

Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät

Rudolf Hirschberg

Der Vermögensbegriff im Strafrecht. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte

RUDOLF HIRSCHBERG

DER VERMÖGENSBEGRIFF IM
STRAFRECHT

ABHANDLUNGEN AUS DER
BERLINER JURISTISCHEN FAKULTÄT

VII

DER VERMÖGENSBEGRIFF IM
STRAFRECHT
VERSUCH EINES SYSTEMS DER
VERMÖGENSDELIKTE

VON

DR. RUDOLF HIRSCHBERG



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1934

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN

ISBN 978-3-662-24283-4 ISBN 978-3-662-26397-6 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-26397-6

Vorwort.

Die Zurückhaltung, welche die Wissenschaft des Strafrechts bisher fast durchgängig gegenüber den Problemen des Besonderen Teiles geübt hat, ist häufig genug konstatiert, fast ebenso häufig auch bedauert worden¹. Gegenüber der Fülle monographischer Arbeiten über Fragen des Allgemeinen Teiles finden sich auch in neuerer Zeit nur wenige bedeutendere Untersuchungen einzelner Tatbestände und Tatbestandselemente, und an einer modernen Gesamtdarstellung des Besonderen Teiles fehlt es — von dem v. LISZTSchen Lehrbuche abgesehen — überhaupt; selbst BINDINGS grandioser Versuch ist ohne Nachfolge geblieben.

Würde man versuchen, den Gründen dieser immerhin auffallenden Erscheinung nachzugehen, so würde man auf jenes Bedürfnis nach grundsätzlicher Stellungnahme stoßen, das dem Juristen kontinentaler Abkunft ganz allgemein durch seine Methode, dem Strafrechtler außerdem auch durch den Gegenstand seiner Erörterungen nahegelegt ist. Daß dieses Streben nach Erkenntnis des Grundsätzlichen historisch der Anlaß zur Herausbildung des Allgemeinen Teiles gewesen ist, bedarf keiner weiteren Erläuterung; wie stark es auch noch in der Gegenwart wirkt, zeigt der jüngst unternommene Versuch ERIK WOLFS², den Problemen des Besonderen Teiles durch Herausarbeitung „Allgemeiner Lehren vom Besonderen Teil des Strafrechts“ näherzukommen.

Noch ein weiteres lehrt jener Versuch durch den Hinweis auf die innere Zusammengehörigkeit beider Problemgruppen, schon äußerlich dokumentiert dadurch, daß dort die systematische Analyse der Tatbestände des Besonderen Teiles sich aufbaut auf Untersuchungen über die Tatbestandsmäßigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal. Gerade die Übersteigerung, die dieser Gedanke durch die Beschränkung auf das Methodische erfährt, ist geeignet, die Tatsache selbst schlaglichtartig zu beleuchten.

Es ist nicht schwer, daraus die Konsequenzen für die hier zu erörternde Frage zu ziehen. Jede grundsätzliche Erörterung von Problemen des Besonderen Teiles setzt nicht nur eine Beherrschung der Allgemeinen Lehren, sondern eigentlich auch eine selbständige Stellungnahme zu diesen voraus.

¹ Neuestens: GLEISPACH auf der Frankfurter Tagung der IKV (1932). Mitteilungen der IKV Bd. 6 (N. F.) S. 168.

² Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts. (Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft Nr. 34, 1931.)

Man wird wissen, daß hierbei vor allem an die Probleme der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit gedacht ist, weil — jedenfalls im geltenden Recht — sich gerade an ihnen die durch § 2 StGB geforderte „Auflösung ins Detail“³ vollzieht.

Noch von anderer Seite erwachsen Schwierigkeiten nicht unerheblicher Art. Auch die Dogmatik des Allgemeinen Teiles sieht sich neuerlich in ihrem selbstherrlichen Bestande durch die Behauptung bedroht, es ließen sich ihre Grundsätze stets nur von einem bestimmten kriminalpolitischen Standpunkt aus verstehen und entwickeln⁴. Daß die Dogmatik des Besonderen Teiles durch solche „Entdeckungen“ gleichfalls berührt wird; versteht sich bei der eben betonten Problemzusammengehörigkeit von selbst; ist doch jeder Tatbestand des Besonderen Teiles, kurz gesagt, eine durch die Erfordernisse des § 2 modifizierte „Diminutivform“ des allgemeinen Verbrechensbegriffes. Noch viel stärker aber macht sich die Auswirkung jener These, gerade innerhalb der Theorie des Besonderen Teiles, in der Systematik bemerkbar, vor allem deshalb, weil sich hier der Einfluß kriminalpolitischer Anschauungen selbst dann nicht wird leugnen lassen, wenn man ihnen für die Dogmatik jede grundsätzliche Bedeutung abspricht. In diesem Sinne ist die Herausarbeitung von „Tätertypen“, wie sie wiederum ERIK WOLF⁵ unternommen hat, ein ebenso entschiedener wie in seiner Anlage neuartiger Versuch, das Fazit aus neueren Anschauungen über Aufgaben und Ziel der Strafrechtspflege für die Systematik des Besonderen Teiles zu ziehen.

Noch in einem weiteren Punkte zeigt sich jene innere Verbundenheit der Problemgruppen. Die „Krise der Rechtswidrigkeit“ als eines formellen Verbrechensmerkmals hat dazu geführt, daß man sich entschloß, auch materielle, „übergesetzliche“, d. h. nicht gesetzlich formulierte Grundsätze zur Entscheidung des einzelnen Falles heranzuziehen. Die aus § 2 StGB sich ergebenden Bedenken überwand man verhältnismäßig leicht, indem man seine Bedeutung — wie ich glaube sehr zu Unrecht — auf den Schutz des „Untertanen“ gegen den Staat beschränkte, statt in ihm gleichzeitig auch einen Rechtsanspruch des Staates, also der Allgemeinheit, auf Sicherheit verkörpert zu sehen; andererseits, indem man — insoweit durchaus konsequent — den Einfluß jener materiellen Gedankengänge auf das Gebiet der sog. Rechtfertigungsgründe beschränkte, mithin aus dem Problem der

³ In gleichem Sinne (und historisch richtiger) nennt BELING (Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, Ger. Saal Bd. 101 S. 1 ff.) die Lehren des Allgemeinen Teiles „Abbriviaturen der von den Besonderen Tatbeständen abgeleiteten Ergebnisse“.

⁴ KOHLRAUSCH: Mitteilungen der IKV 1927 S. 9 und HdR Bd. V S. 756; SAUER: Grundlagen des Strafrechts S. 69; EB. SCHMIDT: Schweiz. Z. f. StR 1931 S. 204; einschränkend: GALLAS: Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, Abhandl. des krim. Inst. a. d. Universität Berlin, 4. Flg. Bd. II.

⁵ Vom Wesen des Täters. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 87, 1932.

„materiellen Rechtswidrigkeit“ eigentlich ein solches der „materiellen Rechtmäßigkeit“ machte.

Daß diese Nachgiebigkeit gegenüber den Forderungen höherer Gerechtigkeit auf den Umkreis der Strafausschließungsgründe beschränkt bleiben würde, war von vornherein nicht anzunehmen. Ich stehe nicht an, die Entwicklung der Rechtsprechung z. B. zu § 193 und § 266 Z. 2 StGB (alter Fassung) als einen bedeutsamen Schritt auf einem Wege zu bezeichnen, der über eine durch extensive Auslegung gewonnene Ausweitung der Tatbestände, möglicherweise unter Aufhebung des Analogieverbotes⁶, zu einer allgemeinen, subsidiären Strafnorm führt, die — als Hilfstatbestand im System unseres Strafgesetzbuches — das Prinzip der echten „materiellen Rechtswidrigkeit“ verkörpert. Abgesehen von der durch die Eigenart des strafrechtlichen Denkens bedingten Trennung in pönalisierende und rechtfertigende Normen, würden sich sodann das Prinzip des übergesetzlichen Notstandes und jener subsidiäre Tatbestand zusammen als das strafrechtliche Pendant des § 242 BGB darstellen.

Gegenüber der Bedeutung der hier aufgeworfenen Probleme setzt sich die vorliegende Untersuchung ein sehr bescheidenes Ziel. Sie geht aus von der — sachlich ja immer noch nicht geklärten — Systematik des geltenden Strafgesetzbuches und bemüht sich, auf einem Teilgebiet, dem der Vermögensdelikte, ihre grundsätzliche Bedeutung zu erfassen. Die Begründung für diese Auswahl liegt in einem Bekenntnis. Ich glaube nicht, daß man dem inneren Zusammenhang des Systems bei der Untersuchung eines einzelnen Delikts gerecht werden kann, mag es auch von noch so großer allgemeiner und praktischer Bedeutung sein. Andererseits übersteigt die Erörterung des gesamten Systems in monographischer Ausführlichkeit die Kraft eines einzelnen, solange nicht weitere Vorarbeit geleistet worden ist. Unter den einzelnen Deliktskategorien aber ragen die Vermögensdelikte nicht nur durch ihre praktische Bedeutsamkeit, sondern auch durch die Zahl der ihnen gewidmeten Arbeiten vor allen anderen hervor.

Ihren äußeren Anlaß fanden diese Untersuchungen in zwei Erscheinungen innerhalb der Judikatur des Reichsgerichts, deren grundsätzliche Bedeutung mir bisher nicht genügend gewürdigt zu sein scheint. Die eine ist die „wirtschaftliche“ Auslegung des Vermögensbegriffes in den Tatbeständen des Betruges und der Untreue, welche in den bekannten Plenarentscheidungen im 16. und 44. Bande der amtlichen Sammlung ihren Niederschlag gefunden hat und, seitdem die anfängliche Polemik von wissenschaftlicher Seite verstummt ist, fast unbestrittene Geltung in Theorie und Praxis genießt. Das zweite „Ereignis“ ist die — allerdings erheblich stärker angefochtene — Rechtsprechung zur Untreue, die uns in unserem Zusammenhange vor allem insoweit interessiert, als sie zu einer Erweiterung des Be-

⁶ Vgl. denn auch DAHM-SCHAFFSTEIN: *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* S. 8—152; ANOSSOW: *Mon. Krimpsych.* Bd. 24 (1933) S. 321—343.

griffes „Vermögensstück“ geführt und die Neufassung dieser Bestimmung veranlaßt hat.

In beiderlei Hinsicht, vor allem aber für das erstgenannte Problem lassen sich historische Einflüsse nicht verkennen. MERKELS bekanntegeschichtliche Einleitung zu seiner „Lehre vom Betrüge“ legt Zeugnis davon ab. Die scharfen Einwendungen HEINEMANN⁷ nötigen zur Stellungnahme. Dabei durften die neueren Ergebnisse der Romanistik nicht außer acht gelassen werden. Ein kurzer Überblick zeigt, daß sich dort vieles in diesen Zusammenhang Gehörige finden läßt.

Die Aufdeckung deutschrechtlicher Gedanken, die, sei es unmittelbar, sei es auf dem Wege über die italienischen Kriminalisten, auf die Gestaltung des modernen Strafrechts Einfluß gehabt haben, läßt andererseits die etwas dürftige Behandlung, die das deutschrechtliche Element in den früheren historischen Erörterungen gefunden hat, nicht mehr gerechtfertigt erscheinen. Ich werde an geeigneter Stelle zu zeigen versuchen, daß gerade auch bei den hier zu erörternden Problemen, insbesondere in der Systematik des Besonderen Teiles, das deutsche Recht der große Gegenspieler der romanistischen Gedankenwelt gewesen ist.

Durch die unabsehbare Fülle des historischen Materials schien die hier gestellte Aufgabe einer dogmatischen Untersuchung des geltenden Strafrechts in ihrer Durchführung gefährdet; aber auch ein Verzicht auf die Nachprüfung jener geschichtlichen Grundlagen erwies sich als nicht tragbar. Ich habe dieses Dilemma auf folgende Weise zu lösen versucht: zunächst, indem ich vor die eigentliche dogmatische Darstellung einen selbständigen historischen Teil gesetzt habe, der die für mich wesentlichen Probleme in ihrer geschichtlichen Entwicklung zusammenfaßt und damit — wie so oft — die auch für die Gegenwart charakteristische Problematik zur Darstellung bringt. Um des Stoffes Herr zu werden, habe ich jedoch zwei Fragen von der Erörterung ausgeschieden, nämlich das Problem der Interpolationen und die Einflüsse der theologischen und philosophischen Wissenschaft, also insbesondere der mittelalterlichen Scholastik, auf die Theorie des Rechts. Beides nur mit Bedauern. Entwicklungsgeschichtlich sind beide Erscheinungen von nicht zu unterschätzender Bedeutung; und gerade die Nachprüfung der Echtheit einzelner Stellen wäre geeignet gewesen, kritisches Material für und gegen die hier aufgestellten Thesen zu liefern; deshalb habe ich mir gelegentliche Verweisungen auf die Ergebnisse der Interpolationenforschung nicht entgehen lassen.

Auch innerhalb des so verbliebenen Spielraumes kann bei dem Umfang der zur Erörterung stehenden Probleme Vollständigkeit nicht erwartet werden. Von einer Benutzung nicht edierter Quellen ist überhaupt Abstand genommen worden; auch sonst wurde bisweilen auf die Nachprüfung von Verweisungen verzichtet; dies ist insbesondere für die Zeit des 17. und

⁷ HEINEMANN, FRANZ: Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin (Berliner juristische Beiträge Heft V) 1904, S. 1—5.

18. Jahrhunderts häufig möglich gewesen, weil dort die Bearbeiter zahlreicher, aber auch für die Entwicklung weniger bedeutsam sind als etwa die mittelalterlichen Kriminalisten und die frühen Ausleger der Carolina. Überhaupt ist die geschichtliche Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert nur mit wenigen Strichen skizziert worden, weil sie im wesentlichen bereits in der gegensätzlichen Entwicklung früherer Epochen beschlossen liegt.

Größere Ausführlichkeit schien dagegen bei der Darstellung des römischen Rechts geboten, weil dessen Problematik an vielen Stellen von der modernen Auffassung erheblich abweicht und dem romanistisch wenig geschulten Dogmatiker nicht geläufig ist. In dem Kapitel über das mittelalterliche Recht nimmt die Wiedergabe der Quellen einen verhältnismäßig breiten Raum ein. Die Begründung hierfür liegt darin, daß das Material gerade für unsere Fragestellung recht ergiebig ist, während andererseits die Quellen wenig bekannt und meist nicht ohne Schwierigkeit zugänglich sind.

Die Abfassung des Kapitels über das römische Recht hat Herr Dr. GEORG H. MAIER in Berlin durch Literaturhinweise sowie eine Durchsicht des Manuskripts in außerordentlich dankenswerter Weise gefördert. Bei der Einarbeitung in das ältere deutsche Recht war mir Herr Dr. SIEGFRIED REICKE, jetzt ord. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr., behilflich. Einige literarische Hinweise auf das mittelalterliche Recht verdanke ich Herrn Dr. STEPHAN KUTTNER in Berlin. Die Juristische Fakultät der Universität Berlin hat durch die Aufnahme dieser Arbeit in ihre Abhandlungen deren Druck ermöglicht. Hierfür auch an dieser Stelle zu danken ist mir Pflicht und Bedürfnis.

Die Arbeit war im wesentlichen am 1. Januar 1933 abgeschlossen. Die nach diesem Zeitpunkt erschienene Literatur und Judikatur ist jedoch nach Möglichkeit berücksichtigt worden.

Berlin, im Oktober 1933.

RUDOLF HIRSCHBERG.

Inhaltsverzeichnis.

Kap.	Seite
1. Einleitung	I
I. Die Existenz eines einheitlichen Vermögensbegriffes im Strafrecht als Problem	I
II. Die dogmatische Bedeutung des Gegensatzes von Vermögensdelikten im weiteren Sinne und Vermögensdelikten im engeren Sinne	3
III. Die rechtspolitische Grundlage dieser Unterscheidungen	6
IV. Die Bedeutung des Gegensatzes von objektiver und subjektiver Theorie für die Bestimmung des Vermögensbegriffes	20
V. Die Entscheidung als rechtspolitisches und als systematisches Problem	21

Erster Teil.

Die geschichtliche Entwicklung des Problems.

2. Das Strafrecht des Corpus Iuris Civilis	27
I. Privatrechtliche Einflüsse in der Gestaltung des römischen Strafrechts	28
II. Der Begriff der iniuria im späteren römischen Recht	33
III. Damnum und furtum als „Vermögens“delikte	44
IV. Die Trennung von materiellen und immateriellen Schäden und ihre dogmatischen Konsequenzen	55
V. Der Ausbau des Deliktssystems.	71
VI. Die Konkurrenzlehre	79
3. Die Entwicklung des römischen Strafrechts in der italienischen Doktrin bis zum Ende des 16. Jahrhunderts	88
I. Die systematischen Bemühungen der Glossatoren	89
II. Blüte und Verfall der Systematik in den Schriften der Kommentatoren	106
III. Deutschrechtliche Einflüsse bei den italienischen Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts	142
4. Die Geschichte des deutschen Rechtes bis zur Carolina	150
I. Bruchstücke einer Systematik und ihre dogmatischen Folgerungen in den Volksrechten	150
II. Der „Besondere Teil“ des Strafrechts im deutschen Mittelalter	174
5. Die Vermischung germanischen und romanischen Rechtsguts im Zeitalter der Rezeption	197
I. Die Theorie der Rezeptionsjurisprudenz und die gesetzgeberischen Versuche vor der Carolina.	198
II. Die systematische Bedeutung der Carolina	212
6. Die Dogmengeschichte der Vermögensdelikte vom Beginn des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart	216
I. Das gemeine Recht bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts	219
II. Die Theorie des Strafrechts im Zeitalter der Aufklärung	240
III. Fortbildung des gemeinen Rechts durch die Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts	246

Kap.	Seite
7. Die Gesetzgebungsgeschichte seit der Carolina, insbesondere Preußens	254
I. Kodifikationen des gemeinen Rechts	255
II. Das Allgemeine Landrecht und seine Entstehungsgeschichte	256
III. Die Entwürfe zum Preußischen Strafgesetzbuch von 1851	261
IV. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund	268

Zweiter Teil.

Die Dogmatik des geltenden Strafgesetzbuches.

1. Systematische Grundlagen	271
I. Der Gegensatz von subjektivem und objektivem Vermögensbegriff	271
II. Der Gegensatz von juristischem und faktischem Vermögensbegriff	281
2. Der Umfang des Interessenschutzes	285
I. Subjektiver oder objektiver Vermögensbegriff	285
II. Die Theorie vom objektiven Vermögensbegriff (Wesen und Wirkung).	295
3. Die Bestimmung des Angriffsobjekts	315
I. Der Vermögensbegriff als Zusammenfassung von Interessen oder von Angriffsobjekten	315
II. Natürliche oder juristisch-technische Bestimmung des Angriffsobjekts	319
III. Versuch einer Abgrenzung unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Rechtszustandes (Überblick)	323
4. Die Angriffshandlung und ihre Modalitäten	332
I. Unterscheidung nach der rechtlichen Natur der „Verfügung“.	333
II. Die Begehungsform als Einteilungsgrundlage	338
5. Der Begriff des Vermögensvorteils	342
6. Das System der Vermögensdelikte im geltenden Strafrecht	345
Quellen- und Literaturverzeichnis	361
Gesamtdarstellungen.	361
Römisches Recht	361
Römisches Recht im Mittelalter	364
Deutsches Recht	366
Rezeption	368
Gemeines Recht	369
Aufklärung	371
19. Jahrhundert	373
Gesetzgebungsgeschichte seit der Carolina, insbes. Preußens.	374
Geltendes Recht	374
Namen- und Sachverzeichnis	379

Erstes Kapitel.

Einleitung

I. Die Existenz eines einheitlichen Vermögensbegriffes im Strafrecht als Problem.

Eine Untersuchung über den „*Vermögensbegriff im Strafrecht*“ fordert Ablehnung und Zustimmung nicht nur für ihre Ergebnisse. Schon die Fragestellung als solche, nämlich die Existenz eines einheitlichen Vermögensbegriffes, ist problematisch. Noch zweifelhafter erscheint es, ob ein solcher Begriff auch für das bürgerliche Recht Geltung beanspruchen darf.

Die Meinungen in der Wissenschaft sind geteilt. Auch BINDING¹ beurteilt die praktische Bedeutung recht skeptisch und bezeichnet den Versuch, „aus dem zivilistischen Vermögensbegriffe deduktiv Eigenschaften der einzelnen sog. Vermögensverbrechen abzuleiten und sie aus jenem Begriffe abzuleiten“, als „schweren methodischen Fehler“; er verweist für die Interpretation jener Tatbestände allein auf „ihre Geschichte und das sie für das Recht maßgebend bestimmende Gesetz“. Noch schärfer formuliert neuestens HELLMUTH MAYER²:

„Einen einheitlichen strafrechtlichen Vermögensbegriff . . . gibt es nicht“, „es fehlt ja überhaupt jeder Grund, einen einheitlichen strafrechtlichen Vermögensbegriff aufzustellen“. „Ebensowenig läßt sich in der geschichtlichen Entwicklung der systematische Gedanke der Vermögensverbrechen nachweisen.“

Bei einer derartig kritischen Haltung sehen wir uns von vornherein vor eine Schwierigkeit von ganz außerordentlicher Bedeutung gestellt. Es läßt sich der Inhalt des Vermögensbegriffes nicht bestimmen, bevor feststeht, daß ein solcher überhaupt vorhanden ist; aber wie soll man seine Existenz nachweisen, wenn man nicht weiß, was man darunter zu verstehen hat?

¹ BINDING: Lehrb. Bes. Teil I (2. Aufl.) S. 238.

² MAYER, HELLMUTH: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen (1926) S. 153. Vgl. auch die Bemerkung ebenda S. 81: „Die einzelnen Tatbestände können nämlich gar keine systematische Einheit bilden, da ja das Strafrecht immer nur einzelne Lebensverhältnisse regeln will . . .“ Aus dieser „fragmentarischen Natur“ des Strafrechts zieht MAYER wichtige Konsequenzen für die Auslegung. Ebenso S. 121.

Die Existenz von „Vermögensdelikten“ gibt SCHWINGE zu (Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 14 (1930) S. 26), obwohl nach ihm „die Deliktsbegriffe des Besonderen Teiles des Strafgesetzbuchs durchweg Individualbegriffe sind“ (S. 21).

Auch der Versuch, die Bedeutung des Vermögensbegriffes in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes zu ermitteln und die so gewonnenen Ergebnisse miteinander zu vergleichen, kann deshalb nicht zum Ziele führen. Denn die Auslegung der Tatbestände ist ja selbst problematisch und soll gerade durch die Bestimmung eines generellen Vermögensbegriffes erleichtert oder gar erst ermöglicht werden. Wer aber bürgt dafür, daß die auf jene Weise gewonnenen Ergebnisse wirklich den reinen, abstrakten Vermögensbegriff darstellen und nicht durch die übrigen Bestandteile des zugrunde gelegten Deliktstatbestandes *modifiziert* sind?

Aus diesem Dilemma der *Gleichung mit zwei Unbekannten* gibt es nur einen Ausweg: man muß vorerst einmal das eine der beiden unbekanntem Begriffselemente als bekannt voraussetzen und sich seine nachträgliche Bestimmung auf Grund der gewonnenen Ergebnisse für später vorbehalten. Daß auf diese Weise zwischen den beiden Begriffselementen eine feste Beziehung hergestellt wird, ist hier, wo es sich um das Verhältnis von Existenz und Inhalt des strafrechtlichen Vermögensbegriffes handelt, methodisch unbedenklich.

Der Inhalt des Vermögensbegriffes läßt sich schwer als bekannt voraussetzen. Einfacher dürfte es jedenfalls sein, zunächst die Existenz eines einheitlichen Vermögensbegriffes im Strafrecht als gegeben zu unterstellen. Ein solches Verfahren wird weniger bedenklich erscheinen, wenn wir den Sach- und Streitstand schärfer umgrenzen. Mag es immerhin recht zweifelhaft sein, ob sich für das geltende Recht ein einheitlicher Vermögensbegriff wird verteidigen lassen; darüber, ob ein solcher *de lege ferenda* erwünscht ist, wird sich sicher streiten lassen; und seine Denkbarkeit ist über jeden Zweifel erhaben.

Noch ein weiteres kommt hinzu. Jede vorjuristische Betrachtungsweise setzt — also auch für das geltende Recht — einen solchen Vermögensbegriff voraus. Die Bezeichnung einer bestimmten Gruppe von Tatbeständen als die Kategorie der „*Vermögensverbrechen*“³ beweist das zur Genüge. Nicht daß dieses Bild in seinen Konturen scharf umrissen wäre, das ist ja gerade die Aufgabe, welche die Wissenschaft bisher nicht gelöst hat; dennoch aber zeigt jener Sprachgebrauch, daß man instinktiv eine solche Begrenzung als vorhanden ansieht und — was das wichtigste ist — eine Bezugnahme hierauf *versteht*. So erscheint es methodisch gerechtfertigt, wenn auch die folgenden Untersuchungen von der Voraussetzung ausgehen, daß wenigstens im Prinzip ein einheitlicher Vermögensbegriff im Strafrecht existiere, mag auch seine Ausgestaltung in den einzelnen Tatbeständen nach verschiedenen Gesichtspunkten erfolgt, mag er überhaupt nicht folgerichtig durchgeführt sein.

