24.

Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfes von 1919 über die Straftat.

Von Dr. Paul Merkel, ord. Professor in Greifswald.

I. Gesetzesvorschläge.

Entwurf 1919.

§ 16.

Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern. Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeiführt hat.

§ 20.

Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.

§ 21.

Nicht rechtswidrig ist die Notwehr.

Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren.

Hat der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 111); handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so ist er straffrei.

§ 22.

Nicht rechtswidrig ist eine Tat, die im Notstand oder in Nothilfe begangen wird.

Im Notstand handelt, wer unter pflichtgemäßer Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von sich die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den zu tragen er rechtlich nicht verpflichtet ist; die Gefahr darf vom Täter nicht verschuldet sein.

Neu vorgeschlagene Fassung.

§ 10.

Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern. Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeiführt hat.

§ 11.

Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.

§ 12.

Nicht rechtswidrig ist die Verteidigung

gegen einen Angriff, den der Täter

böswillig herbeiführt hat, um den

Zustand der Notwehr herbeizurufen.

§ 13.

Nicht rechtswidrig ist eine Tat, die

im Notstand oder in Nothilfe begangen

wird, um eine gegenwärtige, nicht anders

abwendbare Gefahr eines erheblichen

Schadens von sich oder einem

anderen abzuwenden, wenn der her-

beigeführte Schaden gegenüber dem

abgewendeten Schaden unverhältnismäßig gering ist. Rechtswidrig ist die

Tat, wenn der Täter die von sich ab-

gewendete Gefahr böswillig herbei-

geführt hat, wenn der Täter einem

anderen gegen seinen Willen aus der

Nothilfe leistet, wer unter pflichtgemäßer Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um von einem anderen die gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens abzuwenden, den der andere zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; die Tat darf nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen werden.

Hat der Täter die Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 111); handelte er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung, so darf von Strafe abgesehen werden.

Liegt Notstand oder Nothilfe nur deshalb nicht vor, weil der Täter die Gefahr verschuldet (Abs. 2) oder weil er gegen den Willen des Gefährdeten gehandelt hat (Abs. 3), so kann die Strafe gemildert werden (§ 111).

§ 18.

Nicht zurechnungsfähig ist, wer zur Zeit der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geisteschwäche unfähig ist, das Ungelegliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

War die Fähigkeit zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe nur in hohem Grade vermindert, so ist die Strafe zu mildern (§ 111). Dies gilt nicht von Bewußtseinsstörungen, die auf selbstverschuldeten Trunkenheit beruhen.

§ 19.

Nicht zurechnungsfähig ist ein Taubstummer, der wegen zurückgebliebener geistiger Entwicklung unfähig ist, das Ungelegliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

War die Fähigkeit zur Zeit der Tat aus diesem Grunde nur in hohem Grade vermindert, so ist die Strafe zu mildern (§ 111).

§ 10.

Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt. Schuldhaft handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung

Not hilft oder wenn derjenige, der sich aus der Not hilft oder dem daraus geholfen wird, die Gefahr zu tragen rechtlich verpflichtet ist.

Hat der Täter die rechtlichen Grenzen des Notstandes oder der Nothilfe insbesondere infolge Selbsterhaltungstriebes oder infolge von Aufregung oder Bestürzung oder infolge edler Beweggründe überschritten, so kann die Strafe gemildert werden (§ 111); war seine Tat infolge solcher Gründe entschuldbar, so ist er straffrei.

§ 14.

Nicht zurechnungsfähig ist, wer wegen seiner infolge von Taubstummheit oder aus anderen Gründen zurückgebliebenen geistigen Entwicklung unfähig ist, das Ungelegliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt. Schuldhaft handelt, wer, vorausgesetzt, daß er zur Zeit der Tat

§ 16.

vorsätzlich oder fahrlässig verwirklicht und zur Zeit der Tat zurechnungsfähig ist.

§ 11.

Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht oder die Verwirklichung eines Tatbestandes zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.

Abf. 2. Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde.

§ 12.

Handelt der Täter vorsätzlich, hält er aber auf Grund rechtlichen oder tatsächlichen Irrtums die Tat für erlaubt, so ist die Strafe zu mildern (§ 110).

War der Irrtum unverschuldet, so ist der Täter straffrei.

§ 13.

Wo das Gesetz wissentliches Handeln fordert, genügt zur Strafbarkeit nicht, daß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.

Abichtlich handelt der, dem es darauf ankommt, einen Erfolg, der im Gesetz bezeichnet ist, herbeizuführen.

§ 14.

Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist, und insolgeßsen nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen könne, oder, obwohl er dies für möglich hält, darauf vertraut, daß es nicht geschehen werde.

§ 15.

Zur Strafbarkeit ist, wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, vorsätzliches Handeln erforderlich.

Fahrlässiges Handeln ist nur strafbar, wenn das Gesetz es ausdrücklich mit Strafe bedroht.

§ 17.

Ist für den Fall, daß eine Tat eine im Gesetz besonders bezeichnete Folge hat, eine höhere Strafe angedroht, so trifft sie den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens als möglich voraussehen konnte.

§ 17.

zurechnungsfähig ist, den Tatbestand einer Straftat vorsätzlich oder fahrlässig verwirklicht.

§ 18.

Handelt der Täter vorsätzlich, nimmt er aber nachweislich infolge Irrtums Tatsachen an, die nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen, oder ist er nachweislich infolge Annahme besonderer Umstände der irrigen Meinung, die Tat verstoße nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten, so ist die Strafe zu mildern (§ 110).

War der Irrtum unverschuldet, so ist der Täter straffrei.

§ 19.

§ 20.

Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen persönlichen Verhältnissen imstande ist, und insolgeßsen nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen könne, oder, obwohl er dies für möglich hält, darauf vertraut, daß es nicht geschehen werde.

§ 21.

§ 22.

II. Begründung ¹⁾.

Die Reihenfolge der Gesetzesbestimmungen im Entwurf läßt sehr zu wünschen übrig. Gewiß ist der Gesetzgeber kein Systematiker. Er kann seine Vorschriften ohne Rücksicht auf ihren logischen oder wissenschaftlich durchdachten Aufbau nach Gesichtspunkten reiner Zweckmäßigkeit aneinanderreihen. Wenn ihn aber solche Gesichtspunkte nicht leiten, wenn er sich vielmehr, wie es der Entwurf ersichtlich und vielfach mit bestem Erfolge tut, bestrebt, seine Bestimmungen systematisch richtig zu ordnen, dann fordert die Reihenfolge der Gesetze im 4. Abschnitt Kritik und den Wunsch nach Verbesserung heraus. Es ist in der Wissenschaft anerkannt, daß die Straftat sich aus objektiven und subjektiven Elementen zusammensetzt. Objektiv sind Kausalität und Rechtswidrigkeit, subjektiv ist die Schuld. Auf die Kausalität ist der Entwurf nicht eingegangen; ich halte das für durchaus richtig ²⁾.

¹⁾ Literaturverzeichnis: Graf zu Dohna, Die Entwürfe zu einem Deutschen StGB. JW. 50, 368 ff. Ebermayer, Die Entwürfe zu einem Deutschen StGB. LeipzigerJ. 15, 73 ff. und 159 ff.; JStB. 42, 315 ff. und JW. 50, 361 ff. Ebermayer, Zur Kritik der Strafgesetzentwürfe. LeipzigerJ. 15, 320 ff. Ebermayer, Die Straftat. 4. Abschnitt des Allg. Teils des E. zu einem DStGB. JW. 51, 242 ff. Gerland, Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919. Tübingen (Mohr) 1921. Goldschmidt, Gegenentwurf zu den Abschnitten „Die Straftat“ und „Täter und Teilnehmer“ des StGB-Entwurfes von 1919. JW. 51, 252 ff. v. Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. JStB. 42, 404 ff. Hofacker, Die Reform des StGB. Eine Besprechung des Entwurfes von 1919. Berlin (Kohlhammer) 1921. Kitzinger, Die Aufgaben der Kritik gegenüber dem Entwurf zum StGB. DStrafztg. 8, 140 ff. Kohlsrausch, „Die Straftat“ im DStGB-Entwurf 1919. Schweiz. JStrR. 34, 156 ff. Wach, Das Deutsche StGB. nach dem neuesten Entwurf. DStrafztg. 8, 67 ff. Welde, Der Vorsatz und Irrtum im Strafgesetzentwurf. LeipzigerJ. 15, 604 ff. (mit Nachschrift von Ebermayer).

Die Literaturangaben sind in meiner Arbeit, die im August dem Reichsjustizministerium eingereicht worden ist, nicht enthalten. Im übrigen stimmt diese Arbeit mit der vorliegenden nahezu überein.

²⁾ Die Forderung v. Hippls (412 ff.), das Strafgesetz solle aussprechen, daß niemand für völlig außergewöhnliche Wirkungen seiner Tat hafte, kann ich mir nicht aneignen. Der Entwurf 19 beseitigt jede Erfolgshaftung und verhilft dem Grundsatz der Schuldhaftung zum völligen Siege. Ob die Kausalität adäquat verläuft oder unberechenbar, ist daher belanglos. Hat der Täter die völlig außergewöhnlichen Wirkungen seiner Tat vorausgesehen, so wäre es sinnlos, ihn nicht dafür haften zu lassen. Hat er sie nicht vorausgesehen und nicht voraussehen können, so haftet er wegen mangelnden Verschuldens nicht, einerlei, ob die Wirkungen für ursächlich angesehen werden oder nicht.

Der Gesetzgeber soll kein Professor sein; er soll Begriffsbestimmungen nur dann geben, wenn ohne sie die Rechtsanwendung unsicher oder ungleichmäßig sein würde. Für eine bestimmte Kausalitätstheorie braucht er sich aber nicht zu entscheiden, weil auch bei der extremsten Theorie (*conditio sine qua non*) Fehlsprüche nicht mehr vorkommen würden. Ist doch der Grundsatz der Schuldhaftung im Entwurf restlos durchgeführt. Für das bürgerliche Recht mag die dort häufige Haftung ohne Verschulden den Regulator der adäquaten Kausalität erfordern, im Strafrecht der Zukunft ist er nicht nötig. Ein Fortschritt, der nicht genug anerkannt und hervorgehoben werden kann.

Der Abschnitt über die Straftat kann daher mit dem Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit beginnen. Damit muß aber auch begonnen werden. Es ist unsystematisch und unzweckmäßig, den § 16 über Begehung durch Unterlassung zwischen zwei Gesetzesbestimmungen über die Schuld zu setzen und die übrigen Bestimmungen über die Rechtswidrigkeit an den Schluß des Abschnittes zu stellen. Die §§ 16, 20, 21 und 22 gehören an den Anfang des Abschnittes. Dann erst kommen die Vorschriften über die Schuld. Und diesen wieder müssen die Bestimmungen über die Schuldfähigkeit vorangestellt werden. Wer nicht zurechnungsfähig ist, dem kann nichts zugerechnet werden. So ist also die gegebene Reihenfolge der Paragraphen: §§ 16, 20—22, 18 und 19, 10—15 und 17³⁾. In dieser Reihenfolge werden die einzelnen Bestimmungen nachfolgend besprochen werden.

Die §§ 7—9 sind übrigens auch unzweckmäßig aneinandergereiht und in Abschnitte eingeteilt. Ich würde es für richtiger halten, wenn der 2. Abschnitt überschrieben würde: „Einteilung

³⁾ Auch Gerland (9) spricht sich gegen die verfehlte Systematik des Entwurfes aus. Über die Stellung der §§ 20—22 äußert er sich nicht. Im übrigen schlägt er eine der meinen sehr ähnliche Reihenfolge der Paragraphen vor. Auch v. Hippel kritisiert die Anordnung der Paragraphen über die Schuld (425) und geht in seiner Arbeit (416 ff.) von einer richtigeren Systematik aus. Gegen die Anordnung des Entwurfes wendet sich Kohlrausch (157 f.). Er will die Reihenfolge: Zurechnungsfähigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld. Gl. Anf. Goldschmidt (253). Daß die Handlung eines Unzurechnungsfähigen rechtlich indifferent wäre, kann ich nicht zugeben. Sie bleibt rechtswidrig, ebenso wie ein Tiereschaden. Daß sie nicht strafbar ist, liegt nur daran, daß dem Täter daraus kein Vorwurf gemacht werden kann. Daraus ergibt sich die Reihenfolge: Rechtswidrigkeit, Zurechnungsfähigkeit, Schuld.

der Straftaten. Sprachgebrauch“, und wenn der 4. Abschnitt über die Straftat mit § 8 beginnen würde. Die §§ 8 und 9 würden demnach ihren Platz und ihre Nummer zu tauschen haben. Der 3. Abschnitt würde wegfallen.

Zu den §§ 16 (Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung) und 20 (Ausschluß der Rechtswidrigkeit) habe ich keine Abänderungsvorschläge⁴⁾. Bei dieser Gelegenheit erhebt sich die die Frage, ob das Strafgesetzbuch nicht außer der Notwehr und dem Notstande auch noch andere Fälle gesetzlich regeln sollte, bei denen es zweifelhaft sein kann, ob die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, z. B. die Einwilligung des Verletzten, das Züchtigungsrecht, das (vermeintliche) Recht zu ärztlichen Eingriffen, das Handeln (Unterlassen) auf Befehl. Von solchen und ähnlichen Gründen (vgl. Begründung S. 33) scheint mir nur die Frage der Einwilligung einer Regelung in einem Strafgesetzbuch zu bedürfen, und auch hier nur bei der Körperverletzung⁵⁾.

⁴⁾ Zu § 16 will Goldschmidt die Worte des Entw.: „ist nur strafbar“ ersetzen durch die Fassung: „steht der Verursachung des Erfolges nur dann gleich“. Verursacht wird ein Erfolg auch durch Unterlassung; diese Auffassung vertritt ich im Anschluß an Landsberg seit 1896. Es handelt sich also um die Rechtswidrigkeit der Begehung durch Unterlassung. — Wenn ferner G. in seinem Vorschlage zu § 20 (§ 14 seines Gegenentw.) den Gesetzgeber erklären läßt, eine Tat, deren Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, sei nicht rechtswidrig, so scheint mir das überflüssig zu sein; logischer und strafrechtlich richtiger ist es, wenn der Gesetzgeber erklärt, eine solche Tat sei nicht strafbar. Ich muß also in beiden Fällen der Fassung des Entw. den Vorzug geben.

⁵⁾ Zu demselben Ergebnis kommt auch Gerland (21 ff.), er will aber die Einwilligung des Verletzten nicht bloß bei der Körperverletzung behandeln, obwohl er bei seinen Untersuchungen fast ausschließlich diese Frage erörtert, sondern durch zwei allgemeine Bestimmungen regeln. Die eine soll in den § 9 über den Sprachgebrauch aufgenommen werden und den Begriff der Einwilligung umschreiben als die ernstlich gemeinte, freiwillige, stets widerrechtliche, vor der Tat erklärte Zustimmung zu einer sich gegen den Einwilligenden richtenden, den Tatbestand einer Straftat verwirklichenden Verletzung. Die andere soll als § 20a eingeschoben werden und lauten: „Soweit die Einwilligung des Verletzten nach Maßgabe dieses Gesetzes (nicht nach anderen Gesetzen?) die Rechtswidrigkeit einer strafbaren Handlung beseitigt, muß sie vom Verletzten erklärt sein, der zur Zeit der Tat (nicht zur Zeit der Erklärung?) das 18. Lebensjahr vollendet hat. Hat der Verletzte das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet, so kann die Einwilligung durch seine gesetzlichen Vertreter in rechtswirksamer Weise erklärt werden, falls es sich

Es wäre sehr zu erwägen, ob die Bestimmung in § 293 des Kommissionsentwurfes nicht wiederhergestellt werden sollte; denn sie trifft in dieser Frage eine richtige Entscheidung⁶⁾ (§. 239). Der Begründung ist zuzugeben, daß die Fälle der Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten außerordentlich selten sein werden, wenn die ärztliche Behandlung wider Willen des Patienten ausgeschrieben wird. Hierin stehe ich vollkommen auf dem Standpunkt des Entwurfes von 1919 und halte die jetzt vorgeschlagene Regelung (§ 313) für eine einwandfreie, ja glückliche Lösung des Problems⁷⁾. Auch der § 288⁸⁾ scheint mir billigenwert. Zu erwägen wäre, ob der Kreis der Täter nicht auf praktische Ärzte zu beschränken wäre, weil Studenten und Kurpfuscher an einem nur für Ärzte geschaffenen Privileg nicht beteiligt werden sollten⁹⁾.

um eine Einwilligung in ärztliche Eingriffe handelt. Eine weitere Vertretung in der Einwilligung ist unstatthaft. Eine Einwilligung, die gegen die guten Sitten verstößt, ist rechtsunwirksam." — Warum soll nicht eine jüngere Person die nötige Reife zu einer Einwilligung besitzen? Warum soll die Einwilligung des Vertreters in ärztliche Eingriffe nicht im Zusammenhang mit der darüber handelnden Sondervorschrift behandelt werden? Warum soll ein Vertreter nicht das Recht haben, in Eingriffe gegen Vermögensrechte einzuwilligen? Ich halte eine solche Vorschrift teilweise für recht bedenklich, im übrigen aber für entbehrlich.

⁶⁾ Auch Wach (72) spricht sich für die Wiederherstellung des § 293 RE. aus. Ebermayer (ZW. 51, 250), dem es ebenfalls auffällt, daß der Entw. wichtige Fälle des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit unberücksichtigt läßt, ist gleichfalls geneigt, den § 293 RE. wiederherzustellen, hat aber doch das Bedenken, das Gesetz mit solchen und anderen Bestimmungen über derartige Fragen zu überlasten, statt deren Lösung der Wissenschaft und der Praxis zu überlassen.

⁷⁾ Gleicher Ansicht v. Hippel (424), Hofacker (22) u. a. Anderer Meinung ist Gerland (22), obwohl er die Auffassung des Entwurfes, ärztliche Heilbehandlung sei keine Körperverletzung, für richtig hält. Gerland kommt aber im Ergebnis auf meine Forderungen heraus, da auch er den § 293 des Kommissionsentwurfes (nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.) wiederherstellen will. Geschieht das aber, dann ist der Gesetzesvorschlag Gerlands (§. 25, vgl. meine Anm. 5) auch aus diesem Grunde unnötig.

⁸⁾ Wer gegen den Willen einer Schwangeren ihre Frucht oder ihr in der Geburt begriffenes Kind tötet, um von ihr eine nicht anders abwendbare schwere Gefahr für Leben oder Gesundheit abzuwenden, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. — Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Der Antrag kann zurückgenommen werden.

⁹⁾ Gleicher Ansicht auch Gerland (23).

Für den § 313 wäre das allerdings ausgeschlossen, solange der Tatbestand der Nötigung so enge Grenzen hat, wie sie der § 312 des Entwurfes vorsieht.

