

## 29.

**Gedanken über den Rechtsirrtum im Strafrecht.**

Von M. Liepmann-Kiel.

(Schluß).

Als Fälle grober Fahrlässigkeit sind ferner zu verstehen die Tatbestände der l. 7 D. 48, 3: Wer einen Menschen dadurch getötet hat, daß er sich von oben auf ihn herabgeworfen hat, oder der Baumschärer, der dies durch Baumstämme getan hat, die er heruntergeworfen hat, ohne vorher „Nchtung!“ zu rufen, sollen nicht den Strafen der l. Cornelia unterworfen werden: sie haben zwar culpa lata gehandelt, aber für diese lex<sup>108)</sup> wird die culpa dem dolus nicht gleichgestellt. Binding ruft aus: „der Kriminalist dürfte noch gefunden werden, der hierbei an fahrlässige Tötung denken könnte“ (S. 755). Ich glaube im Gegensatz dazu: es wird wenig Kriminalisten geben, die hier nicht fahrlässige Tötung annehmen, und halte seine eigene Auffassung, daß hier absichtliches Handeln „aus Gleichgültigkeit oder Übermut“<sup>109)</sup> vorliegen soll, für eine theoretische Künstelei, die Juristen von solcher praktischen Treffsicherheit wie den Römern nicht zuzutrauen ist. Daß jemand absichtlich einem anderen auf den Kopf springt, wie Binding annimmt, ist eine sehr unwahrscheinliche „Küpelei“. Wir haben keinen Grund, gerade die nächstliegende Deutung abzulehnen, daß der Springende<sup>109)</sup> — um etwa seine Fähigkeit im Hochspringen zu zeigen — herunterspringt und dabei — ohne seinen Willen — einen Vorübergehenden erschlägt. Und die Gleichstellung mit dem Fall des putator nötigt uns zur Annahme einer Fahrlässigkeit. Denn hier wird ja gerade dem putator zum Vorwurf gemacht, daß er vor dem Herabwerfen des Baumstammes nicht „Nchtung!“ gerufen hat (praeclamare): er hat es also unterlassen, die Vorübergehenden vorher zu warnen<sup>110)</sup>,

<sup>108)</sup> Ob die Stelle bedeutet auch für diese lex oder nur in dieser lex (Bestätigung der Regel oder Annahme einer Ausnahme), war in der Literatur bestritten, ist aber für unsere Entscheidung gleichgültig.

<sup>109)</sup> Dagegen liegt kein Grund vor, hier mit Burkhardt, S. 135 an einen Selbstmörder zu denken: das wäre in der Tat ein „sehr unvorsichtiger und unpraktischer Selbstmord“, Binding, S. 752.

<sup>110)</sup> Den gleichen Fall behandelt hier die lex Aquilia D. 9, 2, fr. 31: auch hier wird die Verpflichtung des Warnungsrufes, „ut casus ejus evitari

und darin wird eine culpa lata erblickt. Einen typischeren Fall von Fahrlässigkeit kann man sich überhaupt nicht denken<sup>111)</sup>. Auch kann Binding seinen entgegengesetzten Standpunkt gar nicht aufrechterhalten. Er muß zugeben, daß hier dolus malus nicht etwa wegen eines vorhandenen anständigen Motivs verneint wird, erkennt auch an, daß die Handlung nicht „animo occidendi“ verübt sein kann (denn sonst würden ja die Strafen der l. Cornelia zur Anwendung kommen). Was bleibt also übrig? Binding meint: dolus eventualis im heutigen Sinne. Die Quellen bieten aber nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß die Römer unter dolus etwas anderes als direkten Vorfaß verstanden haben. Oder meint er: man könne den Fall auch als vorsätzliche injuria in Verbindung mit fahrlässiger Tötung — Körperverletzung mit tödlichem Ausgang würden wir sagen — konstruieren? Auch zu dieser Annahme bietet die Stelle gar keinen Anhaltspunkt<sup>112)</sup>. Aber selbst wenn man Binding hierin folgen könnte, so wäre damit seine Grundthese von der culpa lata bereits aufgegeben. Denn wir hätten es dann mit einem Fall zu tun, bei dem weder von einer Privilegierung des Motivs noch überhaupt von Vorfaß in Beziehung auf den verursachten Erfolg geredet werden kann!

Schließlich zieht Binding auch in den Bereich seiner Argumentationen die Fälle, in denen von einem Handeln aus lascivia oder luxuria geredet wird. Jemand verschleucht mit roten Tüchern das Vieh, so daß es in die Hände von Dieben fällt: wenn dieses Scheuchen nicht furti faciendi geschieht, so soll ein lusus tam perniciosus doch nicht straflos bleiben, daher wird eine actio in factum gegeben (D. 47, 2, l. 50 § 4). Binding nimmt hier „wenigstens dolus eventualis“ in bezug auf den verletzenden Erfolg an! In Wahrheit aber könnte man höchstens von fahrlässiger Beihilfe zum Diebstahl, richtiger wohl von einem groben Unfug reden<sup>113)</sup>. Ebenso wenig beweist der Fall des Marius in D. 48, 8, l. 4 § 1 (vgl. dazu Mos. et Rom. Leg. Coll. c. 11, § 2 und 3): bei einem Gastmahl wird der Claudius auf einem Mantel gewippt und durch Schuld des Marius

possit“, aufgestellt. Nur für den Fall eines Privatgrundstücks, auf dem sich überhaupt kein Weg befindet, tritt eine Haftung lediglich wegen dolus ein: „nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit“.

<sup>111)</sup> Ebenso Pernice, I. Aufl., II, 388; Burchardt, S. 135, und Mommsen, S. 340. Ebenso Carpozov, Practica nova Qu. 27, n. 19.

<sup>112)</sup> Binding sagt selbst, diese Auffassung sei den Römern „nicht verständlich geworden“. S. 756.

<sup>113)</sup> Ebenso D. 9, 2, l. 27 § 21 und J. 4, 1 § 11.

so schlecht wieder aufgefangen, daß er 5 Tage danach stirbt. Marius ist vom Prokonsul mit 5-jähriger Verbannung bestraft worden — inimicitia habe nicht vorgelegen, wohl aber cupiditatis culpa; Ulpian sagt: er habe per lasciviam den Tod verursacht —. Der Kaiser Hadrian bestätigt die Strafe: sie sei der Verschuldung angemessen; denn auch bei schweren Delikten kommt es darauf an, ob consulto oder casu gehandelt sei<sup>114)</sup>. — Aus der Stelle ist nichts anderes zu entnehmen, als daß der Kaiser bei lascivia den dolus verneint, indem er sie zum casus rechnet<sup>115)</sup>. Sie zeigt aufs deutlichste, daß den Römern eine technische Fahrlässigkeitschuld oder ein theoretisch ausgebildeter Begriff von dolus im erweiterten Sinne oder culpa lata gefehlt hat. Binding aber, dem Pernice mit Recht hier „Staatsanwaltsphantasie“ vormirft (1. Aufl., II, S. 381, Note 17), nimmt an, daß Marius vorsätzlich, wenngleich ohne Tötungsabsicht, den Claudius auf den Boden niederfallen ließ — und läßt dem Leser die Wahl zwischen der Annahme eines dolus eventualis, eines dolus generalis oder einer Konkurrenz zwischen injuria (vollendeter Körperverletzung) mit fulpöser Tötung (S. 762/63). Ich halte nur die letzte Möglichkeit nach dem Tatbestand für diskutabel. Sicher aber scheint mir, daß eine theoretische Untersuchung über Art und Schuldgrad von den Römern nicht angestellt ist — ihnen genügte die Rechtfertigung der Strafe aus Gründen der Generalprävention: „ut ceteri ejusdem aetatis juvenes emendarentur“<sup>116)</sup>. Die gleiche theoretisch unbefümmerte, nur auf das Praktische gerichtete Auffassung lehrt die Stelle D. 48, 19, l. 38 § 5: wer Liebes- oder Abtreibungsstränke gibt, soll bestraft werden, auch wenn dies ohne dolus (gemeint Tötungsdolus) geschehen ist, „quia mali exempli res est“ — wenn dadurch der Tod eines Menschen verursacht wird, soll Todesstrafe eintreten. Dafür, daß die Stelle in dem letzten Fall eine culpa dolo proxima voraussetze (Binding, S. 765, Anm. 34), liegt kaum ein Beweisgrund vor, ganz gewiß aber nicht dafür, daß hier mindestens

<sup>114)</sup> Denselben Grundsatz stellt auf D. 48, 19, l. 5 § 2.

<sup>115)</sup> Daß die Römer im Strafrecht keinen ausgebildeten Begriff der Fahrlässigkeit hatten, geht auch aus anderen Stellen hervor, in denen sie dem dolus den casus entgegensetzen: vgl. z. B. D. 47, 9, l. 9 (Brandstiftung sciens prudensque oder casu id est negligentia), D. 48, 8, l. 1 § 3 (homicidium in rixa casu magis quam voluntate); D. 48, 19, l. 11 § 2 (Unterscheidung von proposito, impotu [aus Betrunketheit], casu (Tötung eines Menschen aus Fahrlässigkeit bei der Jagd)).

<sup>116)</sup> Vgl. zu der Stelle Pernice, *Laeser*, 1. Aufl., II, 381 ff.; *Burdhardt*, S. 144 ff., und *Böckler*, *Schuldformen* I, 104 ff.

Gefährdungsvorfaß und wahrscheinlich große Gleichgültigkeit gegen das Leben des Trinkenden bei dem Handelnden anzunehmen sei<sup>117)</sup>. Ebenso wenig beweisen die von Binding herangezogenen Stellen über die *luxuria*. „Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima“ (D. 47, 9 l. 11; Marcianus). Binding nimmt hier den unmöglichen Fall an, daß jemand dem Nachbarn, „ohne gerade die Einäscherung seines Hauses zu beabsichtigen, die Fackel aufs Dach schleudert“ (!) — er nennt das „Übermut der Lüppigkeit“. Nach dem Beispiel und seiner Charakterisierung müßte man schließen: also liegt Fahrlässigkeit vor. Binding aber fährt unvermittelt fort, daß hier der rechtswidrige Erfolg „vorzüglich direkt herbeigeführt wurde“. Ich habe mich immer wieder abgequält, diesen Schluß zu verstehen; es ist mir nicht gelungen. Dagegen scheint mir die Annahme des Marcian, daß eine schwer fahrlässige Brandstiftung — Ulpian nennt sie in den *libr. X de officio proconsulis* (Binding, S. 768) *lata et incauta negligentia* — dem *dolus* nahe verwandt und daher zu strafen sei, richtig, verständlich und klar zu sein.

Ich komme zum Schluß zu der viel diskutierten *lex quod Nerva* (D. 16, 3, l. 32), an die die Entwicklung der Lehre bei den Postglossatoren anknüpft: „Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi (Celsus) verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.“ Binding interpretiert hier so: die Abweichung von der Sorgfalt in eigenen Sachen könne sich nur erklären aus dem Bewußtsein der definierten Sache als einer fremden Sache, daher werde die Sache hier aufgegeben „absichtlich und mit Bewußtsein, weil sie eine fremde sei“, der Depositar verlege mit Bewußtsein — bewußt rechtswidrig — seine Vertragspflicht (S. 742/43). Daß die Stelle diesen Sinn nicht haben kann, geht einfach daraus hervor, daß dann überhaupt gar kein Streit darüber entstehen konnte, ob dolose Verletzung vorliegt. Vielmehr kann hier nur aus den Umständen auf den „Verdacht einer rechtswidrigen Absicht“ geschlossen werden<sup>118)</sup>. Die bloße

<sup>117)</sup> Binding schließt dies daraus, daß „den sehr tränkeltundigen Römern sicher bekannt“ war, „daß Liebes- und Abtreibungsgetränke gesundheitsgefährlich waren“ (Binding, S. 765, Anm. 34)!

<sup>118)</sup> Puchta, *Pandekten*, 10. Aufl., § 266.

Nachlässigkeit macht den Depositar nicht haftbar — wenn aber ein nachlässiger Mann noch nachlässiger sich in concreto benimmt, als in eigenen Sachen, so „ist er nicht frei von arger Gefinnung, da niemand ohne Verletzung des guten Glaubens und der Treue den Grad von Fleiß, welchen er eigenen Angelegenheiten widmet, fremden verweigern kann“<sup>119)</sup>. Jemand, der sonst vergeßlich ist, aber, wenn es sich um wertvolle Dinge handelt, aufzupassen pflegt, läßt eine ihm anvertraute kostbare Uhr am offenen, vom Marktplatz aus erreichbaren Fenster liegen, wo sie weggenommen wird<sup>120)</sup>. Hier kann aus den Indizien geschlossen werden, daß der Depositar absichtlich gehandelt hat. Aber auch wenn er bloß grob fahrlässig war, so liegt in der Vernachlässigung doch eine so grobe Verletzung von Treu und Glauben, daß die Haftung gerechtfertigt erscheint<sup>121)</sup>. Das Beispiel zeigt wiederum nur, daß den Römern maßgebend erschien nicht die theoretische Abgrenzung von Schuldarten, sondern lediglich das praktische Moment, ob das Verhalten eine Haftbarkeit zu verdienen schien. — So kann — bei allem Respekt vor dem Scharfsinn, mit dem Binding seine These aufs neue zu verteidigen sucht — seine Beweisführung nicht als zwingend oder auch nur einleuchtend anerkannt werden<sup>122)</sup>.

