

Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. — Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919.

Von
Professor Dr. Ernst **Beling**, M ü n c h e n. (I.)

I. Methodische Grundsätze.

1. Das „volitive Denken“ und seine Unterordnung unter das logische Gesetz.

Alle Gesetzgebung ist praktischer Natur. Sie wiegt sich nicht im Äther der Theorie, um Wahrheiten zu entdecken. Sie ist Willenswerk, Tat, Wirken und Schaffen. Wenn dem so ist: was hat sie mit der Logik zu schaffen? Sie fordert wirklichkeits-erfahrene Persönlichkeiten mit einem auf das praktisch richtige Ziel gerichteten tatkräftigen Willen. Logisches Denken und Handeln ist zweierlei. Scharfsinnige Theoretiker können sehr schlechte Gesetzgeber sein. Der logische Verstand löst keine praktischen Aufgaben, baut keine Häuser und gewinnt keine Schlachten. Also: was soll dem Gesetzgeber die Logik?

Die so oder ähnlich sprechen und fragen, haben natürlich nicht im Sinne, die Notwendigkeit logischen Denkens bei der Gesetzgebung in Bausch und Bogen zu bestreiten. Der Gesetzgeber bedarf ja der Kenntnis der Lebenswirklichkeit; ohne zu wissen, wie sie ist, könnte er nicht bestimmen wollen, wie sie sein soll, und nicht ermessen, ob sie so werden kann, wie es seinem „Soll“ entspricht; und an der Gewinnung der Erfahrungsurteile, wie sie hier-nach benötigt sind, hat auch das Apriorische und mit ihm das Logische seinen Anteil.

Aber wo es sich nicht mehr um die Einsichtnahme in das Seinsmaterial, um die Erfassung des der Lebenswirklichkeit angehörenden Gegenstandes der Regelung und der kausalgesetzlichen Gegebenheiten, sondern um den eigentlichen Regelungsakt selber handelt, da befinden wir uns nach einer heute weitverbreiteten Vorstellung lediglich im Reiche des „Wollens“ und nicht mehr in dem des „Denkens“, so daß die Logik in keiner Weise mehr mit-spricht. Diese Vorstellung bedarf der Berichtigung. So richtig es ist, daß das „Wollen“ kein „Erkennen“ ist, und daß es auch nicht Ergebnis „erkennenden Denkens“ ist, so wenig zugänglich ist es, alles Denken als e r k e n n e n d e s Denken zu erfassen. Es gibt ein Denken nicht bloß beim Erkennen, sondern auch bei den emo-

tionalen Vorgängen in der Seele: beim Fühlen und beim Wollen. Und dieses „emotionale“, „nichtkognitive“ Denken, von denen hier das „volitive“ Denken interessiert, ist, um werthaft zu sein, auszurichten an der Logik — nur nicht an der „kognitiven Logik“, sondern an der emotionalen, beim Willensdenkakt also an der „volitiven Logik“, der Zwecklogik, der Teleo-Logik. Es handelt sich dabei in keiner Weise um eine Entthronung des Wollens durch das „Denken“. Die volitive Logik ist gewiß nicht willenskonstitutiv; auch in Beziehung auf sie bleibt es richtig, daß man von der Logik her keine praktischen Aufgaben lösen, kein Haus bauen, keine Schlacht gewinnen und kein Gesetz schaffen kann. Aber: ohne sie kann man das gleichfalls nicht.

Die schulmäßige Logik hat freilich bis vor kurzem das emotionale Denken und die ihm eigene Logik beharrlich vernachlässigt; sie richtete ihr Hauptaugenmerk auf die Lehre vom Erkenntnisurteil und den dazu gehörigen Begriffen und Schlüssen. Aber an der Bereicherung, die das philosophische Schrifttum durch Heinrich Meiers „Psychologie des emotionalen Denkens“ 1908 erfahren hat, darf der Jurist am allerwenigsten vorbeigehen. Nicht nur, weil sich der Verfasser mit der Lehre vom Rechtssatz (hypothetisches Urteil? Norm? Imperativ?) umfassend und in Fühlung mit dem juristisch-rechtsphilosophischen Schrifttum auseinandersetzt¹⁾, sondern schon wegen der klar einleuchtenden philosophischen Grundlegung für das Verständnis der (positiven) Rechtsordnung. In unserem Zusammenhange interessiert vornehmlich Meiers Aufweis, wie auch in den „emotionalen Objektivierungsakten“, insonderheit beim Wollen, beim Werten und Wertbeurteilen der ganze kategoriale Apparat spielt: neben dem vergleichenden, gleichsetzenden und unterscheidenden das zusammenfassende und sondernde Denken mit den Kategorien der Einheit und Vielheit des Ganzen und seiner Teile, volitive Bejahung und Verneinung usw., der Aufweis ferner, wie es emotionale Begriffe und Schlüsse gibt.

Die der Psychologie des volitiven Denkens zugeordnete logische Richtschnur, die die apriorische Dignität der empirischen Willensdenkakte bestimmt, der kognitiven Logik parallel laufend und doch, weil einem andern Ziel dienend, mit ihr nicht identisch, ist es nun, die wir brauchen, wenn ein Gesetzgebungswerk oder der Entwurf dazu auf seinen Denkgehalt hin beurteilt werden soll²⁾. Hier gilt es, sich folgende Grunderwägungen klar vor

¹⁾ Diesen Erörterungen kann ich mich nicht durchweg anschließen.

²⁾ Auf die volitive Logik spielt Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 63, 67, an („Logik der Zweckbetrachtung“ als „einheitlich

Augen zu stellen: Einmal, daß die Logik nicht berufen ist, die Richtung, die der Wille nimmt, oder die er zu nehmen hat, zu regeln, ihm das (oder ein bestimmthaltliches) „Wollen-Sollen“ vorzuschreiben. Der Willensakt selber ist alogisch³⁾, nur der sich mit ihm verbindende Denkprozeß wird von der — volitiven — Logik beherrscht. Diese stellt dem Willenssubjekt Probleme, zu denen er Stellung nehmen muß, ohne ihm in dem Sinne, wie er inhaltlich seinen Willensakt gestalten will, Zwang anzutun.

Sodann: die logische Denkordnung ist kein Komplex von Regeln psychologischen Geschehens. Wie die kognitive Logik nicht darüber Auskunft gibt, wie das erkennende Denken abläuft — sondern darüber, wie gedacht werden soll, wenn Erkenntnis erzielt werden soll — so hat die volitive Logik nichts damit zu tun, wie das Denken beim Wollen beschaffen ist, sondern sie zeigt, wie beim Wollen gedacht werden soll. Es handelt sich um das, was der „kategorische Imperativ für den Verstand“ gebietet, um mit Otto Liebmann zu sprechen, um Sätze transpsychologisch-

bedingende Grundlage des Wollens“). Indessen richtet sich sein Absehen nicht sowohl auf das Logische bei einem als gegeben vorausgesetzten Willensinhalt, als vielmehr auf logische Erzielung der Zweckrichtung selber. (Vgl. Anm. 3.)

³⁾ Die Gewinnung „richtiger“ Willensinhalte auf dem Wege transzendentallogischer Selbstbesinnung ist möglich, wenn man an „bedingt“ richtige Willensinhalte denkt: wenn man ein bestimmtes Wollen als gegeben voraussetzt und ein anderes Wollen als das unter dieser Voraussetzung richtige in dem Sinne erhärtet, daß es logisch unausweichlich mit jenem ersten Wollen verknüpft ist. Der Panlogismus, der mit den Mitteln der Logik allein „unbedingt“ richtige Willensinhalte festlegen möchte, bedeutet dagegen m. E. ein Programm, aber keine Lösung. Auf einem anderen Blatte steht die logische Durchdringung des Nachsinnens über unbedingt richtige Willensinhalte: die Methode zur Findung solcher. In diesem Sinne richtet bekanntlich Stammler sein Absehen auf transzendentalkritizistische Klarlegung einer allgemeingültigen formalen Methode zur Bestimmung des „richtigen Rechts“. (Freilich kommt Stammler schließlich doch hinaus auf panlogistische Aufrichtung des sachlichen Rechtsideals selber — des sozialen Ideals, der Gemeinschaft frei wollender Menschen. Dieses Ideal oder ein anderes kann aber aus nur methodologischen Erwägungen überhaupt nicht hervorgehen. Daß eine Gemeinschaft frei wollender Menschen gewollt werden soll, ist eine translogische These. Methodologisch läßt sich nur aussagen, daß, wenn eine solche Gemeinschaft wollenswert ist, die und die Gedankenzusammenhänge notwendig einsetzen oder umgekehrt, wenn gewisse translogische Ausgangspunkte gewählt werden, ein logischer Weg von diesen aus zur Bejahung der Dignität der Gemeinschaft frei wollender Menschen führt.)

Indessen, sei dem, wie ihm wolle: Die nachfolgenden Erörterungen sind von der Frage, ob das Wollen selber logisiert werden kann, unabhängig. Wer die Willensrichtigkeit unmittelbar als absolute logische Denkrichtigkeit faßt, geht in der logischen Bemeisterung der Willensdenkakte nur noch viel weiter, als es im Folgenden geschieht.

apriorischen, nicht empirischen Ursprungs, allgemein gültig und notwendig das logische Gewissen anrufend.

Dasjenige nun, was der *Λόγος* dem Willenssubjekt gebietend zuruft, ist

1. allgemein: daß das gesamte Begriffsarsenal und das gesamte Schlußfolgern auf das Willensziel eingestellt, daß das gesamte Denken und mit ihm die Begriffsbildung in dem Sinne zielgerecht zweckbeherrscht sei, daß der als gegeben vorausgesetzte wertende Standpunkt alle Glieder des Denkprozesses gegenständlich durchdringt. So frei der Entschluß auch ist, und so vielfältig seine Subjekte, so vielgestaltig auch die ihm zugrunde liegenden Wertungen sind, immer fordert sein sachlicher Inhalt einen ihm als der regierenden Vorstellung logisch angepaßten Denkumbau heraus. Wohl ist die sachliche willensmäßige Bestimmung das logische prius — „im Anfang war die Tat“ —, aber mit ihr ist das denkmäßig Notwendige gegeben: „das Erste steht uns frei, beim Zweiten sind wir Knechte.“ Was immer an Begriffen bei dem Willensdenkakt auftritt: sie alle müssen sich durch irgend eine Beziehung zu dem Willensziel legitimieren, sowie alle Syllogismen unmittelbar oder mittelbar diesem zustreben müssen. Drängen sich andere Elemente in den Denkakt ein, so verfälschen sie ihn; der Wollende landet dann, er weiß nicht wo, oder wo anders, als er wollte.

2. Im Einzelnen erheischt die Willenslogik

- a) eine diskursiv denkende Erfassung jedes einzelnen Willensziels, also jeder Wertung, an sich. Dem Gewollten muß ein Vorstellungsinhalt entsprechen, widrigenfalls es leer ist: auch beim Wollen gilt, daß, wo Begriffe fehlen, ein Wort zur rechten Zeit sich einstellt, und dieses bloße „Wort“ ein Nichts ist. Mag der Inhalt des Wollens sein, welcher er wolle, mag er insbesondere einem Konkret-Individuellen oder einem Abstrakt-Allgemeinen gelten, immer muß er in einer bestimmt klaren, nicht durch Nebelschwaden getrühten Vorstellung, eben in einem geschlossenen (Individual- oder Allgemein-) Begriff, geformt sein, widrigenfalls er in seiner Verschwommenheit als formlose Masse „unbegreiflich“ bleibt.
- b) Wo mehrere Wertungen auf ein identisches Willenssubjekt bezogen werden sollen, müssen sie in logisch-einheitlichem Plan exakt denknotwendig zusammenhängen und zusammenstimmen, auf daß sich ein einheitlicher Sinnzusammenhang ergibt, und nicht der Wind durch die Sparren pfeift. Wie bei der kognitiven

Logik herrschen auch bei der Willenslogik für den denkenden Menschen der Satz der Identität, der Satz vom Widerspruch und der Satz vom ausgeschlossenen Dritten. Ohne diese Fundamentalsätze kommt ein einheitliches Willenssystem nicht zustande. Wenn ich wertbejahend *a* will, so will ich es eben und kann nicht zugleich seinen Wert verneinen und es nicht wollen. Wenn *a* und *b* kontradiktorische Gegensätze sind, so kann ich nicht *a* und zugleich *b* wollen: bei gleichzeitiger Richtung des Willens auf *a* und *b* wäre jedenfalls eins von beiden sinnlos gewollt. Und wenn eine Entscheidung zu treffen ist, und dabei *a* und *b* die einzigen möglichen Willensinhalte sind, so habe ich keine andere Wahl als eben zwischen *a* und *b*: eins von beiden muß der Wille erfassen.

Weit entfernt davon, ein Wollen des oder des Inhalts absolut vorzuschreiben, nötigt die Logik nur relativ bei einem vorausgesetzten Willensinhalt zu dessen Selbsterfassung und verwirft sie nur Inhalte, die sich mit ihm nicht reimen.

- c) Alle Volitivbegriffe müssen — wie die Erkenntnisbegriffe — in ihrem logischen Verhältnis (Über- und Unterordnung, Nebenordnung, Incinanderliegen, Übergreifen) klar heraustreten.
- d) Vor allem wird auch das Wollen vom Syllogismus regiert. Seine Prämissen sind hier freilich nicht „Erkenntnisgrund“ für das daraus Abgeleitete. Aber sie haben analoge Volitivfunktion entsprechend der Kategorie des „Mittels“ für den „Zweck“ oder umgekehrt. Auch im Wertes gibt es ein schlußfolgerndes Auf- und Absteigen der Gedanken, gibt es Gedankenbrücken, gibt es „Konsequenz“. Ist einmal eine Wertung abschließend vorgenommen, so sind damit bestimmte andere Wertungen als absolut unvereinbar ausgeschlossen und möglicherweise bestimmte andere Wertungen ohne weiteres denknotwendig mitgesetzt als ein mitgebotenes Wollen. Alle Einzelregelungen umschließt axiomatisch ein System. Damit sind Ausnahmebestimmungen nicht ausgeschlossen. Es steht dem Willenssubjekt frei, das unter das allgemeine *A* fallende besondere *a* abweichend von der Bewertung zu bewerten, die jenem zuteil wird, sofern ihn praktische Motive dabei leiten. Dann ist die logische Konsequenz gewahrt. Was aber schlechterdings nicht angeht, das sind syllogistisch unstimmmige Regelungen ohne Hervortreten des Ausnahmecharakters der einen. Kaum der Hervorhebung bedarf, daß die Behauptung einer logischen Konsequenz auf ein notwendig Mitzuwollendes nicht auf die Behauptung eines

„unbewußten Wollens“ hinausführt. Wenn Binding lehrt, daß jeder Handelnde die notwendigen Folgen seines Tuns, auch soweit sie ihm verschleiert waren, „unbewußt gewollt“ habe, so ist dieser Satz ebenso psychologisch gemeint, wie er psychologisch falsch ist. Es wird damit behauptet, daß empirisch-kausalgesezliche reale Ereignisse, obwohl jenseits der Vorstellung des Handelnden liegend, von dem empirischen Handelnden empirisch mitgewollt seien. Um Derartiges handelt es sich für uns nicht. Es handelt sich nur um die logisch notwendige Verbindung gedanklicher Positionen und nur als notwendig für die transpsychologische Dignität des Wollens. In diesem Zusammenhang hat ein „unbewußtes“ Wollen überhaupt keinen Sinn. Das transzendente Willenssubjekt ist in seiner Idealität nicht mit den Gebrechen des empirischen behaftet. Wirklich wollen und Nichtumhinkönnen zu wollen ist Zweierlei.

Es versteht sich, daß ein nach diesen logischen Forderungen ausgerichtetes Wollen nicht schon deshalb, weil es logisch in Ordnung ist, dem Wollensideal genügt. Methode allein macht nicht selig. Wie im Bereiche des Erkennens des Seienden die Logik nicht imstande ist, die Wahrnehmung („Anschauung“) zu ersetzen und überflüssig zu machen, der rationalistische Dogmatismus vielmehr dem dem empirischen Faktor sein Teil lassenden Kritizismus weichen muß, so kann im Bereiche des Bestimmens von Seinsollendem die logische Ordnung des Willensdenkaktes dessen sachliche Güte nicht verbürgen. Ein methodisch noch so stilgerechtes Willenswerk kann einem Gefäß gleichen, das hohl ist oder ungenießbaren Inhalt umschließt („Ist es gleich Wahnsinn, hat es doch Methode“).

Aber auf der anderen Seite tut auch der „gute“ Wille, der das wirklich Werthafte ergreifende Wille, allein es nicht. Mit der sachlichen Werthaftigkeit des Willensziels muß sich die logische Exaktheit der Denkform, das Logische als Rückgrat des Wollens verbinden (Hermann Cohen: „Ohne Logik keine Ethik“): der volle Wert, die volle Sinnhaftigkeit alles Wollens und Handelns ist in dieser Weise doppelt bedingt. Der „gedankenlose“, d. i. der logisch nicht verankerte Willensakt läßt schon in dem Wollenden selbst kein begründetes Zwangsgefühl aufkommen, geschweige denn daß er bei anderen ein solches auslöste. Wollen ohne Denken ist ebenso „blind“, wie für das Erkennen Anschauung ohne Begriffe blind ist. Soll ein Wollen „verstanden“, „begriffen“ werden, so kann es das nur, soweit es ein denkendes Wollen ist. Soweit den Willen nach Inhalt und Tragweite kein logisches Denken be-

gleitet, bleiben sie unverständlich. Der sich nicht in die Denkordnung eingliedernde Willensakt ist launenhaft, willkürlich, oberflächlich, charakterlos, instinktiv, zufällig, ein Geschöpf eines haltlosen Subjektivismus und reinsten Ipsedixitismus: das Willenssubjekt ist unfähig, Rede und Antwort zu stehen. „Du weißt ja selbst nicht, was du willst“ — so wird man ihm sagen —, wie sollen andere dir folgen können?

In diesem Sinne ist die Logik für alles Wollen, wenn auch ohne konstitutive, so doch von regulativer Bedeutung. Sie ist wie für das Erkennen so auch für das Wollen „die hohe Polizei“. In den materiellen Gehalt der Entschlüsse nicht eingreifend, diesen vielmehr dienstbar, wie immer sie beschaffen seien, sichert sie diesem doch eine geistige Wirkung, die sonst ausbleiben würde.

2. Das gesetzgeberische Denken unter dem logischen Gesetz.

I. Nach dem Vorausgeführten wird es nicht zweifelhaft sein, daß und in welchem Sinne auch die Gesetzgebung unter methodischer Kontrolle steht. Kein empirischer Wille kann sich der logischen Beurteilung auf das mit ihm einhergehende Denkgefüge hin unterziehen, es sei der Wille eines Einzelnen oder der aus Übereinstimmung, aus Überstimmung oder aus Kompromiß hervorgehende Willensakt einer Mehrheit von einzelnen. Die gesetzgeberische Regelung vollends, bestimmt dazu: tiefer als jede andere in das menschliche Leben einzugreifen, setzt sich selbst mehr oder weniger matt, soweit sie logisch mangelhaft ist. Mag bei reinen „Tathandlungen“, zu denen ein Einzelner sich entschließt, die logische Kritik eine rein theoretische sein, und mag man dabei dem Willenssubjekt die Verantwortung dafür überlassen, ob er sich als „logischer Kopf“ bewährt oder unmethodisch verfährt, so bedeutet bei „Äußerungen“, bei Kundgebungen eines Willenssinngefüges, die Andere denkend erfassen sollen, der methodische Mangel zugleich einen praktischen Mangel. Hier soll ja der Willensakt Gegenstand des Erkennens sein. Ein Erkennen gibt es aber nur in den Formen der kognitiven Logik; und je weniger der Wollende logisch gedacht hat, um so weniger wird der ihm Nach-Denkende zur Erkenntnis des Willenssinns gelangen. Verstehbar ist der Willensakt nur als Willensdenkakt ⁴⁾. Und so

⁴⁾ Man darf deshalb nicht mit Wach, Vergl. Darst. des deutsch. u. ausl. StrR., Allg. T. 5 1 sagen: „Das Gesetzbuch wendet sich nicht an unseren Verstand, sondern an den Willen.“ Zwar verzeichnet Adolf Merkel das Bild der Rechtsordnung, wenn er vom „Recht als Lehre“ spricht, wie wenn die Kenntnisbereicherung einer der Zwecke der Rechtsordnung wäre. Aber den Verstand aus dem geistigen Verkehr

sind bei der Gesetzgebung Rechtsbefolgung wie Rechtsanwendung in dem Maße in Frage gestellt, in dem das Gesetz den methodischen Anforderungen nicht entspricht.

Zwei Aufgaben sind es, die man gewöhnlich dem Gesetzgeber zuweist: er solle Rechtssätze schaffen, die einmal „richtiges Recht“ darstellen, deren stofflicher Gehalt dem Rechtsideal gemäß ist; und die des weiteren redaktionell-technisch sorgfältig herausgearbeitet sind⁵⁾. In Wahrheit sind es deren drei: Zwischen jenen beiden eingekeilt ist die eigentliche methodologische Aufgabe zu kurz gekommen.

Anzuheben hat die gesetzgeberische Überlegung natürlich mit der sachlichen Wertung der Lebensgegebenheiten, mit der bejahenden oder verneinenden volitiven Stellungnahme. Auch hier, bei der Findung des richtigen Rechtsinhalts, setzt eine methodische Prüfung ein: welches ist das Denkverfahren, das uns allgemeingültig die Beruhigung gewährt, das sachlich Richtige getroffen zu haben? Hier entbrennt der rechtsphilosophische Streit über Empirismus oder Apriorismus, Rationalismus oder Irrationalismus, Absolutismus oder Relativismus usw.

Aber das ist nicht die „Methodik der Gesetzgebung“ in dem hier interessierenden Sinne. Jene Methodik der Findung des richtigen Rechts führt uns dazu, einen bestimmten Willensstandpunkt einzunehmen. Psychologisch lassen solche Überlegungen den Willensakt als solchen zustande kommen. Aber nicht als Willensdenkakt. Soll er ein solcher sein, so muß das Denken nicht bloß darauf gerichtet gewesen sein: von welchen Voraussetzungen aus gelange ich zu sachlich idealer Wertung der Lebensgegebenheiten, sondern auch auf die logische Formung dieser Wertung im Sinn der volitiven Logik. Die Methodik der Gesetzgebung, die hier gemeint ist, setzt die sachliche Wertung

zwischen einem Anordnenden und denen, die sich an die Anordnung halten sollen, auszuschalten, geht nicht an. Wer sich an den Willen eines anderen wendet, wendet sich zugleich an den Verstand. Eine unverstandene Anordnung kann keinen, eine falsch verstandene keinen der Anordnung entsprechenden Willensakt auslösen. Umgekehrt darf man auch nicht das Wort von Böckh: Die Philologie ist das Erkennen des schon einmal Erkannten — auf die Rechtswissenschaft übertragen. Wenn Stammler Lehre vom richtigen Recht, S 4, dies vorschlägt, so gibt er kurz darauf doch die andere Formel: Die Rechtswissenschaft ziele ab auf Wiedergabe eines Willensaktes; und gerade in seinem Sinne ist die „technische Rechtslehre“ auf Erkennen eines Gewollten gerichtet.

⁵⁾ Statt aller anderen vgl. Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung, 5: „Überschaut man die ganze Gesetzgebungsarbeit, so findet man rasch, daß sich zweierlei unterscheiden läßt: die inhaltliche und die technische Seite der Gesetzgebung.“

als gefunden voraus und sorgt nur für deren formelle Herausarbeitung, ihre gedankliche Verarbeitung, Ausprägung und Ordnung. Sie ist deshalb durchaus einheitlich in ihren Anforderungen, vereinbar mit den verschiedensten und einander entgegengesetzten sachlichen Regelungen⁶⁾, nur daß natürlich ihre Anwendung auf die verschiedenen Regelungsinhalte spezifische Einblicke eröffnet.

Auf der anderen Seite ist diese unsere Gesetzgebungsmethodik keineswegs identisch mit der Gesetzesredaktion oder -technik. Diese betrifft den dem Willensdenkakt zu verleihenden sprachlichen Ausdruck. Sprachlich ausgedrückt werden kann aber ein Willensdenkakt erst, wenn sein Denkgehalt feststeht. Die Sprache wurzelt im Denken und hat mit ihm Anteil an der Logik. Die Gesetzesredaktion verhält sich zu der Gesetzgebungslogik ähnlich, wie diese zur Bestimmung des richtigen Rechts: wie das „Gedankliche“ beim Willensakt dessen materiellem Gehalt gegenüber nur „formal“ ist, so ist der Wissensdenkakt als Ganzes wiederum im Verhältnis zu seiner Umsetzung in Worte „materiell“, und das Sprachliche bloße Förmgebung. Es ist deshalb kein vollkommenes Verfahren, wenn gesetzgebungslogische Erörterungen ungeschieden mit der Beantwortung der redaktionelltechnischen Probleme verbunden werden, wie dies öfter geschieht⁷⁾. Zu ihrem vollen Recht gelangt die Gesetzgebungsmethodik erst, wenn sie in voller Selbständigkeit einerseits gegenüber der Frage nach dem richtigen Recht und andererseits gegenüber

⁶⁾ Das Entsprechende betont Zitelmann a. a. O. 14 für die Gesetzgebungstechnik. Aber auch für die aus der letzten herauszuschälende Methodik gilt nichts anderes.

⁷⁾ So bei Wach, Abschnitt „Legislative Technik“ in der Vergl. Darst. des deutsch. u. ausl. StrR., Allg. T. 5 1 ff. — Vgl. auch Gutherz, Studien zur Gesetzestechnik I 4, 110; Zitelmann a. a. O., z. B. 16, 19, 31. Übrigens greifen die Erörterungen über Gesetzgebungstechnik regelmäßig sogar in Gebiete über, die nicht nur nicht im Rahmen des Redaktionellen, sondern nicht einmal im Rahmen des Methodischen liegen, sondern die Sache selbst angehen. Dies gilt namentlich für das Problem der „kasuistischen“ oder aber „prinzipiellen“ Regelung. Ob diese oder jene getroffen werden soll, ist willensmäßige Entscheidung. Sie wird natürlich, wie jede gesetzgeberische sachliche Stellungnahme, von der Zweck-Mittels-Vorstellung beherrscht, d. h. speziell es wird bei ihr erwogen, wie eine entsprechend im Gesetz ausgedrückte Regelung wirken wird. Daß sie darum aber eine sachliche Regelung bedeutet, zeigt sich darin, daß dabei das Methodisch-Gedankliche und erst recht die Ausdrucksfrage gar keine selbständigen Fragen in sich schließen: ist kasuistische Regelung beschlossen, so ist für sie gerade so der erfahrungsgemäß adäquate Ausdruck das Suchobjekt, wie umgekehrt, wenn prinzipielle Regelung beschlossen ist.

der redaktionellen Frage behandelt wird. „Rem tene, verba sequentur!“

Dabei soll nicht verkannt werden, daß das Denken schon bei bei dem einsam für sich Nachdenkenden ein „inneres Selbstgespräch“, ein „in Worten Denken“, ist, und erst recht die Denkverständnis unter Mehreren nicht anders als in Worten ausgedrückt vor sich gehen kann, daß deshalb es auf den ersten Blick geboten erscheinen kann, das Denk- und das Ausdrucksproblem ungesondert als eins zu behandeln. Die Sprache ist derart ein Korrelat des Denkens, daß das Gedachte erst in sprachlicher Fassung seinen Abschluß, seine Endgültigkeit als Denkprodukt erreicht. Daher begegnet es dem, der, seine Denkaufgabe als beendet ansehend, an die Redaktion herantritt, nicht selten, daß er sich auf jene zurückgeworfen sieht: daß er inne wird, wie er in Wahrheit noch nicht völlig im Reinen war. Jherings Wort vom „sich klar Schreiben“ gibt eine unanfechtbare Erfahrung wieder.

Das alles soll gewiß nicht verkannt werden. Aber das psychologisch ineinander Verschlungene kann und muß methodologisch dennoch getrennt werden. Daß es sich um zwei selbständige Probleme handelt, erhellt schon daraus, daß die Sprache außerstande ist, die Funktion des Denkens zu übernehmen: sie versagt sich, unvollkommen wie sie nun einmal ist, mitunter den denkmäßig klaren Vorstellungsbildern, und sie stellt sich andererseits auch einem Vorstellungsinhalt, dem denkmäßiger Sinn abgeht, zur Verfügung. Es erhellt weiter daraus, daß wir jedes der Probleme isolieren können. Wir gehen etwa von einer bestimmten sprachlichen Wendung als gegeben aus und fragen: „was denke ich mir dabei?“, behandeln also bloß das Denkproblem als aufgegeben. Oder umgekehrt: wir nehmen einen Gedankeninhalt als gegeben und fragen nach der besten sprachlichen Fassung, behandeln also nur das Redaktionsproblem als aufgegeben.

Wären Gedankenausdruck und Denken eins und voneinander nicht lösbar, so müßten ja auch Sprachwissenschaft und Philosophie in eins zusammenfließen⁸⁾). Damit enthüllt sich der tiefste Grund des Unterschieds: Die Gesetzgebungstechnik ist eine

⁸⁾ „Im 18. Jahrhundert sagte man, alle Streitigkeiten in der Philosophie seien mehr oder weniger Wortstreitigkeiten. Das sind sie nicht. Sie sind ein Streit um Begriffe, um Unklarheiten, Unbestimmtheiten, Ungenauigkeiten derselben, aus denen verhängnisvolle Zweideutigkeiten für den Sprachgebrauch der Kultur sich ergeben.“ Hermann Cohen in: „Die Geisteswissenschaften“, Jahrg. 1, S. 4.

empiristische Wissenschaft^{o)}, die Methodik arbeitet apriorisch.

Praktisch notwendig ist die gedankliche Zerlegung des psychologischen Prozesses schon deshalb, weil ein Nachsinnen über die Formgebung zwecklos und überflüssig ist, solange nicht die Sinnhaftigkeit des Auszudrückenden gewährleistet ist. Wozu nach dem adäquaten Ausdruck für doch nun einmal Unverständliches suchen?

Und praktisch möglich ist die Zerlegung auch äußerlich deshalb, weil die Ausdrucksweise erfahrungsgemäß zwei Stufen aufweist: eine erste vorläufige, die im großen und ganzen hinreicht, um zu einer Verständigung mit sich und anderen über ein Gedachtes zu gelangen, und eine höhere, bei der — durch „Feilen“ oder, wie die bildliche Kennzeichnung dieses Verfahrens sonst lautet — der Ausdruck tunlichst vergenauert und gegen ungefüge, ungeschickte Sprachgebilde, gegen Sprachgebrauchsvarianten u. dgl., sichergestellt wird. Auf der ersten Stufe genügt es im wesentlichen, die Begriffe mit ihrem sprachlichen Gewand bekleidet zu handhaben, während die zweite mit Satz bildung arbeitet. Auch tun sich, wenn man in das Gebiet der Ausdruckstechnik hinabsteigt, neue Forderungen auf; namentlich, daß der zu förmelnde Satz den auszudrückenden Gedanken möglich knapp, und daß er ihn durch eine einzige sprachliche Wendung wiedergebe, während bei der Herausarbeitung des Gedanklichen an sich gewöhnlich eine behäbigere Breite und ein Wechsel im Ausdruck unschädlich oder sogar angezeigt ist. Endlich erheischt auch die endgültige Förmelung eine Rücksichtnahme auf die Gemeinsprache, während die vorausgehende gedankliche Klärung auch in der „esoterischen“ Juristensprache mit lateinischen termini technici usw., vor sich gehen kann und zweckmäßig vor sich geht. Ob und inwieweit sich bei der satzmäßigen Förmelung die Notwendigkeit ergibt, das auszudrückende Denken selbst noch zu klären, bleibt auf der ersten Arbeitsstufe vorbehalten. Das hindert aber nicht, sich zunächst auf diese zu beschränken.

In diesem Sinne darf und muß auch Gesetzgebung und Gesetzgebungskritik zunächst das Redaktionell-Technische beiseite stellen, um vorerst die logische Sinnhaftigkeit der ins Auge gefaßten Regelung als solche zu prüfen.

^{o)} Vgl. Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung, 4, der die Frage nach der „Kunstlehre für den Gesetzgeber“ dahin formuliert, „ob sich nicht auf Grundlage aller der Erfahrungen, die bei den zahllosen vorhandenen Gesetzgebungen zu sammeln sind, allgemeinere Regeln darüber gewinnen lassen, wie der Gesetzgeber am zweckmäßigsten vorgehen soll“.

Von den drei in ihrer Besonderheit aufgewiesenen gesetzgeberischen Aufgaben¹⁰⁾ ist es die mittlere, die im folgenden durchgenommen werden soll. Sie ist diejenige, bei der gerade der Jurist der berufene Sachverständige ist. Innerhalb der ersten Aufgabe herrschen Zielsetzungen und (hinsichtlich der Mittel zum Zweck) Lebenserfahrungen, die weit über das spezifische Arbeitsgebiet des Juristen hinausgreifen. So wenig er, in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung beschlagen, als Berater ausgeschaltet werden kann, so sehr er das Gewicht seines Standpunktes für die Willensakte selber mit in die Wagschale zu werfen zuständig ist — das Leben geht doch schließlich seinen eigenen Gang, und andere von der Richtigkeit seines Willensstandpunktes zu überzeugen, ist dem Juristen als Juristen nicht gegeben¹¹⁾. Aber hat der Rechtspolitiker — genauer der Rechtsinhaltspolitiker — die sachlichen Wertungen der Lebensgegebenheiten vollzogen, so ist nun um so mehr der Jurist in seinem Element, wenn es gilt, die logische Seite des Willensdenkakts mit kritischem Auge zu prüfen. Geschult in denkmäßiger Erfassung von positivrechtlich geltenden Normierungen ist er auch imstande, das logische Rüstzeug auf inhaltlich andere neue Normierungen anzuwenden. Das Methodische bleibt ja in aller Jurisprudenz — *de lex ferenda* wie *de legibus latis* — immer das gleiche. Wenn Ludwig K n a p p die Jurisprudenz damit zu beschimpfen glaubte, daß er sie „das gesinnungslose Aktuariat der Revolution wie der Reaktion“ nannte, so hat er damit ebenso richtig erkannt, daß sich das Juristischmethodische mit allen Rechtsordnungsexemplaren und unangesehen ihren historischen Ursprung in gleicher Weise verknüpft, wie er sich blind dafür gezeigt hat, daß eben dies gleichheitliche Erkenntnisverfahren der Charakter der Wissenschaft überhaupt ist, und das Erkennen des Seienden mit dem Charakter des Menschen nichts zu schaffen hat. Für die bei der Gesetzgebung gebotene Arbeitsteilung pflegt auch der Laie Sinn und Verständnis zu haben. Wo immer er irgendwie daran beteiligt ist, rechtliche Regelungen zu treffen: er spürt, daß er, so sehr er

¹⁰⁾ Im Vorübergehen sei hier noch darauf hingewiesen, daß die scharfe Auseinanderhaltung der drei Bestandteile des Gesetzgebungsaktes auch der Lehre von den gesetzgeberischen „Redaktionsversehen“ und „Druckfehlern“ zugute kommt. Es sondern sich die Fälle, die unter diesen Sammelkategorien begriffen zu werden pflegen, derart: entweder hat der Gesetzgeber infolge methodologischer Unzulänglichkeit eine sachliche Wertung vollzogen, die er sonst nicht vollzogen haben würde; oder es fehlt der sachlichen Wertung der adäquate (oder überhaupt jeder) Ausdruck.

¹¹⁾ Ob überhaupt im Bereiche des „richtigen Rechts“ ein „Überzeugen“ möglich ist, hängt von der rechtsphilosophischen Vorfrage ab, in welcher Methode die idealen Rechtsinhalte ausfindig zu machen seien.

für den Inhalt der Beschlüsse Maßgeblichkeit für sich in Anspruch nimmt, des Juristen nicht entraten kann. „Wir beschließen,“ so hieß es vor Jahren einmal in einem Stadtparlament in immer wiederkehrender Wendung, „und der Jurist (der rechtsverständige Stadtrat) hat den Modus zu finden“. „Den Modus finden“ bedeutete eben die Herstellung der logischen Ordnung bei voller Wahrung des Beschlußinhalts.

Aber auch im Verhältnis zu der Ausdrucksförmelung ist die methodische Arbeit spezifische Juristensache, insofern es sich bei jener wohl auch mit um juristischen Sprachgebrauch handelt, dieser ja aber keine Geheimsprache ausmacht, sondern in die Allgemeinsprache eingliedert ist, und deshalb bei der Gesetzesredaktion teils jeder Nichtjurist, wofern er nur ein Gebildeter ist, mitreden kann, teils der Sprachwissenschaftler, der Philologe, zur Geltung zu kommen beanspruchen kann.

II. Die methodologischen Leitsätze, die über der Gesetzgebung walten, gewinnt man, wenn man sich an die logischen Richtlinien hält, die allgemein für jeden volitiven Denkart gelten (oben S. 17 ff.), und die Sonderprobleme ins Auge faßt, die der Rechtsregelung als einer besonderen Art von Willensakten eigentümlich sind.

1. Wenn der Gesetzgeber, wie jedes Willenssubjekt, diskursiv, in Begriffen, zu denken hat, so muß Klarheit darüber obwalten, inwieweit er diese Begriffe frei schafft, und inwieweit er in fest vorgezeichneten Gedankengeleisen läuft. Welche Bewandnis hat es mit der „gesetzgeberischen Begriffsbildung“?

Es ist hier nicht der Ort, das Problem der juristischen Begriffe in seiner ganzen Breite aufzurollen. Für die Zwecke dieser Abhandlung genügt es, folgendes festzustellen:

Einmal: es gibt Begriffe, denen auch der Gesetzgeber untertan ist, so daß sein Denken unbedingt in ihren Bahnen laufen muß, widrigenfalls er dem ihm Nach-Denkenden Unverständliches zumutet. Das sind zunächst die allgemeinen erkenntnistheoretischen Kategorien. „Sollen“ und „Sein“; „Bejahung“ und „Verneinung“; „abstrakt“ und „konkret“; „möglich“, „wirklich“, „notwendig“ usw. — das alles sind allgemeingültige Begriffe. Jeder Emanzipationsversuch des Gesetzgebers würde an Denkmöglichkeit scheitern. Aber auch schon jede Verschwommenheit der gesetzgeberischen Vorstellungsbilder in erkenntnistheoretischer Hinsicht ist gefährlich. Tatsächlich waltet eine solche zum Teil recht weitgehende Verschwommenheit oft insofern ob, als das zu regelnde „Sein“ dem es regelnden „Soll“ selber nicht scharf

gegenübergestellt wird, und innerhalb des zu regelnden Seins das Konkret-Individuelle und das Abstrakt-Allgemeine in eins verschwimmen¹²⁾). Zu den auch für den Gesetzgeber unverrückbar gegebenen Begriffen gehören weiter diejenigen, die sich als notwendige Ableitungen aus dem Begriff des „Rechts“ selber, als *rechts* erkenntnistheoretische Kategorien oder fundamentale rechtliche Grundbegriffe ergeben. Kein Gesetzgeber kann z. B. davon loskommen, daß die Rechtswidrigkeit etwas anderes ist als die Schuld, und beide wiederum etwas anderes sind als die Strafbarkeit¹³⁾).

Grundverschieden von diesen formalen Gesichtspunkt-begriffen sind nun aber die rechtssatzmäßigen Begriffe selber, in denen sich die gesetzgeberische Normierung ausdrückt. Das sind für den Gesetzgeber Begriffe eigener Prägung, Volitivbegriffe; er selber ist es, der über die mit ihnen zu „begreifenden“ Vorstellungsinhalte frei verfügt: „So er befiehlt, so geschieht's, und so er gebietet, so steht es da.“ Nur sein eigenes Ziel und die Funktion, die danach den einzelnen Begriffen zukommen soll, sind für ihn maßgeblich. Der in diesem Sinne ziels- oder funktionswidrige Begriff freilich taugt nichts; der ziels- und funktionsgerecht aufgestellte Begriff aber unterliegt keiner Anfechtung.

Deshalb ist es hinsichtlich der gesetzgeberischen Begriffsbildung hier von größter Wichtigkeit, daß sich die empirischen Menschen, die an Entwurf und Gutheißung des Gesetzesinhalts mitwirken, auch ihrer Freiheit, diese verstanden als bloßer Abhängigkeit von ihrem eigenen Ziel, bewußt sind. So sehr sie bei den feststehenden Begriffen der Erkenntnistheorie und der Rechts-erkenntnislehre einen Schlag in die Luft tun, wenn sie von diesen loszukommen anstreben, so unzulänglich verfahren sie auf der anderen Seite, wenn sie bei den rechtssatzmäßigen Begriffen entweder wähen, diese Begriffe seien ohne ihr Zutun schon fertig da, oder wenn sie diese Begriffe formalistisch statt zweckgerichtet aufstellen.

Man sollte meinen, daß die Verfasser von Gesetzentwürfen über dieser ihrer Freiheit eifersüchtig wachen würden. Ist doch

¹²⁾ Dies ist unten im Hinblick auf den strafrechtlichen „Tatbestands“-Begriff näher zu beleuchten.

¹³⁾ Gegen den StGB.-Vorentwurf von 1909 setzte deshalb einmütige Kritik ein, als er kühn vermeinte, den Unterschied der verschiedenen Arten von Strafausschließungsgründen (Unrechtsausschließung, Schuld-ausschließung, reine Strafausschließung) „aufheben“ zu können. Wäre der Vorentwurf Gesetz geworden, so wären Rechtswissenschaft und Praxis über diese Verirrung lächelnd hinweggegangen.

die Bildung der rechtssatzmäßigen Begriffe das einzige Element der gesetzgeberischen Arbeit, bei dem sie persönlich-schöpferisch auftreten können. Wo es gilt, den sachlichen Gehalt der Regelungen zu bestimmen, müssen sie weitgehende Entsagung üben, teils weil sie, wenn zu mehreren vereinigt, untereinander uneins sind, teils weil sie voraussehen, daß die von ihnen für sachlich richtig gehaltene Regelung keine Aussicht hat, von den gesetzgebenden Körperschaften angenommen zu werden. Auf der anderen Seite ruft ihrem Denken die Logik, und ihrer Ausdrucksförmelung das Gesetz der Sprache zu, das dies und das, „nicht gehe“. Nur die Herausarbeitung bestimmter Vorstellungsbilder zu Einzelbegriffen entsprechend dem als feststehend einzusetzenden sachlichen Zweck ist eigene freie Tat.

Wenn man den Werdegang von Gesetzentwürfen verfolgt, so wird man aber inne, daß diese tatsächlich in außerordentlich weitem Umfange teils da, wo sie herrschen sollten, sich als bloße Diener von überlieferten Vorstellungsbildern fühlen, teils zwar einen Begriff selber prägen, ihn aber statt ihn von ihren eigenen Zielen abhängig zu gestalten, formalistisch aus der Luft schöpfen.

Zur Verdeutlichung solchen falschorientierten Vorgehens ist es angezeigt, auf die dem Rechtssatz eigene charakteristische Schichtung seiner begrifflichen Elemente einen Blick zu werfen. Jeder Rechtssatz benennt irgendeine Gegebenheit des sozialen Lebens (abstrakt-schematisch) und unterstellt sie einer rechtlichen Bewertung bestimmter Art (möglicherweise, was indessen hier nicht weiter verfolgt werden soll; unter Aufstellung bestimmter Bedingungen für die Bewertung). So treten in dem Sinngefüge des Rechtssatzes 2 Begriffsreihen auf: *S e i n s* begriffe, diese als solche noch wertfrei, erst der rechtlichen Wertung harrend, und *W e r t u n g s* begriffe, eine rechtliche Bedeutung enthaltend. Die letzteren entstammen natürlich der unmittelbaren Setzung durch das Recht. Aber auch die ersteren werden im Rechtssatz nur funktionell für die anschließende rechtliche Regelung benötigt; auch sie sind, um einen Ausdruck von *L a s k*¹⁴⁾ zu gebrauchen, „mit einem teleologischen Gespinnst überzogen“. Ihre Herausarbeitung hat deshalb im engsten Verbande mit den dazugehörigen Bedeutungsbegriffen zu geschehen. Das gesamte, der rechtlichen Regelung harrende Sein wird vom Gesetzgeber begrifflich so erfaßt, wie es für seine Zwecke nötig ist. Er *k a n n* sich an eine schon anderweit bestehende begriffliche Schichtung anlehnen, er *b r a u c h t* es aber *n i c h t* zu tun.

¹⁴⁾ In Windelbands Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts² 306.

Nirgends also hat sich der Gesetzgeber bei der Begriffsbildung, soweit es sich um die begrifflichen Elemente seiner Normierungen handelt, als bloßes Erkenntnissubjekt zu fühlen. Niemals ist für ihn die Frage die: was ist z. B. Zurechnungsfähigkeit, Strafbarkeit, Mensch, Eisenbahn, sondern: was soll *me statuent e* dieser Begriff bedeuten (sei es als unmittelbar eine Rechtswertung ausdrückender, sei es als zum Behufe einer daran anzuschließenden Rechtswertung hinstellender Rechtsbegriff)? Sind die Begriffe, in denen das Recht seine Regelung vollzieht, alle, nach Lasks Wort „mit einem teleologischen Gespinst überzogen“, so ist es ja gerade der Gesetzgeber, der sich unterfängt, diese Fäden zu spinnen. Für die Rechtswissenschaft streitet man zwar darüber, ob sie der teleologischen Begriffsbildung zu huldigen oder woher sonst sie ihre Begriffe holen solle. Aber das Sträuben gegen eine am Zweck ausgerichtete Begriffsbildung erklärt sich hier daraus, daß unter der Flagge des teleologischen mitunter rechtsfremde Zwecke ihren Einzug halten wollen, seien es aus reiner Seinsbetrachtung (soziologisch) gewonnene, seien es autoritativ von dem seine Rolle als bloßes Rechtserkenntnissubjekt verkennende und sich zum Willenssubjekt aufwerfenden Juristen selber gesetzte Zwecke. Versteht man unter den maßgebenden Zwecken die rechtseigenen (materiell-normativen) Zwecke, die aus der Gedankenwelt der Rechtsordnung selbst stammenden, so kann kein Zweifel daran sein, daß diese es sind, die die gesamte Begriffswelt unmittelbar oder mittelbar regieren. Vollends deutlich ist, daß im gesetzgeberischen Denkkakt kein Begriff der teleologischen Funktion bar sein kann.

Es war deshalb z. B. ein fehlerhafter Gedankengang, wenn sich die Verfasser des StGB.-Vorentwurfs von 1909 hinsichtlich des „Zweikampfs“-Begriffs in vinculis wähnten, als es galt, über die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensur Bestimmung zu treffen. Sie argumentierten folgendermaßen (nicht wörtlich, aber der Sache nach): „Nachdem wir uns dahin schlüssig geworden sind, daß der Zweikampf mit tödlichen Waffen so und so strafbar sein soll, haben wir damit auch die Schlägermensur mit getroffen; das wollen wir aber nicht; deshalb bedarf es nun noch einer Ausnahmebestimmung für sie, die wir nunmehr folgen lassen.“ Also der Begriff des Zweikampfs mit tödlichen Waffen war ihrer Meinung nach fertig gegeben, so daß sie an ihm nichts ändern könnten, sondern nur Regelungsverschiedenheiten innerhalb seiner eintreten lassen könnten. Dabei ist doch dieser Begriff ein gesetzeseigener Begriff, und nur darauf kommt es an,

welchen Sinn der Gesetzgeber mit ihm verbunden wissen will. Meint er, daß das sprachliche Gewand des Begriffs von den Adressaten des Gesetzes anders gedeutet werden würde, als er es bezieht, so mag er seine Definition noch ausdrücklich dem Gesetz mit auf die Reise geben. Daß er dem Begriff gegenüber machtlos sei, ist jedenfalls ein Irrtum über seine Machtvollkommenheit.

Noch schwerer wiegt ein anderer — nicht seltener — Fehler, darin bestehend, daß ein Begriffsinhalt nicht aus der Funktion, die der Begriff innerhalb der betr. rechtssätzlichen Regelung erfüllen soll, hergeleitet wird, sondern umgekehrt in absolut formaler Weise hingestellt wird, und dann erst die Rechtssätze sozusagen darum herumgehängt werden. So unbedingt notwendig die scharfe Herausarbeitung der Begriffe nach der formal-konstruktiven Seite ist — ein großer Teil dieser Abhandlung ist ja gerade dahin gerichtet —, so sehr sind doch Begriffe, die nicht funktionell geformt werden, Fremdkörper, die das Rechtsverständnis erschweren oder unmöglich machen. Gerade der StGB.-Entwurf von 1909 hat in weitem Maße verkannt, daß gewisse strafrechtliche Allgemeinbegriffe (Täter, Teilnehmer, Versuch usw.) nicht in isoliert konstruktivem Verfahren zu zimmern, sondern funktionell vom Strafgesetz aus zu gewinnen sind. Dies wird unten genauer aufzuzeigen sein.

Die Erklärung für das nicht seltene Vorkommen dieses Fehlers liegt zum größten Teil darin, daß die Verfasser von Gesetzentwürfen zu der bestehenden Rechtswissenschaft und den in der Rechtsprechung hervorgetretenen Rechtsauffassungen nicht das richtige Verhältnis gefunden, genauer gesagt, nicht den richtigen Abstand eingehalten haben. So überaus wertvoll für die Gesetzgebung die wissenschaftlich-praktische Vorarbeit ist, die sie vorfindet, so unverzeihlich es ist, wenn sich Entwurfsverfasser, statt sich umfassend in sie zu vertiefen, sie unbeachtet beiseite liegen lassen, so ist doch stets zweierlei zu beachten. Einmal, daß auch die Wissenschaft und die Praxis öfter den Fehler begehen, die in Frage stehenden Rechtsbegriffe als apriorisch gegebene zu behandeln und in das positive Recht hineinzulegen. Sodann aber und vornehmlich, daß diese Rechtsbegriffe, auch wo sie von Rechtswissenschaft und Praxis im Sinne des jeweils geltenden Rechts zutreffend herausgearbeitet sind, damit keine Allgemeingültigkeit, insbesondere keine Gültigkeit für das erst zu schaffende Recht erlangt haben. Deshalb hat namentlich da, wo ein Begriff den Gegenstand einer Streitfrage bildet, der Gesetzgeber niemals zu fragen: welche der

Theorien ist die richtige? oder auch nur: welche der Theorien wähle ich mir aus? Sondern: welche Begriffsbestimmung ergibt sich für mich aus dem von mir eingenommenen sachlichen Regelungsstandpunkt? Es gilt für ihn nicht, den Begriff „zu erkennen“, es gilt für ihn auch nicht den Begriff als solchen „zu wollen“; sondern es gilt für ihn, den Begriff so zu fassen, daß er zu den von ihm selbst vorgenommenen willensmäßigen Festsetzungen teleologisch paßt. Die eigene sachliche Regelung ist die Seele der gesetzgeberischen Begriffsbildung. Wenn die Verfasser von Gesetzentwürfen die Begriffsbildung häufig nicht in dieser Weise in die Hand nehmen, so ist das psychologisch begreiflich: der auf die *lex lata* eingestellte Jurist bringt eben seinen Begriffsapparat mit, und es mag ihm leicht entgehen, daß dieser zu den eigenen Willenszielen nicht stimmt, daß die abgelagerten Begriffe für ihn versteinerte Begriffe sind, die in das Museum gehören. Aber freilich für die Zukunft darf volle Klarheit darüber gefordert werden, daß sich der gesetzgeberische Willensakt zwar keineswegs auf die mehr oder weniger willkürliche Aufstellung der rechtssatzmäßigen Begriffe als solche richtet, daß diese Begriffe aber durch ihn als Willensdenkakt bedingt werden.

2. So sehr aber der Gesetzgeber hinsichtlich der Begriffe, die er als Elemente der von ihm gewollten Rechtssatzinhalte benötigt, frei schalten kann, lediglich geleitet von seinem sachlichen Willensziel, so sehr ist er doch auf der anderen Seite dabei in gewissen Beziehungen dem *λόγος* untertan:

a) jeder Begriff muß irgendeinen Inhalt haben, d. h. etwas besagen, was erst kraft seiner eine neue Vorstellung eröffnet. Der Gesetzgeber hat sich vor leeren Worten zu hüten, Anordnungen zu vermeiden, die aus dem Gesetz gestrichen werden könnten¹⁵⁾.

Hinsichtlich des Grads der Bestimmtheit des Inhalts können dem Gesetzgeber keine Vorschriften von Logik wegen gemacht werden. Aber darüber darf er sich nicht

¹⁵⁾ Hier sei angemerkt, daß der Entwurf 1919 in § 37 eine solche inhaltsleere Bestimmung bietet. „Bilden mehrere Taten einer Person eine fortgesetzte Straftat, so ist die Strafe unter Berücksichtigung des Umfangs der strafbaren Tätigkeit zu bemessen.“ Da — auch nach dem Entwurf — die Strafbemessung allgemein nach dem „Umfang der strafbaren Tätigkeit“ zu erfolgen hat und das fortgesetzte Delikt aber größeren Umfang hat als das in einem einzigen Tun bestehende, so ist § 37 ebenso richtig wie überflüssig. Das, was wissenswert wäre, ist: welches nach dem Entwurf die begrifflichen Merkmale eines fortgesetzten Delikts sind — und gerade das zu sagen vermeidet § 37!

täuschen, daß er eine wirkliche Rechtsregelung nur in der Umänderung vornimmt, in der ihm der Begriff vor der Seele steht. Wo die Unbestimmtheit, die er gelassen hat, anfängt, da beginnt die Individualregelung an Stelle des gleichheitlich normierenden Schemas, und da setzt in der Rechtsanwendung das richterliche Ermessen ein mit der unausweichlichen Folge, daß möglicherweise gleichliegende Fälle ungleich behandelt werden. Das kann praktisch, das kann sogar dringend geboten sein, und es wäre sogar traurig, wenn das ganze Leben restlos unter ein dürres Schema gezwängt würde. Aber das freilich gebietet die praktische Logik, daß inso weit keine begriffliche Unbestimmtheit bleibt, als der Gesetzgeber selbst gerade keine Individualregelung will, sondern das Ziel gleichheitlicher Normierung verfolgt. Er muß dieses Ziel eben verfehlen, wenn er insoweit Unbestimmtheiten bestehen läßt.

b) Jeder Begriff muß klar und in sich geschlossen der Gesetzgeber muß sich über seinen Inhalt im Reinen gewesen sein.

Hier ist, gerade mit Rücksicht auf den Entwurf, namentlich eins zu betonen: Es darf nicht ein Begriff in zwei unvereinbare Vorstellungsbilder auslaufen. Damit ist nicht gesagt, daß nicht ein identischer terminus zwei verschiedenartige Bedeutungen haben könnte; gerade die oben betonte Notwendigkeit funktioneller Begriffsbildung ergibt die Möglichkeit, daß sich im Rahmen eines Rechtsatzes ein Begriff anders annimmt als im Rahmen eines anderen. Wo es sich aber um einen funktionell identischen Begriff handelt, da darf er niemals aus zwei conjunktiv auftretenden Positionen bestehen, von denen die erste nicht mit der zweiten stimmt, oder diese von jener etwas zurücknimmt. Die Definition muß vielmehr einheitlich das Ergebnis beider Positionen umschließen. Wollte etwa jemand den Begriff des „Hauses“ dahin definieren: „Haus ist ein steinernes Gebäude mit Türen und Fenstern; es braucht aber nicht von Stein zu sein, wenn es nur Fenster und Türen und eine bestimmte Höhe hat“ — wer möchte sich von solcher Definition befriedigt fühlen? Tatsächlich kommt es im Verkehr gewiß oft genug vor, daß ein Sprechender einem ersten Satze einen zweiten folgen läßt, in dem er sich berichtigt. Aber die Gesetzgebung ist kein mehr oder weniger hastiger Augenblicksvorgang, in ihr soll und kann umfassende logische Überlegung walten und kein Begriff verlautbart werden, der nicht zu Ende gedacht war. Es gilt, wenn ich es so ausdrücken darf, das Prinzip der geradlinig abschließenden, der fertigen Begriffsbil-

dung — ein Prinzip, das der Entwurf von 1919 bei der Teilnahmelehre in drastischer Weise verletzt hat.

c) Galten die bisherigen Betrachtungen jedem Begriff für sich, so ist eine weitere Forderung die, daß das logische Verhältnis aller Begriffe unter sich (ihre Neben- oder Unterordnung usw.) klarliegt, und so durch die Begriffstafel als Ganzes ein geschlossener Zug geht — sonst gibt es verstimmte Akkorde.

d) Jedes Gesetzgebungswerk als Ganzes muß schließlich sorgfältig daraufhin durchdacht sein, daß die Verbindung der Teilregelungen untereinander durch ihr logisches Zusammenstimmen gewährleistet ist. So frei — frei von logischem Zwang — jede gesetzgeberische Wertung ist, so sehr ist sie doch, einmal gemacht, konsequent festzuhalten, und mit ihr die denotwendigen Zusammenhänge. Es geht nicht an, diese Zusammenhänge, die die Logik des (volitiven) Schlußfolgerns aufzeigt, planlos zu zerschneiden, die logischen Verbindungsbrücken, die von dem einen zum anderen führen, in die Luft zu sprengen. Der Gesetzgeber darf mit dem „ergo“ nicht auf gespanntem Fuße stehen. Wo immer Wertungen eingesetzt und auseinandergelegt, gleichgestellt oder differenziert werden, immer muß ein einheitliches Wertungssystem eingehalten werden. Man kann von einem Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts reden. Die „rationes singularum legum“ dürfen, so viele ihrer auch sind, und wie beschaffen sie auch sind, nicht untereinander auf Kriegsfuß stehen. Stimmt das Gesetzgebungswerk charakterlos mit sich selbst nicht überein, — welches von den mehreren Willenssubjekten, die dann gegeneinander kämpfend Beachtung heischen, soll denn dann das maßgebende sein? Wie soll der Jurist, der künftig das Gesetzbuch zu handhaben hat, daraus klug werden? Wenn nach Savigny¹⁶⁾ ein zweifacher Sinn dem Juristen unentbehrlich ist: neben dem „historischen“ der „systematische“, durch den er „jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen“ befähigt ist —, wie soll es dem systematisch noch so feinfühligem Juristen gelingen, in ein zerfahrenes Sinngefüge systematischen Zusammenhang hineinzubringen?

Man darf nicht einwenden, daß bei der Gesetzgebung oft genug die Regelnormierung durch Ausnahme normierungen durchbrochen werden müsse, und daß anderenteils Komprom-

¹⁶⁾ Vom Beruf unserer Zeit S. 48.

missen oft unausweichlich seien, — und daß dabei die „Folgerichtigkeit“ preisgegeben werden müsse. Dieser Einwand würde auf einem Mißverstehen des Prinzips der logischen Einheitlichkeit beruhen.

Was zunächst die Ausnahmebestimmungen anlangt, so bleibt es dem Gesetzgeber von Logik wegen unbenommen, neben eine Position, in der ein X in dem oder dem Sinne gewertet wird, eine andere zu stellen, in der das jenem X unterfallende Y abweichend gewertet wird. Nur muß dabei hervortreten, daß und warum die zweite Position die erste durchbricht, und daß somit die erste nicht mit dem Anspruch absoluter Herrschaft auftritt. Ist dem genügt, so ist das syllogistische Zusammendenken der beiden Positionen gewahrt. Es herrscht dann sozusagen eine föderalistische Ordnung, bei der die einzelnen Teile Sonderstellungen haben, — logische Ordnung bedeutet nicht Unitarismus. Was unangänglich ist, das ist nur, daß einer ersten Position, die sich als durchaus grundsätzlich gibt, die das Ganze als Gesetzeswerk durchdringen will, eine zweite hinzugesellt wird, die jene erste durchbricht, und für die doch völlig verschleiert bleibt, daß und wieso auf einmal der ersteingenommene Standpunkt verlassen wird. Es darf eben niemals eine Einzelbestimmung ein bloßer Gedankenblitz sein. In diesem Sinne kann man geradezu mit Zitelmann behaupten, daß „die logische Konsequenz gerade unserem Gerechtigkeitsgefühl entspricht“, daß „dieses vielfach nichts anderes ist, als das Gefühl logischer Harmonie“. Die Zwecklogik erheischt eben gedankliche Einheitlichkeit der Wertungen, bei motivloser Verschiedenwertung entgegen dem logischen Zusammenhang gesellt sich zu der Unbegreiflichkeit die peinliche Erkenntnis, daß eine der Regelungen jedenfalls ungerecht sein muß. Bleibt bei einer Bestimmung im Dunkeln, daß und wieso sie jus singulare darstellt, so ist zudem der Ausleger ratlos, weil er nicht weiß, wieweit sich die spezielle ratio der Ausnahmebestimmung erstreckt.

Ähnlich steht es mit den Kompromissen. Sind der empirischen Willenssubjekte mehrere, so mag es geschehen, daß diese einen Vergleich über den sachlichen Inhalt der zu treffenden Regelung eingehen. Damit wird aber mit dem Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts nicht gebrochen. Es werden nur die empirisch vorhandenen Wertungsstandpunkte durch einen neuen, eine mittlere Linie einhaltenden ersetzt. Dieser neue, durch Verschmelzung jener anderen entstandene untersteht nun aber selber derart dem Prinzip der logischen Einheitlichkeit, daß er mit allen seinen denknöthigen Zusammenhängen als ein

einheitlich geschlossenes Willens-Sinngefüge erfaßbar sein muß. Es dürfen namentlich nicht Reste der zur Seite gestellten Standpunkte stehen bleiben, die zu dem neuen Sinngefüge nicht stimmen. Sie würden, unverständlich wie sie sind, nicht nur nicht förderlich sein, sie würden vielmehr Fragezeichen und Rätsel darstellen.

Neben der Funktion der Fernhaltung von Widersprüchen erfüllt die Aufmerksamkeit auf die syllogistisch gebotenen Zusammenhänge noch eine andere: sie sichert die im eigenen Sinne des Gesetzgebers erschöpfende Behandlung des Stoffs. Je mehr man die logisch notwendigen Zusammenhänge überblickt, um so weniger wird man Regelungslücken — dies Wort im Sinne des eigenen Standpunktes des Willenssubjektes verstanden¹⁷⁾ — übrig lassen. Jene Zusammenhänge erschließen den Einblick in die Gesetzgebungsproblematik. Das unsystematische Wollen wird leicht vom eigenen Standpunkte des Willenssubjektes aus eine Unvollständigkeit der Regelungen bedingen.

III. Das sind die Anforderungen, die die Methodik an alle die stellt, die der Gesetzgebung entwerfend oder kritisierend vorarbeiten. Daß sie unbescheiden wären, läßt sich gewiß nicht behaupten. Sie lassen sich im Grunde in den Imperativ zusammenfassen: denke deiner Freiheit bewußt, aber zweckgerecht, bestimmt, klar, widerspruchlos und vollständig! Es wird nicht mehr verlangt, als daß sich der Gesetzgeber in denkender Selbstklärung, in Selbstkontrolle und Gedankenzucht zu voller Bestimmtheit und Selbstsicherheit, zu einer gerade seiner eigenen Zielrichtung entsprechenden formellen Vollendung, einer gedanklichen Bemeisterung seines Willensaktes erhebe, es wird ihm nicht zugemutet, daß er auch nur das geringste Opfer gegenüber einem materiell anderswohin gerichteten Wollen bringe. Damit kann nun hoffentlich wohl das Mißtrauen der Gesetzgebungspraktiker gegen die Logik als überwunden angesehen werden. Die ablehnende Haltung war und ist berechtigt gegenüber einer Pseudologik, die dem Gesetzgeber in Ansehung der

¹⁷⁾ Die viel behandelte Frage, was der Gesetzgeber alles in den sachlichen Bereich seiner Regelung ziehen soll, bleibt hier ganz außer Betracht. Es handelt sich nicht um das Problem der Erstreckung der Gesetzgebung in das Gebiet des „ungeformelten“ Rechts oder in den bisher „rechtsleeren Raum“ hinein. Die „erschöpfende Vollständigkeit“ und „Lückenlosigkeit“, von der hier die Rede ist, ist vielmehr eine immanente, formell gebotene, die nur den Zusammenschluß des schon als gewollt Vorausgesetzten zum System angeht.

zu treffenden sachlichen Stellungnahme dreinreden, ihm seine praktischen Zwecksetzungen vorschreiben oder verwehren will, die ihm apriorisch fertige Rechtsbegriffe hinreicht und verlangt, daß er sich ihrer bedienen soll, oder die sonst irgendwie die kognitive Logik verwendet wissen will, da doch die volitive Logik in Frage steht. Mit Bezug auf die Postulate der echten Gesetzgebungsmethodik dagegen, die ja immer nur lauten: „Wenn du, Gesetzgeber, das und das willst, dann denke so und so“ — darf niemals eine Ablehnung ihrer Beachtung mit der Begründung gestützt werden wollen: Der Gesetzgeber habe eine „praktische Aufgabe“ zu erledigen. Hier darf nie das Logische als eine Verkümmernng des Praktischen aufgefaßt werden. Im Gegenteil: Die praktische Brauchbarkeit und Vollendung jedes Gesetzgebungswerks ist geradezu durch die Einhaltung der methodischen Normen mibedingt. Logische Mängel sind keine bloßen Schönheitsfehler. Es macht sich in Rechtsverständnis, und folgeweise in Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung auf das Empfindlichste geltend, wenn die Gesetzgebung die Rechtsbegriffe in vinculis, sie unklar, untereinander unstimmig gebildet, oder sie ihre Regelungen widerspruchsvoll gestaltet hat. Daß derjenige „unpraktisch“ handelt, der keine Sicherung gegen Erfolgsvereitelungen und Entgleisungen anbringt, kann doch gewiß nicht in Abrede gezogen werden! Im übrigen ist die logisch mangelhafte Gesetzgebung auch insofern unpraktisch, als sich die Säumnis des Gesetzgebers durch unwirtschaftlichste Vergeudung von Kräften für die Überwindung von Zweifel und Streit in Rechtsleben und Rechtslehre und Rechtspraxis rächt — wohingegen das logische Denken kein Geld kostet!

Jhering überschießt deshalb dem Ausdruck nach das Ziel, wenn er¹⁸⁾ sagt: „Einem praktisch vom Gesetzgeber für notwendig erachteten Rechtssatz den Einwand des begrifflich Unmöglichen, Widersinnigen, Verfehlten entgegensetzen, enthält die schlimmste Anklage, welche der Jurist gegen sich selber erheben kann. Der Vorwurf des mangelhaften juristischen Denkens fällt auf ihn selber zurück.“ Mit dem „begrifflich“ angeblich Unmöglichen wurde zu Jherings Zeit und wird auch heute freilich viel Unfug getrieben, und es ist oben zur Genüge betont worden, daß die rechtssatzmäßigen Begriffe vom gesetzgeberischen Zweck aus regierte Volitivbegriffe sind, in deren Gehalt sich der Jurist nachdenkend zu vertiefen hat. Aber einer Gesetzgebung, die von ihrem eigenen teleologischen Standpunkte aus denkunmög-

¹⁸⁾ Scherz und Ernst, S. 343 (in der Ausgabe von 1884).

liche Begriffe und Widersinniges bietet, seinen Tribut zu zollen, würde gerade J h e r i n g selbst sicher der Letzte sein.

Vor dem Gespenst des „Formalismus“ braucht uns dabei nicht bange zu sein. Es handelt sich selbstverständlich um Einhaltung der Denkformen. Aber ohne sie gibt es überhaupt kein menschliches Geistesleben, insonderheit müssen auch Willensakte, die der Denkkordnung spotten, formlos verschwimmen und der Mystik verfallen. Wer freilich das Logische in dem Sinne überspannen wollte, daß er sich unterfinge, die vom Gesetzgeber zu treffenden Festsetzungen inhaltlich meistern, seine Freiheit in der sachlichen Wertung beeinträchtigen, ihn gewissermaßen durch Zwang oder List „düpieren“ zu wollen, der triebe einen Götzenkultus des Logischen, der schärfster Abwehr bedürfte. Solch tyrannischer ungesunder Formalismus wird aber gerade durch den berechtigten Formalismus überwunden, der dem Logischen den Anteil gibt, der ihm gebührt, aber nicht mehr, der in Anwendung auf die Gesetzgebung weiter nichts fordert, als daß der Gesetzgeber was immer und wie immer er es wertet, sich selbst verstehe und andere ihn verstehen können, dieses aber auch unerbittlich fordert.

