäquate Gefahr.

Wird nun aber eine Situation und mithin auch die diese Situation herbeiführende Handlung durch das Durchschnittsurteil als gefährlich erklärt, ist damit eigentlich nicht viel gewonnen. So besteht beispielsweise zufolge des Durchschnittsurteiles auch bei normalen Um-

ständen eine gewisse Gefahr für den Fußgänger, daß er auf der gepflasterten Gasse ausgleiten und sich verletzen könne, für einen Menschen in voller Kraft allerdings eine ganz unbedeutende, für einen schwächlichen Greis schon eine größere, bei Glatteis eine noch bedeutendere und unvergleichlich größer noch bei einer Gletschertour. Ebenso sagt uns das Durchschnittsurteil, daß ein Kind, das in den Straßen einer Großstadt sich selbst überlassen wurde, stets in einer Unfallgefahr sich befindet, daß diese in einer Nebengasse in der Regel kleiner, an einem Kreuzpunkte größer, und überhaupt desto größer je kleiner das Kind ist; daß die Verletzungsgefahr für den Arbeiter bei einer Dampfmaschine, wenn keine Sicherheitsvorrichtungen vorhanden sind, sehr bedeutend, wenn solche vorhanden sind, schon etwas geringer und für den bei einer Handmaschine beschäftigten vielleicht ganz unbedeutend ist; daß die Entgleisungsgefahr bei einer größeren Fahrgeschwindigkeit höher, bei einer kleineren geringer ist.

Es liegt auf der Hand, daß diese Durchschnittsurteile uns gar nichts sagen, was sich für das Strafrecht ausnützen ließe. Denn unter den bezeichneten, durchgehends in gewissem Maße gefährlichen Situationen sind offenbar teils solche, die vom strafgesetzlichen Gesichtspunkte ganz farblos sind, teils auch einige schon strafrechtlich relevante einbegriffen.

Wir fühlen, daß hier ein bestimmtes Maß, ein gewisser Normalpunkt besteht, bis zu welchem die Gefahr erlaubt ist, und daß erst eine dieses Maß überschreitende, mithin eine übernormale Gefahr unerlaubt, rechtswidrig wird.

Wodurch bestimmt sich aber dieses Maß, wo ist die Grenze, welche die normale Gefahr von der abnormalen scheidet? Wir stehen hier, wie man sieht, eben vor jenem Problem, dessen Lösung der Doktrin so große Schwierigkeiten bereitet.

Zweifellost ist, daß das erlaubte Maß der Gefahr in verschiedenen Fällen sehr verschieden sein wird, daß auch hier gewisse Durchschnittsurteile entscheiden und daß unsere Aufgabe nur darin bestehen kann, die Elemente, die Grundsätze zu bezeichnen, nach denen sich diese Durchschnittsurteile richten.

Vor allem müssen die Maßstäbe gekennzeichnet werden, an welchen sich die Größe der Gefahr abmißt. Wir betrachten die Gefahr als desto größer:

1. je höher der Wert des gefährdeten Rechtsgutes ist; so mißt beispielsweise dem menschlichen Leben das Durchschnittsurteil einen größeren Wert bei, als dem Vermögen;

2. je größer der Umfang der drohenden Verletzung ist, z. B. der Tod von hundert Menschen — der Tod eines Menschen;

3. je größer die Möglichkeit der Verletzung ist, d. h. je mehr der zur Verletzung notwendigen Bedingungen bereits erfüllt sind; z. B. eine falsche Wechselstellung, wodurch unmittelbar bewirkt wird, daß zwei Züge auf demselben Geleise einander entgegenfahren, halten wir für gefährlicher, als wenn noch eine oder mehrere andere Unkorrektheiten dazu erforderlich sind.

Der weitere oben besprochene Gesichtspunkt, nämlich die Länge des örtlichen und zeitlichen Intervalls zwischen Handlung und Erfolg ist nur nach der volkstümlichen Ansicht für die Größe der Gefahr bestimmend; strafrechtlich ist dieses Moment offenbar belanglos.

Wenn wir uns nun, um die Sache mathematisch zu veranschaulichen, für jedes der drei bezeichneten, bei Bestimmung der Größe der Gefahr relevanten Elemente eine Skala, beispielsweise von je 10 Stufen, bilden, so ergibt die Multiplikation der Stufenzahlen, auf welche im einzelnen Falle die drei Skalen zeigen, die Größe der vorliegenden Gefahr; z. B. wenn wir den Wert des gefährdeten Gutes gegebenenfalls auf 6, den Umfang der drohenden Verletzung auf 4 und den Grad der Verletzungsmöglichkeit auf 3 abmessen, sagen wir, daß die Größe der Gefahr $6 \times 4 \times 3 = 72$ ist.

Da jedoch die Zahl 72 auch der Koeffizient von drei anderen Zahlen (z. B. $6 \times 6 \times 2$) sein kann, ist es wohl möglich, daß die Gefahr trotz der Verschiedenheit der einzelnen Komponenten gleich groß erscheint.

Sollen wir nun aber entscheiden, ob der in dieser Weise bestimmte Grad der Gefahr noch normal ist oder schon über dem Normalen steht, so ist dazu offenbar noch eine weitere Skala erforderlich. Es gilt daher, nach einem geeigneten Maßstabe für eine solche Skala Umschau zu halten.

Wenn der Grad der Gefährlichkeit einer Handlung für Rechtsgüter, wie natürlich, zugleich den Grad ihres antisozialen Charakters bezeichnet, liegt es auf der Hand, daß eine für Rechtsgüter gefährliche Handlung von der Rechtsordnung nur dann geduldet werden kann, wenn diese ihre Sozialwidrigkeit auf der anderen Seite durch das Interesse angewogen wird, das die Gesellschaft trotzdem an der Handlung hat. Für dieses Interesse ist aber zweifellos der durch die Handlung verfolgte Zweck maßgebend. Je sozialer der Zweck der Handlung, um so größer der Grad der Gefahr, den wir uns gefallen lassen, um so höher rücken wir den Zeiger der Skala, bis zu welchem wir die Gefahr nicht als rechtswidrig betrachten. So duldet die Rechtsordnung einen zweifellos hohen Grad der Gefährdung der in den Kohlenbergwerken beschäftigten Personen mit Rücksicht auf die soziale Wichtigkeit der Kohलगewinnung. Man würde aber schwerlich eine so große Gefährdung von Menschenleben in dem Falle gestatten, wenn

beispielsweise ein Millionär aus bloßer Laune ein unterirdisches Labyrinth in seinem Parke sich anlegen wollte. Die durch eine zu rasche Fahrt in den Gassen verursachte Gefahr wird man wohl der zu einer Feuersbrunst eilenden Löschmannschaft, nicht aber dem Lenker eines Luxusgespannes verzeihen.

Hiernach bilden die verschiedenen Grade der Sozialmäßigkeit des Handlungszweckes jene Skala, an der wir prüfen, ob die sichergestellte Stufe der Gefährlichkeit der Handlung schon über dem Normalpunkte steht.

Diese Skala muß in soviel Grade geteilt werden, damit der oberste dem höchsten Gefährskoeffizienten gleich ist, also in unserem Beispiele $10 \times 10 \times 10 = 1000$. Hiernach wird der größte Grad der Gefahr (1000) dann noch normal sein, wenn auch die Sozialmäßigkeit des Zweckes der Handlung auf der obersten Stufe der Skala (1000) steht. Und geradeso wird man auch in anderen Fällen vorgehen. Erst wird nach der oben aufgestellten Regel der Gefährskoeffizient berechnet und dann die Sozialmäßigkeit des Zweckes der Handlung an der Skala abgemessen; ist der Koeffizient der Gefahr größer als der Grad der Sozialmäßigkeit der Handlung, dann ist die Gefahr übernormal, im gegenteiligen Falle ist sie normal. Daraus folgt, daß der Grad der Sozialmäßigkeit der Handlung zugleich die Normalgrenze für die erlaubte Gefahr bildet.

Freilich darf man dabei nicht vergessen, daß alles dies nur eine arithmetische Veranschaulichung von logischen und psychologischen Denkopoperationen sein soll, und daß in der Wirklichkeit von einer solchen genauen mathematischen Abstufung nicht die Rede sein kann, sondern daß hier, wie gesagt, nur gewisse Durchschnittsurteile entscheiden, in denen sich die zur Zeit geltenden Ansichten der Gesellschaft, unter Umständen auch die bestimmter sozialer Gruppen widerspiegeln.

Nun können aber die Zwecke menschlicher Handlungen überaus verschieden sein, und es wäre wahrlich keine Spielerei, eine wenigstens annäherungsweise vollständige Skala der nach ihrer größeren oder geringeren Sozialmäßigkeit gereihten Zwecke in Wirklichkeit zusammenzustellen. Aber die beiden Pole zu kennzeichnen dürfte nicht schwer fallen.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß es keinen sozialeren Zweck geben kann als den Schutz der Rechtsgüter, sowohl der eigenen, als auch der fremden, und daher muß dieser Zweck an die oberste Stelle der Skala (1000) gesetzt werden. Dieser Zweck ist in dem Grade sozial, daß das Recht in besonders markanten Fällen nicht bloß die Gefährdung, sondern geradezu auch die absichtliche, zu diesem Zwecke verübte Verletzung von anderen Rechtsgütern als

straflos betrachtet: die Verletzung der einen Rechtsgüter ist hier ein Mittel zur Abwendung der Verletzung von anderen. Typische Fälle dieser Art sind Notwehr und Notstand.

Es liegt in der Natur der Sache, daß, wenn die Sozialwidrigkeit der Handlung durch die Sozialmäßigkeit ihres Zweckes aufgewogen werden soll, der Wert des zu rettenden Rechtsgutes in einem gewissen Verhältnisse zu dem Werte des aufzuopfernden sein muß. Es ist gewiß unzulässig, daß jemand zwecks Abwendung eines Angriffes auf seine nur geringwertige Sache ein menschliches Leben vernichte oder daß man eine ganze Menge von Menschenleben aufopfere, um sich vor einem ganz unbedeutenden Unfälle zu schützen. Aus diesem Grunde muß mit vollem Rechte gefordert werden, daß die Strafflosigkeit von Notwehr und Notstand im Strafrechte beschränkt werde, nicht nur durch Aufzählung derjenigen Rechtsgüter, welche durch Verletzung anderer straffrei geschützt werden dürfen, sondern auch durch Aufstellung des Erfordernisses einer gewissen Proportionalität des zu schützenden und des aufzuopfernden Rechtsgutes⁸⁾.

8) In den geltenden Strafgesetzen wird das letztere Postulat des öfteren vernachlässigt. Nach dem deutschen Strafgesetze wird die gedachte Proportionalität weder bei der Notwehr (§ 53) noch im Falle des Notstandes (§§ 52, 54) erfordert; vgl. *Liszt* 125, 129, *Merkel* 162 f. Daß dieses Erfordernis aus der Beschränkung der Notwehr auf das erforderliche Maß nicht hervorgeht, liegt auf der Hand. Denn wenn sich derjenige, der meinen Hund rechtswidrig angreift, nicht durch eine Drohung oder leichte Verletzung abwenden läßt, ist offenbar eine schwere Verletzung oder gar die Tötung das „erforderliche“ Maß. Daher kann auch nach österr. Recht (§ 2 g) St. G.) die Proportionalität der Rechtsgüter nicht als Requisit der Notwehr erklärt werden. Anders, obwohl auch nicht ganz zweifellos, bei der Notwehr nach § 19 des schweizerischen Kommissionsentwurfs: „in einer den Umständen angemessenen Weise“. Ganz unzweideutig fordert die Proportionalität der Rechtsgüter im Falle des Notstandes nach geltendem österr. Recht die Kassationsentscheidung vom 11. Dez. 1902 Slg. Nr. 2777 („Das aufzuopfernde Gut muß sich als das erheblich minderwertige darstellen“), dann der § 59 des österr. Regierungsentwurfs vom J. 1891 („um eine unmittelbar bevorstehende unverhältnismäßige Beschädigung an Leib, Freiheit oder Vermögen von sich oder anderen abzuwenden“), auch wohl Art. 20 des schweiz. Kommissionsentwurfs („wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben“), ferner Art. 42 des russischen Entwurfs vom J. 1881 bezw. der in dieser Beziehung gleichlautende Art. 35 des revidierten Kommissionsentwurfs („wenn der Täter genügenden Grund hatte, den von ihm verursachten Schaden als einen im Verhältnisse zu dem zu rettenden Gute unbedeutenden zu betrachten“) und § 47 des norwegischen Entwurfs („wenn ihm diese Gefahr im Verhältnis zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, besonders groß erscheinen mußte“). Die letzterwähnte Bestimmung ist wesentlich unverändert nunmehr in das neue norwegische Strafgesetz übergegangen (vgl. *Torp* Z. 23. Bd. S. 104 Anm. 21). Ähnlicher Weise ist auch nach § 228 des neuen deutschen bürgerl. Gesetzbuchs die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache zwecks Abwendung einer durch sie

Wenn aber die absichtliche Verletzung fremder Rechtsgüter zum Schutze anderer (eigener oder fremder) straffrei ist, muß naturgemäß Strafflosigkeit umsomehr dort Platz greifen, wo bloße Gefährdung und mithin allenfalls nicht beabsichtigte Verletzung fremder Rechtsgüter zu dem besagten Zwecke in Frage steht. Ja eben deswegen, weil es sich wenigstens vor der Hand um bloße Gefährdung handelt, muß die Grenze des Erlaubten etwas höher gerückt und die durch eine Rechtsgüterschutz bezweckende Handlung herbeigeführte Gefahr als normal und daher straflos oft auch dann noch betrachtet werden, wenn die Voraussetzungen von Notstand oder Notwehr nicht vorliegen. So wird man wohl die Gefährdung von Passanten durch die rasche Fahrt der Feuerwehr zur Brandstätte und ebenso auch die Gefährdung der Feuerwehrleute beim Brande durch Kommandierung derselben an gefährliche Orte selbst dann nicht strafen, wenn das Gesetz den Notstand als Strafausschließungsgrund nur im Falle einer Gefahr für Leib oder Leben des Täters selbst oder seiner Angehörigen anerkennen würde, wie dies z. B. nach § 54 d. St.G. der Fall ist.

Wenn wir gesagt haben, daß es keinen sozialeren Zweck geben kann, als der Schutz von Rechtsgütern ist, ist naturgemäß im Gegenteil wieder kein Zweck antisozialer als deren Verletzung. Somit sind Gefährdungshandlungen, welche die Verletzung fremder Rechtsgüter bezwecken, in der Skala der Sozialmäßigkeit der Zwecke an die unterste Stelle (den Nullpunkt) zu setzen, mag die Verletzung des gefährdeten oder eines anderen Rechtsgutes Zweck der Handlung sein.

Der schroffe Gegensatz jener Handlungen, die auf dem obersten Punkte der Sozialmäßigkeitsskala stehen, und der letzterwähnten Straftaten ist klar: dort wird ein Rechtsgut gefährdet, (allenfalls auch absichtlich verletzt), um ein anderes (eigenes oder fremdes) Rechtsgut zu schützen, hier wird ein Rechtsgut gefährdet, um dasselbe oder ein anderes Rechtsgut zu verletzen. Wie wir also oft auch eine hochgradige Gefahr entschuldigen, wenn sie zu jenem sozialsten Zwecke d. h. behufs Rechtsgüterschutzes herbeigeführt wurde, ebenso werden wir andererseits selbst eine unbedeutende Gefährdung unnachsichtlich ahnden, falls sie das Antisozialste, d. h. die Verletzung von Rechtsgütern bezweckt. (In diesem Sinne aufgefaßt würde das bekannte „versari in re illicita“ in einem ganz anderen Lichte erscheinen.)

Zwischen diesen beiden Polen liegt nun allerdings eine ganze Reihe von ihrer Sozialmäßigkeit nach sich abstufenden Zwecken. drohenden Gefahr nicht widerrechtlich, wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht.

Welche Gefahrstufe jedem einzelnen von ihnen angemessen (adäquat) ist, dafür sind, wie gesagt, die zur Zeit eben geltenden Durchschnittsurteile ausschlaggebend.

Wenn wir uns den Grad der Sozialmäßigkeit des Zweckes einer Handlung als eine bestimmte Größe (Z) denken, werden wir, um auf unser algebraisches Bild zurückzukommen, dann sagen, daß die Gefahr angemessen (adäquat) ist, wenn ihr Koeffizient (G) nicht größer ist, als der Grad der Sozialmäßigkeit des Handlungszweckes (Z). Da jedoch G durch die Multiplikation dreier Komponenten gewonnen wird, nämlich des Wertes des gefährdeten Rechtsgutes (W); des Umfanges der drohenden Verletzung (U) und des Möglichkeitsgrades der Verletzung (M), ist die Gefahr noch normal, wenn $W \times U \times M$ nicht größer ist als Z.

Vom Gesichtspunkte einer bestimmten Straftat können jedoch nebst dem Z auch das W (Wert des Rechtsgutes) und das U (Umfang der Verletzung) als bekannte Größen betrachtet werden, während M (die erlaubte Grenze der Verletzungsmöglichkeit) eben jene unbekannt ist, die wir suchen. Wenn aber

$$W \times U \times M < Z$$

ist, so ist

$$M < \frac{Z}{W \times U};$$

das heißt: Das erlaubte Maß der Verletzungsmöglichkeit ist in geradem Verhältnisse zu dem Grade der Sozialmäßigkeit des Handlungszweckes und im verkehrten Verhältnisse zu dem Werte des gefährdeten Rechtsgutes und zu dem Umfange der drohenden Verletzung; mit anderen Worten: Je sozialer der Zweck der Handlung, je geringer der Wert des gefährdeten Rechtsgutes und je geringer der Umfang der drohenden Verletzung, um so größer ist das Maß der zulässigen Verletzungsmöglichkeit.

Und hier eben erscheint uns die große Bedeutung des Zweckes für die soziale Bewertung und somit auch für die Strafbarkeit der Handlung in der intensivsten Beleuchtung. Deswegen muß es als durchaus verfehlt erklärt werden, wenn ein so wichtiges Moment, wie es eben der Handlungszweck ist, sobald er über den bezeichneten Nullpunkt (beabsichtigte Rechtsgüterverletzung) steigt oder unter den obersten Punkt (beabsichtigter Rechtsgüterschutz) sinkt, beinahe vollends aus den Augen gelassen wird, wie es in der Gesetzgebung und bis unlängst auch in der Doktrin leider der Fall war. Es kann daher nur freudigst begrüßt werden, wenn sich in neuerer Zeit die Bedeutung des Zweckes für die Strafbarkeit und auch für den Grad der Strafbarkeit der menschlichen Handlungen, und speziell

auch die Bedeutung des Rechtsgüterschutzes als Zweckes allmählich durchzurufen beginnt⁹⁾.

Für das Strafrecht lassen sich die hier gewonnenen Resultate vorläufig kaum anders ausnutzen als durch Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes:

Als gefährlich im Sinne des Strafrechts sind solche Handlungen anzusehen, mit welchen eine größere Gefahr für Rechtsgüter verbunden ist, als welche den Umständen, namentlich dem Zwecke der Handlung, nach dem Durchschnittsurteile angemessen (adäquat) erscheint.

Mit „Umständen“ meinen wir hier außer dem Handlungszwecke die Komponenten W (Wert des gefährdeten Gutes) und U (Umfang der eventuellen Verletzung). Werden die letzteren zwei Komponenten schon in den Begriff der Größe der Gefahr hineingelegt, erhält man die Formel:

Gefährlich im strafrechtlichen Sinne sind solche Handlungen, mit denen eine größere als die dem Handlungszweck in Gemäßheit des Durchschnittsurteils angemessene (adäquate) Gefahr für Rechtsgüter verbunden ist.

Die normale Gefahr.

Es wäre allerdings sehr bedenklich, wenn der Richter in jedem einzelnen Falle ein derartiges Urteil erst suchen oder gar sich selbst bilden sollte, bedenklich deswegen, weil schon die Rechtssicherheit das Vorhandensein gewisser konstanter Urteile, also gewisser Normen, erfordert, und zwar nicht nur für den Richter ex post, sondern auch für den Handelnden ex ante.

Es ist daher natürlich, daß das Bedürfnis des praktischen Lebens selbst sich solche Normen allmählich bildet. Durch längere Erfahrung, durch Wiederholung gleicher oder ähnlicher Fälle entwickeln sich in einzelnen sozialen Gruppen gewisse Aggregate von Durchschnittsurteilen, gewisse Gewohnheiten, die im Laufe der Zeit die Kraft bindender Regeln erlangen und durch welche insbesondere auch die erlaubte Gefahrgrenze bestimmt wird. Wer sich nach diesen Regeln richtet, der handelt normal; normal ist auch die Gefahr, die er dabei verursacht; für die

9) Vgl. *Merkel* 156 f., *Stooss* Zeitschr. f. schweiz. Stfr. 10. Bd. (1897) S. 351 f., *Lilienthal* Z. 20. Bd. (1900) S. 440 f., *Thyrén* I, 126 f., *Torp* Z. 23. Bd. S. 84 f. In der Gesetzgebung wird (abgesehen von Notwehr und Notstand) eine Handlung, welche die Verteidigung von Rechtsgütern bezweckt, in einzelnen Fällen wenigstens als milder strafbar erklärt, z. B. die Herbeiführung einer Überschwemmung zum Schutze des eigenen Eigentums nach § 313 Abs. 2 d. St.G. (§ 346 österr. Entwurfs vom J. 1891).

daraus etwa entstehende Verletzung ist er somit nicht verantwortlich. Erst durch die Mißachtung der gedachten Regeln wird die Gefahr über das Normale hinaufgerückt und Verantwortlichkeit für den daraus sich entwickelnden schädlichen Erfolg begründet.

Durch solche Normen werden die verschiedensten Lebensverhältnisse geregelt. Für uns sind sie nur insoweit von Interesse, als sie die Abwendung der Gefahr für Rechtsgüter bezwecken, mögen sie nun ein gefährliches Spiel, einen Sport, ein Gewerbe oder was immer für eine andere gesellschaftliche Einrichtung betreffen.

Ein Fußballspieler, der die Regeln des Spiels eingehalten hat, hat hiernach die dem Mitspieler verursachte Verletzung nicht zu verantworten. Geradeso kann der Unfall des Touristen nicht dem Führer zugerechnet werden, der sich nach Führerbrauch benahm, und ebenso wenig der Unglücksfall in einer Fabriks- oder Gewerbeunternehmung deren Inhaber, welcher keine Maßnahme verabsäumt hat, die nach ständiger Gewohnheit zum Schutze der Arbeiterschaft zu treffen ist.

Dort, wo ein Gewerbe mit einer Wissenschaft zusammenhängt (z. B. die Baukunst), sind wohl die anerkannten wissenschaftlichen Regeln, insoweit sie die Abwendung der Gefahr für Rechtsgüter, hauptsächlich für Leib und Leben von Menschen bezwecken, ausschlaggebend. Ebenso sind auch die anerkannten Regeln der Heilkunde als eine für jedermann, der die ärztliche Praxis ausüben will, verbindliche Norm und mithin als Regulator der mit der ärztlichen (namentlich der chirurgischen) Behandlung verbundenen Gefahr zu betrachten¹⁰⁾.

Doch damit kann sich die Rechtsordnung nicht überall begnügen. Denn die gedachten Normen sind insgesamt zu veränderlich, zu labil, als daß sie eine ausschließende, für alle Fälle gültige Richtschnur bilden könnten. Dadurch erklärt es sich, daß dort, wo Lebenseinrichtungen von allgemeiner Bedeutung in Frage stehen, die Rechtsordnung selbst sich häufig solcher Normen bemächtigt und nach Vornahme allfälliger Änderungen dieselben als ihren Bestandteil einverleibt, sie zu Rechtsnormen macht.

10) Von diesem Gesichtspunkte lassen sich wohl die an diese Frage geknüpften reichlichen Kontroversen am besten lösen, so gleich die Kontroverse, ob der chirurgische Eingriff als Körperverletzung zu betrachten sei oder nicht. Zweifellos ist derselbe eine Körperverletzung, geradeso wie z. B. die vorsätzliche Tötung nichts von diesem ihrem Charakter einbüßt, wenn sie den Zweck hat, den Qualen einer geliebten Person ein Ende zu bereiten. Der chirurgische Eingriff ist aber im Hinblick auf seinen Zweck keine rechtswidrige Körperverletzung, geradeso wie die Verletzung zum Zwecke der Notwehr, zum Zwecke der Wahrung öffentlicher Interessen u. a. m. Also nur der Zweck scheidet den chirurgischen Eingriff von der rechtswidrigen Verletzung. Vgl. darüber namentlich *Finger* I, 236, *H. Meyer* 225, *Liszt* 132 f., *Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898), *Rümelin* 128, *Kohrausch* 97 und die weitere in Z. 23. Bd. S. 604 f. besprochene Literatur.

Insoweit aber die Rechtsordnung derartige Normen nicht schon anderswo vorfindet, bildet sie sich solche nach Bedürfnis selbst. Dabei wird hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes ein verschiedenartiger Vorgang beobachtet.

Der einfachste und zugleich wirksamste Weg ist der, daß die Herbeiführung von bestimmten, typischen, als gefährlich erkannten Situationen überhaupt nicht geduldet wird, daß daher die Handlungen, aus welchen solche Situationen zu entstehen pflegen, einfach als gefährlich verboten werden. Das in manchen Staaten bestehende Verbot der Ausübung der ärztlichen Praxis durch Laien, das Verbot der Verwendung von bestimmten schädlichen Stoffen zur Bereitung von Nahrungsmitteln, das Verbot der Beförderung von Sprengstoffen mittelst der Eisenbahn, wären nur Beispiele solcher in der Rechtsordnung zahlreich vorkommenden Normen.

Nun ist es aber einleuchtend, daß nicht alle gefährlichen Handlungstypen einfach verboten werden können. Unmöglich kann z. B. die Verwendung von Giften, von Gasen, von Sprengmitteln, die Anwendung des Dampfes als motorischer Kraft u. a. m. wegen der damit verbundenen Gefahr gänzlich untersagt werden. Denn der Gebrauch dieser und auch anderer gefährlichen Stoffe, der Betrieb von gewissen mit Gefahr verbundenen Unternehmungen und überhaupt die Vornahme mancher gefährlichen Handlungen ist von solcher sozialen Notwendigkeit, daß durch deren Verbotung zweifellos Industrie und Wissenschaft, ja jeglicher Fortschritt der Menschheit gelähmt wären. In solchen Fällen schlägt die Rechtsordnung einen anderen Weg ein: sie gestattet grundsätzlich derartige als notwendig oder vorteilhaft erkannte gefährliche Unternehmungen, regelt dieselben aber durch eine ganze Reihe von auf Abwendung der Gefahr gerichteten Vorschriften in Form von Geboten und Verboten.

Man stelle sich nur vor:

Der Eisenbahnzug braust in voller Schnelligkeit auf dem Geleise dahin. Die Fahrgeschwindigkeit wird immer größer, jetzt scheint sie bereits geradezu wahnsinnig zu sein. Der Bau der Strecke verträgt vielleicht eine solche Schnelligkeit gar nicht. Doch dort ist eine Wendung. Welche Gefahr! Vielleicht wird der Lokomotivführer noch rechtzeitig die Bremsen anziehen. Ob diese aber nur richtig funktionieren? Und ob nicht die Kurve auch für ein mäßigeres Tempo zu scharf ist? Und weiter, ob der Dampfkessel in gutem Zustande und gehörig erprobt ist? Die Strecke hat nur ein Geleise. Was, wenn der Verkehrsbeamte in der nächsten Station den entgegenkommenden Zug früher abfahren läßt, ehe noch unser Zug die Station erreicht? Oder wenn es dem Weichensteller in der Station einfallen sollte, den Wechsel für unseren Zug auf ein Geleise zu stellen, auf dem ein anderer Zug

steht? Ob übrigens der Weichensteller überhaupt auf seinem Platze ist? So schaut uns auf allen Seiten und beinahe bei jedem Meter, den wir weiterfahren, nur Unheil, Tod und Verderben entgegen. Die Gefahr ist offenbar eine ungeheure!

