22.

Gedanken über den Rechtsirrtum im Strafrecht.

Von M. Liepmann-Riel.

(Fortsetzung.)

Nirgends findet sich demnach bei Aristoteles die Annahme Voening's, daß ein Verbotsirrtum die Tat entschuldige oder höchstens Fahrlässigkeitschuld zulasse. Vielmehr vertritt er infolge seiner Identifizierung sittlicher und rechtlicher Pflichten, privater und staatlicher Anforderungen den Standpunkt, daß ein Irrtum über das Sollen bei besserer sittlicher Beschaffenheit des Handelnden stets zu vermeiden gewesen wäre und deshalb seiner Persönlichkeit genau so zur Last gelegt werden muß, wie die Tat desjenigen, der sich über ihr Verbotensein im klaren ist³⁷⁾.

Daß die Zurechnungslehre des Aristoteles einen starken Einfluß auf die Schuldlehre der römischen Juristen ausgeübt habe, ist des öfteren behauptet worden (Vöffler, Voening). Der Nachweis eines unmittelbaren, direkten Zusammenhangs scheint mir freilich zurzeit noch nicht erbracht zu sein. Direkt falsch aber ist es, mit Vöffler in der römischen Irrtumslehre eine „mit feinstem juristischen Takte vorgenommene Übertragung“ der „ethischen Grundsätze“ des Aristoteles auf das Recht zu finden³⁸⁾. Denn beide Lehren unter-

³⁷⁾ Man vergleiche zum Schluß die sehr prägnante Übersetzung der entscheidenden Stelle der Nikomachischen Ethik bei Pascal, *Les provinciales*, IV. lettre (Oeuvres, nouvelle édition par Faugère, 1886, I, p. 93): „tous les méchants ignorent ce qu'ils doivent faire et ce qu'ils doivent fuir et c'est cela même qui les rend méchants et vicieux. C'est pourquoi on ne peut pas dire que leurs actions sont involontaires. Car cette ignorance dans le choix du bien ou du mal ne fait pas qu'une action soit involontaire mais seulement qu'elle est vicieuse. L'on doit dire la même chose de celui qui ignore en général les règles de son devoir, puisque cette ignorance rend les hommes dignes de blâme et non d'excuse. Et ainsi l'ignorance qui rend les actions involontaires et excusables est seulement celle qui regarde le fait en particulier et ces circonstances singulières; car alors on pardonne à un homme et on l'excuse, et on le considère comme ayant agi contre son gré“.

³⁸⁾ Vöffler, *Schuldformen des Strafrechts*, S. 98.

scheiden sich voneinander in ganz wesentlichen Punkten. Einmal findet sich bei Aristoteles die klare Heraushebung des Verbotsirrtums von den übrigen Irrtumsfällen, während das *corpus juris* die nicht verständliche, bis auf den heutigen Tag oft mißverständene Scheidung von *error juris* und *facti* macht. Zweitens fehlt den Römern eine klare Erkenntnis, warum dem über seine Pflicht Irrenden die Tat trotzdem seiner Persönlichkeit zur Last gelegt werden darf. Zwar findet sich auch bei ihnen der Gedanke, daß der Rechtsirrtum regelmäßig auf einer Schuld des Irrenden beruhe³⁹⁾. Ja, man hat sogar den Satz des Labeo „ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia (D. 22, 6, 9, § 3) als eine Art Übersetzung des Aristoteles: *ἡ δὲ ἐπίσταςθαι καὶ μὴ χαλεπὰ εἶναι* aufgefaßt⁴⁰⁾. Dazu fehlt aber das Recht. Denn das grundlegende Argument des Aristoteles, daß der Irrtum über das Sollen auf Mängel der Persönlichkeit zurückzuführen sei, seine Vermeidung in unserer Willensmacht stehe, findet sich bei den römischen Juristen nicht einmal angedeutet. Schließlich drittens kennt die Nikomachische Ethik weder die Privilegierung bestimmter Personenklassen noch den Gedanken, daß bei ihnen der Irrtum über das bloß positive Recht im Gegensatz zu dem Irrtum über *jus gentium* (oder *naturale*) Entschuldigung verdiene.

Ebensowenig ist ein unmittelbarer Einfluß der Nikomachischen Irrtumslehre aus den Lehren des *corpus juris canonici* zu erkennen⁴¹⁾.

³⁹⁾ Vgl. oben S. 116/17 und D. 22, 6, 6 u. 9, § 3 u. 5: *nec stultis solere succurri, sed errantibus*.

⁴⁰⁾ So z. B. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., I (1865), 121 Anm.; Gluck, *Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld* 22, 1 (1820), 282/83.

⁴¹⁾ Vgl. zu folgendem: Hinschius, *Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland* Bd. IV u. V (1895); München, *Das kanonische Gerichtsverfahren* (2 Bde.), 1865/66; Kober, *Der Kirchenbann*, 2. Ausg., 1863; Erwin Kay, *Grundriß des kanonischen Rechts*, 1881; Louis Rahn, *Étude sur le délit et la peine au droit canon*. Thèse Nancy, 1898; Stutz bei Holzendorff-Rohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7. Aufl., 5, 444; Domenico Schiappoli, *Diritto penale canonico* in Pessina, *Enciclopedia del diritto penale Italiano* I (1905); Heiner, *Katholisches Kirchenrecht*, 2 Bde., 1893/94; Thomas von Aquino, *Summa Theologica* II, 1 (Venedig 1787); R. v. Scherer, *Handbuch des Kirchenrechts* 1886; Friedr. v. Schulte, *Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, 3 Bde., 1875–1880; Reginald, *Praxis Fori poenitentialis ad directionem confessarii* 1617; Gibert, J. Pierre, *Usages de l'église gallicane concernant les censures et l'irrégularité*. Paris 1724;

Hier findet sich einmal die ohne Begründung und Spezialisierung übernommene Überlieferung der römischen Juristen, daß der *error facti* entschuldige, der *error juris* dagegen bei *jus naturale* niemals, bei *jus civile* dagegen lediglich bestimmten Personen zur Entschuldigung diene⁴²⁾. Daneben findet sich ebenfalls ohne Begründung gelegentlich die Entscheidung, daß, wer einem Häretiker die Kommunion erteilt oder von ihm bekommt, ohne zu wissen, daß die katholische Kirche dies verbiete, milder bestraft werden soll (c. 41 C XXIV qu. 1)⁴³⁾. Und schließlich verfügt Bonifaz VIII allgemein, daß die schwersten Kirchenstrafen, die Generalzensuren (und besonders die Exkommunikation)⁴⁴⁾, diejenigen nicht binden sollen, welche von ihnen keine Kenntnis gehabt hätten, es sei denn, daß diese Unkenntnis durch Trägheit oder grobe Nachlässigkeit hervorgerufen sei⁴⁵⁾. An diese singuläre Vorschrift hat die kanonische Doktrin seit dem 14. Jahrhundert angeknüpft und den Grundsatz des Bonifaz über die Sphäre der kirchlich-theologischen Zurechnung auf die allgemeine staatlich-straf-

Wernz, *Ius decretalium* 1913; Suarez, *Tractatus de legibus*, Antwerpen 1613; Carol. Anton. Thesaurus, *De poenis ecclesiasticis*, Rom. 1675; Fr. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum*, 2. Aufl., 1719; Pirhing, *Ius canonicum*, V, 1741 (ed. 3) und *Tractatus de regulis juris* 1733; Paul Layman, *Ius canonicum* 1618; Thoma Sanchez, *Disputationes de secto. matrimonii sacramento*, III, 1620; *Decisiones Rotae Romanae*, Ausgaben: Lugduni 1597 und von Farinacius 1682. Eine sehr gute Übersicht über den Stand der Irrtumslehre im kanonischen Recht gibt das in der Literatur sonst nicht erwähnte Buch des Theatiner Mönches Joh. Erythrostomus Philippinus, *De privilegiis ignorantiae*, 1. Aufl. 1688; 2. Aufl. 1696 (über ihn Näheres bei A. F. Vezosi, *I scrittori de' Chierici regolari detti Teatini*, Roma 1780, nach freundlicher Mitteilung von Prof. D. Hilling, Bonn).

⁴²⁾ „*ignorantia facti, non juris excusat*“ 13 in VI de reg. jur. V, 13 und dazu diet. Gratiani zu c. 12 C I qu. 4, pars IV § 1 u. 2: *vero ignorantia juris alia civilis. Naturalis omnibus adultis dampnabilis est; jus vero civile aliis permittitur ignorare aliis non. Noch weiter geht die Glosse s. v. omnis zu diesem Satz: „ignorantia juris naturalis, canonici et civilis neminem excusat“.*

⁴³⁾ Ebenso aus der früheren Zeit das concilium Regense (a. 439): „*etsi inveniabile crederetur sacerdotem sacerdotalia statuta nescisse, levius tamen erat quam si ore impudenti fateretur se nota calcasse* (mit Füßen treten). *Civilius est statuta nesciri quam scita omitti*“. Bruns, *Canones Apostolorum et Conciliorum*, 2 Bde. (1839), II, S. 117.

⁴⁴⁾ Vgl. über ihre Entwicklung: Hinschius V, S. 135 ff., 646 ff.

⁴⁵⁾ c 2 (Bonifaz. VIII) in VI de const. I, 2: *ut animarum periculis obviatur, sententiis per statuta quorumcunque ordinariorum prolatis ligari nolumus ignorantes: dum tamen eorum ignorantia crassa non fuerit aut supina*.

rechtliche ausgedehnt. Dabei hat sie angeknüpft an die philosophischen Grundlegungen des Thomas von Aquino, dessen Lehrgebäude in dieser wie anderen Lehren auf dem „Philosophus“ beruht. Es sind die Gedanken der Nikomachischen Ethik, die hier zum erstenmal — soweit ich sehen kann — als feinkräftige Elemente der strafrechtlichen Weiterentwicklung benutzt werden. Die Unkenntnis über das Verbot mache die Tat nicht zu einer unfreiwilligen — so führt Thomas in seinem Kommentar der Nikomachischen Ethik aus —, weil eine Unkenntnis dieser Art bei einem Menschen, der Vernunftfähigkeit besitzt, nur aus Nachlässigkeit stammen könne. Weil jeder verpflichtet ist, sich um ein Wissen von dem, was er zu tun oder zu unterlassen hat, zu bekümmern, so werde eine solche Unkenntnis als *voluntaria* angesehen: der Mensch wolle nicht vermeiden, wozu er verpflichtet ist, folglich werde auch das, was infolge jener Unwissenheit geschieht, nicht als unfreiwilliges Geschehen beurteilt (S. 37 v. f.; Lib. III, Lect. III). Weil der Mensch selbst hier die Ursache seiner Unwissenheit sei — die Tat sei hier „indirekt“ gewollt⁴⁶⁾ —, weil der Mensch Herr über sich selbst sei und es in seiner Macht stehe, aufmerksam und nicht nachlässig zu sein, deshalb bestrafen ihn die Gesetzgeber trotz seiner Unkenntnis der gesetzlichen Verbote. Aber nur für die Unkenntnis solcher Bestimmungen, „*quae omnes scire oportet*“ (Beispiel: Du sollst nicht stehlen!), gilt der Satz, nicht dagegen bei Rechtsvorschriften, deren Erkenntnis schwierig ist, weil bei ihnen die Verpflichtung, sie zu kennen, nicht für alle besteht, „*quia non possunt*“ (Lib. III, Lect. II; 44 v. f.). Diese Interpretation liegt zwar in der Richtung des Aristoteles, sie weicht aber von seiner Lehre bereits ab durch die Scheidung, daß nicht bei allen, sondern nur bei bestimmten Rechtsvorschriften ein Wissen der Pflicht „leicht“ zu gewinnen, und daß dementsprechend der schuldhafte, nicht entschuldbare Rechtsirrtum auch nur auf diese Fälle zu beschränken sei.