Zusammenfassend läßt sich hiernach die culpa lata der Römer nicht als eine theoretisch abgegrenzte Schuldform, sondern nur als eine Erscheinungsform der Schuld bezeichnen, die dem dolus in seinen Wirkungen (Haftung im Verkehrsrecht; Strafwürdigkeit im Strafrecht) praktisch gleichgestellt wurde. Als Gründe für diese Gleichstellung müssen unterschieden werden einmal die Fälle, in denen nur eine grobe Schuld nachzuweisen war, der Verdacht aber berechtigt erschien, daß in Wahrheit vermutlich doch dolus vorlag („dolus praesumptus“). Die Gleichstellung verfolgt hier den praktischen Zweck, „nicht zu viele in Wirklichkeit doloſe Rechtsverletzungen durchschlüpfen zu lassen“<sup>123)</sup>. Neben diesen „beweischwierigen“ kommen zweitens in Betracht die

<sup>119)</sup> So überſetzt Haſſe, Culpa, S. 259.

<sup>120)</sup> Das Beispiel iſt von Haſſe, a. a. O. 269 Anm.

<sup>121)</sup> Genau ebenſo D. 44, 7, l. 1, § 5 und D. 24, 3, l. 24, § 5.

<sup>122)</sup> Auf die Frage der Interpolationen, die Binding dieſesmal ſehr genau für die Entſcheidung heranzieht, bin ich nicht eingegangen. Ich traue mir auf dem ſchwierigen Gebiet kein Urteil zu, finde auch nicht, daß durch Bindings Stellungnahme für oder wider eine Interpolation der Beweiswert ſeiner Argumente irgendwie geſteigert iſt.

<sup>123)</sup> Friedrich Mommiſen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht I (1859), S. 206.

„begriffsschwierigen Fälle“<sup>124)</sup>. Das sind Tatbestände, die sich dem überkommenen zu engen Vorsatzbegriff nicht unterordnen lassen und andererseits den *dolus indirectus* und die bewußte Fahrlässigkeit umfassen, aber einen so hohen Grad von „Gleichgültigkeit gegen fremdes Recht und Interesse“ offenbaren, daß man keine Veranlassung hatte, um dieser Fälle willen eine schonendere Behandlung eintreten zu lassen“<sup>125)</sup>. —

Diese theoretische Zweideutigkeit der römischen Tradition wird durch die italienische Doktrin in den Unterscheidungen zwischen *dolus verus* und *dolus praesumptus* weitergepflegt. Die *praesumptio doli*, für die die Quellen freilich nicht zu verkennende Anhaltspunkte boten<sup>126)</sup>, nimmt ihren unheilvollen Einzug in das Strafrecht. Sie ist ein bedeutsamer Beleg für die eminente praktische Gefährlichkeit unklaren theoretischen Denkens. Ihre mehrhundertjährige Herrschaft ist nämlich in letzter Linie begründet in zwei theoretischen Irrlehren. Einmal in der Voraussetzung, daß nur die Willensschuld ein Recht zur strafrechtlichen Zurechnung gebe. Und zweitens in der erkenntnistheoretischen Hybris, daß von Menschen die absolute Wahrheit zu finden, speziell: daß die Schuld im Strafprozeß absolut sicher zu beweisen sei. Aus dem ersten Irrtum ergab sich die Unfähigkeit, der kriminellen culpa gerecht zu werden, und ein damit zusammenhängendes schlechtes Gewissen in bezug auf ihre kriminelle Verfolgbarkeit. Zwar wird an der Strafbarkeit kulpöser Delikte in der italienischen Doktrin nicht mehr gezweifelt, zumal die italienischen Statuten strafbare Tatbestände ohne Hervorhebung von *dolus* oder *culpa* schlechtthin aufstellen (Engelmann, S. 224/25). Auch hier aber besteht Streit über Grad und Art der Strafbarkeit, ob jede oder nur die culpa lata Kriminalstrafe fordere, und sehr bald gelangt die aus der l. *Cornelia de sicariis* gewonnene Regel zur allgemeinen Geltung, daß die Strafe der culpa, auch der culpa lata stets nur eine poena extraordinaria sein dürfe (Engelmann, S. 230, 235). Im gemeinen Recht wird diese

<sup>124)</sup> So Engelmann, Schulblehre der Postglossatoren, S. 184, 49 ff.

<sup>125)</sup> So Fr. Mommsen, a. a. O. 197.

<sup>126)</sup> Vgl. z. B. D. 48, 8, l. 1, § 3; 26, 7, l. 7 pr., vielleicht auch die oben behandelte l. quod Nerva. Angesichts dieser Stellen kann man die Präsumptions-theorie in der Tat aus den Quellen herauslesen; dagegen Wening, über die Vermutung des bösen Vorsatzes nach römischem Recht, Neues Archiv d. Kriminalrechts, II (1838), S. 194 ff. Ebenso Binding: die praesumptio doli sei den Römern „grundsätzlich fremd“, er muß aber selbst zugeben, daß sie sehr „rasch mit der Annahme eines dolus zur Hand gewesen seien“, S. 746, Anm. 76.



Auffassung unter der Herrschaft der Carolina festgehalten, die zwar die Strafbarkeit fahrlässiger Delikte in einzelnen Fällen anerkennt. Aber dies geschieht nur ganz gelegentlich (Art. 134: wenn ein Arzt „aus unfließ oder unkunst“ und doch „unfürsächlich jemandt mit seiner Arzenei tödtet“; Art. 146: Tötungen, die „ungefährlich, auß geßtheit oder unfürsichtigkeit, doch widder des tatters willenn geschehen“; Art. 180: Gefangenenenntweichung durch „hütters unfließ“), und es ist für die Unsicherheit der Carolina und für die Nachwirkung des Satzes von der poena extraordinaria symptomatisch, daß in allen drei Fällen das Gesetz keine Strafe festsetzt, sondern dies dem Rat der Rechtsverständigen überläßt. Dieser Standpunkt wird aber auch noch von Carpxov, hier sogar in scharfer theoretischer Generalisierung, festgehalten. Er bezeichnet es als „absque dubio“, daß ohne dolus und malus animus von einem eigentlichen crimen nicht zu reden sei, weil ein Delikt ohne den Willen des Täters nicht begangen werden könnte<sup>127</sup>). Da es aber sehr häufig vorkäme, daß es den Delinquenten gelinge, sich von der Beschuldigung des dolus zu reinigen, so sei es gegen die „Rechtsvernunft“, sie stets straflos zu lassen. Aber nur eine poena extraordinaria sei auf ein solches crimen extraordinarium pro culpa ac qualitate facti zu verhängen (Qu. 142, n. 31—33). Wie wenig Carpxov hier an eine geringere Schuldart denkt, geht daraus hervor, daß er die poena extraordinaria an dieser Stelle nur als eine vom Richter gemilderte Strafe behandelt (Tit.: „de remissione seu mitigatione poenae“): die Fahrlässigkeit ist ihm nur ein Grund zur Strafmilderung, wie Jugend, Greisenalter, Trunkenheit und Bohn; die von ihm unter demselben Stichwort in den folgenden Quaestiones behandelt werden. Und er reiht sie, ohne Unterscheidung, in die Kategorie derjenigen Fälle ein, in denen ein Milderungsgrund gegeben ist, eine „justa, rationabilis ac sufficiens causa“ vorliegt, die vom „Gesetz“ angedrohte Strafe, wie die sächsischen Konstitutionen sagen, „willkürlich“ zu mildern<sup>128</sup>). So ist ihm jede poena extraordinaria zugleich eine poena arbitraria, ohne daß er sich klar wird über die fundamentale Verschiedenheit des Falles, wo das Gesetz selbst eine Strafmilderung „nach Gelegenheit

<sup>127</sup>) Qu. 142, n. 30 und Qu. 1, n. 17/18. Dafür, daß nur der schlechte Wille das Delikt begründe, beruft sich Carpxov auf das 3. Buch der Römischen Ethik, c. 1.

<sup>128</sup>) Vgl. die Aufzählung der Bestimmungen Qu. 133, n. 17 ff., und die Verweisung auf die entsprechenden Anordnungen der C. C. C. Qu. 142, n. 34 ff.

der Sache und Rat der Rechtsverständigen" (C. C. C. 172) zuläßt, von den Fällen, in denen eine Strafe verhängt wird auf einen im Gesetz überhaupt nicht behandelten Tatbestand (Qu. 133). Infolge dieser Unklarheit (der Gesetze und der Theorie) wird die Fahrlässigkeitsschuld zu einer Schuld, der „eigentlich“ die gesetzliche Grundlage fehlt. Daher gilt auch für sie der Grundsatz, daß niemals die Todesstrafe als *poena extraordinaria* verhängt werden dürfe (Qu. 1, n. 16 ff. — Qu. 133, n. 25 ff.)<sup>129)</sup>. Dieses aus der Entwicklungsgeschichte der culpa im römischen und gemeinen Recht zu erklärende Dogma hat nun eine weitere Rückwirkung auf die theoretische Ausgestaltung des Schuld-begriffs. In allen Fällen, in denen das Rechtsgefühl der Zeit die Todesstrafe als angemessene Strafreaktion forderte, mußte nämlich infolge der Herrschaft dieses Dogmas der Verweis des *dolus* versucht werden. Es ist kein Zufall, daß die scholastische Mißgeburt des *dolus indirectus* gerade bei der Tötung von den Juristen übernommen und sanktioniert wurde. „Ungezählte Morde — so heißt es bei Carpzov — würden straflos bleiben, wenn jeder Mörder, um der Todesstrafe zu entgehen, sich mit dem Einwand schützen könne, er habe nicht die Absicht der Tötung gehabt noch geglaubt, daß aus seinem Handeln der Tod hervorgehen werde" (Qu. 1, n. 42). Der Satz der Quellen, daß in Kriminalsachen auch die *lata culpa* dem *dolus* nicht gleichzustellen sei, konnte also mit dem Bedürfnis der Praxis nur so vereinigt werden, daß die besonders gefährlichen und darum — für die Anschauung der Zeit — Todesstrafe fordernden Erscheinungsformen schwerer Delikte<sup>130)</sup> als *dolo*se konstruiert werden mußten. So erklärt sich der *dolus indirectus* aus praktischen Bedürfnissen, denen eine theoretische Begründung zur Rechtfertigung dienen mußte<sup>131)</sup>.

Auf diese Konstruktion ist noch zurückzukommen. Vorher aber haben wir den zweiten Gedanken zu verfolgen, aus dem die Idee des *dolus praesumptus* und seine weitere Entwicklung zu verstehen ist.

<sup>129)</sup> Die gesetzliche Grundlage dieser alten Lehre wurde in dem Art. 104 der C. C. C. erblickt. Erst 100 Jahre nach Carpzov bekämpft Samuel Fr. Böhm in seinem *Carolina-Kommentar* diesen Satz als Irrtum: Art. 112, § 5, und Art. 105, § 8.

<sup>130)</sup> Neben der Tötung kommt namentlich noch die Brandstiftung für solche Konstruktionen in Betracht: vgl. Carpzov, a. a. O. Qu. 1, n. 29.

<sup>131)</sup> Richtig erkannt von Klee, Der *dolus indirectus* als Grundform der vorsätzlichen Schuld (Kohlers Berliner Juristische Beiträge, Heft 10), 17 (den Schlußfolgerungen der Schrift *de lege ferenda* kann aber nicht zugestimmt werden).



Die *praesumptio Joli* war nämlich ursprünglich ein rein prozessualer Hilfsbegriff, der notwendig wurde infolge der unmöglichen und gerade im Rechtsleben in ihrer Undurchführbarkeit zum Ausdruck kommenden Forderung eines Beweises, der die unbedingte und absolute Wahrheit verbürge<sup>132)</sup>. Indizien, mögen sie noch so schlüssig sein, genügen — nur zur Anwendung der Folter — aber nicht zur Verurteilung, der Beweis in Kriminalsachen kann nur erbracht werden durch *probationes luce meridiana clariores*<sup>133)</sup>. Dieser Satz hat namentlich durch den berühmten Art. 22 der C. C. C., die damit freilich nur die Tradition des italienischen Beweisrechts wiedergab, seine mehrhundertjährige gesetzliche Grundlage erhalten. Über seine erkenntnistheoretische Naivität, über seine Undurchführbarkeit, namentlich wenn es sich um den Beweis der Schuld, d. h. psychischer Eigenschaften in der Person des Täters, die stets, auch im Falle des Geständnisses ihren Beweiswert nur durch die Kraft von Indizien erhalten können, sind wir uns heute klar. Die alten Juristen aber erlebten zwar seine Unzulänglichkeit sozusagen jeden Tag in der forensischen Praxis. Theoretisch ihn aber als Aberglauben und Wahn zu erkennen, dazu fehlte ihnen die wissenschaftliche Grundlage. So hielten sie an ihm fest und machten nur in der Anwendung KonzeSSIONen durch die Erfindung einer prozessualen Präsumtion. Es gebe nämlich, so sagten sie, so starke Indizien für die Annahme des *dolus* — die „*atrocitas facti*“, die generelle Eignung einer Handlung zu bestimmten schweren Folgen<sup>134)</sup> — daß, wenn sie bewiesen sind, präsumiert werden darf, daß der Täter den erforderlichen *dolus* gehabt habe. Dieser *dolus praesumptus* war also nicht ein *dolus* anderer Art oder geringeren Grades, sondern es war der gewöhnliche für den betreffenden Tatbestand geforderte *dolus*. Nur seine Beweisraft war nach der herrschenden gesetzlichen Beweisstheorie von geringerem Wert, sein Vorliegen war nicht durch eine *plena probatio* erhärtet, sondern lediglich „*praesumptive probatus*“. Daher schloß man — mit einem wahr-

<sup>132)</sup> Vgl. hierzu Anton Bauer, Die Theorie der Anzeigenbeweise, 1843, S. 4, und Glaser, Handbuch des Strafprozesses I (1883), 346 ff.