Doch in dieses Reich der allseits drohenden Vernichtung greift die Betriebsordnung mit ihren Vorschriften ein. Sie sorgt dafür, daß der Streckenbau stark genug, die Wendungen nicht allzu scharf, die Dampfmaschine, die Bremsen und alle übrigen Betriebsmittel und Vorrichtungen in vollkommener Ordnung sind. Sie schreibt die größte erlaubte Fahrgeschwindigkeit vor, bestimmt die Zeit und die Bedingungen für das Ablassen und Einlassen der Züge, kurz, regelt den Betrieb bis ins Detail. Und das Resultat? Das Resultat ist, daß jene ungeheure Gefahr sich erheblich mindert, ja dermaßen zusammenschrumpft, daß die Statistik behaupten kann: Die Gefahr des Eisenbahnverkehrs ist gleich Null. Sie ist zufolge der Statistik der Unfälle verhältnismäßig nicht größer als die Gefahr der Fahrt in einem mit Pferden bespannten Wagen.

Und auf gleiche Art sind meistens auch andere gefährliche Unternehmungen durch besondere Vorschriften geregelt, so die Dampfschiffahrt und Schifffahrt überhaupt, die Arbeit in den Bergwerken, die Anwendung von Sprengstoffen u. a. m. Hierher gehören auch die verschiedenen Fahrordnungen und überhaupt alle Vorschriften, welche und insoweit sie die Abwendung der Gefahr für Rechtsgüter, insbesondere für Leib, Gesundheit und Leben von Menschen bezwecken.

Belanglos ist, in welchem Teile der Rechtsordnung derartige Vorschriften enthalten sind, insbesondere ob etwa im Strafgesetze selbst, oder in anderen Gesetzen oder eventuell in Verordnungen der Verwaltungsbehörden. Auch darauf kommt es nicht an, ob allgemeinverbindliche Vorschriften in Frage stehen, oder nur eine für einen bestimmten Bezirk oder für eine bestimmte Unternehmung gültige Vorschrift (z. B. eine Fahrordnung, eine Fabriksarbeitsordnung) oder gar bloß eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde an eine Einzelperson für einen einzelnen Fall erlassene Anordnung (z. B. eine Grube zu verscharren, ein Schutzgeländer zu errichten u. a.), vorausgesetzt nur, daß eine solche Anordnung formell gültig ist.

Selbstredend ist durch derlei Vorschriften die Gefahr nicht gänzlich beseitigt, sondern nur erheblich gemindert. Nun ist es aber aufliegend, daß in eben demselben Maße auch die Grenze der durch die Rechtsordnung erlaubten Gefahr hinunterrückt. Das führt aber zu dem zwingenden Schlusse, daß durch die Verletzung was immer für eines zur Abwendung oder Verminderung der Gefahr gegebenen verbindlichen Verbotes oder Gebotes das ge-

stattete Maß der Gefahr überschritten und mithin eine überrnormale Gefahr herbeigeführt wird.

Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, daß der Handelnde im einzelnen Falle zu der Überzeugung kommt, daß die Verletzung der Vorschrift einen schädigenden Erfolg nicht herbeiführen werde, ja vielleicht gar nicht herbeiführen könne, und es ist möglich, daß auch jenes Durchschnittsurteil, das wir oben als entscheidend erklärt haben, bei Absehung von der bestehenden Vorschrift zu demselben Resultate gelangen würde. Doch dies könnte eben nur dann von Bedeutung sein, wenn diese Norm nicht bestehen würde. Sobald aber die Rechtsordnung einmal eine Vorschrift zur Abwendung oder Verminderung der Gefahr erlassen hat, wenn sie also zu diesem Zwecke eine Handlung gebietet oder verbietet, dann ist das dadurch bestimmte Maß der erlaubten Gefahr erhoben über die Ansicht des Einzelnen, ja selbst über ein etwaiges Durchschnittsurteil. Ist ja hier eben das Durchschnittsurteil in einer autoritativen, für alle Fälle gültigen Weise normiert.

Und hier stehen wir an der Stelle, wo an die in Theorie und Praxis gemachte Unterscheidung von abstrakter (auch genereller, absoluter) und konkreter Gefahr angebunden werden muß. Man sagt, eine bestimmte Handlung sei nur abstrakt, nicht aber konkret gefährlich, weil sie im gegebenen Falle in Anbetracht der begleitenden Umstände einen Verletzungserfolg nicht herbeiführen könne; z. B. die Unterlassung eines Eisenbahnbediensteten, infolge welcher ein Eisenbahnzug nicht Schaden leiden konnte, weil zu der kritischen Zeit eben kein Zug sich auf der Strecke befand. Doch das kann wohl nur ex post gesagt werden; ex ante kann man höchstens nur behaupten, daß fahrplanmäßig kein Zug zu jener Zeit kommen sollte, womit noch nicht gesagt ist, daß trotzdem ein Zug nicht kommen konnte. Wenn wir uns aber auf den Standpunkt ex post stellen, müßten wir folgerichtig in allen Fällen, in welchen ein Verletzungserfolg nicht eingetreten ist, sagen, daß die Gefahr keine konkrete, sondern nur eine abstrakte war. Vom Gesichtspunkte ex ante können wir sowohl in dem bezeichneten Falle als auch in allen anderen derartigen Fällen nur behaupten, daß die Gefahr kleiner, vielleicht so gering war, daß sie nach dem Durchschnittsurteile nicht überrnormal war, oder äußerstens etwa, daß in Anbetracht der zur Zeit der begangenen Tat gegebenen Bedingungen gemäß dem einen gewissen Verlauf voraussetzenden Durchschnittsurteile die Verletzung nicht möglich war.

Hiernach beruht das Wesen des Unterschiedes der abstrakten und der konkreten Gefahr darauf, daß die im Gesetze allgemein ausgesprochene Ansicht von der Gefährlichkeit einer Handlung sich in bezug auf einen bestimmten Fall von dem eben nur auf diesen

Fall gemünzten Durchschnittsurteile abhebt. Freilich hat ein solches Durchschnittsurteil rücksichtlich der Frage der Gefährlichkeit einer Handlung gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung der Rechtsordnung, wie gesagt, grundsätzlich keine Bedeutung. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß das Strafgesetz selbst in einzelnen Fällen die konkrete Verletzung (in der dargelegten Auffassung) für ausschließlich strafbar oder wenigstens für strafbarer als die abstrakte Gefährdung erkläre. In solchen Fällen ist das unabhängig von dem betreffenden Gebote oder Verbote gebildete Durchschnittsurteil der Entscheidung, ob die Gefahr überrnormal ist, zugrunde zu legen.

Diese Ausnahmefälle beiseite lassend, können wir als allgemeines Prinzip den zweiten Satz registrieren:

Gefährlich im Sinne des Strafrechts ist jede Handlung oder Unterlassung, durch welche ein von der Rechtsordnung zur Abwendung oder Verminderung der Gefahr erlassenes Verbot oder Gebot verletzt wird.

Allerdings können nicht alle mit Gefahr für Rechtsgüter verbundenen Lebensverhältnisse durch Rechtsvorschriften geregelt sein. Dort, wo es solche nicht gibt, treten an ihre Stelle die oben erwähnten Aggregate von Durchschnittsurteilen, also wissenschaftliche Erkenntnisse, Gewohnheiten in Gewerbe, Industrie, Sport u. a. m. Wo selbst diese nicht bestehen, muß das Durchschnittsurteil darüber, ob die erlaubte Gefahrgrenze überschritten wurde oder nicht, für den einzelnen Fall besonders gesucht werden.

Sollte es aber dem Richter auch auf diese Weise nicht gelingen, das gestattete Maß der Gefahr zu bestimmen, dann bleibt ihm nichts anderes übrig, als nach eigenem Ermessen mit möglichster Berücksichtigung von analogen Fällen zu entscheiden, ob die herbeigeführte Gefahr den Umständen, insbesondere dem Zwecke der Handlung angemessen ist oder nicht. Freilich ist in solchen Fällen die Grenze nicht so bestimmt wie dort, wo das erlaubte Maß der Gefahr durch die Rechtsordnung festgesetzt ist. Andererseits ist aber der mit diesem Mangel verbundene Vorteil nicht zu übersehen, daß die Bestimmungen des Strafgesetzes dadurch eine gewisse Elastizität gewinnen, die sie geeignet macht, den im Laufe der Zeit sich ändernden Verhältnissen und Anschauungen sich anzuschmiegen, ohne daß dazu eine formelle Änderung des Gesetzes notwendig wäre.

Sollte aber etwa die allgemeine Überzeugung aufkommen, daß die Grenze der erlaubten Gefahr durch die Durchschnittsurteile oder die Aggregate solcher Urteile der betreffenden sozialen Gruppen (z. B. durch Sportgewohnheiten, durch anerkannte Regeln der Wissenschaft u. a.) zum Schaden der Allgemeinheit zu hoch gesteckt ist, dann bleibt

es der Rechtsordnung unbenommen, jederzeit durch ausdrückliche Vorschrift Abhilfe zu schaffen.

Wenn wir nun die Vorschriften der Rechtsordnung und auch die gedachten Aggregate von Durchschnittsurteilen (Regeln, Gewohnheiten usw.) als Normen und die zufolge derselben erlaubte Gefahr als normale Gefahr, dagegen in jenen Fällen, wo solche Normen nicht bestehen, die zufolge des Durchschnittsurteils den Umständen, namentlich dem Zwecke der Handlung (nach dem im vorigen Kapitel gesagten) angemessene Gefahr als adäquat bezeichnen, gelangen wir zu dem einheitlichen Satze:

Gefährlich im strafrechtlichen Sinne sind diejenigen Handlungen, durch die eine übernormale oder eine überadäquate (größere als adäquate) Gefahr herbeigeführt wird; mit anderen Worten: nur eine übernormale oder eine überadäquate Gefahr ist Gefahr im Sinne des Strafrechts.

§ 14.

Die Verwertung des Gefahrbegriffes für die Schuldlehre.

Es gilt nun, sich klar zu werden über die Tragweite der gewonnenen Resultate.

Wenn wir sagen, daß Gefahr im Sinne des Strafrechts, also strafrechtlich relevante, rechtswidrige Gefahr nur die übernormale oder inadäquate, nicht aber auch die normale beziehungsweise adäquate Gefahr ist, so führt dies zu dem zwingenden Schlusse, daß auch der aus der normalen (adäquaten) Gefährdung entstehende Verletzungserfolg nicht rechtswidrig und seine Herbeiführung somit auch nicht strafbar sein kann. Daraus ist zu ersehen, daß die oben gezogene Grenze auch die Scheidewand zwischen dem strafbaren Unrechte und dem Gebiete der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit bildet. Darauf hat übrigens schon die unwillkürlich sich ergebende Anreihung an die typischen Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit selbst absichtlicher Verletzungen (Notwehr, Notstand) deutlich hingewiesen.

Wenn nun auch die gedachte Grenze ihrem Wesen nach eine objektive ist, beeinflußt sie trotzdem, ja eben deswegen, auch die subjektive Verbrechenseite; und zwar muß sie folgerichtig für alle Schuldarten von Bedeutung sein, somit ebensowohl für die bewußte Schuld, als auch für die unbewußte Schuld und für die Absicht. Diese Bedeutung soll nun in bezug auf jede einzelne von unseren drei Schuldformen näher geprüft werden.

I. Die bewusste Schuld.

Wie wir oben (§ 12 ad I) dargetan haben, besteht das Wesen der bewußten Schuld in dem Bewußtsein des rechtswidrigen Erfolgs und ist hierzu nicht das Bewußtsein der Notwendigkeit erforderlich, sondern es genügt das Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolgs. Nun wird aber, wie wir eben sahen, die Möglichkeit eines schädigenden Erfolgs als Gefahr bezeichnet und hiermit ist der innere Zusammenhang der Begriffe bewußte Schuld und Gefahr gegeben; denn beiden Begriffen ist das Element der Verletzungsmöglichkeit gemeinsam.

Wenn nun das Bewußtsein von der Möglichkeit des Verletzungserfolgs zu der bewußten Schuld hinreicht, die Möglichkeit des Verletzungserfolgs aber den Begriff der Gefahr erfüllt, so kann man logisch ganz richtig sagen, daß zur bewußten Schuld das Bewußtsein der Gefahr genügt.

Ist jedoch nur die übernormale oder inadäquate Gefahr strafrechtlich relevant, rechtswidrig, so scheint der Schluß nahe zu liegen, daß zu der bewußten Schuld das Bewußtsein einer übernormalen oder einer inadäquaten Gefahr erforderlich ist. Dieser Schluß ist aber einer Korrektur oder mindestens einer Aufklärung bedürftig.

Wie eben ausgeführt worden, sind dafür, ob die Gefahr normal beziehungsweise adäquat ist, gewisse objektive Normen oder wenigstens gewisse Durchschnittsurteile, denen wir objektive Natur zuschreiben, maßgebend. Es fragt sich daher: Ist es zur Annahme der bewußten Schuld erforderlich, daß der Täter diese Normen, diese Durchschnittsurteile gekannt, mithin die abnormale oder inadäquate Gefährlichkeit seiner Handlung gewußt habe?

Ziehen wir vorerst den Fall in Betracht, wo die Gefahr durch bestimmte Normen geregelt ist. Wenn die Rechtsordnung selbst zur Abwendung oder Herabminderung der Gefahr eine Handlung verbietet oder gebietet, muß zweifellos demjenigen, der diese Vorschrift verletzt, obwohl sie ihm bekannt war, die bewußte Verursachung des aus seiner Handlung oder Unterlassung entstehenden Verletzungserfolgs zur Last gelegt werden. Vorausgesetzt wird, daß dem Täter aus der Vorschrift selbst oder sonst bekannt war, daß dieselbe auf Abwendung oder Herabminderung der Gefahr gerichtet ist.

Die Ansicht des Täters, daß die Handlung im gegebenen Falle ungefährlich sei, kann ihn nicht entlasten. Denn es ist unzulässig, daß jemand seine eigene Meinung höher stelle als die durch die Rechtsordnung in allgemein verbindlicher Form kundgegebene Anschauung. Deswegen ist die bewußte Übertretung der zur Abwendung oder Ver-

minderung der Gefahr für Rechtsgüter gegebenen Vorschriften ohne weiteres als straffällig zu erklären und auch die dadurch herbeigeführte Verletzung dem Täter zur bewußten Schuld anzurechnen.

Das liegt wohl schon in unserem Rechtsgefühl und dürfte sich dadurch die Erscheinung erklären, daß die (wir möchten sagen: unwillkürliche) Berufung auf diese Vorschriften beziehungsweise auf die daraus entspringenden Pflichten in den Strafgesetzen so oft vorkommt.

Hierher gehören unter anderen:

Der zweite Deliktsfall des § 87 österr. St.G.: das Verbrechen der öffentlichen Gewalttätigkeit, begangen durch eine nach § 85 b qualifizierte Gefährdung des menschlichen Körpers oder Eigentums, die durch geflissentliche Außerachtlassung der bei dem Betriebe von Eisenbahnen oder von den im § 85 c bezeichneten Werken oder Unternehmungen obliegenden Verpflichtung herbeigeführt wurde;

§ 335 und § 431 österr. St.G.: Vergehen oder Übertretung gegen die Sicherheit des Lebens begangen durch Verletzung beziehungsweise Gefährdung von Leib oder Leben, obwohl der Täter vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften die Gefährlichkeit seiner Handlung einzusehen vermochte;

der besondere Fälle des § 335 normierende § 336 c) f) g); ferner die Strafdrohungen der §§ 345, 354, 365, 370, 372, 375, 386, 393, 399, 434, 435, 437, 438, 440, 459 österr. St.G. und ebenso § 145, § 316 Abs. 2, § 318 Abs. 2, § 327, § 328, § 361 Z. 6 u. a. m. des deutschen Strafgesetzes.

Ähnlicherweise spricht das französische Strafgesetz im Artikel 319 von Tötung infolge Nichtbeachtung von Vorschriften (per inobservation des règlements) und das italienische Strafgesetz erklärt in den §§ 311, 314, 323, 371 und 375 als strafbar die Gefährdung eventuell Verletzung des menschlichen Körpers oder Vermögens infolge Nichtbeachtung von Reglementen, Anordnungen oder Vorschriften (per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline).

Überhaupt gehören hieher alle — vielfach auch in den sogenannten strafrechtlichen Nebengesetzen enthaltenen — Strafdrohungen, welche nach dem Beispiele *Bindings* mit dem Namen „Blankettstrafgesetze“ (*Janka* Stfr. 4. Aufl. S. 30 spricht von „offenen Strafgesetzen“) bezeichnet zu werden pflegen.

Freilich sind die gedachten Strafdrohungen zum allergrößten Teile verfehlt gefaßt, einmal insofern, als sie die bewußte Übertretung der bezüglichen Vorschriften von der unbewußten nicht unterscheiden, sondern beide Fälle zumeist einfach zur Fahrlässigkeit zählen. Und sodann wird häufig nebst der Verletzung einer Vorschrift noch die Herbeiführung einer Gefahr (also offenbar der sog. konkreten Gefahr) gefordert, anstatt einfach als entscheidend zu erklären, daß die Vorschrift die Abwendung oder Herabminderung der Verletzungsgefahr

für Rechtsgüter bezweckt und daß dies dem Täter bekannt war. Die Ursache dieser Mängel liegt offenbar in der verfehlten Schuldformenlehre, die diesen Gesetzen zugrunde liegt und die auch die Quelle der zahlreichen, bei der Anwendung der gedachten Strafbestimmungen in der Praxis entstehenden Schwierigkeiten ist, wie sie namentlich in bezug auf das Verhältnis der Bestimmung des berüchtigten § 87 zu den §§ 335, 336 und 431 österr. St.G. so grell zutage getreten sind.

Schon oben ist gesagt worden, daß es nicht darauf ankommt, in welchem Teile der Rechtsordnung die verletzte Sicherheitsvorschrift sich vorfindet und daß sie namentlich auch in dem Strafgesetze selbst enthalten sein kann. Freilich sind eigentlich alle Bestimmungen des besonderen Teiles des Strafgesetzes auf Rechtsgüterschutz gerichtet; wir meinen hier aber naturgemäß nur diejenigen davon, welche nicht die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes überhaupt oder durch Übertretung eines in einem anderen Teile der Rechtsordnung aufgestellten Verbotes oder Gebotes unter Strafe stellen, sondern welche selbst erst spezielle Verbote oder Gebote bestimmter Handlungen, deren Vornahme beziehungsweise Unterlassung nach Umständen für Rechtsgüter gefährbringend werden könnte, aufstellen, wie z. B. zahlreiche Strafdrohungen des 8.—10. Hauptstückes des österr. Strafgesetzes, manche Fälle der §§ 366 und 367 d. St.G. u. a. m.

Belanglos ist, wie gesagt auch, ob es sich um eine allgemeine Vorschrift oder nur um eine spezielle, für einen bestimmten Fall gegebene Anordnung handelt, vorausgesetzt nur, daß sie formale Gültigkeit hat¹⁾.

Dasselbe aber, was hier von derartigen ausdrücklichen (allgemeinen und besonderen) Rechtsvorschriften gesagt wurde, gilt in jenen Fällen, für die solche nicht bestehen, auch von jenen unformalen Normen (wissenschaftlichen Erkenntnissen, gewerblichen Gewohnheiten, Sportregeln u. a. m.), denen wir oben subsidiäre Verbindlichkeit für diesen Fall zuerkannt haben. Auch hier genügt es zur bewußten Schuld, wenn dem Täter die verletzte Norm und ihre auf Bekämpfung der Gefahr gerichtete Bestimmung bekannt war.

1) Richtig ist daher die Kassationsentscheidung Slg. Nr. 945, wonach die Strafbarkeit der Unterlassung (der Beschuldigte hat verabsäumt, ungeachtet der Anordnung des Gemeindevorstehers, die über den Ortsbach in der Nähe seines Gasthauses führende Brücke mit einem Geländer zu versehen) nach §§ 335 und 337 St.G. dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß dem Beschuldigten die Verpflichtung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, durch eine im administrativen Wege erlassene, zwar rechtskräftige, aber materiell unbegründete Amtsverfügung, auferlegt worden ist. Ebenso halten wir die Kass.-Entsch. Slg. Nr. 1417, 2058, 2085 und 2159 für richtig, welche insgesamt die Verletzung von, sei es allgemeinen, sei es besonderen Sicherheitsverordnungen der Gemeindebehörden als genügende Grundlage für die Zurechnung des dadurch herbeigeführten Unfalles nach § 335 bzw. § 431 St.G. erklären.

Deswegen erblicken wir einen gesunden Kern in der Bestimmung des § 330 d. St.G., welcher die Zuwiderhandlung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst als Vergehen bestraft; als verfehlt betrachten wir aber:

1. daß dieser Paragraph bewußte und unbewußte Schuld nicht unterscheidet²⁾;

2. daß die Strafbarkeit von dem Umstande abhängig gemacht wird, ob hieraus für Andere Gefahr entstanden ist, während als entscheidend nach unserer Meinung nur zu erklären war, ob die verletzte Bauregel die Abwendung oder Herabminderung der Gefahr bezweckt;

3. daß in § 367 Nr. 13 und 14 lediglich als Übertretung unter mildere Strafe gestellt wird, wenn jemand die von der Baupolizei angeordneten Sicherheitsmaßregeln mißachtet, obgleich doch diese Fälle dem Falle des § 330 hinsichtlich der Strafbarkeit gleichgestellt werden sollten³⁾.

Wie man sieht, handelt es sich nur um sporadische Vorschriften des positiven Rechts, die ein einheitliches Prinzip vermissen lassen.

Wie aber, wenn der Täter die verletzte rechtliche oder sonstige Norm oder wenigstens ihren auf Bekämpfung der Gefahr gerichteten Charakter nicht kannte? Sind solche Fälle etwa einfach zu der unbewußten Schuld zu rechnen? Nach unserem Dafürhalten keineswegs. Denn diese Unkenntnis ist im Grunde genommen nichts anderes als ein außerstrafrechtlicher, unter Umständen sogar ein strafrechtlicher Rechtsirrtum, welcher nach der von uns oben (§ 12 ad V) vertretenen Anschauung den Täter zu entschuldigen nicht vermag. Andererseits ist aber bewußte Schuld ohne Wissen der Verletzungsmöglichkeit, mithin ohne Gefahrbewußtsein, schon begrifflich undenkbar. In solchen Fällen ist also, abgesehen von den bezüglichlichen Normen, zu prüfen, ob der Täter sich der Gefährlichkeit seiner Handlung bewußt war. Ist dies anzunehmen, so ist mit Rücksicht darauf, daß das Übernormale der Gefahr durch bindende Rechtsvorschrift beziehungsweise Norm festgestellt ist, dem Täter die bewußte Schuld zuzuschreiben. In dieser

2) Der dem § 330 d. St.G. wörtlich nachgebildete § 367 Abs. 1 des österr. Entwurfs vom J. 1891 betrifft nur wissentliche (vorsätzliche?) Handlungen, da das gleiche fahrlässige Tun im § 368 behandelt wird.

3) Erst den Fall des § 367 Nr. 15 d. St.G. (Bauführung ohne die vorgeschriebene polizeiliche Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane) ist m. E. ein nur die Aufrechthaltung der Ordnung bezweckendes Verbot (Polizeiübertretung), weil die Übertretung dieses Verbotes an und für sich, ohne gleichzeitige Verletzung der „allgemein anerkannten Regeln der Baukunst“, eine Gefahr für die körperliche Sicherheit noch nicht herbeiführen kann. Es würde uns hier zu weit führen, wenn wir dieser Spur weiter folgen wollten, obzwar uns eine innere Stimme sagt, daß sie zu der Erkenntnis des wahren Wesens der sog. Polizeidelikte führt.

letzteren Beziehung kann ihm eben seine Unkenntnis der Norm nichts nützen.

Und ähnlicherweise ist auch in denjenigen Fällen vorzugehen, in denen mangels einer Norm Durchschnittsurteile entscheidend sind. Es ist zunächst festzustellen, ob die herbeigeführte Gefahr zufolge des Durchschnittsurteils durch die Umstände, insbesondere mit Rücksicht auf den Zweck der Handlung, nicht entschuldbar (größer als adäquat) ist, und dann zu prüfen, ob der Täter sich dieser Gefahr auch bewußt war. Sind diese zwei Voraussetzungen vorhanden, so liegt bewußte Schuld vor. Die Unkenntnis des bezüglichlichen Durchschnittsurteils, mit anderen Worten, ein Irrtum betreffs der Angemessenheit der Gefahr, ist in dieser Beziehung ohne Belang.

Zusammenfassend sagen wir: Durch eine Handlung oder Unterlassung wird bewußte Schuld begründet,

1. wenn dem Täter bekannt war, daß er eine zur Abwendung oder Herabminderung der Gefahr einer Rechtsgüterverletzung erlassene Vorschrift verletze, oder

2. wenn dem Täter bekannt war, daß er fremde Rechtsgüter gefährde, falls die dem Täter bekannte Gefahr den Verhältnissen nicht angemessen (größer als adäquat) ist.

II. Die Grenze der bewussten und der unbewussten Schuld.

Wenn zu der bewußten Schuld wenigstens das Bewußtsein der Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges erfordert wird, ist es aufliegend, daß dort, wo dieses Bewußtsein aufhört, auch die bewußte Schuld endet und die unbewußte Schuld beginnt. Das Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolges ist aber ausgeschlossen:

1. wenn der Täter überhaupt keine Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges, d. h. der schädlichen Veränderung in der Außenwelt hatte, oder

2. wenn er sich diese Veränderung zwar vorgestellt hat, nicht aber als möglichen Erfolg seiner Handlung, mithin wenn er entweder die Vorstellung dieser Veränderung überhaupt in keinen antizipierten Kausalzusammenhang mit der Vorstellung seiner Handlung gebracht oder diesen Kausalzusammenhang als unmöglich ausgeschlossen hat. Um also das Bewußtsein der Möglichkeit des Eintretens des Erfolges und daher die bewußte Schuld auszuschließen, dazu genügt es noch nicht, daß der Täter etwa zu dem Urteile gelangte, der Erfolg werde nicht eintreten (*Liszt's* assertorisches Urteil) sondern er muß die Überzeugung gewonnen haben, daß der Erfolg nicht eintreten könne; denn nur das Bewußtsein der Unmöglichkeit ist der Gegensatz des Bewußtseins der Möglichkeit.