³ Vgl. BRAUWEILER: Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht (Diss. Erlangen 1910) S. 23, 184. Gesetzlich anerkannt ist der Begriff in § 395 Abs. 2 StPO. Was BINDING (Lehrb. Bes. Teil I [2. Aufl.] S. 238) dagegen bemerkt, ist nicht überzeugend.

II. Die dogmatische Bedeutung des Gegensatzes von Vermögensdelikten im weiteren Sinne und Vermögensdelikten im engeren Sinne.

Zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinne rechnet man heute unstrittig die Tatbestände des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges und der Untreue, Hehlerei, die Konkursdelikte, Vollstreckungsverweigerung und Pfandkehrung, Gebrauchsanmaßung, Jagdfrevel, endlich Wucher, Sachbeschädigung u. a. m. Für eine Reihe anderer Delikte ist es bekanntlich streitig, ob sie überhaupt oder ausschließlich den Schutz vermögenswerter Güter bezwecken; doch mag diese Frage vorläufig auf sich beruhen bleiben. Schon innerhalb der ersten Gruppe macht sich, wenn man der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgt⁴, eine eigenartige Divergenz bemerkbar. Aus jener Gruppe der Vermögensdelikte treten nämlich vier Tatbestände heraus, als deren Schutzobjekt das Vermögen im engeren Sinne gilt; es sind Betrug, Untreue⁵, Erpressung⁶ und Wucher. Die Bedeutung dieser gegensätzlichen Bestimmung des Schutzobjektes wird an einem kraß gewählten Beispiele klar werden. A und B können um eine alte, dem A gehörige Uhr nicht einig werden. B bietet 100 RM, womit ihr Wert voll gedeckt ist; A verlangt aber 150 RM, weil er sich von dem alten Stück seinerseits nur ungern trennen will. Wenn nun B dem A die Uhr unter Zurücklassung eines (echten) 100-RM-Scheines heimlich wegnimmt, so wird er *wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft*⁷; dasselbe geschieht, wenn er den A zur Hergabe der Uhr dadurch veranlaßt, daß er ihm erklärt, er wolle sie sich vor der endgültigen Entscheidung noch einmal genau ansehen, und wenn er dann — unter Hinterlassung von 100 RM — mit ihr fortläuft. Anders, wenn B sich dadurch in den Besitz der Uhr setzt, daß er sich mit dem Preise einverstanden erklärt, dann aber dem A außer dem echten 100-RM-Schein noch einen falschen 50-RM-Schein aushändigt; in diesem Falle wird B nach der in Theorie und Praxis herrschenden Lehre von der Anklage des Betruges freigesprochen, weil die Verfügung, die A auf Grund jener Täuschung vorgenommen hat, nicht zu einer Vermögensbeschädigung geführt habe.

⁴ Vgl. neuestens JW 1933 S. 1591 Nr. 13; JW 1933 S. 1026 Nr. 14, 15.

⁵ Die Frage, ob die Untreue auch „Angriffe gegen höchstpersönliche Güter unter Strafe stelle“ (so AMMON: Die Untreue, Diss. Tübingen 1894) gilt heute als erledigt. Vgl. neuestens THIES: Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 2 Ziff. 2 (Strafrechtl. Abhandl. Nr. 307 [1932]) S. 3 Anm. 1; HELLMUTH MAYER: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen (1926) S. 43, 143 ff.

⁶ Herrschende Lehre, vgl. die Zitate bei OLSHAUSEN II (11) § 253 Note 1. Auch die Rechtsprechung des RG steht nicht entgegen. Bedenklich allerdings RGSt Bd. 38 S. 15, die übrigen bei BUSCH (Erpressung und Betrug. Ein Versuch der Abgrenzung beider Delikte gegeneinander. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 2 [1922]) S. 11 Anm. 3 und S. 17 Anm. 1 zitierten Entscheidungen treffen nicht zu. Für das Erfordernis eines Vermögensschadens neuestens RGSt Bd. 67 S. 200.

⁷ Herrsch. Lehre. Vgl. HARBURGER: Vergl. Darst. B.T., Bd. 6 S. 213 (mit Literaturangaben).

Daß dieses Ergebnis nicht befriedigt, ist klar⁸. Um so mehr sollte es zu Erörterungen über die rechtspolitische Grundlage dieser heute so gut wie unangefochtenen Rechtsprechung⁹ Anlaß geben. Sie gründet sich auf die bekannte Plenarentscheidung im 16. Bande der amtlichen Sammlung (S. 1 ff.); damals hatte das Reichsgericht den Fall zu entscheiden, daß jemand durch Täuschung des Agenten zum Abschluß eines Versicherungsvertrages mit einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit veranlaßt worden war, während er eigentlich eine Prämienversicherung hatte abschließen wollen. Das Reichsgericht untersucht sehr eingehend, ob bei gleicher Prämienhöhe die Sicherheit beider Versicherungsarten gleich groß sei; dies wird bejaht und deshalb der Angeklagte freigesprochen, weil sich der Gesamtwert des Vermögens des Beschädigten durch jene Manipulation nicht verändert habe, es mithin an dem Erfordernis des Vermögensschadens i. S. des § 263 StGB fehle. Der dort entwickelte Vermögensbegriff ist demnach ein Wertbegriff, genauer ein Begriff, welcher der Kategorie der wirtschaftlichen Werte angehört; und er ist ein Universal-, kein Spezialbegriff, weil es ihm nicht auf den (wirtschaftlichen) Wert des einzelnen, das Objekt der schädigenden Verfügung bildenden Vermögensbestandteils, sondern auf den Wert des Gesamtvermögens ankommt. Das Vorhandensein eines Vermögensschadens wird dann dadurch ermittelt, daß man den Wert des Gesamtvermögens vor und nach der schädigenden Handlung vergleicht. Die Tatsache, daß nach dieser Theorie über die Höhe des Wertes nicht das einzelne Individuum, sondern die Anschauung der Allgemeinheit entscheidet, hat dazu geführt, daß man ihren Vermögensbegriff als objektiven bezeichnet, die Theorie als objektive der subjektiven Theorie gegenübergestellt hat. Einer ähnlichen Erwägung entspricht es, wenn man ihn, weil er persönliche Wertschätzung außer acht läßt, den wirtschaftlichen Vermögensbegriff genannt hat.

Die zuletzt genannte Ausdrucksweise ist aber nicht ganz unbedenklich, weil sie ein gefährliches Mißverständnis nahelegt. Man hat — mit Recht — zu den Gegnern der objektiven Theorie auch BINDING¹⁰ gerechnet, der sich sowohl gegen die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung wie gegen das Erfordernis eines wirtschaftlichen, d. h. Geldwertes ausgesprochen hat. Unrichtig ist es aber, wenn man sich zum Beweise für diese Behauptung auf BINDINGs Ausführungen über den sog. juristischen Vermögensbegriff¹¹ be-ruft; denn die Polemik BINDINGs gegen die herrschende Lehre an jener Stelle gilt einem ganz anderen Problem. Es handelt sich nämlich dort nicht um die Art der Bewertung (durch das Individuum oder die Allgemeinheit), sondern um die Abgrenzung der zu schützenden Rechtsgüter, genauer darum,

⁸ Richtig; ROTERING: Goldt. Arch. Bd. 47 S. 423.

⁹ Vgl. etwa neuestens: RG JW 1932 S. 950 Nr. 15 (mit Anm. von GRÜNHUT); RGSt Bd. 64 S. 37; RG JW 1926 S. 2186 Nr. 23 und S. 2296 Nr. 2/3 (mit Anm. von GRÜNHUT).

¹⁰ BINDING: Lehrb. Bes. Teil I (2. Aufl.) S. 239, 240.

¹¹ BINDING: a. a. O. S. 240ff.; vgl. z. B. ENGELHARD: ZStrW Bd. 33 S. 136.

ob nur solche Vermögenswerte strafrechtlichen Schutz genießen sollen, die irgendwie privatrechtlich als Vermögensbestandteile des Verletzten qualifizierbar sind, oder ob man sich mit einer mehr tatsächlichen, *wirtschaftlichen* Zugehörigkeit zum Vermögen begnügen dürfe. Die Fragen, die hier erörtert werden, gehen dahin, ob Aussichten, Hoffnungen, Kundschaft usw., die (noch) nicht Gegenstand irgendwelcher subjektiver Rechte sind, zum Vermögen zu rechnen sind und ob deshalb ihr — wirtschaftlicher — Wert in die Gesamtberechnung eingestellt werden darf. In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, ob und wann bereits eine Gefährdung des Vermögensbestandes als Vermögensschaden anzusehen sei¹². Hier steht aber nicht nur BINDING, sondern auch MERKEL, der doch gerade der Vorkämpfer der objektiven Theorie gewesen ist¹³, gegen die herrschende Lehre; hier bildet in der Tat die „*juristische*“ Auffassung den Gegensatz zu dem „*faktischen*“ Vermögensbegriff des Reichsgerichts.

Für die Theorie ergibt sich damit die Notwendigkeit einer scharfen Trennung beider Problemgruppen¹⁴, die wir — unter Ausscheidung des zweideutigen Ausdruckes „*wirtschaftlich*“ — als den Gegensatz von subjektivem und objektivem, sowie von juristischem und faktischem Vermögensbegriff bezeichnen wollen.

Eine besondere Note erhält diese Unterscheidung schließlich dadurch, daß sich hinter jedem der beiden Gegensatzpaare ein Problem des Verhältnisses von Zivilrecht und Strafrecht verbirgt. Da § 123 BGB für die Zulässigkeit der Anfechtung das Erfordernis eines Vermögensschadens nicht aufstellt, so ist die Anfechtbarkeit und als deren Voraussetzung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens auch dann zu bejahen, wenn ein wirtschaftlicher, d. h. also objektiver Schaden nicht entstanden ist; der Gegensatz zwischen subjektiver und objektiver Theorie fällt also bei der arglistigen Täu-

¹² In diesem Sinne ist die „*wirtschaftliche Betrachtungsweise*“ ein Problem von ganz allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung. Das ist in methodologischen Erörterungen aus dem Gebiete des Privat- und Steuerrechts durchaus anerkannt. Ich kann auf diese Zusammenhänge hier nicht eingehen, verweise aber z. B. auf die Ausführungen von WILHELM KRÄMER: JW 1932 S. 1425—27 sowie die dort angeführte Literatur und Judikatur.

¹³ MERKEL: Lehre vom Betrüge, Kriminalistische Abhandlungen II S. 103, 192 ff., bes. 198/9. MERKEL vertritt also gleichzeitig die objektive Theorie und die Lehre vom juristischen Vermögensbegriff, ebenso GERLAND (Deutsches Reichsstrafrecht [1922] S. 505), während BINDING juristischen Vermögensbegriff und subjektive Theorie kombiniert.

¹⁴ Eine solche Scheidung der beiden Problemgruppen vermisste ich selbst bei GRÜNHUT: JW 1932 S. 1383 Nr. 33 Anm. II. Ein Widerspruch zu den JW 1931 S. 1199 Nr. 16 vom RG entwickelten Grundsätzen besteht deshalb insoweit m. E. nicht. Vgl. auch MITTERMAIER: JW 1924 S. 1877 Anm. zu Nr. 5. Die Polemik gegen BINDING leidet ebenfalls unter der Vermengung beider Gesichtspunkte.

Interessant in diesem Zusammenhange RGSt Bd. 58 S. 171, wo sich das RG trotz seiner sonst stets geübten wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf den streng juristischen Standpunkt zurückzieht und nur durch eine Isolierung des eigentlichen Schädigungsaktes zur Annahme eines „*Vermögens*“schadens gelangt.

schung nach Ansicht des Reichsgerichts mit der Grenze von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit zusammen, die sich bekanntlich allgemeingültig bisher nicht hat bestimmen lassen.

Der Gegensatz von juristischem und faktischem Vermögensbegriff schließlich berührt das Elementarproblem der Beziehungen zwischen Straf- und Zivilrecht. BINDINGS Anschauung ist die Konsequenz einer streng akzessorischen Auffassung, während der faktische Vermögensbegriff den Gedanken der *begrifflichen Emanzipation* voraussetzt.

Die Trennung jener beiden Probleme läßt sich für das zweite *echte* Vermögensdelikt, die Untreue, noch schärfer durchführen, weil hier die Anknüpfungselemente bereits im Tatbestande geschieden sind. Die Frage, ob das Verfügungsobjekt zivilrechtlicher „*Vorformung*“ bedarf, gehört zur Auslegung der Begriffe „*Vermögen*“, „*Vermögensinteresse*“¹⁵, während das Erfordernis des Vermögensschadens in dem Wort „*Nachteil*“ zum Ausdruck gelangt und deshalb auch allein durch dessen Interpretation genauer bestimmt werden muß.

III. Die rechtspolitische Grundlage dieser Unterscheidungen.

Versucht man sich über die Gründe jener Entscheidungen Rechenschaft zu geben, so erweist sich deren Aufdeckung bei der Frage: *juristischer oder faktischer Vermögensbegriff* als verhältnismäßig einfach. Verkehrt wäre es allerdings anzunehmen, daß für jene Autoren die Rücksicht auf die oben angedeutete Grundanschauung über das Verhältnis von Straf- und Privatrecht maßgebend gewesen wäre. Bei BINDING¹⁶ spielt sie immerhin eine gewisse Rolle. Für MERKEL¹⁷ dagegen war ein ganz anderer Grund entscheidend. Es ist bekannt, daß das Vorhandensein einer für den schädlichen Erfolg ursächlichen Täuschung nicht ausreicht, um die Diagnose *Betrug* zu rechtfertigen. Die oben gegebene Variation des Uhrendiebstahls (der Täter läßt sich die Uhr unter dem Vorwand ernstlicher Kaufabsichten aushändigen und verschwindet dann mit ihr) ist das eine bekannte Beispiel; das andere ist der Fall, daß sich jemand durch die falsche Behauptung, er sei Angestellter des Gaswerks und wolle den Zählerstand kontrollieren, Einlaß in eine Wohnung verschafft und dann aus der Garderobe Gegenstände entwendet. Die herrschende Lehre hilft sich hier mit der Erwägung, es müsse die eigentlich schädigende, d. h. wohl die zur Besitzaufgabe führende Handlung infolge der Täuschung vom Beschädigten selbst herbeigeführt, nicht nur ermöglicht worden sein. MERKEL¹⁸ billigt diese Erklärung, fragt aber mit Recht nach der Begründung für eine solche Unterscheidung. Er findet sie in einer systematischen Erwägung. Wenn überhaupt Diebstahl und Betrug so scharf voneinander getrennt werden, so muß das seinen Grund in mehr

¹⁵ „Vermögensbestandteil“ in der bisherigen Fassung des § 266 Z. 2.

¹⁶ BINDING: Lehrb. Bes. Teil I (2. Aufl.) S. 238.

¹⁷ MERKEL: Lehre vom Betrüge S. 101, 183, 196/97.

¹⁸ MERKEL: a. a. O. (Anm. 17).

als einem verhältnismäßig zufälligen Unterschied der Begehungsweise haben. MERKEL sieht diesen Grund darin, daß hier nicht nur eine dem Zivilrecht widersprechende (faktische) Besitzlage herbeigeführt wird, sondern daß durch das Verhalten des Täters die Rechtslage selbst verändert, wirtschaftlich nicht gerechtfertigte, juristisch zunächst aber wirksame Gestaltungen der Vermögenslage bewirkt werden. Konsequenter durchgeführt ist allerdings diese Grundauffassung bei MERKEL keineswegs. Sie würde zur Folge haben, daß die Annahme eines Betruges abhängig würde von der zivilrechtlichen Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes, so daß beispielsweise Kinder und Geisteskranke im allgemeinen überhaupt niemals betrogen werden könnten. Soweit will natürlich auch MERKEL nicht gehen. Er verzichtet deshalb schließlich doch auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes und verlegt die praktische Bedeutung der Unterscheidung in den subjektiven Tatbestand. Betrug soll immer dann vorliegen, wenn der Geschädigte infolge der Täuschung eine rechtlich wirksame Verfügung über sein Vermögen beabsichtigte und sich deshalb der rechtsändernden (natürlich nicht auch der juristischen) Bedeutung seiner Handlungsweise bewußt war¹⁹. Auch diese Betrachtungsweise aber setzt nach MERKELS Ansicht voraus, daß diejenigen Gegenstände, über die seitens des Getäuschten *verfügt* wird, geeignete Objekte einer Verfügung im technischen Sinne, d. h. eben juristisch qualifizierbar sind. Die Gegner MERKELS und BINDINGS hingegen wollen auf die Möglichkeit, an sich strafwürdige Sachverhalte zu pönalisieren, aus Gründen zivilrechtlicher Konstruktion nicht verzichten und stellen demgegenüber die Frage nach Grund und Prinzip der Unterscheidung bewußt in den Hintergrund; und da sie meist vom positiven Recht ausgehen, so braucht sie auch der rein rechtspolitische Einwand nicht zu kümmern, warum denn eine solche erweiterte Strafbarkeit nicht auch für die Fälle von Diebstahl und Unterschlagung erwünscht und durchführbar sei.

Sehr viel schwieriger gestaltet sich der Versuch, die rechtspolitischen Gründe zu erforschen, welche die Stellungnahme zum Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie bestimmt haben.

Interessant ist zunächst, daß die Begründung der Plenarentscheidung im 16. Bande selbst konstruktive Erwägungen in den Vordergrund stellt. Das Vermögen wird bestimmt als die „*Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person*“. Daraus wird dann gefolgert: „*Beschädigt kann dieses Ganze nur dadurch werden, daß sein Gesamtwert in Geld vermindert, verbessert nur dadurch, daß sein Gesamtwert in Geld vergrößert wird*“. Eine eingehende Stellungnahme ist an dieser Stelle nicht beabsichtigt²⁰; es sei nur bemerkt, daß diese Beweisführung mit dem vorausgesetzten Vermögensbegriff steht und fällt.

¹⁹ MERKEL: a. a. O. S. 188/89, 198.

²⁰ Darüber eingehend im dogmatischen (2.) Teile unter S. 285 ff.

Auch der zweite Grund, den die Entscheidung anführt, ist z.T. konstruktiver Natur. Sie meint, die subjektive Theorie sei nicht in der Lage, die Belastung des Vermögens mit einer Schuldverbindlichkeit unter den Betrugstatbestand zu ziehen; denn es sei weder einer der aktiven Bestandteile des Vermögens dem Schuldner entzogen, noch auch sei der Wert eines einzelnen Rechts dadurch beeinträchtigt worden. Sie fürchtet also, daß bei dieser Auslegung der Tatbestand des Betruges die gleiche Lücke aufweisen würde, die sich bisher in § 266 Z. 2 StGB fand. Das war nun bei der bisherigen Fassung der Untreuebestimmung allerdings der Standpunkt der durchaus herrschenden Lehre. Nur gründete sie sich nicht, wie man nach dem Vorhergehenden eigentlich annehmen müßte, auf die Auslegung der Worte „zum Nachteil des Auftraggebers“, die ja das Element des Vermögensschadens im Tatbestande der Untreue umschreiben sollten, sondern auf das Erfordernis der „Verfügung über einen Vermögensbestandteil“; aus dieser Formulierung wurde nicht nur auf die Notwendigkeit zivilrechtlicher „Vorformung“ geschlossen, sondern darüber hinaus die Natur des „Vermögensstückes“ dahin näher bestimmt, daß es ein Aktivum im Gesamtvermögen darstellen, d. h. als solches für den Geschädigten wertvoll sein müsse. Würde man sich den Untreue-Tatbestand in der Fassung vorstellen: „Wer als Bevollmächtigter von der ihm verliehenen Verfügungsmacht zum Nachteil des Auftraggebers Gebrauch macht, der wird . . . bestraft“, so würde m. E. jedes Bedenken, die Belastung mit einer Schuldverbindlichkeit nach dieser Bestimmung zu strafen, entfallen; und es kommt dann m. E. nicht weiter darauf an, ob man sich den Vermögensschaden (Nachteil) subjektiv oder objektiv bestimmt denkt²¹. Es wäre sonderbar, wenn man beim Betrüge aus konstruktiven Gründen zu anderen Ergebnissen kommen müßte.

Merkwürdig genug ist jedenfalls, daß derselbe Gedanke früher einmal zur Begründung einer extrem gegenteiligen Theorie verwandt worden ist. Es war ANSELM FEUERBACH²², der das „Recht auf Wahrheit“ als Schutzobjekt des Betrugstatbestandes mit der Begründung verteidigte, daß andernfalls der Zeitpunkt der Vollendung des Verbrechens zu weit hinausgeschoben würde. Er beruft sich zum Beweise für diese Behauptung in erster Linie auf den Fall, daß der Getäuschte infolge der Täuschung eine Verbindlichkeit eingeht. In diesem Falle, so meint FEUERBACH, sei erst in dem Augenblick, in dem diese Schuld erfüllt werde, ein Vermögensschaden

²¹ Deshalb darf keineswegs aus der ausdrücklichen Erwähnung der Belastung in der neuen Fassung des § 266 ein grundsätzliches Bekenntnis des Gesetzgebers zur objektiven Theorie gefolgert werden. Auch er verlangt ja daneben, daß solche Maßnahmen „nachteilig“ sein müssen.

²² FEUERBACH: Kritik zu einem peinlichen Gesetzbuche Th. III S. 90ff. bes. S. 93—95; Lehrbuch § 414.

Warum die Theorie vom „Recht auf Wahrheit“ einen extremen Gegensatz zur objektiven Theorie darstellt, wird später (unten S. 252/3) gezeigt werden. Hier sei nur auf MERKEL: Lehre vom Betrüge S. 103f. verwiesen.

entstanden; denn erst dann sei ein aktiver, d. h. also wirtschaftlich wertvoller Bestandteil des Vermögens in Mitleidenschaft gezogen.

Mit Recht hat man²³ bereits FEUERBACH entgegengehalten, daß diese Annahme auf einer durch nichts gerechtfertigten Einschränkung des Begriffes „*Vermögensbeeinträchtigung*“ beruhe. Das im Vermögen geschützte Rechtsgut ist letzten Endes die Verfügungsmacht des Rechtsträgers, nicht das zivilistische Recht, in dem es sich verkörpert; und diese Verfügungsmacht ist offensichtlich bereits dann beeinträchtigt, wenn sich der Inhaber obligatorisch zur Aufgabe des Rechts verpflichtet hat. Verkaufe ich einen alten Stich, so ist im Falle der Gültigkeit des Kaufvertrages meine Verfügungsmacht über einen konkreten Gegenstand, nämlich eben jenen Stich, bereits mit Abschluß der Vereinbarung beschränkt; ich kann nicht anderweit über ihn verfügen, wenn ich mich nicht Schadensersatzansprüchen des Käufers aussetzen will; und ich muß ihn zur verabredeten Zeit an jenen abliefern oder gewärtigen, daß er seine Rechte zwangsweise durch Klage und Exekution verwirklicht. Hier deshalb, weil der Verkäufer *dinglich* noch unbeschränkter Rechtsinhaber geblieben ist, die Beeinträchtigung der Verfügungsmacht in Abrede zu stellen, bedeutet m. E. eine nicht gerechtfertigte Unterschätzung der Wirkung obligatorischer Verträge.

In ähnlicher Weise bewirkt aber auch die Eingehung einer Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme einen unmittelbaren Verlust an (objektmäßig noch nicht genau bestimmter = noch nicht konkretisierter) *abstrakter* Verfügungsmacht, die der Schuldner dem Gläubiger zum bestimmten Termin zur Verfügung stellen muß, wenn er sich nicht zwangsweiser Befriedigung durch Exekution in bestimmte Vermögensbestandteile, also *konkrete* Verfügungsmacht, aussetzen will. Daß aber zur Sicherung eines Anspruches auf Verschaffung von abstrakter Verfügungsmacht in der Regel das gesamte Vermögen, d. h. alle konkrete Verfügungsmacht eines Schuldners verhaftet ist, zeigt nur noch deutlicher, daß jenes Argument FEUERBACHS nicht beweiskräftig ist.

Eine andere Begründung der „*objektiven Theorie*“ findet sich in der „*Lehre vom strafbaren Betrüge und von der Fälschung*“²⁴ von ESCHER. Dieser beruft sich auf einen Satz von PREUSCHENS²⁵, den er — dem Sinne nach in Übereinstimmung mit dem Urtext — folgendermaßen formuliert:

„Eine täuschende Handlung kann als strafbare Vermögensbeeinträchtigung durch Betrug nur dann angesehen werden, wenn sie rechtswidrig ist; rechtswidrig aber ist sie nur, wenn entweder derjenige, welcher, durch eine solche Handlung bewogen, etwas weggibt, ein anderes Interesse dabei habe, daß die Sache sich so, wie vorgegeben worden ist, verhalte, oder die Vorspiegelung mußte den Getäuschten, im Falle daß das Vorgeben wahr gewesen, in die rechtliche Nothwendigkeit versetzt haben, etwas wegzugeben.“

²³ ESCHER: Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung (1840) S. 150.

