Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.

Von Werner Rosenberg, Staatsanwalt in Straßburg i. E.

I.

Die bekannten Urteile des deutschen Reichsgerichts, welche den Versuch am absolut untauglichen Objekt, sowie den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln für strafbar erklären¹⁾, haben auf die Praxis der Gerichtsbehörden nur geringen Einfluß geübt. Die Beamten der Staatsanwaltschaft vermeiden es, bei allen absolut untauglichen Versuchshandlungen, welche zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehören, überhaupt Anklage zu erheben, weil eine Verurteilung in diesen Fällen doch nicht zu erwarten ist. In der That ist es fast immer verlorne Liebesmüh, vor Laienrichtern die Ansicht zu vertreten, daß an einer Leiche, einem Tierkörper, einem Baumstamm oder einem Schatten ein Mordversuch begangen werden könne²⁾, daß an einer Jungfrau, welche irrtümlich für schwanger gehalten wird, ein Abtreibungsversuch möglich sei, und daß ein Notzuchtversuch vorliegen solle, wenn ein Mann es unternimmt, einen andern, als Mädchen verkleideten Mann mit Gewalt zur Duldung des außerehelichen Beischlafs zu nötigen³⁾. Nicht minder

¹⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. I S. 439, 451, Bd. VIII S. 198, Bd. XVII S. 158, Bd. XXIV S. 382.

²⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VIII S. 203.

³⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VIII S. 204: „Bedarf es zum strafbaren Versuche nicht eines Gegenstandes, an welchem das Verbrechen vollendet werden könnte, genügt es vielmehr, wenn der Handelnde nur glaubt, ein solcher Gegenstand sei vorhanden, und wenn er in diesem irrigen Glauben seinen verbrecherischen Willen durch eine nicht mehr bloß vorbereitende äußere Handlung an den Tag legt, so ist nicht abzusehen, wie die zufällige Veranlassung eines Irrtums darüber zu entscheiden haben könnte, ob die Handlung zu strafen sei oder nicht.“

ausichtslos würde es sein, die Verhängung der Todesstrafe wegen versuchten Hochverrats gegen den politischen Verbrecher zu beantragen, der einen fürstlichen Adjutanten mit dem Landesherrn verwechselt und auf den erstern ein erfolgloses Attentat verübt hat. Auch bei den gelehrten Richtern besteht wenig Neigung, in den Fällen des absolut untauglichen Versuchs eine Verurteilung auszusprechen. Schon wiederholt hat das Reichsgericht landgerichtliche Urteile, in denen die Rechtsprechung des Reichsgerichts bekämpft und eine abweichende Rechtsüberzeugung vertreten wurde, kassieren müssen⁴⁾ und noch vor kurzem hat das Oberlandesgericht Hamburg den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln für straflos erklärt⁵⁾.

Diese hartnäckige Opposition der Untergerichte gegen die konsequent festgehaltene Ansicht des höchsten deutschen Gerichtshofs findet ihre Erklärung in der Thatfache, daß die Gründe der Plenar-Entscheidung vom 24. Mai 1880 in keiner Weise geeignet sind, die Gegner zu widerlegen und zu überzeugen.

Das erwähnte Urteil der vereinigten Strafsenate stellte an die Spitze seiner Beweisführung den Satz: „Darüber kann kein Zweifel aufkommen, daß im Versuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet, im Gegensatz zu dem in der Vollendung zu Tage tretenden, aus dem verbrecherischen Willen hervorgegangenen rechtswidrigen Erfolge“⁶⁾. Diese Prämisse, welche als ein ganz selbstverständliches, über jeden Zweifel erhabenes, unbestrittenes und unbestreitbares Prinzip — als juristisches Dogma — hingestellt wird, ist nun vollständig unrichtig. Der Gegensatz zwischen dem versuchten Delikt und dem vollendeten Delikt liegt doch sicher nicht in der Verschiedenheit des verbrecherischen Willens; der verbrecherische Wille ist doch ganz gewiß kein spezifisches Kennzeichen des Versuchs, keine charakteristische Eigentümlichkeit desselben, sondern das gemeinsame Merkmal, welches bei allen vorsätzlichen Delikten von Anfang bis zu Ende in gleicher Weise vorhanden ist. Nehmen wir z. B. folgenden Fall: A und B schießen gleichzeitig auf C in

⁴⁾ Vgl. Urteil des Landgerichts Schwerin, Entsch. d. Reichsgerichts Bd. VIII S. 198, Urteil des Landgerichts Köln Entsch. d. Reichsgerichts Bd. XVII S. 158, Urteil des Landgerichts Colmar, Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. XXII S. 122.

⁵⁾ Deutsche Juristenzeitung vom 1. Februar 1899 Nr. 3 S. 58.

⁶⁾ Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I S. 441.

der Absicht, denselben zu töten. Die Kugel des A fliegt, ohne zu treffen, an C vorüber; die Kugel des B trifft und tötet den C. Offenbar hat A genau denselben verbrecherischen Willen gehabt wie B. Allerdings kann es vorkommen, daß bei einer Versuchshandlung der verbrecherische Wille noch nicht so bestimmt ausgeprägt ist, wie in einem spätern, weiter vorgeschrittenen Stadium derselben That, daß dieser Wille im Anfang der Ausführung noch schwankend und unsicher ist, daß er sich erst allmählich festigt und kräftigt. Allein umgekehrt ist es ebenso gut möglich, daß der bereits vorhandene, bestimmt ausgeprägte verbrecherische Wille noch im letzten Stadium der Ausführungshandlung erschüttert wird, und seine frühere Festigkeit verliert. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn der Thäter noch im letzten Moment Anwandlungen von Reue, Mitleid, Schwäche oder Scham bekommt, welche bei ihm Bedenken und Zögern hervorrufen. Für die juristische Beurteilung der angeführten Fälle ist allein entscheidend, daß die gesetzlichen Erfordernisse des *dolus* bei dem versuchten Delikt genau dieselben sind, wie bei dem vollendeten Delikt, daß der subjektive Thatbestand bei der Versuchshandlung und bei der vollendeten Handlung sich vollkommen deckt. Mit Recht sagt daher Baumgarten: „Die innere Seite des Verbrechens ist identisch bei Versuch und Vollendung“¹⁾. Ein Merkmal, das bei Versuch und Vollendung identisch ist, kann unmöglich den begrifflichen Gegensatz zwischen diesen Thatbeständen bilden und den legislatorischen Grund für die Bestrafung eines derselben enthalten. Man darf sogar noch einen Schritt weiter gehen: Der verbrecherische Wille ist nicht bloß identisch bei Versuch und Vollendung, sondern auch schon bei der Vorbereitung. Der Mörder, der nach einem sorgfältig erwogenen und überlegten Plane einen andern Menschen vorsätzlich erschießt, hat genau denselben verbrecherischen Willen bei der Vorbereitung des Mordes — Anschaffen der Schußwaffe, Ausspähen der günstigen Gelegenheit, Auswählen des Thatorts, Laden des Gewehrs — wie bei der Ausführungshandlung — Anlegen, Zielen und Abfeuern des Gewehrs. Ein Merkmal, welches bei Vorbereitung, Versuch und Vollendung identisch ist, kann unmöglich den begrifflichen Gegensatz zwischen Versuch und Vorbereitung bilden und den

¹⁾ Baumgarten: „Die Lehre vom Versuche der Verbrechen“. Stuttgart 1888 S. 347.

riminalpolitischen Grund für die Bestrafung des Versuchs enthalten!