Diese Differenzierung des Verbotsirrtums bekommt in der „*Summa Theologica*“ eine weitere Ausprägung. Hier knüpft Thomas — außer an das dritte Buch der Nikomachischen Ethik — an den Satz des Augustin an, daß jedes *peccatum* nur *voluntarium* sein könne, daß aber „*quaedam per ignorantiam facta recte improbantur*“⁴⁷⁾ Recht zu einem solchen Tadel bestehe aber nur insoweit, als das

⁴⁶⁾ Man erinnert sich, daß der große Scholastiker der Schöpfer der Lehre vom indirekten Dolus ist.

⁴⁷⁾ Augustin, *Retractiones*, Lib. I c. 9, und *De libero arbitrio*, Lib. III c. 18 [Opera omnia, editio Migne, I (1841)].

Geschehene nicht involuntarium, die ignorantia vielmehr selbst voluntaria sei. Zwei Fälle werden hier unterschieden. Einmal will jemand etwas absichtlich (*studiose, sua sponte*) nicht wissen, um freier zu sündigen — die später bei den Kanonisten sog. *ignorantia affectata*⁴⁸⁾ —. Oder er will es nur „indirekt“ nicht wissen, sicut cum aliquis propter laborem vel propter alias occupationes negligit addiscere id per quod a peccato retraheretur⁴⁹⁾. Eine solche ignorantia zu vermeiden, stehe in unserer Gewalt und sei daher als „vincibilis“ unserem Willen zugurechnen. Wenn aber die ignorantia „studio superari non potest“ sei sie „invincibilis“ und nicht mehr unserem Willen zur Last zu legen: hier liege eine ignorantia vor, die die Tat zu einem involuntarium mache und daher von jeder Sünde (jedem Verbrechen) entschuldige (*Quaest. 75, art. 2, 3 u. 4*).

Der — ausdrücklich betonte (vgl. Art. 4) — Aristotelische Ursprung dieser Gedanken ist nicht zu verkennen. Es kommt darauf an, ob das Wissen in der Macht des Handelnden lag, oder nicht. Andererseits ist aber Thomas in einem entscheidenden Punkt über Aristoteles hinausgegangen, und zwar auch über die im Aristoteles-Kommentar gegebene Differenzierung hinaus. Es handelt sich jetzt nicht mehr darum, ob es leicht oder schwer ist, die Pflicht zu kennen, sondern ob es für uns möglich oder unmöglich war. Der Standpunkt der Nikomachischen Ethik, daß es leicht sei für jeden, die Rechtsvorschriften zu kennen — weil sie mit den Anlagen des Einzelmenschen und den an ihn gestellten ethischen Anforderungen vollkommen harmonisieren — ist verlassen. Begreiflicherweise für eine Zeit, in der Staats- und Sittengesetz infolge der Scheidung politischer und theologisch-religiöser Wertmaßstäbe um die Vorherrschaft zu kämpfen beginnen. Die Gegensätze zwischen dem *forum internum* und dem *forum externum*, der Welt ewiger oder bloß zeitlicher Werte, zwischen der *civitas dei* und dem bloßen *Not- oder Sündenstaat*, zwischen dem, was Gott, und dem, was die Menschen fordern, sind erwacht, und durch sie ist die Aristotelische Harmonie von sittlicher und staatlicher Forderung zerstört. Jetzt darf man daher nicht mehr sagen: „*omnis pravus ignorat quae agere oportet et a quibus est abstinendum*“ (Thomas,

⁴⁸⁾ Der Ausdruck findet sich aber schon im *Corpus juris civilis*, C V, 5, 24: *errore . . . non affectato*.

⁴⁹⁾ Da hier der Wille nur *per accidens*, nicht *directe et per se* zur Sünde getrieben werde: unde est minor contemptus et per consequens minus peccatum.

Kommentar, Lib. III, Lect. III). Jetzt gibt es vielmehr viele Gute, die nicht wissen, was der Staat von ihnen fordert, weil der Staat seine eigenen Wege eingeschlagen hat, die weitab von dem liegen können, was der Einzelne als ethisch wertvolle Persönlichkeit zu tun verpflichtet ist, ja die im Gegensatz zu den aus diesem Grunde fließenden Forderungen stehen können. Es ist die Scheidung zwischen dem *jus naturale* oder dem *jus divinum* einerseits, der Summe staatlicher Gesetze andererseits, die jetzt mit voller Klarheit und Energie zur Herrschaft gelangt. Zu der ersten Kategorie rechnet man einerseits alle Ge- und Verbote, welche der *rationalis creatura* „gleichsam als Licht der natürlichen Vernunft“ für irdische Zwecke eingeprägt sind, quo discernimus quid sit bonum et quid malum, andererseits die für überirdische Zwecke den Menschen von Gott durch Offenbarung überlieferten Normen (*Summa theolog.* I 2 qu. 91, l. c. art. II n. 3 und art. 4)⁵⁰). Beide Gebiete galten ursprünglich als eine Einheit: noch bei Gratian erscheint das *jus naturale* identisch mit dem in der Bibel, der *lex* (Mosaica) und dem Evangelium geoffenbarten göttlichen Recht (*dict. Gratiani*, prooem. Dist. I und Dist. VI c 3). Erst Thomas v. Aquino scheidet zwischen beiden Rechten und erkennt zugleich, daß auch das *jus naturale* in sich einen Stoff von verschiedener Geltungskraft enthalte⁵¹). Er unterscheidet im Naturrecht die *prima principia*, die überall identisch und unabänderlich gelten und allen bekannt sind, von den wandelbaren *praecepta secundaria*, von denen einzelne, quod habent depravatam rationem ex passione seu ex mala consuetudine seu ex mala habitudine naturae, keine Kenntnis haben (a. a. O. qu. 94, art. 4 n. 3 ff.). Also auch hinsichtlich der Bestimmungen des *jus naturale* ist ein Irrtum möglich, der dem Einzelnen nicht zur Last zu legen ist. Und in noch höherem Umfang gilt dies natürlich für das *jus positivum*, soweit dieses nicht schon durch das Naturrecht gelehrt wird. Denn seine Gebote gelten nicht allgemein, sondern sie variieren je nach den Pflichten, die der

⁵⁰) Die in Betracht kommenden Stellen sind bei Hinschius, III, S. 770, Anm. 1 abgedruckt. Vgl. hierzu auch Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 127, Anm. 45, 610, Anm. 256, 612, Anm. 258, und Singer, Zur Würdigung Hugos in Grünhuts Zeitschr. 16 (1889), 318 ff., Note 57.

⁵¹) Daß zum *jus divinum* nicht alles Recht der Bibel gehöre, sondern nur die Moralvorschriften des Alten und Neuen Testaments, die Vorschriften über den Glauben und die Sakramente, soweit sie von Christus herrührten, war schon von Gratian erkannt worden: *Dict. Grat.* in Dist. VI; Thomas v. Aquino I, 2, qu. 103, art. 3 n. 4; 108 n. 2. Vgl. Hinschius, III, 770, Anm. 4, und Schulte, I, 32, Anm. 14, und 102, Anm. 18.

Einzelne kraft seines Standes oder Gewerbes im Staate zu erfüllen hat: bezieht sich die *ignorantia* auf Dinge, quae quis scire non tenetur, so liegt stets ein entschuldigender *error invincibilis* vor.

Damit sind die Grenzen der Zulässigkeit eines Verbotsirrtums, wie man sieht, in erheblichem Maße erweitert, und die einfachen Fundamente der Aristotelischen Lehre zu einem komplizierten Gebäude ausgebaut. Aus den Gedankengängen des Aristoteles ist unter dem Einfluß der neuen Zeit an die Stelle der psychologisch-rechtsphilosophischen These: „jedermann kann und soll wissen, was seine Pflicht ist“ bei Thomas v. Aquino ein Problem geworden: wann hat man ein Recht zu sagen, daß jemand wissen kann, was seine Pflicht ist?

Diese Fragestellung beherrscht — denn Thomas v. Aquino ist „durch seinen Einfluß auf die gesamte Wissenschaft des späteren Mittelalters auch für das kanonische Recht von einer unermesslichen Bedeutung“⁵²⁾ — die kanonische Literatur bis zur Gegenwart und führt, von der gleichen Grundlage ausgehend, von dem Bereich des *forum internum* zu einer Beantwortung auch für die Sphäre staatlicher Strafgesetze. Seit dem 14. Jahrhundert läßt sich ein geschlossenes System von Antworten auf diese Frage nachweisen, das zwar nicht auf den Quellen des kanonischen Rechts beruht, sondern rein doktrinelier Natur ist, aber die Praxis des Reichstuhls wie der geistlichen Gerichte beherrscht. Und zwar wird einmal unterschieden zwischen den rein kirchlichen Strafen, den *poenae spirituales*, insbesondere den Zensuren, und den weltlichen Strafen, den *poenae vindicativae*⁵³⁾.

Die Zensuren drohen Strafen an lediglich gegen „Ungehorsam und Hartnäckigkeit gegen die Gebote der Kirche“. Daher sind sie nur anzuwenden bei Kenntnis des Verbots und zugleich der auf seine Übertretung gesetzten kirchlichen Strafe. Auch wer wußte, daß die Handlung verboten war, aber nicht, daß darauf eine Zensur stand, soll von dieser nicht getroffen werden. Man könne nämlich von einem solchen zwar sagen, er sei *inobediens erga Deum* — da das Verbot

⁵²⁾ Schulte, Geschichte der Quellen usw., II, 28, Anm. 9: „Das Studium seiner Schriften — so heißt es weiter an dieser Stelle — ist für jeden Punkt des kanonischen Rechts, der in irgendwelchem Zusammenhange mit der Theologie steht, unentbehrlich zur Erkenntnis der inneren Entwicklung. Dasselbe gilt für die Erkenntnis der Rechtsanschauungen überhaupt.“

⁵³⁾ Vgl. über den Unterschied: Thesaurus, De poenis ecclesiasticis, I, cap. 15 u. ff., Reiffenstuel, Ius canon., V, tit. 39, n. 31 und Hinschius, V, 639 ff. (mit weiteren Literaturangaben) sowie unten Anm. 54.

selbst auf göttlicher (richtiger: kirchlicher) Grundlage beruhe —, aber man dürfe ihn nicht ungehorsam gegen die Gebote der Kirche nennen: „non enim contemnit disciplinam qui ignoravit“⁵⁴).