²⁴ Zürich 1840 (S. 97).

²⁵ VON PREUSCHEN, FRIEDRICH FREIHERR: Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betrüge und der Fälschung, Gießen 1837 S. 9 ff.

Bei letzterem hatte VON PREUSCHEN²⁶ vor allem an Fälle gedacht, in denen jemand über die Pflicht zur Unterstützung Bedürftiger getäuscht und dadurch zur unentgeltlichen Hingabe von Vermögenswerten veranlaßt wird.

Aus diesem Satz zieht ESCHER einen Schluß, den VON PREUSCHEN, jedenfalls mit dieser Schärfe, nicht gezogen hat. Er erklärt nämlich²⁷ mit Bezugnahme auf den Bettelbetrug:

„Eben so wenig ist ein Interesse vorhanden, in dem Sinne, wie VON PREUSCHEN in der aufgestellten Regel dieses Wort nach juristischen Begriffen ganz richtig nimmt. In der Sprache des Zivilrechts wird nämlich nur dasjenige Interesse (*id quod interest*) verstanden, was sich als Preis, als *damnum emergens*, *lucrum cessans*, in eine Geldentschädigung auflösen läßt . . . Wie ließe sich diese intellektuelle Schädigung taxieren; denn was hierfür bezahlt wurde, war freiwillig gegeben und kann daher nicht als Gegenstand des Betrages angesehen werden.“

Nun wollte VON PREUSCHEN durch jenen Satz die rechtswidrigen von den nicht rechtswidrigen Täuschungen trennen; das ergibt der Wortlaut wie auch die Kapitelüberschrift²⁸ mit absoluter Gewißheit. Wäre also ESCHERS Interpretation zutreffend, so wäre die Verletzung immaterieller Interessen nicht einmal rechtswidrig, m. a. W. jeden rechtlichen Schutzes bar — ein untragbares Ergebnis!

Sehr viel grundsätzlicher ist die Beweisführung MERKELS. Sie stützt sich auf Gründe historischer, dogmatischer und rechtspolitischer Natur²⁹.

In ersterer Hinsicht beruft sich MERKEL auf die *vermögensrechtliche Qualität* des römischen *Stellionats*, als des Vorläufers unseres modernen Betrugstatbestandes³⁰. Hierzu wird an späterer Stelle eingehend Stellung genommen werden müssen.

Dogmatisch spricht nach MERKELS³¹ Auffassung für die objektive Theorie die Notwendigkeit, „*die Gattung der in Frage stehenden Eigentumsverbrechen*“ materiell zu bestimmen. Die Beispiele, die zur Begründung dieser These angeführt werden³², erscheinen allerdings keineswegs überzeugend. „*Wer einen Andern durch List oder Gewalt abhält, eine Sache zu verschenken, . . . der verhindert ihn an berechtigten Dispositionen über Vermögensobjekte, verletzt ihn also insofern als Subjekt von Vermögensrechten. Sollen wir ihn deshalb Dieben und Räubern zugesellen, indem wir seine Handlung als Betrug oder überhaupt als Eigentumsverbrechen charakterisieren?*“, meint MERKEL³³, unterstellt aber dabei — m. E. durchaus zu Unrecht — daß die subjektive Theorie in diesen Fällen zu einer Bestrafung wegen Betrages gelangen würde.

²⁶ VON PREUSCHEN: a. a. O. S. 9. (ESCHER: a. a. O. S. 98.)

²⁷ A. a. O. S. 107; vgl. auch S. 109.

²⁸ Sie lautet: Wann sind Betrug und Fälschung rechtswidrig? ESCHER (a. a. O. S. 107) hebt das auch selbst hervor; die Notwendigkeit einer solchen Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit betont er ebenfalls nachdrücklichst (a. a. O. S. 57ff.).

²⁹ Lehre vom Betrüge S. 103ff.

³⁰ Lehre vom Betrüge S. 1—3, vgl. auch S. 103ff. bes. 105.

³¹ A. a. O. bes. S. 103; sehr ähnlich: Obertribunal in Goldt. Arch. Bd. V S. 759.

³² A. a. O. S. 103. ³³ A. a. O. S. 103.

Jedenfalls will er³⁴ aus rechtspolitischen Gründen an der unterschiedlichen Behandlung von „*der bloß formell verletzenden Einwirkung auf fremde Vermögensverhältnisse*“ und „*der rechtswidrigen materiellen Benachtheiligung Anderer*“ festhalten, weil „*die erstere in ihren Gradationen auf den Begriff der strafbaren Eigenmacht und der unter diesem Begriff sich subsumierenden Verbrechen hinausführt, in allen denkbaren Steigerungen ihrem psychischen Charakter nach aber von dem materiellen Eigentumsverbrechen wesentlich verschieden bleibt.*“ Über diese Feststellung ist auch MERKEL nicht hinausgekommen.

Fehlt somit selbst bei den Vertretern der herrschenden Lehre eine klare Erkenntnis ihrer rechtspolitischen Bedeutung, so wird nichts anderes übrig bleiben, als zu versuchen, die praktischen Folgerungen jener Theorie zu ermitteln und hieraus Schlüsse auf ihre rechtspolitische Grundlage zu ziehen. Das läßt sich am besten so durchführen, daß einige der am meisten charakteristischen Entscheidungen kurz inhaltlich skizziert und analysiert werden.

Nehmen wir zunächst den Sachverhalt, der die Grundlage der Plenarentscheidung im 16. Bande gebildet hat. Jemand wird durch Vorspiegelungen des Agenten zum Abschluß eines Vertrages mit einem Versicherungsunternehmer veranlaßt, der sich nachher als ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit erweist, während der Getäuschte eine reguläre Prämienversicherung einzugehen wünschte. Stellen wir mit dem Reichsgericht fest, daß der Wert beider Versicherungsarten wie auch die Sicherheit der beiden in jenem Falle in Frage stehenden Unternehmen gleich hoch ist, so gelangt die subjektive Theorie gleichwohl zur Verurteilung wegen Betruges, die objektive Theorie aber, der das Reichsgericht gefolgt ist, zum Freispruch, weil eine strafbare Handlung nicht nachweisbar ist.

Verwandt ist diesem Fall ein anderer, der ebenfalls mehrfach die Gerichte beschäftigt hat³⁵. Bei einem Versicherungsnehmer stellt sich einige Zeit vor Ablauf des Versicherungsvertrages ein Agent ein und veranlaßt ihn, einen schriftlichen Antrag auf *Verlängerung* des Vertrages zu unterzeichnen. Jener findet sich hierzu bereit, da er mit der Gesellschaft bisher die allerbesten Erfahrungen gemacht hat. Nachträglich stellt sich heraus, daß der Agent für eine ganz andere Gesellschaft arbeitet und der Antrag auf Verlängerung in Wahrheit eine Offerte zum Abschluß eines ganz neuen Vertrages unter allerdings gleichen Bedingungen darstellt. Auch hier müssen objektive Theorie und Reichsgericht den Täter straflos lassen, wenn es sich herausstellt, daß der Versicherungsnehmer bei der neuen Gesellschaft wirtschaftlich nicht schlechter steht als bei der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem bisherigen Versicherer.

³⁴ A. a. O. S. 105.

³⁵ Vgl. Ger. Saal Bd. 40 S. 81ff. Nr. 15 (ObTrib v. 27. III. 1874 = Goltd. Arch. Bd. 22 S. 266); RGSt Bd. 28 S. 310.

Beide Male wird man zunächst das unbehagliche Gefühl nicht los, daß hier das Strafrecht in Fällen versagt, die moralisch höchst anrühlich sind. Trotzdem läßt sich nicht leugnen, daß es sich hier um etwas anderes handelt als in den Fällen des *Normalbetruges*, in denen der Getäuschte eine erhebliche Einbuße an seinem geldwerten Vermögen erleidet, etwa weil die gekaufte Kuh krank ist und daher sofort geschlachtet werden muß. Aber bereits der Versuch, dieses imaginäre Etwas in Worte zu kleiden, bereitet nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Das Persönlichkeitsbewußtsein sträubt sich dagegen zu dulden, daß ihm hier Entscheidungen oktroyiert werden. Hat sich jemand entschlossen, eine Prämienversicherung abzuschließen, so protestiert er mit Recht dagegen, daß er sich durch schwindelhafte Manöver irgendeines Agenten zum Mitglied eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit gemacht sieht; ist jemand mit seiner Versicherungsgesellschaft durch langjährige Beziehungen verbunden, so lehnt er es mit Recht ab, sich ohne jeden Grund zur Lösung dieser Beziehungen *zwingen* zu lassen und sie durch völlig unerprobte neue zu ersetzen. Man wird jetzt verstehen, was gemeint ist, wenn wir die hier verletzten Interessen im Gegensatz zum Geldwert als die Freiheit der Dispositionsbefugnis, kurz als *Dispositionsfreiheit* bezeichnen³⁶.

Eine zweite Gruppe von Fällen wird durch folgenden ganz typischen Sachverhalt gekennzeichnet: Jemand entschließt sich zum Ankauf eines Grundstückes oder zu irgendeiner anderen Kapitalsanlage deshalb, weil ihm ein ganz besonders günstiges Angebot gemacht worden ist. Nachträglich stellt sich heraus, daß das Grundstück mit Fehlern behaftet ist oder der Ertrag weit unter der zugesicherten Höhe bleibt. Ein Sachverständiger stellt fest, daß das Objekt trotz dieser Mängel nicht überzahlt worden ist. Vom Standpunkt der objektiven Theorie aus kommt eine Bestrafung des Schwindlers nicht in Frage³⁷.

Auch in diesen Fällen handelt es sich nicht um einen von uns sog. Normalbetrug; denn ein Vergleich der Vermögenslage des Getäuschten vor und nach Abschluß jenes Vertrages auf ihren Geldwert hin zeigt das gleiche Bild. Der Käufer ist nicht ärmer geworden, aber — er ist auch nicht, wie er gehofft hatte, reicher geworden. Zunächst ist also hier das sehr verständliche Interesse eines jeden Menschen verletzt, Gewinne, die ihm in Aussicht gestellt sind, wirklich zu erhalten, und seien sie sachlich noch so wenig gerechtfertigt. Die Zivilisten sprechen in diesen Fällen vom *Erfüllungsinteresse* (= positiven Interesse) und stellen es in Gegensatz zum (negativen =) *Vertrauensinteresse*. Versucht man aber den so Getäuschten mit der Bemerkung zu trösten, er sei schließlich wirtschaftlich noch immer so gestellt, wie er es vorher gewesen sei, so wird er einwenden, daß er sich unter diesen Umständen jenen Gegenstand niemals gekauft hätte, und sich da-

³⁶ „Dispositionsiinteresse“ (BRAUWEILER: a. a. O. S. 190; ROTERING: Goldt. Arch. Bd. 60 S. 473).

³⁷ Vgl. die Ger. Saal Bd. 40 S. 8iff. unter Nr. 1, 2 und 9 genannten Fälle.

gegen wehren, daß ihm auf diese Weise die Freiheit der EntschlieÙung über die Art der Kapitalsanlage geschmälert wird.

Als Schutzobjekte lassen sich also in diesen Fällen feststellen das Interesse an der Realisierung von Gewinnchancen (das Erfüllungsinteresse) und — ebenfalls — die Dispositionsfreiheit.

Noch anders liegt es endlich in einer dritten Gruppe von Fällen, deren innere Zusammengehörigkeit außerdem nur eine oberflächliche ist. Ich gebe auch hier einige Beispiele aus der Judikatur:

Der Angeklagte hatte als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Mietvertrag abgeschlossen, diese Tatsache aber dem Vermieter verschwiegen. Eine Genehmigung erfolgte nicht, so daß der Vermieter auf einen Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht angewiesen war (§179BGB). Das Reichsgericht³⁸ erwägt, ob dieser Anspruch ein Erfüllungs- oder ein Schadensersatzanspruch sei; im letzteren Falle wäre ja die Entstehung eines Schadens schon definitionsgemäß vorausgesetzt; deshalb schließt bekanntlich die Existenz eines Ersatzanspruchs die Annahme eines Vermögensschadens niemals aus. Das Reichsgericht hält aber den Anspruch aus §179 BGB für einen Erfüllungsanspruch und hat den Angeklagten freigesprochen, weil beide Erfüllungsansprüche rechtlich gleichartig, wenn auch „*dem Rechtsgrunde nach verschieden*“ seien. „*Ist daher der Vertreter*“, so heißt es in jener Entscheidung, „*nach seinen Vermögens- und persönlichen Verhältnissen(?) in vollem Maße erfüllungsfähig und sogar auch erfüllungsbereit, so wird man rechtlich nicht gehindert sein anzunehmen, daß das Vermögen des Dritten in seiner Gesamtheit eine Schmälderung nicht erfahren habe.*“

Man erinnere sich in diesem Zusammenhange eines Falles, der kürzlich durch die Zeitungen ging. Damals hatte eine extreme politische Partei unter einem Decknamen eine Etagenwohnung gemietet, um dort ein Parteilokal einzurichten. Man unterstelle — und so war es in jenem Falle — daß der Hauseigentümer politisch anders orientiert ist, und man wird erkennen, daß hier Interessen auf dem Spiele stehen können, deren Wert, auch wo er sich nicht in Zahlen ausdrücken läßt, nicht unterschätzt werden darf.

Der Entscheidung RGSt Bd. 50 S. 316 liegt folgender Fall zugrunde: Ein Armeelieferant hatte von der Militärverwaltung Aufträge von größerem Umfange erhalten, gegen das Versprechen, an seine Arbeiter Löhne in bestimmt vorgeschriebener Höhe zu zahlen. Die Absicht, Löhne in der vereinbarten Höhe zu bewilligen, hat der Lieferant aber niemals gehabt und dementsprechend gehandelt. Ein Betrug an den Arbeitern wird vom Reichsgericht mit der — wie ich glaube, zutreffenden — Begründung verneint, es sei den Arbeitern kein Rechtsanspruch auf höheren Lohn erwachsen, weil die Vereinbarung zwischen dem Lieferanten und der Heeresverwaltung nicht als Vertrag zugunsten Dritter aufgefaßt werden könne³⁹. Aber auch eine

³⁸ RGSt Bd. 39 S. 420.

³⁹ Um so interessanter, daß sich das RG in einem ähnlich gelagerten Falle (Gewährung eines Hauszinssteuerdarlehens an einen Bauunternehmer unter der Bedin-

strafbare Handlung gegenüber dem Fiskus vermag das Reichsgericht vom Standpunkt der objektiven Theorie aus nicht festzustellen; zwar sei die Vereinbarung als eine wirtschaftliche Maßregel anzusehen, welche „den wesentlich sozialpolitisch-ethischen“ Zweck habe, „die Schlagfertigkeit des Heeres“, zu erhalten „ein solches immaterielles Interesse des Fiskus an der Erfüllung der zugunsten Dritter getroffene Abrede schloß zwar ein Klagerecht des Versprechensempfängers . . . nicht aus . . . Unvereinbar aber mit vorstehenden und den weiteren Feststellungen und rechtsirrtümlich ist es, wenn das Landgericht den Anspruch des Fiskus als einen vermögensrechtlichen beurteilt und in seiner Gefährdung die in § 263 StGB vorausgesetzte Vermögensbeschädigung findet“.

Auf gleicher Linie liegt es, wenn die Praxis strafbaren Betrug dort verneint hat, wo sich jemand durch eine betrügerische Vorspiegelung Lebensmittelpapieren erschlichen hatte, auf die er keinen Anspruch hatte⁴⁰.

Ich möchte diese Gruppe mit der Darstellung eines Falles beschließen, der ebenfalls das Reichsgericht⁴¹ beschäftigt hat. Der Angeklagte hatte ein ihm in Verwahrung gegebenes Rad unter Verschweigung dieses Sachverhalts an einen Dritten verkauft und übergeben. Als dieser davon erfuhr, gab er das Rad freiwillig an den früheren Eigentümer zurück, weil er glaubte, hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein. Das Reichsgericht verneint Betrug gegenüber dem Käufer mit folgender Begründung:

„Abgesehen davon, daß K. nicht einer Anstandspflicht, sondern einer vermeintlichen Rechtspflicht gehorcht hat, als er das Rad zurückgab, müssen Verpflichtungen, die jemand über die Rechtspflicht hinaus aus Rücksicht auf die Wohlanständigkeit übernimmt, als auf den persönlichen Empfindungen beruhend, für die nach der objektiven Seite hin zu entscheidende Frage der Vermögensbeschädigung grundsätzlich außer Betracht bleiben.“⁴²

Das für die Fälle dieser Gruppe charakteristische Moment liegt, soweit ich sehe, darin, daß hier Interessen ganz konkreter Natur in Mitleidenschaft gezogen werden, die aber einen unmittelbar wirtschaftlichen Wert nicht besitzen, deren Wert sich überhaupt nicht zahlenmäßig bestimmen und ausdrücken läßt. Das Reichsgericht bezeichnet sie selbst in einer der oben zitierten Entscheidungen als „immaterielle Interessen“⁴³, an anderer Stelle als „Affektionswerte“⁴⁴ u. ä. und lehnt ihre Berücksichtigung bei der Feststellung des Vermögensschadens kategorisch ab. Man mag zu diesen Ent-

gung bestimmter Mindestmieten) neuestens durch die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter geholfen hat (DRZ 1932 S. 617 Nr. 754).

⁴⁰ RGSt Bd. 52 S. 154 = Goldt. Arch. Bd. 69 S. 111/2; dagegen ist Diebstahl möglich: RGSt Bd. 51 S. 97 u. 317; RGSt Bd. 52 S. 296.

Entsprechend verneint das RG Hehlerei an Brotkarten, die von dem berechtigten Inhaber einem gesetzlichen Verbot zuwider übertragen worden sind (LZ Bd. 12 [1918] Sp. 280 Nr. 24; zustimmend GENTZ: Goldt. Arch. Bd. 65 S. 418 gegen KG), weil es an einem Vermögensschaden fehle; vgl. aber: RGSt Bd. 51 S. 97.

⁴¹ RGSt Bd. 49 S. 16.

⁴² Die privatrechtliche Seite des Problems erörtert KIPP: JW 1931 S. 1169. Dazu MARTIN WOLFF: THEODOR KIPP. Ein Vortrag (1932) S. 15.

⁴³ RGSt Bd. 50 S. 317. ⁴⁴ RGSt Bd. 16 S. 10; Bd. 49 S. 23.

scheidungen stehen, wie man will; durch die mitgeteilten Fälle wird eines klar gestellt sein, daß es sich bei dieser Fragestellung durchaus nicht nur um die fast zu Tode gehetzten Beispiele von der „*Haarlocke des verstorbenen Freundes*“ und dem „*heiß geliebten Mops der alten Dame*“ handelt, sondern daß es hier um Dinge geht, die durchaus den Anspruch erheben dürfen, ernst genommen zu werden.

Eine vierte Gruppe endlich wird durch eine Reihe von Fällen gebildet, in denen das Reichsgericht davon spricht, daß die in ihnen sich dokumentierenden „*individuellen*“ Interessen auch von der objektiven Theorie anerkannt werden müßten. Ich gebe auch hier einige Beispiele aus der Rechtsprechung:

Der Entscheidung JW 1904 S. 584 Nr. 27 liegt folgender Fall zugrunde: Der Käufer eines Geschäftsunternehmens war vom Verkäufer über dessen Rentabilität getäuscht worden. Das Reichsgericht stellt fest, daß der gezahlte Preis auch bei Berücksichtigung des geringeren Wertes angemessen sei. Gleichwohl wird Betrug angenommen, weil der von dem Käufer mit dem Ankauf verfolgte Zweck, sich eine Existenz zu gründen, nach Lage der Sache und seiner individuellen Verhältnisse nicht mehr zu verwirklichen sei.

Ein anderer Fall in RGSt Bd. 49 S. 21: Der Angeklagte hatte bei der Gründung einer Aktiengesellschaft unrichtige Angaben gemacht und dadurch zur Zeichnung veranlaßt. Bei der Erörterung des Wertes der Bezugsrechte erklärt der Senat: ⁴⁵

„Allerdings hat das Geld, als allgemeiner Wertmesser, für alle diesem Verkehrsgebiet angehörenden Personen den gleichen Wert. Insofern ist sein Wert ein objektiver. Für die übrigen Gegenstände des Rechtsverkehrs trifft das aber nicht zu. Vielmehr kann deren Wert für die verschiedenen Personen dieses Verkehrsgebietes ein durchaus verschiedener sein, was durch die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Zwecke und Interessen bedingt erscheint, deren sie sich bedienen. So ist der Wert von Waren verschieden, je nachdem sie als Gegenstand des Groß- oder Kleinverkehrs, vom Standpunkt der Erzeuger und Verkäufer, oder der Verbraucher und Käufer in Betracht kommen, ob sie, bei Wertpapieren, als Kapitalsanlage oder als Veräußerungsgegenstand benutzt werden sollen u. dgl. Diese Werte beruhen hierdurch zwar nicht auf rein persönlichen (subjektiven) Schätzungen der jeweilig Beteiligten, haben vielmehr ebenfalls eine gegenständliche (objektive) Grundlage; allein sie hängen ganz von den persönlichen Beziehungen ab, in denen die Beteiligten zu ihnen nach ihrer Stellung im Rechtsverkehr stehen.“

Ich habe diesen Teil der Entscheidung hier wörtlich wiedergegeben, weil er in besonders deutlicher Weise die Grenze hervortreten läßt, die das Reichsgericht zwischen subjektiver und objektiver, individueller und genereller Bewertungsmethode zu ziehen sich bemüht. Lediglich genereller (objektiver) Bewertung zugänglich ist allein das Geld; alle übrigen Gegenstände können in ihrem Wert auch vom objektiven Standpunkt aus nicht generell, sondern nur individuell, d. h. mit Rücksicht auf die Zwecke und persönlichen Verhältnisse ihres Besitzers bestimmt werden. So schwierig diese Bestimmung, so schwer die Grenzziehung gegenüber rein subjektiven, affektiven Gesichtspunkten im Einzelfalle durchzuführen sein mag, ich glaube in der Tat, daß

⁴⁵ a. a. O. S. 23.

diese Unterscheidung logisch möglich⁴⁶ und — vom Standpunkt der objektiven Theorie aus — praktisch erwünscht ist; deshalb trifft der oft erhobene Vorwurf nicht zu, das Reichsgericht habe mit dieser Einschränkung den Boden der objektiven Theorie bereits verlassen.

Nachdem so die Grundlage der Lehre des Reichsgerichts erkannt ist, wird die Entscheidung zweier weiterer, einander sehr ähnlicher Fälle ohne weiteres einleuchten.

Jemand wünscht eine bestimmte Butterart („*Domänenbutter*“) zu kaufen, er erhält aber als Domänenbutter eine ganz andere Qualität von gleicher Güte und zu gleichem Preise⁴⁷.

Betrug wird verneint, weil es an einem Vermögensschaden fehle.

Ganz ähnlich der Fall in RGRechtspr. Bd. II S. 399⁴⁸: Ein Drogist hatte eine bekannte *Marke* selbst fabriziert, sie in Originalflaschen gefüllt und als echt verkauft. Bei Gleichwertigkeit der Ersatzware verneint das Reichsgericht Betrug.

In beiden Fällen würde die Entscheidung wohl⁴⁹ anders ausgefallen sein, wenn der Verkauf nicht an einen Privaten, sondern an einen Händler zum Zwecke des Weiterverkaufs erfolgt wäre, weil dieser die unechte Ware trotz aller Gleichwertigkeit niemals losgeworden wäre und deshalb einen sehr erheblichen Vermögensschaden erlitten hätte.

Auf ähnlichen Erwägungen beruht RGSt Bd. 42 S. 49: Die Verwaltung des Norddeutschen Lloyd hatte einen Heuervertrag mit einem Steward abgeschlossen. Es erwies sich, daß der Steward geschlechtskrank war, so daß seine Einstellung nach den Bedingungen des Lloyd nicht hätte erfolgen dürfen. Das Reichsgericht läßt es dahingestellt, ob eine Vermögensbeschädigung durch die Notwendigkeit einer Heilbehandlung auf Kosten des Lloyd oder durch die Dienstuntauglichkeit eingetreten sei, und bejaht Betrug mit folgender Begründung:

„Der als berechtigt anerkannte Grundsatz der Individualisierung bei der Beurteilung der Frage nach der Vermögensbeschädigung enthält . . . keine „Konzession“ an die Willkür des Getäuschten, insbesondere nicht an das Belieben desselben, ob er die ihm gelieferte Sache gebrauchen will, es handelt sich vielmehr darum, ob er sie gebrauchen kann. Dieses Können aber hat man anzuerkennen als bedingt durch die Vermögenszwecke des Getäuschten, und solche Vermögenszwecke können dem Getäuschten nicht willkürlich aufgedrängt werden.“

In eigenartiger Parallele zu dieser Entscheidung⁵⁰ steht RGSt Bd. 65 S. 281: Der Angeklagte hatte durch falsche Angaben über sein Vorleben eine

⁴⁶ Die — häufig offenbar bewußte — Verbindung beider Gesichtspunkte erscheint mir nicht billigenswert.