Geht man mit dem Reichsgericht davon aus, daß „im Versuch der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet“, so lassen sich die Vorschriften unsres Strafgesetzbuchs über die Bestrafung der Versuchs- und Vorbereitungshandlungen überhaupt nicht erklären. Warum ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur ausnahmsweise, der Versuch einer Übertretung nie? Warum wird der Versuch in der Regel milder bestraft als das vollendete Delikt, in einzelnen Fällen jedoch mit der Strafe des vollendeten Delikts belegt? Warum ist der erfolglose Versuch einer Anstiftung in der Regel straflos, in manchen Fällen dagegen strafbar? Warum ist die Vorbereitungshandlung in der Regel straflos, in Ausnahmefällen aber strafbar? Das Reichsgericht ignoriert vollständig die zahlreichen Unterschiede, welche das positive Recht bei Bestrafung der Versuchs- und Vorbereitungshandlungen macht und erklärt ohne jede Begründung den Versuch einer strafbaren Handlung und den strafbaren Versuch für identische Begriffe. Wie kommt es aber, daß das Reichsgericht gänzlich davon Abstand nimmt, die Vorschriften des positiven Rechts auf ihre Prinzipien zurückzuführen und statt dessen es vorzieht, aus dem abstrakten Begriffe des Versuchs die logischen Konsequenzen zu entwickeln? Die Wurzeln der vom Reichsgericht sanktionierten Theorie liegen noch in der alten, wissenschaftlich längst überwundenen Doktrin der naturrechtlichen Schule, die — nach Merkels treffendem Ausdruck — hinter den Gestaltungen des wirklichen Lebens eine Begriffswelt von nicht bloß abgeleitetem Werte aufbaute, die das begriffliche Wesen des Verbrechens seiner konkreten Erscheinung gegenüber stellte und unabhängig von der letztern zu bestimmen suchte³⁾. Zu den Vertretern dieser naturrechtlichen Doktrin gehört auch von Buri, vermutlich der geistige Vater der Plenar-Entscheidung vom 24. Mai 1880 und jedenfalls der eifrigste Verteidiger desselben. v. Buri gründet die von ihm verfochtene subjektive Theorie lediglich auf den logischen Gegensatz der Begriffe Versuch und Vollendung und kümmert sich nicht im geringsten darum, ob sein logischer Versuchsbegriff mit dem strafbaren Versuch des deutschen Strafgesetzbuchs übereinstimmt.

³⁾ Z 557.

Das Urteil der vereinigten Straffenate ist ferner nicht erschöpfend. Dasselbe beschränkt sich darauf, aus der großen Zahl der objektiven Theorien zwei spezielle Ansichten herauszugreifen und zu widerlegen, nämlich die Lehre Feuerbachs von dem Kausalzusammenhang, der zwischen dem Versuch und der beabsichtigten Vollendung bestehen soll, und die Lehre Mittermaiers über den Unterschied zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln. Alle andern objektiven Theorien werden einfach mit Stillschweigen übergangen⁹⁾. Zu diesen vom Reichsgericht totgeschwiegenen Theorien gehört auch die Lehre, welche Zachariä in seiner berühmten Monographie über den Versuch aufgestellt hat, daß nur diejenigen Versuchshandlungen bestraft werden könnten, welche den rechtlichen Zustand gefährdeten¹⁰⁾.

Das Urteil der vereinigten Straffenate stellt endlich folgenden Satz auf: „Daß das beabsichtigte Verbrechen bei dem Versuch stehen blieb, hat jedes Mal in einem Irrtum des Thäters seinen Grund, weil er die das Ausbleiben des Erfolgs bewirkenden Umstände bei seinem Plane zur Verwirklichung des gefaßten Entschlusses nicht richtig in Anschlag gebracht hat.“ Nehmen wir also folgenden Fall: A beabsichtigt, den B auf der Jagd im Walde zu töten. Er wählt sorgfältig den geeignetsten Platz aus, übt sich an Ort und Stelle im Einschießen und trifft bei 100 Schüssen 95 Mal das markierte Ziel. A weiß also, daß er keine absolute Gewißheit hat, den B zu töten, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit von 95 pSt., den B überhaupt zu treffen; trotzdem wagt er die That, weil er dieselbe aus besondern Gründen — z. B. wegen Abreise, Gefahr drohenden Verrats usw. — nicht länger aufschieben kann. Der Schuß geht fehl. A sieht verwirklicht, was er als möglich vorausgesehen und gefürchtet hat. Seine Erwartungen und Befürchtungen sind vollständig eingetroffen; trotzdem soll A sich geirrt haben!

Ein andres Beispiel: A und B beabsichtigen, eine Brücke in dem Moment, in welchem eine fürstliche Persönlichkeit über dieselbe fährt, mit Dynamit in die Luft zu sprengen. Alle Vorbereitungen sind bereits getroffen; kurz vor Ausführung der That bekommt A

⁹⁾ Vgl. über die verschiedenen objektiven Theorien, Baumgarten a. D. S. 239–247.

¹⁰⁾ Zachariä: „Die Lehre vom Versuche der Verbrechen“ Teil I Seite 245 (Göttingen 1836).

jedoch Gewissensbisse. B drängt auf energische Durchführung des bereits eingeleiteten Unternehmens und droht mit der Rache der Genossen. Nach einigem Zögern und Schwanken entschließt sich A, die Zündschnur anzuzünden, in der stillen Hoffnung, daß dieselbe infolge des inzwischen eingetretenen Regens doch nicht funktionieren werde. Durch die Nässe ist die Leitung auch wirklich unbrauchbar geworden; die Mine explodiert nicht. A sieht verwirklicht, was er im Stillen gehofft und gewünscht hatte, gleichwohl soll er sich im Irrtum befunden haben!

Gegen die citierte Behauptung des Reichsgerichts hat Cohn bereits mit vollem Recht geltend gemacht, daß das Reichsgericht eine doppelte Art des Irrtums konstruiere: einen Irrtum über Thatfachen und einen Irrtum, der mit dem Mangel, die Zukunft vorherzusehen, zusammenfällt¹¹⁾. Ein Irrtum über zukünftige Thatfachen kann niemals strafbar sein, denn kein Mensch hat die Gabe, mit Sicherheit in die Zukunft zu blicken. Auch für das Strafrecht gilt der Satz: *Ultra posse nemo tenetur!*

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß die Entscheidungsgründe des Urteils der vereinigten Strafsenate in dreifacher Beziehung unrichtig sind:

1. dieselben beruhen auf der Voraussetzung: jeder Versuch einer strafbaren Handlung ist prinzipiell strafbar;
2. dieselben identifizieren die objektive Versuchstheorie, welche sehr verschiedene Ansichten umfaßt, mit den Lehren von Feuerbach und Mittermaier;
3. dieselben führen jedes fehlgeschlagene Delikt auf einen Irrtum des Täters zurück.