<sup>133)</sup> Diese Bezeichnung wird zuerst auf den vollgültigen Beweis von Bartolus auf Grund der l. 25 Cod. 4, 19 angewendet. Bei Julius Clarus heißt es von diesem Satz bereits „*omnes sciunt et dicunt*“. (Sententiar. lib. V) § fin. Quaest. 66, n. 3.

<sup>134)</sup> „*Crimen ordinatum ad illud*“ (Cinus), „*delictum tendit ad illum finem qui secutus est*“ (Bartolus), „*ipsius facti natura quae ad talem casum verisimiliter se extendit*“ (Baldus). Siehe die nähere Entwicklung bei Engelmann 77 ff., 130 ff.

haft erschreckenden Mangel an Logik<sup>185)</sup> — daß ein solcher nicht voll bewiesener *dolus praesumptus* nicht mit der *poena ordinaria*, insbesondere der Todesstrafe belegt werden dürfe, sondern nur mildere Strafe, *poena extraordinaria* nach sich ziehen könne. Wir finden diese Ansicht seit Bartolus als allgemein anerkannten Grundsatz<sup>186)</sup>. Carpzov, der ihn als allgemein anerkanntes Recht unter Berufung insbesondere auf Menochius und Julius Clarus und die sächsischen Konstitutionen „rezipiert“<sup>187)</sup>, sorgt dann für seine weitere Herrschaft im Inquisitionsprozeß.

Neben diesem *dolus praesumptus* als einem aus den Beweisnötigkeiten des Prozesses entstandenen rein formalen Hilfsbegriff entwickelte sich aber ein anderer Begriff vom *dolus praesumptus*, der eine materiellrechtliche Prägung hatte. Aus der Gefährlichkeit einer Handlung, ihrer generellen Tendenz zu bestimmten schweren Erfolgen, die in concreto eingetreten waren — man denke an unsere durch den „Erfolg qualifizierten Delikte“ —, sollte der Richter nach der bisher dargestellten Theorie den Schluß ziehen: „wenn diese Tatsachen bewiesen sind, so bist du auf Grund dieser Indizien zu dem Schluß berechtigt, daß der Täter den schweren Erfolg wirklich vorausgesehen und damit auch gewollt hat.“ Die „*doctrina Bartoli*“ und namentlich Baldus gehen darüber hinaus. Wenn — so lehren sie — der Täter mit der Absicht, zu verwunden, einen Menschen mit einer Waffe tötet, welche offenbar geeignet ist, *aptum ad inferendam mortem*, so darf er sich nicht damit entschuldigen, „*non putavi*“: *quia debuit cogitare illud posse evenire* — er ist dann der vorsätzlichen Tötung schuldig „*ac si habuisset ani-*

<sup>185)</sup> „Es erscheint heute als eine der einfachsten und einleuchtendsten Wahrheiten, daß eine Verurteilung nur bei voll erbrachtem Schuldbeweise ergehen darf und daß mangel eines solchen gänzliche Freisprechung erfolgen muß; man begreift es kaum, wie sich die ... Institute (der außerordentlichen Strafe und der Vorisprechung von der Instanz) so lange erhielten, daß sie von der Wissenschaft und Praxis mit solcher Zähigkeit verteidigt werden konnten.“ v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1894, S. 53.

<sup>186)</sup> Siehe die Belege bei Engelmann, 136 ff. (Bartolus, Baldus, Tartagnus, Innocenz, Hostiensis, Gandinus, Jason de Mayo, Decius, Franciscus de Accoltis, Hippolyt de Marsiliis.)

<sup>187)</sup> Qu. 60 n. 36, Qu. 116 n. 51 ff. und Qu. 81 n. 59. — Er verlangt für *poenae corporales* vollen Beweis und läßt einen Indizienbeweis nur genügen für *poenae pecuniariae* (Qu. 65 n. 48) und für Relegation und Karzerstrafe (Qu. 116 n. 53/54).

*in re occidendi*<sup>138)</sup>. Hier wird demnach nicht aus der Situation, bei welcher ein gewissenhafter Mensch den schweren Erfolg vorausgesehen haben würde, geschlossen, daß auch der konkrete Täter diese Voraussicht gehabt haben werde („*dolus praesumptive probatus*“). Vielmehr wird das Wissenkönnen und Wissenmüssen hier als Schuld anerkannt und dem Wissen gleichgestellt.

Auch diese Fälle werden nunmehr gelegentlich (seit Baldus) als *dolus praesumptus* bezeichnet. Die *praesumptio* wird hier aber nicht von dem — die beweiskräftigen Indizien wertenden — Richter, sondern von dem Gesetz selbst<sup>139)</sup> (nach Ansicht seiner Interpreten) vorgenommen: das Gesetz präsumiert die gleiche Schuld, die dem wissentlich Handelnden zur Last zu legen sei, auch für denjenigen, der „wissen konnte und sollte“: es sei das als gleich große Pflichtwidrigkeit anzusehen. So entsteht der in seiner Eigenart überaus schwer zu erfassende *dolus praesumptus*, „*respectu propriae essentiae sive qualitatis*“, wie ihn Baldus nennt<sup>140)</sup>. Er ist die literarische Verarbeitung des Begriffs der *culpa lata* und umfaßt wie diese die „begriffsschwierigen“ Fälle, die nicht unter den traditionellen engen Vorsatzbegriff fallen und andererseits zu strafwürdig erscheinen, um sie als bloß fülpoſe Handlungen zu werten. Dazu rechnen Tatbestände, bei denen — modern gedacht — Vorsatz nur in bezug auf die Handlung in Verbindung mit Fahrlässigkeit hinsichtlich des Erfolges vorliegt (*dolus indirectus*, *dolus in genere*), oder die Absicht hinsichtlich des Erfolges fehlt. Die Präsumtion hat hier in Wahrheit einen ganz anderen Charakter als bei den bloß „beweisschwierigen“ Fällen. Bei diesen ist voll bewiesen eine bloß grob fahrlässige Handlung, man schließt aber aus den bewiesenen Indizien: präsumtiv hat der Täter dolos gehandelt; der unvollständig bewiesene *dolus* wird also als wirklich vorliegend präsumiert. Die Enge und Unzulänglichkeit des Beweisrechts gibt hier die Legitimation zu der prozessualen Präsumtion.

Ganz andere Gründe liegen für die materielle Präsumtion vor. Hier liegt eine als kriminell strafwürdig beurteilte Tat vor, die sich

<sup>138)</sup> Baldus, *Lectura Codicis* IV, *mandati*, l. *si mandati*. Engelmann, 81.

<sup>139)</sup> *A iure sine alia probatione praesumptus* nennt ihn Paulus *Cassiodorus* (Engelmann, 162 Anm. 15).

<sup>140)</sup> Baldus, IV. C. de *pign. act.* l. *quae fortuito*, vgl. darüber Engelmann, 155 ff., der aber mit Recht betont, daß des Baldus Unterscheidung zwischen dem *dolus praesumptive probatus* und dem gesetzlichen *dolus praesumptus essentialis* von den übrigen Schriftstellern der Zeit gar nicht verstanden wurde (161).

infolge der Enge und Unzulänglichkeit des überkommenen Schuldbegriffs nicht unter den *dolus* schlechthin subsumieren läßt. Da aber in Kriminalsachen das Dogma herrscht, daß die *culpa lata* zur Strafbarkeit im allgemeinen nicht genügt, so muß hier — um dem Bedürfnis der Strafbarkeit gerecht zu werden — ein *dolus* konstruiert werden. Das ist der *dolus praesumptus*. Auf ihn wird überall da zurückgegriffen, wo man die Tat strafen will und andererseits geringere Strafe als die *poena ordinaria* für geboten erachtet. Zu verstehen ist der Begriff des *dolus praesumptus* (in diesem Sinne) nur aus Gesichtspunkten der Strafzumessung, es ist ganz und gar verlorene Liebesmühe, ihn zu einem besonderen Begriff zustoßen zu wollen. So erklärt sich, daß man auch da *dolus praesumptus* oder *culpa lata* annimmt, wo die Tat durchaus dem alten *dolus*-Begriff entspricht, aber Milderungsgründe vorliegen, die ein Abgehen von der *poena ordinaria* fordern.

Es ist überaus mühsam, diese Erkenntnis aus den Schriften der *doctores* zu gewinnen, aber sie ist absolut notwendig zum Verständnis der Lehre vom Rechtsirrtum. — Nunmehr sind endlich die Wege geebnet zum Verständnis des Satzes: „*Quaelibet causa, etiam injusta, excusat a dolo*“ (scilicet: vero). Während als *causa justa* jeder Schuld- und Strafausschließungsgrund zu betrachten ist — Ausschluß der Rechtswidrigkeit<sup>141)</sup> ebenso wie der Schuldfähigkeit — umfaßt

<sup>141)</sup> Hier ist noch in Ergänzung zu meinem früheren Aufsatz (Bd. 38 S. 35) auf einen Irrtum Engelmanns hinzuweisen. Er führt als Beispiel, daß der Rechtsirrtum den *dolus* ausschließe, die Entscheidung des Hippolytus de Marsiliis an: daß die Notare der Prälaten, die nach alter Gewohnheit die Namen ihrer Herren unter die Kontrakte schreiben, wegen falsum nicht bestraft werden könnten, weil sie das für erlaubt gehalten hätten (Engelmann, S. 43). Hippolytus jagt aber (*Practica criminalis*, 1581, § quoniam n. 98): quod si consuetudo est quod contractus praelatorum per suos notarios ad hoc deputatos, quamvis ipsi praelati de hoc nihil sciant, tamen excusantur ipsi notarii propter talem consuetudinem. Also nicht der Rechtsirrtum, sondern die Gewohnheit entschuldigt hier von Strafe. Diese Gewohnheit wird nämlich, sofern sie nicht contra jus divinum oder naturale ist, als Entschuldigungsgrund angesehen, selbst wenn sie eine mala oder improba sei. *Tiraquellus*, a. a. O. Causa XXII stellt dies als allgemeinen Grundsatz auf, bringt unter Berufung auf Baldus ein ganz ähnliches Beispiel, wie Hippolytus, außerdem das Beispiel, daß in Bologna bei dem üblichen „*jactus lapidum*“ ein Anabe ums Leben kommt: auch hier soll keine Strafe eintreten propter consuetudinem. Wenn diese unter allgemeiner Zustimmung sich eingebürgert habe und

die *causa injusta* zwei Fälle. Einmal solche Tatbestände, die den *dolus* ausschließen. Hierzu gehört der faktische oder Rechtsirrtum überall da, wo zum Tatbestand ein bestimmtes Wissen gehört, dieses Wissen aber dem Handelnden gefehlt hat, so beim *falsum*, *perjurium*, *furtum*, *adulterium*<sup>142)</sup>. Oder der Tatbestand fordert eine bestimmte „Absicht, die in *concreto* nicht vorhanden war: daher Freisprechung, *quia videtur cessare animus delinquendi*<sup>143)</sup>.

Die These umfaßt aber auch zweitens solche Tatbestände, die nur von der *poena ordinaria* „entschuldigen“, die also den *dolus* lediglich milder erscheinen lassen. So heißt es bei Decianus, daß bei der Blasphemie *quaelibet causa colorata excusabit a dolo, ut mitius puniatur*<sup>144)</sup>. Farinacius sagt, daß die *juris ignorantia* a *dolo*, non a *culpa lata* entschuldige und begründet das damit, hier liege ein „*minor dolus*“ vor, daher sei mildere Strafe angebracht (*Prax. et theoret. crim. III, Qu. 90 insp. 2*). Jason führt zum Beweise des Satzes von der *quaelibet causa* die Worte des Angelus an: „*Si quis ex aliqua causa licet injusta motus committat aliquod crimen, ex quo alias veniret poena corporalis, quod isto casu non tenetur tali poena* (*Consilia, 1534, II cons. 153 n. 2*). Bei Samuel Strijk heißt es von dem Ehegatten, der, von dem anderen verlassen, eine zweite Ehe eingeht, ohne das Scheidungsurteil abzuwarten, „*quia id sibi licere putavit*“: er sollte lediglich eine extraordinäre Strafe erhalten (*Usus modernus Pandectarum, 3. Ausg. 1717*),

schon lange Zeit beobachtet sei, habe sie die Kraft zu entschuldigen. Es handelt sich also in diesen Fällen nicht um den Entschuldigungsgrund des Rechtsirrtums, sondern einer „*justa causa*“, zu der unter Umständen auch eine mala consuetudo schlechter gerechnet wird. Vgl. auch Wigetius, *Constitutiones Carolinae, 1590: Cap. VI, n. 9: consuetudo a delicto excusatur*; z. B. soll die Bigamie straflos sein, wenn die Ortsgewohnheit mehrere Gatten erlaube!