Wie sehr Logik und Praxis im Bunde stehen, erweist sich auch darin besonders deutlich, daß alle Auslegung das Gesetz in dem Sinne als logisches Ganze behandelt, daß Regelungen, die im Gesetz nicht ausgesprochen sind, kraft denknöthigen Zusammenhangs ergänzt werden. Schon ein Blick in die Entscheidungen des Reichsgerichts zeigt, wie vielfältig mit „Konsequenzen des gesetzgeberisch Gewollten“ gearbeitet wird. Ob man dabei von dem „subjektiven“ Sinn einer Gesetzesstelle, so wie er den empirischen Gesetzgebungsbeteiligten vorschwebte, ausgeht, oder der „Theorie der objektiven Deutung“ folgt, bleibt sich dabei gleich. Nun läßt sich das Gesetz gewiß nicht mit den Mitteln der rein kognitiven Logik mit einer „logischen Expansionskraft“ ausstatten¹⁹⁾. Wohl aber setzt jeder Ausleger mit Grund voraus, daß er berechtigt ist, unter Zugrundelegung der eigenen gesetzlichen Zweckrichtung volitivlogisch nach Maßgabe der hiernach denknöthigen Zusammenhänge das Unausgesprochene abzurunden. Er huldigt dabei auch durchaus nicht der Bindingschen Psychologie, die unbewußt gebliebene Folgen als mitgewollt ansieht²⁰⁾. Er fußt vielmehr nur auf einer Hypothese, darf und muß aber auf dieser fußen, weil er nicht anders kann, als die Rechtsordnung als von einem Willensdenksubjekt ausgehend

¹⁹⁾ Vgl. oben S. 35, Anm. 17.

²⁰⁾ Vgl. dazu oben S. 19.

zu nehmen. Im Umkreise der „ratio legis“ darf der Ausleger darauf vertrauen, daß er alle volitivlogischen Folgerungen aus ihr ableiten kann, solange nicht eine andersartige Wertung als Gegenratio einschränkend hervortritt²¹⁾.

Hat also der Gesetzgeber tatsächlich denknotwendige Zusammenhänge nicht beachtet, so wird er unter Umständen mit Schrecken gewahr werden, wie die seine logische Umsicht voraussetzende Auslegung Ergebnisse erzielt, die er bei wirklich vorhandener Umsicht abgelehnt haben, für die er vielmehr eine Ausnahmeregelung getroffen, oder um derenthalten er statt der einen Anordnung zwei koordinierte getroffen hätte.

Man hört mitunter sagen: Ein Gegensatz von „praktisch“ und „logisch“ stelle sich häufig dadurch ein, daß die Gesetzgebung einem Kompromiß nicht ausweichen könne. Dann, so meint man, müsse eben notgedrungen die logische Folgerichtigkeit in die Brüche gehen, und man müsse sich dabei bescheiden, daß die Regelung „unlogisch, aber praktisch“ sei. Die Vorstellung ist dabei die, daß Kompromisse eine Art Notstandshandlung seien, und daß sie, da Not kein Gebot kennt, von allen logischen Anforderungen entbunden seien, daß also, kurz gesagt, das Kompromiß das Logische selbst zum Gegenstande habe. Daß das nicht richtig sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Eine Einigung mittels gegenseitigen Nachgebens kann es im Bereiche des Willensinhalts, des Wertungsstandpunkts, in der Sache selbst, im Entscheiden, im Bestimmen geben. Die logischen Notwendigkeiten in ihrer Allgemeingültigkeit unterliegen dagegen niemals einem Kompromiß: ein Kompromiß über sie würde nur bedeuten, daß dabei jedem „der Verstand still steht“. Kein menschlicher Wille kann die Logik totschiagen oder zum Schweigen bringen. Darüber, daß $a =$ nicht a sei, daß ein unklarer Begriff ein klarer, ein Fehlschluß ein brauchbarer Schluß sei usw., kann man sich niemals mit einem anderen „vergleichen“. Die Erklärung dafür, wie man überhaupt, sich selbst beschwichtigend, zu der Auffassung gelangen konnte, als erstreckte sich das gesetzgeberische Kompromiß auch auf die logische Seite des Willensdenkakts, und als opfere man mit ihm auch die Logik selbst, liegt in folgendem: bei jedem Kompromiß sieht jedes der beteiligten Willenssubjekte die logischen Zusammenhänge zerschnitten, die von seinem wertenden Standpunkt aus gegeben waren. Konnte es bisher von einem bestimmten, von ihm eingenommenen Wertungsausgangs-

²¹⁾ Ob und inwieweit eine ratio legis durch rationes extralegem, also der Gesetzesinhalt durch übergesetzliche Erwägungen überwunden werden kann, interessiert hier natürlich nicht.

punkt aus die weiteren damit notwendig verbundenen Normierungen logisch rechtfertigen, so paßt nunmehr dieser Gedankenweg nicht mehr. Das Kompromiß hat plötzlich die logischen Verbindungslinien zerrissen, und keiner kann auf die Frage: wie wollt ihr den Kompromißinhalt logisch rechtfertigen? eine Antwort von seinem Standpunkt aus geben. Allein daraus folgt keineswegs, daß nun alle Logik ein Ende hat. Wie oben betont worden ist, konstituiert ja die Logik überhaupt nicht den Willensinhalt als solchen. Und völlig gleichgültig ist, ob dieser psychologisch-genetisch logisch erfolgt worden ist oder nicht. Es handelt sich also gar nicht um eine logische Rechtfertigung des Kompromißinhalts selber und seines Zustandekommens. Wohl aber tritt, den Kompromißinhalt einmal als gegeben gesetzt, sofort die Logik in ihre Rechte. Er muß nunmehr seiner selbsteigenen Logik genügen, denkmöglich herausgearbeitet, als Willensdenkakt erfaßt werden, weil er sonst nicht verstanden werden könnte. Mag das Kompromiß sachlich gelautes haben auf was es wolle: immer muß dieses neue Willenssinnggefüge in sich bestimmt und klar und als mit dem Gesetzgebungsganzen zusammenstimmend erfaßbar sein. Über Widersprüche im Willensziel schreitet das Kompromiß siegreich hinweg, ein mit einem echten logischen inneren Widerspruch behaftetes Kompromiß dagegen ist totgeboren, weil denkmäßig nicht erfaßbar ²²⁾).

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß bei jedem umfassenderen Willenswerk psychologisch ein denkendes Sichhindurchringen zu dem logisch festgefühten Ergebnis erforderlich ist. Das empirische Bewußtsein muß erst über anfängliche Unbestimmtheiten der einzelnen Willensziele und deren anfängliche Zusammenhanglosigkeit untereinander zu der die praktische Brauchbarkeit des Ganzen bedingenden logischen Ordnung vorwärtsschreiten. Erst nach und nach setzt die Überlegung ein: was will ich denn eigentlich? Kann ich denn zugleich a und b wollen? Liegt nicht in der Richtung meines Willens auf a mit logischer Konsequenz

²²⁾ Die vorstehenden Ausführungen berühren sich mit denen von Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, S. 4—8. Kohlrausch wendet sich besonders gegen die verkehrte Antithese „Wissenschaft — praktisches Bedürfnis“. Seinen Satz, daß Kompromisse, wenn praktisch notwendig, auch theoretisch richtig seien, würde ich freilich dahin abändern, daß praktisch notwendige Kompromisse einestheils inhaltlich überhaupt nicht theoretisch auf Richtigkeit hin prüfbar sind, und daß sie anderenteils den Anforderungen der Wissenschaft, die künftighin mit ihnen arbeiten soll, insoweit, aber auch nur insoweit genügen, als sie in ihrem logischen Bestande exakt sind.

auch die Richtung auf c inbegriffen? Kann ich das eine ohne das andere wollen? Habe ich Gründe, ein a an sich unter a fallendes d anders zu behandeln als a? usw. Das logische Gefüge des Willensdenkakts ist überzeitlich, ohne Anfang und ohne Ende. Psychologisch aber ist der Willensdenkakts nicht sofort fertig da, kann es doch sogar sein, daß ein Willensakt tatsächlich gar nichts von Denken an sich trug.

Vollends der Entstehungsprozeß gerade von G e s e t z e n , historisch-genetisch genommen, ist der Erfüllung der logischen Postulate um so weniger günstig, je mehr Köpfe miteinander oder nacheinander an dem Zustandekommen des Gesetzes beteiligt sind. Der sich als Gesetzgeber oder wie ein Gesetzgeber fühlende Einzelne tut sich noch verhältnismäßig leicht, wenn er ein methodisch möglichst vollendetes Werk schaffen will. Das Beteiligtsein mehrerer, namentlich in Kommissionen, erhöht dagegen die logische Stoßkraft des Willensdenkakts keineswegs, sondern schwächt sie erheblich ab. Denn es fehlt dann in der Regel der Eine, der das sachliche Ergebnis so ganz in den Gesichtskreis seines Interesses einstellt, daß er es auch nach der logischen Seite in Ordnung zu bringen bestrebt wäre. Namentlich ist es eine erfahrungsmäßig häufige Erscheinung, daß bei Kompromissen die logische Durcharbeitung vernachlässigt wird; und gerade hier ist solche deshalb besonders wichtig, weil, psychologisch genommen, diese logische Durcharbeitung hier nicht schon gehörig vorausgegangen ist, sondern erst als kontrollierende Nacharbeit zu folgen hat.

Aber eben deshalb, weil die ersten Schritte zu einem neuen Gesetzbuch hin in methodischer Hinsicht unbewußt mangelhaft zu sein pflegen, ist bei der gesetzgeberischen Fortarbeit um so sorgfältiger in den Punkten, in denen die Kritik Methodefehler aufgezeigt hat, Abhilfe zu schaffen. Je weniger dies geschieht, um so mehr bringen die an dieser Fortarbeit Beteiligten sich und ihre Vorgänger am Werke um die Früchte ihres — wenn auch noch so verdienstvollen — sachlichen Schaffens.

Ganz gewiß soll hier nicht dem Wahn gehuldigt werden, als könne die irdische Gesetzgebung jenes logische Ideal je erreichen. Alles bestimmt, klar, widerspruchslös und lückenlos zu ordnen wird der Gesetzgebung nie gelingen. Les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité, bei diesem Worte Friedrichs des Großen wird es zu verbleiben haben. Nicht nur, daß immer zahlreiche sachliche Regelungen überhaupt jenseits des Gegenstands der Gesetzgebung bleiben, und in Ansehung ihrer die Logik nicht die Stelle des Rechtsordnungssubjekts vertreten kann. Auch im

Bereiche der von der Gesetzgebung ergriffenen sachlichen Regelungen werden sich immer logische Mängel einschleichen. Aber das Eine wird nicht zu bestreiten sein: daß, wenn die Gesetzgebung überhaupt etwas will, sie ihr Ziel um so weniger erreicht, je weniger sie den Willensakt als logisch ausgerichteten Willensdenkakt hinaustreten läßt, je methodeflüchtiger sie ist ²³⁾.

3. Methodik der Strafgesetzgebung insbesondere.

a) Die Möglichkeit einer besonderen Strafgesetzgebungsmethodik.

Es versteht sich von selbst, daß alle Anforderungen, die im Namen des λόγος an die Gesetzgebung überhaupt zu stellen sind, auch für die Strafgesetzgebung gültig sind, soll anders aus dieser ein gedankenklares und denkeinheitliches Strafgesetzbuch hervorgehen. Auf der anderen Seite ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen eben so klar, daß eine auf die Strafgesetzgebung angewandte Methodik immer nur eine hypothetische sein kann in dem Sinne, daß sie immer nur im Hinblick auf und im Anschluß an bestimmte als gegeben vorausgesetzte sachliche Regelungen durchgeführt werden kann. Läge noch völlig im Dunklen, worauf

²³⁾ Es sei gestattet, hier darauf hinzuweisen, daß sich der Werdegang von Gesetzbüchern heutzutage in einem recht unpraktischen Verfahren zu vollziehen pflegt. Es fehlt in ihm das methodische Kontrollorgan, das als Warner und Ratgeber den Werdegang begleitete. Zwischen dem Streit über die Sachentscheidung und den Fassungsstreitigkeiten fällt das logische Element mehr oder weniger aus. In die methodische Ordnung der Entwürfe, soweit solche überhaupt vorhanden war, wird durch sachliche Änderungen ein Strich gemacht, und für methodische Durcharbeitung des abschließenden sachlichen Inhalts des Gesetzes ist nicht Sorge getragen; sie bleibt dem de-lege-lata-Juristen überlassen; dessen dem fertigen Gesetz gewidmetes methodisches Nachdenken hat aber etwas von dem „Rat nach der Tat“ an sich, der „zu spat“ kommt. Und zudem: Wer hätte sich nicht schon Gedanken gemacht über den schmähsch vertanen großen Aufwand an Mühe, der heute in Gestalt der aufeinanderfolgenden Vor-, Kommissions-, nichtamtlichen Schlußentwürfe, des amtlich vorgelegten Entwurfs usw. vor Augen liegt? Wie mir scheint, muß künftig der Entstehungsprozeß in die drei innerlich gebotenen Etappen zerlegt werden: zuerst Festlegung der sachlichen Regelungen als solchen; dann methodische Überarbeitung; schließlich Textredaktion. Zu diesem Behufe hätte der erste Entwurf lediglich punktenweise den Wunschzettel aufzustellen — wenn man hier überhaupt von einem „Gesetzesentwurf“ reden will, denn jede gesetzbuchmäßige Herausarbeitung und Paragraphierung könnte gespart werden. Hierzu hätte die gesetzgebende Körperschaft in erster Lesung beschlußfassend Stellung zu nehmen. Nunmehr hätte ein methodisch geschulter Jurist dem Beschlossenen „Fassung“ zu geben, Unklarheiten, Zusammenhängelosigkeiten, Zwiespältigkeiten in dem Beschlossenen aufzudecken, und es obläge der gesetzgebenden Körperschaft, in den eigenen Spuren ihrer festgelegten Stellungnahme in zweiter Lesung den Mängeln abzuhelpen. Jetzt

es dem Gesetzgeber ankommen wird, so ließe sich ihm auch nicht methodisch vorarbeiten. Tatsächlich sind nun aber heutzutage gewisse Hauptpunkte der zu erwartenden strafrechtlichen Regelung außer Streit, so daß insoweit eine methodische Betrachtung ohne weiteres einsetzen kann; und bei anderen hebt sich scharf umrissen ein Aut-aut ab, so daß jeder der Standpunkte methodischer Klärung zugänglich ist. Insoweit ist es also möglich, das Gesetzbuch schon im embryonalen Zustand und nicht erst nach seinem Zustandekommen methodisch zu bearbeiten.

b) Die Abgrenzung der strafgesetzgeberischen Aufgabe.

Der Gesetzgeber, der sich vornimmt, ein Strafgesetzbuch zu schaffen, kann nicht umhin, sich über die gerade in diesem Gesetzbuch als einem Strafgesetzbuch im Verhältnis zu dem übrigen Recht zu lösende Aufgaben, also über deren Abgrenzung, Gedanken zu machen. Alle Rechtsordnung ist Regelung gesellschaftlichen Daseins; das Strafgesetzbuch ist eine Teilregelung. Also: welche Partien des gesellschaftlichen Daseins und in welcher Bedeutung sollen sie gerade hier geregelt werden?

Was dem Gesetzgeber in großen Zügen — vorbehaltlich noch aller Stellungnahme in den Einzelheiten — vor der Seele steht und ihm dabei gänzlich feststeht, das ist: Das Strafgesetzbuch soll aussprechen, daß gewisse Verhaltensweisen von Rechts wegen ein Leiden, genannt Strafe, nach sich ziehen sollen. Durch dieses Leidensollen der Individuen im Falle eines voraus-

erst wäre an die Aufstellung des eigentlichen „Gesetzesentwurfs“ heranzugehen, der dann den Gegenstand der dritten Lesung des gesetzgebenden Organs bildete. Daß ein solches Verfahren besser zum Ziele führte und ökonomischer wäre, als das heute übliche, dürfte nicht zu bestreiten sein. Natürlich ist hier nur von den umfassenderen Gesetzbüchern die Rede. Immerhin wäre auch für Erlaß von kleineren Einzelgesetzen dringend erwünscht, daß stets ein juristischer Beamter mit der Spezialaufgabe betraut würde, den Inhalt der neuen Vorlage daraufhin zu prüfen, ob und wie er mit der gesamten bisherigen Rechtsordnung zusammenstimmt. Wir haben mit der Gelegenheitsgesetzgebung nach dieser Richtung hin recht traurige Erfahrungen gemacht. Welche Fülle von öden Zweifeln darüber, ob man Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz anzunehmen habe, ob es sich um eine *legi priori* derogierende *lex posterior* handle usw., sind aus der methodischen Sorglosigkeit heraus geboren worden!

Vielleicht wäre es ein dankenswertes Unternehmen, einmal den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung im Hinblick auf den Parlamentarismus zu untersuchen?

Vgl. auch die sich mit dem Vorstehenden berührenden Ausführungen bei Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung 6.

gegangenen Verhaltens wird also der dem Strafgesetzbuch charakteristische Sinn bestimmt; es bildet den dem letzteren eigentümlichen Regelungsgegenstand. Wenn wir der Vorsicht halber noch betonen, daß hier noch ausdrücklich offengehalten wird, ob die Strafe Vergeltung oder präventiven Sinn haben soll, so wird bis hierher keine Meinungsverschiedenheit obwalten. Damit ist aber sofort eine doppelte systematische Abgrenzung ersichtlich geworden: einmal gegenüber dem Strafprozeß, und sodann gegenüber den übrigen Rechtsteilen.

I. Der Gesetzgeber beschränkt seine Aufgabe darauf, dem Individuum das Strafübel als gesollt zuzudenken. Er spricht hier nicht und will hier nicht sprechen von den Tätigkeiten, die die Verwirklichung des Strafübels im einzelnen Falle herbeiführen. Alle Fragen, die nicht sowohl das gedankliche Zukommensollen der Strafe, als vielmehr jene Tätigkeiten, deren Art und Weise und Voraussetzungen angehen, scheiden hier für ihn aus. Er überläßt sie der Regelung durch das Strafprozeßrecht, das schon bestehende oder das künftige, das gesetzlich oder das gewohnheitsrechtlich geregelte. Logisch liegt dabei das Strafrecht als prius vor dem Strafprozeßrecht, das ohne zugehöriges Strafrecht sinnlos wäre.

II. Umgekehrt liegen die übrigen Rechtsteile als logisches prius derart vor dem Strafrecht, daß dieses in scharfer Abgrenzung sein eigenes Gebiet jenen gegenüber hat, daß es sich lediglich auf die Strafbarkeit als seinen Regelungsgegenstand beschränkt und nicht irgendwie auf eine Regelung des als strafbar genannten Verhaltens selber im Punkte seiner rechtlichen Statt- haftigkeit oder Unstatthaftigkeit übergreift, daß es verglichen mit den übrigen Rechtsteilen lediglich „droit sanctionnateur“, nicht „droit déterminateur“, daß es akzessorisch, nicht systematisch prinzipal ist und seinen Sinn verliert, wenn man sich jene übrigen Rechtsteile hinwegdenkt. Danach ist zwar auch im Strafrecht von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit die Rede, aber das Objekt, das an ihm gemessen wird, ist nur der Leidenszustand des Individuums; er ist es, der sich nach dem Strafrecht als — unter gewissen Voraussetzungen — r e c h t g e m ä ß bestimmt. Von den das Leidensollen bedingenden Verhaltensweisen spricht dagegen das Strafrecht nur in ihrer Eigenschaft als straf- auslösenden Vorkommnissen, ohne sie selber auf ihren Rechts- wert hin zu regeln. Wohl setzt das Strafrecht voraus, daß jenes Verhalten rechtswidrig war, da sonst die Strafe als Ungerechtig- keit erschiene, aber welche Verhaltensweisen und inwieweit sie contra jus sind, ist dem Inhalt des Strafgesetzes nicht zu ent-

entnehmen. Da hierüber noch manche Unklarheit besteht, ist darauf näher einzugehen.

Die Gegenmeinung sagt: Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit können nicht in dieser Weise auseinandergerissen werden. Die Strafbareklärung hat selbst verbietende Kraft. Die Rechtswidrigkeit ist insoweit Strafrechtswidrigkeit, und ist als solche nicht Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern Ableitung aus dieser. Die Strafbarkeit bedeutet also selbst Rechtswidrigkeit des zu strafenden Verhaltens, nur daß die Strafbareklärung einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit als möglich vorbehält. Deshalb spielt im Strafrecht die Rechtswidrigkeit keine positive Rolle; mit der Beschreibung des zu bestrafenden Verhaltens im einzelnen Strafgesetz durch den gesetzlichen Tatbestand ist für den Kriminalisten das Rechtswidrigkeitsproblem ausgeschaltet, er braucht nur noch Umschau danach zu halten, ob etwa nach Rechtsbestimmungen außerhalb dieses Strafgesetzes die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist²⁴⁾. Der Kern dieser Lehre ist der Satz von der dem Strafgesetz innewohnenden verbietenden Kraft: die Strafbarkeit drückt begrifflich die Rechtswidrigkeit mit aus — folglich bedeutet der Erlaß eines Strafgesetzes auch die Rechtswidrigerklärung des unter Strafe gestellten Verhaltens. Demonstriert wird die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise an solchen Strafgesetzen, die ein gewisses Verhalten für strafbar erklären, ohne des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit Erwähnung zu tun, und die im ganzen Rechtsgebiet die einzige Stelle sind, wo jenes Verhalten Erwähnung findet. Wenn z. B. § 175 StrGB. die widernatürliche Unzucht für strafbar erklärt, so sei, da andere Regelung fehlt, die widernatürliche Unzucht eben kraft des Strafgesetzes rechtswidrig; diese Rechtswidrigkeit entstammt nicht dem Recht außerhalb des Strafrechts, sondern dem Strafrecht selber.

Diese Lehre beruht auf einer unanfechtbaren Prämisse — daß nämlich Strafbareklärung ohne zugehörige Rechtswidrigkeit sinnlos ist — verwendet sie aber in irriger Weise; und das Ergebnis, zu dem sie kommt, — ein Verhalten, das einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, ist strafbar, soweit nicht Unrechtsausschließungsgründe eingreifen — ist nicht direkt falsch, aber nur eine in usum Delphini abgekürzte Formel, die erstlich nur die Wißbegierde des Kriminalisten befriedigt, und die zweitens nur eine abschließende, kurze, nicht ganz genaue Formel ist, die

²⁴⁾ Typisch in diesem Sinne Frank, StGB. ¹¹⁻¹⁴ S. 3 ff.

sich gerade erst, soweit sie richtig ist, aus unserer methodischen Grundauffassung mittels eines „ergo“ ergibt.

Sogleich von Anfang an waltet über der gegnerischen Lehre ein gewisser Dämmer. „Die“ Strafbarkeitserklärung, so heißt es, hat verbietende Kraft. Also jede? So, daß andere nicht denkbar sind? Nun gibt es aber doch Strafgesetze, denen das Verbot des betreffenden Verhaltens längst vorausgelaufen ist. Eine solche Strafbarkeitserklärung hat denn doch sichtlich keine „verbotende“ „Kraft“, sondern nur die Bedeutung einer — rechtlich bedeutungslosen — Wiederholung, Einschärfung, des Verbots. Nicht „kraft ihrer“ ist die Handlung verboten. Sie bedeutet nicht einen Doppelwillen, sondern einen auf Strafbarkeit allein gerichteten neuen Willen unter Bezugnahme auf schon ohne sie bestehenden, die Rechtswidrigkeit bestimmenden Willen. Wie wenig solche Strafdrohungen „verbotende Kraft“ haben, wird daran deutlich, daß man sie sich ruhig hinwegdenken kann, ohne daß das Verbotensein irgendwie zweifelhaft wäre. Wirklich „verbotende Kraft“ können also überhaupt nur die Strafgesetze haben, die von einem nirgends sonst verbotenen Verhalten sprechen. Schon hier muß man stutzen: wie kann die verbietende Kraft gewissen Strafbareklärungen eigen sein und anderen fehlen? Der Inhalt einer Erklärung ist doch ein stets identischer? Wie sollen wir uns das erklären können?

Aber auch wenn wir uns auf diese selbtherrlichen Strafgesetze, wie man sie vielleicht nennen könnte, beschränken, stellen sich Rätsel ein.

In den einschlägigen Fällen, z. B. bei § 175 StGB., interessiert den Kriminalisten nach der Lehre der Gegner die Frage, ob das Verhalten rechtswidrig sei, gar nicht (denn „die Strafbareklärung hat selbst verbietende Kraft“), ihn interessiert nur, ob negative Umstände da seien, die die Rechtswidrigkeit ausschließen. Aber andere Leute sind auch noch da, die wißbegierig fragen: ist nun eigentlich z. B. widernatürliche Unzucht rechtswidrig? Sie lassen sich weder abspesen mit dem Hinweis darauf, daß sie „strafbar“ sei, denn das interessiert sie nicht, noch mit dem Hinweis darauf, daß bei Gegebensein von Unrechtsausschließungsgründen keine Strafbarkeit bestehe. Wenn z. B. die Polizei befugt und verpflichtet ist, rechtswidrigen Handlungen entgegenzuwirken, und ihr Beamter Augenzeuge ist, wie A im Begriff steht, mit B widernatürliche Unzucht zu üben, so ist die Frage die: ist nun eigentlich widernatürliche Unzucht rechtswidrig? Die gleiche Frage taucht auch auf, wenn es sich um Anwendung des Notwehrparagraphen 227 BGB. bei Verteidigung gegen widernatürliche Un-

zucht handelt²⁵⁾. Für die gegnerische Lehre heißt es hier Farbe zu bekennen. Entweder sie macht Ernst mit ihren Formeln: dann ragt § 175 StGB. in keiner Weise über die Strafbarkeitsfrage hinaus, die „verbietende Kraft“ ist bloß eingekapselt — und damit würde sie dem polizeilichen Vorgehen in sehr großem Umfang den Rechtsboden entziehen (man denke an die große Zahl von „reinen“ Strafgesetzen gerade auf dem Gebiete der eigentlichen Polizeitätigkeit); und das will sie gewiß nicht. Oder sie gibt zu, daß die Bedeutung solcher Strafgesetze nicht bloß „Strafbarkeit mit verbietender Kraft“ ist, und dann gibt sie sich selbst auf, denn dann stehen deutlich vor uns 1. eine nichtstrafrechtliche Verbotsbestimmung; 2. eine dazu hinzutretende, nicht selbst verbietende Strafbareklärung.

Wie will die Gegenlehre ferner fertig werden mit den Fällen, daß dem Erlaß eines solchen selbstherrlichen Strafgesetzes ein späterer Gesetzgebungsakt folgt, der die Strafbarkeit aufhebt? Da nichts als ein Strafrechtssatz vorhanden ist, so kann nach seiner Aufhebung nichts übrig bleiben; die in ihm liegende „verbietende Kraft“ der Strafbareklärung erlischt mit dieser. Nun mag das tatsächlich oft den gesetzgeberischen Intentionen entsprechen. Es kann aber auch vorkommen, daß sich der Gesetzgeber vollständig darüber im reinen ist, daß er zwar die Strafbarkeit beseitigen, aber die Handlung nach wie vor als rechtswidrig behandelt wissen will, daß dieser Wille auch expressis verbis kundgegeben worden ist. Wenn dann das neue Gesetz lautet: „Einziges §: Die Strafbarkeit der widernatürlichen Unzucht wird aufgehoben“ —, so müssen unsere Gegner entweder den Mut haben, trotzdem das Verbot als mitbeseitigt anzusehen, weil es „logisch nicht anders gehe“, d. h. also durch „erkennende Logik“ einen Willensakt vergewaltigen; oder wenn sie davor denn doch zurückschrecken und bekennen, daß man als Jurist ja nur dem Gesetzgebungswillen folgen soll, dann kommen sie ohne halsbrecherische Konstruktionen nicht aus: Sie geben dann also zu, daß jetzt ein außerstrafrechtlicher Rechtssatz, eben der Verbotssatz, besteht, der bisher nicht bestand; wo aber kommt der her? Der einzige empirische Vorgang, bei dem man einsetzen kann, ist der neue „Einziges §“; und das bedeutet: die Strafl o s-erklärung hat „verbietende Kraft“, ja mehr als das: Strafl o s-erklärung bedeutet einen selbständigen, außerstrafrechtlichen Verbotssatz!

²⁵⁾ Ich zitiere absichtlich nicht StGB. 53, um ganz klarzustellen, daß ich in keiner Weise an einen Strafrechtsfall denke.

So kann es auch nicht verwunderlich sein, wenn die Gegenlehre in einen regelrechten Widerspruch ausläuft. „Es muß daran festgehalten werden, daß die Strafbarkeitserklärung ein Rechtssatz ist, der das Verbot unmittelbar (wenn auch verhüllt) ausspricht“; „in der Strafbarkeitserklärung sind regelmäßig zwei Rechtssätze vereinigt, deren begriffliche Trennung für eine Reihe von Fragen große Bedeutung hat“²⁶⁾. Also die Strafbarkeitserklärung ist das eine Mal ein Rechtssatz mit doppeltem Inhalt, das andere Mal eine Vereinigung von zwei Rechtssätzen?

Wenn nun aber doch die Prämisse, von der die Lehre ausgeht, unbestreitbar ist, worin liegt denn dann der Fehler? Er liegt kurz gesagt in einer Zweideutigkeit des Ausdrucks „Strafbarkeitserklärung“ in Verbindung mit der gleichfalls einer Zweideutigkeit Raum gebenden Bildlichkeit der verbotenden „Kraft“. In diesem Dämmerlichte gedeiht die Verwechslung zweier getrennt zu haltender Fragen: der rein methodischen Frage: was „Strafbarkeit“ begrifflich inhaltlich bedeutet, und der anderen: was bedeutet der gegebene psychologisch tatsächliche Akt der „Strafbarkeitserklärung“?

Was zunächst den begrifflichen Bedeutungsgehalt von „Strafbarkeit“ anlangt, so ist jedenfalls das Eine sicher, daß die Aussage „widernatürliche Unzucht ist strafbar“ etwas anderes bedeutet als die Aussage „widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig“. Identisch sind die Begriffe keinesfalls, sonst gäbe es ja auch kein „strafloses Unrecht“. Verhalten sich nun etwa die beiderseitigen Vorstellungsbilder so, daß der Begriff „Strafbarkeit“ den Begriff „Rechtswidrigkeit“ mit umfaßt? Daß jene eine Unterart der Rechtswidrigkeit ist? Was ist denn „rechtswidrig“? Doch gewiß in unserem Zusammenhange ein Verhalten eines Menschen; nicht etwa der Mensch selber. „Strafbar“ ist aber der Mensch selber. Das Vorstellungsbild, das der erstere Begriff umfaßt, ist: ein Verhalten, das rechtlich unstatthaft ist; das Vorstellungsbild bei dem zweiten: ein Mensch, der Strafe leiden soll²⁷⁾. Somit beziehen sich die beiden — prädikat-

²⁶⁾ Frank S. 4, S. 3.

²⁷⁾ Daran ändert auch der Begriff der „strafbaren Handlung“ nichts. „Der Täter und nicht die Tat wird bestraft!“ Strafe ist ein Leiden, in solches kann ein obendrein in der Vergangenheit liegendes „Verhalten“ nicht verstrickt sein. Darin sind sich heute ja Anhänger der modernen, wie der klassischen Richtung einig, daß Strafbarkeit „einer Handlung“ eine abgekürzte Ausdrucksweise ist = eine Handlung, die alle Handelnden vorbehaltlich des Eingreifens von persönlichen Strafausschließungsgründen in Strafe verstrickt. Entsprechend ist eine Handlung, die wegen Vorliegens

begrifflichen — Vorstellungsbilder auf verschiedene Subjekte. Schlösse das Vorstellungsbild „strafbar“, das andere „rechtswidrig“ in sich, so würde die Aussage „der Mensch ist strafbar“ in sich schließen die Aussage: „dieser Mensch ist rechtswidrig“! Das wäre also ein Mensch, dessen Existenz vom Recht verboten ist, dem Recht zuwiderläuft. Durch jede „Strafbarkeit“ wäre mindestens der bürgerliche Tod über den Täter verhängt²⁸⁾! Praktisch genommen erhärtet sich die Besonderheit eines jeden der beiden Begriffe darin, daß tatsächlich oft genug das Vorstellungsbild der Strafbarkeit eines Menschen in uns auftaucht, ohne daß wir dabei zugleich an sein zuvoriges rechtswidriges Verhalten mitdenken, und ohne das uns dieses Bezugsverhältnis ins Bewußtsein tritt. Wäre in dem Begriffsinhalt „Strafbarkeit“ die „Rechtswidrigkeit“ mit enthalten, so wäre das schlechterdings unmöglich: wer sich das Begriffselement „Rechtswidrigkeit“ nicht mit vorstellt, dem würde eben nicht der Begriff „Strafbarkeit“ vorschweben können.

Dieser begrifflichen Verschiedenheit der Sinngebilde „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ entspricht dann genau die Verschiedenheit der Rechtssätze: Rechtssätze, die die Strafbarkeit normieren, bilden das Strafrecht; solche die die Rechtswidrigkeit festlegen, liegen außerhalb des Strafrechts. Andererseits aber besteht nun zwischen den Begriffen ein Sinnzusammenhang. Das Vorstellungsbild von dem gesollten Strafleiden eines Menschen („Strafbarkeit“) kann zwar scharf umrissen isoliert für

eines persönlichen Strafausschließungsgrundes „straflos“ ist, eine Handlung, bei der dieser Handelnde, der ohne Vorliegen dieses Umstandes wegen Gegebenseins einer „an sich strafbaren Handlung“ strafbar wäre, straflos ist.

²⁸⁾ Deshalb hat Frank auch vollständig recht, wenn er gegen v. Liszt betont, daß es nicht angeht „Rechtswidrigkeit“ und „Strafbarkeit“ kumulativ als Merkmale der „strafbaren Handlung“ nebeneinander zu stellen. Er irrt aber, wenn er mich (Lehre v. Verbr. 7) unter die Sünder rechnet; ich habe (L. v. V. S. 47 ff.) vielmehr gerade deutlich betont, daß die „Strafbarkeit“, die als Endergebnis herauskommt, nicht selber wieder durch „Strafbarkeit“ bedingt sein kann, sondern durch „Passen einer bestimmten Strafdrohung“ und Gegebensein der „Strafdrohungsbedingungen“. Das „Passen“ einer Strafdrohung zu einem menschlichen Verhalten ist aber so wenig = Strafbarkeit, wie das Passen eines Anzuges zu mir bedeutet, daß ich damit „angezogen“ sei; es ist nur vorbedingend dafür, daß ich ihn anziehen kann. Gerade die Kategorie der „Strafdrohungsbedingungen“ zeigt deutlich, daß das „Passen“ der Strafdrohung ein bloßes Bezugsverhältnis ist: wenn jemand überhaupt strafbar sein soll, so kann er dies nur nach Maßgabe einer auf sein Verhalten passenden Strafdrohung sein; ob er aber — nach Maßgabe dieser passenden Strafdrohung — strafbar ist, ist damit noch nicht bestimmt. Vgl. noch meine Grundzüge ^{6/7} S. 33.

sich in uns auftauchen, aber in seiner Isoliertheit hat es keine Bedeutung im rechtlichen Zusammenhang, dafür bedarf es der Verbindung mit dem inhaltlich total verschiedenen Begriff der Rechtswidrigkeit, um so, in einer höheren Einheit, zur Geltung zu kommen: es setzt hierfür das andere Vorstellungsbild „Rechtswidrigkeit“ als logisches prius voraus. Des Zusammenhalts mit dem anderen Vorstellungsbilde „Rechtswidrigkeit“, bedürfen wir also sobald es sich um die rechtliche Sinnhaftigkeit der „Strafbarkeit“, um die Erweiterung des Gedankenbildes zu einer rechtsordnungsmäßigen Strafbarkeit handelt. Ohne die Mitvorstellung der „Rechtswidrigkeit“ würde zwar der Begriff der „Strafbarkeit“ völlig klar bleiben — wenn jemand, wie Wallenstein nach Schillers Bericht zu dem ihm vorgeführten Soldaten, der seine Unschuld beteuert, sagt: „So hänge man dich unschuldig“, so verwendet er ja eben den Begriff der „Strafbarkeit“ — aber seine klare Verwendung würde von Rechts und Gerechtigkeits wegen zwecklos oder zweckwidrig, sie würde sinnlos, unverständlich sein im Sinne der volitiven Logik. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist im Zusammenhang der Rechtsordnung das logische prius, das notwendig ist, um mit dem Begriff etwas anfangen zu können. Es verhält sich damit wie mit dem Begriff der „Vereidigung“ und dem der „Aussage“. Eidesleistung und Aussage sind getrennte Dinge, der Begriff „Eidesleistung“ schließt in keiner Weise den der „Aussage“ ein; nur ist eine Eidesleistung ohne hinzuzudenkende Aussage, auf die sie sich bezieht, sinnlos. Vorstellen können wir uns jeden der sekundären Begriffe als solchen ausgezeichnet, ohne den primären hinzuzudenken; sein Inhalt ist auch so fest umrissen; nur sinnhafte „Berechtigung“, Dignität, erhält er erst conjunctim mit dem primären.

Hinsichtlich der Rechtssätze, in denen die Begriffe „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ den Drehpunkt bilden, äußert sich dieser Sinnzusammenhang darin, daß in dem Strafrechtssatz auf den die Rechtswidrigkeit festlegenden außerstrafrechtlichen Satz als vorausgesetzten Bezug genommen wird, daß im Inhalt des Strafrechtssatzes die Rechtswidrigkeit des zu strafenden Verhaltens als Voraussetzung (nicht als Regelungsgegenstand!) auftaucht.

Damit ist der Punkt erreicht, an dem der richtige Ausgangspunkt der gegnerischen Lehre ebensowohl anerkannt, wie auf methodisch richtigem Wege zu Folgerungen benutzt werden kann. „Nach der natürlichen Auffassung ist dadurch, daß ein Verhalten für strafbar erklärt wird, gleichzeitig sein Verbot ausge-

sprochen“²⁹⁾. Sehr richtig! nämlich: dadurch, daß ein Verhalten für strafbar erklärt wird, ist gleichzeitig sein Verbot ausgesprochen³⁰⁾. Hatten wir bisher vom Begriff der Strafbarkeit und seinem Sinnzusammenhang mit der Rechtswidrigkeit gesprochen, so taucht jetzt etwas ganz anderes auf: der Erklärungsakt, dies und jenes Verhalten solle strafbar sein. Das Untersuchungsobjekt, bei dem wir einsetzen, ist jetzt die gesetzgeberische Willenserklärung: ein Mensch solle wegen eines Verhaltens der und der Art strafbar sein. Und da wir wissen, daß es eine rechtliche Sinnlosigkeit wäre, wenn dabei an ein nicht rechtswidriges Verhalten gedacht wäre, und wir dem Gesetzgeber keine Sinnlosigkeit unterstellen, so ergibt sich für uns der Schluß: also hat der Gesetzgeber außer der Strafbarkeit (Rechtssatz Nr. 1) gleichzeitig (so ja die Gegner selbst) das Verbot (Rechtssatz Nr. 2) gewollt.

Wenn die Gegner dies gleichsetzen mit einem Inbegriffensein der Rechtswidrigkeit in der Strafbarkeit („verbietende Kraft der Straferklärung“), so liegt der Fehler offen zutage. Nicht dem Inhalt der Straferklärung ist das Verbot „zu entnehmen“, denn es handelt sich um verschiedene Vorstellungsbilder, sondern: aus der Existenz der Strafbarerklärung als Willensakt erschließen wir, daß das Verbot als zweiter, begrifflich, inhaltlich anderer Willensakt dem empirischen Willenssubjekt nicht gefehlt haben kann. Es handelt sich um bloße Auslegung eines Schweigens des anderen über einen Punkt, über den man Auskunft zu erwarten hat, und zwar eine Auslegung mit ganz sicherem, eindeutigen Ergebnis. Wenn ein wortkarger Richter einem noch nicht vernommenen Zeugen sagt: „Heben Sie die rechte Hand auf und sprechen Sie mir den Eid nach“, und er, nachdem dies geschehen, dann schweigt, so wird sich der Zeuge sagen: man wird mich doch nicht bloß schwören und dann gehen lassen, denn ein Eid ohne Aussage ist doch unsinnig, und er wird nun seine Erzählung beginnen. Wer diesen psychologischen volitivologisch gedeuteten Sinnzusammenhang dahin bestimmen wollte, daß er nunmehr sagt: also umfaßt die Aufforderung zum Eide begrifflich-inhaltlich die Aufforderung zur Aussage, würde offenbar fehlgehen.

Die Zweideutigkeit, der die Gegner erlegen sind, liegt damit

²⁹⁾ Frank S. 4.

³⁰⁾ Wenn ich mich hier und weiterhin des Ausdrucks „Verbot“ bediene, so tue ich das, um mich hier nicht erst über die „Imperativentheorie“, zu der ich mich nicht bekennen kann, auseinandersetzen zu müssen. Der Streit hierüber spielt in die obigen Darlegungen nicht hinein.

klar zutage. „Indem“ der Gesetzgeber das und das für strafbar erklärt, erklärt er es für verboten: richtig und mit Vorbehalt, wenn man zwei gleichzeitige Willensdenkakte meint; falsch, wenn man den Sinn von „strafbar“ als „zugleich rechtswidrig“ nimmt und an eine begriffliche Analyse denkt. „Indem“ im letzteren Sinne, logisch verstanden, der Gesetzgeber ein bestimmtes Leiden (*pati*) jemandes als rechtmäßig wertet, wertet er eben nicht irgendwie das menschliche Verhalten (*facere*, *omittere*); „indem“, zeitlich-psychologisch verstanden, er ein Leiden als Strafleiden für rechtmäßig erklärt, eröffnet er dagegen die Möglichkeit, von diesem Willensdenkakt auf den anderen sinnmäßig mit ihm verbundenen zu schließen. Damit enthüllt sich nun auch, woher es kommt, daß die Gegner bald einmal „die“ Strafbareklärung als mit verbietender Kraft ausgestattet behaupten, bald einmal aber zugeben, daß nicht jede Strafbareklärung diese Bedeutung habe.

Verstehen wir nämlich unter Strafbareklärung das begriffliche Vorstellungsbild, so schließt dieses niemals das Verbot ein, steht andererseits immer in einem Sinnzusammenhang der Art, daß es die Verbotsvorstellung als logisches — sinnbedingendes — prius voraussetzt. Hier gibt es keinen Unterschied der Fälle.

Meinen wir dagegen mit „Strafbareklärung“ den gesetzgeberischen Willensakt, so scheiden sich die Fälle. Während nämlich das logische Zusammengehörigkeitsverhältnis von Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit ein überzeitliches ist, bei ihm nur ein gedanklicher Zusammenhalt, genauer ein gedankliches Aufeinanderfolgen von zuerst Rechtswidrigkeit, dann Strafbarkeit waltet, ergibt sich für die empirischen Gesetzgebungsakte die Möglichkeit, daß zuerst das Verbot ergangen ist, und dann die Strafbareklärung nachfolgt; oder daß beide gleichzeitig ausdrücklich ergehen; oder daß die gesetzliche Erklärung, die auf Strafbarkeit lautet, ganz isoliert steht. In den beiden ersten Fällen bedarf es gar keiner Schlußfolgerung, um von dem Strafgesetz her auf die Rechtswidrigkeit zu sprechen zu kommen. Im letzteren Falle brauchen wir sie, aber nicht so, daß hier auf einmal die Strafbarkeit, vor der der Gesetzgeber spricht, einen anderen Sinn als sonst hätten, sondern so, daß wir sein Schweigen dahin deuten, daß er außer ihr auch das Verbot wollte ³¹⁾.

³¹⁾ Damit fällt auch Licht auf den Selbstwiderspruch der Gegner (vgl. oben S. 47). Es sind eben weder „in der Strafbareklärung 2 Rechtsätze vereinigt“, noch ist jener „1 Rechtssatz, der das Verbot ausspricht“:

Die Klarlegung, daß es nicht der Inhalt der Strafbareklärung ist, in dem das Verbot läge, sondern daß es sich um eine Schlußfolgerung aus dem tatsächlichen Willensakt handelt, eröffnet zugleich das Verständnis derjenigen gesetzgeberischen Vorgänge, die in der Aufhebung der Strafbarkeit und nur der Strafbarkeit bei Gesetzen vom Schlage des § 175 StGB. bestehen. Die Gegner müssen hier entweder den gesetzgeberischen Willen verewaltigen und das Verbotensein der Handlungsweise nunmehr leugnen, oder sie müssen in die in den Inhalt der Äußerung: das Verhalten solle straflos sein, eine „verbietende Kraft“ hineinheimnissen³²⁾. Wer sich aber einmal davon überzeugt hat, daß die Strafbareklärung keinen verbotenden Inhalt hatte, sondern der gesetzgeberische Vorgang mit der Strafbareklärung zugleich einen von uns schlußfolgernd gewonnenen, inhaltlich-begrifflich von ihr geschiedenen selbständigen Verbotsatz mitbrachte, für den bedeutet die nunmehrige Straflös-erklärung als solche eben nur die Lossagung von der Strafbareklärung, und es ist Sache der Vertiefung in die gesetzgeberische Vorstellungswelt, um zu bestimmen, ob die Mitaufhebung des Verbots gewollt sei oder nicht; und wo der Gesetzgeber den Willen der Nichtmitaufhebung hat klar hervortreten lassen, da bleibt eben der Verbotsatz bestehen.

Damit sind aber weiter auch die Grenzen klargelegt, innerhalb deren die Schlußfolgerung vom Strafgesetz auf das Verbot als mitgewollten Rechtssatz statthaft ist. Zunächst erhellt, daß der Schluß (nicht bloß da, wo anderweit vorher oder zugleich das Verbot ausgesprochen wird, sondern auch) da entfällt, wo die Strafbareklärung ausdrücklich für eine von demselben oder einem anderen Willenssubjekt erst künftig zu erlassende Verbotsbestimmung bereitgestellt wird (Blankett). Über diese Möglichkeit gleitet die gegnerische Lehre leicht hinweg mit der These, daß die Strafbareklärung „regelmäßig“ auch das Verbot enthalte³³⁾. Aber wenn die Äußerung „ich erkläre das und das für strafbar“ verbotende Kraft hat, d. h. also das Verbot mitbedeutet, wie kann sie rein nach Willkür des Gesetzgebers auch einmal dieser Bedeutung ermangeln? In Wahrheit

Sondern in der Strafbareklärung ist immer nur 1 Rechtssatz enthalten, der eben auf Strafbareklärung, und nicht auf Verbot lautet. Aber der Akt, durch den der Gesetzgeber diesen einen Rechtssatz ausspricht, befähigt uns, da, wo wir sonst keine Handhabe für die Feststellung des anderen Rechtssatzes haben, auf diesen zu schlußfolgern.

³²⁾ Vgl. oben S. 46.

³³⁾ Vgl. Frank S. 3.

meint der Gesetzgeber in allen Fällen dasselbe, wenn er „Strafbarkeit“ sagt, nur soll eben in den Blankettfällen diese Rechtsfolge erst bei künftigem Verbot sich ergeben. Der Gesetzgeber erklärt direkt über das Verbot jetzt nichts sagen zu wollen, so daß sich folgeweise die Strafbarerklärung erst später gebrauchsfertig gestaltet. Nach der gegnerischen Lehre sagt der Gesetzgeber in jeder Strafbarerklärung: „hiermit verbiete ich“; und wollten deren Anhänger sagen: nun, die Strafbarerklärung ist ja selber bedingt; so würden sie zu der Formulierung gelangen:

Ich, der Gesetzgeber, erkläre hiermit für den Fall des künftigen Verbotserlasses für strafbar und (so müssen sie ja fortfahren) damit, also für diesen Fall, für verboten;

also: ich erkläre schon jetzt für den Fall künftigen Verbots für verboten! Denn wenn die Strafbarkeit die verbietende Kraft mitbedeutet, so steckt eben in der bedingten Strafbarkeitserklärung das entsprechend bedingte Verbot. Also ein Verbot, bedingt dadurch, daß es künftig erlassen wird.

Weiter ist zu beachten, daß jede Schlußfolgerung schlüssigerweise kein weiter reichendes Ergebnis liefern kann, als die Prämissen genau zusammenstimmen. Für uns lautet die propositio major:

Eine gesetzgeberische Strafbarerklärung ist sinnlos, wenn das in bezug genommene Verhalten im eigenen Sinne des Gesetzgebers schlechthin nicht rechtswidrig ist, (wohingegen solche Sinnlosigkeit nicht behauptet werden kann, wenn dieses Verhalten vom Gesetzgeber teils als nichtrechtswidriges, teils als rechtswidriges vorgestellt wird: alsdann wäre Sinnlosigkeit nur für eine Beziehung der Strafbarkeit auf jene erste Gruppe von Verhaltensfällen gegeben).

Es schließt sich die propositio minor an (wobei ich mich des § 175 StGB. als Beispiels bediene):

„Widernatürliche Unzucht ist strafbar³⁴⁾.“

Conclusio: Also liegt im Blickfelde des Gesetzgebers die Vorstellung, daß die widernatürliche Unzucht nicht schlechthin nichtrechtswidrig sein kann, sondern bei ihr mindestens eine Gruppe von Fällen vorhanden ist, die rechtswidrig ist. M. a. W. der Schluß verbürgt nur, daß irgendwie ein die widernatürliche Unzucht treffendes Verbot da ist, ohne dessen Umfang zu fixieren.

³⁴⁾ „ist strafbar“: abgekürzt für: „bedingt die Strafbarkeit dessen, der sie begeht“.

Davon, daß eine restlose Rechtswidrigkeit der widernatürlichen Unzucht zum Vorschein käme, ist natürlich gar keine Rede. Und das stimmt genau dazu, daß man, bevor man abschließend sagen kann, in welchem Umfange solches Verhalten rechtswidrig ist, eben erst die Liste der Unrechtsausschließungsgründe heranziehen muß.

Die genauere Festlegung des Umfangs der Rechtswidrigkeit ergibt sich nun aber aus dieser Liste in Verbindung mit dem Schweigen der Rechtsordnung über weitere Fälle ausgeschlossenen Unrechts. Also ist die abschließende Formel:

Widernatürliche Unzucht ist „im allgemeinen“ rechtswidrig, d. h. insoweit als nicht die in der Rechtsordnung hervortretenden Unrechtsausschließungsgründe eingreifen.

Das ist ganz das Ergebnis, zu dem auch die Gegner gelangen und gelangen wollen. Aber ihre Methode ist so, daß sie der Probe nicht standhält.

Ihr Grunddogma ist das, daß die Rechtswidrigkeit (scil. in den Fällen, wo nur die gesetzliche Strafbarerklärung isoliert gegeben ist) implicite in der Strafbarkeit enthalten ist. Also propositio major: „Strafbarkeit = Rechtswidrigkeit + ein weiterer Bestandteil“;

$$S = R + x.$$

Ist nun widernatürliche Unzucht strafbar

$$w. U. = S,$$

$$\text{so ist } w. U. = R + x$$

= widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig und hat den weiteren zusätzlichen Bestandteil der Strafbarkeit in sich. (Forts. folgt.)

I.

Rechts- und Staatsphilosophie. Allgemeine Rechts- und Staatslehre.

Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der
Strafgesetzgebung. — Zugleich ein Beitrag zur
Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919.

Von
Professor Dr. Ernst Beling, München.

(Schluß.)

Ist dem aber so, so kann es begrifflich gar keine Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit bei widernatürlicher Unzucht geben. Der Schluß trägt das Ergebnis: widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig; — Unrechtsausschließungsgründe sneien hinein ohne jede logische Legitimation.

Nun werden sich die Gegner beeilen, zu versichern: Wir setzen ja als „strafbar“ nur die „widernatürliche Unzucht nach Abzug der Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit“.

Also w. U. — non R = S.

Damit aber schlagen sie sich mit ihren eigenen Waffen. Denn wenn die *propositio minor* nur insoweit die *conclusio* zu Wege bringt, so kann die *major*, um zu passen, nicht gelautet haben:

Alles für strafbar Erklärte ist damit auch rechtswidrig, sondern nur:

Ein Verhalten, das für strafbar erklärt ist, ist insoweit als nicht die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, rechtswidrig und mit dem Zusatz *x* behaftet,

— eine Formel, die ebenso verblüffend wahr, wie nichtssagend und eben gerade nicht das Dogma der Gegner ist.

Außerdem aber müssen dann notwendig die reinen Strafausschließungsgründe als unmöglich gänzlich ausfallen. Denn

geben die Gegner nunmehr zu, daß ihre Formel ja nicht einfach lautet:

x ist strafbar (und damit implicite rechtswidrig),
sondern:

x ist, wenn nicht y vorliegt, strafbar (und damit rechtswidrig),

so müssen die Umstände unter y notwendig zugleich Straf- und Unrechtsausschlußgründe sein³⁵⁾.

Das Ergebnis, zu dem wir gelangen, sieht also so aus:

1. Es besteht ein Rechtssatz, lautend: „Widernatürliche Unzucht ist im allgemeinen rechtswidrig“; Ausnahmen: die bekannten Unrechtsausschließungsgründe.
2. Strafgesetz: Wer rechtswidrig widernatürliche Unzucht begeht, ist unter den und den weiteren Voraussetzungen so und so strafbar.

Der erste ist ein nichtstrafrechtlicher Satz, beachtlich in allen oben S. 45/46 angedeuteten Beziehungen. Der zweite ein rein strafrechtlicher, der, wie alles Strafrecht, wohl über Strafbarkeit, nicht aber über Verbotensein Auskunft gibt.

Wenn die Gegner sich nicht dazu bequemen wollen, das anzuerkennen, so beruht dies auf Verwechslung der Begriffe „Gesetzesstelle“ und „Rechtssatz“ und damit der Begriffe „Strafgesetzbuch“ und Strafrecht im systematischen Sinne. Bekanntlich ist nicht jeder Gesetzesparagraph ein „Rechtssatz“ (Legaldefinitionen, z. B. § 53 II StGB., sind keine „Rechtssätze“, sondern Erläuterung eines in wirklichen Rechtssätzen vorkommenden begrifflichen Elements); und bekanntlich steht im Strafgesetzbuch auch Strafprozessuales, in der ZPO. bürgerliches Recht usw. Die Gegner spielen folgenden Gedankengang aus: die einzige Stelle, die über widernatürliche Unzucht etwas sagt, ist doch § 175 StGB., das ist ein Strafgesetz; folglich ist eben nur ein Rechtssatz da, der strafrechtliche Natur hat und in dem eben die Rechtswidrigkeit eingekapselt ist. Aber es ist nur allzu erklärlich, wenn sie selber doch auch wieder mit „zwei Rechtssätzen“ operieren³⁶⁾. Dem unbefangenen Blick ist § 175 StGB. ein Strafrechtssatz und nicht mehr; er regelt inhaltlich nichts als die Strafbarkeit; andererseits brauchen wir nicht, wie sich die Gegner dies als nötig vorstellen, nach einer anderen „Stelle“ zu suchen, um die Rechtswidrigkeitsfrage beantwortet zu finden. Denn nicht der Inhalt, wohl aber die Existenz dieses strafrecht-

³⁵⁾ Näheres noch unten S. 135—136.

³⁶⁾ S. oben S. 47.

lichen Paragraphen erschließt uns in Verbindung mit volitiv-logischen Erwägungen den gesuchten nichtstrafrechtlichen Rechtssatz über die Verbotenheit. Wir „stützen uns“ wie die Gegner auf § 175 StGB., wir benutzen ihn zum „Nachweis“, aber nicht, indem wir aus seinem Inhalt vermittelt einer *petitio principii* etwas herauslesen, was nicht drinsteht, sondern indem wir den notwendigen Sinnzusammenhang zugrunde legen, in dem jeder Strafrechtssatz zu der logisch vor ihm liegenden Bejahung der Rechtswidrigkeit steht, soll anders nicht ein rechtlicher „Unsinn“ sich ergeben, den wir dem Gesetzgeber nicht zutrauen.

Mit all dem ist der eigentliche methodologische Fehler der gegnerischen Lehre wohl klar geworden. Er besteht in der **Zusammenwerfung von Problemstellung und Antwort**. Die Problemstellung ist bedingt durch scharfe Auseinanderhaltung der Begriffe Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit, und zugleich durch deren logische Reihenfolge: erst Rechtswidrigkeitsfrage, dann Strafbarkeitsfrage. Auch bei der Antwort sind die Begriffe exakt geschieden festzuhalten, nur kann das gesetzlich gegebene Material, bei dem wir einzuhaken haben, möglicherweise nur den zweiten Gesichtspunkt, die Strafbarkeit, behandeln, so daß wir dann **psychologisch** zur Rechtswidrigkeitsfragebeantwortung vorwärts (im logischen Sinne rück-) schreiten. Die gegnerische Formel, die die Rechtswidrigkeit als selbständiges Gebilde unterdrückt und nur formuliert.

„Widernatürliche Unzucht ist strafbar, soweit sie nicht rechtswidrig ist“,

gibt eine halbe Antwort auf das Problem der Rechtswidrigkeit, nämlich nach der verneinenden Seite hin. Damit erkennt sie aber das Rechtswidrigkeitsproblem an, denn jedes Problem trägt **Bejahung und Verneinung** in seinem Schoße. Erkennt sie es aber an, warum antwortet sie nur halb, und sogar nur hinsichtlich der Ausnahmen und nicht der Regel? Weshalb läßt sie eine Lücke? Warum erkennt sie nicht die selbständige **Frage** an, ob widernatürliche Unzucht rechtswidrig ist? Weshalb will sie darauf beharren, die begriffliche Erforderlichkeit der Rechtswidrigkeit zu leugnen, da es sich doch bloß um den erleichterten Nachweis ihres Gegebenseins handelt?

Wie wenig die von uns bekämpfte Theorie zu Ende gedacht ist, zeigt sich auch darin, daß nach ihr die Kategorie der bloßen Strafausschließungsgründe ausfallen müßte. Ich will dabei gar nicht einmal an die von manchen zuunrecht geleugneten sachlichen Strafausschließungsgründe denken (z. B. Notstand ohne Notrecht, Begangensein der Tat im Ausland), sondern nur an die

ja allseitig als im Gegensatz zu den Unrechtsausschlußgründen stehend anerkannten „persönlichen Strafausschließungsgründe“. Diese müssen nach jener Lehre eben Unrechtsausschließungsgründe sein. Denn wenn die Strafbarerklärung es ist, die „verbotende Kraft“ hat, so bemißt sich der Umfang der letzteren eben nach dem Umfang der ersteren; wenn nun die Strafbarerklärung z. B. den Aszendenten beim Diebstahl nicht umfaßt, so hat sie ihm gegenüber keine verbotende Kraft, also handelt der diebische Aszendent nicht rechtswidrig.

Sobald aber die Gegner zugestehen, daß es Durchbrechungen der Strafbarkeit gibt, die nicht zugleich Durchbrechungen des angeblich in diesen enthaltenen Verbots enthalten, daß wir es also der Formel „x ist, wenn nicht y vorliegt, strafbar“ nicht ansehen können, ob y einen Unrechtsausschließungs- oder einen bloßen Strafausschließungsgrund ausmacht — woran sollen wir denn dann erkennen, ob das eine oder das andere gegeben ist? Vermutlich wird uns hier entgegengehalten, die Unrechtsausschließungsgründe seien immer außerhalb des Strafgesetzes extra formuliert, und zwar so, daß sie deutlich ihren Charakter kundgäben, wie z. B. StGB. § 53. Aber soll denn nun etwa immer, wo das Strafgesetz selber einen Umstand als ausschließend nennt, ein bloßer Strafausschließungsgrund vorliegen? Ich setze, ein Strafgesetz laute: „Wer ein fremdes ihm anvertrautes Geheimnis verrät, wird, wenn er nicht im Einverständnis mit dem Geheimnisherrn handelt, bestraft.“ Wie will man hier aus dem Inhalt des Strafgesetzes ablesen, ob es sich um Erlaubtes oder nur nicht Strafbares handelt? Wer die „Strafbarkeit“ als den Punkt ansieht, von wo aus er die „verbotende Kraft“ erkennt, der kann überhaupt keinen begrifflichen Unterschied zwischen Strafausschluß und Unrechtsausschließung anerkennen. Die Kategorien fließen für ihn, der ja keine andere Erkenntnisquelle hat, hoffnungslos ineinander. Nur wer von vorn herein die Rechtswidrigkeit und die Strafbarkeit als selbständige Fragegesichtspunkte faßt, kann reinlich geschiedene Antworten geben.

Als Rettung scheint für die Gegner der „gesetzliche Tatbestand“, wie ihn das einzelne Strafgesetz unterschiedlich von den anderen aufstellt, zu winken. Wir meinen ja, so könnten sie sagen wollen, daß sich nach Maßgabe eben dieses Tatbestandes die Rechtswidrigkeit mitbestimmt; der Gesetzgeber kann doch keinen gesetzlichen Tatbestand als „strafbar“ hinstellen, wenn solche Tatbestände überhaupt nicht rechtswidrig sind, also — Das ist nun wieder ganz richtig; nur ist das eine ganz andere

Theorie. Die Lehre von der Unbeachtlichkeit der Rechtswidrigkeit nach der positiven Seite, von deren unselbständigem Eingeschlossenensein in der Strafbarerklärung, ist damit hinfällig geworden. Denn nunmehr ist es, wie klarliegt, nicht mehr der Inhalt der Strafbarerklärung, der durch Analyse die Rechtswidrigkeit des durch sie Gedeckten ergibt, sondern jetzt hebt sich innerhalb des Ganzen, das durch die Strafbarerklärung betroffen wird, als ein scharf umrissenes eigenes Vorstellungsbild der betr. „gesetzliche Tatbestand“ heraus: die Vorstellung „widernatürliche Unzucht“ ist natürlich eine andere als die Vorstellung ihrer Rechtswidrigkeit, der weiteren Merkmale der strafbaren Handlung, und erst recht der Strafbarkeit selbst. Und die — oben skizzierte — Schlußfolgerung stellt sich nun genauer folgendermaßen dar:

Wenn der Gesetzgeber einen gesetzlichen Tatbestand eigens dazu aufstellt, um an ihn eine Strafbarerklärung anzuschließen, so kann er dies lediglich unter der Vorstellung getan haben, daß die Verwirklichung dieses Tatbestandes nach der Rechtsordnung als eine rechtswidrige vorkommen kann; ist also nicht schon anderweit das Verbot ausgesprochen, so ergibt eben die Strafbarerklärung den Schluß, daß er gleichzeitig das Verbot derart setzte, daß die Verwirklichung des Tatbestandes vorbehaltlich der rechtlich gegebenen Unrechtausschließungsgründe rechtswidrig ist.

Die Gegner müssen daran scheitern, daß sie die Strafbarkeit als bejahende Beantwortung der Strafbarkeitsfrage zum Ausgangspunkt nehmen; wenn sie sagen, daß das Ganze, das die Strafbarkeit umfaßt, damit von der „verbietenden Kraft der Strafbarkeit“ mitumfaßt sei, so verschließt sich ihnen die Möglichkeit, innerhalb dieses Ganzen Partien auszusondern, die nur strafbarkeitbedingend sind. Wir dagegen nehmen nur die Tatsache, daß eine Zusammengehörigkeit des betr. gesetzlichen Tatbestandes mit einer ihm eigens gewidmeten Strafbarerklärung aus dem Gesetz ersichtlich ist, als Beleg dafür, daß es im Sinne des Gesetzgebers Verwirklichungen dieses Tatbestandes geben muß, die um möglicherweise strafbar sein zu können, eben möglicherweise auch rechtswidrig sein müssen.

Der gesetzliche Tatbestand, richtig erfaßt, bildet lediglich den Haken, an dem die die Rechtswidrigkeit und die Strafbarkeit angehenden Untersuchungen aufgehängt werden, einen bloßen Beziehungspunkt, mit dessen negativer Erledigung für den Kriminalisten alles weitere erledigt ist, nach

dessen positiver Erledigung er aber nunmehr erst mit der Heranbringung der Gesichtspunkte der Rechtswidrigkeit usw. vorzugehen hat. Daß die Heranbringung des Gesichtspunktes der Rechtswidrigkeit sich sogleich dahin beantwortet: derartige tatbestandsmäßige Handlungen sind eben rechtswidrig, soweit nicht besondere Erwägungen platzgreifen, — ist damit wohlvereinbar. Ebenso begreiflich ist, daß mit der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit noch nicht die Bejahung der Strafbarkeit gegeben ist, sondern nun noch der Raum von den weiteren Bedingungen, in den besonders die reinen Strafausschließungsgründe hineinfallen, zu durchschreiten ist — während es für die Gegner nur ein Ganzes gibt, das strafbar ist, das aber eben auch strafbar ist, und dieses Ganze mit der Strafbarkeit rechtswidrig ist, so daß eine logische Scheidung der Umstände, von denen die Strafbarkeit jemandes bedingt ist, mit Einschluß der persönlichen positiven oder negativen Strafbarkeitsbedingungen völlig verschüttet ist.

Wer nicht aus dem Ganzen den gesetzlichen Tatbestand als ein geschlossenes Vorstellungsbild, das etwas anderes bedeutet als die Rechtswidrigkeit usw., herauszuanalysieren weiß, der steht auch vor einer Unbegreiflichkeit, wenn er den Strafgesetzen gerecht werden soll, die ausdrücklich die „Rechtswidrigkeit“ unter den Voraussetzungen nennen. Schon das Vorstellungsbild „strafbar“ soll ja die Vorstellung der Rechtswidrigkeit des unter Strafe gestellten Ganzen in sich tragen. Wie sollen wir uns das denken, daß hier die zwei Vorstellungsbilder kumulativ nebeneinander hingestellt werden und erst von ihrem Zusammengegebensein die Strafbarkeit abhängig gemacht wird — dieselbe Strafbarkeit, in der ja das Vorstellungsbild „rechtswidrig“ schon inne liegt? Für die natürliche Betrachtungsweise bedeuten alle Strafgesetze durch die Bank die Bereitstellung der Strafe für den Fall der Rechtswidrigkeit des beschriebenen Verhaltens; und die Nichthervorhebung dieses Erfordernisses im Ausdruck des Strafgesetzes bedeutet die Unterstellung, daß die Antwort auf die Frage: inwieweit Rechtswidrigkeit bestehe, eben in dem oben erörterten Sinne zu erfolgen habe.

Daß die Gegenmeinung eine reinliche systematische Abgrenzung von Strafrecht und anderen Rechtsteilen völlig unmöglich macht, bedarf wohl keines Nachweises. Denn bei ihr gehört die Rechtswidrigkeit bald einmal ins Strafrecht hinein und bald wieder nicht. Und dies alles rein nach Zufall. Es kommt bloß darauf an, ob der Gesetzgeber auf die Frage der Regelung

der Strafbarkeit zeitlich erst gestoßen ist, nachdem schon die Verbote ergangen waren, oder ob er sich erst bei Gelegenheit der Strafrechtsregelung dafür interessiert hat, und letzterenfalls darauf, ob er äußerlich zwei „Gesetzesstellen“ gemacht hat oder, sparsam im Gebrauch von Worten, bloß das Strafgesetz ausgesprochen hat und den Juristen überlassen hat, sich wegen der Rechtswidrigkeit auslegend ihr Teil hinzuzudenken.

Jede Ineinanderwirrung des Strafrechts und das außerhalb seiner liegenden Rechts verletzt aber den Grundsatz der Ökonomie des Denkens. Sie bietet statt Einhaltung der einfachen Gedankenlinien, die sich bei Sonderung der Gesichtspunkte in der Problemstellung ergibt, eine zwecklose Kompliziertheit.

