

Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen.

Von Professor Dr. Graf zu Dohna, Königsberg-Donn.

Wir beginnen mit der landläufigen Definition: Ein Delikt ist eine rechtswidrige schuldhafte Handlung.

Es heißt „Verbrechen“, wenn es mit Strafe bedroht ist. Über diese formale Begriffsbestimmung kommen wir nicht hinweg, auch wenn wir mit Beling¹⁾ das Merkmal „mit Strafe bedroht“ aufteilen unter die beiden Gesichtspunkte: einer Strafandrohung unterstellbar und den Strafandrohungsbedingungen genügend. Das sachliche Kriterium, wonach sich kriminelles Unrecht vom zivilen scheidet, ist damit nicht aufgedeckt; und es dürfte an der Zeit sein, die Ausichtslosigkeit solchen Bemühens als durch die richtig verstandene Funktion des Strafrechts bedingt zu erkennen. Somit ist die inhaltliche Eigenart des Verbrechens in der an die Spitze gestellten Definition des Deliktsbegriffes erschöpfend zum Ausdruck gebracht.

Dabei bedeutet nun aber die Aufführung des Merkmals „schuldhaft“ einen Pleonasmus: sobald einer Handlung rechtswidriger Charakter eignet, die Rechtswidrigkeit Merkmal der Handlung ist, u. a. W. wenn „rechtswidrig“ das Prädikat für das Subjekt „Handlung“ bildet, dann ist diese rechtswidrige Handlung notwendig gleichzeitig eine schuldhafte.

Denn: Handlung ist objektivierter Wille. Ist die Rechtswidrigkeit Merkmal der Handlung, so ist sie vom Willen umfasst; dieser Wille also ist ein schuldhafter. Schon hieraus ergibt sich des weiteren, daß die einzig mögliche Schuldform im Bereiche der Handlung der Vorsatz ist. Denn Vorsatz bezeichnet den auf ein bestimmtes Objekt gerichteten Willen.

Was aus dieser Erkenntnis für die Konstruktion des Fahrlässigkeitsbegriffs und für die Kritik jener fürs erste acceptierten Verbrechensdefinition folgt, wird sich alsbald zeigen. Zunächst ein-

¹⁾ Lehre vom Verbrechen §§ 2, 7, 8.

mal scheiden wir das überflüssige Merkmal „schuldhaft“ aus und geben das Wesen des Verbrechens dahin an: Verbrechen = rechtswidrige Handlung.

Die Analyse des Verbrechensbegriffs führt zur Aufdeckung seiner Elemente; der systematische Aufbau der Lehre vom Verbrechen muß diese selben Elemente zum einheitlichen Begriff zusammenfassen. Dieser Prozeß hat somit die begriffliche Trennung und Zerreißung jener gedanklichen Einheit zur Voraussetzung. Es fragt sich, nach welcher Methode diese Aufgabe vorzunehmen und welches Merkmal dabei als Ausgangspunkt zu wählen sei.

Hier scheiden sich die Wege der modernen Doktrin, als deren typische Repräsentanten wir zunächst einmal Liszt und sodann Binding vorzugsweise in Betracht ziehen werden²⁾.

I.

Liszt hat immer bewußter und entschiedener den natürlichen Handlungsbegriff zur Grundlage seiner Lehre vom Verbrechen gewählt. Er geht davon aus, daß das Verbrechen eine bestimmte Art der Handlung ist, es somit in erster Linie der Klarstellung dieses Gattungsbegriffs bedarf. So reiht sich ihm von vornherein das Verbrechen unter die Fülle möglicher Handlungen ein, erscheint dabei als soziales Phänomen und gewinnt als solches neben seinen spezifisch juristischen Qualitäten eigene Bedeutung.

Dieselbe beruht auf der Sozialwidrigkeit der verbrecherischen Handlung, während deren juristische Eigenart durch die Beziehung zu einer Rechtsnorm gegeben ist. Die Normwidrigkeit bildet dann das Artmerkmal des Verbrechens gegenüber dem genus: Handlung. So schreitet die Betrachtung von der Handlung als sinnenfälligem Ereignis zur rechtswidrigen Handlung als dem Beziehungsobjekt normativer Beurteilung weiter.

Die unbestreitbaren Vorzüge dieser Systematik, wie sie aus vorstehender Skizze ohne weiteres einleuchten, schlagen alsbald in der Schuldlehre, welche sich als drittes Kapitel anreicht, in ebenso große Nachteile um. Den psychologischen Elementen, welche in dem Begriffe „Schuld“ enthalten sind, dient wiederum zunächst das

²⁾ Einen mit den Ausführungen des Textes wesentlich übereinstimmenden Gedankengang finde ich bei Radbruch in seiner Besprechung des Lisztschen Lehrbuches (MöhrKrimPsych. II 454 ff.).

sinnenfällige Ereignis, der natürliche Erfolg, zum Beziehungsobjekt. Und erst die fortschreitende Betrachtung lehrt, daß auch die psychischen Beziehungen des Täters zu den die Strafwürdigkeit der Tat bedingenden Deliktsmerkmalen für das Schuldurteil von Bedeutung sind³⁾.

Diese Methode läßt sich zur Not für den Vorsatz halten; denn es läßt sich dieser Ausdruck als ethisch indifferenter zur Bezeichnung des rein psychischen Verhältnisses zwischen Wille und Tat verwerten, wobei dann aber der Vorsatz aufhört — oder besser: noch garnicht angefangen hat —, Schuldform zu sein. Gänzlich undurchführbar erweist sich jene Scheidung für die Fahrlässigkeit. Und das aus zwei Gründen:

Einmal, weil die Fahrlässigkeit begrifflich jenes ethische Unwerturteil in sich schließt, welches ihr Wesen als Schuldform ausmacht, also unmöglich gedanklich von ihr losgelöst zu werden vermag. Es gibt keine Fahrlässigkeit im „natürlichen“, rein psychologischen Sinne, insofern dem Begriffe allein schon die Beziehung zu einer Norm zu Grunde liegt.

Sodann, weil eine „fahrlässige“ „Handlung“ eine *contradictio in adjecto* bedeutet. Soweit das Delikt fahrlässig begangen worden, ist es gerade nicht Handlung; gibt es doch, wie oben gezeigt wurde, nur vorsätzliches Handeln.

Aber auch für das Gebiet des Vorsatzes erscheint die methodische Trennung von Handlung und rechtswidriger Handlung wenig zweckmäßig, insofern damit unvermeidlich eine entsprechende Spaltung des Vorsatzbegriffs verknüpft ist. Je nachdem die Vorstellung des Handelnden auf den natürlichen oder aber auf den kriminell relevanten Erfolg bezogen wird, ist auch der Vorsatz ein kriminell irrelevanter oder aber eine Schuldform. Und diese „Duplizität des Vorsatzbegriffs“ spielt in der Evolutionsgeschichte der Rissz'schen Schuldlehre eine verhängnisvolle Rolle, zumal sie in der Behandlung des Irrtums wiederkehrt und dort durch den Deckmantel des „Subsumtionsirrtums“ nur notdürftig verschleiert wird.