Das aus diesen unrichtigen Grundsätzen abgeleitete Resultat muß notwendigerweise unrichtig sein. Der Unterschied zwischen Vorbereitungshandlungen, Versuchshandlungen und vollendeten Handlungen besteht bei vorsätzlichen Delikten nicht in der Verschiedenheit des subjektiven Thatbestandes, sondern in der Verschiedenheit des objektiven Thatbestandes. Die Streitfrage, ob der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekt strafbar ist, kann erst dann gelöst werden, wenn die Prinzipien gefunden sind, welche den Vorschriften des positiven

¹¹⁾ Goldhammers Archiv für Strafrecht Bd. XXVIII S. 371 (Berlin 1880).

Rechts über die verschiedene Bestrafung der vorsätzlichen Delikte in den Stadien der Vorbereitung, des Versuchs und der Vollendung zu Grunde liegen.

II.

Das positive deutsche Strafrecht läßt die Vorbereitungshandlungen für ein vorsätzliches Delikt in der Regel strafflos; nur in einigen wenigen Fällen werden dieselben mit Strafe bedroht. Solche Fälle sind u. a.:

Die Vorbereitung eines Hochverraths im Sinne der §§ 83, 84 und 86 des Strafgesetzbuchs,

die Vorbereitung eines Kriegsverrats im Sinne des § 59 des Militärstrafgesetzbuchs,

die Vorbereitung eines gemeingefährlichen Verbrechens im Sinne der §§ 6 und 7 des Sprengstoff-Gesetzes vom 9. Juni 1884,

die Vorbereitung eines Landesverraths im Sinne der §§ 3 und 5 des Reichsgerichts gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893.

Unter den juristischen Begriff der Vorbereitungshandlungen fallen ferner:

das Erbieten zu einem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem Verbrechen, sowie die Annahme eines solchen Erbietens (§ 49a Absatz 2 St.G.B.);

die Einführung falschen Geldes aus dem Auslande zum Zwecke der Verbreitung (§ 147 St.G.B.), sowie die Anschaffung und Anfertigung der im § 151 St.G.B. aufgezählten Gegenstände zum Zwecke eines Münzverbrechens;

die Meuterei im Sinne des § 103 des Militärstrafgesetzbuchs.

Die §§ 83, 84 und 86 des deutschen Strafgesetzbuchs entsprechen vollkommen den §§ 63, 64 und 66 des preussischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851, welches bekanntlich das Vorbild und die Grundlage des Reichsstrafgesetzbuchs ist¹²⁾. Der legislato-

¹²⁾ Motive zum Entwurf (I) eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund. Berlin, Juli 1869 (Verlag von Doehow) S. 2. — Motive zum Entw. II Anlage Nr. 5 zu den Stenograph. Berichten über die Reichstagsverhandlungen I. Leg.-Periode 1870. S. 28.

rische Grund für die Bestrafung dieser Vorbereitungshandlungen im preußischen Strafgesetzbuch war aber nicht die Schwere des subjektiven Verschuldens, sondern die objektive Gefahr für die bestehende Staatsordnung, die Gefährlichkeit der That, nicht die des Thäters. Dies ist in den Materialien zum preußischen Strafgesetzbuch ausdrücklich anerkannt: „Die §§ 61 und 62 enthalten das vollendete Verbrechen des Hochverrats, die §§ 63—66 Stufen, welche vor dieser Vollendung liegen . . . . . Diese Stufen also, welche sonst an sich nur Vorbereitungshandlungen sein würden, wie sie denn zum Teil auch im § 64 und § 66 ausdrücklich so bezeichnet werden, sind daher, weil sie vermöge der eigentümlichen Natur und der hohen Gefährlichkeit dieses Verbrechens gegen die allgemeinen sonst geltenden Regeln des Strafgesetzbuchs positiv für strafbar erklärt werden mußten, aus der Klasse der sonst strafflosen Vorbereitungshandlungen in die des strafbaren Versuchs hineingerückt¹³⁾“

Auf demselben kriminalpolitischen Grunde beruht auch § 59 des Militärstrafgesetzbuchs. Derselbe ist dem § 83 des Reichsstrafgesetzbuchs nachgebildet, wie aus den Motiven zum Militärstrafgesetzbuch sich ergibt¹⁴⁾. In dem Kommentar von Koppmann wird die Strafbestimmung des § 59 folgendermaßen begründet: „Das Kriterium der besondern Strafbarkeit der Verabredung eines Kriegsverrats ist die Gefährlichkeit, welche in einer Verabredung mehrerer Personen zur Begehung eines Verbrechens dieser Art immer liegt und die sich unter den abnormen, den staatlichen und rechtlichen Zustand an und für sich schon gefährdenden Verhältnissen des Krieges in der Richtung auf verräterische Handlungen, namentlich wegen der leichten Möglichkeit der Verwirklichung, zu einer Intensivität steigert, welche die eifernste Strenge zur Unterdrückung solcher Konspirationen erheischt. Es rechtfertigt sich daher die Bestimmung des § 59, welcher aus denselben Gründen, wie das bürgerliche R. St. G. B. die Verschwörung zum Hochverrat, jene zum Kriegsverrat als ein selbständiges Verbrechen behandelt, durch

¹³⁾ Goldammer: Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten Bd. II S. 2 (Berlin 1852).

¹⁴⁾ Motive zu § 72 des Entwurfs eines Militärstrafgesetzbuchs (Nr. 5 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen I. Legislaturperiode, III. Session 1872 S. 34).

die Erfahrung, daß in Armeen Verschwörungen eine viel höhere Bedeutung haben, als im gewöhnlichen bürgerlichen Leben¹⁵⁾.

§ 6 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884 wird in den Motiven gleichfalls mit der Gefährlichkeit der in § 5 bezeichneten Verbrechen gerechtfertigt¹⁶⁾.

Zu §§ 7 und 8 desselben Gesetzes bemerken die Motive: „Den §§ 7 und 8 liegt der Gedanke zu Grunde, daß es wegen der Gefährlichkeit der unter Anwendung von Sprengstoffen verübten Verbrechen nicht ratsam ist, die Strafbarkeit von der Vollendung der beabsichtigten That oder dem nach allgemeinen Normen strafbaren Versuche einer solchen abhängig zu machen, sondern daß es geboten erscheint, außer dem Komplotte noch sonstige Vorbereitungs-handlungen mit ernster Strafe zu bedrohen“¹⁷⁾.

Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 bedroht in § 3 denjenigen mit Strafe, der vorsätzlich den Besitz oder die Kenntnis von Gegenständen der in § 1 bezeichneten Art sich verschaffe in der Absicht, davon zu einer die Sicherheit des Deutschen Reichs gefährdenden Mittheilung an andre Gebrauch zu machen. § 5 desselben Gesetzes lautet:

„Haben mehrere ein Verbrechen der in §§ 1, 3 bezeichneten Art verabredet, ohne daß es zur Ausführung oder zu einem strafbaren Versuch desselben gekommen ist, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.“ In den Motiven zu diesem Gesetz wird ausgeführt: „Eine noch fühlbarere Lücke des Strafgesetzbuchs liegt darin, daß es eine allgemeine Bestimmung gegen die gefährliche Thätigkeit derjenigen, die im Staatsinteresse geheim zu haltende Thatfachen und Gegenstände auskundschaften und sammeln, d. h. gegen die Spionage an sich, überhaupt nicht enthält . . . . Die Schwere der in §§ 1 und 3 vorgesehenen Fälle rechtfertigt, daß die Strafbarkeit schon dann eintreten soll, wenn mehrere ein Verbrechen der bezeichneten Art verabreden, wie es für den Fall

¹⁵⁾ Koppmann, „Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich.“ Nordlingen 1875 S. 212.