Wer der Verknäuelung entgehen will und dabei doch nicht von dem Dogma, daß die Strafbarkeit die Rechtswidrigkeit in sich schließe, lassen will, dem bliebe nur ein Ausweg: er müßte auch da, wo sich „äußerlich“ besondere Rechtssätze über Rechtswidrigkeit finden, deren innerliche Aufnahme in das Strafgesetz vollziehen. Dann aber hätte das Strafrecht als Moloch alles übrige Recht mit Ausnahme nur des hinter ihm liegenden Strafprozeßrechts verschlungen. Es gäbe kein bürgerliches und kein Verwaltungsrecht mehr, keine eigentliche rechtliche Regelung der Vorgänge im sozialen Leben außer dem Leidensollen der Individuen im Sinne des Strafrechts. Der Interessentenstandpunkt des Kriminalisten wäre zum einzig maßgebenden erhoben — als ob das Strafrecht, das bei all seiner Wichtigkeit doch nur eine leidige Zugabe ist, das einzige wäre, was das Rechtsordnungssubjekt und die Individuen am Recht interessiert. Mit dem gleichen Rechte könnte dann z. B. der Finanzrechtler alles Recht für Steuerrecht erklären, weil ihn die rechtlichen Regelungen über Kauf, Miete, Körperschaften usw. nur unter dem einen Gesichtspunkt interessieren, ob und inwieweit sie die Voraussetzungen für die finanzrechtliche Folge darbieten.

Wenn somit klargelegt ist, daß der eigentliche Ausgangspunkt der von uns bekämpften Lehre an sich richtig ist, und daß unsere Methode für die Feststellung der Grenzen der Strafbarkeit eben das Ergebnis liefert, zu dem jene gelangt; daß aber unsere Methode auch den Nichtkriminalisten Antworten bietet, wo jene schweigt; daß endlich sie frei von den Rätseln und Widersprüchen jener ist, so bleibt schließlich nur die Frage nach etwaigen Einwendungen, die im Bisherigen noch nicht ihre Erledigung gefunden haben, übrig. Nun finde ich wohl eine Anzahl von Einwendungen gegen Bindings Normentheorie. Sie

gehen mich aber nichts an, da ich lediglich die scharfe Herausarbeitung des begrifflichen und folgeweise rechtssätzlichen und systematischen Unterschieds von „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“, und zwar in der von mir vorstehend dargelegten Weise von Binding übernehme, dagegen die „Normen“ als neuartige, dem bürgerlichen Recht usw. fremd und übergeordnet gegenüberstehende Sondergebilde ablehne³⁷⁾). Einen einzigen Einwand vermochte ich ausfindig zu machen, der auch unserer Methode gilt. Frank meint³⁸⁾: man könne mit ihr einen gesetzlichen Rechtssatz einfach aus den Angeln heben. Nun wird von vornherein wohl klar sein, daß eine Lehre, die gerade das größte Gewicht darauf legt, den Willensgehalt des Gesetzes mitsamt allem ihm volitivlogisch Zugeordneten als Objekt der Erkenntnis zu erfassen, die der Erkenntnis gibt, was der Erkenntnis ist, dem Willen aber, was des Willens ist, schon ihrer ganzen Anlage nach nicht gut eine Gesetzesvereitelung in sich bergen kann. Tatsächlich zeigt denn auch das von Frank gegebene Beispiel, daß ein Mißverständnis seine Hand im Spiele hat. Er „denkt sich ein Strafgesetz, das den untauglichen Versuch mit Strafe belegt“, und meint, dieses werde bei unserer Methode „einfach aus den Angeln gehoben“. Denn, so meint er offenbar, man finde dann keine „Stelle“, die den untauglichen Versuch für rechtswidrig erkläre, während er sich einfach auf diesen Strafparagrafen zu berufen brauche. Aber unser Denkverfahren besagt ja nur, daß sinnhafterweise in einem Hirn nicht zusammen Platz haben können: der Wille, der untaugliche Versuch solle schlechterdings nicht rechtswidrig sein, und der Wille, er solle strafbar sein. Würde jener Strafparagraf also so abgefaßt sein, daß er unter der Bezeichnung „untauglicher Versuch“ ausschließlich solche Verhaltensweisen nennt, die von seinem eigenen Standpunkte aus (nicht etwa von unserem apriorisch mitgebrachten Standpunkte!) schlechterdings nicht rechtswidrig sind, dann freilich wäre der Paragraph „aus den Angeln gehoben“, aber nicht durch uns und unsere Methode, sondern einfach wegen innerlicher Unverständlichkeit (falls nicht etwa, was der Klarlegung bedürfte, der Gesetzgeber hier unter „Strafe“ ausnahmsweise etwas anderes verstanden wissen wollte, als er sonst darunter versteht, oder er überhaupt eine neue Ära eröffnen wollte, in der „Strafe“ auch erlaubtes Handeln treffen kann). Auch Frank würde sich einem solchen Strafgesetz — etwa „Wer rechtmäßig eine fremde Sache beschädigt, wird . . . bestraft“ — wohl nicht

³⁷⁾ Vgl. meine Lehre vom Verbrechen S. 118 ff.

³⁸⁾ a. a. O. S. 5.

anders gegenüberstellen; oder wollte er dann etwa Ernst machen damit, daß in der Strafbarkeit die Rechtswidrigkeit eingeschlossen sei, und einfach das Wort „rechtmäßig“ streichen³⁹⁾? Worum es sich handeln kann, das sind einzig solche Strafgesetze, die unter der Benennung „untauglicher Versuch“ solche Verhaltensweisen aufführen, die im eigenen Sinne des Gesetzgebers überhaupt als rechtswidrig denkbar sind, und für diese greift dann eben die oben entwickelte Auslegungsregel ein, daß sie im Sinne des Gesetzgebers als im allgemeinen rechtswidrig fixiert sind, als rechtswidrig unter Ausschluß solcher Gruppen, die sich aus besonderen Erwägungen als im Sinne unserer positiven Rechtsordnung nicht rechtswidrig herausstellen. Frank wechselt offenbar die Vorabauferfung der Frage nach der Rechtswidrigkeit vor der nach der Strafbarkeit mit einer rein konstruktiven in der Luft schwebenden Beantwortung jener Frage, während natürlich schon bei ihrer Beantwortung das Strafgesetz, zwar nicht inhaltlich, aber als Indiz für den Verbotswillen mit und, wo andere Handhaben fehlen, sogar allein heranzuziehen ist⁴⁰⁾.

So ist der Gegenstand nunmehr bestimmt, auf den sich das strafgesetzgeberische Nachdenken zu erstrecken hat. Es nimmt die rechtlichen Regelungen des menschlichen Verhaltens als schon nach bestehender Rechtsordnung gegeben und fragt, inwieweit und wie ein Verhalten, das hiernach rechtswidrig ist, ein und was für ein Strafleiden nach sich ziehen soll. Jenseits bleibt dann die Frage auf sich beruhen, wie sich die den einzelnen Fall ergreifende Tätigkeit (Strafverfahren) gestalten soll.

Die strafgesetzgeberische Aufgabe ist vergleichbar der Aufgabe, die den Geschworenen durch eine Nebenfrage unterbreitet wird: „für den Fall der Bejahung der Hauptfrage.“ Die Hauptfrage, die als bejaht vorausgesetzt wird, ist die, ob das Verhalten, auf das sich die Straffrage (im gesetzgeberischen Sinne) bezieht, überhaupt im Sinne dieser Rechtsordnung als rechtswidriges denkbar ist. Psychologisch und praktisch kann es natürlich

³⁹⁾ Ich denke natürlich nicht an den Fall eines Druckfehlers im Gesetz u. dgl.

⁴⁰⁾ Mit dem Schrifttum über die Probleme des Verhältnisses von Rechtswidrigkeit, Tatbestandsmäßigkeit und Strafbarkeit, insbesondere Nagler, Rechtswidrigkeit, Hegler, Ztschr. f. StrRWiss. 36 19, 184, Baumgarten, Aufbau der Verbrechenlehre und Schweizer, Ztschr. f. StrR. 34 58, kann ich mich an dieser Stelle nicht mit Einzelzitate auseinandersetzen. Inwieweit und warum ich hier weniger, dort mehr abweiche, wird aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich sein.

sein, daß von Rechtswidrigkeit des betr. Verhaltens bisher noch nicht die Rede war und sich die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers sogleich unvermittelt auf die Strafbarkeit richtet. Entschieden er sich dann dahin, daß solchem Verhalten Strafe gebührt, so hat er sich damit logisch zugleich dahin entschieden, daß solches Verhalten auch vorbehaltlich besonderer Ausnahmen rechtswidrig sein solle. Er ist damit einerlei, ob er sich des Verbotsgedankens zu zweit — der erste Gedanke war ja der an die Strafe — bewußt geworden ist, oder ob er sich seiner sogar gar nicht bewußt geworden ist, aus seiner Rolle als Strafgesetzgeber herausgetreten und hat im logischen Sinne zuerst einmal das außerhalb des Strafrechts bestehende Recht um eine neue Bestimmung bereichert. Gegen derartige gelegentliche Mitregelung der Frage nach der Rechtswidrigkeit menschlichen Verhaltens ist natürlich nicht das Geringste einzuwenden, nur wird die Einsicht in die logisch gegebene Doppelbedeutung des Willensakts von Vorteil sein, weil das unversehens zur Welt gekommene Verbot sich möglicherweise als eine *lex fugitiva* einer ganz klaren Einordnung in den Gesamtbestand der Verbots-gesetze entzieht.

Umgekehrt kann es praktisch empfehlenswert sein, auch strafprozeßrechtliche Dinge gelegentlich mit abzumachen; auch dann aber wird dem Rechtsleben um so besser gedient, je klarer ins Auge gefaßt worden ist, daß es sich nur um einen gelegentlichen Streifzug in ein systematisch als Ganzes außerhalb geregeltes Gebiet hinein handelt.

c) Die Festlegung des Sinns der Strafe.

Über den Begriffsinhalt und den Sinnzusammenhang der Strafe braucht sich der heutige Gesetzgeber insofern kein Kopferbrechen zu machen, als es sich um ein von der Rechtsordnung jemandem nach rechtswidrigem Verhalten zgedachtes Leiden handelt. Denn das „*Punitur postquam peccatum est*“ ist, und zwar im Sinne des *peccatum* als eines rechtswidrigen Verhaltens, kein Streitobjekt. Sind damit aber Begriffsinhalt und Sinnzusammenhang der Strafe genügend fixiert oder muß der Gesetzgeber seine Denkaufgabe noch schärfer fassen und das Vorstellungsbild (des isolierten Begriffs der Strafe oder des Begriffs in seinem Zusammenhang mit anderen Begriffen) verengern?

Wenn sich die Rechtsgenossen dahin beschieden, daß die Strafbarkeitserklärung ein bloß instinktiver Willensakt wäre, dem sie sich fatalistisch hingäben; wenn sie nicht nach „Warum“ und „Wieso“ fragten oder sich, falls sie es täten, durch das „Frage

nicht!“ des Gesetzgebers zum Schweigen bringen ließen, dann würden Zweifel und Wirrnisse, die sich in der Rechtsanwendung ergäben, eben auch hingenommen werden müssen, man könnte keine rationalen Folgen von einem irrationalen Willensakt erwarten. Aber das Kulturrecht erheischt einem gesetzgeberischen Willensdenkakt, und an einen solchen werden logische Anforderungen gestellt, so hyperlogisch freigestellt auch dann die letztendige Zielsetzung bleibt: sie muß nach Denkgesetz selber klar heraustreten, und von ihr aus muß das Regelungsganze zwecklogisch beherrscht sein.

Darüber nun, daß für den empirischen Gesetzgeber der Zweck der Strafe als Rechtsinstitut nicht in das Jenseits zu verlegen, daß vielmehr die *salus publica* wie für alles Recht so auch für das Strafrecht der inhaltbestimmende oberste Gesichtspunkt ist, darüber glaube ich hier nicht Worte verlieren zu sollen. Auch von denen, die heute den „absoluten“ Strafrechtstheorien anhängen, hängen doch wohl weitaus die meisten ihnen nicht wegen ihrer „Absolutheit“ an, sondern wegen ihres Vergeltungskerns, sie sind deshalb keine echten „Absolutisten“, sondern Relativisten und unterscheiden sich von den herkömmlich so (im engeren Sinne) genannten Relativisten nur durch ihre Auffassung, daß die Vergeltung ein für die *salus publica* dienliches und unentbehrliches Mittel sei.

Unzweifelhaft ergibt sich nun ein geschlossener logischer Sinnzusammenhang der Strafe als Rechtseinrichtung ebensowohl, wenn man die Strafe begrifflich als Vergeltung des geschehenen rechtswidrigen Verhaltens faßt, wie wenn man sie als ein Leiden faßt, das zwar nach rechtswidrigem Verhalten eintreten, doch aber nicht die Funktion einer Vergeltung, sondern einer Sicherung der Gesellschaft vor künftigen Beeinträchtigungen haben soll.

Von Logik wegen kann sich der Gesetzgeber also für den einen oder den anderen Strafbegriff entscheiden. Nur würde er, wenn er sich das Strafleiden rein im Sinne einer sichernden Maßnahme denkt, nicht daran vorbeigehen dürfen, daß er den alten Namen „Strafe“ neuartig verwendet, und daß das neue Strafrecht alsdann ein Kapitel im Verwaltungsrecht, dort wieder im Sicherheitspolizeirecht, bildet⁴¹⁾ und sorgfältige Ein- und Ausgliederung eine Hauptaufgabe sein würde.

⁴¹⁾ Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft, 138 hebt zutreffend hervor, daß die „moderne Richtung“ der Strafrechtswissenschaft „einfach eine Bereicherung des Verwaltungsrechts bedeutet“, wie sie denn überhaupt erst durch die Entwicklung des modernen Verwaltungsrechts ermöglicht worden sei. Es handle sich um „Kriminalrecht ohne Strafrecht“.

Was aber von Logik wegen unangänglich ist — die Logik immer als praktisch-volitive Logik verstanden! —, das ist, daß der Gesetzgeber, wenn anders er nicht eine oberflächliche und in ihrer Oberflächlichkeit ungerechte⁴²⁾ Scheinregelung vornehmen will, dahingestellt sein läßt, ob die Strafe als Vergeltung oder als sichernde Maßnahme gemeint sei.

Es muß geradezu als ein Rätsel erscheinen, wenn es heute Mode geworden ist, das Gegenteil zu behaupten, und wenn oben-drein gerade manche Kriminalisten⁴³⁾ dieser Verschleierungsmode huldigen. Sehr zu recht hat demgegenüber ein Zivilist, nämlich Zitelmann⁴⁴⁾ gesagt: „Man hat gemeint, es sei besser, für die praktische Gesetzgebungsarbeit diese Prinzipienfrage, die doch nie auszutragen sei, beiseite zu lassen, aber ich meine, das wird sich als unmöglich herausstellen; je nach dem prinzipiellen Standpunkt wird man im einzelnen über die Festsetzung der zu bestrafenden Handlungen, wie der anzuwendenden Strafen häufig zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Ohne eine klare und sichere Stellungnahme in der Grundfrage wird man in Einzelfragen haltlos hin und her schwanken, von Furcht und Mitleid bald hierhin, bald dorthin gezogen; ja ich meine, ein Gesetzgeber, der hier nicht den Fels hat, auf dem er steht, müßte von dem Gefühl seiner Verantwortlichkeit erdrückt werden.“ Ein Versuch der Widerlegung dieser ausgezeichneten Worte wäre hoffnungslos.

Denn die logischen Zweckzusammenhänge, die sich denkwendig ergeben, sind bei der „Vergeltungs“-Strafe so verschieden von denen der „Sicherungs“-Strafe, daß der Willensdenkakt, der auf jene gerichtet ist, hinsichtlich der Voraussetzungen wie hinsichtlich der Gestaltung der Strafe praktisch grundverschieden ist von dem auf „Sicherungs“-Strafe abzielenden.

Steht das Strafgesetz dem Gesetzgeber als ein Vergeltungsgesetz vor dem geistigen Auge, so vervollständigt es sich über das unbestimmte Vorstellungsbild eines „Leidensollens nach rechtswidrigem Verhalten“ hinaus in dem Sinne, daß dieses rechtswidrige Verhalten eine schuldhaftige Handlung gewesen sein muß, daß der Unrechts- und der Schuldgehalt der Tat zu der Schwere der Strafe in Proportion stehen müssen, daß ohne Schuld oder über deren Maß hinaus auch dann Strafe ausgeschlossen ist, wenn von dem

⁴²⁾ Darüber sogleich unten S. 147.

⁴³⁾ Natürlich nicht alle. Vgl. z. B. Kohlrusch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, S. 5 ff.

⁴⁴⁾ Kunst der Gesetzgebung 9.

Individuum in Zukunft rechtswidriges Verhalten zu erwarten ist, daß umgekehrt die Annahme, der Täter werde sich auch ohne Strafe künftig nicht wieder verfehlen, kein zwingender Grund ist, von Strafe Abstand zu nehmen, daß vielmehr eine Nichtbestrafung schuldhafter rechtswidriger Handlungen damit zu motivieren ist, daß insoweit die Vergeltung ohne Schaden für die *salus publica* unterbleiben kann (wobei die Erwartung künftiger rechtmäßiger Haltung des Individuums eine Rolle spielen kann, aber nicht muß, und andererseits auch andersartige Erwägungen mitsprechen).

Als Sicherungsgesetz gedacht ist das Strafgesetz dagegen zweckgerecht darauf angewiesen, die charakteristische Voraussetzung der Strafe in die nach dem rechtswidrigen Verhalten jeweils gegebene Gefährlichkeit des Täters zu verlegen, die Strafe also fallen zu lassen, wo solche trotz schuldhaft begangener Tat nicht oder nicht mehr besteht, umgekehrt gegen den Gefährlichen die Strafe zu verhängen, wo keine Tatschuld bestand, und Art und Maß der Strafe unangesehen wie schwer oder leicht der Unrechts- und der Schuldgehalt der Tat waren, einzig danach zu bemessen, welche Übel dem Täter zu seiner Bändigung oder Unschädlichmachung auferlegt werden müssen. Wenn das Strafgesetz solche Ziele verfolgt, muß sich auch der denkende Gesetzgeber sagen, daß die nach rechtswidrigem Verhalten eintretende Sicherung im Grunde nur eine äußerliche Scheidung von der ohne solches eintretenden bedeutet und deshalb des „*postquam peccatum est*“ folgerichtig als Voraussetzung der Strafe über Bord geworfen werden muß. Und selbst der Charakter der Strafe als eines „Leidens“ ist dann nicht mehr festzuhalten, da nicht abzusehen ist, weshalb nicht der Sicherungszweck vorkommendenfalls auch durch Maßregeln erreicht werden kann, die der Betroffene nicht oder nicht mit Unlust empfindet. Dieses Auseinanderstreben der beiden „Straf“-Charaktere muß natürlich schon für den Gesetzgeber selbst von Bedeutung werden, wo es sich um die Festlegung der Voraussetzungen der Strafbarkeit und des Inhalts und der Höhe der Strafdrohungen handelt; aber darüber hinaus bleibt der Charakter der „Strafe“, so wie ihn sich das Gesetz denkt, für die Rechtsanwendung bestimmend, wo das Gesetz, unfähig, jedem Individualfall die individuelle Strafe zuzudenken, Strafrahmen von engerem oder weiterem Umfang aufgestellt hat.

Gerade das methodologische und damit im eigentlichsten Sinne praktische Klarheitsbedürfnis ist es, das für die klassische Richtung in ihrem Kampf gegen die moderne eine Hauptrolle

spielt. Die beiden Schulen unterscheiden sich gewiß zunächst in sachlicher Hinsicht: hier Vergeltung, hier Sicherung. Aber man kann sie auch so scheiden, daß man die klassische Richtung als die methodologische, die moderne als die methodisch sorglose Richtung bezeichnet. Wie luftig das Vorstellungsgebäude so vieler Modernisten ist, das zeigt sich in ihrer sich immer wiederholenden erstaunten oder entrüsteten Frage an die Vergeltungstheoretiker: „also ihr wollt nach eurer proportionalen, gerechten Strafe den noch immer Gefährlichen ruhig wieder auf die Menschheit loslassen?“ Als ob je ein Vergeltungstheoretiker die dringende Notwendigkeit sichernder Maßnahmen bestritten hätte! Und wie wacklig das Gebäude der „Sicherungsstrafe“ bei den Modernisten ist, zeigt sich weiter darin, daß sie schließlich, wenn es zur Sache kommt, wenn es gilt, durchzugreifen, sich selbst lähmen, indem sie Mitleid mit dem Individuum verspüren und bei der „dringend gebotenen Sicherung“ nicht „über das verdiente Maß“ hinausgehen mögen, daß sie bei Vorbereitungshandlungen, die den Täter als hochgradig gefährlich entlarven, die Sicherung preisgeben, weil „noch keine strafbare Tat vorliegt“ u. dgl. Wer soll daraus klug werden? Wer ist der wahre Sachwalter der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung? Doch wohl der „Klassiker“, der, so sehr er für die Strafe nur das durch unrechtes schuldhaftes Handeln verdiente Übel zulassen will, für die Sicherung diese Voraussetzungen gänzlich streicht?

Selbstverständlich ist es jedem Gesetzgeber unbenommen, sich mit dem unbestimmten Begriff „Strafe: ein Leiden, das auf ein rechtswidriges Verhalten folgt“, zu begnügen, wenn er damit einverstanden ist, daß die Rechtsanwendung in individueller Regelung der Einzelfälle völlig freie Hand habe⁴⁵⁾. Ist sein Willensdenkakt so beschaffen, daß es ihm recht ist, wenn bei durchaus gleicher Lagerung eines Falles die Strafe hier und das eine Mal in den Dienst des Vergeltungsgedankens gestellt, dort und das andere Mal als sichernde Maßnahme benutzt wird, so würde vom logischen Standpunkte aus die Unbestimmtheit im Begriff nicht als zweckwidrig erscheinen. Aber um der Gerechtigkeit willen wird schwerlich ein Gesetzgeber sich zu solcher Entsagung entschließen. Denn man bedenke wohl, daß dann z. B. das Gericht heute den einen von zwei Mittätern, die genau gleich in Schuld und Gefährlichkeit sind, zur Mindeststrafe von einem Tage Gefängnis verurteilen darf, weil es auf die Schuld an-

⁴⁵⁾ Vgl. oben S. 32.

komme und diese gering sei, und der hohe Grad von Gefährlichkeit des Täters bedeutungslos für die Strafe sei, während es morgen den anderen von den beiden zur Höchststrafe von fünf Jahren Gefängnis verurteilt mit der umgekehrten Motivierung, daß es auf die nicht durch geringere Einsperrung zu erzielende Sicherung ankomme, und die „Proportionalität von Schuld und Strafe“ bedeutungslos sei. Es würde sogar, da wir ja vorausgesetzt haben, daß der Gesetzgeber in dem Schulenstreit absichtlich absolut nicht Partei ergriffen habe, also nicht einmal die Schuld als für die Strafe bedingend aufgefaßt habe, — es würde sogar gerade so gut die Freisprechung des Täters zu dem Gesetze stimmen, wie die Verhängung der Todesstrafe, jene motiviert mit Fehlen der Schuld unter bewußter Nichtberücksichtigung der Gefährlichkeit, diese motiviert mit Unerläßlichkeit der Unschädlichmachung unter bewußter Nichtberücksichtigung des Fehlens von Schuld.

Also wie gesagt, wenn der Gesetzgeber das mit dem Gerechtigkeitsziel für vereinbar hält, dann möge er auf Stellungnahme in dem Schulenstreit verzichten. Aber gibt es jemanden, der das für gerecht hält? Werden nicht alle, welcher Richtung sie auch seien, darin übereinstimmen, daß eine zur Verfügung des Richters, und damit des unberechenbaren Zufalls gehaltene Wahl jedenfalls schwer ungerecht sei?

Wenn deshalb neuerdings so viel davon die Rede gewesen ist, daß „sich der Strafgesetzgeber nicht auf eine bestimmte Stellungnahme im Schulenstreite festzulegen brauche“, so braucht man kein Prophet zu sein, um zu sagen, daß sich ein Gesetzgeber, der wirklich so wie Vogel Strauß den Kopf in den Sand steckte, eben nicht finden wird. Tatsächlich hat denn auch noch kein einziger der schon in so großer Zahl vorliegenden StGB.-Entwürfe der verschiedensten Staaten mit Einschluß des neuesten deutschen Entwurfs diese Kernfrage des Strafrechts umgangen. Wohl ist häufig krampfhaft vermieden worden, das Wort „Vergeltung“ in den Mund zu nehmen, und damit hat man dann geglaubt, der Partei ergreifung ausgewichen zu sein. Aber wenn dieselben Entwürfe die Schuld des Täters als bedingend und als maßbegrenzend für die Strafe normieren, dann haben sie sich eben für das Festhalten der Vergeltung entschieden, so wie umgekehrt ein Gesetzgeber, der das Ob und Wiehoch der Strafe von der Gefährlichkeit des Individuums abhängig machte, sich damit für die Sicherungstheorie entschieden hätte, möchte er noch so sehr dieses Wort vermeiden.

Merkwürdig genug wird nun aber unter dem Schlagwort von der „Überwindung des Schulenstreits“ noch das gerade Gegenteil der gesetzgeberischen Neutralität verstanden, nämlich die mehr oder weniger weitgehende kompromißmäßige Verschmelzung der beiderseitigen Standpunkte, also die Partei-ergreifung für beide zusammen. Dagegen ist nun wieder *methodisch* an sich nichts einzuwenden; nur müßte, soll nicht das Kompromiß praktisch in Nichts zusammenfallen, das neue, sachliche Ergebnis klar verständlich hervortreten, und somit die Antwort für die Behandlung des Strafproblems gemäß den neuartigen denknöthigen Zusammenhängen bereit stehen ⁴⁶⁾.

In diesem Sinne ist es nun jedenfalls eine Selbsttäuschung, wenn man meint, kompromißmäßig die Strafe restlos ebensowohl dem Vergeltungs-, wie dem Sicherungsgedanken unterstellen zu können. Eine Zusammenlegung ist ausdenkbar im Punkte der Voraussetzungen dafür, ob Strafe eintreten soll, worüber gleich das Nähere zu sagen ist. Aber von der Strafe zu verlangen, daß sie stets sowohl in der Richtung der Vergeltung, wie in der Sicherung zweckgerecht sein solle, bedeutet, daß sie in Art und Höhe sowohl das durch den Unrechts- und Schuldwert der Tat verdiente Übel, wie auch das angesichts der Gefährlichkeit des Täters notwendige rücksichtslos zupackende Übel (oder umgekehrt eventuell ohne Übelscharakter) sei, daß sie also z. B. zugleich auf einen Tag Gefängnis und auf fünf Jahre Gefängnis laute. Wie soll man das praktisch ausführen? Natürlich: gordische Knoten kann man immer zerhauen. Hier könnte etwa für solche Fälle das arithmetische Mittel durch Kompromiß vereinbart werden, also im obigen Beispielfalle $2\frac{1}{2}$ Jahre Gefängnis. Würde solche oder eine andere Formel aufgestellt, so wäre logische Klarheit geschaffen. Aber wie fände sich unser Zweck-sinn damit ab, daß die Strafe ebenso ungerecht, wie für die Sicherung unzulänglich wäre?

Eine Selbsttäuschung wäre es ferner, wenn man das Mischungsrezept darin gefunden zu haben glaubte, daß gewisse Gruppen von Fällen rechtswidrigen Verhaltens der „Vergeltungsstrafe“, andere der „Sicherungsstrafe“ unterstellt würden. Denn damit wäre zwar innerhalb jeder Gruppe logische Klarheit geschaffen, aber vergeblich würde man danach fragen, was diese beiden Gruppen innerlich so zusammenhält, daß es einen Zweck hat, sie unter dem bei solcher Zusammenlegung wertlosen Begriff „Strafe“ zusammenzufassen. Es wäre sogar mit Sicherheit vor-

⁴⁶⁾ Vgl. oben S. 34, 38.

auszusehen, daß der gemeinsame Name Strafe die aufgerichteten Grenzpfähle umwerfen würde, daß in der Rechtsanwendung innerhalb jeder beider Gruppen gedankliche Anleihen bei der anderen gemacht würden.

Möglich wäre ein Kompromiß in der Weise, daß die Zulässigkeit der Strafe von den beiderseitigen Voraussetzungen zusammen abhängig gemacht würde: der Anhänger des Vergeltungsgedankens würde auf Strafe verzichten, insoweit der Täter nicht gefährlich erscheint; der Anhänger der „Sicherungsstrafe“ würde auf diese verzichten, soweit der Gefährliche nicht zugleich ein „Schuldiger“ ist. Nur der „gefährliche“ „Schuldige“ wäre strafbar. Aber ganz abgesehen davon, daß sich jeder, dem Prävention am Herzen liegt, denn doch wohl fragen wird, ob er nicht lieber die Sicherung in völliger Trennung von der Strafe durchgeführt wissen will, wozu es ja keines Kompromisses bedarf, da die Gegner ja dagegen gar nichts haben —, nach einem solchen Kompromiß würde sich immer noch die Frage erheben, wie und wie hoch denn die Strafe gegen den „gefährlichen Schuldigen“ sein soll, und dann müßte notgedrungen der Vergeltungsgedanke allein siegen o d e r der Sicherungsgedanke allein⁴⁷⁾.

Wenn somit eine gedankenklare Überbrückung der Gegensätze nicht möglich ist, so wird sich der ruhig Denkende fragen, ob nicht die Bereitwilligkeit zu einem sogenannten „Kompromiß“ zu einer ganz anderen Lösung hindrängt. Bedeutet nicht diese Bereitwilligkeit ein gegenseitiges Anerkennen hier des Sicherungsgedankens als solchen, dort des Vergeltungsgedankens als solchen? Und wenn dem so ist, ist dann überhaupt die Veranlassung gegeben, den Streit durch begriffliche Gestaltung der „Strafe“, also innerhalb des Strafrechts, auszutragen? Ist dann nicht praktischerweise ein Vergeltungsrecht, und neben ihm ein Präventionsrecht auszuarbeiten und hinterher zu überlegen, ob man den Begriff der Strafe lediglich auf das Eine beschränkt? Und wenn man dann, wie sprachgebräuchlich, die Vergeltung „Strafe“ nennt, ist es dann ein unbilliges oder aussichtsloses Verlangen gegenüber den Anhängern der „Sicherungsstrafe“, daß sie sich nicht darauf versteifen sollen, die sachlich ja ganz in ihrem Sinne herauszuarbeitende vorbeugende Maßregel „Strafe“ zu nennen?

Dieser „Ausweg“ ist so verblüffend einfach, daß vermutlich künftige Zeiten nicht mehr begreifen werden, wie es kommen konnte, daß sich die klassische Richtung eine so gestaltete Gesetzgebung erst mühsam erkämpfen mußte, und wie gar erst

⁴⁷⁾ Oben S. 144 f.

die „Modernen“ je behaupten konnten, daß sie als Sieger aus dem Kampfe hervorgegangen seien. Das Losungsgeschrei war ja hier: Fort mit Vergeltung, alle Strafe Sicherung; dort aber: Beibehaltung der Strafe, d. i. der Vergeltung, dazu sichernde Maßnahmen ohne Strafcharakter.

Völlig im Sinne dieser Lösung lassen sich dann auch die Probleme behandeln, ob und wie man die Strafmaßregel zugleich so ausgestalten kann, daß sie tunlichst prävenierend wirkt, und inwieweit von Strafe abgesehen werden kann. In keinem Punkte handelt es sich dabei um „Konzessionen“ der klassischen Richtung an die Modernisten. Denn die klassische Richtung von heute läuft ja längst nicht mehr in den Gedankengleisen von Kant, der gegen jede Behandlung des Menschen als „Mittels“ zum Zweck des Nutzens für andere, und damit gegen den utilitaristischen Charakter jedes Verbrechenspräventionsrechts überhaupt protestierte, und der Vergeltung, nichts als Vergeltung, und diese ohne jede Mitberücksichtigung des Sicherungsgedankens, und zumal ohne Verkürzung durch diesen forderte. Was heute die klassische Richtung eint, das ist, das die Festhaltung des Vergeltungscharakters der Strafe ohne methodisch verworrene Hineinmischung des Sicherungsgedankens, ein Standpunkt, der die Bejahung der methodisch reinlichen Durchdringung des Rechts mit Präventionsmaßregeln nicht aus-, sondern einschließt. So ist es längst Sorge auch der Vertreter dieser Richtung, die Strafmittel selbst tunlichst so zu gestalten, daß schon durch sie eine Prävention mit erreicht wird; nicht als ob diese ein „Nebenzweck der Strafe“ wäre, wohl aber so, daß eine identische Maßnahme in Idealkonkurrenz zugleich Strafe und Sicherungsmaßnahme werde. Und was das „Absehen von Strafe“ anlangt, so hat dieses mit dem Augenblick in die Vergeltungstheorie seinen Einzug gehalten, indem der Absolutismus, der ja übrigens in der Gesetzgebung niemals eine Stätte gehabt hat, durch den Gedanken verdrängt wurde, daß Abstriche von der Vergeltung nach ob und wie hoch bzw. insoweit gerechtfertigt seien, wo bzw. inwieweit die *salus publica* sie nicht fordere oder sogar widerrate. Das kommt sogar bei Vergeltungstheoretikern, die dem Absolutismus nahestehen, wie Birkmeyer, zum Vorschein. Wenn dann über die Durchführung der Strafausschließung im einzelnen unter den Vertretern der klassischen Richtung Meinungsverschiedenheiten obwalten, so handelt es sich dabei nur um Grenzregulierungsfragen, und es ist interessant zu sehen, wie häufig sich dabei gerade „Klassiker“ als energischere Interessenten des Schutzgedankens bewähren denn die Sicherungsstrafe-Anhänger

moderner Observanz. Wenn sich z. B. die Widerstände, die sich aus dem klassischen Lager gegen die bedingte Verurteilung erhoben haben, der Befürchtung entspringen, die Volksmoral werde durch die bedingte Verurteilung zu dem „Einmal ist keinmal“ großgezogen, so heißt das nichts anderes, als daß gerade der Vorbeugungsgedanke ein solches Absehen von Strafe widertrate. Dabei geraten diese Autoren nicht unversehens in die „Sicherungsstrafe“. Die Strafe wird nicht positiv als Sicherung gerechtfertigt, sondern es wird nur der Anspruch, sie fallen zu lassen, mit der Begründung abgewehrt, daß sich aus Gründen des Schutzes gegen kommende Verbrechen die Möglichkeit verschließe, von einer Unschädlichkeit des Verzichts auf Vergeltung zu sprechen.

Stellt man sich also auf den Boden der Auffassung, daß es sich um eine staatliche Doppelaufgabe — Vergeltung einesteils, Sicherung andernteils — handelt, so ist damit alle Kompromißwirtschaft vermieden, und es bleibt nur für die einzelnen Probleme die erfahrungswissenschaftliche Abschätzung der Geeignetheit der Maßregeln für und gegen den einen oder anderen Zweck übrig.

Eines freilich bleibt Vorbedingung für einen derartigen Friedensschluß: daß die Beteiligten einesteils — im Gegensatz zum absoluten Indeterminismus — die Beeinflußbarkeit des Menschen durch Motive anerkennen, denn darauf beruht die Vorkehrung sichernder Maßnahmen, soweit sie psychisch wirken wollen; und daß sie andernteils — im Gegensatz zum echten Determinismus — der Persönlichkeit eine Möglichkeit der Selbstbestimmung zugestehen, denn darauf beruht die Sinnhaftigkeit des Schuldbegriffs und damit die Sinnhaftigkeit der Vergeltung. Wer beides bejaht, mag sich dann Determinist nennen, etwa mit dem neuerdings üblich gewordenen, die Sache verschleiernenden Ausdruck „Autodeterminist“; das bleibt sich gleich. Wer freilich auf dem einen der beiden extremen Flügel steht, für den gibt es nur Biegen oder Brechen; für ihn könnte von keinem auch nur kompromißähnlichen Gedanken die Rede sein. Aber noch hat man bisher wohl nie gehört, daß die Lebenspraxis und die Gesetzgeber das Menschenwesen als Gott oder als Tier aufgefaßt hätten!

d) Verbrechenarten und gesetzliche Tatbestände.

Der Gesetzgeber, der sich dahin schlüssig gemacht hat, daß und in welchem Sinne er Strafe als Rechtsfolge an rechtswidriges

Verhalten anschließen will, könnte sogleich zur Aufstellung des Strafgesetzes schreiten, wenn er erstlich will, daß die Strafe das ganze Gebiet rechtswidrigen Verhaltens umspannen soll, und er zweitens von sich aus keine bestimmten, sich auf bestimmte Gruppen von Unrecht beziehenden Strafdrohungen aufstellen, sondern die Fixierung der Strafe vollständig der Individualregelung durch den Richter überlassen will. Er würde dann, eventuell unter Aufführung der Liste der Leiden, die er als Strafleiden für recht und gut hält, einen einzigen Paragraphen brauchen: bei Vergeltungsstrafe:

„Wer schuldhaft eine rechtswidrige Handlung begangen hat, ist im Verhältnis zu der Schwere seiner Tat strafbar; bei Sicherungsstrafe:

„Wer gefährlich ist, ist nach rechtswidrigem Verhalten in dem Maße strafbar, in dem seine Bestrafung zur Sicherung der Allgemeinheit geboten ist.“

Das wäre nicht ganz der „Schurkenparagraph“: „Jeder Schurke wird bestraft“, aber etwas ähnliches.

Sobald aber der Gesetzgeber innerhalb der Strafmöglichkeiten bestimmte Wertgrößen für bestimmartige Gruppen von Unrecht aufstellen, auch dieses also wertlich in Gruppen zerlegen will, fragt sich für ihn noch, ob er sich diese Zerlegung des Gesamtgebiets des Unrechts in Gruppen derart denkt, daß diese restlos das ganze Gebiet erschöpfen, ob es also unbeschadet der Zerlegung dabei sein Bewenden haben soll, daß kein Unrecht straflos bleibt, oder nicht. Die Durchführung eines Gesetzgebungsprogramms der ersten Art würde voraussetzen, daß sich der Gesetzgeber zutraut, bei der Aufteilung und gruppenweisen Aufzählung der rechtswidrigen Verhaltensweisen nichts zu übersehen, oder wenigstens daß er den einzelnen Strafgesetzen noch ein Aushilfsstrafgesetz anhängt: „Wer sonst irgendwie rechtswidrig handelt, wird mit . . . bestraft.“

Ein solches Vorhaben hat heute aber kein Gesetzgeber. Ihm erscheint nicht nur der „Einzige §“, der allumfassend lautet, sondern auch die Clausula generalis, die aushilfsweise auf „irgend ein andersartiges rechtswidriges Verhalten“ lautet, anstößig im Interesse der Rechtssicherheit. Selbst der im heutigen deutschen Recht bedenklich in die Clausula generalis hinüberschillernde „Grob-Unfugs“-Paragraph ist nicht in solchem Sinne gedacht. Ist aber der Gesetzgeber gewillt, aus dem Gebiete des rechtswidrigen Verhaltens lediglich gewisse Gruppen auszuheben, um den Rest straflos zu lassen, so ändert sich nun das logische Bild vollständig. Solange das Strafgesetzbuch in jenem „Einzigen §“ be-

steht, oder zwar Verbrechenarten gebildet sind, diese aber lückenlos „das“ rechtswidrige Verhalten bilden, ist die Frage nach dem „Ob“ der Strafbarkeit stets unangesehen das „Wie“ beantwortbar; das „Wie strafbar“ ist im ersten Falle überhaupt nicht rechtlich festgelegt, und im zweiten muß es logisch exakt seine Erledigung finden können, nachdem die Rechtswidrigkeit, und mit ihr das „Daß“ der Strafbarkeit festgestellt ist. Der „Allgemeine Teil“ ist dann entweder überhaupt identisch mit dem Strafgesetzbuch und hat keinen „Besonderen“ neben sich, oder er ist der methodisch vorgeordnete. Nun aber, wenn nicht mehr das Unrecht schlechthin für strafbar erklärt ist, kann man es keiner Handlung mehr ansehen, ob sie strafbar ist, bevor man nicht die Liste durchgesehen hat, die die Verbrechenarten, nach Gruppen zusammengefaßt, auführt. Der „Allgemeine Teil“ ist von dem „Besonderen“ methodisch abhängig geworden, er schwebt ohne diesen in der Luft. Es gibt nunmehr kein allgemeines Strafgesetz, dem die einzelnen Strafgesetze nur zur näheren Ausführung folgten, sondern es gibt nur eine Summe von Einzelstrafgesetzen, so daß der Allgemeine Teil nur unselbständige Zusammenfassungen oder Ergänzungen bringen kann.

Für den Gesetzgeber treten damit die einzelnen Strafgesetze derart als das in erster Linie Interessierende hervor, daß er sein Denken notwendig zuerst auf sie zu richten hat, die Vorab-erledigung des Besonderen Teils, schon an und für sich das Praktische, wird bei dem System der geschlossenen Verbrechenarten zur logischen Notwendigkeit. Viel ins Unbestimmte hinein steuernde und von Formalismus bedrohte Denkarbeit wird vermieden, wenn man nicht fehlerhafterweise mit der Festlegung der „Allgemeinen Lehren“ beginnt. Wird zuerst die dem Besonderen Teil gestellte Aufgabe erledigt, so ist damit schon, wie noch zu zeigen sein wird, über eine große Zahl von „allgemeinen Lehren“ Licht verbreitet; der in dieser methodisch richtigen Weise vorgehende Gesetzgeber findet sich dann, sich selbst verstehend, der Tatsache gegenüber, daß ihm zahlreiche scheinbar schwierige Begriffe von selbst logisch notwendig schon unter den Händen hervorgewachsen sind.

Was sich der Gesetzgeber also zunächst angelegen sein läßt, das ist: das ganze Gebiet rechtswidrigen Verhaltens zu überblicken, daraus typische Lebensbilder herauszuschneiden und die Individuen, die sich in dieser typischen Weise rechtswidrig verhalten, mit einer Strafdrohung zu belegen, die dem mit diesem Typus gegebenen Unrechtswert entspricht. So kommen die „Verbrechenarten“ zustande. Sie scheiden sich in erster Linie —

nur daß dann noch sekundär weitere Einteilungsprinzipien hinzutreten können — durch den „gesetzlichen Tatbestand“, der einer jeden Verbrechenart charakteristisch ist, und sie von anderen unterscheidet ⁴⁸⁾).

Dieser Begriff des „gesetzlichen Tatbestands“ ist es, der methodologisch einen Grund- und Eckstein für Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bildet. Leider gehört er, wie manche Menschen, zu den Unglücklichen, die um ihres Namens halber nicht recht zur Geltung kommen, die man in dem Kreise, in dem sie bekannt sind, gebührend schätzt, während der mit ihnen nicht Vertraute über sie hinwegsieht. Noch wirren der „allgemeine“ und der „besondere“ Tatbestand, der „abstrakte“ und der „konkrete“ Tatbestand, der „innere“ und der „äußere“ Tatbestand, der Tatbestand, die Rechtswidrigkeit und die Schuld derart durcheinander, daß alle Einfachheit und Durchsichtigkeit der Betrachtung geschwunden ist. Um den Begriff des gesetzlichen Tatbestandes zu erfassen, wird es deshalb empfehlenswert sein, zunächst diesen Terminus beiseite zu lassen. Es ist aber noch ein anderer Umstand, der sich der richtigen Erfassung hindernd in den Weg gestellt hat, nämlich daß die gesetzlichen Tatbestände unübersehbar zahlreich sind.

Um allen den Irrungen zu entgehen, die der Name und die Masse verschuldet hat, setze ich den Fall, ein Strafgesetzgeber hätte aus dem ganzen Bereiche des rechtswidrigen Verhaltens bisher nur die „Tötung eines Menschen“ ausgehoben. Das einzige Strafgesetz, das vorhanden wäre, lautete also: „Wer ⁴⁹⁾ rechtswidrig einen Menschen tötet, wird bestraft.“ Welche Vor-

⁴⁸⁾ Hierzu und zum Folgenden vergl. meine Grundzüge des Strafrechts ^{6/7} § 15 II, § 74, sowie meine „Lehre vom Verbrechen“. Die dort gegebenen Ausführungen nehmen den gesetzlichen Tatbestand als fertig gegebene Größen, mit denen der Jurist zu arbeiten hat. In der vorliegenden Abhandlung wird dagegen der gesetzliche Tatbestand in den Werdegang des gesetzgeberischen Denkens eingestellt; gerade dadurch erlangt die strafrechtswissenschaftliche Methodik, die in den Bahnen der erkennenden Logik wandeln muß, ihren die Erkenntnis vertiefenden Hintergrund, indem sie das zu Erkennende als Ergebnis eines Willensdenkprozesses aufzeigt. Wer die gesetzlichen Tatbestände als freie Schöpfung des Gesetzgebers, zugleich aber als in denknötwendige Sinnzusammenhänge einmündend, erfaßt hat (vgl. besonders unten S. 161 ff., 172 ff., 185 ff.), wird sich der Nötigung, nunmehr als Jurist sein Erkennen dem anpassen zu müssen, nicht entziehen können.

⁴⁹⁾ Die Differenzierungen, die sich je nachdem ergäben, ob Vergeltung oder Sicherung gemeint ist, lasse ich hier, weil methodisch nicht interessierend, beiseite.

stellungsbilder träten uns dann vor die Seele? Drei⁶⁰⁾ Feststellungen ergeben sich sofort:

1. „Tötung eines Menschen“ ist nicht die am so und so vielen da und da von X an Y mittels Erstechens wirklich verübte Tötung eines Menschen, sondern eine Schablone, eine Abstraktion, kein Lebenskonkretum oder Summe gleichartiger Lebenskonkreta. Jenes Strafgesetz nötigt dazu, den Lebensfall daraufhin zu prüfen, ob die ihn bildenden Tatsachen der „Tötung eines Menschen“ zu subsumieren sind, aber die „Tötung eines Menschen“ ist ein Rechtsbegriff und nicht das Tatsächliche selber.

2. „Tötung eines Menschen“ ist etwas, was sich auf das äußere Geschehen, nicht auf das Seelische im Täter bezieht. An dem, was in der Seele jemandes vorhanden war, können wir nicht ablesen, ob eine „Tötung eines Menschen“ vorlag, und umgekehrt können wir das äußerlich Geschehene als „Tötung eines Menschen“ erfassen, ohne zu wissen, wie es in der Psyche des Täters aussah. Etwas durchaus Anderes ist die „Schuld“; für diese kann die psychische Einstellung des Täters auf die „Tötung eines Menschen“ von Bedeutung sein, aber jedenfalls ist diese psychische Einstellung begrifflich nicht selber das, was wir als „Tötung eines Menschen“ verstehen. Das zeigt sich völlig klar darin, daß auch ein von dem Schuldverfordernis absehendes Sicherungsstrafrecht von rechtswidriger Tötung eines Menschen sprechen könnte.

3. Das Vorstellungsbild „Tötung eines Menschen“ schließt die Vorstellung der Rechtswidrigkeit nicht in sich. Wohl hatte der Gesetzgeber die „Tötung eines Menschen“ als eine Art von Unrecht aus dem Gesamtbereich des rechtswidrigen Verhaltens herausgeschnitten. Aber er hat diesen Ausschnitt so vollzogen, daß er dabei eine Figur benutzt hat, die auch ohne seine Wertung als „rechtswidrig“ einen selbständigen begrifflichen Sinn hat. Dieser Figur als solchen vermögen wir es nicht anzusehen, ob und inwieweit eine rechtswidrige Handlung gegeben ist. Zwischen dem Charakter der Handlung als rechtswidrig und dem als Tötung eines Menschen besteht zwar ein Sinnzusammenhang, den wir mit zu beachten haben, um das Begriffsbild „Tötung eines Menschen“ näher zu bestimmen, und der sich namentlich darin geltend macht, daß im Rahmen des Strafgesetzes die Tötung eines Menschen bedeutungslos ist, soweit sie nicht auch

⁶⁰⁾ Wegen weiterer begrifflicher Fixierungen des gesetzlichen Tatbestands besonders im Hinblick auf die sog. objektiven Bedingungen verweise ich auf meine „Lehre vom Verbrechen“.

rechtswidrig ist. Aber wie schon oben⁵¹⁾ aufgezeigt, dürfen Begriffsinhalt und Sinnzusammenhang eben nicht verwechselt werden. Schlösse die „Tötung eines Menschen“ begrifflich die Rechtswidrigkeit ein, so müßte ja auch die nicht rechtswidrige Tötung unvorstellbar sein; sie könnte, weil nicht rechtswidrig, eben auch keine „Tötung eines Menschen“ sein.

Räumt man demgemäß ein, daß der Begriff „Tötung eines Menschen“ als Abstraktion ein aliud bedeutet gegenüber dem daran zu messenden, und auch dem als ihm entsprechend befundenen Lebensmaterial; daß er als Umriß äußeren Geschehens ein aliud bedeutet gegenüber der inneren Tatseite und ihrer rechtlichen Bedeutung; daß er endlich als wertungsfreie Figur ein aliud gegenüber der Rechtswidrigkeit bedeutet, so brauchen wir nunmehr nur für die vom Gesetzgeber sonst noch aufgestellten Strafgesetze — „wer rechtswidrig fremde Sachen beschädigt“ usw. — immer das gleiche analysierende Verfahren anzuwenden, und das als „Tötung eines Menschen“, als „Sachbeschädigung“ usw. analysierte Element in seiner Funktion für ein Strafgesetz überhaupt so zu bezeichnen, daß ein einheitlicher Name da ist, der die „Tötung“ usw. als Beispiele umfaßt — und der „gesetzliche Tatbestand“ ist gewonnen. „Gesetzlicher Tatbestand“ ist also ein Funktionsbegriff; er drückt die Rolle aus, die die untereinander verschiedenartigen Begriffe „Tötung eines Menschen“, „Beschädigung einer Sache“ usw. gleichheitlich im begrifflichen Bau des Strafgesetzes spielen — etwa wie der „Tell“ in Schillers Schauspiel die verschiedensten Darsteller der Rolle umfaßt. Gäbe es nur das e i n e Strafgesetz gegen „Tötung eines Menschen“ (oder, wie wir natürlich nun weiter hinzufügen dürfen, zwar mehrere Strafgesetze, aber solche, die sich alle um „Tötung eines Menschen“ drehen und nur danach verschieden sind, ob die Tötung vorsätzlich oder fahrlässig verübt war usw.), so könnten wir des Begriffs „gesetzlicher Tatbestand“ entraten; wir brauchten eben nur von „Tötung eines Menschen“ zu sprechen. Erst die Mehrheit solcher Figuren, die aber doch alle die gleiche funktionelle Bedeutung im Bau des Strafgesetzes haben, macht es wünschenswert, einen für sie alle stellvertretend einrückenden Begriff zu haben, weiß wir sonst genötigt wären, das, was gleichheitlich für alle gilt, durch die Wendung „Tötung eines Menschen bzw. Beschädigung einer Sache bzw. . . .“ und so fort unter Aufzählung aller in den Strafgesetzen vorfindlichen Figuren auszudrücken.

⁵¹⁾ S. 48.

Die Rolle aber, die der Begriff für das Strafrecht spielt, ist, von weiteren Folgerungen zunächst noch abgesehen, die, daß einmal die Summe aller gesetzlichen Tatbestände den Raum absteckt, innerhalb dessen überhaupt nach positivem Strafrecht von strafbaren Handlungen die Rede sein kann: die Tatbestandsmäßigkeit = die Zugehörigkeit der Handlung zu einem der gesetzlichen Tatbestände ist für die strafbare Handlung begriffswesentlich; — und sodann daß die auf einen bestimmten Tatbestand zu beziehende Strafbarkeit sich nach der zu eben ihm laut gesetzlicher Anordnung passenden Strafdrohung bestimmt. Dagegen löst weder die Tatbestandsmäßigkeit schlechthin, noch das Unterfallen der Handlung unter einen der Tatbestände schon die passende Strafdrohung ohne weiteres aus: es handelt sich nur um ein Bezugsverhältnis. Damit hebt sich der Begriff des gesetzlichen Tatbestands deutlich ab von dem sog. „allgemeinen Verbrechenstatbestand“, d. i. dem Inbegriff aller Merkmale, die die Strafbarkeit bedingen, einem Begriff, der nur einer rechtswissenschaftlichen Zusammennahme aller für die Strafbarkeit wesentlichen Merkmale entstammt und gar nichts anderes bedeutet, als eben die „strafbare Handlung“ selbst.

In seiner Eigenschaft als Deckname für „Tötung eines Menschen“ usw. hebt sich der „gesetzliche Tatbestand“ weiter scharf ab, 1. von den Lebenskonkreta, den „Tatumständen“, die unter die juristische Schablone, eben den Tatbestand, gelegt werden; diese bilden nicht auch wieder einen „Tatbestand“, sondern den Sachverhalt; 2. von allem, was in das Schuldkapitel gehört; es gibt keinen „inneren Tatbestand“ — sowenig es eine „innere Tötung eines Menschen“ gibt —, sondern es gibt nur innere Tatumstände, einen inneren Sachverhalt, und dieser kann nie selber einen gesetzlichen Tatbestand bedeuten, sondern nur auf einen solchen bezogen sein; 3. von der Rechtswidrigkeit: die Aussage, daß eine tatbestandsmäßige Handlung vorliege, verrät gar nichts darüber, ob die Handlung rechtswidrig sei, so wenig wir mit der Feststellung, daß jemand „einen Menschen getötet“ habe, damit schon wissen, daß dies rechtswidrig geschehen sei.

Daß wir einen derartigen Decknamen für die hier in Rede stehende Figur brauchen, wird nicht wohl bestritten werden können. Wohin kämen wir, wenn wir schon, um dem Lernenden die positivrechtliche Geschlossenheit des Kreises der strafbaren Handlungen darzulegen, sagen müßten: es muß eine Handlung vorliegen, die entweder Tötung eines Menschen oder Beschädigung einer Sache oder . . . und so fort bis in die Tausende — statt einfach formulieren zu können: die Handlung muß einem der

in den Strafgesetzen ausgeprägten gesetzlichen Tatbestände entsprechen? Und ebenso, wenn wir gewisse allgemeine Lehren, die hinsichtlich dieses strafgesetzlichen Elements einerlei ob es sich um diesen oder jenen Tatbestand handelt, gelten, entwickeln wollen?

Daß der Name „Tatbestand“ auch für den „allgemeinen“, daß er auch für die Lebenskonkreta, daß er gar für seelische Lebenskonkreta oder für deren juristische Bedeutung als Schuld gebraucht wird, ist bedauerlich, da für alle diese Dinge geläufige und gute andere termini zur Verfügung stehen. Zuzugeben mag sein, daß der echte „gesetzliche Tatbestand“ durch dieses Wort nicht besonders charakteristisch bezeichnet ist. Aber es wird späterer juristischer Sprachkunst hoffentlich noch gelingen, ein markantes Wort für den Begriff zu finden. Das Wort durch den Ausdruck „Rechtsfigur“ oder „Typus“ zu ersetzen geht deshalb nicht an, weil zwar in der Tat die gesetzlichen Tatbestände die einzelnen Rechtsfiguren oder Typen umreißen, aber an dieser Figürlichkeit auch noch andere rechtserhebliche Elemente teilnehmen⁵²⁾. Aber wir dürfen uns mit dem terminus technicus „gesetzlicher Tatbestand“ jedenfalls deshalb bescheiden, weil er genau in diesem Sinne im StGB. § 59 gebraucht ist⁵³⁾.

e) Die logische Bedeutung der Ausprägung gesetzlicher Tatbestände für die Schuld.

Der Gesetzgeber, für den die Strafe Vergeltung bedeutet, der also jene nach Ob und Wie hoch zu der Schuld in Abhängigkeit stellt, wird sich veranlaßt sehen müssen, zu prüfen, ob die Begrenzung der Strafbarkeit auf tatbestandsmäßiges Unrecht und die auf tatbestandlichem Gebiet vollzogene Gruppenbildung denknotwendig Folgen für die inhaltliche Bestimmung des Schuld- begriffs nach sich ziehen.

⁵²⁾ Z. B. gehört zur Diebstahlsfigur die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, also ein psychisches Moment; zur Bankerottfigur die Konkursöffnung als ein zwar wie der Tatbestand äußeres, doch aber nach geltendem Recht nicht zu diesem gehöriges Moment. In meiner Lehre vom Verbrechen ist noch nicht genügend zwischen Typus und Tatbestand geschieden. Vgl. meine Grundzüge des Strafrechts^{6/7} § 15 II.

⁵³⁾ Daß nach § 59 zum Vorsatz die Kenntnis der Tatstände nötig ist, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, drückt zunächst deutlich aus, daß die ersteren, als Tatsachen, nicht selber ein Tatbestand sind, sondern der Prüfung harren, inwieweit sie unter die Abstraktion „Tatbestand“ gebracht werden können. Daß § 59 unter dem Tatbestand den allgemeinen, also die Gesamtheit der Verbrechensmerkmale versteht, kann nicht gut behauptet werden, denn da z. B. zum Tatbestand in diesem Sinne

Der logisch gewiesene Weg, um hierüber Klarheit zu erlangen, ist der, daß zunächst einmal von der ja nicht logisch gebotenen, sondern nur willensmäßig vollzogenen Einspannung des Strafrechts in „Tatbestände“ abgesehen wird. Wie sieht die „Schuld“ aus, wenn ein Strafrecht lediglich in dem einen Satze besteht, daß schuldhaftes Unrecht strafbar ist?

Offenbar müssen, da die Vergeltung von Rechtswidrigkeit und Schuld abhängig gemacht wird, diese beiden Begriffe etwas Verschiedenes sein; sie müssen andererseits beide eine Wertung ausdrücken, derart, daß erst ihr Zusammentreffen den Mißwert der Tat kennzeichnet, ohne den im Sinne der Rechtsordnung das Strafleiden ungerechtfertigt wäre. Diesen aus dem Sinnzusammenhang der Strafe als Vergeltung mit ihren Voraussetzungen gewonnenen Anforderungen genügt und genügt nur die Erfassung der Schuld als der rechtlichen Mißwertigkeit der Innerlichkeit der Handlung im Gegensatz zu der „Rechtswidrigkeit“ als der rechtlichen Mißwertigkeit der äußeren Seite der Tat. Und da jenes Innerliche beim Handeln der Wille ist, der sie von dem von Vergeltung nicht erfäßbaren bloßen mechanischen „Tun“ abhebt, so stellt sich die Schuld als rechtlicher Willensfehler dar oder, wie man auch sagen kann, ohne irgendwie die Verwischung der scharfen Scheidelinie zwischen der „Rechtswidrigkeit“ im üblichen Sinne (der „objektiven“ Rechtswidrigkeit) und der Schuld befürchten zu müssen: Die Schuld ist die Rechtswidrigkeit der seelischen Regung, die das Verhalten als ein gewolltes Verhalten erscheinen läßt: des Entschlusses, sich körperlich so zu verhalten, wie es geschieht.

Die Entschlüsse, die das körperliche Verhalten des Menschen bestimmen, können aber der Rechtsordnung entweder in stärkerem oder in geringerem Grade mißfällig sein. Die Rechtsordnung nimmt natürlich zunächst Anstoß an einem Entschluß zum Handeln dann, wenn der Entschluß inhaltlich auf die Tat als eine objektiv rechtswidrige ging, wenn sich also der Handelnde des Gegensatzes des Inhalts seines Entschlusses zu der Rechtsordnung bewußt war. War das nicht der Fall, so bleibt immer

auch der Vorsatz selbst gehört, so müßte, damit Vorsatz gegeben wäre, der Täter „seinen Vorsatz gekannt haben“, ein unentrinnbarer *circulus vitiosus*; es müßte ferner der Täter auch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gekannt haben. Tatsächlich operiert auch die durchgängige Meinung mit einer Beziehung des Seelischen zum echten gesetzlichen Tatbestand. Ganz außerhalb des Textes und Zieles des § 59 StGB, bleiben die Probleme, ob außer der in ihm bezeichneten tatbeständlichen Wissensrichtung noch weiteres zum *dolus* erforderlich ist. Vgl. meine Grundzüge §§ 27, 28.

noch vom Standpunkte des Rechts aus möglicherweise bemängelbar, daß der Handelnde seinen Entschluß in unsorgfältigem Denkverfahren gewonnen hat, denn die Rechtsordnung kann von jedermann verlangen, daß er nicht nur solche Entschlüsse unterläßt, deren inhaltliche Unvereinbarkeit mit den Wertungen des Rechts ihm vor der Seele steht, sondern auch solche, die ohne sich inhaltlich gegen die Rechtsordnung zu richten, nicht so ausgereift waren, wie dies im Rahmen des dem Individuum psychologisch Möglichen hätte geschehen sollen. Indem die Rechtsordnung ein Musterbild für das gesellschaftliche Leben zeichnet, wie es sein soll, erheischt sie von den Einzelnen nicht nur, daß sie sich nach diesem Musterbilde richten, sondern auch, daß sie sich ständig und jeweils bei ihren Entschlüssen innerlich überwachen, um mit diesen nicht von dem Muster abzuweichen. Hat der Handelnde das eine oder andere nicht getan, so bedarf es, damit von Schuld und Vergeltung die Rede sein könne, nur noch der Feststellung, daß es dem Handelnden nach seiner ganzen seelischen Verfassung überhaupt möglich war, sich diesem Doppelimperativ gemäß einzurichten, der Feststellung der Schuldfähigkeit.

Damit sind zwei denkbare Schuldstufen gewonnen: jene erste die sichtlich schwerere, die andere die leichtere Schuld bedeutend. Will der Gesetzgeber also eine grundsätzliche Scheidung innerhalb der Schuld zum Behufe der Differenzierung der Strafe bei sonst gleicher Sachlage vornehmen, so ist diese Scheidung begreiflich, so wie eine andersartige grundsätzliche rationelle Stufung nicht denkbar ist. Ist dagegen der Entschluß des Handelnden weder wegen der inhaltlichen Richtung, die er nimmt, noch wegen seines Entstehungsprozesses zu beanstanden, so ist, mag auch die entschlußverwirklichende Handlung äußerlich eine der Rechtsordnung nicht entsprechende, also eine solche sein, die hätte unterbleiben sollen, von Schuld nicht die Rede.

Nennt man, wie hergebracht, die für die Zwecke schwererer Bestrafung bei sonst gleicher Lagerung der Tat aufgestellte Schuldstufe den *dolus*, die andere die *culpa*, so ist klar, daß die markante Scheidelinie mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gegeben ist; kein *dolus*, wenn die Entschlußrichtung des Täters nicht (mindestens im Sinne des *dolus eventualis*) gegen die Rechtsordnung anlief. An jenem Bewußtsein, und folglich am *dolus*, fehlt es aber ebensowohl demjenigen, der wegen Verkennens der tatsächlichen Lage seine Tat nicht als rechtswidrig erkennt (*error facti*), wie demjenigen, der sie deshalb nicht in ihrem rechtlichen Mißwert erkennt, weil er das von der Rechtsordnung aufgestellte Musterbild selber nicht kennt (*error juris*):

im letzteren wie im ersteren Falle ist die seelische Einstellung des Täters gegenüber der Rechtsordnung wertlich durchaus die gleiche. Bedeutet diese Unkenntnis einen für den Handelnden vermeidbar gewesenen Mangel in der Entschlußbildung, so ist culpa gegeben; wenn nicht, dann Schuldlosigkeit.

Dies in großen Zügen die sachgemäße Schuldauffassung für ein Strafrecht, das alles Unrecht, falls schuldhaft begangen, unter Strafe stellen würde.

Ändert sich nun an dem Schuldbegriff und an der Schuldstufung dadurch etwas, daß aus dem Bereiche des Unrechts nur figurenhafte bestimmte Gruppen herausgehoben, und nur das tatbestandsmäßige rechtswidrige Verhalten für strafbar erklärt wird? Insbesondere: wenn bisher der Entschluß zu einem Verhalten dann und deshalb der schwerere Schuldgrad war, wenn und weil der Entschlußinhalt den Täter bewußt gegen die Rechtsordnung lief, muß oder darf nummehr derjenige Entschluß als der rechtlich tadelhaftere eingesetzt werden, bei dem der Täter zwar nicht den rechtlichen Mißwert seiner Tat, wohl aber deren Charakter als einen tatbestandsmäßigen erkannt hatte? Daß diese Frage sinnhafterweise sofort zu verneinen ist, liegt auf der Hand. Denn durch Beschränkung der Strafbarkeit auf solches Unrecht, das bestimmten Figuren entspricht, hatte der Gesetzgeber ja keineswegs auf das Erfordernis der Rechtswidrigkeit verzichtet, er hatte nur das nicht den Figuren entsprechende Verhalten, auch wenn rechtswidrig, jenseit der Strafbarkeit gestellt, dagegen das tatbestandsmäßige Verhalten nur unter Fortbestand des Rechtswidrigkeitserfordernisses für strafbar erklärt. Und wenn nun, wie oben⁵⁴⁾ gezeigt, das begriffliche Vorstellungsbild jedes gesetzlichen Tatbestandes als solches frei ist von der Vorstellung rechtlichen Mißwerts solcher Tat, so ist damit die Möglichkeit eröffnet, daß ein Handelnder sein Handeln wohl als z. B. „Beschädigung einer fremden Sache“ erfaßt, aber nicht ahnt, daß es rechtswidrig sei. Wenn in solchen Fällen der täterische Entschluß vom Standpunkt der Rechtsordnung aus bemängelt werden soll, so ist dies nur so denkbar, daß er im Willensbildungsprozeß nicht sorgfältig verfahren ist, und das ist der culpa-Vorwurf; und wäre dem betreffenden Individuum auch insofern nichts zur Last zu legen, so sähe man sich vergeblich danach um, wieso überhaupt noch von Schuld die Rede sein sollte.

Auch für das auf bestimmte typische Verhaltensweisen beschränkte Strafrecht muß also, wenn nicht alle Zwecklogik um-

⁵⁴⁾ S. 155.

geworfen werden soll, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dolus-Element bleiben, so daß auch hier derjenige, der die Tatbestandsmäßigkeit seiner Handlung kannte, frei von dolus ist, wenn er diese nicht zugleich als rechtswidrig bewertete; und es spielt dabei gar keine Rolle, ob er die tatsächlichen Voraussetzungen des Eingreifens eines Unrechtsausschließungsgrundes fälschlich annahm, oder die rechtliche abstrakte Regelung selber derart verkannte, daß sich ihm sein Handeln als rechtlich einwandfrei darstellte.

Nur das kann in Frage kommen, ob bei einem auf gesetzliche Tatbestände abstellenden Strafrecht der dolus a u ß e r dem Element des Unrechtsbewußtseins noch irgend eine Beziehung der Innerlichkeit des Handelnden zu jenen Figuren in sich aufnehmen müsse. Die Frage spaltet sich in folgende Unterfragen:

1. Soll zum dolus ein Vorstellungsbild des Täters erfordert werden, das dem von ihm verwirklichten gesetzlichen Tatbestande entspricht, oder soll es genügen, daß sein Vorstellungsbild zwar nicht diesem, immerhin aber einem anderen gesetzlichen Tatbestande entspricht? Soll also der dolus ein auf diesen speziellen Tatbestand bezogenes Wissen erfordern oder nur ein Bewußtsein der Tatbestandsmäßigkeit überhaupt? Der Täter verwirklicht etwa eine Sachbeschädigung, meint aber eine Körperverletzung zu verüben, da er die Wachfigur im Panoptikum, an der er sich vergreift, für einen Menschen hält, oder umgekehrt: dolus oder nicht?

Dieser Frage läuft natürlich die Vorfrage voran, ob überhaupt irgendwie auf Beziehung der Innerlichkeit des Täters auf die gesetzlichen Tatbestände Rücksicht genommen werden, oder es nicht bei dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit allein sein Bewenden haben soll.

2. Soll, wenn für den dolus ein Tatbestandlichkeitsbewußtsein erfordert wird, dieses dahin verstanden werden, daß sich der Täter die gesetzlichen Tatbestände selber, also jene juristischen abstrakten Figuren, vor Augen gehalten und den gegebenen Sachverhalt als darunter fallend subsumiert hat? Oder soll es genügen, daß sich der Täter die Sachlage als solche so vorgestellt hat, daß der Jurist dieses Vorstellungsbild einem gesetzlichen Tatbestand entsprechend findet? Also z. B. wenn der Täter, der den X erwürgt hat, sich zwar vorgestellt hat, daß er den X erwürgte, aber an die gesetzliche Sonderfigur „Tötung eines Menschen“ nicht gedacht oder sie gar nicht als gesetzlichen Tatbestand gekannt hat, soll dann der schwerere Schuldgrad angenommen werden oder nicht?

