„Die Schuld nach dem Strafgesetze.“ I.

Kritische Bemerkungen zu dem Werke v. Barz,
Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2.

Von Dr. N. Hermann Kriegsmann, Privatdozent in Kiel.

I. Aufgabe und Methode.

Eine eingehende dogmatische und legislative Erörterung der Grundbegriffe des Strafrechts aus der Feder v. Barz mußte von der Strafrechtswissenschaft aufs freudigste begrüßt werden. Seit einem Vierteljahrhundert durfte sie von dem Verfasser eine Fortsetzung des trefflichen Handbuchs erwarten, dessen erster und bis dahin einziger Band noch heute als die wertvollste Darstellung der Geschichte des deutschen Strafrechts bezeichnet werden darf. In einem groß angelegten Werke „Gesetz und Schuld im Strafrecht, Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform“ hat v. Bar nunmehr die alte Schuld einzulösen begonnen. Dem ersten Band „Das Strafgesetz“ (1906) ist in kurzem Abstand der zweite gefolgt: „Die Schuld nach dem Strafgesetze“. Das Erscheinen des abschließenden dritten Bandes, „Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz“ glaubt der Verfasser in Bälde in Aussicht stellen zu können.

Wenn wir in dem vorliegenden Werk eine Fortsetzung des Handbuchs erblicken dürfen, so handelt es sich doch um eine Fortführung unter wesentlich verändertem Gesichtspunkt. Die Strafrechtsreform, 1882 eine Aufgabe der Zukunft, ist uns zur Aufgabe der Gegenwart geworden; vor der Bearbeitung des geltenden nimmt die Entwicklung des künftigen Rechts die Kräfte der Strafrechtswissenschaft in Anspruch; die kriminalpolitischen Probleme stehen im Vordergrund der strafrechtlichen Untersuchungen. Mit Entschiedenheit hat v. Bar die Konsequenzen gezogen, die sich aus diesem Sachverhalt für seine Arbeit ergaben. Es sind legislative Absichten, in denen er sein Werk unternommen hat. Ihnen dient die rechtsvergleichende Behandlung, die er den verschiedenen Materien, freilich in sehr verschiedenem Maße, hat zu teil werden lassen. Ihnen dient vor allem die eingehende dogmatische Bearbeitung, die v. Bar hier unter sorgfältiger Verwertung des rechts- und dogmengeschichtlichen Materials den strafrechtlichen Grundbegriffen gewidmet hat. Das vorliegende Werk beweist von neuem, wie der Verfasser, wie kaum ein zweiter der kriminalistischen Zeitgenossen, die umfassendste Kenntnis der historischen Grundlagen des geltenden Rechts mit außergewöhnlicher Beherrschung der ausländischen Jurisprudenz und Literatur verbindet — beides unentbehrliche Grundlagen fruchtbarer legislativer Erörterung.

Es bedeutet keinen Widerspruch, wenn wir trotz dieser legislativen Ziele das Werk, und insbesondere seinen zweiten hier zu besprechenden Band, für die Dogmatik des Strafrechts in Anspruch nehmen und ihn in der Richtung seines dogmatischen Ertrags kritisch zu prüfen versuchen. Wir sind dazu berechtigt, nicht nur, weil v. Bar auf breitester dogmatischer Basis seine legislativen Vorschläge entwickelt, sondern vor allem deshalb, weil die Regelung der im vorliegenden Band behandelten Materien von dem Wechsel kriminalpolitischer Anschauungen nur in geringem Maße berührt wird. Zurechnungsfähigkeit, Kausalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit bilden die Fragen, um die es sich handelt. Raum bedarf es der Ausführung, daß die legislativen Vorschläge hier vorzugsweise auf die positivrechtliche ausdrückliche Anerkennung der Anschauungen zielen müssen, die bereits dem heutigen Gesetz unter- und seiner Auslegung zu Grunde gelegt werden.

Indessen gibt das Werk keineswegs eine systematisch-einheitlich aufgebaute Schuldlehre. Der Titel des vorliegenden Bandes mußte die Erwartung wecken, v. Bar werde hier den Schuldbegriff aufzubauen und zu rechtfertigen suchen. Allein v. Bar hat auf die Erörterung dieser prinzipiellen Frage von vornherein verzichtet. Wir finden in dem ganzen Bande weder eine grundsätzliche Darstellung des Handlungsbegriffs, noch auch des Schuldbegriffs; und die Erörterung der Rechtswidrigkeit ist dem noch nicht ausgegebenen dritten Bande vorbehalten. Es sind eine Reihe von Monographien über einzelne Lehren des allgemeinen Teils, die jener Titel zusammenfaßt, ohne daß das systematische Verhältnis der Lehren zu einander näher bestimmt wäre. Man würde diesen Verzicht nicht zu bedauern haben, wenn v. Bar sich dem System, sei es v. Liszt's, sei es der Binding'schen oder der Merkel'schen Schule angeschlossen hätte; allein die nähere Betrachtung zeigt, daß v. Bar sich häufig über die Anforderungen des einen wie des anderen Systems hinwegsetzt, ohne sein Vorgehen irgendwie systematisch zu rechtfertigen. Es ist in erster Linie die bewußte und zugestandene Verquickung von Kausal- und Schuldfragen, deren Bedeutung für die Systematik v. Bar nirgends näher präzipiert hat. Die Frage, ob nun der Kausalbegriff ein Element der Schuld, oder die Schuld ein Element der Kausalität ist, wird nirgends *ex professo* beantwortet. Freilich findet sie beiläufige Erwähnung; aber es finden sich Äußerungen, die die Frage im ersten, neben anderen, die sie im zweiten Sinne entscheiden.¹⁾ Diese Abneigung v. Bars gegen einheitliche, systematische Zusammenfassung seiner Lehren findet ihre Erklärung in dem außerordentlich geringen

¹⁾ S. einerseits S. 453: Nach der richtigen Lehre vom Kausalzusammenhang ergebe sich die Untergrenze der Fahrlässigkeit von selbst; ähnlich für den Vorsatz S. 319, 450. S. andererseits S. 203, 488, wo das Auseinanderfallen von Kausalität und Schuld scharf betont wird. Vgl. endlich die unten S. 500 wiedergegebenen Ausführungen der S. 197 ff., in denen die Kausalität unmittelbar von Schuldmomenten abhängig gemacht wird.

Wert, den er aller Systematik überhaupt beimißt. Höher als die Systematik steht ihm die „reale Wahrheit“, stehen ihm die realen Bedürfnisse des praktischen Lebens; ihnen gegenüber kommt der Systematik lediglich „sekundäres Interesse“ zu (196. 197^{tes}, 243).

Damit sind wir auf den charakteristischen Grundzug des Werkes, auf seine realistisch-teleologische Methode unmittelbar hingewiesen. Wie ein roter Faden durchzieht das Buch der Kampf gegen die dialektisch-scholastische Auslegung des geltenden Rechts; ihr fallen, so fährt v. Bar aus, die Mängel des heutigen Rechts in viel stärkerem Maße zur Last als dem Gesetz selbst (Vorm. S. VI). An ihre Stelle muß die Auslegung nach den praktischen Bedürfnissen, nach der „realen Wahrheit“ treten. Auf das sorgfältigste hat v. Bar diese Berücksichtigung der praktischen Bedürfnisse bei der Besprechung der einzelnen Fragen durchgeführt. Sie erlaubt ihm selten einen allgemeinen Satz aufzustellen, der nicht alsbald eingeschränkt, von Ausnahmen durchbrochen würde, die sich mit Rücksicht auf die besondere Lagerung einzelner Fälle als notwendig ergeben. Diese Individualisierung geht so weit, daß v. Bar bisweilen überhaupt darauf verzichtet, selbst eine bestimmte Formel aufzustellen. Der Richter wird angewiesen, unmittelbar nach Maßgabe kriminalpolitischer Erwägungen die Grenzen des einen oder des anderen Begriffs zu ziehen. Die Bestrafung soll in zweifelhaften Fällen davon abhängig gemacht werden, welche Folgen sich aus der Bestrafung oder Nichtbestrafung für die Sicherheit des Rechtsverkehrs ergeben würden. Von da aus ergibt sich dann beispielsweise die Entscheidung, ob ein bestimmtes Verhalten noch als fahrlässig zu betrachten ist oder nicht (455). Ja selbst die Frage der Zurechnungsfähigkeit soll auf Grund solcher Erwägungen entschieden werden; sie wird in zweifelhaften Fällen zu bejahen sein, wenn „bei Nichtanwendung des Strafgesetzes in gleichartigen Fällen dasselbe seine Wirksamkeit ganz oder zum größten Teile einbüßen würde“ (22). Teleologische Erwägungen sind es, auf denen diese v. Bar aufgestellten allgemeinen Sätze beruhen, von teleologischen Erwägungen aus werden sie dann wieder häufig eingeschränkt und durch Ausnahmen durchbrochen.

Der Widerspruch, den wir im einzelnen so oft gegen v. Bars Ausführungen werden erheben müssen, wird in zahlreichen Fällen in der grundsätzlichen Ablehnung der soeben charakterisierten Methode seine Grundlage finden. Die Achtung vor dem Geltungswillen des positiven Rechts verbietet uns, die Grundsätze der legislativen Betrachtung auf die dogmatische Untersuchung ohne weiteres zu übertragen. Das aber macht das Wesen der v. Bar'schen Methode aus. Freilich ist zweierlei zuzugeben. Einerseits werden wir teleologische Erwägungen unmittelbar der Gesetzesinterpretation zu Grunde zu legen haben, wo das Recht unmittelbar und ausdrücklich auf die den Rechtszwecken entsprechende Entscheidung verweist. Andererseits wird dort, wo die ausdrückliche Sagung des positiven Rechts die sichere Entscheidung verlangt, deren wir bedürfen, auf teleologische Gesichtspunkte zurückgegriffen werden dürfen und müssen; so wird

etwa der Begriff der Rechtswidrigkeit nie in formal logischer Untersuchung bestimmt werden können, es vielmehr stets der Berücksichtigung der materiellen Gesichtspunkte bedürfen, die der Abgrenzung von Recht und Unrecht zu Grunde liegen. Damit aber ist das Herrschaftsgebiet der rein teleologischen Betrachtung erschöpft. Innerhalb der damit bezeichneten Grenzen unterliegt das positive Recht ausschließlich der logischen Bearbeitung; hier herrscht die von v. Bar bekämpfte „dialektisch-scholastische“ Auslegung. Gewiß führt sie nicht selten zu einem Widerspruch zu den praktischen Anforderungen des Lebens, gewiß wollen ihre Ergebnisse nicht immer dem Rechtsgefühl entsprechen, in dem jene realen Bedürfnisse ihre eigenartige Resonanz finden. Allein wir müssen uns damit begnügen, derartige Dissonanzen als bedauerliche, aber immer doch singuläre Erscheinungen zu registrieren, um aus ihnen die Forderung der Gesetzesänderung abzuleiten. Nicht aber berechtigen sie dazu, die streng logische Betrachtungsweise überhaupt und grundsätzlich abzulehnen.

Damit ist gleichzeitig gesagt, daß wir v. Bars Geringschätzung der Systematik nicht zu teilen vermögen. Gewiß hat für die endliche Anwendung des Rechts die Systematik sehr bescheidenen Wert. Aber über ihre Bedeutung für die Rechtswissenschaft ist damit in der Tat nichts entschieden. Es wird immer die Aufgabe der Jurisprudenz bleiben, die Fülle einzelner Erkenntnisse zusammenfassend, einheitlich zu ordnen. Es dürfte nicht notwendig sein, den didaktischen Wert, vor allem aber die prinzipielle Bedeutung der Systematik für den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz näher auszuführen. Den Aufgaben der Strafrechtswissenschaft als systematischer Wissenschaft aber entspricht es, die Begriffe von den einheitlichen tatsächlichen Vorgängen, mit denen es das Strafrecht zu tun hat, durch die Zusammenfassung ihrer einzelnen Elemente zu bestimmen, diese aber selbst in besonderer und selbständiger Untersuchung zu betrachten und festzulegen. Darauf beruht es — es muß hier den späteren Ausführungen vorweggenommen werden —, daß die Frage der Kausalität unabhängig von den Fragen der Schuld und der Rechtswidrigkeit zur Beantwortung gestellt wird. In dieser Richtung liegt die wichtigste Abweichung v. Bars von den herrschenden Lehren. v. Bar zieht die Schuld und die Rechtswidrigkeit in die Erörterung des Kausalbegriffs hinein. „Das System,“ so rechtfertigt er dies Vorgehen, „kann nicht den Vorrang vor der praktischen Wahrheit in Anspruch nehmen, und wenn es dieser entspricht, daß gewisse Erwägungen der Feststellung der Schuld und der Kausalität gemeinsam sein müssen, wie kann daraus die Einwendung unzulässiger „Vermengung“ zweier Prinzipien hergeleitet werden? Ist es unzulässig, von atmosphärischer Luft zu sprechen, weil die Natur die Bestandteile der atmosphärischen Luft noch in vielfachen anderen Kombinationen verwendet?“ (243, 197⁵⁶ v.). Allein gewiß muß, um das Beispiel festzuhalten, der Sauerstoff ohne Rücksicht auf den Stickstoff, der Stickstoff ohne Rücksicht auf den Sauerstoff bestimmt werden! Und freilich ist es oft geboten, bei nahe sich berührenden

den Untersuchungen parallele Ermägungen anzustellen; allein es ist darum nie zulässig, das Ergebnis der einen von dem der anderen Untersuchung abhängig zu machen: Dazu aber hat das Vorgehen v. Barz geführt, indem er die Kausalität vom Schuldmoment abhängig machte. —