Wenn aber die verschiedenen Intensitätsgrade des Wissens der

Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges sich in ununterbrochen sinkender Reihe bis hinunter zu dem Nichtwissen einer solchen Möglichkeit des Erfolges hinziehen, so leuchtet es ein, daß die Übergänge unbestimmt, fließend, nebelhaft sein müssen, daß die gezogene Grenze in Wirklichkeit nicht besteht, sondern nur fiktiv ist. Dies hat *Thayrén* in seiner eingangs erwähnten, meines Erachtens bisher nicht nach Gebühr gewürdigten Schrift (II S. 2) treffend zum Ausdrucke gebracht:

„So ist auch die sogenannte Schwelle des Bewußtseins, bei welcher sich ein diskreter Unterschied zwischen den über und den unter derselben gelegenen psychischen Zuständen ergeben sollte, als eine von der Erfahrung nicht genügend gestützte Fiktion anzusehen. Mit anderen Worten: bei der Abnahme des Aktualitätsgrades gibt es keinen Nullpunkt, von welchem an ein dem „bewußten“ Gebiete qualitativ entgegengesetztes „Unbewußtes“ anfinde; zwischen Bewußtem und Unbewußtem ist eben derselbe Unterschied wie zwischen (den Empfindungen) weiß und schwarz, welcher sich nur dadurch als ein diskreter zeigt, daß man zwei entfernte Punkte der Reihe miteinander vergleicht und die kontinuierlichen Zwischenstadien außer acht läßt.“

Diese Flüssigkeit der Grenzen ist aber nichts Befremdendes, sie ist, wie schon oben (§ 12 ad II) bemerkt wurde, allen psychischen Vorgängen eigen, ja wir begegnen ihr auch bei anderen Erscheinungen des wirklichen Lebens sowie bei den zu deren Bezeichnung dienenden Begriffen, wie dies sehr zutreffend *Merkel* (S. 129) ausführt:

„Überaus viele Begriffe der Jurisprudenz, der Wissenschaft überhaupt und des gemeinen Lebens haben mit den hier erörterten etwas Fließendes gemeinsam, ohne deshalb bedeutungslos zu sein. Ihre Anwendungsgebiete sind nicht durch unübersteigliche Zäune gesondert, vielmehr finden stetige Übergänge im Gebiete benachbarter Begriffe statt, ohne daß die Einerleiheit der Nachbarn daraus zu folgern wäre. Wir unterscheiden Pflanzen und Tiere, Essen und Trinken, Stehen und Sitzen, Bäche und Flüsse, und zwar nach objektiven Merkmalen; gleichwohl ist es unter Umständen schwierig, zu bestimmen, ob das eine oder das andere vorliegt, und bezw. trägt diese Bestimmung bisweilen den Charakter des Willkürlichen an sich. Unsere theoretischen Abgrenzungen haben in dieser Hinsicht etwas von den Grenzen auf unseren Landkarten, deren lineare Bestimmtheit und Augenfälligkeit sich in der Natur nicht wiederholt.“

Nun fragt es sich, auf welchen Standpunkt gegenüber diesen flüssigen Begriffen des wirklichen (physischen und psychischen) Lebens sich die Rechtswissenschaft zu stellen habe. Es dürfte kaum möglich sein, diesen Standpunkt besser zu kennzeichnen als es *Liepmann* (S. 106 f.) getan hat:

„Überall handelt es sich in der Rechtswissenschaft darum, die fließenden Zusammenhänge der Wirklichkeit einem System fester, eine geordnete Rechtsanwendung ermöglichenden Grenzscheidungen unterzuordnen. Und wir sollten uns auch darüber einig sein, daß hierbei durchgängig eine gewisse Willkürlichkeit mit unterläuft und unvermeidbar ist, wollen wir nicht überhaupt auf eine im Interesse kontinuierlicher Entwicklung zu fordernde Rechtstechnik verzichten und das jedesmalige Dafürhalten der Richter zum alleinigen Maßstab für die Rechtspflege erheben. Es findet also bei der Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit das gleiche statt, wie bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuchs- und Vorbereitungshandlungen, bei Aufstellung bestimmter Altersgrenzen und Präklusivfristen. Es wäre durchaus kurzsichtig, die Aufhebung derartiger Scheidungen überhaupt zu fordern, weil sie schärfer trennen als das Leben, und daher dem Ideal individualisierender Gerechtigkeit gelegentlich zuwiderlaufen können.“

Die Flüssigkeit der Grenze zwischen Wissentlichkeit und Unwissentlichkeit könnte uns daher selbst dann nicht dazu vermögen, diese Begriffe als unbrauchbar wegzuwerfen, wenn uns hier nicht ein gewisses Korrektiv zu Gebote stünde. Nun besitzen wir aber erfreulicherweise ein solches tatsächlich für die Mehrzahl der fraglichen Fälle: es ist die inadäquate Gefahr. Denn, wie soeben dargetan wurde, muß die dem Täter bekannte Gefahr, d. h. die vorausgesehene Möglichkeit des Eintrittes des rechtswidrigen Erfolges, größer sein als adäquat, damit man ihm bewußte Schuld zur Last legen könne. Erreicht das Gefahrbewußtsein des Täters dieses Minimum nicht, so kann, selbst wenn die wirklich verursachte Gefahr sich als eine inadäquate darstellt, nicht bewußtes, sondern nur unbewußtes Verschulden angenommen werden. Es bildet daher die inadäquate Gefahr nicht nur eine objektive, sondern auch eine subjektive Grenze der bewußten Schuld. Dort aber, wo die erlaubte Gefahrgrenze durch eine Norm bestimmt und diese dem Täter bekannt ist, kommt es auf die Intensität seines Gefahrbewußtseins, wie gesagt, gar nicht an.

Und sollten Fälle denkbar sein, in denen uns unser Korrektiv im Stiche läßt, wird sich in der Praxis die nivellierende Wirkung der Beweisfrage einfinden, derenersprießlichkeit in dieser Funktion schon oben (§ 12 ad II) in bezug auf die Absicht hervorgehoben wurde.

Unbedeutende Quantitäten der Wissentlichkeit werden naturgemäß entweder ganz beweislos oder wenigstens ohne solche Beweise bleiben, die eine genügende Grundlage für die richterliche Überzeugung von der bewußten Schuld bilden könnten. Die Folge davon wird sein, daß auch hier solche „quantités négligeables“ von selbst der nächsten niedrigeren Schuldstufe, somit der unbewußten Schuld, zufallen werden.

Außerdem wird die entsprechende Behandlung derartiger Übergangsfälle dem Richter nicht wenig dadurch erleichtert sein, daß infolge der Dreiteilung der Schuldformen deren Strafraumen nähergerückt, ja so geregelt werden können, um ineinander zu übergreifen.

III. Die unbewusste Schuld.

Wenn wir sagen, daß das Wesen der unbewußten Schuld in dem Nichtwissen (der Nichtvoraussicht) des Verletzungserfolges liege, ist dadurch nur die obere Grenze der unbewußten Schuld gegenüber der bewußten Schuld, nicht aber ihre untere Grenze gegenüber dem Zufalle gezogen. Denn es ist aufliegend, daß dieses negative Kennzeichen, d. h. die Nichtvoraussicht des schädigenden Erfolges, auch der zufälligen, also schuldlosen Herbeiführung eines solchen Erfolges eigen ist.

Es gilt nun vor allem, die Grenzen des unbewußt schuldhaften und des schuldlosen Handelns zu bestimmen. Eine solche Grenze ergibt sich für uns schon aus dem oben formulierten Begriffe der normalen und der adäquaten Gefahr. Denn, wie schon oben gesagt wurde, wird durch diesen Begriff die objektive Grenze zwischen Recht und Unrecht, zwischen Schuld und Schuldlosigkeit gezogen. Eine normal oder adäquat gefährliche Handlung ist strafrechtlich farblos; sie kann weder für die bewußte, noch auch für die unbewußte Schuld eine geeignete Grundlage bilden, mit anderen Worten, die übernormale beziehungsweise die überadäquate Gefahr ist sowohl für die bewußte als auch für die unbewußte Schuld eine objektive (für die bewußte Schuld nebstdem auch eine subjektive) Voraussetzung.

Doch selbst wenn sich die abnormale oder inadäquate Gefährlichkeit der Handlung in objektiver Beziehung mit der Nichtvoraussicht des Erfolgs in subjektiver Richtung zusammenfindet, reicht dies zur Begründung der unbewußten Schuld und somit auch zu deren Abgrenzung vom Zufalle noch nicht hin. Die herrschende Meinung stellt für die Annahme der Fahrlässigkeit bei Nichtvoraussicht des Erfolges die folgenden zwei Voraussetzungen auf:

1. daß der Täter den Erfolg hätte voraussehen sollen und
2. daß er ihn hätte voraussehen können.

ad. 1. Die erstere Voraussetzung hat, wie im Wesen anerkannt wird, einen objektiven Charakter und besteht darin, daß der Täter die den Umständen nach erforderliche Vorsicht verabsäumt hat. In dieser Beziehung ist Theorie und Praxis einig, obwohl der gedachte Maßstab hier und da in einer (mehr der Form als dem Wesen nach) abweichenden Weise zum Ausdrucke gebracht wird.

So spricht *H. Meyer* (S. 222) von „dem den Umständen nach zu verlangenden Mindestmaß der Sorgfalt“, *Liszt* (S. 162) von „der durch die Rechtsordnung gebotenen und nach Lage der Umstände erforderlichen Sorgfalt“, *Liepmann* (S. 141 f.) und *M. E. Mayer* (S. 118) — nach dem Muster des neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs — von „der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“, die Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes vom 15. Februar 1882 (E. 6 S. 41) von „der nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt und Umsicht“.

Auf dieses Erfordernis werden wir noch zurückkommen.

ad. 2. Doch der Mangel an der gebührenden Sorgfalt ist nach der herrschenden Meinung zur Annahme der Fahrlässigkeit noch nicht genügend, sondern es ist, wie gesagt, nebstdem erforderlich, daß dem Handelnden möglich war, den Erfolg vorauszusehen. Dieser Maßstab ist ein subjektiver, individueller. Denn bei Beurteilung dieser Frage sind die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden überhaupt und im Augenblicke des Handelns (Aufgeregtheit, Angetrunkenheit), ist sein größerer oder geringerer Scharfblick, seine geistige Potenz zugrunde zu legen⁴⁾.

Wir können in bezug auf diesen zweiten Maßstab der herrschenden Meinung nicht beipflichten. Denn wenn die Rechtsordnung ein bestimmtes, nach den Umständen erforderliches Maß von Sorgfalt von jedermann, der in diese Umstände eintritt, verlangt (die unter Z. 1 bezeichnete Voraussetzung), ist nicht einzusehen, weshalb noch die Individualität des Einzelnen zu berücksichtigen und zu prüfen wäre, ob er vermöge dieser imstande war, die Gefahr zu erkennen, den Erfolg vorherzusehen. Wir gehen dabei doch von einer doppelten Voraussetzung aus, nämlich:

- a) daß der Handelnde den Erfolg nicht voraussah, und
- b) daß er die erforderliche Sorgfalt außer acht ließ.

Ob diese Außerachtlassung der Sorgfalt der Grund jener Nichtvoraussicht ist, mit anderen Worten, ob der Handelnde bei gebührender Sorgfalt den Erfolg vorausgesehen hätte oder ihn hätte voraussehen können, das scheint uns für die Beurteilung seiner Schuld gleichgültig zu sein.

4) So namentlich *Liszt* (S. 162, 163). Dieser subjektive Standpunkt wird im Wesen geteilt von *Behker* I, 329 f., *H. Meyer* 217 f., *Lammasch* 16 f., *Bruck* 68 f. und offenbar auch von dem schweizerischen Kommissionsentwurf Art. 14 „Fahrlässig handelt, wer eine als Verbrechen bedrohte Tat aus Mangel an der Vorsicht begeht, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war. Anders Art. 43 des russischen Entwurfs vom J. 1881, welcher ebenso wie Art. 40 des revidierten Entwurfs der Redaktionskommission die bezeichneten Maßstäbe alternativ nebeneinander setzt: „voraussehen konnte oder sollte“; vgl. oben S. 99.

Der Kutscher, der auf einem frequenten Kreuzpunkte großstädtischer Gassen zu rasch fährt und jemanden überfährt oder einen Zusammenstoß mit der elektrischen Bahn herbeiführt, hat die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und trägt somit Schuld an dem verursachten Unfälle. Hat er die Möglichkeit des Unfalls vorausgesehen, legen wir ihm bewußte Schuld zur Last, im gegenteiligen Falle — man denke an einen beschränkten Knecht vom Lande, der zum erstenmal in der Hauptstadt ist — unbewußte Schuld. Ob er derart beschränkt ist, daß er das Gefährliche einer zu schnellen Fahrt nicht einzusehen vermag, ist uns höchst gleichgültig. Entweder verlangen wir, daß jedermann unter den bezeichneten Umständen langsam fahre (objektive Maßstab Nr. 1) und dann ist die Individualität des Handelnden belanglos; oder wir fordern, daß nur derjenige langsam fahre, der wenigstens soviel Intelligenz besitzt, um die aus der übermäßig schnellen Fahrt resultierende Gefahr einzusehen (subjektiver Maßstab Nr. 2) und dann kann offenbar nicht zugleich der objektive Maßstab Nr. 1 gelten. Es scheint uns daher, daß der subjektive unter Z. 2 bezeichnete Maßstab (die individuelle Möglichkeit der Voraussicht Erfolges) mit dem objektiven unter Z. 1 erwähnten Maßstabe (die den Umständen nach erforderliche Sorgfalt) nicht oder wenigstens nicht immer logisch recht vereinbar ist⁵⁾ und daß, wenn als Voraussetzung der Fahrlässigkeit auch die Möglichkeit der Voraussicht des Erfolges seitens des Handelnden bezeichnet wird, dies vielleicht dadurch zu erklären ist, daß diese Schuldform nach der herrschenden Doktrin auch ein Stück von dem umfaßt, was wir bewußte Schuld nennen.

Daß der gedachte subjektive Maßstab den Anforderungen eines intensiven Rechtsgüterschutzes als Zweckes auch der die Fahrlässigkeit unter Strafe stellenden Normen nicht zu entsprechen vermag, ist klar. Das führt uns dazu, nur jenes erste Erfordernis, d. h. die Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, als weiteres Requisite der unbewußten Schuld zu erklären und diesen Maßstab in völlig objektivem Sinne aufzufassen: wer nicht dasjenige minimale Maß von Vorsicht beobachtet hat, das jeder unter denselben Umständen anzuwenden verpflichtet ist, dem fällt unbewußte Schuld zur Last⁶⁾. Dadurch wird

5) Daß trotzdem beide Maßstäbe ganz allgemein kumuliert werden und daß der erstere ausdrücklich als objektiv, der letztere als subjektiv bezeichnet wird, darüber vgl. *Liszt* S. 162.

6) Wir stehen hier also auf dem von *Bar* in *Grünhuts* Z. 4. Bd. S. 21 f. und von *Liepmann* S. 141 f. vertretenen Standpunkte. Es wäre von Interesse, dem Ursprunge jener zweiten subjektiven Voraussetzung (daß der Täter den Erfolg vorhersehen konnte) nachzugehen, namentlich in der Richtung, ob sie bereits in den römischen Quellen vorkommt. Soviel uns bekannt, wird sie bereits in der bekannten

aber selbstredend keineswegs ausgeschlossen, dieses Mindestmaß von Sorgfalt für gewisse Personenkreise höher zu stellen; der Maßstab bleibt nichtsdestoweniger ein objektiver, d. h. bestimmt für jedermann, der dem betreffenden Kreise angehört.

Die Richtigkeit der vertretenen Anschauung tritt deutlicher zutage, wenn man die Art und Weise, wie das gedachte Sorgfaltsminimum bestimmt wird, in Betracht zieht. Als erste tritt uns auch hier wieder die Rechtsordnung entgegen. Dort, wo die Rechtsordnung selbst für gewisse Verhältnisse bestimmte Handlungen oder Unterlassungen zwecks Abwendung oder Verminderung der Gefahr gebietet oder verbietet, wird dadurch zugleich auch das Mindestmaß von Sorgfalt bestimmt, welches jedem obliegt, der in diese Verhältnisse eintritt. Nur derjenige, welcher diese Handlungen auftragsgemäß vornimmt beziehungsweise unterläßt, handelt mit der erforderlichen Umsicht⁷⁾.

Hierher gehört die ganze Reihe von Geboten und Verboten, mittelst welcher, wie wir oben gesehen haben, die Rechtsordnung bestrebt ist, die aus der unumgänglichen Anwendung von gefährlichen Stoffen (Giften, Sprengmitteln u. ä.), oder aus dem Betriebe gewisser ebensolcher Unternehmungen (Eisenbahnen, Bergbau u. a. m.) dem Körper und Vermögen von Menschen drohenden Unfälle möglichst abzuwenden. Die Übertretung dieser und ähnlicher Vorschriften begründet, wie gesagt, bewußte Schuld, wenn der Täter entweder:

1. die außer acht gelassene Vorschrift kannte und zugleich wußte, daß sie die Eindämmung der Gefahr für Rechtsgüter bezweckt, oder
2. die Vorschrift oder den gedachten Charakter derselben zwar nicht kannte, sich jedoch der Gefährlichkeit seiner Handlung (Unterlassung) bewußt war.

Daraus folgt, daß von unbewußter Schuld nur dann die Rede sein kann, wenn der Täter entweder:

1. die verletzte Vorschrift zwar kannte, ihre die Sicherheit fördernde Bestimmung aber nicht kannte und sich zugleich auch der Gefährlichkeit seiner Handlung nicht bewußt war, oder
2. weder die Vorschrift noch die Gefährlichkeit seiner Handlung kannte.

Wie man sieht, kann die Nichtkenntnis der außer acht gelassenen

Nettelbladt-Glaentzer'schen Dissertation aus dem J. 1756 (§ 21) aufgestellt: „Non scire, quae scire debemus et possumus, culpa est“.

7) Es liegt somit ein gesunder Kern in der Bestimmung des § 238 österr. St. G. „Schon die gegen ein Verbot vollbrachte Handlung oder gegen ein Gebot geschehene Unterlassung ist, insoferne sie durch dieses Gesetz dafür erklärt wird, ein Vergehen oder eine Übertretung, obgleich weder eine böse Absicht dabei mit unterlaufen, noch Schaden oder Nachteil daraus erfolgt ist“.

Vorschrift oder ihrer gedachten Intention nicht exkulpieren; im Gegenteil gerade die Unkenntnis der einen oder anderen bildet die Grundlage der unbewußten Schuld. Belanglos ist, ob der Handelnde nach seiner Individualität die betreffende Vorschrift und ihre Tragweite kennen und erfassen konnte. Denn die Rechtsordnung verlangt von jedermann, der in ein gewisses Verhältnis tritt, daß er sich eine genügende Kenntnis der bezüglichen Vorschriften aneigne. Wer dies unterläßt, muß die Folgen tragen, mag der Grund dieser Unterlassung Gleichgültigkeit oder Beschränktheit sein. Und will man sein Verschulden nicht in der Unkenntnis der Vorschriften erblicken, so liegt es zweifellos darin, daß er ungeachtet dieser Unkenntnis in ein die Kenntnis derselben heischendes Verhältnis eintritt.

Die Strafe ist hier ein gesunder Antrieb sowohl für den Schuldigen als auch für andere, die sich in dem gleichen Verhältnisse befinden oder in dasselbe treten, sich mit den bezüglichen Vorschriften bekannt zu machen, insofern sie dazu überhaupt fähig sind, für die dazu Unfähigen aber ein eindringliches consilium abeundi beziehungsweise eine ernste Mahnung lieber nicht einzutreten. Wer nicht imstande ist, die Bedeutung und Tragweite der für die Erzeugung von Sprengstoffen geltenden Sicherheitsvorschriften zu erfassen, taugt offenbar nicht zur Leitung einer Dynamitfabrik. Wie es beispielsweise dort, wo für die Eignung der Schüler ein bestimmtes Maß von Kenntnissen vorgeschrieben ist, untunlich erscheint, das größere oder geringere Auffassungsvermögen der einzelnen Schüler zu berücksichtigen, und an die Fähigeren größere, an die minder Fähigen kleinere Ansprüche zu stellen, weil dadurch jener objektive Maßstab ad absurdum geführt wäre, gerade so verhält es sich mit unserer Frage. Wenn die Rechtsordnung ein bestimmtes objektives Maß von Umsicht vorschreibt, ist damit jede Rücksicht auf die Individualität des Handelnden ausgeschlossen.

Jeder andere Standpunkt wäre ein Privilegium für die Begriffsstutzigkeit und Denkfaulheit, mithin ein Privilegium, das, überall bedenklich, am bedenklichsten wohl dort wäre, wo es gilt, den zum Schutze von Rechtsgütern erlassenen Vorschriften Wirksamkeit zu sichern.

Insoweit keine ausdrücklichen Vorschriften der Rechtsordnung bestehen, treten an deren Stelle ganz so, wie wir es oben gesehen haben, jene unformalen Normen (gewerbliche Gewohnheiten, wissenschaftliche Regeln u. ä.), eventuell die für einzelne Fälle gefundenen Durchschnittsurteile, in letzter Reihe aber das ähnliche Fälle möglichst berücksichtigende richterliche Ermessen. Auch für diese Durchschnittsurteile werden naturgemäß die oben beim Suchen der Grenze der erlaubten Gefahr bezeichneten Momente maßgebend sein. Je höher

der Wert des gefährdeten Rechtsgutes, je größer der Umfang der drohenden Verletzung und allenfalls je antisozialer der Zweck der Handlung, um so größere Vorsicht werden wir von denjenigen beanspruchen, der unter gewissen Umständen, in bestimmter Stellung handelt. Seine Individualität fällt in dieser Beziehung nicht ins Gewicht.

Daraus ergibt sich aber, daß eben dieselben Normen, welche, wie wir oben gesehen haben, die Grenze der erlaubten Gefahr bestimmen, zugleich das Maß der angemessenen Sorgfalt regeln. Daher läßt sich ebenso, wie wir die das erlaubte Maß nicht übersteigende Gefahr als normal beziehungsweise als adäquat benannt haben, die das erforderliche Mindestmaß erreichende Sorgfalt als eine normale (vorgeschriebene) beziehungsweise als eine adäquate (den Umständen angemessene) bezeichnen.

Hiernach setzt die unbewußte Schuld voraus:

1. die Unwissenheit (d. h. den Mangel des Bewußtseins der Möglichkeit) des Erfolges.
 2. die übernormale oder überadäquate Gefährlichkeit der Handlung.
 3. die Außerachtlassung der normalen oder adäquaten Sorgfalt.
- Indem wir nichts dagegen haben, daß für die unbewußte Schuld die hergebrachte Bezeichnung „Fahrlässigkeit“ beibehalten werde, gelangen wir zu der These:

Fahrlässig (unbewußt schuldhaft) handelt, wer unbewußt durch Außerachtlassung der normalen oder adäquaten Sorgfalt eine übernormale oder überadäquate Gefahr einer Rechtsgüterverletzung herbeiführt.

Mit Rücksicht darauf aber, daß in der Übertretung von die Eindämmung der Gefahr für Rechtsgüter bezweckenden Vorschriften sowohl die Außerachtlassung der normalen Vorsicht als auch eine übernormale Gefährdung eo ipso enthalten sind, ergibt sich nachstehende Modifikation der gewonnenen These:

Fahrlässig (unbewußt schuldhaft) handelt:

1. wer etwas tut oder unterläßt, wodurch er unbewußt eine zur Abwendung oder Verminderung der Gefahr einer Rechtsgüterverletzung erlassene Vorschrift verletzt, oder
2. wer unbewußt durch Außerachtlassung der den Verhältnissen angemessenen Sorgfalt eine größere als den Verhältnissen angemessene Gefahr herbeiführt.

IV. Die Absicht.

Was den Absichtsbegriff anbelangt, haben wir zu unseren obigen bezüglichen Ausführungen (§ 12 ad II) wenig hinzuzufügen. Das Wesen dieser Schuldform liegt, wie gesagt, darin, daß der rechtswidrige

Erfolg, also die Verletzung fremder Rechtsgüter, bezweckt wurde. Dieser Zweck steht, wie wir gesehen haben, an der untersten Stelle der Sozialmäßigkeitsskala, er ist der antisozialste, so daß auch schon ein geringes Maß der Gefährdung hier über dem Normalpunkte steht und mithin eine genügende Grundlage der Schuld bildet.

Doch dieser Schluß ist einer Überprüfung bedürftig mit Rücksicht auf den oben entwickelten Begriff der normalen und adäquaten Gefahr. Es handelt sich zuvörderst um solche Fälle, für welche das Maß der erlaubten Gefahr durch gewisse Normen festgesetzt ist. Da wirft sich nämlich die Frage auf: Kann eine die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges bezweckende Handlung auch dann dem Täter als absichtlich angerechnet werden, wenn die bewirkte Gefahr keine übernormale ist?

Der Bahnbeamte, welcher den zweiten Zug in dem kleinsten erlaubten Intervall hinter dem ersten Zuge abläßt in der Absicht, seinen im Zuge befindlichen Todfeind bei einem eventuellen Zusammenstoße ums Leben zu bringen; der Arzt, der eine gefährliche, jedoch indizierte Operation vollkommen *lege artis* an seinem Verwandten, den er beerben soll, in Tötungsabsicht vornimmt; die Mutter, welche ihr uneheliches Kind in eine gefährliche, aber auch für Jugendliche nicht verbotene Fabriksarbeit verdingt, in der Absicht, seiner los zu werden; sind alle diese, wenn ihr Vorhaben gelingt, des Mordes schuldig?

Zweifellos wurde hier die Absicht betätigt, wie wir jedoch glauben, nicht in genügendem Maße. Eine nach den geltenden Anschauungen normal gefährliche Handlung kann keine zureichende Betätigung der verbrecherischen Absicht bilden.

Nur wenn der Täter von dem Normale irgendwie abgewichen wäre, z. B. wenn der Beamte den zweiten Zug etwas früher, als es erlaubt ist, nach dem ersten abgelassen, wenn der Arzt die Operation gegen die Indikation vorgenommen oder sie regelwidrig durchgeführt, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind in eine für Jugendliche verbotene Arbeit (etwa mit Einverständnis oder Irreführung des Arbeitgebers) verdungen hätte, könnte ihnen eine absichtliche Tötung zur Last gelegt werden. Solange aber eine solche Abweichung nicht vorgekommen ist, kann die Handlung nicht als genügende Äußerung des verbrecherischen Vorhabens betrachtet werden⁸⁾.

8) Es ist wohl selbstverständlich, daß bei abnormalen Verhältnissen, z. B. wenn dem Bahnbeamten bekannt ist, daß der erste Zug entgleist ist, er den zweiten Zug in der für normale Verhältnisse vorgeschriebenen Zeit nicht ablassen darf, selbst wenn die Vorschriften für einen solchen Fall keine besondere Bestimmung enthalten würden; tut er es doch in der Absicht einen Unfall herbeizuführen, wird ihm dieser mit vollem Rechte zur Absicht zugerechnet. Denn da wird die normale

Freilich ist hier zu dem Begehren nach einer Veränderung in der Außenwelt ein Willensakt hinzugetreten, eine Innervation der Bewegungsnerven, eine Handlung, wodurch die Veränderung bewirkt werden soll, mithin eben jenes Element, durch das nach dem oben (§ 12 ad II) Gesagten die Absicht von einem bloßen Wunsche sich unterscheidet. Doch der Umstand, daß diese Handlung nicht jene objektive Grenze überschritten hat, die das strafbare Unrecht vom Rechte oder, wenn man will, auch vom straflosen Unrechte scheidet, benimmt der Handlung jene antisoziale Färbung, jene Kraft, vermöge welcher das Begehren des Erfolges sich zur Absicht steigert. Mit anderen Worten: Das durch eine normal gefährliche Handlung betätigte Begehren eines rechtswidrigen Erfolges bleibt vom Gesichtspunkte des Strafrechts ein bloßer Wunsch, nur die abnormale Gefährdung eines Rechtsgutes ist als eine genügende Betätigung der Absicht anzusehen⁹⁾.

Der gegenteilige Standpunkt ist auch aus praktischen Gründen kaum haltbar. Wir müßten ja dann bei jedem Unfälle prüfen, ob unter den zahlreichen normal gefährlichen Handlungen, durch deren Mitwirkung der Unfall entstanden ist, die eine oder die andere nicht etwa in der eben auf Herbeiführung des Unfalls gerichteten Absicht gesetzt wurde, also beispielsweise ob nicht vielleicht mit einer solchen Absicht bei einem Zusammenstoße zweier Eisenbahnzüge der Beamte gehandelt hat, der den zweiten Zug in normaler Zeit nach dem ersten expedierte, oder der Lokomotivführer des zweiten Zuges, der mit normaler Geschwindigkeit fuhr, oder der Lokomotivführer des ersten Zuges, der, nach dem Signal sich richtend, den Zug auf der Strecke zum Stehen gebracht und auch sonst sich vorschriftsgemäß benommen hat.