Die zu 2) aufgeworfene Frage kann unmöglich im milderen Sinne beantwortet werden. Die gesetzlichen Tatbestände sind so zahlreich, daß selbst der Jurist nicht alle diese Figuren kennt. Gehörte deren Kenntnis zum dolus, so würden in der Hauptsache nur Juristen, unter diesen nur Kriminalisten, und auch diese nicht alle dolus handeln können. Und wie sollte der Umstand, daß der Täter bei voller Erfassung der rechtlichen Un erlaubttheit seiner Tat, also sich des Gegensatzes gegen den herrschenden Gemeinschaftswillen bewußt, sich nur nicht in der feineren juristischen Regelung auskannte, ihn irgendwie entlasten können? Insoweit muß also error juris gleichgültig sein; es kann sich nicht um Kenntnis der „Tatbestände“, der „Tatbestandsmerkmale“ und ihrer rechtlichen Funktion im Strafgesetz, sondern nur um Kenntnis der den Tatbeständen entsprechenden „Tatumstände“, also der Lebenskonkreta, die in das rechtliche Bild passen, handeln. Würde doch auch, da die gesetzlichen Tatbestände alle nur aus den Strafgesetzen abgelesen werden können, die hier von uns abgelehnte Fassung des „Bewußtseins der Tatbestandlichkeit“ besagen, daß der Handelnde mindestens begonnen haben müsse, seine Tat unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit zu betrachten. Jedes Kennen oder Kennenkönnen der Strafbarkeit der Tat muß aber für die Frage, ob Schuld, und innerhalb ihrer, ob dolus gegeben ist, beiseite bleiben. Ist sich jemand darüber klar gewesen, daß er so handelt, wie er nach der Rechtsordnung nicht handeln soll, so vermag ihn der noch so „entschuld bare“ Glauben, sich nicht strafbar zu machen, in keiner Weise in milderem Lichte erscheinen zu lassen. Ein solcher im Glauben an seine Straflosigkeit bewußt rechtswidrig Handelnder spekuliert nur auf eine vermeintliche Schwäche oder Nachsicht des Gesetzes, und wenn er sich verspekuliert hat, so mag er erstaunt sein, aber seine Strafe verdient er womöglich noch mehr als einer, der bewußt das Risiko, dem Strafrichter in die Hände zu fallen, auf sich genommen hat. Also wenn überhaupt der dolus-Inhalt durch Mitaufnahme einer auf die Tatbestandsmäßigkeit bezüglichen Vorstellung verengt werden soll, so darf diese Verengerung jedenfalls nur soweit gehen, daß neben dem Unrechtsbewußtsein ein Tatsachenbild in der Seele des Täters verlangt wird, das zwar einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, aber nicht vom Täter in dieser begrifflichen Abstraktion erfaßt zu sein braucht.

Ist denn aber überhaupt Veranlassung gegeben, und damit tritt die Frage 1) mit ihrer Vorfrage an uns heran, den dolus

durch Einbeziehung des Bewußtseins einer Tatbestandlichkeit einzuengen?

Hier wird der Gesetzgeber zunächst das Eine erwägen, daß er durch Beschränkung der Strafbarkeit auf bestimmte Gruppen rechtswidrigen Verhaltens das jenseits liegende Unrecht als strafrechtlich nicht interessierend beiseite gestellt hat. Wohl bleibt es ihm Unrecht, und der Entschluß, strafloses Unrecht zu tun, bedeutet *dolus*. Aber wenn derartige Unrecht den Strafgesetzgeber nicht mehr interessiert, so interessiert ihn auch eine hierauf gerichtete Schuld nicht. Läßt der Strafgesetzgeber z. B. das „Gebrauchen fremder Sachen“ aus der Liste der gesetzlichen Tatbestände weg, verzichtet also auf Strafbarkeit derartigen Unrechts, so wird er auch den auf solches Unrecht gerichteten Entschluß nicht als einen so üblen ansehen, wie es der für Auslösung strafrechtlicher Folgen bereitgestellte Schuldbegriff erheischt. So hat es guten Sinn, wenn der strafrechtliche *dolus* beschränkt wird auf Entschlüsse, die nicht bloß auf Begehung eines nicht-tatbestandsmäßigen Unrechts hinauswollten. Hat dann der mit solchem Entschluß Handelnde tatsächlich doch, ihm unbewußt, eine tatbestandsmäßige Handlung begangen, hat er z. B. eine fremde Sache, die er, wenn auch seines Unrechts bewußt, nur zu gebrauchen glaubte, durch seine Handlung zerstört und damit den gesetzlichen Tatbestand der Sachbeschädigung verwirklicht, so hat er doch keinen strafrechtlichen *dolus* dabei gehabt, könnte einer Schuld vielmehr, wenn überhaupt, dann nur im Sinne einer auf die Sachbeschädigung bezogenen *culpa* geziehen werden.

Auf dem eingeschlagenen Wege fortschreitend, wird der Strafgesetzgeber sich nun weiter klar machen: Ich habe, so wird er sich sagen, die verschiedenen gesetzlichen Tatbestände ja deshalb gebildet, um das ihnen entsprechende Unrecht graduell abzustufen und nach dieser Stufung die Strafdrohungen verschieden hoch einzurichten. Will ich nun, und das will ich ja, einen Handelnden sowenig über das Maß seiner Schuld hinaus wie über den Unrechtswert seiner Tat hinaus strafen, so kann ich mich hinsichtlich der *dolus*-Strafbarkeit nicht damit begnügen, daß der Täter neben dem Unrechtsbewußtsein irgend eine Vorstellung hatte, kraft deren die Handlung irgend einem der gesetzlichen Tatbestände entspricht; denn von dem tatbestandlichen Vorstellungsbilde hängt ja eben auch die größere oder geringere Schwere des *dolus* ab. Wie könnte ich z. B. denjenigen mit der Strafe der vorsätzlichen Tötung belegen wollen, der zwar einen Menschen getötet hat, und beim Abschießen der Waffe wußte, daß er nicht schießen durfte, der seine Handlung

als ein rechtswidriges „Schießen an bewohnten Orten“ erkannt hat, aber doch nicht ahnte, daß er durch seinen Schuß einen Menschen töten werde?

Aber wenn der Gesetzgeber in seinen Gedanken soweit gekommen ist, wird er nunmehr schließen: Also gehört zum strafrechtlichen dolus neben dem Unrechtsbewußtsein die Entschlußrichtung zu einem gesetzlichen Tatbestand hin, der entweder mit dem objektiv verwirklichten identisch oder aber ihm mindestens wertgleich ist. War der Fall so gelagert, so trifft die auf vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestandes x gesetzte Strafdrohung ihrem Sinne nach zu: objektiv ist der Unrechtswert x , und psychisch der entsprechende oder ein höherer Schuldwert gegeben (während im letzteren Falle natürlich die auf die vorsätzliche Verwirklichung des betr. schwereren Tatbestandes gerichtete Strafdrohung deshalb nicht Anwendung finden kann, weil dem höheren Schuldwert nicht auch der entsprechende Unrechtswert zur Seite steht, und die gerechte Vergeltung weder den Unrechtswert noch den Schuldwert übersteigen kann). Eine Nötigung, für den dolus das Bewußtsein gerade des objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestandes zu fordern, besteht gewiß nicht. Es widerstrebt der Gerechtigkeit in keiner Weise, den Sachbeschädiger nach Maßgabe der auf vorsätzliche Sachbeschädigung gesetzten Strafdrohung zu bestrafen, wenn er seine Sachbeschädigung für eine unerlaubte Körperverletzung gehalten hat^{54a)}.

Aber auch dann, wenn der Täter mit dem Unrechtsbewußtsein eine Vorstellung verband, die einem leichteren, als dem von ihm verwirklichten Tatbestande entspricht, wird das Vorhandensein doloser Willensrichtung nicht geleugnet werden können. Der dolus erreicht dann nur nicht den dem Unrechtswert der Tat entsprechenden Grad. Und daraus wird der rationell denkende Gesetzgeber Veranlassung nehmen, in diesem Falle die für die vorsätzliche Verwirklichung des geringeren Tatbestandes geltende Strafdrohung für anwendbar zu erklären: dann erfaßt die Strafe zwar nicht den Unrechtswert der Tat, was ja auch ungerecht wäre, da der Schuldwert nicht so hoch hinaufsteigt, sie erfaßt die Tat aber immerhin in der Höhe des Schuldwerts — quoad summam concurrentem. Wäre also z. B. die vorsätzliche Körperverletzung mit Gefängnis bis 2 Jahr, die vorsätzliche Sachbeschädigung mit Gefängnis zu 1 Jahr bedroht, so würde, wer

^{54a)} Auf das im Text behandelte Problem und die Notwendigkeit seiner gesetzlichen Lösung habe ich schon in meiner Schrift „Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf“, S. 50, hingewiesen.

im Glauben eine rechtswidrige Sachbeschädigung zu verüben, eine rechtswidrige Körperverletzung begangen hat, zwar „wegen vorsätzlicher Körperverletzung“, aber mit „Gefängnis bis 1 Jahr“ strafbar.

Es sei gestattet, den im Vorstehenden entwickelten Grundgedanken als den Grundsatz der Äquivalenz oder des stellvertretenden Eintritts von Vorstellungsinhalten beim dolus zu bezeichnen.

So würde der sich selbst recht verstehenden Strafgesetzgeber die Doluslehre behandeln.

Die dogmengeschichtliche Behandlung des Dolus-Begriffs und damit zum Teil die Gesetzgebung, und vor allem die Rechtsprechung, sind ganz abseits dieser Zwecklogik die Wege eines reinen Formalismus gewandelt; sie haben es zustande gebracht, daß heute die Doluslehre verworren ist und, sei es de lege lata, sei es de lege ferenda, viel formale, d. h. aus der Zweckbetrachtung herausfallende und darum komplizierte Lösungen gefunden hat. Es ist lehrreich, sich zu vergegenwärtigen, wie das gekommen ist.

Als sich aus dem Meere des „rechtswidrigen Verhaltens“ mehr und mehr bestimmte Typen herauskrystallisierten, wurde man nicht inne — wie man dessen ja selbst heute noch nicht recht inne geworden ist —, daß das begriffliche Vorstellungsbild dieser Typen als solches die Rechtswidrigkeit nicht einschließt⁵⁵⁾. Es erschien selbstverständlich, daß, wer wissend eine Menschen-tötung, eine Brandstiftung usw. vollzogen, eben mit und in diesem Wissen auch das Unrechtsbewußtsein getragen habe. War doch auch die Lehre von der Rechtswidrigkeit und ihren Durchbrechungen damals noch in den Kinderschuhen. Man nahm den dolus also an, wenn der Handelnde gewußt hatte, daß er eine solche Rechtswidrigkeit verübte. Und da eben in dem quomodo der Rechtswidrigkeit das einzig Fragliche erblickt, mit seiner Bejahung das Unrecht selber mit bejaht wurde, so konnte es nicht ausbleiben, daß das Unrechtsbewußtsein als solches aus dem Gesichtskreise überhaupt entschwand. Der dolus bestand nun einfach darin, daß der Täter seine Tat als das erfaßt hatte, was sie tatbestandlich war — als Tötung, Sachbeschädigung usw. Als dann allmählich die Einsicht dämmerte, daß doch eben nicht jede Tatbestandsverwirklichung ein rechtswidriges Verhalten bedeutet, war das Erfordernis des Unrechtsbewußtseins so aus dem Gesichtskreise geschwunden, daß man nun einfach lehrte: auf das Unrechtsbewußtsein kommt gar nichts an, wir haben ja längst

⁵⁵⁾ Vgl. oben S. 155.

den dolus dahin formuliert, daß es für ihn nur auf die Erfassung der Tat in ihrer figürlichen Bedeutung ankommt. Dieser sich von aller Zwecklogik ganz entfernenden Betrachtung leistete noch besonderen Vorschub die Ersetzung des Kunstausdrucks dolus durch Worte wie „Vorsatz“, „Absicht“ u. dgl. Damit war auf einmal ein rein psychologisches Moment eingeführt, es war der dolus als Schuldstufe fallen gelassen und die ratio zerschnitten, die überhaupt zur verschiedenartigen Behandlung dolosen und sonstigen schuldhaften Handelns geführt hatte. Jetzt setzte eine rein philologische Sprachklitterung ein. Wenn das Strafgesetz „vorsätzliche Tötung eines Menschen“ mit Strafe bedroht, so kommt es, so sagte man, nur darauf an, ob der Täter „sich vorgesetzt hat, einen Menschen zu töten“.

Das Ergebnis dieser Entwicklung war, daß einesteils jeder als doloser Täter bestraft wurde, dessen Entschlußrichtung auf den betreffenden gesetzlichen Tatbestand ging, mochte er bei seiner Annahme, so handeln zu dürfen, noch so tadelfrei und schuldlos gewesen sein; und daß anderenteils der Vorsatz auf Gedeih und Verderb mit dem objektiv verwirklichten Tatbestand in Verbindung gesetzt wurde, so daß wirklich dolos Handelnde bloß deshalb straffrei ausgingen, weil ihr Vorsatz just zu diesem Tatbestand nicht paßte (also etwa der Sachbeschädiger, der einen Menschen umzubringen gedachte) — das letztere in StGB. § 59 sogar legalisiert.

Kurz, es war ein dolus-Begriff entstanden, bei dem jedes Bewußtsein von der Wertfunktion, für die er geschaffen war, und von der allein er seine Berechtigung ableiten konnte, abhanden gekommen war. Ein vermeintlich extra jus fertiger Begriff, von dem man sich tyrannisieren ließ. Der Scholastizismus, wenn man darunter Bildung der Begriffe ohne Rücksicht auf ihren Zweck versteht, feierte Triumphe.

Während nun bis in unsere Tage hinein der letztgenannte Formalismus so gut wie gar nicht Gegenstand des Nachdenkens geworden ist, regte sich gegen den Satz, daß es auf das Unrechtsbewußtsein nicht ankomme, allmählich — das böse Gewissen. Denn nur so lassen sich die Theorien verstehen, die, die eine so inkonsequent wie die andere dem Unrechtsbewußtsein ein Stück Bedeutung zurückerobern wollen.

Alle diese Theorien beginnen mit der Behauptung, daß StGB. § 59 I mit dem Erfordernis der „Kenntnis der Tatumstände, die zu dem gesetzlichen Tatbestande gehören“, den Vorstellungsinhalt des dolus erschöpfend umreißen wolle, wobei sie nicht nur der ratio nicht nachfragen, die eine solche Bestimmung haben könnte,

sondern nicht einmal den Wortlaut des Gesetzes beachten, der lediglich besagt, daß ohne solche Kenntnis kein dolus da ist, aber nicht, daß nur diese Kenntnis nötig sei. Sie alle suchen aber nun dem Paragraphen etwas abzulisten: das Reichsgericht, indem es künstlich einen „Zivilrechtsirrtum“ einführt und diesen als error facti behandelt; v. Liszt, indem er einestells Kenntnis der Tatbestände selber und Subsumtion der Tatumstände unter diese beim Täter verlangt, und anderenteils für diejenigen Strafgesetze, die das Wörtchen „rechtswidrig“ ausdrücklich hervorheben, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als zum dolus erforderlich behandelt, wodurch er das Sinngefüge „Tatbestand“ mit der gesetzlichen Textierung verwechselt; Frank, indem er solche Tatumstände, die einen Unrechtsausschließungsgrund bilden, als Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, behandelt. Keine dieser Theorien vermag aber begreiflich zu machen, weshalb sie die bona fide Handelnden, die Leute, die gar nichts Arges zu tun gedachten und womöglich sogar nur einer Rechtspflicht zu genügen wähten, unterschiedlich behandelt. So kamen jene wunderlichen, allem Gerechtigkeitsgefühl ins Gesicht schlagenden angeblichen Resultate heraus, die während des Krieges die BRV. vom 18. Januar 1917 zeitigten. Man wurde endlich wenigstens halb und halb inne, daß die Rechtssätze, die die subjektiven Rechte und die Rechtspflichten normieren, eben keine „Strafgesetze“ sind, so daß ihre Unkenntnis keinen „Strafrechtsirrtum“ bedeutet; und daß die Rechtsunkenntnis insofern für die Schuld die gleiche Bedeutung hat, wie die Unkenntnis der die Rechtswidrigkeit bedingenden Tatsachen. Und so müssen endlich auch insofern die Schuppen von den Augen fallen, daß man erkennt: wenn man zugibt, daß der nicht dolos handelt, der die Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit konstituieren, nicht kennt, dann beruht dies ja eben nur darauf, daß ihm infolge dieser Unkenntnis sein Tun harmlos vorkam; und damit ist gesagt, daß der gute Glaube als solcher es ist, der den dolus ausschließt, so daß eine aus error juris fließende bona fides erst recht den dolus beseitigt.

So ist die Zeit gekommen, um endlich den Dolus-Begriff gesetzgeberisch in der oben dargelegten zweckgerechten Weise zu fassen, also klipp und klar zu sagen, daß der schwerere Schuldgrad „Vorsatz“ demjenigen fehlt, der, sei es infolge Verkennung der tatsächlichen Sachlage, sei es infolge Unbekanntschaft mit den Rechtsbestimmungen ein reines Rechtsgewissen hatte.

Man wendet hiergegen ein, daß man damit der Rechtsunkenntnis einen Freibrief ausstelle. Aber dabei übersieht man,

daß es sich hier ja nur um Verneinung der schwereren Schuldstufe handelt. Ist die Rechtsunkenntnis derart, daß sie dem Täter zur Last fällt, so bleibt er hängen in den Maschen der Fahrlässigkeitsschuld; der gegen ihn erhobene Vorwurf ist dann der typische der culpa: was du wolltest, war nicht tadelhaft, aber daß du nach mangelhafter seelischer Vorbereitung den Entschluß faßtest, gereicht dir zur Schuld. Der Gesetzgeber brauchte nur diese Rechtsfahrlässigkeit durch die Bank bei allen Tatbeständen unter Strafe zu stellen. Wer hierin einen „Freibrief für Rechtsunkenntnis“ erblickt, der muß auch bei der auf Tatsachenunkenntnis beruhenden Fahrlässigkeit einen „Freibrief für Unaufmerksamkeit“ behaupten. Und wäre der Täter aufs beste bemüht gewesen, sich die Rechtsunkenntnis zu verschaffen, so daß auch der Willensbildungsprozeß ganz einwandfrei war, und er in das objektiv von ihm begangene Unrecht unentrichtbar hineingetappt ist —, worin bestände denn hier überhaupt seine „Schuld“, geschweige denn deren höherer Grad, der dolus?

Nicht besser steht es mit dem Einwande: bei einem dolus-Begriff, der mala fides als Bewußtsein der Rechtswidrigkeit voraussetze, könne die Strafrechtspflege nicht bestehen; denn dann würden sich gerade die geriebenen Angeklagten das nicht zweimal sagen lassen, sondern mit kecker Stirn Rechtsunkenntnis vorschützen. Dabei wird erstlich übersehen, daß, wenn das Gericht wirklich nicht davon überzeugt ist, daß sich der Angeklagte der Rechtswidrigkeit bewußt war, immer noch in zahlreichen Fällen wegen Fahrlässigkeit zu strafen ist. Sodann aber vornehmlich: wir haben freie Beweiswürdigung, und es heißt doch wohl dem deutschen Richterstande einen Schimpf antun, wenn man meint, er werde auf das plumpe Vorschützen der bona fides prompt hereinfliegen. Jene überschlaunen Angeklagten werden meist schon dadurch entlarvt werden können, daß klarge stellt wird: sie meinen mit ihrer angeblichen bona fides bloß ihre Unkenntnis des Strafgesetzes, ihren Glauben, straflos Unrecht tun zu können. Es muß natürlich irgendwie ein Anhaltspunkt ersichtlich sein, von wo aus die Möglichkeit sich ergibt, daß tatsächlich der Betreffende nur recht- oder pflichtmäßig zu handeln glaubte. Bei der großen Masse der Rechtsbestimmungen aber ist die Regelung derart, daß auch der Nichtjurist, von Volksmoralanschauung und allgemein vorhandenen Wertmaßstäben ausgehend, das entsprechende Bild in der Seele trägt; das Volk identifiziert ja in der Regel das moralisch Unstatthafte mit dem rechtlich Unstatthafte. Ferner genügt natürlich auch im Punkte des Unrechtsbewußtseins der dolus eventualis. Soll es also

wirklich dem Richter nicht ganz regelmäßig möglich sein, den Angeklagten mit seinem Vorschützen auf den Sand zu setzen? Und wenn man wirklich behaupten will, der Beweis der mala fides sei, weil diese eine in der Vergangenheit liegende innere Tatsache sei, schwierig — ist der Beweis denn insofern schwieriger, als bei der Feststellung der Tatsachenkenntnis oder gar des psychischen Vorgangs beim dolus eventualis, für den ja nötig ist, daß der Richter eine Doppelvorstellung des Täters und dessen „Einwilligung“ in das rechtlich interessierende Moment feststellt?

In Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen können wir nun den vom gesetzgeberischen Standpunkt aus exaktem dolus-Begriff dahin bestimmen: dolus ist diejenige Schuldhaftigkeit einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung, die darin besteht, daß sich der Handlungsentschluß inhaltlich auf Herstellung eines Sachverhalts, wie er objektiv einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, und auf die Bedeutung der Handlung als einer rechtswidrigen richtet. In dieser Begriffsbestimmung ist der dolus eventualis inbegriffen; auch bei letzterem liegt eine Entschlußrichtung der relevanten Art vor.

Mit den Strafdrohungen wäre dann der dolus derart in Verbindung zu setzen, daß nicht, wie nach StGB. § 59 I, lediglich derjenige dolus in Betracht käme, der dem objektiv verwirklichten Tatbestande entspricht, sondern einmal jeder einem gleich- oder höherwertigem Tatbestande entsprechende dolus gleichsteht, und sodann für die Fälle der Verwirklichung eines höherwertigen Tatbestands mit einem einem leichteren Tatbestande entsprechenden dolus die an den leichteren Tatbestand geknüpfte Strafdrohung für maßgebend erklärt wird.

Will man dann für den dolus den Namen „Vorsatz“ beibehalten, so mag man dies, da dieser Name eingebürgert ist, tun. Nur ist dringend nötig, sich dabei von der psychologischen Bedeutung des Wortes völlig loszulösen. Denn dieser psychologische Vorsatzbegriff ist nahezu oder ganz identisch mit „Absicht“, während es in der Rechtswissenschaft ja heute Gemeingut geworden ist, daß man dolus auch dann haben kann, wenn man es nicht geradezu auf das zu Verwirklichende „abgesehen“ hatte, es vielmehr nur als Mittel für einen jenseits liegenden Zweck, auf den man es abgesehen hatte, gebrauchte. Schwerer noch wiegt, daß der psychologische Vorsatz am letzten Ende gar nichts anderes ist als die auf Etwas gerichtete Willensregung; der Entschluß, etwas zu tun. In diesem Sinne mangelt es am Vorsatz lediglich bei solchem Tun, das gar nicht vom Willen regiert war, bei Tätigkeiten im Schläfe usw. Bei jeder „Hand-

lung“ aber, also bei dem für strafrechtliche Bedeutung in Frage kommenden Tun, ist aber auch irgend ein Entschluß, ein Vorsatz da. In diesem Sinne begeht jeder, auch der fahrlässig und der schuldlos Handelnde, seine Tat „mit Vorsatz“; der Schütze, der auf der Jagd infolge von Unachtsamkeit oder infolge unglücklichen Zufalls einen Menschen erschießt, hat „vorsätzlich das Gewehr abgeschossen“. Der psychologische Vorsatzbegriff ist jedem Inhalte dienstbar. Für den *dolus* kommt es aber eben auf bestimmte Inhalte an, und welches diese seien, kann die Psychologie nicht sagen. Das *dolus*-Problem ist nicht: was ist „Vorsatz“?, sondern: welcher Vorsatz „bedeutet“ vorsätzliche Schuld?

Psychologisch gesprochen, setzt also auch die juristische Fahrlässigkeit einen „Vorsatz“ voraus. Halten wir den psychologischen Begriff „Vorsatz“ fest, so ist die *culpa* zu definieren als diejenige Schuldhaftigkeit einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung, bei der der „Vorsatz“ (= Entschluß) des Handelnden nicht um seines Inhalts willen, sondern deshalb rechtlich anstößig ist, weil er in unsorgfältigem Denkprozeß entstanden war.

Das hiermit umschriebene juristische Vorstellungsbild der Fahrlässigkeit spaltet sich dann noch in die Rechtswidrigkeits-Fahrlässigkeit, die ihrerseits entweder Rechtsfahrlässigkeit⁵⁶⁾ oder einen solchen vermeidbaren tatsächlichen Irrtum ausmacht, der dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns verschleierte; und in Tatbestandsfahrlässigkeit, bei der ein *error facti* untergelaufen ist, infolgedessen das Vorstellungsbild des Täters nicht mit dem von ihm verwirklichten gesetzlichen Tatbestand harmoniert.

Ihrem Werte nach wird der Gesetzgeber vermutlich die Rechtsfahrlässigkeit schwerer einschätzen als die Tatsachenfahrlässigkeit, und es wäre sehr verständlich, wenn er für jene bei allen gesetzlichen Tatbeständen eine Strafdrohung bereit stellte.

Hinsichtlich der Tatsachenfahrlässigkeit wird rationellerweise mit der Schwerebedeutung der gesetzlichen Tatbestände auch das Strafbedürfnis abnehmen. Je geringer die auf vorsätzliche Begehung der Tatbestände gesetzten Strafdrohungen werden, um so vordringlicher wird die Frage, ob es noch im Staatsinteresse nötig ist, bei fahrlässiger Verwirklichung Vergeltung zu üben. Irrationell und unverständlich erscheint eine Strafgesetzgebung, wie die heutige, die bei kleinen Delikten Fahrlässigkeitsstrafe androht, während schwerere Delikte bei Fahrlässigkeit straflos bleiben.

⁵⁶⁾ Oben S. 169.

f) Die logische Bedeutung der gesetzlichen Tatbestände für Vollendung und Versuch.

Wenn der Gesetzgeber soweit gediehen ist, daß er die einzelnen Strafgesetze herausgearbeitet hat, wird er sich nunmehr rückschauend fragen: Habe ich damit meine Aufgabe gelöst? Was er bisher getan hat, das ist: er hat aus dem Umkreise des rechtswidrigen Verhaltens bestimmte figürliche Gruppen herausgehoben, und einerseits das diesen nicht unterfallende Verhalten straflos gestellt, andererseits jeder jener Gruppen einen bestimmten Wert (im Sinne von Mißwert) beigemessen, und dementsprechend unter weiterer Heranziehung des Schuldwerts bestimmte Strafwerte dazu in Beziehung gesetzt. Er wird nunmehr sein Werk als Ganzes überblicken und prüfen, ob er vollständig und nicht zu weitgehend dasjenige getroffen hat, was ihm eigentlich vorschwebt.

In diesem Zusammenhange tauchen nun die Begriffe Vollendung und Versuch auf.

Mit jedem gesetzlichen Tatbestand ist ein bestimmtes Vorstellungsbild gegeben. Worin die Merkmale jedes solchen Begriffs bestehen sollen, ist freie Schöpfungstat des Gesetzgebers. Er kann, wenn es ihm beliebt, ein bestimmtes Milieu, in das die Handlung hineinfällt, als wesentlich bezeichnen, bestimmte Folgen des Handelns in den Tatbestand aufnehmen, dies oder jenes Merkmal alternativ in den Begriff einstellen usw. Und findet er, seine bisherige Arbeit überblickend, daß an dieser oder jener Figur noch etwas zu ändern sei, daß die Konturen zu verengern, zu erweitern oder sonstwie anders zu ziehen seien, so hindert ihn daran nichts. Aber einmal geprägt, entläßt jeder solche figürliche Begriff ein sachlich scharf umrissenes Vorstellungsbild aus sich, und die so fixierten Vorstellungsbilder sind maßgebend dafür, ob eine konkrete Handlung, ihre Rechtswidrigkeit und Schuld vorausgesetzt, eine strafbare Handlung ist oder nicht: strafbar ist nur diejenige Handlung, die genau dieser oder jener tatbestandlichen Schablone entspricht. Alle übrigen Handlungen bilden, einerlei ob sie mehr oder weniger und was für welche, oder ob sie gar keinen Anknüpfungspunkt mit diesen tatbestandlichen Schablonen aufweisen, den Bereich der nicht strafbaren Handlungen. Denn eben das war ja der Zweck der Aufstellung von festen Tatbeständen, den scharfen Strich zwischen möglicherweise strafbar und jedenfalls straflos zu ziehen.

Denken wir uns ein Strafrecht, das einen einzigen gesetzlichen Tatbestand kennt: mag dieser dann lauten auf „Tötung

eines Menschen“ oder auf „Setzung einer Ursache für den — eingetretenen oder nicht eingetretenen — Tod eines Menschen“ oder auf „nächtliche Tötung eines Menschen“ oder auf „Tötung eines Menschen durch Gift“ usw. —, immer wäre die einzige Frage, auf die sich alles konzentrierte (abgesehen natürlich von der Frage, ob eine rechtswidrige schuldhaft Handlung vorlag), die, ob das Geschehene genau und vollständig diesen Vorstellungsbildern entspreche. Vermehrt sich die Liste der gesetzlichen Tatbestände, so ändert sich damit zwar die Zahl der Verbrechenarten; aber bei jeder von ihnen gibt es nur den einen Gegensatz: „tatbestandsmäßig“, d. i. vollständig der gesetzlichen Figur entsprechend, und „nicht tatbestandsmäßig“, und das Nichttatbestandsmäßige fällt in das Gebiet straflosen Handelns.

Wohin die Tatbestände nicht reichen, da liegt eben ein sofort die Straflosigkeit bedingender „Mangel an Tatbestand“ vor.

Der Gesetzgeber, der sich diese unausweislichen Konsequenzen überlegt, wird daraus gegebenenfalls Veranlassung nehmen, immer noch an den tatbestandlichen Figuren im einzelnen Korrekturen vorzunehmen. Aber er wird sich zweckmäßigerweise fragen, ob nicht sein etwaiger Zweck, die Strafbarkeiten zu erweitern, besser anders erreicht werden kann: ob er nicht, statt jede einzelne Figur daraufhin anzusehen, ob er sie nicht verzeichnet hat, eine allgemeine Bestimmung treffen kann dahingehend, daß auch Handlungen, die nicht genau den Schablonen entsprechen, immerhin aber eine Beziehung zu ihnen aufweisen, als gleichfalls strafbar in das Gesetz einzureihen sind. Was ihm nicht in den Sinn kommen kann, ist natürlich: Einbegreifung von Handlungen, die nach seiner auch jetzt bestehenden Wertung nicht rechtswidrig (oder nicht schuldhaft) sind. Auch jetzt noch handelt es sich darum, die Figuren für Strafbarkeit in den Umkreis der rechtswidrigen Handlungen einzustellen. Aber seinem Grundgedanken, keine anderen als plastisch umrissene Gruppen von Lebensverhältnissen unter das Strafgesetz zu nehmen, braucht er nicht untreu zu werden; er würde nur genehmigen, daß gewisse Abweichungen von den gesetzlichen Tatbeständen, obwohl die Anwendung des an diese geknüpften Strafgesetzes ausschließend, doch nicht die Straflosigkeit begründen, sondern daß solche dem betr. gesetzlichen Tatbestand nicht genau entsprechenden, doch aber selber wieder figürlich umrissenen Handlungen gleichfalls strafbar sein sollten. Um mit einem Schlage diesen Gedanken zur Ausführung zu bringen, hätte der Gesetzgeber jene Abweichungslinien nicht in diesen oder jenen einzelnen gesetzlichen Tatbestand einzuzeichnen, sondern sie generell als auf alle (oder je nachdem

auf bestimmte Tatbestandsgruppen) bezüglich zu bezeichnen, und die Strafdrohung nicht „absolut“ zu fassen, wie bei den Verbrechenarten, sondern sie blankettmäßig sich der Strafdrohung anschmiegen zu lassen, die sich auf den jeweils als Drehpunkt dienenden gesetzlichen Tatbestand selber bezieht.

Empfindet der Gesetzgeber also das Bedürfnis, den Tatbeständen eine solche tatbestandliche „Erscheinungsform“ hinzuzufügen, um die Strafbarkeit über die exakt tatbestandsmäßigen Handlungen hinaus zu erstrecken, so wird er sich Klarheit darüber zu verschaffen haben, wie beschaffen das Mittelgebiet zwischen den ganz und gar tatbestandsmäßigen und denjenigen Verhaltensweisen ist, die gar keine Beziehung zu den Tatbeständen aufweisen. Die letzteren, bei denen es vollständig am Tatbestand mangelt, könnte der Gesetzgeber ja nur daraufhin mustern, ob er neue gesetzliche Tatbestände aus ihnen formt. Um sich jenes Mittelgebiet des teilweisen Mangels am Tatbestand zu veranschaulichen, wird nun der Gesetzgeber von dem Inhalt der einzelnen Tatbestandsfiguren ganz abzusehen haben; denn wollte man z. B. für den Tatbestand der „Tötung eines Menschen“ feststellen, wie die Handlungen aussehen, die auf ihn Beziehung haben, ohne ihn doch ganz zu erfüllen, so würde, da die gedankliche Schichtung der verschiedenen Tatbestände verschieden sein kann, kein einheitlich erschöpfendes Bild gewonnen sein. Es muß vielmehr die gedankliche Schichtung, die die gesetzlichen Tatbestände, welchen Inhalts sie im einzelnen seien, denkbarerweise haben können, zum Ausgangspunkte genommen werden. In diesem Sinne kann nun eine Formung des gesetzlichen Tatbestandes, also die Heraushebung einer bestimmten Figur menschlichen Verhaltens, derart gegeben sein, daß

- a) die Art und Weise des Verhaltens selber das charakteristische Moment abgibt, z. B. „Gestikulieren“, „Aussprechen eines bestimmten Wortes“;
- oder b) das Verhalten durch ein von ihm bedingtes nachfolgendes Ereignis seine tatbestandliche Färbung erhält, z. B. „Töten“ (möglich natürlich auch in Kombination mit a, z. B. „Schreien mit dadurch herbeigeführtem Ärgernis“);
- c) es können ferner die Beziehungen des Verhaltens zu dem persönlichen, zeitlichen, örtlichen oder gegenständlichen Milieu mit charakteristisch sein, z. B. der Tatbestand (einerlei ob nach a oder nach b geformt) ist beschränkt auf einen Beamten als Täter oder auf Begehung zur Kriegszeit oder auf öffentliche Verübung oder auf Verübung mittels einer Waffe.

Danach ist klargelegt, daß der „teilweise Mangel am Tatbestand“ an sehr Verschiedenem liegen kann. Soll überhaupt, wie wir hier ja voraussetzen, eine Handlung in irgend einer Hinsicht dem in Betracht kommenden Tatbestande entsprechen, und nur eben nicht ganz, so ist das nur entweder so denkbar, daß sie zwar im Sinne von a oder b so geartet ist, wie es der Tatbestand umreißt, ihr aber die nach c im Tatbestand als charakteristisch genannte Beziehung abgeht, sie also z. B. nicht von einem Beamten oder nicht zur Kriegszeit usw. geschehen ist; oder so, daß die Handlung „noch nicht“ das Tatbestandsende erreicht hat, sei es, daß es nur eine Handlung ist, die, wenn man sich das Tatbestandsbild anschaulich vor Augen stellt, noch vor Eintritt in die Tatbestandsverwirklichung liegt, wenschon objektiv als deren Vorläufer erscheinend, sei es, daß schon die Tatbestandsverwirklichung als begonnen erscheint, aber entweder der Fortgang nicht der war, daß das Verhalten schon als abgeschlossenes tatbestandsgemäßes erscheint, oder im Falle b es nicht bis zur Hervorrufung der tatbestandlichen Folge vorgeschritten ist.

In denjenigen Fällen nun, wo es sich um das „noch nicht“ tatbestandsmäßig handelt, kann der Gesetzgeber sehr wohl an seine bisherige Regelung eine solche, die durch allgemeine Formel die Strafbarkeit über die Volltatbestandsmäßigkeit hinaus erweitert, anschließen. Das Vorstellungsbild, das uns jeder gesetzliche Tatbestand vor Augen stellt, trifft zwar nur zu, wenn das in Rede stehende Verhalten jenem ganz entspricht. Aber dieses Verhalten ist nicht als ein momentanes tatbestandlich, es entwickelt sich von einem ersten Schritt, der einesteils schon das tatbestandliche Gepräge an sich trägt — schon als „Handlung“, die das z. B. der „Tötung eines Menschen“ charakteristische Moment aufweist —, erst so zur „Tatbestandsmäßigkeit“ hin, daß der Fortgang, sei es des Verhaltens selber (a), sei es das jenseits des Verhaltens selber liegende Geschehen (b) das tatbestandliche Vorstellungsbild ganz aufkommen läßt. Und deshalb läßt sich nun auch das tatbestandlich noch unfertige Verhalten als ein „Teil“-Begriff gut erfassen. Das Vorstellungsbild dabei ist ein einheitlich geschlossenes und verwendbar für Tatbestände aller Art. Es hat auch guten Sinn, wenn der Gesetzgeber das zwar noch nicht in meta, doch auch schon in itinere befindliche und insofern auch schon, wenn auch nicht fertig, „tatbestandsartige“ Verhalten grundsätzlich vermittelt eines allgemeinen Zusatzes zu den Einzelstrafgesetzen der Strafbarkeit zuführt. Denn einmal fällt das tatbestandliche Anfangen nirgends aus der Rechtswidrigkeit heraus; sodann besteht eine deutlich

erkennbare Wertrelation immer zwischen Teil- und Vollwirklichung eines identischen gesetzlichen Tatbestands, während das Vorstellungsbild der Teilverwirklichung irgend eines Tatbestandes wertlich so unbestimmt ist, daß es unmöglich ist, ihm in rationeller Weise eine Stellung innerhalb der Tatbestände selber anzuweisen, also eine besondere Verbrechenart mit absoluter Strafdrohung dafür zu bilden. So gelangt man zu der Figur einer Erscheinungsform, für die sich ungerufen der Name des „unvollendeten“ Delikts, des „Versuchs“ einstellt. Er umfaßt dasjenige Verhalten, das schon tatbestandsartig, nur noch nicht fertig tatbestandsmäßig ist.

Unterhalb des Versuchs bleiben Handlungen, die noch nicht einmal tatbestandsartig beschaffen, noch nicht versuchsmäßig, doch aber insofern tatbestandsbezogen sind, als sie das Gepräge von Tatbestandsverwirklichungs-Vorhandlungen haben. Auch diesen ist in ihrer Eigenschaft als für Verwirklichung des Tatbestandes förderlichem Verhalten der Charakter des Rechtswidrigen nicht abzusprechen, und auch bei ihnen trifft eine entsprechende Betrachtung wie für den Versuch zu, nur daß ihr Unrechtswert stets relativ geringer ist als der des zugehörigen Versuchs und erst recht der der betr. Vollendung. Es hätte sehr wohl Sinn, wenn der Gesetzgeber auch eine Erscheinungsform der „Vorbereitungshandlung“ herausarbeitete. Er wird dies unterlassen, wenn er diese nicht grundsätzlich als wertlich so bedeutsam erachtet, um sie in den Bereich der Strafbarkeit hereinzuziehen.

Im Gegensatz zu den Fällen, in denen das „noch nicht“ im Hinblick auf das tatbestandliche Vorstellungsbild der Grund war, weshalb eine Handlung einen teilweisen „Mangel an Tatbestand“ aufwies, in denen also das Fehlen nur dadurch bedingt war, daß ein gedanklich auf den Tatbestand beziehbarer Entwicklungsanfang nichts weiteres hinter sich hatte, entziehen sich die übrigen Fälle teilweisen Tatbestandsmangels einer ähnlichen strafbarkeitserweiternden Allgemeinregelung. Es sind dies die Fälle, in denen es der Handlung an einer der unter c genannten Milieubeziehungen gebricht. Solche Milieubeziehungen sind, anders als die innere tatbestandliche Entwicklung, immer nur Charakteristika des einen oder anderen Tatbestandes. Und soweit sie einem Tatbestande als Charakteristika einverleibt sind, ist dies ja gerade zu dem Zwecke geschehen, um die nicht in das charakteristische Milieu fallenden Handlungen auszuschließen. Der Gesetzgeber, der versuchen wollte, einen Allgemeinbegriff entsprechend dem des Versuchs im obigen Sinne aufzustellen,

um die Strafbarkeit in dieses Gebiet von Tatbestandsmangel hinein zu erstrecken, würde sich bald überzeugen, daß er dies nicht kann, ohne sein Prinzip der Begrenzung der Strafbarkeit auf bestimmte, scharf umrissene Verhaltensweisen umzustürzen. Denn jene allgemeine Formel könnte nur in dem Sinne aufgestellt werden:

Strafbar nach Maßgabe der an einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand angeschlossenen Strafdrohung (sei es genau so, sei es in irgend einer rechnerischen Proportion) ist auch derjenige, dessen Handlung irgend einer der im Tatbestande angeführten Beziehungen ermangelt.

Damit würde aber, bei Lichte gesehen, der Gesetzgeber die von ihm als erforderlich in den Tatbestand eingesetzte Beziehung wieder herausnehmen. Er hätte z. B. gesagt: „ein Beamter, der...“; und würde nun sagen: „auch der Nichtbeamte, der...“; er hätte erst gesagt: „wer zur Kriegszeit...“, und sagt jetzt: es kommt nicht darauf an, ob zur Kriegszeit; er hätte erst gesagt: „wer eine fremde Sache...“; und sagt nun: es kann auch eine eigene Sache sein; genug: er würde sich überzeugen müssen, daß er einfach die gesetzlichen Tatbestände selber so formulieren muß, daß sie beiden Alternativen genügen, wenn anders er wirklich die im erstmals ausgeprägten Tatbestand erforderliche Milieubeziehung als nicht erforderlich erkennt. Und sollte er im Grade der Strafdrohung einen Unterschied machen wollen, so hätte er einfach zwei Tatbestände aufzustellen. Aber in der Mehrzahl der Fälle würde der Gesetzgeber, wenn er die Folgen jener allgemeinen Formel bedenkt, auf das Eindringlichste erkennen, daß ihm gar kein Tatbestandsförmelungsversehen untergelaufen ist, sondern das Fehlen der betr. Milieubeziehungen eben gerade Strafbarkeit im Sinne dieses Tatbestands ausschließen sollte, jene allgemeine Formel also mit seinem Vorhaben im direkten Widerspruch stände. Dies z. B. bei Diebstahl: es sollte diesem die Wegnahme einer fremden Sache so charakteristisch sein, daß es gerade widersinnig wäre, nun auch die Wegnahme einer eigenen Sache hier so anzugliedern, als wäre sie auch etwas diebstahlsmäßiges.

Dazu kommt, daß diese Beziehungen in weitestem Umfang eben deshalb vom Gesetzgeber als tatbeständlich erforderlich genannt sind, weil ohne sie die sonst gleichartige Verhaltensweise nicht einmal rechtswidrig oder mindestens nicht in der dem betr. Tatbestande charakteristischen Hinsicht rechtswidrig wäre, wie z. B. die Wegnahme einer eigenen Sache keine im Hinblick auf

die Eigentumsordnung rechtswidrige, somit keine im Sinne des Diebstahlstatbestandes rechtswidrige ist.

Es gäbe also nur einen zweckmäßigen Weg für den Gesetzgeber: wo er in einem Tatbestand eine Milieubeziehung eingestellt hat, und er Strafbarkeit dieser Beziehung nicht an sich tragenden, sonst gleichartigen Verhaltens wünscht, da hat er eben einen weiteren gesetzlichen Tatbestand herauszuarbeiten.

Gar keine Rolle würde dabei spielen, ob etwa der Täter das tatbestandliche Bild so angesehen hat, als ob die in Wahrheit nicht vorliegende Milieubeziehung gegeben sei, er, der in Wahrheit Nichtbeamter, „Beamter“ sei, statt tiefsten Friedenskriegszeit sei, er statt seiner eigenen Sache eine fremde vor sich habe usw. Denn sobald nicht mehr das objektive tatbestandliche Bild maßgebend wäre, würde der Gesetzgeber sein ganzes wohlausgedachtes Wertungssystem über den Haufen werfen. Es ist ja keineswegs das Verschulden, das — bei aller seiner hohen Bedeutung — das bei der Aufstellung und Gradstufung der Verbrechenarten dem Gesetzgeber die Hand geleitet hat, sondern die primär objektive Bedeutung des Verhaltens als Unrecht und als so oder so tatbestandsmäßiges Unrecht. An der Stelle im Wertsystem, wo der Diebstahl steht, kann nicht zugleich die Wegnahme eigener Sachen stehen; ja sie fällt sogar aus dem objektiven Wertsystem vollständig heraus, wenn sie nicht in irgend einer anderen als der charakteristischen Diebstahlsart immerhin noch eines Tatbestandes für wert erachtet würde, oder, weil rechtlich gar nicht beanstandbar, in dies System der rechtlichen Mißwerte überhaupt nicht einbezogen werden konnte.

Die ganze Plan- und Ziellosigkeit einer Gesetzgebung, die nach prinzipiellem Aufbau des Strafrechts nach den Gesichtspunkten der Rechtswidrigkeit und der Tatbestandsmäßigkeit auf einmal eine nicht tatbestandsmäßige Handlung schlankweg deshalb als strafbar mit einreichte, weil der Täter sie irrtümlich so angesehen hätte, als wäre sie tatbestandsmäßig, würde darin unverhüllt zutage treten, daß dann nicht bloß der „teilweise Mangel am Tatbestand“, sondern auch der vollständige Mangel am Tatbestand und obendrein die vollständige Rechtmäßigkeit der Handlung kein Hindernis der Bestrafung bildeten. Es wären nunmehr erlaubte Handlungen jeder Art möglicherweise strafbar, bloß weil bei ihrer Vornahme der Täter ein übles Wollen leitete, d. h. die Strafbarkeit träfe nicht mehr den Täter wegen seiner Tat, sondern wegen seiner Seelenregung als solchen. Will der Gesetzgeber diesen Schritt tun, und damit zu der Verquickung von Recht und Moral entgegen aller kulturell

herausgearbeiteten Scheidung zurückkehren, wie sie der „I. Quisquis“ anhaftet, dann mag er das tun; aber er soll sich dann dieses gewaltigen Bruchs mit der allgemeinen Rechtsanschauung und Rechtsentwicklung bewußt sein, und namentlich die Strafgesetze fortan nicht irreführend so formulieren, als käme es bei ihnen auf Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit überhaupt noch an. Es dürfte nicht mehr heißen: wer „einen Menschen tötet“, wird bestraft; sondern: das Vorhaben, einen Menschen zu töten, wird bestraft, und die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung des Vorhabens könnte konsequenterweise nicht einmal für die Höhe der Strafe ins Gewicht fallen. Ob dieses Vorhaben durch Selbstverrat, durch Verrat eingeweihter Genossen, oder schließlich durch eine Handlung, die, an sich gänzlich harmlos, als Erkenntnismittel jenes Vorhabens beleuchtet, „manifestiert“ worden wäre, müßte dabei wertlich gleichgültig sein. Ein „Strafrecht“ wäre das freilich kaum noch zu nennen — in dem „punitur postquam peccatum est“ bedeutet ja peccatum juristisch nicht den sündhaften Gedanken, sondern die rechtswidrige Tat. Und ein Strafrecht vollends, das grundsätzlich die Vorbereitungshandlungen als nicht schlimm genug jenseit der Strafbarkeit gestellt hätte, würde durch Einbeziehung der schlechterdings nicht tatbestandsmäßigen Handlungen eine böse Unklarheit im wertenden Denken offenbaren; denn wenn nicht einmal jene, die doch objektiv schon etwas zu bedeuten haben, und zudem die „schwarze Seele des Täters“ beleuchten, für so schwer erachtet worden sind, um gestraft zu werden, wie soll es sich damit reimen, daß Handlungen, denen man objektiv mit voller Gelassenheit zusehen kann, bloß um des schlimmen Gedankens halber gestraft werden?

Wer sich klar vor Augen hält, daß der Plan, eine strafbare Handlung zu begehen, etwas anderes ist, als die strafbare Handlung selbst, und daß der Plan nicht dadurch zu einer strafbaren Handlung wird, daß der Täter etwas tut, was er für eine strafbare Handlung hält, was aber tatsächlich diese Bedeutung nicht hat, wird sich auch durch das Paradeargument der Subjektivisten nicht blenden lassen: daß das Recht doch unmöglich in solchen Fällen passiv bleiben könne. Denn die Strafe als sinnlos hier fallen zu lassen, ist nicht dasselbe, wie „passiv bleiben“; es ist vielmehr mit Händen zu greifen, daß hier Vorkehrungen am Platze sind, um dem Planenden die Ausführung seines Planes nach Kräften zu verleiden oder unmöglich zu machen. Dazu ist aber einesteils die Strafe nicht einmal sehr geeignet, man wird oft viel drastischer zugreifen müssen; und wie wenig

andererseits die Strafe, und gar der „Versuchs“-Begriff mit solchem Sicherungszwang zu tun hat, erhellt daraus, daß die Bekämpfung verbrecherischer Pläne selbstverständlich auch dann einzusetzen hat, wenn der böse Plan auf andere Weise als durch vermeintliche Planausführung sichtbar hervorgetreten ist, also auch bei Vorbereitungshandlungen, bei Verratenwerden durch solche, die in den Plan eingeweiht waren, oder durch Selbstverrat; denn wer wollte verkennen, daß die vermeintliche Planausführung eigentlich nur ein konkludenter Selbstverrat ist, und wer wollte einesteils diesen Charakter den Vorbereitungshandlungen absprechen, und anderenteils den direkten Selbstverrat, die Mitteilung des Planes an andere, als minder ernst zu nehmenden Vorgang einschätzen, wenn es nur darauf ankommt, sichernde Vorkehrungen zu treffen?

Damit ist die rationelle Grundlage für die Behandlung des sog. absolut untauglichen Versuchs gewonnen.

1. Es hat Sinn, wenn der Gesetzgeber von dem Erfordernis der „Tatbestandsmäßigkeit“ so viel nachläßt, daß er — sub titulo „Versuch“ — auch die anfangsweise Verwirklichung des Tatbestands in die Strafbarkeit einbegreift. Ein solcher „Anfang der Ausführung“ liegt aber allemal und nur dann vor, wenn sie im Fortgang zum Tatbestandsende führen, sich also zur vollen Tatbestandsverwirklichung auswachsen kann. Man hat sich einen Zuschauer zu denken, dem zwar, wie allen Menschen, der Blick in die Zukunft verschleiert ist, der aber die gegenwärtige Sachlage richtig und vollständig kennt. Wenn ein solcher fiktiver Zuschauer die Besorgnis hegen würde, die Handlung könne erfahrungsgemäß bis zu dem Tatbestandsende fortschreiten, dann ist Versuch gegeben; dann ist ja auch die Handlung rechtswidrig, würde doch kein Zweifel daran bestehen, daß ein Polizeibeamter sie verhindern müßte, daß Notwehr gegen sie statthaft ist usw.

In den so gezogenen Rahmen fallen aber auch manche Handlungen hinein, die mitunter als Beispiele „absolut untauglichen“ Versuchs aufgeführt werden. Es kommt nämlich offenbar nicht darauf an, ob sich die Tatbestandsverwirklichung genau so konkretisiert, wie sie sich der Täter dachte, sondern ob sie sich überhaupt vollziehen konnte. Der viel angeführte „Schuß auf eine Leiche“ z. B. kann sehr wohl Tötungsversuch sein, wenn nämlich vom Täter gesehen oder nicht gesehen ein lebender Mensch da war, der im Augenblick des Schießens vom Standpunkt des fiktiven Zuschauers aus getroffen werden konnte; an ihm konnte sich die Tatbestandsverwirklichung vollziehen, und deshalb mangelt es nicht am Versuch. Befand sich freilich nur

die Leiche im Umkreis der möglichen Schußwirkung, dann fehlt es am Tötungsversuch.

2. Derartige Fälle nun, wie den letztgenannten, in den Versuchsbegriff einzubeziehen, hat keinen Sinn. Sie charakterisieren sich (vorbehaltlich nur der alsbald noch zu beleuchtenden Möglichkeit, daß sie einem Tatbestande sui generis entsprechen) dadurch, daß jeder vernünftige Mensch, der ihnen in Kenntnis der Gegenwartssachlage zuschaut, sie ruhig gewähren läßt. Wenn ein Blinder in einer Steinwüste ein Streichholz an einen Felsen hält in der Meinung, er zünde ein Gebäude an, während weit und breit nichts ist, was Feuer fangen könnte, wer wollte behaupten, daß solches Tun der Rechtsordnung mißfällig, daß es rechtswidrig wäre, daß die Polizei dagegen aufgeboten werden müsse, um es zu verhindern? Der die Sachlage kennende vernünftige Zuschauer wird oft genug sogar zu äußerster Heiterkeit veranlaßt sein, wenn er z. B. sieht, wie sich X, auf einen Schwindel hereingefallen, ernstlichst und vergeblich abzappelt. Ja sogar: diese Handlungen sind oft genug nicht etwa nur rechtlich gleichgültig, sondern sogar höchst erfreulich. Das vermeintliche Gift, mit dem X den Y töten will, ist z. B. gerade eine Arznei, die den Y von einem Leiden heilt. Wo wäre der vernünftige Mensch zu finden, der hier dem X bei seinem Beginnen in den Arm fiele? Wo wäre ein Jurist aufzutreiben, der es noch wagte, solches Verhalten als rechtswidrig zu bezeichnen, als einen „Versuch der Tötung“, als „Anfang der Verwirklichung des Tatbestandes Tötung eines Menschen“? Der vernünftige Mensch wird sich dabei vielmehr sicher veranlaßt fühlen, selber mitzuhelfen; und wenn er das tut, dann soll er „Gehilfe bei einem Mordversuch“ sein? Es genügt natürlich nicht, ihn deshalb freizusprechen, weil er nicht den *dolus* gehabt habe; es wäre überhaupt widersinnig zu behaupten, daß er objektiv Gehilfe bei einem „Mordversuch“ gewesen wäre. Von „Tatbestandsmäßigkeit“ ist hier so wenig die Rede, daß man vielmehr umgekehrt vom kontradiktorischen Gegenteil, von *Tatbestandswidrigkeit* sprechen muß. Eine Heilhandlung ist eben der Tötungshandlung schroff entgegengesetzt.

Zu 2 ist also zusammenfassend zu sagen: ein Verhalten, von dem der die derzeitige Sachlage kennende Beobachter dessen gewiß ist, daß die weitere Entwicklung der Ereignisse nicht zu dem Tatbestandsende führen kann, kann niemals so unter Strafe gestellt werden, als ob es den betr. Tatbestand immerhin einigermaßen verwirkliche, ist vielmehr, an diesem Tatbestand gemessen, nicht einmal rechtswidrig.

3. Nun wird gewiß nicht zu verkennen sein, daß empirische Menschen bei einem Vorfall der zu 2 geschilderten Art zugegen gewesen sein können, die, weil nicht auf der Höhe des „fiktiven“ wissenden Zuschauers stehend, eben die Sachlage nicht kannten und die deshalb dem Treiben des Täters mit Besorgnis und Unruhe zusahen. Allein dadurch wird von den vorigen Erwägungen nichts abgebrochen, sondern dem Gesetzgeber ein neues selbständiges Problem aufgezeigt. Der Versuchsbegriff ist nämlich durchaus relativ, er ist immer nur in Beziehung auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand erfaßbar. Nun kann ein Verhalten, das, auf den Tatbestand x bezogen, kein Versuch ist, doch den Tatbestand y erfüllen (oder ein Versuch von y) sein: Das Losknallen einer ungeladenen Schußwaffe kann, sowenig es ein Tötungsversuch ist, ein ruhestörender Lärm sein. In diesem Sinne kann ein jeder „Nichtversuch“, also ein Verhalten, das an einen bestimmten Tatbestande x gemessen, kein Versuch ist, doch insofern als rechtswidrig erscheinen, als es Beunruhigung erzeugt oder zu erzeugen geeignet ist; und wenn und soweit dies dem Gesetzgeber wichtig erscheint, braucht er nur den Tatbestand der „Bedrohung“ so auszubauen, daß er diese Seite des sog. absolut untauglichen Versuchs erfaßt. Dann entgeht er dem Fluch der möglicherweise bis zur Lächerlichkeit gesteigerten Sinnlosigkeit, die sich einstellt, wenn man den, der seine eigene Sache an sich genommen hat, aus dem Diebstahlsgesetz oder gar den Gesundheits- und Lebensretter ausgerechnet aus dem Mordparagrafen heraus strafen will, und wird auf der anderen Seite dem Umstande gerecht, daß die Tat noch eine andere rechtlich bedeutsame Seite aufweist. Selbstverständlich würden bei solcher sachgemäßen Behandlung einesteils alle Fälle ausscheiden, in denen eben niemand in Angst versetzt wurde, und anderenteils der neue Tatbestand das geschlossene objektive Vorstellungsbild der Erregung von Furcht bedeuten und dabei ganz gleichgültig sein, ob dies durch „absolut untauglichen Versuch“ oder sonstwie zu Werke gebracht worden wäre.

4. Außerhalb des Strafrechts würden schließlich die Vorkehrungsmaßregeln zu normieren sein, bestimmt dazu, dem Verüber von „absolut untauglichem Versuch“ das Handwerk zu legen, ihm also die Möglichkeit einer nunmehr tauglichen Ausführung seines Planes zu nehmen.

Damit wäre eine Regelung erzielt, die das Praktische mit dem Logischen verbindet. Die leidigen Meinungskämpfe in der Versuchslehre haben ihren Quell sichtlich darin, daß das Problem so oft falsch gestellt worden ist: als gelte es ausfindig zu machen,

was der Versuch begrifflich „sei“, um dann die Konsequenzen zu ziehen, während es sich darum handelt, aus der Zentralidee des Strafrechts heraus zu bestimmen, was danach der Versuchsbegriff leisten „soll“, erst die Funktion zu bestimmen, und dann die begriffliche Festlegung vorzunehmen. Den Höhepunkt erreicht jenes methodisch verfehlte Verfahren dann, wenn man, wie dies bisweilen von Subjektivisten geschehen, den Versuchsbegriff vom Standpunkt des Individuums aus bestimmen will, als ob damit, was dieses sich bei seinem Handeln denkt, der Rechtsbegriff des Versuchs ohne weiteres gegeben sei. Alle Erörterungen, die den Versuchsbegriff ohne Rücksicht auf den Sinn- und Zweckzusammenhang der Strafrechtsordnung, als priori gegeben, behandeln, müssen notwendig in einen Streit ohne Ende auslaufen; mit kognitiver Logik ist dem Begriff eben nicht beizukommen. Wenn umgekehrt die Subjektivisten den praktischen Gedanken betonen, daß man unmöglich von Rechts wegen über den absolut untauglichen Versuch schweigend zur Tagesordnung übergehen könne, so haben sie übersehen, daß dieser Gedanke erst noch der zwecklogischen Einordnung in das System der Rechtsordnung bedarf.

Der bisherigen Behandlung der Versuchslehre haftet aber vielfach noch ein weiterer methodologischer Fehler an. Auch wenn man nämlich den Versuch richtig als rechtliche Zweckfigur erfaßt, muß man zu unhaltbaren, weil verschwommenen Vorstellungen gelangen, wenn man den Versuchsbegriff nur zu der Rechtswidrigkeit in funktionelle Beziehung setzt und meint, die rechtswidrigen Handlungen als solche in Vollendung und Versuch zerlegen zu können. Man verkennt dabei, daß das Vorstellungsbild des Versuchs überhaupt erst von den gesetzlichen Tatbeständen aus möglich wird, und es keinen Versuch schlechthin gibt, sondern von einem Verhalten immer nur ausgesagt werden kann, ob es im Sinne eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes, also relativ, einen Versuch darstellt. Abstrahiert man von einem bestimmten Tatbestand, so bleibt jede Versuchsvorstellung wegen Inhaltleere im Nebel stecken. Die nach Abzug der Tatbestandsmäßigkeit übrigbleibende Rechtswidrigkeit der Handlung verträgt keine Spaltung in Vollendung und Versuch. Eine Handlung ist entweder rechtswidrig oder sie ist es nicht: eine halbe oder sonst teilweise rechtswidrige Handlung ist undenkbar, da die „Rechtswidrigkeit“ nur eine Wertrelation ausdrückt, nur besagt, daß ein Beurteilungsgegenstand der Rechtsordnung zuwider ist. Denkbar ist nur, daß man der Rechtswidrigkeit der Tat die Rechtswidrigkeit einer unverwirklicht gebliebenen Seelenregung gegen-

überstellt; aber damit hat man nur den Unterschied zwischen der gemeinhin so genannten „Rechtswidrigkeit“, nämlich des Verhaltens äußerlich genommen, und der „Schuld“ herausgearbeitet; und daß die Schuld zwar ein Stück des aus Rechtswidrigkeit und Schuld zusammengesetzten Ganzen, nicht aber ein Stück der objektiven Rechtswidrigkeit bedeutet, bedarf keines Beweises.

So ist eine gedeihliche Erörterung über den Versuchsbegriff nur im genauesten Anschluß an das Merkmal der Tatbestandsmäßigkeit möglich. Und wenn man diese als den Angelpunkt erkannt hat, wird man zu keinen anderen Gesetzgebungsvorschlägen als den oben zu 1—4 skizzierten gelangen können.

g) Die logische Bedeutung der gesetzlichen Tatbestände für Täterschaft und Teilnahme.

Wie in die Bedeutung des Versuchs eine klare Einsicht nur gewonnen werden kann, wenn der gesetzliche Tatbestand, dieser wieder als zur Rechtswidrigkeit in Sinnzusammenhang stehend, zum Fußpunkt des Denkens gemacht wird, so gilt Entsprechendes für die Lehre von Täterschaft und Teilnahme.

Begnügt man sich damit, die strafbare Handlung lediglich als rechtswidrige Handlung zu erfassen (wäre es auch unter Hinzunahme der Schuldhaftigkeit), so gibt es ein Täterschafts- und Teilnehmerschaftsproblem überhaupt nicht. Es würde dann mit der Feststellung, daß X eine rechtswidrige Handlung begangen hat, gesagt sein, daß er „Täter“ dieser Handlung war; wären es mehrere, die jeder eine rechtswidrige Handlung begangen hätten, so wären eben eine Summe von Tätern da; und unter den Tätern qualitativ zu scheiden, wäre, da eben nur die Wertrelation, nicht das Tathaltliche mit, von Belang wäre, unmöglich. Eine Gradabstufung unter den Tätern wäre (abgesehen von der hier ja nicht interessierenden Einteilung in *dolos* und *kulpos* Handelnde) auch nicht unter Zuhilfenahme des Schuldverhältnisses möglich. Denn da der Vorsatz einfach durch die inhaltliche Richtung des Entschlusses auf „etwas Rechtswidriges“ erfüllt würde, so würden alle vorsätzlichen Täter ununterscheidbar dasselbe bedeuten, vorbehaltlich nur von rein quantitativen Schätzungen; entsprechend bei Fahrlässigkeit. Denkbar wäre — immer unter der Voraussetzung, daß es auf die Tatbestandsmäßigkeit nicht ankäme — nur, daß die Täter nach ihren Triebfedern in Gruppen zerlegt würden: in egoistisch und in altruistisch Handelnde, in Täter aus Gewinnsucht usw.

Aber „Täter“ bliebe dabei einer wie der andere, jeder von ihnen bliebe isoliert denkbar, und wenn eine Mehrheit bei einem Vorgange beteiligt gewesen wäre, könnten ebenso gut bloß Täter der einen, wie der Täter der anderen Klasse, wie auch teils solche der einen und teils der anderen Klasse da sein: immer bliebe jeder das, was er auch ohne die anderen wäre, eben schuldhafter Täter „einer“ rechtswidrigen Handlung. Irgend eine Möglichkeit, „Täter“ und „bloße Teilnehmer“ zu unterscheiden, gäbe es nicht. Prägte das Gesetz z. B. die beiden Klassen aus: Täter, die pro se (im Eigeninteresse) und solche, die pro alio (im Fremdinteresse, um einem anderen dienstlich zu sein) ihre Tat begingen, so wäre der Täter der einen wie der anderen Klasse isoliert denkbar, und durch das Vorhandensein mehrerer würde nicht das mindeste an seiner strafrechtlichen Bedeutung geändert. Es hülfe auch nichts, etwa auf ein „einverständliches Zusammenwirken“ abzuheben und nach dem spiritus rector zu suchen, um diesen als Täter eigener Art schwerer zu strafen; denn erstlich wäre die irgendwie geartete Aufforderung zu einer irgendwie gearteten rechtswidrigen Handlung selbst schon eine rechtswidrige Tat für sich, es wäre gleichgültig, ob überhaupt darauf hin etwas weiteres erfolgt ist; und wenn dann irgend welche Täter, sei es unter Beteiligung des spiritus rector, sei es ohne ihn, tätig würden, immer würde jeder genau so, wie wenn er isoliert stünde, zu behandeln sein, auf einen Teilnehmer-schaftszusammenhang käme gar nichts an, er wäre etwas genau so Äußerliches, Zufälliges, wie es alle anderen tatsächlich vorhandenen Beziehungen wären: jeder würde eben schlechthin deshalb zu verurteilen sein, weil er „eine rechtswidrige Handlung“ (oder deren mehrere) begangen hat, und der Unrechts- und Schuldwert seiner Tat hätten lediglich quantitative Bedeutung.

Vollends sinnlos wäre es, zu einem „Teilnehmer“-Begriff dadurch gelangen zu wollen, daß man über den Kreis der „Täter“ hinaus andere Leute in die Strafbarkeit hineinzöge. Denn da jeder, der irgendwie eine schuldhafte rechtswidrige Handlung begangen hat, „Täter“ wäre, so könnten diese anderen Leute ja nur solche sein, die nichts Unrechtes begangen haben oder von Schuld frei waren, und diese wieder ohne Unterschied. Dabei gingen Sinn und Verstand in die Brüche.

Anders, wenn der Gesetzgeber die Strafgesetze so gestaltet, daß zu ihrer Anwendbarkeit ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt sein muß. Dann ist der Begriff des strafbaren Täters relativ geworden: das Vorstellungsbild „Täter“ kann ohne Bezug auf einen

bestimmten Tatbestand nicht auftauchen, es gibt nur Täter im Sinne des Tatbestands der „Tötung eines Menschen“ oder des Tatbestands der „Zerstörung einer fremden Sache“ usw. Und diese Relativität ermöglicht es, dem Täterbegriff einen Teilnehmerbegriff, der Täterschaft eine andersartige, diese voraussetzende Begehungsart strafbarer Handlungen hinzuzugesellen.

Dabei freilich bleibt es auch unter der Herrschaft gesetzlicher Tatbestände, daß der Kreis derer, die nach der en M a ß g a b e „strafbare Täter“ sind, nicht in eigentliche Täter und Teilnehmer zerlegt werden kann. Klar und deutlich sagt jedes Strafgesetz: strafbar ist nach mir jeder, dessen Verhalten dem hier ausgeprägten gesetzlichen Tatbestand entspricht, also z. B. als „Tötung eines Menschen“ erscheint. Und wenn das der Fall ist, so ist jeder, einerlei ob er isoliert dasteht oder andere neben sich hat, die gleichfalls so tatbestandsmäßig gehandelt haben, eben als Täter zu bestrafen. Würden dann etwa vom Gesetzgeber Scheidungen der Art beliebt, daß etwa der pro se und der im fremden Interesse Handelnde gesondert würden, so hätte das keinen Bezug auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein mehrerer und deren Verhältnis zu einander, es wären nur Unterarten des Tatbegriffs geschaffen, deren Zutreffen auf den einzelnen lediglich bei Würdigung seiner Handlung isoliert gegeben oder nicht gegeben wäre. Es gälten hier die gleichen Erwägungen, wie bei einem keine gesetzlichen Tatbestände kennenden Strafrecht.

