Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre.

Von Dr. Reinhard Frank in Marburg.

Der Thatfache, daß der Mensch eine Doppelnatur hat, eine leibliche und eine geistige, trägt kaum irgend eine Wissenschaft besser Rechnung als die Jurisprudenz. Die Bestrafung des bloßen Denkens, Meinens war eine Verirrung, die nur auf dem Boden einer mittelalterlichen Anschauung erwachsen konnte, und von der richterlichen Abhandlung einer That, welche in keiner Beziehung zu dem Innern des Thäters steht, kommt das Recht zurück, sobald es über die ersten Stufen seiner Entwicklung hinausgelangt ist.

Die Berücksichtigung des geistigen Lebens neben dem leiblichen, die enge Verbindung des einen mit dem andern: das ist die Signatur der modernen Rechtswissenschaft. Aber warum bestrafen wir nicht den bösen Willen? Warum sind Gedanken auch vor Gericht zollfrei? Warum auf der andern Seite rechnen wir es dem Menschen nicht an, wenn er, von physischer Gewalt getrieben, die Ursache eines Thatbestandes wird, welchen das Gesetz als widerrechtlich bezeichnet? Die Antwort hat hier wie dort zu lauten: weil es nicht der ganze Mensch ist, welcher handelt, sondern nur ein Teil seines empirischen Ich, dort das geistige, hier das leibliche.

Das Wesen dieser beiden Naturen, ihren Zusammenhang, ihr Aufeinanderwirken zu erklären, ist nicht Sache der Rechtswissenschaft. Wo sie aber mit Erscheinungen zu thun hat, welche diesem Gebiete angehören, erwächst ihr um so mehr die Pflicht, sich die Ergebnisse philosophischer Forschung anzueignen und ihre Theorien in Übereinstimmung mit denselben zu erhalten. Darin liegt der Grund, weshalb die moderne Rechtswissenschaft die Erörterung philosophischer und speziell psychologischer Probleme nicht

umgeht und nicht umgehen soll. Sie muß sie beachten, und wäre es auch nur, um dem rein technischen Bedürfnisse einer scharfen Terminologie zu genügen.

Dieser Gedanke beherrscht die vorliegende Abhandlung. Sie will keine philosophischen Fragen erörtern, sondern nur mit den Hilfsmitteln, welche die Philosophie gewährt, einen Beitrag zur richtigen Auffassung des strafrechtlichen Vorjages liefern, zugleich aber auf dem Wege dogmengeschichtlicher Untersuchung zur Klärung der Streitfragen mitwirken. Die Abhandlung faßt dabei nur die einfachsten Verhältnisse ins Auge, weil ihr Verfasser der Meinung ist, daß schwierigere Fragen, wie das Wesen des Vorjages bei Unterlassungsdelikten, sich erst dann lösen lassen, wenn man bei den einfachern zu einer gewissen Klarheit gelangt ist.

In der zweiten Auflage seines Lehrbuchs definierte v. Liszt den Vorjag als das Bewußtsein der Kausalität; in der dritten Auflage hat er dafür die Voraussicht des Erfolgs der Handlung gesetzt und dies näher dahin ausgeführt, daß die Voraussicht ihren Ausdruck finde in dem Urteil: der Erfolg wird eintreten. Diese Begriffsbestimmung ist von verschiedenen Seiten einer Beurteilung unterzogen worden. Soweit ich sehe, wird sie von niemanden rückhaltlos angenommen, sondern entweder völlig verworfen oder doch wesentlich modifiziert. Überall aber schimmert die Ansicht durch, als sei es etwas völlig Neues, das Wesen des Dolus nicht im Willen, dem Entschluß, dem Beschluß, sondern in der Voraussicht, der Vorstellung zu finden.

Um diesen Gegensatz mit kurzen Schlagwörtern zu bezeichnen, gebrauche ich im folgenden die Ausdrücke Willenstheorie und Vorstellungstheorie. Bemerke ich sogleich, daß damit nicht sowohl ein innerer als vielmehr ein formeller Gegensatz angedeutet werden soll, so hoffe ich, Mißverständnissen vorgebeugt zu haben.

Daß man die dogmengeschichtliche Entwicklung der Vorstellungstheorie vergessen zu haben scheint, ist um so auffallender, als ihrer Binding in seinen Normen an den verschiedensten Stellen gedenkt, und schon 1860 (Gefler¹⁾) den hervorgehobenen Gegensatz als grundlegend für seine Darstellung behandelt. Allerdings tritt bei beiden Schriftstellern der Kampf der genannten Theorien häufig gegenüber andern Gesichtspunkten zurück; aus diesem Grunde halte ich es für angezeigt, ihn übersichtlich darzustellen.

¹⁾ Über den Begriff und die Arten des Dolus. Tübingen 1860.

Gesler²⁾ unterscheidet vier Entwicklungsstufen. Auf der ersten ist vorzüglich die Art der äußern Wirksamkeit maßgebend. Mag auch die Thätigkeit auf einen geringern Erfolg gerichtet sein, so wird doch der ganze Erfolg zur Schuld gerechnet, wenn nur die angewendeten Mittel die schwereren Wirkungen notwendig oder gewöhnlich leicht hervorbringen.

Auf der zweiten Stufe gewinnt die Auffassung die Oberhand, daß das Schwergewicht auf den Willen zu legen sei. Daher wird jeder leicht als möglich zu erkennende Erfolg auch als gewollt angenommen.

Auf der dritten Stufe wird die Trennung von Bewußtsein und Wollen anerkannt, aber das Moment des Bewußtseins als regelmäßig entscheidend für das des Wollens betrachtet.

„Auf der vierten Stufe endlich wird das Willensmoment bei Bestimmung des *dolus facti* wieder selbständiger berücksichtigt, indem aber gleich wie auf der dritten Stufe die Elemente der menschlichen Handlung den Ausgangspunkt bilden.“

Die Aufstellung dieser Entwicklungsstadien dürfte schon an sich ein nicht zu unterschätzender Beleg für die Wichtigkeit unsrer Frage sein. Ob aber den begrifflichen Phasen auch geschichtliche entsprechen, scheint mir bedenklich und zweifelhaft. Ich begnüge mich daher mit dem Hinweise auf Gesler und stelle im folgenden die Geschichte des Dolusbegriffs in der neuern Litteratur, soweit sie hier interessiert, unabhängig von jener Klassifikation dar.

I.

Die Begriffsbestimmungen des strafrechtlichen Vorjages, wie wir sie bis um die Mitte des XVIII. Jahrhunderts in der Litteratur vertreten finden, zeichnen sich sämtlich durch eine gewisse Farblosigkeit aus. Im Jahre 1732 definiert J. S. F. Böhmer den Dolus als *propositum nocendi in genere*,³⁾ 1756 Nettelbladt in der unter seinem Präsidium verteidigten Dissertation Glänzers⁴⁾ im Anschluß an Christian Wolff als einen *defectus rectitudinis actionis, quoad voluntatem vincibilis*, und in der 1760 erschienenen zweiten Auflage der *Principia iuris* des ältern Meister vermißt man überhaupt eine allgemeine Definition. Den Bedürf-

²⁾ Das. S. 18. 19.

³⁾ *Elementa iurisprudentiae criminalis* § XXXIX.

⁴⁾ *De homicidio ex intentione indirecto comisso*. Halle 1756 § VI.

nissen des Lebens trägt indeßsen Engau schon mehr Rechnung, indem er ausführt:⁵⁾ *neminem, dum licita agit crimen committere, eum vero, qui rebus illicitis sciens volensque operam dedit, iure meritoque dici dolosum auctorem delictorum, quae necessario, non vero eorum, quae praeter spem et opinionem secuta sunt.*

Was hier durchflingt, ist die alte Streitfrage, inwieweit die aus einer strafbaren Handlung sich ergebenden Folgen dem Thäter zur Schuld zugerechnet werden können. Nirgends vermochte diese Frage früher und eindringlicher praktisch zu werden als bei den Tötungsdelikten.⁶⁾ In der gemeinrechtlichen⁷⁾ Litteratur wird sie seit Carpzov wiederholt geprüft, und ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich in Übereinstimmung mit Geßler behaupte, daß die ganze Durchbildung der Doluslehre dogmengeschichtlich bei ihr ansetzt.

Carpzov unterstellt in seiner *Practica nova Imperialis Saxonica* den Fall, daß jemand den Sempronius getötet habe, *pravo animo, volens ei iniuriam irrogare, eiusque faciem cicatrice significare, non occidere,*⁸⁾ und entscheidet ihn nach eingehender Würdigung der Gegengründe dahin, daß der Tod dem Thäter zum Dolus aufgerechnet werden müsse. Carpzov beruft sich dabei vorzugsweise auf die *communis opinio*, nach welcher der dolus in genere genüge.⁹⁾ Indeßsen macht er eine doppelte Einschränkung: der Tod sei dann nicht zuzurechnen, wenn der Thäter an die Möglichkeit eines letalen Ausgangs nicht denken konnte, oder wenn der Tod nur infolge eines zufälligen Ereignisses — *per accidens* — eintrat, z. B. der Verletzte stürzt und bricht dabei den Hals.¹⁰⁾

Der von Carpzov bei der Begründung seiner Ansicht ausgesprochene Satz, daß auch derjenige wolle, der nur indirect gewollt habe,¹¹⁾ gab Anlaß zur Aufstellung des *dolus indirectus*.

⁵⁾ *Elementa iuris criminalis*. 1742. § XXXIV.

⁶⁾ S. schon II. Mos. 21 B. 12. IV. Mos. 35 B. 16. 20. 21.

⁷⁾ Über die vorausgehende italienische Litteratur s. Geßler a. a. O. S. 20 ff. Die spätere Entwicklung der Lehre bes. bei Krug, Über Dolus und culpa. Leipzig 1854, S. 11 ff.

⁸⁾ Pars I. quaest. I No. 15.

⁹⁾ Ib. No. 29.

¹⁰⁾ Ib. No. 62.

¹¹⁾ *Fertur voluntas quandoque in actum homicidii directe et per se, quandoque indirecte et per accidens*. l. c. No. 31.

Um diesen dreht sich der Kampf, welcher durch Nettelblatts in Ann. 4 zitierte Dissertation in ein neues Stadium trat. Nettelblatt hebt nämlich hervor, daß jedes Wollen ein Wissen in sich schließe, und fordert daher beim *dolus indirectus* das Bewußtsein des Handelnden, daß aus seiner Handlung der Tod ebenso leicht, als die direkt beabsichtigte Wirkung folgen könne.¹²⁾ Sehen wir von allem übrigen ab und berücksichtigen nur, daß hier das Bewußtseinsmoment hervorgehoben und der Ton darauf gelegt wird, ob der Thäter den Erfolg seiner Handlung vorausgesehen habe, so können wir Nettelblatt als Vorläufer der Vorstellungstheorie betrachten. Ihm schloß sich etwa ein halbes Jahrhundert später Büttmann an, welcher, wiederum aus Anlaß der Theorie vom *dolus indirectus*, das Wesen des Vorsatzes bei den Tötungsdelikten in folgender Weise bestimmt:¹³⁾ *Quisquis aliquid facit, unde alterius mortem aut necessario aut probabiliter saltem secuturam esse scit, ille non potest non in eiusdem mortem consentire, ideoque homicidio doloso alligat.* Auch in seinem Lehrbuche des Strafrechts¹⁴⁾ tritt der ange deutete Gesichtspunkt bei Büttmann hervor, aber seine vollständige dogmatische Ausbeutung blieb andern überlassen.

In erster Linie ist hier Stübel zu nennen. Seine Definition des Dolus lautet: Begriff der gesetzwidrigen Wirkung einer Handlung, insofern er den Delinquenten zur Hervorbringung derselben bestimmt.¹⁵⁾ Sie bietet zunächst das Interesse, daß hier die Vorstellung des Erfolgs als treibendes Motiv erscheint. Des weitem unterscheidet Stübel:

1. Der Handelnde hatte die Überzeugung, daß der Erfolg ein-

¹²⁾ § XI. *Ad indirectam intentionem requiritur, ut agens sciat eadem facilitate ex sua actione aliud quid posse sequi ac id, quod directe intendit.* § XIII. *Si agens scit ex sua actione praeter id, quod directe intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quoad hoc, si sequitur, in dolo est.* Vgl. Regnerus Engelhard, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts. Frankfurt u. Leipzig, 1756 § 41 und darüber meine Studie über die Wolfssche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung im XVIII. Jahrhundert. Göttingen 1887. S. 25.

¹³⁾ *Diss. de distinctione inter animum occidendi directum et indirectum.* Lips. 1789.

¹⁴⁾ *Elementa iuris crim.* Lips. 1802. § 36.

¹⁵⁾ *System des allgemeinen peinlichen Rechts* II. Band. Leipzig, 1795 §§ 262 ff.

treten müsse. In diesem Falle ist es widersinnig anzunehmen, der Thäter habe den Erfolg nicht gewünscht; also haftet er auch in vollem Maße für denselben.

2. Der Handelnde hielt den Erfolg nur für wahrscheinlich. Hier ist darauf zu sehen, ob er

a) den Erfolg wünschte — dolus,
oder

b) ihn nicht wünschte — culpa.

3. Der Handelnde hielt den Erfolg nur für möglich. Alsdann haftet er weder für Vorsatz noch für Fahrlässigkeit.¹⁶⁾

Hiermit waren die Punkte bezeichnet, auf welche es im wesentlichen ankommt, und in der nächstfolgenden Periode dreht sich der Streit hauptsächlich um die Frage, ob und inwiefern der nicht als gewiß vorausgesehene Erfolg zum Dolus oder zur Culpa oder überhaupt nicht zugerechnet werden könne. Der erste, welcher in dieser Beziehung das Wort gegen Stübel ergriff, war Grolmann.¹⁷⁾ Er definiert: Dolus ist Entschluß zur Realisierung seines Zweckes durch vorhergesehene Gesetzwidrigkeit — Culpa ist Entschluß zur Realisierung seines Zweckes, ohne der Vermeidung eines gesetzwidrigen Erfolges gewiß zu sein. Im einzelnen unterscheidet Grolmann:

1. Der Handelnde sieht voraus, daß, um den Zweck zu erreichen, das Verbrechen notwendig bewirkt werden müsse — Dolus;

2. er sieht dies nicht voraus, wohl aber, daß das Streben zur Realisierung des Zweckes das Verbrechen bewirken könne — Culpa;

3. er hätte voraussehen können und sollen, daß das Verbrechen bewirkt werden müsse — Culpa;

4. der Handelnde hätte voraussehen können und sollen, daß das Verbrechen bewirkt werden könne — wiederum Culpa.

Damit war also das Prinzip gewonnen: die Voraussicht des Erfolges als eines notwendigen erfüllt den Begriff des Vorsatzes, die Voraussicht desselben als eines möglichen den der Fahrlässigkeit.

¹⁶⁾ Vgl. hierzu den interessanten Aufsatz Stübel's über gefährliche Handlungen im neuen Arch. des Kriminalrechts VIII. S. 236 ff.

¹⁷⁾ Über die Begriffe von Dolus und Culpa in d. Bibliothek f. d. penal. Rechtswissenschaft u. Geisteskunde I. Bd. I. St. S. 3 ff., insbes. S. 24 ff.

Im wesentlich andern Sinne sprach sich Klein¹⁸⁾ aus. „Immerhin,“ sagt er, „mag es nur wahrscheinlich sein, daß die Kugel treffen werde, welche in der Absicht, einen andern zu töten, abgeschossen wird. Die Handlung ist darum nicht weniger boshaft. Wer sieht nicht also, daß es zum positiv-bösen Willen genug sei, wenn der Handelnde zur Zeit der Handlung wußte, daß die gesetzwidrige Wirkung seiner Handlung möglich sei, und er sich dennoch diesen Ausgang seiner Handlung gefallen ließ? Denn er hat es nicht bloß an dem guten Vorsatz mangeln lassen, das Gesetz kennen zu lernen, oder sich die zu dessen Beobachtung erforderliche Aufmerksamkeit oder Geschicklichkeit zu verschaffen, sondern er thut auch etwas, wovon er zur Zeit der Handlung weiß, daß er es nicht thun sollte.“ Aber dieser Lehre brach Klein sogleich die Spitze ab, indem er bei den „materialen“ Verbrechen, d. h. denjenigen, deren Begriff sich „durch die Hervorbringung einer gewissen Wirkung bestimmt“, die Absicht erfordert. „Wer nicht die Absicht hatte, einen Brand zu veranlassen, wird nicht mit der Strafe der Brandstiftung belegt, wenn er auch schon eine Handlung vornahm, von der er wußte, daß sie einen Brandschaden veranlassen könne.“

Was Klein unter Absicht versteht, bleibt dahingestellt. Ist es erlaubt, diesen vieldeutigen Begriff in dem Sinne von treibendem Motiv zu nehmen, so wäre damit der Übergang zu Feuerbach hergestellt, welcher ausdrücklich die Hervorbringung des verbrecherischen Erfolgs, die Rechtsverletzung als Zweck fordert,¹⁹⁾ indem er den Dolus definiert als „Bestimmung des Willens (Begehungsvormögen) zu einer Rechtsverletzung als Zweck mit dem Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens.“²⁰⁾ Freilich würde es ein Mißverständnis sein, wollte man annehmen, daß Feuerbach die Verletzung an und für sich, abgesehen von ihrem realen Werte für das handelnde Subjekt, die bloße Freude an der Übertretung des Gesetzes als Zweck verlange — gegen diese Unterstellung verwahrt er sich selbst ausdrücklich²¹⁾ — es ist eben nur die in dem Bewußt-

¹⁸⁾ Vom Unterschiede zwischen dolus und culpa im (alten) Arch. des Kriminalrechts I. Band 2. Stück S. 62. 63.

¹⁹⁾ Betrachtungen über dolus und culpa in der Biblioth. f. d. penit. Rechtswissenschaft II. Bd. S. 199.

²⁰⁾ Das. u. Lehrbuch (9. Aufl.) § 54.

²¹⁾ Betrachtungen usw. S. 203. Das angedeutete Mißverständnis, auf welches bereits Grolmann hinweist, liegt allerdings nahe; auch Berner scheint in den Grundlinien der Imputationslehre, Berlin 1843 S. 225, unter seinem Einflusse zu stehen.

sein anticipierte Vorstellung des realen Erfolgs, was er als treibendes Motiv fordert, aber der Streit darüber, ob die Voraussetzungen eines Erfolgs unter dem Gesichtspunkte der Möglichkeit zum Dolus genüge, war mit der Feuerbach'schen Definition abgeschnitten. Denn hatte der Thäter zu dem Zwecke gehandelt, einen gewissen Erfolg hervorzubringen, so befand er sich in dolo, gleichgültig, ob er die Erreichung des Zwecks für notwendig oder nur möglich gehalten; hatte er aber zu einem andern Zwecke gehandelt, so konnte höchstens Fahrlässigkeit in Frage stehen.

Von dieser Auffassung aus ließ sich nun — und darin lag ein nicht zu unterschätzender praktischer Vorteil — das Gebiet der Culpa sehr leicht von dem des Dolus abgrenzen. Sie unterschied sich vom Dolus zunächst negativ dadurch, daß die hervorgebrachte Rechtsverletzung selbst nicht Zweck des Handelnden sein durfte. „War die Absicht der Person nicht auf die Hervorbringung der entstandenen Rechtsverletzung gerichtet, so mußte sie aus der . . . Handlung . . . nach Naturgesetzen, nicht nach Gesetzen des Willens . . . entstehen.“²²⁾ Um aber das Wesen des kulpösen Deliktes positiv zu begründen, entstand für Feuerbach eine eigentümliche Schwierigkeit. Es handelte sich für ihn darum, es mit seiner psychologischen Zwangstheorie in Einklang zu bringen. Hatte das Gesetz in erster Linie die Aufgabe, den Menschen psychologisch zu beeinflussen, so fragte es sich, wie diese Beeinflussung zu denken sei, wenn der Thäter wider Wissen und Willen einen rechtswidrigen Effekt hervorgebracht hatte. Um diese Schwierigkeit zu lösen, stellt Feuerbach eine obligatio ad diligentiam auf, ein lediglich für die juristische Konstruktion existierendes und darum hypothetisches Gesetz, nach welchem jedermann verpflichtet sein solle, alles zu thun oder zu unterlassen, damit nicht auch gegen seinen Willen eine gegenwärtige Wirkung entstehe. Ebenso wie Feuerbach bei dem Dolus das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit forderte, verlangte er es auch bei der Culpa. Soll der Handelnde bestraft werden können, so muß er das Bewußtsein jener obligatio ad diligentiam, zugleich aber das weitere Bewußtsein gehabt haben, daß die konkrete in Rede stehende That unter jene obligatio falle.²³⁾

²²⁾ Betrachtungen usw. S. 204. 205.