⁴⁷ RGSt Bd. I S. 266 (Ger. Saal Bd. 40 S. 95 Nr. 22 = Rechtspr. Bd. 1 S. 444 = Goldt. Arch. Bd. 28 S. 262).

⁴⁸ Ger. Saal Bd. 40 S. 96 Nr. 25.

⁴⁹ Vgl. die Begründung in RGSt Bd. 49 S. 21 (oben S. 15).

⁵⁰ Vgl. auch RGSt Bd. 54 S. 37/8; RG JW 1924 S. 1605 Nr. 8; RG JW 1933 S. 1331 Nr. 25.

Anstellung als Beamter erlangt. Der Senat lehnt es ab, das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung hier wie beim gewöhnlichen Dienstvertrage durch einen Vergleich zwischen dem Wert der geleisteten Dienste und der vom Dienstherrn übernommenen Gegenleistung zu ermitteln.

„Die Stellung eines öffentlichen Beamten läßt keinen Raum für die Auffassung, daß seine Dienste für eine bestimmte Entschädigung gekauft werden.“

Der Gegenwert bestehe bei einem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnisse nicht in der Leistung bestimmter Dienste, sondern in der Begründung eines „*Treuverhältnisses*“, bei dem der Beamte seine ganze Persönlichkeit „*hingibt*“ und dessen unerläßliche Voraussetzung sei, daß er gewisse Mindestanforderungen nach Berufsvorbildung und Charakteranlage erfülle. Fehle es daran, so erlange die anstellende Körperschaft „*überhaupt keinen Gegenwert*“ und sei deshalb durch die Hingabe der von ihr geschuldeten Leistung in ihrem Vermögen geschädigt.

Man wird nicht bestreiten können, daß dieser Fall verdächtig nahe der Grenze liegt. Sind die Werte, die der Beamte *einbringt*, so stark persönlichkeitsbedingt, sind sie überhaupt nicht konkret wägbare, sondern nur generell (in dem Erfordernis bestimmter typisierter Charakter- und Berufseigenschaften) bestimmbar, so muß die Frage aufgeworfen werden, ob die von dem Beamten geschuldete Leistung überhaupt „*vermögenswert*“ ist oder ob nicht hier der Bereich jener Werte beginnt, welche die objektive Theorie als wirtschaftlich nicht faßbar in das Gebiet der „*immateriellen Werte*“ verwiesen und bei der Feststellung eines Vermögensschadens für unbeachtlich erklärt hat.

Mit zwei weiteren, ebenfalls auf der Grenze liegenden Beispielen sei die Aufzählung zum Abschluß gebracht.

Das Oberlandesgericht Kassel erklärt⁵¹ den Verkauf einer Schülergeige als Meistergeige für Betrug, obwohl der gezahlte Preis dem wirklichen Wert des Instrumentes entspreche. Zur Begründung wird angeführt, daß „*das Erworbene für den Verkäufer nicht den Wert habe, der dem geleisteten Gegenstand nach allgemeiner Wertschätzung beizuhöhet*“. Dabei beruft sich das Oberlandesgericht auf eine ähnliche Entscheidung des Reichsgerichts⁵², welches den Verkäufer eines an sich preiswerten Cellos als alt-italienisch wegen Betruges bestraft hat,

„da das Cello im Hinblick auf den beim Ankaufe verfolgten Zweck des Erwerbes, in den Besitz eines echten alt-italienischen Instrumentes zu gelangen, als ein unechtes für den Getäuschten wertlos sei“.

Blicken wir auf die hier vorgeführten vier Fallgruppen zurück, so läßt sich nicht verkennen, daß zwischen den beiden ersten und den beiden letzten ein gewisser Zusammenhang besteht. Darüber werden wir uns nunmehr Rechenschaft ablegen müssen.

⁵¹ Goltd. Arch. Bd. 68 S. 221.

⁵² Beil. zum Recht 1915, Jahrb. d. Strafr. und Strafpr. S. 80 Nr. 7.

Wir haben gesehen, das verletzte Interesse in den Fällen der ersten Gruppe war das berechtigte und im allgemeinen von der Rechtsordnung anerkannte Bedürfnis eines jeden Individuums, über die ihm zustehenden Rechte nach seinem Belieben zu verfügen (Dispositionsfreiheit). Bei der zweiten Gruppe trat hinzu der Wunsch, die Chancen des abgeschlossenen Geschäftes zu realisieren, den erhofften Gewinn auch wirklich einzustecken (Erfüllungsinteresse).

Man muß sich davor hüten, diese Gewinnchancen, das *positive Interesse*, zu verwechseln mit den Gewinnen, die sich als Teil des *negativen Interesses* von jeden Rechtsinhaber bei vernünftiger Verwaltung seines Vermögens erzielen lassen, und deren Ausfall man gemeinhin als *lucrum cessans*, im Gegensatz zum *damnum emergens*, zu bezeichnen pflegt. Hier handelt es sich um Gewinne ganz anderer Art, die nichts mit dem gegenwärtigen Vermögensbestand zu tun haben, sondern die auch der ärmste machen kann, wenn es ihm gelingt, ein besonders günstiges Geschäft abzuschließen. Der Schutz dieser Chancen durch die Rechtsordnung bedeutet also überhaupt nicht einen Schutz existenter vermögenswerter Güter, sei es ihre Erhaltung, sei es die Garantie der aus ihrer Innehabung fließenden Gewinnmöglichkeiten; er ist vielmehr, wie schärfere Prüfung ergibt, lediglich dazu bestimmt, die Ehrlichkeit im Geschäftsverkehr mit Rücksicht auf ihre vermögensrechtlichen Konsequenzen zu sichern; er gewährleistet nicht den Bestand eines vorhandenen, sondern den Erwerb eines zukünftigen Vermögens und gehört deshalb, mag man ihn für sachlich gerechtfertigt halten oder nicht, jedenfalls nicht unmittelbar in unseren Zusammenhang.

Damit bleibt von den uns bedeutsamen Interessen auch in der zweiten Gruppe lediglich die Dispositionsfreiheit übrig, so daß diese beiden Sachverhaltstypen für die weitere Erörterung zusammenfallen.

Die Beziehungen zwischen den beiden letzten Gruppen sind ganz anderer Art. Es fragt sich, ob die vom Reichsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen individueller und subjektiver Bewertung durchführbar ist und was sie bedeutet. Die zuletzt angeführten Beispiele lassen Zweifel an der Durchführbarkeit gerechtfertigt erscheinen. Warum ist ein altes italienisches Cello für einen als solches ein Vermögenswert, für den anderen aber nur auf Grund der mit dem Erwerb verfolgten wirtschaftlichen Zwecke, während alle darüber hinausgehenden Motive in die Kategorie der unbeachtlichen „*immateriellen Interessen*“ verwiesen werden? Will man der Unterscheidung überhaupt einen Sinn beilegen, so gibt es m. E. nur einen Weg. Entscheidend kann nicht die Möglichkeit oder Unmöglichkeit objektiver Bewertung sein — denn der Wert eines alten italienischen Cellos läßt sich entweder in jedem oder in keinem der beiden Fälle objektiv ermitteln —, entscheidend muß vielmehr sein, ob das Motiv, welches zum Ankauf gerade dieses Gegenstandes bestimmter Qualität geführt hat, ein vermögensrechtliches gewesen ist oder nicht. War dies der Fall, waren mit dem Abschluß des Vertrages

Ziele vermögensrechtlicher Art verbunden (Weiterverkauf, Engagement, Möglichkeit öffentlichen Auftretens usw.) und lassen sich diese Ziele mit dem wirklich erlangten Gegenstand nicht oder nicht gleichwertig erreichen, so verliert der Käufer im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Weiterverkaufes nicht nur die Freiheit der Disposition, sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit, durch anderweitigen Erwerb des gewünschten Gegenstandes seine Wirtschaftspläne in die Wirklichkeit umzusetzen. Faßt man die hierher gehörigen Fälle in dieser Weise auf, dann ist es klar, daß es sich dabei nicht nur um den Verlust der Dispositionsfreiheit, auch nicht nur um den Ausfall des erhofften Gewinnes handelt, sondern daß darüber hinaus wirtschaftliche Interessen verletzt werden, die nicht nur objektiv bestimmbar, sondern — wenn auch mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse des *Geschädigten* — als *vermögenswert* anzusprechen sind, weil die Möglichkeit ihrer Befriedigung durch den Besitz einer bestimmten Vermögensmacht bedingt ist. Daß aber in diesen Fällen das verletzte Interesse auch objektiv, zahlenmäßig (Höhe des *vergeblich* aufgewendeten Betrages) bestimmbar ist, während man bei allen *Affektionsschäden* auf mehr oder weniger subjektive Schätzungen angewiesen ist, kann zwar mit Recht als Unterscheidungsmerkmal beider Falltypen angesehen werden, ist aber logisch selbst erst Wirkung, nicht Ursache jener Unterscheidung.

Damit ist erkannt, daß in denjenigen Fällen, in denen infolge eines Verlustes von vermögenswerten Gütern ein wirtschaftlicher Schaden sich zwar nicht generell, wohl aber bei Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Rechtsinhabers nachweisen läßt, auch vom Standpunkt der objektiven Theorie aus eine Bestrafung wegen Betrugens gerechtfertigt ist; diese Fälle scheiden deshalb für die Frage nach den rechtspolitischen Grundlagen aus der Erörterung aus.

Der Gegensatz konzentriert sich demnach auf die Fälle der ersten und dritten Gruppe und besteht darin, daß die subjektive Theorie eine Bestrafung wegen Betrugens auch dann befürwortet, wenn nur die Dispositionsfreiheit oder nur *immaterielle Interessen* verletzt sind, während die objektive Theorie in diesen Fällen zu einer Negierung des Vermögensschadens und damit — nach geltendem Recht — zur Strafflosigkeit gelangt.

Es liegt nahe, auch zwischen den beiden noch übrig gebliebenen Gruppen eine innere Zusammengehörigkeit anzunehmen, und diese Vermutung erweist sich in der Tat als zutreffend. Der zweite *Versicherungsfall* bietet die Möglichkeit der Erkenntnis. Warum will der Versicherungsnehmer bei der ersten Gesellschaft versichert bleiben? Weil er mit ihr die besten Erfahrungen gemacht hat, weil er das Gefühl der Sicherheit, weil er vielleicht persönliche Beziehungen zu Mitgliedern der Verwaltung hat, weil ihm die Art der Geschäftsführung, die Lage des Büros und andere Dinge angenehm sind, weil ihn endlich überhaupt jeder überflüssige Wechsel zuwider ist. All das sind Dinge, denen vermögensrechtliche Bedeutung nicht zugeschrieben werden kann, aber es sind Interessen affektiver Natur, Motive aller Art,

wie sie so oft die Entscheidungen der Menschen bestimmen; und der Ausdruck „*Dispositionsfreiheit*“ ist in diesem Falle nur ein Sammelbegriff für zahlreiche, in einzelnen gar nicht so sehr bedeutungsvolle, oft nicht einmal bewußte Interessen, welche das Verhalten bei gerade *sonst* gleichgültigen Angelegenheiten entscheidend zu beeinflussen vermögen.

Ich möchte glauben, daß alle Fälle, die wir bisher unter die Rubrik: Dispositionsfreiheit eingeordnet haben, sich in der geschilderten Weise in Affektionsinteressen auflösen lassen. Ohne Gründe handelt niemand; wo im einzelnen Falle der eine Weg ebenso genehm erscheint wie der andere, da wird es ohnehin an dem Erfordernis des Kausalzusammenhanges fehlen. Wer sich aber, weil er — gleich dem Esel Buridans — nicht zum Entschluß kommen kann, die Entscheidung *an den Knöpfen abzählt*, dann aber auf der Durchführung der so gewiesenen Entscheidung besteht, der hat sich künstlich ein Motiv für seine Wahl geschaffen, das selbst wieder Affektionswert erlangt hat und durch die Verweisung in das Gebiet des Abergläubens eine angemessene Kennzeichnung erfährt.

Dispositionsfreiheit und Affektionsinteresse sind deshalb nicht Gegensätze; es sind Glieder einer Familie, verschiedene Gestaltungen derselben Idee, deren Heimat im Gebiet des wirtschaftlich, rechnerisch nicht faßbaren menschlicher Persönlichkeit und Individualität liegt. Die tiefere Bedeutung der objektiven Theorie liegt also, wie nunmehr erwiesen sein dürfte, in dem Verzicht auf den Schutz immaterieller Interessen⁵³.

IV. Die Bedeutung des Gegensatzes von objektiver und subjektiver Theorie für die Bestimmung des Vermögensbegriffes.

Es bleibt noch festzustellen, welche Bedeutung dieser rechtspolitische Gegensatz für die Bestimmung des Vermögensbegriffes hat.

Subjektive und objektive Theorie kommen darin überein, daß der Schutz der sog. Vermögensdelikte einer begrenzten Zahl von Rechtsgütern, den sog. Vermögensgütern gilt. In diesem Sinne bedeutet Vermögen einen zusammenfassenden Ausdruck für einen Ausschnitt aus dem Kreise angriffsfähiger Güter (Angriffsobjekte).

Die objektive Theorie gelangt aber zu einer weiteren Begrenzung, indem sie den Schutz des Strafrechts auf einen Teil der an jene Güter sich knüpfenden Interessen, die wirtschaftlichen oder materiellen Interessen be-

⁵³ Vgl. OETKER: JW 1924 S. 1605 Anm. zu Nr. 8; HELLMULH MAYER: Untreue S. 158, 161 A. 70.

Der Kampf gegen die objektive Theorie erweist sich damit — von höherer Warte aus — als ein Ausschnitt aus jener großen Bewegung, die sich für die Anerkennung und den Schutz immaterieller Werte einsetzt. Hierzu besonders: FR. VINDING KRUSE: Das Eigentumsrecht (übersetzt von K. LARSEN-Berlin und Leipzig 1931) S. 114ff., 150ff., bes. S. 152, 193ff., 205ff. . . . der — vor allem S. 117 u. 205ff. — auch die Beziehungen zwischen den immateriellen Interessen und ihren individuellen Trägern (Gegenständen) fein herausarbeitet.

schränkt. Sie gewinnt dieses Ergebnis mit Hilfe eines zweiten Vermögensbegriffes, welcher die Summe aller materiellen Interessen umfaßt. In diesem Sinne legt sie den Ausdruck *Vermögen* in den Tatbeständen der sog. Vermögensverbrechen im engeren Sinne aus⁵⁴.

Beide Begriffsbestimmungen bewegen sich auf verschiedenen Ebenen; die erste bezieht sich auf die Angriffsobjekte, die zweite auf die rechtsschutzwürdigen Interessen. Daraus folgt, daß sie eigentlich nicht miteinander vergleichbar sind. Darüber sind sich aber ihre Vertreter selbst nicht im klaren. Deshalb werden immer wieder Versuche unternommen, Beziehungen zwischen beiden herzustellen. Das läßt sich aber nur an Hand ihrer Wirkungen ermöglichen. Das Vermögen als Inbegriff von Gütern bedeutet für seinen Träger die Quelle zwiefach gearteter Verfügungsmacht. Betrachtet man es — unter Außerachtlassung aller immateriellen Werte — vom rein wirtschaftlichen Standpunkt aus, so erweist es sich als ein Inbegriff abstrakter, in Ziffern ausdrückbarer Verfügungsmacht, in idealer Form als ein jederzeit flüssiger Geldbetrag. Ordnet man es — unter Einschluß der immateriellen Werte — in den Bereich persönlicher Beziehungen ein, so stellt es sich als ein Konglomerat verschiedenartiger konkreter Güter dar; in diesem Sinne ist Vermögen eine Summe konkreter Verfügungsmacht.

Logisch sind beide Begriffsbestimmungen möglich. Welches die *richtige* ist, läßt sich nur dadurch entscheiden, daß man (de lege ferenda) kriminalpolitisch Stellung nimmt, oder (de lege lata) die kriminalpolitische Stellungnahme des Gesetzgebers zu ermitteln sucht. Aber auch kriminalpolitisch kann man zu *richtigen* Ergebnissen nicht gelangen, wenn man die Vermögensverbrechen selbständig untersucht und darüber den Zusammenhang des gesamten Deliktssystems vernachlässigt.

V. Die Entscheidung als rechtspolitisches und als systematisches Problem.

Damit ergibt sich gleichzeitig die Möglichkeit, MERKELS Beweisführung in ihrer wahren Bedeutung zu erfassen wie auch ihre Fehlerquelle aufzudecken.

Nur in einem System des Besonderen Teiles, welches jenem abstrakten, wirtschaftlichen Vermögensbegriff klassifikatorische Bedeutung zuerkennt, welches das *Vermögen* in diesem engsten, auf materielle Interessen beschränkten Sinn zum typischen Schutzobjekt der *Vermögensverbrechen* erhebt, kann die Entdeckung schutzwürdiger immaterieller Interessen innerhalb dieser Gruppe Bedenken erregen. Wo aber eine Übereinstimmung zwischen der Systematik des Gesetzes und derjenigen der rechtlich geschützten Interessen gar nicht erstrebt wird, wo — bewußt oder unbewußt —

⁵⁴ Der Gegensatz von „Vermögens“gütern und „Vermögens“schaden kommt gelegentlich auch bei HELLMUTH MAYER: Untreue S. 155, 161 andeutungsweise zum Ausdruck.

das Vermögen als Träger verschiedenartiger menschlicher Interessen, deshalb auch mehrere Schutzobjekte im System des Gesetzes fungiert, da erscheint solche Divergenz als durch das Wesen der Sache gegeben.

Aus dem Gesagten folgt allerdings noch nicht, daß die von MERKEL⁵⁵ zum Beweise für seine These angeführten Beispiele durchaus Fälle dieser Art betreffen und deshalb von der systematisch anders orientierten subjektiven Theorie im gegenteiligen Sinne entschieden werden müßten; wie überhaupt die Kennzeichnung dieses Gegensatzes als „*bloß formell verletzende Einwirkung auf fremde Vermögensverhältnisse*“ und „*materielle Benachtheiligung Anderer*“ durchaus irreführend ist und den Kern der Sache nicht trifft. Die Fälle, in denen jemand durch arglistige Täuschung davon abgehalten wird, sich ein Theaterbillet zu lösen, sich im Gasthaus irgendwelche Genüsse materieller Art zu bestellen oder durch Beschenkung von Armen seinem Mitleid freien Lauf zu lassen, gehören auch vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus gar nicht in die Kategorie der *Vermögensverbrechen*; aber nicht deshalb, weil es hier an einem wirtschaftlichen Interesse als Schutzobjekt fehlt (denn das verlangt die subjektive Theorie eben nicht), sondern deshalb, weil sich der Angriff hier gar nicht gegen das Vermögen, d. h. den Bestand der vermögenswerten Güter, sondern gegen dessen Inhaber, die Person richtet; m. a. W. auch die subjektive Theorie würde die Einordnung dieser Fälle unter die Kategorie der Vermögensdelikte ablehnen, weil es bei ihnen trotz Gleichartigkeit der rechtlich geschützten Interessen an der Identität der Angriffsobjekte fehlt, das Angriffsobjekt aber auch für sie die Grundlage des Systems bildet.

Das Interesse an der Dispositionsfreiheit findet also in diesem System je nach der Art des Angriffsobjektes seinen Schutz in Bestimmungen verschiedener Art. Richtet sich der Angriff gegen die Person, so gehört der Tatbestand in den Abschnitt über Angriffe gegen die Person, spezieller gegen die persönliche Freiheit; richtet er sich gegen die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter oder einzelne von ihnen, so handelt es sich um ein Vermögensdelikt im früher gekennzeichneten Sinne. Es ist eine Frage legislativer Technik, ob man dann im einzelnen die Begehungsformen (z. B. Täuschung, Gewalt) zur Grundlage weiterer Unterscheidungen machen und danach wie z. B. bei den Vermögensverbrechen zwischen Diebstahl (Raub), Erpressung und Betrug unterscheiden will. Bei der Sachbeschädigung z. B. ist dies im geltenden Recht nicht geschehen, ebensowenig bei der Freiheitsberaubung. Beide Tatbestände sollten deshalb auch durch Täuschung *begangen* werden können. Nun unterscheidet das geltende Recht aber zwischen Beschränkung der Bewegungsfreiheit (§ 239 StGB) und Beeinträchtigung der Willensfreiheit (§ 240 StGB). Der Tatbestand der letzteren, die für die MERKELSchen Fälle allein in Frage kommt, ist aber durch die Begehungsform der „Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen“ qualifiziert. Ein zwingendes argumentum e contrario verbietet deshalb,

⁵⁵ Vgl. oben S. 10 Anm. 32.

ihren Anwendungsbereich auf die Begehungsform der Täuschung zu erstrecken. Deshalb müssen die von MERKEL angeführten Fälle nach geltendem Recht (vielleicht bedauerlicherweise) straflos bleiben. Doch hat diese Entscheidung mit dem Gegensatz von subjektiver und objektiver Theorie durchaus nichts zu tun. Um Vermögensverbrechen handelt es sich dabei keinesfalls.

Die Gegenüberstellung beider Ansichten bei MERKEL⁵⁶ unter den Schlagworten materiell-formell aber ist, wiesich nunmehr leicht einsehen läßt, überhaupt unzutreffend⁵⁷. In allen Fällen handelt es sich um den Schutz von Interessen höchst materieller⁵⁸ Natur. Was sie voneinander unterscheidet, ist nicht mehr und nicht weniger als das Prinzip ihrer Einteilung. Das mag wichtig genug sein, es berührt jedoch den Wert des geschützten Interesses in keiner Weise. Das Formelle ist — wenn man so will — einzig und allein die Begehungsform. Sie aber bildet nur die Grundlage einer weiteren Unterteilung oder stellt sich, wo solche weitere Klassifizierung nicht erfolgt ist, als eine Art der Verwirklichung des gleichen Tatbestandes dar. Den Fehler, diese Form an falscher Stelle, nämlich im Gegensatz zum materiellen Prinzip des wirtschaftlichen Interesses an abstrakter Verfügungsmacht, zur Einteilungsgrundlage zu machen, begeht aber nicht die subjektive Theorie, sondern MERKEL, indem er die von ihm gewählten Beispiele trotz der Verschiedenartigkeit des Angriffsobjektes wegen der Gleichheit der Begehungsform unter die Kategorie der durch Täuschung begangenen Vermögensdelikte subsumiert wissen will.

Die ganze Stellungnahme Merkels ist eben nur zu verstehen, wenn man sich die historische Situation verwirklicht, in der jene Arbeit entstanden ist. MERKEL kämpfte gegen zwei Seiten; zunächst gegen die herrschende Lehre, welche unter den Tatbestand des Betruges eine Reihe von Rechtsverletzungen subsumierte, die ihrem Wesen nach in keiner Weise zusammengehören, z. T. eben gar keine Vermögensverbrechen sind, und welche sich im übrigen um die Organisation des Gesamtsystems verhältnismäßig wenig kümmerte; sodann aber auch gegen diejenigen⁵⁹, welche die Begehungsform zum beherrschenden Einteilungsprinzip zu machen wünschten und deshalb — völlig konsequent — zu einer Grundeinteilung in gewaltsam und durch Täuschung begangene Verbrechen gelangten. Dieser „formellen“ Einteilung stellte MERKEL seine „materielle“ Theorie gegenüber⁶⁰; gleich-

⁵⁶ Ähnlich: SCHLESINGER: Vermögensbeschädigung bei Betrug (Diss. Erlangen 1894) S. 68.

⁵⁷ Aber auch der Gegensatz materiell-ideell trifft nicht den Kern der Unterscheidung, weil auch rein ideelle Interessen (Konzertgenuß u. ä.) bewertet werden, während umgekehrt eine Neigung ganz sinnlicher Natur (Vorliebe für eine bestimmte Speise usw.) in dem Preis ihrer Befriedigung nicht zum Ausdruck gelangt.

⁵⁸ Hier: im Gegensatz zu formell.

⁵⁹ Vor allem ABEGG, jedenfalls für eine Gruppe von Tatbeständen, die von ihm sog. „formellen Verbrechen“. Archiv des Kriminalrechts [N. F.] 1835 S. 367 ff.

⁶⁰ Vgl. unten S. 253.

zeitig bemühte er sich, diese Theorie folgerichtig durchzuführen, folgerichtiger, als es durch die herrschende Lehre bisher geschehen war. Deshalb gelangte er dazu, die Kategorie der Vermögensdelikte systematisch durch das Interesse an wirtschaftlicher Verfügungsmacht zu bestimmen, und übersah dabei, daß sich auch vom Angriffsobjekt her ein materielles System durchaus folgerichtig aufbauen läßt. Zu der u. E. entscheidenden Fragestellung, welche Art der Systematisierung sich aus gesetzestechnischen oder anderen Gründen mehr empfiehlt, ist deshalb Merkel überhaupt nicht gelangt.

Zwei weitere Fragen müssen aber schon in dieser Stelle wenigstens aufgeworfen werden. Soll das Strafrecht überhaupt den Schutz der immateriellen Interessen übernehmen oder kann und soll sich der Gesetzgeber nicht insoweit auf zivilrechtliche Reaktion beschränken? lautet die eine; kommt der Schutz dieser Interessen, wenn man ihn für erwünscht hält, nur im Rahmen des Betruges bzw. der gesamten Vermögensdelikte in Frage oder läßt sich auch ein Sondertatbestand für die Verletzung immaterieller Interessen denken? heißt die zweite.