Zu § 21 (Notwehr) möchte ich, der Anregung v. Hippels (417) folgend, einen Zusatz vorschlagen, wonach sich derjenige, der absichtlich den Zustand der Notwehr herbeiführt, um den Angreifer (das angreifende Tier)¹⁰⁾ zu verletzen, auf Notwehr nicht berufen darf. Hier wird der Zustand der Notwehr, der an sich die Rechtswidrigkeit ausschließt, durch das vorhergehende Verhalten des Verteidigers rechtswidrig¹¹⁾. Der neue Absatz muß an den Schluß gestellt werden, damit der Richter nicht in die Versuchung kommt, die Strafmilderungs- und Entschuldigungsgründe für die Überschreitung der Notwehrgrenzen auch auf solche Fälle anzuwenden. In Übereinstimmung mit den §§ 275 und 347 des Entwurfes habe ich mich des Ausdrucks „böswillig“ bedient, um zu kennzeichnen, daß der Täter sich hier von besonders verwerflichen Beweggründen hat leiten lassen, die bewirken, daß der Rechtsschutz, der sonst den Verteidigungen gegen rechtswidrige Angriffe zuteil wird, solchen Tätern gegenüber wegfallen muß¹²⁾.

Zu § 22. Die Regelung des Notstandes und der Nothilfe im Entwurf 1919 befriedigt insofern, weil sie von den Schranken des geltenden Rechts befreit ist und klare Verhältnisse auf diesem Gebiet schaffen will. Dies scheint mir aber durch die Fassung

¹⁰⁾ v. Hippel (417) hebt zutreffend hervor, daß auch gegen Tierangriffe Notwehr geübt werden kann, und verlangt nachdrücklich, daß dies im Gesetz besonders hervorgehoben wird. (Zustimmend Ebermayer, JW. 51, 248.) Angesichts der Tatsache, daß seine Auffassung von manchen Schriftstellern (auch von Goldschmidt, S. 253) und besonders von der Rechtsprechung nicht geteilt wird, kann seiner Forderung die Berechtigung leider nicht abgesprochen werden.

¹¹⁾ Ebermayer (JW. 51, 248) stimmt v. Hippel zu, hält aber eine besondere Gesetzesbestimmung für entbehrlich.

¹²⁾ v. Hippel (417) wünscht, daß die Notwehr für unzulässig erklärt wird, wenn der Angegriffene ohne jede Preisgabe eigener berechtigter Interessen dem Angriff ausweichen kann. Eine solche Vorschrift scheint mir nicht unbedenklich. Jedenfalls müßte sie so gefaßt werden, daß sie der durch v. Hippel gegebenen Umgrenzung genau entspricht, also nur die Notwehr gegen Unzurechnungsfähige und Tiere in dieser Weise einschränkt. Goldschmidt (253) will das gleiche Ziel wie v. Hippel lediglich durch das Beiwort „angemessen verteidigt“ erreichen. M. E. ist die Verteidigung gegen Angriffe Zurechnungsfähiger auch dann angemessen, wenn eine nicht schimpfliche Flucht möglich war. Es wird doch Unrecht abgewehrt!

der Absätze II und III nicht einwandfrei gelungen zu sein¹³⁾. Wird der Kreis der notstandsfähigen Güter nicht begrenzt — was zu begrüßen ist und von der Begründung (§. 36) überzeugend nachgewiesen wird, — so müssen freilich die Notstands- und die Nothilfehandlung so eingegrenzt werden, daß nicht jede Gefahr mit jeder Rechtsverletzung abgewendet werden darf. Hier aber scheint mir die Fassung des Entwurfes zu versagen und vor allem den Grundsatz zu verwischen, nach dem rechtmäßige von unrechtmäßigen Notstands-(hilfe-)Handlungen abzugrenzen sind. Warum sollen nur unverschuldete Notstandshandlungen berechtigt sein¹⁴⁾? Es ist doch zu rechtfertigen, wenn der Täter den Gottesdienst stört, um den Arzt zu rufen, der ihn vor starkem Blutverlust schützen soll, den er deshalb zu erleiden droht, weil er sich durch eine grobe Unvorsichtigkeit eine Verletzung zugezogen hat. Hat der Täter allerdings einen Brand gestiftet, um die Versicherungssumme zu reschwindeln, dann erscheint es unbillig, ihm eine Notstandsverletzung zu gestatten. Daher habe ich in meinem Vorschlage den Zusatz „unverschuldet“ weggelassen und in einem besonderen Absatz die Tat für rechtswidrig erklärt, wenn der Täter die von sich abgewendete Gefahr böswillig herbeigeführt hat¹⁵⁾. Hat sich in einem solchen Falle die Gefahr auch auf fremde Rechtsgüter ausgedehnt, dann muß dem Täter die Nothilfehandlung gestattet sein. Deshalb habe ich die Worte „die von sich abgewendete Gefahr“ gebraucht. Daß die rechtliche Verpflichtung

¹³⁾ Daß der Notstand die Rechtswidrigkeit und nicht die Schuld ausschließt, erscheint v. Hippel (419 f.) als einzig richtige und folgerichtige Auffassung. Man muß aber doch bedenken, daß unerlaubte Notstandshandlungen vielfach als entschuldbar anzusehen sind. Gerade umgekehrt ist Goldschmidt (256) der Auffassung, daß der Notstand nicht die Rechtswidrigkeit, sondern die Schuld ausschließt. Kohlrath (174 f.) neigt dieser Auffassung zu, findet aber die von mir im weiteren Verlauf des Textes vertretene Ansicht, daß das überwiegende Interesse der Notstandshandlung die Rechtswidrigkeit nimmt, darüber hinausgehende Taten dagegen höchstens entschuldbar sind, für sehr beachtenswert. Graf zu Dohna (369) teilt meinen Standpunkt. Gerland (26 Anm. 2) und Ebermayer (S. 51, 262) stimmen, wenn auch aus verschiedenen Gründen, dem Entw. zu.

¹⁴⁾ Gerland (28 f.) will sogar die Nothilfe nur bei unverschuldeter Gefahr zulassen, während v. Hippel (419 u. 422) meiner Ansicht ist. Ihm stimmt Goldschmidt (256) zu. Ebermayer (S. 51, 249) findet die Unterscheidung des Entw. richtig.

¹⁵⁾ Auch v. Hippel (422) tritt für eine entsprechende Sonderbestimmung ein.

die Gefahr zu tragen die gleichwohl unternommene Nothstands- oder Nothhilfshandlung rechtswidrig macht, ist anzuerkennen. Ich habe diese Ausnahme daher in meinem Vorschlag übernommen, den Fall aber als Ausnahme dadurch gekennzeichnet, daß ich ihn in den diesen Ausnahmen gewidmeten Absatz verwiesen habe. Das Gleiche gilt von dem Ausnahmefall, wonach die Nothhilfe nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen werden darf¹⁶). In § 22 des Entwurfes ist diese Ausnahme objektiv gefaßt, so daß der Richter nicht zu prüfen hat, ob der Nothhelfer das weiß. Bei den Fällen des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit kommt es nur auf die tatsächliche Sachlage an, nicht darauf, ob der Täter sie kennt. Die Begründung vermengt hier (§. 38) in unzulässiger Weise Rechtswidrigkeit und Verschuldung, indem sie die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Nothhilfshandlung in weitgehender Weise von der Kenntnis des Nothhelfers abhängig macht. Tatsächlich liegt die Sache so: Will der Gefährdete die Gefahr ertragen, so darf ihm nicht daraus geholfen werden. Kennt der Helfer den entgegenstehenden Willen des Gefährdeten, so ist die objektiv rechtswidrige Nothhilfe strafbar. Kennt er ihn nicht, so muß der Richter prüfen, ob den Täter wegen Überschreitung der Grenzen der Nothhilfe ein Vorwurf trifft. Ist das nicht der Fall, so spricht er den Nothhelfer frei. Anderenfalls spricht er ihn schuldig, kann aber die Strafe bis zum Absehen von Strafe mildern (§ 111). Dies nach dem Vorgang des Entwurfes (§ 22 Abf. V) besonders hervorzuheben, schien mir ebenfalls empfehlenswert¹⁷). Ich glaube aber, daß nicht nur dieser besondere Fall

¹⁶) v. Hippel (420 f.) gedenkt bei dieser Gelegenheit auch des Falles, daß der Täter bei der Nothhilfe ein Rechtsgut des Gefährdeten selbst verletzt. Dieser Fall soll aus dem Gesetz ausgeschlossen werden, weil er als Geschäftsführung ohne Auftrag ohnehin gerechtfertigt sei. Diese Auffassung halte ich nicht für richtig. Eine Straftat ist eine Rechtsverletzung, aber kein Rechtsgeschäft. Und selbst wenn man eine ausnahmsweise nicht widerrechtliche Rechtsverletzung bürgerlichrechtlicher Natur als Rechtsgeschäft ansehen sollte, so betrifft ein Rechtsgeschäft doch nur Wertbewegungen, nicht aber höchst persönliche Rechtsgüter.

¹⁷) Gerland wendet sich in eingehenden Ausführungen (27 f.) gegen den Einfluß des Willens des Gefährdeten auf die Rechtmäßigkeit der Nothhilfshandlung. Obwohl seine Darlegungen über die Rechtsunwirksamkeit des Willens des Gefährdeten (insbesondere des Selbstmordes) richtig sind, möchte ich doch den Vorschlag, den entgegenstehenden Willen des Gefährdeten gänzlich unberücksichtigt zu lassen, als zu radikal ablehnen. Auch v. Hippel

allein anzuführen ist, sondern auch der Fall hervorzuheben ist, in dem den Täter ein edler Beweggrund leitete, z. B. die Nothilfe, die jemandem gewährt wurde, der die Gefahr zu tragen rechtlich verpflichtet war.

Das größte Bedenken wird durch die Worte des § 22 hervorgerufen: „Unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen“. Nach der Begründung (S. 36) sollte damit im Gesetz ein Maßstab für die Rücksicht aufgestellt werden, die der Täter auf die Interessen des von seiner Tat Betroffenen zu nehmen hat. Die Gesetzgeber legen damit dem Täter eine Prüfung auf, zu der er wohl in den seltensten Fällen des Notstandes fähig sein wird, und — was noch schwerer wiegt — sie machen die Frage der Rechtswidrigkeit von dem Täter abhängig. Wie soll denn entschieden werden, wenn der Täter ausnahmsweise wirklich einmal Zeit gehabt hat, die Interessen pflichtmäßig zu berücksichtigen, hierbei aber zu einer der „Auffassung aller billig und gerecht denkenden Menschen“ entgegenstehenden Meinung gekommen ist? Ist dann die Handlung rechtmäßig oder ist dann, obwohl sich der Täter Mühe gegeben hat, zu einem richtigen Urteil zu kommen, die Berücksichtigung nicht pflichtgemäß? Die Begründung scheint dies anzunehmen. Ob aber die Gerichte bei der mißverständlichen Fassung der Gesetzesworte immer zu dem gleichen Ergebnis kommen werden? Ich kann mir das nicht vorstellen und schlage daher vor, diese Worte durch eine einwandfreie Fassung zu ersetzen¹⁸⁾. Bei der Suche nach

(420) hält es für richtig, die Rechtmäßigkeit der Nothilfe vom Willen des Gefährdeten abhängig zu machen. Ebenso Ebermayer, *JWB.* 51, 249. Dagegen befürchtet Goldschmidt (256) von der Berücksichtigung des Willens des Gefährdeten eine unerträgliche Einengung der Straflosigkeit der Nothilfe. Von seinem Standpunkt (Notstand ist lediglich Entschuldigungsgrund) läßt es sich verstehen, wenn er den Willen des Gefährdeten überhaupt nicht berücksichtigt.

¹⁸⁾ Mit überzeugenden Ausführungen wendet sich Kohlräusch (173) gegen die Forderung, der Täter müsse die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtgemäß berücksichtigen. Wenn er aber statt dieses ethischen Maßstabes einem psychischen oder gar einem psychologischen das Wort rebet, hierin v. Goldschmidt (256) lebhaft unterstützt, so kann ich ihm auf diesem Abwege vom Gebiet der Rechtswidrigkeit in das der Schuld nicht folgen. Ob dem Täter die Vermeidung der Notstandsverletzung zugemutet werden konnte (Goldschmidt), muß erst dann geprüft werden, wenn eine rechtswidrige That festgestellt worden ist. Davon glauben ja allerdings Kohlräusch und Goldschmidt absehen zu müssen. Ebermayer (*JWB.* 51, 249) teilt

einer solchen besseren Fassung muß man von dem Grundsatz ausgehen, der eine Notat oder Nothilfe nicht rechtswidrig erscheinen läßt, und das ist und bleibt der Grundsatz des überwiegenden Interesses. Bei einem Widerstreit zweier Rechtsgüter, der nicht anders beseitigt werden kann, als durch Verletzung eines von ihnen, darf nur die Aufrechterhaltung des höherwertigen Interesses auf Kosten des geringwertigeren vom Recht zugelassen werden; nur in einem solchen Falle ist die Verletzung des Rechtsgutes nicht widerrechtlich. Mit anderen Worten: ist der herbeigeführte Schaden gegenüber dem abgewendeten Schaden unverhältnismäßig gering, dann, aber auch nur dann ist die Tat nicht rechtswidrig. Das ist ein in der Wissenschaft schon seit Jahren anerkannter Grundsatz, der durch das BGB. Allgemeingut geworden ist. Daß dessen Vorschriften vorzugsweise auf Sachgüter Rücksicht nehmen (Begr. S. 36), ist gewiß richtig; in beiden Fällen aber (§§ 228 und 904) kann es sich um Leben und Gesundheit handeln, zu deren Erhaltung Sachen zerstört oder beschädigt werden. Also müssen auch schon für das bürgerliche Recht Interessen miteinander verglichen werden, die sich zahlenmäßig nicht gegeneinander abschätzen lassen¹⁹). Warum soll sich nicht auch im Strafrecht eine Wertvergleiche zwischen widerstrebenden nicht rein sachlichen Interessen ermöglichen lassen?

Oder sollte mit diesen Ausführungen der Begründung der Auffassung Raum gegeben werden, es dürfte unter besonderen Umständen auch einmal das minderwertige Interesse auf Kosten des höherwertigen Interesses aufrecht erhalten werden? Einer solchen Auffassung müßte widersprochen werden. Der Selbst-erhaltungstrieb, um den es sich hier meistens handeln wird, mag solche Taten als entschuldbar erscheinen lassen, ihre Rechtswidrigkeit steht außer Zweifel²⁰). Man verwechsle nicht Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit. So ist z. B. nach geltendem Recht die Abwehr eines böswillig herausgeforderten Angriffes strafwürdig,

die Bedenken von Kohlrusch und glaubt, sie könnten nur dann beseitigt werden, wenn man den Grundsatz des überwiegenden Interesses an die Stelle des Pflichtmomentes setzt. Das ist gerade mein Vorschlag.

¹⁹) Damit dürfte Kohlrusch (173) widerlegt sein, der meint, die Schädigungen seien häufig nicht vergleichbar.

²⁰) Zu dem gleichen Ergebnis kommt erneut auch Graf zu Dohna (369) und verlangt eine dementsprechende Abschwächung der Notstandsfälle als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund.

aber nicht rechtswidrig, und umgekehrt würde nach meinen Vorschlägen die Tötung eines Menschen zur Errettung aus schwerer Gefahr für die körperliche Unversehrtheit allemal rechtswidrig aber durchaus nicht immer strafwürdig sein²¹⁾. Diese Unterscheidung muß eine Bestimmung über den Notstand recht deutlich machen, um dem Richter klare und einwandfreie Entscheidungen zu ermöglichen. Daher schlage ich vor, den für Sachgüter bereits anerkannten, von dem Vorentwurf und dem Gegenentwurf aufgenommenen Grundsatz der Wertabwägung nach dem Vorbilde des österreichischen Entwurfes (1912—13) auf alle Rechtsgüter auszudehnen²²⁾.

Werden meine Vorschläge angenommen, dann können die beiden Absätze über Notstand und Nothilfe, die schon nach dem Entwurf von 1919 nahezu gleichlautend sind, in einen Absatz zusammengefaßt werden. Um nun gleichzeitig die Erkenntnis, daß es Notstands- und Nothilfehandlungen gibt, die rechtswidrig sind, gesetzestechnisch zu verwerten, habe ich den Absatz I des § 22 des Entwurfes mit den beiden folgenden Absätzen zu einem Absatz vereinigt.

Den letzten Absatz des § 22 machen meine Vorschläge entbehrlich. Der 4. Absatz des § 22 muß nach meinem Dafürhalten in seiner Fassung wesentlich verändert werden, um die Tendenz der teilweisen und völligen Entschuldigung von Ueberschreitungen der rechtlichen Grenzen des Notstandes und der Nothilfe noch schärfer herauszuarbeiten. Aufregung und Bestürzung sind nicht die einzigen Fälle; der Hauptfall ist die Wirkung des Selbsterhaltungstriebes; edle Beweggründe für die Ueberschreitung der Rechtschranken der Nothilfe müssen ihnen nach den bereits ausgeführten Gründen hinzugefügt werden. Daß auch in den Fällen, wo sich der Täter außerhalb der Schranken der Rechtfertigung bewegt, Notstand oder Nothilfe vorliegen kann, habe ich durch den Beisatz „rechtliche Grenzen“ deutlich gemacht. Weiter habe ich im Gegensatz zum Entwurf durch das

²¹⁾ Bach (72) meint, der Notstand, dessen Regelung im Entwurf er im übrigen billigt, schaffe kein Notrecht, die Notstandsverletzung sei zwar erlaubt, aber nicht berechtigt, und dies müsse im Gesetz hervorgehoben werden. Daß der Entwurf auf einem andern Standpunkt steht und daher die Notat zutreffend für nicht rechtswidrig erklärt, betont Ebermayer (23. 15, 332).

²²⁾ Auch v. Hippel (419) zieht eine solche Fassung derjenigen des Entwurfes vor.

beigefügte Wort „insbesondere“ hervorgehoben, daß die aufgezählten Gründe nicht vollständig sein, sondern nur die häufigsten Fälle nennen sollen. Und endlich habe ich deutlich gemacht, daß diese und ähnliche Gründe die Notat oder die Nothilfe sowohl völlig, wie auch nur teilweise entschuldigen können. Warum der Entwurf den Richter nur ermächtigt, von Strafe abzu-
sehen, wenn die Tat entschuldbar war, ist mir unerfindlich. Daß er hier nicht strafen darf, habe ich durch meine Fassung (so ist er straffrei) deutlich gemacht und damit zugleich die Uebereinstimmung mit der entsprechenden Vorschrift bei der Notwehr hergestellt²³⁾.

Zu § 18 des Entwurfes über die Zurechnungsfähigkeit habe ich keine Änderungsvorschläge²⁴⁾. Dagegen möchte ich zu § 19 (Taubstumme) vorschlagen, hier auch der Fälle zu gedenken, in denen jemand aus anderen Gründen in der geistigen Entwicklung zurückgeblieben ist, z. B. weil er in völliger Abgeschlossenheit, oder fern von jeder Kultur aufgewachsen ist. Durch Umstellung des Grundes „Taubstummheit“ und dadurch, daß man die Worte „oder aus anderen Gründen“ hinzufügt, läßt sich das ohne weiteres erreichen²⁵⁾.

Zu § 10 (Schuld.). Hier ist die Fassung des Abs. II insofern verbesserungsbedürftig, als hervorgehoben werden müßte, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht gleich dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit ein Bestandteil, sondern vielmehr eine Voraussetzung

²³⁾ Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch Gerland (29 f.) und Ebermayer (ZB. 51, 250).