²³⁾ Das. S. 209. S. auch Grolmann a. a. O. S. 33. Vgl. darüber Binding, Normen II S. 144 ff.

Anders ausgedrückt bedeutet das aber nichts als die Voraussicht des Erfolgs der Handlung. So mußte denn sogleich die Frage wieder praktisch werden, wie im einzelnen sich das Bewußtsein zu dem Erfolge zu verhalten habe, und sich zeigen, daß wenigstens auf dem Gebiete der Culpa noch Raum für sie sei. Nach Feuerbach liegt aber Culpa vor, wenn 1) der Handelnde „die Einsicht in den möglichen Zusammenhang seines Unternehmens mit jener Verletzung hatte“ oder wenn 2) er von seinem Erkenntnisvermögen nicht den erforderlichen Gebrauch gemacht hatte.²⁴⁾

Das Ergebnis der Feuerbachschen Auffassung im Verhältnis zu unsrer Frage ist mithin das, daß die Vorstellungstheorie aus der Doluslehre entfernt ist, dagegen die Lehre von der Culpa beherrscht. Ganz dasselbe gilt für Tittmann;²⁵⁾ dagegen wird der volle Parallelismus in den Definitionen beider Begriffe wieder durch v. Altmendingen²⁶⁾ hergestellt.

Diesen möchte ich als den glänzendsten Vertreter, ja, als den eigentlichen wissenschaftlichen Begründer der Vorstellungstheorie bezeichnen. In formvollendeter Darstellung, deren packende Beredsamkeit selbst Feuerbachs seine Dialektik in den Schatten stellt, greift er die Koryphäen der Wissenschaft an und gelangt zu einer Formulierung der Begriffe, welche wenigstens an Schärfe nichts zu wünschen übrig läßt. Freilich ist er sich auch des Gewichts seiner Ausführungen wohl bewußt. „Ich glaube,“ sagt er, „ein wucherndes Scherflein auf dem Altar der Wahrheit niedergelegt zu haben. Ein neues Licht ist meinem Auge aufgegangen; ein neuer Horizont hat sich meinem Blicke geöffnet . . . Das weiß ich, und das tröstet mich zum Schutzgeist der Menschheit: mit der Nachwelt im Bunde wird letztere einst — wenn Namen vergessen sind und der Genius des Zeitalters noch fortlebt — diese nämlichen Ideen einer neuen Prüfung unterwerfen; dann wird man ohne Vorliebe und Haß über die Frage richten, ob sich darin die Morgenröte der Wahrheit enthüllte oder der trügerische Glanz einer aus leeren Dünsten gebildeten Lustererscheinung.“²⁷⁾

²⁴⁾ a. D. S. 216. 217.

²⁵⁾ Handbuch der Strafrechtswissenschaft. I. Band. Halle 1822. §§ 92. 93.

²⁶⁾ Über das kulpöse Verbrechen i. d. Biblioth. d. penal. Rechts. I. Teil S. 1 ff.; auch im II. Bande 2. Stück der Bibliothek f. d. penal. Rechtswissenschaft.

²⁷⁾ a. D. S. 250. 251.

v. Almenningen verwirft zunächst die Auffassung Feuerbachs, nach welcher zum Begriffe des Vorsatzes gehört, daß die Rechtsverletzung als Zweck gewollt sei. Der Mensch sieht entweder eine Wirkung voraus und will sie, oder er wirkt als bloße Naturkraft. Jener Fall wird als Handlung, dieser als That bezeichnet. Dort ist der Mensch „der verständige Urheber einer äußern Erscheinung. Es ist dabei gleichviel, ob er diese Erscheinung selbst oder einen andern Zweck hat, deren Kausalzusammenhang mit dem Erfolg er als möglich oder notwendig erkannte. . . . Ich bestimme mich zur Hervorbringung einer Modifikation der äußern Welt und werde der verständige Schöpfer einer neuen Ordnung. Es ist dabei gleichviel, ob ich den Erfolg selbst begehrt, oder ob ich etwas mit dem Bewußtsein begehrt habe, daß dieser Erfolg in einem möglichen oder notwendigen Zusammenhang mit dem Begehrten stehe“. ²⁸⁾ So war die alte Streitfrage wieder aufgelebt und dahin entschieden, daß auch die Voraussicht des Erfolgs als eines bloß möglichen zum Vorsatz genüge. „Grolmann . . . legt mit Filangieri jenem Culpa bei, welcher zwar einen gesetzwidrigen Effekt nicht begehrt, aber doch den Willen hat, sich der Gefahr, einen gesetzwidrigen Effekt hervorzubringen, auszusetzen. Wahrlich bei einem solchen Willen kann man kein culpa-Verbrecher bleiben, man wird ein doloser. Wer es weiß, daß er sich der Gefahr aussetze, eine objektive Illegalität zu realisieren, wer wenigstens weiß, daß er des Gegenteils nicht gewiß sei, hat nicht bloß mögliches, sondern wirkliches Bewußtsein der Illegalität und kann sich durch keinen Trugschluß entschuldigen. Indem A dem B einen Schlaftrunk beibringt, will er nicht seinen Tod, er weiß aber nicht, ob nicht der Tod erfolgen könne; er hat das Bewußtsein, daß er des Gegenteils nicht gewiß sei, und mit diesem Bewußtsein liefert er ihn in die Arme der ewigen Ruhe. Dies ist doch wahrhaftig kein mögliches, sondern ein wirkliches Bewußtsein, nicht Trugschluß, sondern böser Wille, nicht Culpa, sondern Dolus Unrichtig bringt daher Grolmann nur denjenigen unter die Kategorie eines dolosen Verbrechers, welcher voraussieht, daß, um seinen Zweck zu realisieren, das Verbrechen notwendig müsse begangen werden; unrichtig schließt er den Begriff des Dolus bei demjenigen aus, der nur voraussieht, daß das Streben zur Realisierung seines Zwecks

²⁸⁾ Daf. S. 5. 6.

das Verbrechen bewirken könne. . . . Wer die mögliche Illegalität voraussetzt, hat sehr richtig geschlossen und diese mögliche Illegalität eventuell in sein Begehren aufgenommen.“²⁹⁾ An einer andern Stelle sagt v. Almendingen: „Wenn ich den möglichen oder wahrscheinlichen Kausalzusammenhang einer Handlung voraussetze und sie dennoch vornehme, so habe ich diesen Kausalzusammenhang gewollt. War schon mein Begehren nicht darauf gerichtet, so war doch jener Kausalzusammenhang in dem Effekt, welchen ich eigentlich begehrte, als ein möglicher eingeschlossen; ich fand mich in einem eventuellen oder . . . indeterminierten Dolus . . . Wer da weiß, daß etwas illegales erfolgen kann und dennoch wissentlich Urheber eines solchen Erfolgs wird, hat auch diesen Erfolg als einen möglichen gewollt.“³⁰⁾

Eine schärfere und energichere Vertretung der Vorstellungstheorie als diese ist nicht wohl denkbar. Ohne Bewußtsein gibt es keine Willkür, und wessen man sich bewußt ist, was man sich vorstellt, das will man.³¹⁾ Nur eine allerdings nicht unerhebliche Einschränkung macht v. Almendingen. Wenn nämlich der Handelnde sich überredete, die Illegalität werde nicht erfolgen, er also irrte, dann soll nicht Dolus vorliegen, da sich bei genauerer Betrachtung ergebe, daß in diesem Falle der Thäter nichts vorausgesehen hat und die Möglichkeit des gesetzwidrigen Erfolgs für ihn keine Möglichkeit war.³²⁾ So ergibt sich endlich der Satz: „Wer den illegalen Effekt als einen notwendigen, wahrscheinlichen oder möglichen voraussieht, handelt dolos. Wer gar nichts voraussieht oder das Vorausgesehene, durch unwillkürlichen Irrtum getäuscht, nicht für möglich hält, also im Grunde nur auf andre Art nicht voraussieht, handelt kulpos.“³³⁾

Gegenüber Feuerbach war, von allem übrigen abgesehen, ein wesentlicher Fortschritt insofern erreicht, als der rechtswidrige Erfolg bei dem Dolus nicht mehr als Zweck erscheint. In dieser Beziehung gehen die Meinungen der nächstfolgenden Schriftsteller in zwei Richtungen auseinander. An Feuerbach schließen sich Roß-

²⁹⁾ Das. S. 16. 17.

³⁰⁾ Das. S. 46. 47.

³¹⁾ Das. S. 14.

³²⁾ Das. S. 16. 17.

³³⁾ Das. S. 259.

hirt³⁴⁾ und Martin³⁵⁾ an, während auf der andern Seite Mittermeier³⁶⁾ und Henke³⁷⁾ stehen. Diesen Erfolgen v. Almen- dingsens stehen rücksichtlich der Vorstellungstheorie keine ebenbürtigen zur Seite. In der That sträubte sich das Rechtsgefühl gegen gewisse Konsequenzen seiner Theorie, und gerade die Frage, auf welche alles ankam, inwiefern nämlich die Voraussicht eines als möglich vorgestellten Erfolgs Dolus oder Culpa ausmache, war noch nicht in befriedigender Weise gelöst. Dies führt insbesondere Henke gegenüber v. Almen- dingsen aus. „Mancher,“ sagt er,³⁸⁾ „ist so leichtsinnig und verwegen, eine Handlung zu wagen, deren Gefähr- lichkeit, deren vielleicht selbst wahrscheinlichen rechtswidrigen Erfolg er sich nicht verbirgt, die er aber dennoch, seinem Glücke oder seiner Geschicklichkeit vertrauend, unternimmt. Mancher hat, im Bette liegend, ein brennendes Licht neben sich stehen, raucht im Bett und ist sich der Möglichkeit, dadurch Feuer zu veranlassen, gar wohl bewußt, ohne, wenn dieser Erfolg wirklich wird, deswegen als vor- sätzlicher Brandstifter betrachtet werden zu können, denn es fehlt das charakteristische Merkmal des Dolus, das Wollen des rechts- widrigen Erfolges.“ v. Almen- dingsen würde zwar dagegen einwenden können, daß auch nach seiner Formulierung derjenige, welcher, durch redlichen Irrtum getäuscht, den Erfolg nicht für mög- lich hält, nur culpos handle. Aber der Mangel liegt darin, daß in diesem Falle nach v. Almen- dingsen genau genommen überhaupt nichts vorausgesehen wird. Demgegenüber konnte Michelet³⁹⁾ mit Recht hervorheben, daß v. Almen- dingsen das wirkliche Nichtsehen mit dem Nichtsehenwollen verwechselte. —

³⁴⁾ Lehrbuch d. Kriminalrechts. Heidelberg 1821 § 17: „Dolus . . böser Voratz ist dann vorhanden, wenn jemand einen rechtswidrigen Erfolg mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Gegenstand seiner Thätigkeit macht und durch die Einsicht der unerlaubten Folgen zu derselben geradezu bestimmt wird.“

³⁵⁾ Lehrb. des teutschen Kriminalrechts. 2. Aufl. Heidelb. 1829 § 33: „Durchgreifend werden Dolus und Culpa von einander durch den Zweck des Thäters, um dessen willen er so handelt, unterschieden.“

³⁶⁾ Über den Begriff und die Merkmale des bösen Voratzes i. Neuen Arch. des Kriminalrechts II. Band IV. Stück S. 528: „Es ist nicht zu rechtfertigen, daß der Handelnde sich die Hervorbringung des aus seiner Handlung entstandenen Verbrechens als Zweck und Absicht dieser seiner Handlungsweise vorgesetzt habe.“

³⁷⁾ Handb. d. Kriminalrechts. Berlin und Stettin § 54.

³⁸⁾ a. a. O.

³⁹⁾ Das System der philosophischen Moral. Berlin 1828. S. 75.

Bei sämtlichen bisher erwähnten Schriftstellern spielt das „Wollen des Erfolgs“ eine hervorragende Rolle. Schon frühzeitig aber hatte man die Unklarheit dieses Ausdrucks erkannt, und so sah sich bereits Carpzov genötigt, von einem „indirekten Wollen“ zu sprechen. Andere, besonders v. Alnendingen, ersetzten das Wollen durch die Vorstellung oder das Bewußtsein des Erfolgs, aber Henke griff dem gegenüber wieder auf das Wollen zurück. Das Beharren auf diesem Standpunkte dürfte umsomehr auf allgemeine Zustimmung rechnen, als ihm die Auffassung des gewöhnlichen Lebens durchaus entgegenkam. So ist es erklärlich, daß seit der Mitte dieses Jahrhunderts die Vorstellungstheorie in den Hintergrund tritt und fast überall, jedenfalls aber in den gebräuchlichen Lehrbüchern und Kommentaren, durch die Willenstheorie ersetzt wird, mag diese nun direkt mit dem Willen oder mit nah verwandten Begriffen wie Entschluß oder Beschluß operieren.

Die größte Bedeutung bei dieser Zurückweisung der Vorstellungstheorie kommt den Hegelianern Michelet, Berner und Köstlin zu. So viel indessen hatten die Erfahrungen der letzten Decennien gelehrt, daß, um die Bedeutung des Willens klar zu stellen, es einer psychologischen Analyse desselben bedürfe. In der Aufstellung einer solchen möchte ich das Hauptverdienst der Hegelschen Schule auf dem Gebiete des Strafrechts finden.

Wenn ich mich im folgenden hauptsächlich mit Berner beschäftige, so liegt der Grund dafür einmal in dem Umstande, daß bei ihm am meisten die Hegelsche Dialektik gegenüber der klaren juristischen Deduktion zurücktritt, sodann aber in der Beobachtung, daß seine Ausführungen auf einem allerdings mühevollen Umwege schließlich doch zur Vorstellungstheorie zurückführen.

Berner⁴⁰⁾ behandelt zunächst den Dolus an sich, nach seinen innern Unterschieden und darauf in Beziehung „auf sein Anderes.“ An sich betrachtet, ist er ihm Vorsatz, in Beziehung auf sein Anderes Absicht. Vorsatz ist genauer die vor der That im Subjekte gesetzte Handlung. Ein solcher Vorsatz, ein solches Beschließen mit sich setzt ein Zurategehen mit sich voraus. Auf dieses folgt psychologisch

⁴⁰⁾ S. zum Folgenden insbes.: Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. Berlin 1843. S. 174 ff. und daneben Berner, die Lehre v. d. Teilnahme am Verbrechen u. d. neuern Kontroversen über Dolus und Culpa. Berlin 1849. S. 66 ff. Vgl. auch Berner, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts §§ 93 ff.

der Beschluß. „Der Beschluß ist der eigentliche Vorfaß. Hat der Mensch beschlossen, so ist die Handlung in ihm gesetzt. Wie aber der Beschluß sein Prius in der Beratung hatte, so hat er auch ein Subsequens. Damit nämlich das Beschlossene, Vorgelegte wirkliche Handlung werde, dazu muß sich das Subjekt gegen die Objektivität aufschließen, entschließen. Das Subjekt entschließt sich heißt: es schließt sich auf. Das dritte also zu der Beratung und dem Beschluß ist der Entschluß. Er ist der Übergang des subjektiv Gelegten in die Objektivität. Einen Beschluß kann das Subjekt noch wieder zurücknehmen, den Entschluß nicht mehr. Der Entschluß verhält sich zur That wie die Ursache zur Wirkung. . . Gajus hat heute beschlossen, den Sejus morgen zu töten. Erst in dem Augenblicke, wo er ihn morgen wirklich töten wird, ist er entschlossen.“⁴¹⁾

Das Stadium der Beratung wird von Berner an einer andern Stelle geschildert, aus welcher sich zugleich das Verhältnis zwischen Absicht und Vorfaß näher ergibt. „Wenn das Subjekt selbst völlig beschlossen und befriedigt ist, so kann sich in ihm gar nicht der Drang regen, über sich hinauszugehen. Es handelt dann nicht. Soll es die Tendenz zu einer Handlung bekommen, so muß es irgend einen Mangel empfinden, den es ausfüllen möchte. Das Subjekt ist etwa beleidigt worden. Es empfindet das Bedürfnis der Rache. Nun denkt es an eine Handlung, welche das subjektive Bedürfnis befriedigen könne. Seine Rache zu stillen, sein subjektives Bedürfnis zu sättigen, das ist sein Zweck, der also in der subjektiven Genesis des Dolus das Erste bildet. — Um den Zweck zu realisieren, geht es fort zu dem Willen, den Beleidiger zu morden. Mord, das ist der allgemeine Gedanke, den es in die Objektivität setzen will. Die Richtung des Willens nennen wir Absicht. — Aber eine solche allgemeine Qualität wie ein Mord läßt sich nicht unmittelbar verwirklichen. Ich muß, um den Verhassten zu töten, irgend einen einzelnen Punkt des Körpers verletzen, der dann vermöge seines Zusammenhanges mit dem Leibe als Ganzem die Vernichtung des Lebens, die Tötung, diese allgemeine Qualität, heraussetze. Die Richtung des Handelnden auf diesen einzelnen Punkt heißt Vorfaß. — Ist dies die subjektive Genesis des Dolus, so muß seine objektive

⁴¹⁾ Imputationslehre S. 180. Der Entschluß ist also bei Berner das, was die moderne Physiologie psycho-physische Erregung, Innervation nennt. Es gehört nicht zum Vorfaß, sondern ist eine Folge desselben, er ist ausführender Wille. S. Herrmann i. Archiv des Kriminalrechts N. F. 1856 S. 444.

Genesis, seine Objektivierung oder Realisierung den entgegengesetzten Weg einschlagen. — Ich richte also meine Tätigkeit zuerst auf einen einzelnen Punkt der Objektivität. Ich schlage dem Feinde auf den Kopf. Es verwirklicht sich damit zuerst der Voratz. — Die Objektivität führt die Verührung dieses einzelnen Punktes durch ihren inneren Kausalismus zum Erfolge fort. Aus dem Schläge auf den Kopf wird der Mord. Es hat sich also zweitens die Absicht in die Existenz gesetzt⁴²⁾.

Soll nun überhaupt das Subjekt von der Absicht zum Voratz fortschreiten, so ist klar, daß es eine gewisse Kenntnis von den kausalen Faktoren der Objektivität haben muß. Als solche „Faktoren der Wirklichkeit“ zählt Berner auf: die Zufälligkeit, Möglichkeit und Notwendigkeit. Bei näherer Betrachtung sollen indessen nur Zufälligkeit und Notwendigkeit übrigbleiben. „Wenn alle Bedingungen der Wirklichkeit vorhanden sind, so ist diese Gesamtheit der Bedingungen reale Möglichkeit — eine Möglichkeit, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, nach den Gesetzen der Natur, in Wirklichkeit übergehen muß, mithin Notwendigkeit ist. Liegen dagegen die Bedingungen zerstreut auseinander, so ist zur Zeit bloße Möglichkeit vorhanden. Diese muß zwar nicht, kann aber doch in Wirklichkeit übergehen; es hängt vom Zufalle ab, ob die Bedingungen zugefügt werden, und somit liegt hier nichts anders als Zufälligkeit vor“⁴³⁾. Von dieser Unterscheidung aus teilt Berner den Dolus ein in determinatus mit der Richtung auf die reale Möglichkeit und indeterminatus mit der Richtung auf die bloße Möglichkeit. Von letzterm giebt er folgendes Beispiel:

„Ein Bandit will versuchen, wie weit seine Büchse trägt. Um dies zu ermitteln, schießt er auf einen in ziemlicher Entfernung von ihm stehenden Menschen. Er weiß in diesem Falle noch gar nicht, ob die Büchse wirklich so weit tragen wird, ob also die Tötung des Menschen real möglich sei; für den Fall aber, daß sie so weit trüge (also eventuell), hat er in die Tötung eingewilligt. Das Nichten der Büchse auf jenen Menschen, das Abfeuern usw. sind Bedingungen der wirklichen Tötung; solange aber noch nicht feststeht, ob die Büchse zulangt, fehlt an der realen Möglichkeit noch eine Bedingung. Somit hat jener Bandit nicht die reale, sondern die bloße

⁴²⁾ Teilnahme S. 66. 67.