Die erste Frage kann nicht ohne Bezugnahme auf das bürgerliche Recht gelöst werden. Daß ein Schutz immaterieller Interessen auch dort möglich ist, beweist das positive Recht (Naturalrestitution, ausnahmsweise „*Entschädigung*“ in Geld §§ 847, 1300 BGB); aber dieser Schutz ist ein so beschränkter, daß er für die Fälle hier möglicher Rechtsverletzungen nicht ausreicht; insbesondere solange nicht, als die Bezugnahme des § 823 Abs. 2 BGB auf das Strafrecht und die restriktive Auslegung des Begriffes „*Schaden*“ in § 826 BGB gerade die wichtigsten Fälle bloßer Verletzung von Affektionsinteressen aus tatbestandlichen Gründen ausschließen⁶¹.

Die zweite Frage ist um so entschiedener zu bejahen. Dogmatische

⁶¹ Über diese Fragen sind zu vergleichen: GUST. LEHMANN: Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadensersatz, Dresden 1884, bes. auch S. 18 u. 22; GRAF ZU DOHNA: Die Stellung der Buße im rechtsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes (Diss. Berlin 1902), bes. S. 13—22, 35 (dort auch Mitteilungen über die Gesetzgebungsgeschichte S. 18); RIEZLER: Immaterialschaden, Recht 1922 S. 166; Die Gutachten von RANDA (Die Schadensersatzpflicht nach österreichischem Recht mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebungen, Wien 1907, bes. S. 146 ff.) und von PFAFF (Zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht, Wien 1880, bes. S. 16, 92). GIOVANNI ROTONDI: Studi sul diritto Romano, Delle obbligazioni II p. 465—578: Dalla „*lex Aquilia*“ all'art. 1151 Cod. Civ. — Generell: VINDING KRUSE: a. a. O. (oben S. 20 Anm. 53).

Anders: das französische, englische und italienische Recht (vgl. LEHMANN: a. a. O. S. 22 f.; RANDA: a. a. O. S. 147; ROTONDI: a. a. O. p. 553).

Im übrigen sei auf die bei RANDA (a. a. O. S. 147 Anm. 113) und bei PFAFF (a. a. O. S. 11 ff. Anm. 36—50) angeführte Literatur verwiesen, insbesondere auch auf JHERINGS Gräubahngutachten: Dogm. Jahrbücher Bd. 17 S. 1—128.

Unverständlich der Satz SCHLESINGERS (Vermögensbeschädigung bei Betrug, Diss. Erlangen 1894, S. 94): „Wenn schon das Zivilrecht den Affektionswert nicht berücksichtigt, so kann auch nicht strafrechtlich ein Affektionsschaden geformt werden.“

Darüber daß und inwieweit diese Funktion im geltenden Recht dem Institut der Buße zugefallen ist, vgl. GRAF DOHNA: a. a. O. S. 22, 54.

Gründe stehen der Bildung zweier Tatbestände nicht entgegen, der grobe Unfug bildet ja schon heute den recht verkümmerten Ansatz für eine derartige Gestaltung. Daß sich bei solcher Lösung systematisch ein Umbau des Besonderen Teils ergeben würden, wäre kein Nachteil. Die Bedenken liegen auf einem ganz anderen Gebiete, und damit berühren sich diese Erörterungen über den Gegensatz von subjektivem und objektivem Vermögensbegriff schließlich wieder mit dem anderen Gegensatz von juristischem und faktischem Vermögensbegriff. Die persönlichen Beziehungen, die den Menschen mit den Gegenständen der Umwelt verknüpfen, sind so vielgestaltig und so verschiedenartig, daß die Formulierung einzelner Tatbestandstypen hier nicht möglich erscheint. Ein generell gefaßter *Schurkerei-Paragraph* andererseits erregt rechtsstaatliche Bedenken. Aus der gleichen Gedankenwelt aber, dem Bedürfnis nach scharfer Umgrenzung und exakter Formulierung der Tatbestandselemente, rekrutiert sich MERKELS und BINDINGS Gegnerschaft gegen die Berücksichtigung tatsächlicher Verhältnisse und gegen die Zulässigkeit ihrer Einwirkung auf die Bewertung rechtlicher Beziehungen.

So erweist sich der Streit um den Vermögensbegriff durch zwei — in sich verbundene — Probleme beherrscht, deren grundsätzliche Bedeutung kaum überschätzt werden kann. Kriminelle Schutzbedürftigkeit und Schutzmöglichkeit immaterieller Interessen lautet das eine, Tatbestandsmäßigkeit und Zulässigkeit einer Generalklausel *contra reum* das andere. Die allgemeine Bedeutung dieser Probleme läßt es erwünscht erscheinen, ihrem ideengeschichtlichen Gehalt nachzuspüren; das kann aber nicht besser geschehen, als wenn wir — ausgehend von MERKELS historischem Argument, der Bezugnahme auf den Stellionat des römischen Rechts — die Entwicklung dieser Gedanken im großen Überblick bis auf die heutige Zeit verfolgen.

Dabei ist aber zu beachten, daß Gestaltungsart und Gestaltungsform in den einzelnen rechtshistorischen Abschnitten nicht gleichförmig entwickelt zu sein brauchen. Ob eine Kulturperiode zur Ausbildung eines Immaterialgüterschutzes gelangt oder nicht, läßt sich nicht generell nach ihrem allgemeinen entwicklungsgeschichtlichen Zustand bestimmen; das Fehlen solcher Schutznormen kann natürlich darin seinen Grund haben, aber das braucht nicht immer so zu sein und ist nicht immer der Grund gewesen. Denkbar ist auch, daß — gerade umgekehrt — eine sehr fortgeschrittene Kultur durch überstarke Betonung des Gemeinschaftsgedankens das Verständnis für Persönlichkeitswerte zurückdrängt.

Weiter: auch da, wo Kulturbewußtsein und Rechtsentwicklung sich harmonisch zur Pflege solcher Werte verbinden, erschwert die Vielgestaltigkeit der Rechtsfiguren die Einsicht in deren grundsätzliche Bedeutung.

Dennoch wird man feststellen können, daß hier zwei Gestaltungsmodalitäten in erster Reihe stehen. Man kann jene Persönlichkeitswerte zu einer Denkeinheit zusammenziehen, ihre Gesamtheit in dem Symbol einer Rechtspersönlichkeit zu erfassen suchen, und gelangt so zu einem einheitlichen Delikt der „*Verletzung der Persönlichkeit*“, dem die Gesamtheit der wirt-

schaftlichen Interessen in ebenso einheitlicher Zusammenfassung zum Begriffe des „*Vermögens*“ zur Seite tritt.

Man kann aber auch — im Wege der Abstraktion — jene persönlichen Werte zu einzelnen Rechtsgütern verselbständigen und auf diese Weise einen Katalog von Tatbestandstypen sehr verschiedener Art und Bedeutung schaffen; und wenn die erstere Gestaltung durch ihre Variabilität und Spannweite der Eigenart und dem Wechsel der Verhältnisse besser gerecht zu werden vermag, so befriedigt die andere in desto höherem Maße durch Exaktheit und Präzision ihrer Typen das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.

Die beiden Formen der Gestaltung des einen Gedankens bedeuten so gleichzeitig zwei verschiedene Lösungsmöglichkeiten des zweiten Problems. Nur muß man sich davor hüten, hieraus allzu leichtfertig auf die tatsächlichen Verhältnisse zu schließen. Niemals zeigt sich die konservative Tendenz im Leben der Völker und Menschen stärker und wirkungsvoller, als wenn es gilt, die Formen des Rechts — das ja überhaupt das retardierende Moment jeder Kultur darstellt — zu bewahren. Niemals auch treibt ihre Phantasie üppigere Blüten, als wenn es sich darum handelt, absterbenden Gebilden durch neue Aufgaben Sinn und Leben zu erhalten; nur wer sich dieses stets vor Augen hält, wird die tiefe Bedeutung erkennen, die der Synthese von Form und Inhalt in jedem einzelnen Kulturabschnitt zukommt.

Gelingt es uns, durch unsere historischen Untersuchungen den Grund für den verschiedenartigen Umfang des Strafschutzes bei Betrug und Untreue, Erpressung und Wucher einerseits, den übrigen Vermögensdelikten im weiteren Sinne andererseits aufzudecken, so werden wir abschließend Stellung zu nehmen haben zu der Frage, ob und in welcher Form jene Unterscheidung auch für die Gegenwart sachlich gerechtfertigt erscheint.

Erster Teil.

Die geschichtliche Entwicklung des Problems.

Zweites Kapitel.

Das Strafrecht des *Corpus Iuris Civilis*.

Der Versuch, einen Begriff des Vermögens aus den Quellen des römischen Rechts zu entwickeln, wurde schon früher von BIRKMEYER¹ unternommen. Auch BIRKMEYER ging dabei von einer ganz ähnlichen Problematik aus, nämlich von der Frage, „*ob der Diebstahl als rein formales Vermögensdelikt oder als Bereicherungsverbrechen zu construiren sei*“².

Im Mittelpunkt seiner Untersuchung steht der Begriff der *bona*. Ursprünglich bedeuten die *bona* dasselbe wie *familia*, nämlich die Summe aller privaten Rechtsmacht³. Diese weitgefaßte Begriffsbestimmung wird aber später aufgegeben. „*Bona sind . . . die unserer Herrschaft unterworfenen äußeren Dinge, welche uns als Mittel zur Befriedigung unserer öconomischen Bedürfnisse dienen: völlig entsprechend unseren ‚Gütern‘. Es kommt daher das Wort schon in alter Zeit für Glücksgüter, Reichtum vor.*“⁴ Auch in dieser engeren Bedeutung erscheinen die *bona* als begriffliche Einheit, von den Schulden gesondert und auf wirtschaftliche Werte beschränkt. „*Die bona als universitas juris sind die Einheit der jemandem zustehenden (tauschwerten) Rechte*“⁵. Affektionswerte sind von der Berücksichtigung ausgeschlossen⁶. So gelangt BIRKMEYER zu dem Begriff des „*Vermögens im juristisch-öconomischen Sinne*“, der die theoretische Grundlage der objektiven Theorie bildet.

Aber die Ergebnisse BIRKMEYERS befriedigen nicht, weil die inneren Zusammenhänge der Probleme nicht beachtet sind. Wir haben in dem vorhergehenden Kapitel die grundsätzliche Bedeutung des Streites um den Vermögensbegriff festzustellen versucht und sind dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß sich hinter diesem Fragen systematischer Natur verbergen. Der Vermögensbegriff des Strafrechts und die Systematik des Besonderen Teiles sind demnach verwandte Probleme. Ein Versuch, dem Stand der Probleme

¹ Über das Vermögen im juristischen Sinne. Römisch-rechtliche Quellenstudien. Erlangen 1879.

² A. a. O. Vorwort S. III.

³ A. a. O. S. 4—6.

⁴ A. a. O. S. 8.

⁵ A. a. O. S. 105, 294 ff.

⁶ A. a. O. S. 297 ff. Nr. 2 u. 3.

matik innerhalb des römischen Rechts nachzugehen, wird sich diese Erkenntnis zunutze machen und von hier aus den Dingen näherzukommen trachten.

I. Privatrechtliche Einflüsse in der Gestaltung des römischen Strafrechts.

Dabei bedarf es jedoch zuvor einer grundsätzlichen Besinnung über das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht. Die Zurücksetzung, die das Strafrecht bei den Römern erfahren hat, liegt in seiner Geschichte begründet. Die sehr frühe und fortschrittliche Entwicklung des Privatrechts zwang das Strafrecht in seinen Bann. So kommt es, daß der Weg von der ungehemmten Sippenfehde über die staatlich geregelte und beschränkte Privatrache zum öffentlichen Strafrecht organisatorisch über das Zivilrecht verläuft, daß gewissermaßen die Entwicklungslinie des Strafrechts die des Zivilrechts kreuzt. Zwischen die Zeit der staatlich kontrollierten Privatrache und die abschließende Entwicklung zum öffentlichen Strafrecht schiebt sich auf diese Weise ein Stadium, in dem kriminalpolitische Aufgaben in den Formen eines Privatdeliktsrechts verwirklicht werden⁷.

⁷ Die einzelnen Etappen vgl. bei GIRARD: Manuel (8. éd.) p. 421. Mit allem Vorbehalt, den jede Schematisierung historischer Abläufe erfordert, weil die einzelnen Strömungen einander stets kreuzen, möchte ich folgende Einteilung vorschlagen:

- I. Etappe: Sippenfehde.
- II. Etappe: Beschränkte Privatrache.
- III. Etappe: Privatstrafrecht
 1. mit ergänzendem öffentlichen Kriminalrecht (Koerzitionsgewalt des Magistrats, Provokationsprozeß);
 2. mit ergänzendem und z. T. konkurrierendem öffentlichen Strafrecht (außer Provokationsprozeß Quaestionenverfahren (iudicia publica) und Extraordinarverfahren).
- IV. Etappe: Reines Strafrecht (vom römischen Recht nicht erreicht). (Vgl. hierzu den Text S. 29—31, bes. Anm. 12 u. 15 und S. 72 ff.)

Dogmatisch spiegelt sich diese Entwicklung wider in dem Verhältnis von Tatbestand, Funktion und Rechtsfolge. Den Ausgangspunkt bildet der Zustand eines aus kriminellen und privatrechtlichen Elementen zusammengesetzten Mischsystems. Die historische Entwicklung drängt zur Entfaltung eines reinen Privatrechts und eines reinen Strafrechts. Nur der Wechsel in der Ausgestaltung des letzteren ist hier zu skizzieren (als Überblick, näheres im Text):

1. spezifische Rechtsfolgen, aber identische Funktionen; verschiedene, sich gegenseitig ausschließende Tatbestände (oben Etappe III 1).
2. spezifische Rechtsfolgen, spezifische Funktionen für actiones de re familiari, gleiche Funktion für actiones vindictam spirantes; gleiche Tatbestände, soweit Konkurrenz möglich (oben Etappe III 2).
3. spezifische Rechtsfolgen, spezifische Funktionen für actiones de re familiari und vindictam spirantes bei Identität der Tatbestände (für römisches Recht im Altertum und Mittelalter nicht erreicht; doch zeigen sich Spuren der beginnenden Auflösung des Gegenstandes in der Auslegung von C. 9, 35, 8 bei den Glossatoren (unten S. 93, 94—96), Albericus (u. S. 113/14), Bartolus (u. S. 120/21), Baldus (u. S. 128/9) und Salycetus (u. S. 136).
4. spezifische Rechtsfolgen, spezifische Funktionen, eigenartige Bildung der Tat-

Die Folge dieser Berührung zeigt sich demgemäß zunächst auf prozessualen Gebiet, in dem Zusammenfallen von Straf- und Zivilverfahren, die beide gleichmäßig als Parteiprozeß aufgezogen werden. Die prozessuale Gestaltung ihrerseits bleibt wieder nicht ohne Einfluß auf die Entwicklung des materiellen Rechts⁸; und dieser Einfluß, dank der hohen Entwicklungsstufe⁹, auf der sich das Privatrecht bereits in jenem Zeitpunkt befand, ohnehin von sehr nachhaltiger Wirkung, wird dadurch verstärkt, daß in diese Zeit¹⁰ die erste Kodifikation des römischen Rechts fällt. So erklärt es sich, daß diese Abhängigkeit vom Zivilrecht im römischen Strafrecht nie wieder überwunden wurde und Jahrhunderte hindurch die Entwicklung beeinflußt hat¹¹.

Dagegen gibt es allerdings verhältnismäßig früh¹² auch schon ein öffentliches Strafverfahren im eigentlichen Sinne des Wortes, ohne daß man

bestände, soweit Funktionen nicht identisch sind (für römisches Recht im Altertum und Mittelalter nicht erreicht; Anfänge in der selbständigen Versuchsbestrafung bei Jacobus und Albericus (unten S. 105, 110ff.), die eine Trennung der Funktionen voraussetzt).

⁸ Hinweise hierauf bei FERRINI: Esposizione p. 176; daraus folgt:

„Il tentare un raggruppamento di varii reati secondo un criterio ontologico non è facile, poichè le diverse vedute di Romani in punti fondamentali non permettono di adibire gli stessi principii, che prevalgono nella scienza e nelle legislazioni moderne.“

Richtig: DE VISSCHER: Les Origines de l'obligation „ex delicto“ in Etudes de Droit Romain p. 255 ff. VISSCHER erklärt auf diese Weise die rechtlichen Besonderheiten der römischen Deliktobligation — u. a. auch die passive Unvererblichkeit (p. 261) — als Rudimente jener Entwicklung.

⁹ MOMMSEN: Römische Geschichte Bd. I S. 150: „Insofern beginnt die italienische Geschichte bei einem weit späteren Zivilisationsabschnitt als z. B. die griechische und deutsche und trägt von Haus aus einen relativ modernen Charakter.“ S. 159 älteste Zeit: „so erkennen wir darin das Recht einer weit vorgeschrittenen ebenso liberalen als konsequenten Acker- und Kaufstadt.“ S. 438 Anm. XXX: über die Gründe der bevorzugten Entwicklung des Zivilrechts.

¹⁰ STRACHAN-DAVIDSON (Problems of Criminal Law I p. 41) spricht von „The law of the Twelve Tables, which stereotypes procedure at the moment of transition from the role of private vengeance to that of state of adjudication“.

¹¹ Vgl. die abschließende Beurteilung bei DE VISSCHER: Les Origines de l'obligation „ex delicto“, Etudes de Droit Romain VI p. 310. „Nous n'avons pas à apprécier ici la valeur technique de la conception classique de l'obligation ex delicto. Mais il est pourtant permis d'observer qu'elle ne fut qu'une tentative assez peu heureuse d'adaptation du système primitif des délits privés tel qu'il était issu du droit de vengeance. Elle est demeurée impuissante à renover ce système: elle n'a pas pu modifier les conditions d'exercice des actions délictuelles, ni leurs fonctions pénales. Par là même elle se présente comme défectueuse au point de vue de la technique juridique. La notion d'obligation, d'origine contractuelle et de nature essentiellement patrimoniale s'accorde mal avec l'idée de peine ou de composition; celle-ci est, avant tout, une compensation, une satisfaction offerte ou imposée en expiation d'une faute. L'idée d'obligation délictuelle n'atteindra sa perfection technique que le jour où, dépouillée de sa fonction pénale, elle aura été affectée exclusivement à la réparation du préjudice causé par le délit.“ (Vgl. auch BONFANTE: Istituzioni, 9. Aufl., p. 501.)

¹² Als der „offizielle“ Beginn dieser Entwicklung wird bisweilen die Gesetzgebung SULLAS angesehen; so von MOMMSEN (Römische Geschichte, 5. Aufl., Bd. II S.

anfangs zwischen den Aufgaben beider Verfahrensarten unterschieden hat¹³. Die Auswahl der kriminell zu ahndenden Delikte erfolgt zunächst nach rein praktischen Gesichtspunkten. Kraft öffentlichen Rechts verfolgt werden ursprünglich¹⁴ überhaupt nur solche Verbrechen, welche sich gegen die Gottheit oder Gesamtheit, bzw. in beiden gegen den Staat richten; und offenbar deshalb, weil hier eine zur „*Rache*“ oder privaten Strafverfolgung berufene Einzelperson fehlt.

Es ist ein Schritt von größter entwicklungsgeschichtlicher Bedeutung, wenn dann später¹⁵ auch solche Delikte einem öffentlichen Strafverfahren unterworfen werden, bei denen jene Voraussetzungen nicht vorliegen; wenn man im Ausgang der klassischen Zeit¹⁶ dem Verletzten häufig gestattet, nach seinem Belieben auch *extraordinarie* zu klagen. Denn im Extraordinarverfahren wird der Deliquent nicht mehr zur Leistung einer Geldsumme an den Verletzten verurteilt, sondern es werden echte *Strafen* im modernen Sinne verhängt, also vor allem Lebens- und Leibesstrafen, daneben Geldstrafen, die an den Staat zu leisten sind¹⁷. Die *cognitio* extraordi-

366), der die „Gesamtheit der Sullanischen Quästionenordnungen“ „zugleich als das erste römische Gesetzbuch nach den zwölf Tafeln und als das erste überhaupt je erlassene Criminalgesetzbuch“ bezeichnet. Tatsächlich hat eine Kriminaljurisdiktion schon lange vorher existiert in der Sanktion auf Hochverrat, Gotteslästerung u. a. m. im sog. Provokationsprozeß (vgl. auch MOMMSEN: a. a. O. S. 377); und sind andererseits im Quästionenverfahren (z. B. bei der Verfolgung der Repetunden) Tatbestände zur Aburteilung gelangt, bei denen trotz des unbestreitbaren öffentlich-rechtlichen Einschlags die Herkunft aus dem Privatrecht (*condictio*) wahrscheinlich ist.

Um so bemerkenswerter, daß dies von SULLA geschaffene materielle Strafrecht seine übrige Reformgesetzgebung überlebt hat (MOMMSEN: Röm. Gesch., 5. Aufl., Bd. III S. 97; v. HIPPEL: Strafrecht I S. 60f.).

¹³ Wegen des Verhältnisses zu der — von MOMMSEN sog. — Koerzitions Gewalt: siehe MOMMSEN: Strafrecht S. 40, 39 Anm. 4, 235, 475, 647 und — kritisch — STRACHAN-DAVIDSON I, 97ff.; vgl. im übrigen S. 28 Anm. 7.

¹⁴ STRACHAN-DAVIDSON I, 107.

¹⁵ Auch schon z. Z. der XII Tafeln (STRACHAN-DAVIDSON I, 107), als Vorläufer — später — bisweilen *actio popularis* (STRACHAN-DAVIDSON II, 21), gelegentlich auch in der Form des *iudicium publicum*: Tötungsdelikte, u. S. 43, Repetunden, o. Anm. 12.

¹⁶ Vgl. unten S. 33. — Allerdings scheint bei der *iniuria* bereits im letzten Jahr, der Republik doch eine kriminelle Verfolgung zulässig gewesen zu sein. (D. 47, 10, 5 pr. STRACHAN-DAVIDSON I, 218ff.; II, 22. Dazu MOMMSEN: Strafrecht S. 800ff.; HITZIG: Geschichte der *Injuria*, 1899; GIRARD: *Action d'Injures*, in *Mélanges Gérardin*, 1907, S. 255ff.) GIRARD hält die (prozessuale) Trennung zwischen Körperverletzung und leichteren *Iniuria*-fällen für ein Ergebnis der Reform SULLAS. Gegen ihn: LENEL: *Edict. perp.* (3. Aufl.) S. 397 A. 10. Hinweise auf griechische Einflüsse: HITZIG: Geschichte S. 61; LENEL: *Edict. Perp.* S. 398 Anm. 5; PARTSCH: *Arch. f. Pap.-Forschung* Bd. VI S. 54 ff.

¹⁷ Die Gottheit: STRACHAN-DAVIDSON I, 183. Geldstrafen als Rechtsfolge des (öffentlichen) Kriminalverfahrens: STRACHAN-DAVIDSON I, 40 n. 2 u. p. 170ff. Wegen Freiheitsstrafen: ebenda I, 164—166, auch 168 n. 4. — Einziehung des Vermögens: STRACHAN-DAVIDSON I, 183. *Deportatio, aquae et ignis interdictio, exilium*: STRACHAN-DAVIDSON II, Cap. XVI. Zur *cognitio extraordinaria* ebenda II, 160/61. ULPIAN, D. 48, 19, 1, PAULUS: *Sententiae* V, 3, 1.

narria ist deshalb materiell wie prozessual als öffentliches Strafrecht anzusehen, wenn auch die Einleitung und Durchführung des Prozesses in der Hand des Privaten liegt und aus dieser Tatsache mit Recht der Schluß gezogen wird, daß hier das staatliche Interesse nur sekundärer Natur sei¹⁸.

Aber in dieser Erweiterung des Anwendungsbereiches öffentlicher Kriminaljustiz liegt bereits der Keim einer neuen Entwicklung, einer Entwicklung, deren Ergebnisse sich sinnvoll in das überkommene System gar nicht einfügen ließen und deshalb über kurz oder lang zwangsläufig dessen Fesseln sprengen mußten.

Der Jurisprudenz erwächst damit jedenfalls zunächst ein neues Problem. Ist es möglich, daß ein und derselbe Sachverhalt zu krimineller und ziviler Rechtsverfolgung führt, so muß das Verhältnis von Privatstrafrecht und (öffentlichem) Kriminalrecht genau bestimmt werden¹⁹.

Der gedankliche Ausgangspunkt war die Gleichheit der Funktion. Deshalb lag es nahe, das öffentliche und das Privatstrafverfahren alternativ zuzulassen. Dies ist jedoch nicht der Standpunkt des römischen Rechts und konnte es auch nicht sein, insoweit und solange die einzelnen Privatstrafklagen gleichzeitig zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen dienten. Das aber wird generell der Ausgangspunkt der Entwicklung gewesen sein²⁰. Grundsätzlich dürfen deshalb insoweit beide Verfahrensarten kumuliert werden.