²⁴⁾ Während Ebermayer (ZB. 51, 247) ebenfalls mit der Fassung des Entw. einverstanden ist, wollen Kohlrusch (159) und Goldschmidt (253) im Anschluß an die Entw. Österreichs und der Schweiz die Worte „das Ungelegliche der Tat“ durch die Worte „das Unrecht der Tat“ ersetzen, weil sie befürchten, man könnte sonst vom Täter die Fähigkeit der Kenntnis von Staatsgesetzen verlangen. Ich teile zwar dieses Bedenken nicht, gebe aber gleichwohl der von R. und G. gewünschten Fassung den Vorzug.

²⁵⁾ Gerland (10—14) wendet sich aus mehreren Gründen gegen die Begriffsbestimmung der Unzurechnungsfähigkeit. Die Zustände, die sie bewirkten, seien nicht vollständig aufgezählt und der Begriff selbst sei zu indeterministisch gefärbt. Die erste Kritik halte ich für den § 18 nicht für richtig, für § 19 stimme ich ihr zu. Deshalb aber gleich auf die Benennung der Gründe zu verzichten, will mir nicht zweckmäßig erscheinen. Die zweite Kritik kann auf sich beruhen bleiben, da G. selbst nicht auf Änderung dringt, ja nicht einmal von sich aus einen seiner Auffassung entsprechenden Vorschlag macht. Ebenso Ebermayer, ZB. 51, 247.

der Schuld ist. Aus der Begründung (§. 11) scheint mir hervorzugehen, daß die Verfasser des Entwurfes 1919 der gleichen Ansicht waren. Dann ist die gewählte Fassung nicht ganz sinngemäß, die von mir vorgeschlagene Fassung gibt die richtige Meinung deutlicher wieder, zumal wenn die Paragraphen über die Zurechnungsfähigkeit vorangestellt werden²⁶⁾.

Zu der Begriffsbestimmung des Vorsatzes in § 11 des Entwurfes von 1919 habe ich keine Abänderungen vorzuschlagen²⁷⁾, zumal der Streit der Vorstellungs- gegen die Willensstheorie sich zu einem Streit um die Bedeutung des Wortes „Wollen“ abgeschwächt hat. Ich bekenne mich zu der Auffassung, daß jemand einen Erfolg, der ihm unerwünscht ist, den er aber als notwendige Voraussetzung oder Beigabe für einen von ihm ersehnten Erfolg mit in Kauf nimmt, nicht „gewollt hat“, ja ich halte sogar die Auffassung für richtig, daß man nur „wollen“ kann, was man selbst tut oder unterläßt, nicht aber das, was daraus folgt; das kann man nur wünschen oder, obwohl man es ablehnt, mit in Kauf nehmen, aber nicht „wollen“. Eine dieser Auffassung entsprechende Begriffsbestimmung müßte etwa lauten: „vorsätzlich handelt (unterläßt), wer weiß, daß er dadurch den Tat-

²⁶⁾ Hierin befinde ich mich mit allen Beurteilern des Entw. in Übereinstimmung. Vgl. Gerland (8), Kohlrusch (160), v. Hippel (425), Ebermayer (ZB. 51, 243) und Goldschmidt (253). Ohne Zurechnungsfähigkeit keine Schuld. Der Entwurf läßt der Auffassung Raum, daß es unzurechnungsfähige, aber schuldige Personen gäbe, daß also die Unzurechnungsfähigkeit kein Schuld-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund sei. Mit aller Schärfe hebt dies Hofacker (18) hervor und geht sogar so weit, dem Entwurf einen logischen Fehler vorzuwerfen, weil er die Zurechnungsfähigkeit nicht nach seiner Auffassung behandelt. Um solche unrichtigen Auffassungen endgültig aus der Theorie und Praxis zu verbannen, muß nachdrücklich gefordert werden, daß die Fassung des Gesetzes klar und deutlich macht, daß Unzurechnungsfähigkeit und Zurechnung zur Schuld einander ausschließen.

²⁷⁾ Graf zu Dohna (369) ist mit den Begriffsbestimmungen vollständig einverstanden. Goldschmidt (254) billigt dagegen nur den gesetzlichen Begriff des Eventualvorsatzes, den des direkten Vorsatzes nennt er völlig nichtsagend und schlägt statt dessen die an der Motiventheorie orientierte Begriffsbestimmung des Gegenentw. von 1911 vor: „Vorsätzlich handelt, wer sich durch die Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen Tatumstände nicht von ihrer Begehung abhalten läßt.“ Daß ich aus wissenschaftlichen Gründen einer solchen Begriffsbestimmung den Vorzug gebe, gleichwohl aber an der Fassung des Entw. festhalte, führe ich oben im Text aus.

bestand der Straftat verwirklicht und dies trotzdem tut". Die vom Entwurf vorgeschlagene Begriffsbestimmung hat aber den Vorzug größerer Einfachheit, Kürze und Klarheit. Ihm zuliebe muß der kleine psychologische Fehler²⁸⁾ mit in Kauf genommen werden. Die Begründung (§. 22) sagt ja mit aller Deutlichkeit, daß auch unerwünschte Folgen der Tat als gewollt im Sinne des Gesetzes anzusehen sind. Sache der Auslegung wird es sein, dies für die Rechtsanwendung klarzustellen.

Auch der unbestimmte Vorsatz ist vom Entwurf richtig umgrenzt²⁹⁾. Die Wahl des Wortes „einverstanden ist“ statt „einwilligt“ ist sogar ein Vorzug. Denn einverstanden ist man auch mit unerwünschten, für den Fall ihres Eintrittes mit in Kauf genommenen Folgen seiner Tat³⁰⁾.

²⁸⁾ Viel schärfer beurteilt Hofacker (17) diesen Fehler: „Wenn uns der Gesetzgeber den Glauben beibringen will, das bloße Fürmöglichhalten und die Zulaufnahme einer Folge sei Wissen und Wollen der Folge, so bereitet er sich vor, uns zu verdummen.“ Das kann nicht zugegeben werden. Eine für möglich gehaltene und für den Fall ihres Eintrittes in Kauf genommene Folge ist nach dem Entwurf gar nicht mit Wissen und Wollen, sondern mit unbestimmtem Vorsatz herbeigeführt.

²⁹⁾ Mit Recht wendet sich v. Hippel (428 f.) gegen die Auffassung Wachs (71), der Eventualvorsatz bedürfe keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz. Seinen Ausführungen kann ich mich nur anschließen. Die verfehlte Meinung Wachs beruht auf der Überspannung des Begriffes „Wollen“, von der übrigens auch v. Hippel nicht ganz frei ist. Nur hat sie bei ihm keine bedenklichen Folgen. Auch Ebermayer (Lg. 15, 329 ff. und JW. 51, 243) wendet sich in eingehenden Ausführungen gegen Wachs und weist nach, daß er die Bestimmungen des Entwurfes nicht richtig würdigt, und verteidigt dessen Regelung des Strafrechtsirrtums. Auf seine Auseinandersetzungen geht wieder Welde (604 ff.) ein, erklärt die Regelung des Strafrechtsirrtums für unbefriedigend und meint, entweder müsse man das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Bestandteil des Vorsatzbegriffes machen oder man müsse den Rechtsirrtum in dem durch die Rechtsprechung bestimmten Umfange für unbeachtlich erklären. (Dies scheint Welde richtig!! Vgl. dagegen die Ausführungen v. Hippels und Ebermayers; auch Kohlrusch, 164 f.) „Ein Drittes gibt es nicht.“ Welde zeigt, daß er den leider unvollkommenen Gedankengang des Entwurfes in § 12 überhaupt nicht versteht.

³⁰⁾ Auch Kohlrusch (163) zieht „einverstanden ist“ dem „einwilligt“ vor. Unverständlich ist mir, wie Gerland (14) behaupten kann, der Entwurf zerlege den Vorsatzbegriff in zwei unvereinbare Unterbegriffe. Zuzugeben ist, daß es — wie ich ja oben selbst ausgeführt habe — psychologisch fehlerhaft ist, beim bestimmten Vorsatz in allen Fällen vom Wollen des Erfolges zu sprechen; auch fällt auf, daß beim bestimmten Vorsatz nur vom Wollen, beim unbestimmten vom Einverständnis die Rede ist. Da aber der

Zu § 11 Abs. II und § 12 des Entwurfes über den Irrtum: Der Begründung (S. 23) ist zuzugeben, daß die Strafrechtskommission gegenüber den Auffassungen in der Praxis und bei den meisten Theoretikern die äußerst schwierige Frage des Strafrechtsirrtums trotz unzweifelhafter Fortschritte noch nicht befriedigend gelöst hat. Bei der hier gebotenen Kürze will ich aber nicht darauf eingehen, sondern mich auf die Beurteilung und die Vorschläge zu einer dementsprechenden Abänderung des Entwurfes von 1919 beschränken. Ich bin mit seinen Verfassern der Meinung, daß es Irrtumsfälle gibt, die den Vorsatz nicht ausschließen. Allgemein ist das bereits anerkannt für den Irrtum über die Strafbarkeit einer Tat, und überwiegend ist es anerkannt für die Irrtümer über die besonderen Artmerkmale eines Tatbestandes, den der Täter verwirklicht. Stiehlt der Täter beispielsweise ein versiegeltes Päckchen, in dem er Wertpapiere vermutet, und muß er sich beim Öffnen des Päckchens überzeugen, daß es nur alte Briefe enthält, so ist die Handlung trotz dieses Irrtums ein Diebstahl, weil der Täter die zu dieser Straftat erforderlichen Merkmale sämtlich kannte und verwirklichte; sein Irrtum bestand nur darin, daß er den Gegenstand seiner Tat nicht richtig erkannte; das, was er „mit Wissen und Willen“ wegnahm, war aber eine fremde bewegliche Sache. Auch wenn der Täter seine Tat nicht für strafbar hielt, hat er gleichwohl den Tatbestand der Straftat bewußt verwirklicht, also vorsätzlich gehandelt. Liegt Vorsatz aber auch dann vor, wenn der Täter die Tat, die er „mit Wissen und Willen“ beging, nicht für widerrechtlich gehalten hat? Die Verfasser des Entwurfes bejahen diese Frage für die Fälle im § 12, sie verneinen sie für die Fälle des § 11 Abs. II. Nach dem Entwurf sollen also künftig zwei Fälle des Rechtsirrtums unterschieden werden, einer, der den Vorsatz ausschließt, und einer, der zur Strafmilderung führt. Die irrtümliche Annahme eines Tatbestandes, der ausnahmsweise den Wegfall der Rechtswidrigkeit bewirkt, soll die Zurechnung zum Vorsatz ausschließen, damit muß aber auch jede Straf-

Entwurf mit beiden Ausdrücken die positive Gefühlsbetonung meint, scheinen mir die Begriffe durchaus nicht unvereinbar zu sein. Dem Entwurf kommt es sichtlich nur darauf an, auf den Unterschied zwischen bestimmter und unbestimmter Voraussicht des Erfolges aufmerksam zu machen und zu betonen, daß in jedem Falle Einverständnis mit der Verwirklichung des Tatbestandes vorhanden sein muß. Gegen Gerland auch Ebermayer, JW. 51, 243.

barkeit wegfallen, wenn nicht die Tat auch im Falle fahrlässiger Verübung strafbar ist und der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Nahm aber der Täter an, die Tat sei nicht rechtswidrig, oder stellte er sich besondere — wirklich vorhandene oder irrtümlich angenommene — Umstände vor, die nach seiner irrigen Meinung die Tat als erlaubt erscheinen lassen, dann soll gleichwohl Vorsatz vorliegen, aber der Richter kann im zweiten Falle die Strafe bis zur Straffreiheit mildern. Nach einer Rechtfertigung dieser neuen und eigenartigen Unterscheidung innerhalb des Rechtsirrtums sucht man in der Begründung (§. 24) vergebens. Nur für die den Vorsatz ausschließende Wirkung der irrtümlichen Annahme von Tatbeständen (§ 11 Abs. II) beruft sich die Begründung auf das bestehende Recht und auf die Beschlüsse der Strafrechtskommission. Wo in dem bestehenden Recht dieser Fall geregelt sein soll, ist unerfindlich. § 59 bespricht nur die Unkenntnis von Tatumständen, welche die Strafbarkeit begründen oder erhöhen, nicht aber die irrtümliche Annahme von Tatsachen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen. Dieser Grund fällt also fort. Nur Wissenschaft und Rechtsprechung haben die Lücke im Strafgesetz in dieser Weise aufgefüllt; sie sind sich im Ergebnis, daß der Vorsatz in diesem Falle ausgeschlossen sei, einig, schlagen allerdings zu diesem Ziel recht verschiedene Wege ein. Im Gegensatz dazu herrscht über die Behandlung der von § 12 des Entwurfes umschriebenen Irrtumsfälle große Uneinigkeit, auf die hier nur mit folgenden, für die spätere Erörterung notwendigen Bemerkungen eingegangen werden soll. Für die irrtümliche Annahme von Notwehr, Notstand, Einwilligung und dergleichen konnte man einen Tatirrtum oder einen Irrtum über negative Tatumstände dadurch konstruieren, daß man die Erfordernisse des Vorsatzes nicht auf die Merkmale des eigentlichen Tatbestandes beschränkte, sondern die Tatsachen, die bewirken, daß die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, als weitere noch hinzukommende Tatumstände ansah; deren Unkenntnis (Nichtannahme) konnte allerdings nicht bewirken, daß der Vorsatz ausgeschlossen war, aber deren Annahme konnte diese Wirkung beigelegt werden. Es liegt doch auch hier ein tatsächlicher Irrtum vor, kein Irrtum, der in unrichtiger Beurteilung von Tatumständen besteht. So konnte man sich hier mit entsprechender Anwendung des § 59 helfen und die Lücke im Gesetz auf diese mehr oder weniger gewaltsame Weise ausfüllen. Wie aber sollten die

Fälle unrichtiger Beurteilung behandelt werden? Welche Wirkung sollte dem Irrtum beigelegt werden, der darin besteht, daß die Tat trotz richtiger Vorstellung der Tatumstände nicht für verboten gehalten wird, oder darin, daß der Täter von Tatsachen, die er richtig oder fälschlich als vorhanden ansah, annahm, sie ließen die Tat ausnahmsweise als erlaubt erscheinen? Will man auf dem Boden des geltenden Strafrechts diese Irrtumsfälle überhaupt berücksichtigen, dann muß man dem Vorsatz Merkmale beilegen, die über das Erfordernis der Kenntnis der äußeren Tatumstände hinausgehen. Dies ist ja in der Tat geschehen³¹⁾ und konnte auch geschehen, weil § 59 nur den Fall regelt, in dem der Vorsatz ausgeschlossen sein soll, nicht aber die Merkmale des Vorsatzes selbst gesetzlich festlegt. Hauptsächlich kommen hier die Ansichten in Betracht, die zum Vorsatz Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder der Pflichtwidrigkeit verlangen. Die Praxis verschließt sich solchen Ansichten, weil sie sich unüberwindlichen Beweischwierigkeiten gegenüber sieht und beim nachgewiesenen Mangel eines solchen Bewußtseins auch dann zur Freisprechung kommen müßte, wenn dem Täter daraus, daß er dieses Bewußtsein nicht gehabt hat, ein Vorwurf gemacht werden muß, es müßte denn sein, daß die jahrlässige Verübung der Straftat besonders mit Strafe bedroht ist³²⁾. Diese Empfindungen haben die Verfasser des Entwurfes von 1919 geteilt. Aus der Begründung geht nicht hervor, daß sie sich über die Gründe zu ihrer Auffassung klar geworden sind. Auf die Frage, warum Vorsatz vorliegt, trotzdem der Täter seine Tat für erlaubt hält, bekommt man keine Antwort. Da davon die Behandlung des Rechtsirrtums abhängt, will ich den Versuch machen, die Antwort zu geben.

Ein bekanntes Sprichwort sagt: Der Weg zur Hölle ist mit guten Vorsätzen gepflastert. Das Sprachgefühl ist schärfer als das Gefühl der von überkommenen Rechtsbegriffen befangenen

³¹⁾ Auf die Irrlehre vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum gehe ich absichtlich nicht ein. Sie ist so eingehend und treffend von Finger, Kohlrusch u. a., namentlich auch durch v. Hippel widerlegt worden, daß ich mich damit nicht zu befassen brauche, zumal sie auch vom Kommissionsentwurf und vom Entwurf von 1919 aufgegeben worden ist.

³²⁾ Auf dieses unüberwindliche Bedenken weist neuerdings ein so erfahrener und hochstehender Praktiker wie Ebermayer (ZB. 51, 246) überzeugend hin.

Kriminalisten³³⁾. Es gibt, wie schon die römischen Juristen wußten, gute und böse und dazwischen mehr oder weniger farblose Vorsätze. Was ist es nun für ein Artmerkmal, das dem Vorsatz die auch für das Strafrecht bedeutsame Färbung verleiht? Es ist Richtung des Vorsatzes gegen Moral, Sitte und Recht. Strafwürdig ist nur der unmoralische, der unsittliche, der rechtswidrige Vorsatz. Die Vertreter der Anschauung, wonach zum Vorsatz das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu fordern ist, sind der richtigen Erkenntnis greifbar nahe. Ihr Fehler besteht darin, daß sie das, was als ein Artmerkmal des Vorsatzes anzusehen ist, für ein Begriffsmerkmal halten. Noch weiter vom richtigen Ziel entfernt sind diejenigen, die zum Vorsatz Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangen. Hier kommt noch der Fehler hinzu, daß der Grund, warum der Vorsatz rechtlich mißbilligt wird, ausschließlich im Recht gesucht wird, anstatt ihn auch auf dem Gebiet der Sitte und der Moral zu suchen. Wer trotz Überschuldung einer Aktiengesellschaft nicht ihren Konkurs anmeldet, oder wer einen getragenen Anzug, einen überflüssig gewordenen Schrank verkauft, ohne die Umsatzsteuer zu entrichten, begeht etwas lediglich Rechtswidriges, aber nichts Unmoralisches; wer die Unzucht befördert, begeht etwas Unsittliches (nicht immer auch etwas Rechtswidriges). Wer die Leistungen seiner Schülerinnen bewußt ungerecht beurteilt, begeht etwas Unmoralisches, aber nichts Rechtswidriges. Zweikampf wird von denen, die ihn vorbereiten und austragen, nicht für unmoralisch gehalten; er ist aber, wie allgemein bekannt ist, rechtswidrig und strafbar. Warum wird der Täter, der seinen Gegner im Zweikampf verletzt oder tötet, nicht wegen Körperverletzung oder Tötung bestraft? Weil der Anschauung, daß eine solche Körperverletzung oder Tötung etwas ausnahmsweise nicht Verwerfliches ist, vom Gesetzgeber Rechnung getragen wird.

Die Verschiedenheit der vorsätzlichen Taten ist damit klargelegt. Aus ihr ergibt sich nun die Notwendigkeit, die Irrtums=

³³⁾ Daß ich die Kriminalisten als befangen bezeichne, bitte ich mir nicht als anmaßend und überheblich auszulegen. Ich rechne mich selbst zu ihnen. Denn erst die Verfasser des Entw. 1919 haben in mir den Zweifel erregt, ob der Vorsatz wirklich eine Schulbart ist. Ich finde es daher sehr begreiflich, daß auch alle Beurteiler des Entw. an der bisherigen Anschauung festhalten. Ihre Untersuchungen über die vom Entw. vorgeschlagene Regelung des Irrtums haben mich in der Überzeugung bestärkt, daß meine neue Auffassung richtig und vor allem praktisch brauchbar ist.

fälle trotz vorsätzlichen Handelns je nach ihrer ethischen Färbung, je nach ihrer daraus folgenden größeren und geringeren Strafwürdigkeit strafrechtlich verschieden zu behandeln.