⁴³⁾ Imputationslehre S. 184. 185.

Möglichkeit gewollt. Seine Absicht war nicht, eine Handlung zu begehen, welche jenen Menschen töten solle, sondern welche ihn nur töten könne.“⁴¹⁾

Diese sämtlichen Ausführungen Berners franken an der der Hegelschen Schule eigentümlichen Verwechslung des rein Subjektiven mit dem Objektiven. Es ist schlechthin unzulässig, Notwendigkeit und Zufälligkeit als „Faktoren der Wirklichkeit“ zu bezeichnen, als wären sie kausalwirkende Kräfte. In der Objektivität gibt es weder etwas Notwendiges, noch etwas Zufälliges, noch auch etwas Mögliches, sondern lediglich das nackte Ist oder Wird. Kenne ich alle in Betracht kommenden Kausalreihen, oder glaube ich sie wenigstens zu kennen, so sage ich: der Erfolg muß eintreten. Kenne ich sie nicht und bin ich mir dieser Unkenntnis bewußt, so sage ich: der Erfolg kann eintreten. Notwendigkeit, Möglichkeit und Zufälligkeit sind mithin lediglich Formen, unter welchen das Subjekt die Objektivität erkennt. Nur dadurch, daß sie bei Berner geradezu Realität erlangen, erklärt sich sein sprachlich unrichtiger Ausdruck: ich will eine Möglichkeit. Schälen wir aus dieser metaphorischen Umhüllung den Kern heraus, so sagt Berner: ich will einen Erfolg dann, wenn ich seinen Eintritt als einen möglichen Erfolg meiner Handlung vorausgesehen habe und diesem Eintritt meine Zustimmung erteile. Damit stimmt es denn auch überein, wenn Berner an anderer Stelle ausführt: „Nicht vorhergesehene Folgen kann der Handelnde nicht gewollt haben Es ist immer nötig, daß ihm die Möglichkeit des Erfolgs vorgezeichnet und er in dieselbe eingestimmt hat. Willen und Wollen sind auch hier nicht zu trennen.“⁴²⁾ Ist dies die wirkliche Meinung Berners, so ist klar, daß er zur Vorstellungstheorie gelangen muß, und thut er dies auch nicht grundsätzlich, so doch bei seinen Einzelausführungen.⁴³⁾

„Der König,“ unterstellt Berner, „reitet mit einem bedeutenden Gefolge, in dem sich außer vielen hohen und fürtrefflichen Personen nahe Verwandte des Gajus befinden, an diesem letztern vorüber. Gajus erkennt mitten in dem Gefolge des Sejus, seinen Todfeind. Er ladet sein Gewehr und schießt auf die Menschenmasse los, um

⁴¹⁾ Das. S. 187.

⁴²⁾ Das. S. 191.

⁴³⁾ Gegen Berner auch Hälschner, System des preussischen Strafrechts I. Bonn 1858. S. 135.

den Feind niederzustrecken. Daß er dabei auch einen Mord an andern, daß er einen Königsmord, einen Herrenmord, einen Verwandtenmord begehen — daß er diesem oder jenem eine Körperverletzung zufügen kann, das alles weiß er sehr wohl. Er genehmigt aber im voraus alle möglichen Richtungen, Wirkungen und Folgen seiner Handlung." Nun wird unterschieden:

1. „Sieht Gajus ein, daß er den Sejus oder den König oder eine hohe und fütreffliche Person treffen muß, so ist dolus determinatus und zwar näher dolus alternativus vorhanden . . .

2. Sieht Gajus ein, daß er, wenn er den Sejus verfehlt, einen andern treffen kann und billigt er diesen Erfolg, so ist ein dolus indeterminatus seu eventualis in dieser Beziehung vorhanden.

3. Sah Gajus die Möglichkeit des andern Erfolgs ein, billigte aber dieselbe nicht, sondern glaubte, daß er ihn vermeiden werde, so konkurriert Frevelhaftigkeit . . . mit dem Dolus.

4. Sah er die Möglichkeit des eingetretenen Erfolgs gar nicht einmal ein, so konkurriert Unbedachtſamkeit mit demſelben.“

Beweisen diese Ausführungen Berners etwas, so ſicherlich das Eine, daß mit den Definitionen des Vorſatzes, welche ſich lediglich auf den „Willen“, den „Beſchluß“ u. dgl. ſtützen, nichts gethan iſt, daß es einer nähern Beſtimmung dieſer Begriffe bedarf und daß man endlich bei der nähern Darlegung die aus dem Haupteingang hinausgewieſene Vorſtellungstheorie durch eine Hinterthüre wieder hereinlaſſen muß. Sehr richtig bemerkt denn auch Binding: „Wer die kriminaliſtiſche Litteratur über die Schuldlehre ſorgſam durchgeht, wird auch bei ſolchen Schriftſtellern, welchen Schuld und ſchuldhaftes Wollen im Principe identisch ſind, Fälle genug aufweiſen können, wo ſie trotzdem von dem Vorſtellungs-moment das Willensmoment abſorbieren laſſen.“⁴⁷⁾ Wenn auf der andern Seite Berner von Büniger⁴⁸⁾ als der weitestgehende Vertreter der Willenstheorie bezeichnet wird, so paßt das wohl für die äußere Form der Definition, nicht aber für den Inhalt, der hinter dieſer Form ſteht.

Inzwiſchen war der Vorſtellungstheorie ein neuer Vertreter in

⁴⁷⁾ Normen II. S. 151.

⁴⁸⁾ B. VI S. 204.

Luden⁴⁹⁾ entstanden. Dieser betont mit größtem Nachdruck, daß Wollen ohne Wissen undenkbar ist. „Der Mensch kann nur wollen, insofern er denkt, und es ist nicht möglich, daß jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat. Aber auf der andern Seite will der Mensch nicht alles, woran er gedacht hat. . . Der Wille kann sich nur auf die eigne Thätigkeit des Menschen beziehen und nur in dem Gedanken bestehen, daß aus seiner Handlung ein Erfolg hervorgehen werde. . . . Danach ist der Wille der Gedanke, daß aus einer Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, ein Erfolg hervorgehen werde, und der Erfolg selbst, in Beziehung auf welchen man diesen Gedanken gehabt hat, ein gewollter Erfolg.“ Dementsprechend betrachtet Luden den Willen, das Recht eines andern zu verletzen, „als den Gedanken, daß aus der Handlung, zu welcher man sich bestimmt hat, die Verletzung von einem andern Rechte hervorgehen werde“. Dieser Gedanke „begreift nach der Natur der Sache die zweifache Vorstellung in sich, teils daß dem andern das zu verletzende Recht zustiehe, teils daß zwischen der Handlung und der Verletzung Kausalzusammenhang stattfinde.“⁵⁰⁾ Von diesen Erwägungen ausgehend, formuliert Luden schließlich den Gegensatz zwischen Dolus und Culpa in folgender Weise: „Wenn die Vorstellung darin besteht, daß der Kausalzusammenhang bestimmt stattfindet, so ist auch der Wille mit Bestimmtheit darauf gerichtet, die verbotene Handlung zu begehen. Der Wille ist alsdann Absicht, Vorsatz, Dolus. . . . Wenn die Vorstellung nur darin besteht, daß der Kausalzusammenhang möglicherweise stattfindet, so kann der Wille nicht darauf gerichtet sein, die Handlung mit Bestimmtheit hervorzubringen. . . . Der Wille ist in diesem Falle nicht Abſicht, sondern Fahrlässigkeit, Culpa.“

Vergleicht man diese Formulierung insbesondere mit der v. Almenningens, so springt neben dem Gemeinsamen auch der Unterschied klar in die Augen. Nach v. Almenningens macht auch die Voraussicht des Erfolgs als eines nur möglichen Dolus aus, nach Luden liegt in diesem Falle nur Culpa vor. Daher verwirft der letztere konsequenterweise auch die Unterscheidung des Dolus in einen

⁴⁹⁾ S. dessen Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht II. Band. Göttingen 1840. S. 517 ff. und Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Rechts. Jena 1847. §§ 34 ff.

⁵⁰⁾ Abhandlungen II. S. 526 ff.

determinierten und nichtdeterminierten, in dem er den letztern einfach als *Culpa* ansieht.

Die alte Streitfrage, ob und inwiefern in dem erwähnten Falle Vorsatz angenommen werden könne, hatte somit keine befriedigende Antwort gefunden; nachdem man seit einem Menschenalter eine solche gesucht, schien man an ihrer Lösung verzweifeln zu müssen. Dieser Gedanke beherrscht die Ausführungen Bekkers,⁵¹⁾ eines weitern entschiedenen Anhängers der Vorstellungstheorie. Bei ihm tritt dieselbe schon ganz in modernem Gewande auf. Gewollt ist nach Bekker nur die Handlung, nicht der Erfolg. Jene ist lediglich Körperbewegung, und der Erfolg kann nur vorausgesehen, niemals gewollt sein. Der Begriff des Dolus wird erfüllt, wenn der Erfolg vorausgesehen wurde, gleichgültig, ob in der Form der Notwendigkeit oder der Möglichkeit. Stellt sich somit Bekker grundsätzlich auf den gleichen Standpunkt wie v. Almedingen, so verkennt er doch keineswegs, daß es eine große Anzahl von Fällen giebt, bei welchen offenbar die Voraussicht des Erfolgs als eines möglichen nicht genügt. Anstatt aber eine scharfe Scheidung zu versuchen, stellt er zwei ganz unbestimmte und schwankende Gesichtspunkte auf. Es soll nämlich 1) die Voraussicht eine so bestimmte gewesen sein, daß sie von dem Richter auch nachträglich erkannt werden kann, und 2) soll es darauf ankommen, ob der gute und getreue Staatsbürger, das kriminalistische Analogon des *bonus paterfamilias*, trotz der Voraussicht gehandelt haben würde oder nicht.

So ist denn das Ergebnis zunächst das, daß die Willenstheorie in Verner zur Vorstellungstheorie hinüberführt, diese selbst aber in Bekker sich zur befriedigenden Lösung der einschlagenden Fragen für unfähig erklärt. Angesichts solcher Ergebnisse lag es nahe, auf einem bisher noch nicht betretenen Wege bessere Resultate anzustreben, und diesen Weg glaubte man bezeichnet durch den noch wenig ausgebeuteten Begriff der Absicht.

Wie oben gezeigt wurde, betrachtet Verner Absicht und Vorsatz als Stadien der Willensbildung, von welchen jene ein *Präsumptum*, dieser ein *Posterior* bedeutet. Erst mit der Spezialisierung des allgemeinen Plans entwickelt sich die Absicht zum Vorsatz. In derselben Weise

⁵¹⁾ Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. I. Band. Leipzig 1859 S. 243 ff. S. besonders S. 253 ff., 269 ff., 278.

faßt Köstlin⁵²⁾ das Verhältnis beider Begriffe auf. „Gesetzt,“ sagt er, „es setze sich einer vor, einen andern in das Herz zu stechen, und er tötet ihn in Ausführung dieses Vorsatzes, so ist der Stich ins Herz, nicht aber die Tötung eine vorzügliche Handlung.“ Die Absicht faßt die äußern Umstände nicht mehr als ein loses Aggregat auf, sondern vereinigt sie zu einem wesentlichen Ganzen. Daher bezeichnet denn auch Köstlin geradezu die Absicht als Dolus und nimmt an, daß sich der ganze Fortschritt im Strafrecht um diesen Begriff drehen müsse. An Berner und Köstlin schließt sich eine Reihe von Schriftstellern an, deren Lehren ich unter der Bezeichnung „Absichtstheorien“ zusammenfassen möchte. Das ihnen Gemeinsame liegt darin, daß sie auf den Begriff der Absicht großen Wert legen und ihn scharf von dem des Vorsatzes zu sondern bemüht sind.

Etwa ein Decennium nach Köstlin sucht zunächst Herrmann⁵³⁾ den Gegensatz beider Begriffe auf anderer Grundlage zu bestimmen. Er wendet gegen ihn und Berner ein, „daß überall, wo es zu einer Selbstthätigkeit des Willens gekommen ist, ein Bewußtsein vorhanden sein muß, dem der reale und ethische Zusammenhang der Objektivität nichts fremdes ist, und daß daher die Willensthätigkeit unmöglich ein Stadium zu durchlaufen haben kann, in welchem sie jene Objektivität als zusammenhangsloses Aggregat von Einzelheiten behandelt“. Herrmann selbst sucht den Unterschied in den beiden Bestandteilen des Willensaktes: den Vorstellungselementen und der eigentlichen Willensfunktion und zwar näher so, „daß von den zum Handeln gehörigen innern Funktionen des Bewußtseins oder Verstandes und der Selbstthätigkeit oder des Willens in der Absicht die erste, in dem Vorsatz die zweite vorhanden ist. Kraft der Absicht weiß der Mensch im Gebiete seines Handelns, was er will, kraft des Vorsatzes will er, was er weiß Absicht ist für den Willen bestimmter Gedanke, Vorsatz den Gedanken bestimmender Wille.“ Ist somit Absicht der Bewußtseinsinhalt des Wollens, Vorsatz das spezifische Willensmoment in ihm, bethätigt sich der Vorsatz in dem Entschluß als der „Selbstthätigkeit des Willens, die sich zur Verwirklichung einer

⁵²⁾ Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Tübingen 1845. S. 245 ff.

⁵³⁾ Über Vorsatz und Absicht überhaupt und über unbestimmte und indirekte Absicht insbesondere. Archiv für Kriminalrecht. N. F. 1856. S. 1 ff. und S. 441 ff.

Vorstellung bestimmt“, so ist klar, daß einerseits beide Elemente bei jedem Willensakte vorhanden sein müssen, und daß andererseits eine Verschiedenheit des Willens und speziell des Dolus niemals aus einer Verschiedenheit des Vorsatzes, sondern nur aus einem solchen der Absicht hergeleitet werden kann. Denn jener als Entschluß muß sich immer gleich bleiben, verschieden kann nur die Gesamtheit der Vorstellungen, also die Absicht sein. Demnach besteht die juristische Bedeutung des Gegensatzes für Herrmann darin, daß sich je nach der Verschiedenheit der Absicht, d. h. der Vorstellung die einzelnen Arten des Dolus voneinander abheben.⁵⁴⁾

Wieder in anderer Beleuchtung erscheint das Verhältnis von Vorsatz und Absicht bei Hälschner.⁵⁵⁾ Diese bezieht sich auf den Erfolg, jener auf die Thätigkeit, welche im einzelnen zur Herbeiführung desselben entfaltet werden muß. Beide gehören der Innerlichkeit des Handelnden an und treten erst durch den Entschluß in die Außenwelt. Während also der Vorsatz bei Herrmann wesentlich mit dem Entschluß identisch ist, wird er bei Hälschner sowohl von ihm wie von der Absicht unterschieden. Der Entschluß ist bei dem letztern offenbar Willensimpuls. Der höhere Begriff, welcher alle diese Einzelbegriffe umfaßt, ist der Wille. Aber auch bei Hälschner klingt die moderne Auffassung durch, daß der Erfolg nur vorgestellt, nicht gewollt sein könne.

Von lebenden Schriftstellern gehört dieser Gruppe Ortloff⁵⁶⁾ an. Nach ihm entsteht die Absicht aus dem Begehrungs- und Gefühlsvermögen. „Das zum klaren Bewußtsein gebrachte Begehren eines vorgestellten Zieles oder Gegenstandes als erreichswerten durch menschliches Handeln ist die Absicht — bewußtes Verlangen einer Veränderung in der Außenwelt“. Durch das Verstandesdenken, welches sich mit dem Können beschäftigt, weiter entwickelt, umfaßt sie die Bestandteile der Handlung, die Richtung nach dem Ziele und ihre ursächlichen Wirkungen. Hierzu tritt das Ver-

⁵⁴⁾ Dagegen Geßler, Begriff und Arten des Dolus S. 117, 118. Dieser schließt sich bei der Definition der Absicht eng an Verner und Köstlin an. Vgl. auch Geßler, Art. „Dolus“ (im Strafrecht) in v. Holtendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. Leipzig 1880.

⁵⁵⁾ System des preussischen Strafrechts I. §§ 32 ff. und System des gemeinen deutschen Strafrechts I. §§ 127 ff.

⁵⁶⁾ Vergl. besonders dessen Abhandlung über die Schuldarten im Gerichtssaal XXXIV S. 401 ff.

nunftdenken mit der Frage: darf ich? Die Entscheidung fällt dem Willen zu als dem Vermögen, sich frei für ein Thun oder Nichtthun zu bestimmen. Diese Entscheidung heißt Entschluß oder Vorsatz. Das Wollen nimmt also die Absicht in sich auf, es wird durch diese mit einem gewissen Inhalte erfüllt, substantiiert, und dadurch zum Thatwillen, welcher sich endlich vermöge der Thatkraft auf die Muskeln fortpflanzt.

In praktisch juristischer Beziehung wird der Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht von Ortloff in folgender Weise verwertet. „Gebraucht ein Gesetzgeber die Ausdrücke „Vorsatz“ und „Absicht“, so bezeichnet er damit nur überhaupt und allgemein die Aktivität oder Passivität als eine auf dem freien Entschluß beruhende, also bei der einen strafbaren Handlung wie bei der andern.“ Vorsatz im Strafgesetz ist nichts anderes als „Vorsätzlichkeit der Handlung mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.“⁵⁷⁾ Die Hervorhebung der Absicht dient überall zu besondern gesetzgeberischen Zwecken und zwar als Thatbestandskriterium, um eine große Anzahl verwandter strafbarer Handlungen in subjektiver Beziehung zu unterscheiden; ferner aber als Strafbarkeitskriterium, um die größere oder geringere Strafwürdigkeit hervorzuheben. Niemals aber ist es zulässig, mit dem Reichsgericht und Binding anzunehmen, daß die Ausdrücke Vorsatz und Absicht promiscue gebraucht seien. Demgemäß bemüht sich Ortloff den Nachweis zu erbringen, daß überall, wo in dem Strafgesetzbuche von „Absicht“ die Rede ist, damit ein besonderer Gedankeninhalt des Gesetzgebers zum Ausdruck gelange.

Insofern Ortloff die Folgerung zieht, es werde regelmäßig zum Dolus nicht erfordert, daß der eingetretene Erfolg das Ziel, der Zweck der Handlung gewesen sei, stimme ich ihm durchaus bei. Mit aller Entschiedenheit aber muß ich es ablehnen, die Bezeichnung des Vorsatzes als eine auf freiem Entschluß beruhende Aktivität oder Passivität für eine Definition hinzunehmen. Denn das ist doch wohl klar, daß wir in der Psyche des Thäters tiefer graben müssen

⁵⁷⁾ Die Frage, ob zum Dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre, bleibt hier unerörtert. Gleichwohl kann ich es mir nicht versagen, auf die eigentümliche Art der Behandlung hinzuweisen, welche sie bei Ortloff findet. „Weiß ich,“ sagt er (a. a. O. S. 417. 418), daß ich einen andern durch die That an seinem Körper mißhandle oder schädige, so weiß ich auch, daß sie rechtswidrig ist.“ Ist das richtig, läßt sich mit einer derartigen Wendung die Sache abthun, dann ist es in der That unbegreiflich, wie man überhaupt noch streiten kann!

als nötig ist, um herauszubringen, ob er freiwillig gehandelt hat oder nicht. Kommt es im allgemeinen auch auf die Motive des Handelns nicht an, so doch darauf, was er mit seinem Handeln „wollte“ oder was er sich dabei „vorstellte“, „dachte“.

