

Die Autorität der reichsgerichtlichen Entscheidungen in Straffsachen.

Von Landrichter K. Schneider (Rassel).

Ein Richter, der für eine wissenschaftlich gereifte Handhabung des Rechts eintreten möchte und dem lebhaften Rechtsgefühl, das gerade das deutsche Volk beseelt, sich nicht fremd und ablehnend gegenüberstellt, kann durch die autoritäre Wucht der Strafentscheidungen des Reichsgerichts bisweilen in schwere sittliche Bedrängnis geraten. Ein freimütiges Wort darüber, das insbesondere den Außen- und Fernerstehenden diese Zwangslage klarlegt, die doch so sehr mit der richterlichen „Unabhängigkeit“ und Alleinverantwortlichkeit vor dem Gesetze in Widerspruch zu stehen scheint, und das zugleich der Wissenschaft die scheinbare Unbeweglichkeit der Praxis, ihre ab und an wohl sogar auffällig zu Tage tretende Teilnahmslosigkeit gegenüber neuen Errungenschaften der Forscher erklärt, mag hier eine Stelle finden.

Ich schicke dabei voraus, daß es mir sehr fern liegt, den hohen Wert der Urteile des Reichsgerichts und insbesondere ihre Bedeutung für eine einheitliche Rechtsübung in Deutschland zu unterschätzen. Ich weiß sehr wohl, daß sie außerordentlich sorgfältig und bis ins einzelne erwogen und abgefaßt werden; verkenne auch nicht, daß in ihnen oftmals das richtig gefundene Recht durch den Nebel falscher Theorie mit Sonnenstärke durchbringt. Und selbst, wo in solchem Falle unzutreffende Gründe die richtige Entscheidung trügen, wäre des schönen Wortes von D. Baehr zu gedenken: „Die eigentliche Kraft der Praxis liegt in der Entscheidung des konkreten Falls. Mittels dieser Kraft, des sogenannten praktischen Takts, überwindet der echte Praktiker unzählige Schwierigkeiten, welche ihm die

Mängel seiner Theorie objektiv und subjektiv entgegenstellen“¹⁾. — Ja, ich bin meinerseits soweit entfernt davon, das natürliche Schwerkraft der Reichsgerichtsentscheidungen für die Praxis irgendwie ableugnen oder abschwächen zu wollen, daß ich selbst vor einigen Jahren in den „Grenzboten“ diesem Stüde „erfreulichen Autoritätsglaubens“ an sie lebhaft das Wort geredet habe und für thunlichsten Anschluß an die rechtlichen Grundsätze des Reichsgerichts eingetreten bin.

Anderseits bedarf es keiner langen Überlegung, um einzusehen und dann auch anzuerkennen, daß unmöglich jede von ihm vertretene Rechtsauffassung und jede Gesetzesauslegung, die ja oft erst nach längerem Hin- und Herschwanken ihren festen Punkt findet, zutreffend und unbedenklich sei. Es kann doch selbst das Kolleg eines Reichsgerichtsenats keine Unfehlbarkeit für sich beanspruchen, und § 137 der deutschen Gerichtsverfassung erkennt das gewissermaßen vor aller Augen an. Auch weiß man ja, daß sich Rechtsansichten, die nachher von den Kommentatoren und andern Leuten als der Urgrund aller juristischen Weisheit ausgegeben werden, dort mit einer Stimme Mehrheit bilden können, so daß, bei Richte befehen, die Minderheitsansicht auch mathematisch fast denselben Wert, wie jene der Mehrheit, für sich beanspruchen kann. Für den betreffenden Straffall muß es freilich bei der Mehrheitsentscheidung sein Bewenden haben; weiter auch in all den Fällen, von denen Stobbe sagt, es sei wichtiger, daß überhaupt ein Rechtsatz bestehe, als welches sein Inhalt sei. Es wäre dabei an Lücken und Unklarheiten der bestehenden Straf- und Strafprozeßgesetze zu denken. Fürs übrige sollte aber dadurch nicht ohne weiteres das letzte Wort gesprochen sein!

Denn es giebt auch Gesetzesauslegungen, die unverjehens zu schwerer Rechtskränkung und zur Verletzung des obersten Satzes im Strafrechte „nulla poena sine lege“ führen.

Um gleich praktisch und anschaulich zu sprechen, so vergegenwärtige man sich z. B. nur die Folgen der reichsgerichtlichen Auffassung über die „Idealkonkurrenz“ (Bd. IV, S. 179 der Entsch. in Straffachen), wonach neben einer schweren Urkundenfälschung, sobald sich die Absicht des Thäters auf einen rechtswidrigen

¹⁾ Rechtsmittel zweiter Instanz S. 25. Ähnlich in den Preussischen Jahrbüchern Bd. 50, S. 578 und in den Jahrbüchern für Dogmatik II, S. 373.

Vermögensvorteil richtete, auch noch die Begehung eines Betruges gegen ihn festzustellen sei, was zur Folge hat, daß der Bestrafte sich bei spätern Betrügereien plötzlich im „Rückfalle“ befindet! Man erinnere sich ferner, daß das Reichsgericht (Bd. V, S. 396 a. D.) dem § 57 St. G. B. die Auslegung gegeben hat, bei schwerem Diebstahle bedürfe es nur der Feststellung der Fähigkeit beim Thäter, die Strafbarkeit des Diebstahls an sich zu begreifen. Diese beiden Rechtsansichten sind m. W. vom Reichsgericht bislang festgehalten²⁾ und in der Praxis ohne Widerstreben hingenommen. Und doch würden sich für die erstere, die ich hier übrigens nicht weiter erörtern möchte, nach den neuern Forschungen, insbesondere F. v. Liszts (Strafrecht, V. Aufl. S. 241 ff.), vielleicht nicht viele Verteidiger mehr finden; und in betreff der letztern erheben sich bei näherm Hinblicke gleichfalls sehr einschneidende Zweifel. Hiervon einiges später.

Und weshalb bleibt hier doch alles beim alten? Weshalb stellt sich die Praxis in diesen und manchen andern Fällen scheinbar blind gegenüber dem bessern Erkennen?