Man geht allerdings noch einen Schritt weiter und gestattet eine kumulative Konkurrenz von Privat- und öffentlichem Strafverfahren auch dort, wo der gleiche Sachverhalt ohnehin eine Schadenersatzklage und eine reine Privat-Strafklage nebeneinander entstehen läßt²¹, bzw. auch insoweit, als es sich bei der einzelnen Klage jedenfalls in der Vervielfachung des reinen Schadens um ausschließlich poenale Leistungen handelt²². Man unterscheidet deshalb nunmehr zwischen den Aufgaben beider Verfahrensarten in grundsätzlicher Weise und begründet dies mit dem Satz: *alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat* (D. 39, 4, 9, 5).

Das geschieht aber wieder nicht ohne Einschränkung, vielmehr nur dort, wo *de re familiari agitur*²³, d. h. wo ein Vermögensschaden die Grundlage des Klageanspruchs bildet. In allen anderen Fällen dagegen, in denen es sich nur um Schäden immaterieller Natur handelt, in denen deshalb nur *vindicta*²⁴

¹⁸ Also Akkusations-, nicht Inquisitionsprozeß. Vgl. MOMMSEN: Strafrecht S. 193 (auch ebenda S. 3—15, 56—64); GIRARD: Manuel (8. éd.) p. 419.

¹⁹ Vgl. S. 28 Anm. 7.

²⁰ Über ihren Beginn vgl. U. v. LÜBTOW: Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“ (1932) S. 232/33, sowie die Zitate bei LEVY: Privatstrafe S. 15 Anm. 6.

²¹ *actiones furti — conductio furtiva*.

²² Das läßt sich in zweierlei Hinsicht begründet denken: 1. weil der Betrag der *actio poenalis* nur die Aufgabe hat, den Verletzten für das Verbot der Rachbefriedigung zu entschädigen (Schmerzensgeld), oder aber 2. weil gerade in diesem Falle das Delikt gleichzeitig öffentliche und private Interessen verletzt und nur die letzteren im Poenalbetrage gesühnt werden: Satisfaktionsfunktion, nicht Straffunktion.

²³ C. 9, 31; D. 48, 1, 4.

²⁴ D. 47, 10, 7, 1.

begehrt wird, schließen sich beide Verfahrensarten gegenseitig aus; denn auch das Kriminalverfahren dient nur der Verwirklichung der *vindicta*, und zwischen *vindicta publica* und *vindicta privata* wird ein grundsätzlicher Unterschied nicht gemacht²⁵.

Das ist der Zustand, dem wir im justinianischen Recht begegnen. Ein selbständiges Kriminalverfahren existiert, und zwar auch für solche Delikte, welche sich als Verletzungen von Rechten Privater darstellen. Dieses Verfahren dient der Durchführung der sog. *vindicta*, fällt also in seiner Funktion mit den Privatstrafverfahren jedenfalls da zusammen, wo es sich um *actiones tantum vindictam spirantes* handelt. Im übrigen konkurrieren kriminales und ziviles Verfahren, also auch ihre spezifischen Aufgaben unbeschränkt.

Das etwas merkwürdige Ergebnis dieser historischen Entwicklung geht dahin, daß, wo *de re familiari agitur*, unter Umständen die sachverfolgende Klage, die Privatstrafklage und das öffentliche Strafverfahren nebeneinanderstehen, während bei den Verletzungen immaterieller Güter wegen der Gleichsetzung von *vindicta publica* und *vindicta privata* dem Verletzten lediglich die Wahl zwischen einer der beiden Verfahrensarten bleibt.

In allen Fällen aber — also auch da, wo man nicht nur in der Art der Rechtsfolgen (*rei persecutio* — *poena*) unterschied, sondern auch die Aufgaben (*privata utilitas* — *publica disciplina*) differenzierte — hat das römische Recht an der Identität des Tatbestandes festgehalten²⁶ und damit den zivilrechtlichen Einfluß auch für die Zukunft bewahrt. Erst dort beginnt die Entwicklung des modernen Strafrechts, wo die Trennung der Disziplinen die selbständige und verschiedenartige Ausgestaltung der Tatbestände ermöglicht. War auch der Keim für diese Entwicklung in der Vermehrung der kriminellen Tatbestände bereits im Ausgang der Republik enthalten, so hat sie doch ihre Durchführung im Altertum nicht mehr erreicht²⁷.

Innerhalb des uns beschäftigenden Problemkreises zeigt sich jener zivilistische Einschlag, von dem wir gesprochen haben, zunächst darin, daß die systematische Gestaltung des Privatstraf- oder Deliktsrechts in erheblichem Maße durch privatrechtliche Erwägungen bestimmt wird; sie zeigt sich ferner in dem Einfluß, den dieser Aufbau des Privatstrafrechts auf die Anordnung des öffentlichen Strafrechts gehabt hat²⁸.

Das konnte schließlich auch nicht anders sein. Das Kriminalrecht ist ja nicht durch einen bewußten gesetzgeberischen Akt geschaffen worden²⁹;

²⁵ „*Vindicta*“ ist nicht „Rache“, sondern eher „Vergeltung“, „Ersatz immaterieller Interessen“.

²⁶ Vgl. oben S. 28 Anm. 7.

²⁷ Fast als Vision erscheint eine Unterscheidung der Voraussetzungen für straf- und zivilrechtliche Reaktion bei JACOBUS (u. S. 110).

²⁸ Ein Hinweis auf diese Tatsache findet sich schon bei ROTONDI: Dalla „*Lex Aquilia*“ all' art. 1151 Cod. Civ. in *Scritti giuridici* tom. II p. 571.

²⁹ Auch STRACHAN-DAVIDSON (*Prob. of Crim. L.* I, 40 n. 3) sieht in dieser „Options“befugnis ein Anzeichen dafür, daß die Grenzen zwischen beiden Rechts-

es verdankt seine Entstehung wie alles Recht bei den Römern einer langsamen, behutsamen Entwicklung, welche jedes einzelne neue Rechtsgebilde organisch mit dem bereits bestehenden Rechtssystem verbindet. So vollzieht sich auch der *Anbau* des (öffentlichen!) Strafrechts auf der Grundlage des vorhandenen Zivilrechtsbestandes, d. h. qualitativ und systematisch in Abhängigkeit von diesem. Spuren dieser Entwicklung lassen sich im *Corpus Iuris* leicht aufzeigen, ihren prägnantesten Ausdruck aber findet sie wohl in D. 47, 2, 93 und D. 47, 10, 45, wo bei der Erörterung des Privatdeliktsrechts, gewissermaßen anhangsweise, die Feststellung erfolgt, daß neuerdings aus diesen Delikten (*furtum* und *iniuria*) in der Regel im Extraordinarverfahren geklagt werde³⁰.

Die bisherigen Betrachtungen lehren also ein Doppeltes. Methodisch läßt sich die Systematik des römischen Strafrechts nur vom Privatrecht her verstehen, und sachlich muß innerhalb derselben der Gegensatz von *actiones quibus de re familiari agitur* und *actiones vindictam spirantes* eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Das wird im einzelnen zu untersuchen sein.

II. Der Begriff der iniuria im späteren römischen Recht.

Das Deliktssystem des römischen *Privatrechts* ist in seiner Grundform bereits sehr früh entstanden. Man unterschied *furtum*, *iniuria* und *damnum iniuria datum*³¹. Alle übrigen, später hinzugekommenen Deliktstypen stellen sich als Variationen und Ergänzungen dieses Grundschemas dar. Innerhalb desselben läßt die Ähnlichkeit der Namengebung — wahrscheinlich noch für die Zeit der XII-Tafeln — eine nähere Beziehung zwischen den beiden letzteren vermuten³². In der Tat weist der Diebstahl gegenüber Sachbeschädigung und Persönlichkeitsverletzung die Eigentümlichkeit auf, daß Werte vom Verletzten an den Täter oder einen Dritten verschoben werden³³, während sich der Tatbestand jener Delikte in der Vernichtung

gebieten sich allmählich zu verwischen begannen. Vgl. auch ebenda 182 n. 2, ursprünglich beschränkt auf den *fur nocturnus* (ULPIAN: *Collatio VII*, 4, 1). Im übrigen besteht Interpolationsverdacht. Dazu PAULUS: *Sententiae V*, 4, 15.

³⁰ Vgl. oben S. 29 Anm. 12.

³¹ Die „poenale“ Natur der *actio legis Aquilae* gilt heute als unstrittig. Vgl. ROTONDI: *Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ. in Scritti giuridici II* p. 493; LEVY: *Privatstrafe* S. 148.

Über die Unterscheidung des *Odofredus* zwischen „*actiones penales*“ (*actio furti*) und „*actiones penabiles*“ (*actio legis Aquilae*) ROTONDI: a. a. O. p. 507, 517.

Die Strafnatur verschwindet allmählich im gemeinen Recht (ROTONDI, p. 517). Kanonischen Einfluß vermutet: ROTONDI: a. a. O. p. 519.

³² MOMMSEN: *Römisches Strafrecht* S. 527, 784.

³³ Vgl. hierzu DOLLMANN: *Entwendung* § 3 (S. 13/4), sowie den Gegensatz: *furtum-iniuria* (D. 47, 2, 54 (3), pr) — *furtum-damnum* (D. 47, 2, 50, 4); ferner: D. 4, 3, 7, 7.

Das Erfordernis des *animus lucri faciendi* ist allerdings wohl späteren Ursprungs (HUELVIN: *furtum* p. 535/7). Ursprünglich wurde demnach die Unterscheidung rein objektiv verstanden. Die besondere Ausgestaltung des subjektiven Tatbestandes

(materieller oder immaterieller) Werte, in der *bloßen* Schadenszufügung erschöpft. Die Grundlage des Deliktssystems der Römer würde dann durch den Gegensatz von wertverschiebenden und wertvernichtenden Tatbeständen, in moderner Terminologie etwa: Bereicherungs- und Schädigungsdelikten gebildet.

Für die Erkenntnis der rechtspolitischen Grundlage dieses Gegensatzes ist man auf Vermutungen angewiesen. Es liegt nahe, ihm weniger privatrechtliche als strafrechtliche Bedeutung beizumessen; denn ob eine Sache dem Eigentümer dadurch entzogen wird, daß sie vernichtet oder vom Dieb verwertet wird, erscheint heute vom Standpunkt des Privatrechts aus ziemlich gleichgültig. In beiden Fällen erhält der Eigentümer vollen Schadensersatz. Wir sind daher geneigt, in dem Gegensatz beider Begehungsweisen lediglich die Grundlage kriminalpolitischer Typenbildung zu erblicken und ihm deshalb Berechtigung nur innerhalb eines strafrechtlich orientierten Systems zuzuerkennen. So könnte es scheinen, als habe das römische Strafrecht bei seinem Zusammenstoß mit dem Privatrecht gar nicht so ungünstig abgeschnitten, da sich ja bereits die Grundeinteilung der Deliktstypen als eine solche rein strafrechtlicher Natur erweist³⁴.

Ich möchte allerdings glauben, daß solche Erwägungen den Römern durchaus fern gelegen haben und daß man derartig moderne Gedanken in ihre Anschauungen nicht hineinbringen darf. Der Begriff eines einheitlichen Schadensersatzes war den römischen Juristen ebensowenig geläufig³⁵ wie

diente den Klassikern vermutlich zur Lösung von Grenzfällen, bei denen man mit rein objektiven Kriterien nicht zum Ziele gelangte.

FERRINI (a. a. O. p. 198) meint: „Più corretto era in proposito, come si avvertiva, la giurisprudenza classica. Questa operava coll'animus furandi, che qui si incontrava e s'identificava coll'animus possidendi [o almeno la presupponova].“ (Vgl. ferner: MOMMSEN: Strafrecht S. 741 u. REIN: Criminalrecht der Römer S. 305.)

Auch FALCHI (Diritto Penale Romano — 1932 — II p. 20) betont den Gegensatz zwischen den beiden in Frage kommenden Deutungen des animus lucrandi: „profitto materiale“ und „fine spodestativo“, zu übersetzen etwa als „Bereicherungsabsicht“ und „Zueignungsabsicht“. Wer eine fremde Sache fortnimmt aus Feindschaft gegen den Eigentümer oder um fremden Vorteiles willen, begeht einen Diebstahl (D. 47, 2, 50, 1; D. 47, 2, 52, 13; D. 47, 2, 36, 2). Auch die Absicht, die gestohlene Sache sogleich zu verschenken, schließt die Bestrafung wegen Diebstahls nicht aus (D. 47, 2, 55, 1). Wer aber „iniuriae causa“ oder „per lasciviam“ Schaden verursacht, und mag er auch in der Entwendung beweglicher Sachen durch Dritte bestehen, kann nicht mit der actio furti belangt werden (D. 47, 2, 54, pr; Inst. IV, 1, 11).

³⁴ Andere „kriminologische“ Rudimente in der Lehre vom furtum in den XII Tafeln bei DOLLMANN: Entwendung S. 30—38.

³⁵ Dies zeigt sich auch darin, daß z. B. die Rückgabe einer entwendeten Sache mit der *condictio furtiva* verlangt, aller sonstige durch die Entwendung herbeigeführte „Schaden“ durch die *actio furti* ausgeglichen, andererseits bei der Sachbeschädigung sowohl der direkte wie auch der indirekte Schaden von der *actio legis Aquiliae* erfaßt wurde (vgl. D. 13, 1, 7 u. D. 47, 2, 46, pr einer-, D. 9, 2, 21, 2, D. 9, 2, 7, pr u. C. 3, 35, 2 andererseits). Übrigens ist die *condictio furtiva* späteren Ursprungs (GIRARD: Manuel p. 439). Ähnlich das Verhältnis zwischen Besitzinterdikten und Strafklagen (D. 47, 7, 11 — LEVY: Konk. II, 1 S. 216—221 [§ 118]). Aus dieser Verschiedenheit der Funk-

die uns ganz natürlich dünkende, aber in Wahrheit alles andere als selbstverständliche Annahme³⁶, daß die Beschädigung einer gestohlenen Sache keinen eigenen kriminellen Gehalt in sich trägt und sich deshalb als „*straflose*“ Nachtat darstellt. Die Tatsache, daß den römischen Juristen eine Konkurrenz zwischen beiden Delikten durchaus möglich erscheint³⁷, legt Zeugnis für diese Vermutung ab. Einen Schluß auf eine mehr kriminalistische oder mehr zivilistische Auffassung der Römer wird man deshalb aus dieser Einteilung nicht ziehen dürfen, zumal gerade die Zusammenfassung beider Funktionen als das Charakteristikum dieser Periode der Rechtsentwicklung anzusehen ist (in diesem Punkte jedenfalls auch nicht-zivilrechtlicher Einfluß!).

Doch mag diese Frage hier vorläufig auf sich beruhen bleiben. Der Gegensatz innerhalb des Systems besteht und läßt sich nicht weglegen. Für uns aber wird es jetzt in erster Linie darauf ankommen, Wesen und Grund der Trennung von iniuria und *damnum iniuria datum* näher zu untersuchen.

Dazu müssen wir uns jedoch zuerst über den Umfang des durch die Kategorie der iniuria geschützten Rechtskreises Gewißheit verschaffen. Das Verständnis dieser Deliktsform bereitet heutzutage einige Schwierigkeit, weil sie als solche modernem Denken fremd ist.

Mit dem Begriff der Beleidigung ist sie jedenfalls nicht identisch; das ist seit WALTERS berühmtem Aufsatz im Archiv für Criminalrecht³⁸ unbestritten und heute Gemeingut der Wissenschaft. Grundlage der iniuria ist vielmehr, wie WALTER dargetan hat, die *existimatio*³⁹, ein Begriff von viel umfassenderer Bedeutung. MITTERMAYER⁴⁰ charakterisiert seinen Gehalt sehr schön, wenn er die *existimatio* als „*die vollkommene Rechtsfähigkeit*“ bezeichnet, welche dem entspricht, „*was wir Persönlichkeit nennen*“⁴¹. Mit der Rechtsfähigkeit im juristischen Sinne hat das natürlich nichts zu tun.

tion ergeben sich Abweichungen in der rechtlichen Ausgestaltung. Hierüber Näheres bei FERRINI: a. a. O. p. 299—301. Doch ist mir die Begründung z. T. nicht verständlich.

³⁶ Vgl. dazu RG JW 1916 S. 1483 Nr. 1 und die Angaben ZStrW Bd. 53 S. 49 Anm. 37.

³⁷ D. 47, 2, 27, 3; (47, 2, 31, 1); D. 11, 3, 11, 2; D. 47, 8, 2, 26; eine Ausnahme die nachfolgende Zerstörung einer Urkunde: D. 47, 2, 28 (LEVY: Konkurr. I S. 463/65 [§ 57]). — LEVY: Konkurrenz I S. 462 [§ 56] sagt: „Zu den unbestrittensten Rechtsätzen gehört es, daß jede selbständige Straftat auch ihre besondere Sühne findet, und da im Rahmen der Geldstrafe Erwägungen, wie sie heute zu den §§ 74 ff. StGB geführt haben, nicht Platz greifen, so ist die Kumulation auf diesem Gebiete unangetastet geblieben.“

³⁸ Über Ehre und Injurien nach Römischem Recht, Neues Archiv des Criminalrechts Bd. IV (1821) S. 108—140, 241—308.

³⁹ Zum Begriff der „*existimatio*“ vgl. D. 47, 10, 1, 4; C. 9, 46, 3. LEONHARD, R.: Der Schutz der Ehre im alten Rom (1902) S. 25—27. Kritisch dazu: THIEL: Injuria und Beleidigung [Strafrechtl. Abhandl. H. 62] S. 27—37. Eine gewisse Einschränkung ist in der Tat notwendig [vgl. unten S. 42].

⁴⁰ Injurien in WEISKES Rechtslexikon Vol. V S. 864.

⁴¹ Dazu MOMMSEN: Römische Geschichte (5. Aufl.) Bd. I S. 160: „Der letzte

Aber WALTER ist diesem Prinzip nicht ganz treu geblieben. Er hat vielmehr wieder einen Zusammenhang zwischen seiner Auffassung vom Tatbestande der iniuria und der modernen Beleidigung herzustellen gesucht. Deshalb unterscheidet er noch einen Begriff der existimatio im engeren Sinne, der das Recht auf „äußere Anerkennung“, Ehre umfassen und mit dem Tatbestande der modernen Beleidigung zusammenfallen soll.

Darin liegt natürlich etwas Wahres. Eine gewisse Beziehung besteht zwischen iniuria und Beleidigung allerdings, mindestens in der Art, daß alle Fälle unserer Beleidigung oder jedenfalls die überwiegende Mehrzahl derselben vom Tatbestande der iniuria gedeckt werden. Daraus folgt aber nicht, wie WALTER meint, daß nunmehr die Kategorie der Beleidigung als solche, d. h. als ein bis zu einem gewissen Grade selbständiger Unterbegriff der iniuria den Römern geläufig gewesen ist. Die Art, in der sie die Fälle der iniuria systematisiert haben: *ad corpus, ad dignitatem, ad infamiam*, spricht sogar gerade für das Gegenteil, weil in diesem System die sog. Verbaliniuria mit der Körperverletzung zusammengefaßt und anderen Beleidigungsformen gegenübergestellt wird.

Die Wissenschaft hat deshalb diesen Teil der WALTERSchen Lehre fast einstimmig verworfen und ist zu der einheitlichen Auffassung des Begriffes zurückgekehrt, sah sich aber damit desto mehr zu einer positiven Bestimmung seines Gehaltes genötigt⁴².

Aus den Quellen selbst ließ sich dabei nicht allzuviel entnehmen. Wo der iniuria-Begriff der actio iniuriarum als solcher hervorgehoben werden soll, wird er meist durch den Ausdruck *contumelia* umschrieben; und da hiermit offensichtlich nicht (nur) eine herabsetzende, entehrende Behandlung, also die Ehrverletzung i. e. S. gemeint ist, so läßt sich allzuviel mit dieser Begriffsbestimmung nicht anfangen.

Ein erster Versuch zur Befriedigung jenes Bedürfnisses, das schon WALTER empfunden hat, wurde von BURCHARDI⁴³ unternommen, der die iniuria als „die Verletzung derjenigen Rechte“ bestimmte, „die zusammen die allgemeine bürgerliche Existenz der Person ausmachen“. Ernstlich war aber mit solcher Definition nichts gewonnen. Zu den Rechten, welche die bürgerliche Existenz der Person ausmachen, gehören offenbar, und nicht in letzter Linie, auch die Vermögensrechte, die doch gerade den Gegensatz zur *iniuria* bilden. BURCHARDIS Formulierung kann also bestenfalls als eine zutreffende Umschreibung des iniuria-Begriffes in seiner weitesten Bedeutung angesehen werden, für die Erkenntnis des Anwendungsbereiches der actio iniuriarum aber leistet sie nichts.

Rechtsgrund ist überall der Staat: die Freiheit ist nur ein anderer Ausdruck für das Bürgerrecht im weitesten Sinne“. — Vgl. auch HÄLSCHNER: GerSaal Bd. 64 S. 356—358 über den Gegensatz zwischen römischer und altgermanischer Auffassung.

⁴² Die folgenden Darlegungen beruhen zum Teil auf der Schrift von E. LANDSBERG: *Iniuria und Beleidigung* (Bonn 1886) S. 1—29.

⁴³ BURCHARDI: *Grundzüge des Rechtssystems der Römer* (1822) S. 275 ff. (LANDSBERG: a. a. O. S. 6, 9).

Eine andere Gruppe von Gelehrten⁴⁴ glaubte, das entscheidende Merkmal in „*der Richtung des Angriffes gegen die Person*“ erblicken zu können. Aber auch diese Trennung erwies sich als nicht durchführbar, weil in den meisten Angriffen gegen vermögenswerte Rechte gleichzeitig eine Verletzung der Person enthalten ist, um so weniger aber „*die Richtung des Angriffes*“ zur näheren Abgrenzung der Deliktskategorie verwendet werden konnte.

Daraus schloß die herrschende Lehre, daß unter die iniuria nur solche Tatbestände fallen könnten, in denen die Verletzung der Person das wesentliche Moment darstellte; so gelangte man zu der Auffassung von der „*absoluten Subsidiarität*“ der actio iniuriarum⁴⁵, die, wenn auch vielleicht nicht in äußerem Widerspruch mit dem Inhalt der Quellen stehend, jedenfalls durch deren Wortlaut nicht gestützt wird.

In diesem Mangel lag aber doch ein erhebliches Bedenken gegen diese Theorie, wenn man berücksichtigt, daß alle übrigen Fälle *echter Subsidiarität*, also vor allem actio doli und crimen stellionatus, in den Quellen mehrfach ausdrücklich als solche bezeichnet werden.

Deshalb hat JHERING⁴⁶ erneut versucht, den Inhalt der iniuria positiv zu bestimmen und dabei entscheidendes Gewicht auf den subjektiven Tatbestand gelegt. Nicht jede bewußte Rechtsverletzung stellt sich als iniuria dar, sondern nur eine solche, welche durch die Intensität und Art des verbrecherischen Wollens ausgezeichnet ist, welche mit animus iniuriandi begangen wird. In diesem Sinne wird der animus iniuriandi dadurch gekennzeichnet, daß sich „*die eine Person über die andere erhebt*“, „*fremden Rechten offene Mißachtung*“ entgegengesetzt⁴⁷.

Aber die Behauptung JHERINGS, daß bei der iniuria der Angriff öffentlich erfolgen müsse, wird durch die D. 47, 2, 21, 7 widerlegt. Das hat LANDSBERG⁴⁸ bestimmt, die JHERINGSsche Theorie abzulehnen und seinerseits eine neue Lösung zu versuchen. Er geht dabei so vor, daß er die Bedeutung der iniuria in den einzelnen Etappen der römischen Rechtsgeschichte verfolgt und den Standpunkt des Corpus Iuris aus diesem historischen Ablauf zu erklären sucht. Dieser Ausgangspunkt hat sich in der Tat als fruchtbar erwiesen, und in der Betonung des geschichtlichen Moments liegt sicherlich ein großes Verdienst dieses Gelehrten.

LANDSBERG unterscheidet bei seiner Untersuchung zwei Hauptabschnitte der römischen Rechtsentwicklung, die „*Zeit von den XII Tafeln bis zum Ende der Republik*“ und „*die Zeit der Jurisprudenz*“⁴⁹. Die erste Periode beginnt mit dem Gesetzgebungswerk der XII Tafeln. Sie enthalten drei verschiedene hierher gehörige Tatbestände:

⁴⁴ LANDSBERG: a. a. O. S. 10 u. a.; JHERING: Jahrb. f. Dogmatik Bd. XXIII S. 214ff., auch 278.

⁴⁵ LANDSBERG: a. a. O. S. 10. ⁴⁶ JHERING: a. a. O. S. 155—338.

⁴⁷ JHERING: a. a. O. S. 183, 189ff. ⁴⁸ LANDSBERG: a. a. O. S. 27.

⁴⁹ LANDSBERG: a. a. O. S. 29—37, S. 38—52.

1. *Malum carmen incantare* oder *occentare*,
2. *Membrum rumpere* oder *os frangere*,
3. *Iniuria* ganz allgemein.