Dieser Kenntnis wird nun aber nach der Regel des Bonifaz jede ignorantia crassa aut supina (und darüber hinaus selbstverständlich die ignorantia affectata) gleichgeachtet. Freilich ist damit die theoretische Grundlage der Zensur verlassen. Denn wenn diese Hartnäckigkeit und demgemäß vorausgehende kirchliche Ermahnung zu ihrer Anwendung fordert, so kann die schuldhafte Unkenntnis der kirchlichen Vorschriften dem nicht genügen. Aber diesen Widerspruch bringen sich die Kanonisten nicht zum Bewußtsein. Engel erwähnt an der angeführten Stelle, daß die inobedientia erga ecclesiam, die bei den Zensuren vorliege, „wenigstens eine interpretative“ (saltem interpretativa) sein müsse.

Anderß liegt die Sachlage bei den poenae vindicativae. Da sie nicht vom Standpunkt der Besserung gegen ethisch-religiöse Verfehlungen — ut satisfiat Deo et animae (Thesaurus, I, cap. 2) — sondern zur Vergeltung, Abschreckung und zum gemeinen Nutzen verhängt werden⁵⁵, ist für ihre Anwendung niemals eine Kenntnis des Strafverbots zu fordern. Ja, selbst wenn der Handelnde ohne seine Schuld — invincibiliter — nicht gewußt habe, daß der Verletzung des Verbots Strafe folgen könne, so sei die Zulässigkeit der

⁵⁴) Pirhing, V, tit. 39. sect. II n. 46; Suarez, V, cap. 12 n. 7; Reiffenstuel, Ius canon., V, tit. 39 n. 31: die Zensur als poena medicinalis fordert eine „contumacia“, die darin bestehe, quod quis sciat aliquid sub Censura esse prohibitum et tamen illud committat. Ebenso Reiffenstuel, Tractatus de regulis juris, II, 13, 16: Da die Zensur eine Verachtung (contemptus) der Kirchengewalt voraussetze, könne sie nicht begangen werden sine praevia monitione et notitia prohibitionis sub censura factae; Thoma Sanchez, Disputat. de sancto matrimonii sacramento (1620), IX, disp. 32 n. 12 ff.; Schmalzgrueber, I, tit. 2, qu. 40; Engel, Colleg. univers. juris canon. V, 39: die Zensur werde nicht verhängt propter solum peccatum et inobedientiam contra legem Divinam vel naturalem, sondern nur, wenn damit zugleich verbunden ist inobedientia erga Ecclesiam. Thesaurus, De poenis ecclesiasticis, I, c. 15 n. 3. Vgl. ferner Feiner, Katholisches Kirchenrecht, II, 82 ff. und Rober, Der Kirchenbann, 2. Aufl., 1863, 204: die Zensuren als „letzte und äußerste Mittel zur Besserung“ treffen nur diejenigen, welche eine vorausgegangene Ermahnung und Androhung der Strafe unberücksichtigt lassen und hartnäckig zurückweisen. Die ältere, namentlich von Covarrubias vertretene Lehre dagegen will die Zensur auch ohne Kenntnis des Strafverbots eintreten lassen (vgl. Engel und Sanchez dazu).

⁵⁵) „tum in vindictam sceleris tum ad terrorem aliorum pro bono et tranquillitate communi“. Reiffenstuel, V, 39 n. 31.

Strafanwendung doch durch „universelle Praxis aller geistlichen und weltlichen Gerichtshöfe“ anerkannt. Der Rechtsgrund dafür liege darin, daß Unkenntnis der Strafe nicht die Schuld und damit auch nicht die causa der Strafe aufhebe⁵⁶⁾.

Hier genügt also jedenfalls die Kenntnis des Verbots. Und zwar braucht der Handelnde nicht die positive staatliche Norm gekannt zu haben, sofern er nur gewußt hat, daß die Handlung auch nach natürlichem oder göttlichem Recht verboten war. Denn in diesem Fall wolle das staatliche Gesetz neben der Übertretung staatlicher Norm zugleich die „Schuld gegen das göttliche Gesetz“ bestrafen⁵⁷⁾. Aber auch wenn der Handelnde nicht — modern gesagt — bei seiner Tat ein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit hatte, kann er bestraft werden. Denn die Kanonisten übertragen die Regel des Bonifaz auf alle Strafjustiz. Auch bei der Übertretung staatlicher und kirchlicher Vindikativstrafen steht der Kenntnis der Norm die *ignorantia crassa* aut *supina* gleich. Die Übertragung dieses rein kirchlich-religiösen Grundgesetzes auf das weltliche Forum rechtfertigen sie durch die Aristotelisch-Thomistische These. Zum *peccatum* gehöre die *voluntas*, der *consensus*, diese seien aber gegeben, wenn die Ursache der Ignoranz auf den Willen des Handelnden d. h. auf Trägheit, ungenügende Sorgfalt und Unaufmerksamkeit, kurz auf einen *error vincibilis* zurückzuführen sei⁵⁸⁾. Nur wenn es nicht in der Macht des Handelnden stand, er also auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht wissen konnte, was seine Pflicht war, fehlt die Schuld und damit auch das Recht zur Strafverhängung. Hier liege ein *error invincibilis* vor, ein Irrtum, den der Handelnde nicht vermeiden konnte, daher könne das auf Grund eines solchen Irrtums Geschehene nicht mehr auf seinen Willen zurückgeführt werden⁵⁹⁾.

⁵⁶⁾ Reiffenstuel, *Ius canon.* V, tit. 3, § 13, n. 322; Schmalzgrueber, I, 2, n. 40. Auch Thesaurus, a. a. O. bezeichnet diese Auffassung als „allgemeine Meinung der Praxis“, gibt aber einzelne Kanoniker an (z. B. Felinus), die ein Wissen von der Strafbarkeit (nicht der speziellen Strafandrohung) fordern.

⁵⁷⁾ Suarez, V, c. 12, n. 6; Thesaurus, I, c. 15, III, der dies als allgemeine Praxis bei Legisten, Kanonisten und Theologen bezeichnet. Schmalzgrueber, I, tit. 2, qu. 4, n. 3.

⁵⁸⁾ Ganz im Sinne der alten Lehre heißt es bei Wernz, *Ius decretalium*, 1913, Bb. 6, Nr. 21: eine solche Tat sei zwar nicht „directe voluntarium, aber doch voluntarium in causa ideoque imputabile“.

⁵⁹⁾ Suarez, V, c. 12, n. 6; Reiffenstuel, *Ius canon.*, V, tit. 13, § 13, n. 304; Laymann, I, tit. 2, c. 2, n. 3; Reginald, IX, c. 3, n. 23; Philippinus, Einleitung n. 29; cap. II, III; VI, priv. 7. Vgl. auch die

Unterschieden wird also nun zwischen dem *error vincibilis* und seinem Gegenteil. Daß zwischen der „groben“ und einer leichten Nachlässigkeit noch zu unterscheiden wäre, bringen sich die Kanonisten nur gelegentlich bei Erörterung der *ignorantia simpliciter graviter culpabilis* d. h. einer Todsünde, deren Ursache zwar nicht in grober, wohl aber in einfacher (*levis*) Nachlässigkeit zu suchen ist, zum Bewußtsein. Auch sie wird nach der herrschenden Meinung der Kenntnis gleichgeachtet⁶⁰). Für die weltliche Strafjustiz wird aber von dieser Unterscheidung ebenso wenig wie überhaupt von der zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit Gebrauch gemacht — jede verschuldete Unkenntnis des Verbots wird der wissentlichen Verletzung gleichgestellt und als Ungehorsam gegen staatliches, natürliches oder göttliches Recht geahndet.

Der allgemeine Grundsatz des kanonischen Rechts fordert also zur Zurechnung weder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit noch auch nur das der Pflichtwidrigkeit. Sofern die Möglichkeit für den Handelnden bestand, sich den Konflikt seiner Handlung mit ethischen oder religiösen Normen zum Bewußtsein zu bringen, darf Strafe, auch weltliche über ihn verhängt werden.

Ob ein Irrtum *invincibilis* ist, hängt ab von den Pflichten, die jemand kraft seines Amtes oder Standes zu erfüllen hat. Wer es unterläßt, sich nach ihnen zu erkundigen, befindet sich stets in einem *error vincibilis*⁶¹).

Zu den Pflichten, die jedermann kennen zu lernen hat, gehören aber namentlich alle Vorschriften des *jus divinum* und *jus naturae*. Aber nur die ersten obersten Grundsätze (*prima principia*; *universa-*

Decisiones Rotae Romanae, herausgegeben von Prosper Farinacius, 1682; Dec. 36: die *ignorantia invincibilis*, quae humana industria superari seu repelli non potest entschuldige stets quia cum non sit in sua potestate nec in suis viribus id intelligere quod invincibiliter ignoratur, non errat ignorando nec deliquit, ideo merito excusatur. Wernz, *Ius decretalium*, VI, n. 21. Ein ausdrücklicher Hinweis auf Aristoteles und Thomas v. Aquino findet sich bei Reginald, Reiffenstuel, Philippinus.

⁶⁰) Vgl. hierzu Hinschius, V, 923, Anm. 8 u. 9.

⁶¹) Philippinus, Einleitung (*intentio auctoris et operis*) n. 24, 5; Laymann, I, tit. II, cap. II, n. 4: *si quis dicat se nescire ea quae scire ad officium suum pertinent, audiendus non est*. Reiffenstuel, *De reg. jur.* II, reg. XIII: „in foro externo quis praesumitur id quod illius status, conditio aut officium requirit, omnis ille dicitur habere ignorantiam vincibilem qui ea ignorat quae scire ad statum et conditionem illius requiritur etiamsi de illo dubitare vel cogitare non inciderit.“ Reginald, *Praxis fori poenitentialis*, 1617: „imperitiam in re ad proprium officium pertinente non excusare — paria esse scire et debere scire“; Lib. IX, c. 2.

lissima) sind allen vernunftbegabten Menschen ohne weiteres erkennbar: du sollst nicht stehlen, bonum est faciendum, malum vitandum; quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris und ähnliches. Dagegen kann man bei den weiteren Folgerungen und Schlüssen aus diesen Grundsätzen (*jus naturale secundarium*, *conclusiones propinquae universalibus principiis*, und *quae ex primis non nisi longo ac difficili discursu deducuntur*) sehr wohl schuldlos sich in Unkenntnis über seine Pflichten befinden. Als Beispiele werden die *contractus simoniaci* angeführt, das Zinsennehmen, die Abwehr eines Unrechts durch private Gewalt, ob es erlaubt sei, einen Meineid zu leisten, um jemand das Leben zu retten, oder ob man einem dem Tode nahen schneller ins Jenseits befördern dürfe⁶²). Über diese Fragen hätten sogar gelehrte Menschen gezweifelt und einst geirrt, das zeige, daß es unter Umständen schwer sei, hier die Wahrheit zu erkennen. Manche rechnen hierunter alles zweifelhafte Recht: hier fehle die *major ratio cur quis unam potius quam aliam opinionem sequi teneatur* (Reiffenstuel, *Reg. jur.* II, reg. XIII, 16). Wenn bei solchem sekundären Recht dem Richter zweifelhaft sei, ob ein Irrtum *invincibilis* oder *vincibilis* sei, so habe er bei einem Menschen von gutem und gottesfürchtigem Gewissen in *dubio* unüberwindlichen Irrtum anzunehmen (Philippinus, Reginald)⁶³).