Hat jemand den Tatbestand einer Straftat trotz Kenntnis von seinen Merkmalen verwirklicht, dann hat er vorsätzlich gehandelt. Hat er sich damit bewußt in Gegensatz zum Verbot gesetzt, oder hat er seine Tat richtig als rechtlich und sittlich verwerflich gewertet, dann ist ihm *dolus malus*, häßlicher Vorsatz vorzuwerfen. Er verdient die volle Strafe. Hat er sich darüber, ob seine Tat verboten sei oder nicht, keine Gedanken gemacht, hat er über das Verwerfliche seiner Tat nicht nachgedacht, so besteht ebenfalls kein Grund, vom normalen Strafrahmen abzugehen. Nur wenig davon unterscheidet sich der Fall, daß der Täter das Verbot, dem er entgegen handelte, das Gebot, das er zu befolgen unterließ, nicht kannte; auch hier verdient seine Tat zwar mildere, in der Regel aber keine besonders milde Beurteilung. Denn der Täter hat bewußt den Tatbestand verwirklicht, der aus Gründen des Rechts, wenn nicht sogar aus Gründen der Moral für strafbar erklärt worden ist. Dies darf für die im Strafgesetzbuch selbst enthaltenen Tatbestände ohne Ausnahme angenommen werden. Daß für einzelne besondere Gesetze nicht verlangt werden kann, daß ihre Übertretung vom Täter und Unbeteiligten als Unrecht empfunden wird, kann vorkommen und hat für die zahllosen Verordnungen in der Kriegs- und Übergangswirtschaft die Bundesratsverordnung vom 18. Januar 1917 deutlich bewiesen. Besteht nun aber der Irrtum des Täters darin, daß er annahm, in diesem besonderen Falle sei das, was er tue oder unterlasse, nicht unerlaubt, nicht unsittlich, nicht unmoralisch, dann hat sein Vorsatz keine häßliche Färbung, er ist auch nicht ethisch indifferent, sondern er verdient eine günstige Beurteilung, und diese Beurteilung muß um so günstiger ausfallen, je begreiflicher der Irrtum war, dem der Täter unterlegen ist. Für solche Fälle besteht nun, wie auch die Verfasser des Entwurfes empfunden haben, ein Bedürfnis, unter den gewöhnlichen Strafrahmen herunter zu gehen, ja es kann sogar sein, daß der Richter den Irrtum für so verzeihlich findet, daß er die Tat für nicht strafwürdig ansieht.

Was für solche Irrtumsfälle gilt, muß nun aber auch für den Fall gelten, daß der Täter fälschlich besondere Tatsachen annahm, welche die Rechtswidrigkeit nicht nur vermeintlich,

sondern nach dem Gesetz ausschließen, beispielsweise nahm der Täter einen Fall an, der ihn zum Waffengebrauch oder zur Selbsthilfe berechtigt. Der Täter kannte die Merkmale des von ihm verwirklichten Tatbestandes der Körperverletzung, der Nötigung. Er beging gleichwohl die Tat, weil er irrtümlich einen Fall annahm, in dem er die Körperverletzung begehen mußte, die Nötigung begehen durfte. Von dem zuletzt behandelten Falle unterscheidet dieser sich dadurch, daß der Täter dort die Wirkung der von ihm fälschlich angenommenen Tatsachen unrichtig einschätzte, während er sie hier richtig beurteilte. Beide Fälle sind sich darin gleich, daß der Irrtum in der positiven Annahme zusätzlicher, d. h. zum Tatbestand der Straftat hinzugedachter Verhältnisse bestand, und daß er seine Tat aus diesem Grunde für erlaubt, also für rechtlich, sittlich, moralisch einwandfrei hielt. Es ist daher nicht einzusehen, warum beide Irrtumsfälle strafrechtlich verschieden bewertet und behandelt werden sollen³⁴), insbesondere ist nicht einzusehen, warum in diesem Falle der Vorsatz ausgeschlossen sein soll. Hat doch der Täter auch hier „den Tatbestand der Straftat mit Wissen und Willen verwirklicht“ (§ 11 Abs. I des Entwurfs von 1919), und das macht, wie auch die Verfasser des Entwurfs hervorheben (§. 21 f.), das Wesen des Vorsatzes aus. Man könnte höchstens zu folgendem Gedankengang kommen: Soll die Tat widerrechtlich sein, dann darf Notstand, Einwilligung, erlaubte Selbsthilfe und dergl. nicht vorliegen. Zum Vorsatz müsse daher gefordert werden, daß der Täter solche Tatsachen, welche die Widerrechtlichkeit ausschließen, nicht annimmt. Nimmt er sie irrtümlich an, dann sei der Vorsatz ausgeschlossen. Dieser auf Frank zurückzuführende Gedankengang führt aber unabweisbar zu der Forderung des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit für den Inhalt des Vorsatzes. Denn soll die Tat widerrechtlich sein, dann muß sie auf verbotene Weise begangen sein, wenn sie in einer Unterlassung besteht, einem Gebot zuwiderlaufen. Folglich muß der Täter das Verbot, das Gebot kennen, wenn ihm Vorsatz vorgeworfen werden soll, zum mindesten muß ihm nachgewiesen werden, daß er nicht etwa angenommen hat, einem Verbot zuwidergehandelt, einem Gebot zuwider das Handeln unterlassen zu haben. Gerade diese Schlußfolgerung wollen die Verfasser des Entwurfs aber zurückweisen. Ist es

³⁴) Gleicher Ansicht Gerland (16), aber nicht mit der Folgerung, daß in beiden Fällen Vorsatz gegeben ist. Vgl. Anm. 35.

aber richtig — und ich glaube das nachgewiesen zu haben — daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit selbst in der abgeschwächten Form nicht gehört, dann gehört auch die Unkenntnis von Tatsachen, die ausnahmsweise die Widerrechtlichkeit ausschließen, nicht zum Vorsatz, mit anderen Worten die irrtümliche Annahme solcher Tatsachen hat keine den Vorsatz ausschließende Wirkung³⁵⁾.

Damit ist nun erwiesen, daß der Vorsatz mit hinzukommender irrtümlicher Annahme von Umständen, die ausnahmsweise die Widerrechtlichkeit ausschließen, ebenso eine besondere Art des Vorsatzes ist, wie der Vorsatz mit der Annahme vorhandener oder fälschlich angenommener besonderer Verhältnisse, die nach der irrigen Meinung des Täters die Tat als ausnahmsweise nicht unerlaubt, nicht unsittlich erscheinen lassen.

Eine solche vorsätzliche Tat, die in vermeintlicher Notwehr, in Ausübung eines Falles vermeintlicher Selbsthilfe oder eines vermeintlichen Züchtigungsrechts vorgenommen worden ist, verlangt nun ebenfalls eine solche Behandlung, wie sie der Entwurf den in § 12 geregelten Irrtumsfällen angedeihen lassen will; sie erscheint geringer, ja unter Umständen überhaupt nicht strafwürdig.

So erhält man folgende Stufenleiter vorsätzlicher Taten:

1) Bewußtsein der Rechtswidrigkeit — Bewußtsein der Unsittlichkeit der Tat. Strafrechtliche Behandlung: Strafzumessung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens.

2) Nicht Nachdenken über die Widerrechtlichkeit oder die Unsittlichkeit. Strafrechtliche Behandlung wie Fall 1.

3) Nicht Wissen, daß die Tat verboten oder unsittlich ist. Strafrechtliche Behandlung: mildere Beurteilung, aber noch keine

³⁵⁾ Gerland (17 f.) kommt gerade zu der umgekehrten Schlussfolgerung; wenn der Vorsatz gemäß § 11 des Entwurfes ausgeschlossen sei, falls der Täter einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Tatbestand annimmt (und das hält er für richtig), dann müsse er auch in den von § 12 des Entwurfes umschriebenen Fällen ausgeschlossen sein. Für den, der an dem überkommenen ethisch farblosen Vorsatzbegriff festhält oder der, — wie Gerland — nur bewußt widerrechtliche Taten für vorsätzlich hält, ist diese Folgerung allerdings unabweislich. Und daher kann sich Gerland einen verschuldeten Rechtsirrtum nur als Fahrlässigkeit vorstellen. Sein dementsprechend formulierter Gesetzesvorschlag führt aber, abgesehen von theoretischen Bedenken, zu der unerträglichen Folge, daß verschuldeter Rechtsirrtum nur strafbar ist, wenn die fahrlässige Begehung ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. An diese Folge scheint Gerland nicht gedacht zu haben.

so milde Beurteilung, daß ein Bedürfnis bestände, unter den ordentlichen Strafrahmen herunter zu gehen. Auszunehmen nur die Fälle, in denen dem Täter die Kenntnis, daß er etwas Strafwürdiges, etwas Unmoralisches tue, nicht zugemutet werden kann. Für solche Fälle ist eine besondere Gesetzesbestimmung nötig, welche die geringere Strafwürdigkeit berücksichtigt, bei entschuldbarer Unkenntnis Straffreiheit gewährt³⁶⁾.

4) Irrtümliche Annahme eines Falles, der, wenn er vorläge, die Rechtswidrigkeit ausschließen würde. Strafrechtliche Behandlung: außerordentliche Strafmilderung, bei entschuldbarem Irrtum Straffreiheit.

5) Irrtümliche Meinung, wirklich vorhandene besondere Umstände oder Verhältnisse seien geeignet, die Tat als nicht unerlaubt oder nicht unsittlich erscheinen zu lassen. Strafrechtliche Behandlung: wie Fall 4.

6) Irrtümliche Annahme besonderer Umstände oder Verhältnisse, die nach der irrigen Meinung des Täters geeignet sind, die Tat als nicht unerlaubt oder nicht unsittlich erscheinen zu lassen. Strafrechtliche Behandlung: wie Fall 4.

Für die Fälle 1—3, sowie 5 und 6 befinde ich mich in Übereinstimmung mit dem Entwurf von 1919. Der Fall 4 wird verkehrterweise als Grund zum Ausschluß des Vorsatzes angesehen. Das hat für die strafrechtliche Behandlung eine recht unerwünschte Folge: Befand sich der Täter in solchem Irrtum, dann kann er überhaupt nicht gestraft werden, auch wenn der Irrtum nicht entschuldbar war; nur wenn ein Fall vorliegt, in dem das Gesetz die fahrlässige Begehung ausdrücklich — oder wie bei Übertretungen nach § 407 in der Regel — unter Strafe stellt, kann die Tat gestraft werden. Nach meinen Vorschlägen kann die Tat, wenn sie strafwürdig ist, allgemein bestraft werden, und zwar in voller Übereinstimmung mit dem Grade ihrer Strafwürdigkeit. Auch dieser Umstand zwingt dazu, diesen Fall des Irrtums den in § 12 des Entwurfes genannten Fällen gleichzustellen³⁷⁾.

³⁶⁾ Das beste Beispiel für ein Sondergesetz über den Einfluß der Unkenntnis von Verböten auf die Strafbarkeit bildet die bereits erwähnte Bundesratsverordnung vom 18. Januar 1917.

³⁷⁾ Dieses Ergebnis steht im Gegensatz zu denjenigen der anderen Beurteiler des Entw., weil sie nicht von der Auffassung loskommen, daß der Vorsatz eine Schulbart ist. Sie müssen daher den Vorsatz auch dann aus-

Wie die Ausführungen ergeben haben, ist das ethische Moment, die rechtliche und sittliche Würdigung der Tat, für ihre Beurteilung von ausschlaggebender Wirkung: Es beeinflusst zwar nicht ihre Beurteilung als vorsätzliche Tat, aber es beeinflusst ihre Wertung als strafwürdig. Damit ist die wissenschaftliche und gesetzgeberisch zu verwertende Erkenntnis gewonnen: das ethische Moment beim Vorsatz ist kein den Begriff des Vorsatzes bildendes Merkmal, wie das Element der Vorstellung (Wissen) und das Element der Gefühlsbetonung (Einverständnis oder gar Wunsch), sondern ein Artmerkmal des Vorsatzes, das die Strafbarkeit des Vorsatzes bestimmt³⁸⁾.

schließen, wenn der Täter irrtümlich die Tat für erlaubt gehalten hat. Daß Gerland folgerichtig zum Vorsatz Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt und sich bemüht, dieses Ergebnis durch Einführung einer Beweisvermutung für die Rechtsanwendung brauchbar zu machen, werde ich weiter unten (Anm. 42) besprechen. Ebermayer (JW. 51, 246 f.) findet diesen Vorschlag mit Recht sehr bedenklich, vermag aber einen besseren nicht zu machen und hält daher die Vorschläge des Entwurfs 1919 einstweilen für die brauchbarsten. Goldschmidt (255) will die Fälle des § 11 Abs. II und des § 12 als Fälle des Strafrechtsirrtums zusammenfassen und strafrechtlich gemäß § 12 behandeln. Kohlrusch (163) meint, der Entw. müßte, wie ja auch die Denkschrift verrate, eigentlich zu dem Ergebnis kommen, zum Vorsatz gehöre das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Das will K. aber vermeiden; er will den Vorsatzbegriff von normativen Elementen frei lassen (immerhin kein Rückschritt.), will aber dem Richter die Befugnis zu unbeschränkter Strafmilderung geben, wenn der Täter über solche Umstände seiner Tat irrte, welche ihre verletzende Bedeutung für das zu schützende Rechtsgut betreffen. Über das Unbefriedigende eines solchen Vorschlages ist er sich selbst durchaus klar (167 f.). Man sieht deutlich: solange man sich nicht von der Auffassung frei machen kann, daß der Rechtsirrtum den Vorsatz ausschließt, kann die schwierige Frage seiner strafrechtlichen Behandlung nicht gelöst werden.

³⁸⁾ Das Gleiche gilt übrigens auch für die Fahrlässigkeit. Dem fahrlässig handelnden Täter macht man, genau genommen, den Vorwurf der Schuld nicht daraus, daß er unüberlegt, vorschnell, unbedacht handelte, sondern daraus, daß er die Folgen seiner Willensbetätigung als Unrecht, als Unsitte nicht erkannte oder sie fälschlich nicht so einschätzte, obwohl er ihnen diese Bewertung hätte beilegen können. Den Vorwurf der Schuld schließt die Beurteilung einer Tat als fahrlässig nur dann ein, wenn der Täter nicht nur bewußt fahrlässig, sondern auch schuldhaft fahrlässig handelte, m. a. W. wenn er die als vermeidbar angesehenen Folgen seiner Willensbetätigung richtig als schädlich oder verwerflich beurteilte in der vorschnellen oder unüberlegten Hoffnung, die Folgen würden nicht eintreten, oder wenn er die Folgen seiner Tat als rechtswidrig oder unsittlich erkennen konnte und mußte.

Die Verfasser des Entwurfes von 1919 haben dies zwar, wie es scheint, empfunden, wenn sie sich auch darüber nicht recht klar geworden sein dürften³⁹⁾. Sie haben diese Empfindung aber wenigstens teilweise gesetzgeberisch verwertet, und das muß als ein erheblicher Gewinn gebucht werden.

Es müssen nun die Irrtumsfälle in § 11 Abs. II und § 12 für die strafrechtliche Behandlung zusammengefaßt werden. An der Formulierung des Irrtums in § 11 ist nichts auszuweisen. Aber der § 12 muß völlig anders gefaßt werden. Denn der Irrtum besteht nicht darin, daß der Täter seine Tat auf Grund rechtlichen oder tatsächlichen Irrtums für erlaubt hält, sondern vielmehr darin, daß er sich besondere Umstände vorstellt, die — mögen sie vorhanden sein oder nicht — nach seiner irrigen Meinung bewirken, daß die Tat rechtlich oder moralisch einwandfrei ist. Hierfür bietet die Begründung selbst (§. 25) folgendes Beispiel: Es züchtigt jemand ein fremdes Kind, weil er annimmt, er dürfe einem ungehörigen Benehmen fremder Kinder in dieser Weise entgegentreten. Dies ist also ein Fall, in dem der Täter „auf Grund rechtlichen Irrtums die Tat für erlaubt“ hält. Wie stellen sich aber die Verfasser den Fall vor, in dem jemand auf Grund tatsächlichen Irrtums die Tat für erlaubt hält? Soll der Irrtum positiv sein oder darf er auch negativ sein? Würde er dann nicht das Wissen vom Tatbestande und damit den Vorfaß ausschließen⁴⁰⁾? Man sieht, die Fassung des § 12 bietet zu vielen Zweifeln Anlaß⁴¹⁾ und würde schwieriger Auslegung bedürfen, um für die Praxis verständlich und einigermaßen brauchbar zu werden. Bei der Suche nach einer besseren Fassung darf man nicht unterlassen, den § 114 des Kommissionsentwurfes darauf zu prüfen, ob er sich wenigstens

³⁹⁾ Auch v. Hippel wendet sich (437) aus ganz ähnlichen Gründen gegen diese mißverständliche Fassung des § 12. Und Rißinger (142) nennt die Begründung zu § 11 Abs. II und § 12 des Entwurfes unklar, unstimmig und widerspruchsvoll und verlangt Änderung ihres Wortlautes.

⁴⁰⁾ Auch Kohlschütz (166 Anm. 1) findet den „tatsächlichen“ Irrtum in § 12 des Entw. völlig unverständlich. Goldschmidt (255) bekämpft diese Fassung als widerspruchsvoll und irreführend. Nur Ebermayer (ZB. 51, 246) ist mit ihr einverstanden.

⁴¹⁾ Gleicher Ansicht Graf zu Dohna (369). Auch er empfindet den inneren Widerspruch zwischen § 11 Abs. II und § 12, meint aber, die Angemessenheit und Brauchbarkeit der getroffenen Regelung sei dadurch nicht in Frage gestellt. Hierin kann ich ihm nicht zustimmen.

zum Teil verwerten läßt. Dabei muß man — wenn man den oben gewonnenen Ergebnissen zustimmt — erkennen, daß die Vorschrift auch nur einen Teil der hier vorkommenden Irrtumsfälle, und diesen nicht einmal mit der wünschenswerten Deutlichkeit, behandelt. Betroffen werden soll der Fall, wo der Täter positiv besondere Umstände annimmt, die ihn zu der Annahme geführt haben, seine Tat sei überhaupt nicht verboten, oder sie sei ausnahmsweise in diesem besonderen Falle nicht verboten. Das ließe sich wohl einfacher in die Worte fassen: Hat der Täter nachweislich seine Tat irrtümlich infolge Annahme besonderer Umstände nicht für ungesetzlich gehalten. Damit wird, um bei dem Beispiel der Begründung zu bleiben, sowohl der Fall getroffen, wo der Täter annimmt, eine Züchtigung fremder ungezogener Kinder sei jedermann erlaubt, als auch der Fall, wo der Täter der Meinung ist, er als Hauslehrer dürfe infolge seines Berufes ein fremdes ungezogenes Kind nach vorangegangener Ermahnung züchtigen. Es bedarf also keiner Unterscheidung des Irrtums über das Gesetz von dem über seine Anwendbarkeit; es muß aber hervorgehoben werden, daß der nachgewiesene Glaube des Täters in der Annahme besonderer Umstände beruhen muß. Der Glaube, die Tat sei überhaupt nicht verboten, kann höchstens zu einem Herabgehen innerhalb des ordentlichen Strafrahmens führen.