LANDSBERG weist nun nach, daß diese drei Tatbestände einander nicht ausschließen, daß vielmehr die beiden ersten sich lediglich als qualifizierte Formen der allgemeinen *iniuria* darstellen; man kann deshalb annehmen, daß auch der XII-Tafel-Gesetzgebung bereits jener i. g. einheitliche *iniuria*-Begriff zugrundeliegt, den wir als dem römischen Recht eigentümlich kennengelernt haben.

Allerdings mag die *iniuria* nicht von Anfang einen so weiten Umfang gehabt haben⁵⁰.

Nach MOMMSEN⁵¹ war sie sogar früher auf die Fälle der (vorsätzlichen und fahrlässigen) Körperverletzung beschränkt; für ihn gehört die Formulierung der XII Tafeln bereits einer Epoche an, in welcher der objektive Tatbestand eine erhebliche Erweiterung in der Richtung auf ein allgemeines Persönlichkeitsdelikt erfuhr, während gleichzeitig die Schuldseite durch das Erfordernis vorsätzlicher Deliktsbegehung eingengt wurde. Man wird nicht fehlgehen, wenn man die Auffassung der Frühzeit auf den allgemeinen kulturellen Zustand zurückführt, welcher sich mit der Auswahl der grössten, am meisten in die Augen fallenden Verletzungsart zufrieden gab und die Reaktion auf die weniger bedeutsamen Deliktsformen zurückstellte⁵². Man wird annehmen dürfen, daß solche staatliche Beschränkung den allgemeinen Anschauungen jener Zeit entsprach, daß man bei leichteren Kränkungen kein besonders starkes Vergeltungsbedürfnis empfand, jedenfalls aber insoweit gesetzgeberisch Eingriffe nicht für notwendig hielt. Auch andere Formen staatlicher Reaktion gegen solche Verletzungen sind aus dem primitiven Recht nicht bekannt. Deshalb kann man sagen, daß die *iniuria* von Anfang an dasjenige Delikt war, dem die Aufgabe zufiel, die menschliche Persönlichkeit zu erhalten, ihre körperliche und (später auch) geistige Unversehrtheit zu sichern und ihre Weiterentwicklung zu gewährleisten.

Damit ergibt sich für das primitive Recht wie für die Zeit der XII Tafeln ein Gegensatz zwischen Verletzungen der Person und Verletzungen des (geldwerten) Vermögens, wobei zum Schutze des Vermögens die Tatbestände des *furtum* und der *noxa nocitio*, der Grundlage der *lex Aquilia*, bestimmt waren. Das bestreitet auch LANDSBERG nicht⁵³. Um so entschied-

⁵⁰ Vgl. hierzu auch GÜNTHER: Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung S. 21 ff.

⁵¹ Strafrecht S. 784 ff., bes. S. 786/87; ihm folgen: R. LEONHARD: a. a. O. S. 9—11 und MAINZER: Die aestimatorische Klage in ihrer geschichtlichen Entwicklung (1908) S. 2. MASCHKE: Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems [1903] §§ 1, 3. Vgl. ferner: PERNICE: LABEO II, 1 (2. Aufl.) S. 23 ff.

⁵² LANDSBERG: a. a. O. S. 19. MAINZER: a. a. O. S. 6. Auch eine gewisse Scheu vor richterlichen Eingriffen überhaupt mag dabei eine Rolle gespielt haben. (So LEONHARD: a. a. O. S. 14.)

⁵³ LANDSBERG: a. a. O. S. 31.

dener verwahrt er sich gegen den Verdacht, daß er damit die früher bekämpfte Theorie (von der iniuria als generellem Persönlichkeitsdelikt) anerkenne.

„Selbstverständlich verstehen wir jedoch hier nun nicht unter „Verletzung der Person“ das, was die früher von uns aufgezählten Autoren mit ihrer „persönlichen Verletzung“ sagen wollen, indem sie an eine Verletzung des Rechtssubjektes sozusagen in seinem innersten Heiligtum, seiner Persönlichkeit, denken; sondern einfach jede unrechtmäßige Einwirkung auf die Person in ihrer natürlichen Gesamtheit, in bezug auf ihren Körper, ihre Freiheit oder etwa auch ihre sonstigen rechtlich geschützten, nicht vermögensrechtlichen Interessen.“⁵⁴

Da aber die Frage nach dem Umfange des Rechtsschutzes lediglich eine solche des Fortschrittes der Rechtsentwicklung, der Verfeinerung des natürlichen und juristischen Empfindens ist, das systematische Gefüge aber tatsächlich kaum berührt, so liegt in dieser Konzession tatsächlich doch eine Rückkehr zu der älteren Lehre. Das kann LANDSBERG ernstlich selbst nicht bestreiten.

„Indem wir sonach wieder den Gegensatz Vermögen — Person aufstellen, scheinen wir einem früher von uns selbst gerügten Fehler zu verfallen; doch ist zu bedenken, daß hier noch nicht von einem völlig aus- und durchgebildeten, sondern von einem einfachen Recht mit natürlich-materiellen Anschauungen die Frage ist. Einem solchen aber mußten allerdings die Personen auf der einen Seite, ihr Vermögen auf der anderen als die zwei Haupt-Rechtsgüter der Privaten erscheinen; weder empfindet es schon das Bedürfnis, sich um den Rückschlag, welcher durch Verletzung des einen für das andere entsteht, zu kümmern, noch sieht es sich veranlaßt, bei den Verletzungen der Person zwischen materiellen und bloß ideellen zu unterscheiden. . . .“⁵⁵

In den letzten Worten gelangt nun aber LANDSBERG'S entscheidender Einwand gegen jene Theorie zum Ausdruck. Als Angriff gegen die Person müssen sich, so meint er, bei folgerichtiger und verfeinerter Ausbildung jenes Gedankens schließlich auch alle Angriffe gegen Vermögensgüter darstellen, sofern nur hinter ihnen, wie doch in aller Regel, eine Persönlichkeit steht. Demgemäß hätte mit der *actio legis Aquiliae* regelmäßig die *actio iniuriarum* konkurrieren müssen, während dies nach dem Inhalt der Quellen zwar grundsätzlich möglich, aber nur ausnahmsweise der Fall war. Eine solche Inkonsequenz will LANDSBERG allenfalls dem weniger scharf ausgebildeten Rechtssystem der Frühzeit zutrauen, der klassischen Jurisprudenz der Römer aber nicht unterstellen. Deshalb muß der Begriff der iniuria im Laufe der Entwicklung seine Bedeutung verändert haben. Dieser Bedeutungswandel hängt nach LANDSBERG zusammen mit der Erweiterung des Anwendungsbereiches der iniuria, die im prätorischen Edikt ihre endgültige Regelung findet; und die Entwicklung wird schließlich dadurch gefördert, daß viele der alten iniuria-Tatbestände in mehr oder weniger selbständiger Gestaltung vom öffentlichen Kriminalrecht erfaßt werden, wobei die *actio iniuriarum* zunächst noch elektiv konkurriert, allmählich aber vollständig verdrängt wird.

⁵⁴ LANDSBERG: a. a. O. S. 31.

⁵⁵ LANDSBERG: a. a. O. S. 32.

Damit war die Grundlage für eine volle Entfaltung der iniuria zum generellen Persönlichkeitsdelikt⁵⁶ geschaffen, wie sie in der Jurisprudenz der nachsullanischen Zeit zum Abschluß gelangt. Die Juristen erläutern iniuria durch *contumelia* und bringen damit zum Ausdruck, daß es nicht auf die materielle Verletzung, sondern auf die Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Individualität ankommt. Darin liegt nicht mehr und nicht weniger als eine Entmaterialisierung des Verletzungsaktes und damit des Verletzungsobjektes.

LANDSBERG will das allerdings nicht wahr haben. Er sieht in der Hervorhebung des *contumelia*-Elements lediglich eine Differenzierung gegenüber der alten körperlich-faktischen Auffassung. Deshalb spaltet er z. B. den Begriff des Mordes in den Mord im eigentlichen Sinne und die dem Ermordeten zugefügte *contumelia*, welche letztere nach neuerer Auffassung allein die Grundlage einer *actio iniuriarum* abgeben soll. Dennoch sei dieser Gedanke auch in der klassischen Zeit nicht konsequent durchgeführt worden; der Kampf zwischen alter und moderner Auffassung sei vielmehr bis zu Justinian nicht zum Abschluß gelangt; und diese Tatsache erkläre, warum — ganz folgerichtig — nur in einigen Fällen eine Konkurrenz von *actio legis Aquiliae* und *actio iniuriarum* angenommen werde.

„Der *contumelia*-Begriff schwebt zwar den Römischen Juristen im Allgemeinen vor, gibt ihnen die theoretische Grundlage ab, aber ihr juristisches Prinzip ist er nicht, zum Zwecke juristischer Konstruktionen, bei welchen er zu durchaus unpraktischen und verkehrten Resultaten führen würde, erweist er sich als unbrauchbar.“⁵⁷

War also jener *theoretische* *contumelia*-Begriff für eine praktische Umgrenzung des Anwendungsbereiches der iniuria nicht verwertbar, so blieb nichts anderes übrig, als zu versuchen, auf induktivem Wege des vorhandenen Materials Herr zu werden. In den Quellen umfaßt das Delikt nicht nur die Beleidigung im modernen Sinne, es deckt auch nicht nur alle Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit, sondern es erweist sich darüber hinaus als Mittel zur Sicherung der staatsbürgerlichen Rechte, die heutzutage in diesem Umfange weder durch eine generelle Norm noch durch spezielle Strafbestimmungen staatlichen Schutz genießen. Hierher gehört u. a. die Befugnis zur Benutzung der *res communes* wie das Recht zum Gebrauch eigener Sachen⁵⁸. Wer einen anderen widerrechtlich an der Ausübung der öffentlichen Seefahrt oder der Fischerei hindert, wird mit der *actio iniuriarum* zur Verantwortung gezogen⁵⁹. Sie wird auch dem Grundstückseigentümer gewährt, wenn er an der rechtmäßigen Benutzung gehindert, im Genuß des Hausfriedens gestört wird⁶⁰. Der Geheimnisverrat

⁵⁶ So MOMMSEN: Römisches Strafrecht S. 785, 796; vgl. auch THIEL: Injuria und Beleidigung (Strafrechtl. Abhandlungen H. 62) S. 249—256.

⁵⁷ LANDSBERG: a. a. O. S. 42.

⁵⁸ D. 19, 1, 25, pr; D. 47, 10, 15, 31; D. 47, 10, 24.

⁵⁹ D. 43, 8, 2, 9; D. 47, 10, 13, 7.

⁶⁰ D. 47, 10, 5, 2+5; D. 47, 10, 23; D. 47, 2, 21, 7; D. 47, 10, 44 (MOMMSEN: Strafrecht S. 793 Anm. 1—3).

wird ebenfalls als iniuria verfolgt⁶¹. Injurien sind endlich die Verleitung zum unsittlichen Lebenswandel, die Vornahme unzüchtiger Handlungen an Kindern oder — auch einwilligenden — erwachsenen Personen⁶²; verletzt ist in derartigen Fällen der pater familias oder der Ehegatte in seiner eigenen Ehre, an seiner eigenen Persönlichkeit, so daß er im eigenen Namen klagen kann⁶³.

Das Ergebnis, zu dem LANDSBERG auf diesem Wege gelangt, ist ein doppeltes. Iniuria im klassischen (und justinianischen) Recht umfaßt einmal die (gegenüber dem Kriminalrecht verbleibenden) Fälle körperlich-unmittelbarer Verletzung, und insoweit besteht die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen der Sachbeschädigungs- und der Injurienklage. Iniuria umfaßt zweitens die Verletzung von Affektionsinteressen, gleichgültig ob sich diese an Gegenstände des Vermögens oder unmittelbar an die Person des Verletzten knüpfen; insoweit kommt eine Konkurrenz mit der lex Aquilia teils aus tatbestandlichen Gründen gar nicht in Frage, teils ist sie nach positivem Recht deshalb ausgeschlossen, weil die actio iniuriarum nur dann gewährt wird, wenn ausschließlich Affektionsinteressen verletzt worden sind.

In der Erkenntnis, daß für einen Teil der iniuria-Fälle die tatbestandsmäßige Grundlage in der Verletzung von Affektionswerten liegt, besteht ein unbestreitbares Verdienst LANDSBERGS selbst dann, wenn man die Erweiterung dieses Begriffes auf nicht sachgebundene Interessen mißbilligt⁶⁴. Denn

⁶¹ D. 9, 2, 41, pr; D. 16, 3, 1, 38.

⁶² Näheres MOMMSEN: Strafrecht S. 791 Nr. 5 ff. (D. 47, 10, 9, 4; 47, 10, 25).

⁶³ Dabei handelt es sich um ein eigenes Recht des Gewalthabers. Vgl. D. 47, 10, 1, 5; D. 47, 10, 5, 6; D. 47, 10, 26; D. 47, 10, 41; D. 47, 10, 11, 7. Andere Fälle von iniuria (vgl. KASIMIR THIEL: Injuria und Beleidigung. Strafrechtl. Abhandl. H. 62 S. 87—233): D. 47, 10, 12 (de libertate aliquem in servitute petere); D. 47, 10, 13, 3 (ad tribunal interpellare aliquem eius vexandi causa) (vgl. auch D. 47, 10, 13, 4); D. 47, 10, 19+20 (Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ohne amtliche Befugnis); D. 47, 10, 22 (liberum pro fugitivo adprehendere); D. 47, 10, 26 (servum vel filium ludibrio habere); D. 47, 10, 9, pr (iniuria durch Zerreißen der Kleider); dazu MOMMSEN: Römische Geschichte (5. Aufl.) Bd. III S. 509: „Der Redner HORTENSUS soll einen Kollegen wegen Injurien belangt haben, weil er ihm im Gedränge den Rock zerknittert hatte“, als Beispiel für das übertriebene Feingefühl der Zeit.

Als Ersatz für den Versuchstatbestand: D. 47, 2, 21, 7 (eine allgemeine Versuchsstrafe gab es nicht; ausnahmsweise Strafe wegen Vollendung beim agent provocateur Inst. IV, 1, 8 — dazu D. 11, 3, 1, 3 und Gaius III, 198). „Schadens“ersatz bei der Iniuria ist nicht = Schmerzensgeld (D. 47, 10, 5, 1). Iniuria ist unabhängig von den Eigentumsverhältnissen (D. 47, 10, 5, 2+5; D. 47, 10, 29).

Gleiche Auffassung bei REIN: Criminalrecht der Römer S. 363. Anders MITTERMAIER: WEISKES Rechtslexikon Vol. V S. 865; SCHULTE: Strafrechtl. Abhandl. H. 173 S. 4; FERRINI, p. 236, 288 („la penalità pecuniaria sta per compenso di lesi interessi morali solo nell'actio iniuriarum e simili“).

⁶⁴ Hierher gehören meines Erachtens: D. 47, 10, 1, 3+5; D. 47, 10, 9, 4; D. 47, 10, 18, 5; D. 47, 10, 25; D. 47, 10, 26; D. 47, 12, 3, pr; D. 47, 10, 1, 3 (affectui subiecti); GAIVS III, 221; PAULUS: Sent. V, 4, 1 („Iniuriam patimur aut in corpus, aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et

jedenfalls wird klargestellt, daß die Verletzung von Affektionswerten in jenem engeren Sinne unter das Delikt der iniuria zu subsumieren ist⁶⁵. Als Schutzobjekt der Vermögensdelikte i. e. S. wie furtum und damnum iniuria datum hätten sie demnach auszuscheiden.

Das Problem einer positiven Umgrenzung des iniuria-Begriffes hat allerdings LANDSBERG damit eben so wenig gelöst wie seine Vorgänger; denn den Dualismus der Konkurrenzlehre und die Beschränkung des Tatbestandes auf die ausschließliche Verletzung von Affektionsinteressen hat er sachlich nicht zu erklären vermocht. In Wahrheit ist dieses Problem weder lösbar noch lösungsbedürftig. Eine generelle Konkurrenz zwischen actio legis Aquiliae und actio iniuriarum zuzulassen, wie es allerdings von ihrer Grundanschauung aus konsequent gewesen wäre, dazu waren die Römer viel zu weise. Aber ebensowenig haben sie jemals ernstlich daran gedacht, in allen, auch den geringfügigsten Fällen persönlicher Empfindlichkeit dem Verletzten durch die actio iniuriarum Genugtuung zu verschaffen. Das praktische Korrektiv jener theoretisch fast unbegrenzten Anwendbarkeit lag darin, daß die Gewährung der actio in das Ermessen des Prätors gestellt und davon abhängig gemacht wurde, daß es sich um eine irgendwie erhebliche Verletzung beachtlicher Interessen handelte⁶⁶. Die Abstellung dieser Entscheidung auf den einzelnen Fall wiederum setzte den Prätor in die Lage, dem Verletzten die actio iniuriarum überall dort zu verweigern, wo er wegen gleichzeitiger Verletzung wirtschaftlicher Werte eine andere Poenalklage erheben konnte und in dem Vielfachen des Schadensbetrages gleichzeitig eine angemessene Entschädigung für seine immateriellen Interessen fand. Die Konkurrenzentscheidungen der Quellen lassen sich damit ebenso einfach wie einleuchtend auf ein prozeßtaktisches Prinzip⁶⁷ zurückführen. In diesem Sinne kann man deshalb zwar nicht von einer logischen, wohl aber von einer sachlich „beschränkten Subsidiarität“ der actio iniuriarum sprechen; die Einschränkung liegt dann darin, daß Interesse und Verletzung erheblich sein müssen⁶⁸.

Nichts anderes aber als die subjektive Umschreibung dieses Gedankens stellt die Theorie JHERINGS dar, der die actio iniuriarum durch eine Quali-

famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur“) und V, 4, 3. Vgl. unten S. 46f. und THIEL: a. a. O. S. 243–247.

⁶⁵ So R. LEONHARD: a. a. O. S. 31; PERNICE: LABEO (2. Aufl.) II S. 30 Anm. 5; ablehnend: MAINZER: a. a. O. S. 12 („Personenverletzung κατ' ἐξοχήν“), 19/20. Verwandt: JHERINGS „ideale Interessen“ a. a. O. S. 213.

⁶⁶ LEONHARD: a. a. O. S. 19–22; MAINZER: a. a. O. S. 11–13.

⁶⁷ Ähnlich DERNBURG: Pandekten II (1866) S. 350. Dagegen MAINZER: a. a. O. S. 22; KASIMIR THIEL: a. a. O. Dieses Prinzip hat allgemeine Bedeutung; jedes vernünftige Gesetz vermeidet Konkurrenzen.

⁶⁸ Vgl. dazu MOMMSEN: Römisches Strafrecht S. 788/90; SIBER: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II (1928) S. 233, bes. Anm. 1; LEONHARD: a. a. O. S. 13, 27–29 (z. T. weitergehend). — „Subsidiarität“ im technischen Sinne ist das natürlich nicht (so richtig: MAINZER: a. a. O. S. 13, der Sache nach wohl auch THIEL: a. a. O. S. 233ff.). — Vgl. auch unten S. 72 Anm. 170.

fizierung des Vorsatzes (*animus iniuriandi*) von der generellen Persönlichkeitsverletzung unterscheidet; und schließlich paßt das Ergebnis auch zu der VON LANDSBERG so heftig bekämpften Theorie vom Gegensatz zwischen Angriffen gegen die Person und gegen das Vermögen, wenn man sich diesen Gegensatz vom Angriffsobjekt auf das Schutzobjekt verschoben denkt und dann Verletzungen der Persönlichkeit und Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Werte unterscheidet. Daß die Grenze zwischen beiden flüssig ist und von individuellen Verhältnissen wie von dem Stande der kulturellen Entwicklung abhängt, spricht nicht gegen diese Differenzierung, sondern gegen ihre Festlegung. Deshalb zeugt es von der praktischen Klugheit der römischen Juristen, daß sie eine starre Formulierung vermieden und durch das Korrektiv der Erheblichkeit der Entwicklung freiesten Spielraum gelassen haben. Als Schutzobjekt der iniuria erscheint darnach die individuelle Persönlichkeit.

Allerdings mag befremdlich erscheinen, daß schon in frühester Zeit dasjenige Vergehen, in dem sich der Angriff gegen die persönliche Existenz am schärfsten auswirkt, das Tötungsdelikt, aus dem Rahmen der iniuria herausfällt. Das wird sich zunächst einfach so erklären, daß die Entwicklung eines öffentlichen Strafrechts naturgemäß an derjenigen Stelle einsetzte, an der sich die rechtsvernichtende Tendenz privater Feindseligkeit konzentrierte und ihre Auswirkung für Sicherheit und Wohlstand des Staatsganzen besonders gefährlich erschien⁶⁹. Andererseits mußte sich hier die Übernahme der Strafverfolgung durch staatliche Organe deshalb als unerlässlich erweisen, weil es — nach dem Aufhören der Sippenfehde — gerade im Falle der Tötung an einem Träger der *actio*, an einem zur Klage legitimierten Rechtsinhaber fehlte. So wird auch begreiflich, warum hier nicht — wie sonst bei der Trennung von öffentlichen Verbrechen (*crimen*) und Privatdelikt — wenigsten Spuren eines solchen Tatbestandes im Privatrecht zurückgeblieben sind. Auch zur Geltendmachung eines *Schadensersatzanspruches*⁷⁰ fehlt es an einer Aktivlegitimation, wenn der Verletzte tot ist, weil das römische Recht den Gedanken der §§ 844 Abs. 2, 845 BGB (Schadensersatzansprüche der Unterhaltungsberechtigten) nicht kennt^{70 a}.

Als Grundlage einer *actio iniuriarum* wären diese Ansprüche allerdings ohnehin nicht in Frage gekommen. Der Spannweite des iniuria-Tatbestandes auf der einen entspricht seine Einengung auf der anderen Seite; so sehr er Generalnorm für alle nur in Frage kommenden Verletzungen der Persönlichkeit war, so wenig wurden durch eine *bloße* Beeinträchtigung des Vermögensbestandes seine Voraussetzungen erfüllt. Ersatz und Strafe für erlittenen Vermögensschaden wurden durch die *actio iniuriarum* niemals gewährleistet.

Den römischen Juristen war diese — man könnte sagen — beschränkte

⁶⁹ VON HIPPEL: a. a. O. S. 60/61. ⁷⁰ In der Form der Privatstrafklage.

^{70a} Die aquilische Haftung bei Tötung des Haussohnes führt zu ähnlichen Ergebnissen, beruht aber auf der Eigenart des römischen Familienrechts.

Auffassung der iniuria durchaus geläufig. *In actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno agitur ut vindicetur, non ut damnum sarciatur* sagt Ulpian D.47, 10, 7, 1 a.E., und den Gegensatz einer actio iniuriarum und einer Klage wegen damnum iniuria datum kennzeichnet er D.47, 10, 15, 46 unter Berufung auf LABEO durch die Bemerkung: *eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam*⁷¹. Berühmt ist schließlich die Stelle der Rede pro Caecina (Cap. 12), in welcher Cicero sagt:

actio iniuriarum non ius possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaeque mitigat.

III. Damnum und furtum als „Vermögens“delikte.

Erweist sich der hier auch bei CICERO angedeutete Gegensatz als zutreffend, so müßte umgekehrt der Tatbestand des damnum iniuria datum seinerseits alle diejenigen Verletzungen (abgesehen von den Fällen des furtum) umfassen, welche sich primär nicht gegen die Person, sondern gegen die Sache, gegen das Vermögen richten; der Tatbestand des damnum iniuria datum müßte diejenige Norm darstellen, welche das Individuum nicht gegen Verletzungen persönlicher immaterieller Art, sondern gegen materielle Schadenszufügung schützen soll⁷².

⁷¹ Der Gegensatz zwischen contumelia und damnum kommt zum Ausdruck in D.47, 10, 1, pr. + 1. Vgl. auch D.47, 10, 7, 1; D.9, 2, 5, 1. Für actio de sepulcro violato: D.47, 12, 6.

In der neueren romanistischen Literatur findet sich eine Andeutung dieses Gegensatzes bei PIETRO BONFANTE: Corso di Diritto Romano tom.VI (1930) p. 122 n. 17 (vgl. Zitate unten Anm. 72).

⁷² Übereinstimmend: ROTONDI: Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ. in Scritti giuridici II p. 479 und 482/3 („danno patrimoniale“). Auch p. 504 Abs. 1 a.E., 518, 520/1. Ebenso FERRINI, p. 269: „il damnum non consiste nella lesione materiale della cosa, ma si nella diminuzione patrimoniale, que per essa derive il homino“ „la legge Aquilia colpisce non ogni lesione della cosa altrui, ma solo quelle che arrecano un danno“. Dies sei der Sinn der l.26 § 15 D. 9, 2; „Aquila eas ruptiones, quae damnum dant, persequitur“ und deshalb heiße es in den Quellen auch stets „damnum dare alicui, und nicht damnum dare alicui rei“. PERNICE: Sachbeschädigung S. 93—99.

Auch PAMPALONI (Archiv. Giur. vol. 33 p. 389) spricht von „una distruzione (o limitazione) del valore di cambio di un oggetto materiale . . .“ (zit. nach FERRINI).