Dies geschieht nicht nur, weil man Veranlassung fände, — und vielfältig sehr berechtigt dazu ist, — neue Ansichten sich erst ausgären zu lassen; sondern wesentlich und gerade aus den Gründen, die das Übergewicht der Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen³⁾ für jeden Richter, der nicht nur Routinier sein will, unter Umständen so peinlich machen können, weil es nämlich rein äußerliche sind.

Gewiß wird sich der Richter der untern Instanzen doppelt und dreifach zu besinnen haben, ehe er einen in den Reichsgerichtsentscheidungen erkennbar angewandten Rechtsgrundsatz verläßt; gewiß wird er immer wieder zu fragen haben, ob seine abweichende Auffassung auch wirklich Stich halte. Aber zu einer Prüfung ist er auch durch Eid und Pflicht verbunden; nicht das Reichsgericht, sondern er selbst hat sein Urteil zu verantworten, und eine knechtische Unterordnung unter jene Autorität wäre ein Frevel gegen

²⁾ Wegen der „Idealkonkurrenz“ vergl. Bd. 24 a. D., insbesondere S. 58.

³⁾ In Zivilsachen liegt die Sache wesentlich anders, was hier nicht dargestellt werden kann. Freilich sind auch auf diesem Rechtsgebiete Urteile veröffentlicht, — Entsch. in Zivilsachen Bd. XX. S. 420, Bd. XXVII, S. 7 und Bd. XXX, S. 57 z. B., — gegen die sich der schärfste Widerspruch regen sollte.

die richterliche Gewissenhaftigkeit und der Stellung auch des geringsten Gerichts völlig unwürdig. Vor allem gilt es bei solcher Prüfung sich durch das lebendige Rechtsgefühl⁴⁾ und durch eine Probe leiten zu lassen, wie die Ansichten jenes hohen Gerichtshofes vor dem besondern Falle bestehen. Es ist merkwürdig, wie bald, wo nur erst von hieraus der richtige Gesichtspunkt erkannt ist, sich auch „Gründe“ streng juristischen Charakters dafür anfinden und die andern, bisher hochgehaltenen Gründe plötzlich in nichts zerrinnen. Und zur Begründung solcher Anforderung an den Richter soll gar nicht einmal der noch schlimmere Mißstand herangezogen werden, daß doch der richtige Präjudizienträmer für die fast immer vorhandene Verschiedenheit der Fälle, die dem Präjudize so viel von seinem Werte rauben, völlig das Auge zu verlieren pflegt!

Was die Bedenken gegen eine unbedingte und kritiklose Befolgung der Entscheidungen des Reichsgerichts vermehrt, ist ferner folgender Umstand. Während es früher in Deutschland vielfach Rechtsitte war, gewissen Entscheidungen des höchsten Landesgerichts Gesetzeskraft durch Veröffentlichung in der Gesetzsammlung zu verleihen, so ist die Wirkung derjenigen des Reichsgerichts in keiner Weise auch nur an eine Form gebunden: mag das Urteil in der amtlichen Sammlung stehen, in der „Rechtsprechung des Reichsgerichts“ oder aber aus dem Winkel irgend einer Fachzeitschrift aufgestöbert werden, — sein Eindruck auf die Rechtsfindung bleibt derselbe. Und doch kann solche zufällige Entdeckung, bei der hier üblichen mangelhaften Mitteilung des Thatbestandes, sehr zum Unfugen einer richtigen Entscheidung in der betreffenden Strafsache werden! Ja, es handelt sich schließlich oft nicht mehr um die wirklich einer Entscheidung zu Grunde gelegten Haupt-Rechtsätze, sondern selbst gelegentlichen Äußerungen und Erwägungen in den Erkenntnissen legt man gleiches Gewicht bei, ein größeres sogar, als

⁴⁾ D. Baehrs Worte an der oben angezogenen Stelle der Preussischen Jahrbücher lauten: „Hinter der Kenntnis der Rechtsregeln muß noch etwas andres stecken, was deren rechtliche Anwendung leitet, das ist das lebendige Rechtsbewußtsein. Dasselbe geht nicht bloß aus dem Wissen hervor; nein es ist zugleich eine Sache des Charakters. Mit Recht sagten deshalb schon die ältern Praktiker: *pectus facit juris consultum*.“ Schon der französische Jurist Budaeus (1467—1560) verwahrt sich gegen die, „*qui omnia in scientia juris ponunt*.“ (Citat in F. Hottomanns „Antitribonian“.)

es früher die vielfach unfaßbare „*communis opinio doctorum*“ in sich trug!

Das Gefährliche liegt nun nicht nur darin, daß auf manche Richter eine Reichsgerichtsentscheidung eine geradezu blendende Kraft ausübt, die eine eingehendere Prüfung von vornherein in den Hintergrund schiebt, sondern vor allem darin, daß das Gespenst der Aufhebung des Urteils über der Beratung schwebt, sobald auch nur von ferne die Möglichkeit des Widerstreites mit einer Reichsgerichtsentscheidung im Gesichtskreise auftaucht. So äußerlich, wie schon gesagt, dieser Grund ist, so begreiflich ist seine durchschlagende Wirkung. Wenn sich nämlich eine erkennende Strafkammer selten in der Lage fühlt, — was Zeit und Litteraturbereitschaft anbelangt! — zu Gunsten ihrer abweichenden Auffassung einen wissenschaftlichen Strauß mit dem Reichsgerichte durchzuführen, so ist vollends die Aussicht auf die Qual einer erneuten Hauptverhandlung mit gebundener Marschroute, mit ihren meist recht erheblichen Kosten, mit all der Belästigung für die Beteiligten in und vor dem Gerichte und mit der besondern Gefahr, daß dann wegen Länge der Zeit die tatsächlichen Ermittlungen sich regelmäßig nicht mehr als zureichend erweisen, am Ende maßgeblich für den, wenn auch recht widerwilligen Anschluß an die betreffende Reichsgerichtsentscheidung. Alle die oben entwickelten guten Gründe und ferner die unentschlossene Ängstlichkeit mancher Richter und ihre Furcht vor einer eignen Meinung; endlich auch die Rücksicht auf Wahrung thunlichster Stetigkeit der Rechtspflege und das Vermeiden einer in den Augen des Publikums immer bedenklichen Desavouierung der Strafkammer durch das Reichsgericht fallen dann mit in dieselbe Wagschale. Und schließlich mag auch noch der Erwägungsgrund, bewußt oder unbewußt, eine Rolle spielen, der Angeklagte könne ja selber durch Rechtsmittel sich zu seinem Rechte zu verhelfen suchen, — so falsch und thatsächlich unzutreffend er auch ist. Denn einmal hat ein erkennendes Gericht selbst die unbedingte, gemessene Pflicht, das Gesetz richtig anzuwenden, und nicht abzuwarten, ob etwa der Betroffene seinerseits sich rührt; sodann ist diesem aber auch ein solches Vorgehen bei seiner regelmäßig vorhandenen Gesetzesunkunde und sonstigen Unbehilflichkeit überall nicht zuzumuten und erfolgt deshalb auch nicht. Oder glaubt man etwa, ein Angeklagter, der nicht gerade einen Verteidiger hat, würde sich im Falle schwerer Urkundenfälschung gegen die nebenher laufende