Dagegen wird hier von Bedeutung, daß jenseits des Kreises der tatbestandsmäßigen Handlungen noch ein großes Gebiet rechtswidrigen schuldhaften Handelns übriggelassen ist. Aus diesem Gebiet kann der Gesetzgeber, der auf sein durch die bisherige Aufstellung von Einzelstrafgesetzen vollzogenes Werk zurückschaut, immer noch Verhaltensweisen herausheben, die er nicht straflos lassen zu können glaubt. Und das kann er nicht nur so, daß er neue besondere Tatbestände aufstellt, sondern auch durch einen allgemeinen Satz, der im Hinblick auf alle gesetzlichen Tatbestände ein Verhalten unter Strafe stellt, das, ohne der tatbestandlichen Figur geradeaus zu entsprechen, doch bestimmte Beziehungen zu ihr aufweist. In diesem Sinne kann er besonders dem Kreise der Täter, wie er sich unmittelbar aus den Einzelstrafgesetzen ergibt, einen Kreis von Strafbaren zweiter Ordnung hinzufügen.

Indem der Gesetzgeber von „Tötung eines Menschen“ spricht — und entsprechend natürlich bei jeder anderen tatbestandlichen Figur —, muß er sich natürlich Rechenschaft dar-

über ablegen, was er damit gemeint hat, wie sich die Konturen des Vorstellungsbildes abzeichnen. Den Umfang des Bildes zu bestimmen, ist zwar seinem freien Schöpfungsakt überlassen. Aber der Sinn, den er mit der Figur verknüpft wissen will, ist, einmal von ihm gewollt, maßgebend so, daß alles der Figur Entsprechende unterschiedslos dem betr. Strafgesetz anheimfällt, und alles ihr nicht Entsprechende ins Leere hinausfällt.

Fragt sich der Gesetzgeber nun: was habe ich mir unter z. B. „Tötung eines Menschen“ gedacht und was soll darunter verstanden werden, so ist nur entweder die Antwort möglich: ein Verhalten, das irgendwie zum Tode eines Menschen beigetragen hat; oder die andere, dem Sprachgebrauch des Lebens entsprechende: ein Verhalten, das auch ohne Mitvorstellung andersartigen Verhaltens desselben Individuums oder anderer Individuen die charakteristische Bedeutung der „Tötung eines Menschen“ hat, so, daß man von dem so Handelnden unbedenklich sagt: er habe eben durch dieses Verhalten einen Menschen getötet.

Entscheidet sich der Gesetzgeber im ersteren Sinne, so verleiht er damit seinen Einzelstrafgesetzen denknötwendig folgende Bedeutung.

Einmal bilden dann das, was man sonst Täter, Anstifter, Gehilfen nennt, eine objektiv qualitativ ununterscheidbare Masse. Einer wie der andere wäre einfach Mörder (bzw. Totschläger usw.); von einem wie vom anderen gälte die Formel: er hat „einen Menschen getötet“. Dies gälte gleichermaßen für Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Da jedes beliebige Verhalten, das zu dem Tode beigetragen hat, in den Tatbestand einzurechnen wäre, würde ferner für eine Gesetzgebung, die neben die vollendete Tat einen strafbaren Versuch stellt, die Möglichkeit entfallen, in klarer Formel die Vorbereitungshandlungen abzuscheiden, diese würden eben auch schon das tatbestandsartige Gepräge tragen und somit Versuch sein. Weiter würden die erfolglose Anstiftung und die erfolglose Beihilfe Versuch der Tat selber sein. Auf dem Gebiete des dolus würde kein Unterschied obwalten, jeder Entschluß, irgendwie zum Tode eines Menschen beizutragen, wäre eben Täterdolus. Soweit der betr. Tatbestand auch bei fahrlässiger Begehung unter Strafe gestellt wäre, würde auch fahrlässige Anstiftung und fahrlässige Beihilfe mitinbegriffen sein, da ja alles eben einheitlich „Tötung eines Menschen“ usw. wäre. Endlich würde bei den Tatbeständen, deren Vorstellungsbild eine höchstpersönliche Beziehung zu dem sachlichen Inhalt des Tatbestands in sich schließt, nur gemeint sein können, daß

irgendein Mensch, einerlei ob strafbar oder nicht, da sein muß, dessen Verhalten in dieser Kombination persönlich-sachlich dem Tatbestande entspricht, daß aber wenn dies der Fall, die Tatbestandsmöglichkeit ebensogut bei ihm, wie bei denen vorhanden ist, die irgendwie zu seinem Verhalten mitgewirkt haben; so würde der Tatbestand „Gehen über eine Brücke“ bedeuten: irgendwie dazu mitwirken, daß von jemandem über eine Brücke gegangen wird; der „Gehende“ und der Nichtgehende würden ebenmäßig darunter zu subsumieren sein; der Tatbestand, der einen Beamten als Täter nennt, wäre ebensogut von dem Beamten, wie von dem Nichtbeamten verwirklicht, der ihn in den Stand gesetzt hat, tätig zu werden; sub titulo „Meineids“ wäre der Schwörende wie jeder andere strafbar, der den Schwörenden veranlaßt oder sonst eine Bedingung für den Eidesakt gesetzt hat.

Unzweifelhaft wird sich nun der Gesetzgeber von heute, sobald er sich diese ja ganz unvermeidlichen Konsequenzen klar gemacht hat, sofort sagen: das habe ich durchaus nicht gewollt und will es auch jetzt nicht. Er wird vielmehr, alle die vorherberührten Punkte durchgehend, überall mit voller Sicherheit sagen, daß er ein viel konzentrierteres Vorstellungsbild vor Augen gehabt habe, — eben dasjenige, das der Lebenssprachgebrauch ebenmäßig meint, wenn vom „Töten eines Menschen“, vom „Gehen über eine Brücke“, vom „Meineid“ usw. die Rede ist. So erwächst für den Gesetzgeber, wenn anders er prüfen will, ob er nicht zu den in diesem Sinne begrenzten Einzelstrafgesetzen eine die Strafbarkeit erweiternde allgemeine Zusatzbestimmung geben will, die Aufgabe, sich klar zu werden, welche Verhaltensweisen, obwohl zu dem Tatbestande in Beziehung stehend, doch nicht als ihn im Sinne der Einzelgesetze verwirklichend nach dem Lebenssprachgebrauch außen liegen bleiben, und zuzusehen, ob es angebracht ist, sie um ihrer immerhin vorhandenen tatbestandlichen Beziehung halber als Erscheinungsformen irgendwie einer an das jeweils in Frage kommende Einzelgesetz angelehnten Strafbarkeit zu unterwerfen.

Hier endlich taucht die Möglichkeit eines mit der Täterschaft nicht identischen, wohl aber zu dem in jener eingeschlossenen Vorstellungsbilde in Beziehung stehenden eigenartigen Vorstellungsbildes auf. Der Sprachgebrauch des Lebens scheidet unbeirrbar aus dem Bereiche der „Tötung eines Menschen“ solches Verhalten aus, das, obwohl innerlich mit einer solchen verbunden, doch noch vor ihr oder neben ihr (um von dem „nach ihr“ hier abzusehen) liegt. Wenn A eine fremde Sache von ihrem Standort fortgeholt hat, B ihm zuvor den Aufenthalt

der Sache verraten oder ihn zu seinem Verhalten bestimmt hat, und C, während A tätig war, die Aufmerksamkeit der Straßengänger von dem Handeln des A abgelenkt hat, und wir nun den gesetzlichen Tatbestand „Wegnahme einer fremden beweglichen Sache“ vergleichend daranhalten, so nennt (unter der noch näher zu beleuchtenden Voraussetzung, daß A in selbstverantwortlicher Rolle gehandelt hat) *n i e m a n d* das Verhalten des B oder des C „Wegnahme der Sache“. Entsprechend ist für jeden anderen gesetzlichen Tatbestand immer eine charakteristische Scheidung dessen, was der in ihm verbal beschriebenen Figur entspricht, und dessen, was davor oder daneben liegt, möglich.

Und nun ist der Gesetzgeber veranlaßt zu fragen, ob nicht auch das „Vor“- und „Neben“-Handeln in genereller Formel unter Strafe gestellt werden sollte. Wenn er, wie stets bei Erwägung der sachlichen Regelungsinhalte, die Wertfrage aufwirft, so wird er nicht daran vorbeigehen können, daß zwar ein scharfer Wertunterschied zwischen demjenigen besteht, der „einen Menschen tötet“, und demjenigen, der nur auf eine solche hingearbeitet, ihr vorgearbeitet, sie durch Begleithandlungen ermöglicht hat; daß aber auch ein Verhalten der zweiten Art einen rechtlichen Mißwert ausmacht, und dieser zur Aufstellung einer Mit- und Nebenverantwortlichkeit im Sinne des jeweils in Frage stehenden gesetzlichen Tatbestandes neben der sich nach diesem direkt bestimmenden Hauptverantwortlichkeit durchaus geeignet ist. So fällt dem Gesetzgeber der Teilnehmerbegriff von selbst in den Schoß im Sinne einer Teilnahme an der *V e r a n t w o r t l i c h k e i t*, einer Zweitverantwortlichkeit charakterisiert durch die Notwendigkeit der Zuhilfenahme des Vorstellungsbildes der „Haupttäterschaft“ und ohne diese Zuhilfenahme in der Luft schwebend.

Damit ist in keiner Weise der Frage vorgegriffen, ob diese Zweitverantwortlichkeit nur da bestehen soll, wo ein strafbarer Hauptverantwortlicher wirklich vorhanden ist, ob also eine wirklich vorliegende tatbestandsmäßige rechtswidrige schuldhaft Handlung des anderen erfordert werden soll oder nicht. Die „Teilnahme“ ist „akzessorisch“ insofern, als sie inhaltlich ohne Beziehung auf einen gesetzlichen Tatbestand und ohne Verschiedenheit der Handelnden unvorstellbar ist, sowie darin, daß ihre Strafbarkeit in Beziehung zu der die Strafbarkeit des Haupttäters bestimmenden Strafdrohung steht; ob sie darüber hinaus als akzessorisch nur an eine rechtswidrige *V e r w i r k l i c h u n g* des gesetzlichen Tatbestands durch den anderen angelehnt werden soll, und ob, wenn ja, sie sogar nur bei Schuld des „Haupttäters“ strafbar sein soll, ist zu bestimmen Sache

des Gesetzgebers, wie auch die Fixierung des Wertverhältnisses zwischen Haupt- und Zweitverantwortlichkeit der Bestimmung durch ihn harrt.

In diesen Beziehungen wird das Nachdenken zunächst darauf zu richten sein, welche Rolle bei der Aufteilung der Begehungsweisen dem Schuldmoment zukommt. Diese Frage beantwortet sich nun in Beschränkung auf den *dolus*⁵⁷⁾ dahin: Wenn die Vorstellungsbilder „Tötung eines Menschen“ und „Vorarbeiten und Nebenhandlungen für die von einem anderen vorzunehmenden Tötung eines Menschen“ objektiv verschieden sind, so scheiden sich auch entsprechend die Entschlüsse voneinander. Wenn weiter zwischen dieser und jener Figur ein Unterschied im Rechtswert liegt, so ist auch ein Unterschied im Schuldwert sichtlich gegeben. Ist es schlimmer, einen Menschen zu töten, als bloß einer Tötung vor- oder dabei mitzuwirken, so trifft auch denjenigen nur geringere Schuld, dessen Entschluß auf das letztere ging. Danach wäre für die „Teilnahme“ grundsätzlich eine geringere Strafdrohung geboten, als für die „Täterschaft“. Nur hebt sich aus dem Bereiche des „Vorarbeitens“ der Fall der „Anstiftung“ deshalb heraus, weil den Anstifter vergleichsweise eine quantitativ schwerere Schuld trifft, insofern er auch noch einen anderen in Bewegung setzt und nicht selbst seine Haut zu Markte trägt. Deshalb ist es durchaus angemessen, wenn die Strafdrohung gegen ihn derjenigen gegen den Haupttäter in das Verhältnis von 1 : 1 gesetzt wird: der geringere Unrechtswert wird kompensiert durch höheren Schuldwert.

Inhaltlich kann der Teilnehmerdolus natürlich nicht bestimmt werden als der Entschluß, „einen Menschen zu töten“; das wäre Täterdolus. Er kann vielmehr nur in dem Entschluß, einer Tötung vor- oder dabei mitzuarbeiten bestehen. Nicht die Kenntnis der zu dem betr. gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumstände, sondern die Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als eigne Teilnahme an der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch den anderen erscheinen lassen, ist maßgebend. Was dem Teilnehmerdolus sein charakteristisches Gepräge gibt, das ist, daß sich der Handelnde in der Rolle des bloßen Zweitverantwortlichen fühlt. In dieser bloßen Nebenrolle kann sich aber nur derjenige fühlen, der den anderen als den verantwortlich Entscheidenden ansieht, mit anderen Worten, bei dem er Schuld voraussetzt.

⁵⁷⁾ Das Fahrlässigkeitsproblem interessiert hier wohl praktisch nicht, würde sich übrigens nach Klarstellung des *dolus* unschwierig beantworten.

Damit rollt sich das Problem der „mittelbaren Täterschaft“ auf, um aber sogleich seine Erledigung zu finden. Insoweit das tatbestandsverwirklichende Verhalten des A nicht dessen eigener, ihn verantwortlich machenden Entscheidung entquoll, vielmehr entweder überhaupt keine „Handlung“, sondern nur äußeres „Tun“, oder ein ihm nicht zum dolus zurechenbares Verhalten war, kann sich B, der dies wußte, und das Verhalten des A hervorrief oder dabei mitwirkte, sich nicht als bloßer Zweitverantwortlicher gefühlt haben. Er war vielmehr Hauptverantwortlicher und hatte den entsprechenden dolus, A war nach dem üblichen Sprachgebrauch nur sein „Werkzeug“, und B „bediente sich“ bewußt des A „als Werkzeugs“. Wird dieses Ergebnis in die Sprache der Strafgesetze umgesetzt, so lautet es dahin: der B hat „einen Menschen getötet“, und er hatte den Vorsatz „einen Menschen zu töten“. Unzweifelhaft wird auch der Gesetzgeber, wenn er sich fragt, ob diese Fälle in das Vorstellungsbild hineinfallen, das er sich bei Prägung der gesetzlichen Tatbestände machte, bejahend antworten. Es besteht keinerlei Veranlassung, irgendwie den Teilnehmerbegriff, der ja Zweitverantwortlichkeit bedeutet, heranzuziehen. Für die „Teilnahme“ bleiben somit ausschließlich die Fälle übrig, in denen sich die Handlung auf eine schuldhaft e Haupttat bezieht. War der Tatbestandsverwirklichende in Schuld (und speziell in dolo), und wußte dies der Vor- oder Mitarbeitende, so heben sich deutlich der erstere als der Hauptverantwortliche; und der andere als Zweitverantwortlicher voneinander ab.

Wenn neuerdings die Forderung erhoben worden ist, Teilnahme auch bei nicht schuldhafter Haupttat anzuerkennen, und ihren begrifflichen Unterschied gegenüber der „mittelbaren Täterschaft“ preiszugeben, so ist dieses Verlangen für einen zwecklogisch denkenden Gesetzgeber unerfüllbar. Offenbar wäre die Forderung auch überhaupt nicht aufgestellt worden, wenn objektiv vorliegende mittelbare Täterschaft und Bewußtsein der Handelnden davon, daß der andere willen- oder schuldlos sei, stets Hand in Hand miteinander gingen, und ebenso Anstiftung und Bewußtsein, nur Anstifter zu sein, sich stets zusammen vorfänden. Das ist ja nun in der Tat nicht der Fall; B. kann den geistig Gesunden A für geisteskrank erachtet haben, so daß er nur Teilnehmer war, aber Tätervorsatz hatte; oder er hat den geisteskranken A für gesund gehalten, so daß er Täter war, aber nur Teilnehmervorsatz hatte. Daß ein solches Nichtzusammenstimmen der objektiven Seite mit dem Vorsatz nicht zur Straflosigkeit des B führen darf, ist sicher. Aber solange mittelbare

Täterschaft und Anstiftung getrennte Dinge sind, solange meint man, ist Straflosigkeit unausweichlich. Zu dem gerechten Resultat gelange man nur, wenn man unter Zusammenziehung der beiden Rechtsfiguren einfach auf die Veranlassung eines anderen zu einem tatbestandverwirklichenden, einerlei ob schuldhaften oder nicht schuldhaften Tun abstelle, und dadurch folgerichtig den *dolus* unabhängig stelle von der Beziehung auf die Schuld des Ausführenden.

Es mag hier auf sich beruhen bleiben, ob und wie sich für das geltende Recht für solche Fälle Strafbarkeit behaupten läßt. *De lege ferenda* braucht jedenfalls der Hebel nur an anderer Stelle angesetzt zu werden, um das sachlich gebotene Ergebnis zu erzielen. Der Fehler liegt nämlich lediglich in der dem geltenden Strafrecht eigentümlichen zu starken Verengung des Vorsatzbegriffs. Indem nur da *dolus* als vorliegend anerkannt wird, wo das Vorstellungsbild des Handelnden mit der objektiv von ihm verwirklichten rechtlichen Spezialfigur übereinstimmt, wird ein unnötiges formalistisches Verlangen gestellt. Schon ganz ohne Rücksicht auf die Teilnahmelehre muß künftig der *dolus* dem Grundsatz der Äquivalenz (oben S. 166) unterstellt werden. Und dieser Grundsatz ist dann entsprechend auf das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme anzuwenden; *dolus* hat dann, einerlei wie die objektive Tatseite aussieht, sowohl der mit Täter- wie der mit Anstifter*dolus* Handelnde; und so können Täterschaft mit Anstifter*dolus* und Anstiftung mit Täter*dolus* ohne jede Schwierigkeit je zu einer ganzen strafbaren Handlung verbunden werden. Auch wenn es sich um die nicht durch Hervorrufung des Entschlusses, sondern durch Mitwirkung vollzogene mittelbare Täterschaft handelt, kommt man so zu sachgemäßem Ergebnis: der bloße Gehilfen*dolus* steht wertlich nicht auf der Höhe des Täter*dolus*; aber wenn jemand in Wahrheit Täter war, weil der andere geisteskrank war, und er ihn für geistig gesund hielt, so würde er als Täter, aber unter Anwendung der reduzierten Beihilfestrafandrohung gestraft werden⁵⁸⁾.

Dagegen führt die Preisgabe des begrifflichen Unterschieds von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung zu sichtlichen Schiefheiten. Die Begriffe sind eben Ausdruck einer Wertverschiedenheit; und deren Verwischung muß sich notwendig rächen. Wird die mittelbare Täterschaft mit der Anstiftung in Eins zusammengezogen, so fällt sie damit aus dem „Tatbestande“ heraus; für die neue Figur,

⁵⁸⁾ Vgl. dazu oben S. 165.

die sie und die Anstiftung in uno umschließt, kann nun entweder bestimmt werden, daß sie nur bei Vorsatz strafbar sein solle, und dann ist auf einmal ohne jeden ersichtlichen Grund fahrlässige mittelbare Täterschaft straflos gestellt; oder aber es wird Fahrlässigkeit für genügend erklärt, und das ist insolange eine unbillige und schiefe Wertung, als es gesetzliche Tatbestände von nicht unerheblicher Schwere gibt, deren täterschaftliche Verwirklichung bei Fahrlässigkeit straflos ist. Wer wollte es rechtfertigen, daß z. B. fahrlässige Anstiftung zum ruhestörenden Lärm strafbar sein soll, während fahrlässige Sachbeschädigung straflos ist. Und auch die bloße Erstreckung der Strafbarkeit fahrlässiger Anstiftung auf die Anstiftung für solche Tatbestände, bei denen auch die fahrlässige Täterschaft strafbar ist, hätte Bedenken, da zwischen fahrlässiger Anstiftung und fahrlässiger Täterschaft ein wesentlicher Wertunterschied obwaltet. Das Herausfallen der anstiftungsartigen mittelbaren Täterschaft aus dem Tatbestand bedingt weiter auch den Herausfall der beihilfsartigen mittelbaren Täterschaft aus diesem; die letztere muß mit der Beihilfe verschmolzen werden, und hier zeigen sich die vorerörterten Schwierigkeiten in verstärktem Maße. Schließlich aber kommen nunmehr die höchstpersönlichen Beziehungen der gesetzlichen Tatbestände völlig ins Schwanken. Es gibt nun einmal tatbestandliche Figuren, denen wohlwogenermaßen charakteristisch ist, daß der nach ihnen zu bestrafende Täter „selber“, „in eigener Person“, mit eigenem Leibe oder mit eigener Seele gewissen Bedingungen entspricht. Als Täter eines verbotenen „Gehens über eine Brücke“ soll eben nur strafbar sein, wer eigenbeinig darüber gegangen ist; als Täter eines Beamtendelikts, wer selber Beamter ist; als Unterschlagender, wer selber die Sache hatte; als Meineidiger, wer sein eigenes Gewissen einsetzt. Solange Anstiftung und mittelbare Täterschaft geschieden sind, ist eine verschiedenartige Behandlung der höchstpersönlichen Umstände bei dieser und bei jener logisch verknüpft: genügte der Haupttäter dem Tatbestande, so ist es gleichgültig, ob der Anstifter jene höchstpersönlichen Beziehungen an sich trägt; denn er wird ja nicht dafür bestraft, daß er „über eine Brücke gegangen sei“ usw., sondern daß er derartiges Verhalten eines anderen herbeigeführt habe; lagen beim Haupttäter die höchstpersönlichen Bedingungen nicht vor, so fällt damit auch die Anstiftung dahin; genügte der durch ein Werkzeug Handelnde selber den höchstpersönlichen Bedingungen dagegen nicht, so ist es gleichgültig, ob das Werkzeug ihnen entsprach, denn der Tatbestand wird ja eben nur auf jenen, nicht auf das Werkzeug

bezogen; der einen Geisteskranken über eine Brücke Schickende ist eben nicht „über die Brücke gegangen“. Alles dies ist vollkommen sachgemäß, weil es sich um die Wertverschiedenheit: Hauptverantwortlichkeit ex Tatbestand oder sekundäre Verantwortlichkeit handelt. Wo sich Verhaltensweisen zeigen, die strafwürdig erscheinen, aber angesichts der bisherigen gesetzlichen Tatbestände straflos bleiben müßten, kann ohne weiteres durch Aufstellung besonderer gesetzlicher Tatbestände (nach dem Muster des § 160 StGB.) geholfen werden. Wird dagegen mittelbare Täterschaft und Anstiftung in eins verschlungen, so wird eine einheitliche Bestimmung nötig, die entweder die höchstpersönlichen Bedingungen wie für den mittelbaren Täter, so auch für den Anstifter erfordert (was zum Unsinn führt, weil danach z. B. der Nichtbeamte nicht wegen Anstiftung zum Amtsdelikt bestraft werden könnte), oder sie für den mittelbaren Täter ebensowenig wie für den Anstifter fordert (wonach z. B. der Veranlasser eines objektiven Falscheides bei eigenem dolus zum Meineidigen gemacht würde).

Nach alledem ist für den rationell denkenden Gesetzgeber kein Zweifel daran möglich, daß die mittelbare Täterschaft überhaupt kein Problem ist, daß vielmehr jeder gesetzliche Tatbestand sie ohne weiteres umfaßt, und zwar so umfaßt, daß, soweit der Tatbestand höchstpersönlich gefaßt ist, der höchstpersönliche Umstand auf den als Täter zu Bestrafenden, nicht auf das Werkzeug sich bezieht. Das Unpersönliche im Tatbestand ist von dem Werkzeug auf den Täter übertragbar, das Höchstpersönliche nicht.

Damit ist zugleich entschieden, daß die Anstiftung (und ebenso die Beihilfe) einen Secundus als „Nichtwerkzeug“ voraussetzen, d. h. daß die Schuld des Haupttäters als bedingend für den Teilnahmebegriff beizubehalten ist.

Nur so findet der Gedanke seine klare Behandlung, daß Tatbestandsverwirklichung Hauptverantwortlichkeit, dagegen „Teilnahme“ Verantwortlichkeitsteilnahme sein soll. Daß damit bei richtiger Gestaltung der Doluslehre keine Strafbarkeitslücken entstehen, ist oben gezeigt.

Die stete Festhaltung des Kerngedankens bei der sogenannten „Teilnahme“ als einer wertlichen Figur im Sinne der Verantwortlichkeitsteilnahme ermöglicht schließlich die reinliche Lösung einmal der Frage nach der sogenannten „Akzessorietät“, und sodann der Frage nach der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe.

Wenn heute darüber gestritten wird, ob „die Akzessorietät der Teilnahme beizubehalten sei“, so verquickt man dabei sehr häufig ganz verschiedene Fragen. „Akzessorietät“ kann einmal bedeuten die begriffliche Bezogenheit von Anstiftung und Beihilfe auf die gesetzlichen Tatbestände der Art, daß ihr Vorstellungsbild erst in Verbindung mit solchen zustande kommt, und somit relativ ist. Akzessorietät kann zweitens bedeuten die begriffliche Bezogenheit auf Schuldhaftigkeit der Verwirklichung der Tatbestände, so, daß Anstiftung und Beihilfe zu nicht schuldhafter Haupttat begrifflich ausscheiden. Akzessorietät kann drittens bedeuten die Abhängigkeit der Strafdrohung von derjenigen gegen die jedesmal in begrifflichem Bezüge stehende Verbrechenart. Sie kann endlich viertens bedeuten die Bedingtheit (sei es im Begriff, sei es in der Strafbarkeit) durch das wirkliche Begangensein der Haupttat.

In den drei ersten Beziehungen hat der Gesetzgeber schon in demselben Augenblick Stellung im bejahenden Sinne genommen, indem er sachlich wertend es für gut fand, die Anstiftung und die Beihilfe als bloße Zweitverantwortlichkeit, als bloße abgeleitete Verantwortlichkeit zu erfassen. Er brauchte das nicht, er konnte den besonderen tatbestandlichen Typus „Anstiftung bzw. Beihilfe zu rechtswidrigem Verhalten schlechthin“ oder auch „zu irgend einer rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung“ oder „zu Verwirklichung dieses oder jenes gesetzlichen Tatbestandes“ prägen, und eine selbständige Strafdrohung anhängen. Dann war von „Akzessorietät“ keine Rede. Sobald er sich aber dahin entschieden hat, daß Anstiftung und Beihilfe nur sekundäre Bedeutung haben, daß sie nicht eine Hauptverantwortlichkeit, sondern eine relative, sich je nach dem zugehörigen Tatbestande richtende Verantwortlichkeit begründen sollen, diese Verhaltensweisen also zu „Erscheinungsformen“ gestempelt sind, ist damit auch Akzessorietät im ersten und dritten Sinne vorhanden; und mit ihr geht die Akzessorietät im zweiten Sinne Hand in Hand, weil denjenigen, der zu einer nicht schuldhaften Handlung angestiftet oder geholfen hat, bei unverkünstelter Wertung eben die Hauptverantwortlichkeit trifft, und nicht nur die Herausnahme der mittelbaren Täterschaft aus dem Tatbestande eine Künstelei ist, sondern ihre Verschweißung mit der Anstiftung die sachlichen Ausgangspunkte der Verantwortlichkeitsfestlegung in unklarster Weise umwirft.

Aber die Verantwortlichkeitsteilnahme bedeutet nicht dasselbe wie „Tat-Teilnahme“ in dem Sinne, als ob die Haupttat notwendig begangen sein müsse. Was dem gesetzgeberischen Gedankengang

charakteristisch ist, das ist die Erfassung der Anstiftung und Beihilfe als Wertfiguren eigener und zugleich begrifflich auf die gesetzlichen Tatbestände bezogener Art. Diesen Charakter behalten Anstiftung und Beihilfe aber auch, wenn es zu der Haupttat nicht gekommen ist, vorausgesetzt nur, daß sie sich objektiv und nach Vorsatz des Handelnden als Anstiftung und Beihilfe für eine als rechtswidrige, schuldhaft, tatbestandsmäßige Handlung darstellen. Ob der Gesetzgeber die Akzessorietät auch in diesem vierten Sinne aufstellen will, steht ihm frei, genau so, wie er bei jedem gesetzlichen Tatbestande bestimmen kann, ob ein über das Verhalten selber hinausliegendes Ereignis, und eventuell was für eins, das tatbestandliche Endstück bedeuten soll.

Sehr einfach gestaltet sich auch die Antwort auf die Frage nach den Kriterien der Beihilfe gegenüber der (Mit-) Täterschaft. Der Gesetzgeber ist auf den Gedanken, ein Gesetz gegen die Beihilfe aufzustellen, ja nur deshalb verfallen, weil er sich überzeugt hat, daß sie einerseits strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen soll, und daß andererseits die von ihm aufgestellten Einzelstrafgesetze sie nicht decken. Er hat sich gesagt: ich habe bisher verordnet, daß z. B. derjenige, der „einen Menschen tötet“, nach dem und dem Paragraphen strafbar sein soll; nun wünsche ich aber z. B. auch den mit Strafe zu belegen, der einem anderen zu der von diesem vollzogenen Tötung eines Menschen das Beil gereicht hat; solches Verhalten ist aber keine „Tötung eines Menschen“. Folglich muß ich eine neue Figur suchen und ausdragen, etwa „Hilfe leihen zur Tötung eines Menschen“, um die Straflosigkeit zu beseitigen. Es handelt sich also bei der „Beihilfe“ um ein objektiv begriffliches aliud gegenüber dem laut Tatbestand aufkommenden Vorstellungsbild und damit gegenüber der „Täterschaft“ als der primären Verantwortlichkeit.

Wer das leugnen, wer behaupten will, objektiv seien Beihilfe und Täterschaft ununterscheidbar, der müßte also denknotwendig behaupten, daß „einen Menschen töten“ alles Verhalten umfaßt, das irgendwie eine Bedingung zum Tode eines Menschen darstellt. Daß das nicht entfernt zu dem Gedankenzusammenhange, und ebensowenig zu dem nun einmal gegebenen Wertungsunterschiede paßt, ist oben S. 187 ff. gezeigt. An dieser Stelle darf aber noch hinzugefügt werden: wer behaupten will, daß das „Töten eines Menschen“ die Beihilfe mit umfasse, der dreht das Motiv für die Aufstellung des Beihilfegesetzes in sein Gegenteil um, denn nunmehr hätte sich der Gesetzgeber gesagt: ich habe mit der Aufstellung der Einzelstrafgesetze überall schon die bloßen Gehilfen mitgetroffen. Das erscheint mir nachträglich zu hart;

deshalb muß ich eine Ausnahmebestimmung aufstellen. Der Gehilfe wird zu einem Täter, der sonst voll strafbar wäre, und nur durch *lex specialis* straflos gestellt oder für minder strafbar erklärt wird. In Anwendung auf das geltende StGB. würde das also heißen: bei Streichung des § 49 StGB. würde jeder Gehilfe einfach aus den Einzelstrafgesetzen heraus gestraft werden, der Mordgehilfe nach § 211, der Gehilfe zum ruhestörenden Lärm nach § 360 II usw. Daß der Sinn des Beihilfeparagraphen damit geradezu auf den Kopf gestellt wäre, leuchtet ein. Es bezweifelt doch wohl kein Mensch, daß Streichung des § 49 eben die Straflosigkeit der Beihilfe im Sinne des StGB. zur Folge haben müßte. Wenn demgegenüber eine „subjektive“ Theorie erwachsen konnte, so war das nur möglich kraft einer Kette von Denkfehlern.

Der erste dieser Fehler war der, daß man den objektiven Unterschied des Gehilfen vom Täter in einer Verschiedenheit des Kausalitätswerts suchte, und da man ihn da nicht fand, überhaupt leugnete. Damit hatte man übersehen, daß die Kausalität eine wertfreie, rein tatsächliche Beziehung bedeutet, daß mit ihr und ihren etwaigen Unterscheidungen keine Werte gesetzt sind, daß vielmehr die Vorstellungsbilder maßgebend sind, die der Gesetzgeber gerade zu dem Behufe der Fixierung des Rechtswerts in Gestalt der gesetzlichen Tatbestände geprägt hat. Die Frage ist gar nicht die: Hat X eine einfache Bedingung oder eine Ursache zum Tode eines Menschen gesetzt? Sondern: was bedeutet „Tötung eines Menschen“, was fällt in dieses Vorstellungsbild hinein und was nicht? Wie wenig dabei der „Kausalitätswert“ entscheidend ist, wie vielmehr nur unter Umständen von diesem Vorstellungsbilde aus die verschiedenartigen Bedingungen eines Erfolges eine wertlich verschiedene Bestrafung erhalten, zeigt sich darin, daß es gesetzliche Tatbestände gibt, bei denen eine Lösung der Frage nach Beihilfe oder Täterschaft auf dem Boden einer kausalen Unterscheidung überhaupt nicht möglich ist, weil bei ihnen ein jenseits des Verhaltens liegender Erfolg überhaupt nicht zum Tatbestande gehört. Lautet z. B. ein Tatbestand auf „Gehen über eine Brücke“, so kommt es lediglich auf das Verhalten selber an: der Gehende ist Täter, und wer ihm etwa dafür das Brückengatter geöffnet hat, ist Gehilfe. Ein rechtlich bedeutender „Erfolg“, zu dem beide mitgewirkt hätten, ist gar nicht vorhanden, als ob das Öffnen des Gatters und das Gehen koordinierte Bedingungen für ein Drittes wären.

Der zweite Denkfehler der subjektiven Theorie ist der, daß nach Leugnung der objektiven Verschiedenheit gleichwohl eine Verschiedenheit des „Vorsatzes“ behauptet wird. Aber wenn

die „Tötung eines Menschen“ einheitlich beide Vorstellungsbilder ununterscheidbar umschließt, wie in aller Welt soll nun auf einmal eine Vorsatzverschiedenheit denkbar sein? Es gibt bei objektiver Einheitlichkeit eben auch bei dem Handelnden nur ein Vorstellungsbild, sein Entschluß ist eben immer auf „Tötung eines Menschen“ gerichtet: wollte er sagen: „ich wollte nur zur Tötung helfen“, so würde die Antwort sein müssen: „zur Tötung helfen“ ist ja nichts anderes als ein „Töten eines Menschen“! Wenn es sich bei dem Unterschiede nur um ein „so oder so“ Töten handelt, und objektiv zwischen den Alternativen ein Unterschied überhaupt nicht erkennbar ist, wie soll da das „Unerkennbare“ plötzlich von dem einzelnen Handelnden erkannt und vorgestellt sein?

So sind denn auch der *animus socii* und der *animus auctoris* gar keine Differenzierungen im Vorsatz, sondern eine Zerlegung der strafbaren vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichungen nach einem außerhalb des Vorsatzes liegenden seelischen Tatument: dem Motiv. Es handelt sich um eine Parallelerscheinung zu der Zerlegung z. B. der vorsätzlichen Entziehung elektrischer Arbeit in solche, die eigenen Vorteils halber, und solche, die behufs Schädigung des anderen vorgenommen ist. Und damit erhellt, daß solche Scheidung mit der Teilnahmelehre nicht das Geringste zu tun hat, daß vielmehr nur 2 Arten von strafbaren Täuern aufgestellt werden, derart, daß auch der isoliert allein Handelnde je nachdem in die eine oder andere Klasse einzustellen ist. Es gibt dann 1. eine „vorsätzliche Tötung im Eigeninteresse“, 2. eine „vorsätzliche Tötung in fremdem Interesse“. Und hat jemand ganz allein einem andern zuliebe einen Menschen getötet, so müßte er natürlich demgemäß strafbar sein, während die Verköpplung dieses Falles mit dem Beihilfebegriff dazu führt, daß er straflos ist, weil er wegen seines *animus* nur Gehilfe sein könnte, es dazu aber an der Beziehung zu einer Haupttat fehlt. Und auch wenn man den *animus socii* in den „sich unterordnenden Willen“ verlegt, bleibt das Bild wenigstens solange das gleiche als die Akzessorietät der Beihilfe im Sinne einer wirklich vorliegenden Haupttat gefordert ist. Würde z. B. der Knecht dem Bauern den Vorschlag gemacht haben, ein Haus anzuzünden, und hätte er erklärt, er würde dann mithelfen, — während er selber die Tat unterlassen würde, wenn der Bauer passiv bleibe —, und hätte dann der Bauer zwar den Plan gutgeheißen, im entscheidenden Moment aber wohlweislich den Knecht allein das Haus anzünden lassen, dann würde der „mit sich unterordnendem Willen“

handelnde Knecht als Gehilfe nicht strafbar sein, weil es an der Haupttat gebricht.

Dabei ist die Wahl der Gegenüberstellung von animus auctoris und animus socii als Denkausgangspunkt an sich nicht einmal unrichtig. Nur muß man sie richtig verstehen. Es ist wie oben S. 190 ff. gezeigt, sicher richtig, daß die Bestrafung wegen vorsätzlicher Täterschaft das Bewußtsein, Hauptverantwortlicher zu sein, voraussetzt, während den Gehilfen das Bewußtsein, nur eine Nebenrolle im Verantwortlichkeitspunkt zu spielen charakterisiert. Aber eben im Verantwortlichkeitsbewußtseinspunkte liegt der Unterschied. In seinem Sinne kann man sagen, daß zur Bestrafung wegen Täterschaft der animus auctoris gehöre, und den Gehilfen der animus socii charakterisiere. In diesem Sinne aber ist animus auctoris einfach das Bewußtsein, daß man (selber oder durch ein Werkzeug) „einen Menschen töte“, während animus socii die Vorstellung, daß man zur „Tötung eines Menschen“ durch einen hauptverantwortlichen anderen nur „Beihilfe leiste“. So ist alles im klaren: der Unterschied ist ein objektiver, und weil er es ist, ist auch ein Unterschied im dolus da. Und diese begriffliche Klarheit entspricht genau den sachlichen Wertungsvorstellungen des Gesetzes.

Für die Teilnahmelehre als Ganzes genommen darf zusammenfassend gesagt werden: Der Grund, weshalb in der heutigen Theorie und Praxis noch vielfältiger Streit herrscht, liegt in der verkehrten Methode der Begriffsbestimmung. Man wähnt die Begriffe „Täter, mittelbarer Täter, Anstifter, Gehilfe“ seien schon da, es gelte nur sie „richtig zu erkennen“. Und obendrein behandelt man diese Begriffe so, als ließe sich die Täterschaft usw. lediglich an der Hand der strafbaren Handlung als einer rechtswidrigen ohne Zuhilfenahme der Tatbestandbilder unterscheiden. Nachdem man dann die Begriffe hingestellt hat, fragt man nach ihren Konsequenzen für die Strafbarkeit. Nach den hier gegebenen Darlegungen ist demgegenüber schon für die Auslegung des geltenden Rechts die richtige Methode die, daß man die Begriffe als Funktionsbegriffe im Sinne des gesetzgeberischen Zwecks faßt. Ohne dies wird sich zerfließende Unanschaulichkeit der behaupteten Begriffsinhalte und der über ihnen schwebende Nebel niemals bannen lassen und der Alpdruck eines selbstherrlich gewordenen Formalismus nicht weichen. Für den Gesetzgeber selber vollends wird es hoffentlich nicht besonderer Aufmunterung dazu bedürfen, sich keine Phantasiebegriffe von „Täter, Anstifter, Gehilfen“ als angeblich schon da-seiende aufnötigen zu lassen, die dann Herr über seine Anord-

nungen sein sollen, sondern erst zu fixieren, was er sachlich will, und danach zwecklogisch die Begriffe so auszuprägen, daß sie ihre Würde von ihm zu Lehen tragen. Den Weg dafür haben ihm die vorstehenden Ausführungen gewiesen, die ihn als Willensdenker vom immanenten Zweck aus zu den verschiedenen Teilnahmegriffen geleitet haben.

II. Die Arbeitsweise des StGB.-Entwurfs von 1919 aus der methodischen Perspektive.

1. Die Festlegung des Begriffs der Strafe.

Einer der Mitverfasser des Entwurfs, Ebermayer, charakterisiert⁵⁹⁾ die Haltung, die der Entwurf im Schulenstreit einnehme, dahin, dieser habe „sich weder auf die Lehren der klassischen, noch der modernen soziologischen Schule festgelegt“. Diese Worte lassen an sich zwei Deutungen zu: entweder der Entwurf sei jeder Stellungnahme ausgewichen; oder aber er habe es nur vermieden, sich die eine der gegensätzlichen Auffassungen unter Verwerfung der anderen anzueignen und vielmehr beide kompromißmäßig vereinigt. Das letztere ist wohl Ebermayer's Meinung. Denn er bemerkt fortfahrend, daß der Entwurf doch keineswegs an den Forderungen der modernen Richtung vorübergegangen sei; das kann wohl nur besagen wollen, daß die Strafe als Vergeltung beibehalten, aber zugleich im Sinne der Präventivtheorien ausgestaltet worden sei. Daß der Entwurf für die letzteren oder wenigstens mit für sie Partei ergriffen habe, wird auch von einem anderen Mitverfasser, Bumke⁶⁰⁾, und in der dem Entwurf beigegebenen Denkschrift⁶¹⁾ zum Ausdruck gebracht oder zum mindesten angedeutet. Tatsäch-

⁵⁹⁾ Leipziger Ztschr. 15 78; Zeitschr. f. StrRW. 42 328.

⁶⁰⁾ DJZ. 26 12: „Über die Notwendigkeit, die Strafrechtspflege mit einem neuen Geiste zu erfüllen, herrschte schon vor dem Kriege, insbesondere dank den tatkräftigen Impulsen v. Liszts, weitgehendes Einverständnis.“

⁶¹⁾ S. 5: „Rund ein Jahrzehnt nach dem Inkrafttreten des StGB. setzte eine Bewegung ein, die an die Grundlagen der bisherigen Strafgesetzgebung rührte. Dem Gedanken der gerechten Vergeltung, der das geltende StGB. beherrscht, trat der Zweckgedanke gegenüber, die Auffassung, daß es sich bei der Strafe um eine soziale Abwehr handle, und daß die Strafe, um diese Aufgabe zu erfüllen, weit mehr als bisher sich nach Art und Maß der Eigenart des Verbrechens anpassen müsse. Diese Bewegung, zunächst mit Ungestüm hervorbrechend und mit gleicher Leidenschaftlichkeit bekämpft, hat die Folge gehabt, daß weit über die Grenzen des Reichs hinaus die Grundfragen des Strafrechts nach allen Richtungen erneut durchforscht wurden und in dem heißen Kampfe der Meinungen, trotz aller grundsätzlichen Gegensätze, dennoch über wichtige Forderungen der Kriminalpolitik weitgehendes Einverständnis erzielt wurde.“

lich ist es um den Geist des Entwurfs selber ganz anders bestellt. Er hat sich nicht nur nicht neutral verhalten, womit er ja von vornherein das Todesurteil über sich gesprochen hätte, sondern er hat die moderne Richtung so grundsätzlich abgelehnt, daß er nicht einmal auf ein Kompromiß mit dieser hinauskommt. Denn was die moderne Richtung mit heißem Bemühen anstrebte, das war die Umprägung der Strafe in eine reine Präventionsmaßregel unter Preisgabe ihres Vergeltungscharakters. Demgegenüber forderte die klassische Schule, daß man das Strafrecht in Frieden lasse und das Präventionsrecht als solches kräftig ausbaue: daß man der Strafe nicht den Zweck ansinne, der Gefährlichkeit des Individuums entgegenzuwirken, und die Sicherungsmaßregeln nicht durch Einreihung in die „Strafe“ verfälsche und lähme. Mit voller Grundsätzlichkeit folgt der Entwurf diesem letzteren Programm. Er macht einen scharfen Strich zwischen „Strafe“ und „sichernden Maßnahmen“ aller Art; und er „bekennt sich zum Grundsatz der Schuldhaftung“ bei der Strafe⁶²⁾, so folgerichtig, daß er über das geltende Strafrecht hinaus den unverschuldeten Erfolg als Qualifikationsmoment streicht, bindet die Strafbarkeit an feste Tatbestände, so daß namentlich Vorbereitungshandlungen, mögen sie noch so sehr die hochgradige Gefährlichkeit des Handelnden enthüllen, keine Strafbarkeit auslösen, und er verlangt (§ 106) feste, der begangenen Tat entsprechende Strafbemessung und läßt nicht etwa ein „unbestimmtes“ Strafurteil zu, so daß, entsprechend den Forderungen der Modernen, die Strafbehandlung bis zu dem Augenblick fortzuführen wäre, in dem das Individuum genügend gebändigt erscheint. Die Strafe ist nach wie vor ein Übel, das als durch Schuld und proportional zu dieser verdient erscheint, d. i. eben Vergeltung. Der Täter wird für seine Tat zur Verantwortung gezogen. Nirgends wird die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit der Tat als Voraussetzung der Strafbarkeit fallen gelassen und durch die Gefährlichkeit des Individuums pro futuro ersetzt; nirgends wird auch nur daneben diese Gefährlichkeit als eine weitere Voraussetzung der Strafbarkeit im Entwurf erwähnt. Wenn die Modernen die Herausarbeitung besonderer sichernden Maßnahmen aus dem gegenwärtigen verschwommenen und unzulänglichen Sicherheitspolizeirecht als einen Erfolg ihrer Bestrebungen buchen wollen, so mögen sie dies immerhin deshalb tun, weil sie dabei die Rufer im Streit waren. Nur eines „Siegès“ über die klassische Richtung können sie sich deshalb nicht rühmen, weil diese sie insoweit in ihrem Kampfe unterstützte! Wenn die Modernen von einem „Siegè“ sprechen wollen, so könnten

⁶²⁾ Denkschrift S. 21.

sie dies höchstens in dem Sinne tun, daß sie als Kriminalisten vermocht haben, die Passivität der Verwaltungsrechtswissenschaft zu überwinden.

So ist das Entwurfsstrafrecht methodisch ein Vergeltungsrecht und ein reines Vergeltungsrecht wie das bisherige Strafrecht.

Nun soll freilich darin eine grundsätzliche Neuerung liegen, daß der Entwurf jede Strafe — mit Ausnahme nur der Todesstrafe — als den „Versuch einer psychischen Einwirkung auf den Täter“ aufgefaßt wissen will⁶³⁾. Aber haben es denn, zumindest seit der Aufklärungsperiode, Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft, strafgerichtliche und Strafvollzugspraxis anders gehalten? Vollzog man denn etwa bis heute die zentrale Strafart: Freiheitsstrafe ohne psychische Einwirkung? Das Einzige, worum es sich handeln könnte, wäre eine sorgfältigere Berücksichtigung des Einwirkungsmoments; und dafür kann die Gesetzgebung herzlich wenig tun, das meiste muß sie den Vollzugsbeamten überlassen; nebenbei bemerkt, wird auch die Einwirkung bei anderen Strafen als Freiheitsstrafen mehr gedacht als wirklich sein können. Jedenfalls ist es irreführend, von einer „grundsätzlichen Neuerung“ zu reden. Sollte gar damit gemeint sein, daß hier ein Kompromiß mit der Präventionstheorie vorliege, so sei daran erinnert, daß die Anhänger der Vergeltungsstrafe mit einem die Strafe begleitenden Versuch einer inneren Umwandlung des gefährlichen Individuums ja immer einverstanden waren und nur betonten, daß es sich dabei nur um Verbindung zweier Aufgaben nach Art einer Idealkonkurrenz handelte.

Eine Anpassung an die Forderungen der modernen Richtung liegt auch darin nicht, daß die Strafbemessung auf die Persönlichkeit des Täters zugeschnitten wird (vgl. Entwurf § 106). Denn im Sinne des Vergeltungsgedankens kommt es zwar einesteils auf den äußeren Unrechtsgehalt der Tat an, anderenteils aber auf das Schuldmaß, und dieses ist natürlich individuell verschieden. Was die Präventionstheorie haben will, das ist die Abhängigmachung der Strafbehandlung von der „Persönlichkeit“ in einem ganz anderen Sinne, nämlich des Grades der z. Z. der Aburteilung bestehenden Gefährlichkeit ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Schwere des Tatverschuldens, und von der Abstellung der Strafe auf dieses Moment schweigt der Entwurf. Ja er erwähnt sogar in § 106 den Erfolg der Handlung als mitbestimmend für die Strafbemessung, worin eine volle Absage an die Präventionstheorie liegt,

⁶³⁾ Bumke a. O.

da diese natürlich nichts anderes gelten lassen kann, als „die Persönlichkeit⁶⁴⁾).

Eher könnte man schließlich insofern von einem Entgegenkommen des Entwurfs gegenüber der modernen Schule sprechen, als er dem Grundgedanken der „Sparsamkeit in Anwendung der Strafe“ folgt⁶⁵⁾. Dies dann, wenn man, den Kernpunkt des heutigen Gegensatzes der Strafrechtsschulen ignorierend, den Schulenstreit um ein oder mehrere Menschenalter zurückverlegt. Als noch die Vergeltung im Sinne einer überempirischen Idee gefordert wurde, da freilich konnte folgerichtig von ihr nach „Ob“ und „Wie schwer“ kein Abstrich gemacht werden; jede schuldhaftere rechtswidrige Tat mußte notwendig von Strafe ereilt werden. Aber Kants Strafrechtsphilosophie ist insofern längst nicht mehr die unsrige. Längst haben Strafgesetzgebung und klassische Strafrechtswissenschaft den Vergeltungsgedanken mit dem Zweckgedanken verbunden, längst ist man praktisch wie theoretisch darüber einverstanden, daß nicht jede Art von schuldhaftem Unrecht zu strafen ist, und daß bei dem strafbar erklärten schuldhaften Unrecht das Strafmaß nicht unbedingt die Höhe des Vergeltungsmaßes erreichen muß, daß vielmehr die Vergeltung insoweit als sie „zwecklos“ wäre, zu unterbleiben hat. Gerade darauf beruht ja die Reduzierung der strafbaren Handlungen auf die typisch katalogisierten, die so außerordentlich weitgehende Freistellung der fahrlässigen Delikte von Strafe, die Ausschaltung der Strafbarkeit durch reine Strafausschließungsgründe. Und wenn im klassischen Lager auch in unseren Tagen noch gegen das „Absehen von Strafe“ und gegen die „bedingte Verurteilung“ Einspruch erhoben worden ist (Birkmeyer, Binding usw.), so richtete dieser Einspruch im wesentlichen nur gegen die Durchlöcherung des Strafgesetzes durch Richterspruch, gegen die Ungleichbehandlung der gesetzlich gleichgestellten Einzelfälle, gegen eine von diesen Autoren befürchtete Schädigung gerade praktischer Belange durch das Laufenlassen straffällig gewordener Individuen. Man wollte nur, daß das, was nach dem Gesetz strafbar sei, auch dementsprechend behandelt werde (vorbehaltlich nur der auf Ausnahmefälle berechneten Begnadigung). Daß das Gesetz selber insoweit auf Strafandrohung zu verzichten habe als dies aus Zweckmäßigkeitsrücksichten tunlich sei, war längst angemachte Sache. Ja man kann sogar sagen, daß die „Sparsamkeit im Gebrauch der Strafe“ dann eine bare Unver-

⁶⁴⁾ Angesichts des Bekenntnisses des Entwurfs zur Schuldhaftung — oben — wird übrigens § 106 dahin zu verstehen sein, daß nur die verschuldeten Folgen einen Strafzumessungsgrund ausmachen.

⁶⁵⁾ Vgl. Bumke a. O.

ständigkeit ist, wenn Strafe eine „Sicherungsmaßregel“ sein soll. Denn weshalb sollte man, wenn ein Individuum für die Gesellschaft gefahrdrohend ist, „möglichst wenig“ mit sichernden Maßnahmen ins Zeug gehen? Wenn der Sicherungszweck es ist, der die Strafe rechtfertigt, so hat die Devise der Sparsamkeit mit Strafe etwas Widersinniges an sich. Der echte „Relativist“ muß in diesem Punkte in Wahrheit „Absolutist“ sein, nur daß die „absolute Notwendigkeit“ nicht an einem überirdisch Absoluten, sondern nach der irdischen empirischen Zielsetzung bemessen wird.

Wenn somit der Entwurf bestrebt ist, das Strafrecht in enge Grenzen einzubannen, wenn er insbesondere den Richter weitgehend mit der Freiheit ausrüstet, im Einzelfalle von Strafe bedingt oder endgültig abzusehen oder sie zu ermäßigen, so verliert damit die Strafe keinen einzigen der Züge, die ihr im Sinne der Vergeltung charakteristisch sind, und nimmt keinen einzigen der Züge an, die die „Sicherungsstrafe“ kennzeichnen. Nur scheinbar und nur bei sehr oberflächlicher Betrachtung verhält sich dies dann anders, wenn gerade die Rücksicht auf Sicherung es ist, die zur Abstandnahme von Bestrafung führt (vgl. besonders Entwurf § 132: „Hält das Gericht Erziehungsmaßregeln für ausreichend, so hat es diese anzuordnen und von Strafe abzusehen“). Sachlich mag man darüber streiten, ob da, wo sich die staatliche Vergeltungsaufgabe und die staatliche Präventionsaufgabe kreuzen, jene oder diese zu weichen hat — ich selber stehe nicht an, der Sicherungsaufgabe den höheren Rang zuzuerkennen —; aber methodisch tritt gerade in diesen Fällen die Grundverschiedenheit der Strafe und der Sicherung aufs schärfste heraus, wenn man, wie dies der Entwurf tut, die die Strafe verdrängende Maßregel eben als Nichtstrafe kennzeichnet⁶⁶⁾. Auch in dieser Hinsicht hat der Entwurf die moderne Richtung im Stiche gelassen; denn deren Bemühen war ja bekanntlich besonders bei Jugendlichen die völlige Verdrängung der Vergeltung durch „Sicherungsstrafe“.

Kann nach alledem kein Zweifel sein, daß der Entwurf dem Sicherungsgedanken mit voller Grundsätzlichkeit das Heimatsrecht im Strafrecht versagt, um ihm sein eigenes Haus zu bauen, so hat sich doch an einer Stelle ein offensichtlicher Lapsus eingeschlichen.

⁶⁶⁾ Zu beanstanden wäre in § 132 nur die Wendung „Hält das Gericht . . . für ausreichend“; das ist gedankenleer, denn „ausreichend“ ist ein Wort, das auf das Mittel zu einem Zweck hindeutet, und bedarf der Ergänzung — wofür ausreichend? Die Lücke ist indessen leicht sinngemäß auszufüllen: Sind Erziehungsmaßregeln dafür ausreichend, um dem Jugendlichen die Staatsautorität zu Gemüte zu führen, was sonst der Zweck der Strafe ist, so kann die Vergeltung auf sich beruhen bleiben.

Der § 120 verordnet, daß der mehrfach Rückfällige mit schwererer Strafe belegt werden soll, „wenn aus der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten hervorgeht, daß er ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger, für die Rechtssicherheit gefährlicher Verbrecher ist“. Aliquando dormit bonus Homerus! Da ist zuvor mit aller Entschiedenheit klargestellt worden, daß die Sicherungsmaßnahmen es sind, die ex professo für den Sicherheitsgefährlichen bereitgestellt werden, und hier auf einmal figuriert die Gefährlichkeit als ein Umstand, der schwerere, als die verdiente Strafe nach sich ziehen soll? Denn wäre eine das gerechte Vergeltungsmaß nicht übersteigende Strafe gemeint, so hätte ja die Motivierung mit Gefährlichkeit keinen Sinn, da jene ja sowieso eintritt. Eine Motivierung, weshalb hier eine Ausnahme gemacht werden soll, fehlt. Eine solche kann auch nicht gegeben werden, denn für dieselben Leute bestimmt der § 100, daß gegen sie neben der Strafe auf Sicherungsverwahrung zu erkennen sei. Weshalb diese nicht sogleich einsetzen soll, der Verbrecher vielmehr erst noch länger als gerecht ist als Sträfling behandelt werden soll, ist unerfindlich. Das bedeutet eine Verleugnung der Gerechtigkeit, ohne daß damit dem Sicherungsgedanken irgendwie gedient wäre⁶⁷⁾.

2. Nichtstrafrecht im Entwurf.

Die systematische Gliederung des Rechts ist Sache der Rechtswissenschaft. Mag die Gesetzgebung in ein Gesetzbuch noch so viel systematisch Nichtzusammengehöriges hineingestopft haben, oder mag sie den systematisch einheitlichen Stoff durch auseinanderliegende, insbesondere zeitlich geschiedene Gesetze geregelt haben, — die Wissenschaft überwindet die Systemlosigkeit der Gesetzgebung. Aber so richtig dies ist, so sehr erleichtert doch die Gesetzgebung der Wissenschaft und mit ihr der Praxis die Aufgabe eines klaren planmäßigen Überblicks über den Rechtsstoff, wenn schon sie systematisch vorarbeitet. Treffend sagt Mohl⁶⁸⁾: „Die erste Bedingung einer guten Ordnung ist, daß ein Gesetz sich nur mit einem Gegenstande beschäftigt. Solches erleichtert gar sehr den

⁶⁷⁾ Eine noch stärkere Entgleisung stellt der mit 45 gegen 31 Stimmen gefaßte Beschluß des Bamberger Juristentages dar: „gegenüber vielfach rückfälligen, gemeingefährlichen Verbrechern unbestimmte Strafurteile in Erwägung zu ziehen“ (Vgl. Rosenfeld, DStrRZ. 8 271). Was — mit Recht — dabei angestrebt ist, das ist lediglich die Ermöglichung einer Festhaltung dieser Verbrecher auf so lange als es im Interesse der Sicherheit erforderlich erscheint ohne zuvorige urteilsmäßige Fristsetzung. Das bedeutet eine sichernde Maßnahme und hat mit dem „Strafurteil“ nichts zu tun.

⁶⁸⁾ Staatsrecht, Völkerrecht und Politik 2 446 (in seiner Abhandlung über „Die Abfassung der Rechtsgesetze“).

Gebrauch, bewahrt vor Verirrung in den Grundsätzen und verhütet Nichtbeachtung, welche leicht eine an unvermutetem Orte befindliche Vorschrift trifft.“ Danach sollte ein Strafgesetzbuch — auch schon im Entwurf — eben ein Strafgesetzbuch und nichts weiteres sein. Demgegenüber enthält unser Entwurf eine stattliche Anzahl von Paragraphen, die — im Sinne der Verbrechensprophylaxe — in das Verwaltungsrecht übergreifen, und eine weitere Reihe solcher, die in das strafprozessualische Gebiet hineinfallen. Das ohne weiteres zu mißbilligen, wäre natürlich Pedanterie. Immerhin ist eine Reinhaltung eines Gesetzbuchs von heterogenen Bestandteilen etwas so Zweckmäßiges, daß ein Abgehen von dieser Regel besonderer Rechtfertigung bedarf. Wer dafür eintritt, daß Dinge, die mit der Strafbarkeit und ihren Voraussetzungen nichts zu tun haben, just im Strafgesetzbuch geregelt werden, trägt die Beweislast dafür, wieso dies praktischer sei als die gesonderte gesetzliche Regelung.

I. Was die Miterledigung der Sicherungsmaßregeln anlangt, so bedeutet es einen unverkennbaren Vorzug, wenn der Strafrichter, dem ja die Verhängung dieser Maßregeln zgedacht ist, ein einheitliches Gesetzbuch in der Hand hat, das die Normen für Strafe und für Sicherung enthält. Demgegenüber mag es auch unwesentlich sein, daß sich vom Standpunkte derjenigen Verwaltungsbehörden, die nur mit den Sicherungsmaßregeln zu schaffen haben, das Strafgesetzbuch einen unnötigen Ballast bedeutet. Auch das wird man ruhig hingehen lassen können, daß sich das Gesetzbuch mit einer *denominatio a potiori* oder einer *pars pro toto* „Strafgesetzbuch“ nennen soll — obwohl ich nicht wüßte, weshalb nicht auch die Überschrift „Straf- und Sicherungsgesetzbuch“ angängig sein sollte.

Was aber bei einer Unterbringung der beiden Rechtsteile unter einem Dache sorgfältig vermieden werden sollte, das ist die Durcheinandermengung der strafrechtlichen und der sicherungsrechtlichen Parteien. In dieser Hinsicht ist es mit dem Entwurf übel bestellt. Offenbar ist die Selbsttäuschung, als huldige der Entwurf einer Strafvereinigungstheorie, so mächtig gewesen, daß man trotz aller innerlichen Auseinanderlegung von Strafe und sichernden Maßnahmen äußerlich beide sorglos im Durcheinander stehen ließ. Wer das Bedürfnis hat — und das ist ein hervorragendes praktisches Bedürfnis — einesteils das ganze Strafrecht geschlossen und anderenteils ebenso geschlossen das neue Sicherungsrecht zu überblicken, kommt nicht auf seine Rechnung; er muß sich erst mühsam die *disjecta membra* zusammensuchen. Und dabei ist das systematisch Gebotene zugleich das technisch Einfachste: man zerlege das ganze Gesetzbuch in ein erstes Buch: das Strafgesetzbuch, und füge ihm als zweites Buch die Normen über Verbrechensprävention an.

Bei solchem Verfahren würden auch eine Anzahl von methodischen Mängeln sichtbar geworden sein, an denen die dem Sicherungsrecht gewidmeten Teile des Entwurfs leiden. Es ist begreiflich, daß es bei der Neuheit der Aufgabe nicht sogleich geglückt ist, volle Klarheit zu erzielen. Aber die Unklarheiten des Entwurfs sind tief- und weitgreifend, und die Gesetzgebung wird in ihrem weiteren Fortschreiten notwendig auf deren Ausmerzung bedacht sein müssen. Ein Symptom für diese methodische Unfertigkeit ist die Zerfahrenheit der Terminologie. Der Entwurf läßt die Maßregeln, von denen er spricht, in 3 Abschnitten aufmarschieren:

9. Abschnitt: „Strafen.“

11. Abschnitt: „Nebenstrafen und Nebenfolgen.“

12. Abschnitt: „Maßregeln der Besserung und Sicherung.“

Danach zerfielen sie also in 5 gleichgeordnete Klassen: 1. Strafen; 2. Nebenstrafen; 3. Nebenfolgen; 4. Besserungsmaßregeln; 5. Sicherungsmaßregeln. Es wird also ein Gegensatz aufgerichtet zwischen Strafen und Nebenstrafen, als ob letztere nicht auch Strafen seien, und nicht vielmehr der 9. Abschnitt „Strafen“ die Gruppen 1. Hauptstrafen; 2. Nebenstrafen in sich aufzunehmen hätte. Es wird weiter ein Gegensatz aufgerichtet zwischen Nebenstrafen und Nebenfolgen, während die Nebenstrafen, solange man das „Neben“ als gegensätzlich zur Hauptstrafe faßt, nur eine Unterart der „Nebenfolgen“ sind, oder, wenn man das „Neben“ als Gegensatz zur Strafe überhaupt faßt, Nebenstrafen und Nebenfolgen überhaupt auseinanderfallen. Es wird weiter verkannt, daß Besserung und Sicherung nicht koordiniert nebeneinander gehören, sondern die Besserungsmaßregeln eine Art der Sicherungsmaßregeln sind; nämlich die durch das spezifische Mittel der Besserung charakterisierte Maßnahme, um die Gesellschaft vor neuen Taten des Individuums sicherzustellen. Ganz unverständlich ist schließlich, wie die Denkschrift (S. 353) die „Erziehungsmaßregeln“ des § 132 wiederum als einen besonderen Begriff behandeln kann, der im Gegensatz zu den bessernden und sichernden Maßnahmen steht.

Schließlich besteht auch zwischen den sichernden Maßnahmen des 12. Abschnitts und den „Nebenfolgen“ doch kein Gegensatz: jene sind doch ebenfalls „Nebenfolgen“; denn sie treten nicht nur in weitem Umfang als zusätzlich mit der Strafe verbunden auf, sondern sie charakterisieren sich auch systematisch als Maßregeln, die das Gesetzbuch außer der Strafe, also „neben“ dem Hauptgegenstand des Gesetzbuchs, erwähnt.

Der innere Grund für diesen terminologischen Wirrwarr ist offenbar der, daß die Verfasser des Entwurfs wegen des Wesens der Urteilsbekanntmachung und der Einziehung in Verlegenheit

waren⁶⁹). Sie fanden für diese Maßregeln, daß sie „Nebenfolgen“ seien, waren mit sich aber über Straf- oder Nichtstrafcharakter nicht im Reinen und überschrieben den 11. Abschnitt, der außerdem noch die Ehrenstrafen und den Schadensersatz erwähnt, kurzerhand „Nebenstrafen und Nebenfolgen“. Für die Einziehung — §§ 83—86 — verrät uns dies die Denkschrift (S. 80) ausdrücklich: „ob die Einziehung im einzelnen Falle als Strafe oder als polizeiliche Maßregel anzusehen sei, bleibt nach wie vor der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.“ Es wird also allen Ernstes angenommen, die Einziehung sei von selber Strafe oder Nichtstrafe, und es sei ein reines Erkenntnisproblem, zu ermitteln, ob sie dies oder jenes sei (noch dazu „im einzelnen Falle“!), und als bleibe dem Gesetzgeber, der hierin nicht klar sehe, nichts übrig, als zu schweigen. Als ob nicht für das derzeit geltende Strafrecht alle Auslegung nur deshalb in Streitfragen hineingeraten wäre, weil der Strafgesetzgeber seine Zielrichtung nicht deutlich kundgegeben hat. Selbstverständlich hängt der Straf- oder Nichtstrafcharakter der Einziehung ausschließlich von der Funktion ab, die ihr der normierende Rechtswille zugedacht hat; sie „ist“, d. h. bedeutet Strafe oder sichernde Maßnahme, je nachdem wozu der Gesetzgeber sie macht. Hier muß notwendig Klarheit geschaffen werden (und zwar nicht für „die einzelnen Fälle“, die ja überhaupt nicht Rechtsregelungsgegenstand sind, sondern entweder einheitlich oder nach Fallgruppen). Das Gleiche gilt für die in § 82 erwähnte Urteilsbekanntmachung, für die sich in der Denkschrift S. 79 eine ganz ungenügende Erörterung findet. Auch hier muß sich der Gesetzgeber darüber klar werden, ob er die Maßregel als Nebenstrafe oder zu welchen Zwecken sonst er sie will; namentlich hat es doch gar keinen Sinn, die alte Streitfrage ins neue Recht hinüberzuschleppen, ob die Bekanntmachung noch nach dem Tode des Verurteilten statthaft ist⁷⁰).

⁶⁹) Vgl. zum folgenden auch Gerland, S. 69.

⁷⁰) Übrigens sollte m. E. erwogen werden, ob nicht die völlige Beseitigung aller „Nebenstrafen“ am Platze wäre. Im Grunde haben sich alle dahin (mit Recht oder Unrecht) gerechneten Maßregeln nur deshalb in das Strafrecht eingeschmuggelt, weil man früher kurzerhand alle nebenher zu treffenden Vorkehrungen ungeprüft als Neben-„Strafe“ ansah. Nun mag es richtig sein, daß man teilweise diesen Vorkehrungen den Charakter eines Übels, das der Betroffene als Übel empfinden soll, beilegen kann, z. B. den Verlust der Ehrenrechte als mit darauf berechnet ansehen kann, daß dem Täter seine Unwürdigkeit zum Bewußtsein gebracht werde, also wirklich eine Ehrenstrafe vorliege. Allein bei näherem Zusehen zeigen sich alle bisherigen Nebenstrafen doch primo loco als auf ganz andere Zwecke berechnet (Reinerhaltung bestimmter Gebiete des öffentlichen oder privaten Lebens von unlauteren Elementen u. dgl.), und deshalb liegt es viel näher, sie als einfache Nebenfolgen ohne Strafcharakter, als Maßregeln, quae rem

So kann es nicht wundernehmen, wenn das neue Vorbeugungsrecht des Entwurfs überhaupt einen gedanklich unfertigen und rechtspolitisch unbefriedigenden Charakter trägt. Man sollte meinen, daß, sobald sich das zielgerechte Denken von der Verquickung der Strafe mit den sichernden Maßnahmen losgerungen hat, letztere nun auch sogleich in ihr volles Recht eingesetzt und von dem begangenen Verbrechen als einer Voraussetzung für sie losgelöst werden müßten. Auch wenn man betont, daß das Individuum selber davor gesichert werden müsse, daß es nicht ins Blaue hinein dem Sicherungszwang unterworfen werde, so ist doch erfahrungsgemäß das begangene Verbrechen nicht das einzig mögliche Symptom für Gefährlichkeit eines Menschen. Wer wollte bestreiten, daß unbeabsichtigter Selbstverrat vor begangener Tat oder Verrat durch abtrünnig gewordene Spießgesellen volles Licht über die unheilvollen Pläne verbreiten können? Daß auch schon eine Vorbereitungshandlung die gleiche Offenbarung geben kann? Und da soll die Staatsgewalt Gewehr bei Fuß stehen bleiben müssen? Tatsächlich läßt aber der Entwurf grundsätzlich das „postquam peccatum est“ als Voraussetzung für Vorbeugungsmaßregeln stehen und schwächt diese Voraussetzung nur zum Teil dahin ab, daß die Tat nicht schuldhaft begangen zu sein brauche. Hier ist gründliche Arbeit vonnöten.