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen sind dann noch besondere Regeln zu beachten. Einmal bei solchen Tatbeständen, welche ausdrücklich wissentliches Handeln gegen bestimmte Rechtsnormen fordern (*scienter, consulto facere, praesumere*). Hier wird stets Kenntnis des Verbots verlangt. Auch bei *ignorantia crassa* aut *supina* entfällt die Zurechnung, während die Kanonisten nicht sicher sind, ob die *ignorantia affectata* auch in diesen Fällen dem Wissen gleichgestellt werden darf. Meist wird die Frage freilich bejaht⁶⁴). Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die Grenzen des Rechts-

⁶²) Vgl. Philippinus, *Cap. I, priv. 3, n. 42 ff.*; Reginald, IX, c. 4 art. 4.

⁶³) Dieser Ratsschlag zeigt die Gefahren für eine gleichmäßige Rechtsanwendung, wenn man das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zur Zurechnung fordert. Im Zweifel wird der Richter bei dem Wohlgesinnten annehmen, ihm habe das Bewußtsein gefehlt, bei demjenigen dagegen, der vorbestraft oder sonst anrüchig ist, bewußt pflichtwidriges Handeln annehmen. Beides kann falsch sein, weil eben dem Richter eine sichere Entscheidungsnorm in solchen reinen Gewissensfragen niemals zur Verfügung gestellt werden kann.

⁶⁴) Vgl. die nähere Darstellung bei Philippinus, IV, *priv. 8*, der unter Nennung einer großen Zahl von Gewährsmännern mit der Glossa und Gregor X. ein Wissen annimmt.

irrtums nicht immer klargestellt sind. Bei Tatbeständen, zu deren Voraussetzung ein bestimmtes Rechtsverhältnis gehört (Eigentum beim Diebstahl; rechtsgültige Ehe beim Ehebruch oder der Bigamie), fordert die Doktrin mit Recht eine Kenntnis dieses Rechtsverhältnisses und sieht die Unkenntnis daher als *error facti* an⁶⁵). Denn — obwohl dies niemals klar herauskommt — die Kanonisten meinen, wenn sie von dem unentschuldbaren Rechtsirrtum sprechen, niemals die Unkenntnis von Rechtsätzen schlechthin, sondern nur die Unkenntnis über die Pflicht, den Verbotsirrtum. In dem erwähnten Fall liegt aber eine — sei es auf tatsächlichem, sei es auf rechtlichem Gebiet liegende — Unkenntnis über Eigenschaften der Tat, nicht ihr Verboten sein vor⁶⁶). Ebenjowenig sind sich die Kanonisten immer darüber klar, wohin der sogenannte Subsumtionsirrtum, die Unkenntnis, daß die konkrete Handlung unter die — gefannte — Norm zu rechnen ist. Suarez zählt ihn zu der *ignorantia facti*, „quia nimirum opus non putatur esse tale quale per legem prohibitum est“ (V, c. 12), während andere richtig hier einen Irrtum über die Pflicht, nicht das factum annehmen (Reiffenstuel, Schmalzgrueber, Thessaurus, Philippinus).

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß bei Rechtsverboten, die rein positiven Inhalts sind und also nicht aus naturrechtlichen oder religiösen Quellen gerechtfertigt werden können, die Entscheidung nach der Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums auf die Frage abgestellt wird, ob die Rechtsvorschrift so publiziert war, daß ihre Kenntnis auch bei ihrem Übertreter vorauszusetzen sei. Auch hier kommt es nur darauf an, ob er sie bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt kennen konnte, nicht ob er sie wirklich gefannt hat. Auf diesem Gebiet, wo die Kanonisten nicht schöpferische Gedanken haben, sondern im wesentlichen bei den „Legisten“ in die Schule gehen, werden daher die gemeinrechtlichen Gesichtspunkte — ohne daß wesentlich Neues geboten oder auch nur eine ausführlichere Untersuchung angestellt wird — übernommen. Zwei Monate nach Publikation des Gesetzes⁶⁷) wird seine Kenntnis im allgemeinen präsumiert, und es bedarf besonderer Umstände, um diese Vermutung zu entkräften⁶⁸). So führt Reiffenstuel für das *forum externum* die Soldaten, Minderjährigen und Frauen als privilegierte Personen an (*De reg. juris*,

⁶⁵) Vgl. Schiappoli in Pessina's *Enciclopedia del diritto penale*, I, 700.

⁶⁶) Vgl. oben 134.

⁶⁷) Feiner, I, 33 ff.

⁶⁸) Der Grundsatz der Nov. 66, c. 1 bez C. jur. civ.

a. a. D.), Laymann führt als Entschuldigungsgrund an, daß jemand zur Zeit der Promulgation abwesend war oder unter Menschen nicht gewohnt hat (I, tit. 2, cap. 2, 4). Eine nähere Untersuchung dieser Regeln und Ausnahmen hat keinen Wert.

III.

Der Rechtsirrtum im gemeinen Recht.

Eine Darstellung des Rechtsirrtums im germanischen Recht fehlt. Es scheint aber, als wenn diese Lücke in unserer historischen Rechtsforschung für das Verständnis der Entwicklung der Rechtsirrtumslehre und gar für die dogmatischen Gegenwartsfragen ohne erhebliche Bedeutung ist. Denn die bisherigen literarischen Überlieferungen aus den germanischen Rechtsquellen lassen den Schluß nicht gewagt erscheinen, daß das ältere germanische und das deutsche Recht bis zur Rezeptionszeit den Rechtsirrtum als Problem nicht kennen. Nur in vereinzelt Fällen und zwar lediglich bei Tatbeständen, deren Rechtskenntnis bei dem allgemeinen Rechtsbewußtsein nicht ohne weiteres vorauszusetzen ist, also bei polizeilichen und rein partikulären Satzungen wird die Berufung auf Rechtsunkunde als Entschuldigungs- oder wenigstens Milderungsgrund anerkannt.

Ich gebe zum Beleg dafür die bisher in der Literatur verwerteten Quellenstellen.

In der *lex Romana Wisigotorum* II, tit. 1, § 3 findet sich in wunderlichem Latein und verschörkeltem Gedankengang das in der Überschrift bezeichnete Prinzip vertreten, „quod nulli leges nescire liceat“⁶⁹⁾.

Später finden sich in Stadtrechten gelegentlich Bestimmungen, welche den Ausländer von Buße freisprechen, der schwört, bestimmte Sondervorschriften der Stadt nicht gekannt zu haben. So im Willwärder und Ripener Recht hinsichtlich des Verbotes, mit Waffen vor

⁶⁹⁾ „Omnis scientia sana ordinabiliter vitat ignorantiam execrandam. Nam cum scriptum sit: ‚noluit intellegere, ut bene ageret‘ certum est, quia qui intellegere noluit bene agere non contendit. Nullus ergo ideo sibi extimet illicitum faciendi licere quodlibet quia se novit legum decreta sanctionesque nescire; nam non insontem faciet ignorantie causa quam noxiorum damnis implicaverit culpa.“ Ich zitiere nach der Ausgabe der *Monumenta germanica historica*, Bb. 1. Die Stelle ist meines Wissens zuerst in unserer Literatur bei Wächter, *N. Archiv d. Kriminalrechts* 12 (1832), 138 Anm. 8 erwähnt, der aber ohne Interpretation nur ein „sehr verständig“ hinzusetzt.

Gericht zu gehen oder sie in der Stadt zu tragen⁷⁰⁾. In dem Speierer Stadtrecht wird die Entschuldigung zugelassen, daß man das Ratstatut von 1347 (Gebot, in der Nacht nur mit Licht über die Straße zu gehen) nicht gekannt hat, dagegen keine Beachtung geschenkt der Unkenntnis, daß das Stehlen von Schwären Sünde sei⁷¹⁾. Richard Voening erwähnt eine Gerichtsentscheidung aus Graubünden (1462), wonach ein verbotener Eingriff in die Gerichtsbarkeit entschuldigt wird, wenn die Beklagten schwören, „daß es sy recht hat gedunckt“⁷²⁾. Nach dem Augsburger Stadtrecht — worauf Binding, Grundriß des Strafrechts § 40 II aufmerksam macht — soll jemand von „geltnuß“ frei sein, wenn er schwört, daß er außer Landes war, als „das gesetz mit der sturmloggen gekündet und geltnuß drauff gesetzt“ war. Schließlich ist auf zwei weitere Stellen in Hermann Knapps Zenten des Hochstifts Würzburg hinzuweisen, in denen die Unkenntnis der Gesetzesbestimmung bei Gerichtsfreveln bestimmter Art (Betreten werden beim Auflesen von „Birn“, „aus unwissenheit wider die Gerichtsordnung“ mit „unbescheiden“ Worten reden) zu milderer Strafe führt oder ganz entschuldigt⁷³⁾. —

Es erscheint mir nicht zulässig, aus diesen vereinzelt Stellen ein allgemeines deutschrechtliches Prinzip zu entwickeln. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland fand also in unserer Frage kein einheimisches Prinzip vor oder auch nur eigene Gesichtspunkte für die Rechtsanwendung. So ist es kein Wunder, daß die handfesten Formeln der römischen Quellen ohne viel Nachdenken oder gar Skepsis übernommen wurden, kein Wunder, daß die gelehrte Arbeit, die ja gerade auf strafrechtlichem Gebiet bis in das 17. Jahrhundert auf einer ungewöhnlich niederen geistigen Stufe stand⁷⁴⁾, im wesentlichen die Weisheit der italienischen Kommentatoren übernahm. Der Einfluß, den die Postglossatoren und ihre Epigonen auf die deutschen Kriminalisten

⁷⁰⁾ Die Stelle aus dem Billwärders Recht hat zuerst John, Das Strafrecht in Norddeutschlands zur Zeit der Rechtsbücher, I (1858), S. 127 hervorgehoben. Rahn in seiner Würzburger Dissertation über den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum 1900, S. 12 hat dann die gleiche Bestimmung (Verbot, Waffen in der Stadt zu tragen) für das Ripener Stadtrecht nachgewiesen.