ihm sicher völlig unverständliche Feststellung des Betruges beschweren, in weiser Borausicht, daß er demnächst nicht unversehens auf die Rückfallsbank, sozusagen, gesetzt werde⁵⁾?)!

Ich wiederhole es: das unter solcher Rücksichtnahme gewonnene Ergebnis muß einem Richter, wie er zu Eingang dieser Abhandlung charakterisiert ist, zu großer Gewissensbeschwerung gereichen. Und doch erscheint es nur zu begreiflich, daß die Sache nicht anders läuft; daß die Praxis gegenüber aufklärenden Lehren der Wissenschaft oft wie eine starre Masse erscheint, da ja auch, was man nicht übersehen darf, um gegen das Reichsgericht nicht ungerecht zu werden, in Ermangelung dorthin gelangender Fälle, diesem selbst⁶⁾ die Gelegenheit entzogen wird, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und etwaige Abänderungen seiner Auffassung eintreten zu lassen, obwohl auch ihm ein lebhafter Widerspruch, aus der unmittelbaren Anschauung der Verhältnisse und des einzelnen Falls heraus, wie ihn die erkennenden Strafgerichte erster Instanz zu erheben vermöchten, vermutlich nicht unwillkommen sein würde. Denn in solcher, gewissermaßen kontradiktorischen Verhandlung wird oft erst das Richtige entdeckt und aufgedeckt; die Sprödigkeit des einzelnen Falls gegenüber den bislang als richtig hingestellten Sätzen

⁵⁾ Der beste Einwand gegen diese Doppelfeststellung auf Grund der sogenannten Idealkonkurrenz, — das wenigstens mag hier noch hervorgehoben sein, — ist für mich der Umstand, daß es in der Praxis niemandem einfällt, Ernst mit der Sache zu machen, z. B. im Mordfalle gegen den Thäter auch noch das „Schießen in der Nähe von Gebäuden“ (Str. G. B. § 368 Nr. 7) festzustellen. Nur wo diese Nebenfeststellung zur Schlinge für den Rückfälligen wird, hält man streng darauf, sie nicht zu verabsäumen. Einigermassen keckerisch habe ich mich übrigens über den Glaubenssatz, den man aus § 73 Str. G. B. abzuleiten versucht, bereits in Bd. 14 dieser Zeitschrift S. 56 geäußert. — Andererseits läßt sich freilich nicht verkennen, daß ohne die gleichzeitige Feststellung des Betruges in der schweren Urkundenfälschung der Betrüger im Rückfalle (§ 264) härter angesehen wird, als derjenige, der zwei schwere Urkundenfälschungen (gerichtet auf rechtswidrigen Vermögensvorteil) und dann einen Betrug begeht, was offenbar keine innere Verrechtigung hat. Vielleicht liegt die Schuld aber nur daran, daß § 264 nicht den gleichliegenden Fall des § 268, ähnlich wie es im § 244 mit Raub und Fehlerei geschehen ist, mit aufgenommen hat als Rückfallsgrund; und die Betrachtung dieser anscheinenden Lücke des Gesetzes macht es dann wiederum zweifelhafter, ob die Gerichte auf dem Schleichwege des § 73, — so möchte ich's nennen, — doch zu einem befriedigenden Ergebnisse gelangen dürfen.

⁶⁾ Ich lege hierauf, wie ich besonders (aus naheliegenden Gründen!) betonen möchte, das Hauptgewicht.

vermag am besten zu zeigen, daß diese zu allgemein oder schief waren!

Für die ärgsten solcher Fälle, wo das dem Präjudize angepaßte Schlussergebnis dem Rechtsgeföhle gar zu sehr widerstreben würde, hat die Praxis noch eine Hintertür, die bisweilen wohlge-
mut zur Vermeidung jenes Zwanges benutzt wird: das Tatsäch-
liche eines Falls wird derart zurechtgelegt oder gedeutet, daß er trotz des hinderlichen Reichsgerichtsgrundsatzes zu einem be-
friedigenden Endurteile gelangen läßt. Man mag das mißbilligen; und doch ist es nur eine ganz natürlich sich bildende Gegenströmung, die selbst auch der Gesetzgeber bei etwa ungerecht wirkenden Rechts-
sätzen erleben kann und oft genug verspürt!

Das Beispiel des § 57 St.G.B., über den ich noch einige Worte sagen wollte, mag das veranschaulichen.

Sieht man, um seinen Sinn festzustellen, zunächst von dem Wortlaute selbst ab, so scheint es mir eigentlich für jeden Kenner einer Kinderseele zweifellos, daß ein Kind sehr wohl den Diebstahl kennen und scheuen, aber völlig darüber im unklaren sein kann, daß es etwas Besonderes wäre, — etwas Sündhafteres, Schänd-
licheres oder Sträfliches, wie man will, — kletterte es zu dessen Ausführung über einen Zaun oder brauchte seinen eignen Schlüssel beim fremden Schranke¹⁾. Man wende dagegen nur nicht die „größere Intensität des verbrecherischen Willens“ ein, die, im letztern Falle nämlich, auch dem Kinde zum Bewußtsein kommen müsse. Denn diese schöne Abstraktion aus dem Begriffe des schweren Diebstahls hat überhaupt höchstens einen erklärenden und belehrenden Wert, da sie sofort Schiffbruch leidet und zergeht, wo z. B. der einfache Diebstahl mit Aufwand großer geistiger oder körperlicher Anstrengung, und der Nachschlüssel Diebstahl auf das bequemste mit einem gefundenen „alten“ Schlüssel²⁾ begangen wurde.