<sup>142)</sup> Vgl. statt vieler Beispiele etwa Reußner, *Consilia I (1601) III decis. II n. 13/14: neque committitur perjurium sine dolo malo hoc est absque falsi scientia. Atqui verro a dolo quaelibet causa excusatur etiam falsa et fatua*. Mynsinger, *Singul. observationum imp. Cam. Centur. VI (1548): Cent. III, observ. 98, n. 2*.

<sup>143)</sup> Julius Clarus, § fin. *pract. crim. a. a. D. n. 22*; Berlich, *Concl. XXI, n. 100: Keine Verfolgung wegen injuria, wenn jemand „zur Verteidigung seines Rechts“ den anderen trinkt. Auch hier wird als Grund angegeben: quaelibet causa etc. excuset a dolo et poena*.

<sup>144)</sup> Liberius Decianus, *Tractatus criminalis, Frankfurt 1591, Lib. VI c. 5*.

lib. 48 tit. 5 § 36 und 37. Reußner: cum quis ignoranter, rusticitate aut simplicitate ductus deliquerit, quamvis regulariter non omnino excusetur, quin peccet et puniatur, minus tamen peccasse minusque ob eam puniendum esse (Sententiae sive Decisiones, III dec. 22)<sup>145)</sup>.

Zu diesen Fällen sind vor allem solche Tatbestände zu rechnen, die exorbitant hohe Strafen propter enormitatem delicti vorschreiben<sup>146)</sup>, falls diese in concreto selbst dem gegen Brutalitäten abgestumpften Rechtsgefühl der Zeit als zu hart erscheinen. Der Täter wurde z. B. durch Trunkenheit, entschuldbare Erregung, schuldhaften Rechtsirrtum zu seiner Tat getrieben. Wenn in solchen Fällen von *dolus praesumptus* oder *culpa lata* (*dolo proxima*) geredet wird, so geschieht es nur, weil der *dolus praesumptus* (im prozessualen Sinn) das Recht zu einer Strafmilderung, zur *poena extraordinaria* gab. Denn ein Grund zu einer Präsumtion lag hier trotz der Bezeichnung gar nicht vor, wie namentlich die Fälle von Trunkenheit und Affekt beweisen<sup>147)</sup>. So erklärt sich auch der sonst gar nicht zu verstehende Widerspruch zwischen der Lehre, daß der Rechtsirrtum bei Verstößen gegen *jus naturale* und *jus gentium* nicht „entschuldigend“, wohl aber, wenn unwissentlich gegen *jus civile*, namentlich zweifelhaftes und bloß statutarisch festgelegtes Recht gehandelt ist. Angesichts dieses Gegensatzes und der Tatsache, daß praktisch der Rechtsirrtum nur ganz ausnahmsweise berücksichtigt wurde, ist es unmöglich, mit Engelman und Binding zu schließen, daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung den *dolus* des Täters ausschließe und höchstens Fahrlässigkeit übrig lasse. Erschiene wirklich diesen Juristen der *dolus* mit Rechtsirrtum unvereinbar (Engelmann, 41) —, so müßte das doch für alle Rechtsnormen in gleichem Maße gelten! In Wahrheit aber wird unterschieden zwischen solchem Recht, bei dem unwissentliche Übertretung die gleiche Schuld bedeutet, wie der wissentliche Verstoß („*paria sunt scire vel scire*“

<sup>145)</sup> Vgl. ebenso Tiraquellus, c. I n. 5, Cujacius V, obs. 39 und Bouterbach, Dissert. acad. IV (1728) Disp. 165, n. 101.

<sup>146)</sup> Hierzu gehören unter anderem auch die berücksichtigten Deliktstatbestände, bei denen es, vom kanonischen Recht anerkannt, „*licitum est jura transgredi*“, nicht bloß bei der Verhängung der Strafe, sondern auch bei dem Verfahren: hier genügen Indizien zur Verurteilung (Häresie, Blasphemie, Assassinium, Simonie usw.). Vgl. Julius Clarus, Liber V § Primus n. 9 ff.; § *assassinium* n. 6; § *haeresis* n. 20, § *Simoniam* n. 12 und § *fin. pract. crim. Quaest.* 20 n. 6 ff.

<sup>147)</sup> Vgl. jedoch hinsichtlich der Irrtumsfälle die nächste Anm.



debere“)<sup>148)</sup>, und solchen Rechtsvorschriften, bei denen die schuldhaftige Rechtsunkenntnis nur eine mildere (nicht eine andersartige) Beurteilung fordert. Der Rechtsirrtum wird hier aber lediglich als Milderungsgrund, genauer: als Sicherheitsventil gegen zu harte Bestrafung berücksichtigt. Nicht etwa als andere Schuldart! Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, daß die Postglossatoren und ihre deutschen Nachfolger in solchen Fällen von culpa lata oder auch nur von culpa schlechthin reden. Denn es fehlt eben die Differenzierung der Schuldarten, man kennt nur eine Abschätzung der Schuld nach dem Maße der Strafwürdigkeit. Daher werden Fälle von Fahrlässigkeit, wie beim dolus indirectus, zum dolus gerechnet, andererseits Erscheinungsformen von zweifellos dolosem Verhalten als kulpöse Delikte konstruiert, wenn sie mit milderen Strafen belegt werden sollen.

Daß diese Auffassung allein geeignet ist, den Widerspruch der beiden Formeln vom „schädlichen“ und andererseits doch wieder „entschuldbaren“ Rechtsirrtum aufzulösen und zu erklären, sollte nicht bestritten werden. Der Nachweis, daß die Postglossatoren so, und nur so zu verstehen sind, soll hier nicht des näheren geführt werden. Wohl aber ist als besonders charakteristisches Beispiel, das bisher in der Literatur ganz unbeachtet geblieben ist, die Lehre des Carpzov darzustellen. In ihr finden wir ja — namentlich hinsichtlich der Schuldlehren — die Summe und Quintessenz derjenigen Gedanken der römisch-italienischen Überlieferung, die als lebenskräftig von den gemeinrechtlichen Schriftstellern rezipiert wurden, und andererseits Gedanken, die mindestens ein Jahrhundert lang die Doktrin ebenso wie die forensische Praxis beherrscht haben.

Bindings Auffassung, daß Carpzov (ebenso wie Verlich) die römische Unterscheidung vom error juris et facti „ganz außer Betracht“ lasse (Grundriß des Strafrechts § 40 S. 105), kann nicht als zutreffend anerkannt werden<sup>149)</sup>. Vielmehr findet sich die Unterscheidung ganz deutlich in seiner Jurisprudentia forensis Romano-

<sup>148)</sup> Mit dieser Gleichstellung von „Wissen und Wissenmüssen“ im Falle des Rechtsirrtums und des dolus indirectus wird allerdings eine Präsuntion vorgenommen in dem oben dargestellten Sinne.

<sup>149)</sup> Bei Verlich, Conclusiones practicabiles, 3. Aufl., 1690, findet sich die Unterscheidung beim Ingeß in IV concl. 33, 28/29, der error facti wird beim Mord behandelt ebenda concl. 10, 1 ff.; in beiden Fällen ganz im Sinne der Tradition, daß error juris nur bei bloß positivem Recht und auch hier nur die Frau entschuldige (vgl. auch II, concl. 22, 5 u. 6, wo die gleiche Frage zivilrechtlich geprüft wird).

Saxonica. Er unterscheidet hier beim Inzest einmal den Irrtum über die Verwandtschaft. Haben Personen in Unkenntnis darüber, daß sie so nahe verwandt seien, daß eine Ehe unter ihnen verboten ist, sich geschlechtlich vermischt, so liege „mindestens“ ein Grund zur Strafmitderung vor. Carpzov entscheidet sich hier sogar für Freisprechung und beruft sich — außer auf Boër und Menochius — für die gleiche Auffassung auf die Sächsischen Konstitutionen und eine in dem gleichen Sinne ergangene Gerichtsentscheidung<sup>150)</sup>. Von einem solchen Irrtum — wir würden ihn Tatumsstandsirrtum nennen — unterscheidet er einen Irrtum über das Verbot der Eheschließung unter nahen Verwandten. Wenn die im Inzest lebenden Ehegatten behaupten (praetendere), nicht gewußt zu haben, daß eine Ehe in ihrem Verwandtschaftsgrade verboten sei, so entgehen sie deshalb nach seiner Meinung keineswegs der Strafe des Inzests. Zwei Gerichtsentscheidungen aus dem Jahre 1634 (aus Freiburg und Meissen) werden als Beleg dafür angeführt. „Da sie nun beyde von solcher ihrer Unverwandtnus Wissenschaft gehabt hatten, so möchten sie ihrer Verbrechen wegen, ungeachtet, daß sie ignorantiam juris und daß sie nicht gewußt, daß die Ehe zwischen ihnen verboten were, fürwenden, auf 6 Jahre lang mit Landesverweisung bestraft werden.“ Ebenso wird in der zweiten Entscheidung zeitliche Landesverweisung als „billige“ Strafe angesehen: „und mag ihnen die angezogene Unwissenheit nicht zu statten kommen“. Die Strafe — auf den Inzest ist sonst als poena ordinaria Todesstrafe gesetzt — wird also gemildert, im übrigen aber schließt der Verbotsirrtum die Zurechnung nicht aus. Denn — begründet Carpzov seine Entscheidung — „alle Menschen jura intelligere et scire debent“ — und „schuldhaft handelt qui jus ignorat<sup>151)</sup>. Diese Klarheit der Unterscheidung zwischen dem Verbotsirrtum, der höchstens als Strafmitderung berücksichtigt werden darf, und dem Tatbestandsirrtum, der die Zurechnung überhaupt ausschließt, fehlt nun freilich in seinem Hauptwerk, der „Practica nova“<sup>152)</sup>. Eine genauere Betrachtung der igno-

<sup>150)</sup> Hier heißt es: Falls die Angeklagte den Reinigungsseid leistet, daß sie von „ob angezogener naher Freundschaft nichts gewußt“, so soll sie mit Landesverweisung verschont bleiben und würde darauf der „gefänglichen Haßst auf einen gewöhnlichen Urfrieden entlediget“ (aus dem Jahr 1603).

<sup>151)</sup> Carpzov, *Jurisprudentia forensis Romano-saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Elector. Saxon. 1656, Pars IV, Def. VI und XIII.*

<sup>152)</sup> Beide Werke sind in dem gleichen Jahre 1638 zuerst herausgekommen. Die *Jurisprudentia forensis* ist aber das spätere Werk, in dem

rantia findet sich hier an verschiedenen Stellen. Die Beispiele zeigen aber, daß bei ihnen lediglich die Rede ist von einem Irrtum über Tatsachen oder Tatbestandsmerkmale. Erwähnt wird der *error in persona* beim *homicidium* (Qu. 5) und *parricidium* (Qu. 18, n. 14), die Unkenntnis von dem Bestehen der ersten Ehe bei der *Bigamie* (Qu. 67, n. 30), die Unkenntnis von der bestehenden Ehe (oder dem Verlöbniß) beim *adulterium* (Qu. 56, n. 65), die *ignorantia* über den Verwandtschaftsgrad beim *Inzest* (Qu. 72, n. 47, 48, Qu. 73, n. 95, Qu. 74, n. 97)<sup>153</sup>; die Unkenntnis, daß die in Verkehr gebrachte Münze falsch sei (Qu. 42, n. 108 ff.), die *ignorantia*, daß eine verkaufte Sache durch ein *furtum* gewonnen sei, bei der *Hehlerei* (Qu. 87, n. 65).

Der Rechtsirrtum im Sinne der Unkenntnis des Verbots oder der Annahme, die vorgenommene Handlung sei erlaubt, tritt diesen Fällen gegenüber ganz zurück. Trotzdem erwähnen ihn einzelne Stellen. So nennt ihn Carpzov bei der Behandlung des *scortatio*. Weil das Delikt zwar nach *jus civile* straflos, nach *jus divinum* aber strafbar sei, so bleiben die *fornicatores*, *adulteri* und die ihnen Ähnlichen strafbar, auch wenn sie geglaubt haben, die *fornicatio* sei überhaupt kein — oder jedenfalls nur ganz leichtes — Delikt (Qu. 70, n. 11–14).

Zweitens wird ein Fall von Verbotsunkenntnis behandelt bei der Lehre de poena homicidii culposi et casualis (Qu. 27, n. 29–33). Carpzov zitiert hier die Praxis rerum criminalium von Damhouser. Dachdecker, heißt es da<sup>154</sup>, sind gewohnt und verpflichtet (*solere et debere*), zu rufen, bevor sie Ziegel herunterwerfen. Wenn nun ein Dachdecker trotzdem erklärt, er habe die Gesetze und Gewohnheiten (*leges et consuetudines*) auf diesem Gebiet nicht gekannt und daher kein Zeichen gegeben noch gerufen, so ist er verantwortlich für alle unglücklichen (d. h. tödlichen) Folgen, die aus

der strafrechtliche Teil absichtlich mit Rücksicht auf die schon vorliegende Practica nova kürzer gehalten ist. Stinzing, Geschichte, 2. Abt., 86.

<sup>153</sup>) Carpzov zitiert hier nur die Entscheidung oben S. 540, Anm. 150; dagegen nicht die entgegengesetzten beiden Entscheidungen über den Verbotsirrtum.