Indessen darf nicht erwartet werden, daß v. Bar nun auf Grund der realistisch-teleologischen Methode durchweg zu neuen Resultaten gelangt wäre. Sie führt ihn vielmehr in den grundlegenden Fragen fast überall zur Anerkennung der überkommenen Satzungen im Sinne der von v. Bar vertretenen Auslegung: Es handelt sich mehr um die kriminalpolitische Rechtfertigung der von ihm de lege lata vertretenen Auffassungen, als um die Aufführung eines wesentlichen Neubaus. Darin ist der eigenartige Reiz und der besondere Wert des Werkes begründet. Die unermüdlche Sorgfalt, mit der v. Bar bis in die detailliertesten Einzelfragen hinein seine Gedankengänge verfolgt, wird selbst von dem Leser Bewunderung fordern, der der Methode v. Barz grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Das bedarf um so nachdrücklicher Hervorhebung, als unser Bericht es sich wird versagen müssen, v. Bar überall bis zur Erörterung der Einzelfragen zu folgen. Die Beschränkungen, die wir uns werden aufzuerlegen haben, werden in noch zwei weiteren Richtungen es uns erschweren, die Eigenart und den Wert des bedeutamen Werkes voll zur Geltung kommen zu lassen. An dieser Stelle soll nur den grundlegenden dogmatischen Anschauungen v. Barz kritisch nachgegangen, der dogmatische Ertrag des Buches festgestellt und geprüft werden. Darüber muß einmal seine Würdigung in rechtsgeschichtlicher Hinsicht zu kurz kommen. Überall hat v. Bar eingehend die Entwicklungsgeschichte der einzelnen Rechtsgedanken zu plastischer Darstellung gebracht, und damit ein Werk geschaffen, das die gangbaren Lehrbücher an Fülle des dargebotenen geschichtlichen Materials durchweg weit übertrifft. Sodann aber wird auch die gewaltige Summe dogmengeschichtlicher und dogmenkritischer Arbeit, die wir hier niedergelegt finden, zwar hin und wieder gestreift, aber in ihrer Eigenart und ihrem Wert nicht überall so scharf, wie das Werk es erfordert, zur Anschauung gebracht werden können. In beiden Richtungen müssen wir auf die Lektüre des Buches selbst verweisen, das unter den strafrechtlichen Erscheinungen der letzten Jahre stets eine bedeutsame Rolle einnehmen wird.

II. Die Lehre von der Kausalität.

Die Anhänger der adäquaten Kausallehre haben seit jeher darauf hingewiesen, daß die grundlegenden Gedanken ihrer Theorie sich bereits in v. Barz Untersuchung: „Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht“ (1871) teils angedeutet, teils ausgeführt fanden. Die reiche literarische Bearbeitung, die die Theorie seit der bekannten Abhandlung von v. Kries²⁾ gefunden hat,

²⁾ „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben.“ 1888.

setzte sich die Erfüllung der Aufgabe zum Ziel, die Trennung der Kausal- von der Schuldlehre durchzuführen. Deshalb suchte man einerseits der Theorie eine prinzipielle Begründung zu geben, die sich von jeder Beziehung auf Schulderwägungen frei hielt, und andererseits die Theorie so auszuführen, daß ein ausnahmsloses Zusammenfallen von Schuld und Kausalität vermieden wurde.

Es kann nicht überraschen, daß wir nunmehr auch v. Bar unter den Anhängern der adäquaten Theorie finden. Auf die letzte Entwicklung der adäquaten Kausaltheorie ist er freilich nur insofern eingetreten, als er mit Genugtuung auf diejenigen Punkte hinweist, in denen sich auch nach seiner Theorie eine Diskrepanz von Schuld und Kausalität ergibt.³⁾ Dagegen hat er ihr gerade an dem wichtigsten Punkte, dem der prinzipiellen Begründung sich nicht angeschlossen.

v. Bar betrachtet eine Willensbetätigung als kausal für einen Erfolg nur dann, wenn der zu ihm hinüberführende Verlauf „beachtlich“ ist, d. h. wenn er „als ein leicht möglicher sich einer vernünftigen Beachtung nicht entzieht“ (S. 201). Für die Beurteilung der Möglichkeit ist maßgebend der Zeitpunkt der Willensbetätigung, soweit die ontologischen, der Zeitpunkt des Urteils, soweit die nomologischen Kenntnisse in Betracht kommen.⁴⁾ Die ontologische Basis des Möglichkeitsurteils ist prinzipiell objektiv bestimmt: Es entscheidet ein „allgemein vorausgehendes Maß der Vorausberücksichtigung der Folgen“ (202). Indessen wird diese Basis erweitert durch ein überragendes individuelles Wissen des Handelnden. In nomologischer Hinsicht entscheidet das „allgemeine Erfahrungswissen“, „der gesamte Wissensbesitz der Allgemeinheit“ (203). Das damit gewonnene Gebiet wird nun einerseits erweitert, andererseits wieder eingeschränkt. Erweitert insofern, als ein Erfolg, dessen Möglichkeitsgrad nach der bisher angestellten Untersuchung sehr gering war, gleichwohl als verursacht gilt, sofern der Handelnde ihn erstrebt hat (199); es darf nur die Hoffnung auf den Eintritt des Erfolges nicht geradezu als völlige Nichtigkeit erscheinen (202 f.). Eingeschränkt insofern, als zur Zeit der Tat vorliegende „ungewöhnliche Umstände“ nicht eingerechnet werden dürfen: „Wer die Einwirkung ungewöhnlicher späterer Vorgänge nicht in den Kausalzusammenhang einrechnet, darf auch ungewöhnliche Umstände nicht einrechnen“ (215). Damit ist grundsätzlich nicht nur die Typizität der Wirkungen, sondern auch die Typizität der Ursachen gefordert.

Bei der Bestimmung des Kausalbegriffs handelt es sich nach v. Bar grundsätzlich um die Auffindung eines rationellen Haftungsprinzips (192). Die Bedingungstheorie, die nach v. Bar die

³⁾ S. 203, 448; vgl. dazu unten S. 500.

⁴⁾ Die termini „ontologisches“ und „nomologisches“ Wissen haben sich in der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs dauernd eingebürgert. Jenes bezeichnet die Kenntnis der Umstände, unter denen gehandelt wird, und der Eigenschaften der Handlung selbst, dieses die Kenntnis der für die Beurteilung der Handlungsfolgen wesentlichen Erfahrungsfälle.

Grundlage jeder Kausallehre bildet (§. 193—196) führt zu unerträglichen Resultaten. Wir suchen deshalb „Normen für eine Beschränkung, wobei wir den handelnden Menschen nicht wie ein Stück der leblosen oder unvernünftigen Natur, vielmehr, wie es der Wahrheit entspricht, als ein reflektierendes, den Kausalzusammenhang im gewissen Umfange durch Berechnung beherrschendes Wesen behandeln“ (§. 196 f.). Daß damit das Schuldprinzip als maßgebend für die Umgrenzung des Kausalbegriffs erklärt werden soll, zeigen die weiteren Ausführungen aufs deutlichste. Wenn v. Bar den erstrebten Erfolg auch bei sehr entfernter Möglichkeit als verursacht betrachtet, so weist er darauf hin, daß die adäquaten Theorien, die die Trennung von Schuld- und Kausalfrage vertreten, hier Schiffbruch leiden (199); und ausdrücklich hebt er hervor, daß die durch diese Schuldabwägungen gewonnene Beschränkung als Beschränkung des Kausalbegriffs selbst, und nicht als eine Einwirkung eines anderen Prinzips — des Schuldprinzips — behandelt werden müssen (198). Deshalb gilt das Prinzip, daß die Kausalität „auch nach dem Stande der Reflexion, Einsicht und dem Bestreben des Handelnden zu begrenzen“ ist (197), und deshalb kommt es darauf an, „daß dem Handelnden die eintretende Folge als möglich erscheinen muß“ (199). Wenn man berücksichtigt, daß v. Bar für die Fahrlässigkeit den objektiven Standpunkt vertritt, wird man auch in der späteren Ausführung das Schuldmoment deutlich durchscheinen sehen: Die Sachlage sei die, „daß der verständige Zuschauer aufacht, sich einer gewissen Gefahr bewußt sein werde (sich sagt, „so darf man es nicht machen“)“ (212).

Allein dieser Kausalbegriff erscheint v. Bar noch zu weit. Auch dem Moment der Rechtswidrigkeit muß die Kausalformel Rechnung tragen. „Daher können bei einer an sich untadelhaften Handlung oder Veranstaltung, die etwa daran sich schließende Folgen eine Verantwortung nicht begründen“ (212). Es muß stets das vernünftige Interesse an der Handlung berücksichtigt werden (204 f.). Darüber aber, wie weit ein Handeln mit Gefahrrieto gestattet ist, entscheidet die „Regel des Lebens“ (912). Die Bejahung der Kausalfrage ist daher „zugleich ein Urteil über die rechtliche Zulässigkeit der Handlung“ (212). Deshalb kann eine Handlung, die einer moralischen oder rechtlichen Pflicht entspricht, den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen (228), während umgekehrt eine rechtswidrige Handlung des Beschädigten ihn stets unterbricht (240 f.). —

Die schweren Bedenken, die gegen diese Lehre erhoben werden müssen, lassen sich sämtlich zurückführen auf die eigenartige Auffassung der Fragestellung, um die es sich nach v. Bar hier handelt. Freilich ist auch nach unserer Ansicht das Kausalproblem des Strafrechts Haftungsproblem. Der Gegensatz der Meinungen aber setzt bereits bei der Frage ein, in welchem Sinne die Haftung hier in der Fragestellung berücksichtigt werden soll. Indem v. Bar sowohl die Schuld, wie die Rechtswidrigkeit für die Bestimmung des Kausalbegriffs verwendet, schafft er einen Kausalbegriff, der sämtliche Haftungsvoor-

aussetzungen zusammenfaßt. Die Unzulässigkeit dieses Verfahrens ist deutlich. Sie tritt am deutlichsten in dem Doppelsinn des Ausdrucks „beachtlich“ hervor. Ein Bedingungsverhältnis ist unbeachtlich, begründet im Sinne des Strafrechts keine Kausalität, wenn der Erfolg nicht als leicht möglich, sondern etwa als höchst unwahrscheinlich erscheint. Andererseits kommt trotz gegebener Kausalität es zu keiner Haftung, wenn die Schuld oder die Rechtswidrigkeit fehlt. In diesem Falle wird der Zusammenhang nicht beachtet, aber er hört darum nicht auf, ein Kausalzusammenhang im Sinne des Rechts zu sein. v. Bar aber leugnete im letzteren Falle wegen der mangelnden Beachtlichkeit auch den Kausalcharakter des vorliegenden Bedingungsverhältnisses — ein Verfahren, das nur durch die Zweideutigkeit des Ausdrucks „beachtlich“ sich erklären läßt. So drängt die Kritik von vornherein zu der Forderung, die Fragestellung enger zu begrenzen. Nur ein solches Bedingungsverhältnis kann als kausal im Sinne des Strafrechts gelten, das den Voraussetzungen entspricht, unter denen das Recht an die bloße Verursachung Haftungsfolgen knüpfen kann. Der Kausalbegriff des Rechts bestimmt sich nach dem Prinzip rationeller Kausalhaftung — nicht nach dem Prinzip aller Haftung überhaupt. Daß diese auf die Umgrenzung der Kausalhaftung gerichtete Untersuchung durchgeführt werden kann, ohne daß auf Rechtswidrigkeit und Schuld zurückgegriffen wird, kann hier nicht näher dargetan werden. Die Erwägung, daß es dem Recht überall nur auf die typische Bewertung der Handlungen ankommt, und daß es dieser Tendenz auch bei der Umgrenzung der Kausalhaftung treu bleibt, muß u. E. den Ausgangspunkt jeder adäquaten Kausaltheorie bilden.³⁾

Tatsächlich ist es v. Bar denn auch nicht möglich, seinen prinzipiellen Ausgangspunkt in der Einzelentwicklung der Lehre festzuhalten. Auf die prinzipiellen Erwägungen, die gegen die Vermengung von Schuld und Kausalität sprechen, braucht nicht zurückgekommen zu werden. Es muß nur darauf hingewiesen werden, daß v. Bars Kausaltheorie keineswegs, wie v. Bar selbst hervorhebt, zu einer völligen Identifizierung der schuldhaften und der kausalen Handlung führt. Einerseits soll selbst der erstrebte Erfolg als verursacht nicht gelten, wenn die Hoffnung auf seinen Eintritt als völlige Narrheit erscheint (200). Andererseits und vor allem aber soll der Beurteilung der Möglichkeit der gesamten Wissensbefähigung der Allgemeinheit zu grunde gelegt werden. „Hier scheidet sich die Frage des Kausalzusammenhangs von der Frage der Schuld, welche der Regel nach zu verneinen ist, wenn, um die Folge als leicht möglich zu erkennen, mehr als das fachverständige Wissen eines verständigen Durchschnittsmenschen erfordert wird“ (203, 445). Und außerdem kommt es für die Schuld immer noch auf die Zurechnungsfähigkeit an (205). In diesen Sätzen finden wir das doppelte Zugeständnis, daß die Schuld einerseits zur Begründung der Kausali-

³⁾ Ich verweise auf meine Ausführungen „Zur Lehre von der adäquaten Kausalität“ im Gerichtsjaal Bd. 68, S. 134 ff.

tät nicht ausreicht, und daß sie andererseits zur Umgrenzung des Kaufalbegriffs nicht erforderlich ist. Damit hat v. Bar die von ihm gegebene prinzipielle Grundlage verlassen. Allein er hat es sich versagt, an ihre Stelle eine andere zu setzen. Die Konsequenzen, die sich aus der Orientierung des Kaufalbegriffs am Schuldbegriff ergeben, sind hier ohne weitere Begründung abgeschnitten.