Der § 114 des Kommissionsentwurfes berücksichtigt aber ebensowenig wie der § 12 des Entwurfes von 1919 den Fall, daß der Täter die Tat ausnahmsweise für ethisch einwandfrei hält, ohne über die Gesetzlichkeit oder Ungesetzlichkeit weiter nachzudenken. Im Jahre 1895 waren zwei unbestrafte Eltern eines 24 Jahre alten Mädchens angeklagt und geständig, es zugelassen zu haben, daß deren Bräutigam die Tochter nächtlicher Weise in ihrer nur durch das Schlafgemach der Eltern zugänglichen Kammer besucht habe. Die Eltern hoben wiederholt hervor, die beiden seien doch miteinander verlobt. Gleichwohl glaubte das Gericht sie wegen erschwerter Rupperei zu der damaligen Mindeststrafe von 1 Jahr Zuchthaus verurteilen zu müssen. Der Vorsitzende legte den fassungslosen Eltern nahe, um Begnadigung zu bitten. Die Entscheidung kann angesichts der auch hierin lückenhaften Strafgesetzgebung nicht als Fehlspruch angesehen werden. Müßte nun nicht auch nach dem Entwurf eine Verurteilung erfolgen? Nach dem Kommissionsentwurf muß die

Frage bejaht werden; auch nach dem Entwurf von 1919 könnte das Gericht zu dem gleichen Ergebnis kommen, weil es annimmt, die Täter hätten sich darüber, ob die Tat erlaubt sei, keine Gedanken gemacht. Um solche Entscheidungen zu verhindern, empfiehlt es sich, ausdrücklich auch des Falles zu gedenken, in dem der Täter irrtümlich infolge der Annahme besonderer Umstände die Tat nicht für verwerflich hielt. Es könnte gegen diese Fassung nur noch eingewendet werden, der Ausdruck verwerflich sei in der Gesetzesprache neu und werde daher der Praxis große Schwierigkeiten bereiten. Es empfiehlt sich daher folgende Fassung: Ist der Täter nachweislich infolge Annahme besonderer Umstände der irrigen Meinung, die Tat verstoße nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten, Daß man mit diesem auch im bürgerlichen Gesetz eingeführten Ausdruck ohne weiteres durchkommen kann, hat die Begründung (S. 258f.) selbst behauptet.

Das Wort „nachweislich“ in meinem Gesetzesvorschlag stammt aus dem Kommissionsentwurf. Er wurde nach dem Bericht von Ebermayer (S. 15) deshalb aufgenommen, um dem Richter deutlich zu machen, daß er den Rechtsirrtum nur dann berücksichtigen darf, wenn er die volle Überzeugung von seinem Vorhandensein gewonnen hat; die Beweislast sollte damit nicht etwa umgekehrt werden. Die gleiche Absicht hat mich zur Übernahme dieses Wortes geführt. Es ist als wahrscheinlich vor auszusehen, daß erfahrene Verbrecher (sog. Kriminalstudenten) und gerissene Verteidiger den Einwand eines Irrtums auf Grund dieses Paragraphen geltend machen werden, wo sie nur irgend können. Für solche Fälle soll dem Richter eine gesetzliche Handhabe geboten werden, um bei Zweifeln an der Richtigkeit des Einwandes nicht zugunsten des Angeklagten entscheiden zu müssen ⁴²⁾ ⁴³⁾.

⁴²⁾ Etwas umständlicher kommt Gerland (18f.) zu dem gleichen Ergebnis: er schlägt einen besonderen § 12a vor: Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wird vermutet, sofern der gesetzliche Tatbestand das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht ausdrücklich hervorhebt. Die Vermutung ist widerlegbar. Ich meine gerade umgekehrt: Es soll im Zweifel vermutet werden, der Täter habe keinen Ausnahmefall angenommen. Die Einschränkung für die Tatbestände mit dem Merkmal der Rechtswidrigkeit ist durchaus folgerichtig, führt aber zu dem unabweisbaren Ergebnis, daß solche Tatbestände ausgemerzt und nur in dringenden Fällen durch eine negative Fassung umgestaltet werden müssen, wie ich das weiter unten näher ausführen werde.

Die vorgeschlagene Regelung des Irrtums muß noch auf zwei Seiten hin geprüft werden: Steht sie in richtiger und übereinstimmender Wechselwirkung mit der Regelung der Rechtswidrigkeit? Und welche Wirkung wird sie auf die Anwendbarkeit der Tatbestände haben?

Die Irrtumslehre muß, soweit sie zur Verneinung des Vorsatzes führt, ein Spiegelbild der Vorsatzlehre, und diese wieder ein Spiegelbild der Lehre von den objektiven Merkmalen der Straftat sein. Eine Straftat ist Tatbestandsverwirklichung. Die Rechtswidrigkeit besteht darin, daß der Täter den Tatbestand, der ein Verbot oder ein Gebot enthält, verwirklicht. Jede Straftat ist als Übertretung eines gesetzlichen Verbotes oder Gebotes rechtswidrig. Ausnahmen hiervon kommen dem Täter auch dann zugute, wenn sie nicht im Strafgesetz aufgestellt oder ausgesprochen sind. Das Strafrecht steht auch hierin in Wechselwirkung mit anderen Rechtszweigen. Das ist auch der Sinn des § 20 des Entwurfes von 1919, wie sich aus der Begründung (S. 32 f.) deutlich ergibt. Folglich gehört auch ein besonderes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz. Ob die Tat einem Tatbestande zu unterstellen, also rechtswidrig ist, hat nicht der Täter, sondern der Richter zu beurteilen, ebenso hat der Richter und nicht der Täter zu beurteilen, ob ein Ausnahmefall vorliegt, der die an sich vorhandene Rechtswidrigkeit ausschließt. Nur wenn der Tatbestand selbst ein Merkmal enthält, das eine rechtliche Beurteilung erfordert, z. B. die Zuständigkeit, die Rechtsgültigkeit eines Gesetzes, die Widerrechtlichkeit der Zueignung, muß man vom Täter die richtige rechtliche Würdigung dieses Umstandes verlangen, weil ihm sonst seine Tat nicht zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Die sich daraus für solche Tatbestände ergebende Forderung wird weiter unten besprochen werden. Abgesehen davon gehört aber eine besondere Rechtswidrigkeit der Tat nicht zu ihren Tatbestandsmerkmalen, vielmehr erschöpft sie sich in dem Vorhandensein der Tatumsstände, deren Verwirklichung verboten oder deren Nichtverwirklichung geboten ist. Da der § 11 Abs. 2 nach meinen Vorschlägen nicht als ein den Vorsatz ausschließender, sondern als ein die Strafwürdigkeit der Tat beeinflussender Fall behandelt

⁴⁸⁾ Das Wort „nachweislich“ erscheint v. Hippel (435) als Beweisvermutung zuungunsten des Angeklagten bedenklich.

wird, ist insoweit die Forderung erfüllt, daß der Vorsatz das Spiegelbild vom objektiven Tatbestand in der Seele des Täters sein muß.

Nimmt nun der Täter einen Fall an, der, läge er vor, die Rechtswidrigkeit der Tat nicht ausschließen würde, von dem er aber diese Meinung hat, dann ist auch eine solche Annahme nicht geeignet, den Vorsatz auszuschließen. Denn trotz dieser falschen Annahme handelt der Täter mit Kenntnis vom Tatbestande und dem Wunsch (Einverständnis), ihn zu verwirklichen. In der Tat macht auch der Entwurf von 1919 diese Folgerung. Auch mein Gesetzesvorschlag stellt dies außer Zweifel. Ob man die Straffolgen für einen solchen Fall und ähnliche Fälle des Irrtums, die weniger, hier und da sogar überhaupt nicht strafwürdig erscheinen, besonders regeln will, ist Sache gesetzgeberischer Erwägung. Mit der Frage, ob der Vorsatz das Spiegelbild des objektiven Tatbestandes und der Irrtum das Gegenstück des Vorsatzes ist, hat dies nichts zu tun.

Rechtswidrig handelt, wer ein Gebot durch Unterlassung, ein Verbot durch Tun verletzt. Wer durch Unterlassung eine Verbotsverletzung bewirkt, handelt nicht rechtswidrig, außer wenn ihm das öffentliche oder bürgerliche Recht gebietet, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern (§ 16 des Entwurfes von 1919). Nur derjenige betrügt, der arglistig täuscht, also redet, schreibt, kurz handelt. Arglistiges Unterlassen kann auch Irrtümer und vermögensschädigende Verfügungen bewirken, ist aber nur rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung des Irrtums bestand. Einen entsprechenden Zusatz muß man sich zu allen Tatbeständen mit Verboten denken⁴⁴). Ob die Rechtspflicht bestand, hat der Richter, aber nicht der Täter zu prüfen. Der Täter muß nur die Umstände kennen, aus denen das Gesetz eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ableitet. Kennt er sie nicht, dann handelt er nicht vorsätzlich. Weiß der Täter nicht, um bei dem eben gewählten Beispiel zu bleiben, daß er dem Vertragsgegner versprochen hat, ihn über etwaige Veränderungen der Sachlage aufzuklären, dann fehlt ihm der zum Betrüge erforderliche Vorsatz. Verallgemeinert müßte das aus diesem Bei-

⁴⁴) Aber nicht als Zusatztatbestand, wie Gerland (17) meint. Denn das hätte zur Folge, daß der Täter das Rechtsgebot mit in seine Vorstellung aufgenommen hat und ihm dies nachgewiesen werden muß. Der Zusatz ist vielmehr rein objektiv als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit aufzufassen.

spiel genomme Ergebnis etwa in folgende Worte gefaßt werden: Führt der Täter einen verbotenen Erfolg durch Unterlassung herbei, so ist der Vorsatz ausgeschlossen, wenn der Täter die Umstände nicht kannte, infolge deren er rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern. Eine solche Bestimmung fehlt im Entwurf von 1919. Als eine Lücke im Gesetz ist das aber nicht anzusehen. Denn zum „Wissen“ des Tatbestandes der Straftat (§ 11 Abs. I des Entwurfes 1919) gehört auch die Kenntnis solcher Umstände, die eine Begehung durch Unterlassung gemäß § 16 des Entwurfes als rechtswidrig erscheinen lassen. Dies klarzustellen kann der Gesetzgeber mit Fug und Recht der Auslegung überlassen.

Die zweite noch zu beantwortende Frage war, welche Wirkung meine in der Hauptsache auf dem Entwurf von 1919 fußenden Gesetzesvorschläge auf die Anwendbarkeit der Tatbestände haben werden. Die Antwort auf diese Frage kann an dieser Stelle mit Rücksicht auf die gebotene Kürze nur sehr dürftig ausfallen. Von vornherein muß aber gefordert werden: Nicht die Bestimmungen über Vorsatz und Irrtum müssen den Tatbeständen zuliebe geändert werden, sondern umgekehrt, die Tatbestände sind zu ändern, wenn sich ergeben sollte, daß sie die Durchführung der allgemeinen Vorschriften beeinträchtigen, vorausgesetzt allerdings, daß die in ihnen verkörperten Grundsätze als richtig anerkannt werden.

Die mir am wichtigsten erscheinende Forderung geht dahin, daß alle Merkmale aus den Tatbeständen ausgeschaltet werden, die dem Täter eine Prüfung der Rechtswidrigkeit seiner Tat zuweisen. Wiederholt ist schon von mir betont worden, daß das nicht Aufgabe des Täters, sondern des Richters ist. Die Begründung (S. 25) weist hier besonders auf die §§ 185 und 206 hin. Der Widerstand gegen die Staatsgewalt und die Aufwiegelung zum Ungehorsam werden hiernach verschieden bestraft, je nachdem die Amts- oder Diensthandlung vom Täter richtig als rechtmäßig angesehen wird, oder aber infolge Irrtums für nicht rechtmäßig gehalten wird, und je nachdem der Täter das Gesetz, die Verordnung richtig für rechtsgültig gehalten, von der Anordnung richtig angenommen hat, daß sie von der Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen worden ist, oder aber irrtümlich geglaubt hat, das Gesetz, die Verordnung sei nicht rechtsgültig, die Behörde

sei zu der Anordnung nicht zuständig gewesen. Die Begründung wollte — wie sie wenigstens zu § 206 deutlich ausspricht (S. 159) — eines der wichtigsten Tatbestandsmerkmale nicht vom Vorsatz des Täters ausnehmen, jedoch andererseits nicht von jeder Strafe absehen, wenn der Täter dieses Merkmal aus vielleicht völlig unhaltbaren Gründen irrtümlich nicht angenommen hat. Eine solche Regelung will mir angesichts der neuen Vorschrift über den Irrtum trotz vorsätzlichen Handelns als recht unzweckmäßig erscheinen. Die Fälle müssen vielmehr angesichts des erkennbaren, auch zu billigenden Willens des Gesetzgebers folgendermaßen geregelt werden: Der Widerstand und die Aufwiegelung sind nur dann objektiv rechtswidrig, werden also nur dann gestraft, wenn sie gegen rechtmäßige Amts- oder Diensthandlungen gerichtet sind, rechtsgültige Gesetze oder Verordnungen oder solche Anordnungen betreffen, die von einer zuständigen Behörde ausgegangen sind. Glaubt der Täter irrtümlich, diese Voraussetzung läge im gegebenen Falle nicht vor, dann schließt das den Vorsatz nicht aus, mildert aber seine Strafbarkeit. Die Vorschläge des Entwurfs 1919 entsprechen der Absicht einer solchen Regelung nicht; sie führen sogar zu den widersinnigsten Ergebnissen. Behauptet nämlich der Täter glaubwürdig, er habe sich über die Rechtmäßigkeit, Rechtsgültigkeit, Zuständigkeit keine Gedanken gemacht, weil er davon nichts verstehe, dann wird ein gewissenhafter Richter zur Freisprechung wegen mangelnden Vorsatzes kommen. Behauptet aber der Täter, er habe die Amtshandlung für unrechtmäßig, das Gesetz für rechtungsgültig gehalten, und stellt sich das als ein törichter Irrtum heraus, dann wird er verurteilt! Da erscheint es doch richtiger, die Gesetze folgendermaßen zu fassen:

§ 184: Wer eine Behörde, oder einen Beamten . . . nötigst oder an einer Amts- oder Diensthandlung hindert, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar. Ebenso wird bestraft, wer einen Beamten . . . während der Ausübung des Amtes oder Dienstes tätlich angreift. Die Hinderung an einer Amts- oder Diensthandlung und der tätliche Angriff sind nur strafbar, wenn die Amts- oder Diensthandlung rechtmäßig war. (In Übereinstimmung mit § 191 des Kommissionsentwurfes.)

§ 206: Wer . . . zur Auflehnung gegen Gesetze oder Verordnungen oder gegen Anordnungen einer Behörde auffordert oder aufwiegelt, wird . . . bestraft, es müßte denn sein, daß das

Gesetz oder die Verordnung nicht rechtsgültig, die Behörde zu ihrer Anordnung nicht zuständig war.

Damit ist dann erreicht, daß der Täter die Rechtmäßigkeit, Rechtsgültigkeit, Zuständigkeit nicht in seinen Vorsatz aufzunehmen braucht. Hat er es getan, dann kann er wegen besonders verwerflicher Gesinnung innerhalb des Strafrahmens höher gestraft werden. Hat er irrtümlich angenommen, die Rechtmäßigkeit usw. sei in diesem Falle ausnahmsweise nicht gegeben, so wird die Strafe gemäß der allgemeinen Bestimmung über Irrtum gemildert; erscheint der Irrtum entschuldbar, so wird von Strafe abgesehen. Hat er die Rechtmäßigkeit irrtümlich angenommen, so liegt eine aus objektiven Gründen nicht strafbare Handlung vor. (Wahndelikt.) Diese Regulierung dürfte der Absicht der Verfasser des Entwurfes von 1919 besser entsprechen und dem Bedürfnis nach Strafe für solche Taten in richtiger Weise genügen.

Auch andere Gesetzesbestimmungen, beispielsweise die §§ 210, 220, 221, 223, 228⁴⁵⁾ müssen daraufhin nachgeprüft werden, ob man nicht die Fassung der Tatbestände so verändern kann, daß Worte wie unbefugt, rechtmäßig, zuständig und dergl. daraus verschwinden und durch solche Worte ersetzt werden, die rein tatsächlicher Natur sind. Dadurch würde erreicht, daß zum Vorsatz des Täters nicht die Kenntnis schwieriger Rechtsbegriffe verlangt werden muß. Warum soll der Täter z. B. wissen, daß er den Eid, den er offensichtlich falsch schwört, vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde ableistet? Es genügt doch, daß er weiß, daß ihm ein Eid abgenommen wird. Ob der Eid rechtlich als solcher zu betrachten ist, stellt doch der Richter fest. Und hat der Täter irrtümlich angenommen, dieser Eid dürfe ihm aus bestimmten Gründen nicht abgenommen werden (ein Fall, der wohl kaum jemals praktisch werden wird), dann stehen in Zukunft dem Richter alle Möglichkeiten der Strafmilderung bis zur Straffreierklärung zu Gebote.

Ist nun wirklich hier und da der Hinweis auf die Rechtswidrigkeit als Tatbestand nicht zu entbehren, dann scheint es sich

⁴⁵⁾ § 210: Auflauf (der „zuständige“ Beamte); § 220: Meineid (vor einer ... „zuständigen“ Behörde); § 221: falsche Versicherung an Eidesstatt (ebenso); § 223: Herbeiführung eines falschen Eides (ebenso); § 228: Unwahre Entschuldigung von Geschworenen (das gleiche gilt für Sachverständige, soweit sie zur Erstattung des Gutachtens „gesetzlich verpflichtet“ sind).

zu empfehlen, das Gesetz so zu formen, daß nicht die Unkenntnis dieses Tatumsstandes den Vorsatz und damit die Strafbarkeit ausschließt, sondern nur die positive Annahme von Tatsachen, die ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit ausschließen, den Wegfall des Vorsatzes bewirken. Das hätte jedoch die unerwünschte Folge, daß die Tat, wenn der Täter eine solche besondere Befugnis annahm, wegen mangelnden Vorsatzes überhaupt straflos wird, falls nicht auch die fahrlässige Verübung strafbar ist, während in anderen Fällen eine solche Annahme lediglich strafmildernd wirkt, strafbefreiend nur dann, wenn der Irrtum entschuldbar war. Gerade diese Regelung des Strafirtums sollte, wenn sie meinen Vorschlägen entsprechend durchgeführt wird, dazu den Anlaß geben, daß alle die Hinweise auf fehlende Befugnis und noch mehr auf die Widerrechtlichkeit vollständig aus den Tatbeständen gestrichen werden. Beispielsweise ließe sich das Merkmal der mangelnden Befugnis bei den Tatbeständen des Hausfriedensbruches, der Verletzung von Geheimnissen ohne weiteres entbehren, desgleichen das Merkmal der mangelnden Berechtigung beim Betrug und bei der Erpressung, das Merkmal der Widerrechtlichkeit beim Diebstahl, beim Raub und bei der Unterschlagung.