¹⁾ Ich möchte hier an die, freilich für einen andern Zusammenhang geschriebenen Worte Wachs (Reform der Freiheitsstrafe) S. 11 erinnern: „Ich nenne es empörend, wenn ein Knabe von 14 Jahren, der durch Übersteigen über einen Zaun aus einem Stall einige Kohlblätter für sein Kaninchen gestohlen hat, vor die Strafkammer, das Fünfmännerkollegium, in öffentlicher Sitzung gestellt und dort wegen dieses kindischen Streichs des schweren Diebstahls angeklagt und vielleicht [?] zu Gefängnis verurteilt wird.“

²⁾ F. v. Liszt a. O. S. 445 unten; Liszhausen, Kommentar zum St.G.B. Anm. 34, Abs. 3 zu § 243 St.G.B.

Das Kind wird aber um so eher völlig über den Unterschied zwischen beiden Handlungen im unklaren sein, als es selbst dem erwachsenen Diebe (von ehrlichen Leuten zu geschweigen!) selten gegeben sein wird, sich in die bedauerliche⁹⁾ Kasuistik des § 243 St. G. B. hineinzufinden und z. B. zu begreifen, daß er beim Erbrechen eines Behältnisses im Gebäude einen schweren Diebstahl begeht; wenn er es aber draußen in aller Ruhe öffnet, nur einen leichten¹⁰⁾. Ein derartiges Verständnis bei einem Kinde, auch nur eine Empfindung desselben dafür, etwas Schlimmeres als einfachen Diebstahl zu begehen, — um zunächst noch diesen allgemeinen Ausdruck beizubehalten — wird man recht selten antreffen. Und doch verdient dies die größte Beachtung; denn gerade das „Unterscheiden der Geister“, um an dieses apostolische Wort zu erinnern, ist auch eine der vornehmsten Aufgaben in der Strafrechtspflege!

Prüft man nunmehr das Gesetz selbst, so ergibt sich, daß es gegen den jugendlichen Thäter nach § 57 St. G. B. der Feststellung bedarf, daß er „die zur Erkenntnis ihrer [der Handlung] Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ besitze, d. h. (zur Zeit der That) geistig reif genug war, um deren Abnündung durch das Strafgesetz erkennen zu können (nicht: erkannt zu haben)¹¹⁾. Das legt nun das Reichsgericht a. D. (Bd. V, S. 396) folgendermaßen aus: „War der jugendliche Thäter befähigt zu erkennen, seine That sei strafbar, so verhält es sich nunmehr mit der Anwendung des Strafgesetzes auf dieselbe nicht anders, als bei den Handlungen völlig strafwürdiger zurechnungsfähigen Personen; die zutreffende Bestimmung wird angewandt, ohne das bewiesen werden müßte, der Thäter habe die Fähigkeit gehabt, dieselbe zu erkennen, insbesondere darüber klar zu werden, daß nach dem positiven Rechte seine Handlung nicht

⁹⁾ Wach, a. D. S. 2 und im Arch. f. d. jiv. Praxis Bd. 64, S. 204, Anm. 3.

¹⁰⁾ So auch F. v. Liszt a. D. S. 445 und Olshausen a. D. Ob man nicht doch hiergegen, im wahren Sinne des Gesetzes, einer abweichenden Ansicht folgen darf, darüber unten noch einige Worte.

¹¹⁾ Einem geschlechtsunreifen Kinde wird man die Strafbarkeit der Notzucht nie begreiflich machen; ein Vierzehnjähriger versteht vielleicht (wegen des ihm geläufigen Verbotes des Raschens) die Strafbarkeit einer diebstahlichen Handlung nach § 242, aber nicht nach § 243 St. G. B., z. B. Nr. 7; nicht, daß der Mißbrauch eines in einem Hause befindlichen Automaten durch einen Knopf (statt Geldstückes) unter Nr. 3 a. E. dort falle.

ein einfaches, sondern ein qualifiziertes Vergehen mit erhöhter Strafandrohung darstelle.“

Sollte nun aber wirklich, zumal angesichts jener psychologischen Erwägungen, ein Grund und Zwang hierfür vorhanden sein, den jugendlichen Thäter, der entwickelt genug ist, wohl was Stehlen, nicht aber, was schwerer Diebstahl ist, zu verstehen, dem § 243 St. G. B. (mit Gefängnis, statt Verweis als unweigerlichem Ergebnisse: § 57 Nr. 3 und 4) zu überliefern, — also da, wo offensichtlich gerade die Fähigkeit fehlt, die Strafbarkeit nach dem bestimmten Gesetze, also auch in ihrem vollen Umfange, ihrer ganzen Bedeutung nach zu erkennen? Ist das dafür ausreichend, daß das Gesetz diese That zwar als Diebstahl, nur unter erschwerenden Umständen, bezeichnet in dem ganz ähnlichen Falle des § 252 St. G. B. aber als Raub, also als eine andre „Verbrechensart“?¹²⁾ Oder steht im § 57 etwas von Einsicht in die Strafbarkeit der betreffenden Verbrechensart? Löst man ihn ohne vorgefaßte Meinung auf, so bedeutet er doch nichts anderes, als daß der Thäter auf einer geistigen Entwicklungsstufe bereits angelangt sein muß, die ihm ermöglicht, und bei der der Richter, ohne Nachweis des wirklichen vorhandenen Erkennens¹³⁾, annehmen kann, daß er die Strafbarkeit seiner Handlung aus einer bestimmten Gesetzesvorschrift, also aus einem bestimmten Gesetzbuchparagraphen einsähe, wenn er Gelegenheit gehabt hatte oder hätte, diesen kennen zu lernen. Nicht also auch die Einsicht in die Strafbarkeit der nach Lehrkategorien (z. B. „Eigentumsverbrechen“) oder unter den „Abschnitten“ des St. G. B. zusammengefaßten Verbrechens-