Am schärfsten hat v. Bar diese Konsequenzen in der Lehre von der Unterbrechung des Kaufalzusammenhangs durchbrochen. Greift ein Dritter vorsätzlich in den Kaufalzusammenhang ein, so bestimmt sich zufolge der adäquaten Theorie die ursächliche Bedeutung der vorausgegangenen Handlung darnach, ob das Eingreifen berechnet oder doch berechenbar war. v. Bar schließt diese Konsequenz aus. Das dolose Eingreifen einer anderen zurechnungsfähigen Person schließt die Haftung aus, es sei denn, „daß der Ersthandelnde den Erfolg selbst erstrebte und daß zugleich das Eingreifen des Zweithandelnden nicht als ein völlig der Vorstellung und daher auch dem Willensbereich des Ersthandelnden entzogener außerordentlicher Vorgang erscheint“ (219). Bei dieser zugestandenen und lediglich aus praktischen Rücksichten gerechtfertigten Abweichung von den entwickelten allgemeinen Sätzen finden wir eine Äußerung, die für die Methode v. Bars äußerst charakteristisch und für die Würdigung seiner Kaufallehre von der weitesttragenden Bedeutung ist. „Da die gesamte Lehre vom adäquaten Kaufalzusammenhang doch schließlich nur von praktischen Erwägungen getragen wird, darf und muß man die Konsequenz da abbrechen, wo sie zu einem praktisch unhaltbaren Ergebnisse führt, und andere praktische Erwägungen eine andere Entscheidung rechtfertigen“ (120). Allein vergebens forschen wir nach dem Maßstab, an dem die praktische Haltbarkeit der Entscheidung gemessen wird: Der Maßstab, den v. Bar zunächst zugrunde gelegt hat, das Schuldprinzip, ist hier wiederum zugunsten eines anderen, nicht näherbezeichneten Maßstabs verlassen. —

In ähnlicher Weise sieht v. Bar sich von der zweiten Grundlage seiner Kaufallehre, der Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit, im Laufe der Entwicklung abgedrängt. v. Bar gibt diesem Teil seiner Lehre eine sehr knappe Begründung. „Die Rechtsordnung erklärt,“ so führt er aus, „die Folgen untadelhafter Handlungen für unbeachtlich, da sie die Handlung oder Veranstaltung unter gewissen Voransetzungen gestattet. Wenn es daher auch sehr wahrscheinlich, ja gewiß ist, daß aus der Handlung, der Veranstaltung, dem Betriebe einmal schädliche Folgen sich ergeben werden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen ein rechtlich zu beachtender Kaufalzusammenhang nicht anzunehmen. Ein gewisses Risiko ist im Leben unvermeidlich, und die allgemeine Nützlichkeit des Unternehmens überwiegt“ (212).

Diese Lehre setzt sich mit allen Bestimmungen des positiven Rechts in Widerspruch, die an die bloße Kaufalität Schadensersatzfolgen knüpfen, ohne die Rechtswidrigkeit des verpflichtenden Verhaltens vorauszusetzen: Die Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes beispielsweise

lassen sich mit der Lehre v. Bars nicht vereinigen. v. Bar findet sich leicht mit ihnen ab: Er erblickt in ihnen eine rein positive Annahme von den allgemeinen Grundsätzen (214). Ja diese Bestimmungen führen geradezu irre, denn sie verdecken den Sachverhalt, daß die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zu dessen Begrenzung nicht ausreicht (212⁶⁷). Einer Ausdehnung dieser Fälle tritt v. Bar deshalb mit Nachdruck entgegen: Das Veranlassungsprinzip führe zum juristischen und nationalökonomischen Unsinn! (214⁷¹).

Dagegen hat v. Bar der zweiten Einwendung, die sich hier ergibt, nur dadurch gerecht werden können, daß er den bezeichneten Standpunkt, freilich nicht *expressis verbis*, aufgibt. Bereits der älteren Abhandlung v. Bars gegenüber ist, mit besonderem Nachdruck von Binding⁶⁾, der Vorwurf erhoben worden, daß im Sinne v. Bars eine rechtmäßige Handlung nie kausal sein könne. Der Vorwurf knüpfte sich an die Formel jener älteren Abhandlung: Ursache ist diejenige Bedingung, die den sonst als regelmäßig gedachten Verlauf der Erscheinungen zu einem andern gestaltet. An dieser Formel ist auch noch die jetzt vorgetragene Lehre v. Bars durchaus orientiert. Das untadelhafte Verhalten erscheint deshalb als nicht kausal, weil es der Regel des Lebens entspricht, in gewissem Umfange auf die Gefahr eines schädigenden Erfolges hin zu handeln, — das ist die Auffassung, von der die dargestellten Ausführungen sämtlich getroffen werden.

v. Bar sucht den Nachweis zu führen, daß jene Polemik auf Mißverständnissen beruht (179, 181³⁴¹). Allein seine Erwägungen geben mittelbar jene grundlegende Auffassung auf. Die Formel habe nur sagen wollen, „daß unsere Betrachtungsweise, indem sie eine bestimmte Bedingung oder Voraussetzung als Ursache bezeichnet, ihr damit einen besonderen Platz anweise. Das schließt aber nicht aus, daß diese Betrachtungsweise nicht auch auf eine Unzahl von gleichartigen Fällen anzuwenden sei, und bezogen auf diese große Zahl erscheint dann die besondere Bedingung oder Voraussetzung als Regel“ (179, 180). Damit ist freilich nachgewiesen, daß auch die rechtmäßige Handlung als Ursache im Rechtsinne erscheinen kann, da es gleichgültig ist, ob die den Verlauf abändernde Bedingung selbst regelmäßig oder singular ist: allein weshalb soll nun die untadelhafte Handlung, die sich doch nur als Unterart der rechtmäßigen darstellt, für ihre Folgen als nicht kausal gelten?

Allein die Umkehr v. Bars von seiner ursprünglichen These gelangt noch zu deutlicherer Aussprache. v. Bar stellt ausdrücklich den Satz auf, daß die rechtmäßige Handlung den Kausalzusammenhang nicht unterbricht: Damit ist zugestanden, daß die Kausalität durch sie hindurchgeht, daß sie also kausal ist. Und das gilt dann auch insbesondere für die Handlung, die der Regel des Lebens entspricht und deshalb untadelhaft ist: „Der Umstand, daß der Handelnde die Regel

⁶⁾ Normen Bd. 1, 2. Aufl. S. 113.

des Lebens innegehalten hat, unterbricht aber — was eigentlich selbstverständlich ist — den Kausalzusammenhang im natürlichen Sinne nicht. Ich erblicke hier vielmehr nicht einmal eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs im juristischen Sinne. Der Kausalzusammenhang wird nur nicht beachtet“ (112⁶⁹).

Damit sind wir nicht nur auf die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks „beachtlich“ unmittelbar hingewiesen, sondern damit ist ausdrücklich zugestanden, daß trotz mangelnder Beachtlichkeit ein Kausalzusammenhang gegeben sein kann. Diese beiläufige Äußerung stellt aber endlich noch ein drittes Klar: Es ist ein Irrtum, daß v. Bar die Kausalität von der Rechtswidrigkeit abhängig macht; tatsächlich macht er gerade umgekehrt die Rechtswidrigkeit von der Kausalität abhängig. Ob die Verursachung eines Erfolgs rechtswidrig ist und Haftungsfolgen nach sich zieht, hängt davon ab, ob es der Regel des Lebens entsprach, auf die Gefahr des Erfolges hin zu handeln — das ist der wertvolle Kern der Ausführungen v. Bars. Danach hängt das Urteil über die Tadelhaftigkeit der Handlung gerade davon ab, welche Gefahren sie erzeugte —, nicht umgekehrt die Feststellung, daß sie eine Gefahr erzeugte, davon, ob sie tadelhaft oder untadelhaft war. Von diesem Punkte aus eröffnen sich der Rechtswidrigkeitslehre höchst fruchtbare Perspektiven. Die rein formal logische Untersuchung der Rechtswidrigkeit führt freilich in weiterem Umfange zu befriedigenden und gesakten Resultaten; allein es bleiben der Zweifelsfälle genug, in denen die Untersuchung auf die materiellen Gesichtspunkte zurückgehen muß, nach denen sich Recht und Unrecht überhaupt scheiden. Hier wird die Regel des Lebens, hier die Frage, wie weit ein Handeln mit Gefahrrisiko ihr entspreche oder zuwiderlaufe, stets eine entscheidende Rolle spielen; und es ist ein bleibendes Verdienst v. Bars, durch die Betonung dieser Gesichtspunkte den weiteren Untersuchungen grundlegend vorgearbeitet zu haben.

In der Ausführung seiner Theorie weicht v. Bar von der jetzt vorherrschenden Auffassung der adäquaten Kausalität nur insoweit ab, als er neben den weder dem Täter noch allgemein erkennbaren Bedingungen auch die etwa zur Zeit der Tat vorliegenden „ungewöhnlichen“ Umstände, aus der Basis des Möglichkeitsurteils ausgeschaltet wissen will. (215). U. E. liegt hier ein *ex dia duon* vor. Wenn die Basis des Möglichkeitsurteils nach den allgemein oder doch dem Täter erkennbaren Umständen begrenzt wird, so soll damit gerade das Maß bezeichnet werden, in dem die im Einzelfall vorliegenden, vielleicht völlig singulären Umstände bei der Entscheidung der Kausalfrage zu berücksichtigen sind. Die entgegengesetzte Auffassung führt dazu, den Wirkungen singulärer Situationen jede Bedeutung für das Recht abzuspochen, während es doch gerade darauf ankommt, wie weit mit den betreffenden Umständen trotz ihrer Seltenheit und Seltsamkeit gerechnet werden kann und gerechnet werden muß. Es muß um so mehr befremden, diese Einschränkung bei v. Bar zu finden, als v. Bar selbst nachdrücklich betont hat, daß es auf die Häufigkeit oder die Singu-

larität der Bedingung, die wir als Ursache herausheben, nicht ankommt (s. oben 502).

Erheben sich so gegen die Kausallehre v. Bars prinzipielle Bedenken von schwerwiegender Bedeutung, so dürfen wir es uns versagen, auf die Behandlung einzugehen, die v. Bar dem Problem der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges hat zu teil werden lassen. Es ist außerordentlich reizvoll, zu beobachten, mit welcher Sorgfalt v. Bar hier die Konsequenzen seiner Lehre unter eingehender Berücksichtigung der Individualität der Einzelsfälle zu ziehen sucht, wie er der Praxis durch die Aufstellung zahlreicher feindurchdachter Distinktionen vorzuarbeiten weiß. Allein über die Berechtigung des zu Grunde gelegten Prinzips ist bereits das Nötige gesagt, und es würde zu weit führen, die Berechtigung der Folgesätze an dieser Stelle im einzelnen zu prüfen.

III. Die Kausalität der Unterlassung.

Das Problem der Unterlassung besteht ausschließlich in der Rechtfertigung einer allseitig anerkannten rechtlichen Regelung. Daß die pflichtwidrige Nichthinderung Verantwortlichkeit für den Erfolg nach sich ziehe, ist unbestritten; warum diese Verantwortung eintrete, die Frage allein bildet das Problem. Für seine Lösung ergibt sich eine erschöpfende Alternative. Entweder wird die Haftungsgrundlage des Kommissivdeliktes auch hier als gegeben nachgewiesen; darauf zielen alle Theorien, die in der Unterlassung die Kausalität in demselben Sinne feststellen wollen, in dem wir überall auf dem Gebiete des Rechts von ursächlichen Zusammenhängen sprechen. Scheitert dieser Versuch, so wird die Folgerung unabweislich: Es gibt Verantwortung ohne Kausalität. Dieser Satz läßt sich nur rechtspolitisch rechtfertigen, mag die Haftung für Unterlassungen nun auf ethische Erwägungen oder auf die symptomatische Bedeutung auch dieses Verhaltens für die Gefährlichkeit des Täters, oder mag sie auf das Bedürfnis des Rechtsgüterschutzes zurückgeführt werden. Es läßt sich dann in einer Gegenüberstellung mit den Kommissivdelikten sagen, es sei hier das Gebiet der Haftung erweitert worden; nie und nimmer aber darf gesagt werden, die ethischen Anschauungen, die hier die Verantwortlichkeit fordern, führten hier zu einer Erweiterung des Kausalbegriffs. Solche Betrachtungsweise führt zu einer Fiktion des Kausalzusammenhanges, die unserer Tendenz entsprechen mag, die Vielgestaltigkeit der Erscheinungen auf einheitliche Formeln zurückzuführen, die aber gleichwohl mit allen rechtlichen Fiktionen die Eigenschaft teilt, einen Umstand als rechtserheblich erscheinen zu lassen, der tatsächlich unerheblich ist: Denn wie könnte ein Umstand erheblich sein, der im Einzelfall ebenfogut vorliegen wie fehlen kann.

v. Bars Ausführungen über die Kausalität der Unterlassung stehen zu diesen Gedankengängen in schroffem Gegensatz. v. Bar geht davon aus, daß alle früheren Versuche, die Kausalität der Unterlassung darzutun, gescheitert sind; die bloße Untätigkeit kann nicht als kausal

angesehen werden (259). „Aber es können und müssen Ausnahmen anerkannt werden, die als solche besonders zu begründen und ohne zwingende Gründe nicht anzuerkennen sind.“ Diese Ausnahmen liegen nun in doppelter Richtung vor. Einmal erscheint das Ausbleiben der Willensbetätigung dort als berücksichtigungswerte Tatsache, wo ihre Vornahme erwartet werden durfte: Die „Regel des Lebens“ ist es, die hier entscheidet, die Regel des Lebens, die überall eine Lücke als eine Tatsache, nicht nur als bloßes Nichts betrachtet, wo wir das Fehlende mit gutem Grunde erwarten durften (258). Andererseits bedeutet zwar ein rein innerer Seelenvorgang, wohin auch die Seelenruhe gerechnet werden muß, für das Strafrecht in der Regel nichts; wo wir aber auf eine jener Lücken, die wir mit den Anschauungen des Lebens als (positive) Tatsachen zu betrachten haben, stoßen, da sind wir berechtigt, „die Existenz dieser Lücke auch auf den äußerlich nicht hervortretenden Seelenzustand als Ursache zurückzuführen.“ Freilich nicht unbedingt! Vielmehr greifen hier ethische Wertungen ein. Das Tätigwerden muß gleichsam selbstverständlich sein — „in dem ethischen Sinne, daß wer in solcher Situation nicht den Antrieb zum Handeln empfindet, also fahrlässig tätig zu werden unterläßt, oder gar dem empfundenen Antriebe absichtlich nicht Folge gibt, als ein den ethischen Anforderungen nicht entsprechender, als ein schlechter, ein strafwürdiger und strafbedürftiger Mensch erscheint.“ „Die Annahme einer Kausalität der Unterlassung beruht also auf einem ethischen Urteile“ (S. 160, 266). Im Rahmen dieser Kausalität gelten dann die für positives Eingreifen geltenden Grundsätze; auch hier ist Adäquanz der erwarteten Tätigkeit und der Hinderung des Erfolges notwendig (S. 263).