Ebenso wenig kann ich es mit Ortloff als undenkbar ansehen, daß hier und da „Absicht“ als Synonymon von „Vorsatz“ gebraucht sei. Mögen wir auch von dem Gesetzgeber noch so hoch denken so ist er doch ein Mensch, und wie man im gewöhnlichen Leben das Wort „Absicht“ in recht verschiedener Bedeutung verwendet, so mag dies auch hier und da beim Gesetzgeber zutreffen, um so mehr als ja in der Theorie der Begriff keineswegs feststeht. Außerdem aber ist ein historischer Gesichtspunkt völlig außer Acht gelassen. Als man im neunzehnten und zum Teil schon im achtzehnten Jahrhundert zu der Kodifizierung des Strafrechts schritt, stellte sich das Bedürfnis nach einer Verdeutschung der bisher üblichen technischen Ausdrücke ein. Für den alten *dolus* hat sich allmählich der deutsche Ausdruck „Vorsatz“ eingebürgert, aber, und das ist von besonderer Wichtigkeit, keineswegs sogleich. Neben ihm erscheint zunächst als gleichberechtigt die „Absicht“. So spricht das preussische Landrecht⁵⁸⁾ von einem absichtlichen Thun oder Unterlassen und von einer absichtlichen Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit, das braunschweigische Kriminalgesetzbuch⁵⁹⁾ von der absichtlichen Bestimmung zu einer Handlung oder Unterlassung, durch welche das Strafgesetzbuch übertreten wird, beide offenbar in der Meinung, einen dem römischen *Dolus* entsprechenden Ausdruck zu gebrauchen, ebenso wie diejenigen Gesetzbücher, welche sich des Wortes „Vorsatz“ bedienen. Mögen wir immerhin psychologisch Absicht und Vorsicht scharf unterscheiden, vom Standpunkte des Gegebenen aus ist die Erwägung maßgebend, daß beide Ausdrücke gleichmäßig zur Verdeutschung des römischen *Dolus* gedient haben und zum Teil noch dienen. Jedes Etymologisieren an den erwähnten Wörtern halte ich somit für methodisch durchaus unzulässig.⁶⁰⁾

Trotz dieser Einwände gestehe ich der Absichtstheorie ohne weiteres eine große Bedeutung zu und zwar besonders in der

⁵⁸⁾ II 20. §§ 10. 26.

⁵⁹⁾ § 27.

⁶⁰⁾ Daß mit diesen Ausführungen die Entwicklungsfähigkeit des *Dolus*-begriffs nicht geleugnet werden soll, dürfte auf der Hand liegen.

Fassung, welche sie durch Herrmann erhalten hat. Die Thatfache nämlich, daß der Willensakt, abgesehen von den Gefühlen, aus zwei wesentlich verschiedenen Elementen besteht, deren eines auf der Seite der Vorstellung, des Denkens, und deren andres auf der Seite der Willensthätigkeit im engeren Sinne liegt, hatte man zwar bisher wiederholt hervorgehoben, gleichwohl aber nicht gebührend gewürdigt. In dem Begriffe der Absicht bot sich ein Ausdruck dar, mit welchem man die Vorstellungselemente im Willensakte kenntlich machen und von der eigentlichen Willensthätigkeit scheiden konnte. Für diese blieb der Entschluß, dem man den wenig passenden Namen Vorsatz gab, und der Willensimpuls, die Erregung der motorischen Nerven oder, um mit Ortloff zu sprechen, die Thatkraft. Nicht allein Berners gelegentliche Definition der Absicht mochte den Anstoß zu den Untersuchungen der zuletzt erwähnten Schriftsteller gegeben haben, sondern vor allem die aus seinen Erörterungen überall zu Tage tretende Erkenntnis, daß mit dem „Wollen des Erfolgs“ nichts gesagt ist. Die genauere Untersuchung, die Analysierung des Willensprozesses, zu welchem die neuere Psychologie drängt, findet auf juristischem Gebiete in den Absichtstheorien ihren Niederschlag, und was ich gegen sie als ganzes genommen einzuwenden hätte, wäre das Eine, daß sie mit einem gefährlichen, weil vieldeutigen und wenig geklärten Begriff operieren, während bestimmtere Ausdrücke zur Hand sind.

Um die praktische Brauchbarkeit der Willens- und der Absichtstheorie zu prüfen, versetze man sich einmal in die Lage eines Vorsitzenden, welcher die Geschwornen bei einem Falle des *dolus eventualis* zu belehren hat. Er stellt sich auf die Seite der Willenstheorie und gibt zunächst eine Definition des Vorsatzes. Gewiß wird er sich sagen müssen, daß mit einer Wendung wie „Wollen des Erfolgs“, „Entschluß zur Realisierung des Erfolgs“ die Geschwornen nichts anfangen können. Der Vorsitzende wird also zu weiteren Ausführungen übergehen und etwa in derselben Weise wie Berner auf die Vorstellung, das Voraussehen des Erfolgs kommen. Vergleicht er schließlich was er zuletzt gesagt hat mit der ursprünglichen Definition, so wird er sicherlich einsehen, daß kein Geschwornener den Zusammenhang beider zu erkennen vermag. Es sind also nur zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder sagt die Definition nicht, was sie sagen soll — dann ist sie der unrichtige Ausdruck eines richtigen Gedankens; oder der Gedanken-

inhalt ist überhaupt noch nicht zur Klarheit gelangt — dann ist sie in gleicher Weise unbrauchbar. Stellt sich umgekehrt der Vorsitzende auf den Standpunkt der Absichtstheorien, so glaube ich versichern zu dürfen, daß, sobald das Wort „Absicht“ aus seinem Munde gekommen ist, bei drei Vierteln der Geschwornen falsche Anschauungen über das Wesen des Dolus erweckt werden, und insofern finde ich Bindings⁶¹⁾ Polemik gegen den Begriff der Absicht durchaus zutreffend. Ich kann mich hier auf das Zeugnis des Praktikers Lucas⁶²⁾ berufen, dessen Ausführungen über „die praktische Bedeutung der Lehre vom Dolus eventualis“ ich überhaupt in allen wesentlichen Punkten zustimme.

„Vielfach herrschen,“ sagt er, „die alten Anschauungen, welche den Vorsatz in dem Sinne von Absicht, den eventuellen oder unbestimmten Vorsatz als eine Art von Culpa betrachten, oder im günstigsten Falle als eventuelle Absicht verstehen und von der Strafbarkeit daher meist ausschließen. . . . Der Kriminalschutzmann E. traf in einem Schanklokal einen polizeilich zur Verhaftung gesuchten, vielfach bestraften Verbrecher, den Töpler S. Er forderte denselben auf, ihm zur Polizeiwache zu folgen. S. hat, ihm erst sein Essen verzehren zu lassen, und wurde, als er dies verzögerte, von E. zunächst erinnert und dann an der Schulter angefaßt. Er zog sein Messer, einen sog. Genickfänger, und stieß dasselbe dem Beamten mit voller Kraft in die Brust. Dieser setzte sich zur Wehr, empfing aber sofort einen zweiten Stich in das Gesicht und wandte sich zur Flucht. Dabei stieß ihn S. noch einmal das Messer tief in den Rücken. An seinen Wunden, von denen zwei höchst gefährlich waren, lag E. demnächst lange schwer darnieder, wurde jedoch wiederhergestellt.“

Das Gericht verurteilte auf Grund des § 223a zu drei Jahren Gefängnis, indem es sich bei dem Strafmaß vergriff und dasselbe anstatt aus diesem Paragraphen aus § 223 bestimmte. Sehr zutreffend führt nun Lucas aus, daß ein derartiges Urteil dem Rechtsgefühl durchaus zuwiderläuft. „Solchem Tadel,“ fährt er fort, „kann man von seiten der Juristen entgegenhalten hören, das Strafgesetz biete keine Möglichkeit einer schwereren Bestrafung.

⁶¹⁾ Normen II § 74. Vgl. auch v. Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang. Leipzig 1871. S. 42. Beller, Theorie S. 293 ff. 294 ff.

⁶²⁾ Subjektive Verschuldung S. 46 ff.

Daß der Angeklagte die Absicht gehabt habe, den E. zu töten, sei nicht hinlänglich bewiesen gewesen. Es stehe nur fest, daß er in blinder Wut, unbekümmert um die Folgen auf denselben losgestoßen habe, und darin liege nur die Absicht der vorjäglichen Körperverletzung. Da auch die im § 224 vorausgesetzten Folgen nicht vorgelegen, habe der Angeklagte nur wegen qualifizierter Körperverletzung bestraft werden können. Derartige Deduktionen, verbunden in der Regel mit dem Gebrauche des hier zweimal hervorgehobenen Wortes: „Absicht“, sind . . . rechtsirrtümlich und beruhen auf einer Verkennung des Vorsatzbegriffs überhaupt und insbesondere des *Dolus eventualis*.“

Mit der Erwähnung der Abhandlungen von Ortloff und Lucas habe ich bereits das Gebiet der neuesten Litteratur betreten. Bei den folgenden Ausführungen werde ich Gelegenheit haben, Stellung zu ihr zu nehmen. Hier begnüge ich mich mit einer Hervorhebung der Gruppen, welche ich innerhalb ihrer unterscheiden möchte. Als Einteilungsgrund dient mir dabei die Stellung der Frage, inwiefern der eingetretene Erfolg zum Willen zugerechnet werden kann. Überall wird die prinzipielle Bedeutung dieser Frage anerkannt, sehr verschieden aber fällt ihre Beantwortung aus. Am weitesten geht die erste Gruppe unter der Leitung Bindings. Nach ihr ist auch der nicht vorgestellte Erfolg gewollt. Die zweite Gruppe, zu welcher insbesondere v. Bar und v. Buri zu rechnen sind, sieht als gewollt nur den Erfolg an, welcher als ein notwendiger oder wahrscheinlicher vorgestellt wurde.⁶³⁾ Die dritte Gruppe endlich lehnt es mit v. Liszt überhaupt ab, von einem „gewollten“ Erfolge zu sprechen; indem sie den Begriff des Wollens auf die Körperbewegung beschränkt, ist ihr der Erfolg nur vorgestellt oder vorausgesehen.

II.

Die dogmengeschichtliche Untersuchung hat ergeben, daß die Auffassung des *Dolus* als eines Wollens des Erfolgs nicht ausreicht und daß man bei der Behandlung schwierigerer Fälle genötigt ist, in der einen oder der andern Form die Vorstellungstheorie zu Hilfe zu rufen. Es fragt sich aber weiter: ist es überhaupt zulässig, von einem Wollen des Erfolgs zu sprechen?

⁶³⁾ v. Bar, *Kausalzusammenhang*. S. 34. v. Buri, *Beilageheft zum G. S. XXIX*. S. 149.

Bevor diese Frage in befriedigender Weise gelöst werden kann, scheint es zunächst einer Verständigung über das Wesen des Willens zu bedürfen. An dieser Stelle aber gibt der Jurist passend dem Psychologen das Wort.

In höchst dankenswerter Weise hat neuerdings Osawald Külpe die Ansichten der modernen Psychologen über das Wesen des Willens zusammengestellt und kritisch erörtert.⁶⁴⁾ Ich glaube diesem Schriftsteller um so mehr folgen zu dürfen, als mich eine Nachprüfung in einzelnen Punkten von der Zuverlässigkeit seiner Mitteilungen im allgemeinen überzeugt hat.

Die moderne Psychologie ist darüber einig, daß als Elemente unfres Bewußtseins Empfindungen und Gefühle anzusehen sind. Ob auch der Wille hierher zu rechnen sei, ist bestritten und muß es um so mehr sein, als der gewöhnliche Sprachgebrauch mit diesem Worte einen höchst komplizierten Akt bezeichnet. Klebt man aber auch nicht an der vulgären Auffassung, so bleibt doch für den Zweifel noch Raum genug übrig, und so kommt es, daß die Meinungen in zwei Richtungen auseinandergehen. Die der ersten betrachten den Willen nur als sekundäre Bewußtseinsthatsache, sie suchen ihn in einfache Vorgänge aufzulösen, während die der zweiten neben Empfindungen und Gefühlen den Willen als drittes Element des psychischen Lebens auffassen. Demnach ist zu unterscheiden zwischen den negativen und den positiven Willenstheorien.

A. Die negativen Willenstheorien.

Diese lehnen den Willen als ursprüngliches Phänomen des seelischen Lebens ab, ausgehend entweder vom Standpunkte einer hypothetischen Erklärung oder vom Standpunkte einer Analyse des im Willen gegebenen Bewußtseinsvorgangs. „Im ersten Falle erkennt man zwar an, daß, was wir Wollen oder Begehren oder Streben nennen, ein eigentümliches Phänomen des Bewußtseins bildet, in solcher Qualität unvergleichbar mit Empfindungen oder Vorstellungen oder Gefühlen, behauptet aber, daß eine Wirklichkeit oder Wirksamkeit im eigentlichen Sinne aus allgemeinen Gründen demselben abgesprochen werden müsse. Im zweiten Falle erhält

⁶⁴⁾ Die Lehre vom Willen in der neuern Psychologie. Wundts Philosophische Studien. V. Band. S. 179—244, 381—446 (auch selbständig als Leipziger Habilitationsschrift).

man bereits bei der einfachen empirischen Analyse des Willens Bestandteile, die als Empfindungen oder Gefühle uns schon bekannt sind, und läßt demgemäß aus diesen elementaren Vorgängen das gesamte Seelenleben sich zusammensetzen.“ Von diesem Standpunkt aus unterscheidet Külpe innerhalb der negativen Theorien relativ und absolut negierende.

I. Relativ negierende Richtungen.

Herbart faßt als Elemente des seelischen Lebens (als „Selbsterhaltungen der Seele“) die einfachen Vorstellungen auf. Alles übrige kann nur abgeleiteten Wert besitzen. Das Streben vorzustellen bezeichnet nur einen Akt des Vorstellens selbst. In ähnlicher Weise charakterisiert Herbart das Begehren als eine Bewegung des Gemüts, und das Wollen ist ihm nichts weiter als ein Begehren mit der Voraussetzung der Erfüllung.

Drobisch erkennt drei verschiedene Bewußtseinsvorgänge an: Vorstellung, Fühlen und Streben. Dieses letztere ist ihm „dasjenige Geschehen in uns, welches sich am unmittelbarsten als Tätigkeit und Kraft darstellt“. Sein Inhalt und seine Bedeutung ist: „Veränderung des gegenwärtigen Zustands des Bewußtseins.“ Das Streben wird zum Begehren, sofern es auf einen künftigen Zustand gerichtet ist, das Begehren endlich entwickelt sich zum Wollen, wenn eine wiederholte Begehrung des Gleichen oder wenigstens Ähnlichen immer Befriedigung gefunden und sich hieraus eine Gewohnheit, das Begehrte zu erlangen, gebildet hat, die für alle ähnlichen Fälle eine Erwartung des Erfolgs nach sich zieht. Das Wollen führt also auf das Streben zurück, aber auch dieses hat nach Drobisch nur eine sekundäre Bedeutung, indem er es als ein mannigfach veränderliches Wie der Vorstellung charakterisiert.

Mit diesen Anschauungen berühren sich die von Lipps insofern, als auch er dem Wollen keine elementare Bedeutung beimißt; im Gegensatz aber zu Herbart und Drobisch führt er den gesamten Inhalt des Seelenlebens auf Empfindungen zurück.

II. Absolut negierende Richtungen.

Watz sieht in dem Willen einen aus Vorstellungen und Gefühlen zusammengesetzten Vorgang.

Spencer betrachtet den Willen lediglich als Vorstellung. Der Willensakt ist nichts weiter als die geistige Repräsentation des

Vorgangs, welche man physisch als eine durch Erregung verschiedener Eindrücke und Tendenzen entstandene Verzögerung der Reaktion oder Bewegung anzusehen hat. Der Willenshandlung geht physiologisch eine Reproduktion derjenigen nervösen Erregung voraus, welche bei dem tatsächlichen Akt früher stattgefunden hat.

Steinthal sieht in dem Willen eine Bewegungsvorstellung. „Wenn ich schwimmen will, so heißt das nur: die Vorstellung des Schwimmens drängt nach der Verbindung, welche die Schwimmbewegungen erregen. Die Macht dieser Verbindungsmerkmale wird dann als jene Spannung gefühlt, welche wir als besondere Willenserregungen zu bezeichnen geneigt sind.“

Münsterberg⁶⁵⁾ trennt scharf den physiologischen von dem psychologischen Vorgang. Jenen erklärt er durch eine zusammenhängende Reihe physiologischer und chemischer Vorgänge, diesen durch Innervationsempfindungen, d. h. Erneuerungsvorstellungen früherer Bewegungen.

B. Die positiven Willenstheorien.

Innerhalb der positiven Willenstheorien unterscheidet Külpe zwischen denjenigen, welche dem Willen nur einen beschränkten Einfluß auf das innere und das äußere Geschehen zuschreiben, und denjenigen, nach welchen ihm eine umfassendere Bedeutung beigelegt wird. Bei den erstern ist der Willensbegriff ein engerer, bei diesen ein weiterer.

I. Der engere Willensbegriff.

Loke. Nach ihm erweist sich der Wille nur verhältnismäßig selten wirksam. Wir dürfen nur da von ihm reden, wo eine Wahl, ein Entschluß stattfindet.

Bain, dessen Stellung übrigens nicht ganz zweifellos ist, nimmt an, daß sich durch häufige Wiederholung feste Verbindungen zwischen bestimmten Gefühlen und Bewegungen ausgebildet haben und daß diese Verbindungen die elementaren Formen aller Willensakte sind.

Ribot. Der eigentliche Willensakt besteht in der Wahl. Diese ist nichts anderes als ein Urteil bejahender oder verneinender Art, von einem theoretischen Urteil nur durch die Beziehung unterschieden,

⁶⁵⁾ Vgl. meinen Bericht Z. IX 593.

in welcher es zu der Bewegung steht. Das „ich will“ deutet nur einen Zustand an, welcher eventuell eine Bewegung zur Folge hat. Die eigentliche Wirksamkeit liegt in dem psycho-physischen Organismus. Diesem kommt allein die Fähigkeit zum Handeln oder Hemmen zu.

II. Der weitere Willensbegriff.

Nach Bencke sind Vorstellung, Gefühl und Streben nur verschiedene Gesichtspunkte, unter welchen die Seelenthätigkeit betrachtet wird. „Vorstellung ist eine Seelenthätigkeit, inwiefern dieselbe, mehr oder weniger klar, in einem Urteilsverhältnisse steht . . . ; Gefühl ist dieselbe in bezug auf das unmittelbare Sichermessen ihrer Elemente gegen die Elemente andrer zugleich oder nach ihr gegebenen Seelenthätigkeiten; und Streben, inwiefern sie unerfülltes Grundvermögen in sich enthält, durch dessen Übertragung sie dann gewisse Bewegungen in der Seele hervorzubringen imstande ist.“ Zum Willen wird das Streben und Begehren dadurch, „das erstens die Begehrung zugleich vorgestellt oder gedacht werde; daß sie ferner gedacht werde in Verknüpfung mit dem Aggregat der Vorstellung unfres Ich oder als unser Begehren; und daß sie endlich gedacht werde in Verbindung mit einer Reihe von Mitteln, welche zu ihrer Verwirklichung führen können“.