<sup>154</sup>) Damhouser, Praxis rerum criminalium, 1601, Cap. 87: De homicidiis casualibus, n. 10. Die Ausführungen des ganzen Kapitels zeigen, daß Damhouser die Abgrenzung zwischen *dolus* und *culpa* rein nach Gesichtspunkten der Strafwürdigkeit vornimmt, im übrigen aber keinerlei Abgrenzung bestimmter, begrifflich voneinander zu sondernder Schuldarten vornimmt. Und Carpzov ist nach dieser Richtung ebenso unklar.

seiner Nachlässigkeit (negligentia) entstehen. Weil er „verpflichtet war, diese Geetze und Gewohnheiten zu kennen, die fast alle kennen“, liegt *lata culpa* vor, die dem *dolus malus* „fast in allen Fällen ähnlich ist“<sup>155</sup>). Ebenso beurteilt Carpzov den Fall. Er sieht in ihm ein Beispiel von *culpa lata*, die aber „so nahe an den *dolus* heranreicht, ut etiam dolum implicitum continere videatur“.

Sie ist also von dem *dolus* nicht etwa qualitativ verschieden, sie stellt vielmehr nur einen Grund zur Strafmilderung dar: „*lata enim culpa mitius punitur dolo, citra mortem*“ (ebenda, n. 32) — so daß bei ihr pro ratione circumstantiarum nur auf Relegation, zeitliche und lebenslängliche, aber auch fustigatio verhängt werden darf<sup>156</sup>). Daß Carpzov die *lata culpa* nicht als Schuldbart, sondern nur als Grund zur Strafmilderung ansieht, zeigt sich nicht bloß an dieser Stelle seines Werkes, sondern an verschiedenen anderen ebenfalls mit gleicher Deutlichkeit<sup>157</sup>). So nennt er als Beispiel eines *crimen extraordinarium*, auf das nur *poena extraordinaria* zu setzen sei, das „*homicidium per culpam commissum*“ des Ehemanns an der ertappten ehebrecherischen Frau! Man sieht, daß der Tatbestand mit Fahrlässigkeit im modernen Sinne nichts, aber auch gar nichts zu tun hat. Wenn Carpzov hinzufügt, ein solcher Mörder handle nicht *dolose* sondern *fulpose*, so begründet er das damit, *quod homicida in culpa fuisse dicitur saltem ratione excessus in vindicando et sic ratione culpae mitius punitur* (Qu. 142, n. 33). In Wahrheit liegt hier vorsätzliche Tötung aus schuldmißhandelndem<sup>158</sup>) Motiv vor. Da aber die gesetzliche Auffassung jener Zeit bei *doloser* Tötung nur die Todesstrafe kennt, so konnte die Rücksicht auf die geringere Strafwürdigkeit nur damit verwirklicht werden, daß man bloß *fulposes* Tun annahm. Man sucht also einen Grund, um dem Bedürfnis nach Strafmilderung entsprechen zu können. Das gleiche Verfahren schlägt Carpzov bei

<sup>155</sup>) Von diesem Satz nimmt Damhoudet aus die *crimina publica* unter Berufung auf l. 7 D. 48, 8 ad legem Corneliam de sicariis. Dabei erkennt er nicht, daß die Stelle den genau gleichen Fall von Baumschärer, der nicht gerufen hat, gerade nicht dem *dolus* gleichstellt.

<sup>156</sup>) Damit geht er über die von ihm selbst anerkannte Regel hinaus, daß bei *lata culpa* keine *poena corporalis*, sondern nur Geldstrafe und höchstens fünfjährige Landesverweisung verhängt werden dürfe (so Caepolla, Consil. III 41, n. 9); Q. 27, n. 32 und 33.

<sup>157</sup>) Vgl. die Darlegung oben S. 531 ff.

<sup>158</sup>) Es ist in der Rechtsentwicklung ja noch nicht lange her, daß hier ein Tötungsrecht anerkannt war.

der Behandlung der Frage ein, wann bei dem *parricidium* die Strafe zu mildern sei (Qu. 15). Er nimmt Abwesenheit des *dolus* und bloße *culpa* an in dem Fall, daß Eltern ihre Kinder töten, *si modum castigationis aliquo modo excedant* (Qu. 15, n. 33)<sup>159</sup>. Geschieht aber die Überschreitung des Züchtigungsrechts mit solchen Waffen, mit denen „gewöhnlich ein Mord verübt zu werden pflegt“, bei dem also aus der Wahl der Waffen die „Wahrscheinlichkeit“ des tödlichen Ausgangs zu entnehmen ist, so nimmt Carpzov in derselben Quaestio *dolose parricidium* an (n. 9 und 10). Die Unklarheit über die Fahrlässigkeitsschuld ist an diesen Beispielen mit Händen zu greifen und ebenso positiv zu erkennen, daß der treibende Grund für die Namengebung: *dolus* oder *culposus* lediglich der Gesichtspunkt der Strafbarkeit ist; bei dem letzteren Beispiel erscheint die „Schwertstrafe“ gerechtfertigt („*Quo casu poenam legis Corneliae de sicariis hoc est gladii locum habere, intrepide affirmo*“, heißt es bei Carpzov), bei dem erstgenannten Beispiel dagegen nicht („*Quo casu poenam solum arbitriam relegationis vel carceris vel etiam mulctam pecuniariam obtinere existimo*“).

Der gleiche Gedankenkreis bestimmt schließlich Carpzov bei dem dritten Beispiel von Verbotunkenntnis, das er hervorhebt. Jemand hat einen Geannten getötet, in der Meinung, dieses sei von Rechts wegen erlaubt („*jure hoc sibi licuisse existimans*“) (Qu. 140, n. 142). In der Behandlung dieser Frage zeigte sich bei Carpzov ein Bruch mit einer Jahrhunderte alten Rechtsentwicklung. Bei den Italienern wie im mittelalterlichen Deutschland galt der Satz, daß jedermann das Recht habe, straflos einen Geannten zu töten. Carpzov kämpft gegen dieses in Deutschland namentlich von Christian König literarisch vertretene Recht<sup>160</sup>. Der sächsische Bann bedeute nur eine Vermögenskonfiskation als Strafe der *Contumaz*, aber auch bei dem *bannus imperialis* — mit dem manche Doctores („*aliquid humani passi fuere*“) den sächsischen Bann verwechseln — ist die Tötung durch einen Privaten nicht er-

<sup>159</sup>) Dem Fall wird gleichgestellt „*si infans in lecto ex incuria et negligentia parentum suffocetur*“, — also ein Beispiel typischer Fahrlässigkeit wird einem Fall gleich gewertet, bei dem unter Umständen der Vorfall gar nicht fehlt, sondern nur ein Grund geringerer Strafbarkeit vorliegt!

<sup>160</sup>) Sein Prozeßhandbuch „Prozeß, Practica und Gerichtsordnung“ erschien zuerst 1641 (15 Jahre nach dem Tod des Verfassers) und ist dann als maßgebender Führer der sächsischen Praxis wiederholt, zuletzt 1699 (Bearbeitung von Gregorii) in immer neuen Auflagen herausgekommen. Stincking, Geschichte der Rechtswissenschaft, I, 560 ff.

laubt, da niemand ohne Geständnis oder Beweis zum Tode verurteilt werden dürfe. Wenn es daher in der Formel der Acht heiße, sein Leib sei jedermann in den Gerichten „gemein und erlaubet“, so sei dies nur so zu deuten, daß jedermann das Recht habe, ihn vor Gericht zu bringen: „selbsttätigerweise aber und ohne Zutun der Obrigkeit (auffn Fall er auch gleich in die Ober-Acht erklärt werden) ihn umzubringen oder an seinem Leben zu vergreifen, ist niemand berechtiget“ (sächs. Gerichtsentscheidung vom Jahre 1629), Qu. 140, n. 131—141. Wenn aber irgendwo, so hätte gerade in dieser Frage die Unkenntnis des Verbots als Grund der Aufhebung der Zurechnung, als Schuldaußschließungsgrund Anerkennung verdient. Denn die alten Gesetze, welche diese Tötung erlaubten (vgl. z. B. R.R. 1589, Tit. 22, Bambergensis Art. 177 Abs. 3)<sup>161)</sup>, sind ausdrücklich aufgehoben worden<sup>162)</sup>; der Glaube, hier Erlaubtes, ja Gebotenes zu tun, hat das alte Gewohnheitsrecht zweifellos sehr lange überlebt. Es hätte nahegelegen, einen Irrtum hierüber als entschuldbaren *error facti* (Unkenntnis über das Faktum, daß diese Gesetze keine Gültigkeit mehr hätten) aufzufassen oder ihn als unverschuldeten Rechtsirrtum straflos zu lassen<sup>163)</sup>. Nichts derartiges findet sich bei

<sup>161)</sup> Vgl. die Übersicht über diese Frage bei Böhm er, *Jur. C. C. C.* Art. 150, Art. 3. Die Bambergensis führt unter den Fällen entschuldigter Tötung auf: „so hemant ein Echter entlehbet“. In die C. C. C. ist die Bestimmung nicht mehr aufgenommen worden.

<sup>162)</sup> Das betont sogar noch Tittmann, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1822, § 146.

<sup>163)</sup> Lektorez tut Clarus, weil die italienischen Statuten unter bestimmten Beschränkungen eine solche Tötung erlauben: obwohl sie nach allgemeiner Anschauung nach gemeinem Recht strafbar sei, soll sie doch zur Freisprechung bei solchen führen, die im Glauben an das Statut gehandelt haben: „inhumanum esset, ut sub fide publica deciperentur“, a. a. O. § homicidium, n. 52, 53. Ebenso soll straflos bleiben, wenn der Täter keine Kenntnis davon hatte, daß der verhängte Bann nichtig war: weil er handelte sub fide publica statuti, n. 63 a. a. O. Die allgemeine Meinung, fügt Clarus aber hinzu, strafe in diesem Fall mit poena — extraordinaria. — Ein sehr interessantes anderes Beispiel von Gewalttaten gegen einen bannitus gibt das consilium 45 der Consilia et responsa von Rudolf Schrader (1607, herausgeg. von Brandis). Die Civitas N. und ihre socii und confederati haben dem in Reichsbann erklärten illustrissimus M. A. den „Krieg erklärt“, ihn von seiner Herrschaft verjagt, seine Befestigungen und Burgen zerstört, die Wälder abgeholzt, Jagd und Fischerei maßlos ausgenutzt und seinen Bauern schwere Steuern auferlegt. Die Erben des Geschädigten klagen auf Schadensersatz und Buße. Beides wird ihnen zugesprochen, die Frage aber, ob auch gegen die Schuldigen die poena fractae pacis verhängt werden dürfe,



Carpxov. Wenn ein solcher Fall vorkommt — so heißt es bei ihm — so zweifle ich nicht (*non multum ambigo*), daß ein solcher Täter von der *poena ordinaria* befreit ist und mit irgendeiner milderen Strafe getroffen werden muß: *cum et causa injusta et bestialis delinquentem a dolo excuset*<sup>164</sup>), *maxime quoad poenam mitigandam* (Qu. 140, n. 142—144). Auch hier also zeigt sich deutlich, daß Carpxov den Verbotsirrtum nur als Milderungsgrund berücksichtigt.

3) Hatten die bisherigen Ausführungen gezeigt, daß das gemeine Recht den „Verbotsirrtum“ nur dann berücksichtigt, wenn dies erforderlich erscheint als Sicherheitsventil gegen ungerechte, namentlich zu harte Strafdrohungen, so ist der gleiche Gesichtspunkt insbesondere auch da zu erkennen, wo die Unkenntnis der Strafbestimmung in Frage steht. Im allgemeinen wird die Kenntnis der Strafbestimmung nicht verlangt. Bei Verboten, die nach der Anschauung der Zeit aus „natürlichem“ Recht der göttlichen Vorschriften stammen, wird in Zweifelsfällen nicht die Kenntnis des konkreten Verbots, sondern nur festgestellt, ob der Betreffende

verneint. Die objektive Rechtswidrigkeit der Handlungen wird nur deshalb verneint, weil es sich um ein Lehnsgut gehandelt habe, dessen Agnaten nicht geschädigt werden dürften, und weil mit dem Bann das Lehnsgut an den Kaiser *tanquam dominum feudi* zurückfalle, die Strafe aber wird abgelehnt, weil auf jenes Delikt *poena corporalis* angedroht sei: dazu gehöre aber nicht „*quilibet dolus*“, sondern nur *verus dolus* (ebenso Reukner, *Sententiarum* Lib. III, 1601, *decisio* 18, n. 23). Wo dieser aber gefordert werde, *quaelibet causa colorata, etiamsi injusta et bestialis a dolo et a poena corporali excusat*. Das sei hier der Fall, weil die Täter glaubten, *pacis conservandae causa* (!) zu handeln und Notwehr zu üben (!) Der Gutachter ist sich aber bewußt, daß die Frage „höchst zweifelhaft sei und viele, sehr starke Gründe gegen N. (also zugunsten der Bestrafung) angeführt werden können“. Leider fehlt in der Sammlung die Angabe, aus welcher Zeit dieses mittelalterliche Rechtsidyll stammt.