In dieser „idealen Erweiterung“ des Kausalzusammenhangs vermögen wir nichts anderes als eine Fiktion zu erblicken. Die Gleichstellung einer rein gedanklichen mit einer tatsächlichen Beziehung mag noch so sehr ethischen Anschauungen entsprechen; sie wird dadurch nicht zu einer tatsächlichen kausalen Verknüpfung. Jene Gleichstellung in der allgemeinen Anschauung beweist nur, wie sehr wir gewöhnt sind, überall die Haftung an die Kausalität anzuknüpfen. Aber sobald einmal diese Betrachtungsweise streng logischer Prüfung nicht standhält, muß auf sie verzichtet werden. Mit dem Hinweis auf die Anschauungen des Lebens weist freilich v. Bar den Vorwurf der Fiktion zurück: Der Begriff der Fiktion schließt den des Künstlichseins in sich, während hier gerade die gleichsam natürliche Betrachtung des praktischen Lebens ihr Recht fordert (269). Allein der Begriff der Fiktion erschöpft sich darin, daß etwas als vorhanden behandelt wird, was tatsächlich nicht vorhanden ist; und sie erscheint nur deshalb und deshalb immer als künstlich, weil sie sich in allen Fällen zum tatsächlichen Sachverhalt in Widerspruch setzt. Ob sie den Anschauungen des praktischen Lebens zuwiderläuft, ihnen zufolge als gekünstelt erscheint, ist für ihren Begriff gleichgültig. Übrigens wird man sagen können, daß gerade die meisten Fiktionen auf einer Konnivenz gegen-

über vulgären Anschauungen beruhen, also im Sinne v. Bars gerade nicht — künstlich sind!

Die kritischen Ausführungen v. Bars mußten dazu führen, anstelle der dogmatischen Begründung die kriminalpolitische Rechtfertigung dieser Strafhaftung zu unternehmen; damit würde gleichzeitig der Maßstab gewonnen sein, nach dem sich die Strafhaftung zu umgrenzen hat. Die Fiktion des Kausalzusammenhangs ist dazu völlig außerstande; denn aus dem Fiktionsgedanken ist nie zu entnehmen, wann die Fiktion gelten soll. Gerade diese Unfruchtbarkeit macht v. Bar selbst der v. Liszt'schen Lehre zum Vorwurf. Allein der Vorwurf trifft vor allem v. Bars Theorie selbst. Denn die Annahme des Kausalzusammenhangs selbst ermöglicht ihm nirgends, die fragliche Grenze zu ziehen; wenn er gleichwohl zu einer festen Umgrenzung gelangt, so sind es die ethischen Anschauungen, so ist die Regel des Lebens, der er sie entnimmt: und es erweist sich, daß insofern die Annahme der Kausalität völlig unfruchtbar und überflüssig ist. Diese Umgrenzung selbst beruht auf besonderen, mit großer Feinheit durchgeführten Ermägungen (S. 261—267). Eine Rechtspflicht zum Handeln ist weder immer notwendig, noch auch immer ausreichend. Es kann ausreichen, daß jemand anderen nur tatsächlich das Vertrauen einflößt, er werde in bestimmter Weise tätig werden (S. 262). Bei bestehender Rechtspflicht aber kommt es immer auf sorgfältige Prüfung ihres Inhalts an: Es bleibt stets zu untersuchen, ob die Erfüllung der Rechtspflicht nicht mit unverhältnismäßigen Opfern verbunden ist (265). Auch hier wieder verweist v. Bar darauf, zur Probe für die Richtigkeit der Annahme der Verantwortlichkeit die Konsequenz für gleichartige Fälle zu ziehen.

In den praktischen Ergebnissen stimmt v. Bar fast überall mit der herrschenden Ansicht überein. Die Annahme der Kausalität war für sie gänzlich unerheblich. Haben wir nicht ein Recht, den alten Streit als durchaus unfruchtbar zu bezeichnen? v. Bar bestreitet es. Freilich werde in vielen Fällen das unmittelbare Gefühl die richtige Entscheidung an die Hand geben, oftmals aber werde es ratlos lassen oder fehlgehen (270). Das ist gewiß zuzugeben. Aber die Schwierigkeiten, die hier vorliegen, werden nicht durch die Annahme der Kausalität, sondern allein durch die Beantwortung der Rechtswidrigkeitsfrage behoben. Der Streit um die Kausalität ist nach v. Liszt lediglich dahin zu charakterisieren: Soll das Strafrecht sich dem unpräzisen Sprachgebrauch des Lebens anschließen oder nicht? Wissenschaftlich wertvolle Ergebnisse lassen sich durch die Bejahung der Frage nicht erzielen. —

IV. Die Zurechnungsfähigkeit.

I. Die alte These des Indeterminismus: Keine Zurechnungsfähigkeit, keine Schuld, keine Strafe ohne Willensfreiheit — legt auch v. Bar seiner Zurechnungsfähigkeitslehre zu Grunde. Der Determinismus erscheint ihm so gut wie der Indeterminismus als ein

Glaubenssatz, für den ein wirklich zwingender Beweis nicht geführt werden kann (S. 5). Es ist offensichtlich, daß diese Auffassung nur dort möglich ist, wo die reine erkenntnistheoretische Natur des Determinismus verkannt wird. Und in der Tat beweisen die Argumente, die v. Bar im einzelnen gegen den Determinismus anführt, einerseits, daß er die apriorische Gültigkeit des Satzes vom juristischen Grunde völlig verkennt: Wie könnte er sonst auf den Mangel des empirischen Nachweises der Willensfreiheit Gewicht legen, wie sonst geltend machen, daß die Entdeckungen der Physiologie und der Chemie uns niemals die seelischen Eindrücke reiflos zu erklären vermögen! Und seine Argumente bezeugen andererseits eine Vermengung erkenntnistheoretischer und metaphysischer Betrachtungsweise: Wie könnte er sonst dem Determinismus entgegenhalten, er sei zur Annahme einer ersten Ursache gezwungen und damit sei für den Determinismus eine Antinomie, eine naturwissenschaftlich nicht zu überbrückende Kluft gegeben! Der Determinismus muß nicht nur nicht eine erste Ursache annehmen, er darf es nicht einmal; er verleugnet seinen erkenntnistheoretischen Charakter, sobald er dem ewigen Zusammenhang der Dinge einen Anfang oder ein Ende setzt!¹⁾

Aber ob berechtigt oder unberechtigt — jedenfalls führt die deterministische Weltanschauung nach v. Bar zur Auflösung des Strafrechts. Muß sie doch darauf verzichten, den Menschen verantwortlich zu machen, da er bloß als Durchgangspunkt der Wirkungen weiter zurückliegender Ursachen erscheint (S. 5); ist sie doch außerstande den Pflichtbegriff festzuhalten, da die Pflicht stets die Möglichkeit des Andershandelns voraussetzt (S. 21). Nur um den Preis einer doppelten Inkonsistenz kann der Determinismus schuldig erklären und strafen. Auch hier darf sich die Kritik kurz fassen. Es sind diese Argumente so oft aufgestellt, zurückgewiesen und von neuem aufgestellt worden, daß sich Fruchtbare für und wider kaum mehr sagen läßt. Daß auch der Indeterminismus inkonsequent verfahren muß, wenn er bei dem Individuum stehen bleibt, da doch auch er den Einfluß sozialer Faktoren und individueller Anlagen nicht zu leugnen vermag — muß es immer und immer wieder gesagt werden? Und muß der Satz, daß die normative Betrachtungsweise unabhängig ist von der genetischen — muß er immer und immer wieder betont werden? Das Strafrecht will die konkrete Tat, den konkreten Willensakt werten — wie kann es einen Einfluß auf die Wertung haben, ob wir uns die Entstehung des Willensaktes nach den überall gültigen Gesetzen unseres Erkennens vorstellen, oder hier die geheimnisvolle Macht unbegreiflicher Faktoren

¹⁾ Mit dem metaphysischen Bedürfnis, eine erste Ursache anzunehmen, hat der Determinismus nicht das Geringste zu tun. Wegen seiner rein erkenntnistheoretischen Natur läßt sich der Determinismus weder, wie es v. Bar tut, als Glaubenssatz auffassen, noch ist es berechtigt, von einer deterministischen Weltanschauung zu sprechen. Eine deterministische Weltanschauung ist in demselben Grade metaphysischer Natur wie eine indeterministische, — für das Strafrecht hat weder die eine noch die andere irgendwelche Bedeutung.

wirksam sehen! Daß der alte Streit das Strafrecht unberührt läßt, daß der Determinist in dem Zusammenhang von Tat und Charakter, der Indeterminist in der Freiheit der Selbstbestimmung die Rechtfertigung des Schuldbegriffs findet — diese Erkenntnis erfreut sich einer so allgemeinen und ständig zunehmenden Verbreitung, daß eine eingehende Auseinandersetzung mit v. Bar hier erspart bleiben mag.

Umsomehr, als v. Bar selbst dem Determinismus außerordentlich nahe steht. Mit Nachdruck weist er den absoluten Indeterminismus zurück (S. 11–13). Seine Anschauung geht dahin: Zwar vermögen Motive das menschliche Handeln zu bestimmen, gleichwohl aber bleibt ein gewisser Kern oder Rest von Freiheit des Willens vorhanden (S. 12). Zur genaueren Erklärung führt v. Bar aus, daß „es auf die Stärke der einzelnen Motive und die Beschaffenheit des Charakters des Individuums ankommt, ob diese das Verhalten des Individuums kausal beherrschen oder ob sie, wie man sagen könnte, auf den für die einzelnen Motive bei den einzelnen Individuen verschieden liegenden Freiheitspunkt treffen, bei welchem ihre Herrschaft aufhört“ (S. 13). Daß diese Anschauung auf einer Antinomie beruht, darf nicht als Argument gegen sie verwendet werden. Denn v. Bar sieht gerade in dieser Antinomie ihr wesentliches Charakteristikum, und rühmt es als besonderen Vorzug seiner Lehre, daß sie sich dieser Antinomie, dieser Inkonssequenz bewußt sei, — die Berechtigung dieser Antinomie allein ist es, um die gestritten werden kann. v. Bar hat für sie einen Nachweis zu führen nicht versucht; da das Strafrecht diese Anschauung notwendig voraussetzt, erscheint jeder weiterer Beweis überflüssig. Allein ist überhaupt von einer Antinomie die Rede? Daß die Stärke der Motive und die Beschaffenheit des Charakters darüber entscheiden, ob im Sinne eines bestimmten Motivs gehandelt wird, wird kaum als widerspruchsvoll betrachtet werden können. Und daß da, wo ein Motiv trotz seiner Stärke nicht zu entsprechendem Willensakt führt, es auf ein stärkeres, kontrastierendes Motiv gestoßen sein muß, ist ohne weiteres deutlich. Der Gegensatz zwischen der deterministischen und v. Bars indeterministischen Auffassung besteht nur darin, daß der Determinist das kontrastierende stärkere Motiv sucht, und daß er es im Charakter als dem Inbegriff konstant gewordener, wesentlich konstant wirkender Motive findet, während der Indeterminist in dem Augenblick, wo er der Überwindung des betreffenden Motivs begegnet, vor dem Charakter als dem rätselhaften Duell freier motivwidriger Entschlüsse halt macht. „So könnte man sagen, führt Windelband aus, daß der Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus, soweit es sich um das Wählen handelt, schließlich auf einen Wortstreit hinauslaufe. Denn auch der Indeterminist sträubt sich ja nur, das letztentscheidende Wollen auch Motiv zu nennen; es gilt ihm als ein der Wage eingebautes, nicht als ein erst einer ihrer Schalen aufgelegtes Gewicht. Er möchte ja schließlich und eigentlich doch nichts anderes anerkannt wissen, als daß neben allen den anderen Motiven der persönliche Wille sich selbst vermöge seines Wesens

nach einer bestimmten Seite entscheidet. Genau dasselbe aber will der Determinist: Denn jenes „Wesen“ ist inhaltlich doch eben nichts anderes als ein dauerndes Wollen, d. h. ein konstantes Motiv“ (Über Willensfreiheit S. 77 f.). Ob das überall zutrifft, mag dahin gestellt bleiben; daß es für v. Bar zutrifft, ist jedenfalls gewiß. In der Formel: Die Tat ist das notwendige Produkt von Motiv und Charakter, dürfte v. Bar mit dem Deterministen sich unbedenklich verständigen können.