Zum Schluß der Erörterung über Vorsatz und Irrtum noch eine Frage: warum ist in § 110 des Entwurfes von 1919 die Strafe der Einschließung unberücksichtigt geblieben? Die Begründung (S. 97 f.) gibt darüber keine Auskunft. Gerade in solchen Fällen, in denen der Täter besondere Umstände annahm, die nach seiner irrigen Meinung seine Tat nicht als ungesetzlich oder verwerflich erscheinen lassen, kann es angezeigt sein, ihn mit Gefängnisstrafe zu verschonen.

Zu § 13 des Entwurfes von 1919 (Besondere Arten des Vorsatzes) habe ich keine Abänderungen vorzuschlagen⁴⁶⁾. Die Be-

⁴⁶⁾ Gerland (15) hält die Begriffsbestimmung der Absicht für verfehlt; er kann sich keine mit direktem Vorsatz begangene Handlung denken, bei der es dem Täter nicht auf ihren strafrechtlich in Betracht kommenden Erfolg ankomme. Statt aller theoretischen Ausführungen nur ein Beispiel: Wer auf einige in einem dichten Volkshaufen stehende Polizisten eine stark wirkende Bombe wirft, dem kommt es gewiß nicht darauf an, daß viele andere Personen verletzt werden. Er sieht aber diesen Erfolg als unausbleiblich voraus. Folglich sind auch diese Personen vom Täter vorsätzlich verletzt worden, und zwar mit direktem Vorsatz, gewiß aber nicht absichtlich. Wer zur Begehung der Tat durch die Aussicht auf Verwirklichung eines im Gesetz

stimmung beseitigt die auch hierin vorhandene Begriffsverwirrung des geltenden Strafrechts und legt die auch für die Praxis brauchbare Unterscheidung zwischen unbestimmtem und bestimmten Vorsatz und Absicht zutreffend gesetzlich fest. Die auch von der Begründung (S. 26) erwähnten Ausdrücke „böswillig“, „boshaft“, „mit Überlegung“, „freventlich“, „arglistig“ scheinen mir da, wo sie gebraucht werden, einwandfrei zu sein. Daß sie die Bedeutung besondere Artmerkmale des Vorsatzes haben, und ob sie auch bei unbestimmtem Vorsatz vorkommen können⁴⁷⁾, wird die Auslegung festzustellen haben.

Zu § 14 des Entwurfes von 1919 (Fahrlässigkeit) möchte ich durch eine Verschiebung des Wortes „verpflichtet“ eine kleine, aber nicht unbedeutende Unrichtigkeit in der Bestimmung des Begriffes der Fahrlässigkeit beseitigen. Die Verpflichtung zur Sorgfalt muß objektiv beurteilt werden, die Fähigkeit, die Umstände zu erkennen, die den Täter zur Sorgfalt verpflichten, und den Anreizen zur Tat den nötigen Widerstand entgegenzusetzen, ist dagegen subjektiv, also nach der Eigenart des Täters zu beurteilen⁴⁸⁾. Die Begründung (S. 26) ist auch hierin nicht zu voller wissenschaftlicher Klarheit durchgedrungen, aber sie läßt deutlich erkennen, daß ihre Verfasser das richtige Gefühl für die Maßstäbe haben, die angelegt werden müssen, wenn eine Tat auf Fahrlässigkeit zu prüfen ist. Denn die Vernachlässigung der Pflicht zur Sorgfalt beurteilen sie „nach den Umständen“, also objektiv; davon unterscheiden sie deutlich die Frage, ob dem Täter „die Beobachtung dieser Sorgfalt zugemutet werden konnte“; diese wollen sie „im Einzelfalle nach den persönlichen

bezeichneten Erfolges bestimmt ist (Vorschlag von Gerland), dem kommt es auch darauf an, einen Erfolg, der im Gesetz bezeichnet ist, herbeizuführen (Fassung des Entwurfes) und umgekehrt. Auch v. Hippel (431) legt beiden Fassungen die gleiche Bedeutung bei.

⁴⁷⁾ Im Gegensatz zur Denkschrift (221) behauptet Gerland (15), wie mir scheint, mit Recht, daß jemand auch bei unbestimmt vorausgesehenen Folgen seiner Tat böswillig handeln könne. Der Vorsatz ist hier ethisch besonders ungünstig gefärbt.

⁴⁸⁾ Gerland (19) meint, wer nicht imstande sei, die Sorgfalt aufzuwenden, der sei auch nicht dazu verpflichtet, und will daher die Worte „und imstande“ weglassen. Dem muß ich widersprechen. Verpflichtet ist auch der zur Sorgfalt, der sie nach seinen persönlichen Verhältnissen, z. B. wegen schwieriger Lebenslage, zur Zeit der Tat nicht aufwenden kann. Man kann nur nicht verlangen, daß er in einem solchen Falle seiner Verpflichtung genügt.

Fähigkeiten und Verhältnissen“ des Täters, also subjektiv, beantwortet haben. Es ist nicht einzusehen, warum im Gesetz diese richtige Unterscheidung verwischt werden soll⁴⁹⁾.

Zu den von mir unverändert übernommenen §§ 15 (Strafbarkeit vorsätzlichen und fahrlässigen Handelns) und 17 (Erfolgshaftung) sind nur einige kurze Bemerkungen zu machen.

Der § 15 bereitet den Zweifeln, ob beim Schweigen des Gesetzes darüber, daß die Tat vorsätzlich verübt werden müsse, auch fahrlässige Begehung genüge, ein Ende und zwar in einem die Frage verneinenden Sinne. Damit kann man sich nur einverstanden erklären⁵⁰⁾. Für Übertretungen wird in § 407 gerade das Umgekehrte bestimmt. Hier bringt der Entwurf von 1919 gegenüber dem Kommissionsentwurf einen Fortschritt, indem dieser dem Richter die Prüfung auferlegte, ob das Gesetz nicht Vorfaß zur Strafbarkeit unzweideutig voraussetzt (§ 392); der Entwurf von 1919 aber bestimmt, daß fahrlässige Begehung von Übertretungen nur dann nicht strafbar sein soll, wenn das Gesetz

⁴⁹⁾ Gerland (19) wendet sich gegen die Begriffsbestimmung der bewußten Fahrlässigkeit; wer die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes für möglich halte, handle mit Eventualvorfaß. Damit zeigt Gerland, daß er die Grenze zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorfaß nicht richtig zieht. „Für möglich halten“ ist doch nicht gleichbedeutend mit „einverstanden sein“? Wer einen Erfolg für möglich hält, kann trotzdem hoffen, daß er nicht eintritt; und wer dies hofft, handelt nicht vorsätzlich. — Der Entwurf von 1919 und meine ihm möglichst angepaßten Gegenentwürfe weisen insofern einen inneren Widerspruch auf, daß beim Vorfaß nur auf die Vorstellung von den Merkmalen und auf die Gefühlseite (Einverständnis sein) Gewicht gelegt wird, nicht dagegen auf die Beurteilung der vorgestellten Folgen als gesetz- oder sittenwidrig, bei der Fahrlässigkeit dagegen die Pflicht zur Sorgfalt, also die rechtliche oder ethische Seite der Fahrlässigkeit in deren Begriffsbestimmung mithereingenommen ist. Ich halte das, wie ich weiter unten näher ausführen werde, für einen Schönheitsfehler. Sollte dieser Fehler für unerträglich gehalten werden, dann müßten die Worte „nach den Umständen“ und „verpflichtet“ aus der Begriffsbestimmung über die Fahrlässigkeit herausgenommen werden. Statt dessen müßte ein zweiter Absatz hinzugefügt werden, der, angepaßt an den § 18 meiner Gesetzesentwürfe, folgendermaßen zu lauten hätte: „Nahm der Täter nachweislich an, seine Tat verstieße nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten, so ist er straffrei, wenn seine Annahme entschuldbar ist.“ Die Parallele zwischen Vorfaß und Fahrlässigkeit wäre damit vollständig, der Aufbau der Schulddlehre würde klarer und folgerichtiger. Ich würde einer solchen Gesetzesbestimmung daher den Vorzug geben.

⁵⁰⁾ Zustimmung auch Gerland (19), v. Hippel (426), Ebermayer (JW. 51, 244) und Goldschmidt (254).

Vorfaß ausdrücklich erfordert. Für die wenigen Bestimmungen im Strafgesetzbuch selbst konnte der Gesetzgeber dem Richter die vom R.E. verlangte Prüfung in der Tat ersparen. Es müssen aber die übrigen reichs- und landesrechtlichen Übertretungstatbestände dieser Vorschrift angepaßt werden, oder es muß im Einführungsgesetz und in den Ausführungsgesetzen — in diesen nach reichsgesetzlicher Ermächtigung — bestimmt werden, auf welche Gesetze der § 407 nicht anzuwenden ist. Auch die Begründung weist darauf hin⁵¹⁾.

Zu § 17 möchte ich nur die dem Vorentwurf und dem Kommissionsentwurf allgemein ausgesprochene freudige Zustimmung⁵²⁾ wiederholen, wonach endlich mit der dem allgemeinen Rechtsgefühl längst widersprechenden Erfolgshaftung aufgeräumt ist und der in § 10 Abs. I ausgesprochene Grundsatz der Schuldhaftung auch für die Fälle des schweren, durch die Tat herbeigeführten Erfolges durchgeführt ist⁵³⁾.

Möchten diese kritischen Ausführungen trotz aller durch ihren Zweck gebotenen Zurückhaltung gezeigt haben, daß ich den Bestimmungen des Entwurfes von 1919 über die Straftat hohe Anerkennung zolle und sie als Fortschritt gegenüber dem Kommissionsentwurf bewerte, der bereits den üblen Torso des gelten-

⁵¹⁾ Gerade aus solchen Gründen erscheint v. Hippel (427) die Vorschrift des § 407 bedenklich.

⁵²⁾ Vgl. z. B. v. Hippel (424) und Graf zu Dohna (369).

⁵³⁾ Gerland (8) stimmt der Denkschrift nicht zu, wenn sie S. 28 ausführt, die Strafgesetzgebung könne nicht darauf verzichten, einen besonders schweren Erfolg auch dann als strafverschärfend zu berücksichtigen, wenn er nicht vom Vorfaß des Täters umfaßt gewesen sei. Im täglichen Leben lehrt die Beobachtung, daß schwere Erfolge auch schwere Sühne erheischen. Wer einen kostbaren Spiegel fahrlässig zertrümmert, wird für schwerer verantwortlich gehalten, als der, welcher ebenso fahrlässig einen billigen Spiegel ruiniert. Wirft ein Bauarbeiter einen Ziegelstein, an den er sich gestoßen hat, im Zorn auf die Straße, so wird er für schwerer strafbar gehalten, wenn er dadurch einen Menschen tötet, als wenn er dadurch einem Menschen eine Schulterprellung verursacht. Hierin stehen wir noch alle in der Erfolgshaftung. Ob sich Gerland völlig davon frei weiß? — Goldschmidt (255) ist mit den Gesetzesworten: „wenn er diese Folge wenigstens als möglich voraussehen konnte“ nicht einverstanden; sie schaffe neben dem Vorfaß und der Fahrlässigkeit eine dritte Schuldform. Ich fasse die Gesetzesworte so auf, daß damit Fahrlässigkeit gemeint ist. Um jedoch die Bedenken Goldschmidts zu beseitigen, könnte (an Stelle seines sprachlich nicht schönen Gegenvorschlages) die Form gewählt werden: „wenn er diese Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat“.

den Strafgesetzbuches durch ein festgefügtcs, wohlgeformtes Bildwerk ersetzt hatte. Möchten meine Vorschläge gerade deshalb dazu beitragen, daß die Schönheitsfehler und Mängel, die auch dem neuesten Entwurf noch anhaften, vollends beseitigt werden.

Die vorstehenden Ausführungen sind im August vorigen Jahres dem Reichsjustizministerium eingereicht worden. Ich habe daran kaum etwas geändert und nur noch die Fußnoten hinzugefügt, in denen ich mich mit den Beurteilern des Entwurfes auseinandersetze. Die aus den Kritiken gewonnene Erkenntnis, daß niemand aus den Irrungen und Wirrungen der Lehre von der Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum) herausgefunden hat, gibt mir Veranlassung, meine Anschauungen darüber an dieser Stelle zusammenhängend darzulegen. Ich möchte Mitsstreiter werben, die alle zusammen helfen, daß das neue Strafgesetz auf einer neuen Grundlage der gesamten Schuldlehre aufgebaut wird, weniger, um einer wissenschaftlichen Anschauung zum Siege zu verhelfen, als vielmehr aus dem Grunde, weil ich fest davon überzeugt bin, daß mit den darauf gegründeten Gesetzesbestimmungen der Rechtsprechung die Anwendung des Strafrechts auf die Fälle mit schwierigen und zweifelhaften Feststellungen erheblich erleichtert werden wird.

Bisher war die Strafrechtswissenschaft fast einmütig davon überzeugt, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit das Wesen der Schuld ausmachen. Mit einer möglichst richtigen Umgrenzung der beiden Begriffe glaubte man zugleich den Begriff der Schuld umfaßt zu haben. Dabei wurde verkannt, daß dem Vorsatz der Schuldcharakter fehlt; selbst wenn er auf Verwirklichung eines unter Strafe gestellten Tatbestandes gerichtet ist, muß er nicht notwendig die Färbung haben, die das Unwerturteil der Schuld ausmacht. Das beweisen die Fälle, in denen der Täter nachweislich einen besonderen Sachverhalt annahm, der seine Tat als ausnahmsweise nicht widerrechtlich oder sonstwie verwerflich erscheinen ließ. Anstatt nun aber zwischen Vorsatz schlechthin und schuldhaftem (üblem, bösem) Vorsatz zu unterscheiden, glaubten diejenigen, die diese Besonderheiten empfanden, dem Vorsatz selbst Begriffsmerkmale beilegen zu müssen, die ihm nicht zukommen, insbesondere die Richtung auf eine Rechtswidrigkeit oder das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit. Das sind aber Bestandteile nicht des Vorsatzbegriffes, sondern des Schuldbegriffes. Dazu

kommt noch, daß die Beziehung auf Rechtswidrigkeit allein das Wesen der Schuld nicht erschöpft; deren Wesen ist auch die Beziehung auf die Unsittlichkeit der Folgen einer Willensbetätigung eigentümlich. Das empfanden diejenigen schon deutlicher, die zum Vorsatz Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit forderten. Dem schuldhaften Vorsatz werden damit Merkmale beigelegt, die in der Tat lediglich der Schuld zukommen. Man hat sie das normative und das ethische Element genannt, hat sich aber für das Strafrecht meist auf das normative Element beschränkt. Diese Auffassung — Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit — ist der richtigen Erkenntnis greifbar nahe; ihre Anhänger hätten nur zweierlei herausfinden müssen, einmal, daß damit nicht ein Element des Vorsatzes, sondern ein Element der Schuld aufgedeckt wird, und zweitens, daß der Vorwurf der Schuld, auch der des schuldhaften Vorsatzes nicht erst demjenigen gemacht wird, der die Folgen seiner Willensbetätigung als schädlich oder verwerflich beurteilt hat, sondern schon demjenigen, der zu einer solchen Beurteilung imstande war. Ethische Indifferenz entschuldigt ebensowenig, wie vermeidbare Unkenntnis der rechtlichen oder sittlichen Pflichten.

Bemerkenswert und für die Schuldlehre gewinnbringend ist es, daß für die schuldhafte Fahrlässigkeit dasselbe gilt. Der fahrlässig Handelnde oder Unterlassende kennt entweder die Folgen seiner Willensbetätigung nicht oder er stellt sie sich als möglich vor, hofft aber, sie würden nicht eintreten, obwohl er imstande war, an diese Folgen zu denken oder sie sich als unausbleiblich vorzustellen. Der Vorwurf der Schuld wird dem fahrlässig Handelnden oder Unterlassenden in gleicher Weise gemacht wie beim Vorsatz. Für die unbewußte Fahrlässigkeit geht er dahin, daß der Täter die nicht erkannten Folgen seiner Willensbetätigung auch als unrecht oder verwerflich hätte beurteilen sollen und können; für die bewußte Fahrlässigkeit geht er dahin, daß der Täter sich entweder dieses Unwerturteils über die Folgen seiner Willensbetätigung, von denen er hoffte, sie würden nicht eintreten, bewußt war, oder daß er ihnen dieses Unwerturteil hätte beilegen sollen und können. Die Zurechnung der Schuld wird also vorsätzlichen wie fahrlässigen Taten in beinahe völliger Übereinstimmung beigelegt⁵⁴). Spricht nicht

⁵⁴) Über einen kleinen Unterschied wird unten bei der Erörterung des Irrtums die Rede sein.

auch diese Erkenntnis deutlich dafür, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldarten sind, sondern umgekehrt die Schuld ein Artmerkmal vorsätzlicher und fahrlässiger Taten ist?

Die bisherige Lehre von der Fahrlässigkeit hielt die Umstände, welche die Fahrlässigkeit zur schuldhaften Fahrlässigkeit werden lassen, für ihr Begriffsmerkmal. Das hatte deshalb keine schlimmen Folgen, weil hier die Schuld nicht dem Schuldbewußtsein gleichgestellt wurde, wie beim Vorsatz. Die Strafrechtspraxis konnte daher mit diesem Begriffe auskommen. Anders beim Vorsatz; hier sträubte sie sich beharrlich, die Forderung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit oder gar der Widerrechtlichkeit anzuerkennen, weil sie sich unüberwindlichen Schwierigkeiten gegenüber sah. Sie empfand zwar, daß damit der Begriff des Vorsatzes überspannt wird, erkannte aber nicht, woran das liegt. Kurz gesagt daran, daß Schuldbewußtsein eine besondere und zwar schwerere Form der Schuld ist, deren Nachweis überdies dem Gericht häufig unmöglich ist und daher entweder zu unbegründeten Freisprechungen oder zu Schuldvermutungen führen müßte. Dieser Widerstand der Praxis war, wie man jetzt erkennen kann, berechtigt. Ethische Indifferenz gegenüber einem vorsätzlich herbeigeführten oder versuchten Erfolge begründet den Vorwurf der Schuld ebenso, wie die vermeidbare Unkenntnis der Widerrechtlichkeit, Schädlichkeit oder Verwerflichkeit des Erfolges. Und daher braucht der Strafrichter dem Täter nur nachzuweisen, daß er die Folgen seiner Handlung oder Unterlassung gekannt, und, falls er sie sich nur als möglich vorgestellt hatte, daß er mit ihrem Eintritt einverstanden gewesen sei. Der weitere Nachweis, daß er die Folgen als widerrechtlich, schädlich oder verwerflich beurteilt hat, kann, wenn er gelingt, zu einer Straferhöhung innerhalb des einfachen Strafrahmens führen; gelingt er nicht, so bleibt immer noch der Vorwurf, daß der Täter zu einer solchen Beurteilung seiner vorsätzlichen Tat verpflichtet und imstande gewesen sei. Hierzu ist bei den alltäglichen Straftaten, deren Schädlichkeit oder Verwerflichkeit allen zurechnungsfähigen Menschen bekannt ist, kein besonderer Nachweis erforderlich⁵⁵⁾.