¹²⁾ F. v. Liszt a. D. S. 165: „zur Erkenntnis der Strafbarkeit der begangenen Verbrechensart“. Nach, am erstangegebenen Orte S. 11: „Einsicht in die der Gemeinschaft wesentliche Bedeutung der Handlung“, — was beides jedenfalls dem Worte nach nicht im Gesetze, im § 57 steht. — Auf die übrigen Zweifel, die sich an letztern anknüpfen, und seine innere Berechtigung überhaupt möchte ich nicht weiter eingehen. Daß die That des § 252 cit. meist als schwerer Diebstahl aufgefaßt wird (v. Liszt a. D. S. 449; Olshausen a. D. Anm. 1 dazu), ist mir keineswegs entgangen; wenn aber der Gesetzgeber selbst ihn für dem Raube so ähnlich erachtet, daß er ihn unter Abschnitt 20 („Raub und Erpressung“) abhandelt, so wird man gerade hierbei die besondere Einsicht nach § 57 fordern und dann auch in gleicher Weise, mittels Rückschlusses in betreff der übrigen Fälle des „schweren Diebstahls“, also im § 243 St. G. B., solche Forderung bei diesen anerkennen müssen.

¹³⁾ Das wäre natürlich ein Plus und in manchen Fällen, z. B. bei Rückfälligen auch durchaus feststellbar.

arten kommt es an, sondern auf die einzelnen Strafbestimmungen selbst, von denen die „Strafbarkeit“ einzig und allein abhängt, nach denen sie zu bestimmen ist und denen sie lediglich entnommen werden kann, und auf die Fähigkeit des jugendlichen Thäters, diese nach ihren, für jede besondern Voraussetzungen geistig zu erfassen.

Zur Rechtfertigung der hiermit verteidigten Auffassung ist es vielleicht nötig, dem Sinne des § 57 noch etwas näher zu treten.

Es heißt in ihm, der Thäter müsse die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht besitzen; also eine Einsicht, die hinreicht, die Strafbarkeit seiner Handlung zu erkennen; zu erkennen, daß seine Handlung strafbar sei, daß sie mit staatlicher Strafe bedroht sei.

Diese „Erkenntnis“ braucht aber selbstverständlich nicht weiter zu reichen, als die eines Erwachsenen. Sie braucht also, wie bei diesem, nicht etwa auch auf juristisch schwierige Auslegungen, auf die gesetzgeberischen Gründe der Strafandrohung, auf die Strafbemessung und ähnliches sich zu erstrecken, von denen auch der erwachsene Übelthäter nichts zu wissen und zu verstehen pflegt.

Der jugendliche Thäter braucht also nur eine dem Erwachsenen, dem gemeinen Manne gegebene Erkenntnisfähigkeit zu besitzen; er muß, wenigstens angesichts des betreffenden Strafgesetzes, so reif sein, daß er einem derartigen Erwachsenen dabei gleichgestellt werden darf¹⁴⁾.

¹⁴⁾ Unabhängig davon und daneben zu beantworten ist die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 St.G.B., nach dem „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit“ und dem Kennen aller zum gesetzlichen Thatbestande gehörenden „Thatumstände“ (§ 50 dort). Auf wirkliches Kennen und Wissen des einschlägigen Strafgesetzes selbst kommt es auch bei den Erwachsenen nicht an; jene „Erkenntnis“ aber wird bei ihnen ohne weiteres und (aus legislativ-politischen Gründen) unwiderleglich angenommen: man spricht bei ihnen daher auch gar nicht davon! — Den eigentlichen Sinn des Wortes „Erkenntnis“ festzulegen, ist recht schwer; wir will „erkennen“ und „begreifen“ hier gleichbedeutend erscheinen, nur darf man an das Begreifen nicht zu große juristische oder philosophische Anforderungen stellen (s. o.). Der Praktiker wird übrigens, beiläufig bemerkt, wissen, daß die nach § 57 erforderliche Feststellung häufig nur auf Ermittlung des sittlichen Schuldbewußtseins hinausläuft und hinauslaufen kann, da in Kirche und Schule bis jetzt gottlos nur noch die Sitten- und nicht die Rechtslehre vorgetragen wird, dadurch aber eine Prüfung im strengsten Sinne des § 57 nur selten erreichbar und durchführbar ist. — Die Erkenntnis, daß neben Eltern und Schulmeistern bisweilen auch das Gericht Strafe verhängt, genügt dem § 57 vollends nicht; sie scheitert an dessen Worten: „Strafbarkeit seiner Handlung.“

Zu solcher „Erkenntnis“, daß seine Handlung mit staatlicher Strafe bedroht sei, kann er aber nur gelangen, wenn er zu erkennen vermag, daß seine Handlung die Merkmale eines vom Staate mit Strafe bedrohten Thatbestandes an sich trage. (Ähnlich fassen es die „Begründungen“ zu § 57).

Das läßt sich aber, wie bereits bemerkt, nur an der Hand der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ermöglichen, — selbst für den Laien, — da jede ihren festen Bestand an Merkmalen hat: der einfache Diebstahl etwa $(a + b + c)$, der schwere $(a + b + c + d'$ oder d'' usw.). Die vom § 57 erheischte Prüfung hat sich also auf jedes einzelne dieser Merkmale zu erstrecken und darf sich nicht mit der reichsgerichtlichen Erwägung abfinden, die (völlig unbestimmte!) Empfindung der „Strafbarkeit“, z. B. des Diebstahls, genüge beim jugendlichen Thäter; festzustellen, welcher strafbaren Handlung er schuldig und welcher Strafe er verfallen sei, sei dann lediglich die Aufgabe des Gerichts ohne weitere Rücksicht in die Erkenntnisfähigkeit des Thäters in Bezug auf alle diese Momente.

Ist dieser also nicht reif genug für die Erkenntnis zu halten, daß gewisse rechtliche Merkmale eines bestimmten Strafgesetzes in seiner Handlung sich verwirklichen, so müssen diese, in völliger Parallele zu § 59 (s. die vorige Anmerkung), als für das richterliche Urteil nicht mitbestimmend wegfallen; der Thäter ist insoweit, nach § 56, freizusprechen.