Fortlage faßt den Trieb als Grund des Bewußtseins überhaupt auf, und bei Fichte erscheint auch das Erkennen als durch das Bewußtsein irgend eines Objekts zum Stillstand gebrachter Wille. „Wille im allgemeinen ist die Fähigkeit des Geistes, seinen Zustand zu verändern oder ihn durch die eintretenden Veränderungen festzuhalten, überhaupt also das Vermögen, aus sich selbst sich zu bestimmen, auch in den Zuständen und Veränderungen, welche von außen in ihm erregt werden.“

Wundt, welchen sich im wesentlichen G. G. Schneider, Höpfding, Ladd und Külpe selbst anschließen, unterscheidet zwischen Perception und Apperception. Jene ist der Eintritt einer Vorstellung in das Blickfeld des Bewußtseins, diese der Eintritt derselben in den Blickpunkt des Bewußtseins. Das Wollen ist, insofern es den eigentlichen Bewußtseinsvorgang bedeutet, als Apperception aufzufassen. Der unmittelbare Einfluß des Willens beschränkt sich somit nicht auf die motorische Innervation, sondern er zeigt sich auch wirksam in der Erhebung von Vorstellungen in dem innern Blickpunkt. Wundt schreibt daher dem Willen eine

sehr weitgehende Wirksamkeit zu, ja streng genommen gibt es nur einen Inhalt des Bewußtseins, welcher von ihm unabhängig ist: die Perception.

Diesen Lehren möge noch die von Kälpe nicht berücksichtigte, neuerdings von Hermann Cohen⁶⁶⁾ vertretene hinzugefügt werden. Dieser Schriftsteller hebt hervor, daß der Wille Bewußtsein und zwar genauer eine Bewußtseinsart sei. Das Bewußtsein des Willens ist Bewußtsein der Bewegung. Das gilt auch für die Reflexbewegungen, unter welchen man sich nur abgestumpfte Willenshandlungen zu denken hat. „Es ist Bewußtsein, welches die nicht beabsichtigte, sondern reflektorisch ausgeführte Armbewegung hervorruft. Es ist nicht nur Denkbewußtsein, sondern Bewußtsein der Bewegung, welches in den Reflexbewegungen und so auch in den Willenshandlungen zum Ausdruck gelangt.“ „Was wir als Bewußtsein der Bewegung einführen möchten, das ist eine vom Bewußtsein des Denkens unterschiedene und doch als Bewußtsein festzuhaltende Art und Richtung, welche nicht zur Vorstellung bringt, wie Bewegung schon früher ausgeführt wurde, und wie sie daher auch jetzt und künftig auszuführen sei; sondern welche vielmehr die Richtung und Tendenz in das Vorwärts und Hinaus selbst beschreibt, die alsdann durch die Nerven und Muskeln ausgeführt werden mag.“ Ohne Willen würde zwar Denken möglich sein, aber es wäre unmöglich, „große Beziehungen des Denkens zum Austrag und vor allem die Gedanken überhaupt zum Ausdruck in Worten zu bringen“. —

Es ist nicht Sache des Juristen, diesen Streit der Psychologen zu schlichten, das Eine aber wird er sich stets vor Augen halten müssen, daß er in dem „Willen“ mit einem höchst bestrittenen Begriffe operiert, einem Begriffe, von dem nicht einmal feststeht, ob er überhaupt psychologisch brauchbar ist. Allerdings liegt der Einwand nahe, daß es für die Rechtswissenschaft gar nicht darauf ankomme, die Begriffe auf ihren letzten Grund zu verfolgen und daß es für sie genüge, sich mit der Auffassung des Lebens in Übereinstimmung zu wissen. Dem Einwande würde eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen sein, wenn es nur irgendwie möglich wäre, die vulgäre Auffassung zu fixieren. So viel ist wohl von vornherein sicher, daß der Ausdruck „ich will“ psychologisch auf eine bestimmte Seelen- oder Bewußtseinsthätigkeit hinweist. In der Redeweise des

⁶⁶⁾ Kants Begründung der Ästhetik. Berlin 1880. S. 239.

Lebens aber braucht er eine solche durchaus nicht zu bezeichnen. Sage ich: ich will eine Reise machen, ein Buch schreiben, ein Haus kaufen, so behaupte ich damit keineswegs, daß in diesem Augenblicke die spezifische Funktion des Wollens in mir thätig, ich sage vielmehr nur, daß das Stadium der Überlegung bis zu einem gewissen Grade vorgeschritten sei. Im psychologischen Sinne liegt also hier sicherlich kein „Wille“ vor, sondern ich gebrauche das Wort nur in dem Sinne des gewöhnlichen Lebens, dessen Eigentümlichkeit darin besteht, daß es den ganzen vor dem Impulse liegenden Vorgang in allen seinen einzelnen Phasen und Richtungen gleichmäßig unter den Begriff des Willens bringt. Mit vollem Rechte hebt daher auch Külpe hervor, daß der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Namen Willen stets einen im psychologischen Sinne komplizierten Akt bezeichnet.⁶⁷⁾

Zu besonderer Klarheit gelangt diese Unklarheit, wenn man versucht, die Frage nach dem Wann? und dem Was? zu lösen. Wann will ich? Sigwart antwortet: sobald die Reflexion auf das eigne Selbst eintritt.⁶⁸⁾ „Das Beherrschtsein durch das Begehren, vermöge dessen unmittelbar jedes momentane Begehren und jedes Gelüste in Handlung übergeht, erscheint als der rein tierische Zustand der bloßen *ἐπιθυμία*; erst wo dieser unwillkürliche Anlauf durch eine Reflexion auf das Selbst und sein Verhältnis zum begehrten Objekt, also durch einen Anfang von Überlegung gehemmt wird, tritt das Wollen als etwas Aktives, mit Bewußtsein aus der Einheit des Subjekts Entspringendes ein.“ Sigwart glaubt sich mit dieser Auffassung auf dem Boden der vulgären Anschauung; denn er warnt an anderer Stelle sehr nachdrücklich davor, mit dem üblichen Sprachgebrauch in Kollision zu geraten,⁶⁹⁾ und doch kann mit dem gleichen Rechte behauptet werden, daß niemand sagen wird: ich will, bevor er das Stadium der Überlegung abgeschlossen hat.

Ferner: was ist gewollt? — Um einen entfernten Freund von irgend einem Erlebnis zu benachrichtigen, werfe ich eine Postkarte in den Briefkasten. Was will ich? — Die Bewegung meiner Hand oder das Einwerfen in den Briefkasten oder die Mitteilung der

⁶⁷⁾ a. a. D. S. 182.

⁶⁸⁾ Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriffe der Ursache. Kleine Schriften. Zweite Reihe. Tübingen. S. 141. 142.

⁶⁹⁾ Das. S. 138.

Nachricht? — Es handelt sich um eine Reise nach Petersburg, und ich steige in den Zug. Will ich nach Petersburg reisen oder in den Wagen steigen oder nur das erste, zweite Trittbrett erreichen oder endlich gar nur den Fuß heben? Überall wendet der gewöhnliche Sprachgebrauch das Wort „Wille“ ohne jeden Zwang an, und doch ist so viel sicher, daß mein Bewußtsein sich zu dem, was in den einzelnen Fällen durch den „Willen“ erreicht werden soll, sehr verschieden verhält, und daß ich mir hier diese, dort jene Faktoren neben dem „Willen“ als kausal wirkend vorstelle.

Eben wegen dieser Dehnbarkeit ist der vulgäre Begriff des Willens psychologisch unbrauchbar, und das in fast allen Rechtsgebieten hervortretende Bedürfnis nach scharfer psychologischer Analyse hat dazu geführt, daß neuere Juristen zwischen der Körperbewegung und dem Erfolg streng unterscheiden; nur jene ist gewollt, dieser lediglich vorgestellt. So, wie wir sahen, bereits Bekker und von den Jüngeren insbesondere v. Liszt,⁷⁰⁾ freilich nicht ohnemannigfachen Widerspruch.⁷¹⁾ Andere, wie Zitelmann⁷²⁾ und Bünger, sprechen mit voller Schärfe aus, daß Wollen nichts bedeute als Innervation, Erregung der motorischen Muskeln durch den centralen Apparat. „Gefühle und Vorstellungen,“ sagt der letztere Schriftsteller,⁷³⁾ „sind zwar die unerläßlichen Voraussetzungen des bewußten Willens, ohne welche eine Richtung des Willens und auch ein konkretes Wollen überhaupt nicht möglich wäre. Sie sind aber nicht das Wollen, sondern nur seine Anfangs- und Endpunkte. Von diesen beiden, für die Willensaktion an sich zahllosen Punkte, welche das Anfangs- und Schlussmoment der Aktion bilden, liegt der eigentliche Inhalt des Willens, welcher von den das Wollen begleitenden Vorstellungen und Gefühlen in der Reflexion deutlich getrennt wird. . . . Es ist in dem Handeln des Wollenden identisch mit der Erregung der motorischen Nerven und Muskelverkürzung durch Zusammenziehung derselben, als welche sich die äußere Körperbewegung, durch welche die kausal-

⁷⁰⁾ Lehrbuch § 38 Anm. 2.

⁷¹⁾ S. z. B. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin Marburg 1889. S. 12.

⁷²⁾ Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879. S. 136: „Willensakt ist die psychische Ursache, durch welche motorische Nerven unmittelbar erregt werden.“ Vgl. dagegen Sigwart a. D. S. 133. 134.

⁷³⁾ Über Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung. Z VI. S. 291 ff. bes. S. 307.

wirkende Handlung vollbracht wird, ihrem Inhalt nach darstellt.“ An einer andern Stelle hebt Büniger hervor, „daß als gewollt im eigentlichen Sinne nur das konkrete Handeln, die kausale Körperbewegung, nicht der Erfolg vorgestellt werden darf“, und endlich betont er, daß Wille nur insoweit vorhanden ist, als Willensaktion, nämlich Handeln vorliegt.⁷⁴⁾

Die Ansicht dieser Schriftsteller steht wohl der Ribots am nächsten. In Gegensatz tritt sie zunächst zu der vulgären Auffassung. Während diese das Wollen als die dem Handeln vorausgehende seelische Thätigkeit bezeichnet, findet insbesondere Büniger den Akt des Wollens nur im Handeln und stellt alles Vorausgehende unter den Begriff des Motivs.⁷⁵⁾ Außerdem ergibt sich ein Gegensatz namentlich gegenüber Wundt, insofern nach diesem vom Willen auch ohne äußere Thätigkeit gesprochen werden kann. Mag man nun Büningers Standpunkt teilen oder nicht: unverständlich bleibt es, wie sich die Ergebnisse seiner Untersuchung zu ihrem Ausgangspunkte verhalten. Gerade Büningers Prämissen scheinen mir unbedingt zur Vorstellungstheorie hinüberzuführen, und wenn ich im folgenden mit einer gewissen Lebhaftigkeit gegen ihn polemisiere, so geschieht es nur in der Hoffnung, vielleicht eine Verständigung anzubahnen.

Ist nämlich der Wille nur da, indem er sich in Bewegung setzt, so ist es, wie ohne weiteres zugegeben werden wird, unmöglich von ihm zu sagen: er ist; nur das Urteil ist erlaubt, daß er gewesen ist oder sein wird. Denn schon bevor das Wort über die Lippen gekommen, hat sich jener geheimnisvolle Vorgang der Innervation vollzogen, der Impuls mit blitzartiger Geschwindigkeit die Bewegung ausgelöst. Noch viel weniger aber ist es gestattet, von einem kämpfenden Willen zu sprechen. Denn ist der Wille eben nur Nervenregung, so ist er vor dieser überhaupt nicht vorhanden, kann also auch nicht kämpfen. Dieses Los bleibt den vorausgehenden Bewußtseinszuständen vorbehalten, welche Büniger als Fühlen, Vorstellen, Denken charakterisiert. Die Motive dringen auf mich ein, ich wäge sie gegeneinander ab, jedes sucht sich meinem Bewußtsein einzuschmeicheln. Das ist Kampf, aber nicht Kampf des Willens im Sinne Büningers. Trotz alledem tritt der „kämpfende

⁷⁴⁾ Daf. S. 321.

⁷⁵⁾ Über Handeln und Handlungseinheit. Z VIII bef. S. 699.

Wille“ bei ihm auf die Scene, nicht etwa als verkapptes Denken, sondern in sehr deutlicher Charaktermaske, nämlich als Vorfaß. „Vorfaß,“ definiert Büniger, „ist der verbrecherische Wille, welcher das in der Vorstellung des zu erwartenden Eintritts des rechtsverletzenden Erfolgs liegende Gegenmotiv handelnd überwindet.“⁷⁶⁾

Büniger stellt sich somit, wenigstens der äußern Form nach, auf die Seite der Willenstheorien. Gegenüber der Vorstellungstheorie führt er aus, daß die Vorstellung „mindestens ihrem Inhalte nach nicht produktiver, sondern rezeptiver Natur sei, mehr passiv als aktiv. Dagegen trage Vorfaß im allgemeinen sprachlichen Sinne einen entschieden aktiven Charakter. Denn das, was den Gegenstand meines Vorfaßes bildet, werde mir nicht vorgelegt wie der Inhalt der Vorstellung, sondern ich selbst setze mir es willkürlich — wenn auch unter dem kausalen Zwang der Motive — vor.“⁷⁶⁾ Würde nun, argumentiert Büniger weiter, der Vorfaß mit der Vorstellung identifiziert, so wäre die Konsequenz die, daß eine reine Denkoperation, ein cogitare den regelmäßigen Grund der Strafbarkeit in subjektiver Beziehung bilden würde, während doch nach der allgemeinen und auch vom Reichsgericht gebilligten Anschauung das Wollen die subjektive Seite der strafbaren Handlung ist. So führt das Reichsgericht in einer Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880⁷⁷⁾ aus, das Strafgesetz richte sich gegen den verbrecherischen Willen, und in einer weitem Entscheidung vom 23. Dezember 1881⁷⁸⁾ hebt es hervor, daß es genüge, wenn „die als notwendig erkannten Folgen von dem Handelnden in den Willen aufgenommen werden, auch wenn ihm an diesen Folgen nichts liegt, also seine Absicht nicht auf die Herbeiführung derselben gerichtet ist“.

Nun muß sogleich bemerkt werden, daß weder das Reichsgericht, noch die allgemeine Anschauung den Willen im Sinne Bünigers nehmen, wenn sie ihn als den eigentlichen Grund der Strafbarkeit ansehen. Für das allgemeine Rechtsbewußtsein ist das ohne weiteres klar; hier liegt der Beweis in der wiederholt hervorgehobenen Redeweise des täglichen Lebens, und für das Reichsgericht ergibt sich das Gleiche, sobald man den Ausdruck „in den Willen auf-

⁷⁶⁾ Das. S. 335.

⁷⁷⁾ Entsch. I. S. 439.

⁷⁸⁾ Entsch. V. S. 317.

nehmen“ ins Auge faßt. Ist der Wille „identisch mit der Erregung der motorischen Nerven und Muskelverföhrung“, so ist er kein Gefäß, welches etwas aufnehmen kann; er ist nur, indem er wird. Beide, Reichsgericht und allgemeine Rechtsanschauung, sehen vielmehr in dem „Willen“ den ganzen Akt von der Entstehung des Projekts bis zur Körperbewegung, und in diesen weitläufigen Prozeß kann sehr wohl etwas „aufgenommen“ werden, d. h. es kann als Moment dabei in Betracht kommen.

Nun hat aber gerade Bünser mit voller Schärfe hervorgehoben, daß alles, was vor der Körperbewegung liegt, sich der Hauptsache nach als Reflexion, also Denktätigkeit charakterisiert. Ist es jetzt noch so absurd, zu behaupten, daß der eigentliche Grund der Strafbarkeit im Denken liege? Freilich auf die Frage: ist Denken strafbar? wird der Mann aus dem Volke mit einem ebenso entschiedenen Nein antworten wie der Reichsgerichtsrat, aber lediglich deshalb, weil man bei dem Worte „Denken“ nur eine rein innere Tätigkeit im Auge hat, die in keiner Weise zur Entäußerung gelangt ist. Fragt man aber weiter: ist der zur That gewordene Gedanke strafbar? so wird hier wie dort die Antwort bejahend ausfallen. Und was ist denn die Handlung anders als eine Erschließung unsres innern Seins, motiviert nicht nur durch die Gefühle, sondern auch durch die Vorstellungen und durch die Denktätigkeit? Jedes dieser Momente verhält sich zur Handlung kausal, mithin liegt auch in jedem zu seinem Teil ein Grund der Strafbarkeit, und gerade der Determinismus, zu welchem sich Bünser ausdrücklich bekennt, darf vor dieser Konsequenz nicht zurücktreten.

Die Anhänger der Willenstheorie werden also ihren Gegnern nicht die Verückung des Grundes der Strafbarkeit vormwerfen dürfen, wohl aber trifft sie selbst der Einwand, daß sie mit einem Begriffe operieren, der im gewöhnlichen Leben unklar und verschwommen und in der Psychologie höchst bestritten ist. Es kann allerdings dem Juristen nicht darauf ankommen, den Streit der Psychologen zu schlichten, unverrückbar aber muß daran festgehalten werden, daß Wollen menschliche Tätigkeit ist. Wo diese aufhört, hört auch der Wille auf. Gewollt kann also sein etwas rein psychisches oder — vermöge des psycho-physischen Organismus — die Körperbewegung. Daraus folgt mit unabweisbarer Konsequenz, daß der Erfolg nur durch Vermittlung von Zwischengliedern auf den Willen zurückgeführt werden kann. Anstatt zu sagen: der Tod ist herbei-

geführt worden durch die und die physiologischen Vorgänge, diese sind verursacht worden durch einen Dolchstich ins Herz und der Dolchstich wurde ausgeführt durch einen Arm, dessen Bewegung endlich durch einen Willensakt ausgelöst wurde — sagt man einfach: der Tod war gewollt. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß es sich dabei lediglich um eine abgekürzte Redeweise handelt. Man überspringt einige Glieder der Kausalkette und setzt den Erfolg in unmittelbare Verbindung mit dem ersten Gliede. Logisch läuft diesem Beispiele folgendes durchaus parallel. Der Sturm löst einen Ziegel auf dem Dache, der Ziegel fällt und schlägt einen Menschen tot. So sehr sich die Sprache dagegen sträubt, so muß doch zugegeben werden, daß man mit dem gleichen Rechte wie vorher sagen könnte: der Tod ist ausgelöst worden. Wie wir Menschen einmal sind, können wir uns eben nur durch die Sprache unsere Gedanken mitteilen, und damit sind wir allen Launen des Sprachgeistes unterworfen. Hier helfen sie uns vorwärts, dort treten sie der klaren Erkenntnis hindernd entgegen und erfordern eine sorgfältige Analyse, damit die Metapher, die Abkürzung als solche erkannt werde.⁷⁹⁾

Sehr richtig fragt dann auch Bekker:⁸⁰⁾ „Was heißt einen Erfolg wollen? Wird eine Handlung gewollt, so ist gerade das wesentliche, daß die Handlung nur dem Willen ihren Ursprung verdankt; aber ein Erfolg erscheint uns überall als das Produkt mehrerer konkurrierender Ursachen. Sollen wir, um ein Verbrechen anzunehmen, verlangen, daß all diese mitwirkenden Ursachen auf den Willen des Thäters irgendwie zurückzuführen seien? Offenbar wäre das zu viel verlangt? X nimmt eine Schiene vom Damm der Eisenbahn, das Herabstürzen des Zuges zu bewirken, um seinen Feind zu verderben oder Gelegenheit zum Raub zu erhalten. Viele Ursachen wirken hier zusammen, das Unglück herbeizuführen: die Kraft des Dampfes, die Beschaffenheit des Damms, der Wagen, die Unachtsamkeit der Führer und Wärter usw. Die große Mehrzahl dieser Ursachen wirkt völlig unabhängig von dem Willen des Verbrechers, den wir darum doch nicht für minder schuldig erachten können. Konsequent durchgeführt würde obiges Verlangen dahin führen, einen Mord nur da anzunehmen, wo der Thäter den Angefallenen an den Ort des Verbrechens geführt hat, der Dolch

⁷⁹⁾ Vgl. dazu Lammajch in Grünhuts Zeitschr. IX. S. 234. 235.

⁸⁰⁾ Theorie des heutigen Strafrechts S. 252. 253.

von ihm selber geschliffen wurde. Zu einer Fälschung müßten wir fordern, daß der Thäter Papier, Tinte und Federn sich gefertigt hätte. So ist es offenbar nicht. Daß mit dem Willen des Thäters in keinem Zusammenhange stehende Kräfte und Umstände mitwirkten, den verbrecherischen Erfolg herbeizuführen, schließt den Begriff des Verbrechens nicht aus."