⁵⁵⁾ Die Kriegsnot und die wirtschaftliche Krise der Nachkriegszeit haben zu einer unübersehbaren Menge von Anordnungen und Verboten geführt, die mit Strafandrohungen verschärft worden sind, und die an die sittliche Widerstandskraft, an ihre Kenntnisse der Volksgenossen und an ihren Altruismus von all den Maßnahmen sehr hohe, ja vielfach unmögliche Anforderungen

Der berechtigte Widerstand der Strafrechtspraktiker gegen die Lehre vom Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit und der Widerspruch der Anhänger dieser Lehre gegen die Lehre vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bestandteil des strafrechtlichen Vorsatzes hatten auch mich zunächst dazu geführt, von diesem normativen Element für den Begriff des Vorsatzes abzusehen und ihm nur einen Einfluß beim Strafrechtsirrtum einzuräumen. (Hier schien mir das normative Element nicht zu genügen, ich glaubte, ihm auch das ethische Moment hinzugesellen zu müssen.) Der fälschlichen Annahme des Täters, seine Tat verstieße ausnahmsweise aus besonderen Gründen nicht gegen eine Rechtspflicht oder sie sei ausnahmsweise nicht schädlich oder verwerflich, glaubte ich eine den Vorsatz ausschließende Wirkung beilegen zu müssen. Erst die neuartige Vorschrift in § 12 des Entwurfes von 1919 brachte mich auf den Gedanken, daß die Begriffe des Vorsatzes und der Schuld auseinanderzuhalten sind. Von da aus war es nur ein kleiner Schritt bis zu der Erkenntnis, daß auch der Begriff der Fahrlässigkeit von dem der Schuld getrennt zu halten ist. Jetzt erkannte ich auch, daß man zur Umgrenzung des Begriffes der Schuld nicht von dem des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit ausgehen kann, wie dies bisher allgemein üblich war, sondern von den Merkmalen, die den Vorwurf der Schuld in sich schließen. Den Beurteilern des Entwurfes ist ebenso wie seinen Verfassern diese Erkenntnis versagt geblieben, und so mühen sie sich vergeblich ab, aus den Vorschlägen des Entwurfes etwas theoretisch Richtiges und für die Rechtsanwendung Brauchbares zu machen. Verzichtend ruft Ebermayer, einer der Verfasser des Entwurfes, (JW. 51, 247) aus: „Noch manch ein Rätsel ungelöst ragt in die Welt bis heute, und ist Dein sterblich Teil verweist, dann kommen andere Leute. Mögen sie kommen, und möge ihnen des Rätsels Lösung gelingen.“ Möchte es mir nicht als Anmaßung und Unbescheidenheit ausgelegt werden, wenn ich die Hoffnung hege, den Wunsch Ebermayers erfüllt zu haben.

stellen. Will der Richter in solchen Fällen dem Täter schuldhaften Vorsatz (bösen Vorsatz) zur Last legen, so muß er ihm nachweisen, daß er von dem Bestehen solcher Maßnahmen Kenntnis hatte, oder wenigstens, daß er handelte oder unterließ auf die Gefahr hin, daß die Folgen seiner Willensbetätigung mit solchen Maßnahmen, solchen Verböten oder Geböten in Widerspruch stehen könnten. Dieser unabweisbaren Forderung ist der Gesetzgeber durch die Verordnung vom 18. 1. 1917 entgegengekommen.

Von den Beurteilern des Entwurfes widmet allein Kohlrausch (S. 162) dem Begriffe der Schuld an sich wenigstens einige Worte. Schuld nennt er den Widerspruch zwischen den Gesetzen des Einzelnen und den Normen der Umwelt. Daran ist richtig, daß man von Schuld spricht, wenn das Verhalten einer Person zu der allgemeinen Überzeugung von Recht oder Sittlichkeit⁵⁶⁾ in Widerspruch stand. Aber der Widerspruch, der das Schuldurteil in sich schließt, macht nicht die Schuld selbst aus; sie ist vielmehr in den geistigen Vorgängen zu suchen, die einen zurechnungsfähigen Menschen zu einem derart widerspruchsvollen Tun oder Lassen bestimmt haben, einerlei natürlich, ob er sich dieser geistigen Vorgänge bewußt war oder nicht. Denn Schuldbewußtsein gehört, wie ich schon betont habe, nicht zur Schuld⁵⁷⁾. Sonst wäre ja die unbewußte schuldhaftes Fahrlässigkeit keine Schuldform, auch könnte für vorsätzliche Taten die ethische Indifferenz oder die vermeidbare Unkenntnis der Schädlichkeit oder Verwerflichkeit der vorgestellten Folgen der Willensbetätigung nicht als Schuldform angesehen werden. Das Unwerturteil wird, wie sich daraus ergibt, nicht den Gesetzen beigelegt, nach denen der Täter handelte oder unterließ, sondern der seelischen Beschaffenheit des Täters, der zufolge er sich zu seinem Tun oder Lassen bestimmen ließ. Wenn Kohlrausch diese Beschaffenheit der Seele insbesondere das, was man Charakter nennt, als Gesetze anspricht, denen der Täter folgt, so scheint mir das kaum für unüberlegte, vorschnelle, gewissermaßen triebhafte Handlungen zu passen. Ich glaube daher das Richtige zu treffen, wenn ich die Schuld als das Unwerturteil bezeichne, das der seelischen Beschaffenheit beigelegt wird, durch die ein Mensch zu einem Tun bestimmt worden ist, dessen Folgen unrechtmäßig oder unbillig sind. War sich der Täter nicht bewußt, daß die Folgen seiner Willensbetätigung schädlich oder verwerflich sind, so kann von Schuld nur die Rede sein, wenn er zu einer solchen Bewertung imstande war und wenn sie von ihm verlangt werden konnte.

⁵⁶⁾ Nicht etwa von Gesetz oder Sitte. Denn nicht das Gesetz oder die Sitte bilden die Grundlage für das Schuldurteil, sondern das allgemeine Gefühl von dem, was Recht und Unrecht, was Sittlichkeit und Unsittlichkeit ist. Aufgabe des Richters ist es, dieses Gefühl, das bei dem Einzelnen recht verschieden sein kann, möglichst zu objektivieren.

⁵⁷⁾ Gl. Anf. Kohlrausch S. 163. Dann dürfte er aber nicht das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zum Bestandteil des Vorsatzes machen. Auch zum schuldhaften Vorsatz gehört das Schuldbewußtsein nicht.

Ein solches Unwerturteil kann nur vorsätzlichem und fahrlässigem Verhalten beigelegt werden; aber nicht jedem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhalten wird es beigelegt, weil ein solches Verhalten durchaus nicht immer Folgen nach sich zieht, die unrechtmäßig oder unsittlich sind oder so vom Täter hätten bewertet werden sollen und können. Sonst gäbe es ja keine guten Vorsätze und keine Fahrlässigkeit, die unerwartet zum Guten ausschlägt, wie z. B. eine Vergeßlichkeit, die wohlthätige Folgen hat, etwa ein Fabrikationsfehler, der zu einer segensreichen Erfindung führt.

Die für das Strafrecht in Betracht kommenden Folgen der Willensbetätigung, denen das Unwerturteil der Schuld beigelegt werden kann, bestehen in einer unter Strafe gestellten Rechtsgüterverletzung oder Gefährdung (Tatbestandsverwirklichung), einerlei ob sie vollendet oder angefangen worden ist, einerlei auch, ob sie der Schuldige als Täter herbeigeführt oder ob er sich in irgendeiner Form daran beteiligt hat. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind also — und das ist das wesentlichste, von der bisherigen Lehre grundsätzlich abweichende Ergebnis der Untersuchungen zur Schuldlehre — keine Schuldarten, jedoch stellen sie die Formen dar, in denen allein schuldhaftes Taten begangen werden können. Eine Gesetzesbestimmung, die diese neue Schuldlehre deutlich zum Ausdruck bringt, könnte mit den Worten des Entwurfes von 1919 beginnen: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt“, und müßte dann fortfahren: „Schuldhaft handelt, wer weiß oder wissen mußte und könnte, daß die Folgen seiner Willensbetätigung Unrecht sind oder gegen die guten Sitten verstoßen. Eine Straftat kann schuldhaft mit Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen werden.“ Hieran würden sich die Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit schließen. Aus der Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit wäre der Hinweis auf die Verpflichtung zu entfernen. Dem die Schuld vorsätzlicher Taten mindernden oder ausschließenden Irrtum wäre entsprechend meinem Gesetzesvorschlage (§ 18) ein besonderer Paragraph zu widmen. Bei der Fahrlässigkeit würde ein besonderer Absatz einzuschalten sein, wonach die entschuldbare Annahme des Täters, die Folgen seiner Tat verstießen nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten, Straffreiheit nach sich zieht. Ich bin in meinen Gesetzesvorschlägen in dem Bestreben, den Entwurf soweit wie nur irgend möglich aufrechtzuerhalten, nicht so weit gegangen.

Einer Umgrenzung des Begriffes der Schuld habe ich mich enthalten, habe auch geglaubt, den § 10 Abs. II in der Form beibehalten zu können: „Schuldhaft handelt, wer, vorausgesetzt, daß er zur Zeit der Tat zurechnungsfähig ist, den Tatbestand einer Straftat vorsätzlich oder fahrlässig verwirklicht.“ Denn eine solche Bestimmung läßt sich auch dann rechtfertigen, wenn man zu der Erkenntnis gekommen ist, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldarten sind; stellen sie doch die Formen dar, unter denen allein schuldhaftes Taten begangen werden können. Worin die Schuld bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Taten besteht, kann man aus der Bestimmung über den Irrtum bei vorsätzlichen Taten und aus dem Hinweis über die Verpflichtung zur Vermeidung des Erfolges bei fahrlässigen Taten entnehmen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit haben, wenn man ihnen das Merkmal der Schuld beifügt, drei Bestandteile aufzuweisen: die Vorstellung (das intellektuelle Moment), das Einverständnis mit dem Eintritt des Erfolges oder die Hoffnung auf den Neueintritt (das psychologische oder Gefühlsmoment) und die Beurteilung der Folgen als rechtmäßig oder unsittlich (das normative oder ethische Moment). Entweder waren die Bestandteile sämtlich vorhanden, wie z. B. beim bewußt bösen Vorsatz oder bei der bewußten Fahrlässigkeit, oder aber der Täter war imstande, sich ihrer bei seiner Willensbetätigung bewußt zu werden. Die unbewußte Fahrlässigkeit kennzeichnet sich dadurch, daß die Vorstellung von den Folgen der Willensbetätigung fehlt; das hat zur Folge, daß auch das Gefühlsmoment fehlt, nicht minder auch das ethische oder normative Moment. Es muß aber dem Täter möglich gewesen sein, sich die Folgen seiner Willensbetätigung vorzustellen und sie normativ oder ethisch zu bewerten; nur unter dieser Voraussetzung kann ihm der Mangel der Vorstellung und der Bewertung zum Vorwurf gemacht werden. Bei den übrigen Formen schuldhaften Verhaltens ist das intellektuelle Moment vorhanden: der Täter hat sich die Folgen seiner Willensbetätigung vorgestellt. Wichtig ist hierbei, mit welchem Grade der Sicherheit er ihren Eintritt erwartete, weil davon abhängt, ob bei ihm bestimmter Vorsatz anzunehmen ist oder nicht. Nicht minder wichtig ist auch die Stufenleiter der psychologischen Empfindung, schwankend zwischen dem heftigen Wunsch, die vorgestellten Folgen möchten nicht eintreten, und dem nicht minder heftigen Wunsch nach ihrem Eintritt. Ob Vorsatz oder bewußte

Fahrlässigkeit vorliegt, ergibt allemal nur eine Prüfung beider Elemente. Hat sich der Täter den Erfolg nur als möglich vorgestellt, so muß, soll bewußte Fahrlässigkeit angenommen werden, die Hoffnung hinzukommen, der Erfolg werde nicht eintreten. Nahm der Täter dagegen die Folgen seiner Willensbetätigung, falls sie eintreten sollten, mit in Kauf, so ist unbestimmter oder Eventualvorsatz gegeben. Wünschte er sie, dann hat es keinen Sinn, hier noch von unbestimmtem Vorsatz zu sprechen; das psychologische Moment tritt hier in der positiven Form in solcher Stärke auf, daß es den der Vorstellung nach unbestimmten Vorsatz zum bestimmten Vorsatz umformt. Strebt der Täter die Folgen seiner Willensbetätigung an, handelte er m. a. W., um diese Folgen herbeizuführen, so verstärkt sich der bestimmte Vorsatz zur Absicht. Stellte sich der Täter die Folgen seiner Willensbetätigung als unausbleiblich, als sicher eintretend vor, dann ist bestimmter Vorsatz gegeben, und dieses auch dann, wenn er den Folgen das Gefühl der Abneigung entgegenbrachte; denn wer seinen Willen trotz bestimmter Vorstellung der Folgen betätigt, der muß mit ihnen einverstanden gewesen sein, einerlei ob sie ihm erwünscht waren oder nicht. Sollen nun bewußte Fahrlässigkeit und Vorsatz Formen der Schuld sein, so muß, wie schon gesagt, zum intellektuellen und psychologischen Element noch das normative und ethische Element hinzutreten: der Täter muß die Folgen seiner Willensbetätigung als Unrecht oder Unsittlichkeit beurteilt haben, zum mindesten muß er zu einer solchen Beurteilung imstande gewesen sein; denn dann verlangt man sie auch von ihm, dann hält man ihn zu dieser Bewertung für verpflichtet⁵⁸⁾. Der Einwand des Täters, er habe nicht gewußt, daß die Folgen seiner Tat unrechtmäßig oder unsittlich seien, ist nicht geeignet, ihn von dem Vorwurf der Schuld zu entlasten. Nur dann, wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß dem Täter nicht zuzumuten gewesen sei, die Schädlichkeit oder Verwerflichkeit der Folgen seines Verhaltens zu erkennen, hält man den Täter für entschuldigt. Dies gilt für alle Formen des Vorsatzes und

⁵⁸⁾ Der Täter einer unbewußt fahrlässigen Straftat hat sich nicht einmal die Folgen seiner Willensbetätigung vorgestellt. Darin, daß er dies unterließ, obwohl er dazu imstande war, besteht seine Fahrlässigkeit; darin, daß er auch die Unrechtmäßigkeit oder Verwerflichkeit der nicht vorgestellten Folgen hätte erkennen können und folglich auch hätte erkennen sollen, besteht seine Schuld.

der Fahrlässigkeit, von der Absicht, wie auch von der unbewußten Fahrlässigkeit. Die Einwendung von Kohlransch (163) und Goldschmidt (255) gegen den § 12 des Entwurfes von 1919, man käme durch einen solchen Aufbau des Schuldbegriffes zu der Widersinnigkeit einer unverschuldeten Schuld, kann meiner Lehre nicht gemacht werden; denn sie betrachtet den Vorsatz und die Fahrlässigkeit nicht mehr als Schuldarten, sondern umgekehrt die Schuld als Artmerkmal des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit.

Damit ist die überraschende Erkenntnis gewonnen, daß die Stärkegrade der Schuld bei vorsätzlichen wie bei fahrlässigen Taten in gleicher Weise auftreten können. Der geringste Grad der Schuld führt auch zur Verantwortlichkeit für vorsätzliche Taten, und umgekehrt kommen auch fahrlässige Taten mit Schuldbewußtsein vor. Nur eine unbewußt fahrlässige Tat ist mit Schuldbewußtsein nicht denkbar. Aber die vom Entwurf aufgestellte Schuldform der Freventlichkeit läßt sich auch bei bewußt fahrlässigen Taten denken. Sie entspricht der Schuldform der Gehehlichkeit in Art. 146 der PGD. Böswillig oder überlegt können allerdings nur vorsätzliche Taten begangen werden. Abgesehen von diesen Ausnahmen ist aber die Parallele vollkommen. Diese Erkenntnis wird, wie ich annehmen darf, wesentlich dazu beitragen, daß man sich von der Anschauung freimacht, als seien Vorsatz und Fahrlässigkeit Formen der Schuld. Formen der Schuld sind vielmehr Schuldbewußtsein und vermeidbarer Mangel von Schuldbewußtsein; und ähnlich wie beim Vorsatz, der durch das Anstreben der vorgestellten Folgen die Form der Absicht annimmt, nimmt die Schuld, wenn der Täter aus Rachsucht, Schadenfreude handelt, eine besonders schwere Form an. Die Schuldformen haben keinen Einfluß darauf, daß eine vorsätzliche oder fahrlässige Tat bestraft wird, wohl aber beeinflussen sie die Höhe der Strafen für solche Taten.

Die Erkenntnis, daß es vorsätzliche und fahrlässige, aber schuldblose Taten gibt, führt auf das Gebiet des Irrtums. Bisher vermochte man sich einen nur die Schuld und nicht auch zugleich den Vorsatz ausschließenden Irrtum nicht vorzustellen. Erst der § 12 des Entwurfes von 1919 wollte einen solchen Irrtum in das Strafrecht einführen. Sein an sich vom Standpunkt meiner Schulblehre so begrüßenswerter Schritt mußte ein Fehlschlag bleiben, weil die Verfasser des Entwurfes sich nicht von der Auffassung befreien konnten, daß der Vorsatz eine Schuldart sei.

Auch für die Fahrlässigkeit hält der Entwurf an diesem Standpunkt fest und kommt daher nicht auf den Gedanken, daß auch hier ein Irrtum möglich ist, der die Beurteilung einer Tat als fahrlässig nicht beeinflusst, dagegen ihre Bewertung als schuldhaft. Der weitere Mangel der bisherigen Irrtumslehre bestand darin, daß man nicht genau zwischen Nichtannahme (Unkenntnis) und falscher Annahme (Irrtum) unterschied oder doch diesem Unterschiede für das Strafrecht keine besondere Bedeutung beilegte. Auch dies erschwerte eine befriedigende Lösung der überaus schwierigen Fragen des Irrtums im Strafrecht.