Darf er nach diesem allen nun einen Unterschied machen, ob ein bestimmter Gesetzesparagraph oder seine Unterabteilungen, z. B. § 243, eine Gruppe solcher Merkmale, — nach Obigem $(a + b + c)$, — durch bloße Verweisung auf § 242 anführt oder lauter selbständige Merkmale seiner Strafandrohung zu Grunde legt, etwa wie § 317 im Verhältnisse zu § 303 oder § 176 Nr. 1 zu § 223 a. D.? Soll es wirklich unberücksichtigt bleiben, daß dem betreffenden jugendlichen Verbrecher die Reife des Verständnisses für die besondern Merkmale der erstgenannten Strafthaten noch abgehe; daß er zwar das Wesen der Sachbeschädigung und Mißhandlung erfaßt hat, aber das einer öffentlichen Telegraphenanstalt oder, im zweiten Falle, das geschlechtliche Moment nicht begreifen kann?

Ich glaube daher, daß selbst Wortlaut und Sinn des § 57 solcher psychologisch m. E. zutreffendern Behandlung der jugendlichen Verbrecher nicht nur keinen Riegel vorschieben, sondern sie sogar fordern. Schicke daher, wer den Mut hat, einer forma-

listischen Theorie zuliebe, die dem Rechtsgeföhle schnurstracks zuwiderläuft, auch fernerhin den unmündigen Verbrecher ins Gefängnis. Oder sollte man im Gegensatz dazu für alle Zeiten aus jenen rein äußerlichen Gründen an die andre Auffassung des III. Senats im Reichsgerichte sich gebunden fühlen müssen? Muß es auch hier heißen: „Roma locuta est“? —

Doch ich kehre zum Ausgangspunkte dieses Teils der Erörterung wieder zurück, um zu zeigen, wie sich trotzdem die Praxis einigermaßen mit solchen Schwierigkeiten abzufinden weiß. Es schwebt mir, als Beispiel dafür, ein Fall vor, wo ein fünfzehnjähriges Burschchen auf den Boden des Wohnhauses seiner Eltern mit einem Bunde Schlüssel geschickt ist, um etwas aus deren Bodenkammer zu holen. Es bleibt dann in kindlicher Spielerei länger dort, erspäht in einer benachbarten, fremden Lattenkammer eine Kiste mit Sachen, öffnet die Thür mit einem seiner Schlüssel und eignet sich nun nach Herzenslust von den bunten Säckelchen an, die es dort in der Kiste findet. Der Knabe war sich ganz zweifellos eines Unrechts beim Gebrauche des falschen Schlüssels nicht bewußt und hätte die Strafbarkeit seines Handelns aus § 243 Nr. 3 gewiß nicht begriffen; wohl aber besaß er die Einsicht in die Strafbarkeit des Diebstahls an sich. Wollte ihn das Gericht nicht aus § 243 St. G. B., weil er dieses Strafgesetz offenbar nicht fähig war zu verstehen, verurteilen und ihn in eigenem Interesse und dem seiner Familie vor dem Gefängnisse retten, so mußte angenommen werden, daß er zunächst ohne Diebstahlsabsicht, aus Neugierde, in das fremde Gefaß eingedrungen sei und dann erst den (einfachen) Diebstahl auszuführen sich entschlossen habe. Hier konnte man dann in der That mit der Verhängung eines Verweises auskommen und traf damit sachlich ganz gewiß das Richtige! In Wahrheit bedeutete das aber nichts andres, als daß man die in § 57 geforderte Einsicht für § 243 verneinte.

Das sind die Umwege der Praxis, um dem Zwang der Präjudizien zu entgehen und dem Leben gerecht zu werden; ich will, wie ich wiederhole, keineswegs behaupten, daß sie sich immer schön oder auch nur bequem wandeln ließen. Aber ich glaube auch, daß sie trotzdem stets wieder eingeschlagen werden, solange eine Reichsgerichtsentscheidung die Strafkammern abschreckt, eine von dieser abweichende rechtliche Auffassung ihren Urteilen zu Grunde zu legen. Denn an die Abhilfe, daß der höchste Gerichtshof auch, ab-

gesehen von dem Falle des § 137 im Gerichtsverfassungsgesetze, bei anderweit gegebener Gelegenheit, z. B. in Folge eines litterarischen Angriffs, zu einer Nachprüfung der von ihm bislang verfolgten Rechtsgrundsätze in pleno zusammenträte, wird man nicht denken dürfen. —

Anhangsweise möchte ich noch des Falles gedenken, der den Anstoß zur Abfassung dieser Zeilen gegeben hat; er verdient es um so mehr, besprochen zu werden, als ein wesentliches Verkehrsinteresse bei Billigung und Beibehaltung der Auffassung des Reichsgerichts verletzt oder doch stark gefährdet wird.

Es handelt sich um ein Urteil in Band V der Strafsentscheidungen, wonach dieser Gerichtshof, als ein Pfarrer Wertpapiere aus dem in seiner Dienstwohnung aufgestellten Kirchentasten, zu dem er nur den dritten Schlüssel führte, nach Eröffnung dieses Behältnisses mittels zweier falscher Schlüssel entwandt hatte, Unterschlagung und nicht Diebstahl annahm¹⁵⁾. Der Pfarrer habe nämlich mit der ausschließlichen, Dritte ausschließenden Verfügungsgewalt über den Kasten auch den Gewahrsam über dessen Inhalt gehabt; deshalb sei nur aus § 246 St. G. B. zu strafen. Dieser Beurteilung ist dann das Reichsgericht in einer im Januar dieses Jahres ergangenen Entscheidung gefolgt, wodurch es ein Strafkammerurteil auf Diebstahl mittels Einbruchs aufhob. Ein Krankentassenrendant hatte nämlich aus dem sogenannten Tresor des in seinen eignen Wohnräumen stehenden Kassenschranks, zu dem er den Schlüssel führte, während er zum Tresor keinen solchen besaß, mittels Erbrechens des Tresors die Wertpapiere der Kasse sich rechtswidrig angeeignet. Auch hier sollte nur eine Unterschlagung stattgefunden haben.