Vielleicht herrschte auf diesem Gebiet weniger Verwirrung, wenn es der Sprache eingefallen wäre, das Verbum wollen als intransitives auszubilden, zum mindesten wäre dann die Frage, ob auch etwas nicht Vorgestelltes gewollt sein könne, weder erörtert, noch überhaupt aufgeworfen worden.⁸¹⁾ Denn genau gestellt lautet sie: Kann die gewollte Körperbewegung einen Erfolg haben, welchen der Handelnde sich nicht vorstellte? Die Bejahung der Frage in dieser Form ist aber so absolut einleuchtend, daß niemand sie zum Gegenstande einer eingehenden Untersuchung machen wird. Daß ich den nicht vorgestellten Erfolg auf den Willen als „das kausale Moment im Menschen“ zurückführen kann, ist völlig sicher, ob ich aber im offenbaren Gegensatz zu dem Sprachgebrauche dessen ohnehin abgekürzte und darum irreleitende Redeweise nochmals abkürzen und noch verwirrender machen soll — diese Frage möchte ich entschieden verneinen.

Die Anschauung, daß etwas nicht Vorgestelltes gewollt sein könne, beeinflusst die ganze Bindingsche Vorsetzlehre. Das Wesentliche dabei ist aber ein anderer Punkt. Binding setzt nämlich den Willen in erster Linie nicht in Beziehung zu dem Erfolg, sondern zu dem Recht. Vorsatz ist ihm die bewußte Opposition gegen die Norm. Es kann für ihn nur zwei Schulformen geben, weil der Widerstand gegen die Norm nur entweder bewußt oder unbewußt erfolgen kann. Jene Form wird bezeichnet durch den Dolus, diese durch die Culpā.⁸²⁾ „Wie es ohne Kenntnis der Norm keine Zurechnungsfähigkeit, so gibt es auch ohne sie keinen Vorsatz“.⁸³⁾ Indessen: das Bedürfnis, die vorsätzliche

⁸¹⁾ Gegen Binding, Normen II § 38. Gegen ihn auch v. Buri, Beilageheft zum Gerichtsjaal XXIX S. 146, 147. Herz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, I. Hamburg 1880, S. 159 ff. Lucas, Subjektive Verschuldung, Berlin 1883, S. 15.

⁸²⁾ Normen II § 39.

⁸³⁾ Das. § 57. Vgl. Herz a. a. O. S. 162, welcher gegenüber Binding mit Recht hervorhebt, daß Dolus und Culpā einen andern Gegensatz aufweisen müssen als ihre Beziehung zur Norm.

Herbeiführung eines Erfolgs von der fahrlässigen zu unterscheiden, kann nicht nur auf juristischem, sondern auch auf rechtlich durchaus indifferentem Gebiete auftreten. Die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit werden nicht erst durch das Recht geschaffen, sondern von ihm vorgefunden und benutzt. Kann ich nicht meine Taschenuhr vorsätzlich oder fahrlässig ins Wasser fallen lassen? Und doch gibt es keine Norm, die mir das eine oder andere verbietet! Wenn es einem Gesetze einfielen, die Kontroverse, ob zum Vorsatze das Bewußtsein der Rechts- oder Normwidrigkeit gehört, im verneinenden Sinne zu entscheiden, dann gäbe es nach Binding keinen Vorsatz mehr, und die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche jenes Bewußtsein nicht fordert, gleichwohl aber mit dem Begriffe des Vorsatzes operiert, befände sich auf der schiefen Ebene einer fortwährenden *contradictio in adiecto*. — Trotz alledem halte ich die Frage, ob nicht doch, damit Strafe eintreten könne, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in irgend einer Form vorhanden sein muß, im Gegensatz insbesondere zu v. Liszt und v. Bar, für durchaus diskutabel. Nur glaube ich, daß nicht die Dialektik, sondern allein die historische Untersuchung, d. h. die genaue Durchforschung der Rechtsprechung zum mindesten seit Beginn dieses Jahrhunderts im Stande ist, eine befriedigende Lösung anzubahnen.

Ein zweiter Punkt, an welchem nicht minder festgehalten werden muß als an dem zuerst hervorgehobenen, wird bezeichnet durch die Forderung, die juristische Terminologie in Einklang mit der psychologischen zu bringen. Mag auch in vielen Beziehungen noch Unklarheit auf psychologischem Gebiete herrschen, so wäre doch schon vieles erreicht, wenn sich bei den Juristen die Neigung erkennen ließe, sich bei Behandlung psychologischer Fragen so eng als möglich der Fachdisziplin anzuschließen. Dazu ist unsere Wissenschaft viel zu weit vorgeritten, als daß sie sich in solchen intricaten Lehren auf den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens stützen könnte, und deshalb wurden oben die Ansichten der Psychologen über das Wesen des Willens mitgeteilt, um zu zeigen, daß es auch nicht nach einer einzigen statthaft erscheint, von einem Wollen des Erfolgs zu sprechen. Ist diese Wendung als technische Ausdrucksweise unzulässig, so ist wenigstens indirekt dargethan, daß nur die Vorstellungstheorie brauchbar ist. Denn von einer Definition des Dolus muß verlangt werden, daß sie die Beziehungen des Bewußtseins zu den durch die Handlung hervorzurufenden Ver-

änderungen in der Außenwelt klarstellt. Wenn dies nicht durch den Begriff des Willens möglich ist, so kann es nur durch den der Vorstellung, der Voraussicht geschehen.

III.

Wer es unternimmt, vom Standpunkt der Vorstellungstheorie aus das Wesen des Vorsages brauchbar zu bestimmen, hat sich mit keiner geringern Frage zu beschäftigen als mit der nach der Möglichkeit eines Blicks in die Zukunft. Denn da die Körperbewegung stets in einen frühern Augenblick fällt als der Erfolg, da ferner in den allermeisten Fällen das Nachdenken über den letztern wiederum vor der Körperbewegung liegt, so handelt es sich überall um die Voraussicht eines zukünftigen Ereignisses.

Sofern ich nun nicht etwa zu den Leuten gehöre, die auf den hundertjährigen Kalender schwören, werde ich mir nicht erlauben zu sagen, daß es heut übers Jahr regnen wird. Ebenjowenig werde ich sagen: morgen in zwei Jahren bricht der Krieg mit Frankreich aus. Ich enthalte mich jedes Urteils, weil ich mir bewußt bin, daß ich die Kausalitätsverhältnisse, die Bedingungen, die zum Regnen, zum Ausbruch des Krieges gehören, nicht kenne. Es giebt aber Fälle, in welchen ich mir ohne weiteres ein Urteil über zukünftige Ereignisse erlaube. So sagt der Arzt: der Tod, die Niederkunft muß um die und die Zeit erfolgen. Der Unterschied ist der, daß er die Kausalitätsverhältnisse, die physiologischen Vorgänge, welche schließlich den Tod oder die Niederkunft bewirken, kennt. Aber kennt er sie wirklich? — Jede irrtümliche Prognose beweist das Gegenteil. Ein Geist, der das All überblickt, es kennt und denkend vereint — der göttliche Geist allein kann mit Sicherheit die Zukunft voraussagen. Nur er überblickt alle Kausalreihen, nur er weiß, wie die eine fördernd oder störend in die andre eingreift.

Damit wird aber die Thatfache nicht aus der Welt geschafft, daß der Mensch, wie er einmal ist, zukünftige Ereignisse voraussagt, und nicht nur das thut, sondern sie geradezu als notwendig voraussagt. Lehrt das die tägliche Erfahrung, so fragt es sich, ob wir nicht doch mit Juden gerade denjenigen für einen doloßen Verbrecher zu erklären haben, der sich bewußt ist, daß dieser oder jener Erfolg aus seiner Handlung entstehen müsse. Denn wir haben es ja in der Rechtswissenschaft nicht zu thun mit dem

Menschen, wie er sein sollte, sondern mit dem Menschen, wie er ist. Wollten wir unsere Wissenschaft für einen Idealmenschen konstruieren, so fiel ein großer Teil ihrer Disziplinen und vor allem das Strafrecht überhaupt weg. Es gilt also, sich mit der Thatfache, daß der Erfolg als notwendig vorausgesetzt wird, abzufinden.

Ohne Zweifel werden wir nun denjenigen als dolosen Verbrecher ansehen, welcher annahm, daß eine gewisse rechtsverletzende Wirkung seiner Handlung eintreten müsse, sofern dieselbe wirklich eingetreten ist. Aber nicht das ist die Frage, sondern die weitere, ob nur dieser oder ob nicht auch ein anderer in dolo sei. Ist mit andern Worten nicht auch derjenige ein doloser Verbrecher, welcher den rechtswidrigen Erfolg seiner Handlung nur als möglich vorausjah, welcher sich nicht sagte: meine Handlung muß den Tod eines Menschen zur Folge haben, sondern nur: sie kann ihn herbeiführen?

Zunächst ist klar, daß der Handelnde um so seltener sich den Erfolg seiner Thätigkeit als gewiß vorstellen wird, je höher sein Bildungsgrad ist. Aus vielfacher Erfahrung weiß er, daß der Erfolg, von dem er glaubte, er müsse eintreten, durch irgend ein nicht vorhergesehenes Ereignis vereitelt wurde. Irgend eine Kausallitätsreihe, die außerhalb der Beobachtung lag, kreuzte den erwarteten Lauf der Dinge und die Resultante nahm schließlich eine ganz andre Richtung, als der Handelnde vorausjah, da er eine der Komponenten in Bewegung setzte. Denken wir uns einen Professor der Philosophie als Banditen, so wird er vielleicht noch beim Zücken des Dolchs erwägen, ob sein Opfer nicht ein Panzerhemd trage oder an Dextrokardie leide und so mit dem Leben davonkomme. Fände also — das ist das praktische Ergebnis — der Vorfall nur in dem Urteile: der Erfolg muß eintreten seinen Ausdruck, so wäre der höhern Bildung und umfassendern Lebenserfahrung ein Privileg für Straßlosigkeit geschaffen. Diese Konsequenz ist so unhaltbar, daß sich damit die Luben'sche Theorie von selbst widerlegt. Niemand wird daran zweifeln, daß der Berner'sche Bandit, welcher zur Prüfung der Tragfähigkeit seiner Büchse auf einen in großer Entfernung befindlichen Menschen anschießt, falls er ihn trifft und tötet, als Mörder zu bestrafen ist. Gleichwohl sagte er sich nicht: ich muß, sondern nur ich kann ihn töten.

So viel steht also fest, daß die Voraussetzungen des Erfolges als

eines möglichen unter Umständen den Begriff des Dolus erfüllt. Aber thut sie es in allen Fällen? Wir haben gesehen, daß sich v. Almenningen dieser Annahme sehr zuneigt, aber bei näherer Betrachtung wird sich ihre Unhaltbarkeit erweisen. Damit wäre ich auf die Frage gekommen, welche man in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts mit Fug und Recht als die wichtigste und schwierigste betrachtete.

Niemals zwar lehrt uns das Leben alle Kausalitätsreihen überblicken, aber wohl wird es uns darauf hinweisen, daß manche in die Entwicklung eingreifen können, die sich nicht auf den ersten Blick darbieten. So wird unsere Umsicht geschärft. Bevor wir zur Handlung schreiten, wägen wir sorgfältig alle Verhältnisse ab, die ihren Verlauf beeinflussen können. Je mehr wir zu Skrupeln und Bedenken geneigt sind, um so weiter liegende Möglichkeiten ziehen wir in das Gebiet unserer Betrachtungen. Der Unerfahrene ist sicher, keinen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, der Erfahrene hält ihn für möglich, er zweifelt lange, ob er handeln will, aber schließlich kommt er zu dem Ergebnisse, der rechtsverletzende Ausgang sei so fernliegend, in einem solchen Grade unwahrscheinlich, daß er den Entschluß faßt. Soll die Thatfache des reiflichen Erwägens, des Denkens an alle Möglichkeiten ihn strafbar machen? Soll die Vorstellung, daß etwas eintreten könne, woran der minder Vorsichtige nicht einmal denkt, ihn vor den Richter bringen? Dann wäre ein Privilegium für Gedankenlosigkeit geschaffen, wie es schlimmer kaum gefunden werden kann. Wer — so möchte man das von Henke gegen v. Almenningen angeführte Beispiel variieren — im Bette raucht und dabei nichts denkt, kann sich höchstens einer fahrlässigen Brandstiftung schuldig machen; wer aber so unglücklich ist, daß ihm dabei der Gedanke an die Möglichkeit eines Brandes aufsteigt, wird zum vorsätzlichen Brandstifter! Zutreffend bemerkt Binding⁸⁴⁾ gegen diese Auffassung, daß nach ihr der bonae fidei possessor sofort der Unterschlagung schuldig werde, sobald ihm einmal durch den Kopf gehe, die Sache könne vielleicht einem Dritten gehören.

Welcher Unterschied ist nun zwischen diesen Fällen und den

⁸⁴⁾ Normen II, S. 160. Vgl. auch v. Bar, Kausalzusammenhang S. 19. 20. — Neuerdings wird die hier bekämpfte Ansicht wieder von Baumgarten: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Stuttgart 1888, S. 426 ff., vertreten.

vorhin erwähnten des Banditen, der die Tragkraft seines Gewehrs prüfen will? Ich glaube, es liegt auf der Hand: der Bandit würde geschossen haben, auch wenn er gewußt hätte, daß der Tod eintreten würde — der Raucher hätte die Zigarre gelöscht, wenn er gewußt hätte, daß ein Funke in das Bett fallen und das Haus in Brand stecken würde. Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt also den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte. Wäre es möglich, das im voraus mit Sicherheit zu bestimmen, was nachträglich eintritt und würde trotz dieses Bewußtseins des Erfolgs gehandelt worden sein, so liegt Vorsatz vor. Würde dagegen dieses Bewußtsein von der Handlung abgehalten haben, so entfällt der Dolus. Das ist es, was man hier und da als die „Einwilligung“ in den Erfolg bezeichnet. Ich halte diesen Ausdruck aus wiederholt hervorgehobenen Gründen nicht für brauchbar und schlage an seiner Stelle die vorstehende Umschreibung vor.

Bereits Breidenbach in seinem Kommentar über das Großherzoglich heßische Strafgesetzbuch sagt:⁸⁵⁾ „In manchen Fällen, wenn auch nicht immer, wird sich eine sichere Probe, ob bewußte Fahrlässigkeit oder unbestimmter Vorsatz vorhanden war, dadurch anstellen lassen, daß man in der Idee alles Alternative oder Eventuelle wegwirft und sich denkt, es hätte eine überirdische Macht dem Thäter, als er die fragliche Handlung vornahm, vorher gesagt, welchen Erfolg sie in Wirklichkeit haben werde. Wenn man sich nun an der Hand der erhobenen Umstände fragt, was der Thäter in einem solchen Falle wohl gethan haben würde, und man sich die Antwort geben kann, daß der Thäter die Handlung nicht unterlassen haben würde, so ist ihm der eingetretene Erfolg zum Vorsatz zuzurechnen.“ Diese Ansicht, welche sich mit der meinigen im wesentlichen deckt, ist allerdings durch v. Bar bekämpft worden.⁸⁶⁾ Er wendet gegen dieselbe zweierlei ein:

1. „Was jemand gethan haben würde, läßt sich nachträglich gar nicht feststellen.“ Damit wird die vertretene Auffassung wegen

⁸⁵⁾ I, 2. Abt., Darmstadt 1844, S. 57. 58.

⁸⁶⁾ Kauhalzusammenhang S. 34 Anm. 5.

der Unmöglichkeit des verlangten Beweises abgelehnt. Ich kann mich indessen von dieser Unmöglichkeit nicht überzeugen. Nehmen wir überhaupt auf psychologische Vorgänge Rücksicht, so ist klar, daß wir damit Beweise, Feststellungen verlangen, bei welchen es eines viel größern Maßes von Scharfsinn bedarf als da, wo es sich um rein äußerliche Vorgänge handelt. Bei allen in das psychologische Gebiet fallenden Feststellungen kommt es darauf an, sich in die Seele des Thäters zu versetzen — warum das gerade hier unmöglich sein sollte, ist mir nicht verständlich. In der That fordern wir häufig Beweise, die viel schwerer zu erbringen sind. So will das Reichsgericht in einem Plenarbeschlusse vom 7. Juli 1886²⁷⁾ festgestellt wissen, ob der Thäter in einem gewissen Momente einen neuen Entschluß gefaßt hat oder auf Grund des frühern weiter handelte. Sieht man etwa vom Falle des glaubhaften Geständnisses ab, wie läßt sich dann hinterher eine derartige Feststellung anders treffen als durch Schlüsse aus den begleitenden Umständen, als durch ein Versetzen in die Seele des Angeklagten? Und weshalb sollten die begleitenden Nebenstände einen solchen Schluß, wie ich ihn fordere, nicht zulassen? Ohne einen gewissen Grad von Willkür geht es bei allen schwierigeren Fällen nicht ab, der Erfahrung des Richters muß es überlassen bleiben, sich möglichst nahe dem Nullpunkt zu halten.

2. „Es kann sehr wohl sein, daß jemand, wenn der rechtswidrige Erfolg ihm unvermeidlich erschienen wäre, er die Thätigkeit dennoch eines andern Zweckes wegen unternommen hätte, gleichwohl will er nun, da er sich von der völligen Unvermeidlichkeit des Erfolges nicht überzeugt hat, den Erfolg bei seiner Thätigkeit nicht, bringt ihn aber doch hervor.“ Durch diese Bemerkung wird meine Ansicht nicht getroffen, da ich es mit aller Entschiedenheit ablehne, von einem „gewollten Erfolge“ zu sprechen.

Überall muß es ganz außer Betracht bleiben, wie sich der Handelnde zu dem Erfolge verhielt, ob er ihm gleichgültig oder interessiert gegenüberstand. Nur der Kampf mit jenem unglückseligen Ausdrucke und das Bemühen, ihm einen bestimmten Sinn beizulegen, welches sich durch die gesamte moderne Litteratur hinzieht, erklärt es, daß vielfach wieder der Gesichtspunkt des Zweckes herbeigezogen wird. Bei der ablehnenden Haltung, welche das moderne

²⁷⁾ Entsch. XIV. S. 313 ff.

Rechtbewußtsein, unterstützt von der konsequenten Rechtspredung des Reichsgerichts, dem gegenüber einnimmt, ist es begreiflich, daß man schließlich zu durchaus unsaßbaren Resultaten gelangt. Das gilt insbesondere für Hugo Meyer. In der vierten Auflage seines Lehrbuchs⁸⁸⁾ definiert dieser den Voratz als „den Willen, etwas im gegebenen Falle zu thun, was das Gesetz im allgemeinen unter Strafe stellt“, bei den nähern Ausführungen aber neigt er sehr zu einem Kompromiß mit der Vorstellungstheorie. Operiert er demgemäß auch mit der Vorstellung, der Voraussicht des Erfolgs, so hebt er doch hervor, daß diese nicht genüge, sondern es auf den Willen ankomme, den vorgestellten Erfolg herbeizuführen. Dieser liege aber vor, wenn der Thäter den Erfolg bezweckt habe. Indessen sieht sich Meyer sogleich genötigt, seiner Auffassung durch die mir nicht ganz verständliche Bemerkung die Spitze abzubringen, es brauche nicht der Erfolg selbst bezweckt zu sein, vielmehr genügt es, wenn sich der betreffende Erfolg als Begleiter beziehungsweise Stellvertreter (?) des bezweckten Erfolges darstellt.⁸⁹⁾

Auch der Formulierung von Lucas kann ich nicht zustimmen. Ihm „erscheint jedenfalls der als wahrscheinlich gedachte Erfolg vom Voratze erfaßt, der als möglich vorgestellt aber nur insofern, als diese Möglichkeit in der Vorstellung mit dem gewöhnlichen Gange der Ereignisse verbunden ist“⁹⁰⁾ Zunächst dürfte der Unterschied zwischen Möglichkeit schlechthin und Wahrscheinlichkeit viel zu schwankend und unbestimmt sein, als daß sich auf ihn ein bedeutendes Gewicht legen ließe. Sodann aber zeigt die Lucas'sche Auffassung sich auch als praktisch unhaltbar. Denken wir uns einen Vagabunden, der sich aller Mittel entblößt sieht, kein Almosen erhält und nun *va banque* spielen will. In einem Walde sieht er einen Offizier auf sich zukommen, von welchem er annimmt, daß er eine gefüllte Börse bei sich trage. Er sieht es durchaus nicht als wahrscheinlich an, daß er dem Offizier an Kraft überlegen sei, aber, von der Verzweiflung getrieben, wagt er es auf die bloße Möglichkeit hin. Gewiß wird kein Richter Bedenken tragen, den Vagabunden wegen

⁸⁸⁾ § 26.