Und nicht allein das; sondern auch wenn der beabsichtigte Unfall nicht erfolgte, also wenn es zu einem Zusammenstoße nicht kam, oder wenn in jenen anderen Fällen die Operation gelungen, das Kind unversehrt geblieben ist; müßten wir den Bahnbeamten, den Operateur und die uneheliche Mutter folgerichtig des Mordversuchs schuldig sprechen, und zwar nicht etwa nur vom Standpunkte der subjektiven, sondern auch vom Gesichtspunkte der objektiven Versuchstheorie, weil mit der Ausführung zweifellos begonnen wurde, beziehungsweise die Gefahr tatsächlich eingetreten ist. Das Absurde dieser Konse-

Gefahr infolge besonderer Umstände zu einer abnormalen und muß von den eben nur für normale Verhältnisse erlassenen Vorschriften abstrahiert werden.

9) Anderer Meinung offenbar *Merkel* 159 f. und *Bar* 15 f.; dagegen *Thyren* I, 127 f. Diese Frage wird meistens mit der Kausalität in Zusammenhang gebracht; vgl. auch *Storch* im *Sborník věd právnické a státní* I, 37.

quenzen ist wohl der beste Beweis für die Unhaltbarkeit des ihnen zugrunde liegenden Prinzips.

Hierher gehört offenbar auch das bekannte Beispiel, wonach jemand einen anderen während des Gewitters spazieren führt zu dem Zwecke, damit dieser durch den Blitz getötet werde, und diesen Zweck tatsächlich erreicht. Nach der Ansicht *Bars* (S. 15) ist der Täter kein Mörder, außer wenn er jenen an eine besonders gefährliche Stelle geführt hat; *Geyer* (Krit. Vierteljahresschrift XVII 14. Bd. S. 172) meint, daß er in jedem Falle ein Mörder ist, und nach *Böhlau* (G. A. 13. Bd. S. 472) ist er in keinem Falle ein Mörder.

Beizupflichten ist der Meinung *Bars*. Freilich ist im gegebenen Falle das Maß der erlaubten Gefahr durch keine Norm bestimmt. Entscheidend ist daher das Durchschnittsurteil. Seinem Zwecke nach steht die Handlung auf der untersten Stufe der Sozialmäßigkeit. Daher wird auch eine geringe Gefährdung inadäquat erscheinen. Doch ist nicht zu übersehen, daß die Gefahr, vom Blitze erschlagen zu werden, in der Regel überall gleich ist, auf dem Spaziergange kaum größer als zu Hause. Es kann sonach von einer Erhöhung der Gefahr durch die Handlung nur dann die Rede sein, wenn der Unterschied der größeren Gefahr an dem Orte, wohin das Opfer geführt wurde, und jener allgemeinen Gefahr ein solcher ist, daß hier vom Standpunkte der Wissenschaft und der Erfahrung eine abnormal grosse Gefahr anzunehmen ist. Ist dies der Fall, so ist wahrlich nicht einzusehen, warum derjenige nicht wegen Mordes verurteilt werden sollte, der in der Absicht, jemanden ums Leben zu bringen (z. B. um ihn zu beerben), ihn während eines Gewitters an einen hohen, auf einer Anhöhe allein stehenden Baum oder an den Blitzableiter anbindet, so daß der in den Baum oder den Blitzableiter einschlagende Blitz auch den Angebondenen tötet.

Da sich nun nach den oben entwickelten Grundsätzen das Maß der erlaubten Gefahr, falls es nicht durch Normen festgestellt ist, mittelst der Durchschnittsurteile nach den Umständen, insbesondere nach der sozialen Bewertung des Handlungszweckes, bestimmt, so kann es vorkommen, daß wir zur Strafbarkeit der Absicht eine Gefahrsstufe als genügend betrachten werden, die uns bei bloßer bewußter Schuld unter Umständen noch als adäquat erscheinen wird, während dort, wo das gestattete Höchstmaß der Gefahr durch Normen bestimmt ist, es für Absicht und bewußte Schuld gleich ist.

Wenn wir dies festhalten, können wir im allgemeinen sagen:

Nur eine übernormal oder überadäquat gefährliche Handlung ist eine strafrechtlich zureichende Betätigung der Absicht.

§ 15.

Das Wissen der Tatbestandsmerkmale.

Diese Frage, die der Doktrin, wie wir oben (§ 9) gesehen haben, soviel Schwierigkeiten bereitet, löst sich nach unserer Theorie sozusagen von sich selbst. Es handelt sich ja hier um denselben psychischen Akt, der die Grundlage der bewußten Schuld, also unserer Grundform der Strafschuld bildet, nämlich um das Wissen. Schon das bietet Gewähr dafür, daß es nicht zu einer Duplizität innerhalb einer und derselben Schuldform kommen kann, wie sie durch die Frage des Wissens der Tatbestandsmerkmale in den Vorsatzbegriff der herrschenden Doktrin hineingetragen wird.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Kenntnis derjenigen Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, eine notwendige Bedingung der bewußten Schuld ist. Ist ja nur ein solcher Erfolg rechtswidrig, in welchem sämtliche Verbrechenmerkmale zur Verwirklichung gelangt sind, woraus sich klar ergibt, daß, wenn das Bewußtsein den rechtswidrigen Erfolg umfassen soll, es sich auch auf alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale beziehen muß. Ist auch nur ein einziges von diesen Merkmalen dem Täter unbekannt, kann von bewußter Schuld nicht die Rede sein.

Das führt aber zu der weiteren Konsequenz, daß auch die Intensität des Wissens der einzelnen Verbrechenmerkmale auf den Grad des Gesamtwissens des Täters, also auch auf die Intensität der Voraussetzung des rechtswidrigen Erfolges von Einfluß sein, muß. Wenn ich noch so bestimmt weiß, daß ich den vor mir stehenden Gegenstand jetzt mit meinem Schusse durchbohren werde, mir aber dessen nicht sicher bin, daß es ein Mensch sei, sondern wenn ich es nur für möglich halte, habe ich auch nicht das Bewußtsein der Gewißheit des Eintrittes einer Körperverletzung, sondern nur das Bewußtsein der Möglichkeit dieses Eintrittes.

Diese enge Verknüpfung, diese Verschmelzung des rechtswidrigen Erfolges mit den Tatbestandsmerkmalen hat noch eine weitere Konsequenz. Denn wenn der Erfolg, falls er rechtswidrig sein soll, aus einer abnormalen oder inadäquaten Gefahr hervorgegangen sein muß, wie wir behaupten, dann ist dieses Prinzip auch auf die in dem rechtswidrigen Erfolge sich verkörpernden Tatbestandsmerkmale zu beziehen. Nicht jede, selbst ganz geringfügige, sondern nur eine übernormal oder überadäquate Möglichkeit des Vorliegens eines Tatbestandsmerkmals fällt ins Gewicht.

Dort, wo diese Grenze durch Normen bestimmt ist, sind diese auch hier maßgebend. Deswegen werden wir z. B. eine Prostituierte, welche

die betreffs der ärztlichen Untersuchung gegebenen Vorschriften beobachtet hat, der Übertretung nach § 5 Z. 3 des Gesetzes vom 24. Mai 1885 Nr. 89 R. G. Bl. (Betreiben des unzüchtigen Gewerbes trotz des Bewußtseins, mit einer venerischen Krankheit behaftet zu sein) nicht schuldig sprechen, wenn auch gewisse Symptome in ihr Zweifel über die Richtigkeit des ärztlichen Befundes aufkommen ließen.

Liegen solche Normen nicht vor, dann ermöglicht das Erfordernis der inadäquaten Gefahr (Möglichkeit) die in manchen Fällen geradezu unentbehrliche Individualisierung und gibt uns dadurch den Schlüssel zur Lösung von sonst vielleicht unlösbaren Fällen.

Wie gesagt, entscheidet hier das Durchschnittsurteil darüber, ob die Möglichkeit (Gefahr) den Umständen, namentlich dem Handlungszwecke angemessen ist. Wenden wir diesen Schlüssel z. B. auf den Fall an, wenn jemand einen anderen einer Straftat beschuldigt, obwohl er sich der Möglichkeit bewußt ist, daß der Beschuldigte unschuldig ist. Wie anders werden wir einen und denselben Grad dieses Möglichkeitsbewußtseins beurteilen, wenn die Beschuldigung aus Rache erfolgte, anders wenn sie von jemanden vorgebracht wurde, der selbst unschuldig unter Anklage wegen ebenderselben Tat vor Gericht steht, und noch anders, wenn die Beschuldigung von einer solchen Person erhoben worden ist, welche hierzu vermöge ihres Amtes berufen erscheint. Je sozialer der Zweck, um so höher rückt auch die erlaubte Grenze des Bewußtseins von der Möglichkeit der Schuldlosigkeit des Beschuldigten. Dieser Zweck kann auch in dem Grade sozial sein, daß wir die Beschuldigung nur dann als rechtswidrig betrachten werden, wenn auf Seite des Beschuldigers das Bewußtsein der Gewißheit bestand, daß die Anschuldigung falsch sei. Ein solcher Grad der Sozialmäßigkeit des Zweckes wird zweifellos in dem letzterwähnten Falle vorliegen, wenn nämlich die Beschuldigung gegen den Verdächtigen von einem hierzu berufenen Beamten erhoben wurde.

Doch die richtige Beurteilung derartiger Fälle ist gewiß von einer so eminenten Staatswichtigkeit, daß man sie nicht einem Durchschnittsurteile, eventuell dem richterlichen Ermessen, welche beide doch mehr oder weniger ungewiß, unberechenbar sind, überlassen kann. Hier muß durch klare gesetzliche Bestimmung jeder Zweifel ausgeschlossen werden. Dazu brauchen wir selbstredend einen geeigneten Ausdruck. Daß das „Wissen“ dafür nicht taugt, ist auf liegend, da es eben auch das Bewußtsein der Möglichkeit umfaßt. Das gesuchte Wort muß aber zum Ausdruck bringen, daß das Bewußtsein der Gewißheit erforderlich ist und daß das Wissen der bloßen Möglichkeit nicht genügt. Selbstredend handelt es sich hier bloß um eine subjektive Gewißheit, die nicht nur auf Autopsie, sondern auch auf andere Erkenntnisquellen sich gründen kann, wenn nur

diese in den Augen des Handelnden so verläßlich sind, daß jeder Zweifel bei ihm ausgeschlossen ist. Wir meinen, daß sich der Ausdruck „Überzeugung“ empfehlen würde; denn wer überzeugt ist, der zweifelt nicht, und wer noch zweifelt, der ist eben noch nicht überzeugt. Selbstverständlich haben wir hier eine eben auf Grund von positiven Erkenntnisquellen gewonnene Überzeugung vor Augen, nicht jene oft durch nichts begründete innere Stimme (conviction intime), die uns sagt, daß jemand schuldig oder unschuldig sei.

Vielleicht wären auch die Ausdrücke „sicher wissen“, „bestimmt wissen“, „sich sicher sein“ u. ä. anwendbar. Überhaupt wären wir in dieser Beziehung zu jedem Kompromiß bereit, denn es handelt sich nur um eine terminologische Frage, nämlich darum, zur Bezeichnung jenes höheren Grades der bewußten Schuld einen passenden Ausdruck zu finden, mit dem der Gesetzgeber operieren könnte, ohne befürchten zu müssen, daß dies wieder zu Kontroversen führen wird, wie solche durch derartige in dem geltenden Strafgesetze des deutschen Reichs vorkommende Ausdrücke heraufbeschworen wurden, die allgemeine Vorschrift des § 59 und den § 344, sowie diejenigen Paragraphen, welche sich der Wendung „wider besseres Wissen“ bedienen, nicht ausgenommen.

Wir müssen hier noch jene Straftaten kurz besprechen, zu deren Tatbestand der Eintritt eines rechtswidrigen Erfolges nicht erforderlich sein soll, sondern welche sich — so sagt man — in der Handlung selbst vollziehen. Als besonders markante Fälle solcher Art werden angeführt: Notzucht, Meineid, Beleidigung¹⁾.

Die Meinung, daß ein rechtswidriger Erfolg zum Tatbestande dieser Delikte nicht gehört, betrachten wir als unrichtig. Sie scheint uns hauptsächlich dadurch hervorgerufen worden sein, daß die Rechtsgüter, um welche es sich hier handelt, immaterieller Natur sind. Ob die körperliche Integrität eines Menschen verletzt, ob eine körperliche Sache beschädigt wurde, läßt sich in der Regel leicht erkennen, nicht so, ob die Sittlichkeit, die Ehre verletzt worden ist. Um so größere Schwierigkeiten bietet in den meisten Fällen die Beantwortung der Frage, ob ein solches immaterielles Rechtsgut durch eine Handlung gefährdet wurde; denn nicht nur die Verletzung, sondern auch die Gefährdung solcher Rechtsgüter kann zweifellos einen rechtswidrigen Erfolg begründen. Was ist daher natürlicher, als wenn der Gesetzgeber in derartigen Fällen an bestimmte durch menschliche Handlungen herbeigeführte Veränderungen in der Außenwelt die unwiderlegliche Präsump tion knüpft, daß ein Rechtsgut gefährdet

1) Lucas S. 16 f., Stenglein, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I, S. 104; dagegen Liszt daselbst S. 130.

wurde, wenn er beispielsweise sagt: Jede Vollziehung des Beischlafes mit einem Mädchen unter vierzehn Jahren gefährdet die Sittlichkeit (sei es der des Mädchens, sei es der Allgemeinheit), jeder Meineid gefährdet die Rechtspflege, jede Beleidigung verursacht eine Gefahr für die Ehre des Beleidigten.

Damit hat der Gesetzgeber nichts anderes getan, als daß er die Durchschnittsurteile durch eine Norm stabilisiert. Auf diese Weise erklärt es sich, daß in dem deliktischen Tatbestand die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes als Merkmal nicht mehr vorkommt und daß die Norm die Form eines bloßen Verbotes annimmt. Deswegen kann man aber nicht behaupten, daß zum Tatbestande eines solchen Deliktes ein Erfolg nicht gehöre. Dieser äußert sich ja eben in jener Veränderung in der Außenwelt, an welche das Gesetz die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes in autoritativer Weise knüpft. Daß diese Veränderung unter Umständen scheinbar mit dem Tun (der Körperbewegung) des Handelnden, z. B. dem Beischlafe, dem Schwören, der ehrenrührigen Äußerung zusammenfällt, das ändert nichts an der Sache.

Diese Fälle, die, wie wir oben (§ 9) gesehen haben, so harte Nüsse für die herrschende Doktrin bilden, haben nach unserer Theorie nichts Besonderes an sich. Namentlich sind alle unsere drei Schuldformen bei solchen Delikten möglich, z. B. bei der Notzucht: der Beischlaf mit einem Mädchen unter vierzehn Jahren wird vom Täter, der infolge einer sexuellen Perversität kein älteres Mädchen haben will, geradezu bezweckt (Absicht), oder es handelt sich dem Täter nur um den Beischlaf mit dem Mädchen, das er vor sich sieht, das Alter des Mädchens ist ihm an und für sich gleichgültig, obgleich er weiß oder wenigstens für möglich hält, daß es noch nicht vierzehn Jahre alt ist (bewußte Schuld), oder der Täter ist sich dieser Möglichkeit gar nicht bewußt (unter Umständen unbewußte Schuld). Ebenso kann der Meineid von dem Schwörenden bezweckt sein, beispielsweise um im Strafhaufe versorgt zu werden, oder ein falscher Eid wird zwar vom Täter gerade nicht bezweckt, trotzdem schwört er aber wissentlich falsch, um den Prozeß zu gewinnen u. s. f.

Wie man sieht, hat die Absicht neben der bewußten Schuld in den beiden angeführten Fällen keine große Bedeutung und ist es somit nicht nötig, sie hier im Gesetze unter besonderen Strafsatz zu stellen. Eher würde es sich empfehlen, die Überzeugung (das Bewußtsein der Gewißheit) bezüglich des jugendlichen Alters des Opfers beziehungsweise hinsichtlich der Unwahrheit des Beschworenen durch höhere Strafe auszuzeichnen.

Vor einem kann aber nicht genug gewarnt werden: vor einer schablonenhaften Regelung dieser und ähnlicher Delikte in der Ge-

setzung. Man darf nicht alles auf einen Leisten schlagen. Das im allgemeinen so ersprießliche Prinzip der Individualisierung wird im Strafrechte geradezu zur Notwendigkeit. Der Gesetzgeber muß sich stets vor Augen halten, welchen Effekt er mittelst einer Norm erzielen will.

Wie oben (§ 9) dargetan wurde, entgeht jetzt so mancher, der mit einem Mädchen unter vierzehn Jahren den Beischlaf ausübt, obwohl er sich der Möglichkeit bewußt ist, daß das Mädchen das kritische Alter noch nicht erreicht habe, der Strafe gänzlich. Das muß freilich mehr der ganzen derzeit herrschenden Schuldformenlehre in die Schuhe geschoben werden, als der gesetzlichen Regelung des Notzuchtverbrechens. Um so mehr muß derjenige straflos ausgehen, der an das Alter seines Opfers gar nicht gedacht hat, beispielsweise deswegen, weil ihm nicht bekannt war, daß unser Gesetz den Beischlaf mit einem Mädchen unter vierzehn Jahren unter Strafe stellt. Nicht die Unkenntnis des Gesetzes ist es, was ihm hier zugute kommt, sondern die Tatsache, daß er sich mit dem Alter des Mädchens gar nicht befaßt hat, mithin auch nicht der Möglichkeit sich bewußt geworden ist, daß er es mit einem Mädchen unter vierzehn Jahren zu tun habe. Wer sich jedoch nicht einmal die Möglichkeit des Vorhandenseins eines bestimmten Tatumstandes zum Bewußtsein gebracht hat, dem kann man doch nicht, ohne der Sache Gewalt anzutun, diesen Tatumstand zum Wissen und mithin auch nicht die Tat zur bewußten Schuld anrechnen. Daß er sich dieser Möglichkeit hätte bewußt werden müssen, wenn er über diesen Umstand überhaupt nachgedacht hätte, und daß diese Unterlassung ihren Grund vielleicht in der Unkenntnis des Strafgesetzes hat, kann an der Sache nichts ändern. Das ist aber nicht mehr eine Folge der gegenwärtigen mangelhaften Schuldformenlehre; denn es würde sich ebenso verhalten, wenn wir dem subjektiven Tatbestand der Notzucht unsere bewußte Schuld zugrunde legen würden. Eine solche Regelung würde geradeso wie die jetzige dem hier in Frage stehenden Rechtsgute keinen entsprechenden Schutz gewähren.

Was wollen wir mit der betreffenden Norm überhaupt erzielen? Diese Frage muß man sich in jedem Falle vorlegen, bevor man an die Regelung eines deliktischen Tatbestandes geht. Zweifellos streben wir an:

1. daß niemand, der die Gewißheit hat, daß ein Mädchen noch nicht vierzehn Jahre alt ist, mit ihm fleischlich verkehre, und
2. daß, wenn er es zwar nicht bestimmt weiß, aber Zweifel in dieser Beziehung hat, (z. B. weil das Mädchen nicht genügend entwickelt oder weil ihm bekannt ist, daß es noch die Volksschule besucht), er sich zuvor Gewißheit verschaffe, und wenn er es nicht kann oder nicht will, den Beischlaf unterlasse.

Beides ist dadurch zu erreichen, daß man die bewußte Schuld unter Strafe stellt. Aber wir wollen gewiß noch weiter:

3. daß auch der nicht straflos ausgehe, wer vermeint, daß das Mädchen das kritische Alter bereits überschritten hat, wenn diese irriige Meinung auf so schwachen Füßen steht, daß der Irrtum des Täters als nicht entschuldbar erscheint (z. B. ein schon dem Äußeren nach offenbar unmündiges Kind hat dem Täter selbst ein höheres Alter angegeben), und schließlich, daß auch derjenige der Strafe verfallt, wer aus was immer für einer Ursache an das Alter des Mädchens überhaupt nicht gedacht hat, obgleich die Umstände Anlaß dazu boten.

Das läßt sich aber nur dadurch erreichen, wenn wir nebst der bewußten auch die unbewußte Schuld unter — selbstredend mildere — Strafe stellen, und nur den entschuldbaren Irrtum als straflos behandeln. Also: eine mildere Strafe auf die unbewußte, eine höhere auf die bewußte Schuld, und wenn man will, die Auszeichnung der Überzeugung (des Bewußtseins der Gewißheit) durch noch schärfere Strafe²⁾.

Auf solche Weise wird zugleich am besten dem Streben nach einer übermäßigen Ausdehnung der höheren Schuldstufe nach unten begegnet, welches bekanntlich in der Praxis gewöhnlich dort zutage tritt, wo die angrenzende niedrigere Schuldstufe straflos ist.

Nachtrag.

Gelegentlich der Besprechung der böhmischen Ausgabe der vorliegenden Schrift³⁾ wurde das Bedenken geäußert, ob der Begriff der Gefahr zur Abgrenzung des allgemeinen Schuldbegriffs anwendbar sei. Offenbar hätten uns vor allem die Delikte gegen Leib und Leben und die Beschädigung fremden Eigentums vorgeschwebt. Nun gebe es aber eine ganze Reihe anderer Delikte, auf die der Begriff der inadäquaten und übernormalen Gefahr nicht passe, beispielsweise Beleidigungen und andere Verbaldelikte, Diebstahl, Veruntreuung u. a. Es wird uns vorgeworfen, daß wir gerade mit Rücksicht auf diese Delikte den Begriff „Gefahr des rechtswidrigen Erfolges“ durch den Begriff der (übernormalen beziehungsweise inadäquaten) „Möglichkeit des Vorhandenseins eines bestimmten Tatbestandsmerkmals“ ersetzt haben, und um dem einen Schein der Berechtigung geben zu können, gezwungen waren, in die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen die unwiderlegbare

2) *H. Meyer* (S. 212 Anm. 43 und S. 220) ist der Meinung, daß die Fahrlässigkeit überhaupt in viel mehr Fällen bestraft werden sollte, z. B. auch bei der Bigamie. Das ist m. E. eine Frage, welche in betreff jedes einzelnen Deliktes besonders gelöst werden muß. Oben ist nur ein Beispiel angeführt, wie ich mir vorstelle, daß dabei vorgegangen werden sollte.

3) *Storch* im *Sborník věd právnických a státních* III (1903) S. 346 f.

Präsumption, daß ein bestimmtes Rechtsgut durch die Handlung gefährdet sei, hineinzulegen.

Wir möchten nicht gern mißverstanden werden und es sei uns daher gestattet, hier auf diese Einwürfe kurz zu entgegnen.

Nicht wir sind diejenigen, welche die gedachte Präsumption in die fraglichen gesetzlichen Bestimmungen hineinragen, sondern dies hat der Gesetzgeber selbst getan, durch die Art und Weise, wie er die betreffenden Tatbestände abgefaßt hat. Es wäre ihm ja unbenommen gewesen, sowie er es hinsichtlich anderer Rechtsgüter gemacht hat, auch die zum Schutze immaterieller Rechtsgüter bestimmten Tatbestände auf die Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutes abzustellen. Freilich würde dadurch der Tatbestand etwas enger ausfallen; so würde sich beispielsweise der Beleidigung nur derjenige schuldig machen, der durch eine ehrenrührige Äußerung die Ehre des Beleidigten tatsächlich verletzt oder gefährdet hat, was ja doch nicht in jedem Falle einer vorgebrachten ehrenrührigen Äußerung eintreten muß, sondern nach den betreffs der menschlichen Ehre allgemein geltenden Anschauungen mit Berücksichtigung aller begleitenden Umstände zu beurteilen wäre.

Wenn nun der Gesetzgeber diesen Vorgang nicht durchwegs beobachtet, sondern hier und da von dem Requisite der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes abgesehen und der Norm die Fassung eines bloßen Verbotes gegeben hat — den Grund dafür haben wir oben angegeben und wir glauben damit das Richtige getroffen zu haben — so bleibt, falls man nicht annehmen will, es wirklich nur mit einer reinen Normwidrigkeit zu tun zu haben, falls man von dem Rechtsgüterschutz als Strafzweck ausgeht und bei der Notzucht die (allgemeine und individuelle) Sittlichkeit, bei der Beleidigung naturgemäß die Ehre als das zu schützende Rechtsgut betrachtet, wohl nichts anderes übrig, als zu der oben aufgestellten praesumptio juris et de jure zu greifen⁴⁾.

Man darf aber nicht glauben, daß wir zu dieser Präsumption etwa aus Liebe zu unserer Theorie Zuflucht nehmen, um diese auch auf die fraglichen Fälle anwenden zu können. So etwas haben wir ja gar

4) *Kohlrausch* (S. 100 f.) meint, daß die sog. „reinen Tätigkeitsdelikte“ keinen sinnfälligen Erfolg haben, daß also das Sinnfällige, d. h. eine sinnfällige Veränderung der Außenwelt, nicht das wesentliche Moment im Deliktserfolg ist. Vgl. auch *Liepmann* Z. 22. Bd. S. 74 f. Doch auch bei dieser Auffassung wird man sich kaum ohne eine gesetzliche Präsumption behelfen können, wenn man das Wesen des Deliktserfolgs in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes erblickt, weil in manchen unter die gesetzliche Strafdrohung passenden Fällen auch ein nicht sinnfälliger, also offenbar ideeller Erfolg (z. B. die Verletzung oder Gefährdung der Ehre, der Sittlichkeit, der Rechtspflege u. a.) nicht eben unumgänglich eintreten braucht.

nicht nötig, weil diese Sorte von Delikten unserer Theorie eben keine Schwierigkeiten bereitet. Uns bleibt es sich ganz gleich, ob wir es mit dem rechtswidrigen Erfolge zu tun haben oder mit dem Inbegriffe sämtlicher Tatbestandsmerkmale, in welchem sich auch der nicht greifbare Erfolg notwendigerweise verkörpert. Uns hat diese Unterscheidung keine Duplizität einer Schuldform aufgezwungen, wie es bezüglich des Vorsatzbegriffes der herrschenden Doktrin bekanntlich der Fall ist.

Es wäre somit ein arges Mißverständnis, wenn man uns imputieren würde, daß wir mit Rücksicht auf die besprochenen sogenannten „reinen Tätigkeitsdelikte“ den Begriff der Gefahr des rechtswidrigen Erfolges verschwinden lassen und an seine Stelle den Begriff der inadäquaten beziehungsweise übernormalen Möglichkeit des Vorhandenseins der einzelnen Tatbestandsmerkmale gesetzt haben. Eine solche Eskamotage liegt gewiß nicht vor. Wir haben lediglich das Verhältnis unserer Schuldarten zu den Tatbestandsmerkmalen geprüft, um zu zeigen, daß wir imstande sind, ohne weiteres und insbesondere ohne eine Änderung des Begriffes und des Inhaltes unserer Schuldformen an Stelle des rechtswidrigen Erfolges einfach den Inbegriff der Tatbestandsmerkmale treten zu lassen. Naturgemäß mußte auch der unseren Schuldformen inhärente Begriff der inadäquaten und abnormalen Gefahr auf die Tatbestandsmerkmale mit übertragen werden. Das sollte uns aber eher als Konsequenz zugute geschrieben werden, umso mehr als, wie wir gesehen haben, die herrschenden Schuldformenlehren nicht in der glücklichen Lage sind, ihren Vorsatzbegriff den Tatbestandsmerkmalen gegenüber unverändert aufrechtzuhalten.