¹⁶⁾ Nr. 84 S. 755 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen V. Legislaturperiode, IV. Session 1884.

¹⁷⁾ Nr. 84 S. 756 a. D.

des Hochverrats und Kriegsverrats dem bestehenden Recht entspricht¹⁸⁾.

§ 49a des Strafgesetzbuchs bedroht nicht nur die erfolglose Anstiftung mit Strafe, sondern auch die Vorbereitungshandlungen, die in der Form des Erbietens zu einem Verbrechen und der Annahme einer solchen Offerte erfolgen¹⁹⁾. Der legislative Grund für die Bestrafung dieser Vorbereitungshandlungen ist gleichfalls die Gefährlichkeit der That. Dies ergibt sich aus den Motiven zu der Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876, in welchen Folgendes ausgeführt wird: „Wenn es zu den Aufgaben der Strafgesetzgebung gehört, die Sicherheit der Staatsangehörigen, soweit es durch Strafe thunlich ist, zu verbürgen, so erscheint es geboten, den Gefahren entgegen zu treten, welche dem einzelnen für seine Person und sein Eigentum die Straflosigkeit der mißlungenen Anstiftung und des Erbietens zur Begehung von Verbrechen bereitet“²⁰⁾. Auch in den Motiven des belgischen Gesetzes vom 9. Juli 1875, welches dem deutschen § 49a als Muster diene, werden die vorgeschlagenen Strafbestimmungen mit der Gefährlichkeit der That gerechtfertigt: „L'acceptation de la proposition n'est pas moins immorale que la proposition même; le danger qu'elle fait courir est plus imminent; il est donc juste qu'elle n'échappe pas à la répression“²¹⁾.

Noch viel schärfer und klarer wird in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 31. März 1880 der kriminalpolitische Grund des § 49a St.G.B. hervorgehoben: „Der Grund . . . . lag, abgesehen von einem Vorkommnis in Belgien, in der Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Werbens von Thätern oder Mitthätern zur Begehung von Verbrechen für die öffentliche Sicherheit“ . . . . „Die Annahme eines nicht ernstlich gemeinten, aber für ernstlich gehaltenen Erbietens ist vor der Moral ohne Zweifel nicht weniger verwerflich, als die Annahme eines ernstlichen Erbietens. Indessen kann die moralische Würdigung nicht den Ausschlag geben, wo die

¹⁸⁾ Nr. 63 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen VIII. Legislaturperiode, II. Session S. 405, 406.

¹⁹⁾ Vgl. Entsch. des Reichsg. in Straff. Bd. I S. 339: „Der sich zur Begehung eines Verbrechens Erbietende macht sich durch seine Proposition einer Vorbereitungshandlung durch Einwirken auf eine Willenseinigung schuldig.“

²⁰⁾ Nr. 54 S. 180 der Anlagen zu den Reichstagsverh. II. Legislaturperiode, III. Session 1875/76.

²¹⁾ Nr. 54 S. 183 a. D.

juristischen Unterlagen der Interpretation bekannt und gegeben sind. Dieses ist hier der Fall, sowohl in theoretischer Hinsicht, da die Annahme des nicht ernstlichen Erbietens weder dem Begriffe der Anstiftung, noch des Komplotts entspricht, als auch in praktischer Hinsicht, da es an sich für andre nicht gefährlich ist²²⁾. — Hier wird also die Kundgebung des verbrecherischen Willens durch äußere Handlungen ausdrücklich für ungenügend erklärt; als entscheidend wird die objektive Gefährlichkeit der Handlung bezeichnet.

Die Einführung falschen Geldes aus dem Auslande zum Zwecke der Verbreitung ist sachlich nur eine Vorbereitungshandlung für die Ausgabe beziehungsweise Verbreitung falschen Geldes²³⁾.

Die Motive zum Entwurf I eines Norddeutschen Strafgesetzbuchs (§ 146) rechtfertigen die Bestrafung dieser Vorbereitungshandlung in folgender Weise: „Die Gleichstellung der Strafe für denjenigen, der falsches Geld oder verfälschtes Geld . . . . zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt, mit der Strafe des Münzfälschers selbst rechtfertigt sich daraus, daß das hier bedrohte Verbrechen leichter als die Münzfälschung selbst begangen werden kann und darum einen für das Gemeinwohl gefährlicheren Charakter an sich trägt, wenn auch dem Thäter nicht derselbe intensive verbrecherische Wille wie dem Münzfälscher selbst beizumohnen braucht“²⁴⁾. — Auch hier wird das entscheidende Gewicht nicht auf den subjektiven Thatbestand, sondern auf die objektive Gefährlichkeit gelegt.

§ 108 des Militärstrafgesetzbuchs bestimmt: „Verabreden mehrere eine gemeinschaftliche Verweigerung des Gehorsams oder eine gemeinschaftliche Widersehung oder Thätlichkeit gegen den Vorgesetzten, so werden dieselben wegen Meuterei bestraft.“ In den Motiven wird als Grund für diese Bestimmung die große Gefahr, welche der Disziplin aus solcher Verabredung erwächst, angegeben²⁵⁾.

III.

Das deutsche Strafgesetzbuch bestraft bekanntlich den Versuch eines Verbrechens in allen Fällen, den Versuch eines Vergehens nur ausnahmsweise, den Versuch einer Übertretung nie. Fragen

²²⁾ Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. I S. 339, 342.

²³⁾ Vgl. Goldammer, Materialien a. D. Bd. I S. 262.

²⁴⁾ Entwurf I Motive zu § 146 St.G.B. — Entwurf II, Motive S. 64.

²⁵⁾ Motive zu § 117 des Entwurfs eines Militärstrafgesetzbuchs (Nr. 5 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen I. Legislaturperiode, III. Session 1872 S. 38.

wir nach dem Grunde dieser Unterscheidung, so geben uns die Motive des Entwurfs I zum norddeutschen Strafgesetzbuch folgende Auskunft: „Die Beibehaltung der Vorschrift, daß der Versuch eines Verbrechens stets, der eines Vergehens aber nur in besonders vorgesehenen Fällen zu bestrafen sei, findet ihre beste Begründung in den Worten, welche Rossi dafür anführt: *„L'intérêt qu'a la société dans la punition des petits délits est déjà si faible qu'il devient presque nul s'il ne s'agit plus que de simples tentatives.“* Der Regel nach ist darum der Versuch der Vergehen für straffrei erklärt worden“²⁶⁾.

An einer andern Stelle der Motive wird ausgeführt, in der leichteren Natur der Handlungen liege die Rechtfertigung dafür, daß der Versuch eines Vergehens nur ausnahmsweise gestraft werde, der leichteste und mildeste Grad einer strafbaren Handlung, der Versuch einer Übertretung, straflos bleiben solle²⁷⁾. Handlungen von „leichterer Natur“ im Sinne des Entwurfs sind — wie in den Motiven zu § 145 Abs. 2 des Entwurfs II ausdrücklich anerkannt ist²⁸⁾ — Handlungen von geringerer Gefährlichkeit.