Wird der von mir unternommene Aufbau der Schulblehre für richtig gehalten, so muß künftig nicht mehr zwischen Irrtum und Rechtsirrtum unterschieden werden, sondern zwischen Unkenntnis von Tatumständen (einerlei ob sie auf einen Mangel an Nachdenken oder auf Irrtum im engeren Sinne zurückzuführen ist) und dem die Schuld beeinflussenden Irrtum (hier kommt nur der Irrtum im engeren Sinne in Betracht, weil die Unkenntnis, daß die Folgen der Willensbetätigung unrecht oder sittenwidrig sind, nicht geeignet ist, die Schuld auszuschließen)⁵⁹). Die Unkenntnis eines Tatumstandes schließt den Vorsatz aus, ob auch die Fahrlässigkeit, hängt davon ab, ob der Täter imstande gewesen ist, sich den Tatumstand vorzustellen. Ist aber der Vorsatz ausgeschlossen und die fahrlässige Begehung der Tat nicht strafbar, so braucht die Schuld nicht geprüft zu werden, da sie ja eine besondere Art des Vorsatzes ist. Beruht die Unkenntnis des Tatumstandes auf Fahrlässigkeit und ist die fahrlässige Begehung der Tat strafbar, dann muß natürlich die Schuld besonders geprüft und festgestellt werden; sie ist vorhanden, wenn dem Täter zugemutet werden kann, daß er auch zur Beurteilung der Folgen seiner Tat als schädlich oder verwerflich imstande war. Liegt ein Irrtum (im engeren Sinne) vor, der zur falschen Annahme von Tatumständen außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes

⁵⁹) Nur wenn es sich um Tatbestände handelt, deren Beurteilung als Unrecht oder Sittenwidrigkeit dem Täter nicht zugemutet werden kann, muß der Nachweis, daß er die Folgen seiner Tat nicht so beurteilt hat, zur Entscheidung führen, daß der Täter schuldlos und folglich straffrei ist. Daß sich für solche in der Kriegs- und Nachkriegszeit häufigen, künftighin hoffentlich seltenen Fälle eine besondere Gesetzesbestimmung empfiehlt, habe ich wiederholt schon hervorgehoben. Vgl. z. B. Anm. 65.

führte, so ist ein solcher Irrtum für die Zurechnung zum Vorsatz belanglos; man denke an die Fälle des Irrtums im Objekt oder in der Person. Verlangt ein Tatumsstand eine besondere Beurteilung von Merkmalen, wie z. B. die Fremdheit der Sache, ein öffentliches Amt bei der Amtsanmaßung, Straftat bei der falschen Anschulldigung, Urkunde, Papiergeld bei Fälschungen, so muß es als fehlerhaft bezeichnet werden, wenn die Zurechnung zum Vorsatz davon abhängig gemacht wird, daß der Täter die ihm bekannten Merkmale richtig beurteilt hat. Nur wenn der Richter feststellt, daß der Täter die Merkmale, aus denen sich solche Tatumsstände zusammensetzen, nicht gekannt hat (einerlei ob aus Mangel an Nachdenken oder aus Irrtum), dann kann er Vorsatz nicht annehmen. Hat der Täter dagegen die Merkmale gekannt, hat er sie aber dem im Gesetz bezeichneten Begriff infolge unrichtiger Beurteilung nicht untergeordnet (Subsumtionsirrtum), dann schließt dies den Vorsatz nicht aus. In dieser Weise muß nach meiner Überzeugung die viel umstrittene Frage des Irrtums über Komplexbegriffe gelöst werden, deren auch die Begründung zum Entwurf (S. 23 f.) gedenkt. Der unrichtigen Beurteilung solcher Begriffe durch den Täter legt sie ebenfalls keine den Vorsatz ausschließende Wirkung bei. Damit steht allerdings im Widerspruch, wenn die Begründung unmittelbar vorher verlangt, der Täter müsse die einzelnen Merkmale nach ihrer tatsächlichen und rechtlichen Seite kennen. Ich glaube, diese Worte sind so auszulegen, daß der Täter auch diejenigen Merkmale kennen muß, die zu einem Tatumsstande rechtlicher Natur gehören⁶⁰⁾. Jedenfalls muß von dem von mir eingenommenen

⁶⁰⁾ Ähnlich sagt auch Ebermayer (JW. 51, 245) diese Stelle der Begründung auf. Kohlrausch (186 f.) und Goldschmidt (255) heben dagegen das Widerspruchsvolle hervor und meinen, ein Irrtum über einen Komplexbegriff sei schlechthin wie ein Rechtsirrtum zu behandeln, schließe also den Vorsatz aus. Das halte ich nicht für richtig. Ist der Komplexbegriff ein Rechtsbegriff, so ist ein Irrtum darüber sicherlich ein Rechtsirrtum. Er kann den Vorsatz ausschließen, wenn er die Merkmale betrifft, die den Komplexbegriff bilden, nicht aber die Schuld, wenigstens nicht ohne weiteres. Hält sich ein Bankerotteur nicht für einen Kaufmann und unterließ er deshalb die Buchführung (ein von Kohlrausch gebildetes Beispiel), so ist seine Tat nur dann vorsätzlich, wenn er die den Begriff „Kaufmann“ bildenden Merkmale gekannt, sie aber fälschlich nicht unter diesen Begriff untergeordnet hat. Seine vorsätzliche Tat ist weniger schuldhaft, wenn er bestimmte Tatsachen angenommen hatte, die seine vorsätzliche Tat nicht als Unrecht erscheinen

Standpunkt aus daran festgehalten werden, daß der Irrtum über einen Komplexbegriff nicht die Schuld ausschließt, es müßte denn sein, daß der Täter infolge seines Irrtums einen besonderen Fall annahm, der seine Tat ausnahmsweise nicht als Unrecht erscheinen ließ, und daß dieser Irrtum begreiflich war.

Damit ist das Gebiet des die Schuld ausschließenden oder doch mindernden Irrtums betreten. Angesichts der darüber schon angestellten eingehenden Erörterungen möge es genügen, hier kurz folgendes hervorzuheben: Die Unkenntnis darüber, daß die Tat Unrecht ist oder gegen die guten Sitten verstößt, kann die Zurechnung vorsätzlicher oder fahrlässiger Taten zur Schuld nicht hindern. Die einfache fälschliche Annahme, daß der Tat eine solche Bewertung nicht beizulegen sei, kann das Schuldburteil vorsätzlicher Taten nicht beeinflussen, höchstens die Höhe der Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens; denn der vorsätzlich handelnde Täter war mit den Folgen seiner Willensbetätigung zum mindesten einverstanden; gerade deshalb kann ihn die Annahme, seine Tat verstoße nicht gegen das Recht oder die guten Sitten, nicht entschuldigen; erst die Annahme besonderer Umstände, die bewirken, daß seine Tat nicht als Unrecht oder Unfittlichkeit zu bewerten ist, oder denen der Täter diese Wirkung fälschlich beilegt, beeinflussen die Schuld vorsätzlicher Taten. War dieser Irrtum vermeidbar, so führt er zu einer milderen Strafe, deren Bemessung ein herabgesetzter Strafrahmen zugrunde zu legen ist; war er unvermeidlich, so schließt er die Schuld und damit auch die Strafbarkeit der vorsätzlichen Tat aus. Bei fahrlässigen Taten darf man nicht so weit gehen; hier kann dem Täter die irrtümlich günstige Bewertung der Folgen seiner Willensbetätigung auch ohne die Annahme eines besonderen, diese Bewertung bewirkenden Sachverhaltes zugute gehalten werden; denn der Fahrlässige handelte unüberlegt, vorschnell, gedankenlos; zum mindesten hoffte er, die Folgen seiner Tat würden nicht ein-

lassen; war eine solche Annahme begreiflich, dann ist seine vorsätzliche Tat sogar entschuldigt. Ein Irrtum über einen Komplexbegriff, der lediglich darin bestand, daß der Täter die (richtig erkannten) Merkmale nicht diesem Begriffe unterordnete, kann also leicht dazu führen, daß der Täter seine Tat nicht für ein Unrecht ansah, und dieser Irrtum kann unter der eben angegebenen Voraussetzung die Zurechnung zur Schuld beeinflussen. Insofern hängt der Irrtum über einen Komplexbegriff mit einem die Schuld beeinflussenden Irrtum innig zusammen.

treten. Daher kann im Gegensatz zum Vorsatz das ethische oder normative Element hier ebenso behandelt werden, wie das intellektuelle und das psychologische Element. Unvermeidliche Irrtümer führen natürlich auch hier zur Straflosigkeit.

Es darf nicht verkannt werden, daß im Strafrecht die Schuldfrage immer erst dann geprüft werden muß, wenn ein gesetzlich unter Strafe gestellter Tatbestand verwirklicht worden ist. Dieser Tatbestand enthält in den allermeisten Fällen solche Rechtsgüterverletzungen oder -gefährdungen, die nach allgemein verbreiteter Anschauung unsittlich oder unrecht sind. Hat es daher einen Zweck, die Bestimmungen über Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum so zu fassen, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht als Schuldarten anzusehen sind, sondern umgekehrt die Schuld als Artmerkmal für Vorsatz und Fahrlässigkeit? Die Frage muß entschieden bejaht werden, weil sich nur auf dieser Grundlage eine restlos befriedigende Anwendung des Strafrechts auf die schwierigen Fälle zweifelhaften Verschuldens ermöglichen läßt. Das Gericht muß von dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit ausgehen und erst nach ihrer Feststellung prüfen, ob die vorsätzliche oder fahrlässige Tat auch als schuldhaft zu beurteilen ist. Kann es beim Täter Schuldbewußtsein zur Zeit der Tat feststellen, dann ist das für eine richtige Strafzumessung natürlich sehr vorteilhaft. Gelingt dies aber nicht oder ist es, wie bei unbewußt fahrlässigen Taten, nicht möglich, so muß das Gericht nicht etwa zu Schuldvermutungen seine Zuflucht nehmen, sondern feststellen, daß es dem Täter möglich war, seine Tat als unrecht oder unsittlich zu beurteilen. Diese Feststellung wird fast immer ohne besondere Beweise möglich sein, weil der Richter nicht daran zu zweifeln braucht, daß der Täter seine Tat ebenso beurteilt hat, wie sie jeder andere beurteilt. Der Einwand des Täters, er habe nicht gewußt, daß seine Tat unrecht oder unsittlich sei, oder er habe sich darüber keine Gedanken gemacht, beseitigt die Zurechnung zur Schuld nicht. Unterstellt ihn der Richter als wahr, so kann er dem Täter den Vorwurf machen, er hätte die Folgen seiner Willensbetätigung als Unrecht oder Unsittlichkeit beurteilen müssen⁶²). Eine solche prozessuale Behand-

⁶¹) Vgl. oben Anm. 55 und Anm. 59.

⁶²) Auf die Ausnahmen habe ich schon in der vorigen Anm. hingewiesen.

lung der Schuldfrage läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn auch das Strafgesetz auf der neuen Schulblehre aufgebaut wird.

Noch viel mehr gilt das von der strafrechtlichen Behandlung der Irrtumsfälle. Daß die Unterscheidung zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum zu unlöslichen Schwierigkeiten führt, habe ich schon auseinandergesetzt. Die leider vom Reichsgericht und damit von der gesamten Praxis festgehaltene Irrlehre vom strafrechtlichen (einflußlosen) und außerstrafrechtlichen (den Vorsatz ausschließenden!) Irrtum ist schon so oft und so vortrefflich bekämpft worden, daß ich dem nichts hinzuzusetzen brauche. Ist aber eine theoretisch einwandfreie und praktisch brauchbare Lehre an die Stelle gesetzt worden? Und läßt sich dies überhaupt ermöglichen, wenn man daran festhält, daß es nur Irrtumsfälle gibt, die den Vorsatz ausschließen, und solche, die diese Wirkung nicht haben? Niemand wird diese Fragen bejahen können. Werden aber die neuen Gesetzesbestimmungen auf meinen Anschauungen aufgebaut, dann glaube ich hoffen zu dürfen, daß die Gerichte zu allgemein gebilligten Urteilen kommen werden, soweit dies bei den buntschillernden, den Nachweis von Gedankenvorgängen bei den Angeklagten erfordernden Fällen möglich ist. Ein großer Teil der gerade hierin liegenden Schwierigkeiten wird den Gerichten dadurch hinweggeräumt, daß sie durch die Einschlebung des Wortes „nachweislich“ in den Irrtumsparagraphen in die Lage versetzt werden, nicht nur den Einwand, sondern auch den Nachweis des Irrtums zur Voraussetzung für seine Beachtung zu machen. Dem Mißbrauch des Einwandes durch schlaue Angeklagte oder deren Verteidiger, um dadurch Milderung ihrer Strafe oder gar Freisprechung zu erreichen, wird dadurch ein Kiegel vorgeschoben.

Während des Druckes dieser Arbeit erhalte ich den österreichischen Gegentwurf von 1922, dessen Abschnitt über „die strafbare Handlung“, wie aus dem Vorwort entnommen werden kann, wohl im wesentlichen auf den Ministerialrat Dr. Radeck zurückzuführen ist; wenigstens gründen sich die Bestimmungen über die Schuld auf seinen Aufsatz über Schuld und Rechtsirrtum in Heft 1 der Leipz. Zeitschr. von 1922. — Eine teilweise Verbesserung des deutschen Entwurfs von 1919 bringt die Anordnung der Paragraphen: zuerst kommen die Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit, daran schließen sich 4 Paragraphen über die Schuld. Des Notstandes und der Nothilfe wird sowohl als Schuldausschließungsgrund als auch als Grundes

zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit gedacht. Warum diese Materie nicht zusammenhängend geregelt wird, ist nicht einzusehen. Die Begehung durch Unterlassung steht mitten in den §§ über Strafbarkeit vorsätzlichen und fahrlässigen Handelns und über Erfolgshaftung. Das ist systematisch nicht richtig, ebensowenig die Verweisung der Bestimmungen über die Rechtswidrigkeit an den Schluß des Abschnittes. Ich beziehe mich zur Begründung für meine Kritik auf meine Ausführungen auf S. 303 f. — Wichtig ist die Unterscheidung zwischen dem Notstand (Nothilfe) als Recht und als Grund, der die Schuld mindert oder ausschließt. Daß man diese Bestimmungen (es sind nicht weniger als 7 Absätze!) wesentlich vereinfachen kann, glaube ich durch meinen Gesetzesvorschlag gezeigt zu haben. Daß ich auch sonst nicht durchweg meine Zustimmung zu den §§ 17 und 23 erklären kann, ergibt sich aus meinen Darlegungen auf S. 307. Jedenfalls ist aber der Grund für das Notrecht zutreffend erkannt, und das ist ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem deutschen Entwurf. Ob man den Grund das offenbar kleinere Übel oder den unverhältnismäßig geringeren Schaden nennt, scheint mir gleichbedeutend zu sein. — In seiner Abhandlung führt Kadet'a zutreffend aus, das normative Element des bösen Vorsatzes bestehe im Bewußtsein oder der Möglichkeit des Bewußtseins der Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der Handlung (nicht der Rechtswidrigkeit!). Auch er kann sich, trotzdem er den Begriff des bösen (also nicht des ethisch farblosen) Vorsatzes in das Strafrecht einführen will, noch nicht von der Auffassung befreien, daß böser Vorsatz und Fahrlässigkeit (für die er ebenfalls eine besondere Beziehung des Täters zu dem Unrecht seiner Tat fordert) Schuldarten sind. In der begrifflichen Umgrenzung stimmen wir ja weitgehend überein, aber die Gesetzesvorschläge des Gegenentwurfes, die sich lediglich auf den bewußt bösen Vorsatz gründen, führen zu so bedenklichen Folgen für die Rechtsanwendung, daß sie mir unannehmbar erscheinen. Wenn zum bösen Vorsatz das Bewußtsein gehören soll, unrecht zu tun (§ 14 des Gegenentw.), dann ist er nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Täter irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde (so ausdrücklich § 14 Abs. II), sondern auch dann, wenn der Täter irrtümlich einen besonderen Sachverhalt annimmt, von dem er fälschlich glaubt, er schließe die Rechtswidrigkeit aus oder er lasse die Tat als ethisch einwandfrei erscheinen. Daß der Gegenentwurf nur des ersten Falles gedenkt, würde der Strafrechtspflege ihre Aufgabe bei der Behandlung der Irrtumsfälle wesentlich erschweren. Viel verhängnisvoller aber ist es, daß der Gegenentwurf darüber schweigt, was zu geschehen hat, wenn nicht bewußt böser Vorsatz vorliegt und wenn ein diese Art des Vorsatzes ausschließender nicht verzeihlicher Irrtum festgestellt wird. Das muß zur Folge haben, daß alle diese offenbar strafwürdigen Fälle strafflos bleiben, wenn nicht der verhältnismäßig seltene Umstand zutreffen sollte, daß die Tat auch im Falle fahrlässiger Verübung strafbar ist. Das bedeutet im Vergleich zum deutschen Entwurf einen gewaltigen, ja verhängnisvollen Rückschritt. Die Gerichte, die mit dem § 14 des Gegenentw. arbeiten müßten, würden sich zweifellos zu Vermutungen, ja zu Fiktionen des bösen Vorsatzes genötigt sehen, um solche Ergebnisse zu vermeiden. Da ist es doch besser, man läßt es beim

ethisch farblosen Vorsatz, m. a. W. beim Vorsatz schlechthin, einerlei ob bewußt böse oder nicht, mildert die Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens, wenn der Täter seine Tat irrtümlich nicht für unrecht gehalten hatte, und geht erst dann unter den ordentlichen Strafrahmen herunter, wenn nachgewiesen wird, daß der Täter irrtümlich einen besonderen Sachverhalt angenommen hatte, der die Tat nicht als Unrecht erscheinen ließ; ob die Tat — falls die Annahme des Täters zuträfe — wirklich kein Unrecht wäre, oder ob ihr diese Eigenschaft nur nach der fälschlichen Meinung des Täters fehlt, darf nicht ins Gewicht fallen. Die (wenn auch mildere) Bestrafung muß aber allen solchen Fällen vermeidbaren Irrtums zuteil werden, nicht nur denen, bei denen auch die fahrlässige Begehung ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Denn weniger um der (wenn auch verringerten) Schuld willen sind fahrlässige Taten unter Strafe gestellt, als vielmehr deshalb, weil der Gesetzgeber es für strafwürdig hielt, daß der Täter an die Folgen seiner Willensbetätigung hätte denken können, sie sich als unvermeidlich hätte vorstellen können. Die reine Fahrlässigkeit spielt hier die entscheidende Rolle; die Umstände, die ihr den Schuldcharakter verleihen, dürfen natürlich nicht außer acht gelassen werden, kommen aber erst in zweiter Linie in Betracht. Der Gesetzesvorschlag über die Fahrlässigkeit (§ 16 des Gegenentw.) gedenkt ausdrücklich des Falles, daß sich der Täter des Unrechts seiner Tat nicht bewußt wird oder darauf vertraut, seine Annahme, die Tat sei möglicherweise Unrecht, treffe nicht zu. Man könnte damit auskommen, wenn man den Standpunkt des Gegenentw. teilte, daß auch vorsätzliche, aber nicht bewußt vorsätzliche Taten in das Gebiet der Fahrlässigkeit gehörten. Von meinem eben dargelegten gegenteiligen Standpunkt aus muß man in einer solchen Abgrenzung der Fahrlässigkeit einen für die Rechtsanwendung bedenklichen Eingriff in das dem Vorsatz vorbehaltene Gebiet sehen und daher darauf bringen, daß die Hinweise auf das normative oder ethische Element aus der Begriffsbestimmung entfernt und in einen besonderen Absatz verwiesen werden, wie ich das in der Anm. 49 vorgeschlagen habe.

Der Vergleich des österr. Entw. von 1922 mit dem deutschen von 1919 ergibt, daß er einige begrüßenswerte Verbesserungen bringt, aber auch einige Vorschläge, die als Verschlechterung des deutschen Entwurfes angesehen werden müssen. Namentlich gilt dies von den Bestimmungen über die Schuld. Möchte der Vergleich beider Entwürfe in Verbindung mit der Kritik dazu führen, daß ein endgültiger Entwurf entsteht, der nicht nur in beiden Ländern befriedigt, sondern auch theoretisch unantastbar und praktisch durchaus brauchbar ist!