II. Bei dieser Sachlage kann es nicht überraschen, daß v. Bar zwar den Determinismus für unfähig erklärt, eine Realdefinition der Zurechnungsfähigkeit zu entwickeln, daß er aber selbst eine Begriffsbestimmung gibt, die jeder Determinist unterschreiben kann. Seine Formel lautet: „Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn zur Zeit der Handlung infolge geistiger Erkrankung oder krankhaft fehlerhafter Entwicklung oder vorübergehender geistiger Hemmung dem Handelnden die Fähigkeit, Wirkung und Bedeutung seiner Handlungen einzusehen, fehlte, oder die Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung infolge eines der bezeichneten Umstände als wirkend nicht angesehen werden konnte“ (S. 34).

Diese Formulierung bedeutet eine wertvolle Förderung der Lehre. Auf der einen Seite bringt sie zum Ausdruck, daß für die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht nur die intellektuelle Leistungsfähigkeit, sondern auch ein gewisses Maß sittlicher Widerstandskraft erfordert wird. Die Erfahrungen der gerichtlichen Psychiatrie machen die Berücksichtigung derartiger Mängel des Willenslebens bei scheinbar ungetrübter Intelligenz unumgänglich. Indem v. Bar aber auf der anderen Seite die Berücksichtigung dieser wie der intellektuellen Mängel auf die Fälle beschränkte, in denen sie in Zuständen geistiger Erkrankung oder krankhaft fehlerhafter Entwicklung oder vorübergehender geistiger Hemmung ihre Ursache finden, ist er den verhängnisvollen Konsequenzen entgangen, zu denen die v. Liszt'sche Formel der „normalen Motivierbarkeit“ gelangte: Der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher fällt nach v. Bar mit Recht nicht ohne weiteres in den Bereich der Unzurechnungsfähigkeit (S. 24). v. Bar hat diese Gedanken im einzelnen ausgeführt: weder der Sadismus, noch die Annahme unüberwindlicher Triebe, weder die Theorie vom geborenen Verbrecher, noch die Annahme einer moral insanity ist für die Zurechnungsfähigkeitsfrage unmittelbar entscheidend: In allen Fällen bedarf es des Nachweises eines klinischen Krankheitsbildes, ehe wir in dem Versagen der sittlichen Widerstandskraft einen Fall der Unzurechnungsfähigkeit finden dürfen (S. 23—30). Aus all dem aber ergibt sich, daß die einseitige Befolgung der sog. psychologischen Methode^{*)} bei der Umschreibung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit unmöglich ist. Zwar soweit es sich um das rein intellektuelle Moment handelt, werden

*) Vgl. zu den Ausdrücken „psychologische“ und „biologische“ Methode v. Lilienthal in der Monatschr. f. Kriminalpsychologie Bd. V, S. 262 ff.

wir bei fehlender Zurechnungsfähigkeit immer auf eine der hervorgehobenen Ursachen stoßen; insofern führt die psychologische Formulierung zu sicheren und erschöpfenden Resultaten. Dagegen ist dann, wenn die Vorstellung der Handlung als wirkend nicht anzusehen ist, eine Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit noch nicht möglich: Hier bedarf es stets der Prüfung, auf welchen Ursachen dieser Mangel der Widerstandskraft beruhte. Deshalb verfolgt die Formulierung v. Bars mit Recht eine kombinierende Methode, in dem sie gleichmäßig auf die biologischen Ursachen wie auf die psychologischen Wirkungen der Unzurechnungsfähigkeit hinweist.

Diese Formel kann der Determinist unterschreiben, ohne mit seiner Grundanschauung in Widerspruch zu treten; ja bei näherer Betrachtung ergibt sich, daß v. Bar selbst gerade an dem kritischen Punkte der Lehre, in der Frage der mangelnden Widerstandskraft mit dem Gedanken der „normalen Motivierbarkeit“ arbeitet. Weist doch die Fassung „aber die Vorstellung des Handelnden als wirkend nicht angesehen werden konnte“ deutlich genug auf die Determinierbarkeit hin; und daß das Merkmal „normaler“ Determinierbarkeit durch das Erfordernis der geistigen Erkrankung usw., deutlich zum Ausdruck gebracht ist, bedarf keiner Ausführung: Die Begriffe der Krankheit, der Fehlerhaftigkeit enthalten stets eine Beziehung zur Normalität, zum Typus. So hat die Formel es nicht nur abichtlich vermieden, von dem Begriff der Freiheit auszugehen (S. 33), sondern verrät wiederum deutlich eine Annäherung an deterministische Gedankengänge. Die Behauptung v. Bars, seine Formel beruhe auf seiner indeterministischen Grundanschauung, überrascht demgegenüber um so mehr, als in der Einzelausführung nur beiläufig indeterministische Formulierungen begegnen. So findet v. Bar einen Fall der Unzurechnungsfähigkeit dann, wenn das Individuum infolge krankhafter oder mangelhafter Entwicklung nur als Durchgangspunkt für Anreize erscheint oder ein Grundstock ethischer Vorstellungen in erheblicher Stärke in dem Individuum nicht vorhanden ist. In diesen typischen Fällen der Willensschwäche oder der mangelnden sittlichen Widerstandskraft wird auch der Determinist die Zurechnungsfähigkeit als ausgeschlossen betrachten: Wo der Mensch machtlos jedem Impuls nachgibt, tritt der Charakter so völlig bei der Entstehung des Willensakts zurück, daß wir die Tat nicht mit der bleibenden Eigenart des Täters in Zusammenhang zu bringen vermögen: zu einer sachlichen Differenz hat die Differenz der Begründungen also nicht führen können. — An anderer Stelle weist v. Bar nach, daß auch die Entwicklung lange gehegter Leidenschaften und Gemohnheiten die Zurechnungsfähigkeit nicht beeinträchtigt: „Denn die Charakterentwicklung vollzieht sich von Handlung zu Handlung unter Mitwirkung der Freiheit, so daß diese auch da wirkt, wo der Entschluß zu bestimmten Taten kaum noch von dem Handelnden gefühlt wird, vielmehr als selbstverständlich erscheint“ (S. 20). Auch hier tritt der Determinist zwar dem Ergebnis, nicht aber der Begründung bei; diese würde übrigens, beiläufig bemerkt, zu dem unerfreulichen Resultat

führen, daß wir auch bei den Zuständen der Unzurechnungsfähigkeit unterscheiden müssen, ob sie verschuldet oder unverschuldet sind (eine Konsequenz, die v. Bar selbst, S. 29, für die geistig Minderwertigen zieht, ohne sie freilich weiter nutzbar zu machen). v. Bar hat die gefährliche Begründung wohl auch nur deshalb gewählt, weil der Fall der lange gehegten Leidenschaften und Gewohnheiten dem Indeterministen besondere Schwierigkeiten bereitet; bemerkt er doch selbst, daß er sie unberücksichtigt lasse, „so sehr sie auch den Menschen in gewissem Sinne unfrei machen.“

III. Damit ist die Grundlage gewonnen für die Einzelfragen der Zurechnungsfähigkeit. Die Definition, die v. Bar zunächst für die verminderte Zurechnungsfähigkeit gibt, schließt sich aufs Engste an die eben besprochene Formulierung an und teilt deren hervorgehobene Vorzüge: Es muß sich um einen „nicht bloß vorübergehenden krankhaften Zustand“ handeln, „welcher die Einsicht in Wirkung oder Bedeutung der Handlung oder die Wirksamkeit der Vorstellung der Unzulässigkeit der Handlung beeinträchtigt“ (S. 52). Sie deckt sich sachlich genau mit der Formulierung, die Kahl noch seinen jüngsten Vorschlägen zugrunde gelegt, und die der 27. deutsche Juristentag akzeptiert hat.

Kahl hat nachdrücklich auf das Verdienst hingewiesen, das v. Bar sich um das Problem der verminderten Zurechnungsfähigkeit durch seine Besprechung des Wharton'schen Werkes über die Zurechnungsfähigkeit erworben hat. Die Gedanken, die v. Bar damals — 1875 — über die Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen entwickelt hat, sind inzwischen Gemeingut aller Kriminalisten geworden, die sich der Reformbedürftigkeit des jetzigen Zustandes nicht verschließen. Sie finden sich auch im vorliegenden Werke wesentlich wieder. Die Auffassung des heutigen Rechts, das die v. B. mit Stillschweigen übergeht, und es nur ermöglicht, sie als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen, ist legislativ unbefriedigend: Das Bedürfnis, dem vermindert Zurechnungsfähigen eine Sonderbehandlung zu teil werden zu lassen, ist nicht von der Hand zu weisen (S. 37—47). Diese Sonderbehandlung charakterisiert sich nach v. Bar einerseits durch weitgehende Berücksichtigung der Spezialprävention: Sie wird in einer staatlichen Anstalt vollstreckt, „in welcher bei milderer Behandlung unter Berücksichtigung der Individualität und der Lebensverhältnisse des Verurteilten je nach Umständen Heilung, Erziehung oder bessere Bildung, bezw. Ausbildung in einem nützlichen Beruf erstrebt wird“ (S. 54, f. auch S. 44 f.). Der gewöhnliche Strafvollzug ist außerstande, diesen Zwecken zu entsprechen (S. 54 ¹¹⁶). Sie charakterisiert sich andererseits durch die eigenartige Bemessung ihrer Dauer: Der Richter hat ihr ein Minimum und Maximum zu setzen; die „Anstaltskommission“ kann nach Verbüßung der Hälfte der im Urteil bestimmten Zeit die Entlassung verfügen (S. 54 f.).

Diese Sonderbehandlung soll aber grundsätzlich Strafe sein. Damit will v. Bar nicht eine Entwicklung des Strafbegriffs im Sinne

der Spezialprävention fordern, sondern umgekehrt der Sonderbehandlung nur insoweit Raum gestatten, als sich dies mit ihrem Strafcharakter verträgt. Nur soweit die Sonderbehandlung als Übel, als ein der Schuld proportionales Übel empfunden wird, ist sie in das Strafrecht einzuführen. Deshalb soll nicht nur die Anstalt der Sonderbehandlung als Strafanstalt bezeichnet werden (§. 48), sondern vor allem ihre Dauer sich hauptsächlich nach der Schwere und Gefährlichkeit der begangenen Straftat, nicht nach der Gefährlichkeit des Täters richten (§. 56): Erscheint der Täter auch nach Abschluß der Sonderbehandlung noch als gemeingefährlich, so kann die Gesellschaft nur insoweit vor ihm geschützt werden, als die Internierung von gemeingefährlichen Irren reicht. Und endlich wird die Sonderbehandlung den vermindert Zurechnungsfähigen in besserer Lebenslage vorbehalten, weil für diese die „auf Grund eines Strafurteils erfolgende zwangsweise Einlieferung in eine als Strafanstalt bezeichnete Anstalt schon als erhebliche Strafe sich darstellen wird.“ „Geistig Minderwertige dagegen, welche, aus schlechterer Lebenslage kommend, die mildere Behandlung gar nicht als Strafe, auch die Verurteilung selbst als Strafe nicht empfinden würden, müssen sogar auf die Gefahr hin, daß die Strafe sie geistig schädigen würde, der gewöhnlichen Strafbehandlung unterworfen werden“ (§. 48, 49).

Ist man sich über die Notwendigkeit einer Sonderbehandlung sowie darüber einig, daß der gewöhnliche Strafvollzug diese nicht in ausreichendem Maße zu leisten vermag, so gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder wird am überkommenen Strafbegriff festgehalten; dann fällt die Sonderbehandlung außerhalb des Strafrechts und es kann sich nur fragen, ob man sie mit der Strafe kumulieren oder ihr zu Liebe einmal gänzlich auf Bestrafung verzichten will. Oder man gibt der Strafe die spezielle Zweckbeziehung auf den Einzelverbrecher: Dann ist auch die Sonderbehandlung die Strafe, sie umgrenzt sich dann ausschließlich nach den Rücksichten der Spezialprävention. Den Mittelweg, den v. Bar eingeschlagen hat, eine Maßregel der Spezialprävention nach Rücksichten der Generalprävention zu umgrenzen, ist prinzipiell nicht haltbar. Zudem führt er zu unerträglichen praktischen Konsequenzen. Gerade der großen Mehrzahl der vermindert Zurechnungsfähigen, nämlich allen, die aus schlechterer Lebenslage kommen, bleibt die Sonderbehandlung versagt, trotzdem ihre praktische Unentbehrlichkeit ausdrücklich anerkannt wird. Und selbst, wo sie eintritt, ist ihre Leistungsfähigkeit beschränkt: Sie versagt gerade dort, wo die Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft am größten ist, den dauernd gemeingefährlichen Minderwertigen gegenüber. Denn der Ausweg, auf den v. Bar hier verweist, die Internierung gemeingefährlicher Irren, ist hier in den meisten Fällen verschlossen, da die vermindert Zurechnungsfähigen eben nicht „Irre“ sind, und die Irrenanstalten sich mit Recht dagegen sträuben und sträuben werden, sich mit der äußerst schwierigen Behandlung dieser Elemente zu belasten.