Ist es wahr, daß das fahrlässige Delikt nicht Handlung ist, so folgt unmittelbar, daß das Delikt nicht notwendig Handlung ist. Damit hätte sich der Ausgangspunkt v. Rissz's: Verbrechen ist

³⁾ Vgl. § 39 des Lehrbuches, zumal in seiner neuesten Fassung (14./15. Auflage).

Handlung — als falsch erwiesen. Daß er es wirklich ist, bedarf indessen noch ausführlicheren Nachweises⁴⁾.

Wer es unterläßt, von dem Vorhaben gewisser Verbrechen rechtzeitig Anzeige zu machen, wer es unterläßt, die Feuerstätten seines Hauses in brandsicherem Zustand zu erhalten, macht sich nach §§ 139, 368¹ StrGB. strafbar. In diesen Fällen aber ist von irgendwelcher Handlung gar keine Rede.

Daß zunächst die Unterlassung als solche nicht nur nicht Handlung, sondern deren direktes Gegenteil ist, sollte nicht bestritten werden. Der Begriff der Unterlassung negiert ja gerade den der Handlung. Aus diesem Grunde ist es auch unmöglich, für beide einen gemeinsamen Oberbegriff zu gewinnen, er sei denn rein formaler Natur. So setzt der Begriff „Unterlassung“ den Begriff „Handlung“ zwar logisch voraus; während er durch den Ausdruck „Handlung“ gesetzt wird, wird er durch den Ausdruck „Unterlassung“ negiert. A und non-A aber haben kein gemeinsames Genus.

Das Verbrechen ist also nicht notwendig Handlung, sondern Handlung oder Unterlassung. Daß nicht in beiden Fällen von einem äußeren Verhalten gesprochen werden darf, ist zuletzt von Radbruch deutlich gezeigt worden⁵⁾. Zwar: wer unterläßt, verhält sich gleichzeitig in irgend einer Art; daß er das aber tut, gehört nicht mehr zum Begriff der Unterlassung. Dieser sagt nur aus, daß eine gewisse vorgestellte Handlung unterblieben ist; was an dessen Stelle wirklich geschehen ist, liegt logisch außerhalb des Begriffs.

Aber ist nicht die Unterlassung als konkrete Einzelercheinung doch wieder Handlung? Wenn ich bei einer schmerzhaften Operation das betreffende Glied unbeweglich hinhalte, das Schmerzgefühl überwinde, die Reflexbewegungen, welche sonst ausgelöst werden würden, unterdrücke, so handele ich. Erfordert doch diese Körperruhe viel größere Willensanstrengung, als die Körperbewegung erfordern würde. Ist also nicht gerade gegenüber solchen Reflexbewegungen die aus bewegten Willensimpulsen fließende Ruhe „Handlung“?

Wir sagten: objektivierter Wille ist Handlung. Sehr wohl kann der Wille bei Gelegenheit die Ruhe zum Objekt wählen.

⁴⁾ Das Folgende richtet sich gleichmäßig gegen die Konstruktion des Verbrechensbegriffs bei Welting, Lehre vom Verbrechen §§ 3 ff.

⁵⁾ Handlungsbegriff Teil II Abschn. V, besonders S. 138 ff.

Dann ist sie in dieser Eigenschaft Handlung; und als solche kann sie naturgemäß nicht Unterlassung sein. Ruhe ist eben begrifflich etwas ganz anderes als Unterlassung⁶⁾.

Wie nicht jede Unterlassung sich in Ruhe äußert, so ist nicht jede Ruhe Unterlassung; erst im Hinblick auf irgendwelche vorgestellte Bewegung wird sie dazu. So kann ein und dasselbe Phänomen Handlung und Unterlassung gleichzeitig sein: Handlung mit Bezug auf den wirkenden Willen, Unterlassung mit Bezug auf ein unterbliebenes Anderes.

Der Begriff der Unterlassung erschöpft sich inhaltlich in einer Vorstellung, welcher in der Welt der realen Tatsachen durchaus gar nichts entspricht. Im Gegensatz hierzu pflegen wir unter Handlung ein reales Geschehen zu begreifen und bestimmen danach die Handlung als eine auf menschlichen Willen zurückführbare Veränderung der Außenwelt. Damit haben wir indessen dem Handlungsbegriff einen im Vergleich zu unserer früheren Definition erweiterten Inhalt verliehen; wir haben die sinnlich wahrnehmbaren Wirkungen des Willensentschlusses einbezogen, obwohl eine Objektivierung des Willens der Projektion in die Außenwelt nicht notwendig bedarf⁷⁾.

So sind alle vorsätzlichen Unterlassungsdelikte — im psychologischen Sinne — Handlungen. Aber nur beim Vorsatz ist diese doppelte Betrachtungsweise möglich und zulässig. Die fahrlässigen Unterlassungsdelikte sind niemals Handlungen und können es nicht sein; der Grund dafür aber liegt nicht in ihrer Eigenschaft als Unterlassungen, sondern in ihrer Eigenschaft als Fahrlässigkeiten. Fahrlässige Delikte sind als solche — daran muß unbedingt festgehalten werden — niemals Handlungen. Damit ergibt sich das weitere.

Wie die vorsätzlichen Unterlassungsdelikte Handlungen, so sind die fahrlässigen Begehungsdelikte — im psychologischen Sinne — Unterlassungen. Was hier überall unterlassen ist, ist immer eines

⁶⁾ Das übersieht Beling, a. D. S. 9, und es gehen deshalb seine gegen Radbruch gerichteten Argumente (S. 15) grundsätzlich fehl.

⁷⁾ Trotz seiner Ausführungen auf S. 132 a. D. fühle ich mich mit Radbruch im Einklang: Gewiß kann der Nichteintritt einer Veränderung nicht als Wirkung des Willens begriffen werden. Der Wille, etwas nicht zu tun, übt eben überhaupt eine Wirkung nicht aus. Gerade in diesem Mangel aber hat sich dann der konkrete Willensinhalt unverkennbar objektiviert.

und dasselbe: die erforderliche Umsicht und Aufmerksamkeit im sozialen Zusammenleben. Das ist das kriminell relevante Merkmal sämtlicher fahrlässigen Delikte. Ihrer strafrechtlichen Bedeutung nach sind sie Unterlassungen, wobei es keinen Unterschied macht, ob sie in anderem Betracht Handlungen sein mögen oder nicht.