Ganz und gar versagt der Entwurf schließlich hinsichtlich der Eingliederung seiner Sicherungsmaßnahmen in das bestehende Verwaltungsgesetz (Sicherungs-polizei-) Recht. Daß fortan nur noch die im Entwurf aufgeführten Sicherungsmaßnahmen verhängbar sein sollen, ist ja sicher nicht gemeint. Was aber bleibt dann der Polizei? Gewiß soll diese nicht mit dem Strafrichter konkurrieren können, d. h. die ausdrücklich genannten Maßregeln bei Gegebensein der gesetzlichen Voraussetzungen nicht ihrerseits handhaben können. Aber wie, wenn die Angelegenheit wegen Strafbarkeitsmangels schon im nichtgerichtlichen Vorverfahren stecken bleibt? Soll z. B. die in § 88 vorgesehene Verwahrung des Geisteskranken aus-

persequuntur, nicht quae vindictam spirant, zu verordnen. (Ähnliche Erwägungen hinsichtlich der Ehrenstrafen bei Freisler, Ztschr. f. Str.RWiss. 42 441.) Es kommt dazu, daß die Festhaltung des Strafcharakters eigentlich nur Sinn hat, wenn man unterstellt, daß die Tat durch die Hauptstrafe noch nicht genügend geahndet sei, was sich aber schwerlich behaupten läßt. Praktisch würde diese Überführung der Nebenstrafen in nichtkriminelle Nebenfolgen in keiner Weise schädlich sein, im Gegenteil im Hinblick auf das Absorptionsprinzip bei Idealkonkurrenz vorteilhaft sein. — Daß sich die vorstehende Anregung nur gegen die echten Nebenstrafen richtet, also gegen die unselbständigen Strafarten, und nicht gegen die Verbindung mehrerer Hauptstrafen (z. B. Geldstrafe „neben“ Gefängnis), bedarf kaum der Hervorhebung.

geschlossen sein, wenn schon die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt hat, oder soll auch dann ein strafrichterliches Urteil nötig sein, oder soll hier die Verwaltung eingreifen können? Und soll post delictum commissum die Polizei nicht gegebenenfalls andere als die dem Strafrichter vorbehaltenen Sicherungsschritte tun können? Inwieweit soll das Vorbeugungsrecht des Entwurfs hinsichtlich der Abgrenzung vom Reichs- und Landesrecht und hinsichtlich des zeitlichen Herrschaftsbereichs der Gesetze aus dem sonstigen Sicherheitspolizeirecht herausgenommen sein? Solange nicht die neuen Spezialmaßnahmen in ein klares Verhältnis zu dem gesamtem Verwaltungsrecht gesetzt sind, tappt man hier auf Schritt und Tritt im Dunklen.

II. Kann man sich nach dem Vorausgeführten damit abfinden, daß — freilich in reichlich zu klärender Weise — das Vorbeugungsrecht im Strafgesetzbuch miterledigt wird, so gilt es um so mehr, nach anderer Richtung eine Reinigungsprozedur vorzunehmen. Der Entwurf gibt nämlich eine ganze Anzahl rein strafprozeßrechtlicher Bestimmungen, und man wird auf dieses unmethodische Verfahren nur sein Augenmerk zu richten haben, um sofort inne zu werden, daß er dabei nur einen alten Schlendrian fortsetzt, ohne daß auch nur die mindesten praktischen Motive dafür vorlägen, daß vielmehr umgekehrt die Überlassung dieser Bestimmungen an die Strafprozeßordnung einen praktischen Gewinn bedeutet. Es ist an der Zeit, mit der Ineinanderwirrung von „Strafbarkeit“ und „Verfolgbarkeit“ oder „Verfolgung“ aufzuräumen. Wer sähe nicht, daß zwei scharf getrennte Regelungsgegenstände in Frage stehen? Der eine ist das Strafleiden mit seinen Voraussetzungen, unter denen es dem Individuum als Rechtsfolge seines Verhaltens zudedacht wird. Der andere ist die Tätigkeit der Strafjustiz mit den Voraussetzungen, unter denen sie stattzufinden hat. Natürlich steht nicht a priori fest, welche Umstände die Strafbarkeit selber, und welche nur das Verfahren bedingen; das normiert erst die Rechtsordnung. Aber jedenfalls hat sich der Gesetzgeber darüber klar zu sein, ob er einen bestimmten Umstand so einschätzt, daß ohne ihn keine Strafe verwirkt sein soll (im Prozeß also Freisprechung zu erfolgen hat), oder ob er durch ihn lediglich die Verfolgung bedingt sein lassen will, so daß bei seinem Fehlen der Prozeß zur rein formalen Erledigung gelangen muß, und andererseits außerhalb des Prozesses (im Strafprozeß gegen einen anderen Beschuldigten, in einem Zivilprozeß, im privaten Leben) die vorhandene Strafbarkeit unverkürzt zur Geltung kommt. Alle Umstände, die im letzteren Sinne gemeint sind, gehören in die Strafprozeßordnung und nicht ins Strafgesetzbuch. Erst recht fallen aus

letzterem alle Vorschriften heraus, die das quomodo der Prozedur betreffen. Für die Einfügung von Strafprozeßsplintern in das StGB. kann vom praktischen Standpunkte aus sicher nicht das Geringste geltend gemacht werden; umgekehrt gestaltet sich die Handhabung der Strafprozeßordnung bei solchen Verfahren lästig, weil sie dann in ihrer Lückenhaftigkeit ein mangelhaftes Bild gibt und den *leges fugitivae*, die an falschem Platze stehen, nachzujagen nötigt.

Der Entwurf hat auf die erforderliche Sonderung so wenig Bedacht genommen, daß er „Verfolgung“ und „Strafbarkeit“ geradezu für Synonima erachtet. Das erhellt schon z. B. aus § 1 ff., wo das „Gelten der Strafgesetze“ für Inlandstaten und die „Verfolgung“ der Auslandstaten einander so gegenübergestellt werden, als handle es sich um einen identischen Regelungsgesichtspunkt. Gewiß ist das ja nur die alte Sünde, die auch das geltende Strafgesetzbuch begeht. Aber es ist doch nur zweierlei möglich: entweder soll im Sinne des Gesetzgebers die Strafbarkeit vom Tatort unabhängig, dessen Inlands- oder Auslandscharakter vielmehr nur für die Verfolgbarkeit maßgebend sein, und dann gehören diese Bestimmungen in die StPO. und es muß bei Fehlen der betr. Voraussetzungen zur Einstellung des Verfahrens kommen; oder es soll sich wirklich um „internationales Strafrecht“ handeln, die Auslandstat also straflos sein, und dann darf nicht gesagt werden, daß die Verfolgbarkeit in Frage stehe. Wie wenig Beachtung die logisch gebotene und dabei so einfache Scheidung zwischen Strafrecht und Strafprozeß gefunden hat, dafür ist auch eine Stelle der Denkschrift bezeichnend. Hier heißt es auf S. 21: „In einzelnen Fällen ist die Verfolgung einer Straftat an Tatsachen geknüpft, die außerhalb der Schuld des Täters liegen (gemeint ist: auf die sich im Sinne der Schuld die Vorstellung des Täters bzw. die Möglichkeit einer solchen nicht bezogen zu haben braucht), wie die Verfolgung des Ehebetrugs an die Nichtigkeitserklärung, die Verfolgung des Ehebruchs an die Scheidung der Ehe (§§ 338, 339).“ Also im allgemeinen sollen die Bedingungen der Strafverfolgung für die Schuld bedeutsam sein, es also zum *dolus* gehören, daß der Täter ihr Vorliegen gekannt haben muß, zur Fahrlässigkeit, daß er sie sich hätte vorstellen können, und nur „in einzelnen Fällen“ soll dies anders sein? Dann entbehrte also der Täter des *dolus*, der sich z. B. irrtümlich für gerichtsfrei gehalten oder der bestimmt angenommen hatte, eine Klage — die ja eine Bedingung der gerichtlichen Verfolgung ist — werde unterbleiben. In Wahrheit spielen die Verfolgungsbedingungen natürlich für die Strafbarkeit gar keine Rolle; sie brauchen nicht einmal objektiv vorzuliegen, damit Strafbarkeit gegeben sei, geschweige denn, daß jemand auf den Gedanken

kommen könnte, daß ihre Kenntnis oder Nichtkenntnis für die Feststellung der Schuld in Betracht käme. Soweit es sich um die Ehenichtigkeitsklärung bei Ehebetrug, die Ehescheidung bei Ehebruch handelt, steht es dem Gesetzgeber frei, sie zu Bedingungen der Strafbarkeit (und dabei wieder zu Elementen des gesetzlichen Tatbestands oder zu objektiven Bedingungen der Strafbarkeit) oder aber zu solchen der Verfolgbarkeit zu machen; aber er muß jedenfalls die Bedeutung seiner Entscheidung richtig erfassen ⁷¹⁾).

Aus dem Entwurf werden im Sinne dieser Auseinanderlegung von Strafprozeßrecht und Strafrecht eine ganze Reihe von Bestimmungen auszumerzen sein.

1. Aus den Bestimmungen, die das „internationale Strafrecht“ angehen, werden zwar diejenigen, die die Bedeutung der Auslandstat und der Ausländertat festlegen, vermutlich als echte strafrechtliche gedacht sein, so daß hier vielmehr die von „Verfolgung“ redende Ausdrucksweise durch „Strafbarkeit“ zu ersetzen wäre. Würden doch auch, wenn schon die Verfolgbarkeit durch den Inlandscharakter des Tatorts usw. bedingt sein sollte, in jedem Verfahren vor den Ermittlungen über die Tat selber deren internationale Beziehungen festzustellen sein, weil die Prüfung der Zulässigkeit der Prozedur für sachliche Prüfung bedingend ist. Dagegen gehört die Bestimmung, daß bei Auslandsdelikten die Verfolgung nur stattfinden „kann“, in engstem Verbands zu der prozeßrechtlichen Festlegung des Legalitätsprinzips als eine Durchbrechung dieses Prinzips. Ferner sind auch § 3 Ziffer 1 und 3, § 80, die wirklich nur von Prozeßzulässigkeit sprechen, in die StPO. hinüberzunehmen.

2. Rein prozessual ist auch die Bestimmung des § 86 über Zulässigkeit eines objektiven Verfahrens.

3. Das Gleiche gilt für § 141 (Vermögensbeschlagnahme bei Hochverratsuntersuchungen).

4. Verkapttes Strafprozeßrecht bietet § 87, wenn er eine Adhäsion für Schadensersatzansprüche zuläßt; mit dem materiellen Strafrecht hat diese Bestimmung schlechterdings nichts zu tun ⁷²⁾).

5. Reine Vollstreckungsfragen regeln die §§ 56 II und 57, insofern sie sich auf Fristsetzung, Teilzahlung und Beitreibung bei Geldstrafen beziehen, somit nicht eine vom Richter im Urteil zu

⁷¹⁾ Vgl. hierzu auch meine Ausführungen in Ztschr. f. StrRWiss. 39 662—664.

⁷²⁾ Es ist bezeichnend, daß sich auch der Entwurf des Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen (§ 404) der Regelung dieser Materie angenommen hat. Daß die beiden Entwürfe inhaltlich nicht miteinander übereinstimmen, zeigt, wohin man kommt, wenn man nicht die Frage der systematischen Einstellung vorab klärt.

beachtende Art und Weise oder Bedingung der Strafbarkeit betreffen, sondern hinter dem Urteil zur Geltung kommen.

6. Auch bei der Vollstreckungsverjährung (Entwurf § 125) wird man sich fortan der Erkenntnis nicht entziehen dürfen, daß sie ein strafprozessuales Institut ist; sagt doch der Entwurf selber: „Die Vollstreckbarkeit . . . erlischt . . .“ — also eben nicht die Strafbarkeit selber, sondern die Zulässigkeit staatlicher Tätigkeit⁷³).

Hinsichtlich der sog. Verfolgungsverjährung ist erfreulich, daß der Entwurf die für das geltende Recht bestehende Streitfrage abschneidet, ob sie nur die Verfolgbarkeit beende oder (was m. E. das Richtige ist) ein Strafaufhebungsgrund sei. Und zwar entscheidet er sich im letzteren Sinne. Der Text des § 121 lautet: „Die Strafbarkeit einer Tat⁷⁴) . . . erlischt“, und die Denkschrift S. 108 erweist, daß hier die Verfasser des Entwurfs die Verschiedenheit von Verfolgbarkeit und Strafbarkeit klar vor Augen hatten. Von diesem Standpunkte aus gehört natürlich die Regelung dieser Verjährungsart in das StGB.; ihr hergebrachter Name wird in Zukunft mit der Bezeichnung „Strafbarkeitsverjährung“ zu vertauschen sein. Dagegen wären die §§ 125—128 des Entwurfs auszuscheiden und der StPO. zu überweisen.

7. Der Abschnitt über den Strafantrag (§§ 38 ff.) wäre sachgemäß in das StGB. einzustellen, wenn der Gesetzgeber davon ausgehe, daß der Antrag eine Bedingung der Strafbarkeit sei, daß also die Tat strafrechtlich überhaupt unbeachtlich sei, solange nicht der Verletzte usw. seinen Antrag gestellt habe, und folgeweise bei Fehlen des Antrags freizusprechen wäre. Es steht natürlich ganz beim Gesetzgeber, dem Strafantrag diese Bedeutung zu verleihen. Aber da das Strafgesetz das Ob und Wie der Strafbarkeit nach dem Tatwert bestimmt, dieser aber schwerlich verschieden ist, je nachdem ob mehr oder weniger zufällig ein Strafantrag nachfolgendes gestellt oder nicht gestellt wird, und man allenfalls nur für sinngemäß befinden würde, daß eine nachfolgende Verzeihungserklärung (gerichtliche oder außergerichtliche) als Strafaufhebungsgrund auf-

⁷³) Gerland, Krit. Bemerkungen zum allgem. T. des Entw., S. 107 meint, daß auch die Vollstreckungsverjährung primo loco die Strafbarkeit und erst infolgedessen auch die Vollstreckbarkeit beseitige. Aber die Vollstreckungsverjährung greift doch auch dann Platz, wenn Strafbarkeit überhaupt nicht bestand (Verurteilung eines Unschuldigen). Und umgekehrt: die bestehende Strafbarkeit der Tat wird durch die Vollstreckungsverjährung nicht berührt, was sich praktisch darin zeigt, daß immer noch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Behufe der Bestrafung aus einem härteren Strafgesetz möglich ist; die Vollstreckungsverjährung verhindert eben nur die Vollstreckung des tatsächlich ergangenen Urteils.

⁷⁴) Es würde besser heißen: „eines strafbar Gewordenen.“

genommen würde, so liegt jedenfalls die prozessuale Auffassung viel näher. Sie entspricht ja auch der durchaus herrschenden Lehre für das geltende Recht. Der Entwurf hat sichtlich keine gegenteilige Willensmeinung (wobei man gar kein Gewicht darauf zu legen braucht, daß in § 39 IV und in Denkschrift S. 49 die „Verfolgung“ als dasjenige erscheint, was von der Antragstellung abhängig ist). Ist dem so, so sind die Bestimmungen über die antragsberechtigten Persönlichkeiten, über die Antragsfrist, über Wirksamkeit der Zurücknahme usw. in die StPO. einzustellen, wohin die Bestimmung über die Antragsform ja schon den Weg gefunden hat (StPO. 156 II). Für den heutigen die Strafantragsregelung zerreißenen Zustand der Gesetzgebung wird sich gewiß kein Wortführer melden.

Erörterungsfähig wäre nur, ob im Besonderen Teil die einzelnen Verbrechenarten, die zu Antragsdelikten erklärt werden sollen, durch die jedesmalige Wendung „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein“ kenntlich gemacht werden sollen. Aber es besteht sicher ein praktisches Bedürfnis nach einer gesetzlichen Zusammenstellung des Katalogs der Antragsdelikte, und diese gehört an die *sedes materiae*. Gewiß soll nicht verkannt werden, daß die Benutzung des StGB. praktisch erleichtert wird, wenn bei jedem Paragraphen des Besonderen Teils hervortritt, ob es sich um ein Antragsdelikt handelt. Aber genau das gleiche Bedürfnis besteht z. B. für die Frage, welche Kategorie von Gerichten sachlich zuständig ist; und doch hat der Gesetzgeber lediglich im GVG. die zusammenfassende Zusammenstellung geboten und nicht das StGB. mit Einzelnotizen belastet. Entsprechendes gilt für die Frage, ob das Delikt privatklagefähig ist. Wenn die Praxis mit diesem Verfahren gut ausgekommen ist, so wird das Gleiche gelten, wenn fortan das Strafgesetzbuch auch hinsichtlich der Notiz, daß ein Antragsdelikt vorliege, bereinigt wird. Es genügt für das praktische Bedürfnis ja vollkommen, wenn die privaten Textausgaben des StGB. (und die Kommentare) genau wie sie dies hinsichtlich der Zuständigkeit getan haben, so auch hinsichtlich des Charakters als Antragsdelikt die erforderlichen Randbemerkungen dazu drucken lassen.

8. Nur angedeutet sei, daß auch das intertemporale Strafrecht (Entw. § 6) nicht in ein StGB., sondern in die StPO. gehört: es regelt nicht das Ob, die Art und die Voraussetzungen des Strafleidens, das jemanden treffen soll, sondern dient ausschließlich der Lösung der rein strafprozeßrechtlichen Frage, welches materielle Recht als Textbuch für die Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden soll.

3. Zwei Arten Strafrecht?

Mit unverkennbarer Genugtuung bucht die Denkschrift es als einen Fortschritt, daß der Entwurf die Scheidung des eigentlichen Strafrechts (für „kriminelles Unrecht“) und des „Polizeistrafrechts“ vollzogen habe. Die Grenzen zwischen beiden, meint Bumke a. O., seien im heutigen Recht verwischt, schädliche Wirkungen seien nicht ausgeblieben. Der Entwurf ist deshalb zerlegt in ein Verbrechen- und Vergehens-Gesetzbuch einesteils, und ein besonderes Übertretungsgesetzbuch anderenteils, das letztere als „Polizeistrafrechts“-Regelung aufgefaßt.

Die systematische Ausgliederung eines „Polizeistrafrechts“ ist nun entweder als eine sachlich-grundsätzliche oder als eine nur technische denkbar.

Sachlich ist wiederum zweierlei denkbar:

1. Entweder empfindet der Gesetzgeber das Bedürfnis, neben die „Strafe“ eine einigermaßen ähnliche Maßregel, die doch andersartigen Sinn als jene hat, zu stellen, etwa eine solche, die nicht oder nicht notwendig als Übel für die Betroffenen erscheint, oder die nicht als verdientes Übel gedacht ist, so daß entweder gar kein rechtswidriges Verhalten als Voraussetzung vorzuliegen braucht, oder wenigstens vom Verschulden des Täters abgesehen wird, wobei dann auch die Bindung dieser Maßregel an „gesetzliche Tatbestände“ entfallen könnte. Bei klarem Denken müßte sich der Gesetzgeber dann natürlich Rechenschaft darüber ablegen, welchen Sinn dann diese Maßregel haben soll, und nicht nur vermeiden, die „Technik des Strafrechts“ auf dieses „Strafrecht ohne Kriminalrecht“⁷⁵⁾ zu übertragen, sondern auch die irreführende Bezeichnung als „Polizeistrafe“ und „Polizeistrafrecht“ überhaupt vermeiden. Es würde sich um eine gesetzgeberische Aufgabe sui generis handeln.

2. Oder dem Gesetzgeber steht eine besondere Gruppe von Verhaltensweisen in ihrer Eigenschaft als regelrecht strafbaren Handlungen derart vor der Seele, daß ihre Eigenart wertlich eine qualitativ gesonderte Behandlung innerhalb des Strafrechts herausfordert. Es könnten etwa die Handlungen „reinen Ungehorsams“ im Gegensatz zu den Verletzungs- und den Gefährdungsdelikten abge sondert werden; oder die Gruppe der gegen Polizeiiinteressen oder Polizeianordnungen anlaufenden Handlungen; oder es könnte die Schnittlinie so gelegt werden, daß das zwar rechtswidrige und mit Rechtsschuld belastete, aber doch moralisch einwandfreie Verhalten dem auch sittlich üblen Verhalten gegenübergestellt würde.

⁷⁵⁾ Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 131/2.

Nichts von alledem ist es, was den „Übertretungs“-Abschnitt des Entwurfs charakterisiert. Die Strafe für Übertretungen ist qualitativ Strafe wie andere auch. Davon, daß die Übertretungen spezifische Richtung gegen die Polizei hätten, kann entfernt keine Rede sein; ebensowenig von einer Identifizierung der Übertretungen mit dem „bloßen Ungehorsam“⁷⁶⁾. Eine Verbriefung für den Täter einer Übertretung endlich, daß er nicht unmoralisch gehandelt habe, und als Gegenstück dazu die Festnagelung der Verbrechen- und Vergehenstäter auf Unmoralität, mag zwar den Verfassern des Entwurfs vorgeschwebt haben (wie überhaupt den Befürwortern der Absonderung eines „Polizeistrafrechts“); aber offenbar können Übertretungen des Entwurfs sehr unmoralisch sein (sollte nicht z. B., wer Hunde auf Menschen hetzt, sogar gewöhnlich der Rücksichtnahme auf andere ermangeln, die das Sittengesetz verlangt?!), und umgekehrt verbindet sich mit dem Charakter einer Tat als Verbrechen oder Vergehen nach dem Entwurf nicht notwendig ein moralisches Mißwerturteil, zumindest insoweit nicht, als für sie die Möglichkeit „nicht ehrloser Gesinnung“ anerkannt und nur eine custodia honesta bereitgestellt wird. Es leuchtet ja auch ein, daß die Einteilung der Handlungen als moralisch gut oder böse überhaupt nicht nach figürlichen Gruppen vorgenommen werden kann. Will der Gesetzgeber ernsthaft und nicht bloß zum Schein das moralische Moment als Einteilungsprinzip verwenden, so kann er dies nur im Bereiche der Verbrechenfälle, nicht der begrifflichen Verbrechenarten. Übertretungen wären dann diejenigen Fälle, die, einerlei um welchen gesetzlichen Tatbestand es sich handelt, kein mißbilligendes moralisches Urteil gegen sich haben. So aber verfährt der Entwurf eben nicht; und daß er sich die Übertretungen als ihrer großen Masse nach meist nicht unmoralisch vorstellt, läßt, ganz abgesehen davon, daß dies sehr fragwürdig ist, jedenfalls die Wahrheit ganz unberührt, daß auch in seinem eigenen Sinne die Übertretungen eben begrifflich nicht mit dem moralisch untadelhaften Verhalten identisch sind.

Die Denkschrift behauptet demgegenüber (S. 350), daß „das innere Wesen der Handlung“ unterscheidend sei; aber sie verrät nicht, was damit gemeint sein soll⁷⁷⁾. Im Gegenteil: Alle weiteren

⁷⁶⁾ Der Entwurf kennt Übertretungen mit Verletzungs- und Gefährdungscharakter, vgl. z. B. §§ 425¹, 433 usw., und reinen Ungehorsam im Bereiche der Vergehen, vgl. z. B. §§ 199, 200, 201, 250, 299, 401.

⁷⁷⁾ Gegen die „innerliche“ Abschichtung zutreffend v. Hippel Ztschr. f. Str.RW. 42 410. Auch die Denkschrift zum italienischen Vorentwurf (1921) räumt S. 5 (182) ein, daß sich das Polizeistrafrecht nicht „materiell“ unterscheide. Lobe Dtsch. Richterzeitung 1921 S. 99 behauptet,

Erörterungen der Denkschrift (S. 8, 9, 349) kommen darauf hinaus, daß unter der Bezeichnung als Polizeidelikte einfach „die leichtesten Verstöße“ herausgegriffen werden⁷⁸⁾. Es handelt sich um einen rein quantitativen Unterschied⁷⁹⁾. Tatsächlich zeigt auch der § 402 des Entwurfs, daß es sich einfach um eine zusammenfassende Namengebung für die nur mit Geldstrafe bedrohten Handlungen handelt, also um einen Unterschied, der nicht bei der sachlichen Wertung der menschlichen Verhaltensweisen eine Rolle spielt, sondern nach Vollziehung der Einzelwertungen zu technischen Zwecken ein Gruppenetikett aufklebt — etwa wie wenn für die mit Zuchthaus bedrohten Straftaten die Bezeichnung „Frevel“ geprägt würde.

Ist dem so, so ist aber die Haltung des Entwurfs nach verschiedenen Richtungen hin unverständlich.

Geradezu in Widerspruch mit sich selbst tritt der Entwurf, wenn er in § 407 den Grundsatz proklamiert, daß die Strafdrohung bei Übertretungen auch die Fahrlässigkeit mit ergreife, soweit nicht das Gegenteil verordnet sei. Zugegeben, daß bei der Frage, bei welchen Tatbeständen die Fahrlässigkeit strafbar sein solle, verschiedene Gesichtspunkte zu Worte kommen können: soviel ist jedenfalls sicher, daß der Grundsatz nicht lauten kann: je leichter die Verfehlung, um so notwendiger die Erstreckung der Strafbarkeit auf Fahrlässigkeit. Damit werden die Erwägungen im Sinne der Zwecklogik auf den Kopf gestellt⁸⁰⁾. Umgekehrt: je schwerer eine

eine „innerliche Scheidung“, vermag aber deren Kriterien nicht aufzuzeigen. Die von ihm hervorgehobene besondere Eignung der Polizeidelikte zur Verwendung von Blankettstrafgesetzen ist nur ein technischer Unterschied und zur begrifflichen Charakterisierung um so weniger geeignet, als Blankettstrafgesetze natürlich auch für Nichtpolizeidelikte denkbar sind.

⁷⁸⁾ Nichts anderes läßt sich auch denken bei dem Satze (Denkschrift S. 8), daß diese Handlungen „dem allgemeinen Rechtsgefühl nur als Ordnungswidrigkeiten erscheinen“. „Ordnungswidrig“ ist im Sinne des Rechts natürlich alles, was der Rechtsordnung widerstrebt, also alle rechtswidrigen Handlungen. Spricht man von „bloßer“ Ordnungswidrigkeit, so käme es darauf an, zu zeigen, was diese „bloß ordnungswidrigen“ nicht sind. Für das heutige Recht ist nun „Ordnungswidrigkeit“ dasjenige, was eine „bloße Ordnungsstrafe“ auslöst, und es ist bekanntlich nicht gelungen, an der Hand des positivrechtlichen Materials einen anderen Gesichtspunkt ausfindig zu machen, als den der quantitativen Geringfügigkeit. Eben das würde auch hinter der verdeckenden Bezeichnung als „bloße Ordnungswidrigkeit“ für die Polizeidelikte des Entwurfs zum Vorschein kommen. Übrigens würden dabei die Begriffe der Übertretungsstrafe und der „Ordnungsstrafe“ in Eins verschwimmen.

⁷⁹⁾ So auch Gerland Krit. Bemerkungen S. 112; Wachenfeld, Arch. f. RPhilos. 15 74.

⁸⁰⁾ Gegen die „Gedankenlosigkeit“ des § 407 auch v. Hippel Ztschr. f. StrRW. 42 427.

Verfehlung, um so mehr verlegt sich der Schwerpunkt des Nachdenkens in die Frage, ob besondere Gründe dafür sprechen, daß sie trotz ihrer Schwere bei Fahrlässigkeit nicht strafbar sein soll; je leichter, um so mehr bedarf es besonderer Gründe, derenthalten sie trotz ihrer geringen Bedeutung auch bei Fahrlässigkeit strafbar sein soll!

Wenn die Übertretungen nur einfach die leichteste Art Delikte sind, so ist ferner nicht abzusehen, wie dieser ihrer Charakter Sicherungs- und Besserungsmaßregeln ausschließen soll, was § 413 bestimmt. Der Entwurf scheint anzunehmen, daß man sich von dem Täter einer Übertretung allenfalls nur neuer „Übertretungen“ zu versehen habe, und es sich nicht lohne, solchen mit dem Präventionsapparat vorzubauen. Aber die Verübung einer Übertretung kann offenbaren, daß der Täter für später viel Ärgeres im Schilde führt, zumal die beharrlich wiederholte Verübung von Übertretungen kann darauf hinweisen, daß er sich sozusagen erst einmal im Kleinen übt. Es ist unklug, die Möglichkeit prävenierenden Zugriffs hier abzuschneiden.

Auch das will nicht einleuchten, weshalb der Entwurf sein sehr richtiges Prinzip, Gewinnsucht als qualifizierend wirken zu lassen (Geldstrafe dieserhalb als zweite Hauptstrafe bzw. erhöhte Geldstrafe) nicht für Übertretungen durchführt (§§ 55, 409). Daß die Übertretungen im Vergleich zu den Verbrechen und Vergehen leichter sind, hindert doch nicht, bei jeder Übertretung die einzelnen Fälle unter sich zu vergleichen und sie je nach Vorhandensein oder Fehlen von Gewinnsucht in Gruppen zu zerlegen, um danach, also nach der Schwere des Schuld moments, die Strafdrohungen zu stufen. Und ist die Beantwortung täterischer Gewinnsucht mit besonderer Geldstrafdrohung kriminalpolitisch als besonders geeignet befunden worden, so sollten Übertretungen nicht privilegiert werden. Gegen Überspannung würde die ja auch in § 55 vorgesehene Fakultativität Schutz gewähren. (Beispiel: jemand hat im Sinne des § 425 das Publikum belästigt, um eine auf Geld gerichtete Wette zu gewinnen.)

In jedem Falle schließlich sinkt die angebliche Eigenart des „Polizeistrafrechts“ derart in sich zusammen, daß nur einige die quantitative Seite betreffende Besonderheiten übrig bleiben. Dieserhalb aber den „Allgemeinen Teil“ des Strafrechts in zweie aufzuteilen, einen für Verbrechen und Vergehen und einen für Übertretungen, hat nicht Hand und Fuß⁸¹⁾. Dies Verfahren muß irreführend wirken und verrät seine Zweckwidrigkeit auch dadurch, daß schließlich die äußerlich vollzogene Trennung innerlich widerrufen

⁸¹⁾ Ebenso Gerland a. O. 113; Wachenfeld a. O. 75.

wird (§ 405: „Für Übertretungen gelten die im Allgemeinen Teil des Ersten Buchs für Verbrechen und Vergehen getroffenen Vorschriften“ mit etlichen Ausnahmen.) Sehr zur Vereinfachung würde es auch beitragen, wenn man die Worte „Polizeistrafrecht“ usw. nicht mehr in den Mund nähme. Zu dem Übertretungsabschnitt des Entwurfs paßt diese Bezeichnung gewiß nicht. Wieso sollen auf einmal die nur mit Geldstrafe bedrohten Delikte „Polizei“-Delikte, wieso soll die Geldstrafe „Polizei“-Strafe sein? Was in aller Welt hat die Polizei damit zu tun?

4. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat nach dem Entwurf.

I. Daß ein Mensch nur für rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten strafbar sein solle, ist für die Verfasser des Entwurfs kein Problem gewesen⁸²⁾. Aber auch insofern bewegt sich ihr wertendes Denken ganz in den Bahnen des Gegenwartstrafrechts, als sie nicht allem, wäre es noch so schuldhaftem, rechtswidrigem Verhalten, Strafe zugedacht, sondern die Strafbarkeit auf die in den Einzelstrafgesetzen hervortretenden Verhaltensfiguren: die g e s e t z l i c h e n T a t b e s t ä n d e beschränkt haben. Auch für den Entwurf gilt, daß die strafbare Handlung in einen Summenbegriff ausläuft⁸³⁾. Die Denkschrift hebt diesen Punkt auch als einen besonders wichtigen hervor; sie betont (S. 9), daß Gründe der Strafrechtssicherheit dieses System erfordern: es sei das kleinere Übel, wenn einmal ein strafwürdiges Verhalten straflos ausgehe; und in besonderer Anwendung des Grundgedankens stößt (Denkschrift S. 362) der Entwurf den Grobunfugsparagraphen aus, weil sein Tatbestand die für einen strafrechtlichen Tatbestand erforderliche Bestimmtheit vermissen lasse.

Damit sind auch für den Entwurf gewisse methodische Konsequenzen gegeben, die nicht außer Acht bleiben dürfen, will anders man nicht bei Unklarheiten und Unstimmigkeiten landen. Der Gesetzgeber darf fortan vor allem nicht vergessen, daß er durch Abstellung auf Einzelstrafgesetze und damit auf die gesetzlichen Tatbestände unausweichlich dem Begriff der strafbaren Handlung über deren Merkmale als eines „rechtswidrigen schuldhaften Verhaltens“ hinaus eine wesentliche differentia specifica, und zwar in doppeltem Betracht, hinzugefügt hat.

Erstlich hat er alles Unrecht, das nicht zugleich irgend einer der tatbestandlichen Figuren entspricht, straflos gestellt; ein allgemeiner

⁸²⁾ Vgl. oben S. 151 ff.

⁸³⁾ Vgl. dazu und zum folgenden oben S. 153 ff.

Satz ist da, der einen Grund- und Eckstein des ganzen Strafrechts bildet, der Satz:

Nur wer einen der in den Einzelstrafgesetzen angegebenen gesetzlichen Tatbestände verwirklicht, ist strafbar.

Und zweitens hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit in Form eines Tarifs geordnet. Sie ergibt sich immer nur von einem der gesetzlichen Tatbestände aus, und für diesen nur nach Maßgabe der gerade an ihn in den Einzelstrafgesetzen angeschlossenen Strafdrohung (oder der mehreren an ihn angeschlossenen Strafdrohungen, wo im Hinblick auf Verschiedenheit des Schuld moments oder objektive Bedingungen derselbe Tatbestand zur Bildung mehrerer Ver brechensunterarten gedient hat). Denn die Tatbestände sind vom Gesetzgeber ja im Sinne der Wertdifferenzierung der rechtswidrigen Handlungen herausgearbeitet.

Der Besondere Teil ist damit zwar nicht in seinen Einzelheiten, wohl aber in seinem Bestande und seiner Struktur zu einem integrierenden Bestandteile des Allgemeinen Teils und innerhalb seiner zum logischen prius aller weiteren Anordnungen geworden. Will man aus dem allgemeinen Teil erschließen, wie es um den Allgemeinbegriff der strafbaren Handlung bestellt sei, so ist dies ohne sofortige Zusammenhaltung mit dem Besonderen Teil nicht möglich. Es verhält sich damit wie mit dem Begriff der zollpflichtigen Ware im Sinne eines Zollvertrages, der gewisse in einem beigefügten Zolltarif aufgeführte Waren nach Maßgabe dieses Tarifs für zollpflichtig erklärt.

Ist dem so, so empfiehlt es sich im Interesse der Grundlegung für das Verständnis, an die Spitze des Allgemeinen Teils 2 Sätze zu stellen, in denen jene beiden Charakteristika (keine Strafbarkeit außer für die gesetzlichen Tatbestände der Einzelstrafgesetze, und keine Strafbarkeit anders als im Bezugsverhältnis zwischen der einzelnen Strafdrohung und den für sie nach den Einzelstrafgesetzen maßgebenden Voraussetzungen, insonderheit ihren gesetzlichen Tatbeständen) betont werden, ähnlich wie eine solche allgemeine Mantelbestimmung in den Zollverträgen dem Zolltarif vorausgeschickt wird. Die bisherigen Gesetzesbestimmungen (StGB. § 2, RVerf. Art. 116) sind deshalb mangelhaft, weil sie zwar auf jene Grundsätze zurückführen, aber mit ihnen die Bestimmungen über Gesetzesform und zeitliches Anwendungsgebiet der Strafgesetze verquicken⁸⁴).

⁸⁴) Kohlr a u s c h Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34 160 Anm. 1 möchte den Ausdruck „Verwirklichung des Tatbestandes“ aus der gesetzlichen Ausdrucksweise ausgemerzt und durch „Begehung der Tat“ ersetzt wissen.

Werden im Gesetzbuch in der hier vorgeschlagenen Weise die Einzelstrafgesetze und ihre gesetzlichen Tatbestände in ihr Recht eingesetzt, das ihnen nach der Willensrichtung des Gesetzgebers zukommt, so ergibt sich namentlich der Vorzug, daß nunmehr der funktionelle Begriff des Täters und der der vollendeten Tat auf eine feste Basis gestellt sind, und sich die Bestimmungen des allgemeinen Teils über Teilnahme und Versuch deutlich als das darstellen, was sie im Sinne des Gesetzgebers wirklich sind: als Bestimmungen, die einesteils die Strafbarkeit über die Einzelstrafgesetze hinaus erweitern, doch aber anderenteils den Zusammenhalt mit diesen und ihren gesetzlichen Tatbeständen einhalten, indem sie an diese als die Hauptfiguren noch auf sie bezügliche Nebenfiguren (Erscheinungsformen) anlehnen.

II. Auf der anderen Seite darf aber dem Gesetzgeber die Erkenntnis nicht abhanden kommen, daß die gesetzlichen Tatbestände einmal ihrem Sinnbestande nach bloße Bezeichnungen für Verhaltensweisen sind und als solche ein begriffliches aliud gegenüber der Rechtswidrigkeit darstellen, sodann aber in einem Sinnzusammenhange mit der Rechtswidrigkeit stehen⁸⁵). Aus dem Kreise der Handlungen herausgeschnitten, die sich der Gesetzgeber als das Unrecht vorstellte, haben diese Figuren doch für sich ihrem Eigen-Sinne nach nichts von Rechtswidrigkeit an sich, und es fragt sich erst noch, in welchem Umfange eine tatbestandsmäßige Handlung zugleich rechtswidrig ist. Daß es Fälle geben muß, in denen die Verwirklichung des Tatbestands rechtswidrig ist, ist sicher — sonst wäre die Aufstellung der tatbestandlichen Figur sinnlos —; aber wonach bemißt sich der Umfang der Rechtswidrigkeit?

Soweit es sich um den sog. „allgemeinen Verbrechenstatbestand“ = den Inbegriff aller Voraussetzungen der Strafbarkeit handelt, mit Recht; dieser Ausdruck ist nicht bloß im Gesetz, sondern auch in der Wissenschaft völlig entbehrlich, da er eben nichts anderes als die strafbare Handlung in ihrer Begrifflichkeit selber bedeutet. Dagegen kann es für das Verständnis des Gesetzes nur förderlich sein, wenn es den Ausdruck „gesetzlicher Tatbestand“ da, wo er wirklich am Platze ist (als der „besondere“ der Einzelstrafgesetze) auch gebraucht. Wenn A seinen Anwalt dazu veranlassen will, gegen B eine Strafanzeige wegen Vertragsbruchs zu erstatten, so wird der Anwalt zunächst erklären: „so etwas sei nicht strafbar“; aber wenn der Klient erstaunt darauf hinweist, daß B doch schuldhaft Unrecht getan habe, und fragt, was das „so etwas“ sei, das „nicht strafbar“ sei, so wird der Anwalt eben auf die „Arten von Handlungsweisen“ zu sprechen kommen müssen, die in den Einzelstrafgesetzen verzeichnet sind, also eben auf die gesetzlichen Tatbestände und deren Funktion. Weshalb soll das Gesetz dabei nicht dem Anwalt zu Hilfe kommen?

⁸⁵) Vgl. hierzu und zum folgenden oben S. 151 ff.

Der Entwurf bestimmt nun in § 20:

„Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.“

Dazu sind eine Reihe von Bemerkungen zu machen.

1. Die Bestimmung besagt nicht etwa, daß die Rechtswidrigkeit kein Begriffsmerkmal der strafbaren Handlung sei (denn wenn Ausschluß der Rechtswidrigkeit Ausschluß der Strafbarkeit bedeutet, so ist eben logisch die Rechtswidrigkeit für die Strafbarkeit bedingend). Wohl aber besagt sie, daß mit dem Tatbestande (oder einer seiner Erscheinungsformen) die Rechtswidrigkeit zugleich gegeben ist, soweit nicht aus besonderen Umständen nach Maßgabe der Rechtsordnung das Gegenteil gilt⁸⁶⁾. Gegen eine solche Anordnung ist vom methodischen Standpunkt nichts einzuwenden. Ihre Tragweite ist die, daß jede Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes zugleich rechtswidrig ist, insoweit nicht Umstände vorliegen, die durch die Rechtsordnung, sei es für den betreffenden gesetzlichen Tatbestand, sei es für Gruppen solcher Tatbestände, sei es ganz umfassend, als Unrechtsausschließungsgründe ausgeprägt sind⁸⁷⁾.

2. Die Fassung des § 20 bedarf methodisch der Verbesserung. Sie bringt zwar richtig zum Ausdruck, daß über die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung nur im Zusammenhalt mit den außerhalb des Strafrechts liegenden Unrechtsausschließungsgründen entschieden werden kann. Aber sie könnte doch der methodisch unhaltbaren Auffassung Raum geben, als liege die Normierung der Rechtswidrigkeit nur nach der negativen Seite außerhalb des Strafrechts, so daß der die tatbestandsmäßigen Handlungen als grundsätzlich rechtswidrig normierende Satz ein solcher des Strafrechts wäre; da außerdem der Entwurf selber eine Anzahl von

⁸⁶⁾ Zutreffend v. Hippel Ztschr. f. Str.RW. 42 416.

⁸⁷⁾ Richtig betont die Denkschrift S. 33/34 hierzu, daß die Rechtsätze, die einer Handlung lediglich rechtsgeschäftliche Rechtsverbindlichkeit zusprechen, nicht im Sinne von Unrechtsausschließungsgründen zu verstehen sind. Nicht glücklich ist es dagegen, wenn die Denkschrift, dem Vorgange mancher Autoren folgend, die Unrechtsausschließungsgründe als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet. Letztere sind nur die praktisch hervorstechendste Gruppe der Unrechtsausschließungsgründe; neben ihnen sind die Fälle nicht zu übersehen, in denen das Verhalten zwar von der Rechtsordnung nicht beanstandet, aber andererseits auch nicht zum Range berechtigten („gerechtfertigten“) Verhaltens erhoben wird, sondern die Rechtsordnung ihm gegenüber neutral bleibt. Für die Frage, ob eine Handlung strafbar ist, spielt zwar die Scheidung der „Rechtfertigungs-“ und der einfachen Unrechtsausschließungsgründe keine Rolle, gleichwohl macht sich die falsche Terminologie leicht auf anderen Gebieten störend geltend.

Unrechtsausschließungsgründen erwähnt, könnte auch für diese eine lediglich strafrechtliche Natur behauptet werden wollen. Demgegenüber ist zu betonen⁸⁸⁾, daß die Normierung der Rechtswidrigkeit, und zwar nach der positiven (Regel-) Seite wie nach der negativen (Ausnahme-) Seite eben eine einheitliche Fixierung des Widerstreits bzw. Nichtwiderstreits der Handlung mit der Rechtsordnung ist, so daß, einerlei ob sich die Bestimmungen im StGB. oder anderswo finden, hieraus die Folgerungen für das ganze Rechtsgebiet zu ziehen sind. Die Textbesserung ist leicht zu bewerkstelligen. Es wäre einfach zu sagen, daß tatbestandsmäßiges Verhalten rechtswidrig ist, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die nach dem bestehenden Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen⁸⁹⁾.

3. Nicht mit voller Klarheit nimmt der Entwurf zu der Frage der Rechtswidrigkeit der **U n t e r l a s s u n g** Stellung.

Schon formell fällt auf, daß die Regelung dieser Frage (§ 16) aus dem Zusammenhang mit der sedes materiae für Rechtswidrigkeit (§§ 20 ff.) herausgerissen und ihr obendrein voraufgeschickt ist.

Inhaltlich ist folgendes festzustellen:

a) Lautet ein gesetzlicher Tatbestand auf ein „**U n t e r l a s s e n**“, und will der Gesetzgeber die Fixierung von Tatbeständen zugleich als grundsätzliche Fixierung der Rechtswidrigkeit ihrer Verwirklichung verstanden wissen (vorbehaltlich besonderer Unrechtsausschließungsgründe), so bringen eben jene Tatbestände eine Rechtspflicht zu dem betr. positiven Handeln mit sich (außer bei Eingreifen eines Unrechtsausschließungsgrundes).

b) Mit den positiv formulierten Tatbeständen („wer einen Menschen tötet“ usw.) könnte der Gesetzgeber erstlich den Sinn verbunden wissen wollen, daß sie buchstäblich nur die Herbeiführung des in ihnen bezeichneten Erfolges durch positives Handeln bedeuten sollen. Dann gäbe es keine „Kommissivdelikte durch Unterlassung“. Denkt sich der Gesetzgeber dagegen unter dem „Töten“ auch das Nichtverhindern des Todes und entsprechend bei den übrigen positiv formulierten Tatbeständen, so fragt sich, wie er sich zu dem

⁸⁸⁾ Vgl. oben S. 43 ff.

⁸⁹⁾ Ob alle gesetzlichen Tatbestände derart sind, daß ihre Verwirklichung ohne Bedenken grundsätzlich ohne weiteres für rechtswidrig erklärt werden kann, ist hier nicht zu untersuchen. Übrigens kennt auch der Entwurf Strafgesetze, die das Rechtswidrigkeitserfordernis ausdrücklich hervorheben („rechtswidrig“: §§ 364, 367; „unberechtigt“: § 395; „unbefugt“: §§ 211, 354, 398, 399, 422, 423; vgl. auch „mißbraucht“ = rechtswidrig gebraucht in § 377). Das kann nur den Sinn haben, daß die Verwirklichung des betr. Tatbestands nicht zugleich für grundsätzlich rechtswidrig erklärt wird, sondern die Frage, in welchem Umfange sie rechtswidrig sei, offen gelassen wird.

Problem der Rechtswidrigkeit dabei stellen will. Hier kann er nun entweder gewillt sein, die grundsätzliche Wertung aller Tatbestandsverwirklichung als zugleich rechtswidrig auch mit auf die durch Nichthinderung geschehende Tatbestandsverwirklichung zu erstrecken, so daß dabei wie bei positiver Erfüllung des Tatbestandes nur besondere Umstände die Rechtswidrigkeit ausschließen. Oder er kann jene grundsätzliche Wertung nur für die positive Verwirklichung des Tatbestandes gelten lassen wollen, so daß die Rechtswidrigkeit der Nichthinderung der betr. Erfolge nur durch besondere Umstände konstituiert werden soll.

Der Entwurf hat sich auf den letzten Standpunkt gestellt. Eines teils also sind die „Kommissivtatbestände“ anstandslos auch auf Verwirklichung durch Unterlassung beziehbar; andernteils können die für sie aufgestellten Strafgesetze nur da angewendet werden, wo sich aus besonderen Umständen heraus das unterlassende Verhalten als rechtswidrig ergibt. Das ist der deutliche Sinn des § 16 Satz 1 des Entwurfs: für das Kommissivdelikt durch Unterlassung ist wesentlich, daß der Täter „rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern“. Ein Umstand, der solche Pflicht zum Handeln begründet, wird sogleich in § 16 Satz 2 normiert: „Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat.“

Bis hierher ist alles klar und sachgemäß. Nun aber kennt der Entwurf noch ein Strafgesetz gegen Unterlassung der Lebensrettung, § 291:

„Wer es unterläßt, einen anderen aus einer Lebensgefahr zu retten, obwohl er ihn ohne erhebliche Gefahr für sein eigenes Leben oder seine eigene Gesundheit retten kann, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Tat ist nur strafbar, wenn der Gefährdete in der Gefahr sein Leben verloren oder eine schwere Körperverletzung erlitten hat.“

Und hier hebt eine methodische Verwirrung an.

Der gesetzliche Tatbestand des § 291 umfaßt alles Nichtretten eines anderen aus Lebensgefahr durch jemanden, der ohne (genauer angegebene) Selbstgefährdung zur Rettung imstande war. Das kann — vgl. oben a — nur bedeuten, daß jedermann unter der angegebenen Voraussetzung jeden anderen zu retten verpflichtet ist⁹⁰⁾, also die Nichtrettung rechtswidrig ist (vorbehaltlich nur des etwaigen Eingreifens eines Unrechtsausschließungsgrundes). Besteht aber eine solche Pflicht, so greift § 16 Satz 1 ein, d. h. die

⁹⁰⁾ Zutreffend Kleinfeller DStrRZ. 8 197.

Nichtrettung, die ja tatbestandlich identisch mit Tötung ist, ist in dem gleichen Umfange zugleich unter den in § 291 angegebenen Voraussetzungen auch rechtswidrig, und somit wird jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig den Tatbestand 291 verwirklicht, nach den Strafgesetzen gegen Tötung strafbar⁹¹⁾. Die Folge ist, daß § 291 gegenstandslos ist.

Die Denkschrift meint es anders. Auch sie geht zwar davon aus (S. 234), daß bei Bestehen einer Rechtspflicht zur Rettung Strafbarkeit nach den Tötungsparagraphen gegeben ist (gemäß § 16), und § 291 dann nicht anwendbar ist. Aber aus § 291 sei nicht zu schließen, daß in dem in ihm angegebenen Umfange eine Rechtspflicht zur Lebensrettung bestehe. Zu den Pflichten, die § 16 im Auge habe, gehöre die in § 291 aufgestellte Pflicht zur Hilfeleistung nicht (S. 27); gerade deshalb sei § 291 ergänzend aufgestellt worden (S. 234). „Wer z. B. unterläßt, ein fremdes Kind, das ins Wasser gefallen ist, zu retten, kann, wenn das Kind ertrinkt, u. U. nach § 291, nicht aber wegen Tötung bestraft werden“ (S. 27).

Aber wenn § 291 keine Rechtspflicht zur Rettung fremden Menschenlebens aufstellt, wann ist er denn dann anwendbar? Doch gewiß nur, wenn das Verhalten rechtswidrig war, d. h. also, es muß da angeblich § 291 nicht die Konsequenzziehung auf die Rettungspflicht gestattet, anderweit eine solche Pflicht erhellen. Und dies wieder bedeutet: § 291 ist genau im Umfange des § 16 anwendbar. Hier klafft ein unverständlicher Widerspruch.

Dazu kommt, daß die Denkschrift ja selbst in § 291 eine „Pflicht zur Hilfeleistung“ (zur Rettung aus Lebensgefahr) aufgestellt findet. Das aber ist nichts anderes als die von ihr bestrittene Rettungspflicht.

Noch in anderer Richtung haftet den Ausführungen der Denkschrift ein innerer Widerspruch an. Während nämlich ihre oben herangezogenen Wendungen davon ausgehen, daß § 16 in den Fällen der Unterlassung der Lebensrettung versagt, so daß es der Aufstellung der besonderen Strafbestimmung § 291 bedarf, heißt es auf S. 27 zugleich: daß zu den Rechtspflichten, die § 16 im Auge habe, die Lebensrettungspflicht nicht gehöre, folge daraus, daß deren Verletzung eben in § 291 besonders mit Strafe be-

⁹¹⁾ W a c h DStrRZ. 8 138 deutet den § 291 dahin, daß der Tod nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit bedeute. Aber „nicht retten“, heißt doch nur ein Verhalten, das den Tod nach sich zieht. Und wie müßte dann das Verhalten beschaffen sein, um dem Tatbestande des § 291 zu genügen, was müßte sich der Täter, um nach § 291 gestraft werden zu können, als vorliegend vorgestellt haben, wenn der Tatbestand nicht identisch mit „Nichtverhinderung des Todes“ wäre?

droht sei. Das ist aber das gerade Gegenteil des ersten Gedankenganges. Denn nunmehr ist es nur das Vorhandensein der *lex specialis* § 291, das die sonst gebotene Behandlung der Unterlassung der Lebensrettung nach der allgemeinen Regel des § 16 verhindert.

Wie sich die Denkschrift ausdrückt, muß schließlich die Folgerung gezogen werden, daß auch derjenige nur nach § 291 strafbar sein soll, der die Gefahr, in der er dann den Bedrohten vorsätzlich hat umkommen lassen, selbst erzeugt hat; denn § 16, also mit ihm sein Spezielsatz 2, soll ja in den Fällen, die unter § 291 passen, nicht anwendbar sein. Damit aber würde die durch Unterlassung begangene Tötung in sichtlich unmotivierter Weise milder behandelt sein als andere Kommissivdelikte durch Unterlassung. Wer z. B. einen Landungssteg so gelockert hätte, daß er brüchig ist, würde, wenn ihn Kinder betreten, und er sie dolos ertrinken läßt, nur nach dem § 291 (Gefängnis bis 6 Monate), nicht mit der Mord- oder Totschlagstrafe strafbar sein; wäre es aber eine Kuh, die den Landungssteg betreten hätte, und die der Täter vorsätzlich ertrinken ließe, so wäre ein Sachbeschädigungsdelikt gegeben (Strafe: Gefängnis bis 3 Jahr, § 357).

§ 291 ist somit, so wie er dasteht, zu streichen. In der Sache selbst mag sich der Gesetzgeber entscheiden:

Entweder verzichtet er überhaupt darauf, eine Lebensrettungspflicht in dem Umfange des § 291 aufzustellen⁹²⁾. Dann ist Unterlassung der Rettung insoweit strafbar, als sie gem. § 16 aus besonderen Gründen rechtswidrig ist, und in diesem Umfang unter dem Gesichtspunkt der Tötungsdelikte strafbar.

Oder er beharrt bei dem Willen, jedermann zur Rettung anderer aus Lebensgefahr zu verpflichten, sofern die Handlung ohne erhebliche Gefahr für das eigene Leben oder die eigene Gesundheit möglich ist. Dann ist damit ein spezieller Anwendungsfall des § 16 Satz 1 gegeben, und es bedarf der Aufstellung einer solchen Gesetzesbestimmung, die dann einfach als Satz 3 in § 16 hineingehören würde. Damit wäre dann die Unterlassung der Rettung in dem angegebenen Umfange eine rechtswidrige Tötung, und es bliebe nur noch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob derartige rechtswidrige Tötungen etwa privilegiert werden sollen⁹³⁾.

⁹²⁾ In diesem Sinne Wach DStrRZ. 8 138, Kleinfeller das. 8 197.

⁹³⁾ Keine methodischen Bedenken bestehen dagegen gegen den aus dem „Liebes-Paragrafen“ (360¹⁰⁾ des StGB. hervorgegangenen § 199 („Wer bei einer Gemeingefahr der polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung nicht nachkommt, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung sonstiger wichtiger Interessen genügen kann, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu

5. Die Behandlung der Schuldlehre im Entwurf.

a) Schuld und Zurechnungsfähigkeit.

I. Der Entwurf versucht in § 10 II eine Begriffsbestimmung der — nach § 10 I zur wesentlichen Voraussetzung der Strafbarkeit erhobenen — Schuld zu geben:

„Schuldhaft handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung vorsätzlich oder fahrlässig verwirklicht und z. B. der Tat zurechnungsfähig ist.“

Diese Definition verstößt in mehr als einer Hinsicht gegen die Logik.

Zunächst durch die Hineinnahme der Zurechnungsfähigkeit in die Schulddefinition⁹⁴). Daß jene ein Bestandteil der Schuld wäre (so die Denkschrift S. 20), ist sichtlich falsch; denn das würde bedeuten, daß man schon die geistige Gesundheit eines Menschen anstößig befindet! Die Zurechnungsfähigkeit ist vielmehr die selber noch in keiner Weise unerfreuliche Voraussetzung, unter der von schuldhaftem Verhalten die Rede sein kann. Und zwar eine Voraussetzung, die ihrem Begriffe nach logisch abgeleitet ist von der Schuld. Solange nicht der Begriff der Schuld feststeht, ist es unmöglich, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit in rechtlichem Sinne zu bestimmen; sobald jener dagegen feststeht, ist damit auch die Zurechnungsfähigkeit begrifflich gegeben als diejenige seelische Verfassung, bei der die einzelnen Handlungen schuldhaft sein können, und bei deren Fehlen keine Handlung des betr. Menschen schuldhaft

3000 M. bestraft“). Auch er prägt zwar eine grundsätzliche Rechtspflicht zum Handeln im Umfange seines gesetzlichen Tatbestandes aus, und die Denkschrift S. 27 irrt, wenn sie dies ableugnet und deshalb den § 16 auf die Fälle des § 199 für unanwendbar erklärt. Daraus ergibt sich, daß derjenige, der sich so, wie in § 199 geschildert, mit der Folge benommen hat, daß ein Mensch ums Leben gekommen ist, der also, indem er der Anforderung nicht nachkam, zugleich eine Lebensrettung unterlassen, also den Tatbestand der „Tötung“ erfüllt hat, gem. § 16 diese Tötung auch rechtswidrig verübt hat und nach Maßgabe der Tötungsparagrafen strafbar ist. Aber im Unterschiede von § 291 behält dennoch § 199 daneben sein eigenes Anwendungsgebiet, auch in den Fällen der Tötung. Denn sein Tatbestand ist nicht identisch mit dem der Tötung (wie dies für die „Nichtrettung aus Lebensgefahr“ gilt), sondern lautet auf das Nichthandlegen, auf das körperliche Verhalten als solches ohne Einbeziehung irgendwelcher Erfolge in den Tatbestand. Ist also ein Mensch infolge seines Verhaltens ums Leben gekommen, hat der Täter also objektiv „rechtswidrig getötet“, so wird gerade auch in solchen Fällen der § 199 dann bedeutsam, wenn der Täter keinen Tötungsvorsatz und keine Tötungsfahrlässigkeit hatte, aber bei ihm das dem Tatbestande 199 entsprechende Verschulden vorlag.

⁹⁴) Vgl. hierzu auch Kohlrausch, Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34, 160; Gerland, Krit. Bemerkungen zum Allg. Teil des Entw. S. 8.

sein kann. Zurechnungsfähigkeit und Schuld stehen im Verhältnis des Möglichen zum Wirklichen, und deshalb gehört jene in eine Begriffsbestimmung der Schuld so wenig hinein, wie man etwa in die Definition der Gehbewegungen eines Menschen das Erfordernis aufnehmen darf, daß er überhaupt imstande sei, zu gehen⁹⁵⁾. Enthält so der § 10 II ein Superfluum, durch das man der Erkenntnis, was Schuld sei, um keinen Schritt näher kommt, so ist auch der weitere Inhalt der „Definition“ nicht geeignet, eine Vorstellung von der Beschaffenheit des Schuldbegriffs gegeben. § 10 II ist eine bloße Scheindefinition; gerade das Zentrale fehlt. Denn was fängt man an mit: „Schuld ist = Vorsatz + Fahrlässigkeit?“ Entweder werden nachmals Vorsatz und Fahrlässigkeit begrifflich so bestimmt, daß einfach eine bestimmte seelische Einstellung des Täters bei der Tat beschrieben wird, so, daß solche sich geradesogut wie bei schuldhaftem auch bei schuldlosem Tun denkbar ist, und dann ist natürlich der Schuldbegriff durch § 10 II völlig entseelt. Oder — und das ist gewiß die Meinung der Verfasser des Entwurfs — Vorsatz und Fahrlässigkeit sind als Arten (Stufen) der Schuld gedacht, so daß Vorsatz die *ceteris paribus* schwerere Schuld gegenüber der Fahrlässigkeit bedeutet; und dann enthält § 10 II anstatt einer Definition eine bloße Summenangabe: die Lösung der Aufgabe, was Schuld sei, zu bestimmen, wird hinuntergeschoben in die Definition des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, es muß bei ihnen angegeben werden, worin denn nun der Schuldcharakter jeder der beiden Schuldarten liegt — und wozu das? weshalb nicht einheitliche Angabe des beiden Arten als solchen gerade gemeinsamen Elements?

Unschärf ist § 10 II auch insofern gefaßt, als er schuldhaftes Handeln als die vorsätzliche oder fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung bezeichnet. Das ist ebenso unlogisch, als wenn jemand mit der Definition aufwarten wollte: Unter „Vieh mängeln“ versteht man die und die Pferdekrankheiten und -unarten. Es ist ja klar, daß schuldhaftes Handeln auch vorliegen kann, wo kein strafgesetztlicher Tatbestand erfüllt ist (etwa böswilliges Brechen eines Vertrages). Den Strafgesetzgeber interessiert aber das schuldhaftes Handeln nur soweit es schuldhaftes Verwirklichung eines strafgesetztlichen Tatbestandes (mit Einschluß der tatbestandlichen Erscheinungsformen) ist; dies also, nicht die Schuldhaftigkeit „des

⁹⁵⁾ Eine Entwertung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit liegt darin aber nicht; denn kann man von einem Menschen nicht einmal die Zurechnungsfähigkeit feststellen, so erspart man praktisch die Feststellung, ob er sich gerade bei der einzelnen interessierenden Handlung schuldhaft verhalten habe.

Handelns“ ist sogleich als das Objekt der Definition zu bezeichnen und dann natürlich festzuhalten.

Die vorbezeichneten Mängel zu vermeiden kann nicht schwer fallen. Schuld ist ja doch auch im Sinne der Verfasser des Entwurfs ein rechtlicher Bedeutungsbegriff, durch den die innere (psychische) Seite — genauer gesagt, die seelische Selbstbestimmung, der Entschluß zu dem Verhalten, — der tatbestandverwirklichenden Handlung als rechtlich mangelhaft bewertet wird⁹⁶⁾. Es wäre also einfach zu sagen: Schuldhaft im Sinne der strafgesetzlichen Tatbestände handelt, wer nach den von der Rechtsordnung gestellten Anforderungen den Entschluß nicht hätte fassen sollen. Die Spaltung dieser Unzulässigkeit menschlicher Entschlüsse in Unzulässigkeit wegen des Vorstellungsinhalts selber (Vorsatz) und Unzulässigkeit wegen mangelhafter Entschlußbildung (Fahrlässigkeit) ist dann innerhalb der Definitionen der beiden Schuldarten durchzuführen.

Abzustellen ist übrigens noch eine Unklarheit, die in § 116 des Entwurfs unterläuft: Hier werden die „besonders leichten Fälle“ strafbaren Verhaltens, in denen Strafmilderung oder Absehen von Strafe zugelassen wird, folgendermaßen charakterisiert: ein besonders leichter Fall liege vor, wenn „der verbrecherische Wille des Täters gering und nach den Umständen entschuldbar“ sei. „Entschuldbar“ kann doch aber nur den Sinn der Verneinung der Schuld haben. Denn sonst würde eine *quaternio terminorum* vorliegen, und man schlechterdings nicht sagen können, was unter „entschuldbar“ zu denken ist; bestenfalls wäre damit nur das „Geringe“ des verbrecherischen Willens, das schon vorher erwähnt ist, wiederholt. Ist aber „entschuldbar“ = schuldlos, so liegt natürlich nicht bloß ein „besonders leichter Fall“ einer strafbaren Handlung vor, sondern nach § 10 I eine wegen Mangels der Schuld ohne weiteres straflose Handlung⁹⁷⁾.

II. Über die **Zurechnungsunfähigkeit** läßt sich der Entwurf in § 18 I folgendermaßen aus:

⁹⁶⁾ Vgl. oben S. 159 ff.

⁹⁷⁾ Nebenbei bemerkt: „Verbrecherischer Wille“ ist doch wohl nur bei Vorsatz gegeben? Denn so sehr auch der unbewußt fahrlässig Handelnde einen rechtlich unzulässigen Entschluß faßt, so liegt doch das Unzulässige nicht in der Richtung seines Entschlusses (z. B. auf der Straße zu fahren), sondern darin, daß er aus anderen Gründen diesen Entschluß nicht hätte fassen sollen. Und von „verbrecherischem“ Willen spricht man doch nur bei Entschlüssen, die sich auf „Verbrecherisches“ richten. Soll also — wie gewiß sachgemäß — die fahrlässige Tat der Gunst des § 116 teilhaftig werden, so muß auch dieser Ausdruck geändert werden.

„Nicht zurechnungsfähig ist, wer z. Z. der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.“

Hier ist zunächst in einem Punkte ein Auseinandergehen des Entwurfs und der Denkschrift festzustellen; denn letztere stellt (S. 30) auf die Unfähigkeit, das „rechtlich Mißbilligte“ — statt das „Ungesetzliche“ — der Tat einzusehen usw., ab. Das ist nicht dasselbe, denn das Gesetz ist ja nur ein Ausschnitt aus der Rechtsordnung, und Gesetzesbestimmungen wie EstPO. § 7 (Gesetz = Rechtsnorm) sind nur Sonderfestlegungen für bestimmte Anwendungsbereiche. Gemeint ist offenbar die Unfähigkeit, die (objektive) Rechtswidrigkeit des Verhaltens einzusehen, und dies sollte zur Abschneidung von ärgerlichen Tüfteleien ausgesprochen werden⁹⁸⁾.

Der Berichtigung bedarf ferner das „oder“ im Entwurfstext. Es geht logisch nicht an, den Einsichtsunfähigen und den Willensbestimmungsunfähigen zu koordinieren. Denn wer nicht einmal fähig ist, die Rechtswidrigkeit der Tat einzusehen, kann natürlich erst recht nicht seinen Willen nach der ihm eben unerkennbaren rechtlichen Bedeutung der Tat bestimmen. Der Schwerpunkt liegt natürlich in der Willensbestimmungsunfähigkeit und dafür ist die Einsichtsunfähigkeit nur einer von mehreren Fällen. Es muß also heißen: „wer wegen . . . unfähig ist, seinen Willen der Rechtsordnung gemäß zu bestimmen, sei es, daß er unfähig ist, die Rechtswidrigkeit seiner Tat einzusehen, sei es, daß er solcher Einsicht fähig, aber unfähig ist, nach ihr seinen Willen zu bestimmen.“

Bei solcher aus § 18 I selbst heraus entwickelter Präzisierung tritt dann deutlich die sachlich auch schon in der jetzigen Fassung liegende logische Abhängigkeit des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs vom Schuldbegriff zutage. Wenn ein Gesetzgeber einen Zurechnungsfähigkeitsbegriff aufstellt, so tut er das zu dem Zwecke, um die Personen zu bezeichnen, die die betr. einzelne Handlung deshalb nicht schuldhaft begangen haben können, weil sie überhaupt nicht imstande sind, schuldhaft zu handeln. Indem nun der Entwurf in § 18 I die Schuldfähigkeit als die Fähigkeit, den Willen nach der Rechtsordnung zu bestimmen, charakterisiert, bringt er hier unbewußt die in § 10 II versäumte Schulddefinition: Schuld ist dann eben die rechtsordnungswidrige Willensbestimmung, der rechtswidrige Entschluß. Er kommt also sachlich auf die unter I gegebene

⁹⁸⁾ Ähnlich Kohlrusch Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34 159.

Formel hinaus, nur statt an der richtigen Stelle in verschleierter Weise.

Darüber, daß der Entwurf nicht von „freier“ Willensbestimmung spricht, „um zu dem philosophischen Streit um die Willensfreiheit keine Stellung zu nehmen“ (Denkschrift S. 30) soll hier nicht weiter gerechtfertigt werden. Der Sache nach bedeutet „seinen Willen bestimmen“, die Willensfreiheit⁹⁹⁾, denn ohne solche „bestimmt“ eben nicht der betr. Mensch „seinen Willen“.