Ob unsere auf den Begriff der inadäquaten und übernormalen Gefahr abgestellten Schuldformen auf alle Delikte passen, das würde sich wohl erst zeigen, wenn man die Regelung des besonderen Teiles des Strafgesetzes unter Zugrundelegung unserer Theorie in Angriff nehmen möchte. Wir sind fest überzeugt, daß der Versuch glücken würde, weil wir glauben, daß unsere Grundideen aus dem Wesen der Sache geschöpft sind.

Denn in dem für die Schuldfrage entscheidenden Momente der Handlung hat man es selbstredend noch nicht mit dem Erfolge selbst zu tun; nur die größere oder geringere Möglichkeit seines Eintrittes steht in Frage; mit dieser befaßt sich also notwendigerweise die Psyche des Täters. Nun ist aber Gefahr wenigstens in dem Sinne, in welchem wir diesen Begriff hier überall zur Anwendung bringen, eben nichts anderes als die Möglichkeit des Erfolges. Es findet mithin in dem innersten Wesen der Strafschuld seine Begründung, daß wir die Schuldformen auf den Begriff der Gefahr abstellen. Warum wir aber nicht die unbeschränkte

Möglichkeit, sondern nur die inadäquate und übernormale Gefahr berücksichtigt haben wollen, wurde oben eingehend begründet. Wir glauben dadurch manche Unklarheit beseitigt und den Schlüssel zur Beilegung so mancher Kontroverse, zur Lösung so manches scheinbar unlösbaren Widerspruches gefunden zu haben.

Diebstahl und Unterschlagung sind übrigens meines Erachtens Absichtsdelikte mit greifbarem Verletzungserfolg; betreffs derselben dürfte also die Eignung unserer Theorie kaum zweifelhaft sein. Doch auch was die Verbaldelikte betrifft, glauben wir in Anbetracht des gesagten mit gutem Gewissen dasselbe behaupten zu können. So weist beispielsweise gerade bei den Verbaldelikten gegen die Ehre die allgemein anerkannte Straflosigkeit solcher ehrenrührigen Angriffe, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gesetzt werden und nach Form und Inhalt das Maß des unbedingt Nötigen nicht überschreiten⁵⁾, auf die Würdigung der Sozialmäßigkeit des Zweckes, also auf dasselbe Element hin, welches eben auch unserem Begriffe der adäquaten Gefahr zugrunde liegt.

§ 16.

Die Gefährdungsdelikte.

Gerade so glatt, wie die Frage der Kenntnis der Tatbestandsmerkmale, regelt sich nach unserer Theorie noch eine zweite, der Doktrin viele Sorgen bereitende Materie: die subjektive Seite der Gefährdungsdelikte.

Wenn wir vor Augen haben, daß das typische Tatbestandsmerkmal dieser Straftaten die Gefahr ist und diese zuvörderst als einen objektiven oder richtiger gesagt objektivisierten Zustand, mithin als eine eigenartig beschaffene Situation, welche uns als Erfolg der Handlung erscheint, in Betracht ziehen, dann ist es aufliegend, daß die Relation der Psyche zu der Gefahr, geradeso wie zu jedem andern Erfolge (der Verletzung), jede von unseren drei Formen der Schuld annehmen kann:

1. Absicht. Die Schaffung der gefährlichen Situation ist Zweck meiner Handlung, und zwar entweder:

a) gefährde ich, um eine Verletzung des gefährdeten Rechtsgutes herbeizuführen, oder

b) ich gefährde zu einem andern Zwecke.

Ich kippe beispielsweise ein Boot um, um die darin befindliche Person ums Leben zu bringen (Fall a), oder nur um sie zu schrecken, oder

⁵⁾ Vgl. § 193 d. St.G., Art. 77 des russischen Entwurfs vom J. 1881, österr. Kassationsentscheidungen Slg. Nr. 480, 1440, 1747, 2625; dazu *Klissenbauer* allgem. österr. Ger.-Ztg. 1901 Nr. 38, 39.

sie aus der Ertrinkungsgefahr zu retten und mir dadurch eine Belohnung zu verdienen (Fall b).

Eigentlich beinhaltet die absichtliche Verletzung immer eine absichtliche Gefährdung; die Gefährdung ist sowohl in objektiver als auch in subjektiver Beziehung gewissermaßen nur eine Durchgangsstation der Verletzung. Auch der Mörder beispielsweise verursacht vorläufig nur eine Verwundung, also eine lebensgefährliche Situation. Daß wir von diesem Durchgangsstadium in der Regel keine Erwähnung machen, erklärt sich einerseits dadurch, daß in manchen Fällen dieses Stadium sehr kurz, beinahe unbemerkbar ist (ein Schuß ins Herz, eine Enthauptung, die Zertrümmerung eines Spiegels, vor dem man steht), andererseits dadurch, daß wir mehr den Endzweck des Täters berücksichtigen. Die Gefährdungsabsicht wird in solchen Fällen (ad a), wie man sagt, durch die Verletzungsabsicht konsumiert.

Nur in den unter b) bezeichneten Fällen tritt die reine Gefährdungsabsicht unabhängig in den Vordergrund. Allerdings werden Fälle dieser zweiten Kategorie, wie die angeführten Beispiele sofort erkennen lassen, im wirklichen Leben ziemlich selten vorkommen. Die Gefährdung zu einem andern Zwecke als behufs Verletzung wird in der Regel nicht absichtlich, sondern nur wissentlich sein.

2. Bewußte Schuld. Der Täter weiß, daß er durch seine Handlung gefährdet.

Nun ist die Gefahr, wie oben dargetan wurde, nichts anderes als die Möglichkeit des Verletzungserfolges; das Wissen der Möglichkeit des Verletzungserfolges oder die Voraussicht der Gefahr ist aber eben das charakteristische Merkmal unserer bewußten Schuld überhaupt, also insbesondere auch in bezug auf die Verletzungsdelikte. In dieser Beziehung, d. h. hinsichtlich des Bewußtseins der Verletzungsmöglichkeit, deckt sich also die subjektive Seite der Gefährdungsdelikte mit der subjektiven Seite der Verletzungsdelikte.

Die bewußte Schuld wird aber auch durch das Bewußtsein der Notwendigkeit der Verletzung begründet und hat es somit den Anschein, daß in diesem Punkte die subjektive Seite der bewußten Verletzungen gegenüber den bewußten Gefährdungen ein Plus aufweist. Doch wir haben schon oben wiederholt darauf hingewiesen, was für ein problematischer Begriff die Notwendigkeit in diesem naturgemäß rein subjektiven Sinne ist. Ich denke zwar an die Möglichkeit eines anderen Erfolges, sie scheint mir aber so unbedeutend, so verschwindend zu sein, daß ich sie ausschließe: ich bin überzeugt, daß der Verletzungserfolg eintreten muß. Es liegt kein Grund dafür vor, diesen Fall, der doch nur als ein quantitativ gesteigertes Bewußtsein der Verletzungsmöglichkeit und nicht etwa als ein qualitativ verschiedenes Bewußtsein erscheint, grundsätzlich anders zu behandeln, als

das Möglichkeitsbewußtsein, also die bewußte Gefährdung. Wer seine Hütte in Brand steckt, um die Versicherungssumme zu erhalten, von dem kann man mit Recht behaupten, daß er die mit Stroh gedeckte Hütte des Nachbarn wissentlich gefährde, mag er sich bewußt sein, daß diese Feuer fangen müsse (z. B. es weht ein starker Wind auf sie zu) oder nur, daß sie fangen könne.

Dann ist aber klar, daß die bewußte Schuld denselben Inhalt hat, ob nun Verletzungsdelikte oder Gefährdungsdelikte in Frage stehen, mit anderen Worten: die subjektive Seite der bewußten Verletzungen und diejenige der bewußten Gefährdungen ist identisch. Nur durch den Erfolg unterscheiden sich diese zwei Deliktskategorien: ist es bei der Gefahr geblieben, wird von bewußter Gefährdung, kam es zu einer Verletzung, wird von bewußter Verletzung gesprochen.

3. Unbewußte Schuld (Fahrlässigkeit). Der Täter, der die erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, weiß nicht, daß er durch seine Handlung gefährde (die Möglichkeit einer Verletzung herbeiführe).

Mutatis mutandis gilt hier dasselbe, was eben von der bewußten Schuld gesagt wurde. Das ergibt sich schon aus dem Begriffe der unbewußten Schuld und ihrem Verhältnisse zu der bewußten Schuld. Mithin ist auch die subjektive Seite der unbewußten (fahrlässigen) Gefährdungen identisch mit der subjektiven Seite der unbewußten (fahrlässigen) Verletzungen.

Aber gerade die Tatsache, daß wir die allgemein gewonnenen Schuldformen ohne jegliche Änderung auf die Gefährdungsdelikte anwenden konnten, daß sich uns eine vollständige Übereinstimmung dieser Straftaten und der Verletzungsdelikte hinsichtlich der subjektiven Seite der beiden Kategorien ergab und daß sonach das, womit sich die herrschende Theorie bisher vergeblich den Kopf zerbricht, sich uns hier so einfach, sozusagen von sich selbst gelöst hat, betrachten wir als den schlagendsten Beweis für die Richtigkeit unserer Schuldformenlehre und zugleich für ihre ganz besondere legislative Verwendbarkeit. Nicht das bildet ein Problem für den Gesetzgeber nach unserer Theorie, wie die subjektive Seite der Gefährdungsdelikte zu bestimmen sei, sondern er hat nur die Frage zu lösen, was für eine Funktion diesen Delikten im Gesetze zuteil werden solle.

Wahrlich kein schwieriges Problem; es löst sich ja schon aus dem Begriffe der fraglichen Delikte von selbst auf. Wo der Gesetzgeber in Anbetracht des Wertes eines Rechtsgutes oder aus andern Gründen es für geboten erachtet, nicht erst auf die Verletzung zu warten, sondern gleich gegen die Gefährdung repressiv vorzugehen, dort tritt das Gefährdungsdelikt in Aktion.

Die Gefährdungsnormen erfüllen sonach in dem Strafrechte gewissermaßen die Aufgabe von hygienischen Maßregeln: wie man durch diese dem Ausbruche von Krankheiten zuvorzukommen trachtet, so sind jene bestimmt das Eintreten nicht zwar von Verbrechen — begründen sie ja selbst Delikte — aber von Rechtsgüterverletzungen zu verhindern. In dieser Beziehung ist also die Aufgabe der Gefährdungsnormen eine präventive.

Die nähere Ausführung im Gesetze wird sich sehr einfach gestalten.

Die Kategorie der absichtlichen Gefährdungen wird ganz übergangen werden können. Denn wie wir gesehen haben, wird die Gefährdungsabsicht, falls sie mit der Verletzungsabsicht konkurriert (der oben unter 1 a bezeichnete Fall), durch diese gänzlich absorbiert; die reine Gefährdungsabsicht (Fall 1 b) aber ist eine so seltene Erscheinung, daß derartige Fälle ohne weiteres mit der bewußten Schuld vereinigt werden können. Das ist keine Inkonsequenz; bildet ja die bewußte Schuld nach unserer Theorie die Grundlage der Absicht. Ob jemand den Kahn zu dem Zwecke umstürzt, um die darin befindliche Person zu schrecken oder zu retten (absichtliche Gefährdung) oder nur um sich selbst hineinzusetzen (bewußte Gefährdung), kann bezüglich der Strafbarkeit mit gutem Gewissen unter denselben Strafsatz gestellt werden. Entscheidend ist gewiß nur, daß in keinem von diesen Fällen der Täter den Zweck verfolgte, den im Kahne befindlichen Menschen ums Leben zu bringen (Verletzungsabsicht).

Es erübrigt daher nur die Kategorie der bewußten und unbewußten Gefährdungen. Diese werden sich dort, wo sie überhaupt in die Schranken treten, mit Vorteil den bewußten beziehungsweise den unbewußten Verletzungen anschließen lassen, und zwar ganz einfach in der Weise, daß an die Gefährdungsnorm der Fall der eingetretenen Verletzung angefügt wird. Ist ja nach dem Gesagten die bewußte und die unbewußte Verletzung nichts anderes als eine durch den Verletzungserfolg qualifizierte Gefährdung.

Hinsichtlich der immateriellen Rechtsgüter (z. B. Ehre, Kredit, öffentlicher Friede u. a.) wird es, wie schon erwähnt, in der Regel schwer fallen, zu unterscheiden, wo die Gefährdung aufhört und wo die Verletzung beginnt. Denn die Verletzung solcher Rechtsgüter ist nicht unmittelbar durch die Sinne wahrzunehmen, sondern muß erst mittelst einer Verstandesoperation aus den sinnlich wahrgenommenen Veränderungen deduziert werden. Deswegen ist es begreiflich, daß das Gesetz hier Gefährdung und Verletzung meistens gleichstellt, eventuell, was wohl auf dasselbe hinauskommt, die Norm lediglich auf die Gefährdung abstellt¹⁾.

1) So hat es das deutsche Strafgesetz beispielsweise in den §§ 130, 130 a, 186 und 187 gemacht. Ebenso hätte es wohl auch u. a. in § 126 geschehen sollen.

Unter den materiellen Rechtsgütern stehen an erster Stelle das Leben und überhaupt die körperliche Integrität. Sie sind wahre Schoßkinder des Strafrechts, mit ihnen hat sich Gesetzgebung und Wissenschaft seit jeher am eifrigsten befaßt; ihnen ist wohl die relativ größte Zahl der Paragraphen in den Strafgesetzbüchern gewidmet, bei denselben hat auch zweifellos am frühesten die Unterscheidung der Schuldarten (dolus und culpa) angefangen. Gerade diese Rechtsgüter bilden auch das Schutzobjekt der meisten Gefährdungsdelikte. Deswegen betrachten wir die Straftaten gegen Leib und Leben als das geeignetste Versuchsfeld für jede Theorie des strafbaren Verschuldens.

Da wirft sich dem Gesetzgeber zuerst die Frage auf: Ist neben dem allgemeinen Verbote der bewußten Verletzung von Leib und Leben auch ein allgemeines Verbot der Gefährdung dieser Rechtsgüter aufzustellen?

Unser geltendes Strafgesetz enthält eine solche allgemeine Gefährdungsnorm im § 87 (vorsätzliche Gefährdung) und im § 431 (fahrlässige Gefährdung). Im deutschen Strafgesetzbuch kommt keine solche Norm vor, sondern es werden nur besondere Gefährdungsverbote statuiert, und zwar nebst einigen Verboten von Einzelgefährdungen (z. B. Zweikampf, Vergiftung nach § 229) eine ganze Reihe von Gemeingefährdungsverboten (§§ 306 ff.).

Der österreichische Regierungsentwurf vom Jahre 1891 verbietet generell nur die Gemeingefährdung von Leben und Gesundheit (auch von Eigentum) im § 360:

„Wer durch was immer für eine Handlung gemeine Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben anderer verursacht, ist mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis von drei Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Hat die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren und wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Zuchthaus von fünf bis zu zwanzig Jahren zu erkennen.“

Diese Bestimmung ist auch in den Ausschußentwurf vom J. 1893 als § 354 nur mit Änderungen in den Strafsätzen übergegangen. Sie betrifft bloß die vorsätzliche Gefährdung, da ein generelles Verbot der fahrlässigen Gemeingefährdung im § 368 (§ 361 des Ausschußentwurfs) enthalten ist.

Lehrreich sind auch die Metamorphosen, welche hinsichtlich unserer Frage die schweizerischen Entwürfe durchgemacht haben: Der *Stooss'sche* Entwurf II enthielt:

1. ein generelles Verbot der vorsätzlichen Gefährdung des Lebens des Einzelnen im Art. 58:

„Wer das Leben eines Menschen vorsätzlich gefährdet, wird, wenn die Gefahr nicht eine gemeine ist (Art. 152), mit Zuchthaus oder Gefängnis von 1 bis zu 3 Jahren, und wenn der Tod des Menschen verursacht wurde, mit Zuchthaus oder Gefängnis von 2 bis 5 Jahren bestraft.“

2. ein generelles Verbot der vorsätzlichen Gefährdung der Gesundheit und zum Teile auch der körperlichen Integrität des Einzelnen im Art. 67:

„Wer die Gesundheit, ein wichtiges Glied oder ein Sinnesvermögen eines Menschen vorsätzlich gefährdet, wird mit Gefängnis bestraft.“

3. ein generelles Verbot der vorsätzlichen und fahrlässigen Gemeingefährdung von Leben und Gesundheit im Art. 152:

„Wer das Leben oder die Gesundheit von Menschen vorsätzlich einer gemeinen Gefahr aussetzt, wird mit Zuchthaus bestraft. Handelt der Täter aus Fahrlässigkeit, so ist die Strafe Gefängnis oder Geldstrafe bis 30 000 Franken.“

Anläßlich der Verhandlungen in der Expertenkommission wurden in erster Lesung die Artikel 58 und 67 (Einzelgefährdungen) im Wesen angenommen, der Artikel 152 (Gemeingefährdung) aber gestrichen. Hierbei wurde auf die Ansicht *Bindings* hingewiesen, welcher sich gegen eine solche allgemeine Gefährdungsnorm ausgesprochen hat, mit der Begründung, daß den echten Gefährdungsverboten charakteristisch sei die genaue Angabe nicht nur der Gegenstände, sondern auch der Wirkungsart verbotener Gefährdung und daß daher alle Gefährdungsverbrechen zu den Delikten mit gesetzlich geschlossenen Mitteln gehören²⁾.

Ferner wurde geltend gemacht, daß im Leben öfters Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit von Menschen vorkommen, die nicht unter Strafe gestellt werden können, und daß mithin allgemein gefaßte Gefährdungsverbote eine geradezu unerträgliche Beschränkung menschlicher Handlungsfreiheit bilden würden.

Wie man sieht, kommt hier wieder jener verhängnisvolle Mangel einer unteren Grenze der strafbaren Gefährdung zum Worte. Übrigens beziehen sich alle diese gegen das generelle Verbot der Gemeingefährdung geltend gemachten Gründe offenbar auch auf das generelle Verbot der Einzelgefährdung, so daß in dem Kommissionsbeschlusse auf Streichung des ersteren und auf Belassung des letzteren ein aufliegender Widerspruch liegt.

Zu der zweiten Lesung kam *Stooss* mit einem modifizierten Vorschlage hinsichtlich der Einzelgefährdung; er vereinigte nämlich die

2) Vgl. Normen I, 384, II, 521.

betreffenden von der Kommission im Grunde angenommenen Artikel 58 und 67 zu einem einzigen Artikel (59) nachstehender Fassung:

Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben bringt, wird mit Zuchthaus oder Gefängnis von 1 bis zu 3 Jahren und wenn der Tod des Menschen verursacht wurde, mit Zuchthaus oder Gefängnis von 2 bis zu 5 Jahren bestraft. Hat der Täter aus Gewinnsucht gehandelt, so ist mit der Freiheitsstrafe Geldstrafe bis 10 000 Franken zu verbinden.“

Mit der wesentlichen Änderung des Tatbestandes, namentlich mit der Ersetzung des Begriffes „vorsätzlich“ durch die Wendung „wissentlich und gewissenlos“, sowie mit der Aufstellung des Erfordernisses einer unmittelbaren Gefahr wollte *Stooss*, wie er selbst anführt, den in der ersten Lesung erhobenen Bedenken Rechnung tragen; er gibt aber zu, daß dadurch der deliktische Tatbestand sowohl subjektiv als auch objektiv wesentlich eingeschränkt ist. Dessen ungeachtet wurden auch bei der zweiten Lesung in dieser Beziehung Bedenken geäußert. Der Antrag auf Streichung des ganzen Artikels wurde zwar verworfen, doch wurde nach dem Vorschlage *Greteners* beschlossen, den Ausdruck „gewissenlos“ durch „frevelhaft“ zu ersetzen³⁾. Diese Änderung ist aber nicht in die definitive Redaktion des Kommissionsentwurfs übergegangen, sondern es wurde darin der Artikel 59 hinsichtlich des Tatbestandes in der zitierten, von *Stooss* zur zweiten Lesung beantragten Fassung nur mit einigen Änderungen in der Strafbestimmung beibehalten.

Wie die Entstehungsgeschichte dieses Artikels so auch überhaupt die in der Expertenkommission im Gegenstande geführten Debatten sind für uns nicht wenig belehrend; offenbaren sich ja in ihnen so greifbar die Zweifel und Bedenken, welche einerseits die Unklarheit der Ansichten über die subjektive Seite der Gefährdungsdelikte, andererseits die Nebelhaftigkeit des Gefahrbegriffes selbst, hauptsächlich infolge seiner ungenügenden Abgrenzung nach unten, hervorruft.

Diesem Mangel haben wir oben abzuhelpen versucht und sind dabei zu dem Begriffe der inadäquaten und übernormalen Gefahr gelangt. Wenn der so begrenzte Gefahrbegriff den Gefährdungsdelikten zugrunde gelegt wird, ist es nicht nötig, weder zu der „unmittelbaren“ Gefahr noch zu der „gewissenlosen“ oder „frevelhaften“ Gefährdung zu greifen.

Wir betrachten übrigens die mit Hilfe dieser Begriffe von *Stooss* abgefaßte allgemeine Gefährdungsnorm als verfehlt, weil die Strafbarkeitsgrenze dadurch objektiv und subjektiv zu hoch gerückt wird.

3) Vgl. Expertenverhandlungen I, 343 f., 365 f., II, 244 f., 506 f.

Es würde ja dann zwischen dem Maximum der normalen, beziehungsweise adäquaten und somit erlaubten Gefährdung und dem Minimum der nach einer solchen Norm strafbaren Gefährdung eine beträchtliche Lücke bleiben und würden die hineinfallenden Handlungen, wenn nicht zufälligerweise eine spezielle Gefährdungsnorm auf sie paßt, straffrei ausgehen.

Und da fragen wir wohl mit Recht: Warum soll nicht ebendieselbe höhere Strafbarkeitsgrenze auch für die im Gesetze speziell statuierten Gefährdungen gelten, warum sollte nicht auch z. B. die Aussetzung (Art. 57 des schweiz. Kommissionsentwurfs), die Verursachung einer Überschwemmung (Art. 159) oder die Gefährdung des öffentlichen Verkehrs (Art. 167 f.) erst dann gestraft werden, wenn gewissenlos eine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben herbeigeführt wurde, und warum soll von dem offenbar recht zufälligen Umstande, ob die Gefährdung durch eine spezielle Norm oder durch die Generalnorm verboten wird, ein subjektiv und objektiv verschiedener Maßstab der Strafbarkeit abhängen?

Es kann ja keinem Zweifel unterliegen, daß hier so wertvolle Güter in Frage stehen, daß, wenn sie genügend geschützt sein sollen, bereits die Überschreitung der Grenze der erlaubten Gefährdung zur Straffälligkeit genügen muß.

Wie man sieht, ging man im schweizerischen Entwurf in einer völlig verkehrten Weise vor. Es wurde nämlich zuerst aprioristisch bestimmt, was für eine Gefährdung strafbar sein soll, wodurch stillschweigend jede andere (geringere) Gefährdung als straflos, mithin als erlaubt erklärt wurde. Meines Erachtens sollte der Gesetzgeber einen gerade entgegengesetzten Vorgang beobachten, nämlich vorerst sich die Frage vorlegen, welche Gefährdung erlaubt ist, und jede höhere als strafbar erklären.

Diese Frage haben wir, wie gesagt, oben nach Kräften zu beantworten versucht. Wird das Resultat, also der Begriff der überabnormalen und überadäquaten Gefahr der Regelung der Gefährdungsnormen zugrunde gelegt, so ist es klar, daß die Grenze der unerlaubten und erlaubten Gefährdung sich vollständig decken wird mit der der strafbaren und straflosen Gefährdung. Dann braucht man aber gewiß nicht zu fürchten, daß man durch die Aufstellung eines allgemeinen Gefährdungsverbotes die Gefahr heraufbeschwört, daß darunter auch Fälle der erlaubten Gefährdung subsumiert und dadurch die menschliche Handlungsfreiheit lahmgelegt werde.

Wir betrachten aber die Aufnahme einer solchen allgemeinen Gefährdungsnorm in das Strafgesetz geradezu als notwendig. Denn die Arten der Gefährdung der körperlichen Integrität sind so mannigfaltig, daß es kaum möglich ist, auch nur eine annäherungsweise Auf-

zählung der häufigsten, wichtigsten und markantesten davon zu geben und im Gesetze unter besondere Verbote zu stellen. Jeder derartige Versuch kann nur einen Torso zur Welt bringen. Eine beträchtliche Anzahl von strafwürdigen Fällen wird beim besten Willen übergangen werden und ohne eine Generalnorm straflos bleiben.

Aber auch Rücksichten der legislativen Politik verlangen die Kodifizierung einer solchen allgemeinen Norm. Wird nämlich die durch eine unerlaubte Gefährdung herbeigeführte Verletzung (selbstredend als Verletzungsdelikt) unter Strafe gestellt, dann ist es konsequent, eine solche Gefährdung auch in dem Falle zu ahnden, wenn die Verletzung nicht eingetreten ist. Sonst würde ja der vom Täter unabhängige, also zufällige Umstand, ob die Verletzung eingetreten ist oder nicht, für die Strafbarkeit oder Straflosigkeit eines und desselben subjektiven Verschuldens maßgebend sein, ein Standpunkt, der den modernen Anschauungen über die Erfolghaftung zuwiderläuft.

Endlich läßt auch ein legislativ technischer Grund die Aufstellung eines solchen generellen Gefährdungsverbotes als empfehlenswert erscheinen. Es liegt doch auf der Hand, daß mit der Kodifizierung einer derartigen allgemeinen Norm alle diejenigen besonderen Gefährdungsnormen überflüssig werden, für welche der Strafsatz der allgemeinen Norm paßt. Das wird aber bei einer richtigen Abwägung der für die Strafbarkeit maßgebenden Momente der allergrößte Teil dieser Normen sein. Denn nicht auf die Bewirkungsart kommt es hier an — ob Aussetzung oder Abtreibung der Leibesfrucht, Brunnenvergiftung oder Gefährdung des Eisenbahntransportes — sondern auf den Umfang der Gefahr, den Grad der Verletzungsmöglichkeit und die Stufe der Sozialwidrigkeit des Zweckes der Handlung. Nur solche typischen Gefährdungen, für die dieser Strafsatz zu hoch oder zu niedrig wäre, wird man zum Gegenstande von Spezialnormen machen müssen.

Zu hoch dürfte der allgemeine Strafsatz beispielsweise in bezug auf den Zweikampf erscheinen, welcher — wenigstens nach der bisherigen Auffassung — offenbar mit Rücksicht auf das Motiv als eine milder strafbare Gefährdung (eventuell allerdings auch Verletzung oder Tötung) betrachtet wird. Zu niedrig wird sich jener Durchschnittsstrafsatz zweifellos für die meisten gemeingefährlichen Handlungen erweisen. Aber eben deswegen, weil die Gemeingefährdung grundsätzlich strafbarer erscheint als die Einzelgefährdung, ist auch die Aufnahme eines generellen Gemeingefährdungsverbotes in das Gesetz geboten. Denn einerseits lassen auch die Gemeingefährdungen nicht einmal annähernde Aufzählung zu und andererseits würde eine solche Generalnorm auch hier den Vorteil bringen, daß alle solche speziell statuierten Gemeingefährdungsverbote aufgelassen werden könnten, welche unter den Strafsatz der Generalnorm passen.

Das dürfte aber auch hier der größte Teil der Spezialnormen sein und würde nur eine geringe Zahl solcher Fälle erübrigen, wo der Gesetzgeber in Anbetracht der ganz außerordentlichen Gefährlichkeit der Handlung es als geboten betrachtet, besonders scharfe Strafen festzusetzen.