Für die verschiedene Behandlung des Versuchs bei Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ist also nicht die Verschiedenheit des verbrecherischen Willens, sondern ein objektives Merkmal — das Interesse der Gesellschaft und die Gefährlichkeit der Handlung — maßgebend. Bei Beratung des § 33 des preussischen Strafgesetzbuchs wurde allerdings hervorgehoben, daß bei dem Versuch eines Vergehens nicht eine „so entschiedene Willensbestimmung“ sich annehmen lasse²⁹⁾; der Verfasser der Motive zu dem Entwurf I des norddeutschen Strafgesetzbuchs hat sich jedoch diese zweifellos unrichtige Begründung nicht angeeignet, sondern mit den Verfassern des code pénal das „*intérêt de la société*“ für ausschlaggebend erklärt³⁰⁾.

²⁶⁾ Entwurf I, Motive zu §§ 37 bis 39 S. 85.

²⁷⁾ Entwurf I, Motive S. 188.

²⁸⁾ Entwurf II, Motive zu § 145: „Der Ausdruck ‚leichtere Fälle‘ ist hier gewählt worden, um die lediglich objektiv mildere Seite des Vergehens zu kennzeichnen“ (Nr. 5 der Anlagen I. Legislaturperiode 1870 S. 64.).

²⁹⁾ Goldammer, Materialien Bd. I S. 281.

³⁰⁾ Vgl. über Art. 3 code pénal die bei Baumgarten S. 163 Anm. 131 erwähnte Stelle aus Pocré: *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* Bd. 29 S. 134: „Sa Majesté demande pourquoi l'on n'applique

IV.

Das deutsche Strafgesetzbuch bestraft den Versuch im allgemeinen milder, als das vollendete Verbrechen. In dieser Beziehung liegt eine bewusste Abweichung von dem preussischen Strafgesetzbuch vor, welches in § 32 Versuch und Vollenbung grundsätzlich mit gleicher Strafe bedrohte und nur bei der Todesstrafe sowie bei der lebenslänglichen Zuchthausstrafe Ausnahmen machte. Schon in den Motiven des Entwurfs zum preussischen Strafgesetzbuch von 1850 war die Frage erörtert worden, ob es angemessen sei, die Bestimmungen des französischen Rechts über die gleiche Bestrafung von Versuch und vollendetem Delikt zu adoptieren. Dies wurde verneint, weil das subjektive Moment, welches das französische Recht ausschließlich im Auge habe, nicht allein als das bestimmende angesehen werden könne, weil also mit der deutschen Gesetzgebung und Jurisprudenz auch das objektive als ein wesentlich mitbestimmendes hineingezogen werden müsse³¹⁾.

Der Entwurf des norddeutschen Strafgesetzbuchs enthielt in § 38 Abs. 5 die ausdrückliche Vorschrift: „Für die Strafzumessung ist der Grad maßgebend, in welchem sich der Versuch der Vollenbung genähert hat.“ Dieser Satz wurde allerdings später wieder gestrichen, aber bloß deshalb, weil er überflüssig und selbstverständlich war. In den Motiven der Strafgesetznovelle von 1876 wird ausdrücklich anerkannt, daß die größere oder geringere Annäherung des Versuchs an die Vollenbung nach der dem Strafgesetzbuch zu Grunde liegenden Idee den entscheidenden Maßstab für die Höhe der Versuchsstrafe bildet³²⁾.

pas aux tentatives de délit la disposition de l'art 2 relative aux tentatives de crime. M. le comte Berlier dit qu'il n'y a nulle parité entre la tentative d'un crime et celle d'un délit, ni surtout dans les actes qui caractérisent le commencement d'exécution en des espèces si différentes: ainsi un homme est surpris crochétant la serrure d'une porte, son but ultérieur est bien connu par ce seul fait; mais s'il s'agit d'une rixe, punira-t-on celui qui aura levé la main et dont des tiers auront arrêté les coups, comme celui qui aurait frappé? La société n'a pas ici le même intérêt de réprimer et il ne faut pas étendre indiscrètement les peines.“

³¹⁾ Goldammer, Materialien I, 279.

³²⁾ Nr. 54 S. 163 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen II. Legislaturperiode, III. Session 1875/76.

Die Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuchs über den Unterschied des Strafmaßes bei Versuch und Vollendung beruhen also nicht auf der Verschiedenheit des verbrecherischen Willens, sondern auf einem objektiven Merkmal, auf dem Grade der Gefahr, welcher durch die Versuchshandlung begründet wird.

V.

In einigen Ausnahmefällen wird das versuchte Verbrechen mit derselben Strafe belegt, wie das vollendete Verbrechen. Dies ist u. a. der Fall bei dem versuchten Hochverrat (§§ 80 und 82 St.G.B.). § 82 des deutschen Strafgesetzbuchs entspricht fast wörtlich dem § 62 des preussischen Strafgesetzbuchs. Der kriminalpolitische Grund, aus dem der preussische Gesetzgeber den versuchten Hochverrat mit dem vollendeten gleichstellte, war die hohe Gefährlichkeit dieses Verbrechens. In den Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch heißt es ausdrücklich: „Der Schwerpunkt für die Lehre vom Hochverrat liegt in dem Maße der Hineinziehung des Versuchs in den Thatbestand des vollendeten Verbrechens. Die hohe Gefährlichkeit des Verbrechens und seine präsumtive Straflosigkeit in dem Falle des mit Erfolg durchgeführten Unternehmens, also in dem Falle wirklicher Vollendung, hat alle Gesetzgebungen zu einer eigentümlichen Behandlung in dieser Hinsicht veranlaßt“³³⁾.

Hälschner bezeichnet ebenfalls die Nähe der den Staat bedrohenden Gefahr als einen der Gründe, aus dem Versuch und Vollendung beim Hochverrat gleichgestellt sind³⁴⁾.

In Band V S. 218 der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen wird gesagt: „Die Heraushebung des in § 80 St.G.B. vorgesehenen Verbrechens aus dem allgemeinen Thatbestande des Hochverrats, wie ihn § 81 St.G.B. bestimmt, hat ihren Grund lediglich in der Absicht der Gesetzgebung, für einige der schwersten Fälle des Hochverrats die Todesstrafe beizubehalten.“ Die Schwere des versuchten Hochverrats im Sinne des § 80 St.G.B. bestimmt sich aber nicht nach der Tiefe des subjektiven Verschuldens, weil der Grad dieses Verschuldens bei jedem Menschen individuell verschieden ist, sondern nach der Größe der objektiven Gefahr für die Staats- und Rechtsordnung.

³³⁾ Goldammer, Materialien Bd. II S. 15—16.

³⁴⁾ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1887 Bd. II S. 743.

VI.