Wer seine Büchse auf ein vermeintliches Wild abdrückt, während es in Wirklichkeit ein Mensch ist, den er trifft, handelt. Aber insoweit er handelt, delinquent er gerade nicht. Nur insoweit der Erfolg dem Willen nicht entspricht, liegt ein Delikt vor. Daß jene Körperbewegung sich als Handlung qualifizieren läßt, ist gänzlich unerheblich, wie sich daraus ergibt, daß der Jäger in gleicher Weise haften würde, wenn sich sein Gewehr infolge einer unwillkürlichen Bewegung seinerseits entladen hätte.

Wer infolge epileptischer Anfälle eine Menge aufgestapelten Geschirrs zertrümmert, haftet unter Umständen (wenn auch nicht kriminell) wegen fahrlässiger Sachbeschädigung, sowie auch der, dessen vor dem Fenster stehender Blumentopf einem Passanten auf den Kopf fällt, wegen fahrlässiger Körperverletzung (kriminell) haftet. In beiden Fällen ist von Handlung nicht die Rede. Wer fahrlässig falsch schwört, handelt; denn er schwört vorsätzlich. Aber das deliktische Moment liegt in dem Mangel an Überlegung bezüglich der Richtigkeit des Beschworenen. Der Automobilist, der ein Kind überfährt, handelt; denn er setzt bewußt das Gefährte in das rapide Tempo. Vielleicht liegt darin bereits das vorsätzliche Delikt des § 366² beschlossen. Aber gegen die Norm des § 222 verstößt er fahrlässig: der Tod des Kindes ist nicht mehr Teil der Handlung.

Somit besteht das Wesen der Fahrlässigkeit gerade in dem Mangel dessen, was den Vorsatz ausmacht: der Kenntnis der Deliktsmerkmale, sonderlich der Erfolgsvorausicht. Damit ist eine Parallele zwischen Fahrlässigkeit und Unterlassung gezogen; sie treten den korrelativen Begriffen Vorsatz und Handlung im gleichen logischen Verhältnis zur Seite. Unterlassung bezeichnet das Unterbleiben einer Handlung; Fahrlässigkeit bezeichnet den Mangel derjenigen Vorstellungen, deren Vorhandensein den Vorsatz ausmacht.

Aber keiner der beiden Begriffe erschöpft sich in solcher logischen Negation. Beiden ist außerdem die Beziehung zu einer Norm wesentlich. Unterlassung bedeutet nicht das Unterbleiben von Handlungen schlechthin, sondern das Unterbleiben einer bestimmten, vor-

gestellten, erwarteten Handlung. Unterlassen ist, wie schon oft bemerkt worden, ein transitives Verbum; es bedarf eines Objectes, das uns unsere Vorstellung liefert; und wir besagen damit, daß unsere Erwartung getäuscht wurde.

Daß es sich mit der Fahrlässigkeit in analoger Weise verhält, ist schon betont worden. Fahrlässigkeit ist nicht schlechthin Nichtvoraussicht, sondern Nichtvoraussicht dessen, was hätte vorausgesehen werden können und sollen. Welcher Maßstab hierbei zu Grunde gelegt werden muß, ist für unsere Zwecke ohne Belang. Wichtig ist allein, daß die Fahrlässigkeit begrifflich die Vorstellung enthält, daß gewissen Ansprüchen an die Umsicht und Aufmerksamkeit nicht genügt wurde.

Es ist also bei der Fahrlässigkeit wie bei der Unterlassung ein in irgend welchem Sinne gebotenes, was unterblieben ist; und so wohnt den beiden Begriffen die Beziehung zu einer Norm wesentlich inne. Es ist allemal eine Wertung darin notwendig enthalten. Darin gerade unterscheiden sie sich fundamental von ihren Korrelatbegriffen: Handlung und Vorsatz. Diese sind zunächst einmal ethisch indifferent.

Unter dem normativen Gesichtspunkt können somit Handlung und Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ohne weiteres als Corrolarien gelten. Der Unterlassung darf nicht die Handlung schlechthin, sondern muß die pflichtwidrige Handlung, der Fahrlässigkeit nicht der Vorsatz schlechthin, sondern der rechtswidrige Vorsatz, der *dolus malus*, zur Seite gesetzt werden. In der That ist jedes Delikt entweder pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung und entweder mit rechtswidrigem Vorsatz oder mit Fahrlässigkeit begangen.

Der Eifer, mit welchem Binding^{*)} gegen den Mißbrauch, welcher mit dem Ausdruck „Vorsatz“ getrieben werde, protestiert, wäre völlig unverständlich, wenn es sich hier nur um die terminologische Frage handelte, ob man diesen terminus auch bei ethisch positiven Handlungen verwerten oder aber als terminus technicus für die Zwecke des Strafrechts vorbehalten solle. Nichts wäre leichter, als sich über diesen Punkt zu einigen. Der eigentliche Gegensatz aber liegt auf methodologischem Gebiet. Es fragt sich, ob die Konstruktion der Schuldlehre von dem natürlichen Vorsatzbegriff ausgehen und zum rechtswidrigen Vorsatz fortschreiten

*) Lehrbuch I 26 Anm. 5.

dürfe, oder ob sie nicht vielmehr von vornherein bei diesem einsetzen sollte.

Diese letztere Methode wird durch den Korrelatbegriff der Fahrlässigkeit nahegelegt. Sollen Vorsatz und Fahrlässigkeit die beiden nebengeordneten Schulbformen darstellen, so kann immer nur der *dolus malus* gemeint sein. Das gemeinsame Merkmal der beiden Schulbformen ist gerade nicht das psychologische Element, welches im Gegenteil ein jeweils gegensätzliches ist, sondern das ethische Unwertmoment, die Pflichtwidrigkeit.

Und dasselbe Moment ist es auch, welches der Handlung und der Unterlassung als Erscheinungsformen des Verbrechens als gemeinsames inne wohnt. Das Verbrechen ist nicht unter allen Umständen Handlung, aber es ist unter allen Umständen normwidrig. Die Normwidrigkeit ist also das einzige allgemein gültige Merkmal, das allen strafbaren Handlungen wesentlich ist.

II.

So scheint Binding den richtigeren Ausgangspunkt gewählt zu haben. Ihm ist das Verbrechen wesentlich Normübertretung. „Die Normen,“ lehrt Binding, „zählen zu den primär verpflichtenden Rechtsätzen. Der Gesetzgeber befiehlt solchen, denen er befehlen kann, und verpflichtet sie, seinem Befehl zu entsprechen. Diese Pflicht ist die Pflicht zum Gehorsam. Ihr gegenüber steht notwendig das Recht auf Befolgung der Norm, auf Botmäßigkeit“⁹⁾. „Die Verletzung dieses subjektiven Rechtes auf Botmäßigkeit ist die einzige Rechtsverletzung, die allen Delikten wesentlich ist“¹⁰⁾.