Dagegen hätte der Ausdruck „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ (§ 18 II) logischerweise vermieden werden sollen. Dasjenige, was bei den dabei in Betracht kommenden Persönlichkeiten „vermindert“ = „geringer“ ist, ist der geistige Besitzstand als solcher im Vergleich mit anderen Zurechnungsfähigen. Die Zurechnungsfähigkeit dagegen verträgt keine Abstriche; wer auch nur um das kleinste Maß weniger als zurechnungsfähig ist, ist zurechnungsunfähig. Die sog. vermindert Zurechnungsfähigen unterscheiden sich von anderen Menschen nicht im Punkte der Zurechnungsfähigkeit, ihre seelische Eigenart ist nicht geeignet, die Zurechnung ihrer Handlungen zur Schuld zu beseitigen. Erst da, wo die Schuldstärke zu würdigen ist, macht sich ihre Eigenart geltend; sie sind nicht zu so schwerer Schuld fähig, wie vergleichsweise die übrigen Zurechnungsfähigen. Will man hier nicht einfach von geistig Minderwertigen sprechen, so spreche man von Zurechnungsfähigen, deren Widerstandskraft¹⁰⁰⁾ durch Bewußtseinsstörung usw. geschwächt ist.

Der methodische Fehler, der in dem Begriff der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ zum Vorschein kommt, ist im Grunde der, daß die psychischen Zustände in ihrer natürlichen Gegebenheit und ihre rechtliche Bedeutung als Zurechnungsfähigkeit oder -unfähigkeit nicht reinlich auseinandergehalten werden. Das dem menschlichen Seelenleben zugewandte erkennende Denken wirft den Begriff der Zurechnungsfähigkeit nicht ab. Dieser gehört vielmehr erst der Setzung durch die Rechtsordnung an, die vermittelt seiner eine Funktion, eine rechtliche Bedeutung der seelischen Gegebenheiten normiert (wenn auch logischerweise in Abhängigkeit von dem rechtlich fixierten Begriff der Schuld normiert).

Daß die Verfasser des Entwurfs fälschlich geglaubt haben, die Zurechnungsfähigkeit als gegebenen Seinsbegriff nur erkennen — statt ihn ihrerseits bestimmen — zu sollen, erhellt besonders daraus,

⁹⁹⁾ Daß der § 18 I des Entwurfs „indeterministisch gefärbt“ ist, hebt auch Gerland a. O. S. 13 hervor.

¹⁰⁰⁾ Diesen Ausdruck gebraucht (bei Taubstummen) die Denkschrift S. 31.

daß der Entwurf § 129 Kinder (bis 14 Jahre) „nicht als unzurechnungsfähig bezeichnet, aber den nicht Zurechnungsfähigen gleichstellt“ (Denkschrift S. 29). Der Gedankengang ist offenbar etwa der gewesen: Zurechnungsunfähig ist so etwas wie „verrückt“; Kinder sind keine „Verrückten“, also . . . In Wahrheit „stellt“ der Entwurf die Kinder natürlich nicht den „Zurechnungsunfähigen“ „gleich“, sondern den von ihm zuvor in § 18 I als zurechnungsunfähig normierten geistig Defekten, und er „stellt“ sie ihnen eben deshalb „gleich“, weil er auch bei ihnen die Zurechnung ihrer Handlungen zur Schuld abschneiden will; die rechtliche Funktion der verschiedenen Zustände ist also identisch, nämlich eben „Zurechnungsunfähigkeit“. Wäre es anders, so würde auch ganz unersichtlich sein, wieso der Gesetzgeber überhaupt zu einer „Gleichstellung“ gelangen kann. Es bedarf deshalb der Einrubrizierung der Kindheit in die Zurechnungsunfähigkeit¹⁰¹).

b) V o r s a t z.

I¹⁰²). Wenn Schuld die rechtliche Mißfälligkeit eines menschlichen Entschlusses ist, so ist für den Gesetzgeber, der im Begriff steht, die Gruppenbildung: dolus—culpa vorzunehmen, die erste Aufgabe, sich die menschlichen Entschlüsse in ihrer tatsächlichen Verschiedenheit vor Augen zu stellen, um sich dann schlüssig zu werden, ob und wie diese Verschiedenheiten rechtlich bewertet werden sollen. Dabei wird der Strafgesetzgeber, soweit es sich um die Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung handelt, nicht sowohl die Entschlüsse rein als solche ins Auge fassen, auch nicht die Entschlüsse zu einer irgendwie gearteten Handlung, sondern sich auf die Ent-

¹⁰¹) Bei Gelegenheit eines Vortrags wurde von einem Diskussionsredner die Auffassung vertreten: wenn nach § 129 das Kind nur „als“ zurechnungsunfähig „gelte“, so solle das nur heißen: die Zurechnungsunfähigkeit brauche bei Kindern nicht im einzelnen Falle geprüft zu werden. Darin liegt etwas Richtiges. Während nämlich in § 18 I der Begriff der Zurechnungsunfähigkeit in Beziehung gesetzt wird zu wirklichem Mangel der Schuld, begreift § 129 auch solche in sich, die an sich recht wohl einer Schuld geziehen werden könnten. In § 18 I zieht der Gesetzgeber lediglich eine logische Konsequenz aus seinem Schuldbegriff, so daß § 18 I auch fehlen könnte; in § 129 verfügt er eine Behandlung auch solcher, die an sich schuldfähig sind, „als ob“ sie es nicht wären. Aber dieser Unterschied ist doch nur ein solcher in den Motiven, nicht im juristischen Ergebnis. Gerade so wie die Kinder, „gelten“ auch die Geisteskranken der Rechtsordnung „als“ zurechnungsunfähig; denn die Zurechnungsfähigkeit ist ein „Geltungs-“, ein juristischer Bedeutungsbegriff. Die Rechtsordnung sagt: Als zurechnungsunfähig gelten nur 1. die Geisteskranken (weil und soweit sie wirklich keiner Schuld fähig sind); 2. die Kinder (obwohl sie vielleicht Schuld auf sich laden können).

¹⁰²) Vgl. oben S. 159 ff.

schlüsse beschränken, die ihn interessieren, das sind diejenigen, die eine tatbestandsmäßige (im weiteren Sinne: mit Einschluß der tatbestandlichen Nebenfiguren, der „Erscheinungsformen“) rechtswidrige Handlung zuwege gebracht haben.

Er wird sich nun zunächst klarmachen, daß immer und überall unterschiedlos der Entschluß zu dem objektiv erfolgten körperlichen Verhalten in Frage steht. Mag inskünftig die Bewertung im Sinne des *dolus*, im Sinne der *culpa* oder in dem der Schuldlosigkeit ausfallen: immer ist vorausgesetzt, daß ein gewillkürtes, d. i. entschlußmäßiges, körperliches Verhalten vorliegt, da bei einem körperlichen Verhalten, das — mag es objektiv noch so sehr tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein, — eine andere Quelle hat, als den Entschluß, von der Herrschaft über den eigenen Körper Gebrauch zu machen (reines „Tun“, nicht „Handeln“), keine innere Tatseite da ist, die Gegenstand der Schulduntersuchung sein könnte.

Wenn aber das Körperverhalten, zu dem sich das Individuum bestimmt hat, ein tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten ist, so ist nunmehr zu bedenken, daß sich die innere Reichweite des Entschlusses mit der äußeren Tatseite nicht zu decken braucht. Hier bedarf es nun einer genauen logischen Analyse dieser äußeren Tatseite, um dann gewissermaßen tabellarisch einen Überblick über die möglichen Inkongruenzen zwischen ihr und der inneren Seite zu gewinnen.

Überall, wo das Vorliegen einer strafbaren Handlung nach der objektiven Seite hin bejaht werden soll, bedarf es, wie überall in juristischen Dingen, der Gegenüberstellung eines tatsächlich Gegebenen und einer rechtlichen Normierung; es fallen auseinander die *quaestio facti* und die *quaestio juris*; die Messung der Lebenskonkreta an den rechtlichen abstrakten Wertmaßstäben ergibt, ob man vorbehaltlich der Schuldfrage eine strafbare Handlung vor sich hat.

Die Lebenskonkreta sind die das körperliche Verhalten umgebenden, es individualisierenden Tatsächlichkeiten: die „Tatumstände“. Sie zerlegen sich aber sofort in Gruppen, sobald man ihre rechtliche Bedeutung prüft. Die einen erweisen sich als für die Feststellung, ob die äußere Seite eines Verbrechens vorliegt, als bedeutungslos (z. B. bei Tötung der Tatumstand, daß der Täter in einem braunen Anzug gekleidet war). Die anderen zerfallen in verschiedene Klassen: zunächst solche, die den Juristen in den Stand setzen, das in Rede stehende Verhalten als einem bestimmten gesetzlichen Tatbestande unterfallend zu bejahen: „Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören“; soweit der Gesetzgeber mit der Aufstellung eines gesetzlichen Tatbestandes zugleich dessen

Verwirklichung als rechtswidrig markieren wollte¹⁰³⁾, sind diese Tatumsstände zugleich solche, die die Rechtswidrigkeit bedingen. Keinesfalls dürfen diese Tatumsstände aber mit den „Tatbestandsmerkmalen“ verwechselt werden. Sie sind und bleiben Konkreta des Lebens, während die Tatbestandsmerkmale begrifflich abstrakte Glieder des — selber begrifflich-abstrakten — Tatbestandes darstellen¹⁰⁴⁾ (daß A den B erwürgt hat, ist ein für den gesetzlichen Tatbestand § 211 erheblicher Tatumstand; daß es B war, der erwürgt wurde, oder daß er gerade erwürgt wurde, ist aber kein „Tatbestandsmerkmal“, solche sind für § 211 vielmehr nur „ein Mensch“ und „töten“). Dazu treten dann noch solche Tatumstände, die lediglich für die Frage der Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung bedeutsam sind (so ist der Umstand, daß der Täter ein Scharfrichter war, der eine Hinrichtung vollzog, kein Tatumstand, der irgend etwas mit dem „gesetzlichen Tatbestand“ § 211 zu tun hätte, sondern ein solcher, der als ein einen Unrechtsausschließungsgrund bei Tötung darstellender die Rechtswidrigkeitsfrage angeht¹⁰⁵⁾).

(Will man die begrifflichen Merkmale, die eine strafbare Handlung ausmachen, alle zusammen mit dem Ausdruck des „allgemeinen Verbrechenstatbestandes“ bezeichnen, so verschwindet natürlich die zuvor aufgezeigte Scheidung; dann sind sämtliche relevanten Lebenskonkreta „zum Tatbestand“ gehörig. Aber man wird zugeben müssen, daß es höchst unnötig ist, jenen Ausdruck zu gebrauchen, der dann noch dazu zwingt, die „gesetzlichen Tatbestände“ jenem allgemeinen als die „besonderen“ gegenüberzustellen.

Vorsicht ist schließlich geboten hinsichtlich der Ausdrucksweise, die „positive“ und „negative“ Tatumstände scheiden will. Die Tatumstände selber können natürlich nicht negativ sein; es sind eben Tatsachen. Das Negative tritt erst innerhalb des Abstraktrechtlichen auf: es kann sein, daß eine Tatsache juristisch negative Bedeutung hat, insofern bei ihrem Vorliegen ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand nicht erfüllt ist (so ist der Tatumstand, daß der Gegenkontrahent des Täters über 21 Jahre alt war, ein den gesetzlichen Tatbestand § 302 StGB. ausschließender), oder bei ihrem Vorliegen die Rechtswidrigkeit entfällt. Hier mag man cum grano salis

¹⁰³⁾ Oben S. 222.

¹⁰⁴⁾ Der Sprachgebrauch, der neben den „gesetzlichen“ noch den „konkreten“ Tatbestand stellt, der unter letzterem den dem gesetzlichen Tatbestand unterfallenden Sachverhalt versteht, ist unratsam und für das Strafrecht verständnisgefährdend.

¹⁰⁵⁾ Es kommen noch hinzu die Tatumstände, die zu einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit gehören; der Vereinfachung halber soll von diesen aber weiterhin abgesehen werden.

von „negativen Tatumständen“ sprechen als von Tatumständen von juristisch negativer Bedeutung. Umgekehrt kann dem Nichtvorliegen einer Tatsache juristisch konstitutive Bedeutung zukommen (Nichteinwilligung usw.). Ob diese Scheidungen in der *dolus*-Lehre von Bedeutung sind, wird unten zu prüfen sein. Jedenfalls ist es unmöglich, die „negativen“ Umstände bloß auf die Rechtswidrigkeit, die „positiven“ bloß auf den gesetzlichen Tatbestand zu beziehen).

Mit allen diesen Elementen der äußeren Tatseite muß nun die innere Welt des Handelnden in Beziehung gesetzt werden, will anders man der Lösung des Schuldproblems näher kommen. Sein Entschluß braucht, so sehr er auf das körperliche Verhalten als solches gerichtet war, doch nicht oder nicht ganz oder nicht zutreffend auf das äußere Tatbild, wie es objektiv vorliegt, auf das Verhalten als ein der äußeren Tatseite entsprechendes, gerichtet gewesen zu sein. Die näheren Umstände des Entschlusses, die tatsächlichen Entschlußumstände oder „inneren Tatumstände“ können sehr verschiedenartig gewesen sein¹⁰⁶). Und zwar bestehen diese inneren Tatumstände

a) zunächst in den Vorstellungen des Täters: was er sich gar nicht vorgestellt hat, fällt aus der Entschlußrichtung notwendig heraus, sowie umgekehrt das, was er sich als sicher vorgestellt hat, notwendig in der Entschlußrichtung inbegriffen ist;

b) soweit seine Vorstellungen von einem Zweifel durchsetzt waren, ist psychologisch möglich einmal, daß der Täter seinen Entschluß auf den ihm zweifelhaften Punkt mit richtete, sodann daß er der Eventualität gegenüber gleichgültig war; endlich, daß er den

¹⁰⁶) Den Ausdruck „innerer (subjektiver) Tatbestand“ sollte man vermeiden. Entweder ist er als Synonymum für die inneren Tatumstände als Lebenskonkreta gemeint, und dann ist er ebenso entbehrlich, wie auf der äußeren Seite der „konkrete Tatbestand“ (vgl. oben S. 157). Oder man zerlegt die Gesamtheit der begrifflichen Verbrechenmerkmale in den objektiven und den subjektiven „Tatbestand“, und dann geht man von dem wiederum entbehrlichen „allgemeinen Verbrechenstatbestand“ aus, (vgl. oben S. 157), und ersetzt die viel charakteristischere Bezeichnung „Schuld“ (Vorsatz, Fahrlässigkeit) durch den durchaus nicht signifikanten „inneren Tatbestand“. Daß der echte „gesetzliche Tatbestand“ in seiner Eigenschaft als eine die äußere Beschaffenheit der Tat umreißende Abstraktion unfähig ist, mit dem Eigenschaftswort „innerlich“ verbunden zu werden, liegt auf der Hand; es gibt eine „innere Tötung eines Menschen“ so wenig, wie man die Vorstellung jemandes, von einem Bergsturz, einem Hause usw. seinen „inneren Bergsturz“, „sein inneres Haus“ usw. nennen kann.

Überhaupt: wenn wir von konkretem und abstraktem, besonderem und allgemeinem, äußerem und innerem, positivem und negativem Tatbestand reden, muß uns dann nicht angst und bange werden? Durch die einheitliche Bezeichnung der verschiedensten Bezeichnungsobjekte wird der Einblick in die logische Struktur gewiß nicht gefördert.

ihm zweifelhaften Punkt aus der Richtung seines Entschlusses ausschaltete.

Die Fälle nun, in denen sich die Entschlußrichtung, der Vorsatz im rein psychologischen Sinne, nicht mit der rechtlich relevanten objektiven Bedeutung der Tat deckt, gruppieren sich je nach dem Gegenstande, den der Vorsatz nicht mit umfaßt, folgendermaßen ¹⁰⁷⁾:

1. Der Vorsatz umspannte eines der Lebenskonkreta („Tatumstände“) nicht mit, deren objektives Vorliegen gerade juristisch die Bejahung des Verwirklichtseins eines bestimmten gesetzlichen Tatbestands nach sich zieht. Dann lag jedenfalls die Verwirklichung dieses Tatbestandes und erst recht seine rechtswidrige Verwirklichung außerhalb der Entschlußrichtung. Möglich ist aber,

1a. daß der Täter innerlich solche nicht vorhandenen Lebenskonkreta substituierte, bei deren wirklichem Vorliegen ein anderer gesetzlicher Tatbestand rechtswidrig erfüllt wäre. Alsdann bewegt sich die weitere psychologische Untersuchung in den Bahnen des Nachfolgendem weiter.

2. Lagen die Lebenskonkreta, die zu dem objektiv verwirklichten Tatbestande gehören (1), oder lagen Lebenskonkreta, deren Vorliegen einen anderen Tatbestand darstellen würde (1a), innerhalb des täterischen Vorsatzes, so ist möglich, daß dem Täter der betr. gesetzliche Tatbestand nicht oder nicht richtig vorschwebte, so, daß er die Subsumtion der Konkreta unter die rechtlich-begriffliche Figur nicht vollzog und sein Entschluß nicht auf Verwirklichung dieses Tatbestandes ging. Es ist klar, daß die Frage, ob sich der Vorsatz auf etwas Rechtswidriges richtete, hierdurch nicht berührt wird. Wie der Täter einerseits sehr wohl trotz vollzogener Subsumtion seines Verhaltens unter einen gesetzlichen Tatbestand an Rechtmäßigkeit des Verhaltens geglaubt haben kann, so kann er sich umgekehrt trotz völliger Unbekanntschaft mit den gesetzlichen Tatbeständen der Rechtswidrigseines Verhaltens bewußt gewesen sein, dies um so mehr, als es ja sogar objektiv auch jenseits des Umkreises der tatbestandlichen Figuren rechtswidriges Verhalten gibt.

¹⁰⁷⁾ Die Ausführungen v. Hippels, Ztschr. f. StrRwiss. 42, 431 ff. entbehren der klaren Auseinanderlegung der verschiedenen Möglichkeiten, weil die Worte „Tatbestand“, „Tatumstände“, „Tatbestandsmerkmale“ so gebraucht werden, daß das Konkret-Tatsächliche und das Begrifflich-Abstrakte ineinander verschwimmen, und überdies auch die Tatumstände, die tatbestandskonstitutiv sind, und diejenigen, die für die Rechtswidrigkeit bestimmend sind, nicht gehörig geschieden werden.

3. Lagen die Tatumstände, die den verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, oder solche, die einen anderen ausmachen würden, innerhalb des Vorsatzes des Täters, so ist möglich, daß der Täter Tatumstände, die die Rechtswidrigkeit bedingen, nicht gekannt hat oder, was gleich steht, Tatumstände als vorliegend angenommen hat, die die Rechtswidrigkeit ausschließen würden. In aller Regel wird sich hiermit der Glaube, so handeln zu dürfen, verbinden, also der Entschluß nicht auf rechtswidriges Verhalten gerichtet sein. Notwendig ist dies aber nicht. Denn die Beurteilung der Tat als rechtswidrig kann sich beim Täter trotz jenes error facti richtig vollzogen haben. Er hat z. B. den X rechtswidrig und namentlich nicht in Notwehr befindlich getötet und hat dabei einesteils irrig einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf seine Sachgüter unterstellt (so daß er, wenn dies der Fall gewesen wäre, nicht rechtswidrig gehandelt hätte), doch aber anderenteils Notwehr zum Schutze von Sachen für unerlaubt gehalten. Es ist demnach

4. als eine besondere Sachlage die zu erfassen, bei der der Täter das Werturteil: sein Verhalten sei rechtswidrig, nicht vollzogen hat. Die falsche Vorstellung, als sei der Gegenstand des Entschlusses nichts Rechtswidriges, kann ihre Quelle haben in Unkenntnis über einen Tatumstand (ad 1 oder ad 3) oder in Unkenntnis über den gesetzlichen Tatbestand (3), ohne daß aber aus solcher Unkenntnis immer notwendig die bona fides hervorgehen müßte. Sie kann andererseits bei voller Kenntnis der tatsächlichen Sachlage und sogar der richtigen Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand vorhanden sein, weil der Handelnde den Umfang, in dem die Rechtsordnung solche Tatbestandsverwirklichung als rechtswidrig normiert hat, irrtümlich enger zieht (indem er z. B. davon durchdrungen ist, daß unter den obwaltenden Umständen sein Verhalten moralisch einwandfrei ist, und er zugleich der Rechtsordnung den Sinn unterstellt, daß eine Tatbestandsverwirklichung der betr. Art nur im Umfange eines Verstoßes gegen die guten Sitten unerlaubt sein solle).

Um alle Möglichkeiten eines Auseingehens von Entschlußrichtung und wirklich Geschehenem zu erschöpfen, haben wir noch die Fälle anzufügen, in denen der Irrtum einen Tatumstand betrifft, der für das Verwirklichtsein des betr. gesetzlichen Tatbestandes keine Rolle spielt und ebensowenig die Rechtswidrigkeit angeht, z. B. bei Tötung irrigge Annahme, daß der Getötete erst 40 Jahre alt sei, während er 45 Jahre alt ist; und die Fälle, in denen der Täter bei Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nur die gesetzlich bestehende Strafbarkeit oder deren Maß nicht kennt.

Dann hat der Täter im psychologischen Sprachgebrauch nicht den Vorsatz gehabt „einen 45jährigen“ zu töten oder eine „strafbare“ (oder so strafbare) Handlung zu begehen.

Aber mit dieser psychologischen Überschau hat der Gesetzgeber nur eine Vorarbeit besorgt. Jetzt erst hebt für ihn die Aufgabe an, den juristischen Vorsatzbegriff zu normieren; denn dieser ist ein der Festsetzung durch die Rechtsordnung harrender rechtlicher Bedeutungsbegriff. Der Seinsbegriff des Vorsatzes im psychologischen Sinne ist ein Dingbegriff, ein Substantivum; der juristische bezeichnet eine rechtswertlich-funktionelle Eigenschaft dieses Dinges¹⁰⁸). Das erhellt schon daraus, daß bei jeder tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung irgendein „Vorsatz“ im psychologischen Sinne immer vorhanden ist: der Vorsatz, die Hand zu erheben, der Vorsatz, gewisse Worte zu sprechen, zu schießen usw. — und trotzdem rechtlich dieser Vorsatz ein schuldloser oder ein nur fahrlässiger sein kann. Während es einen logischen Widerspruch ausmacht, wenn man ein Verhalten als (in idem) juristisch vorsätzlich und fahrlässig oder als vorsätzlich und schuldlos bezeichnet, kommt dem, was psychologisch „ein Vorsatz“ ist, doch juristisch möglicherweise nur die Bedeutung von culpa oder Schuldlosigkeit zu.

So ist das gesetzgeberisch zu lösende Normierungsproblem das: aus den psychologischen Vorsätzen diejenigen auszumustern, deren Eigenart eine Entschlußrichtung von eigenem rechtlichem Werte zeigt.

Hier wird sich der Gesetzgeber sogleich fragen, in welcher Funktion er überhaupt den Vorsatzbegriff verwenden will. Die Antwort ist nicht zweifelhaft: der dolus-Begriff wird aufgestellt, um die ceteris paribus schwerere Schuldstufe zu markieren. Es handelt sich ja überall da, wo der Begriff im Gesetz auftritt, um die Anknüpfung einer schwereren Strafdrohung als bei culpa; und da dolus und culpa jeweils immer ein identisches tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten voraussetzen, so kann es eben dabei einzig die Schuldschwere sein, die die Differenzierung der

¹⁰⁸) Wenn Wach DStr.RZ. 8, 70 sagt: „Die Motive des Vorentwurfs, auf die sich die Denkschrift S. 20 bezieht, verkennen die gesetzgeberische Macht. Sie hat ihre Grenze an der Wahrheit und Wirklichkeit; das Gesetz kann nichts zum Vorsatz machen, was solcher nicht ist“ —, so ist das nur insofern richtig, als der Gesetzgeber nicht etwas, was psychologisch kein Vorsatz ist, in etwas, was psychologisch Vorsatz sei, umdichten kann. Aber darum handelt es sich bei der gesetzlichen Festlegung des Vorsatzbegriffs nicht, sondern um die den verschiedenen psychologischen Vorsätzen zu verleihende rechtliche Bedeutung.

Strafschwere nach sich zieht. Sonst wäre die Auseinanderlegung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im zwecklogischen Sinne einfach sinnlos.

Will sich der Gesetzgeber selber treu bleiben, so hat er die Vorsätze, wie sie tatsächlich vorkommen, daraufhin zu mustern, inwieweit sich dem Täter vom Rechtsstandpunkt aus überhaupt kein Vorwurf aus seinem Entschlusse machen läßt — insoweit bleiben die Entschlüsse unterhalb des *dolus* und der *culpa* —; und soweit der Entschluß ein solcher war, den nach rechtlichen Anforderungen der Täter unterlassen sollte und konnte, ist dann der grundsätzlichen Stufung der Schuldschwere nachzugehen. Daß es hierbei in erster Linie, und, da alles Strafrecht um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens kreist, stets darauf ankommt, ob der Entschluß des Täters die Richtung auf Rechtswidrigkeit seines Verhaltens hatte; daß und wie außerdem ein Strafrecht, das die nichttatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlungen beiseite stellt und anderenteils die Tatbestände ihrer objektiven Schwere nach ordnet, auch die Richtung des Entschlusses auf die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens, diese aber nur hinsichtlich der den juristischen Figuren entsprechenden Tatumstände, nicht hinsichtlich der gesetzlichen Tatbestände selber und nicht ohne weiteres nur hinsichtlich des objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestandes, zur Schuldstufung mit heranzuziehen veranlaßt ist, ist oben gezeigt¹⁰⁹⁾.

II. Der *dolus*-Regelung des Entwurfs ist nachzurühmen, daß sie im großen und ganzen auf Ergebnisse hinauskommt, die sich zweckrichtig dem grundsätzlichen strafgesetzgeberischen Standpunkte anpassen. Aber doch nur im großen und ganzen, verklausuliert und nicht ohne innere Unstimmigkeit¹¹⁰⁾. Und dies deshalb, weil der dunkle Drang, der zu den Ergebnissen hintreibt, nicht umfassend in fest methodisches Bewußtsein heraufgehoben ist. Vor allem kommt der methodisch falsche Ausgangspunkt stellenweise zum Vorschein: als sei der juristische „Vorsatz“ etwas von selber Gegebenes, nur zu Ermittelndes, während er vom Gesetzgeber gerade erst normiert werden soll; und wo Normierungen aufgestellt werden, fehlt es an dem Bewußtsein, daß die Normierung inhaltlich beherrscht sein muß von der Funktion, die der Festlegung des Begriffs im Zusammenhange der Rechtswertung zukommen soll.

Daß der Entwurf nicht den rechtlichen Funktionalbegriff des *dolus* ins Auge gefaßt hat, zeigt sich darin, daß unter seinem Vorsatzbegriff friedlich zusammen wohnen: 1. Fälle, in denen der Vorsatz

¹⁰⁹⁾ S. 159 ff.

¹¹⁰⁾ Zu günstig beurteilt Graf Dohna Jurist. WochSchr. 1921, S. 369 die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs.

wirklich als Vorsatz gestraft wird; 2. solche, in denen trotz „Vorsatzes“ gar nicht gestraft wird (§ 12 II); 3. in denen milder als nach der auf vorsätzliches Handeln der betr. Art gesetzten Strafdrohung gestraft wird (§ 12 I). Auch in den Fällen zu 2 und 3 wird ausdrücklich Vorsatz bejaht! Es ist sofort ersichtlich, daß hier der in den einzelnen Strafgesetzen auftretende, eben der juristische, Vorsatzbegriff gar nicht getroffen wird. Die gleiche unklare Zusammenwerfung des „Vorsatzes“ im juristischen Sinne mit dem rein psychologischen Vorsatz, d. i. einfach dem Entschluß, zeigt sich in § 8: der Tatort bei Versuch soll der sein, wo sich der Tatbestand „nach dem Vorsatz des Täters verwirklichen sollte“ — während doch auch im Sinne des Entwurfs die Vorsätzlichkeit im echten Sinne nichts damit zu tun hat, ob der Täter da oder da zu handeln oder zu wirken gedachte¹¹⁴). Auch die für die Scheidung von Beihilfe und Mitäterschaft zu Grunde gelegte subjektive Theorie wird fälschlich dahin wiedergegeben, jene Tatformen seien „durch die Richtung des Vorsatzes“ geschieden, während gerade nach der subjektiven Theorie angesichts der von ihr behaupteten objektiven Ununterscheidbarkeit der beiden Tatformen der dolus eben auch identisch ist, und vielmehr gewisse, den dolus nicht beseitigende Eigenheiten des Entschlusses = des Vorsatzes im rein psychologischen Sinne das Kriterium abgeben.

So ist es kein Wunder, wenn die Entwurfsregelung eine seltsam zerhackte ist, und in ihr ein durchgehender einheitlicher zwecklogischer Denkkzusammenhang fehlt. Wie falsch ist schon die Gliederung des § 11! Sein Absatz 1 erklärt: „Vorsätzlich handelt, wer . . .“; sein Absatz 2: „vorsätzlich handelt nicht, wer . . .“ Im Sinne des juristischen Funktionalbegriffes „Vorsatz“ bildet natürlich das nicht Vorsätzliche den kontradiktorischen Gegensatz zum Vorsätzlichen, und es genügt, daß das letztere normiert wird, worauf sich dann logisch von selbst ergibt, wer nicht vorsätzlich handelt. Wenn aber die überflüssige Beleuchtung desselben Gegenstandes von der positiven und der negativen Seite gegeben wird, dann muß wenigstens die Negativbeleuchtung zu der positiven stimmen. Das tut sie aber nicht: Abs. 2 bringt einen neuen Umstand, dessen Abs. 1 nicht gedacht hat, als vorsatzausschließend und macht damit die Vorsatzdefinition des Abs. 1 zu einer falschen, weil unvollständigen.

¹¹⁴) Nebenbei bemerkt, auch sachlich eine falsche Regelung. Wie denn, wenn dem Täter gar nichts hinsichtlich des Ortes vorgeschwebt hat? Und wie soll vom Standpunkt wertenden Denkens aus gerechtfertigt werden, daß ein Ort, an den der Täter nur gedacht hat, für rechtlich bedeutsam erklärt, und zugleich dem real gegebenen Ort seiner Tätigkeit keine Bedeutung verliehen wird?

In der Tat ist, auch von dem in Abs. 2 nachgeschleppten Vorsetzelement abgesehen, die angebliche Definition in Abs. 1 unbrauchbar, weil sie das Wesentliche überhaupt nicht angibt. „Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht“¹¹²⁾. Gerade die Hauptsache fehlt: mit Wissen wovon, Willen worauf? „Mit Wissen und Willen“ verwirklicht jeder den Tatbestand, den er verwirklicht, wofern überhaupt ein körperliches Verhalten in Rede steht, das nicht bloßes „Tun“ ist¹¹³⁾. Erst und nur bei dem „mit Wissen und Willen“ = entschlußmäßig betätigten Verhalten tritt als Frage auf, ob es zum dolus, zur culpa oder zur Schuldlosigkeit zuzurechnen ist. Mit irgend einem Wissen und Willen verwirklicht auch der fahrlässig Handelnde den Tatbestand (der fahrlässig tötende Kutscher mit dem Wissen und Willen, auf der Straße dahinzufahren), nicht minder der schuldlos Handelnde (der Jäger, der einen unvorhergesehen und unvorhersehbar in den Schuß gelaufenen Menschen tötet, mit dem Wissen und Willen zu schießen).

Fragen wir nun, wie das fehlerhafterweise in § 11 I Ausgelassene im Sinne des Entwurfs zu ergänzen sei, so zeigt sich dieser mit der bisherigen Verworrenheit der Vorsatzlehre leider noch stark belastet.

Daß das bona-fide-Handeln unmöglich in die schwerere Schuldstufe eingereiht werden kann, und daß es, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit nicht einmal erkennen konnte, überhaupt keine Strafe verdient, ist nicht verkannt worden. Es ist auch nicht verkannt worden, daß die bona fides rechtlich von gleichem Werte ist, mag sie aus error facti oder error juris entspringen.

Insoweit ist der § 12 des Entwurfs sehr erfreulich. Aber daß diese Klärung gerade an den Kern des juristischen Vorsatzbegriffs (und weiterhin den der Fahrlässigkeit) rührt, das ist nicht beachtet. Statt dessen wird ein dreifältiger Vorsatzbegriff aufgestellt (mit mala fides, mit vermeidbarer bona fides, mit unvermeidbarer bona fides), und damit werden die Einzelstrafgesetze Lügen gestraft, die für alle Fälle „vorsätzlicher“ Tatbegehung Strafe, und diese Strafe androhen! Und der in § 12 II erwähnte „Vorsatz“ mit „entschuldbarem“, d. h. doch schuldlosem, Irrtum, läuft gar auf eine „schuldlose Schuld“ hinaus!¹¹⁴⁾. Dabei hat der Entwurf selber bei Fixierung der Zurechnungsfähigkeit darauf abgehoben, daß der Täter imstande gewesen sein muß, sich nach der Rechtsordnung zu richten, womit

¹¹²⁾ Über die Fortsetzung „oder ...“ (dolus eventualis) s. unten S. 244.

¹¹³⁾ Vgl. oben S. 233.

¹¹⁴⁾ Zutreffend hervorgehoben von Kohlrausch Schweiz. Ztschr. f. StrR. 34, 163.

die Rechtsordnungswidrigkeit des Entschlusses als das Charakteristikum der Schuld festgelegt ist¹¹⁵⁾. Es bedurfte nur eines Schrittes, um dazu gelangen, daß ein Entschluß, dessen Richtung gegen die Rechtsordnung dem Handelnden unerkennbar war, aus der Schuld und erst recht aus dem dolus herausfällt, und die Wertstufung innerhalb der Schuld damit gegeben ist, ob dem Täter diese inhaltliche Richtung bewußt war (dolus) oder bewußt sein konnte (culpa). Dieser Schritt ist nicht getan¹¹⁶⁾.

Der begangene Fehler rächt sich auch durch einen Widerspruch, in den der Entwurf mit sich selbst gerät: § 11 II stimmt nicht zu § 12. Denn § 11 II bestimmt: „Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand“ — soll heißen eine Tatsache, einen Tatumstand — „annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde.“ Nun wird man dies gewiß nur als auf den Fall gemünzt ansehen, daß der Täter aus diesem Irrtum heraus zugleich dem anderen Irrtum verfallen ist, daß er die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen angesehen hat; denn weshalb sollte man sonst jenen error facti dem Täter zugute halten, weshalb z. B. den nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafen, der eine rechtswidrige und von ihm als rechtswidrig eingeschätzte Körperverletzung begangen hat, und der nur einen nicht vorliegenden Angriff auf seine Sachen annahm, zugleich aber in Unkenntnis des Notwehrparagraphen solche Notwehr für unerlaubt hielt? In diesem Lichte aber ist der Fall, den § 11 II meint, einfach ein Unterfall des § 12; und dennoch bejaht § 12 das Vorliegen des dolus und normiert nur für Nichtverschuldetsein des Irrtums Strafsoligkeit und bei Verschuldetsein mildere Bestrafung, während § 11 II den dolus verneint. § 11 II hätte eben nicht äußerlich und obendrein unstimmig an § 11 I angeleimt werden sollen, sondern sein Inhalt wäre in § 12 überzuführen, und dieser wiederum in § 11 I aufzunehmen gewesen.

Aber auch wenn man mit dem Entwurf einmal das Wissen und Wollen der Rechtswidrigkeit nicht als das in erster Linie bestimmende Merkmal des dolus ansieht, bleibt die Antwort auf die Frage, w o r a u f denn „Wissen und Wollen“ gerichtet sein müssen, damit Vorsatz vorliege, unklar. Gesagt wird darüber ja in der leeren „Definition“ des § 11 I nichts. Man ist angewiesen auf die Ausführungen der Denkschrift, wozu dann noch die Definition des dolus eventualis in dem mit „oder“ beginnenden Satzteil des § 11 I tritt.

¹¹⁵⁾ Vgl. oben S. 230. Dazu Gerland a. O. 17.

¹¹⁶⁾ Vgl. hierzu die verwandten Ausführungen von Kohlrusch Schweiz. Ztschr. f. StrR. 34, 163/4; Honig in „Die Polizei“ 18, 296; Gerland a. O. 16.

Hiernach hat es den Anschein, als sei es der auf „Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung“ gerichtete Entschluß, den § 11 I als das Zentrale des Vorsatzbegriffs ansieht; denn wenn das „für möglich Halten, aber Einverständensein“ beim *dolus eventualis* auf die Tatbestandsverwirklichung bezogen wird (so § 11 I zweiter Satzteil), so entspricht dem offenbar beim *dolus principalis* das „Wissen und Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung. Ein derartiges Wissen und Wollen ist nun natürlich nur da gegeben, wo der Täter den gesetzlichen Tatbestand kennt, die Tatumstände kennt und sie richtig unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert. Damit stimmt völlig überein, was die Denkschrift S. 22 ausführt: „Wissen und wollen muß der Täter, daß seine Tat einen mit Strafe bedrohten Tatbestand verwirklicht.“ Er muß also wie ein Jurist den gesetzlichen Tatbestand vor Augen haben und gar noch wissen, daß er in einem Strafgesetz auftritt. Der Entwurf, sagt die Denkschrift S. 23 weiter, „verzichtet auf jede Unterscheidung nach der Quelle des Irrtums: tatsächlicher — rechtlicher; strafrechtlicher — außerstrafrechtlicher“. Also tatsächlich *error juris poenalis prodest*: der Täter, der nicht vertraut war mit der rechtlichen Figur des gesetzlichen Tatbestandes, wie auch der, der irrtümlich straflos zu handeln meinte, sind *sine dolo*, mögen sie noch so sehr die Tatumstände als solche gekannt haben, die den gesetzlichen Tatbestand ausmachen, und keinen Augenblick daran gezweifelt haben, daß sie rechtlich unerlaubt handeln!

Und trotzdem ist das nun wieder doch nicht die Meinung der Denkschrift. Denn diese betont S. 24 ausdrücklich, daß Subsumtionsirrtum belanglos ist. Wenn das mit dem vorigen vereinbar sein soll, so kann es nur heißen: zur Bejahung einer vorsätzlichen (z. B.) Urkundenfälschung ist erforderlich, daß der Täter den § 267 StGB. mitsamt seinem gesetzlichen Tatbestande kennt, und daß er etwa eine Kaufsurkunde mit dem Namen eines anderen unterzeichnet, aber nicht erforderlich, daß er dieses konkrete Verhalten als dem gesetzlichen Tatbestande § 267 unterfallend erkennt. Aber wenn die Subsumtion nicht erforderlich ist, weshalb in aller Welt soll der Täter überhaupt die theoretische Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes gehabt haben müssen? Und soll denn wirklich der Kreis der vorsätzlichen Täter auf die Juristen, und unter ihnen auf die Kriminalisten, beschränkt sein? Denn außerhalb dieses Kreises sind die Kenner der gesetzlichen Tatbestände dünn gesät. Zuguterletzt: soll, indem der Unterschied von strafrechtlichem und nichtstrafrechtlichem Irrtum aufgehoben wird, das Bewußtsein der Strafbarkeit als Vorsatzerfordernis wieder zu Ehren gebracht werden? Der Verschlagene, der sich der Unerlaubtheit seines Verhaltens voll

bewußt, nur eine — objektiv nicht vorhandene — vermeintliche Lücke im Strafrecht auszunutzen gedachte, geschont werden? Dazu die Frage: Wie kann jemand das Bewußtsein der Strafbarkeit haben, wenn er nicht einmal weiß, daß er rechtswidrig handelt? Und doch soll — ein logischer Widersinn — das Bewußtsein der Strafbarkeit erforderlich, dasjenige der Rechtswidrigkeit für den Vorsatzbegriff gleichgültig sein?!

Aus ihrer Zerfahrenheit kann die Vorsatzlehre nur erlöst werden, wenn der Begriff des *dolus* festgelegt wird im Sinne einer Entschlußrichtung, die die zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände und die Rechtswidrigkeit des Verhaltens umfaßt, wie dies bei richtiger Auslegung für das geltende Strafrecht zutrifft. Nur wird in Erweiterung des Begriffs nicht bloß auf die Tatumstände abzustellen sein, die den vom Täter objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, es wird vielmehr der Äquivalenz der Tatbestände in dem oben S. 165 f. entwickelten Sinne Rechnung zu tragen sein.

Sehr einfach gestaltet sich die Behandlung des *dolus eventualis*. So viel ist sicher, daß § 11 I des Entwurfs fehl greift, wenn er diesen dem eigentlichen *dolus* so koordiniert an die Seite stellt, als handle es sich um zwei nur additionsmäßig nebeneinander stellbare Begriffe¹¹⁷). Quelle dieser Koordination ist natürlich die Verwechslung des juristischen Vorsatz-Begriffs mit dem psychologischen. Wertlich liegt ja nur eine einheitliche Größe, eben *dolus*, vor, und diese muß einheitlich so bestimmt werden, daß in ihr auch der *dolus eventualis* als eine subordinierte Größe Unterkommen findet. Mag man dann auch die an sich nur ins Psychologische schillernden Bezeichnungen „unbedingter“ und „bedingter“ Vorsatz beibehalten: jedenfalls darf das einheitliche Band nicht derart zerrissen werden, daß eine Aufteilung in „Wissen und Wollen“ (§ 11 I) und in „Einverständnis“ (§ 11 II) vorgenommen wird. Es muß vielmehr die Entschlußrichtung den Oberbegriff bilden, und der innerhalb seiner denkbare psychologische Unterschied gerade als juristisch gleichgültig erscheinen: *dolus* handelt, wessen Entschlußrichtung auf die Rechtswidrigkeit und auf tatbestandbildende Tatumstände geht, sei es unbedingt, sei es bedingt.

c) Fahrlässigkeit.

Der *dolus* erwies sich als gekennzeichnet durch einen besonderen Inhalt der Entschlußrichtung: der Handelnde richtet seinen Entschluß mit auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und auf

¹¹⁷) Das „oder“ in § 11 I wird zutreffend gerügt von Wach, DStrRZ. 8, 191, v. Hippel, Ztschr. f. Str.RW. 42, 428.

solche Tatumstände, die der Jurist (nicht notwendig der Handelnde selber) als einen gesetzlichen Tatbestand darstellend erkennt. Danach bleiben für die culpa diejenigen seelischen Sachlagen übrig, in denen zwar der Entschluß des Täters ein körperliches Verhalten zuwege brachte, das objektiv ein tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten ausmacht, aber der Vorsatz in psychologischem Sinne die Rechtswidrigkeit oder jene Tatumstände nicht mit umfaßte; und solche, ihrer Entschlußrichtung nach harmlosen Vorsätze bedeuten juristisch Fahrlässigkeit da, wo unter den obwaltenden Umständen der Entschluß vom Standpunkte der Rechtsordnung aus trotz der Harmlosigkeit seines Inhalts nicht hätte gefaßt werden sollen, d. h. wo der Willensbildungsprozeß selber nicht war, wie er nach Anforderungen des Rechts sein sollte.

Es leuchtet sofort ein, daß sich der Begriff der Fahrlässigkeit wegen des Doppelerfordernisses, das der *dolus*-Begriff an die Entschlußrichtung stellt, gabeln muß: Fahrlässigkeit ist (immer unter der Voraussetzung der rechtlichen Mißfälligkeit des Willensbildungsvorgangs) einmal da gegeben, wo dem Täter die Tatumstände, die seinem Verhalten den Stempel einer tatbestandsmäßigen Handlung aufdrücken, bewußt sind, er vielleicht sogar die Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand vollzieht, seine Entschlußrichtung aber nicht auf Rechtswidrigkeit hinausgeht; und sodann da, wo das tatsächliche Tatbild, auf das sich sein Entschluß richtete, nicht derart ist, daß ein gesetzlicher Tatbestand darauf paßte. Im ersten Falle *Rechtswidrigkeitsfahrlässigkeit*, die ihrerseits wurzeln kann entweder in Fahrlässigkeit mit Bezug auf die Erkenntnis der abstrakten rechtlichen Anforderungen (*error juris*) oder in Fahrlässigkeit mit Bezug auf rechtswidrigkeitsrelevante Tatumstände (*error facti*). Im zweiten Falle *tatbestandliche Fahrlässigkeit* (*error facti*).

Für den Gesetzgeber erhebt sich nun die Frage, wie er diese verschiedenen psychologischen Möglichkeiten wertlich einschätzen will. Daß jede von ihnen *ceteris paribus* unterhalb der schwersten Schuldstufe, des *dolus*, liegt, ist zwar sicher. Aber es ist sehr wohl denkbar, daß die in *error juris* wurzelnde Rechtsfahrlässigkeit schwerer genommen wird, als die auf *error facti* beruhende Fahrlässigkeit; möglich wäre natürlich auch, daß die aus *error facti* entspringende Rechtsfahrlässigkeit für ärger angesehen würde, als die das tatbestandliche Bild berührende. Methodisch läßt sich darüber natürlich nichts ausmachen, da es sich um willensmäßige Stellungnahme handelt. Wohl aber gebietet die Zwecklogik, daß die zum Behufe strengerer Behandlung herausgehobene Fahrlässigkeit nicht dem *dolus* einverleibt werde. Hierin geht der Entwurf — von seinem

eigenen Wertungsstandpunkte aus — fehl. Was er sachlich will, das ist:

1. daß die in error juris gründende Rechtsfahrlässigkeit bei allen gesetzlichen Tatbeständen durch die Bank strafbar sei, doch aber nicht so schwer strafbar sei, wie die entsprechende vorsätzliche Tatbegehung. Das ist durchaus annehmbar¹¹⁸⁾. Aber wenn der Entwurf in § 12 I die hier in Rede stehenden Fälle einesteiis dem Vorsatz eingliedert und anderenteils im selben Atemzuge sagt, sie sollten nicht nach Maßgabe der auf vorsätzliche Tatbegehung gesetzten Strafdrohung strafbar sein, sondern milder, so gibt er damit eben den Rechtsbegriff des Vorsatzes, der ja einzig und allein die Funktion erfüllen soll, das Wertverhältnis zwischen der Schuldstufe und der ihr geltenden Strafdrohung innerhalb der Einzelstrafgesetze zu markieren, zugunsten eines belanglosen psychologischen Vorsatzbegriffes preis¹¹⁹⁾.

2. Das gleiche unlogische Verfahren wendet der Entwurf in § 12 I auch auf die Fälle der aus error facti entquellenden Rechtsfahrlässigkeit an. Hier aber entsteht obendrein die Frage, ob er ernstlich anstrebt, solche Fahrlässigkeit schwerer als die von ihm selber ins Auge gefaßte Fahrlässigkeit zu bestrafen. Denn nach § 11 II soll jedenfalls kein Vorsatz vorliegen, wenn der Täter irrig Tatumstände annahm, die einen Unrechtsausschlußgrund darstellen. Das kann doch nur heißen, daß wenn gerade dieser sein Irrtum ihm zum Vorwurf gereicht, Fahrlässigkeit vorliegt. Das reimt sich nun aber wieder nicht mit § 12 I¹²⁰⁾, und diese Fälle sind denn auch tatsächlich nicht in der Fahrlässigkeitsdefinition des § 14 untergebracht. Hier ist Klärung notwendig. Diese Fälle sind als solche der Fahrlässigkeit zu kennzeichnen, und dann entweder (wenn der Gesetzgeber dies will) ihre grundsätzliche Strafbarkeit bei allen gesetzlichen Tatbeständen anzuordnen oder ihre Bestrafung im gewöhnlichen Rahmen der Fahrlässigkeitsbestrafung zu belassen.

Abgesehen hiervon ist die Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit, die § 14 des Entwurfs gibt, auch insofern zu beanstanden, als hier die tatbestandliche Fahrlässigkeit auf das seelische Verhältnis des Täters zur Tatbestandsverwirklichung selber abgestellt wird, statt nur auf die tatbestandlichen Tatumstände als solche. Nach dem Texte des § 14 würde den Täter — so wenig ihn nach den obigen Darlegungen¹²¹⁾ dolus-Strafe treffen könnte, wenn er den

¹¹⁸⁾ Vgl. Belling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, S. 56; M. Rümelin, Ztschr. f. StrRW. 41, 495 ff.; Kohlrausch a. a. O. 164.

¹¹⁹⁾ Vgl. oben S. 171.

¹²⁰⁾ Vgl. oben S. 242.

¹²¹⁾ S. 243.

gesetzlichen Tatbestand nicht gekannt hat, — Fahrlässigkeitsstrafe treffen, wenn er (womöglich bei vollem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit) der Jurisprudenz so fern stand, daß ihm kein Vorwurf trifft, wenn er nicht zur Erkenntnis des gesetzlichen Tatbestandes vorgedrungen war.

6. Der Versuch nach dem Entwurf.

Wie anderwärts, so hat der Entwurf auch in der Behandlung des Versuchs den richtigen Standpunkt nicht zu finden gewußt. Er verkennt vor allem auch hier, daß es für den Gesetzgeber einesteils nicht gilt, den Versuchsbegriff rein zu erkennen, sondern ihn zu bestimmen, und daß es anderenteils gilt, ihn in engem zwecklogischem Verbande mit seinem eigenen gesamten grundsätzlichen Wertungsstandpunkte funktionell zu bestimmen.

Freilich: Der Entwurf nimmt bewußt eine autoritative Regelung vor. Aber daß er auf eigene Hand vorgeht, wird in der Denkschrift (S. 39) gewissermaßen entschuldigt: „Die Erfahrung habe gelehrt, daß die Frage“ (nach dem Umfang und Wesen des Versuchsbegriffs) „wissenschaftlich nicht zu lösen ist.“ Es wird also unterstellt, daß es eigentlich einen absoluten Versuchsbegriff gebe — nur daß die Wissenschaft nicht imstande gewesen sei, ihn überzeugend klarzustellen; und so wird die eigene Regelung wie eine Art Zerhauung eines gordischen Knotens angesehen. Aber einen von selbst vorhandenen Versuchsbegriff, den der Gesetzgeber nur einfach übernehmen müßte, und den die Wissenschaft für alle empirischen und zu schaffenden Rechtsordnungen allgemeingültig ermitteln könnte, gibt es natürlich nicht. Die Wissenschaft hat es zu tun mit der Inslichtstellung des Versuchsbegriffs im Sinne dieser und im Sinne jener Rechtsordnung. Und wäre es selbst wahr, daß es ihr nicht gelungen ist, den Begriff im Sinne des heutigen deutschen Rechts klarzustellen, so würde nicht dies der Grund dafür sein, daß sich der pro futuro wirkende Gesetzgeber auf eigene Füße stellt, sowie umgekehrt die klarste wissenschaftliche Herausarbeitung des Begriffs nach der lata ihn nicht hindert, einen anderen Versuchsbegriff aufzustellen.

Es ist fast unausbleiblich, daß einem Gesetzgeber, der die eigene willensmäßige Stellungnahme nur als Nothelf vornimmt, auch entgehen wird, daß der Begriff in der Gesamtheit seines Wollens eine zwecklogische Rolle spielt. Die Regelung wird mehr oder weniger ins Blaue hinein planlos ausfallen.

Tatsächlich tun sich auch für die vom Entwurf getroffene Regelung die schwersten Selbstwidersprüche auf. Er wirft sich dem zügellosesten Subjektivismus in die Arme. Objektiv soll

zwar ein Unterschied bestehen zwischen Vorbereitung und Ausführung, und die Vorbereitungshandlungen sollen straflos bleiben. Aber alles Handeln, wie beschaffen es auch war, soll als Versuch strafbar sein, wofern es nicht vollendete Tat war, und der Täter mit Vorsatz handelte, weil solchem Handeln objektiv nur das Negative anzusehen sei, daß es nicht Vollendung war, innerhalb seiner aber keinerlei objektive Scheidungen möglich seien. So soll in Zukunft jeder Mangel an Tatbestand, der volle, wie der teilweise, mit Einschluß des „absolut untauglichen Versuchs“ eben Versuch sein (§§ 23 ff.).

Die Schwächlichkeit dieser Lösung offenbart sich sogleich darin, daß die Scheidung der Fälle einfach auf den Richter abgeschoben wird: § 24 II: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern“ (scil. noch mehr mildern, als es schon prinzipiell durch § 24 I für den Versuch vorgeschrieben ist); „ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden.“ „Denn,“ so sagt die Denkschrift (S. 39), „andererseits läßt sich nicht verkennen, daß es Fälle des Versuchs gibt, wo eine Bestrafung unbillig wäre. Der Entwurf schlägt deshalb einen Mittelweg ein“¹²²⁾.

Stellt man sich die Definition des Versuchs nach dem Entwurf (§ 23 I) klar vor Augen, so besagt sie angesichts des Verzichts auf objektive Merkmale einfach dieses: „Wer mit dem Vorsatz, eine Straftat zu begehen, irgendeine beliebig gartete Handlung vornimmt, begeht, wenn diese nicht eine vollendete Straftat bildet, einen Versuch.“ Damit ist zunächst klipp und klar gesagt, daß die Handlung in keiner Weise einen gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen braucht. Und das ist eine Umwerfung des ganzen Wertungssystems des Gesetzbuchs. Erst ist durchaus prinzipiell für richtig befunden worden, nicht einmal die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zur Strafbarkeit genügen zu lassen, sondern auch noch zu verlangen, daß die rechtswidrige Handlung „Tötung eines Menschen“, „Wegnahme einer fremden beweglichen Sache“ usw. nach Maßgabe des Katalogs der einzelstrafgesetzlichen Tatbestände sei. Und auf einmal sagt dasselbe Willenssubjekt: Ach nein, das meine ich gar nicht so; auch wer weder einen Menschen tötet, noch eine fremde Sache wegnimmt, noch sonst etwas tut, was irgendwie auch nur

¹²²⁾ Vgl. hierzu und zum folgenden Lobe, Dtsch. Richterzeitg. 1921, S. 370; Honig, „Die Polizei“ 18, 298.

entfernt mit einem der Tatbestände etwas zu schaffen hat, soll auch strafbar sein, wenn nur der Entschluß des Täters auf einen der Tatbestände gerichtet war. Natürlich könnte der Gesetzgeber an sich eine zweite Bestimmung dieses Inhalts der ersten hinzufügen; aber er muß sich dessen bewußt sein, daß er damit einen ganz anderen Gedanken einführt, und er müßte klar bewußt die Gründe aufzeigen, weshalb er mit seiner erstmaligen grundsätzlichen Stellungnahme bricht. Davon aber ist nach dem Entwurf keine Rede. Es ist ihm nicht einmal zum Bewußtsein gekommen, daß nunmehr in Wahrheit nicht strafbare Handlungen, sondern strafbare Entschlüsse als Grundbegriff auftreten. Die Unstimmigkeit der neuen Versuchsregelung zu dem eigenen Grundstandpunkt des Entwurfs tritt auch äußerlich markant hervor. Seine eigene *dolus*-Definition läßt überhaupt nicht zu, daß man bei einem Versuch von Vorsatz spricht. Nach § 10 II handelt schuldhaft, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung vorsätzlich usw. verwirklicht. Es gibt also Vorsatz nur bei einer Tatbestandsverwirklichung. Da nun nach § 23 der Versuch gar nichts von Tatbestandsverwirklichung an sich hat, so gibt es bei ihm auch keinen Vorsatz; der Inhalt des § 23 ist somit überhaupt nicht denkbar! Ferner müßte nach dem Entwurf der Versuch unverjährbar sein. Denn nach § 122 beginnt die Verjährung mit dem Tage, an dem sich der gesetzliche Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklicht hat, insbesondere der dazu gehörige Erfolg eingetreten ist. Da sich bei dem Versuch im Sinne des § 23 der gesetzliche Tatbestand auch nicht im geringsten verwirklicht zu haben braucht, liegt die Folgerung auf der Hand.

Man sieht: Bei § 23 ist die prinzipielle gedankliche Einstellung einfach vergessen worden.

Indem der Entwurf rein auf den Entschluß des Täters abstellt, nimmt er auch seine Normierung, daß Vorbereitungshandlungen straflos sein sollen, zum Teil zurück¹²³). Denn wenn der Handelnde eine Vorbereitungshandlung vornimmt, die er für eine Ausführungshandlung hält (wenn er z. B. eine stillstehende Höllenmaschine aufstellt im Glauben, sie sei aufgezogen), so ist er natürlich nach § 23 wegen Versuchs strafbar¹²⁴).

Schlimmer aber, als diese unbewußte Lossagung von der wertfunktionellen Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit ist die

¹²³) Vgl. Gerland, Krit. Bemerkungen zum Entwurf, S. 39.

¹²⁴) Daß § 23 I auch Vorbereitungshandlungen deckt, wird richtig hervorgehoben von Graf Dohna, Jur. Woch.-Schr. 1921, S. 370; Lobe, Dtsch. Richterzeitg. 1921, S. 103; Honig, „Die Polizei“ 18, 298.

gleichfalls völlig unerwogen gebliebene Lossagung von dem Grundpfeiler des Strafrechts, den das Erfordernis der **Rechtswidrigkeit** bedeutet. Indem § 23 ausschließlich auf die Entschlußrichtung beim Täter abstellt, führt er auch solche Handlungen der Strafbarkeit zu, die die Rechtsordnung anstandslos geschehen läßt. Der Blinde, der, von einem Schalksnarren gefoppt, in einer Steinwüste ein brennendes Streichholz an einen Felsen hält im Wahn, er brenne ein Gebäude an, tut etwas, was man ruhig gewähren lassen kann — wo wäre das „contra jus“? Contra jus wäre eben nur sein Entschluß, d. h. es liegt schuldhaftes Innerliches, aber nichts Rechtswidriges vor.

Katastrophal spitzt sich diese Regelung dann zu, wenn das Geschehnis sogar vom Standpunkt der Rechtsordnung aus beifallswert, wenn es vollauf rechtmäßig war. Ein Arzt möchte etwa den X. töten; aber ein guter Genius beschützt den X: der Arzt gibt ihm statt vermeintlichen Gifts eine Medizin ein, die dem an einer Krankheit leidenden X. das Leben und die Gesundheit rettet. Die Lebensrettung ist im Sinne des Entwurfs ein Tötungsversuch!

Wie reimt sich mit alledem der Satz (Denkschrift S. 34), daß für Strafbarkeit Rechtswidrigkeit vorliegen muß, putative Rechtswidrigkeit nicht genügt? Und wenn dieser Satz ernsthaft gemeint ist, wie kann der Versuch „rein subjektiv“ bestimmt, wie kann behauptet werden, daß eine objektive Scheidung innerhalb der Fälle, in denen der Täter eine nicht vollendete Handlung mit Vorsatz begangen habe, nicht möglich sei?

Oder soll etwa die Rechtswidrigkeit eben kraft des § 23 bei allen derartigen Handlungen gegeben sein? Dann wäre doch z. B. die Polizei verpflichtet, den Arzt daran zu verhindern, dem X. die rettende Medizin einzugeben! Und die Krankenschwester, die dem Arzt die rettende Medizin statt des Gifts in die Hand spielt, leistete Beihilfe zu einer rechtswidrigen und strafbaren Handlung! Höher hinauf kann die Konfusion gewiß nicht gehen!

Wie sehr der § 23 mit seinem Subjektivismus einen erratischen Block in dem gesamten Wertungssystem des Entwurfs bildet, wie wenig ein volitivlogischer Denksammenhang durch diesen hindurch geht, tritt auch in folgendem hervor:

Einmal: Der Versuch soll nach § 24 I milder als das vollendete Delikt strafbar sein. Aber wenn der verbrecherische Entschluß als solcher es ist, der ohne jede Hinzunahme von Objektivem das „Ob“ der Strafbarkeit rechtfertigt, so kann doch folgerichtig auch für das „Wie hoch“ der Strafbarkeit nur die

Schwere der inneren Seite entscheiden, und man fragt vergeblich, wie dabei auf einmal die objektive Seite bedeutsam werden soll.

Weiter: Vorbereitungshandlungen sind sichtlich objektiv schon bedeutsam; dennoch und obschon in ihnen der „böse Wille“ sich auch schon „manifestiert“, läßt sie der Entwurf straflos. Und die objektiv *gar nichts* Arges bedeutenden Fälle des „absolut untauglichen Versuchs“ sollen strafbar sein? Das Wertverhältnis erscheint hier auf den Kopf gestellt.

Sehr ergötzlich wirkt auch die Bestimmung über strafbefreienden Rücktritt in Anwendung auf den absolut untauglichen Versuch. Nach § 25 machen „ernsthafte Bemühungen“ um Erfolgshintertreibung straflos. Also wem nach Begehung solch untauglichen Versuchs sofort ein Licht aufgeht, sodaß er natürlich „ernsthafte Bemühungen“ um Hintertreibung des Erfolgs unterläßt, — *der* ist strafbar; der Narr dagegen, der in seinem Wahn befangen bleibt und sich unsinnig um „Erfolgshintertreibung“ abzapfelt, ist straflos.

Endlich ist dem Entwurf nicht in den Sinn gekommen, zu überlegen, daß doch die Bedrohungsdelikte mit dem Versuch Verwandtschaft haben, und es hier gilt, gewisse Wertproportionen einzuhalten. Und so ergibt sich nach dem Entwurf das schreiende Mißverhältnis: Wer einen anderen wirklich mit dem Tode bedroht, den trifft nach § 311 höchstens 1 Jahr Gefängnis, es kann sogar auf Geldstrafe erkannt werden; und wer seine Tötungsdrohung landesgefährlich gestaltet, auch er, der Landzwinger, verfällt nach § 213 einer höchstens zweijährigen Gefängnisstrafe. Wer aber etwas tut, wovon er sich zwar einbildet, daß es einem anderen den Tod bringe, wobei ihn aber alle Mitbewesenden unter allgemeiner Heiterkeit ruhig gewähren lassen, weil es für sie erkennbar ein absolut untauglicher Versuch ist, den trifft die sehr viel schwerere Strafe der versuchten Tötung! Es tritt eben auch hier wieder greifbar hervor, daß die Abstufung der Strafdrohungen nach den Tatbeständen Sinn und Verstand verliert mit dem Augenblicke, in dem hintendrein der Versuchs-subjektivismus sein Unwesen treibt.

Das Motiv für die Entwurfsverfasser für Einbeziehung des absolut untauglichen Versuchs in den Versuchsbegriff ist (abgesehen von der gedanklichen Unklarheit und dem dadurch erzeugten Glauben an ein „non possumus“) das Gefühl gewesen: man könne doch den Fällen des absolut untauglichen Versuchs gegenüber nicht passiv bleiben: „Die Bevölkerung würde das nicht verstehen.“ (Denkschrift S. 39.) Aber wenn ein Gesetzgeber den *Civium ardor prava jubentium* dadurch zur Vernunft

bringen wollte, daß er erklärte: strafen kann ich unmöglich, aber dem, der durch absolut untaugliches Handeln seine Gefährlichkeit erweist, soll durch sichernde Maßnahmen das Handwerk gelegt werden — das sollte die Bevölkerung nicht verstehen? Dann würde sie die vom Entwurf ja herausgearbeitete Scheidung von Strafe und Sicherung überhaupt nicht verstehen. Und was „die Bevölkerung“ nicht haben will, das ist bei rechter Klärung nur das völlige Passivbleiben der Staatsgewalt. Darin hat sie auch ganz recht. Denn wenn sichernde Maßnahmen gegen den am Platze sind, der eine strafbare Handlung verübt hat, so sind sie es in gewissem Sinne noch viel mehr gegen den, dessen Entschluß auf eine strafbare Handlung gerichtet war, sie aber nicht zuwege gebracht hat. Der Erstere ist gewissermaßen „saturiert“; und wenn man ihm neue Straftaten zutraut, so bedeutet das, daß man lediglich aus allgemeinen psychologischen Erwägungen heraus vermutet, er werde neue verbrecherische Pläne schmieden. Wer dagegen seinen ersten Plan nicht durchgeführt hat, bei dem ist schon das Festhalten an diesem ersten Plan mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Und das gilt für die Fälle absolut untauglichen Handelns nicht minder, vielleicht bisweilen sogar mehr, als für die Fälle des Versuchs!

Sollte dann schließlich noch behauptet werden, daß der absolut untaugliche Versuch insofern immerhin auch mit dem Strafgesetz selber zu erfassen sei, als er den Rechtsfrieden störe oder gefährde, so trifft dies natürlich zunächst überhaupt nicht alle Fälle des absolut untauglichen Versuchs: Der Täter kann ja der einzige gewesen sein, der sich im Wahn befand, und alle, die dabei waren, können sich über seine Bemühungen vor Lachen gekrümmt haben. Sodann aber liegt bei den Handlungen, die wirklich jemanden beunruhigt haben, eben wegen dieses — objektiven — Moments eine Handlung vor, die sich zu einer Erfassung als gesetzlicher Tatbestand *sui generis* eignet, der auf den gleichen Grundgedanken hinausläuft wie die „Drohungs“-Tatbestände. So möge der Gesetzgeber einfach zu den §§ 311, 213 einen entsprechenden Zusatz machen, und alles ist in schönster Ordnung.

So sieht der logische Gesundungsprozeß aus, dem der Entwurf zu unterziehen ist. Daß es begrifflich ausgezeichnet „geht“, den wirklichen Versuch vom absolut untauglichen exakt zu scheiden, ist oben S. 180 ff. gezeigt¹²⁵⁾.

¹²⁵⁾ Eine Wiederaufnahme der ominösen Wendung „unter keinen Umständen“ aus dem Kommissionsentwurf zur Charakterisierung des „absolut untauglichen Versuchs“, wie sie Gerland a. O. S. 40 vorschlägt,

7. Die Teilnahmelehre nach dem Entwurf.

Sie ist, um es gleich von vornherein zu sagen, von den schwersten methodischen Fehlern durchwirkt, so daß sich aller Ecken und Enden Unbegreiflichkeiten einstellen.

Vor allem ist es auch hier wieder die Verkennung der gesetzgeberischen Aufgabe: die hier auftretenden Begriffe funktionell im engen Verbande mit dem volitivlogischen Wertungszusammenhang des ganzen Gesetzgebungswerks zu schaffen, die sich schwer rächt. Auch hier der Wahn, man habe Begriffe vor sich, die rein der richtigen Erkenntnis harften, die „von selbst“, d. i. außerhalb des gesetzgeberischen Denkens gegeben seien, während es sich um Begriffe handelt, die der Gesetzgeber einerseits selbst zu prägen hat und bei denen er andererseits doch in Abhängigkeit von dem steht, was für ihn selber als das logische prius schon erledigt ist. Dazu gesellen sich dann noch weitere Verstöße gegen die Logik, die dem unglücklichen Denkgebilde vollends den Rest geben.

Wie oben ¹²⁶⁾ aufgezeigt, liegt der methodische Anfang der gesamten Täterschafts- und Teilnahmelehre bei den strafgesetzlichen Tatbeständen. Wenn § 282 I des Entwurfs sagt: Wer einen anderen tötet, wird mit Zuchthaus bestraft, so ist sofort die Frage: wer ist es, von dem man sagen kann, er habe „einen anderen getötet“. Der, von dem man dies sagen kann, ist der „Täter“ im Sinne dieses Paragraphen, er ist nach diesem Paragraphen zu behandeln; von wem man es nicht sagen kann, der ist nicht „Täter“ und bleibt außer Betracht. Von dieser elementaren Feststellung aus gilt es, denkend weiterzuschreiten¹²⁷⁾. In Beziehung auf das abstrakte Vorstellungsbild „Tötung eines anderen“ treten nun verschiedene tatsächliche Sachlagen in unserem Vorstellen problematisch hervor. Sie ergeben sich daraus, daß entweder nur ein einziger Mensch in Frage steht, der mit der Tatbestandsverwirklichung in Beziehung steht, oder aber mehrere, und in letzterem Falle, daß sich die Art und Weise, wie die Handlungen dieser mehreren äußerlich oder innerlich beschaffen sind, differenziert. Man kann

wäre danach zu vermeiden. Auch bei dem „absolut untauglichen“ Versuch sind immer die z. Z. der Handlung konkret gegebenen Umstände in die Rechnung einzustellen. Es kommt nur darauf an, ob es von ihnen aus nach objektiver Erfahrung zur Tatbestandsverwirklichung kommen konnte oder schlechterdings nicht kommen konnte.

¹²⁶⁾ 184 ff.