⁷¹⁾ So nach Köhler, Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904, S. 87/88.

⁷²⁾ Voening in dieser Z. 5, 579.

⁷³⁾ Knapp, Zenten des Hochstifts Würzburg, 1907, I, 2 S. 765 und II, 794. (Ich verdanke den Hinweis auf diese Stellen meinem Kollegen Opet.) Vgl. auch Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 16.

⁷⁴⁾ Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines deutsches Strafrecht, 1844, S. 67.

ausgeübt haben, kann an dieser Stelle genauer nicht verfolgt werden. Es bedarf hier, wie unser erster Aufsatz gezeigt hat, sorgfältiger Spezialuntersuchungen. So dringend notwendig sie auch für den Entwicklungsgang unserer allgemeinen Strafrechtslehren (Schuld, Versuch, Teilnahme) sind, in der Frage des Rechtsirrtums haben wir von ihnen keine allzu große Förderung zu erwarten. Denn wie die Kritik der Engelmännischen Behauptungen gezeigt hat, geben sie keineswegs eine den römischen Traditionen entgegengesetzte Lehre. Vielmehr bekennen sie sich prinzipiell zu der gleichen Ansicht und sind lediglich unsicher und widersprechend in der Begrenzung ihrer Regeln und Ausnahmen. Ihre hauptsächlichste Aufmerksamkeit ist nicht auf die Begründung und den Ausbau einer Theorie gerichtet, ihre Zwecke sind wesentlich praktischer Art, bestimmt durch den Instinkt, billige Entscheidungen für den Einzelfall zu finden. So kommt es, daß man zu schweren Irrtümern verleitet wird, wenn man sich aus ihren „Regeln“ eine Theorie zurechtzimmert, wie dies Engelmänn getan hat: denn in Wahrheit sind diese „Regeln“ vielfach Ausnahmen, die „Ausnahmen“ faktisch nicht selten Regeln. Aus demselben Gesichtspunkt ist es zu verstehen, daß ihre Problemstellung grundsätzlich abweicht von dem, worauf heute Theorie und Praxis eine Antwort suchen. Sie gehen nicht aus von der Frage, ob der „Rechtsirrtum“ die Zurechnung überhaupt oder wenigstens zum Vorsatz ausschließt. Diese Frage kennen sie im Grunde gar nicht, weil ihnen trotz gelehrter und (den Worten nach) genereller Ausführungen eine reinliche Scheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht gelungen, ja letzten Endes gleichgültig ist. Vielmehr fragen sie nur, ob der Rechtsirrtum die *poena ordinaria* — das war für die typischen Delikte die Todesstrafe — ausschließt, und verneinen oder bejahen diese Frage, je nachdem dies ihrem Billigkeitsermessen richtig erscheint. Wie dann die Entscheidung zu begründen ist, das ist eine Frage zweiten Ranges: „Gründe sind gemein, wie Brombeeren“, läßt sich von ihren Argumenten jagen. Diese rein auf die praktische Frage gerichtete Konzentration zeigt sich nach verschiedenen Richtungen.

Einmal beschäftigen sie sich überwiegend mit dem Delikt der Tötung und entwickeln aus ihm die „allgemeinen Schuldlehren“. Auch heute noch sündigen hierin nicht wenige Kriminalisten. Die Folge davon ist, daß diese Lehren vielfach zu den übrigen Tatbeständen und den Gedanken, die zu ihrer richtigen Beurteilung anzuwenden sind gar nicht passen. Hier werden dann ganz naiv andere Wertungs- und Schuldmaßstäbe herangezogen, so daß die aus dem Tötungsdelikt

entwickelten, scheinbar zu abstrakter Geltung deduzierten Worte und Begriffe einen ganz anderen Sinn und Inhalt bei den sonstigen Delikten annehmen.

Der zweite Mangel besteht in der, man muß sagen, völligen Hilflosigkeit, mit der die Worte „dolus“ und „culpa“ (und die ihnen verwandten) gebraucht werden, ohne daß sich die Postglossatoren über ihren Sinn klare Gedanken machen. Man kann für jede moderne Schulbaffassung, von Binding bis zu Liszt, Belege aus den mittelalterlichen Kommentaren holen, und jeder hat, nach dem Wortlaut, die gleiche Beweiskraft. In Wahrheit treibt man dabei freilich nur Jongleurkunst mit Worten und gerät in einen greulichen Dogmatismus, der uns nicht lehrt, was die Alten gewollt haben, sondern nur, was die Modernen aus ihnen herauslesen, um eine Stütze für ihre Theorien zu gewinnen. Was sie so „herauslesen“, stellt sich aber bei näherer Quellenuntersuchung regelmäßig als falsch heraus, wenn man nur dieselben Worte in ihrer Bedeutung für einen anderen Tatbestand zum Vergleich heranzieht und aus den alten Folianten nicht bloß das zitiert, was zu der eignen Theorie paßt. Aus dieser unsagbaren Vieldeutigkeit der Terminologie über die Schuldformen ergibt sich daher für die wissenschaftliche Untersuchung im allgemeinen die Forderung, daß man die Probleme der Quellen selbst, aus ihrem Zusammenhang mit der Kultur und den praktischen Anforderungen ihrer Zeit zum Sprechen bringen soll, anstatt sie nur als Argumente für die modernen Problemlösungen zu benutzen. Und für die Rechtsirrtumslehre im besonderen ist daraus zu schließen, daß man nicht aus den „Begriffen“ (richtiger: Unbegriffen) von dolus oder culpa in jener Zeit die Ansichten über den Rechtsirrtum deduktiv entwickeln darf, weil der Ausgangspunkt für diese Deduktion, eben jene „Begriffe“, völlig unsicher in seinen Fundamenten ist. Vielmehr sind nur die ausdrücklichen Aussprüche über den Rechtsirrtum heranzuziehen, und aus ihnen muß dann induktiv, unter strengster Beschränkung auf die Fragen des besonderen Falles, ein Schluß auf ihren Sinn und ihre Tragweite gezogen werden.

Drittens erklärt sich aus dem angegebenen Grund die geringe prinzipielle Ausbeute der Postglossatoren in Sachen des Rechtsirrtums. Theoretisch ist das Problem eine Frage erster Ordnung. Praktisch aber hat es in einer Zeit unentwickelter und vielfach anarchischer Strafrechtspflege nur geringe Bedeutung. So liegt nur wenig Anlaß vor, sich mit ihm anders als gelegentlich zu befassen, und gar keine Nötigung, es in all' seiner dornenreichen prinzipiellen Komplikation zu erfassen.

Schließlich zeigt sich die Wirkung des Mangels an theoretischer Vertiefung auch in den Gesetzen der Rezeptionszeit. Auch sie kennen den Rechtsirrtum nicht als prinzipielles Problem. Die Carolina erwähnt den Irrtum in ihren Bestimmungen überhaupt nicht. Nun haben freilich ihre modernen Interpreten aus ihnen herausgelesen, daß für sie Vorsatz die Willensbetätigung unter bewußter Rechtsverletzung bedeute⁷⁵⁾. Ein Beweis für diese Behauptung ist nicht erbracht worden, auch nicht durch die sorgfamen Untersuchungen Kollmanns⁷⁶⁾, der zum erstenmal ernsthaft den Versuch macht, die Schuldauffassung der C. C. C. nicht aus der eigenen Vorsatz- und Fahrlässigkeitslehre, sondern aus der Vorstellungswelt der Carolina zu entwickeln. Leider hat er aber diese von ihm selbst aufgestellte (S. 608) methodologisch allein richtige Forderung, soweit es sich um den Rechtsirrtum handelt, nicht verwirklicht⁷⁷⁾. Den Beweis, daß die C. C. C. unter der „ordentlichen Form der Tatschuld“⁷⁸⁾ stets eine Willensbetätigung unter bewußter Rechtsverletzung meine (S. 620), sucht er zu führen, indem er aus der Terminologie der in Betracht kommenden Artikel einen Schluß zieht auf den vom Gesetz vorausgesetzten subjektiven Tatbestand. Er unterscheidet hier drei Arten der gesetzlichen Charakterisierung. Die C. C. C. kennzeichnet

a) die Anwendung verbotener Mittel zur Erstrebung verbotener Erfolge,

b) die Herbeiführung verbotener Erfolge ohne Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit des Mittels oder umgekehrt die Anwendung verbotener Mittel, ohne daß das Ziel verboten zu sein braucht, und

c) ein bestimmt unschriebenes verbotenes Verhalten (S. 617).

Aus der Art dieser Tatbestandsgruppen zieht Kollmann den Schluß, daß sie alle drei ein Handeln mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern. Schen wir uns die einzelnen Fälle an, so ist der Schluß in dieser Allgemeinheit zweifellos unrichtig. Zu a) erwähnt er z. B. den Meineid (Art. 107, Satz 1), „um einen rechtswidrigen

⁷⁵⁾ Binding, *Normen* 2^a, 328, Anm. 10 und die dort angegebene Literatur (Doppermann, Kollmann).

⁷⁶⁾ Kollmann, *Die Schuldauffassung der Carolina*, S. 34 (1912/13), 605 ff.

⁷⁷⁾ Binding wirft ihm mit Recht vor, daß er die Irrtumsfragen „viel zu wenig betont“ habe (S. 328), hält aber seine Vorsatzauffassung, die sich mit der eignen Lehre deckt, für richtig.

⁷⁸⁾ Da die C. C. C. lauter vollständige, plastisch schillernde Ausdrücke zur Bezeichnung der verschiedenen Schuldformen wählt, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Termini nicht kennt, so hat Kollmann ganz recht, von einer ordentlichen und außerordentlichen Schuld zu reden (dagegen zu Unrecht Binding).

Vermögensvorteil zu erlangen". Die moderne Bezeichnung ist hier aber sehr unangebracht; denn die C. C. C. verlangt nur ein Wissen, daß der „gelernte Eyd“ falsch ist, keineswegs aber, daß der Täter auch weiß, daß er einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil erlangen will⁷⁹⁾. Auch ist das Wissen, daß jemand einen falschen Eid leistet, noch nicht Bewußtsein, daß das verboten sei⁸⁰⁾. An den letzten Fall denkt weder die C. C. C. noch das Heer ihrer Kommentatoren. Wäre es letzteren zum Bewußtsein gekommen, so hätten sie diese Unkenntnis — wie noch zu zeigen sein wird — gemäß der traditionellen, auch für sie verbindlichen Lehre von den nach natürlichem und göttlichem Recht strafbaren Handlungen, bei denen die Unkenntnis des Verbots die Strafbarkeit nicht ausschließt, zweifellos beim Meineid für gleichgültig erklärt und die Zurechnung bejaht, obwohl hier der Täter nicht, wie Kollmann sagt, ein verbotenes Ziel „bewußt“ erstrebt hatte (§. 618). Ebenso wenig darf man diese Charakterisierung auf den Tatbestand anwenden, so jemand „den leuten durch Zauberei schaden oder nachteyl zufügt“ (Art. 109): daß er dies tun muß mit dem Bewußtsein, daß es verboten sei, sagt das Gesetz eben nicht. Zur Zurechnung wird auch hier nur zu fordern sein, daß der Handelnde weiß, was er tut, nicht auch, daß er sich bewußt sein muß, daß seine Handlung verboten ist.