Die Norm also im Bindingschen Sinne ist ein Rechtsatz¹¹⁾, und zwar bejahender Rechtsatz¹²⁾, und zwar selbständiger Rechtsatz¹³⁾, und zwar Rechtsatz des öffentlichen Rechts¹⁴⁾, niemals des Strafrechts¹⁵⁾. Aber dieser Rechtsatz ist nur selten im geschriebenen Rechte ausdrücklich ausgesprochen¹⁶⁾, er gehört zumeist dem un-

⁹⁾ Handbuch I 183.

¹⁰⁾ Normen I, 2. Aufl., 98.

¹¹⁾ Vgl. Normen § 10.

¹²⁾ a. D. § 14.

¹³⁾ a. D. § 13.

¹⁴⁾ a. D. S. 255.

¹⁵⁾ a. D. S. 97.

¹⁶⁾ a. D. S. 36.

gesetzten Rechte an und ist in diesen Fällen aus dem Strafgesetz, welches ihn begrifflich voraussetzt¹⁷⁾, zu erschließen¹⁸⁾, und zwar „durch Umwandlung des ersten Teils unserer Strafrechtsätze in einen Befehl: nicht zu handeln, wie es daselbst bezeichnet, oder zu handeln, wie es dort gefordert ist“¹⁹⁾.

Wenn wir es im Eingange ablehnten, das für die Verbrechensqualität einer Handlung entscheidende Kriterium der Strafbrohung überhaupt in den Kreis unserer Betrachtung zu ziehen, deshalb, weil uns damit lediglich eine formale Eigenschaft des Verbrechens vermittelt wird, welche demselben begrifflich inne wohnt, so müssen wir aus dem gleichen Grunde als für unsere Zwecke unfruchtbar eine Betrachtungsweise ablehnen, welche die Normwidrigkeit des Delikts in dem eben skizzierten Sinne als dessen wesentliches Merkmal ausgibt.

Der Satz, daß das Delikt normwidrig ist, ist und bleibt ein analytisches Urteil, solange man unter Norm den (gebietenden oder verbietenden) Rechtsatz und unter Delikt dessen Übertretung begreift.

Mit dieser Erkenntnis soll und kann das Verdienst Bindings um die Enthüllung des Wesens der Norm nicht geschmälert werden; hat uns doch Binding erst den von uns angewandten Deliktsbegriff vermittelt. Die Besinnung auf den logischen Gehalt unserer Vorstellungen aber ist gewiß keine unfruchtbare und ganz gewiß keine leichte Aufgabe. Nur eines vermag die Norm im Sinne Bindings nicht: uns Auskunft zu geben über die inhaltliche Eigenart des Phänomens, das wir Verbrechen nennen.

Der Bindingschen These²⁰⁾: „Solange eine Handlung nicht verboten ist, kann sie nicht rechtswidrig sein“, hatte ich²¹⁾ die andere entgegengesetzt: „Rechtswidrig ist nicht, was (und weil es) verboten ist; sondern umgekehrt muß behauptet werden, daß von der Rechtsordnung verboten werde, was (und weil es) rechtswidrig erfunden worden“. Der Gegensatz ist kein so unverföhnlicher, wie es auf den ersten Blick hin erscheinen will; und seine Auflösung vermag uns vielleicht auch die Wege, die wir hier zu gehen haben, zu ebnen.

17) a. O. S. 70.

18) Handbuch 159.

19) Normen 45.

20) Normen 132.

21) Rechtswidrigkeit 27.

Den Schlüssel bietet das Zugeständnis: die Norm ist eine Regel mit Ausnahmen²²⁾. Sie lautet sonach gerade nicht: „Ihr sollt überhaupt nicht!“ — wie Binding formuliert²³⁾, sondern vielmehr: Ihr sollt nicht, wenn Ihr nicht ausnahmsweise dürft! — m. a. W.: Ihr sollt nicht, wenn Ihr nicht sollt! Die Norm also bedingt sich selber, ohne doch die Bedingungen anzugeben, unter denen sie Geltung beansprucht. Nur beim Vorliegen dieser letzteren aber kann von einer rechtswidrigen Handlung die Rede sein.

Wenn Binding erklärt²⁴⁾: „die Norm schafft die rechtswidrige Handlung“, so ist das zutreffend unter der Voraussetzung, daß die Norm auch wirklich auf die konkrete Handlung gemünzt ist, daß diese letztere also wirklich normwidrig ist. Dann ist sie es zweifellos vermöge der Norm. Ob sie es aber ist, läßt sich an der Norm, so lange diese sich über ihren Geltungsanspruch nicht ausweist, nicht erkennen.

Der Satz: die Gültigkeit einer Norm für einen konkreten Tatbestand ist Bedingung für dessen Subsumierbarkeit unter jene Norm — gibt noch einen ganz verständlichen Sinn. Und doch läßt sich derselbe Gedanke auch so ausdrücken: Die Rechtswidrigkeit eines Tatbestandes ist Bedingung für seine Rechtswidrigkeit. Freilich aber weist dann seine Fassung wieder den von Kohlransch²⁵⁾ monierten Schönheitsfehler auf, dessen eigentliche Ursache nunmehr aufgedeckt sein dürfte.

Daß wir aus diesen „ewigen Kreisschlüssen“²⁶⁾ an irgend einer Stelle heraus müssen, steht für mich wie für andere fest. Mögen nun diese Anderen andere Wege aufweisen; mir scheint nach wie vor nur der eine gangbar zu sein: sich zu bestimmen auf jene von der Norm vorausgesetzten aber nicht näher angegebenen allgemeingültigen Bedingungen, unter denen eben dieser wie immer lautenden konkreten Einzelnorm Gültigkeit zukommen darf. Daß dieselben wiederum nur normativen Charakter tragen können, liegt auf der Hand.

Von der Norm also muß jede Lehre vom Verbrechen ihren

²²⁾ Binding a. D. § 20.

²³⁾ a. D. S. 54.

²⁴⁾ a. D. S. 134.

²⁵⁾ Z XXV 660/661.

²⁶⁾ Kohlransch, Irrtum und Schuldbegriff 46.

Ausgang nehmen. Nicht aber von der Norm im Sinne eines gesetzlichen Verbots, sondern von der Norm, nach der sich erst dieses Verbot richtet, mithin von der Norm jener Norm. Erst wenn wir erkennen und begreifen, welches die Voraussetzungen sind, unter denen, die Gründe, aus denen, die Zwecke, zu denen „das Recht den Menschen zu einer Beschränkung seiner Willkür nötigt“²⁷⁾ — erst dann enthüllt sich uns das eigentliche Wesen des Verbrechens.

„De lege lata ist das Delikt eben gar nichts anderes, als Auflehnung gegen die Norm, mag diese Auflehnung rechtsnachteilig sein oder nicht“²⁸⁾ — dieser Satz, so unanfechtbar er ist, versperrt einer sozialen Betrachtung des Verbrechens jede Aussicht. In solchem Lichte erscheint es nicht mehr als Handlung, als Verletzung von Werten, als Verletzung von Lebensinteressen, sondern es erschöpft sich darin, Unbotmäßigkeit zu sein gegen das Gehorsam heischende Machtgebot des Staates.