⁸⁹⁾ Vgl. auch v. Bar, *Kausalzusammenhang* S. 35 ff. und gegen ihn v. Buri, *Über die Kausalität und deren Verantwortung* S. 31 ff.

⁹⁰⁾ *Subjektive Verschuldung* S. 16.

Mords zu verurteilen, wenn es ihm gelungen ist, den Gegner zu überwältigen und zu töten, obwohl der tatsächliche Verlauf durchaus nicht dem gewöhnlichen entspricht.

Sehr willkommen ist mir indessen gegenüber v. Bar⁹¹⁾ die Bemerkung Lucas, daß der *dolus eventualis* eine ganz allgemeine Schuldform sei. Verstehe ich Lucas recht, so will er sagen, es gebe genau betrachtet nur einen *dolus eventualis*, sofern man bei diesem Begriffe nicht an mehrere ins Auge gefaßte Erfolge, sondern nur an das Bewußtsein der Möglichkeit des Eintritts des Erfolgs im Gegensatz zum Bewußtsein der Notwendigkeit denkt. Denn da es ja eine absolut sichere Voraussicht nicht gibt, so muß die Voraussicht des Erfolgs als eines möglichen die normale sein.

An dieser Stelle würde auch die Ansicht zu erwähnen sein, welche J. v. Kries vertritt.⁹²⁾ Nach ihm liegt *Dolus* dann vor, wenn der Handelnde den rechtsverletzenden Erfolg „adäquat“ verursacht und diese adäquate Verursachung sich vorgestellt hat. Dieselbe soll dann vorliegen, wenn die Handlung gemäß den allgemeinen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Mit Recht hebt demgegenüber v. Buri⁹³⁾ hervor, daß dann der Täter straflos ausgehen müßte, wenn er sich den Kausalzusammenhang nicht als einen adäquaten, sondern als regelwidrigen von vornherein vorgestellt hat.

Außer den Urteilen: der Erfolg muß — und der Erfolg kann eintreten, fällen wir im Leben noch ein drittes. Stehe ich unmittelbar vor einem Spiegel, im Begriff, mit einer Eisenstange hineinzuschlagen, so sage ich mir weder: ich muß, noch ich kann den Spiegel zertrümmern, sondern einfach: ich werde ihn zertrümmern. Ein Cirkuskünstler, welcher täglich den Tellchuß ausführt, wird auf die Frage, ob er sicher sei, den Apfel zu treffen und nicht den Knaben? antworten: ich werde den Apfel treffen.

Man hat zuweilen die Statthaftigkeit eines derartigen Urteils durch den Hinweis darauf abzulehnen gesucht, daß die Zukunft nur unter den Gesichtspunkten der Notwendigkeit und Möglichkeit vorgestellt werden könne. Dadurch wird indessen die Tatsache, daß das Urteil gefällt wird, nicht berührt. Sehe ich recht, so hat zuerst Herrmann⁹⁴⁾ mit ihm operiert. In dem Urteile: der Erfolg wird ein-

⁹¹⁾ Gerichtssaal XXVIII, S. 285 Anm.

⁹²⁾ Vgl. besonders Z IX 529 ff.

⁹³⁾ Gerichtssaal XLI, S. 408 ff., speziell S. 413—415.

⁹⁴⁾ Arch. des Kriminalrechts 1856 S. 25 ff.

treten, findet er den Ausdruck der bestimmten Absicht, deren Wesen das ist, „daß sie bestehen bleibt, auch wenn das Bewußtsein die Möglichkeit des Nichtgeschehens oder Andersgeschehens, also die Ausbleiblichkeit des Erfolgs festhält“. „Dies geschieht aber,“ fährt er fort, „wenn man von der bestimmten Absicht in bezug auf die Außenwelt nur verlangt, daß der Handelnde den in der letzten waltenden und von ihm anzuregenden Kausalzusammenhang als Ursache der Wirklichkeit der der beabsichtigten Verbrechenart entsprechenden Erscheinung vorstellt. Wirklichkeit bedeutet das Dasein eines Objekts für ein Subjekt im Erkennen; sie negiert also die bloße Möglichkeit einerseits, ohne anderseits die Notwendigkeit (die Unmöglichkeit des Andersgeschehens) zu affirmieren. Wer ein Objektives oder objektiv zu Machendes als Wirkliches bezeichnet, bejaht einfach auf Grund der Erfahrung seine vorhandene oder seine werdende Existenz, eine Bejahung, durch welche die Möglichkeit des Andersseins oder Andersgeschehens nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr kraft der relativen Unvollständigkeit und Lückenhaftigkeit aller Erfahrung eingeschlossen ist. Hiernach besteht das Charakteristische der bestimmten Absicht in bezug auf die Außenwelt in der einfachen Bejahung der dem vorgestellten Verbrechensbegriff entsprechenden Erscheinung als wirklicher in der Behauptung: sie wird (nicht muß) eintreten; eine Behauptung, zu welcher ein Handelnder dann gelangt, wenn die ihm mittels seiner Erfahrung bekannte Existenz und Kausalverbindung der Dinge ihm das tatsächliche Eintreten der Erscheinung zeigt und nicht erst dann, wenn er aller Bedingungen des objektiven Geschehens und ihres Zusammengreifens zur Wirklichkeit gewiß ist. Der Gegensatz des so beschaffenen Bewußtseins und ebendeshalb das Kriterium der unbestimmten Absicht in bezug auf die Außenwelt besteht daher allerdings in dem Bewußtsein der Möglichkeit (die Erscheinung kann eintreten), allein in dem Sinne, in welchem die Möglichkeit nicht ein Gegensatz der Notwendigkeit, sondern ein Mangel der Erkenntnis der Wirklichkeit ist.“

Gegen diese Ausführungen ist einzuwenden, daß durch die Ausdrücke „Notwendigkeit“ und „Möglichkeit“ stets nur Beziehungen unserer Erkenntnis zum Ausdruck gelangen. „Möglichkeit“ auf ein zukünftiges Ereignis bezogen, bedeutet stets Mangel der Erkenntnis. Ihr Gegensatz ist Vorhandensein der Erkenntnis, und dieses Vorhandensein, gleichgültig ob tatsächlich oder nur scheinbar gegeben, nennen wir eben „Notwendigkeit“. Diese ist kein Ding, sondern

nur der Ausdruck für das Vorhandensein der Erkenntnis. Sind mithin beide nicht verschiedene, sondern durchaus identische Begriffe, so würde die völlige Gleichwertigkeit der Urteile: der Erfolg muß und er wird eintreten zu folgern sein. Offenbar aber ist ein Unterschied vorhanden.⁹⁵⁾

Die psychologische Rechtfertigung des Urteils: der Erfolg wird eintreten, liegt in dem ersten der oben angeführten Beispiele daran, daß an ein Fehlschlagen überhaupt nicht gedacht wird. Die vorgestellte Kausalreihe entspricht so sehr dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie er aus hundertfacher Erfahrung bekannt ist, daß mir der Gedanke, es könnte auch anders kommen, nicht einmal aufsteigt. Bei dem zweiten Beispiel mag mir dieser Gedanke allerdings erweckt worden sein, aber das Vertrauen auf die eigne wiederholt geprüfte Kraft und Geschicklichkeit gibt ihm keinen Raum; alle Erwägungen werden zurückgewiesen durch das selbstbewußte: ich werde. Anders bei den Urteilen: ich muß oder: ich kann. Jedes von diesen stellt sich dar als das Ergebnis einer Überlegung. Wer da sagt: ich muß ihn töten (falls ich nämlich gehandelt habe), oder: der Tod muß als Erfolg meiner Handlung eintreten, zeigt, daß er geprüft und als Resultat erlangt hat: die Möglichkeit des Anderswerdens ist ausgeschlossen. Deutlicher noch bringt die Überlegung derjenige zum Ausdruck, welcher nur urteilt: ich kann ihn töten, oder: der Tod kann als Erfolg meiner Handlung eintreten.

Von modernen Schriftstellern legt bekanntlich v. Liszt einen besondern Wert auf die Voraussicht des Erfolgs in der Gestalt des Urteils, daß derselbe eintreten werde. In der dritten Auflage seines Lehrbuchs sagt er (§ 38): „Voraussicht des Erfolgs oder Vorstellung der Kausalität bedeutet das Bewußtsein, daß die Handlung diesen Erfolg nach sich ziehen werde; nicht daß sie dieselben möglicherweise nach sich ziehen könne oder notwendigerweise nach sich ziehen müsse.“ Wenn durch diese Bemerkung gesagt sein soll, daß die Vorstellung des Erfolgs als eines möglichen nicht zum Vorface genüge, so trifft sie meines Erachtens nicht zu. Gesezt, ich fasse den Plan, den Schaffner von dem Trittbrette in einen Abgrund zu stürzen, über welchen der Zug dahinfährt. Ich

⁹⁵⁾ Gegen Herrmann auch v. Bar, Kausalzusammenhang S. 20 Anm. 4 und Geßler, Begriff und Arten des Dolus S. 95 ff., S. 128 ff.

weiß genau, daß mein Stoß möglicherweise deshalb wirkungslos bleibt, weil sich jener vielleicht zu festhält, ich urteile also nur: ich kann ihn herabstürzen und töten, nicht: ich werde ihn töten; und doch wird kein Richter Bedenken tragen, mich wegen Mordes zu verurteilen, falls mir der Stoß gelingt.⁹⁶⁾

Nach alledem gelange ich unter Berücksichtigung dessen, daß der Handelnde die konkreten Elemente des Thatbestandes kennen muß, zu folgender Formulierung: Vorsatz (Dolus) ist die Voraussicht (das Bewußtsein) des Erfolgs meiner Handlung, verbunden mit der Kenntnis derjenigen Umstände, welche die Handlung zu einer strafbaren machen. Die Voraussicht kommt zum Ausdruck:

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

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

3. in dem Urteil: der Erfolg **kann** eintreten. Hier ist die Möglichkeit des Anderswerdens erwogen worden, aber unentschieden geblieben. (Voraussicht des Erfolgs als eines **möglichen**.) Drückt sich die Voraussicht des Handelnden in diesem Urteile aus, so ist Vorsatz nur dann vorhanden, wenn ihn die Voraussicht des Erfolgs als eines gewissen oder notwendigen vom Handeln nicht abgehalten haben würde.

IV.

Im Verfolg meiner Abhandlung erwächst mir die Aufgabe, mich mit den Gegnern der Vorstellungstheorie auseinanderzusetzen. Gegen einen derselben — Büniger — habe ich bereits oben polemisiert; als weiterer wäre in erster Linie Binding zu erwähnen.

⁹⁶⁾ Gegen v. Liszt auch v. Buri, Über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung G.S. XLI S. 408. 409 und Stooß i. d. Z. f. Schweizer Strafrecht I. Jahrgang S. 525. 526.

Die Ausführungen desselben gegenüber den ältern Vertretern der Vorstellungstheorie gehen in zwei Richtungen auseinander, welche scharf zu trennen sind. Am ausführlichsten ist er da, wo er den Vorwurf erhebt, daß das Bewußtsein der Normwidrigkeit nicht als Moment in die Definition des Vorsatzes aufgenommen werde.⁹⁷⁾ Dieser Punkt interessiert mich hier nicht, da ich es vorläufig dahingestellt sein lasse, ob dieses oder ein ähnliches Bewußtsein zum Vorsatz gehört. Im übrigen akzeptiert Binding nur eine kurze Bemerkung Feuerbachs, welcher es gegenüber Grolmann für unverständlich erklärt, „warum der böse Vorsatz bloß in die Vorsehung der Gesetzwidrigkeit und der Entschluß zur gesetzwidrigen That selbst . . . ganz von dem Begriff des Dolus ausgeschlossen wird“?⁹⁸⁾ Ich glaube nicht, daß sich die Anhänger der Vorstellungstheorie mit dieser kurzen Bemerkung weitläufig abzufinden haben. Denn auch auf ihrer Seite besteht kein Zweifel darüber, daß zu der Vorstellung des Erfolgs auch ein Entschluß, eine Handlung kommen muß. Nur definieren sie die Handlung an einer andern Stelle des Systems und verwenden bei der Definition des Vorsatzes einen bereits feststehenden Begriff, auf dessen Elemente jetzt nicht mehr zurückgegangen zu werden braucht.

In der neuesten Zeit hat sich Havenstein gelegentlich einer anonymen Abhandlung zur Lehre vom untauglichen Versuch⁹⁹⁾ gegen die Vorstellungstheorie ausgesprochen. Soweit er dabei prinzipielle Erörterungen pflegt, kann ich ihm den gesamten Inhalt dieser Untersuchungen entgegenhalten. Denn gerade das, was erklärt werden soll, nämlich was es heißt, wenn gesagt wird, ein Erfolg sei gewollt, wie diese landläufige Redensart in eine psychologisch und juristisch brauchbare Form umgegossen werden soll: alles das bleibt bei ihm unerörtert. Er operiert mit dem „Wollen“, dem „Beabsichtigen“ des Erfolgs, ohne sich klar zu machen, welche Fülle von Zweifeln hinter diesen mysteriösen Ausdrücken steckt. Ich beschäftige mich daher nur mit den Beispielen, welche er zur Widerlegung der Vorstellungstheorie anführt.

„Wenn man eine an sich berechnigte Handlung aus berechtigten Motiven vornehmen will, so braucht man nicht davon abzusehen,

⁹⁷⁾ J. B. Normen II. S. 156. 157.

⁹⁸⁾ In der Normen II. S. 153 citierten Stelle.

⁹⁹⁾ Goldammer's Archiv 36. Band S. 33 ff., bei. 37. 38.

weil man weiß, daß ein anderer sie zu einem Betrug benutzen kann und wird, daß derselbe nur darauf wartet, ihn für seine verbrecherischen Zwecke zu verwerten, — man macht sich durch Vornahme der Handlung nicht der Beihilfe schuldig.“ — In dieser Allgemeinheit aber verfängt das Beispiel nicht. Denn allgemein wird anerkannt, daß, wenn ich zu einer Handlung aus irgend welchen Gründen berechtigt war, von einer kriminalistischen Verantwortlichkeit wegen Mangels der Rechtswidrigkeit nicht die Rede sein kann.

„Wenn ein Besitzer, um für sein totfrankes Kind einen Arzt zu holen, in voller Carriere zur Stadt fährt, obwohl er sich sagt, daß daraus leicht Unglück für die Passanten entstehen kann, aber hofft, es zu vermeiden, so macht er sich doch keiner vorsätzlichen, sondern höchstens einer fahrlässigen Körperverletzung schuldig, wenn er durch sein schnelles Fahren ein solches Unglück herbeiführt.“ — Das ist gewiß richtig, getroffen wird indessen wohl diejenige Formulierung, welche ich im allgemeinen als die Almindingsche bezeichnet habe, nicht aber die meinige.

„Wenn man einem Verurteilten aus dem Bereich der Vollstreckungsbehörden forthilft, so ist es allerdings unerheblich, aus welchem Motiv man das thut, ob aus Haß gegen die staatlichen Behörden, um sich die Gunst des Verurteilten zu erwerben oder um zu verdienen; daher ist die Entscheidung des Reichsgerichts, Rspr. Band 3 Seite 778, welche einen Auswanderungsagenten für schuldig erachtete, durchaus korrekt, wenngleich es dem Auswanderungsagenten wenig oder gar nicht um die Dürpierung der staatlichen Straf Gewalt, ja, nicht einmal um das Hinüberschaffen des Verurteilten zu thun war, sondern allein um den Empfang des Überfahrts-geldes. In concreto konnte er hier dieses letzte nicht erreichen, ohne das erste und zweite zu wollen, und deshalb wollte er alles dreies. Danach kann dem Satz in den Annalen Band 4 S. 191, daß „Absicht der Begünstigung nicht mehr in sich begreife als das Bewußtsein der mit der Handlungsweise verbundenen notwendigen Wirkungen“ in dieser Allgemeinheit nicht beige stimmt werden. Wenn ein Eisenbahnzugführer sieht, wie ein Sträfling, von Gendarmen verfolgt, oder wie ein Schmuggler auf der Flucht vor Grenzbeamten den Eisenbahndamm passiert, deutlich erkennt, daß ein Weiterfahren des Zuges die Verfolger so lange aufhalten muß, daß der Flüchtling entkommt, — so macht er sich doch keiner Begünstigung schuldig, wenn er weiterfährt. Oder ist der Bauer verpflichtet,

seinen Schafspelz auszuziehen und den Gang über seinen Ader aufzugeben, weil er erkennt, daß ein Gendarm, welcher einen ebenso gekleideten Verbrecher verfolgt, dadurch notwendig irreführt und jener in eine günstigere Lage gebracht wird? Keineswegs — es fehlt die Absicht.“ — Diese Ausführungen fallen allerdings bei der Interpretation des § 257 St.G.B. wesentlich ins Gewicht. Sind sie richtig, so beweisen sie aber nichts weiter, als daß mit den Worten „um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern“ mehr verlangt wird als die bloße Voraussicht des Erfolges. Das ist ja wohl noch niemals bestritten worden, daß derartige Wendungen oder die Hervorhebung des Wortes Absicht häufig auf etwas anderes hindeuten als auf das bloße Bewußtsein der Kausalität. Also nur das darf Havenstein zugegeben werden, daß im § 257 zum Vorsatz mehr gefordert wird als dieses Bewußtsein, nicht aber kann seinen Ausführungen ein Gewicht gegenüber der hier vertretenen Formulierung des Vorsatzes überhaupt beigelegt werden.

Von anderen Gesichtspunkten aus greift v. Buri die Vorstellungstheorie an. Der erste Satz seiner Abhandlung über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung¹⁰⁰⁾ erweckt zwar den Anschein, als wende er sich nur gegen die Auffassung, daß die Vorstellung eines wahrscheinlichen oder möglichen Erfolgs stets den Begriff des Vorsatzes erfülle. Der weitere Verlauf zeigt indessen, daß die Vorstellungstheorie in jeder Form mißbilligt wird. Der Grundsatz, von welchem v. Buri ausgeht, ist der, daß nur der gewollte Erfolg als vorzüglich aufgerechnet werden dürfe; sonach soll die Ansicht, daß die Vorstellung des Erfolgs in diesen Formen Dolus ausmache, bedeuten, daß ein derartiger Erfolg gewollt sei. Dieser Ansicht fehle es aber überall an einer auch nur annähernd zureichenden Begründung. Demgegenüber ist zu bemerken, daß wir wegen der Unfaßbarkeit des Begriffs eines gewollten Erfolgs ihn überhaupt nicht anwenden. Das, was wir an seine Stelle setzen, ist keineswegs dazu bestimmt, sich mit ihm zu decken. Nach einer Größe, welche dem „gewollten Erfolg“ kongruent wäre, suchen wird deshalb nicht, weil es schlechthin an jedem Mittel fehlt, seine Extensionen zu bestimmen. Die Anwendbarkeit des von v. Buri aufgestellten Maßstabes ist daher abzulehnen.

¹⁰⁰⁾ G.E. XLI S. 408 ff.