Die gleiche Unklarheit über den Begriff des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zeigt sich bei den unter b) von Kollmann hervorgehobenen Fällen. Ich hebe hervor die Bigamie (Art. 121). Nach Böhmer genügt hierzu das Wissen, eine zweite Ehe zu schließen: dagegen komme es nicht darauf an (*parum refert*), ob er „*legem monogamiae sciat*“ (a. a. O. zu Art. 121, § III). Ebenso gehört zum Tatbestand des Gefängniswärters, der nicht bloß „durch unfließ“ einem Gefangenen zur Freiheit verhilft, nur, daß er dieses „bewußt“ tut⁸¹⁾, nicht auch, daß er dabei das Bewußtsein hat, etwas Verbotenes zu tun (Art. 180). Das gleiche ist zu sagen von dem, der von „essenden Dingen“ in seiner oder der Seinen rechter Hungersnot stiehlt (Art. 166).

⁷⁹⁾ „Item welcher vor Richter oder gerichte einen gelerten Meyneidt schworet: So derselb eid zeitlich gut antrifft, das inn des, der also sellschlich geschworen hat, nutz komen“.

⁸⁰⁾ Nach Jo. Sa. Böhmer, *Meditationes in Constit. Crim. Carol.*, 1770, zu Art. 107 § II setzt der *dolus* beim Meineid voraus, „*ut quis scienter fidem juratam fallat*“.

⁸¹⁾ So bezeichnen den subjektiven Tatbestand, wie Kollmann selbst hervorhebt, *Remus* (*qui sciens effugere sinet*) und *Clasen* (*qui sciens e custodia dimittit*) in ihren Kommentaren zur C. C. C.

Schließlich in Gruppe c haben wir ebenfalls Fälle, die keineswegs mit Notwendigkeit ein Bewußtsein des Verbots fordern. Ich erwähne den Tatbestand des Art. 111: wer „wissentlich“ sein Haus Münzfälschern leiht. Er muß, wie Kollmann sagt, dies „unter Kenntnis des Sachverhalts“ (S. 620) tun. Das ist zwar richtig, der Täter braucht aber keineswegs zu wissen, daß solches Tun verboten ist. Das gleiche ist schließlich von der naturwidrigen Befriedigung des Geschlechtstriebs (Art. 116) und der wissentlichen Unterstützung der Missetäter (Art. 177) zu sagen.

Das Ergebnis ist also, daß auch die „ordentliche Form der Tatschuld“ keineswegs einen einheitlichen subjektiven Tatbestand enthält, sondern daß auch hier Variationen von dem bewußt böswilligen Verhalten⁸²⁾ bis zu dem bloß bewußten Tun, bei dem eine Kenntnis des Verbots nicht vorzuliegen braucht, möglich sind. Diese Erkenntnis drängt sich auch Kollmann auf. Er sieht richtig, daß bei dem Tatbestand der Art. 110 (schriftliche Beleidigung) und 111 (Münzfälschung) nicht zu erkennen sei, ob hier Kenntnis der „der Strafbestimmung zugrunde liegenden Norm“ gefordert werde (S. 637/638). Falls diese Kenntnis in concreto zu verneinen sei, so liege, meint er, weder die ordentliche noch die außerordentliche Schuldform vor. Das ist richtig nur vom Standpunkt seiner dogmatischen Voraussetzungen, aber eben nicht aus der Carolina gefunden. Denn diese bietet gar keinen Anhaltspunkt dafür, daß in solchen Fällen, wie er meint, nur arbiträr zu strafen sei, auch bei unverschuldetem Rechtsirrtum. Ebenso wenig ist es Binding — in dem neu erschienenen zweiten Halbband des II. Bandes der Normen — gelungen, aus den Bestimmungen der C. C. C. den Beweis zu erbringen, daß sie einen Vorsatzbegriff kennt, dem das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit wesentlich, unentbehrlich sei. Er findet ihn einmal in der Bezeichnung der „bösen Tat“ und ihren Spielarten („böshaft“, „böse Tötungen“) und will das gleiche sogar aus den Merkmalen des „geverlichen Handelns“ herauslesen (a. a. O. II², 635, Anm. 2). Dagegen spricht, daß zu den „bösen Tötungen“, die nach der Überschrift des Art. 130 in den folgenden Artikeln behandelt werden, auch die fahrlässigen („aus

⁸²⁾ Mit Recht hebt Kollmann S. 613 hervor, daß selbst der Ausdruck „Bosheit“ keinen einheitlichen Sinn bei der C. C. C. hat, daß er vielmehr einmal nur das subjektive Korrelat zum Begriff „Missetäter“ (Art. 103 und 31) andererseits die „malitia“ (Art. 164) umfasse. Und noch schillernder ist der Sinn der Worte „böse“, „bößlich“, „böshaftig“, „freventlich“ und „mutwillig“, vgl. a. a. O. 613, 614 und Anm. 62.

unfleiß oder unfunft und doch unfürsächlich", Art. 134) gerechnet werden. Ebenso geht aus den Bestimmungen der Art. 137 und 138 sowie aus Art. 129 deutlich hervor, daß „böse“ und „böselich“ alle Tatbestände umfaßt, die „kein genugsam entschuldigung“, wie z. B. Notwehr, keine „rechtmäßig gebrungene ursach“ haben, d. h. alle rechtswidrigen und schuldhaften Handlungen, soweit nicht einzelne Tatbestände, wie z. B. der Diebstahl, ausdrücklich durch „guten Glauben“ (Art. 43) ausgeschlossen werden. Noch weniger ist aus der Anwendung des Wortes „geverliches Handeln“ mit Binding zu schließen, daß sich hier das Willens- und Wissensmoment gerade auf die Rechtswidrigkeit des Erfolges richten müsse. Denn der Gegensatz zu ihm ist das „ungeverliche Handeln“ d. h. ein Handeln „wider einthätters willen“ (Art. 146)⁸³⁾, und die berühmten Beispiele vom „Barbierer“ und „Schützen“ zeigen evident, daß es sich bei dieser Scheidung um die Frage handelt, ob der Täter ein Bewußtsein der Kausalität, genauer der Gefährlichkeit seines Tuns haben konnte, nicht ob ihm bewußt oder nicht bewußt war, daß sein Tun vom Recht untersagt sei! Daß diese Frage der C. C. C. überhaupt nicht als Problem erscheint, läßt sich erkennen aus den Fragen, die der Richter bei der Beweisführung an den Inquisiten stellen soll (Art. 49 ff.), sowie aus den Entschuldigungsgründen, die zu berücksichtigen sind (135 ff., 140, 150). Die Modalitäten der Ausführung der Tat, die Gründe, die die Rechtswidrigkeit oder die Zurechnungsfähigkeit⁸⁴⁾ ausschließen, werden hier angeführt: mit feierlicher Betonung der Bedeutung dieser Fragen und der Mahnung an Richter und Urteiler, hierin nicht ihrer „eygen unvernünftig regel oder gewonheit“ zu folgen (Art. 150). Davon, daß die Rechtsunkenntnis des Täters auch zu diesen Entschuldigungsgründen gehören könnte, findet sich kein Wort in der C. C. C. Das Ergebnis kann demnach nur sein: die Verfasser der Carolina haben sich das Problem des Rechtsirrtums entweder überhaupt nicht zum Bewußtsein gebracht oder jedenfalls kein Bedürfnis empfunden, diese Frage gesetzgeberisch zu regeln. Wie ist nun die Entwicklung weitergegangen? Sie hat auch in der Lehre vom Rechtsirrtum den gleichen Weg wie sonst eingeschlagen. Niemals sind Richter und Urteiler in den Fällen, in denen die C. C. C. schwieg, ihrer eigenen „regel und gewonheit“ gefolgt, sondern der Rat der Rechtsverständigen wurde bindende Norm für sie. Ihre Tätigkeit suchten sie nicht etwa darin,

⁸³⁾ Vgl. im übrigen hierzu die spezielleren Ausführungen über „gefährlich“ bei Kollmann, a. a. O. 638.

⁸⁴⁾ „item so leut tödten, die ir sinn nit haben“ (Art. 150).

aus dem Geist der Carolina weitere Rechtsregeln zu entwickeln, sondern sie ergänzten ihre Regeln durch erweiterte Heranziehung des römischen Rechts, der italienischen und der ihren Spuren folgenden französischen, holländischen und deutschen Literatur⁸⁵⁾. Es sind im wesentlichen drei Gesichtspunkte, die auf diesem Wege bald als gelegentliche Lückenbüßer, bald als gewohnheitsrechtlich anerkannte Grundsätze in der Entwicklung vom 16. bis zum 18. Jahrhundert auftreten:

1) Die römisch-italienische Lehre, daß nur bei bestimmten Delikten und nur bei bestimmten Personen die Berufung auf Unkenntnis des Verbots als Entschuldigungsgrund zugelassen wird. Nur die *minores, mulieres, rustici*, die Ausländer und Ortsfremden⁸⁶⁾ können sich mit Erfolg auf die Unkenntnis des Verbots berufen, und auch sie nicht bei Delikten, die gegen Naturrecht verstoßen. Wir finden diese Ansicht bei Donellus, Cujacius, Matthäus, Theodoricus, Hunnius, Tiraquellus, bei Kress und Blumlacher, Fichard, Vigelius, Ludewig, Ferd. Christ. Harpprecht, Gail, Schilter, Berlich, Carpzov und schließlich bei Böhmcr⁸⁷⁾.

⁸⁵⁾ Vgl. v. Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts, 1882, S. 131 ff., und E. G. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, 1844, S. 66 ff.

⁸⁶⁾ Dagegen tritt die privilegierte Stellung der *milites* in der späteren Entwicklung mehr und mehr zurück.