Auch Binding spricht dem Verbrechen den Charakter der Handlung zu. Aber ihm bedeutet Handlung im Sinne des Strafrechts nichts anderes, als Zurückführbarkeit einer Normwidrigkeit auf einen menschlichen Willen als seine Ursache. Wie nahe diese Auffassung der Wahrheit kommt, wird sich bald zeigen. Was sie verdirbt, hat Liszt schlagend nachgewiesen²⁹⁾: „die Verwechslung von Begriff und Gegenstand, von Abstraktion und Wirklichkeit“. Der Wille wird zur Ursache des Deliktbegriffs gestempelt!

Es ist sehr bezeichnend: Im Sinne Liszts indiziert die Norm, wann eine (natürliche) Handlung Delikt ist; und die Zahl der Delikte richtet sich nach der Zahl solcher Handlungen. — Im Sinne Bindings indiziert die Norm, wann eine (kriminell relevante) Handlung vorliegt; und die Zahl dieser Handlungen richtet sich nach der Zahl der verletzten Normen. Das ergibt dann für die Konstruktion der Idealkonkurrenz eine eigentümliche Gegenfälligkeit der Schlussfolgerung. In dem beiderseitigen Syllogismus ist der Obersatz gleichlautend; als Untersatz aber figuriert jeweils das Gegenteil dessen, was beim anderen die Konklusion abgibt.

Der gemeinsame Obersatz lautet: Soviel Verbrechen, soviel Handlungen. Nun argumentiert Liszt: Bei der Idealkonkurrenz liegt eine (natürliche) Handlung vor; folglich ist auch nur ein

²⁷⁾ Binding a. O. 51/52.

²⁸⁾ Binding, Handbuch 186 Anm. 7.

²⁹⁾ Aufsätze und Vorträge I 240.

Verbrechen gegeben. — Dagegen Binding: Bei der Idealkonkurrenz sind x Normen verletzt (und somit x Delikte verwirklicht); folglich liegen x (kriminell relevante) Handlungen vor. Dabei trinkt der Liszt'sche Untersatz an dem Bedenken, daß es an jedem Maßstab zur Abgrenzung der natürlichen Handlungseinheit fehlt³⁰⁾, die Bindingsche Konklusion aber opfert den gesunden Menschenverstand einem weltabgewandten Formalismus.

Handgreiflich falsch aber ist in erster Linie der Obersatz. Ein Verbrechen ist — um einmal die herrschende Terminologie beizubehalten — eine nach bestimmten gesetzlichen Merkmalen qualifizierbare Handlung. Ist ein und dieselbe Handlung nach Maßgabe technischer Rechtsfassung mehrfach qualifizierbar, so verwirklicht sie eben die Tatbestände mehrerer Verbrechen, und die Einheit der Handlung ist mit der Annahme einer Verbrechenkonkurrenz durchaus verträglich³¹⁾. Andererseits heißt es die wissenschaftliche Sprache dem Gemeinverständnis entrücken, wenn man um solcher Mehrheit verletzter Normen willen von dem Vorliegen mehrerer Handlungen redet.

Einen eigenartigen, der Strafrechtswissenschaft vorbehaltenen Handlungsbegriff, wie ihn Binding aufstellt, gibt es ebenso wenig, wie eine von Liszt behauptete natürliche Handlungseinheit. Wo eine Handlung aufhört und eine andere anfängt, läßt sich überall nur nach gewissen zu Grunde gelegten Zweckgesichtspunkten bestimmen. Den einzig brauchbaren Maßstab hierzu aber liefern dem Kriminalisten die in den Strafgesetzen formulierten Deliktstatbestände. So entbehrt zunächst die Frage, aus wie vielen „natürlichen“ Handlungen eine Verbrechenseinheit sich zusammensetzt, jedes irgendwie faßbaren Inhalts³²⁾.

Es ergibt sich denn auch, daß die sog. „Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit“ in Wirklichkeit eine Mehrheit von Verbrechen bezeichnet, welche indessen um gewisser, meist sehr schwer zu formulierender objektiver oder subjektiver gemeinsamer Merkmale willen, als eine Einheit unter dem Zweckgesichtspunkt der Strafzumessung gedacht wird. Jeder Akt z. B. eines sogenannten fortgesetzten Delikts stellt einen vollen deliktischen Tatbestand dar, welcher auch als einzelner einen staatlichen Strafanspruch auslösen würde, deren Summe aber

³⁰⁾ Vgl. Finger, Lehrbuch 365 ff., besonders Anm. 475.

³¹⁾ Sehr gut Freudenthal, Notwendige Teilnahme, S. 57.

³²⁾ Die Argumente Fingers a. D. sind insoweit unanfechtbar.

gleichwohl als eine Deliktseinheit behandelt wird. Ein dahin gehender Wille des Gesetzes wird in diesen Fällen aus beachtlichen Gründen präsumiert, während er für den Umfang der Kollektivdelikte etwa zu erkennbarem Ausdruck gelangt ist.

Aber auch in dem umgekehrten Falle der „Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit“ ist nicht etwa die Anzahl der zur Verwirklichung gelangten natürlichen Handlungen, welche sich wiederum der Feststellung völlig entzieht, von Bedeutung, sondern allein die Frage, ob den mehreren deliktischen Tatbeständen eine und dieselbe Handlung oder aber mehrere selbständige Handlungen zu Grunde liegen³³⁾. Nicht auf die Einheit der Handlung, sondern auf die Identität des Handelns kommt es an. Somit ist das entscheidende Kriterium in folgendem zu suchen:

Läßt sich innerhalb der kontinuierlichen Handlungsreihe, welche die Merkmale mehrerer Verbrechen aufweist, an irgend einer Stelle eine Cäsur machen, wo der Tatbestand des einen konkurrierenden Delikts schon vorläge, der des anderen noch ausstände, so ist Realkonkurrenz gegeben. Gelangen aber durch dieselbe Summe von Handlungselementen die beiden deliktischen Tatbestände gleichzeitig zur Entstehung, so liegt Idealkonkurrenz vor. Dabei ist zu beachten, daß für die Zwecke dieser Untersuchung der Erfolg der Handlung aus dem Bereich dieser letzteren ausscheidet.

Danach bietet die Vergewaltigung der verheirateten Schwester ein typisches Beispiel der Idealkonkurrenz; denn es läßt sich innerhalb der kriminell relevanten Handlungsreihe kein Punkt entdecken, wo einer der konkurrierenden Tatbestände³⁴⁾ mit Ausschluß des andern verwirklicht wäre. Das gleiche hat aber auch von dem Fall zu gelten, wo ein Schuß durch eine Fensterscheibe hindurch einen Menschen tötet. Wollte man hier hinter dem ersten Erfolge (der vollendeten Sachbeschädigung) eine Cäsur machen, so wäre der zweite Erfolg (Tod) isoliert. Um ihn zurechnen zu können, muß er als Wirkung einer Handlung erkannt werden; diese Handlung aber ist eben mit der bereits als Sachbeschädigung qualifizierten identisch. Wer indessen aus einem doppelläufigen Gewehr eine Doublette auf Menschen schießt, macht sich eines doppelten Mordes in Realkonkurrenz schuldig.