Nach dem deutschen Strafgesetzbuch ist die erfolglose Anstiftung in der Regel straflos. In einer Reihe von Fällen wird dieselbe jedoch ausnahmsweise als *delictum sui generis* mit Strafe bedroht z. B. in §§ 49a, 85, 111, 112, 130 St.G.B., ferner in §§ 78, 99, 100 des Militärstrafgesetzbuchs, §§ 88 und 89 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872, § 10 des Gesetzes vom 9. Juni 1884. Die erfolglose Anstiftung in allen diesen Fällen ist begrifflich nichts anderes, als der Versuch einer in § 48 St.G.B. mit Strafe bedrohten Handlung, der wegen seiner besondern Gefährlichkeit ebenfalls bestraft wird. Dies ist in der Literatur anerkannt z. B. in dem gemeinen deutschen Strafrecht von Hälschner, welcher Folgendes ausführt: „War man bei der Redaktion des Strafgesetzbuchs davon ausgegangen, daß der Versuch der Anstiftung straflos sei, so fanden die Ausnahmefälle, in denen er gleichwohl für strafbar erklärt wurde, ihre Rechtfertigung darin, daß hier die versuchte Anstiftung vermöge ihrer Form als öffentliche Aufforderung oder vermöge der Delikte, auf welche sie sich bezieht, als besonders gefährlich erschien³⁵⁾.“

In der bereits erwähnten Reichsgerichtsentscheidung vom 31. März 1880 wird ausgeführt: „Die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens ist gefährlich, weil nicht vorausgesehen werden kann, ob sie nicht die Annahme zur Folge haben werde, soll daher bestraft werden, auch wenn sie im konkreten Falle die Annahme nicht zur Folge hatte³⁶⁾.“ In den Motiven und sonstigen Materialien zu den genannten Gesetzesparagraphen wird ebenfalls die Gefährlichkeit der öffentlichen Aufforderung als Grund für die Strafbarkeit der erfolglosen Anstiftung besonders hervorgehoben. Die Motive zu § 111 des deutschen Strafgesetzbuchs (§ 42 des norddeutschen Entwurfs) sagen ausdrücklich: „Hat die Aufforderung keinen Erfolg gehabt, so begründet dennoch die Gefährlichkeit des Mittels und die offen an den Tag gelegte Mißachtung des Gesetzes die Verhängung einer besondern Strafe³⁷⁾.“ In derselben Weise führen schon die Motive zu § 36 des preussischen Strafgesetzbuchs aus: Sei die Aufforderung ohne Erfolg geblieben, so sei sie dennoch sowohl

³⁵⁾ Hälschner, a. O. Bd. I S. 408–409.

³⁶⁾ Entscheidungen Bd. I S. 341.

³⁷⁾ Entwurf I S. 95 (Berlin, Juli 1869.)

aus rechtlichen wie aus politischen Gründen als öffentlich kundgegebene Mißachtung des Gesetzes, dessen Verletzung bezweckt und gefordert werde, und im Interesse der Sicherheit des Staates und der staatlichen Einrichtungen zu bestrafen³⁸⁾.

§ 85 des Reichsstrafgesetzbuchs entspricht dem § 65 des Preussischen Strafgesetzbuchs; letztere Vorschrift wird in den Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch ausdrücklich mit der Gefährlichkeit der Handlung gerechtfertigt³⁹⁾.

Bei § 130 St.G.B. ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß nur diejenigen Anreizungen zu Gewaltthätigkeiten strafbar sein sollen, welche den öffentlichen Frieden gefährden.

Nach § 78 Abf. 2 des Militärstrafgesetzbuchs ist auch die erfolglose Verleitung zur Fahnenflucht strafbar. Koppmann führt in seinem Kommentar aus: „Unter diesen Versuch der Verleitung fällt sowohl der Fall, wenn die Fahnenflucht selbst nur bis zum strafbaren Versuch gebiehen ist oder die Verleitung überhaupt erfolglos war, sei es, daß der zu Verleitende auf dieselbe überhaupt von vornherein nicht einging, sei es, daß er die in der Ausführung begonnene Fahnenflucht selbst wieder aufgegeben hat. Obige Auffassung entspricht auch ganz den militärischen Interessen, welche bei der Gefährlichkeit der Verleitung zur Fahnenflucht auch schon die Strafbarkeit einer zum Glück erfolglosen Verleitung ufm. erfordern⁴⁰⁾.“

§ 100 des Militärstrafgesetzbuchs hat folgenden Wortlaut: „Wer mehrere Personen des Soldatenstandes auffordert oder anreizt, gemeinschaftlich entweder dem Vorgesetzten den Gehorsam zu verweigern oder sich ihm zu widersetzen, wird ohne Rücksicht darauf, ob ein Erfolg eingetreten ist, wegen Aufwiegelung mit Gefängnis nicht unter fünf Jahren bestraft.“

In den Motiven zu diesem Paragraphen (§ 114 des Entwurfs) wird ausgeführt: „Die §§ 114 und folgende betreffen diejenigen Verletzungen dieser Pflichten, welche im Komplott von mehreren Personen gemeinschaftlich und nach geschehener Verabredung verübt werden oder zur Vorbereitung eines Komplotts dienen können. Diese Verbrechen sind wegen der mit ihnen verbundenen

³⁸⁾ Goldammer, Materialien Bd. I S. 336—337.

³⁹⁾ Goldammer, Materialien Bd. II S. 45—46.

⁴⁰⁾ Koppmann, Kommentar S. 251 Anm. 11.

großen Gefahr für die Disziplin als die schwersten Verbrechen gegen die Subordination anzusehen und deshalb in allen Armeen mit schweren Strafen bedroht⁴¹⁾."

Die Motive zu §§ 88 und 89 der Seemannsordnung begründen diese Gesetzesvorschrift in folgender Weise: „Nach §§ 88 und 89 soll strafrechtliche Verfolgung gegen den Schiffsmann eintreten, welcher vor zwei oder mehreren zur Schiffsbefahrung gehörigen Personen zum Ungehorsam gegen den Schiffer oder gegen einen andern Vorgesetzten aufgefordert (§ 88) oder zu einer der in § 89 bezeichneten, gegen den Schiffer oder einen andern Vorgesetzten gerichteten strafbaren Handlungen auffordert. Es beruht dies auf der Erwägung, daß die außerordentliche Gefährlichkeit einer von einem Mitgliede der Mannschaft ausgehenden Aufreizung des Schiffsvolks zu Unbotmäßigkeiten oder Gewaltthätigkeiten eine strenge Repression erheischt⁴²⁾."

§ 10 des Sprengstoffgesetzes wird in den Motiven folgendermaßen gerechtfertigt:

„Die Aufforderung zur Begehung einer der in den §§ 5 und 6 bezeichneten strafbaren Handlungen würde auch ohne besondere Bestimmungen unter Umständen nach §§ 49a, 85 oder 110 St.G.B. bestraft werden können. Die Rücksicht auf die besonders gefährliche Natur der in Rede stehenden Verbrechen macht es jedoch erforderlich, die Aufforderung dazu in weiterem und strengerm Maße, als das gemeine Recht es thut, unter Strafe zu stellen⁴³⁾."

VII.

Die vorstehenden Ausführungen haben den Nachweis geliefert, daß der kriminalpolitische Grund für die Bestrafung einzelner Versuchshandlungen und für die Straflosigkeit anderer Versuchshandlungen in der Gefährlichkeit der ersten Klasse sowie in der Ungesährlichkeit der zweiten Klasse besteht, ferner daß die Höhe der Strafe wächst mit der Größe der durch den Versuch begründeten Gefahr, und daß die gefährlichsten Versuchshandlungen auch mit

⁴¹⁾ Nr. 5 S. 38 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen I. Legislaturperiode, III. Session 1872.

⁴²⁾ Nr. 65 S. 306 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen I. Legislaturperiode, III. Session 1872.