⁸⁷⁾ Donellus, *Commentarius de jure civili*, I. Lib. I, c. 18; c. 21, 22 n. 10, 23 ff.; Cujacius, *Opera* (1722): IV, Lib. 18, *Quaest. Papin.*, S. 502, E und Lib. Singul. *Papin.*, de Adult., 1495; V in Lib. VI *Diff. Modest.* 1186 C; VII, tit. VI de *jur. et facti ignor.* XXII, 893 C, D; X, *Notae ad lib. XXII Dig.*, S. 469; Anton Matthaeus, *De criminibus*, 1672, Lib. 48, tit. 18, n. 10; Theodoricus, *Judicium criminale practicum* 1671: c. VI, n. 26; X, Aphor. 4; Helfricus Ulr. Hunnius, *Collegii Criminalis Disputationes*, 1621; Disp. V de *poenis*; Tiraquellus, *De poenis legum ac consuetudinum . . temperandis*, 1597 (*Opera* 7 u. 8); *caus.* 11, n. 7, 8 u. ff.; Kress, *Comm. in C. C. C.* (1736) zu Art. 177 u. zu 116 § 4, Nr. 2 u. 117, § 1; Blumlacher, *Comm. in C. C. C.* (1678), zu Art. 117, n. 3 u. 11; Fichard, *Consilia*, 1590, Cons. 63; Vigelius, *Constitutiones Carolinae*, 1590, cap. VI, n. 12; Ludewig, *Consilia Halensium Jtorum*, I, 1733; Consil. 102 (anno 1694); Alexander Gail, *Practicarum observationum* II obs. 48, p. 22; Joh. Schilter, *Praxis juris Romani in foro Germanico*, 1713 (herausgegeben von Thomajus), Exercit. 35, § 36 ff.; Harpprecht, *Consilia Tubingensia*, 1695; Cons. 20, n. 21; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, 3. Aufl. 1670; IV *Concl.* 33; 28/29; Carpzov, *Pract. nov. Imper. Rer. crimin.* etc., 9. Aufl. 1695; *Quaest.* 45, n. 43 ff., 54, n. 21/22, 53, n. 19, und *Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Elector. Saxon.* 1656; IV *Def.* 6 u. 13; Friedr. Sam. Böhmcr, *Observationes ad Carpzovii Practicam* etc., 1759; Qu. 149, obs. 4, und *Meditationes in Const. Criminalem Carolinam*, 1770, zu Art. 117, § 3 u. 9; Art. 120, § 16, III; Art. 179, § 12.

Der traditionelle Charakter dieser Auffassung zeigt sich vor allem darin, daß sie regelmäßig als etwas Selbstverständliches, der Begründung nicht weiter Bedürftiges hingestellt wird. Wo ein Grund angegeben ist, finden wir entweder den Hinweis auf die staatlichen Anforderungen: „Alioquin nemo non depelleret publicam utilitatem [Cujacius⁸⁸]. Die ignorantia iuris müsse so angesehen werden, als wenn sie nicht vorgelegen habe. Das fordere die Rücksicht auf den „Staatsnutzen“: publice interest, impunita maleficia non esse (Donellus, I, c. 23, n. 3), „damit es nicht in der Gewalt eines jeden Taugenichts (nequissimi hominis) stehe, durch die Berufung auf Rechtsunkenntnis, die Strenge der Gesetze ohne Grund (temere) und gegen den Nutzen zu beseitigen“ [Böhm⁸⁹]. Oder die Unkenntnis wird in den Fällen, in denen sie nicht privilegiert, als eine verschuldete hingestellt, für die der Täter einzustehen habe, weil er selbst die Ursache von ihr darstelle. Dieser Aristotelische Grund findet sich z. B. bei der eben zitierten Stelle des Cujaz⁹⁰. Oft wird statt dieser Formel der Grundsatz der Postglossatoren und Kanonisten herangezogen, daß die ignorantia crassa et supina dem Wissen gleichzustellen sei, denn „paria sunt scire vel scire debere“ (Gail, Observationes, Lib. II, 48, n. 14—16 und De pace publica, II, c. 10, n. 7—11). Andererseits wird als Grund der Entschuldigung infolge Rechtsunkenntnis angeführt, daß es sich nicht um mala per se illicita, nicht um ein notorie injustum, sondern um ein seltenes oder vom gemeinen Recht abweichendes partikuläres Delikt⁹¹) handle oder einen Tatbestand, dessen strafrechtliche Beurteilung zweifelhaft ist, oder bei dem die Grenzen der Strafbarkeit unsicher geworden sind (Tiraquellus, caus. XI, n. 7 ff.). Aber auch in diesen Fällen wird das Privileg der Ignoranz nur als Ausnahme hingestellt, die nur durch die besonderen Eigenschaften der Täterpersönlichkeit zu rechtfertigen sei. Bei den Frauen wird die imbecillitas sexus als Entschuldigungsgrund angesehen — mulier käme von mollities

⁸⁸) IV, Quaest. Papin. Lib. XVIII, §. 502 E.

⁸⁹) Observat. ad Carpzov. Quaest. 149, obs. IV.

⁹⁰) „Quod palam publicatum est clavis literis, ut legendi sit potestas unicuique, jus ignorare non possum aut si ignoro ipse mihi ignorantiae causa sum. Quamobrem jure teneor perinde ac si hoc scirem.“ Cujaz beruft sich hier nicht auf Aristoteles, wohl aber an verschiedenen anderen Stellen seiner Irrtumslehre, z. B. III Observ. Lib. V, §. 138 B; IV, Lib. sing. Papin. V, 1495.

⁹¹) Diese partikulären Delikte verbieten nach Böhm^{er} oft etwas, de quo ne somniando quidem quis cogitavit; Meditationes in C. C. C. zu Art. 179, § 12.

mentis, heißt es bei Gail, *De pace publica*, I, c. 1, n. 37 —, den Soldaten fehle die *calliditas fori* (Schilter, *Praxis jur. Roman.*; *exercit.* 35, § 38). Der *rusticus* sei nur zu schonen, wenn er nicht in der Lage war, erfahrene Leute um Rat zu fragen, dagegen nicht, wenn er ein *rusticus sagax* oder gar ein *callidus* und *versutus* war (Tiraquellus, *caus.* XI, n. 17; Hunnius, *Disp.* V). Wie die Bauern zum Wald gehen, um sich Holz zu holen, so können sie auch zur Stadt gehen, um sich Rechtsrat zu holen, und dasselbe gelte von den Frauen, *qui eunt ad civitatem pro indulgentiis*⁹²⁾. Ebenso ist der Neubürger und Fremde nicht schlechthin gegen Rechtsunkenntnis geschützt, sondern nur bei Statutar- und Partikularrecht, dessen Unkenntnis er eidlich versichern kann — z. B. er hat auf einer Reise ein Gebiet betreten, ohne zu wissen, daß hier Durchreisende eine Steuer zu zahlen hätten (Gail, *Observ.*, II, c. 48, n. 26) — oder wenn es sich um allgemein publizierte Gesetze handelt, kann ihn nur der Nachweis entschuldigen, daß er lange zu Wasser und Lande abwesend war (Gail, *De pace publica*, II, cap. 10, n. 12 unter Hinweis auf Jason)⁹³⁾. Diese Argumente und Untersuchungen nötigen demnach zu dem Schluß, daß nicht die Rechtsunkenntnis schlechthin, sondern nur die Rechtsunkenntnis, für die der Täter „nichts kann“, die also ohne seine Schuld ihm anhaftet, die Zurechnung ausschließt. Man kann dies auch positiv so ausdrücken: zur Zurechnung genügt ein Wissenkönnen, daß eine Handlung verboten ist. — Liegen die erwähnten privilegierenden Momente vor, so wird der Täter, ohne daß hierfür irgendein allgemeines Prinzip angegeben ist, entweder ganz freigesprochen oder er kommt mit milderer Strafe weg. Die Befreiung von Strafe wird damit gerechtfertigt, daß der Rechtsgrund der bloß positiven Delikte allein in den Befehlen der Obrigkeit zu suchen sei: der *ignorans* aber — richtiger müßte man nach dem Angeführten sagen: der ohne seine Schuld in Rechtsunkenntnis Handelnde — verachtet nicht die Befehle des Kaisers oder der Beamten⁹⁴⁾.

⁹²⁾ Tiraquellus, *causa* XI, n. 22; Theodoricus, *Iudicium criminale practicum*, cap. X, der sich auf Bartolomaeus Bertazzolius, *Decisivae consultationes* (Frankfurt 1602), *cons.* 169, c und *cons.* 474, n. 16 beruft.

⁹³⁾ Bertazzolius, I, *cons.* 122 a nennt die Frage nach der Entschuldigbarkeit des absens eine „berückigte“ und will das Privileg nur zulassen, wenn er fern von dem Staat, in dem die Publikation geschah, gelebt hat, nicht etwa schon, wenn er nur auf dem Lande sich aufgehalten hat, „wie einige glauben“.

⁹⁴⁾ Vgl. Gail, *Observat.* II, 48, n. 27; *De pace publica*, II, c. 10, n. 7; Kress, *Comment. in C. C. C.* zu Art. 117, § 1 (unter Hinweis auf Theodo-

2) Mit dieser Regel, daß der „Rechtsirrtum“ nur ausnahmsweise „nicht schade“, kontrastiert ein anderer, von der Glosse und den Postglossatoren überkommener Satz: „*quaelibet ignorantia etiam juris excusat a dolo*“ oder wie dies später ausgedrückt wird: „*quaelibet causa etiamsi injusta (fatua, bestialis [!]) excusat a dolo*“ (Marianus Socinus, Jason de Mayno, Jul. Clarus, Farinacius)⁹⁵). Der Gegensatz zu der römisch-rechtlichen Formel wird von einzelnen, z. B. Julius Clarus, dahin aufgelöst, daß der Rechtsirrtum nicht entschuldige bei einem „*prohibitum de jure communi*“, sondern nur bei partikulärem und zweifelhaftem Recht. Im übrigen sei darauf abzustellen, ob der Tatbestand *dolus de substantia* (*dolus verus*) fordere (Beispiel: *falsum, periurium*): hier fehle auch bei einem Rechtsirrtum aus *injusta causa* der *animus delinquendi*, daher sei der Handelnde straffrei, — fordere dagegen der Tatbestand *dolus schlechtthin* (*dolus praesumptus*), so sei der Handelnde, wenn eine *causa injusta* vorliege, zwar vom *dolus*, aber nicht von *culpa* frei und nur dann strafflos zu lassen, wenn die *causa* seines Irrtums eine *justa* gewesen sei⁹⁶).

Zum Verständnis dieser Unterscheidungen, die namentlich für die Ausbildung der gemeinrechtlichen Begriffe des *dolus indirectus* und *generalis* von Bedeutung geworden sind, ist das Folgende vorweg zu sagen. Die römischrechtliche Lehre vom *dolus* gab den italienischen Juristen deshalb ein unlösliches Problem auf, weil den Quellen ein einheitlicher Begriff des *dolus* und überhaupt eine theoretische Klarheit über seinen Inhalt fehlte. Sie bezeichnen mit dem Wort einmal den „*dolus malus*“: das absichtliche, mit überlegter Böswilligkeit begangene Handeln („*calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniens, fallendum, decipiendum alterum adhibita*“, D. 4, 3, l. 1 § 2, Ulpian). Diesen juristisch unscharfen, mit ethischen

ricus: „*extra casus jure divino prohibitos delinquentes magis propter contemptum Magistratus quam propter verum incestum puniuntur*“). Dieselbe Begründung für den Inzest, der aus Rechtsunkenntnis in einem dispensationsfähigen Fall (Seitenverwandte) sub *figura matrimonii* begangen wird. Böhmer, *Meditationes in C. C. C.* zu Art. 117, § 9.