Die Mängel der Willenstheorie scheint v. Buri selbst zu fühlen; denn er spricht lieber von „begehrtem“ als von gewolltem Erfolge. Nun aber sieht er sich sogleich genötigt, mit der Terminologie der Vorstellungstheorie zu operieren. v. Buri unterscheidet nämlich: der als notwendig vorgestellte Erfolg ist stets gewollt und daher vorsätzlich herbeigeführt, der als möglich vorgestellte nur dann, wenn er zugleich begehrt war. So sehen wir denn auch hier wieder, wie sich der Übergang von der Willenstheorie zur Vorstellungstheorie fast unbemerkt vollzieht. Der Gegensatz zwischen der v. Burischen und der hier vertretenen Formulierung wäre also schließlich im wesentlichen nur der, daß v. Buri sagt: der als möglich vorgestellte Erfolg ist dolos herbeigeführt, wenn er erstrebt war — während ich formuliere: der als möglich vorgestellte Erfolg ist dolos herbeigeführt, wenn der Thäter, hätte er den Erfolg als sicher vorausgesehen, trotzdem gehandelt hätte. Ich stelle diese beiden Formulierungen zur Wahl, glaube aber vorbehaltlich besserer Belehrung, daß die meinige den Vorzug größerer Schärfe hat und sich näher an die Psychologie anlehnt, zumal wenn man den Begriff des ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs einführt. Selbstverständlich wird man je nach der Verschiedenheit des Standpunkts auch in praktischer Beziehung zu verschiedenen Resultaten gelangen. Nehmen wir an, es handle sich um den Beischlaf eines syphilitischen Mannes mit einem Mädchen. Er hält es nur für möglich, daß er die Konkubentin anstecken werde, da ihm aber dieser Umstand durchaus gleichgültig ist, so steht er von seinem Vorhaben nicht ab. Folgt man v. Buri, so könnte höchstens von fahrlässiger Gesundheitsbeschädigung die Rede sein, während ich zu vorsätzlicher Gesundheitsbeschädigung gelange, einer Konsequenz, die mir befriedigender erscheint als die erste.

Gegen die Vorstellungstheorie führt v. Buri weiter aus, daß nach ihr auch der Unzurechnungsfähige bestraft werden müsse, falls auch er sich den kausalen Verlauf seiner Handlung vorstellen kann. Diesem Einwurf scheint folgender Gedankengang zu Grunde zu liegen. Der Unzurechnungsfähige kann nicht wollen, deshalb bestrafen wir ihn auch nicht; kommt es aber auf den Willen nicht mehr an, sondern nur auf die Fähigkeit vorzustellen, welche der Unzurechnungsfähige hat, so liegt kein Grund vor, seine Strafbarkeit auszuschließen. — Nun lautet aber die Formel unserer Theorie nicht: der Thäter hat sich vorgestellt, folglich wird er bestraft —

sondern: er hat gehandelt, **obwohl** er sich vorstellte, und deshalb fällt seine Handlung unter das Strafgesetz. Nehmen wir an, daß diese Vorstellung auf die Willensbildung keinen Einfluß haben konnte, weil dieselbe keine normale ist, so gelangen wir mit der gleichen Konsequenz zur Straflosigkeit wie die Gegner. Das ist doch in der That noch keinem Vertreter der Vorstellungstheorie eingefallen, daß er den Begriff des Willens aus dem Strafrecht hätte entfernen wollen!

Auf einem Mißverständnisse scheint mir auch die weitere Bemerkung v. Buri's (S. 431. 243) zu beruhen, daß, wenn thatsächlich nur die Körperbewegung, nicht der Erfolg gewollt sein könne, es beispielsweise unmöglich sei, einen Meineid zu leisten, weil dann die einzelnen Worte nicht durch einen einheitlichen Willen zusammengehalten und unverbunden nebeneinander stehen würden. Der Gedanke, der hier mitspricht, ist der, daß eben nur der Willen die Strafbarkeit begründe. Da nun, so scheint v. Buri weiter zu schließen, nach der gegnerischen Anschauung lediglich die Hervorstößung des einzelnen Worts gewollt sein kann, dieses aber für sich allein weder etwas Wahres noch etwas Unwahres bezeichnet, so muß es hier an jedem verbrecherischen Willen fehlen. — Die Vorstellungstheorie sagt aber gar nicht, Dolus sei die Vorausicht eines einzelnen Willensakts, sondern Vorausicht des Erfolgs der Handlung, und sie eben so gut wie die gegnerische Theorie sieht sich genötigt, unter Umständen mehrere Willensakte zur Einheit der Handlung zu verbinden. Daß ein absoluter Maßstab dafür, wann mehrere Willensakte eine Einheit bilden, noch nicht gefunden ist, darf vielleicht der Strafrechtswissenschaft überhaupt, nicht aber von einer Theorie der andern zum Vorwurf gemacht werden.

Auch Stoof hat sich in einer Anzeige des v. Liszt'schen Lehrbuchs gegen die Vorstellungstheorie ausgesprochen.¹⁰¹⁾ „Mit dem Ausdruck Wollen,“ sagt er, verbindet sich allerdings leicht der Gedanke, die Herbeiführung des Erfolges habe in der Absicht des Thäters gelegen, was die Annahme von Vorsatz in zahlreichen Fällen, der Natur der Sache zuwider, ausschließen würde. Allein — wenn man dem Worte den richtigen Sinn beilegt, so fällt die Gefahr weg.“ — Aber was ist denn der richtige Sinn? Darin liegt ja gerade das Unglück, daß man sich über diesen einer-

¹⁰¹⁾ Zeitschrift f. Schweizer Strafrecht I, S. 525, 526.

seits nicht einigen kann, anderseits das vieldeutige Wort Wollen ihn nicht zum Ausdruck bringt. In subsidium formt Stoof die v. Liszt'sche Definition in folgender Weise um: „Vorsatz ist das Zulassen eines von dem Thäter als möglich vorausgesehenen Erfolgs der Handlung.“ Hier schwächt sich also das v. Buriske Begehren zum Zulassen ab — wiederum ein Beweis dafür, wie wenig die Anhänger der Willenstheorie unter sich einig sind und wie schwer es ist, den „richtigen“ Sinn ihres Lieblingsausdrucks zu finden. Begehren — billigen — zulassen; ich glaube von keinem dieser Ausdrücke, daß er die nötige Schärfe besitzt und sich zum Lehrvortrage eignet.

Die Einwendungen endlich, welche Merkel in seinem Lehrbuch¹⁰²⁾ erhebt, beziehen sich im wesentlichen auf die rein sprachliche Seite, berühren sich also mit denen Bünigers. Beiden gegenüber kann ich mich auf das berufen, was ich oben gegen Ortloff ausgeführt habe. Allen Ernstes aber möchte ich den Vorschlag machen, den Ausdruck „Vorsatz“ fallen zu lassen und zur Vermeidung alles überflüssigen Etymologisierens wieder den Dolus zu rehabilitieren.

V.

Die Feuerprobe für eine juristische Theorie wird stets ihre praktische Brauchbarkeit sein. Bei der Bedeutung, welche die Rechtsprechung des Reichsgerichts erlangt hat, scheint es angezeigt, den Spuren der Vorstellungstheorie in ihr zu folgen.

Es liegt auf der Hand, daß der höchste Gerichtshof im Anschluß an den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens häufig von dem „Wollen des Erfolgs“ spricht. Auch dann würde er dies entsprechend der Aufgabe der Praxis thun können, wenn er von der Ungenauigkeit dieses Ausdrucks überzeugt wäre. Indessen erkennt das Reichsgericht die Vorzüge der Vorstellungstheorie wenigstens indirekt da an, wo die Willenstheorie ihre Dienste versagt. Thut sie dies irgendwo, dann bei den Fällen des *dolus eventualis*. Nach einem Urteile des zweiten Senats vom 5. November 1886¹⁰³⁾ liegt dieser dann vor, „wenn der Handelnde, obwohl er die Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolgs seiner Handlung in seine

¹⁰²⁾ S. 29.

¹⁰³⁾ Entsch. XV S. 34.

Vorstellung aufgenommen hatte, ohne den Glauben, daß er diesen Erfolg vermeiden werde, die Handlung dennoch ausführt und so den rechtsverletzenden Erfolg schafft". Ganz auf die Seite der Vorstellungstheorie stellt sich ein Urteil des ersten Senats vom 24. November 1887.¹⁰⁴⁾ Hier heißt es:

„Das Strafgesetz läßt nirgends erkennen, daß es den in der Theorie aufgestellten Unterschieden im Begriff des strafrechtlichen Vorsatzes, je nachdem die Vorstellung des Erfolgs der That eine bestimmte oder unbestimmte ist, sei es überhaupt, sei es in einzelnen Fällen, einen Einfluß auf die Frage der Verschuldung und Verantwortung der That beilege. Indem es nur Voratz oder Fahrlässigkeit als Schuldform kennt, nimmt es erstern überall an, wo der Thäter mit der Vorstellung der Verursachung des normwidrigen Erfolgs durch seine That handelt, beschränkt ihn nicht auf den Fall, wo der Erfolg das Motiv der Handlung ist, aber auch nicht auf den, wo die Absicht auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtet ist. Motiv und Absicht sind von ihm ausnahmsweise in den Thatbestand einzelner Strafgebote aufgenommen, dagegen ist der unbestimmte Voratz nirgends ausgezeichnet, und der subjektive Thatbestand ist stets dann zu bejahen, wenn der Wille den eingetretenen Erfolg irgendwie, direkt, alternativ, eventuell umfaßt Das Wissen ist nichts anderes als das Bewußtsein, die Vorstellung von der Ursächlichkeit.“

Ebenso deutlich kommt die Vorstellungstheorie in einem Urteile des vierten Senats vom 26. Oktober 1888¹⁰⁵⁾ zum Ausdruck. „Der Begriff der Beleidigung,“ sagen die Gründe, „erfordert vorsätzliches Handeln, mithin neben dem auf die äußere Handlung gerichteten Willen die Vorstellung des Thäters von der Kausalität seines Thuns.“ — Diese Stelle möge gleichzeitig als Beleg dafür dienen, daß die Anschauung, der Wille habe es nur mit der Körperbewegung zu thun, auch beim Reichsgericht Boden gewinnt.

Aus den mitgeteilten Entscheidungen ergibt sich, daß einerseits nach der Ansicht des Reichsgerichts die Vorstellung des Erfolgs in jeder Form zum Dolus genügen kann, daß es aber andererseits

¹⁰⁴⁾ Entsch. XVI S. 363.

¹⁰⁵⁾ Entsch. XVIII S. 167 ff. (Hier wird, offenbar infolge eines Druckfehlers, als Datum des Urteils der 26. Oktober 1880 angegeben.)

nicht so weit geht, bei der Voraussicht des Erfolgs als eines bloß möglichen unter allen Umständen Vorsatz anzunehmen. Um ihn in diesem Falle auszuschließen, fordert das Urteil vom 5. November 1886 den Glauben des Handelnden, er werde den Erfolg vermeiden. „Bei dem Bewußtsein der Möglichkeit des rechtsverlegenden Erfolgs liegt dieser Erfolg in dem Willensbereiche des Handelnden, sofern letzterer nicht in der Lage ist oder zu sein glaubt, bei seinem Thun den Eintritt des Erfolgs zu verhüten.“

In ähnlicher Weise spricht sich ein Urteil des zweiten Senats vom 21. November 1882¹⁰⁶⁾ aus. „Hat sich der Thäter einen eingetretenen rechtsverlegenden Erfolg seines Handelns als möglich vorgestellt, so kann ihm der letztere unbedenklich zum Vorzuge zugerechnet werden, falls sein Wille auf diesen Erfolg wenigstens eventuell gerichtet war; nicht aber, wenn er gerade diesen Erfolg vermeiden wollte.“

Vergleicht man diese Formulierung mit der v. Buris, so liegt der Unterschied klar zu Tage. Während dieser den Ton darauf legt, daß der Erfolg begehrt sein müsse, berücksichtigt das Reichsgericht dieses Moment nicht und kann es deshalb nicht berücksichtigen, weil damit eine Hereinziehung des Gedankens von dem „bezweckten“ Erfolg nahe gelegt sein würde. Geringer dürften die Abweichungen von der hier vertretenen Auffassung sein. Denn wer in der Meinung war, den rechtsverlegenden Erfolg vermeiden zu können, und daraufhin gehandelt hat, würde im allgemeinen nicht gehandelt haben, wenn er des Eintritts gewiß gewesen wäre. Hat die Formulierung des Reichsgerichts vor der meinigen den Vorzug größerer Einfachheit voraus, so habe ich ihr gegenüber doch das Bedenken, daß in vielen Fällen, welche sicherlich nicht unter den Begriff des *dolus eventualis* fallen, der Handelnde überhaupt nicht zur Bildung einer Meinung darüber gelangen wird, ob er wohl thatächlich den Erfolg vermeiden werde. Gibt es doch Situationen, bei welchen das allgemeine moralische Bewußtsein nichts mehr verurteilt als die träge Ruhe und nichts dringender fordert als ein rasches, energisches Einschreiten, sollten auch die Chancen für den rechtsverlegenden Ausgang dem Handelnden ebenso groß zu sein scheinen wie die für den entgegengesetzten! Man denke daran, daß ein des Schießens völlig Unkundiger, dem der Zufall ein geladenes Gewehr in die

¹⁰⁶⁾ Entsch. VII S. 279.

Hand gespielt hat, sieht, wie ein wütender Stier ein Kind anfaßt. Er wird ganz instinktiv schießen, selbst wenn er nicht den „Glauben“ hatte, es werde ihm gelingen, gerade den Stier und nicht das Kind zu treffen.

Viel zu weit scheint mir indessen das Reichsgericht da zu gehen, wo man von *dolus eventualis* nicht deshalb spricht, weil die kausalen Beziehungen zwischen der Handlung und dem Objekt zweifelhaft, sondern deshalb, weil es die relevanten Eigenschaften dieses Objekts oder andre Thatbestandsmerkmale waren.

In einem Falle des § 176, 3 St.G.B. war den Geschwornen die Frage vorgelegt worden, ob der Angeklagte mit der Luise L. unzüchtige Handlungen getrieben habe, „und zwar unter Umständen, welche in dem Angeklagten das Bewußtsein erwecken mußten, daß die L. jünger als 14 Jahre sei“. Das Reichsgericht¹⁰⁷⁾ erachtete es mit Recht überhaupt für unzulässig, den Vorsatzbegriff bei der Fragestellung aufzulösen oder zu umschreiben. Seiner Ansicht nach ließe sich das Richtige, abgesehen von der Fragestellung, höchstens so ausdrücken, „daß schon das Bewußtsein des Thäters, er könne es mit einer noch nicht 14 Jahre alten Person zu thun haben“, genüge. Sein Wille, auch in diesem als möglich von ihm vorausgesehenen Falle die That zu verüben, begründe die volle Zurechenbarkeit zum Vorsatz. — In einem andern Urteil, welches sich auf dieselbe Gesetzesstelle bezieht, wird ausgeführt, daß nur die Unkenntnis des Alters, d. h. die bestimmte gegenteilige Annahme auf seiten des Thäters, die Person sei nicht unter 14 Jahren alt, den Dolus ausschließe. Von diesem Standpunkte aus scheint es nur noch eines Schrittes zu bedürfen, um zu der Konsequenz zu gelangen, daß der bloße Zweifel über die Eigenschaften des Objekts schon zum Vorsatz genüge.¹⁰⁸⁾

In der That zieht sich diese Auffassung durch ein Urteil des dritten Senats vom 6. Juni 1885.¹⁰⁹⁾ Hier handelt es sich um die Frage, ob ein Briefträger, welcher bewußtermaßen entgegen seiner Instruktion bei Aufnahme einer Zustellungsurkunde befundete, er habe das Schriftstück dem Adressaten in Person übergeben, während er

¹⁰⁷⁾ Ur. des III. Senats vom 1. Juli 1885. Entsch. XII. S. 337.

¹⁰⁸⁾ Ur. des ersten Senats vom 28. Mai 1884. Entsch. X. S. 337.

¹⁰⁹⁾ Entsch. XII. S. 297.

es thatsächlich einer andern Person eingehändigt hatte, mit dem Bewußtsein gehandelt habe, die von ihm bezeugte Thatsache sei eine rechtserhebliche. Das Reichsgericht führt bei dieser Gelegenheit aus: „Hat die einem Beamten erteilte und ihm bekannte Instruktion, die unter anderm regelmäßig auch dazu dienen soll, Bedenken zu heben, die richtige Beurkundung einer konkreten Thatsache angeordnet, so muß sich die Erwägung aufdrängen, ob ein Beamter von der untergeordneten Stellung des jetzigen Angeklagten, der auch präsumtiv weiß, daß er eine Ausbildung im Recht nicht genossen hat, wenn er sich überhaupt mit der Frage nach der Rechtserheblichkeit der Thatsache befaßt, und dies nimmt hier der Instanzrichter an, wohl niemals die feste, von jedem Zweifel freie Überzeugung hegen könne, die Thatsache sei rechtlich schlechthin unerheblich, seine vorgesetzte Behörde habe sich daher entweder ihrerseits überhaupt über die Erheblichkeit derselben im Irrtum befunden oder sie habe überflüssigerweise eine gänzlich unnötige Beurkundung wissentlich gefordert. Ist demnach die von ihm falsch beurkundete Thatsache in Wirklichkeit erheblich, so wird regelmäßig seine Kenntnis der Instruktion den Schluß rechtfertigen, daß er jene feste Überzeugung nicht gehegt, daß er vielmehr die Möglichkeit des eignen Irrtums über die Erheblichkeit der Thatsache begreife, folglich bei der vorsätzlich falschen Beurkundung wenigstens mit eventuellem Dolus gehandelt habe.“ — Noch deutlicher spricht sich das vorcitierte Urteil des ersten Senats vom 24. November 1889 zu § 352 St.G.B. aus: „Der irrende gute Glaube von der Berechtigung würde das rechtswidrige Bewußtsein ausschließen, das Gebiet des Zweifels über die Berechtigung dagegen fällt regelmäßig wie „das volle Bewußtsein“, die „volle Überzeugung der Nichtberechtigung“ in die Verschuldung, wenn trotz dieses Zweifels die That gewollt war.“

Diese Ausführungen legen in der That die Befürchtung nahe, man werde eines Tags den Besitzer einer fremden Sache wegen Unterschlagung bestrafen, wenn ihm als skrupulösem Mann einmal durch den Kopf gegangen ist, die Sache gehöre vielleicht nicht ihm, sondern einem andern. Sollte nicht auch auf der andern Seite die Ansicht des Reichsgerichts, in ihre letzten Konsequenzen durchgeführt, eine Lahmlegung der Strafrechtspflege im Gefolge haben, wenn der Staatsanwalt im Hinblick auf die Bestimmung des § 344 St.G.B. nur bei voller zweifelsfreier Überzeugung von der Schuld zur Ver-

folgung schreiten wollte?¹¹⁰⁾ — Auch derartige Fälle, wie die erwähnten, werden sich meines Erachtens mit dem von mir aufgestellten Prinzip ohne Mühe entscheiden lassen, d. h. es muß gefragt werden: würde der Angeklagte auch dann gehandelt haben, wenn er das, worüber er zweifelte, den Thatfachen entsprechend gewußt hätte?

Ich habe hier ein Gebiet berührt, welches dem übrigen Inhalt meiner Abhandlung fremd geblieben ist, die Frage nämlich, inwiefern der Irrtum über Thatbestandsmerkmale den Dolus ausschließe. Die Abschweifung erschien mir gerechtfertigt, weil ich die Brauchbarkeit meiner Dolusdefinition auch für diese Frage darthun wollte. Wie dem aber auch sei: die Thatfache, daß das Reichsgericht sich mehr und mehr der Vorstellungstheorie zuneigt und sie in einzelnen Urteilen geradezu acceptiert, begrüße ich mit Freuden als eine Rückkehr zu den klaren und einfachen Anschauungen, welche zu Beginn dieses Jahrhunderts noch die herrschenden waren.

¹¹⁰⁾ In der That scheint Pfizer, Recht und Willkür im Deutschen Strafprozeß, Hamburg 1888 (Deutsche Zeit- und Streitfragen, Heft 41/42), S. 29, vor dieser Konsequenz nicht zurückzuschrecken.