<sup>164</sup>) Auch an anderen Stellen wird der Satz bei Carpxov herangezogen nicht in dem Sinne, daß die *causa injusta* den Voratz ausschließt, sondern nur daß sie von der *poena ordinaria* befreit und die Strafe mildert: Qu. 18, n. 3 ff., wo unter dem Stichwort: *causa etiam injusta . . . a dolo excusat delinquentem* einzelne Fälle angeführt werden, welche a *dolo et poena parricidii excusantes*. Da man diese Fälle nicht einzeln aufzählen könne, müsse es dem Ermessen des Richters überlassen bleiben: *quando et quibus ex causis poena mitior imponi debeat*. In der Qu. 58, n. 38 wird bei langer nachrichtloser Abwesenheit des Mannes der Ehebruch der Frau milder bestraft: „*sufficit . . . leviuscula etiam causa ad purgationem doli et poenae mitigationem*.“ Schließlich bei der Brandstiftung: Qu. 39, n. 10 und 11.

die erforderliche geistige Reife hatte, das Unrecht seines Tuns zu erkennen. Diese Feststellung macht man sich ähnlich leicht, wie dies bei der Feststellung „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht“ bei unseren Jugendlichen lange genug geschah. Man bejaht die Einsicht, wenn der Täter ordnungsgemäß christlich erzogen und konfirmiert ist, wenn er die Kirche regelmäßig besucht hat und die 10 Gebote kennt. So wird, wenn zugunsten des Inquisiten *simplicitas* als Entschuldigungsgrund angeführt wird, untersucht, ob z. B. der Blutschänder den eigentlichen „Verstand des Mosaischen Gesetzes recht einsehen gelernt“ hat<sup>165</sup>). Im Fall einer Sodomie war seitens des Defensors vorgebracht, daß der minderjährige Täter „horrend dumm und stupid sei, welches zumahlen daraus abzunehmen, daß er das crimen bei hellem Tage auf offenem Feld verrichtet“ habe. Der Einwand wird vom Gericht zurückgewiesen: aus der Art der Begehung sei kein Schluß auf die Stupidität zu ziehen, vielmehr erhehle daraus „keine geringe Malice“. Außerdem sei der Beklagte „tüchtig befunden konfirmiert zu werden, mithin könne die Unwissenheit im Christentum so groß nicht sein, daß er a poena ordinaria liberiert werde“<sup>166</sup>). Nur gelegentlich wird dieser Standpunkt als unzulänglich erkannt. So wettert Hommel über die „eiselhafte Unvernunft der Advokaten“, die bei offenkundigen Delikten den Mangel an Religionsunterricht als Entschuldigung anführen. Es sei keine besondere Doktrin und Unterweisung notwendig, um einzusehen, daß man nicht töten und stehlen dürfe: gälte das nicht auch bei den Türken und Antipoden als schimpflich? „Ich habe noch nie einen Dieb, Ehebrecher, Mörder, Meineidigen gesehen, der nicht die 10 Gebote gelernt hatte“<sup>167</sup>).

Etwas genauer wird die Frage des Rechtsirrtums untersucht, wenn es sich um Delikte handelt, die nicht im natürlichen, sondern bloß im positiven Recht wurzeln. Gegenüber der Behauptung, jemand habe eine solche Bestimmung nicht gekannt, wird in erster Linie geprüft, ob das Gesetz gehörig publiziert war<sup>168</sup>). Die

<sup>165</sup>) Joh. Ludwig Schmidt, Öffentliche Rechtsprüche 1777, Nr. 115: Die Frage wird — trotz schlechter Erziehung — bejaht, weil der männliche Mitinquisit der Frau das göttliche Verbot der Vermischung mit der „Schwester seiner Mutter“ aus der Bibel vorgelesen hatte.

<sup>166</sup>) Joh. Uir. Frhr. v. Cramer, Weplariſche Nebenstunden, Bd. 70 (1767), observ. 893 S. 455.

<sup>167</sup>) Hommel, Rhapsodia quaestionum (edit. quarta), Vol. IV, 1783, Observ. 582.

<sup>168</sup>) Ist die Publikation zur Zeit der Tat nicht geschehen, so gilt nach Selchow, Rechtsfälle IV (1785), Gutacht. 133 es als „eine aus den ersten

Zeit nahm es viel genauer mit derartigen Gesetzespublikationen, als die Gegenwart. Die neuen Gesetze und Verordnungen wurden in der Kirche unmittelbar nach dem Gottesdienst verkündet, einzelne wichtige (und oft übertretene) werden mehrmals im Jahr von der Kanzel herab gelesen<sup>169</sup>). Außerdem findet sich bei vielen die Vorschrift, daß sie durch Trommelschlag in den Straßen verkündet werden oder an Stadttore, Rathhäusern, Garnisonen, Versammlungsorten angeschlagen werden sollen, so die Bestimmungen gegen das Duell, Trunkenheitsdelikte, Kindsmord, Hehlerei, Hausdiebstähle<sup>170</sup>).

Diese peinliche Sorgfalt, die Strafbestimmungen an alle, die es angeht, bekanntzumachen, geschieht zu dem wiederholt angegebenen Zweck, die „Entschuldigung der Rechtsunkenntnis abzuschneiden“<sup>171</sup>): „damit sich Niemand mit der Ignoranz dessen, was Wir so wohlbedächtlich und heilsamlich verordnet zu entschuldigen haben möge“<sup>172</sup>). Sind aber die Bestimmungen „jedermannlich“ publiziert, so wird das als genügend angesehen. Hatte der Täter die Möglichkeit, die Kenntnis des Verbots zu erlangen, so kann er bestraft werden, selbst wenn in concreto seine Unkenntnis anzunehmen sein sollte. Es genügt, daß er sie wissen konnte — „cum paria sint scire et scire debere —: es ist nicht notwendig, bei öffentlichen Delikten die Einzelnen zusammenzurufen und den Inhalt des Edikts den Ohren jedes

Grundsätzen der Rechte bekannte Sache, daß Gesetze ohne eine förmliche Publikation sogar nicht einmal die Untertanen selbst verbinden. Der Ausländer sei aber um so mehr zu entschuldigen, wenn er unwissender Weise gegen ein fremdes, von den gemeinen Rechten abweichendes statutarisches Gesetz gehandelt habe.“ (Es handelt sich in dem Fall um die Unkenntnis einer neuen Zollordnung.)

<sup>169</sup>) So berichtet Carpzov, *Opus definitionum* 1699, Lib. II, tit. 5, defin. 72: daß das kurfürstl. sächsische Gesetz über die verbotenen Verwandtenehen zweimal im Jahr von der Kanzel „der ganzen versammelten Gemein öffentlich und verständlich gelesen“ werden sollen.

<sup>170</sup>) Sehr reiches Material hierüber bei M y l i u s, *Corpus Constitutionum Marchicarum*, 1737, Bd. II, 3. Abt., 11 ff., 14, 18, 55 ff., 118, 123/124, 133, 179, 189 u. s. f.; ferner A b e g g, *Über den Unterricht des Volks von dem Inhalt des Strafgesezes*, Alt. Arch. d. Kriminalr. II, 1 ff. und Versuch einer Geschichte der Strafgesetzgebung und des Strafrechts der Brandenburg-Preussischen Lande (Sitzigs Zeitschr. f. Kriminalrechtspflege, 1. Supplbd., 1836) S. 171, und B e h m e r, *Novum jus controversiarum*, 1771, I, Obs. 89, 432 ff.

<sup>171</sup>) So Carpzov, oben Anm. 169. Vgl. Engau, *Decisiones et responsa juris* 1761, III, dec. 155.

<sup>172</sup>) M y l i u s, a. a. O. S. 55.

Einzelnen einzublauen<sup>173)</sup>. „Ignorantia juris delinquentem qui jus hoc scire poterat et debebat, plane non excusat“<sup>174)</sup>. Man ist also durchaus ablehnend gegen die Zulassung des Rechtsirrtums. Insbesondere wird der Einwand, die Strafandrohung nicht gekannt zu haben, als unerheblich abgelehnt. Oft mit wunderlichen Gründen. Ein Kanonist<sup>175)</sup> verweist auf die — Höllenstrafen, die der Einzelne zu erleiden hat, obgleich er auch von ihnen nichts gewußt hatte. Kreß führt als Grund an, daß die Richter ja selbst vielfach die Strafe gar nicht kennen und deshalb von der Carolina aufgefordert werden, den Rat der Sachverständigen einzuholen<sup>176)</sup>. Der Pferdedieb wird gehängt, auch wenn er nicht gewußt hat, „laqueum se mereri“: er habe gewußt, „wie das Stehlen in Rechten verboten sey, also es darauf nicht ankommt, daß ihm die eigentliche, in hiesigen Landen verordnete Strafe unbekannt gewesen“<sup>177)</sup>. „Jeder, der ein fremdes Land betritt“, heißt es bei David Georg Struben, *Rechtliche Bedenken* IV (1772), Gutachten 135, „muß sich dessen Gesetzen unterwerfen. Ist also in selbigen ein Pferdedieb ohne alle Gnade und Ausnahme mit dem Stränge zu bestrafen, so geschieht ihm kein Unrecht.“

Diese Sicherheit der Entscheidung schwindet aber in dem Augenblick, in dem das Zeitbewußtsein Anstoß an den zu harten Strafbestimmungen nimmt. So bezeichnet es Samuel Böhmer als ein viel disputiertes Problem, ob nicht die Unkenntnis der Strafandrohung bei den zu grausamen Strafen der Carolina: — „ob nimios Carolinae naevos“ — Todesstrafe bei Bigamie, Fingerabschneiden beim Meineid zu einer Strafmilderung führen soll — eine Frage, die er im Zweifel bejahend beantwortet<sup>178)</sup>. Ebenso will Kreß, obwohl

<sup>173)</sup> Gail, *Observationes* 1578, Lib. II, observ. 48, n. 14 und *De pace publica*, 1621, II, cap. 10, n. 11 ff.

<sup>174)</sup> Schröter, *Repertorium juris consultatorium*, 1793/94, II, 713, n. 5.

<sup>175)</sup> Reiffenstuel, *Jus canonicum* V, tit. III, § 13, 322.

<sup>176)</sup> Kreß, *Kommentar* in C. C. C., 1721, zu Art. 117, §. 415.

<sup>177)</sup> Rejher, *Meditationes ad Pandectas*, 3. Aufl., 1746, Spec. 289, IV; ebenso Theodoricus, *Collegium criminale*, 1618, X, Aphor. 45; Kreß, a. a. O. zu Art. 117 § 1 ff.; Georg Ludwig Böhmer (praeses), *De juris et facti ignorantia*, Göttinger Diss. von 1745 (Elderhorst), § 22. Eine ähnliche Entscheidung über eine Hausdiebin, der die Größe ihrer Strafe (Todesstrafe) unbekannt geblieben war, bei Pomboorg, *Consilia sive responsa Helmstadiensia*, 1713, Respons. 293.

<sup>178)</sup> Böhmer, *Observationes ad Carpozvii Practicam*, 1759; Qu. 149, obs. IV.

er grundsätzlich, ebenso wie Böhmer, die Unkenntnis der Strafandrohung nicht berücksichtigt (s. Anm. 177), davon eine Ausnahme machen, wenn es sich um die Strafe des Verbrennens bei der Sodomie handelt<sup>179</sup>). Christoph Friedrich Georg Meister („der Alte“) berichtet von einem Gutachten und Urteil über eine jugendliche Hausdiebin, die nach einer geltenden Verordnung von 1772 ohne Rücksicht auf den Wert des Gestohlenen mit lebenswierigem Festungsbau oder Zuchthaus zu bestrafen war. Da die Verordnung „alle Jahr einmal von der Kanzel abgelesen, auch an öffentlichen Orten angeschlagen gewesen“, sei es „höchst unwahrscheinlich“, daß die Inquisitin von dieser Verordnung nichts erfahren haben sollte. Trotzdem kommt das Urteil zu einer erheblichen Strafmilderung (2 Jahre ergastulum). Die Inquisitin bestehe nämlich darauf, daß ihr die besonders angedrohte Strafe der Hausdieberei unbekannt geblieben, da sie „von ihrer Brodherrschaft zu Anhörung der desfalls ergangenen Verordnungen nicht in die Kirche geschickt worden sey. Da von dem letzten Umstand in den Akten das Gegenteil nicht berührt werde, verdiene dies Vorgeben Glauben.“ Auch sonst sei es leicht möglich, daß der Inquisitin „als einer geringen Bauernbirne der Inhalt des neuesten Gesetzes wider die Hausdieberei in so kurzer Zeit und ohne ihre Schuld nicht zur Wissenschaft gekommen“ sei. Jetzt<sup>180</sup>) gelte aber „der den Regeln der Billigkeit so gemäße Grundsatz, daß die unverschuldete Unwissenheit eines Landesgesetzes, welches auf ein delictum juris naturalis eine besonders harte Strafe legt, von dieser gesetzlichen Strafe befreie“<sup>181</sup>).

Einen besonders hübschen Fall, der die Verlegenheit und Unsicherheit der Strafjustiz jener Zeit deutlich kundtut, berichtet Tho-

<sup>179</sup>) Die Ausnahme geht freilich nicht sehr weit. Nur wenn sich ergebe, daß der Betreffende als ein homo rudissimus ohne Schule und Verkehr mit anständigen Menschen in der Einsamkeit aufgewachsen sei, so daß er zwar wußte, daß er gegen die Natur handle, aber von der Schwere seines Verbrechens gar keine Vorstellung hatte. Ein genaues Verhör mit ihm sei anzustellen über seine Kenntnis von Fleischesdelikten und ob er sich nicht erinnern kann, daß Strafen in solchen Fällen verhängt seien. Ergibt dieses „Examen“ seine Unkenntnis, so soll die Strafe gemildert werden (zu Art. 117 § 1).