Daß diese Reichsgerichtsurteile dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zuwiderlaufen, wird in mehrfacher Richtung erkennbar. Zunächst an einem ähnlichen Falle. Man erinnere sich nämlich, daß neuerdings der Bankierstand in den sogenannten „Stahlkammern“ auch eine rechtliche verstärkte Sicherheit seinen Hinterlegungen beschaffen will, da diese die einzelnen Schubfächer unter alleinigem Verschlusse haben, während das Gemach selbst, eben die

¹⁵⁾ Vom Standpunkte dieser Entscheidung kann man meiner früher in dieser Zeitschrift (S. 64 a. D.) verteidigten Ansicht, daß die Erlangung eines fremden Sparbuchs mittels Einbruchs in der spätern und eigentlichen Straftat, der Unterschlagung am gehobenen Gelde aufgehen könne, jedenfalls keinen Vorwurf machen!

Stahlkammer im Gewahrsam des Bankiers steht und bleibt. Denn abgesehen von der größern Feuerficherheit ist es doch offensichtlich der Zweck dieser Einrichtung, daß der verwahrende Bankier die fremden Wertpapiere nicht allein diebes- und feuerficher unter eignen Verschuß nehmen will, sondern daß ihm selbst auch der Zugang zu den Depots durch § 243 Nr. 2 St. G. B. versperret wird. Vermag das im Hinblick auf jene Reichsgerichtsentscheidungen die Stahlkammer nicht zu leisten, in. a. W. beginge der Bankier an den vor ihm verschlossenen Papieren, wie bislang an den offenen, auch nur gegebenenfalls eine Unterschlagung, so wäre mit solcher Veranstaltung, entgegen der allgemein verbreiteten Auffassung und Absicht, nichts erreicht. Denn daß der ungetreue Verwahrer, rein thatächlich betrachtet, an deren Depots ebenso leicht, mittels bequemer zu beschaffenden Nachschlüssels, gelangen kann, wie an die frühern, bedarf kaum der Hervorhebung.

Aber auch in den obenerwähnten Fällen selbst verstößt die Annahme bloßer Unterschlagung ganz gewiß gegen das Rechtsgefühl; man wird kaum begreifen können, wie ein solcher Frevel milder angesehen werden darf, als der Einbruchsdiebstahl eines beliebigen Fremden. Die Beurteilung sollte vielmehr gerade umgekehrt sein! — Und dann vergegenwärtige man sich, daß die Spar-, die Krankenkassen und ähnliche öffentlichen Anstalten ja gerade, wie bei den Stahlkammern die Bankiers, mit Absicht und im vollen Einverständnisse aller Beteiligten auch da, wo sie ihre Kassenschränke in einem Raume aufstellen, in dessen Besitze der Kassensführer ist¹⁶⁾, diesen von der Verfügung über den „Tresor“ auf das bestimmteste und gemessenste ausschließen und aussperren, so daß er thatächlich nicht anders (auf rechtswidrigem Wege), als mit Anwendung von Gewalt oder Nachschlüsseln sie sich verschaffen kann¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Das wird allerdings nur die Ausnahme sein; aber bei neuentstehenden Kassen, die möglichst billig verwalten wollen, oder die die Kassensführung überhaupt nur im Nebenamte vergeben können, doch nicht so ganz selten vorkommen.

¹⁷⁾ Öffneten sämtliche Schlüsselpächter, soweit sie nicht selbst etwa „Repräsentanten“ der Vermögensmasse („juristischen Person“) sind, das Verhältniß, um sich die darin befindlichen Wertpapiere rechtswidrig anzueignen, so begingen sie einen (gemeinschaftlichen) Diebstahl, weil ebenjowenig wie dem schlüsselführenden Pförtner der Besitz des Hauses, so keinem von ihnen und auch nicht allen der Inhalt zu Gewahrsam übergeben ist. Er ist ihnen nur ebenso zugänglich, wie jedem Beliebigen ein Schrank, zu dem er den Schlüssel in Händen hat; und dasselbe gilt, wenn zufällig alle Verschlüsse am

Mag er daneben wirklich in der Lage sein, durch Abschließen seiner Wohnung z. B., über den Schrank selbst „mit Ausschluß Dritter“ zu verfügen, — worauf das Reichsgericht in dem Urteile Band V seiner Strafsentcheidungen alles Gewicht legt, — so bleibt es doch m. E. ein Trugschluß, nun auch ohne weiteres einen Gewahrfsam an dem Inhalte des Schranke anzunehmen, da der pflichtvergessene Beamte zwar andre davon auszusperrern vermag, selber aber nur durch Gewalt usw. sich die eigne Verfügung darüber verschaffen kann. M. a. W.: der Ausschluß Dritter genügt dann nicht, wo trotzdem die eigne Verfügungsmacht fehlt; und das thut sie in diesem Falle in deutlichster Weise¹⁸⁾.

Für den Rassenführer liegt die Sache nicht wesentlich anders, als wie für einen Hauseigentümer, der, obwohl er ja zweifellos alle Gelasse seines Hauses besitzt, ein Dieb wird, wenn er das verschlossene Gemach seines Mieters erbricht und dessen Sachen entwendet. Und eben dieses Beispiel leitet auch daraufhin, zu er-

„Tresor“ Eis auf den des Rassenführers selbst geöffnet wären: die ihm dann nur gegebene Möglichkeit, an den Inhalt zu gelangen, ist noch nicht der (bis dahin vorenthaltene) Gewahrfsam selbst. Dieser wird auch dann nur durch Rechtsbruch, also rechtswidrig erlangt. — Hierzu bemerke ich schließlich noch, daß ich an dieser Stelle selbstredend nicht in eine streng zivilistische Prüfung der Besitz-Rechtsverhältnisse eintreten kann und will. Glücklicherweise ist deren Lehre ja auch durch Thering und Baehr wieder auf eine so vernünftige Grundlage gestellt, daß man bei einiger juristischen Schulung seiner praktischen Anschauung bei Beurteilung einschlagender Punkte vertrauen darf. Besonders Baehrs Abhandlung (Jahrbücher f. Dogmatik, 26. Band S. 224 ff.) hat den großen Vorzug, eine Reihe im Rechtsverkehr ebenso wichtiger, wie schwieriger Fragen dieser Art juristisch beleuchtet und beantwortet zu haben.