Wie man sieht, läßt sich mit Hilfe der entsprechend geregelten generellen Gefährdungsnormen das Strafgesetz beträchtlich vereinfachen.

Alles, was hier von der bewußten Gefährdung gesagt wurde, gilt mutatis mutandis auch von der unbewußten (fahrlässigen) Gefährdung. Namentlich sprechen alle für die Aufstellung eines allgemeinen Gefährdungsverbotes eben geltend gemachten Gründe wie für die bewußte so auch für die fahrlässige Gefährdung. Wird dabei unser entsprechend begrenzter Gefahrbegriff zugrunde gelegt, so sind die Schäden, die man von der Abstellung der Fahrlässigkeitsdelikte auf die bloße Gefährdung besorgt,⁴⁾ wohl nicht zu befürchten.

Aus dem gesagten ergibt sich, daß im ganzen vier generelle Gefährdungsnormen aufzustellen sind:

1. die bewußte Einzelgefährdung,
2. die fahrlässige Einzelgefährdung,
3. die bewußte Gemeingefährdung und
4. die fahrlässige Gemeingefährdung.

Diese Normen werden ganz einfach lauten:

ad $\frac{1.}{2.}$ Wer $\frac{\text{wissentlich}}{\text{fahrlässig}}$ eine Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen herbeiführt . . .

ad $\frac{3.}{4.}$ Wer $\frac{\text{wissentlich}}{\text{fahrlässig}}$ eine gemeine Gefahr für Leib oder Leben von Menschen herbeiführt . . .

Das Erfordernis einer inadäquaten beziehungsweise übernormalen Gefahr ergibt sich schon aus der oben (§ 14) aufgestellten Definition der bewußten und unbewußten Schuld, die ohnehin in das Gesetz aufzunehmen ist.

Alle diese Gefährdungsnormen können eine geeignete Grundlage für die generellen Verletzungsnormen bilden, denn, wie wir dargetan haben, ist die Verletzung nichts anderes als eine durch den Verletzungserfolg qualifizierte Gefährdung. Von etwaigen Schwierigkeiten oder Zweifeln, wie sie der herrschenden Lehre der Fall bereitet, wenn zu der Gefährdung eine Verletzung hinzugekommen ist, ist hier keine Spur.

4) Vgl. *Seuffert* in den Mitteilungen der Int. krim. Vereinigung. 10. Bd. S. 459.

Zu erwähnen wäre nur noch der Fall, wo zu dem Gefährdungsbewußtsein die Verletzungsabsicht hinzutritt.

Steht eine Einzelgefährdung in Frage, so ist die Sache ganz einfach; denn dann ist, wie schon oben gesagt, das Gefährdungsbewußtsein durch die Verletzungsabsicht gänzlich konsumiert, da, wie wir voraussetzen, beide gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind. In solchen Fällen, in denen das Gesetz eine bestimmte Wirkungsart der Einzelgefährdung als minder strafbar ansieht (z. B. Zweikampf), hat die spezielle Norm auch den Fall der absichtlichen Verletzung ausdrücklich zu umfassen, schon deshalb, um allen Zweifeln in dieser Beziehung vorzubeugen.

Anders, wenn jemand wissentlich eine Gemeingefahr herbeigeführt hat in der Absicht, einen oder mehrere von den Gefährdeten zu verletzen oder zu töten. Hier ist das Gefährdungsbewußtsein betreffs derjenigen Personen, gegen welche die Verletzungsabsicht nicht gerichtet war, durch diese auch nicht absorbiert. Hieraus folgt, daß bei den (sowohl speziellen als auch generellen) Gemeingefährdungsverboten der Fall einer auf Verletzung gerichteten Absicht stets besonders durch höhere Strafe auszuzeichnen ist, die selbstredend nicht geringer sein darf, als diejenige Strafe, welche auf die korrelierte absichtliche Einzelverletzung (schwere Körperverletzung, Tötung) gesetzt ist.

Anhang. Die Gemeingefährdung.

Es dürfte am Platze sein, zu den bekannten, an den Begriff der Gemeingefährdung sich knüpfenden Kontroversen hier in Kürze Stellung zu nehmen¹⁾.

Wir müssen vorweg erklären, daß wir in bezug auf die körperliche Integrität jede Handlung als gemeingefährlich betrachten, durch welche eine Gefahr für Leib oder Leben einer größeren Zahl von Menschen herbeigeführt wird. Gleichgültig ist uns, ob es ein individuell bestimmter oder unbestimmter Kreis von Personen ist; nur deren größere Anzahl, also der Umfang der Gefahr, ist nach unserer Anschauung entscheidend.

So ist beispielsweise die Gefährdung eines besetzten Dampfschiffes oder die Inbrandsetzung eines bewohnten, alleinstehenden Hauses immer als Gemeingefährdung der körperlichen Integrität anzusehen, wenn auch die gefährdeten Menschen nach Zahl und Person individuell be-

1) Vgl. hierzu namentlich *Berner* 633 f., *Hälschmer* II, 603, *Finger* II, 292, *Liszt* 480, *Rohland* 45 f., *Rotering* G.A. 31. Bd. S. 271 f., *Binding* Normen I, 396 und Lehrbuch II, 4 f., *Buri* G.S. 40. Bd. S. 503 f., dann schweiz. Expertenverhandlungen II, 663 f.

stimmt und vielleicht auch dem Täter (z. B. dem Schiffskapitän, dem Hausbesitzer) persönlich bekannt sind. Dagegen kann das Herabwerfen eines Blumentopfes vom Fenster, wodurch nur ein einziger Mensch verletzt werden kann, nie Gemeingefährdung begründen, wenn es auch ungewiß sein sollte, welche von den Vorübergehenden oder aus dem Hause heraustretenden Personen verletzt werden wird²⁾.

Will man diesen Fall unter den Begriff der Gemeingefährdung subsumieren und die ersteren Fälle trotz der größeren Zahl der gefährdeten Personen mit Rücksicht darauf, daß sie individuell bestimmt sind, aus dem gedachten Begriffe ausscheiden, so erhält man einen für den Gesetzgeber schon aus technischen Rücksichten unbrauchbaren Begriff. Denn offenbar handelt es sich um die größere Strafbarkeit derartiger Delikte im Verhältnis zu den Einzelgefährdungen. Der Grund dieser höheren Strafbarkeit kann aber füglich nur in dem größeren Umfange der Gefahr, nicht aber darin liegen, daß der Kreis der gefährdeten Personen nicht individuell bestimmt und beschränkt ist. Stellt man sich auf was immer für einen anderen Standpunkt als den hier vertretenen, muß der Streit um den Begriff der Gemeingefährdung in eine rein scholastische Kontroverse ohne praktische Bedeutung ausarten.

Selbstverständlich ist es gleichgültig, wieviel Personen, wie man sich ausdrückt, „in den Bannkreis der Gefahr getreten sind“; entscheidend ist nur, ob für eine größere Personenzahl die Verletzungsmöglichkeit gegeben war. Das Werfen einer Dynamitbombe in einer bewohnten Gasse oder in ein besuchtes Restaurant begründet eine Gemeingefährdung auch dann, wenn sich zur kritischen Zeit in der Nähe nur ein einziger Mensch oder selbst zufälligerweise kein Mensch befand.

Man braucht hier aber nicht zu dem Begriffe einer abstrakten (absoluten, generellen) Gefahr zu greifen, der immer eine Fiktion ist und auch bleiben wird, möge er noch so schön und gelehrt konstruiert werden. Auch da handelt es sich wieder nur um gewisse Durchschnittsurteile, die uns sagen werden, daß in dem gegebenen Beispiele Leute durch eine Bombe wirklich gefährdet waren, obgleich zufällig zur Zeit der Explosion sich niemand auf der Gasse oder im Restaurant befand, weil eben nach dem Durchschnittsurteil leicht möglich war, daß Menschen zu dieser Zeit durch die Gasse gehen oder in das Restaurant eintreten werden. Es lag somit zufolge des Durchschnittsurteiles wirkliche, konkrete, nicht nur etwa abstrakte, fingierte Gefahr vor.

Wer da behauptet, daß Leute konkret nicht gefährdet wurden, weil keine in der Nähe waren, müßte konsequent in einem anderen Falle

2) Anderer Meinung *Berner* 633, *Hälschner* II, 603 und *Liszt* 480.

sagen, daß auch von den in der Nähe befindlichen Menschen diejenigen nicht gefährdet waren, welche sich nicht innerhalb der Streufläche der explodierenden Bombe befanden, und daß auch von den innerhalb dieser Streufläche befindlichen Personen wiederum diejenigen nicht in Gefahr waren, welche nicht in der Richtung der fliegenden Splitter standen; und so müßte man unausweichlich zu dem Resultate gelangen, daß nur diejenigen gefährdet waren, welche in der Folge wirklich verletzt wurden. Dadurch wäre aber der Gefahrbegriff auf den Kopf gestellt, weil er von dem Erfolge abhängig sein würde.

Wenn jemand ein Bombenattentat gegen einen einsamen Wanderer in einer unbewohnten Wüste begeht, wird das Durchschnittsurteil die bewirkte Gefahr gewiß nicht als eine gemeine bezeichnen, obwohl auch hier nicht völlig ausgeschlossen ist, daß eben eine Karavane vorbeiziehen konnte. Das ist aber eine so entfernte Möglichkeit, daß das Durchschnittsurteil mit ihr mit Recht nicht mehr rechnet.

Auch die Frage, wie groß der Umfang der drohenden Gefahr, also, was speziell die körperliche Integrität betrifft, wie groß die Zahl der gefährdeten Personen sein muß, um von einer gemeinen Gefahr reden zu können, wird durch Durchschnittsurteile, in der letzten Instanz vom Richter gelöst.

Aber auch hier begegnen wir der bereits oben beobachteten Erscheinung, daß die gedachten Durchschnittsurteile in manchen Fällen gesetzlich fixiert sind. Die Brandstiftung, Gefährdung des Eisenbahntransportes, Beschädigung von Wasserwerken, Beseitigung von Schiffsfahrtszeichen, Bewirkung der Strandung eines Schiffes und überhaupt alle jene Straftaten, die das Gesetz (§§ 306 f. d. St.G.) durch ihre Einreihung unter die gemeingefährlichen Delikte ausdrücklich als solche erklärt, sind es auch dann, wenn im gegebenen Falle nur ein einziger Mensch gefährdet war (z. B. Anzündung einer von einem Eremiten bewohnten Hütte, Bewirkung der Strandung eines Schiffes, auf welchem sich nur eine einzige Person befindet). Dort, wo das Gesetz ausdrücklich gemeine Gefahr verlangt (vgl. §§ 312—314 d. St.G.: Herbeiführung einer Überschwemmung), tritt das oben bezeichnete Kriterium, d. i. die Gefährdung einer größeren Zahl von Personen, in Aktion.

Dasselbe Kriterium betrachten wir als maßgebend auch rücksichtlich des oben aufgestellten und vertretenen generellen Gemeingefährdungsverbot. Doch dann ist es aufliegend, daß durch die vorgeschlagene Ausscheidung des größten Teils der speziellen Gerährdungsnormen aus dem Gesetze und durch die Subsumierung der betreffenden Gemeingefährdungstypen unter die generelle Norm eine Verrückung in dem gegenwärtigen Stande eintreten müßte, indem dadurch jene stabilisierten Durchschnittsurteile aufgehoben und dann allerdings nur

die wirklichen Gemeinfährdungen, d. h. solche, die es nach dem freien Durchschnittsurteile sind, unter diese generelle Norm fallen würden.

Vor dieser Folge schrecken wir aber keineswegs zurück, im Gegenteil, wir betrachten sie als den einzig richtigen Standpunkt. Es ist nicht abzusehen, warum Handlungen, durch die nur eine einzige Person gefährdet wird, wo es also ausgeschlossen erscheint, daß weitere Personen in den Bereich der Gefahr treten (z. B. die Inbrandsteckung einer Eremitenhütte, die Bewirkung des Sinkens eines Schiffes, auf dem sich nur eine Person befindet u. a. m.) — wenn wir nur die Gefährdung der körperlichen Integrität in Betracht ziehen und von der Bedeutung der Tat als Vermögensdelikt absehen — der höheren auf Gemeingefährdungen gesetzten Strafe unterliegen sollten.

Doch alles von der Gemeingefährdung der körperlichen Integrität von Menschen bisher Angeführte gilt auch von der Gemeingefährdung des Vermögens. Auch hier ist für den Begriff der gemeinen Gefahr der größere Umfang der Gefahr, also der größere Umfang des gefährdeten Vermögens entscheidend. Ob dieser Umfang individuell bestimmt ist oder nicht, ob das gefährdete Vermögen einer oder mehreren individuell bestimmten oder unbestimmten Personen gehört, alles das ist nach unserem Dafürhalten für den Begriff der gemeinen Gefahr belanglos.

Resumierend können wir also sagen: Gemeine Gefahr ist die nach dem Durchschnittsurteile **quantitativ**, d. h. durch die Zahl der gefährdeten Personen oder durch den Umfang des gefährdeten Vermögens größere (große) Gefahr.

Damit treten wir aber einer doppelten in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen:

1. der Meinung, wonach das charakteristische Merkmal der Gemeingefährdung die individuelle Unbestimmtheit der gefährdeten Objekte (Menschen, Vermögen) bildet ohne Rücksicht auf den Umfang derselben (Menschenzahl, Umfang des Vermögens)³⁾ und

2. der Anschauung, daß nur die unbestimmt große Gefahr eine gemeine ist⁴⁾

Wir behaupten, daß auch eine bestimmt große Gefahr eine gemeine sein kann, und zwar selbst dann, wenn die Gefährdungsobjekte individuell bestimmt sind. Es handelt sich ja hier, wie gesagt, um die Gewinnung eines typischen Begriffes, welcher die Grundlage bilden könnte für eine generell höhere Strafwürdigkeit der dadurch gekennzeichneten Gefährdungsdelikte. Und da scheint es uns geradezu wider-

³⁾ Diese Ansicht wird vertreten u. a. von *Berner* 633 f., *Hülschner* II, 603, *Liszt* 480, *Finger* II, 292.

⁴⁾ Dieser Meinung ist namentlich *Rohland* 45 f. und *Gretener*, schweiz. Expertenverhandlungen II, 664.

sinnig zu sein, die betreffenden Bestimmungen auf denjenigen, der da wußte, daß er eine große Gefahr herbeiführe, deshalb nicht zu beziehen, weil er bestimmt wußte, wie groß die herbeizuführende Gefahr ist. Gerade im Gegenteil, ein solcher Täter ist offenbar strafwürdiger als jener, der die Tragweite der durch seine Handlung hervorgerufenen Gefahr nicht kannte und besonders also auch nicht wußte, daß es überhaupt eine große Gefahr sei, die er heraufbeschwört.

Freilich drängt sich dann die Frage auf, ob es sich nicht empfehlen würde, den Begriff der gemeinen Gefahr einfach durch den Begriff der großen Gefahr zu ersetzen. Dagegen würde kein Anstand bestehen, wenn nur der Begriff „große Gefahr“ nicht noch einen anderen Sinn zulassen würde. Es wird damit auch eine gewisse Stufe der Verletzungsmöglichkeit bezeichnet. Wir sprechen von einer großen Gefahr auch dort, wo eine größere Zahl der Bedingungen des Eintrittes der Verletzung bereits erfüllt ist, so daß nur ganz wenig dazu fehlt, daß die Verletzung eintrete. Man bezeichnet also mit dem Begriffe der großen Gefahr auch eine hohe Stufe der Möglichkeit der Verletzung ohne Rücksicht auf das gefährdete Objekt, sonach die Komponente M der oben (S. 153) aufgestellten Formel der inadäquaten Gefahr, während es sich uns hier um den Umfang der Verletzung, also um die Komponente U derselben Formel handelt.

Deswegen empfiehlt es sich, den Begriff „gemeine Gefahr“ beizubehalten, außer man wollte sich im Gesetze einer Umschreibung oder Auslegung bedienen, wie: „Gefährdung einer größeren Zahl von Menschen“, „Gefährdung des Vermögens in größerem Umfange“ u. a., welche vielleicht den Vorteil einer größeren Bestimmtheit hätten, in technischer Beziehung aber nicht so handlich sind.

Übrigens ist der Ausdruck „gemeine Gefahr“ in unserer Auffassung ganz zutreffend: die Individualität der gemeinsam gefährdeten Einzelpersonen tritt in den Hintergrund; an ihre Stelle tritt die Rechtsgenossenschaft (Gemeinde), indem sie deren Sache als die eigene erklärt.

§ 17.

Die höheren Grade der bewussten Schuld.

Es erübrigt, noch den Beweis zu erbringen, daß es nicht nottue, wie *Löffler* (S. 10) vorschlägt, die höheren Grade der bewussten Schuld von dieser abzutrennen und mit der Absicht zu vereinigen, sondern daß die ganze bewußte Schuld grundsätzlich ungeteilt belassen werden könne.

Es handelt sich um das Bewußtsein der Notwendigkeit oder mindestens einer hohen Wahrscheinlichkeit, mithin um solche Fälle, wo der Täter weiß, daß ein bestimmter, nicht beabsichtigter Ver-

letzungserfolg aus seiner Handlung notwendigerweise oder mit der größten Wahrscheinlichkeit entstehen wird.

Bereits oben (im § 5 und § 12 ad II) wurde auf den grundsätzlichen Unterschied der Absicht und des Bewußtseins von der Notwendigkeit des rechtswidrigen Erfolges hingewiesen, der sich in dem verschiedenen Grade der verbrecherischen Energie offenbart, indem der Täter es dort (bei der Absicht) auf die Verletzung als Zweck seiner Handlung geradezu abgesehen hat und sich sein Opfer zu diesem Behufe eventuell selbst sucht, während er hier (bei dem Notwendigkeitsbewußtsein) nur deswegen den rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, weil das fremde Rechtsgut seinem (vielleicht ganz unbedenklichen) Ziele im Wege steht, mit anderen Worten, weil die zur Erreichung seines Zieles erforderliche Handlung sich mit der Integrität des fremden Rechtsgutes in Kollision befindet.

Dort wird der Pfeil der Kausalität vom Täter direkt gegen das fremde Rechtsgut abgeschossen, hier gegen ein ganz anderes Ziel und wird in dem letzteren Falle nur deswegen eine Verletzung des fremden Rechtsgutes herbeigeführt, weil dieses dem Pfeil in den Weg kam oder der Pfeil über das Ziel hinausschoß, oder von seiner Richtung abgewichen ist oder im Fluge sich zerspaltete und so die nicht beabsichtigte, wenn auch als unausweichlich vorausgesehene Verletzung verursachte.

Wir haben ferner auf das problematische Wesen des Begriffes der Notwendigkeit in der besprochenen Beziehung aufmerksam gemacht. Es kann nur von einer psychologischen, subjektiven Notwendigkeit die Rede sein; der Täter hat in Anbetracht seiner eigenen oder fremder Erfahrungen keinen Zweifel darüber, daß der Verletzungserfolg eintreten wird. Ist ihm dieser aber unerwünscht, stellen sich, wie die psychologische Beobachtung lehrt, Zweifel, auch wenn sie logisch vielleicht ganz unhaltbar sind, von selbst ein.

Doch hier handelt es sich um die Frage, ob ungeachtet dieser grundsätzlichen Verschiedenheit solche schwere Fälle der bewußten Schuld hinsichtlich der Strafbarkeit nicht mit der Absicht gleichzustellen wären. In dieser Beziehung helfen theoretische Erwägungen nicht viel, hier muß die Kasuistik zu Rate gezogen werden: Fälle des Bewußtseins von der Notwendigkeit eines recht schweren Verletzungserfolges, entschieden also Fälle, die das wertvollste Rechtsgut, das menschliche Leben betreffen.

Ein wahres Prachtexemplar dieser Sorte ist unstreitig der bekannte, in der Literatur lebhaft besprochene Fall „Thomas“. Der Vollständigkeit halber und zwecks Auffrischung der vielleicht schon etwas verwischten Erinnerung sei erwähnt, daß Thomas im Jahre 1875 mittelst einer mit Dynamit gefüllten Höllenmaschine das zu einer Fahrt von Bremerhaven nach Amerika bestimmte Schiff „Mosel“ zu dem Zwecke

vernichten wollte, um sich mit der hohen Versicherungssumme zu bereichern. Die Höllenmaschine sollte nach seiner Berechnung erst während der Seefahrt losgehen, explodierte aber wider Erwarten bereits gelegentlich des Transportes auf das Schiff in Bremerhaven, wobei zahlreiche zur Zeit der Explosion am Strande und auf dem Schiffe befindliche Personen teils verletzt, teils auch getötet wurden.

Binding (II S. 436 f.) gibt sich auf vollene Seiten die redlichste Mühe, den Beweis zu erbringen, daß Thomas die dolose Tötung (Mord), und zwar nicht bloß der auf dem Schiffe, sondern auch der am Strande getöteten Menschen zur Last falle, ferner Mordversuch betreffs aller bei der Explosion nicht getöteten Personen, welche mit der „Mosel“ nach Amerika gehen wollten, und endlich vorsätzliche schwere Körperverletzung der übrigen am Strande verletzten Menschen. Bestimmend ist für *Binding*, daß Thomas gewußt habe, der Untergang des Schiffes werde notwendigerweise auch das Verderben der auf demselben befindlichen Personen zur Folge haben, dann daß er sich gewiß auch dessen bewußt gewesen sei, die Maschine könne früher losgehen und eine derartige Kalamität herbeiführen und daß er desungeachtet die Handlung vorgenommen habe.

Aus demselben Grunde wird auch von *Lucas* (S. 52 f.) dem Thomas Tötungsabsicht hinsichtlich aller Personen zugerechnet, die sich zur Zeit der Explosion in der Nähe, sei es auf dem Schiffe, sei es anderswo, befunden haben; *Lucas* sieht in diesem Falle ein interessantes Beispiel des Eventualvorsatzes.

M. E. Mayer (S. 161 f.) behandelt nur die Eventualität, wenn sich der Vorfall so abgespielt haben würde, wie Thomas sich ihn vorgestellt hat, d. i. wenn die Höllenmaschine während der Fahrt auf hoher See in Aktion getreten und das Schiff mit Mann und Maus zugrunde gegangen wäre. Nach *Mayer* ist Thomas direkter Tötungsvorsatz zuzurechnen, weil ihm nicht gleichgültig sein konnte, ob Zeugen des Vorfalles am Leben bleiben würden oder nicht. Freilich kommt *Mayer* hier ein wenig in Verlegenheit mit seiner Motivtheorie, weil er zugeben muß, daß die Handlung des Thomas durch die Vorstellung des Unterganges des versicherten Schiffes motiviert war und nicht durch die Darstellung des Unterganges der Besatzung. Infolgedessen sieht sich *Mayer* veranlaßt, seine Konstruktion des direkten Vorsatzes dahin zu modifizieren, daß er direkter Vorsatz auch in dem Falle annimmt, „wenn die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg als integrierender Bestandteil einer umfassenderen Vorstellung Motiv der Handlung ist“. Das Motiv der Handlung des Thomas war allerdings — so argumentiert *Mayer* — die Vorstellung vom Schiffsuntergang, da jedoch mit dieser Vorstellung die Vorstellung von der Vernichtung der Besatzung unzertrennlich verbunden ist, war auch die

Vorstellung von der Menschenvernichtung als integrierender Bestandteil jener umfassenderen Vorstellung (vom Schiffsuntergang) Motiv der Handlung. Wie man sieht, ein stark sophistisch angehauchtes Argument, abgesehen davon, daß es für jede Theorie ziemlich bedenklich ist, wenn ein einziger praktischer Fall sie zwingt zu derartigen wesentlichen Abänderungen und Komplementen Zufucht zu nehmen. Es kann dann eine solche Explosion leicht nicht nur für Schiff und Besatzung, sondern auch für die betreffende Lehre verhängnisvoll werden.

Nach unserer Theorie kann die Subsumption des behandelten Falles¹⁾ keinerlei Schwierigkeiten begegnen. Thomas bezweckte offenbar das Schiff zu zerstören, um die Versicherungssumme zu erhalten. Dabei war es ihm wohlbekannt, daß der Untergang des Schiffes, besonders auf hoher See, mit Notwendigkeit oder wenigstens mit der höchsten Wahrscheinlichkeit das Verderben der darauf befindlichen Menschen zur Folge haben wird. Gewiß war er sich auch dessen bewußt, daß die Sprengmaschine früher, als berechnet, ja sogar früher, bevor sie auf das Schiff geschafft werden würde, losgehen könne, und selbstredend war auch die für das Leben der beteiligten Personen damit verbundene Gefahr kein Geheimnis für ihn.

Daß er es nicht auf die Verletzung der außerhalb des Schiffes befindlichen Personen abgesehen hatte, ist wohl zweifellos. In dieser Beziehung kann ihn daher nur bewußte Schuld treffen. Ob er aber mit dem Schiffe auch die darauf zur Zeit der Explosion befindlichen Menschen zu verletzen bezweckt hat, läßt sich meines Erachtens nicht allgemein beantworten, das ist eine quaestio facti. Zweifellos konnte Thomas deren Verderben herbeiwünschen aus Furcht vor Entdeckung der Ursache der Katastrophe. Ja er konnte zur Verwirklichung dieses seines Wunsches auch positiv tätig sein, z. B. die Maschine auf eine Zeit richten, zu der das Schiff sicher auf hoher See sein wird, eine so große Menge Dynamit dazu verwenden, daß das ganze Schiff hätte zertrümmert werden und augenblicklich untergehen müssen, damit keine Zeit zur Rettung bleibt, die Rettungsboote anbohren, die Rettungsgürtel beschädigen. In diesem Falle wäre zweifellos auch die Vernichtung der Schiffsbemannung von ihm bezweckt und er des vollbrachten beziehungsweise versuchten Mordes schuldig.

Thomas konnte aber im Gegenteil auch nur die Zerstörung des Schiffes, nicht auch den Untergang der Besatzung wünschen; er konnte eventuell auch zu diesem Zwecke die Explosion so einrichten, daß sie womöglich nächst der Küste erfolge, zahlreiche Rettungsboote und Rettungsgürtel beschaffen, u. a. m. Dann könnte aber, und ebenso auch

1) Weitere diesen Fall betreffende Ansichten und Literaturangaben finden sich bei *Binding* II, S. 437 Anm. 645.

in dem Falle, wenn ihm das Schicksal der Besatzung gleichgültig war, nicht von der Absicht, sondern nur von der bewußten Schuld die Rede sein, d. h. von der bewußten Gefährdung der auf dem Schiffe befindlichen, der mit der Einschiffung der Höllenmaschine beschäftigten und überhaupt aller in der Nähe derselben verweilenden Personen.

Und zu welchem Zwecke ist diese Gefährdung verübt worden? Zweifellos, um sich zu bereichern, und zwar auf betrügerische Art zu bereichern, mithin zur Verübung einer (anderen) strafbaren Handlung. Wie wir gesehen haben, steht dieser Zweck auf dem Nullpunkte unserer Sozialmäßigkeitsskala; es ist mithin ein Zweck, in Anbetracht dessen wir selbst eine geringe Gefährdung der körperlichen Integrität auch nur eines einzigen Menschen nicht dulden würden. Thomas hat aber eine ganze Menge von Menschen in Gefahr gebracht (gemeine Gefahr), und zwar in die Gefahr, um das Leben, also um das wertvollste Rechtsgut zu kommen, und hat nebstdem auch die größte, beinahe an Gewissheit grenzende Verletzungsmöglichkeit bewirkt. Es belastet ihn mithin das Maximum aller drei Komponenten U, W und M unserer Formel der inadäquaten Gefahr (S. 153) und es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß er mit vollem Recht die höchste Strafe verdient hat, die auf Herbeiführung einer gemeinen Gefahr für das Leben von Menschen gesetzt ist.