¹²⁷⁾ Es sei gestattet, hier und weiterhin immer nur auf den Tatbestand „Tötung eines anderen“ zu exemplifizieren. Was ihm recht ist, ist den anderen Tatbeständen billig. Sie alle haben ja ein jeder im Rahmen des Komplexes der ihm geltenden Strafgesetze die gleiche Funktion.

nun diese verschiedenen Möglichkeiten sehr wohl nach tatsächlichen Kategorien ordnen. Aber worauf es ankommt, das ist und bleibt die Frage: welche dieser Kategorien fallen unter den einzelstrafgesetzlichen Täterbegriff; von wem kann man sagen, er habe „einen anderen getötet“ (Täter) und von wem nicht?

I. Was ein Gesetzgeber unter „Tötung eines anderen“ sich denkt und was er also darunter verstanden wissen will, das ist nun natürlich ganz seine Sache. Aber was er sich darunter denkt, das muß dann im ganzen Begriffssystem festgehalten werden. Sonst wirft der Gesetzgeber den § 282 I wieder um und liefert ihn der Unverständlichkeit aus. Und ebenso müssen sich Unfaßlichkeiten einstellen, wenn ihm das Vorstellungsbild der „Tötung eines anderen“ überhaupt nicht exakt vor der Seele stand.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar. Einmal: Der Gesetzgeber denkt sich unter der „Tötung eines anderen“ jede wie immer geartete Bewirkung des Todes oder Mitwirkung an der Herbeiführung. Wenn er dann noch Bestimmungen über Anstiftung usw. aufstellt, so können diese nur den Sinn haben, bestimmte Kategorien von Tätern auszusondern, um sie besonderer Behandlung (qualifizierender oder privilegierender oder strafbefreiender) zuzuführen. Zu dem § 282 I treten diese Spezialbestimmungen derart hinzu, daß ohne sie der § 282 I auf diese Kategorien Anwendung fände. Sie besagen, daß, „wer einen anderen tötet“, doch nicht nach § 282 I bestraft werden soll, wenn er die „Tötung eines anderen“, die ihm zur Last liegt, in besonderer Weise (als Anstifter usw.) vollbracht hat. Es stehen sich die Einzelstrafgesetze und die Bestimmungen über Anstiftung usw. als *leges generales* und *leges speciales* gegenüber. Umgekehrt: der Gesetzgeber zielt mit seinem „wer einen anderen tötet“ nur auf einen engeren Kreis ab; dann bedeuten die Bestimmungen über Strafbarkeit der anderen, also etwa der Anstifter, daß sie, eben weil von ihnen nicht gilt, daß sie „einen anderen getötet“ hätten, straflos wären, soweit es auf das Einzelstrafgesetz ankommt und erst kraft zusätzlicher Vorschrift der Strafbarkeit zugeführt werden. Die Einzelstrafgesetze und die Zusatzgesetze stehen koordiniert nebeneinander.

Im ersten Falle besteht zwischen den verschiedenen Kategorien insofern kein objektiver Unterschied, als sie alle eben „einen anderen getötet“ haben. Folgeweise gehört bei jedem unterschiedlos zum *dolus* die Vorstellung, daß er „einen anderen töte“. Worin die Spezialmerkmale der Anstiftung usw. liegen sollen, das zu bestimmen ist Sache des Gesetzgebers; aber sie können nur in objektiver oder subjektiver Spezialisierung be-

stehen, unmöglich ist z. B. das Auftreten eines gegensätzlichen dolus.

Umgekehrt im zweiten Falle. Da fallen eben Anstifter usw. aus dem Tatbestande heraus, sie unterscheiden sich schon objektiv von dem Täter, sie haben gerade nicht „einen anderen getötet“. Folgeweise ist auch ihr dolus ein anderer als beim Täter.

Weiter unterscheiden sich die beiden Stellungnahmen auch insofern, als im ersten Falle das der Tatbestandsverwirklichung geltende Einzelstrafgesetz auch für die Spezialfälle maßgebend bleibt, soweit nicht für diese besondere Gründe eingreifen, die den Gesetzgeber veranlassen, Gegenteiliges ausnahmsweise zu bestimmen, während im zweiten Falle die zum Täter hinzugefügten Figuren eine eigene Behandlung erfahren. Ist der Anstifter einer, der „einen anderen tötet“, und gibt es ein Einzelstrafgesetz gegen fahrlässige Verwirklichung dieses Tatbestandes, so fällt darunter auch der fahrlässige Anstifter, soweit nicht das Gegenteil anzuordnen für gut befunden wird; ist der Anstifter nicht im Kreise derer inbegriffen, die „einen anderen töten“, so ist von vornherein offene Frage, was für seine Fahrlässigkeit bestimmt werden soll. Stellt ein gesetzlicher Tatbestand ein höchstpersönliches Erfordernis auf, so gilt dieses im ersten Falle ohne weiteres auch für den Anstifter; im zweiten Falle nicht. Wird der Versuch der „Tötung eines anderen“ für strafbar erklärt, so fällt im ersten Falle ohne weiteres der Anstiftungsversuch darunter; im zweiten Falle nicht.

Der Entwurf zeigt nun ein merkwürdiges Durcheinander der Begriffe. Er arbeitet mit den fünf Kategorien: „Täter“, „mittelbarer Täter“, „Mittäter“, „Anstifter“, „Gehilfe“, die aber in den verschiedensten Beziehungen ineinander verschwimmen und miteinander, logisch genommen, auf Kriegsfuß stehen.

„Täter“ soll nach § 26 I sein, „wer eine Straftat selbst begeht“. Wäre dieser Satz aufgestellt, um zum Ausdruck zu bringen, daß niemand für fremdes Verhalten gestraft werden kann, so läge darin eine sehr richtige Feststellung, aber eine völlig überflüssige; denn im ganzen Bereich der heutigen Gesetzgebung und so auch im Entwurf lauten alle Einzelstrafgesetze und alle Strafdrohungen des allgemeinen Teils dahin: „wer sich so oder so verhält, wird gestraft“; nirgends ein Gesetz, das etwa lautet: „wenn A. sich so oder so verhält, wird B. bestraft“. Aber der Satz will mehr besagen: er will das Kriterium des „Täters“ im Sinne der Einzelstrafgesetze festlegen und einen Gegensatz gegen die übrigen Kategorien (mit Ausnahme der Mittäterschaft) aufrichten. Das tut er aber nicht. Denn auch der unmittelbare

Täter, der Anstifter und der Gehilfe, begehen doch ihre Straftat „selbst“. Eine Straftat, die ich nicht selbst begehe, begehe ich eben überhaupt nicht, und eine solche, die ein anderer begeht, geht mich nichts an. Es ist verkannt, daß es sich bloß um juristische Gesichtspunkte handelt, unter denen das — natürlich — selbsteigene Verhalten eines Menschen bestraft werden soll. Was gemeint ist, das ist vielmehr: es (muß nicht bloß das Verhalten das eigene Verhalten des zu Strafenden sein, sondern es) müssen die tatbestandsmäßigen **Tatumstände selbsteigene** des Handelnden sein, sie müssen auf ihn **unmittelbar**, genauer, ohne Dazwischentreten eines von ihm veranlaßten anderen, zutreffen.

Dieser Sinn erhellt aus § 26 II und § 28 II, die vom mittelbaren Täter bzw. vom Anstifter sprechen: diese beiden Figuren werden begrifflich vom „Täter“ des § 26 I geschieden; mittelbarer Täter und Anstifter sind keine „Täter“, nur wird der Erstere „als Täter bestraft“, der Letztere „wie ein Täter bestraft“. Beide Paragraphen bereiten aber neue Überraschungen, ein jeder in sich, und beide im Zusammenhalt miteinander.

§ 26 II definiert: „Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.“ Das ist zunächst eine Entgleisung im Ausdruck. Ob jemand strafbar ist, hängt natürlich von bestimmten Gegebenheiten selber ab; was sich bezüglich ihrer (gleichzeitig oder nachträglich) „ergibt“, betrifft die außerhalb des Strafrechts liegende Erkenntnis- oder Beweisfrage. Wie abwegig die Formulierung des zweiten Satzes („sich nachträglich ergibt“), ist, zeigt sich schlagend in dem Falle, daß die bei der Tat anwesenden Personen sofort erkannten, daß „der andere“ die Tat vorsätzlich zurechnungsfähig beging; hier ergibt sich diese Sachlage nicht erst „nachträglich“. Der Gedankenfehler ist der gleiche, wie wenn etwa die vorsätzliche Tötung dahin umrissen würde: „Als Mörder wird bestraft, wer auf einen anderen geschossen hat, wenn sich nachträglich ergibt, daß er diesen getötet hat und er mit Vorsatz und Überlegung gehandelt hat.“ Alle derartigen Fehlformeln zerbrechen auch sofort in Stücke, sobald man versucht, ihnen gemäß die schwurgerichtliche Schuldfrage zu formulieren. Wie die Fragestellung gemäß § 26 II Satz 2 aussehen soll, wird niemand zu sagen vermögen.

Was gemeint ist, das ist: mittelbare Täterschaft liege auch vor, wenn der Secundus vorsätzlich zurechnungsfähig gewesen sei, und der Primus ihn irrig als sein bloßes Werkzeug angesehen habe. Damit aber kommen wir vom Regen in die Traufe. Denn nunmehr besagt Satz 2 das gerade Gegenteil des ersten Satzes in § 26 II. Der erste Satz stellt als begriffliches Erfordernis die Vorsatzlosigkeit des Secundus auf, der zweite widerruft dies. Ein klassischer Vorstoß gegen das logische Gebot der geschlossenen, in sich fertigen Begriffsbildung!

Genau die gleichen Fehler haften dem Anstiftungsparagraphen 28 I an. „Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat,“ sagt Satz 1. Satz 2 fügt hinzu: Nein, das ist doch nicht so, „Anstiftung liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war“.

Und vergleichen wir nun § 26 II und § 28 II miteinander, so stellt sich verblüffend heraus: mittelbare Täterschaft und Anstiftung sind begrifflich absolut identisch¹²⁸): Die beiden Sätze des § 26 II zusammengenommen zeichnen das Bild des mittelbaren Täters dahin: er bestimmt einen anderen zu einer Straftat, mag dieser andere mit oder ohne dolus, mit oder ohne Zurechnungsfähigkeit, gehandelt haben; ganz das gleiche Bild eröffnet § 28 I aber für die Anstiftung! Das Unterscheidende muß man erraten, da es nicht ausgedrückt ist: gemeint ist: mittelbarer Täter ist, wer richtig oder falsch den anderen für nicht zurechnungsunfähig oder nicht in dolo befindlich ansieht; Anstifter, wer den anderen richtig oder falsch für zurechnungsfähig in dolo befindlich ansieht.

Die Entwurfsregelung läuft also auf folgendes hinaus: Mittelbarer Täter und Anstifter sind einesteils begrifflich vom Täter objektiv geschieden; man kann von keinem von ihnen sagen, daß er „einen anderen getötet“ habe, sie fallen nicht unter § 282 I und würden straflos sein, wenn keine Zusatzregelung erfolgte. Diese erfolgt nun so, daß das „Bestimmen (oder Veranlassen) eines anderen zur Tötung eines (wiederum) anderen“ hinzugefügt wird. Diese objektiv einheitliche Figur, der dann natürlich ein einheitlicher Dolus entspricht, zerlegt sich dann in die zwei Figuren der mittelbaren Täterschaft und der Anstiftung so, daß die Vorstellung des Handelnden von der Geistesverfassung des anderen, einerlei, ob richtig oder nicht, differenzierend wirkt.

¹²⁸) Vgl. auch Mezger, DStrRZ. 8, 207.

Alle 3 Figuren aber wiederum werden einheitlicher Wertung unterstellt: der unmittelbare Täter und der Anstifter werden jener „als Täter“, dieser „wie ein Täter“ bestraft.

War nun diese Gleichwertung das Ziel der Regelung, so konnte der Entwurf das einfacher haben. Wozu dann überhaupt 3 Begriffe, da doch nur e i n e juristische Funktion? Dann genügt doch die Erklärung: mit dem „wer“ in jedem Einzelstrafgesetz sei unterschiedlos derjenige gemeint, der den Tatbestand unmittelbar oder durch einen anderen verwirklichte und im letzteren Falle ohne Unterschied, ob dieser andere den Tatbestand vorsätzlich schuldhaft verwirklicht oder nicht.

Aber freilich: Diese Wertgleichsetzung hat doch sehr ihren Haken: es ist gar nicht wahr, daß der mittelbare Täter „als Täter“, der Anstifter „wie ein Täter“ strafbar sind. Wäre das wahr, so müßten folgerichtig fahrlässige Anstiftung und fahrlässige mittelbare Täterschaft im gleichen Umfange wie fahrlässige Täterschaft strafbar sein. Aber beide sind straflos: §§ 26 II und 28 I erfordern Vorsatz. Das bedeutet übrigens gegenüber dem geltenden Recht eine Änderung insofern, als nach diesem fahrlässige mittelbare Täterschaft strafbar ist: Weshalb diese Änderung, ist nicht ersichtlich¹²⁹⁾! Weshalb soll die fahrlässige Herbeiführung des Todes eines anderen durch ein persönliches „Werkzeug“ anders bewertet werden, als die durch Auslösung unpersönlicher Kräfte begangene?

Wäre die Wertgleichstellung wahr, so müßte ferner der Versuch gleichbehandelt werden; aber Anstiftungsversuch ist straflos, Versuch bei der mittelbaren Täterschaft strafbar — ein Ergebnis, das angesichts des angeblich rein psychischen Unterschieds zwischen beiden Figuren nicht recht erklärlich ist.

Spürt man den Beweggründen nach, die zu der verunglückten Regelung geführt haben, so wird man inne, daß diese lediglich dazu dienen soll, im Interesse der Straferechtigkeit die Bestrafung dessen zu ermöglichen, der einen von ihm für geistig gesund gehaltenen Geisteskranken zu seinem Verhalten veranlaßt hat. Nach geltendem Recht ist ein solcher Täter nicht strafbarer Täter im eigentlichen Sinne, denn es gebrach ihm am Tätersvorsatz; er ist auch nicht strafbarer Anstifter, denn er hat nicht zu einer „strafbaren Handlung“ angestiftet, da zu dieser die Schuld als Handelnden gehört. Der Entwurf glaubt hier dadurch Abhilfe bringen zu können, daß er das „Prinzip der Akzessorietät der Anstiftung“ aufgibt und mittelbare Täterschaft und Anstiftung objektiv in Eins verschmilzt. Hier

¹²⁹⁾ Zutreffend Gerland a. O. 33.

läuft eine Selbsttäuschung über Sinn und Reichweite der „Akzessorietät“ unter. In Wahrheit schränkt der Entwurf die Akzessorietät der Anstiftung nur in einem Punkte ein, im übrigen läßt er sie nicht nur bestehen, sondern dehnt sie in diesem Umfange auf die (bisher nicht-akzessorische) mittelbare Täterschaft aus. „Akzessorisch“ war die Anstiftung bisher zunächst begrifflich, insofern sie nicht in den gesetzlichen Tatbeständen inbegriffen war und auch keinen eigenen gesetzlichen Tatbestand ausmachte, sondern immer nur im Zusammenhalt mit einem solchen in Betracht kam, womit dann die Akzessorietät der Strafdrohung Hand in Hand ging. Akzessorisch war sie zweitens, insofern eine wirklich begangene Haupttat mit allen Merkmalen einer strafbaren Handlung (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) zu den begrifflichen Merkmalen der Anstiftung gehörte. Der Entwurf tilgt nun das Erfordernis der Schuldhaftigkeit der Haupttat. Alles übrige bleibt wie es war. Und das eigentlich Hauptsächliche ist nun, daß die so eingeschränkte Akzessorietät auch auf die mittelbare Täterschaft übertragen wird, insofern deren Unterschied von der Anstiftung lediglich in ein zum Vorsatz hinzutretendes psychisches Moment verlegt wird. Vom mittelbaren Täter gilt, wie vom Anstifter, daß von ihm nicht gesagt werden darf, er habe „einen Anderen getötet“, er ist arg. § 26 I verglichen mit § 26 II eben nicht „Täter“; auch gibt es keinen Tatbestand *su generis* „mittelbare Täterschaft“, sondern der Begriff kann nur in bezug auf die vorhandenen gesetzlichen Tatbestände vollzogen werden. Und weiter verlangt die mittelbare Täterschaft eben auch wie die Anstiftung eine „Haupttat“ eines Täters, nur daß — wie jetzt auch bei der Anstiftung — bei dieser keine Schuldhaftigkeit vorzuliegen braucht. Die Verurteilung wegen mittelbarer Täterschaft wie wegen Anstiftung erfolgt nicht, weil der betreffende „einen Anderen getötet“, sondern weil er einen Anderen dazu veranlaßt hat, einen (wiederum) Anderen zu töten.

Setzt nun die mittelbare Täterschaft ein Bezugsverhältnis zu einer von einem Anderen rechtswidrig begangenen Tatbestandsverwirklichung voraus, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Auf der einen Seite: Wenn das, was Secundus getan hat, bei ihm keine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung ist, so entfällt die Strafbarkeit des Primus. Hat z. B. der geisteskranke Secundus auf Einflüstern des Primus sich das Leben genommen oder seine eigene Sache zerstört, so ist Primus weder Täter, denn er hat nicht die „Tötung eines Anderen“ bzw. die Beschädigung einer fremden Sache „selbst“ begangen, um mit § 26 I zu sprechen; noch auch mittelbarer Täter, denn Secundus hat nicht „eine Straftat“ „ausgeführt“

(§ 26 II), da er nicht „einen Anderen“ getötet, nicht eine „fremde“ Sache zerstört hat.

b) Umgekehrt: Wenn das, was Secundus getan hat, bei ihm eine schuldlose rechtswidrige tatbestandsmäßige Handlung ist, so ist Primus, der ihn dazu vermocht hat, nach Maßgabe des Strafgesetzes strafbar, das auf Secundus Anwendung fände, wenn er mit der erforderlichen Schuld gehandelt hätte. Hat z. B. ein geisteskranker Beamter sich auf Veranlassung des Primus bestechen lassen, so ist dieser Letztere wegen Bestechlichkeit, also Amtsvergehens, strafbar; hat der geisteskranke Secundus, durch Primus dazu gebracht, Blutschande oder Ehebruch begangen, so wird Primus wegen von ihm begangener Blutschande bzw. Ehebruchs bestraft.

Zu der hiermit angestoßenen Frage nimmt der Entwurf in § 30 I Stellung: „Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen.“ Diese (für den Anstifter durchaus sachgemäße) Bestimmung bricht nun von der ersten Konsequenz (a) gar nichts ab. Denn § 30 I besagt nur, daß die „besonderen Eigenschaften“ (wenn man hier überhaupt von solchen reden kann) nicht auch bei dem mittelbaren Täter vorzuliegen brauchen, nicht aber, daß ihr Vorliegen bei letzterem das Nichtvorliegen bei Secundus ersetzen könne. In Ansehung der zweiten Konsequenz (b) enthält § 30 I eine ausdrückliche Bestätigung; er zieht eben hier selber die Konsequenzen der Akzessorietät der mittelbaren Täterschaft. Der Entwurf wandelt hier in den Spuren Bindings, dessen Begriff der „Urheberschaft“ auf seine Weise verwendend. Nun erheben sich hier aber sachlich, vom wertenden Standpunkt aus, schwere Bedenken¹³⁰). Die gesetzlichen Tatbestände, soweit sie auf Vorhandensein bestimmter persönlicher Beziehungen Gewicht legen, haben damit gerade zum Ausdruck bringen sollen, daß dem Vorstellungsbilde ohne diese Beziehungen das wertlich Charakteristische fehlt. So verständlich es auch ist, daß dann weiterhin die Strafbarkeit sub titulo der Anstiftung unabhängig davon gestellt wird, ob der Anstifter selber den persönlichen Erfordernissen genügt, so wenig geht es an, der Beamtenbestechlichkeit, dem Ehebruch, der Blutschande das Verhalten dessen einfach gleichzustellen, der Geisteskranke zu solchem Verhalten gebracht hat. Sind diese „Urheberschaften“ strafwürdig, so erheischen sie ihre eigenen gesetzlichen Tatbestände. Ganz augenscheinlich ist sich der Entwurf auch der Tragweite des § 30 I gar nicht bewußt geworden. Ein Haupt-

¹³⁰) Vgl. auch Gerland a. O. 36.

kapitel, in dem sich der Grundgedanke des § 30 I bewähren müßte, ist das Meineidskapitel. Hat Secundus einen falschen Eid geschworen, von Primus dazu veranlaßt, so ist nach § 30 I Primus, der den Secundus als geisteskrank angesehen hat, nach § 26 II als Meineidshaupttäter mit der regelrechten Meineidsstrafe strafbar, und zwar einerlei ob Secundus wirklich geisteskrank oder -gesund war; denn die „Besonderheit“ der Einsetzung des Gewissens lag bei Secundus vor, und es ist nach § 30 I gleichgültig, ob sie auch bei Primus vorlag. Aber §§ 222/3 regeln die Veranlassung zu falschem Eide im Anschluß an StGB. 159/160 besonders. Nun schließt die Logik solche Sonderregelung natürlich nicht aus. Aber das Regelungs-subjekt muß sich des gedanklichen Zusammenhangs bewußt sein und sagen können, warum es vom wertenden Standpunkte aus es für die herausgehobenen Fälle nicht bei der Grundregel läßt. Daß und weshalb für die Herbeiführung eines Falscheids von § 30 I ausnahmsweise abgegangen wird, läßt aber der Entwurf beiseite liegen.

Abhilfe gegenüber allen diesen methodischen Fehlgängen ist unschwer zu bringen¹³¹). Der Gesetzgeber möge sich fragen, ob nicht die durch einen nicht oder nicht in vollem Umfang verantwortlichen Anderen vollzogene Tatbestandsverwirklichung nicht dem Werte nach durchaus gleichbedeutend ist mit der „unmittelbar“ vollzogenen Tatbestandsverwirklichung. Bejaht er dies, und er wird es sicher bejahen, so ist funktionell ein einziger beide Möglichkeiten umspannender Begriff der „Täterschaft“ gegeben. Der Eine wie der Andere hat dann eben im Sinne der Einzelstrafgesetze „einen Anderen getötet“. Die Einzelstrafgesetze finden dann ohne jede Modifikation Anwendung auf den mittelbaren Täter; er ist auch bei Fahrlässigkeit, auch wegen Versuchs strafbar, und bei persönlichen Merkmalen kommt es nur darauf an, ob sie bei ihm vorlagen. Für die danach ungedeckt bleibenden „Urheberschaften“ bedarf es dann besonderer Erwägung, ob sie nach Art des § 160 StGB. die Aufstellung besonderer Einzelstrafgesetze nach sich ziehen sollen. Die Anstiftung endlich mag bleiben, was sie jetzt ist: die Zweit- und Mitverantwortlichkeit neben einem Erstverantwortlichen.

Wird dann die dolus-Lehre dahin ausgebaut, daß der dolus nicht notwendig die Entschlußrichtung auf die Tatumstände voraussetzt, die gerade den vom Täter objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, daß vielmehr auch die Annahme der einen anderen Tatbestand entsprechenden Tatumstände genügt, und dann die Strafdrohung für anwendbar erklärt wird, die sich an den

¹³¹) Vgl. zum folgenden oben S. 188 ff.; vgl. auch Wachenfeld Arch. f. RPhil. 15 85.

objektiv verwirklichten Tatbestand anheftet, wenn der täterische Entschluß einem gleich- oder höherwertigen Tatbestand entspricht, sonst diejenige Strafdrohung, die dem täterischen dolus entspricht¹³²⁾, — so bedarf es nun nur noch der Übertragung dieses Äquivalenzgedankens auf gesetzliche Tatbestände und tatbestandliche Erscheinungsformen im Verhältnis zu einander, — und das eigentliche Ziel, dem die Teilnahmeregelung des Entwurfs zustrebt, ist erreicht: Tätersvorsatz und Anstiftersvorsatz sind nunmehr auswechselbar, und es ereilt auch den mit Tätersvorsatz handelnden Anstifter und den mit Anstiftersvorsatz handelnden Täter die verdiente Strafe¹³³⁾.

II. Von nicht minder schweren Denkfehlern ist die Entwurfsregelung der Beihilfe durchzogen.

Hört man die Denkschrift (S. 44), so muß man glauben, der Entwurf verschreibe sich mit Haut und Haar der subjektiven Theorie: „Die Fassung (des Mittäter-Paragraphen 27) stellt gemäß der Rechtsprechung des Reichsgerichts klar, daß sich Mittäterschaft und Beihilfe nur durch die Richtung des Vorsatzes unterscheiden. Der Mittäter will selbst zusammen mit dem Anderen eine Straftat begehen, der Gehilfe eine fremde Tat fördern. Darauf, ob die äußere Tätigkeit sich als Vorbereitung, Unterstützung oder Ausführung darstellt, kommt es nicht an.“ Schon die ersten Worte lassen fast mit Sicherheit auf einen methodischen Fehler im Ausgangspunkte schließen: als seien die Begriffe der Beihilfe und der Mittäterschaft allgemeingültige zeitlose Kategorien, die es nur zu erkennen und „festzustellen“ gelte, als seien es nicht funktionelle Zwecksystembegriffe, die erst entsprechend der Rolle, die sie spielen sollen, zu prägen sind. Und insbesondere: „gemäß“ der Rechtsprechung des Reichsgerichts? Die Auffassung des Reichsgerichts, gesetzt selbst, sie sei für das geltende Recht richtig, kann doch für den Gesetzgeber nicht maßgebend sein, da sie eben nur Auffassung vom Sinne des geltenden Rechts ist. Übernimmt sie der Gesetzgeber, was ihm freisteht, so trifft er eine Normierung, wie sie nach Meinung des Reichsgerichts schon für das heutige Recht gilt, aber nicht „gemäß“ ihr.

¹³²⁾ Oben S. 166, 192.

¹³³⁾ Keine durchgreifende Abhilfe würden die Vorschläge Mezgers DStrRG. 8, 207 bringen. Er ordnet die mittelbare Täterschaft in die Kategorie der Anstiftung ein. Damit ist die funktionelle Verschiedenheit der sekundären und der primären Verantwortlichkeit verschoben, und es ergibt sich, gewiß zweckwidrig, daß die versuchte Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft wie der Anstiftungsversuch straflos bleibt. Wenn Mezger sodann hinsichtlich der strafbarkeitbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bestimmt wissen will, daß deren Vorliegen bei einem der Beteiligten für die Strafbarkeit aller genügen soll, so trägt dies viel zu weit, wie aus unseren obigen Darlegungen ersichtlich geworden sein dürfte.

Dabei verfällt nun die Denkschrift sogleich ganz wie das Reichsgericht in den Fehler, zu meinen, die subjektive Theorie spalte die Begriffe Täter und Gehilfe nach Maßgabe eines gegensätzlichen Inhalts des Vorsatzes. Hier werden der juristische dolus-begriff und der psychologische Vorsatzbegriff nicht auseinandergehalten¹³⁴⁾. Ist die Voraussetzung richtig, daß Täter und Gehilfe objektiv ununterscheidbar seien, so heißt das — am Beispiel des § 282 I klarge stellt —, daß man vom Gehilfen genau wie vom Täter sagen muß, er habe „einen Anderen getötet“. Ist aber innerhalb der „Tötung eines Anderen“ zwischen jenen Spielarten kein begrifflicher Unterschied, so gibt es eben nur einen einheitlichen dolus der „Tötung eines Anderen“, der keine Zerlegung duldet. Hat das Hinreichen der Mordwaffe die objektive Bedeutung, „Tötung eines Anderen“ zu sein, so macht der dementsprechende Entschluß eben den Vorsatz aus, „einen Anderen zu töten“. Erst jenseits des dolus kann dann die Zerlegung einsetzen: das Interesse an dem Vorkommnis, die Absicht des Handelnden, die aber gerade nicht dolus-Elemente sind, sondern psychologische Zusätze, können dann zu Spezialisierungen benutzt werden; es gibt dann einen Täterdolus mit Täterinteresse und einen solchen mit Gehilfeninteresse. Die Ausdrucksweise, wonach Tätervorsatz und Gehilfenvorsatz koordiniert gegensätzlich sind, trifft für die objektive Theorie zu; für die subjektive ist sie ein Überbleibsel aus der Zeit, in der die „Absicht“ mit dem dolus zusammengeworfen wurde. Zu dem Entwurf (§ 13 II) und der Denkschrift paßt sie nicht mehr.

Der Gedankengang der subjektiven Theorie ist also der: Eigentlich umfaßt jedes einzelne Strafgesetz des besonderen Teils den Gehilfen mit. Da dies aber zu hart erscheint, weil derjenige, der die Tat nur einem Anderen zu Liebe verübt hat, schuldwertlich nicht auf der gleichen Höhe steht, wie der pro se ipso Handelnde, so wird nachmals die Beihilfe aus den Strafgesetzen herausgenommen. Die Beihilfegesetze haben dann das Gepräge:

„Wer vorsätzlich einen Anderen tötet, wird, wenn er die Tat nur in fremdem Interesse begeht, nur mit . . . bestraft;“ für den § 282 I übt das die Wirkung, daß in diesen nunmehr als subintelligendum einzustellen ist: „wenn er die Tat im Eigeninteresse verübt“. Sofort erhellt, daß die ganze subjektive Theorie nur auf zwei Arten von Tätern hinausläuft, und mit der Teilnahmelehre nichts zu tun hat. Der Gehilfe ist nicht durch Akzessorietät charakterisiert, sondern einfach ein privilegierter „Täter“, vergleichbar dem durch Provokation gereizten Totschläger des § 213 StGB.

¹³⁴⁾ Vgl. dazu oben S. 197.

Es handelt sich gar nicht mehr um Auseinanderlegung der Verantwortlichkeitsanteile mehrerer, vielmehr um isolierte Betrachtung jedes Handelnden für sich. Ob der im fremden Interesse Handelnde allein steht, oder ob noch ein anderer da ist, der mit animus auctoris mitwirkt, kann von dem gewählten Ausgangspunkte aus gewiß keinen Unterschied im Werte bedingen. Der animus socii und die darauf gerichtete Gehilfenschaft sind nicht identisch mit dem Interesse an der Tat als einer an sich einem fremden Interessenkreise zugehörigen, sondern nur eine Spielart dieses Interesses. Der zweckrichtig denkende Subjektivist wird deshalb überhaupt nicht mehr von „Beihilfe“ reden, sondern nur von einem Täter zweiten Grades.

Aber der Entwurf selber ist anderen Geistes, als die Denkschrift. Er ist weit davon entfernt, die zwecklogischen Gedankenzusammenhänge des Subjektivismus durchzuführen. Denn „ach, schon auf des Weges Mitte — entfernten sich“ zwar „die Begleiter“ nicht, aber — gesellte sich zu dem Begriff des Täters für Fremdinteresse als wesensfremder Begleiter der „Anderer“ hinzu, der Entwurf hält an der Akzessorietät fest. Nur derjenige im Fremdinteresse Handelnde ist strafbar (und heißt deshalb „Gehilfe“), der vorsätzlich einem Anderen, der den Tatbestand eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verwirklicht hat, durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat. Die klare Folge ist die, daß derjenige nicht bestraft werden kann, der im Fremdinteresse allein tätig geworden ist. Hat der Bauer dem Knecht erklärt, er wolle sein Anwesen niederbrennen, der Knecht möge ihm anzünden helfen, und hat der Letztere dienstwillig das Haus in Brand gesetzt, während der Bauer aus irgend welchen Gründen nicht mitgemacht hat, so ist nach dem Entwurf der Knecht nicht strafbar. Denn er ist seiner Geistesrichtung nach „Gehilfe“, aber wegen Fehlens der Haupttat paßt § 29 I auf ihn nicht! Ja sogar: wenn A den X, dessen Leben oder Sterben ihm gleichgültig ist, tötet, weil er damit dem B einen Gefallen tun will, so ist er nach § 29 I wiederum straflos!

Die widernatürliche Verbindung der Akzessorietät mit dem Subjektivismus zeitigt ferner das komische Resultat, daß möglicherweise sämtliche Tatbeteiligte nur „Gehilfen“ sind, ohne daß doch ein mit animus auctoris Handelnder da wäre. Haben A und B zusammen den X totgeschlagen und glaubte A dem B, B dem A damit einen Gefallen zu tun, dann ist zwar einesteils keiner Haupttäter, da der animus auctoris fehlt, anderenteils aber jeder ein im Interesse des „den Tatbestand verwirklichenden“ Anderen tätig, also Gehilfe.

Die Unzuträglichkeit der Regelung wird dadurch nur noch gesteigert, daß der Entwurf die Akzessorietät nur in dem abgeschwächten Sinne nimmt, wonach bei dem Haupttäter nicht notwendig Schuld vorzuliegen braucht, und es gleichgültig ist, ob der „Gehilfe“ über Vorliegen oder Nichtvorliegen von Schuld beim Haupttäter die richtige oder eine falsche Vorstellung hatte (§ 29 I). Danach ist auch derjenige Gehilfe, der irgend wem zuliebe, ohne „animus auctoris“ einem ihm als geisteskrank bekannten Geisteskranken die Mordwaffe in die Hand drückt¹³⁵). Weshalb solche Handlungsweise nur Beihilfe sein soll, ist nicht einzusehen. Sie gehört natürlich bei zweckrichtiger Wertung in das Kapitel der mittelbaren Täterschaft.

Und nicht genug damit, daß der Entwurf den Akzessorietätsgedanken aufnimmt und schon dadurch das subjektivistische Gedankenwerk verwirrt: er geht schließlich mit fliegenden Fahnen zum Objektivismus über¹³⁶); die Verwendung der Akzessorietät war nur das Vorspiel davon. § 29 I verlegt das Charakteristische der Beihilfe darein, daß der Handelnde zu der von einem Anderen besorgten Tatbestandsverwirklichung Hilfe leistet. Damit wird also klar gesagt, daß bei dem Gehilfen nicht auch Tatbestandsverwirklichung, sondern „Hilfe dazu“ vorliegt. Das ist ein objektiver Unterschied. Der titulus für die Verurteilung als Gehilfe ist nicht, daß er „einen Anderen getötet“ habe, sondern daß er, A, dazu „Hilfe geleistet“ habe, daß B „einen Anderen tötete“. Der Subjektivist kann sich so natürlich nicht ausdrücken. Ihm ist ja kein objektiver Unterschied zwischen den Verhaltensweisen erkennbar, d. h. so lange er nicht mehr weiß, als daß A und B bei der Tötung des X zusammengewirkt haben, muß er die Entscheidung darüber ablehnen, ob einer von ihnen oder beide Gehilfen oder Täter sind; jede Mitwirkung bei der Tötung kann Beihilfe oder Täterschaft sein; die Formel „Tötung eines Menschen“ paßt auf beide. Beide

¹³⁵) Dabei taucht übrigens die Frage auf, ob ein solcher Handelnder im Sinne der subjektiven Theorie selber überhaupt Gehilfe sein kann. Gerland a. O. 31, Anm. 1, verneint die Frage: ein so Handelnder könne sich nicht als „socius“, sondern nur als „auctor“ fühlen. Indessen ist der eigentliche Kerngedanke der subjektiven Theorie doch der, daß es auf das Hineinfallen der Tat in den eigenen oder in einen fremden Interessenkreis ankommt. Wenn nun der Handelnde dahin zielt, nur den zurechnungsunfähigen Anderen in seinem Interessenkreise besser zu stellen, so hat er in der Tat nur den animus socii. Richtig ist aber, daß nach § 29 I auch derjenige in Widerstreit mit der subjektiven Theorie zum Gehilfen erklärt wird, der aus Eigeninteresse heraus dem von ihm als schuldunfähig erkannten Zurechnungsunfähigen beigestanden hat.

¹³⁶) Daß die Entwurfsdefinitionen objektivistisch sind, betont auch Me z g e r, D. StrRZ. 8, 207.

haben ganz wie Mittäter eine Straftat gemeinsam begangen; beide wie Mittäter jeder zu seinem Teil den Tatbestand verwirklicht. Nicht „Hilfeleistung“ ist für den Subjektivisten das Kriterium, denn auch Mittäter muß er als solche ansehen, die einander Hilfe leisten; sondern der Wille, ausschließlich dem anderen gefällig zu sein. Daß der Entwurf es mit der subjektivistischen These von der objektiven Ununterscheidbarkeit der auf einen gesetzlichen Tatbestand bezogenen und hinzielenden Tätigkeiten nicht ernst meint, kann übrigens dem nicht überraschend kommen, der sich an die Behandlung der „Vorbereitungshandlungen“ im Versuchskapitel des Entwurfs erinnert. Diese werden, so subjektivisch die Versuchslehre selbst auch ist, als objektiv von der Ausführung verschieden behandelt. Das bedeutet also, das Laden einer Schußwaffe fällt noch nicht in das Vorstellungsbild „Tötung eines Anderen“ hinein. Und nun sollte es auf einmal anders sein, wenn der Handelnde nicht pro se, sondern pro alio die Schußwaffe lädt, dann sollte auf einmal es möglich sein, es in dieses Vorstellungsbild einzubeziehen? Mag immer der Gesetzgeber Vorbereitung pro se straflos lassen (weil der Handelnde selber die Tatbestandsverwirklichung in der Hand hat) und die Vorbereitung pro alio strafen (weil er damit die von ihm vielleicht nicht mehr zu beschwörende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung durch den Anderen heraufführt oder verstärkt), logisch begrifflich kann er nicht dort die Scheidbarkeit, hier die Unscheidbarkeit des Vorstellungsbildes „Vorbereitung“ behaupten, nicht dort sagen, Laden der Waffe sei etwas anderes als „Tötung eines Anderen“, hier dagegen, sie sei eine solche.

So ist die Regelung der Beihilfelehre im Entwurf ganz verfahren, wie es ein subjektivistisch sein wollender Objektivismus sein muß. Wiederum aber ist methodische Abhilfe unschwer zu bringen. Der Gesetzgeber überlege sich, zu welchem Zwecke er überhaupt den Sonderbegriff aufstellt. Er wird unzweifelhaft seine in den Einzelstrafgesetzen ausgeprägten gesetzlichen Tatbestände nicht so verstanden wissen wollen, daß jede Bedingungssetzung für ihre Verwirklichung eine „Ausführung“ darstellt, sondern entsprechend dem Lebenssprachgebrauch so, daß nur gewisse zentrale Betätigungen in das Vorstellungsbild hineinfallen¹³⁷); und er wird nun das Bedürfnis empfinden, gewisse peripherische Betätigungen, die zu dem Tatbestand in Beziehung stehen, nämlich die Ermöglichungshandlungen, gleichfalls unter Strafe, und zwar unter relativ geringere, also unter eine Strafdrohung zu stellen, die sich proportional der jeweils in Frage stehenden tatbestandlichen Strafdrohung an-

¹³⁷) Vgl. oben S. 196 ff.

schmiegt. Er wird weiter erwägen, daß solche Ermöglichungshandlungen dann, wenn die Tatbestandsverwirklichung nicht nachgefolgt ist, eher ignoriert werden können, als solche, denen diese gefolgt ist, und wenn er jene ganz straflos lassen zu können meint, zur Akzessorietät der Beihilfe gelangen. Diese ist also Zweit-Verantwortlichkeit neben einem Hauptverantwortlichen und darum „Teilnahme“. Will er daneben darauf Gewicht legen, ob ein Handelnder im Eigeninteresse oder einem anderen zuliebe gehandelt hat, so mag er das anderwärts zum Ausdruck bringen; mit der Teilnahme hat dieses Moment nichts zu schaffen.

Wenn dann so das Wesen der Beihilfe, funktionell erfaßt, bloße Nebenverantwortlichkeit ist, so ist sofort der charakteristische Gegensatz gegen den Täter mit Einschluß des Mittäters zur Stelle. Täter ist, wer verantwortlich genau das tut, was der Tatbestand umreißt. Ist derjenige, der den Tatbestand verwirklicht, dafür nicht verantwortlich und hat das der, der die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht hat, gewußt, so rückt natürlich der letztere zum Range des primär Verantwortlichen auf; der begriffliche Ausdruck dafür ist, daß man jetzt, was man sonst nicht könnte, von ihm sagen kann, daß er („durch den Anderen“) „den Tatbestand verwirklicht“, daß er den Dritten getötet hat, d. h. er ist mittelbarer Täter und nicht mehr bloßer Gehilfe.

Die Fälle endlich, in denen der Handelnde objektiv nur Beihilfe geleistet hat, während er den Anderen für geisteskrank hielt, oder umgekehrt mittelbarer Täter war, während er den Anderen für geistig gesund ansah, erledigen sich durch die Übertragung des Äquivalenzgedankens beim dolus auf das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Tatbestand und der Erscheinungsform der Beihilfe¹³⁸⁾.

8. Weitere Bemerkungen zum Entwurf.

Wie im vorstehenden aufgezeigt, sind es — leider — gerade die grundlegenden Partien, in denen der Entwurf methodisch mißraten ist. Auch im übrigen wird hie und da bessernde Hand angelegt werden müssen. Ich lenke die Aufmerksamkeit namentlich auf folgende Punkte:

1. Der Entwurf kennt, wie das geltende Recht, vorsätzliche Delikte, die durch den Eintritt des Todes eines Menschen qualifiziert sind, so Körperverletzung, Brandstiftung, Überschwemmung usw. (§§ 264, 294). In allen diesen und gleichliegenden Fällen soll aber im Gegensatz zum StGB. die schwerere Strafe nur Platz greifen, wenn der Täter die Folge wenigstens als möglich voraus-

¹³⁸⁾ Oben S. 166, 192.

sehen konnte, § 17. Man wird die hiermit vollzogene Abschaffung der Erfolgshaftung, bei der die Folge eine rein objektive Bedingung der Strafbarkeit war¹³⁹⁾, freudig begrüßen müssen. Aber wenn nunmehr der Tod zur Fahrlässigkeit zurechenbar sein muß, erscheint die Handlungsweise des Täters einfach als fahrlässige Tötung in idealer Konkurrenz mit vorsätzlicher Körperverletzung, Brandstiftung usw., und diese Idealkonkurrenz wirkt hier als qualifizierender Umstand. Damit geht der Entwurf ab von der allgemeinen Regel, die für Idealkonkurrenz aufgestellt ist: § 32 folgt wie das StGB. dem Absorptionssystem, d. h. es greift nur Strafzumessung nach der unqualifizierten *lex poenalis major* Platz. Daß die §§ 264, 294 usw. mit § 17 das in § 32 aufgestellte Prinzip durchbrechen, ist aber vom Entwurf nicht einmal beachtet, geschweige denn begründet worden. Es liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts vor. Wer z. B. unbefugt gejagt (§ 394) und dadurch fahrlässig einen Anderen ums Leben gebracht hat, für den bewegt sich die Strafzumessung nur innerhalb der für unbefugtes Jagen ohne Todesfolge geltenden Strafdrohung; für den Körperverletzer, Brandstifter usw. schnellt die Strafdrohung dagegen wesentlich hinauf. Es ist natürlich dem Gesetzgeber unbenommen, seine Regeln durch Ausnahmeregelungen zu durchbrechen. Aber er muß Rede und Antwort stehen, weshalb er das tut, und ich glaube kaum, daß hier triftige Erwägungsgründe angeführt werden können. Es handelt sich wohl einfach um zufällige unverkohlte Reste der an sich dem Scheiterhaufen ausgelieferten Erfolgshaftung!

2. Das fortgesetzte Delikt wird, wie schon oben gelegentlich bemerkt, vom Entwurf in § 37 in ganz nichtssagender Weise erwähnt¹⁴⁰⁾. Es fehlt vor allem die Angabe, durch welche Merkmale sich das fortgesetzte Delikt von der Realkonkurrenz abgrenzen soll, eine Angabe, die in einem neuen Gesetz um so unerläßlicher ist, als Wissenschaft und Praxis für das geltende Recht nicht einhellig sind und zum Teil einem seelenlosen Formalismus verfallen sind. Es wird

¹³⁹⁾ Rosenfeld, DStrRZ. 8, 270, glaubt, daß § 17 keine reine Abwendung von der Erfolgshaftung bedeute; es sei in ihm nur gefordert, daß der Täter die Folge voraussehen konnte, das aber mache für sich allein noch keine Fahrlässigkeit aus, solche werde erst dadurch begründet, daß der Täter die Folge auch habe voraussehen müssen. Aber gemeint ist in § 17 zweifellos die Zurechenbarkeit der Folge zur Fahrlässigkeit, und der dafür gewählte Ausdruck kann deshalb genügen, weil das fehlende Moment als selbstverständlich ergänzt werden kann. Besser wäre es natürlich, wenn der Text ohne Umschreibung auf „Fahrlässigkeit“ hinsichtlich der Folge lautete.

¹⁴⁰⁾ Vgl. auch Gerland a. O. S. 45.

auch hier gelten, nicht Begriffsreiterei zu treiben und dem Leben ablauschen zu wollen, was ein fortgesetztes Delikt von selber „sei“, sondern den Begriff zwecklogisch zu bilden. Vor allem tut es not, der vom Reichsgericht für das geltende Recht vertretenen und schon für dieses bizarren Auffassung einen kräftigen Riegel vorzuschieben¹⁴¹). Nach dem Reichsgericht soll bekanntlich ein fortgesetztes Delikt dann vorliegen, wenn der Täter schon bei seiner ersten Handlung einen „Gesamtvorsatz“ hatte, der die nachgefolgten Handlungen mitumfaßte. Damit wird die Wertfunktion, die der Begriff des fortgesetzten Delikts erfüllen soll, geradezu auf den Kopf gestellt. Denn selbstverständlich ist der mit quantitativ schwererer oder zumindest nicht leichter Schuld belastet, der einen auf das Ganze gerichteten Plan hatte, z. B. sich vornahm, nach und nach 5000 M. zu stehlen, als der, der nur stückweise von Gelegenheit zu Gelegenheit mit dem Erfolge handelte, daß schließlich eine Summe herauskam. Das fühlen ja auch die Angeklagten deutlich: wie oft beteuern sie auf die Frage, ob sie sich gleich von vornherein vorgenommen hätten, aufs Ganze zu gehen, daß das gewiß nicht der Fall gewesen sei, bis sie endlich der wohlwollende Vorsitzende mit Mühe und gütlichem Zureden dahin bringt, den Gesamtvorsatz „zugestehen“; wenige werden begriffen haben, daß sie sich besser stehen, wenn sie im großen Stil gearbeitet haben! Und noch ein anderes wertlich krasses Mißverhältnis: da der „Gesamtvorsatz“ das Kriterium ist, so gibt es bei fahrlässigem Handeln kein fortgesetztes Delikt. Wer ein paarmal im Walde unachtsam ein brennendes Streichholz weggeworfen und Brand erzeugt hat, wird ohne Gnade und Barmherzigkeit in der strengeren Weise der Real Konkurrenz behandelt, während sein Verhalten bei dolus fortgesetzte Tat sein könnte. Wer sich der Funktion des Begriffs der letzteren bewußt bleibt, kann solche Abwege unmöglich beschreiten. Eine gesunde Gesetzgebung wird deshalb die „Unselbständigkeit“ und die „Selbständigkeit“ der Handlungen nicht nach äußerlichen Kriterien abgrenzen, sondern danach, ob nach der einfachen natürlichen Lebenswertung die Verteilung auf mehrere Einzelakte nebensächlich erscheint. Gewiß wird dabei das richterliche Ermessen entfesselt; aber es handelt sich im Grunde nur um Strafzumessung, die sich ohnehin der formalen Fixierung entzieht, und es dürfte nicht abzuleugnen sein, daß oft genug dieselbe Strafgröße gerade so gut durch einmalige Strafauswerfung wie auf dem rechnerischen Umwege über Kumulation oder Asperation gewonnen werden kann. Der

¹⁴¹) Dem Vorschlage Gerlands a. O. S. 46, das künftige StGB. möge sich diese Auffassung zu eigen machen, muß ich bestimmt widersprechen.

Geist des Entwurfs aber, der ohnehin dem richterlichen Ermessen zugetan ist, wird solcher Regelung gewiß nicht widerstreben.

3. Der § 85 des Entwurfs kennt eine „Einziehung“ von „Beträgen“. Hier droht die Gefahr einer Konfusion von dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen. Einziehbar im bisherigen Sinne waren nur Sachen; Einziehung war Eigentumsübertragung. Beträge aber sind keine Sachen, sondern Zahlbezeichnungen. Spricht man im geschäftlichen Leben von „Einziehung eines Betrages“, so meint man damit die Einziehung einer Forderung in dem und dem Betrage. Um Einziehung einer Forderung handelt es sich in § 85 aber gerade nicht, sondern um Begründung eines noch nicht bestehenden Rechtsverhältnisses durch Richterspruch. Wenn man an dem Ausdruck „Verfallerkklärung“ wie in StGB. § 335 festhält, so sind die von der quaternio terminorum drohenden Unklarheiten vermieden.

4. Der Entwurf spricht in §§ 5, 118 von solchen, die „im Inlande verurteilt sind“. Er scheint nicht zu wissen, daß diese Wendung für § 244 StGB. eine Streitfrage entfesselt hat. „Im Inlande“ erfolgt eine Verurteilung natürlich dann, wenn die Richter im Zeitpunkt der Urteilsfällung deutschen Boden unter den Füßen haben; nun hat man tatsächlich behauptet, daß für den Rückfall im Sinne des § 244 deutschgerichtliche Vorverurteilungen nicht mit ins Gewicht fielen, wenn der Urteilsort auf fremdem (z. B. kriegerisch besetztem) Gebiet liege, und umgekehrt fremdgerichtliche Vorverurteilungen den Rückfall begründeten, wenn das ausländische Gericht auf deutschem Boden getagt habe. Daß § 244 das nicht meint, liegt auf der Hand. Man hat deshalb zur Entkräftung jener Ansicht die Fiktion der Exterritorialität als *deus ex machina* herbeigeholt, wonach jedes Gericht, wo es auch tätig wird, dem Boden, den es unter den Füßen hat, den Charakter als Gebiet des Staates, zu dem es gehört, aufdrückt, was selbstverständlich nur ausschweifende Phantasie ist. Jedenfalls ist es aber bei Neuschaffung eines Gesetzes geboten, statt des verkehrten Ausdrucks den richtigen zu setzen, nämlich „durch ein inländisches Gericht verurteilt“.

5. Nach der heutigen Gesetzesterminologie heißen die Umstände, derenthalber der Gesetzgeber der ordentlichen Strafdrohung eine schwerere oder leichtere hinzugesellt hat (also mit fremdwörtlichem Ausdruck die „qualifizierenden“ und „privilegierenden“ Umstände), „Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe“, vgl. StGB. § 50, MStGB. § 55, StPO. §§ 262, 266, 295, MStGO. §§ 323, 326. Wunderlicherweise ist es einmal früher einem Schriftsteller —, ohne daß ich sagen könnte, wer dies war —, eingefallen, statt dessen von „Strafschärfung“ und „Strafmilderung“ zu reden, sei es aus Willkür, sei es aus Saloptheit. Und dies Verfahren

hat Schule gemacht; heutigentags nennen viele das, was nach dem Gesetz „Straferhöhung und -minderung“ heißt, „Strafschärfung und Strafmilderung“, und die Ausdrücke „Erhöhung“ und „Minderung“ werden dann für das innerhalb jeder Strafdrohung vor sich gehende Auf und Ab bei der Strafzumessung gebraucht. Der Entwurf nimmt diesen Sprachgebrauch auf, § 7 III usw., aber sicher ohne Bewußtsein davon, daß er damit die bisherige gesetzliche Redeweise preisgibt. Die gesetzlichen Bezeichnungen waren aber unzweifelhaft viel sachgemäßer: „Schärfung“ und „Milderung“ sind viel bezeichnender für die Tätigkeit des Richters, der innerhalb der ihm gesetzlich gewiesenen Grenzen eine „schärfere“ oder eine „mildere“ Tonart anschlägt; dagegen deuten die Ausdrücke „Erhöhung“ und „Minderung“ auf ein Hinzutun oder ein Abziehen von etwas hin, und das ist eben lediglich Gesetzgebungsache. Wie sehr die richtige Bezeichnungsweise im Unterbewußtsein lebt, zeigt auch der Entwurf selber, der z. B. in § 17 von der „höheren“ Strafe spricht, während er den Fall der Qualifikation im Auge hat und somit gemäß § 7 III von „schärferer“ oder „geschärfter“ Strafe sprechen mußte.

9. Zur Gesamtwürdigung des Entwurfs.

Es wird heute dem Entwurf mit Befriedigung nachgerühmt, daß er „langgehegte Erwartungen erfüllt“ habe, und man begegnet wohl überwiegend dem Wunsche, er möge zum Gesetz erhoben werden.

Jenes Werturteil und dieser Wunsch haben in weitem Umfange ihre volle Berechtigung, so lange man die sachliche Tendenz der Einzelregelungen ins Auge faßt. Auch auf den vorstehend kritisch betrachteten Gebieten wird man mit dem Beifall nicht zurückhalten, wenn z. B. das Sicherungsrecht zum Gegenstande der Regelung gemacht wird, wenn auf dem Gebiete des dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit aus der Aschenbrödelrolle, die ihm eine irreführende Auslegung für das heutige Recht andichtet, befreit wird, wenn dafür gesorgt wird, daß der mittelbare Täter nicht deshalb straflos ausgeht, weil er den Mittelsmann für geistig gesund hielt usw.

Aber auch wenn und soweit der Entwurf als Willenswerk schätzbar ist, ist doch von ihm als Denkwerk nicht das gleiche zu sagen. Seine Arbeitsweise ist weitreichend unbefriedigend. Die einzelnen Begriffe sind vielfach nicht zur exakten Klarheit erhoben oder innerlich unfertig. Es fehlt die gedankenmäßige Einheit; denknotwendige Zusammenhänge sind planlos zerschnitten, zusammenhängende Wertungen und Begriffe liegen oft unverbunden nebeneinander oder laufen gegeneinander an. Dazu die mehrfache

Verkennung der normativen Aufgabe: es werden Begriffe als gegeben behandelt und erst herausgearbeitet, um hinterdrein an sie rechtliche Funktion anzuhängen — als ob es sich um rein theoretisches, kognitives Denken handelte, statt um praktives, volitives und demgemäß von der Zweckfunktion beherrschtes¹⁴²⁾.

Die methodische Haltlosigkeit des Entwurfs wird noch besonders belegt durch folgende Schwächen in der Gesamteinstellung:

Die Denkschrift nennt sich „Denkschrift“ und nicht „Begründung“, „Motive“ oder entsprechend. In der Tat würde eine Bezeichnung der letzteren Art nicht passen; denn darunter versteht man eine Darlegung des Warum, insbesondere in Auseinandersetzung mit dem Kontra und in steter Fühlung mit den gedanklich-methodischen Forderungen, einen Rechenschaftsbericht, der Kunde davon gibt, wie man alles geprüft und was man als das Beste behalten habe. Wohl bietet die Denkschrift auch solche Begründungen, aber ihrer Gesamtanlage nach liest sie sich wie ein Kommentar zum Entwurf, der nur erläutert, was gemeint sei, also die Erwägungen über zu schaffendes „richtiges Recht“ hinter sich zurückläßt. Der Entwurf gleicht deshalb einem Urteil, das das im Tenor Gesagte mit anderen Worten und breiter als in diesem auseinandersetzt, aber keine Entscheidungsgründe enthält.

Entwurf und Denkschrift stimmen obenein nicht immer überein. Daß dies für das Kapitel von der Beihilfe gilt, ist oben gezeigt. Es gilt dies aber z. B. ferner hinsichtlich der Legaldefinitionen, die der Entwurf in § 9 aufstellt; denn die Denkschrift nimmt diesen die Bedeutung, die ihnen der Entwurf selber beilegt; sie sollen (S. 19) „nicht überall maßgebend sein“. Oder wenn die Denkschrift S. 18 die Tatzeit bei einer aus einer Mehrheit von Handlungen bestehenden Tateinheit dahin bestimmt, daß die Zeit jeder Einzelhandlung als Tatzeit des Ganzen gelte, so setzt sie sich sichtlich in Widerspruch mit § 8 II des Entwurfs, aus dem logischerweise nur gefolgert werden kann, daß das Ganze keine einheitlich zu bestimmende Tatzeit hat, sondern sich eine solche nur seinen Teilen,

¹⁴²⁾ Angemerkt sei hier noch die stellenweise auftretende Inhaltleere mancher Sätze. Daß § 37 bloß Worte bietet, und bei seinem Fehlen sich gar nichts ändern würde, ist schon oben S. 31 betont. Auch § 106 I ist ganz nichtssagend (so zutreffend Gerland, Krit. Bemerkungen z. Allgem. T. des Entw., S. 96; Rosenfeld, D. StrZ. 1921, S. 270). — Daß auch die systematische Anordnung des Entwurfs insofern nicht glücklich ist, als die Rechtswidrigkeit auseinandergerissen ist (Rechtswidrigkeit der Unterlassung getrennt und mitten inne in der Schuldregelung behandelt, und obendrein vor der des positiven Verhaltens), und die Schuld vor der Rechtswidrigkeit behandelt wird, ist von der bisherigen Kritik schon mehrfach zutreffend gerügt worden.

den einzelnen Handlungen beilegen läßt. Häufiger noch ist, daß die Denkschrift selbständig Neues bringt, daß also in der Sprache des Prozeßrechts Bestandteile, die in den Tenor des Urteils gehören, dort nicht erscheinen. Der kommentarartige Charakter der Denkschrift und ihre Übergriffe gegenüber dem Entwurf selber sind natürlich dazu angetan, die Grenzlinien zwischen dem autoritativ Maßgeblichen und dem Auslegungsmaterial zu verwirren. Das Kreittmayr-Feuerbachsche System der „offiziellen Anmerkungen“ zum Gesetzbuch darf nicht wiederkehren, am wenigsten in verschleierte Weise!

Ein Symptom für das Fehlen einer grundsätzlich methodisch gerichteten Einstellung des Entwurfs ist auch die Art und Weise, wie er sich zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts stellt. Diese wird zunächst mit dem geltenden Recht einfach identifiziert. Charakteristisch Denkschrift S. 47, wo die „absolute Exklusivität“ des strengeren Gesetzes bei Idealkonkurrenz im Sinne des § 73 als ein „Ergebnis des geltenden Rechts“ bezeichnet wird, und mit keiner Silbe angedeutet wird, daß hier eine Streitfrage obwaltet, und es sich nur um die — von vielen Seiten mit wahrlich triftigen Gründen bekämpfte, übrigens auch von der Denkschrift als unbefriedigend bezeichnete — Ansicht des Reichsgerichts handelt! Und von dieser als das geltende Recht aufgefaßten Rechtsprechung des Reichsgerichts reißt sich der Entwurf nun zwar mitunter los, aber stets mit innerem Widerstreben und einer Art von Entschuldigung. Als ob es sich um ewige Begriffe und demgemäß Rechtssatzinhalte handelte, die es einfach zu erkennen gilt, und als ob das Reichsgericht ein Monopol für solche Erkenntnis hätte! Als ob nicht das Reichsgericht — ganz abgesehen von der Subjektivität seines Auslegungsstandpunkts — nicht bloße Aussagen über das StGB. von 1871 mit seinen Novellen machen könnte, sondern seine Deutung grundsätzlich das seinsollende Recht bestimmte! Als ob nicht, die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auslegung vorausgesetzt, nun erst die — vom Entwurf grundsätzlich überflogene — Aufgabe einsetzte, erst eine Wertprüfung vorzunehmen, ob eine entsprechende Regelung pro futuro getroffen werden soll, zumal, wo sogar schon die Richtigkeit der Auslegung de lege lata heftig umkämpft ist.

So fehlt dem Entwurf der große Zug. Er ist kein schöpferisches Werk im echten Sinne. Er bewegt sich allzusehr in den Bahnen bloßer vermeintlicher Erkenntnis da, wo er ~~wollen~~, wo er herrschend seine Souveränität wahren soll. Es geht ~~hina~~ der Charakter ab, wie allem unbestimmten, nicht zentralistisch zwecklogisch gerichteten menschlichem Wollen. Wenn nach dem Dichterwort

„Recht hat jeder eigene Charakter, der übereinstimmt mit sich selbst“, so hat der Entwurf kein Recht.

Ich bitte, mich nicht mißzuverstehen: die Schwächen, an denen der Entwurf krankt, bedeuten keinen Vorwurf gegen seine Verfasser und sollen ihn nicht bedeuten.

Methodisches Denken bei der Gesetzgebung ist heute unbeliebt, der Zug der Zeit ist ihm abhold. Die Unverständlichkeiten und Systemmängel der Gesetze aus neuester Zeit — der Reichsverfassung, der Steuergesetze, der Reichsabgabenordnung sind ein Beweis dafür. Das Programm richtet sich auf gewisse einzelne Ziele. Daß ein denkmäßiger Umbau dazu gehört, wird nicht beachtet.

Es kommt ein Zweites hinzu. Die Wissenschaft hat, soviel ich sehe, nicht genügend vorgearbeitet. Sie hat wohl das Feld der Gesetzgebungstechnik bestellt, sie hat auch in schätzbarster Weise methodisch ausgerichtete und durchgeführte Einzeluntersuchungen über die gesetzgeberische Regelung einzelner Partien geboten. Aber einen Leitfaden für Gesetzgebungsmethodik im ganzen oder auch nur für die Methodik der Strafgesetzgebung haben wir nicht. Man hat wohl zu sehr vertraut auf das Wort „*Usus dat methodum*“ in jenem falschen Sinne, als stelle sich bei jeder Art Arbeit die richtige Methode von selbst ein. Wer, wie ich es hier versucht habe, das Gesetzgebungsmethodische als solches ohne Einmischung der Frage nach dem sachlich richtigen Recht einerseits und in Abgrenzung von der Ausdruckstechnik andererseits darzustellen unternimmt, darf sich nun gewiß nicht einbilden, neue Offenbarungen geboten zu haben; es handelt sich, wie bei aller Logik, nur darum, die Leitsätze mit ihren Anforderungen in das Licht des Bewußtseins heraufzuheben. Aber so lange das nicht geschehen ist, werden methodische Fehlgänge unvermeidlich sein.

Was aber vor allem einen etwaigen Vorwurf gegen die Urheber des Entwurfs in nichts auflösen müßte, das ist der Umstand, daß es sich um eine Kollegialarbeit handelt. Der isoliert für sich Schaffende tut sich verhältnismäßig leicht, ein Werk aus einem Gusse zu wirken, in dem jede Einzelheit in sich klar und im genauen Verbande mit allen anderen Einzelheiten und dem Ganzen steht. Dagegen wird man das psychologische Gesetz nicht bestreiten wollen, daß die Vereinigung geistiger Arbeit die logische Stoßkraft nicht begünstigt, geschweige denn erhöht, sondern methodologischer Durchdringung immer Abbruch tut. Die mehreren Willenszentren haben notwendig jedes seinen eigenen gedanklichen Umbau um sich. Dadurch aber, daß die Willensrichtungen durch Überstimmung oder Kompromiß unter einen Hut gebracht werden, werden logische Fäden zerrissen. Dadurch müssen Unklarheiten und Widersprüche

in das abschließende Willensganze hineinkommen. Erst logische Nacharbeit kann die Unbestimmtheit und Uneinheitlichkeit zutage fördern. Ist das methodische Durchdenken eines Plans schon an sich, obwohl logisch das prius vor dem Wollen, so doch praktisch das Nachfolgende, so gilt das erst recht für Kollektivarbeit. Und gerade für die methodische Seite einer Angelegenheit gilt, daß kritisieren leichter ist, als aufbauen.

Wer sich zum Anwalt des Methodologischen macht, der wird nun vielleicht auf den Einwand gefaßt sein müssen, daß er die Wichtigkeit dieses Elements in der Gesetzgebung übertreibe. Sind die geforderte Klarheit und der geforderte Denkbzusammenhang wirklich von solcher Bedeutung? Ist nicht am Ende die „Methodik“ nur ein mehr oder weniger schöner Name für Schulmeisterei mit unfruchtbarer spitzer Dialektik? Oder handelt es sich vielleicht nur um ästhetischen Genuß oder Unbehagen? Oder sollte man nicht das logische Reinlichkeitsbedürfnis nur als eine Art Sport anzusehen haben?

Demgegenüber erwäge man die Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen volitiven Denkgebäudes vor allem für die Rechtsanwendung. Der Jurist soll das „Was“ der gesetzlichen Wertungen erkennen, er soll im Banne des Gesetzes denkend erkennen, was der Willensinhalt ist, das aber kann er durch Versenkung in das gesamte, die Normierungsinhalte umschließende gesetzgeberische Denken, und er kann es insoweit nicht, als der Gesetzgeber selber kein rechter Denker war. Fehlt dem gesetzgeberischen Denken das den Denknachfolger Zwingende, steht nicht der logische Aufriß einfach, schlicht, unkompliziert, einheitlich vor unserem Auge, so mögen die sachlichen Wertungen an sich noch so beifallswert sein, es stellt sich doch praktische Unbrauchbarkeit ein. Auch das Denken hat seine „Ökonomie“; und wie man einen Topf mit einem zu ihm nicht passenden Deckel nicht oder nur mangelhaft gebrauchen kann, so steht es auch in Gedankendingen. Das Methodische im Gesetz bedingt ein schnelles, glattes, reibungsloses Erfassen und Arbeiten.

Das methodisch Unzulängliche am Gesetz ist die Brutanstalt für das Gewürm der Streitfragen, die zwar einen dankbaren Stoff für juristische Doktordissertationen abgeben, deren Existenz aber wirtschaftlich verderblich und auch sonst unerfreulich ist. Wer weiß, was alles aus der Unklarheit, der Unstimmigkeit usw. herausgeklügelt werden kann! Übersehen wir doch nicht die ganze Plage, die Fülle von Mühe und Kopfzerbrechen, die Gefahr scholastischer Streitereien und Haarspaltereien, die der Methodefflüchtigkeit des Gesetzes entstammen! Es ist doch wirklich schade um die dabei verlorene Zeit und Mühe, um jedes Wort, das gesprochen oder ge-

schrieben oder gedruckt wird, um über einen Mangel, der vermeidbar war, erst nun noch hinwegzukommen! Und vergleichen wir doch die kleine Mühe, die die einmalige Gesetzesbesserung gekostet hätte, mit der Unsumme von verlorener Arbeit in den Tausenden von Rechtsfällen, die in Mitleidenschaft gezogen werden, und in denen die Rechtsmittel durch die methodischen Mängel förmlich gezüchtet werden!¹⁴³⁾

Wir brauchen „sichernde Maßnahmen“ nicht bloß gegen das Verbrechertum, sondern auch gegen Denkwirrwarr. Solche Sicherung gewährt aber nur die richtig gehandhabte, d. h. die zweckbeherrschte Logik. Sie ist, um Ulpians bekanntes Wort in unserem Sinne zu verwenden, die vera, non simulata philosophia, die dringend vonnöten ist. Sie gewährt Schutz vor der Szylla der zerfahrenen Prinzipienlosigkeit wie vor der Charybdis fader Prinzipienreiterei; vor dem Libertinismus einerseits und dem logischen Fanatismus, zwecklosem scholastischem Plunder andererseits. Sie ist die „praktische“, die „gesunde“ Logik. Von ihr hängt ab, ob sich die Arbeit des Rechtstheoretikers wie die des Praktikers schwerer oder leichter gestaltet. Sie bewährt sich vor allem in den Formulierungen im Strafprozeß in Anklage und Urteil und besonders in der schwurgerichtlichen Fragestellung.

Wie bei allem menschlichen Handeln, so wird sich auch bei der Gesetzgebung das Goethewort erproben:

„Das Was bedenke, mehr bedenke Wie.“

¹⁴³⁾ Zu tief schätzt Spiegel, Gesetz und Recht, 53, die denkmäßigen Unvollkommenheiten der Gesetze ein: „Der Unsinn wird durch entsprechende Auslegung alsbald ausgeschieden, und damit unschädlich gemacht.“ Das mag allenfalls gelten für absoluten Unsinn, wie er heute wohl kaum viel vorkommen wird. Aber für relativen Unsinn = Sinnwidrigkeit zweier Positionen, und für Sinn Dunkelheit wird leider die Hoffnung auf alsbaldiges Überwundenwerden durch die Erfahrung widerlegt. Es beginnt eben eine Jagd nach dem verborgenen Sinn und sie setzt sich dann schier endlos fort.