¹⁸⁾ Sehr richtig fordert F. v. Liszt a. O. S. 439 Verbindung von Verfügungsgewalt und Absicht, Dritte auszuschließen; Windscheid (Pandekten § 153) die „Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken“. Diese fehlt hier denn doch aber allzu offensichtlich! Wer einen Gegenstand ins tiefe Meer wirft, schließt andre, aber ganz gewiß auch sich davon aus. Will man einen quellenmäßigen Beleg, der wenigstens einen ähnlichen Fall betrifft, so weise ich auf fr. 44 pr. de acquir. possess. und fr. 3, § 3 eodem hin. An ersterer Stelle sagt Papinian, wo jemand eine Geldsumme in dem von einem andern besessenen Grundstücke vergraben hatte, von dem Besitzer dieses Grundstücks: „quum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset;“ und Paulus fügt den auch für den „Tresor“ vortrefflich passenden Grund in jenem fr. 3 hinzu: „quia non sit sub custodia nostra.“ Über diese Stelle hat sich v. Savigny, Besitz (V. Aufl.) S. 218 ff. ausführlich ausgesprochen.

kennen, wie der Unterschied zwischen dem Falle mit dem Kassenschranke und zwischen der vom Reichsgerichte und auch sonst ihm ganz gleichbehandelten Straftat zu machen sei, — nämlich wenn jemand eine in seinem Gewahrsam befindliche fremde Kassette oder Mappe mit Wertpapieren aufbricht und deren Inhalt sich rechtswidrig zueignet. Hier läßt sich, im klaren und augenfälligen Gegensatz zu dem erstern Straffall, in der That nach Umfang und Beschaffenheit der Hülle die Verfügung über diese und über ihren Inhalt vernünftigerweise und für die natürliche, unbefangene Auffassung nicht wohl trennen. Der Bewahrer kann jene mitsamt dem Inhalte beliebig verbergen, mit ihr fliehen (s. das Reichsgericht a. O.) usw. Bei einem Behältnisse, einer Hülle aber, die mit Fleiß fast unbeweglich¹⁹⁾ und diebstahlsicher durch Gewicht, Verschuß und Panzerung gemacht ist, die sich einem unbeweglichen Gegenstande so nähert, wie der moderne Geldschrank einem wirklichen Wohnungsgelasse, liegt die Sache völlig anders. Der Begriff des Gewahrsams an ihrem Inhalte, wo dieser gerade mit allen Mitteln der Technik und durch geistliche Auseinanderteilung der Schlüssel dem einzelnen Schlüsselbewahrer vor-enthalten ist, verflüchtigt sich ganz gewiß zum „wesenlosen Scheine“ und hat nur Wert für die gezwungene „Konstruktion“, der sich der Straffall nach dem Willen des Reichsgerichts anpassen muß. Einen solchen Unterschied aber schlankeweg abzuleugnen, weil die Grenze nicht allgemein zu bestimmen ist, sondern im Einzelfall unter sorgfältiger Würdigung aller Thatumstände gesucht werden muß, auch nicht ganz leicht zu finden sein wird, wäre völlig verkehrt. Derartige unbestimmte Übergänge kommen tausendfach im Rechtsleben vor und schrecken den erfahrenen Praktiker sehr wenig; er braucht sich bei ihrer Beurteilung nur dem allgemeinen Rechtsgeföhle anzuschließen! Und gerade dieses sollte man bei der Unterscheidung von einfachem und schwerem Diebstahl, beziehungsweise Unterschlagung ganz besonders berücksichtigen.

Wie wenig das Gesetz selbst aber in Wirklichkeit daran denkt, dem Kassenschranke unter obigen Umständen einen Gewahrsam wie am Schranke, so auch an dessen Inhalte zuzusprechen, ergibt sich in

¹⁹⁾ Auch Baehr a. O. (3. Bd. S. 291) betont verschiedentlich die Übergangsstufe zwischen Besitz an Mobilien und Immobilien, ohne freilich auf den hier besprochenen Fall einzugehen, dessen Auffassung in dem von mir verteidigten Sinne er übrigens (nach persönlicher Erklärung) teilt.

überraschender Weise dann, wenn man sich erinnert, daß der Schrank selbst jenem Kassierer ja auch im Sinne des § 246 St. G. B. „anvertraut“ sein könnte. Dann wollte es ein folgerichtiges Weiterdenken, daß man — auch die verschlossenen Wertpapiere, von denen die Kasse ihn mit allen erdenklichen Mitteln absperrrt, als ihm „anvertraut“ anzusehen hätte!! Wer jene in Wahrheit so sehr unterschiedlichen Fälle der gleichen juristischen Behandlung unterwirft, verfällt eben auch hier wieder dem gefährlichen Irrtum²⁰⁾ des Generalisierens und Schablonisierens, so will es mir scheinen. —

Ich wage es sogar, wie oben bereits angedeutet, von diesem Gesichtspunkte aus, an die Nr. 2 in § 243 St. G. B. (Diebstahl „aus einem Gebäude — mittels Erbrechens von Behältnissen“) mit einer andern Auslegung, als sie landläufig ist, heranzutreten. Die scharfe Strafandrohung hat nur da Sinn und gute Berechtigung, wo der Dieb in dem Gebäude selbst das „Behältnis“ seiner Beschaffenheit nach erst noch erbrechen mußte, also den besondern sachlichen und rechtlichen Schutz seines Inhalts erst noch zu zerstören hatte, ehe er zu seinem Ziele gelangt; aber nicht die mindeste für den Fall, wo er, wie oben bei der Kassette oder Mappe, mit der Hülle zugleich den Inhalt ergriff und diesen aus ihr ebenso gut außerhalb wie innerhalb des Hauses herauschälen konnte. Hier liegt der doppelte Schutz des Gebäudes an sich und des Verschlusses an dem darin befindlichen Behältnisse eben nicht vor.

Das mag hier genügen; meine Auffassung erklärt sich nach dem früher Gesagten wohl von selbst.

Aber auch hier steht die Sache ebenso, wie sie als Folge der Reichsgerichtsentscheidungen oben geschildert ist; selbst wenn meine Auslegung des § 243 Nr. 2 St. G. B. in jenen beiden Richtungen zutreffend wäre, fehlt jede Aussicht auf Änderung der Praxis, und das Rechtsleben wird sich eben wohl oder übel damit abfinden müssen!

²⁰⁾ Vergleiche mein Citat in Bd. XIV, S. 41 dieser Zeitschrift.