⁹⁵) Jason, *Consilia* II (1534), c. 153, n. 2 und *Comm. in Codicem* (1564): de *transactionibus*, l. si quis maior. n. 2; Bossius, *Tract. varii*, 1562, tit. de decreto *Mediolani*, n. 19 u. tit. quando procedat per actionem in delictis, n. 39; Julius Clarus (oben im Text); Farinacius, De poenis temperandis qu. 90, n. 3 u. 19 ff. — Vgl. hierzu Engelmann 42 ff. und 139 ff.

⁹⁶) Julius Clarus, *Liber quintus receptarum sententiarum*, 1572, V § fin. *pract. crim.* Qu. 60, n. 14 u. 22, und ebenda Qu. 85, n. 2.

Gefühlswerten überbelasteten Begriff haben sie allmählich in der Rechtsanwendung so erweitert, daß darunter jede Handlung verstanden werden konnte, bei der der Handelnde „mit Bestimmtheit vorherjah, die beabsichtigte Handlung werde den (durch sie verursachten) Schaden zur Folge haben“⁹⁷⁾. Damit ist faktisch die ursprüngliche Grundlage des Begriffs erweitert. Dolus handelt nicht bloß der gewalttham oder arglistig gegen das Recht Auftretende, sondern auch derjenige, der sich zwar seiner Handlung, aber nicht ihrer Gesetzwidrigkeit bewußt ist. Und ebensowenig braucht zum dolus (im weiteren Sinn) ein gemeines Motiv zu gehören, auch das Handeln aus guter Absicht (z. B. Mitleid) kann unter den Tatbestand des dolosen Handelns subsumiert werden⁹⁸⁾. Aber diese Erweiterung ist nur unter dem Druck der Bedürfnisse des Rechtslebens vollzogen worden, nur praktisch zur Geltung gekommen und niemals zu einem klaren theoretischen Begriff ausgestaltet worden. Notwendig wurde sie, weil öffentliche Strafen bis zu Hadrian nur verhängt werden durften wegen vorsätzlicher Handlungen: „der Tatbestand der Verbrechen setzt überall den dolus voraus“⁹⁹⁾. Andererseits konnte man unmöglich nach Bindings Worten vorsätzliche Rechtsbrüche, die „nicht einem dolus malus im technischen“ Sinne entsprangen, „auf die Dauer straflos lassen“⁹⁹⁾. Solche Fälle wurden nun von den Römern civiliter für strafbar erklärt — ohne Ausbildung einer besonderen Terminologie — durch Gewährung einer nicht infamierenden *actio in factum*¹⁰⁰⁾. Oder sie fanden einen Weg zu ihrer Bestrafung von der culpa aus, indem sie eine „Ergänzungsschuld zum dolus malus“, eine „schwere Schuld“, culpa lata oder dolo proxima ausbildeten¹⁰¹⁾. Daß darunter kein Kunstausdruck,

⁹⁷⁾ Haffse, Die Culpa des römischen Rechts, 1815, S. 98. Etwas unbestimmter drückt Mommsen, Röm. Strafrecht den gleichen Gedanken aus, wonach der dolus im weiteren Sinne „sämtliche bewußte Gesetzwidrigkeiten“ zusammenfaßt (S. 87). Pernice, Labeo, II, 2. Aufl., 1. Abt., S. 143 definiert ihn als „bewußte Schädigungsabsicht“.

⁹⁸⁾ Mommsen, Röm. Strafrecht, 87 Anm. 2 nennt den erweiterten Begriff eine Abstraktion, ungefähr wie unser „Unrecht“, und betont mit Recht, daß der Begriff „positiv brauchbar“ „nur in Beziehung auf die einzelne Klage sei“.

⁹⁹⁾ Pernice, Labeo, 2. Aufl., II, Abt. 2, 1, S. 11 u. 40; Mommsen, a. a. O. 89; Binding, Normen, 2. Aufl., II, 733.

¹⁰⁰⁾ D. 4, 3 l. 7 § 7: Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugerit, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans, si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere. Ebenso ebenda l. 28/29; D. 37, 15 l. 5.

¹⁰¹⁾ So Binding, a. a. O. 757, dessen Ausgangspunkt ich also insoweit teile.

keine Bezeichnung für feste Begriffe zu verstehen ist, halte ich für sicher, da culpa von den Römern bis zu Hadrian nicht als Schuldart, sondern nur als allgemeine Bezeichnung für „Verschulden“ überhaupt aufgefaßt wurde¹⁰²⁾. Praktisch wird diese culpa lata dem dolus gleichgestellt, d. h. sie führt zur Bestrafung, theoretisch aber ist sie ebensovienig begrifflich bestimmt, wie der dolus und die culpa (als Fahrlässigkeit gefaßt) bei den Römern. Die darunter gezogenen Fälle umfassen einmal dolose Tatbestände, bei denen der Handelnde ohne das gemeine Motiv gehandelt hat. Hierzu gehört der Tatbestand D. 17, 1 l. 8, § 9 u. 10. Jemand hat den Auftrag bekommen, einen fremden Sklaven zu kaufen. Überläßt er diesen Sklaven einem anderen, der ihm dafür Geld gibt, so liegt nach Ulpian doloses Handeln, culpa lata dagegen vor, wenn die Überlassung aus Gefälligkeit (gratia) geschieht. Binding schließt aus dieser Stelle mit Recht, daß hier dolus malus Handeln aus Eigennutz, culpa lata dagegen Vorsatz „aus Konnivenz gegen einen Dritten“ bedeute¹⁰³⁾. Aber der Nachweis, daß die Quellen unter culpa lata stets Vorsatz unter Ausschluß eines gemeinen Motivs oder des Mangels an feindseliger Gesinnung gegen das Recht¹⁰⁴⁾ unter Ausschluß der Fahrlässigkeit meinen (Normen II², 727), kann als gelungen nicht angesehen werden, trotz des energischen Vorstoßes, den Binding in der neuen Auflage des zweiten Bandes der „Normen“ zur Verteidigung seiner alten These unternimmt. Gegen sie sprechen vielmehr einmal die Stellen, in denen die Römer ein doloses Handeln auch dort annehmen, wo der Eigennutz oder das gemeine Motiv fehlen¹⁰⁵⁾, andererseits solche, wo nur ein „dolo proximum“ angenommen wird, obgleich der Täter aus Eigennutz handelt¹⁰⁶⁾. Andere Stellen, in denen die Quellen von lata negligentia und von einem negligenter

¹⁰²⁾ Pernice, *Labeo*, II, 2. Abt., S. 6 u. 42.

¹⁰³⁾ Binding, *Normen* II², 733 ff.

¹⁰⁴⁾ Wie sich dieser Mangel an feindseliger Gesinnung gegen das Recht mit dem von Binding für jeden Vorsatz, also auch die culpa lata in seinem Sinne, geforderten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vertragen soll, bleibt dunkel. Mit Recht dagegen Böffler, *Schuldformen*, I, S. 101.

¹⁰⁵⁾ Vgl. D. 5, 1 fr. 15, 1 und D. 4, 6 fr. 26, § 4. Daß hier sowohl das Handeln per sordes wie das gratia zum dolus malus gerechnet wird, muß Binding selbst zugeben (S. 736, Anm. 56). Aber dann darf man eben nicht sagen, wie er es in derselben Anmerkung kurz vorher tut, daß der Gegensatz von per sordes und gratia identisch sei mit dem Gegensatz von dolus malus und culpa.

¹⁰⁶⁾ Vgl. D. 34, 3, l. 24 dazu gegen Binding: Pernice, *Labeo* II (1. Aufl.), S. 412/13 und Böffler, a. a. O. 101.

Handeln sprechen und *lata culpa* annehmen, werden von Binding gewaltsam im Sinne seiner *dolus*-Theorie ausgelegt, obwohl hier nichts für die Vorsagnatur der *negligentia* spricht¹⁰⁷⁾. Bindings Auffassung wird ferner zweitens widerlegt durch solche Stellen, in denen *culpa lata* „zweifelloß nicht“ als vorsätzliches, sondern nur als grob fahrlässiges Verhalten verstanden werden kann. Dazu gehören die Definitionen: *lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*. (D. 50, 16, fr. 213 § 2 und fr. 223 und 226). Binding nennt diese Bestimmungen als materiell-rechtliche Definitionen „sinnlos“, „falsch und lächerlich“. „Denn was alle einsehen, kann keiner nicht einsehen.“ Also könne hier nur eine „Beweisregel“ gemeint sein: „der kluge Jurist konnte damit nur die Warnung beabsichtigen, es solle ja niemand solchem groben Irrtumsvorwand Glauben schenken“ (a. a. O. 770/71, 774). Ich gestehe, daß ich dieser Beweisführung nicht folgen kann. Die verschiedenen Quellenstellen, welche die Größe der *negligentia* bestimmen, wollen durchweg die Schuld des Handelnden materiell differenzieren: sie kennen eine Nachlässigkeit, die so groß ist, daß sie „nahe an *dolus*“ reicht (D. 17, 1, l. 29 pr., vgl. auch D. 44, 7, l. 1 § 5). Nirgends aber bieten sie einen Anhaltspunkt für die Deutung: *nimia negligentia* ist eine *negligentia*, die so groß ist, daß sie — dem, der sich auf sie beruft, nicht geglaubt werden kann. Erst die Glossatoren und namentlich die Postglossatoren haben diese *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος* vorgenommen.

(Fortsetzung folgt.)

¹⁰⁷⁾ D. 26, 7, 7, 2 und D. 11, 6, 1 § 1: vgl. die Argumentationen Bindings S. 734/35 und 738 und ihre überzeugende Widerlegung durch Carl Christoph Burdhardt, Sinn und Umfang der Gleichstellung von *dolus* und *lata culpa* im Röm. Recht (Göttinger gekrönte Preisschrift), 1885, S. 11, 12 u. 13. Ebenso wenig beweist die Stelle D. 47, 4 fr. 1 § 2, wo ein testamentarisch freigelassener Sklave nach dem Tode seines Herrn, aber vor Erbschaftsantritt die Erbschaft verringert. Die prätorische Pönalklage gegen ihn ergeht nicht bei *culpa* und *negligentia*, wohl aber bei *dolus* und *culpa dolo proxima*, welche *dolum repraesentat*. Binding nimmt hier einen scharfen Gegensatz zur bloßen Nachlässigkeit, ein Handeln an mit Absicht und Willen, ohne gemeines Motiv (S. 739/40). Aber die Stelle selbst deutet nur eine quantitative Steigerung der Nachlässigkeit zur groben Nachlässigkeit, nicht einen qualitativen Unterschied an. Und mit Recht fragt Pernice, 1. Aufl., II, 389/90: an welchen Fall man denn denken solle, daß ein Sklave zwar mit Absicht und Willen, aber ohne gemeines Motiv eine seiner Verwaltung unterstehende Erbschaft beschädigt?