⁴³⁾ Nr. 84 S. 756 der Anlagen zu den Reichstagsverhandlungen V. Legislaturperiode IV. Session 1884.

der größten Strafe — mit der Strafe des vollendeten Verbrechens — bedroht sind. Das entscheidende Moment bei der Bestrafung des Versuchs ist also nicht der subjektive Thatbestand — nicht der verbrecherische Wille —, sondern der objektive Thatbestand — die Gefährdung des durch die Strafandrohung geschützten Rechtsguts. Kohler sieht den maßgebenden Grund für die Bestrafung des Versuchs nicht in der Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes, sondern in der Gefährdung der Rechtsordnung⁴⁴⁾. Dieser Ansicht steht jedoch die Thatfache entgegen, daß es Versuchshandlungen gibt, welche nicht strafbar sind, obwohl sie „allgemeine Beunruhigung hervorrufen, die Sicherheit stören, ein böses Beispiel geben“ können⁴⁵⁾.

Rechtsgüter, die überhaupt nicht existieren, können auch nicht gefährdet werden. Das menschliche Leben einer Leiche, eines Tieres, eines Baumstammes, eines Schattens, der Fötus einer Jungfrau oder eines Mannes, die weibliche Ehre einer männlichen Person können durch keine Handlung in Gefahr gebracht werden, weil sie überhaupt nicht vorhanden sind. Rechtsgüter, die nicht existieren, können weder taugliche noch untaugliche Objekte für strafbare Handlungen sein, weil sie überhaupt keine Objekte für dieselben sind. Rechtsgüter, die existieren, können dagegen gefährdet werden; dieselben können daher Objekte strafbarer Handlungen sein. Ob im konkreten Falle eine Handlung Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Vermögen, Eigentum einer existierenden Person in Gefahr bringt, ist Thatfrage, die nach den Erfahrungen des menschlichen Lebens und nach den Bedürfnissen der Praxis zu beantworten ist. Es kommt also nicht darauf an, ob das angewendete Mittel tauglich oder untauglich war, sondern ob die vorgenommene Handlung nach vernünftigem Ermessen eine Gefahr für das angegriffene Rechtsgut begründete.

Gegen dieses Resultat ist in der Litteratur der Einwand erhoben worden, der Begriff der gefährlichen Versuchshandlung enthalte einen innern Widerspruch: Wenn eine Gefahr sich verwirkliche, so sei die Handlung gefährlich und, wenn eine Gefahr sich nicht verwirkliche, so sei die Handlung von Anfang an ungefährlich gewesen. Zu den Vertretern dieser Anschauung gehört v. Buri, der eine das Leben gefährdende Versuchshandlung nur dann annimmt, wenn der

⁴⁴⁾ Kohler, „Studien aus dem Strafrecht“. Mannheim 1890 Bd. I S. 20.

⁴⁵⁾ Kohler, a. O. S. 21.

Gefährdete auch wirklich getötet ist⁴⁶⁾, ferner Hälschner, der erklärt, der Unterschied zwischen der straflosen Vorbereitung und dem strafbaren Versuch könne nicht in der objektiven Gefährlichkeit des Versuchs gesucht werden, denn auch die Versuchshandlung erweise sich dadurch, daß sie nicht zur Vollendung führe, als ungefährlich⁴⁷⁾.

Diese Ansicht ist nicht bloß eine theoretische Schrulle einzelner weltfremder Gelehrten geblieben. Das deutsche Reichsgericht hat in einem Urteil vom 30. März 1883 Folgendes ausgeführt: „Daher kann nicht darin ein Merkmal des Versuchs erblickt werden, daß die Handlung zwar keine wirkliche Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes verursacht zu haben brauche, in welchem Falle die Straftat vollendet wäre, daß sie aber eine objektive Gefährdung des Rechtsguts herbeigeführt haben müsse und, wenn dies nicht geschehen, die Handlung straflos sei. Denn hat die Handlung im konkreten Falle das Rechtsgut nicht verletzt, so beweist dies unwiderleglich, daß sie es im konkreten Falle nicht verletzen konnte, und war sie dazu außer stande, so war durch die Handlung das Rechtsgut objektiv nicht gefährdet; der Thäter glaubte zwar, eine Gefahr desselben zu bewirken, da er ja die Verletzung selbst bewirken wollte, aber sein Glaube war ein irriger; er beging eine Handlung, die nach der Richtung des von ihm beabsichtigten, die Vollendung des bestimmten Verbrechens ausmachenden Erfolges in dem konkreten Falle völlig gefahrlos oder, was dasselbe bedeutet, dafür gänzlich ungeeignet war. Ob sie nach einer andern Richtung hin, in Beziehung auf ein anderes Rechtsgut, gefährlich gewesen sei, darüber kann wiederum lediglich daraus geurteilt werden, ob sie dieses andre Rechtsgut wirklich verletzt hat⁴⁸⁾.“

Diese Theorie, die man nur als sophistische Spitzfindigkeit bezeichnen kann, steht in direktem Widerspruch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, der mit dem Begriff einer Gefahr keineswegs den Eintritt einen schädlichen Erfolgs verbindet. Wenn jemand eine schwere Krankheit durchgemacht und Wochen lang zwischen Tod und Leben geschwebt hat, so wird ihm niemand vorreden, seine Krankheit sei ganz ungefährlich gewesen, weil er durch die Kunst der

⁴⁶⁾ v. Buri, „Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch“, Leipzig 1894, S. 205, 280, 369.

⁴⁷⁾ Hälschner, a. O. Bd. I S. 338–339.

⁴⁸⁾ Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. VIII S. 202.

Ärzte, durch aufopfernde Pflege oder durch seine eigene robuste Natur dem Tode entrißen worden ist. Wenn ferner jemand mit eigener Lebensgefahr eine Frau oder ein Kind aus den Flammen eines brennenden Hauses rettet, so wird er sehr erstaunt sein, von einem Rechtsgelehrten zu erfahren, sein Unternehmen sei in keiner Weise gefährlich gewesen, weil ihm ja nur die Haare und Kleider versengt worden sind und nicht der ganze Körper verbrannt ist!

Die erwähnte Theorie steht ferner im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers, der z. B. in § 50 des Personenstandsgesetzes und im Art. 1316 B.G.B. die Existenz von lebensgefährlichen Krankheiten anerkennt, ohne daß der Tod des Kranken ein begriffliches Erfordernis wäre. Ferner bildet die Existenz einer „Gefahr“ bei zahlreichen Delikten ein gesetzliches Thatbestandsmerkmal z. B. in §§ 176 Z. 1, 177, 223a, 249, 252, 312—316, 321, 323, 360 Z. 10, 366 Z. 2, 367 Z. 6, 368 Z. 6 und 7 St.G.B., ohne daß die Verwirklichung dieser Gefahr Einfluß auf die Strafbarkeit hätte. von Buri behauptet freilich, in den angeführten Fällen sei eine Gefahr gar nicht vorhanden; der Gesetzgeber habe dieselbe nur fingiert⁴⁹⁾. Wenn also jemand mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, so wird er nach von Buri auf Grund eines fingierten Thatbestandes gemäß § 312 St.G.B. mit Zuchthaus bestraft. Aus welchem Grunde der Gesetzgeber das angeblich fingierte Thatbestandsmerkmal „mit gemeiner Gefahr für Menschenleben“ überhaupt in § 312 St.G.B. aufgenommen hat, wird freilich nicht verraten!