Führt v. Bar's Theorie bereits so in eine Fülle von Schwierigkeiten und praktischen Bedenken, so wird das Bild vollends unübersichtlich dadurch, daß v. Bar in einzelnen Fällen die gewöhnliche Strafbehandlung mit der Sonderbehandlung verbinden will. In welchen Fällen diese Verbindung stattfinden soll, wird leider nicht gesagt; sie tritt, nachdem der entsprechende Beschluß des deutschen Juristentags energisch bekämpft worden ist (S. 47) gänzlich unvermittelt in dem formulierten Gesetzesvorichlag auf (S. 54). So sehr diese Verbindung von Strafe und Sonderbehandlung u. d. den Bedürfnissen entspricht, die vom Standpunkt der Vergeltung einerseits, von dem der Sicherung andererseits sich geltend machen, so unhaltbar ist sie u. d. für denjenigen, der in der Sonderbehandlung eine Strafe sieht. Wie ist diese Kumulation zweier Strafen zu rechtfertigen?! Trifft es hier nicht zu, was v. Bar gegen Kahl ausführt, daß der vermindert Zurechnungsfähige die zusätzliche Festhaltung als eine Ungerechtigkeit werde empfinden müssen? (S. 47). Oder soll sich hier unvermerkt der Bruch mit der alten Auffassung vollziehen, und scheut v. Bar sich nur davor, auch alle weiteren Konsequenzen aus dem polizeilichen Charakter der Sonderbehandlung zu ziehen?

IV. Die generelle Formel der Zurechnungsfähigkeit muß an sich ausreichen, um auch für die strafrechtliche Behandlung der Jugendlichen die nötigen Direktiven zu geben. Wenn gleichwohl das Jugendlichen-Strafrecht einer besonderen Regelung unterworfen wird, so kann es sich nur handeln einerseits um die Modifikationen, die sich aus der besonderen Häufigkeit der Unzurechnungsfähigkeit hier ergeben, andererseits um die besonderen Rücksichten die auch das Strafrecht auf die größere Beeinflussbarkeit, die Erziehbarkeit des Jugendlichen zu nehmen hat.

In ersterer Hinsicht gehört hierher die gesetzliche Aufstellung einer Strafunmündigkeitsgrenze und die Heraushebung einer besonderen Periode bedingter Strafmündigkeit. Die Unverantwortlichkeit des Täters unter 12 Jahren führt v. Bar mit Recht auf die unwiderlegliche Präsumtion der Unzurechnungsfähigkeit zurück, die gerade ihres präsumptionellen Charakters wegen nur dem Kinde, nicht dem Dritten gegenüber gilt. Teilnahme bleibt demgemäß in denjenigen Fällen möglich, in denen „die Untersuchung ergibt, daß das Kind infolge seiner Frühreife einen den Erfordernissen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechenden Entschluß gefaßt hat“ (S. 61 ff.).

Es herrscht allseitiges Einverständnis darüber, daß das StGB. den Jugendlichen von 12—18 Jahren dadurch, daß es in allen Fällen die Feststellung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderlichen Einsicht verlangt, ein besonderes Privileg erteilt hat. Dagegen ist der Charakter dieses Privilegs durchaus bestritten. Um ein materielles Privileg würde es sich handeln, wenn jene Einsicht im Begriff der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten wäre, sondern über sie hinausgeht, um ein prozessuales, wenn sie sich mit der Zurech-

nungsfähigkeit oder doch wenigstens mit einer ihrer Seiten deckt. Daß in jenem Fall trotz mangelnder Einsicht Teilnahme möglich, in diesem unmöglich ist, ist bekannt. v. Bar's Stellung zu diesen Fragen ist nicht ganz deutlich. Er betont, daß es sich um ein nicht nur prozessuales Privileg handelt (§. 70), da die Einsicht hier mit Rücksicht auf die konkrete Tat geprüft wird, während erwachsenen Verbrechern gegenüber die generelle Feststellung der Einsicht genügt (§. 75 ff.). Andererseits aber soll die Einsicht die Zurechnungsfähigkeit zwar nicht erschöpfen (§. 73 ff.), aber doch ein Stück der Zurechnungsfähigkeit sein; Verneinung der Einsicht hat Freisprechung zur Folge; Teilnahme ist dann unmöglich (§. 73¹⁶⁶, 80). Der Widerspruch, der in diesen Ausführungen liegt, erscheint unlöslich: Betrachtet das Gesetz die nach der konkreten Tat beurteilte Einsicht wirklich als Element der Zurechnungsfähigkeit, so kann von einem materiellen Privileg nicht die Rede sein; ist aber hier ein besonderes Erfordernis aufgestellt, so kann es zur Zurechnungsfähigkeit nur durch die Annahme in Beziehung gesetzt werden, das Gesetz präsumiere bei fehlender Einsicht unwiderleglich das Fehlen der Zurechnungsfähigkeit. Es läge in diesen Fällen also prinzipiell derselbe Sachverhalt vor wie in denjenigen absoluter Strafunmündigkeit, und die Teilnahme wäre in beiden Fällen gleich zu behandeln. —

Es ist begreiflich, daß für das zweite, wichtigste Problem des Jugendstrafrechts, für die Frage: Strafe oder Erziehung, kriminalpolitische Erwägungen vor den dogmatischen Ausführungen den Vorrang erhalten haben. Auch hier finden wir das Bestreben, eine möglichst individualisierende Behandlung zu ermöglichen, ohne doch die Generalprävention zu gefährden. Deshalb will v. Bar am Schuldgegriff als der Grundlage auch des Jugendstrafrechts festhalten (§. 86 f.), und deshalb widersetzt er der Heraufsetzung der Strafunmündigkeitsgrenze (§. 58 ff.). Wenn er auch der Anordnung von Erziehungsmaßregeln neben und anstatt der Strafe das Wort redet, so will er doch als Voraussetzung der Maßregel die strafrichterliche Feststellung der Tat nicht missen (§. 60), und begrüßt es, daß in der strafrichterlichen Zuweisung des Jugendlichen an eine Anstalt mit strengerer Zucht eine Schulderklärung erblickt werden werde (§. 88). Immerhin hat diese Tendenz v. Bar nicht, wie bei der Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen dazu geführt, die Erziehungsmaßregel als Strafe zu fassen; er will dem Richter in jedem Fall, in dem er die Zurechnungsfähigkeit gegeben findet, die Möglichkeit geben, Strafe oder Erziehungsmaßregeln oder beides anzuordnen (§. 60, §. 93 f.); daneben soll der Geldstrafe, dem Verweis und der bedingten Verurteilung ein weites Anwendungsgebiet bleiben (§. 88, 93). Es darf an dieser Stelle endlich nicht unerwähnt bleiben, daß v. Bar mit Nachdruck für die Einführung von Jugendgerichten und die besondere Gestaltung des Strafverfahrens eintritt. —

v. Bar hat seiner Darstellung die Aufgabe gestellt, die Ergebnisse „aus den grundlegenden Sätzen gleichsam von selbst sich entwickeln

zu lassen" (Borm. S. V). Damit sind die gesamten Ausführungen charakterisiert, in denen die Darstellung der Zurechnungsfähigkeit ausläuft. Auf diese Ausführungen soll deshalb hier wieder nicht eingegangen werden.

V. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

I. Die Vorsatzlehre ist von v. Bar mit besonderer Ausführlichkeit behandelt worden. Auf breiter dogmengeschichtlicher Basis baut sich, in den kritischen Ausführungen sorgsam vorbereitet, die eigene Lehre v. Bars auf. Auch hier wieder ist es die außergewöhnliche Beherrschung der Literatur, die Sorgsamkeit ihrer kritischen Würdigung, die die Bewunderung des Lesers herausfordert; gerade hier tritt die virtuose Fähigkeit v. Bars, von einem Punkte aus das ganze Gebäude der gegnerischen Theorie ins Wanken zu bringen, aufs deutlichste ins Licht.

Die eigene Position v. Bars, die Willenstheorie, wird zunächst polemisch gesichert. v. Bar verwirft die Vorstellungstheorie, denn sie habe den von der bisherigen Willenstheorie unklar gefaßten Willensbegriff durch einen teils positiv falschen, teils absolut unbrauchbaren Willensbegriff ersetzt. „Positiv falsch begrenzt ist der Wille, wenn er lediglich als Innervation oder Körperbewegung gedacht wird ohne das Streben, eine bechrenswert erscheinende Vorstellung in Wirklichkeit überzuführen. Unbrauchbar begrenzt aber ist der Wille, wenn er auf rein geistige Vorgänge beschränkt gedacht wird; denn dann führt keine Brücke hinüber vom Willen zur äußeren Kausalität" (S. 296). Sie entbehrt andererseits der prinzipiellen Begründung: „Wie kommt es, daß die Beschaffenheit der Vorstellungen die Strafbarkeit begründen oder mindern oder erhöhen soll?" (S. 296). Und sie ist endlich von keinem ihrer Anhänger konsequent durchgeführt worden: Überall findet sich der Versuch, unliebsame Konsequenzen „mit verschleierter Hereinziehung des Willens" zu vermeiden.

Diese, u. E. durchschlagenden Erwägungen veranlassen v. Bar, nachdem auch die Vorsatztheorien M. S. Meyers und Miričkas zurückgewiesen sind, an der Willenstheorie festzuhalten.

Ihre grundsätzliche Rechtfertigung findet die Theorie in der Erwägung, daß das Strafrecht sich gegen den strafbaren Willen der Person richtet (S. 274); nicht die Vorstellungen, nicht die mit ihnen verbundenen Lustgefühle sind es, die einen Menschen charakterisieren, sondern sein praktisches Verhalten zu ihnen: Das Streben eines Menschen in einer gegebenen Situation ist kennzeichnend für ihn. Er „ist im Augenblick von einer der Rechtsordnung widerstrebenden Gesinnung beherrscht, wenn er einen der Rechtsordnung widerstrebenden Erfolg erstrebt" (S. 316 f.).

Die nähere Bestimmung des Willensbegriffs für das Gebiet der Vorsatzlehre erwies sich notwendig, nicht nur, um den alten Vorwurf

der „Rebelhaftigkeit“ des Begriffs zu entkräften, sondern vor allem auch deshalb, weil der Gegenstand des Willens erst bezeichnet werden kann, wenn das Wesen des Willens feststeht. v. Bar verzichtet mit Recht auf eine Auseinandersetzung über die Frage, ob der Wille als ein besonderes psychisches Element zu betrachten sei oder nicht (S. 274¹). Die Stellungnahme zu jener Kontroverse der Psychologie ist für die Jurisprudenz in der Tat gleichgültig; ihr kann es nur darauf ankommen, die charakteristischen Merkmale jenes besonderen Bewußtseinsvorgangs, durch die sich der Wille von bloßen Vorstellungen einerseits, von bloßen Regungen des Trieblebens andererseits deutlich abhebt, scharf zu bestimmen. Wenn v. Bar das Wesen des Willens in diesem Zusammenhang als „Streben“ bezeichnet — „Wille ist der einzelne Mensch selbst, insofern man ihn als strebende Kraft bezeichnet“ (S. 307), so wird man dem zustimmen müssen, trotzdem auch diese Formel dem Vorwurf der Rebelhaftigkeit in fast demselben Maße ausgesetzt sein wird, wie der Willensbegriff selbst. Allein eine schärfere Formulierung vermag auch die Psychologie zur Zeit nicht an die Hand zu geben. Eine Rechtfertigung jener Formulierung hat v. Bar in der Weise zu erbringen gesucht, daß er die Erstrebung bestimmter Ziele als dem Wesen des Menschen unmittelbar entspringend und entsprechend nachzuweisen sucht (306 ff.). Allein mag man über die Richtigkeit dieser Betrachtung denken wie man will, so ist doch jedenfalls deutlich, daß die schärfste Erfassung der Bedeutung, die das Wollen für die Entwicklung des Menschen besitzt, nie das Rätsel lösen kann, was denn das Wollen sei; es ergibt sich aus jener Betrachtung nur eine einheitliche Charakteristik der Willensinhalte, aber keine Charakteristik des Willens selbst. So erschöpft sich v. Bars Darlegung des Willensbegriffs ihrem tatsächlichen Resultat nach in dem Ersatz des einen Ausdrucks „Wille“ durch den andern „Streben“. Die Tragweite dieser Lehre aber ist damit nicht ohne weiteres gekennzeichnet. Erst die Einzelausführung kann ergeben, unter welchen Bedingungen ein Erfolg als erstrebt zu betrachten ist.

Obwohl die Vorstellung den Vorsatz nicht erschöpft, so ist sie doch zum Vorsatz unerlässlich. Ob aber dem Täter der Erfolg als wahrscheinlich oder unwahrscheinlich erscheint, ist gleichgültig: Es kommt ausschließlich darauf an, ob der vorgestellte Erfolg erstrebt war. Nur sind solche Erfolge, die der Täter sich als notwendig mit dem erstrebten Erfolge verbunden vorstellte, den erstrebten gleichzustellen, mögen sie dem Täter auch unerwünscht sein; denn es ist unmöglich die Trennung dieser Erfolge zu wollen (310). Die Notwendigkeit ist hier aber im Sinne des praktischen Lebens als höchste Wahrscheinlichkeit aufzufassen: Der Vorsatz ist dann nicht ausgeschlossen, wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben als kindische Torheit anzusehen wäre (S. 315).