<sup>180</sup>) Das Urteil führt eine inzwischen aufgehobene Verordnung an, daß dem Hausdieb der Vorwand, daß ihm der Inhalt des Gesetzes unbekannt gewesen sei, zu keiner Milderung der Strafe gereichen solle.

<sup>181</sup>) Meister, „Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen, Göttingen, IV, 1784, Decis. 95 (vgl. auch ebenba III, Decis. 71, n. 44 und I (Decis. 5)).

masius „aus Leipzig“. Ein Hamburger Kaufmann wird in Leipzig wegen Ehebruchs zum Tode verurteilt. Der ein bißchen dumme Angeklagte („*paululum rusticior*“) schilt das Urteil: das Urteil sei nicht von rechtschaffenen Männern gesprochen, er wisse nämlich ganz genau, daß nach den Hamburger Gebräuchen auf Ehebruch Geldstrafe stehe! Die Richter erkannten zugleich mit der Dummheit des Menschen seine nicht bloß vorgespiegelte Unkenntnis an (*sinceram rusticitatem hominis et ignorantiam non affectatam*) und änderten den ersten Spruch in Geldstrafe um, „*quamvis graviores*“!<sup>182)</sup> — Später bei Klein findet sich direkt als Prinzip ausgesprochen: daß das Strafgesetz des Begehungsortes nicht anzuwenden sei, wenn es härter — gemeint ist: härter als im gemeinen Recht oder am Wohnort des Täters — und dem Verbrecher unbekannt war<sup>183)</sup>. —

Zur Vervollständigung des Bildes gebe ich zum Schluß eine Reihe praktischer Entscheidungen, die zeigen sollen, in welchem Maß und in welcher Richtung der Rechtsirrtum von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz beachtet wurde.

Zu den Fällen, die häufiger das Problem des Rechtsirrtums wachrufen, gehört der Fall des Inzests.

Richard berichtet in einem Gutachten über die Frage, ob der Rechtsirrtum entschuldige, wenn Jemand „mit des Vatters Bruders nachgelassener Wittib“ in Geschlechtsverkehr getreten sei: nachdem sie geschwängert war, will er eine Ehe mit ihr schließen und wird nun in ein Strafverfahren wegen Inzests hineingezogen. Die „Meynung, es solte die Ehe zwischen ihnen beyden, nachdem die Wittib mit irem Ehemann kein Kinder erzeugt, unverbotten“ sein, entschuldigt sie nicht, „denn erstlich ist schwerlich zu vermuten noch zu glauben, daß sie beyde in meynung ehelich mit einander zu werden, sich zusammengelegt haben, dann da sie deß willens gewesen weren, hetten sie es nit mit solcher Büberey angefangen, sondern zu forderst ihrer Freund Rath darinn gehabt haben sollen, sonderlich auch des Herrn Pfarrherrns, nachdem sie ihre nahe Verwandtschaft wol gewußt und nicht ohn Zweifel seyn können, daß es recht zugehen köndt.“ Vielmehr nimmt er an, sie „seyn in bösen Gelüsten“ und in der Hoffnung, daß die Frau, wie in ihrer Ehe, so auch nun unfruchtbar sein werde, „zusammengetrochen“. . . . „Und gesetzt, es hett gleich solche meynung

<sup>182)</sup> Christian Thomasiuß, *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos*, 1713, Lib. 22, 6.

<sup>183)</sup> Klein, *Wertwürdige Rechtsprüche der Hallenser Juristen-Fakultät*, I (1796) S. 7/8.



nicht gehabt, sondern daß sie beyde Personen warhafftig gemeynet<sup>184)</sup>, daß sie hernach Eheleut werden möchten, so könnte sie doch die unwissenheit des Rechts in so einem großen Malefiz nicht fürtragen.“ Als Grund wird die Regel des Corpus juris ausgeführt. Trotzdem rät Fichard in der Bestrafung zur „Miltigkeit“: er schlägt eine „zimliche Geldsumme“ und die übliche Verlegenheitsstrafe: „Verweisung aus der Stadt“ vor<sup>185)</sup>.

Ein Inzestfall aus dem 18. Jahrhundert zeigt den gräulichen und eingewurzelten Rigorismus der Zeit in diesen Dingen. Jemand hat um die Erlaubnis nachgesucht, seiner Mutter Bruders Witwe zu heiraten. Nachdem ihm dies in Hannover versagt war, läßt er sich durch einen katholischen Geistlichen in Paderborn trauen. Die Ehe wird für nichtig erklärt, der Mann in die Karre, die Frau ins Zuchthaus geschickt. Nach Verbüßung ihrer Strafe „lebten sie als Eheleute mit einander und erzeugten verschiedene Kinder“. Sie richteten noch einmal einen Antrag ans Konsistorium um Genehmigung zur Anerkennung ihrer Ehe. In einem neuen Strafverfahren wird auf die Einwendung des defensor, sie seien in bona fide gewesen und dafür gehalten, es sei ihnen nach ausgestandener Strafe in der Ehe zu leben erlaubt gewesen, vom Gericht entschieden, das sei „zwar nicht gläublich, da die Leute wußten, daß ihre Ehe vor nichtig erklärt worden. Aber da sie die Hoffnung auf Dispensation, die auch öfter in solchen Fällen gewährt sei, gehabt hätten, wären sie offenbar der Meinung gewesen, daß sie „nichts sehr Strafbares begangen hätten“. Trotzdem wird Bestrafung ausgesprochen, „auf daß Andere von dergleichen Ehen und Ungehorsam abgeschreckt werden mögen“<sup>186)</sup>.

Neben den Sittlichkeitsdelikten bieten Münzdelikte ferner einen Anlaß zur Behandlung der Frage. So erwähnt Ludewig in seinen Consilien<sup>187)</sup> einen Fall von „Münzkipperey“, begangen von „Sempronius, Fabius, Cajus und Taja“. Die Männer wenden ein: „Die Kipperey sei ein gemein Gewerbe gewesen und pro errore communi qui jus. facit zu halten“. Der Fabius spezialisiert diesen Einwand

<sup>184)</sup> Man sieht, wie hier ganz deutlich geschieden wird: der prozessuale Gesichtspunkt: zunächst hält man die Berufung auf Rechtsirrtum für einen bloßer Vorwand, von dem materiellen Gesichtspunkt: wie ist der wirklich vorhandene Rechtsirrtum zu beurteilen? Häufig sind allerdings die beiden Gesichtspunkte unklar miteinander verflochten.

<sup>185)</sup> Fichard, Consilia, 1590, Consil. 63.

<sup>186)</sup> Struben, Rechtliche Bedenken, 3. Teil (1768), Nr. 65.

<sup>187)</sup> Ludewig, Consilia Halensium Iurisconsultorum I, 1733 (Consil. 102 aus dem Jahre 1694).

noch besonders schlaue: er habe das minderwertige Silber der kurfürstlichen Münze geliefert und da daraus „gemein Geld“ geprägt sei, so habe er „gemeint, es habe nicht viel auf sich“. Er habe kein anderes als „gangbares Geld von denen Leuten angenommen, habe andre consultiert, ob und wie das Geld umzusetzen, zugelassen sey. Schließlich habe er auch die hohe auf Münz-Kippercy gesetzte Straffe nicht gewußt, maßen er ditzfalls von der Obrigkeit niemals gewarnt oder bestraft worden“. Für die Caja sagt der Defensor nur sein Sprüchlein her: „ignorantia juris civilis foeminis non semper noceat, et quod in poenis contra delicta juris humani foeminarum conditio favorabilior sit“. Das Gericht ist aber anderer Meinung: „Das Laster ist ein von Göttlichen und Weltlichen, Natürlichen und Bürgerlichen Gesetzen verbotenes Hubsenstück zu achten cujus ignorantia nec foeminae prodesse aut illam excusare potest.“ So wird gegen die Frau auf Staupenschlag, Urpfede, ewige Landesverweisung, gegen die Männer ohne weitere Begründung auf Schwertsstrafe erkannt, „anderen dergleichen Verbrechern zum Abschau“<sup>188</sup>). — Eine andere Gerichtsentscheidung aus dem Jahre 1706, über die Ludewig berichtet, enthält unter der Bezeichnung crimen feloniae einen wunderlichen Tatbestand. A. C. von S. hat mit einem mecklenburgischen Kapitän einen Vertrag geschlossen, dieser solle seinen Sohn als Fähnrich bei der Kompagnie anstellen, dafür wolle er ihm Geld und Mannschaften liefern. Bei einer Musterung, bei welcher der Kapitän seine Kompagnie gern komplett haben wollte, ersucht er den anderen, ihm „von seinen Untertanen 8 zu leihen“. Dies geschieht und wird als strafbar angesehen: Der Schuldige erklärt, er habe das für nicht strafbar gehalten, da die gestellten Mann — die sogenannte „blinde Mannschaft“ oder *nuda nomina in albo militari* genannt — noch gar nicht unter die Kompagnie wirklich gekommen wären. Der Einwand wird zurückgewiesen. „Es läßt sich nicht begreifen, wie Beklagter glauben mögen, daß solches Factum zulässig sein könnte, maßen ja der Kapitän auch bei bloßer Besichtigung seiner Kompagnie, ohne daß man hier auf eine formale Musterung reflektieren oder von dem Betrug und wirklichen Schaden sprechen wollte, wenigstens seinen Landes-Herrn oder dessen Bedienten mit diesen blinden Stellen einen

<sup>188</sup>) Eine andere Entscheidung über „Münzkipperen“, wo im Gnadenwege die Strafe erlassen war, weil der „Münzverfehrer“ vom „Münzwesen keinen Verstand hatte, noch wußte, was Schrott oder Korn, viel weniger, was der innerliche Werth der Münze sei“, bei Berger, Responsa ex omni jure quo imprimis Germania utitur. 1768, II, Resp. 51.

blauen Dunst vor die Augen zu machen, notwendig suchen müssen, zu geschweigen, daß man hier in *ignorantia juris* verfiert, welche nicht wol zu einer Entschuldigung dienen kann: 1. 2 ff. de juris et facti ign., 1. 2 C. eod., absonderlich bei einem Vasallen, dessen Stand mit sich bringet, von Dingen, die zum Kriege gehören, einen Begriff zu haben und nicht ganz jejun (= beschränkt) darinnen zu sein" <sup>189)</sup>.

Noch eine dritte, ebenfalls originelle Entscheidung von Ludwig aus dem Jahre 1730 verdient hervorgehoben zu werden. Ein regierender Fürst hat der Witwe eines Prinzen die Jurisdiktion über ihre Leute durch besonderen Wittums-Rezeß vorbehalten. Einer von diesen Leuten, Behmann, verübt in der Stadt Händel und wird von dem Stadtrat „mit der fürstlichen Lieberey“ verhaftet und bestraft. Der Hof verlangt seine Auslieferung, der Stadtrat lehnt das ab und wirft das fürstliche Schreiben „uneröffnet in die Thor-Stuben“. In dem vom Hof gegen ihn angestregten Strafverfahren „wegen verübten Erzesses und schimpflichen Betragens“ wird als *ratio dubitandi* hervorgehoben, daß dem Stadtrat „ihrer Unwissenheit halber rusticitas zu Gute kommen müßte“ (er hatte nämlich die auch dem Gericht zweifelhaft erscheinende Rechtsfrage aufgeworfen, daß diese Jurisdiktion rechtlich gar nicht gültig sei, zumal der Sakai als Bürger in der Stadt lebte und vom Hof nicht einmal besoldet wurde). Das Gericht lehnt dies ab, weil *injuriae* gegen Verschwägerte eines Fürsten als Beleidigungen gegen das fürstliche Haus anzusehen seien. Daher dürfe es nicht bei einem bloßen Verweise bleiben. Es sei zu besorgen, daß ein so gelindes Verfahren den Stadtrat von weiterem Vornehmen zurück zu halten nicht vermögend sein dürffte, auch andre dann Gelegenheit nehmen könnten, der Fürstlichen Frau Witwe als einer hilflosen Person mit gleichem Unglimpf zu begegnen. Dagegen „dasjenige, was einer gegen seine beschworene Pflicht — der Stadtrat hatte der Witwe Treue, Huld und Gehorsam geschworen — in *ignorantia juris* vel *rusticitate* tut, keinen Befehl leidet, dann vielmehr ein jeder dasjenige wissen muß, worüber er ein Eyd ablegt.“ Da zudem die Strafe auch „fürnehmlich in *exemplum aliorum* zu beschehen“, damit der fürstliche Respekt gerettet werde, so ergeht ein Urteil auf hartes Gefängnis, „auf eine gute Zeit bei Wasser und Brod“ <sup>190)</sup>.

<sup>189)</sup> Ludwig, a. a. O. I, Cons. 99.