Freilich darf man nicht vergessen, daß sich der Vorfall im Jahre 1875, also vor der Erlassung des deutschen Sprengstoffgesetzes (vom Jahre 1884) ereignet hat und daß somit kein geeignetes, genügend scharfes Strafgesetz zur Hand war. Dadurch dürfte sich wenigstens zum Teile das hartnäckige Bestreben erklären, die Tat um jeden Preis unter die vorsätzliche Tötung zu subsumieren.

Zwei andere markante Fälle des Bewußtseins von der Notwendigkeit oder wenigstens der größten Wahrscheinlichkeit eines nicht beabsichtigten Erfolges wurden anlässlich der den *dolus eventualis* betreffenden Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages (4. Bd. S. 273) angeführt. Einer von ihnen ist das bekannte Niederwalder Attentat, wobei ein Anarchist eine Schankbude durch Dynamit teilweise zerstörte. Das Reichsgericht hat ihn auch wegen Versuches der vorsätzlichen Tötung (Mord) jener Personen, die sich zur Zeit darin befanden, schuldig gesprochen.

Der zweite Fall ist ein typisches Schulbeispiel: jemand wirft eine Bombe auf die Gasse in der Absicht, seinen Feind zu töten, obgleich er sich der Wahrscheinlichkeit bewußt ist, daß auch andere gerade vorübergehende Personen getötet werden. Wenn wirklich nicht jener Feind, sondern jemand anderer getötet wurde, legt die Lehre vom eventuellen Vorsatze dem Täter nebst der versuchten Tötung des Feindes die vollbrachte vorsätzliche Tötung des anderen zur Last.

Also Dynamit und wieder Dynamit! In allen drei Fällen handelt es sich nach unserer Theorie um bewußte Gemeingefährdung, und zwar in dem letzterwähnten Schulbeispiele zu mörderischem Zwecke, in den ersteren zwei der Wirklichkeit entnommenen Fällen (Thomas und Niederwaldattentat) mindestens zum Behufe der Verübung einer (anderen) strafbaren Handlung, mithin zu höchst antisozialen Zwecken.

Wir glauben, daß gerade diese Sozialwidrigkeit des Zweckes die Hauptursache der durch diese zweifellos abscheulichen Verbrechen hervorgerufenen allgemeinen Erbitterung ist, und daß, wenn es im Falle „Thomas“ sich beispielsweise um den Transport einer zu kriegerischen Operationen gegen den Feind bestimmten Höllenmaschine gehandelt hätte, es niemandem eingefallen wäre, betreffs der bei der Einschiffung der Maschine beschäftigten und auch der am Schiffe befindlichen Personen von Vorsatz zu sprechen, wenn auch der Grad der Gefährdung dieser Personen vollkommen gleich und dem Täter ebensogut bekannt gewesen wäre.

Wie man sieht, wird die verdiente strenge Ahndung der bezeichneten drei und aller anderen ähnlichen Fälle ermöglicht durch angemessen hohe Strafsätze auf bewußte Herbeiführung gemeiner Gefahr für Menschenleben mit Auszeichnung der auf Tötung oder Verletzung auch nur eines Menschen gerichteten Absicht.

Wir wären selbst damit einverstanden, daß die Gemeingefährdung durch Sprengstoffe als *delictum sui generis*, als besonders strafbarer Fall einer Gemeingefährdung belassen und daß in der betreffenden Spezialnorm wiederum durch noch schärfere Strafe nicht nur die auf Körperverletzung gerichtete Absicht, sondern überhaupt die Anwendung von Sprengstoffen zu verbrecherischen Zwecken, z. B. zu Sachbeschädigung, Versicherungsbetrug (Fall „Thomas“) u. a. ausgezeichnet werde. Freilich dürfen wir dabei nicht in der Weise vorgehen, wie der schweizerische Kommissialentwurf, welcher die ursprüngliche Bestimmung des Art. 139 des *Stooss'schen* Entwurfs II:

„Wer das Leben von Menschen oder fremdes Eigentum durch Sprengstoffe vorsätzlich gefährdet . . .“
durch die Bestimmung (Art. 155) ersetzte:

„Wer Sprengstoffe zu verbrecherischen Zwecken gebraucht . . .“

Denn da im Art. 158 die Bestimmung des Art. 142 des *Stooss'schen* Entwurfs beibehalten wurde:

„Wer das Leben von Menschen oder fremdes Eigentum fahrlässig durch Sprengstoffe gefährdet . . .“
ist hier offenbar eine Lücke entstanden; die Fälle der vorsätzlichen

(bewußten) Gefährdung zu anderen als verbrecherischen Zwecken würden weder unter Art. 155 noch unter Art. 158 fallen.

Doch auch der Zweck einer bewußten Einzelgefährdung und selbstredend auch einer solchen Verletzung kann mitunter so antisozial sein, daß eine solche Handlung strenge Ahndung verdient. Dazu müssen die bewußte Einzelgefährdungen beziehungsweise ebensolche Verletzungen regelnden Bestimmungen geeignete Mittel bieten. Deshalb ist es nötig beispielsweise dort, wo der Gesetzgeber mit zwei Arten der Freiheitsstrafe, einer schwereren und einer leichteren, operiert, auf die bewußte Schuld in der Regel beide Arten zu setzen, also zwei Strafsätze aufzustellen.

Dabei darf man aber nicht vergessen, daß diese Maßregel weit mehr aus Rücksichten auf die verschiedenen Stufen der Sozialmäßigkeit und Sozialwidrigkeit des Zweckes, als im Hinblick auf die verschiedenen Grade der dem Täter bekannten Verletzungsmöglichkeit erforderlich ist. Deswegen ist dieses Mittel auch geeigneter als die von *Löffler* beantragte Verbindung der höheren Grade der Wissentlichkeit mit der Absicht, welche die Berücksichtigung des sozialen Zweckes der bewußt schuldhaften Handlung eventuell unmöglich machen würde.

Daß es sich in einzelnen Fällen empfiehlt den höheren Grad des Möglichkeitsbewußtseins bei der bewußten Schuld (Überzeugung, Bewußtsein von der Gewißheit) für strafbarer oder selbst für ausschließlich strafbar zu erklären, davon war oben (§ 15) die Rede gewesen.

§ 18.

Die Erfolgshaftung.

Wie schon oben (S. 94) flüchtig erwähnt worden, steht das geltende Recht auf dem Standpunkte der sogenannten Erfolgshaftung, d. h. es macht den Täter grundsätzlich für alle aus seiner schuldhaften Handlung entstehenden Folgen verantwortlich. Wenn daher das Gesetz mit einem bestimmten schwereren Erfolge auch eine höhere Strafe verbindet, verwirkt der Täter diese höhere Strafe — falls das Gesetz nicht ausdrücklich bei einzelnen Delikten eine abweichende Bestimmung enthält — schon infolge der bloßen Tatsache, daß jener schwerere Erfolg eingetreten ist, ohne Rücksicht darauf, welche Schuldform das Grunddelikt erfordert und ob diese Schuldform auch hinsichtlich des gedachten schwereren Erfolges vorliegt, ja ohne Unterschied ob überhaupt ein Verschulden in bezug auf diesen Erfolg den Täter trifft oder nicht. Die Relation seiner Psyche zu dem schwereren Erfolge ist hier völlig gleichgültig; der Täter verantwortet auch den Zufall; der

schwerere Erfolg ist — wie man sagt — nur objektive Voraussetzung für die Anwendung des höheren Strafsatzes.

Dies ist, wie die große Mehrzahl der Kriminalisten und die Judikatur darüber einig sind, der Standpunkt sowohl der österreichischen als auch der reichsdeutschen geltenden Strafgesetze¹⁾.

Ganz unverhohlen fand der gedachte Grundsatz Anerkennung in neuerer Zeit im § 4 des österreichischen und im § 5 des deutschen Sprengstoffgesetzes, wo lebenslänglicher schwerer Kerker bzw. Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe auf den tödlichen Erfolg schlechthin und nebst dem Todesstrafe auf den Fall gesetzt ist, wenn der Täter den tödlichen Erfolg hätte voraussehen können, mit anderen Worten, wenn ihm hinsichtlich dieses Erfolges wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt. Daraus ergibt sich klar genug, daß der erstere Strafsatz eben nur den Fall betrifft, wo der Täter den letalen Erfolg nicht voraussehen konnte, mithin wo ihn in dieser Beziehung nicht einmal Fahrlässigkeit trifft, sondern wo bloß ein Zufall im Spiele ist.

Mit Genugtuung können wir aber konstatieren, daß in der Strafrechtswissenschaft der neueren Zeit die Anschauung zum Durchbruch kommt, wonach der gedachte Grundsatz der Verantwortung des Erfolges ohne Rücksicht auf das subjektive Verschulden mit der Gerechtigkeitsidee ganz unvereinbar ist.

Wir haben es offenbar mit einem Auswuchse des berüchtigten Satzes: „*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*“, zu tun, der aus dem kanonischen Rechte übernommen und mit Unrecht zu einem allgemeinen Prinzip erhoben wurde. Die Wurzeln dieses Prinzips sind aber zweifellos in der an der Wiege des Strafrechts vielleicht aller Völker zu treffenden Anschauung zu suchen, wonach nur der Erfolg der Handlung für ihre Strafbarkeit maßgebend ist. Die Unterscheidung der Schuld von dem bloßen Zufalle repräsentiert sich uns bereits als eine gewisse höhere Stufe der Rechtsentwicklung und noch höher steht selbstredend das Auseinanderhalten verschiedener Grade der Strafschuld (Vorsatz — Fahrlässigkeit).

Nach und nach begann sich das Strafrecht auch von der Idee zu emanzipieren, daß nur der wirkliche Eintritt eines Verletzungserfolges

1) Vgl. darüber hinsichtlich des reichsdeutschen Rechtes *Liszt* S. 139 f. und die auf Seite 140 Anm. 7 angeführte Literatur, ferner *Bekker* I, 531, *Merkel* 91 f. *Bruck* 98 f., *Lucas* 58 f. Im österr. Rechte knüpft sich an diese Frage die bekannte Kontroverse, ob der indirekte Vorsatz nach § 1 St.G. hinsichtlich des nicht beabsichtigten schwereren Erfolges wenigstens Fahrlässigkeit voraussetzt, oder ob der schwerere Erfolg nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist; vgl. hierüber u. a. *Löffler* 189 f., *Busch* 63 f., *Finger* I, 138 f., 180 u. II, 19 f., 32 f., *Lammasch* 19 und *Storch* im *Sborník věd právních a státních* I, 42.

die Schuld begründen könne. Der entwickelte Begriff des Versuchs und die ganze Kategorie der Gefährdungsdelikte sind allerdings schon die gegenwärtig vorliegenden Endergebnisse dieses Prozesses.

Doch das Strafrecht darf in dieser Phase nicht stehen bleiben, es muß fortschreiten auf der begonnenen Bahn, die zur gänzlichen Befreiung von der Erfolgsherrschaft führt.

Daß bei Völkern auf der niedrigsten Stufe der Kultur, mit noch rudimentären Rechtsbegriffen, der äußere Verletzungserfolg den ausschließlichen Maßstab für die durch die Tat hervorgerufene Erregung und mithin auch für die Intensität der Gegenmaßregeln, mit welchen die Gesellschaft auf die Tat reagierte, gebildet hat, kann uns nicht befremden. Auch das ist schließlich begreiflich, daß bisher die Rechtsgüterverletzung der wichtigste und stärkste Impuls ist, welcher den Apparat der strafbaren Gerechtigkeit in Bewegung setzt. Aber weiter darf die Bedeutung des Verletzungserfolges im modernen Rechte nicht gehen; insbesondere soll dieser nicht der ausschließliche Maßstab der Strafbarkeit, und zwar selbst dort nicht sein, wo es sich nur um eine Erhöhung des Grundstrafsatzes mit Rücksicht auf den schwereren Erfolg handelt. Diese partie honteuse des geltenden Rechts muß endlich verschwinden. Fraglich ist allerdings, mit welchen Mitteln dies zu erreichen sein wird.

Ein Anlauf dazu findet sich im Art. 374 des italienischen Strafgesetzes (vom J. 1890), wonach der Umstand, daß die Körperverletzung schwerere Folgen nach sich gezogen hat, als beabsichtigt war, zur Folge hat, daß die in den vorangehenden Artikeln auf die durch solche schwerere Folgen qualifizierten Delikte gesetzten Strafen um ein Drittel bis zur Hälfte herabgesetzt werden.

Daß diese Bestimmung ganz ungenügend ist, davon abgesehen, daß sie nur Körperverletzungen betrifft, ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz sich gar nicht darum kümmert, ob eine und was für eine Schuld hinsichtlich der nicht beabsichtigten Folgen den Täter trifft und was für Folgen eigentlich beabsichtigt waren, sondern daß die auf die Herbeiführung der wirklich eingetreten Folgen sonst gesetzten Strafen willkürlich herabgesetzt werden.

Von den Entwürfen ist Art. 39 Absatz 2 des russischen Entwurfs vom J. 1881 anzuführen:

„Zur Strafe wird nicht angerechnet der Erfolg einer, wenn auch vom Gesetze bei Strafe verbotenen Handlung, den der Täter nicht voraussehen oder abwenden konnte.“

Diese Bestimmung ist in nachstehender Fassung in den Kommissionsentwurf vom J. 1895 übergangen:

„Zur Schuld wird nicht zugerechnet die strafbare Handlung, welche der Täter nicht voraussehen oder abwenden konnte.“

Freilich wird der löbliche Zweck dieser Bestimmung zum Teile aufgewogen durch den schlaunen Vorbehalt der Motive (S. 142), wonach, falls dem Täter gewisse Folgen ohne Rücksicht auf die Voraussicht oder gar ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Voraussicht derselben zugerechnet werden sollen, dies als Ausnahme im Gesetze ausdrücklich hervorzuheben ist. Mithin liegt eine Änderung offenbar nur darin, daß in Hinkunft die subjektive Erfolgshaftung Regel und die objektive Ausnahme sein soll, während dies bisher umgekehrt war.

Auch der österreichische Regierungsentwurf vom J. 1891 sucht das oben bezeichnete Ziel durch eine ähnliche Bestimmung (§ 55 Abs. 3) zu erreichen, die auch in den Ausschußentwurf vom J. 1893 (§ 54 Abs. 3) wörtlich übergangen ist:

„Hat eine Handlung Folgen nach sich gezogen, welche der Schuldige zur Zeit der Tat voraussehen nicht vermochte und welche nach der Tat abzuwenden nicht in seiner Macht lag, so finden auf ihn die von dem Eintritt solcher Folgen bedingten strengeren Strafbestimmungen keine Anwendung.“

Hiernach fordert sowohl der russische als auch der österreichische Entwurf zur Zurechnung der schwereren Folgen mindestens die Möglichkeit der Voraussicht, also Fahrlässigkeit; liegt nicht wenigstens diese vor, ist sonach der schwerere Erfolg nur zufällig, findet die erhöhte Strafe nur dann Anwendung, wenn der Täter die schwereren Folgen nach der Tat abwenden konnte, dies aber unterließ²⁾.

Die letztere Erweiterung des Anwendungsgebietes der erhöhten Strafsätze scheint nicht unbedenklich zu sein. Denn sicher ist wohl, daß das, was der Täter nach der Handlung tun konnte und tat oder nicht tat, keinen Einfluß haben kann auf die für die Schuld einzig entscheidende Tatsache, was für eine Relation seiner Psyche zu dem Verletzungserfolge zur Zeit der Tat bestand. Da aber von der Abwendung des Erfolges die Rede ist, muß man annehmen, daß es sich um einen noch nicht eingetretenen Erfolg handelt und nicht etwa um die Sanierung eines bereits geschehenen. Andererseits wird vorausgesetzt, daß der Täter erst nach beendeter Handlung (Körperbewegung) sah, welchem Erfolge sie zustrebt; denn hat er dies vor Beendigung der Handlung erkannt und dieselbe dennoch vollführt, so hat er den Erfolg vorausgesehen und daher die höhere Strafe ohnehin verwirkt. Es handelt sich hiernach nur um das Intervall zwischen der beendigten Handlung (Körperbewegung) und dem Eintritte des Erfolges; der Täter ist, falls er in dieser Zeitspanne bemerkt, daß die Kausalitätskette

²⁾ Siehe die Motive des österr. Regierungsentwurfs S. 68. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch der norwegische Entwurf im Art. 43. Vgl. hierüber *Seuffert* in den Mitteilungen der Intern. krim. Vereinigung 9. Bd. (1901) S. 134 und *Miler* daselbst 10. Bd. (1902) S. 72.

sich in der Richtung auf einen schwereren Erfolg aufrollt, verpflichtet, wenn möglich, einzugreifen und den schwereren Erfolg abzuwenden, sonst verwirkt er die höhere auf die Herbeiführung dieses Erfolges bestimmte Strafe.

Der Fälle, wo in diesem Intervall eine Abwendung des schwereren Erfolges möglich ist, dürften kaum viele sein, und wenn ein derartiger Fall vorkommt, ist der schwerere Erfolg dem Täter wohl ohne weiteres zum Vorsatze anzurechnen. Denn es liegt dann der bekannte Fall der vorsätzlichen (nach unserer Theorie mindestens bewußten) Unterlassung einer Handlung, zu welcher das vorausgehende positive Tun verpflichtet, vor. Deswegen halten wir den gedachten Zusatz mindestens für überflüssig.

Das, was sonst noch in den zitierten Bestimmungen des österreichischen und des russischen Entwurfs enthalten ist, nämlich die Ausschließung der Verantwortlichkeit für nicht voraussehbare Folgen, reicht bei weitem noch nicht hin, um der individualisierenden Gerechtigkeit Rechnung zu tragen. Damit ist nur das gröbste Unrecht des geltenden Rechtes, d. i. die Zufallshaftung, beseitigt; für die Unterscheidung, ob der schwerere voraussehbare Erfolg aus Fahrlässigkeit oder vorsätzlich oder gar absichtlich herbeigeführt wurde, ist dadurch noch nicht vorgesorgt. Wer einem anderen absichtlich beide Augen aussticht, unterliegt nach dem österreichischen Entwurf (ebenso wie nach dem geltenden Strafgesetze) demselben Strafsatze wie derjenige, welcher jemandem in feindseliger Absicht mit einem Stocke einen Schlag in das Gesicht derart unglücklich versetzt, daß der Mißhandelte infolgedessen das Sehvermögen auf beiden, ja auch nur auf einem Auge verliert³⁾. Und doch, welcher gewaltige Unterschied des subjektiven Verschuldens in beiden Fällen!

Einen weiteren Schritt nach vorwärts macht der schweizerische Kommissionsentwurf, welcher rücksichtlich der Körperverletzung ebenfalls unvorsehbare schwerere Folgen von der Verantwortlichkeit ausschließt (Art. 66), nebst dem jedoch durch Strafe unterscheidet, ob dem Täter in bezug auf die voraussehbaren schwereren Folgen Vorsatz oder bloß Fahrlässigkeit zur Last fällt (Art. 63—65). Also zweifellos ein anerkannter Fortschritt; trotzdem sind diese Bestimmungen noch nicht als völlig entsprechend zu betrachten. Denn einerseits beschränken sie sich auf die Körperverletzung, andererseits würden auch sie angesichts der herrschenden Lehre vom Eventualvorsatz die Unter-

³⁾ Im § 225 d. St.G. ist dieser Übelstand durch die Aufstellung eines höheren Strafsatzes für den Fall, daß die schwere Körperverletzung beabsichtigt war, beseitigt. Vgl. dazu § 103 des österr. Entwurfs vom J. 1891, wonach die Verletzung der Ehrfurcht gegen den Kaiser milder bestraft wird, wenn in der Handlung nicht die Absicht zu beleidigen vorliegt.

stellung der beiden erwähnten Erblindungsfälle unter denselben Strafsatz nicht vereiteln können.

Wenn wir die Schuld in einer bestimmten Relation des Inneren des Täters zu einem schädlichen Erfolge erblicken und drei Schuldformen, nämlich Absicht, Wissentlichkeit und Fahrlässigkeit, unterscheiden, so scheint es uns zweifellos zu sein, daß diese Relation auch in dem Falle zu prüfen und einer dieser Formen zu unterstellen ist, wenn das Gesetz auf den Eintritt eines schwereren Erfolges eine schärfere Strafe setzt. Der offenbar nur auf Rücksichten der legislativen Technik zurückzuführende, somit vom sachlichen Standpunkte mehr zufällige Umstand, ob ein solcher höherer Strafsatz äußerlich mit der Grundnorm verknüpft oder zum Gegenstande einer selbständigen, von der Grundnorm formell unabhängigen Bestimmung gemacht wurde, kann doch in der gedachten Richtung keine Bedeutung haben. Ob neben dem Paragraphen: „Wer einen Menschen leicht am Körper verletzt...“ ein zweiter selbständiger Paragraph: „Wer einen Menschen schwer am Körper verletzt...“ aufgestellt oder beide zu der Bestimmung vereinigt werden: „Wer einen Menschen (leicht) am Körper verletzt... Hat die Handlung eine schwere Verletzung zur Folge...“ ist damit noch keineswegs gesagt, daß im ersteren Falle die Relation der Psyche des Täters zu dem schweren Erfolge entscheidend, im letzteren gleichgültig sei.

Wir behaupten: Überall dort, wo der Gesetzgeber von den verschiedenen Graden einer Rechtsgüterverletzung, sei es die Qualifikation des Deliktes (als Verbrechen, Vergehen usw.), sei es den Strafsatz abhängig macht, erlangt dadurch hinsichtlich der Frage des subjektiven Verschuldens jeder so qualifizierte Erfolg selbständige Existenz, geradeso, als ob er Gegenstand eines *delictum sui generis* wäre.

Alle unsere drei Formen müssen in bezug auf einen solchen schwereren Erfolg in Aktion treten. Damit soll aber noch nicht gesagt sein, daß in solchen Fällen an jede von diesen Formen eine verschiedene Strafe sich knüpfen müßte. Das kommt ja auch bei dem Grunddelikte nicht immer vor. Wir meinen damit nur soviel, daß der Gesetzgeber in Ansehung eines solchen schwereren Erfolges sich mit allen drei Schuldformen befassen, wenn er es als zweckmäßig findet, sie durch Strafe auseinanderhalten, jedenfalls aber keinem Zweifel darüber Raum lassen soll, welche Schuldformen in dem durch schwereren Erfolg bedingten Strafsatze umfaßt sind.

Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint es zweifellos, daß die Schuld des Täters in einem und demselben Falle in bezug auf verschiedene Grade einer Rechtsgüterverletzung verschiedene Formen

annehmen kann, geradeso, als wenn es sich um verschiedene Rechtsgüter handelt. Wie ich durch dieselbe Handlung absichtlich fremdes Eigentum und zugleich wissentlich oder fahrlässig den menschlichen Körper verletzen kann, ebenso kann ich eine Handlung vornehmen in der Absicht, jemanden leicht zu verletzen, und mir dabei der Möglichkeit bewußt sein, daß ich ihn schwer verletzen werde. Z. B. ich will, um zu zeigen, wie geschickt ich bin, jemanden mit dem Messer am Augenlid unbedeutend ritzen, obgleich ich weiß, daß er dabei ums Auge kommen kann. Das scheint uns so selbstverständlich, daß es wohl keines weiteren Beweises bedarf⁴⁾.

Liegen mehrere solche quantitative Grade einer bestimmt gearteten Rechtsgüterverletzung vor, dann ist offenbar eine beträchtliche Anzahl von Kombinationen möglich, wodurch sich die Sache etwas kompliziert. Doch wir erblicken die Aufgabe des Gesetzgebers eben darin, daß er alle möglichen Kombinationen durchführe, die auseinanderzuhaltenden auseinanderhalte, die zu vereinigenden vereinige und im Gesetze in ein übersichtliches und durchsichtiges System bringe. Findet er dazu in einer Theorie geeignete Elemente, welche ihm dies ermöglichen, dann ist es der beste Beweis ihrer Richtigkeit und legislativen Tauglichkeit.

Wollen wir mit unserer Theorie in der gedachten Beziehung die Probe machen und uns zu diesem Zwecke wieder auf unser Versuchsfeld — die Kategorie der Delikte gegen die körperliche Sicherheit — hinausbemühen.

Damit meinen wir die strafbaren Handlungen gegen die Integrität des menschlichen Körpers im weitesten Sinne, also einschließlich der Delikte gegen die Sicherheit des Lebens. Denn wir betrachten das Leben als ein Rechtsgut, welches sich von der körperlichen Unversehrtheit im engeren Sinne nicht qualitativ, sondern nur quantitativ unterscheidet⁵⁾. Ist ja das Leben nur die Resultierende der Funktionen der einzelnen Teile und Organe des Körpers, nur durch die Gefährdung oder Verletzung eines oder mehrerer von diesen, beziehungsweise ihrer Funktionen, kann das Leben gefährdet oder vernichtet werden. Daher ist in der Tötungsabsicht die Verletzungsabsicht *eo ipso* enthalten⁶⁾; ist ja doch die Verletzung zwecks

4) Anders *Binding* II, 418 f. und 517 f. auf Grund seiner Normentheorie.

5) Anders wieder *Binding* II, 425.

6) Anderer Meinung *Liszt* 151, *Frank* Kommentar § 216 III, *Kohlrausch* 97 f. Wenn *Frank* cit. meint: „Der Mann, der seine von Schmerzen gefolterte Frau töten und ihr so weiteres Leiden ersparen will, will sie eben töten, und er hätte die auf Tötung gerichtete Handlung sicher unterlassen, wenn er vorausgesehen hätte, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen werde“, so beweist dies für den behaupteten Mangel eine Verletzungsabsicht ebensowenig, wie man z. B. den Brand-

der Tötung beabsichtigt. Die Irreparabilität, welche Merkmal der Lebenszerstörung ist, ist doch auch vielen Körperverletzungen im engeren Sinne eigen. Das Leben ist die Grundbedingung, somit das Minimum der Körperintegrität und naturgemäß ist daher umgekehrt seine Gefährdung oder Vernichtung der höchste Grad der Gefährdung beziehungsweise Verletzung des Körpers.

Was die Körperverletzung im engeren Sinne des Wortes anbelangt, wird im Gesetze die schwere und leichte Körperverletzung auseinanderzuhalten sein. Was schwere Körperverletzung ist, muß der Gesetzgeber selbst bestimmen; denn tut er es nicht — nach dem Beispiele des Art. 63 des schweizerischen Kommissionsentwurfs und des zweiten Deliktsfalles des § 152 österr. St.G. (schwere Verletzung) — so ist der Richter auf die sachverständigen Ärzte angewiesen, welche, da ihre Wissenschaft für diese Unterscheidung namentlich in bezug auf die Mittelformen (Übergangsformen) ihnen keine Handhabe bietet, nach ihrem eigenen willkürlichen Ermessen zu entscheiden gezwungen sind.