Damit ist das Gebiet des Vorsatzes erschöpft. Erfolge, die dem Täter gleichgültig sind, sind nicht erstrebt, nicht gewollt (318); insbesondere ist das ganze Gebiet des *dolus eventualis* der bewußten

Fahrlässigkeit zuzuweisen. Den Versuch v. Hippels, den *dolus eventualis* von der Willens- theorie aus zu rechtfertigen, weist v. Bar grundsätzlich zurück. „Die Stellung, welche man zu diesem Gebilde unserer Strafrechtswissenschaft einnimmt,“ liefert die Probe, „ob man in Wahrheit eine Willens- oder eine Vorstellungstheorie für richtig und maßgebend erachtet“ (303).

Dieser Satz ist in dem Augenblick gerechtfertigt, in dem nachgewiesen wird, daß im Fall des *dolus eventualis* von einem Wollen des Erfolges nicht die Rede sein kann. v. Bar schildert den *dolus eventualis* dahin: Jemand erstrebt einen bestimmten Erfolg; er stellt sich vor (sieht vorher), daß damit noch ein anderer Erfolg verbunden sein könne (nicht aber notwendig damit verbunden sein werde); er unterläßt das Streben nach dem ersten Erfolge nicht wegen des zweiten nicht erstrebten Erfolges (326). v. Bar nimmt also in die Schilderung des *dolus eventualis* von vornherein das Merkmal auf, daß der zweite Erfolg nicht erstrebt sei. Daran schließt sich der Versuch, die Lehre vom *dolus eventualis* als widersinnig nachzuweisen. Es handle sich hier, so führt v. Bar aus, nach der gegnerischen Ansicht um einen Fall des bedingten Wollens. Allein der bedingte Wille sei nur haltbar, wenn Willensinhalt und Bedingung etwas Verschiedenes seien. Hier aber liege der Sachverhalt so: Ich will zwar A. zunächst nicht, wenn aber A. eintritt, so habe ich A. gewollt (325). Die Unhaltbarkeit einer derartigen Konstruktion ist ohne weiteres deutlich.

Allein diese Konstruktion trifft das Wesen der Lehre vom *dolus eventualis* nicht. Denn ihre unmittelbare Konsequenz geht dahin, daß der Erfolg nicht gewollt ist, wenn er nicht eintritt: Ein Versuch mit *dolus eventualis* wäre demgemäß ausgeschlossen. Wenn die herrschende Lehre dem gegenüber die Möglichkeit eines Versuchs mit *dolus eventualis* annimmt, so beweist das zum mindesten, daß sie den *dolus eventualis* in einem anderen Sinne auffaßt, als v. Bar annimmt. In der Tat betrifft das hier vorliegende Mißverständnis bereits die Auffassung der Fragestellung. Die Lehre fragt nicht, wie v. Bar voraussetzt: Wann ist ein nicht gewollter Erfolg, den sich der Täter als möglich vorstellt, gewollt? — sondern: Wann ist ein unerwünschter Erfolg gewollt, der nach der Vorstellung des Täters sich möglicherweise entweder mit dem gewollten Erfolge verbindet oder an seiner Stelle eintritt? Nur so gewinnt die Frage verständlichen Sinn.

In dieser Fragestellung ist bereits der entscheidende Punkt deutlich zum Ausdruck gelangt. Es ist der Gesamtkomplex der Vorstellungen, die bei der Tat vorliegen, als Einheit zu fassen, und festzustellen, welche Bedeutung dem unerwünschten Erfolg in der Vorstellung des Täters deshalb zukommt, weil er mit dem erwünschten Erfolg diese psychologische Verbindung eingegangen ist. Diese Einheitlichkeit der Untersuchung ist es, die v. Bar verkennet; er isoliert die Vorstellung des unerwünschten, möglichen Erfolges, der als isolierter in der Tat wegen seiner Unerwünschtheit nicht gewollt sein kann. Allein es kommt nicht auf die Bedeutung an, die die Vor-

stellung gewonnen hätte, wenn sie als isolierte aufgetreten wäre, sondern darauf, welche Rolle ihr durch ihre Verbindung mit der Zweckvorstellung zuwuchs.

Diese ihr aktuelle, durch die Verbindung mit der Zweckvorstellung bestimmte Bedeutung festzustellen, bildet das Ziel der bekannten Frank'schen Formel. Ihr Verdienst besteht gerade darin, daß sie die Verbindung der Vorstellungen nicht löst, sondern den Gesamtkomplex der Vorstellungen der Prüfung unterzieht, indem sie die Frage aufwirft: Würde der Täter auch gehandelt haben, wenn er den Erfolg sich nicht als möglich, sondern als notwendig vorgestellt hätte? Hier knüpft der Vorwurf v. Barz an, die Formel beurteile den Täter nach einer Hypothese, die man nach Maßgabe seines Charakters für einen völlig andern Vorstellungsinhalt als den wirklich vorhandenen aufstelle (329). Allein die Lehre beurteilt den Täter nach der Bedeutung, die die Vorstellung des Erfolgs als eines möglichen tatsächlich gehabt hat; sie sucht nur diese tatsächliche Bedeutung der Vorstellung nach der Rolle zu bestimmen, die die Vorstellung des Erfolgs als eines notwendigen gespielt haben würde. Der Vorwurf kann deshalb nur dahin begrenzt werden, daß dieser Schluß von der hypothetischen Bedeutung der einen auf die wirkliche Bedeutung der anderen Vorstellung nicht zwingend, unzulässig sei. Allein die Richtigkeit dieses Verfahrens ergibt sich u. E. ohne weiteres aus der Betrachtung der einzelnen Fälle. Entweder nahm der Täter an, der Erfolg könne sich mit der Verwirklichung seines Zwecks verbinden; würde er hier auch gehandelt haben, wenn er sich die Verbindung als notwendig vorgestellt hätte, so beweist das, daß er ihn wegen des großen Wertes, den er seinem primären Zweck beimaß, sei es als Mittel, sei es als Nebenerfolg, auch gewollt hat. Oder er ging davon aus, daß der Erfolg anstelle des primär erstrebten Erfolges eintreten könne; würde er hier auch gehandelt haben, wenn er diesen Sachverhalt als notwendig voraussetzte, so beweist das, daß der Zweck Erfolg für ihn selbständige motivierende Bedeutung besessen, er ihn wiederum also gewollt hat. Im übrigen hieße es die Ausführungen Frank's und v. Hippels wiederholen, sollte an dieser Stelle die Rechtfertigung des *dolus eventualis* von neuem erschöpfend versucht werden.

Freilich muß v. Barz zugegeben werden, daß die Feststellung des *dolus eventualis* mittels der Frank'schen Formel oft besonderen Schwierigkeiten begegnen wird, daß oft auf den Charakter des Täters zurückgegangen werden müssen, um die Frage zu beantworten. Allein diese Beweisschwierigkeiten sind hier nicht größer als auf dem ganzen Gebiet des subjektiven Tatbestandes überhaupt. Die Praxis kommt nicht darum herum, mit Präsumtionen arbeiten zu müssen, wo die Theorie scharfe begriffliche Kriterien aufzustellen vermag und aufzustellen verpflichtet ist. Wenn jemand einen rechtswidrigen Erfolg verursacht hat, so wird auch bei der Frage, ob er ihn im Sinne v. Barz erstrebt hat, nicht selten auf die Frage zurückgegangen

werden, ob man ihm wohl das Erstreben eines derartigen Erfolges zutrauen könne. Das ist gewiß bedauerlich, aber nach Lage der Sache unvermeidlich. —

Die isolierte Betrachtung des mit dem erstrebten Erfolge verbundenen unerwünschten Erfolges müßte dazu führen, den Vorfaß selbst dann zu verneinen, wenn der Täter sich diese Verbindung als unvermeidlich vorstellte. v. Bar hat diese Konsequenz nicht gezogen, sondern hier an der Gesamtbeurteilung des ganzen psychischen Komplexes festgehalten, der zur Zeit der Tat vorliegt. Gewiß mit Recht! Aber wenn die Gesamtbeurteilung hier geboten war, so mußte sie überall festgehalten werden!

Die unerfreulichen Konsequenzen, die sich aus der isolierten Betrachtung in den andern Fällen ergeben, sucht v. Bar im einzelnen wesentlich zu beschneiden. Diesem Zweck dient einerseits jene Präsumtion zu Ungunsten des Angeklagten, wonach höchste Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit gleichsteht, ihm dient andererseits eine Reihe singulärer Einschränkungen. Wenn jemand eine Handlung vornimmt gerade mit Rücksicht darauf, daß sie einen recht unbestimmten, möglicherweise recht weitgehenden Erfolg haben könne, so liegt echter Vorfaß vor (345). Es ist eine *protestatio facto contraria*, wenn v. Bar hier die Anerkennung des *dolus eventualis* leugnet; irgend einen Zweck muß der Täter doch haben; und alle übrigen, von ihm als möglich vorgestellten Erfolge sind eben vom *dolus eventualis* im Sinne der herrschenden Lehre umfaßt. Wenn v. Bar diese Fälle generell dahin charakterisiert: in der Vorstellung des Handelnden erscheinen die verschiedenen möglichen Erfolge nicht im Verhältnis der Eventualität, sondern gewissermaßen als gleichzeitige koordinierte Ausstrahlungen derselben Tätigkeit (346), so müßten wir keinen Fall des *dolus eventualis* zu nennen, auf den diese Charakteristik nicht zuträfe; denn die Gleichzeitigkeit der Erfolge kann unmöglich das Kriterium abgeben, durch das sich diese Fälle von dem des *dolus eventualis* unterscheiden. — An anderer Stelle nimmt v. Bar direkten *dolus* an, wenn jemand sich absichtlich der Kenntnisaufnahme von Umständen entzieht, die seiner Handlung den verbrecherischen Charakter aufprägen (348). „Der Wucherer, der Darlehen durch Mittelspersonen gibt, um darauf sich berufen zu können, daß er von der Notlage usw. des Darlehnsempfängers keine Wissenschaft gehabt habe, weiß sehr wohl, daß er die hohen Zinsen aller Regel nach nur bei einer Notlage des Darlehnsempfängers zugesichert erhält.“ Wiederum können wir hier nichts anderes als *dolus eventualis* gegeben finden; ja v. Bar scheint darüber noch hinauszugehen, indem er das Kennenmüssen dem Kennen gleichstellt.

Das Ergebnis dieser Betrachtung ist dahin zusammenzufassen: v. Bar bekämpft den *dolus eventualis*, indem er die Betrachtung des Erfolges, hinsichtlich dessen der *dolus eventualis* vorliegen soll, in unzulässiger Weise einschränkt. Er hat diese isolierende Betrachtungsweise selbst aufgegeben, soweit es sich um Erfolge handelt, die der

Handelnde sich als notwendig vorstellte, und er hat andererseits eine Reihe von zweifellosen Fällen des *dolus eventualis* selbst anerkannt.

II. Der Inhalt des Vorsatzes wird nur kurz in positiver Wendung behandelt: der Täter muß die Tatumsstände kennen, welche der Handlung den Deliktcharakter geben (320 ff., 361 ff.); dagegen wird die Frage des Irrtums eingehend erörtert. Mit der herrschenden Meinung hält v. Bar an der Unterscheidung des *error in objecto* (363—369) und der *aberratio ictus* (369—373) fest: dort ist wegen vollendeten vorsätzlichen, hier wegen idealer Konkurrenz eines versuchten vorsätzlichen und eines vollendeten fahrlässigen Verbrechens zu strafen.

Dem Problem des Rechtsirrtums sind nicht weniger als 60 Seiten (373—432) gewidmet. Die einzelnen Fragen, die als Problem des Rechtsirrtums zusammengefaßt werden, sind bei v. Bar nicht scharf geschieden. Er formuliert die Frage dahin: „Gehört zum Vorsatz das Bewußtsein, daß die beabsichtigte Handlung im Geseze mit Strafe bedroht sei? Anders ausgedrückt: entschuldigt Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum?“ Diese nicht sehr präzise Fragestellung umfaßt zunächst die Frage: gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz? — eine Frage, die von v. Bar verneint wird. Sie umfaßt außerdem die Frage: schließt die auf tatsächlichem Irrtum beruhende Unkenntnis eines tatbestandlich erforderlichen Rechtsverhältnisses den Vorsatz aus? Dazu gesellt sich als letzte: schließt die auf Rechtsirrtum beruhende Nichtsubsumtion der Tat unter ihren gesetzlichen Begriff oder die rechtsirrtümliche Annahme eines Schuldaußschließungsgrundes den Vorsatz aus? Diese beiden Fragen sind bei v. Bar nicht geschieden; sie finden beide ihre Beantwortung in dem formulierten Gesetzesvorschlag: „Ein Irrtum über das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses oder einer bestimmten rechtlichen Eigenschaft einer Person oder Sache schließt den strafbaren Vorsatz aus, insoweit bei Annahme der Richtigkeit der Vorstellung des Handelnden die Handlung als erlaubt oder minder strafbar anzusehen wäre. Ein Irrtum lediglich über allgemeine oder auch aus einem bestimmten Rechte oder Rechtsverhältnisse oder einer bestimmten rechtlichen Eigenschaft abzuleitende Befugnisse ist unerheblich“ (431).