<sup>190)</sup> Ludwig, II, Num. 108.

v. Selchow berichtet — leider ohne Angabe der Jahreszahl — über einen Fall von „straffälligem, zur Disreputation des Landesherrn gereichenden Schleichhandel“ nach Amerika<sup>191)</sup>. Verschuldigt wird — neben anderen — der Hofmarschall und Kammerpräsident des Landgrafen Wilhelm von Hessen der „Veruntreuung“: er hatte Waren als einen Teil der dem fürstlichen Jägerkorps zugehörenden Equipage auf Kosten der englischen Nation mit nach Amerika transportieren lassen. Auf den Einwand der Rechtsunkenntnis sagt das Gutachten: „Daß in der Schiffsfahrtsakte enthaltene Verbot, Kaufmannsgüter aus anderen Ländern nach Amerika zu bringen, sei eine so weltkundige Sache (!), daß eine Unwissenheit deshalb besonders bey einem Manne, der so lange in öffentlichen Angelegenheiten als Minister gebraucht worden, unmöglich vermutet werden kann, wenigstens solches für eine affectierte Ignoranz anzusehen<sup>192)</sup>, auf welche den Rechten nach in keinem Falle Absicht genommen werden mag. (Als Argument wird hier Veyser und aus den Digesten der Titel de officio praefecti vigilum [I, 15] und de senatusconsulto Silaniano 29, 5 angeführt.) Insbesondere aber sei die strafbare Handlung von dem Minister eines Reichsfürsten begangen, welcher mit dem Großbritannischen Hof durch Verwandtschaft und Allianzen auf das genaueste verbunden ist und daher den Englischen Hof, bei dessen bekannter Eifersucht in Ansehung der Aufrechterhaltung des englischen Handels vorzüglich zu schonen hat, und dem es daher unmöglich gleichgültig sein können, daß eben die mit England geschlossene Allianz zu einer der Krone so nachtheiligen Handlung gemißbraucht werde.“

Dem stelle ich zwei Fälle gegenüber, in denen der Rechtsirrtum als Entschuldigungsgrund zugelassen wird.

1716 wird — nach Mitteilung von Balthasar Bernher<sup>193)</sup> — ein sächsisches Gericht zum Bericht aufgefordert, warum die der R. R. von dem Leipziger Schöffentstuhl auferlegte Geldstrafe wegen strafbarer „Krämerey auf dem Lande“ in dem Urteil wieder aufgehoben sei? Verboten ist die Ausübung der „bürgerlichen Handtierung auf dem Lande“ nach § 99 der „Neuen Erledigung“. Die Angeklagte hatte

<sup>191)</sup> v. Selchow, Rechtsfälle, enthaltend Gutachten und Entscheidungen vorzüglich aus dem Deutschen Staats- und Privatrecht, Bb. 2 (1783), 113 ff.

<sup>192)</sup> Das will offenbar sagen: in erster Linie wird der Einwand der Rechtsunkenntnis nicht geglaubt, in zweiter Linie aber auch, vorausgesetzt, daß er begründet sein sollte, nicht beachtet.

<sup>193)</sup> B. Bernher, Selectae observationes forenses, Vol. IV, 1721, Obs. 50.

aber „mit Fochten und Garn auf dem Lande gehandelt“. Als Grund der Freisprechung gibt das Gericht die *ignorantia juris* an. In der „Erledigung“ wurden verschiedene „unterschiedliche species rezensiert, der Fochten und des gemeinen Garns aber mit ausdrücklichen Worten nicht gedacht“. Außerdem habe sie „zudem unterschiedliche Jahre ohne Kontradiktion der benachbarten Städte öffentlich ihren Handel getrieben“. Es lag also, wie wir die Gründe zusammenfassen können, entschuldbare Rechtsunwissenheit vor, mit Wernher's Worten *ne ignorantia supina, sed ex probabili errore profecta*.

Einen anderen Fall führt Hommel an. „Sempron, ein ausländischer Handelsdiener, veranlaßt einen Leipziger Strumpfwirker, zu ihm, außerhalb Sachsens, in Lohn und Arbeit zu kommen. Ein rechtsgelehrter Freund macht ihn darauf aufmerksam, daß die „Verleitung der Untertanen (zur Auswanderung) in Sachsen scharf verboten sey“ und Einheimischen wie Fremden 5-jähriger Festungsbau, Zuchthaus oder Gefängnisstrafe deshalb drohe. Er erklärt, das nicht gewußt, auch dem Strumpfwirker gleich nach dieser Mitteilung abgeschrieben zu haben. Trotzdem wird ihm der Prozeß gemacht.

Das Gericht hebt die Regel „zorniger Rechtsgelehrter“ (Carpzov) hervor, wonach auch Ausländer einem Gesetz zu unterwerfen. Andererseits haben „mehrere bewährte Rechtslehrer mit Beyfall der Vernunft nicht ohne Grund“ behauptet, daß ein Ausländer, wenn er aus Unwissenheit wider die Gesetze des Landes gehandelt, mit der darinnen verordneten Strafe zu verschonen sei<sup>194</sup>). Die gleiche Ansicht wird in den römischen Gesetzen gefunden, namentlich aber bei neueren Rechtsgelehrten, welche „von der widernatürlichen Strenge der vorigen Zeit abgewichen“ (Böhmer i. Verh. zu Carpzov). Dem Beschuldigten wird der Reinigungs Eid gegen die Vermutung auferlegt, daß er „von dem Inhalte des Strafgesetzes und des darin enthaltenen Verbotes Wissenschaft gehabt“. Diese Ansicht beruhe auch auf offenkundiger Billigkeit. Bei Übertretung der „natürlichen Gesetze“ darf sich niemand auf die Unwissenheit berufen, anders sei es bei Verordnungen, „welche nicht unmittelbar aus der Natur Rechte fließen, sondern erst durch eine Schlußfolge aus selbigen weit hergeleitet werden müssen“, „als willkürliche Einrichtung eines Staates (deren aus Unwissenheit erfolgte Übertretung daher dem Ausländer eher zu über-

<sup>194</sup>) Hommel führt als Gewährsmänner an: Gail, Lib. II, Observ. 48 n. 26 seq. et 29; Berger, Elem. Jurispr. Crim. I § 2 n. 3, und Rejser, Spec. 289, medit. 6.

sehen)" sei. Wenn er also den Eid leiste, so sei er „allenfalls nur mit einer geringen Strafe" zu belegen. Diese Milde- rung nimmt aber Hommel nur an „aus Anpassung und reiner Nach- giebigkeit" (vermutlich zu ergänzen: gegen den herrschenden Gerichts- gebrauch), „als Philosoph" zweifelt er nicht, daß in solchem Fall völlige Freisprechung stattzufinden habe<sup>195)</sup>.

Zum Schluß gebe ich noch eine Entscheidung, die in besonders klarer, eindrucksvoller Art die mannigfachen Gesichtspunkte klarlegt, die für und gegen die Berücksichtigung des Rechtsirrtums in der gemeinrechtlichen Praxis gegeneinander abgewogen werden.

Es handelt sich um einen Fall von Bestechung der Richter des Kammergerichts durch eine Prozeßpartei<sup>196)</sup>. Der beschuldigte Handelsmann habe — so führt sein Verteidiger aus — niemals ge- wußt, daß es „verboten sei, pro acceleratione justitiae etwas zu geben oder zu versprechen". Wenn er hierbei gefehlt, so sei dies „um so eher zu vergeben, als es auch theologos gegeben, welche öffentlich gelehret, quod stante aequali probabilitate pro utraque parte iudex possit accipere pecuniam pro ferenda sententia in favorem etc. Wenn dies im Visitationsabschied von 1713 § 46 verboten sei, so habe er diesen Namen davor niemals ge- hört, viel weniger solchen Rezeß gelesen oder von dessen Inhalt etwas gewußt. Er glaube auch nicht, daß selbiger jemalen zu Aachen promulgiert worden: in iuribus autem minus fre- quentatis et quae non nisi exactissima diligentia cognoscuntur ignorantiam solere excusare<sup>197)</sup>. Auch habe der von ihm konsultierte v. Hanisch (welcher ein geübter Iuris- Consultus, Welt- und Staats-Mann sey) von dieser constitutione prohibitiva nichts gewußt, eos autem qui peritiores con- suluerunt et malum consilium reportarunt igno- rantia iuris excusari."

Der mitbeschuldigte Rechtsgelehrte entschuldigt sich damit, daß er aus Niederschlesien gebürtig und erst kürzlich majoren geworden sei, ihm sei der Reichsabschied ganz fremd gewesen. De jure aber sei

<sup>195)</sup> Hiernach scheint es, als wenn Hommel selbst dieses Urteil verfaßt hat. Über den Einfluß, den Hommels Rhapsodien auf die Ausbildung eines „menschlicheren Gerichtsgebrauchs" in Sachsen gehabt haben, vgl. Erhard, Handbuch des Churf. peinl. Rechts, 1789, S. 75/76.

<sup>196)</sup> Cramer, Weplavische Nebenstunden 70 S. 126 ff.

<sup>197)</sup> Ich hebe die Punkte, welche für die Argumentation als entscheidend angesehen werden, durch Sperrdruck hervor.



richtig, quod forensis et novitius civis ex ignorantia statutorum excusetur a poena. Er aber sei kein Reichsunterthan, daher nicht verbunden, „die Contenta der Reichskonstitutionen zu wissen“ und „cum ignorans non contemnat auctoritatem Magistratus, ideo illam poenam non mereri“.

Der Advokat für den ersten Angeklagten behandelt dann in seiner schriftlichen Darlegung die theoretischen Gesichtspunkte. Es komme auf die Frage an, ob und wann ignorantia juris in delictis excusiere? Die doctores unterscheiden, sagt er, ob etwas „intrinsece malum, id est jure divino et naturali“ oder bloß jure positivo prohibitum, in se autem indifferens sit? In ersterem Fall könne ignorantia juris nicht, wohl aber in casu altero zur Entschuldigung dienen. Er ist nun der Meinung, daß das Versprechen einer Erkenntlichkeit pro justitiae acceleratione „durchgehend von den theologis“ als eine „an sich selbst seposita lege civili“ „nicht unzulässige Sache“ aufgefaßt werde. Daher könne dem Beklagten seine Unkenntnis nicht schaden, „zumal in seinem Domizil und angrenzenden Landen Richtern und Referenten ihre Bemühungen sub nomine sportularum vergolten zu werden pflegen und soweit a jure communi durch die Gewohnheit abgegangen sei. Zudem sey einem Handelsmann nicht zuzumuten, daß er die Jura verstehen müsse, besonders wo derselbe in materia indifferente et adminiculante vicinorum locorum consuetudine nicht einmal Anlaß ad consulendum peritiores nehmen mögen. Schließlich sey der Visitations-Abschied nicht publiziert und sey dergleichen ignorantia statutorum nicht pro ignorantia juris, sed facti zu halten.“

Das Gericht verurteilt beide Angeklagte, weil das Geld nur in casum victoriae, nicht auch in casum succumbentiae versprochen sei. Die causa primaria und finalis des Versprechens sei also nicht die Beschleunigung des Verfahrens, sondern der Sieg der Partei gewesen. Darin liege aber der casus einer corruptio, cujus intrinsecam a Deo et Jure naturae vetitam malitiam nullus unquam negavit aut negare poterit. Eam concionatores passim ex suggestu declamant peccaminosam et per vulgus circumferuntur mille sive fabulae sive exempla sententiarum pretio subreptarum: iudicio satis claro per universum corruptiones tanquam naturaliter et intrinsece malas detestari.

Wie konnten also nostri rei ignorantiam ejus vorschützen, was lippis et tonsoribus est notissimum<sup>198)</sup>? Als Beweis wird aus der Bibel angeführt: Exodi 23 v. 8; Deuteron. 16 v. 19 und Ecclesia 20 v. 31.

Jus naturae — führt das Urteil dann fort — exigit, im-  
 partialem reddi justitiam. Ergo contra jus naturae tendit, per  
 corruptiones judicem velle seducere et eadem est ratio dantis  
 quam accipientis; consequenter etsi Rei haec ignorassent,  
 tamen ex propriis allegationibus fuerunt condem-  
 nandi<sup>199)</sup>. Dazu kommt, daß die ignorantia juris positivi nach  
 der durch Farinacius überlieferten Lehre zwar von einer poena  
 capitalis oder corporis afflictiva, aber nicht von einer pecuniaria  
 entschuldige, weil hier mindestens lata culpa vorliege, quae in  
 pecuniariis dolo aequiparatur.

## 30.

**In dubio pro re publica. Zur Anwendung des § 51 StGB.**

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Bittinger, München.

Wenn es schon schmerzlich ist, einen Feldzugsteilnehmer  
 als Angeklagten zu erblicken, zumal wegen schimpflicher Straf-  
 taten, so verstärkt sich die Empfindung, wenn die Frage aufge-  
 worfen wird, ob erlittene Kriegsbeschädigung die strafrechtliche  
 Verantwortlichkeit des Mannes beeinflusst. Der Fall ist leider  
 nicht selten, daß die Folgen von Verschüttungen und anderen  
 Schädigungen der Nerven von Angeklagten zu Unrecht vorgebracht  
 werden, um verwirkter Strafe zu entgehen. Wenn erst die Heere  
 und die Kriegsgefangenen heimkehren, werden sich die Fälle  
 mehren. Diese Aussicht mag die folgende Betrachtung im gegen-  
 wärtigen Augenblick rechtfertigen.

<sup>198)</sup> „Was triefäugigen alten Weibern und Bartcherern (d. h. jedermann)  
 bekannt ist“ — eine häufig vorkommende Formel.

<sup>199)</sup> Der Gedankengang ist hier der: aus dem naturrechtlichen Charakter  
 des Delikts wird geschlossen, daß die Angeklagten sein Verbotensein gewußt  
 hätten, weil das, was ex jure naturae stammt, jedermann bekannt ist. Aber  
 selbst wenn sie es nicht gewußt haben sollten, so wären sie doch, eben wegen  
 des Verstoßes gegen natürliches Recht, zu verurteilen.