Danach besteht das Wesen der sogenannten eintätigen Ver-

³³⁾ So formulieren durchaus zutreffend die §§ 73, 74 den Gegensatz.

³⁴⁾ §§ 172, 173, 177.

brechenskonkurrenz in Deliktismehrheit bei zu Grunde liegender Handelnsidentität; dahingegen das der sogenannten mehrtätigen Verbrechenskonkurrenz in Deliktismehrheit bei zu Grunde liegender Handelnsheterogenität. Damit stimmt der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen durchaus zusammen, welche somit eine befriedigende Auslegung sehr wohl zulassen³⁵⁾.

Dieser Exkurs auf das Gebiet der Konkurrenzlehre sollte deutlich machen, in welchen Grenzen der Satz: „Verbrechen ist Handlung“ sich fruchtbar erweist. Eine Anweisung zur Bestimmung der Anzahl verwirklichter Deliktstatbestände kann er allein schon deshalb nicht bieten, weil in den Augen des Kriminalisten der Abschluß einer Handlungseinheit einzig und allein in der Erfüllung eines solchen Tatbestandes zum Ausdruck gelangt; er besagt vielmehr lediglich, daß ein strafrechtlich qualifizierbares Geschehen Verbrechen nur sein kann, wenn es zu einem menschlichen Willen in Beziehung steht. Und in der Tat sind dieses die beiden erschöpfenden Gesichtspunkte, unter denen die Lehre vom Verbrechen durchzuführen sein wird: die Normwidrigkeit und die Zurechenbarkeit des Geschehens.

III.

Danach definieren wir unsererseits das Delikt in deutlicher Anlehnung an Binding als zurechenbare Normwidrigkeit, wobei wir aber unter Normwidrigkeit den Vorstoß gegen den staatlichen Zwangsbefehl nicht in seiner formalen, sondern in seiner inhaltlichen Eigenart begreifen. In ihr erkennen wir den Gegenstand der Zurechnung und suchen denselben einmal in tatsächlichem und sodann in normativem Betracht zu ergründen. Dann erst fassen wir die Voraussetzungen der Zurechnung ins Auge, welchen wiederum einerseits psychologischer, andererseits normativer Charakter eignet.

So bildet das Verbrechen als natürliches Phänomen den ersten Gegenstand der Betrachtung; seine Beziehung zu einer Norm gibt dem in allen Verbrechen gleichmäßig wiederkehrenden Merkmal der Rechtswidrigkeit seine weiterhin festzulegende Bedeutung. Die Zurechnung selber findet ihre psychologischen Grundlagen in der Zurechnungsfähigkeit des Täters und der Zurechenbarkeit der Tat, während das normative Element der Schuld in der

³⁵⁾ Anders Finger, a. D. S. 369.

abschließend zu berücksichtigenden Pflichtwidrigkeit der Willensbestimmung sich ausdrückt.

Im folgenden soll nun dieses Bild in großen Zügen skizziert werden.

A. Die Normen des Rechts sind entweder Verbote oder Gebote und beziehen sich als solche entweder auf ein bloßes Tätigsein oder auf die Bewirkung oder auf die Verhinderung eines Erfolges.

Verbotsverletzungen sind Handlungen und entsprechend entweder Tatdelikte oder Erfolgsdelikte oder Verhinderungsdelikte; Gebotsverletzungen sind Unterlassungen und entsprechend entweder Omisivdelikte oder Nichtverursachungsdelikte oder Kommissivdelikte durch Unterlassung³⁶⁾.

Diese letzteren sind seltener Übertretungen ausdrücklich formulierter Verhinderungsgebote, als vielmehr solcher, welche in den Bewirkungsverboten konkludent enthalten sind.

I. Den Verbrechen ist eine sinnenfällige Außenseite nicht wesentlich. Sie fehlt den echten Unterlassungsdelikten. Dagegen äußern sich die Tatdelikte in einer Körperbewegung ohne Erfolg, die Kommissivdelikte durch Unterlassung in einem Erfolge ohne Körperbewegung, die große Masse der Erfolgsdelikte endlich in einer Vereinigung von Körperbewegung und Erfolg.

Nicht um dieser äußeren Merkmale willen ist das Verbrechen Handlung; denn Handlung ist wesentlich Willensverwirklichung. Deshalb ist jede vorsätzliche Körperruhe im psychologischen Sinne Handlung, jede fahrlässige Körperbewegung im psychologischen Sinne Unterlassung. Dieser Gegensatz gewinnt mithin erst für die Schullehre Bedeutung.

An dieser Stelle interessiert lediglich das Setzen einer Körperbewegung im Gegensatz zum Unterbleiben einer solchen. Dieses letztere nennen wir Unterlassung, wenn wir jenes erstere aus irgend einem Grunde erwartet hatten. Rechtlich relevant ist solche Unterlassung, wo nicht gehandelt worden ist, obwohl hätte gehandelt werden sollen. Das Urteil, daß dem so ist, macht logisch den Begriff der Unterlassung aus.

Um sich zur Handlung zusammenzuschließen, müssen Willensentschluß, Körperbewegung und Erfolg miteinander im Kausal-

³⁶⁾ Vgl. Loening, Grundriß.

zusammenhang stehen. Der psychologische Prozeß entzieht sich unserer Beobachtung; der äußere Kausalverlauf ist dagegen Gegenstand unserer Anschauung.

Das Kausalurteil stellt sich dar als eine aprioristische Synthese unseres Bewußtseins, vermöge deren wir die empirisch gegebene zeitliche Aufeinanderfolge zweier Ereignisse der Kategorie der Notwendigkeit einordnen.

Aus der Erkenntnis, daß die Unterlassung nichts Reales, sondern etwas lediglich Vorgestelltes ist, ergibt sich, daß sie nur insofern kausal sein kann, als Vorstellungen überhaupt es sein können, nämlich als Motive für den menschlichen Willen³⁷⁾.

Alle Versuche, anderweite Veränderungen der Außenwelt auf eine Unterlassung als ihre Ursache zurückzuführen, scheitern an unseren Denkgesetzen. Strafbar ist der Unterlassende vielmehr gerade deshalb, weil er den Erfolg nicht gehindert, weil er, mit anderen Worten, nicht kausal geworden ist.