Diese Formel legt auf die Ursache des Irrtums kein Gewicht. Nun ist deutlich, daß der Irrtum über allgemeine Befugnisse usw. notwendig ein Rechtsirrtum sein muß, der Irrtum über einzelne Rechte usw. aber sowohl auf tatsächlichem, wie auf rechtlichem Irrtum beruhen kann. Die Betrachtung darf sich aber, da die Beachtlichkeit einer auf tatsächlichem Irrtum beruhenden Unkenntnis einzelner zum Tatbestande gehörigen Rechtsverhältnisse nicht bestritten werden kann, auf die Fälle beschränken, in denen die von v. Bar hervorgehobenen Irrtumsfälle auf Rechtsirrtum beruhen.

v. Bar rechtfertigt seine Theorie mit der Erwägung, daß es die „innere Schlechtigkeit“ sei, welche Strafe verdient, wenn sie in einer

entsprechenden Handlung sich äußerte. Der Rechtsirrtum aber sei ein wichtiges Symptom für die soziale Minderwertigkeit des Charakters, — die Unkenntnis der Rechtspflichten beruhe auf einem „zu wenig von altruistischen Empfindungen durchtränkten Gesamtleben des Individuums“ (390). Die Gesetzeskenntnis muß deshalb ein Vorteil bleiben (391). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsirrtum verschuldet sei; er wird es zwar in der Regel sein; aber die Berücksichtigung dieses Moments würde praktisch undurchführbar sein, da sich der Angeklagte auf das Milieu berufen würde, in dem er gelebt habe, — ein unerträgliches Resultat (393). Immerhin kommt dem Rechtsirrtum dieser symptomatische Wert nur insoweit zu, als der Handelnde die allgemeinen Regeln des menschlichen Handelns vorfindet. „Die Unwissenheit über das Einzelne aber ist nicht ein Grundfehler des Charakters, und beruht daher, wenn sie in der Tat hervortritt, nicht auf einem solchen.“ Diese Unterscheidung liege, freilich verkannt und im einzelnen oft unklar durchgeführt, auch der reichsgerichtlichen Scheidung des strafrechtlichen und des außerstrafrechtlichen Irrtums zu Grunde. „Gerade Befugnisse und Pflichten abzugrenzen — — ist zugleich Aufgabe des Strafrechts, ein in dieser Beziehung also obwaltender Irrtum ein strafrechtlicher Irrtum im eigentlichen Sinne“ (196, 399, 400).

Gegen diese Lehre sprechen drei gewichtige Bedenken.

1. Die Lehre beruht auf der Voraussetzung, daß der Rechtsirrtum in der Richtung für die soziale Minderwertigkeit des Charakters symptomatisch ist, in der die symptomatische Bedeutung des Vorsatzes liegt. Allein diese Prämisse ist unzutreffend. v. Bar hat mit Recht ausgeführt, daß der Rechtsirrtum für die Schlechtigkeit des Täters charakteristisch sein kann; allein mit keinem Worte ist begründet, daß der Rechtsirrtum auf eine aktive antisoziale Tendenz des Täters hinweist, die gerade v. Bar zum Erstreben des Erfolges, zum Vorsatz fordern müßte. Gerade dies Streben ist in keinem Fall des Rechtsirrtums festzustellen; er weist hin auf die Leichtfertigkeit des Täters, aber nicht auf den Wunsch des Täters, antisozial zu sein. Gewiß ist es möglich, daß der Täter auch gehandelt haben würde, wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Tat gekannt hätte; aber von dieser Annahme dürfen wir nur ausgehen, wenn er an der Rechtllichkeit seiner Tat gezweifelt hatte. v. Bar aber übertrumpft hier die von ihm so bitter befehdelte Lehre vom *dolus eventualis*, indem er im rechtsirrtümlichen Handeln ohne weiteres ein Erstreben des deliktischen Erfolges erblickt. Seiner symptomatischen Bedeutung nach kann der Rechtsirrtum nur für die Leichtfertigkeit, die das Wesen der Fahrlässigkeit ausmacht, in Betracht kommen.

2. v. Bar geht davon aus, daß sich der symptomatische Wert des Rechtsirrtums nach seinem Inhalt bemessen lasse. Allein das ist nicht zugeben. Die irrtümliche Annahme eines konkreten Rechts kann auf gröblichster Gedankenlosigkeit, die Verkennung einer allgemeinen Befugnis auf sorgfältiger, wenn auch irregehernder Überlegung be-

ruhen; es wird oft leichter sein, ein konkretes Recht richtig zu erkennen, als eine allgemeine Befugnis. Wenn v. Bar hier in der angegebenen Weise unterscheiden will, so stellt er damit eine sachlich nicht gerechtfertigte Schuldpräsumption teils zu gunsten teils zu ungunsten des Angeklagten auf. Diese Präsumption erscheint um so willkürlicher, als ja auch der Rechtsirrtum, der zur Verkenntung eines konkreten Rechts führt, letzten Endes auf einen Irrtum über allgemeine Befugnisse und Pflichten zurückzuführen ist. Soweit der Rechtsirrtum in Frage steht, löst sich der scheinbare Irrtum über das Einzelne immer in einen Irrtum über das Allgemeine auf.

3. Allein, selbst wenn die Unterscheidung innerlich berechtigt wäre, würde das Strafrecht sie nicht verwerten können, da sie sich in den meisten Fällen als undurchführbar erweist. Rechtsirrtum über das Eigentum entschuldigt, Rechtsirrtum über das Urheberrecht nicht: denn dort liegt nach v. Bar ein konkretes Recht, hier ein bloßes Verbotungsrecht vor. Bedarf es der Ausführung, um darzutun, daß uns nichts hindert, das Eigentum als Verbotungsrecht, das Urheberrecht als „konkretes“ subjektives Recht zu betrachten? Gewiß gibt es „Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit“, denen kein konkretes Recht als Korrelat zur Seite steht; allein in weitem Umfange besteht doch die Möglichkeit, von dem Standpunkt des Verpflichteten aus eine solche allgemeine Pflicht, von dem des Berechtigten aus ein konkretes Recht anzunehmen. Was berechtigt uns, bald jenen, bald diesen Standpunkt einzunehmen? Von Neuem muß gegen die Unterscheidung der Vorwurf der Willkür erhoben werden. Denn, von allem andern abgesehen, macht sie die Schuld des Täters abhängig von dem Maße, in dem die Rechtsordnung zur Ausprägung einzelner Rechte und Rechtsverhältnisse gelangt ist, von Momenten, die charakteristisch sind für die technische Durchbildung des Rechts, aber nie und nimmer für die Schlechtigkeit des Täters. Wenn — um nur ein charakteristisches Beispiel herauszuheben — der Jagdfrevel in Deutschland nach v. Bar sich gegen ein konkretes Recht, in Österreich aber sich gegen eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit richtet (s. S. 401²²⁰, 409, 410²⁴³), — ist darum der Wilderer, der die Jagdbarkeit eines Tieres verkennt, in Österreich von antisozialer Tendenz befeelt, während wir ihm in Deutschland keinen Vorwurf machen können? Die gesamten Gegenüberstellungen, zu denen v. Bar gelangt, sind deshalb überall bestreudend und seine Entscheidungen drängen sich keineswegs, wie er meint, von selbst auf: für die Schuld des Täters scheint es uns keineswegs einen Unterschied zu machen, ob er seine Kaufmannseigenschaft oder seine Beamtenqualität verkennt, und doch ist nach v. Bar dieser Irrtum beachtlich, jener unbeachtlich!

III. Nur kurz mag endlich der Fahrlässigkeitslehre v. Bars gedacht sein. v. Bar rechtfertigt die Bestrafung der Fahrlässigkeit mit der mangelhaften Bildung des Charakters, „der nicht daran gewöhnt, dazu erzogen ist, die Folgen des Handelns so zu erwägen, daß Schädigungen anderer vermieden werden. Es wird gleichsam

halb blind, also rücksichtslos gehandelt. Jrgend ein auch nur indirektes Wollen, andere zu schädigen, ist nicht vorhanden. Aber der ungenügend erzogene Charakter schädigt vermöge seiner Rücksichtslosigkeit unbewußt durch eine zu andern Zwecken unternommene Handlung schuldvoll" (S. 444). So liegt hier eine Charakterstrafe vor, die von der freilich oft ungerechtfertigten Annahme ausgeht, „jeder Zurechnungsfähige sei auch imstande gewesen, seinem Charakter die erforderliche Ausbildung in der Aufmerksamkeit und Berechnung des Kausalzusammenhangs zu geben" (440). Eine andere Ungerechtigkeit liegt darin, daß alle Fahrlässigkeitsstrafen letzten Endes auf die Erfolgshaftung hinauslaufen (445). Allein die Bestrafung der Fahrlässigkeit ist notwendig; nur wird sie sich immer innerhalb enger Grenzen halten müssen.

Die Fahrlässigkeit ist grundsätzlich objektiv zu bestimmen (448 ff.). Deshalb bildet das Vorhersehenkönnen kein Element der Fahrlässigkeit (452). Vielmehr muß ein objektiver, nach den Bedürfnissen der Rechtsordnung zu bestimmender Maßstab zur Anwendung kommen (448). Die genauere Umgrenzung des Maßstabes hat v. Bar sich versagt: es entscheidet, „was alle Welt in der Regel beobachtet" (453). Letzten Endes ist nach den Konsequenzen zu entscheiden; „denn über ein arbiträres Ermessen wird man bei Bestimmung dessen, was Fahrlässigkeit ist, doch nicht hinauskommen und deshalb scheint jene Probe auf das Exempel nötig" (456 f.). Deshalb kommt es nicht auf das nomologische Wissen des Handelnden, sondern auf das Wissen an, das man „bei einem verständigen Menschen zur Zeit der Handlung voraussetzen durfte" (448).

Den unabweisbaren Einwand, diese Begrenzung der Fahrlässigkeit verlege den obersten Grundsatz der Schuldlehre, den Grundsatz der Individualisierung, hält v. Bar nicht für stichhaltig. Denn „eine völlig individuelle Schuldbeurteilung ist nach dem relativen Indeterminismus und menschlicher Gerechtigkeit unmöglich, nach dem Determinismus aber absolut ausgeschlossen" (450). Der Einwand führe zu einer unlösbaren Forderung. Wolle man, was allein zulässig, die Individualität berücksichtigen, wie sie zur Zeit der Tat ausgebildet bestand, so sei Vorhersehenkönnen und Vorhersehenmüssen identisch mit dem wirklichen Vorhersehen, und dies sei bei unbewußter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Was der Täter nicht voraussah, „konnte er nach Maßgabe seiner Individualität nicht voraussehen". Die Berücksichtigung der geistigen Fähigkeiten des Täters würde zu einer Prämie für diejenigen führen, „welche nicht Reizung fühlen, sich um den Zusammenhang der Dinge, um Naturgesetze und um das, was neben ihnen vorgeht, zu kümmern" (450). Andererseits würde der Einsichtige benachteiligt. Denn auch ihm begegnet es, daß er einmal unvorsichtig ist, zerstreut ist, und davon eine schuldbefreiende Ursache nachzuweisen, dürfte in den meisten Fällen aussichtslos sein (480). Immerhin soll doch die Beurteilung an der Individualität des Handelnden nicht ganz vorübergehen: einerseits sollen besondere körper-

liche Eigenschaften und Zustände, wie Schwerhörigkeit, Kurzsichtigkeit und Ermüdung, andererseits psychische Einwirkungen, die in der Richtung der Tat oder in entgegengesetzter (Warnungen) auf den Täter ausgeübt wurden, berücksichtigt werden.

Uns will scheinen, als müßte gerade die Rechtfertigung der Fahrlässigkeitsstrafe durch die Rücksichtslosigkeit des Täters zu energischer Betonung der Individualisierung führen. Daß diese nicht durchführbar ist, kann nicht zugegeben werden: Determinismus wie Indeterminismus müssen anerkennen, daß die geistigen Leistungen oft nicht der Leistungsfähigkeit entsprechen; damit ist die Möglichkeit, neben der Frage, was hat der Täter vorausgesehen, die andere aufzuwerfen: was konnte er voraussehen, unmittelbar begründet. Freilich ist v. Bar zuzugeben, daß es unbillig wäre, die Fahrlässigkeit allein auf das Vorhersehenskönnen abzustellen: vielmehr wird es immer noch der Prüfung bedürfen, ob der Täter zu der Anspannung, zu der Aufmerksamkeit verpflichtet war, deren es bedurfte, um den Erfolg vorauszu sehen. Nicht, was ich bei höchster, sondern nur was ich bei durchschnittlicher Sorgfalt berücksichtigen konnte, muß ich berücksichtigen; damit ist dem von v. Bar ausschließlich betonten objektiven Moment hinreichend Rechnung getragen. Diese Auffassung führt nicht zu einer Prämierung des Nachlässigen, wie v. Bar meint, sondern zu einer gerechten Beurteilung desjenigen, dessen Intelligenz hinter dem Durchschnittsstand zurückbleibt. Wie er es nicht versteht, daß aus seiner Tat der schwere Schaden erwachsen konnte, so wird er auch die Strafe als unabwendbares, unverstandenes Schicksal ansehen, aus dem er nichts zu lernen vermag. Und diese Auffassung führt auch nicht zu einer Benachteiligung des besonders Einsichtigen: entspricht es nicht der Gerechtigkeit, an große Gaben große Pflichten zu knüpfen? Diese Gesichtspunkte sind es auch, auf denen die von v. Bar aufgestellten Ausnahmen beruhen; aber es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb die verminderte intellektuelle Leistungsfähigkeit zwar berücksichtigt werden soll, wenn sie auf der Ermüdung (§. 451) beruht, weshalb sie aber unberücksichtigt bleibt, wenn sie sich als dauernder Zustand darstellt.

Auch hier müssen wir es uns versagen, auf die eingehende Erörterung der Einzelfragen, in die v. Bar seine Darstellung auslaufen läßt, und auf die geschichtliche Entwicklung, die er ihr voranschickt, des näheren einzugehen.

(Ein zweiter Aufsatz folgt.)