Andererseits empfiehlt es sich nicht, die Grenze zwischen der schweren und leichten Körperverletzung nach der Dauer der Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit zu bestimmen, wie es im ersten Deliktsfalle des § 152 und im § 155b österr. St.G., ferner im Art. 372 ital. St.G. geschehen ist. Denn eine solche Grenzscheidung trägt immer den Charakter einer gewissen Willkürlichkeit an sich und läßt die Subsumption der Grenzfälle als recht bedenklich erscheinen. Doch in dieser Beziehung ließe sich schließlich durch übergreifende Strafsätze wenigstens teilweise Abhilfe schaffen. Was sich aber einer solchen Regelung der Frage hauptsächlich entgegenstellt, ist der Umstand, daß es sich hier, wie gesagt, nicht bloß um eine objektive Voraussetzung der größeren Strafbarkeit, sondern auch um ein subjektives Moment handelt, namentlich um die auf einen solchen schwereren Erfolg gerichtete Absicht des Täters oder das Bewußtsein der Möglichkeit seines Eintrittes. Wie schwierig aber wäre da der Beweis, daß es in der Absicht des Täters lag, eine Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit von mindestens so und soviel Tagen herbeizuführen, oder daß er sich der Möglichkeit eines solchen Erfolges bewußt gewesen sei! Eine derartige Bestimmung wäre offenbar ein unbegründetes privilegium gratuitum für denjenigen, der den Beruf

legungsvorsatz deswegen nicht in Abrede stellen kann, weil die nur zum Zwecke der Tötung des in dem Gebäude schlafenden Todfeindes vorgenommene Brandlegung unterblieben wäre, wenn der Täter gewußt hätte, daß ihm sein Mordanschlag nicht gelingen wird. Der Mann wollte seine Frau in dem Grade verletzen, daß dies ihren Tod zur Folge habe, und hätte — wie eben so mancher Verbrecher — nicht gehandelt, wenn er vorausgesehen hätte, daß seine Tat, ohne den Endzweck zu erreichen, in einem Zwischenstadium hängen bleiben wird.

seines Opfers nicht kennt, und ein ebenso unbilliges privilegium odiosum für den Arzt, der die Gesundheitsstörung, welche er durch seine Mißhandlung einem anderen verursacht, leichter nach Tagen abzuschätzen imstande ist als ein Laie.

Aus diesen Gründen halten wir für die einzig geeignete Art der Begriffsbestimmung der schweren körperlichen Beschädigung, im Gesetze die einzelnen als schwer zu betrachtenden Körperverletzungen (z. B. Zerstörung oder Untauglichmachung eines wichtigen Gliedes oder Organes u. a. m.) aufzuzählen, wie es im § 224 d. St.G., § 239 österr. Entwurfs vom J. 1891 und Art. 64 schweizer. Kommissionsentwurfs geschieht.

Überflüssig und mit Rücksicht auf das eben hervorgehobene subjektive Moment praktisch bedeutungslos scheint uns die Unterscheidung dreier Grade der Körperverletzung, wie sie z. B. der russische Entwurf vom J. 1881 (Art. 13—15 des besonderen Teils betreffend die Delikte gegen die Person) und der schweizer. Kommissionsentwurf (Art. 62—64) statuiert. Zwei Grade müssen bei entsprechender Abgrenzung der betreffenden Strafraumen vollständig genügen.

Wird die Tötung als weiterer höchster Grad der Körperverletzung (im weiteren Sinne des Wortes) hinzugezählt, so ergeben sich im ganzen drei Grade der körperlichen Beschädigung: Tötung, schwere und leichte Körperverletzung. Jede von ihnen kann absichtlich, wissentlich oder fahrlässig begangen werden. Wenn wir für diese verschiedenen Grade der Verletzung und der Schuld nachstehende Kürzungszeichen wählen:

| | |
|------------------------|---------------------|
| T = Tötung | a = Absicht |
| S = schwere Verletzung | w = Wissentlichkeit |
| L = leichte Verletzung | f = Fahrlässigkeit |

so erhalten wir folgende neun Grunddelikte:

| | absichtliche | wissentliche | fahrlässige |
|------------------------------|----------------|----------------|----------------|
| Tötung | T ^a | T ^w | T ^f |
| Schwere Verletzung | S ^a | S ^w | S ^f |
| Leichte Verletzung | L ^a | L ^w | L ^f |

Und nun bleibt nach dem oben Gesagten nichts anderes übrig, als aus diesen neun Grundtypen alle nach den Grundsätzen der Mathematik möglichen Kombinationen zu zweien durchzuführen. Von diesen Kombinationen werden manche vom kriminalistischen Standpunkte ausgeschlossen, andere zufolge des Grunsatzes minus in maiori continetur gegenstandslos sein. Namentlich leuchtet es ein, daß Absicht und Wissentlichkeit die Fahrlässigkeit hinsichtlich desselben oder

eines geringeren Verletzungsgrades ausschliessen, und ebenso daß die bewußte Schuld neben der auf denselben oder einen höheren Verletzungsgrad gerichteten Absicht gegenstandslos erscheint.

Jede von den aufgestellten neun Grundtypen ist nach algebraischer Regel mit allen folgenden zu kombinieren:

| Grunddelikt: | Ausgeschlossen oder gegenstandslos sind die Kombinationen: | Es erübrigen die Kombinationen: |
|----------------|---|--|
| T ^a | alle | — |
| T ^w | T ^w T ^f — T ^w S ^w T ^w S ^f — T ^w L ^w T ^w L ^f | T ^w S ^a — — T ^w L ^a — |
| T ^f | — — T ^f S ^f — — T ^f L ^f | T ^f S ^a T ^f S ^w — T ^f L ^a T ^f L ^w — |
| S ^a | alle übrigen | — |
| S ^w | S ^w S ^f — S ^w L ^w S ^w L ^f | — S ^w L ^a — |
| S ^f | — — S ^f L ^f | S ^f L ^a S ^f L ^w — |
| L ^a | alle übrigen | — |
| L ^w | alle übrigen | — |
| L ^f | — | — |

Werden nun diejenigen Kombinationen, welche nach Inhalt der letzten Rubrik strafrechtlich überhaupt in Betracht kommen können, mit den obigen neun Grunddelikten zusammengereiht, ergibt sich nachstehende Reihe von Normen:

I. Tötung:

- a) absichtliche Tötung
 - 1. T^a: Wer einen Menschen absichtlich tötet...
- b) wissentliche Tötung
 - 2. T^w: Wer einen Menschen wissentlich tötet...
 - 3. T^w L^a: } War dabei eine leichte Verletzung
 - 4. T^w T^a: } schwere beabsichtigt...
- c) fahrlässige Tötung
 - 5. T^f: Wer einen Menschen aus Fahrlässigkeit tötet...
 - 6. T^f L^w: } Hat er die Möglichkeit einer leichten Verletzung dabei vorausgesehen...
 - 7. T^f S^w: } schweren
 - 8. T^f L^a: } War dabei eine leichte Verletzung
 - 9. T^f S^a: } schwere beabsichtigt...

II. Schwere Körperverletzung:

- a) absichtliche schwere Verletzung
 - 10. S^a: Wer einen Menschen absichtlich an seinem Körper schwer verletzt...
- b) wissentliche schwere Verletzung
 - 11. S^w: Wer einen Menschen wissentlich an seinem Körper schwer verletzt...
 - 12. S^w L^a: War dabei eine leichte Verletzung beabsichtigt...
- c) fahrlässige schwere Verletzung
 - 13. S^f: Wer einen Menschen aus Fahrlässigkeit an seinem Körper schwer verletzt...
 - 14. S^f L^a: Hat er die Möglichkeit einer leichten Verletzung dabei vorausgesehen...
 - 15. S^f L^a: War dabei eine leichte Verletzung beabsichtigt...

III. Leichte Körperverletzung:

- a) absichtliche leichte Verletzung
 - 16. L^a: Wer einen Menschen absichtlich an seinem Körper (leicht) verletzt...

- b) wissentliche leichte Verletzung 17. L^w: Wer einen Menschen wissentlich an seinem Körper (leicht) verletzt...
- c) fahrlässige leichte Verletzung 18. L^f: Wer einen Menschen aus Fahrlässigkeit an seinem Körper (leicht) verletzt...

Von den dreistelligen Kombinationen hat nur eine einzige Sinn, nämlich die Kombination L^a S^w T^f: Wer einen Menschen in der Absicht, ihn leicht an seinem Körper zu verletzen, und im Bewußtsein der Möglichkeit einer schweren Verletzung, aus Fahrlässigkeit tötet. Ein Beispiel: Ein Hörer der Medizin beabsichtigt, um seine Kunstfertigkeit zu zeigen, mit seinem Seziersmesser seinem Kollegen einen ganz leichten Ritz am Augenhilf zu beibringen, obwohl er sich ganz gut der Möglichkeit bewußt ist, daß er tiefer schneiden und ihn um das Auge bringen werde. Das Messer ist aber nach der Sektion nicht desinfiziert und der Verletzte stirbt an Blutvergiftung. Der Täter glaubte, das Messer sei rein, da er nicht wußte, daß dasselbe während seiner Abwesenheit von einem anderen zu einer Sektion entlehnt worden ist. Er hätte sich aber von dem verunreinigten Zustande des Messers leicht überzeugen können. Mithin ist ihm Absicht in bezug auf eine leichte Verletzung, bewußte Schuld hinsichtlich einer schweren Verletzung und Fahrlässigkeit in Ansehung des tödlichen Ausgangs zur Last zu legen.

Die offenbare Seltenheit solcher Fälle läßt die Aufstellung einer besonderen Norm als überflüssig erscheinen; sie können ohne Bedenken unter die ihnen am nächsten stehende Norm (also Nr. 7 oder 8) subsumiert werden.

Einer reiflichen Erwägung des Gesetzgebers bei der Aufstellung der Strafsätze muß es überlassen bleiben, ob eine oder die andere der gewonnenen Normen noch weiter zu teilen sei — z. B. die Norm 1 in Mord und Totschlag nach dem Beispiele der §§ 211 und 212 d. St.G. oder des Art. 52 des schweizer. Kom.-Entwurfs — oder ob umgekehrt einige davon miteinander verbunden werden sollten. So könnten beispielsweise wohl die Normen 6 und 7, dann 13 und 14, und vielleicht noch andere unter einen Strafsatz gebracht werden. Ingleichen ist es Sache des Gesetzgebers, zu prüfen, ob der eine oder der andere Fall (namentlich Nr. 17 und 18) nicht überhaupt von der Strafbarkeit auszuschließen wäre.

Für den Fall, daß der Verletzungserfolg über die Schuld hinausgeht, gilt der für uns wohl selbstverständliche Grundsatz, daß der Täter den zufälligen, d. h. einen solchen Erfolg, betreffs dessen ihn nicht einmal unbewußte Schuld (Fahrläs-

sigkeit) trifft, nicht zu verantworten hat. Für den in dem unverschuldeten schwereren, als minus in majori enthaltenen minderen Erfolg, bezüglich dessen dem Täter eine der drei Schuldarten zur Last fällt, muß er freilich haften.

Andererseits kann aber der Verletzungserfolg auch hinter der Schuld zurückbleiben. Derartige in den aufgestellten Normen noch nicht berücksichtigte Fälle erledigen sich teils durch die Bestrafung des Versuchs, teils durch die Statuierung von Gefährdungsverboten. Es gilt daher vor allem über die Behandlung der beiden hinsichtlich der Strafzumessung schlüssig zu werden.

Wenn wir die Berücksichtigung des Erfolges als bloß objektiver Bedingung der Strafbarkeit verwerfen und ausschließlich auf das Schuld-element Gewicht legen, dürfen wir kein Bedenken tragen, auch in der entgegengesetzten Richtung die Konsequenzen des Prinzips zu ziehen: wir müssen für die betätigte Schuld dieselbe Strafe auch dann gelten lassen, wenn der Verletzungserfolg nicht eingetreten ist. Denn wollten wir in diesem Falle entweder gar nicht oder gelinder strafen, so würde für die Strafbarkeit nicht der Grad des Verschuldens des Täters ausschlaggebend sein, sondern der von ihm unabhängige, mithin zufällige Umstand, ob der Erfolg eingetreten ist oder nicht. Soll ihm der Zufall dort nicht schaden, darf er ihm hier nicht zugute kommen. Nur der Grad des subjektiven Verschuldens soll hier wie dort der ausschließliche Maßstab der Strafbarkeit sein.

Wenn der Grund der von uns verworfenen strengeren Behandlung des Verbrechers im Falle eines nicht verschuldeten, also zufälligen schwereren Erfolges hauptsächlich in der größeren durch den Erfolg hervorgerufenen Erregung der Gesellschaft und einer infolgedessen energischeren Reaktion derselben gegen die Tat zu suchen ist, muss andererseits wieder die mildere Behandlung des Schuldigen in dem Falle, wenn der (beabsichtigte, vorausgesehene oder voraussehbare) Verletzungserfolg nicht eingetreten ist, vor allem auf den Umstand zurückgeführt werden, daß die Erregung und demzufolge auch die Reaktion der Gesellschaft in diesem Falle weniger intensiv ist.

In beiden Fällen handelt es sich also zweifellos um eine Erscheinung, welche mit dem Grade des Verschuldens des Täters in keinem Zusammenhange steht; deswegen soll sie auch die Höhe der Strafe nicht beeinflussen. Da sollte nur die Stufe der subjektiven Schuld des Täters ausschlaggebend sein und seine durch die Tat bekundete Gefährlichkeit für Rechtsgüter, die doch völlig unabhängig ist von dem Eintritte oder Nichteintritte des Erfolges.

Wird denn nicht unser Rechtsgefühl dabei rege, wenn wir sehen, daß der Attentäter, der sein Opfer in mörderischer Absicht durch einen

Revolverschuß schwer verwundet hat, wochenlang im Gefängnisse sitzt, unfähig, sein Verschulden nur um ein Atom zu erhöhen oder zu mildern, und daß trotzdem erst der Ausgang, also mitunter die Kunst der Ärzte, vielleicht nach Monaten darüber entscheiden soll, ob der Verbrecher die Todesstrafe verdient hat oder ob sein Verschulden eine mildere Ahndung zuläßt? Es ist wohl im Interesse der strafenden Gerechtigkeit höchst an der Zeit, daß solche Erscheinungen endlich verschwinden. Aus dem Gesagten ergibt sich der zwingende Schluß, daß Versuch und vollbrachte Tat, Gefährdung und Verletzung grundsätzlich gleich strafbar sind.⁷⁾

Die Stellung des Versuchs in unserem Schuldformensystem gestaltet sich ungemein einfach. Seine Funktion beschränkt sich auf solche Delikte, denen die Absicht zugrunde liegt. Hinsichtlich der bewußten und der unbewußten Schuld tritt an die Stelle des Versuchs naturgemäß die Gefährdung. Die Verbote wissentlicher und fahrlässiger Gefährdung haben dieselbe kriminalpolitische Bestimmung wie die Ahndung des Versuchs absichtlicher Verletzung.

Vom technischen Standpunkte empfiehlt es sich, die grundsätzliche Gleichstellung des Versuchs hinsichtlich der Strafbarkeit mit der vollbrachten Tat in einer allgemeinen Norm auszusprechen und die Frage, betreffs welcher Delikte der Versuch strafbar ist, entweder in derselben allgemeinen Norm oder in jedem der betreffenden Paragraphen besonders zu beantworten. Übrigens würde auch die ausdrückliche Aufnahme des Versuchs in einzelne Tatbestände (z. B.: Wer einen Menschen absichtlich tötet oder zu töten versucht) in Betracht der grundsätzlich gleichen Strafbarkeit wohl keinen großen Schwierigkeiten begeben.

Aus eben demselben Grunde lassen sich auch die Verbote der Einzelgefährdungen an die Verbote der Einzelverletzungen einfach anschließen. Da die absichtlichen Verletzungen, also die oben unter Nr. 1, 10 und 16 aufgestellten Normen — wie oben (S. 188) dargetan wird — hier nicht in Betracht kommen, so ist nur eine entsprechende Änderung der übrigen Normen erforderlich, welche sich durch die nachstehende Erweiterung der Normen Nr. 2, 5, 11, 13, 17 und 18 erreichen läßt:

Norm 1. } Wer einen Menschen wissentlich tötet oder in
 „ 5. } aus Fahrlässigkeit Lebensgefahr bringt ...

7) Mit Befriedigung können wir konstatieren, daß der von uns vertretene Standpunkt in den Verhandlungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung der letzten Zeit zum Durchbruch gekommen ist (vgl. Mitteilungen der I. K. V. 9. und 10. Bd.). Doch scheint man sich, wenn wir recht verstanden

Norm 11. } wissentlich
 „ 13. } Wer einen Menschen aus Fahrlässigkeit an seinem Körper schwer verletzt oder in Gefahr einer schweren Körperverletzung bringt ...

Norm 17. } wissentlich
 „ 18. } Wer einen Menschen aus Fahrlässigkeit an seinem Körper (leicht) verletzt oder in Gefahr einer (leichten) Körperverletzung bringt ...

Werden diese Normen in dieser Fassung an Stelle der ursprünglichen in die oben aufgestellte Reihe eingerückt, ist damit die Frage des generellen Verbotes der Einzelgefährdung mit allen ihren Qualifikationen vollständig erledigt.

Was das generelle Verbot der Gemeingefährdung betrifft, so müßten nach dem oben (§ 16) darüber Gesagten die bezüglichen Normen bei der Notwendigkeit der Aufstellung höherer Strafsätze besonders gefaßt werden. Auch sie schließen sich übrigens der oben aufgestellten Normenreihe insofern an, als auch hier die Unterscheidung zu treffen sein wird, ob gemeine Gefahr für das Leben oder gemeine Gefahr einer schweren Körperverletzung (z. B. ein in eine Menschenmenge abgefeuerter Schrotschuß) oder nur gemeine Gefahr einer leichten Verletzung (z. B. wenn eine Handvoll Glassplitter unter eine Menschenmenge geworfen wird) vorliegt. Auch hier scheiden die Normen Nr. 1, 10 und 16 (absichtliche Gefährdung) aus. Dagegen ist bei der bewußten und fahrlässigen Gemeingefährdung die auch nur gegen einen einzigen Menschen gerichtete Verletzungsabsicht und bei der fahrlässigen Gemeingefährdung nebst dem die Voraussicht der Möglichkeit der Verletzung auch nur einer einzigen Person als Qualifikationsgrund auszuzeichnen.

Man könnte sagen, daß die Zahl der bei Anwendung unseres Systems herauskommenden Paragraphen eine ziemlich beträchtliche sein wird. Doch wir haben geflissentlich sämtliche Kombinationen durchgeführt, um zu zeigen, daß unsere Theorie die feinste Nuanzierung ermöglicht. Sache der legislativen Politik ist es, wie gesagt, zu erwägen, welche von den gewonnenen Normen etwa gänzlich auszuscheiden, ferner welche miteinander zu verbinden und unter einen Strafsatz zu stellen wären. Durch die übliche Zusammenfügung aller qualifizierten Fälle mit dem Grunddelikte in einen Paragraphen würde die Paragraphenzahl noch mehr reduziert werden.

haben, auf die Ablehnung der Zurechnung zufälliger Erfolge und die grundsätzliche Gleichstellung des Versuchs mit der vollbrachten Tat beschränkt zu haben. Wir glauben aber die Konsequenzen des Prinzips auch dahin ziehen zu müssen, daß wir die Gefährdung mit der Verletzung hinsichtlich der Strafbarkeit grundsätzlich auf die gleiche Stufe setzen.

Wird nun erwogen, daß dadurch nicht nur zahlreiche, oft ziemlich komplizierte Vorschriften des geltenden Rechts über Tötung und Körperverletzung, sondern auch größtenteils die speziellen Einzel- und Gemeingefährdungsverbote mit allen ihren Qualifikationen ersetzt und nebstdem viele diese Materie betreffenden, wichtigen Kontroversen ihrer Lösung zugeführt werden sollen, kann unseren Normen eine übermäßige Anzahl oder Kompliziertheit füglich kaum vorgeworfen werden.

Die nähere Betrachtung derselben ergibt, daß die Erfolgshaftung gänzlich ausgerottet ist. Denn in den neun Grundnormen werden Versuch und vollbrachte Tat, dann wissentliche bzw. fahrlässige Gefährdung und Verletzung gleichgestellt. Die übrigen Normen aber, welche Qualifikationen jener Grundnormen enthalten, sind ausschließlich auf die Schuldfrage abgestellt; von einem Erfolge ist darin keine Rede.

Dadurch wird auch der Richter gezwungen, selbst dann, wenn er einen Verletzungserfolg zum Ausgangspunkte seiner Untersuchung und Entscheidung wählt, sich stets auch die Frage vorzulegen, ob die Schuld des Täters nicht hinter dem wirklichen Erfolge seiner Handlung zurückgeblieben ist, oder ob nicht etwa umgekehrt sein Verschulden über den Erfolg hinausgeht.

§ 19.

Schlusswort.

Es gibt kaum einen zweiten Rechtszweig, der radikalen Umwälzungen so zähen Widerstand leisten würde, wie das materielle Strafrecht. Dieser Konservatismus ist begreiflich. Denn es scheint widersinnig, heute eine ganze Reihe bisher verpönter Handlungen als straflos zu erklären, und umgekehrt wieder manches, was bisher ungeahndet getan werden konnte, jetzt auf einmal unter Strafe zu stellen. Man pflegt daher höchstens noch zu Novellen zu greifen, dort, wo das Bedürfnis des Schutzes neuer Rechtsgüter oder einer intensiveren Verteidigung der bisherigen eine neue Reihe von Rechtsnormen mit Strafsanktion aufzustellen gebietet.

Umsoweniger steht sonach zu gewärtigen, daß man sich zu einer gründlichen Reform etwa aus Liebe zu einer neuen Theorie entschließen wird. Je mehr daher die neue Lehre von den bisherigen Anschauungen abweicht, je eingreifendere Änderungen des geltenden Rechts sie zu ihrer Durchführung erheischt, umso geringer die Hoffnung mit derselben durchzudringen. Deswegen interessiert es uns,

zu prüfen, in welchem Verhältnisse unsere Theorie zu dem geltenden Rechte steht.

Der größte Stein des Anstoßes wird zweifellos der Umstand sein, daß wir an Stelle der üblichen zwei Schuldformen drei stellen, die Sache mithin scheinbar verwickeln.

Darauf entgegnen wir: Wenn das geltende Recht sich tatsächlich auf die hergebrachten zwei Schuldformen, den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, beschränken würde, hätte dieser Einwand etwas für sich. Nun haben wir aber gesehen, daß sich neben dem Vorsatze die Absicht als heterogene typische Schuldart, die das positive Recht nicht entbehren kann, herauskristallisiert hat und daß außerdem auch unsere Wissentlichkeit in zahlreichen Delikten des geltenden Rechts ganz unverhohlen zutage tritt. Und so ist der Gesetzgeber gezwungen in Wirklichkeit mit vier Formen des strafbaren Verschuldens zu arbeiten. Werden sie auf drei reduziert, bedeutet dies sichtlich eine Vereinfachung, nicht eine Komplikation.

Der Übergang zu diesen drei Formen wäre übrigens einfacher, als man vielleicht glaubt.

Die Absicht des geltenden Rechts würde im Wesen unverändert bleiben; nur ihr Begriff müßte genau abgegrenzt werden. Die jetzige Fahrlässigkeit würde aber ein Stück ihres Gebietes, das sie ohnedies nur unrechtmäßigerweise detiniert, der echten Besitzerin — der bewußten Schuld — abtreten, welche auch das, was vom gegenwärtigen Vorsatze nach Abzug der Absicht noch übrig bleibt, in sich aufnehmen und die mittlere Art, also gewissermaßen die Grundform der Strafschuld bilden würde. Das wäre alles!

Und der Vorsatz des geltenden Rechts? Für diesen wäre freilich in dem neuen System kein Platz mehr; er müßte in den wohlverdienten bleibenden Ruhestand gehen. Doch lange genug hat er hier Spuk getrieben, Zank und Hader gesät und Unheil gestiftet zum Überfluß. Er verdient wahrlich nicht, daß sein Abgang bedauert werde.

Und nun wollen wir nur noch sehen, welchen Einfluß unsere Theorie auf den besonderen Teil des Strafrechts üben würde. Da ist es vor allem klar, daß die ganze Reihe von Delikten, zu deren Konstruierung das geltende Recht den Absichtsbegriff anzuwenden gezwungen war — nennen wir sie Absichtsdelikte — ohne Änderung in das neue Recht übergehen könnte. Desgleichen könnten ohne weiteres alle jene Straftaten, deren Tatbestand mit Hilfe der Wissentlichkeit bestimmt ist — die Wissentlichkeitsdelikte — übernommen werden. Ohnehin ist den einen wie den anderen recht unbehaglich in den heutigen Strafgesetzbüchern, die andere Schuldarten als Vorsatz und Fahrlässigkeit formell nicht anerkennen wollen. Im neuen Recht würden sie sich gewiß heimlich fühlen.

Was diejenigen Straftaten betrifft, denen gegenwärtig der Vorsatzbegriff zugrunde liegt, müßte man freilich bei jeder von ihnen insbesondere vom Gesichtspunkte der Kriminalpolitik prüfen, ob bloß die Absicht oder auch die bewußte Schuld für strafbar zu erklären und im letzteren Falle wieder, ob beide unter denselben Strafsatz zu stellen oder die Absicht durch höhere Strafe auszuzeichnen wäre.

Dort, wo auch die Fahrlässigkeit geahndet wird, kann selbstredend auch die bewußte Schuld nicht straflos bleiben. Zwischen zwei Normen, von denen eine den subjektiv schwereren, die andere einen subjektiv leichteren Fall derselben Rechtsgüterverletzung regelt, darf eben in subjektiver Beziehung keine Lücke bleiben, da ja die hineinfallenden Handlungen straflos ausgehen würden. Ein scheinbar selbstverständlicher Grundsatz; und doch ist der Umstand, daß das bisherige Strafrecht sich dagegen versündigte, und zwar nicht etwa betreffs einzelner Delikte, sondern geradezu durch die allgemeine Regelung der Schuldformen, daß die Begriffe „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ in ihrer ursprünglichen Bedeutung aneinander nicht grenzten und auch nicht grenzen konnten und daß man gezwungen war, die zwischen ihnen bestehende Lücke auszufüllen durch gewaltsame Ausdehnung dieser beiden Schuldarten über ihren eigentlichen Begriff hinaus, die Hauptursache aller Wirren, welche die heutige Lehre von der strafbaren Verschuldung umgeben.

Von diesem Mangel hat sich unsere Theorie frei gehalten. Daß die bewußte und die unbewußte Schuld unmittelbar aneinander grenzen, ergibt sich schon aus dem kontradiktorischen Wesen dieser Begriffe. Die Absicht ist aber eine typisch qualifizierte bewußte Schuld; diese bildet ihre grundlegende Voraussetzung. Wo die betreffende Qualifikation (das Handeln zu einem bestimmten rechtswidrigen Zwecke) fehlt oder — vom praktischen Standpunkte — auch dort, wo sie nicht bewiesen ist, sinkt die Schuld zu bloßer Wissentlichkeit herab. Eine Lücke ist also auch hier undenkbar.

Doch welche Vorteile würden aus dem neuen Stande der Dinge hervorgehen?

Die Vorteile sind meines Erachtens unleugbar. Zuvörderst würden wir uns mit einem Schlage von allen Kontroversen losmachen, die sich an den jetzigen Vorsatzbegriff knüpfen, namentlich auch von den beiden einander bekämpfenden herrschenden Lehren, der Willenstheorie und der Vorstellungstheorie, und — was wohl vor allem in die Wagschale fällt — wir würden uns auch der ewig eiternden Achillesferse dieser beiden Theorien, des eventuellen Vorsatzes, entledigen.

Verschwänden würde die jetzige Duplizität des Vorsatzbegriffes, der ein anderes Gesicht zeigt im Verhältnisse zu dem Handlungserfolge und ein anderes in bezug auf die sonstigen Tatbestandsmerk-

male. Wir würden uns ferner freimachen von den Gegensätze der Begriffe „Vorsatz“ und „Absicht“ mit ihrer unaufgeklärten gegenseitigen Beziehung. Der Nebel, der die Schuldseite der gegenwärtigen Wissentlichkeitsdelikte verhüllt, würde sich zerstreuen. Das Problem des Gefährdungsvorsatzes wäre gelöst und der subjektive Tatbestand der Gefährdungsdelikte aufgeklärt.

Dies alles wäre wohl ein mehr als reichlicher Lohn für die mit der Reform verbundene Mühe.