II. Die Rechtswidrigkeit einer strafbaren Handlung beruht nicht ausschließlich in ihrer materiellen Eigenart, Rechtsgüterverletzung zu sein; denn nicht alle Rechtsgüterverletzungen sind rechtswidrig. So ist der gesamte Strafvollzug eine einzige Kette rechtmäßiger Rechtsgüterverletzungen.

Die Rechtswidrigkeit einer strafbaren Handlung beruht nicht ausschließlich in ihrer formellen Eigenart, einen gesetzlichen Tatbestand zu erfüllen; denn sie ist in einer Reihe von Fällen in denselben als besonderes Merkmal aufgenommen, in anderen zu ergänzen. So ist der Scharfrichter nicht des Mordes, der operierende Arzt nicht der Körperverletzung schuldig.

Die Rechtswidrigkeit ist hiernach die Bedingung, unter der eine Rechtsgüterverletzung gleichzeitig Gesetzesverletzung ist. Sie ist nicht logische Folge, sondern faktische Voraussetzung der Verwirklichung der Deliktsmerkmale.

Wann diese Bedingung gegeben ist, darüber besagen die Strafrechtsätze gar nichts. Aber auch aus dem Ganzen der Rechtsordnung heraus ist das Problem nicht restlos zu lösen. Dazu muß vielmehr auf die Idee des Rechtes zurückgegangen werden³⁸⁾.

³⁷⁾ Vgl. Finger, Lehrbuch 292 f.

³⁸⁾ Die Ausführung dieses Gedankens findet sich in meiner „Rechtswidrigkeit“ 38 ff. Gegenteilig Bittelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 20/21.

Grundsätzlich ausgeschlossen ist die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme, wenn sie sich ausweist:

a) Als Ausübung einer Pflicht; dieselbe kann sein:

1.) Eine unmittelbare Amts- oder Dienstpflicht; hierher gehören alle rechtlichen Zwangsmittel.

2.) Eine Gehorsamspflicht gegenüber dem gesetzlichen Befehle eines Vorgesetzten; dagegen vermag die Ausführung eines ungesetzlichen Befehls, auch wenn dazu ausnahmsweise eine Pflicht bestehen sollte, niemals die Rechtswidrigkeit, sondern nur die Schuld auszuschließen.

3.) Eine Berufspflicht; hierher gehört der ärztliche operative Eingriff, die Überwachung des Irren, u. a.

b) Oder aber es handelt sich um Ausübung eines Rechts; dieses kann sein:

1.) Ein Erziehungs- und Züchtigungsrecht, wie es namentlich Eltern und Lehrern zusteht.

2.) Das Recht der Selbsthilfe.

3.) Das Recht der Notwehr.

4.) Das Recht des Notstandes. Es besteht unter der Voraussetzung eines angemessenen Wertverhältnisses der beiderseitigen Interessen. Die Proportion ist eine jeweils sich umkehrende, je nachdem die Abwehr sich gegen die Gefahrquelle oder aber gegen einen unbeteiligten Dritten richtet. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist die Notstandshandlung rechtswidrig aber unter weiterhin zu erörternden Bedingungen entschuldbar.

c) Die Einwilligung des Verletzten hebt die Rechtswidrigkeit der Verletzung auf, insoweit sich in ihr ein angemessenes (richtiges) Verhalten kundgibt.

B. Der Satz: „ohne Schuld keine Strafe“ leidet nach geltendem Recht keine Ausnahme. Danach kann die formale Definition der Schuld dahin lauten: Schuld ist diejenige psychische Disposition des Täters, an welche das Zurechnungsurteil anknüpft.

I. Die inhaltlichen Voraussetzungen des Schuldurteils bilden die Zurechnungsfähigkeit des Täters und die Zurechenbarkeit der Tat.

a) Unter Zurechnungsfähigkeit begreifen wir die Summe derjenigen dauernden Eigenschaften eines Individuums, welche die Möglichkeit seiner Schuld bedingen; hierher gehört:

1.) Seine Qualifizierung als menschliche Persönlichkeit. Begrifflich ist ein Unrecht tun der Verbandsperson ebenso wenig ausgeschlossen wie die strafweise Schmälerung ihr zustehender Rechte; aber die eigentlich strafrechtlichen Gesichtspunkte sind auf sie nicht übertragbar.

2.) Freie Willensbestimmung: nicht in dem indeterministischen Sinne motivoloser Willensentscheidung, sondern in dem deterministischen einer normalen Bestimmbarkeit durch Motive. Der Begriff des Normalen ist durch positive Merkmale nicht definierbar; daher die negative Abgrenzung der Zurechnungsfähigkeit im § 51. Sie gilt als ausgeschlossen beim Vorliegen der dort näher bezeichneten pathologischen Geisteszustände.

3.) Ein die Möglichkeit pflichtwidriger Willensbestimmung bedingendes Unterscheidungsvermögen zwischen Recht und Unrecht³⁹⁾. Es bildet in der wenig glücklichen technischen Ausprägung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht eine Voraussetzung der Beurteilung jugendlicher und taubstummer Personen, muß aber ganz allgemein als konstitutives Merkmal der Zurechnungsfähigkeit gelten; denn ohne Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit keine Möglichkeit des Verschuldens.

Die Erfordernisse zu 2.) und 3.) setzen voraus:

4.) Eine gewisse Entwicklungsreife des handelnden Menschen. Der Zeitpunkt ihres Eintritts ist ein individuell verschiedener; der Gesetzgeber aber muß sich mit Durchschnittsziffern behelfen. Er unterscheidet drei Gruppen: unbedingt Strafunfähige, präsumtiv Strafunfähige, präsumtiv Straffähige.

b) Unter Zurechenbarkeit begreifen wir das Gegebensein der sämtlichen Voraussetzungen des Zurechnungsurteils mit Bezug auf die besondere Tat; dazu gehört:

1.) Handlungsfreiheit; es entfällt somit die Zurechnung, wo es sich handelt:

α) um Reflexbewegungen;

β) um Anwendung physischen Zwanges (§ 52 verbiis: unwiderstehliche Gewalt).

2.) Wahlfreiheit in Bezug auf die konkrete Betätigung; dieselbe fehlt:

³⁹⁾ Vgl. meine „Elemente des Schuldbegriffs“ im Gerichtssaal, Bd. 65 S. 319 ff.

α) infolge psychischen Zwanges; diesen einheitlichen Tatbestand hat der Gesetzgeber ohne jeden Grund in §§ 52 (verbis: Drohung usw.) und 54 auseinandergerissen;

β) infolge bindenden Befehls; insoweit die Rechtsordnung die Verbindlichkeit auch gesetzwidriger Befehle anerkennt, trägt die Verantwortung allein der Vorgesetzte.

3.) Der spezifische Schuldzusammenhang zwischen Tat und Täter; der objektiv auf einen menschlichen Willen zurückführbare Erfolg muß, um zurechenbar zu sein, zu diesem Willen außerdem in einer subjektiven (psychischen) Beziehung stehen.