Die oben angeführte Theorie steht endlich im Widerspruch mit der Auslegung, welche das Reichsgericht selbst in andern Fällen dem juristischen Begriffe der Gefahr gegeben hat. In einer Entscheidung Bd. IV S. 397 wird ausgeführt, daß für den Begriff

⁴⁹⁾ v. Buri: Beiträge a. D. S. 280: „Wenn hiernach das Strafgesetz eine Handlung als gefährlich mit Strafe bedroht, gleichgültig, ob durch ihre Vornahme eine Gefahr werde herbeigeführt werden oder nicht, so wird derselben die Eigenschaft der Gefährlichkeit lediglich vermöge einer Fiktion beigelegt. Das nämliche geschieht, wenn eine Handlung schon dann als eine gefährliche bestraft werden soll, im Falle sie einen Zustand der Gefahr nur zur Folge hätte haben können. Natürlich dürfen aber solche Fiktionen nur von dem Gesetz aufgestellt werden und nur das Gesetz selbst kann für ihr Verständnis maßgebend sein. Es kann aber auch überhaupt nur da von der Bestrafung einer bloßen Gefährdung geredet werden, wo sie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt.“

eines „gefährlichen Werkzeugs“ im Sinne des § 223a St.G.B. die Erheblichkeit der Verletzung — also der eingetretene Erfolg — nicht maßgebend sei. Band VI S. 396 wird erörtert, daß bei einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 223a St.G.B. es nicht darauf ankomme, ob tatsächlich eine Lebensgefahr als Folge der Mißhandlung eingetreten ist, sondern lediglich darauf, ob die Behandlung geeignet war, eine solche Lebensgefahr herbeizuführen. Nach E. XIV S. 137 ist bei der fahrlässigen Gefährdung eines Eisenbahntransports im Sinne des § 316 St.G.B. der wirkliche Kausalitätsverlauf nicht entscheidend. Die Gefährdung ist vorhanden, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung des Transports vorlag. Das Urteil Bd. XXV S. 314 besagt, daß die Gefahr für das Leben eines andern im Sinne des § 223 St.G.B. nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß zufällige Umstände die Verwirklichung der Gefahr verhindert haben. Ebenso erklärt das Urteil Bd. XXX S. 180, daß die Umstände, welche der Verwirklichung der Gefahr vorgebeugt haben, die Gefahr selbst, die Gefährlichkeit des durch die Pflichtvernachlässigung des Angeklagten geschaffenen Zustands, nicht beseitigt haben.

Es ist nicht einzusehen, weshalb das Merkmal der Gefahr bei Versuchshandlungen eine andre Bedeutung haben sollte als bei den übrigen strafbaren Handlungen, weshalb die gefährliche Versuchshandlung bei Mord und Totschlag anders beurteilt werden soll als die lebensgefährliche Handlung bei der Körperverletzung. Es ist ferner nicht einzusehen, weshalb die Gefahr bei der Versuchshandlung nur eine subjektive Schlussfolgerung sein soll⁵⁰⁾, während sie bei andern strafbaren Handlungen als ein „objektiver Zustand“ bezeichnet wird und zwar auch dann, wenn ein schädlicher Erfolg nicht vorliegt⁵¹⁾. Es kommt gar nicht darauf an, den Begriff der Gefahr philosophisch zu zergliedern, sondern darauf, diesen Begriff juristisch festzustellen und zu begrenzen. Der juristische Begriff der Gefahr aber ist bei allen Delikten genau derselbe. Die verschiedene Definition der Gefahr bei Versuchshandlungen und bei andern strafbaren Handlungen ist durchaus willkürlich und läßt sich weder juristisch noch logisch rechtfertigen. Die Gefährlichkeit ist eine still-

⁵⁰⁾ v. Buri: Beiträge S. 369; Baumgarten a. D. S. 419, Entsch. des Reichsger. Bd. VIII S. 202.

⁵¹⁾ Entsch. des Reichsger. Bd. XXV S. 314 E. XXX, 180—182.

schweigende Voraussetzung jeder strafbaren Versuchshandlung, wie die Rechtswidrigkeit eine stillschweigende Voraussetzung jeder strafbaren Handlung ist. Die Gefährlichkeit gehört ebenso zum Thatbestande jeder strafbaren Versuchshandlung, wie die Rechtswidrigkeit zum Thatbestande jeder strafbaren Handlung gehört.

VIII.

Die in vorstehender Abhandlung entwickelte Ansicht, daß bei Bestrafung des sogenannten untauglichen Versuchs es weder auf die Tauglichkeit des Objekts, noch auf die Tauglichkeit des Mittels ankomme, vielmehr die Gefährlichkeit der Handlung entscheidend sei, macht selbstverständlich auf Neuheit keinen Anspruch. Dieselbe ist bereits von zahlreichen Anhängern der objektiven Theorie vertreten worden, u. a. auch von Baumgarten in seiner verdienstvollen Schrift über die Lehre vom Versuch⁵²⁾ und von v. Liszt in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts⁵³⁾. Neu ist lediglich die hier gegebene Begründung.

Die zahlreichen Spezialfälle, welche von den Vertretern der subjektiven Theorie zur Begründung der eigenen Ansicht und zur Widerlegung der abweichenden Ansichten angeführt werden, lassen sich — einschließlich des berühmten Totbetens — ohne Ausnahme dahin beantworten, daß dieselben weder grundsätzlich strafbar noch grundsätzlich straflos sind, daß es vielmehr auf die Umstände ankommt und daß nach Lage des einzelnen Falles zu bestimmen ist, ob eine Versuchshandlung gefährlich beziehungsweise strafbar erscheint. Der gerichtlichen Praxis wird hierdurch keine schwierigere Aufgabe zugemutet, als dieselbe in andern Fällen zu lösen hat. Es kann nicht zugegeben werden, daß der Begriff „gefährlich“ bei der Versuchshandlung unbestimmter, unklarer und unsicherer ist, als bei andern Handlungen, z. B. bei Herbeiführung einer Gefahr für Menschenleben (§ 312 St.G.B.), einer Gefahr für das Eigentum (§ 313 St.G.B.), einer Gefahr für Leib und Leben (§§ 176 Z. 1, 177, 248, 252, 255 St.G.B.). Noch viel häufiger ist der Zivilrichter genötigt, eine Entscheidung zu treffen, ob der Thatbestand einer Gefahr gegeben ist, z. B. in den Fällen der §§ 519,

⁵²⁾ Baumgarten a. D. S. 431.

⁵³⁾ v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Auflage. Berlin 1896. S. 192: „Strafbar ist der gefährliche, straflos bleibt der ungefährliche Versuch“.

1603, 1608, 1620 B.G.B. (Gefährdung des standesgemäßen Unterhalts), § 544 B.G.B. (Gefährdung der Gesundheit), § 824 B.G.B. (Gefährdung des Kredits), § 1666 (Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls), § 1667 B.G.B. (Gefährdung des Vermögens, §§ 1857, 1903 B.G.B. (Gefährdung des Interesses), § 321 B.G.B. (Gefährdung des Anspruchs auf Gegenleistung), § 1391 B.G.B. (Gefährdung des eingebrachten Guts) usw. Gleichwohl hat noch niemand behauptet, daß derartige Entscheidungen die Kräfte der Zivilrichter überstiegen hätten.

Zur endgültigen Beseitigung der alten Kontroverse über die Bestrafung des untauglichen Versuchs, welche jetzt bereits das ehrwürdige Alter von nahezu hundert Jahren erreicht hat, empfiehlt es sich, bei einer Revision des Strafgesetzbuchs den Zusatz einzuschalten:

„Der ungefährliche Versuch bleibt straflos“.