α) War der Wille auf eben diesen Erfolg bezogen, der Erfolg also vom Willen umfaßt, so liegt Vorsatz vor: das Geschehene ist gewollt, das Gewollte geschehen. Dabei kann es sich nie um eine bis in die Einzelheiten durchgeführte Kongruenz handeln; wohl aber muß Übereinstimmung hinsichtlich der wesentlichen Merkmale vorliegen.

Die Gewißheit, mit der der Handelnde seine Körperbewegung als Ursache des Erfolges erkennt, kann eine größere oder geringere sein; von dem Grade derselben aber ist die Zurechnung zum Vorsatz abhängig.

Die Willenstheorie; welche auf das Empfindungsmoment den Nachdruck legt, muß zugestehen, daß ein als notwendig erkannter Erfolg auch dann als vorsätzlich herbeigeführt zu gelten habe, wenn er unerwünscht erscheint; die Vorstellungstheorie, welche die Voraussicht des Erfolges für maßgeblich erklärt, muß zugestehen, daß ein als möglich erkannter Erfolg nur dann zum Vorsatz zugerechnet werden kann, wenn der Täter in ihn eingewilligt hatte.

Die Nichtübereinstimmung des Geschehenen mit dem Gewollten ist nun aber, entsprechend dem dreifachen Beziehungsobjekt der Psyche des Täters, in den folgenden Varianten denkbar:

Das Gewollte übertreibt. || Das Geschehene übertreibt.

Verkennung der Beziehung
zur Norm:

Wahnverbrechen || error juris

Verkennung von Tatumständen:

Mangel im Tatbestande || Unkenntnis von Tatumständen

Verkennung der Kausalität:

Versuch || Nichtvorausicht des Erfolges.

ß) Insofern die Wirklichkeit des Geschehens über das Vorbild hinausragt, das der Täter sich in seiner Psyche davon entworfen hatte, ist jedenfalls Vorsatz nicht gegeben. Dennoch bleibt er für seine Tat verantwortlich, insofern ihm Fahrlässigkeit zur Last fällt. Danach kann sowohl Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Unkenntnis von Tatumständen (§ 59, 2) als Irrtum über die kausale Bedeutung des Tuns Fahrlässigkeit übrig lassen.

In psychologischer Hinsicht bezeichnet somit die Fahrlässigkeit gerade den Mangel alles dessen, was psychologisch das Wesen des Vorsatzes bildet. Da Handlung Willensverwirklichung ist, so ergibt sich ohne weiteres der Begriff der fahrlässigen Handlung als eine *contradictio in adjecto*. Fahrlässigkeit ist vielmehr gerade bezüglich derjenigen Tatbestandsmerkmale gegeben, welche nicht mehr zur Handlung gehören. Für die kriminelle Betrachtung ist es deshalb belanglos, ob das fahrlässige Delikt, insofern es nicht Delikt ist, Handlung ist oder nicht.

Insofern es Delikt ist, ist nun also das fahrlässige Delikt nicht Handlung sondern Unterlassung; hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, das fahrlässige Erfolgsdelikt als Kommissivdelikt durch Unterlassung zu konstruieren. Es hat dabei der fahrlässig herbeigeführte Erfolg die Bedeutung einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit.

Aber in solcher Negation der den Vorsatz kennzeichnenden Merkmale erschöpft sich das Wesen der Fahrlässigkeit offensichtlich nicht; tritt sie doch dem Vorsatz als zweite Schuldform zur Seite. Logisch enthält sie das Urteil, daß nicht erkannt worden ist, was hätte erkannt werden sollen. Somit gewinnt neben dem negativen psychologischen ein positives normatives Element Bedeutung. Das *genus proximum* zu Vorsatz und Fahrlässigkeit ist danach die Pflichtwidrigkeit der Willensbestimmung.

II. Alle Schuld ist Willensschuld. Während sie für das Gebiet des Vorsatzes gekennzeichnet ist durch den Inhalt des verbrecherischen Willens, beruht das Schuldmoment bei der Fahrlässigkeit in dem Mangel der zur Erkenntnis der kriminellen Bedeutung des Tuns erforderlichen Willensanstrengung.

Die objektiven Grenzen der Schuld sind somit festgelegt in den Normen, welche einen bestimmten Willensinhalt gebieten oder verbieten, ein bestimmtes Maß von Umsicht und Aufmerksamkeit

postulieren; somit also den Pflichtenkreis der Rechtsunterworfenen mehr oder weniger fest umschreiben.

Jede objektive Rechtswidrigkeit hat die subjektive Pflichtwidrigkeit zum notwendigen Korrelat. Aber zur Schuld zurechenbar ist nur die Verletzung einer dem Täter bekannten Pflicht. Liegt aller Fahrlässigkeit eine Verletzung der generellen Pflicht zur Umsicht und Aufmerksamkeit zu Grunde, so ist die Bekanntschaft mit dieser Pflicht zur Begründung des Zurechnungsurteils erforderlich und ausreichend; beruht ja doch gerade auf ihrer Nichtachtung der Mangel der Pflichterkenntnis in concreto⁴⁰⁾.

Dieser letztere wiederum ist zur Schuld zurechenbar nur dann, wenn er in ungenügender Willensanspannung, nicht, wenn er in intellektueller Unfähigkeit wurzelt. *Ultra posse nemo obligatur*. Danach gewinnt für die Abgrenzung des Gebietes der Fahrlässigkeit ein zwiefacher Maßstab Bedeutung.

Einmal ein objektiver: abzustellen ist mangels gesetzlicher Fixierung auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Sie ist je nach der konkreten Situation verschieden zu bemessen; daher tritt erhöhte Haftung ein bei Außerachtlassung einer besonderen Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht.

Sodann ein subjektiver: abzustellen ist auf die individuelle Erkenntnisfähigkeit des Täters. Zu beachten ist aber, daß in der trotz mangels der erforderlichen Sachkenntnis erfolgten Übernahme einer Verpflichtung sich wiederum eine Pflichtwidrigkeit verbergen kann.

Beruht das Wesen der Pflichtwidrigkeit in dem Widerspruch des Willens zur erkannten Pflicht, so ist das Maß dieses Widerspruchs für das Maß der Schuld entscheidend. Hierdurch erklärt sich die Bedeutung des Motivs für die Strafzumessung. Für sie ist einmal der Wert und zweitens die Intensität des wirksam gewordenen Motivs von Gewicht.⁴¹⁾ Dieses Verhältnis kommt zu deutlichem Ausdruck in der strafmildernden Wirkung des Affekts, in der straffschärfenden Wirkung der Überlegung, des Rückfalls, der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit. Hier knüpft auch der Gegensatz von Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrechertum an.

⁴⁰⁾ Ibidem, S. 11, 18 ff.

⁴¹⁾ Hiervon handelt eingehend M. E. Mayer, *Schuldhafte Handlung*.