GRUEBER: The Roman Law of the Damage to Property p. 233: „The requirement of damnum (PERNICE 93—101): damnum, i. e. some loss to the property of the person who had been injured arising from the injurious act. It is in this sense that the expression „damnum“ is used in Roman law, and not in the sense of damage to the thing itself.“ (Ähnlich MOMMSEN: Strafrecht S. 828, 831, 832, A. 7.) FERRINI, p. 269: „Donde deriva che l'azione aquiliana compete anchorè la lesione sia affatto scomparsa senza lasciare traccia („sanato vulnerato servo“), purchè abbia recato spese e altri detrimenti economici al domino; cfr. fr. 45, § 1 h. t. Viceversa una percissa, rottura, etc., che non diminuisca il prezzo della cosa e non arrechi altri nocuenti economici al proprietario, non cade nel concetto della lex Aquilia; sarà una ruptio, ma non di quelle che „damna dant“. (Vgl. auch p. 270 und 288 mit den Hinweisen auf die Meinungsänderung von PERNICE [Sachbeschädigung S. 244 — M. A. LABEO III S. 180ff.]).

Auch diese These läßt sich beweisen. Nur muß man sich vor der modernisierenden Auffassung hüten, als sei die actio legis Aquiliae stets die allgemeine Schadensersatzklage wegen Vermögensverletzungen gewesen. Das war sie im römischen Rechte nie, und ist sie — im deutschen BGB — bis auf den heutigen Tag nicht geworden.

Zunächst entspricht solche Auffassung durchaus der technischen Bedeutung des Wortes *damnum*, wie sie an anderer Stelle quellenmäßig überliefert ist. *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* sagt Paulus im 47. Buche zum Edikt (D. 39, 2, 3)⁷³, und bringt damit die für unsere Betrachtung entscheidende Vermögensqualität scharf zum Ausdruck; diese Wortdefinition aber ist so allgemeiner Natur, daß sie nicht nur für den Titel ihres Fundortes (*De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*), sondern ganz generelle Geltung beansprucht.

Noch in der lex Aquilia, der gesetzlichen Umformung des alten Tatbestandes, ist die Grundform des Delikts auf ein sehr enges Gebiet beschränkt, das — ebenso wie die Urform der iniuria — lediglich die krassesten Fälle umfaßt. Sachbeschädigung ist diejenige Verletzung, welche *corpore corpori datur*. Bekanntlich wurde diese Beschränkung verhältnismäßig früh als störend empfunden. Die Praxis erweiterte den Anwendungsbereich durch neue actiones in factum conceptae. Zunächst hat man auf das Erfordernis einer unmittelbaren körperlichen Verletzung verzichtet, später auch von einer unmittelbar körperlichen Einwirkung abgesehen. Immer aber blieb das Delikt auf die Fälle einer vermögensrechtlichen Einbuße beschränkt; nicht die Schädigung, d. h. die Einwirkung als solche, sondern der aus ihr fließende wirtschaftliche Schaden galt als entscheidende Voraussetzung für die Gewährung der actio. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob im Augenblick der Klageerhebung die Verletzung noch besteht; vielmehr genügt es, daß der Eigentümer nachweist, daß er durch Aufwendungen für Reparaturen oder ärztliche Behandlung einen Vermögensschaden erlitten hat⁷⁴. Andererseits würde es ihm nichts helfen, daß er den Fortbestand eines Schadens dartun könnte, wenn dieser sich nicht irgendwie ökonomisch auswirken würde, sei es daß zu seiner Beseitigung Aufwendungen in der Zukunft gemacht werden müssen oder daß sich infolge der Unmöglichkeit seiner Aufhebung die wirtschaftliche Lage des Eigentümers verschlechtert hat⁷⁵.

Knapper und prägnanter als Ulpian in D. 9, 2, 27, 17 kann man diesen Gedanken wohl kaum zum Ausdruck bringen:

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit scilicet, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit,

⁷³ Vgl. auch die scharfe Gegenüberstellung von *damnum* und *iniuria* in D. 9, 2, 5, 1.

⁷⁴ D. 9, 2, 45, 1.

⁷⁵ D. 9, 2, 27, 28; D. 47, 2, 46, pr. Vgl. GRUEBER: The Roman Law of the Damage to Property p. 234.

sed ita de m u m , si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliorum deterioremve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. Ergo etsi pretio non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse.

Es ist nur eine folgerichtige Fortführung dieses Gedankenganges, wenn die actio legis Aquiliae in allen den Fällen versagt wird, wo zwar gegen den Willen des Berechtigten ein körperlicher Eingriff in eine Sache vorgenommen worden ist, dieser Eingriff aber objektiv keine Vermögensminderung bedeutet.

D. 9, 2, 27, 25: Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit immaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si iam maturas, cessat Aquilia:

Und charakteristisch die Begründung:

nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur: sed si collecta interceperit, furti tenetur⁷⁶.

Gleiches gilt, wenn jemand in einem zum Abholzen bestimmten (caedua) Walde Bäume fällt (D. 9, 2, 27, 26) oder Weiden schneidet *ne stirpes laederes*, wie der Jurist sicherheitshalber hinzufügt. (D. 9, 2, 27, 27.)

Aber das *nulla iniuria* der l. 27, § 25 (D. 9, 2) ist nicht zu wörtlich zu nehmen. Seine Bedeutung beschränkt sich auf die Tatbestandsmäßigkeit der lex Aquilia; rechtswidrig bleibt das Verhalten natürlich in jedem Falle. Nur richtet sich der Angriff eben nicht gegen das Vermögen, sondern (lediglich) gegen die Persönlichkeit des Eigentümers. Dieser wehrt sich deshalb mit der actio iniuriarum. So entscheidet folgerichtig VIVIANUS⁷⁷ in einem Falle, wo jemand gegen den Willen des Eigentümers einen Sklaven kastriert hat und dadurch *pretiosiore* fecerit.

Diese außerordentlich scharfe Scheidung zwischen ökonomischer und persönlicher Wirkung hat denn auch ganz konsequent dazu geführt, daß Affektionsinteressen bei der Schadensberechnung innerhalb des Gebietes der lex Aquilia keine Rolle spielen. Das werden die Juristen zu versichern nicht müde.

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret

sagt PAULUS im 2. Buche ad Plautium (D. 9, 2, 33, pr), und dazu zitiert er eine Äußerung des SEXTUS PEDIUS, *pretia rerum non ex affectione, sed communiter fungi*. Deshalb wird der Wert eines filius naturalis nicht nach dem Preis bemessen, den der Vater aufwenden würde, um ihn von einem anderen Eigentümer zurückzukaufen, oder um den er sich von dem filius zu trennen bereit wäre. Denn *in lege Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur*. Dabei

⁷⁶ Vgl. dazu D. 9, 2, 30, 2: Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.

⁷⁷ Nach ULPIAN: D. 9, 2, 27, 28.

hat übrigens das Wort *damnum* durchaus die technische Bedeutung von *Vermögensschaden*; der folgende Satz (D. 9, 2, 33, 1): *in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio* kann deshalb nicht etwa so verstanden werden, daß bei Verletzung bloßer Affektionsinteressen eine *actio in factum* gewährt wird; er kann sich mithin nur auf diejenigen Fälle einer wirtschaftlichen Schädigung beziehen, die aus tatbestandlichen Gründen von der *actio legis Aquiliae* nicht erfaßt werden⁷⁸.

Andererseits ist der Schutz der *actio legis Aquiliae* nicht auf den der unmittelbar verletzte Sache zugefügten Schaden beschränkt⁷⁹; sie deckt vielmehr auch diejenigen Nachteile, die dem Berechtigten im Zusammenhang mit jener Verletzung mittelbar entstehen, wie z. B. die Entwertung eines Viergespannes durch den Tod eines Pferdes (D. 9, 2, 22, 1) oder die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe, unter der die Lieferung des rechtswidrig vernichteten Gegenstandes versprochen war (D. 9, 2, 22, pr.), endlich sogar den entgangenen Gewinn, sofern er nur mit Wahrscheinlichkeit gemacht worden wäre und sein Eintritt durch das schädigende Ereignis verhindert worden ist (D. 9, 2, 23, pr.—2 und D. 47, 2, 52, 28)⁸⁰. Entgangener Gewinn wie wahrscheinlich aller nur mittelbar erlittene Schaden kann allerdings nur dann berücksichtigt werden, wenn zunächst überhaupt eine unmittelbare Beschädigung vorliegt⁸¹. Die Begrenzung ergibt sich aber nicht aus dem Wesen der *actio legis Aquiliae* als einer vermögensschützenden Klage, hängt vielmehr mit deren besonderer Ausgestaltung im positiven Recht zusammen (Erfordernis des *corpori datum*)⁸².

Wir haben hier, in Anlehnung an eine uns heute geläufige Terminologie, einfach von Eigentümer und Sache gesprochen, damit also zum mindesten vorausgesetzt, daß für eine Klage wegen *damnum iniuria datum* überhaupt die Beschädigung einer Sache erforderlich ist. Diese Annahme trifft aber trotz der oben geschilderten engen Umgrenzung des Tatbestandes (*corpori datum*) nicht zu, jedenfalls nicht für die spätere Zeit. *Corpori* kann nämlich eine Verletzung nicht nur einer Sache, nicht nur einem Sklaven, der ja als Sache gilt, sondern auch einem Freien zugefügt werden. In welcher Form aber sollte der Freie solche Ersatzansprüche sonst geltend machen? Die *actio*

⁷⁸ Vgl. dazu noch folgende Stellen: D. 9, 1, 3; D. 9, 2, 27, 27; D. 11, 3, 9, 3. Vor allem: D. 47, 10, 7, 1. Vgl. auch D. 7, 7, 6, 2; D. 35, 2, 63, pr.

⁷⁹ Jedenfalls in klassischer Zeit. Wenn das ursprünglich anders gewesen ist (so LEVY: Privatstrafe S. 148 Anm. 8, 149), so zeigt sich eben auch darin die Entwicklung vom Privatstraf- zum Schadensersatzrecht (vgl. auch unten S. 49 Anm. 91).

⁸⁰ Merkwürdigerweise soll eine *compensatio lucri cum damno* aber nicht zulässig gewesen sein, also auch für den zivilen „Schadensersatz“anspruch als solchen nicht. (FERRINI, p. 270, dessen Begründung aber wenig befriedigt.)

⁸¹ Wegen D. 47, 2, 72, 1 unten S. 49 Anm. 91.

⁸² Insoweit stellt gerade die *actio servi corrupti* eine Ergänzung zur *lex Aquilia* dar, indem sie auf das Erfordernis eines körperlichen Schadens verzichtet. Auch sie setzt aber die Existenz eines Vermögensschadens voraus; das betont mit Recht FERRINI: a. a. O. p. 330 („sempre agli effetti patrimoniali“).

iniuriarum steht hierfür nicht zur Verfügung; ihr Geltungsbereich umfaßt ja lediglich die Schäden immaterieller Natur, die er gleichzeitig erlitten haben mag, aber nicht gleichzeitig erlitten zu haben braucht. Besonders deutlich wird dies bei der fahrlässigen Körperverletzung. Hier versagt die Rechtsordnung dem Verletzten sehr bald^{82a} die *actio iniuriarum*; die bloß fahrlässige Verletzung des Körpers erscheint nicht als eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre, der *animus iniuriandi* wird subjektives Tatbestandsmerkmal. Gleichwohl kann der Verletzte auch hier einen Vermögensschaden sehr erheblicher Art erlitten haben; dafür muß ihm Ersatz gewährt werden. Ist unsere obige Vermutung richtig, so muß die römische Jurisprudenz auch in diesem Falle den Tatbestand des *damnum iniuria datum* (für den ja Fahrlässigkeit genügt⁸³) als gegeben ansehen. Diese Konsequenz ist in der Tat ganz unzweideutig gezogen worden⁸⁴. Allerdings klagt der Freie *suo nomine* nur mit einer *utilis legis Aquiliae actio, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*⁸⁵. Der Tatbestand des *damnum iniuria datum* entspricht deshalb nicht etwa unserer modernen Sachbeschädigung (§ 303 StGB)⁸⁶; er ist in seiner Ausgestaltung viel eher dem § 823 Abs. 1 BGB verwandt, indem er diejenigen Vermögensverletzungen umfaßt, die durch Beschädigung oder Zerstörung von Sachen oder durch Eingriffe in die Freiheit oder körperliche Unversehrtheit von Personen begangen werden. Die Eigenart dieses Tatbestandes besteht nur darin, daß er sich — obwohl strafrechtlich infiziert — auf den Schutz von Vermögensinteressen beschränkt, während der privatrechtliche Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB durch den § 847 BGB eine Erweiterung seines Anwendungsbereiches auf das Gebiet immaterieller Schäden erfährt⁸⁷.

Deshalb ist es nicht ganz zutreffend, das *damnum iniuria datum* ohne jede Einschränkung als Vorläufer des § 823 BGB anzusehen; und auch nur mit diesem Vorbehalt ist Rotondis — im übrigen genialer — Darstellung⁸⁸

^{82a} Vgl. oben S. 38 Anm. 51. ⁸³ D. 9, 2, 44, pr.

⁸⁴ Bzgl. *actio de his qui effuderunt et deiecerunt*: D. 9, 3, 1, 7. Vgl. auch PERNICE: Sachbeschädigung S. 97. Andererseits bleiben auch insoweit Verletzungen von Affektionsinteressen (Entstellende Narben D. 9, 1, 3; Schmerzensgeld) außer Betracht. (FERRINI: a. a. O. p. 298/9.)

⁸⁵ D. 9, 2, 13. Dazu: PERNICE: LABEO II, 2 (2. Aufl.) S. 39ff.; GÜNTHER: a. a. O. S. 38.

⁸⁶ Wie ROTONDI: Dalla „Lex Aquilia“ all'Art. 1151 Cod. Civ. in *Scritti giuridici II* p. 571 annimmt.

⁸⁷ A. A. wohl RABEL: Grundzüge S. 455/6: „Der Zug geht dann dahin, das öffentliche Strafrecht zu erweitern und dafür aus den Deliktssklagen eine Anzahl in das Vertragsrecht hinüberzuspielen. . . um schließlich bei den verbleibenden und neu hinzukommenden Deliktssklagen in der privaten Genugtuung den Schadensersatz zu betonen“. „Die ganze Entwicklung ist in der modernen Romanistik folgerichtig, aber mit beklagenswerter Konsequenz soweit getrieben worden, daß die zivilrechtliche Folge der unerlaubten Handlung völlig zu einem Ersatz des Vermögensschadens zusammenschumpfte“.

⁸⁸ Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ. in *Scritti giuridici II* p. 465—578, bes. p. 523 (vgl. ROTONDI selbst a. a. O. p. 561: Hinweis auf die aktive Unver-

der Entwicklung des alten *damnum* zum modernen art. 1382 Code Civil und art. 1151 Codice Civile zuzustimmen.

Ist damit das Verhältnis von *iniuria* und *damnum iniuria datum* als der Gegensatz von Vermögensbeschädigung und Persönlichkeitsverletzung näher bestimmt⁸⁹, so erhebt sich die weitere Frage nach der Beziehung des *furtum* zu dieser Gegensätzlichkeit. Von den drei logisch in Frage kommenden Möglichkeiten: *furtum* nur als Persönlichkeitsverletzung, *furtum* nur als Vermögensbeschädigung, *furtum* endlich als Kombination beider Verletzungsarten scheidet die erste ohne weiteres aus. Nur Persönlichkeitsverletzung ist das *furtum* nie und nimmermehr. Zwischen den beiden verbleibenden Möglichkeiten müssen wir uns entscheiden.

Die Stellungnahme ist bei dem vorhandenen Quellenmaterial nicht einfach. Für das Erfordernis eines wirtschaftlichen, d. h. Geldwertes⁹⁰ spricht ganz generell die Tatsache, daß sonst eine Bemessung der Geldstrafe nach dem Wert des gestohlenen Gegenstandes oder auch nur nach dem Wert des verletzten Interesses unmöglich wäre. Damit stimmt überein, daß auch bei der *actio furti* Affektionsinteressen nicht berücksichtigt werden (D. 47, 2, 50, pr.)⁹¹; und die Probe aufs Exempel wäre ein Fall, in dem die *actio furti* versagt würde, weil der entwendete Gegenstand wirtschaftlich wertlos sei. Ein solcher Fall findet sich in den Quellen, soweit ich sehe, allerdings nicht; dagegen gibt es eine Reihe von Stellen, welche einen indirekten

erblichkeit des Anspruchs aus § 847 BGB. Dort auch Stellungnahme zum Interpolationenproblem).

Besonders bedeutsam erscheinen mir die wiederholten Hinweise ROTONDI auf die Art, wie jene Zeit die alten Formen mit modernem Geist zu erfüllen wußte (a. a. O. p. 470ff., 479).

Das „Begräbnis“ der *actio iniuriarum* im Privatrecht — das kulturgeschichtliche Pendant jener Entwicklung — schildert DOHNA: Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes, S. 12. Bereits 1811 war die Privatnugutung bei Injurien in Preußen beseitigt worden (v. HIPPEL: Deutsch. Str. R. I S. 282 A. 4 a. E. unter Berufung auf HÄLSCHNER: Geschichte des Brandenburg-Preußischen Strafrechts S. 253—5 Anm. 2 u. 5).

⁸⁹ Die Unterscheidung klingt an bei ROTONDI: a. a. O. (Anm. 8) p. 510. Sehr deutlich WALTER: Arch. d. Crim. R. Bd. 4 S. 249.

⁹⁰ So ausdrücklich MOMMSEN, S. 734 und vor allem S. 742 N. 4 u. Anm. 3. Daß jedenfalls auch der indirekte (wirtschaftliche) Schaden von ihr umfaßt wird, ergibt mit Sicherheit D. 47, 2, 52, 28.

⁹¹ Diese Auslegung von D. 47, 2, 50, pr. rechtfertigt sich durch Vergleich mit der Anm. 90 zitierten l. 52 § 28 und mit D. 47, 2, 68 (67), 1; deshalb ist auch D. 47, 2, 72, 1 nicht so zu verstehen, als sei jeder indirekte Schaden von der Berücksichtigung ausgeschlossen; das Gegenteil ergibt sich gerade für die Ersitzung aus D. 47, 2, 52, 10; die abweichende Entscheidung der l. 72 muß wohl aus der Eigenart der Erbschaftsersitzung erklärt werden.

Für Einschuß des indirekten Schadens beim *furtum* die herrschende Lehre, abweichend LEVY: Privatstrafe S. 138 Anm. 4. — Bei der *rapina* ist außer LEVY auch PERNICE (Sachbeschädigung S. 125) gegen Berücksichtigung des indirekten Schadens (wegen D. 47, 8, 2, 13 u. 47, 8, 4, 11). Das ließe sich übrigens sowohl aus der Eigenart der Klage wie auch entwicklungsgeschichtlich (vgl. S. 47 Anm. 79) leicht erklären.

Schluß auf das Erfordernis eines Vermögensschadens zulassen. MOMMSEN, welcher die hier vorgetragene Ansicht teilt, beruft sich auf D. 47, 2, 14, 17⁹².

Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? . . . quis ergo furti agat? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt, et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit; et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recipit vel mercedem perferendae accipit. . .

MOMMSEN will nun offenbar daraus, daß die Klage dem Boten nur dann gewährt wird, wenn er ein (wirtschaftliches) Interesse an der unversehrten Ablieferung des Briefes hat, den Schluß ziehen, daß die actio furti überhaupt die Verletzung eines Vermögensinteresses voraussetze. Dieser Schluß erscheint gewagt, weil es sich hier um die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf Personen handelt, die nicht unmittelbare Rechtsträger, wohl aber — mittelbar — an der Erhaltung und Gestaltung des Rechtsgutes interessiert sind. Bei solcher Erweiterung aber gingen die römischen Juristen stets sehr vorsichtig vor; schon deshalb lassen sich aus der Tatsache, daß sie dem Boten nur im Falle eigener Haftbarkeit zugestanden wurde, allzu weitgehende Schlüsse nicht ziehen.

Ergiebiger erscheinen mir in dieser Hinsicht D. 47, 2, 15, pr. und § 2. Dem Pfandgläubiger wird die actio furti gegen den Entwender der Pfandsache in solidum, d. h. in voller Höhe gewährt, weil er dem Eigentümer ja insoweit hafte, als ihr Wert den Betrag der Schuld übersteige, und die Aktivlegitimation des Entleiher, dem der Verleiher entwendet, wird verneint, weil er dem Verleiher nicht schadensersatzpflichtig sei und deshalb *nihil eius interesset*⁹³.

Vielleicht läßt sich auch D. 47, 2, 32, pr. zum Beweise für die Vermögensqualität des furtum heranziehen. Gegenüber dem Wert des *debitum*, dessen Berücksichtigung zweifelhaft ist, scheint PAULUS bei *tabularum dumtaxat aestimatio*, welche die quidam allein zugrundelegen wollen, nur an den reinen Sachwert der Urkunden zu denken, während die Frage nach der Einbeziehung immaterieller Schäden hier wie sonst überhaupt gar nicht aufgeworfen wird.

Endlich gehört D. 47, 2, 14, 1 hierher. Dort handelt es sich allerdings primär darum, ob der Käufer einer Sache zur Klage gegen deren Dieb aktiv legitimiert ist. Dies wird verneint, weil sein Interesse an dem gestohlenen

⁹² MOMMSEN: Strafrecht S. 742 Anm. 3.

⁹³ Hierher gehört auch die Teilung der actio furti zwischen Eigentümer und Nießbraucher nach dem Wertverhältnis bei der Entwendung eines im Nießbrauch stehenden Sklaven. (D. 47, 2, 46, 1.) — Charakteristisch auch die Entscheidung D. 47, 2, 88: der Pfandgläubiger klagt in Höhe des vollen Sachwertes, weil er seinerseits dem Pfandleiher haftet. Ist aber der Eigentümer der entwendeten Sache selbst der Dieb, so beschränkt sich sein Interesse und damit seine Aktivlegitimation auf den Betrag der Schuld; vgl. endlich D. 47, 2, 13 und generell D. 47, 3, 12, pr.

Gegenstände nicht genügend verdinglicht sei. Aber Ulpian stützt seine Entscheidung durch ein weiteres Argument:

Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur.

JULIANS Lösung der Frage stellt die Entscheidung allein auf das vermögensrechtliche Element ab:

si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

Aus dem gleichen Grunde kann der Entleiher gegen den Eigentümer der den geliehenen Gegenstand entwendet, nur dann mit der actio furti vorgehen, wenn er wegen seiner Aufwendungen ein Retentionsrecht erlangt hat (D.47, 2, 15, 2)⁹⁴.

Noch aus einem weiteren Fall glaubt MOMMSEN⁹⁵ die Vermögensqualität des furtum herauslesen zu können. Es handelt sich um die berühmten Stellen D.47, 2, 39 und 47, 2, 83, 2, deren widerspruchsvolle Entscheidung bis auf den heutigen Tag nicht in befriedigender Weise gelöst ist⁹⁶. MOMMSEN hat auch hier die Lösung in dem Erfordernis eines Vermögensschadens gesucht. Der widerrechtliche Gebrauch einer Dirne sei kein Diebstahl, weil er sich nicht als Vermögensbeschädigung des Eigentümers darstelle; die unbescholtene Sklavin aber verliere auch kommerziell an Wert.

Meines Erachtens ist diese Auslegung nicht unbedenklich; sie steht zunächst im Widerspruch zu D.47, 2, 39 selbst, wo die Versagung der actio furti gerade mit dem Fehlen des subjektiven Tatbestandes begründet wird.

Außerdem würde sie m.E., konsequent zu Ende gedacht, dahin führen, den Vermögensschaden und damit die Klagbarkeit für alle Fälle des *bloßen* furtum usus zu leugnen, und sich damit selbst widerlegen⁹⁷.

⁹⁴ Näheres bei FERRINI: a. a. O. p. 299 ff.; HUVELIN: a. a. O. p. 348.

Vorausgesetzt ist stets, daß das Interesse auf einer „causa honesta“ beruht. Damit wird aber nicht gesagt, daß es sonst an einem Vermögensschaden fehle; vielmehr versagt das Recht einem von ihm mißbilligten Erwerb nur die Anerkennung und den Rechtsschutz (ähnlich wie heute § 817 BGB). Vgl. z.B. D.47, 2, 11; D.47, 2, 12, 1; D.47, 2, 14, 3.

Wegen der Parallele im Recht der actio legis Aquiliae vgl. auch GRUEBER: The Roman Law of the Damage to Property p. 207, 235—8 (D.7, 1, 17, 3; D.9, 2, 11, 8—10; D.9, 2, 12; D.9, 2, 27, 14; D.9, 2, 27, 32; D.43, 24, 13, pr). Zusammenfassung: p. 243. PERNICE: Sachbeschädigung S. 183—206. Durch Vergleich mit PAULUS: Sent. 2, 31, 29—31; FERRINI, p. 187.

⁹⁵ Strafrecht S. 741.

⁹⁶ Vgl. auch die Konkurrenzentscheidung D.47, 10, 25 und D.47, 2, 52, 20. Mit der Lösung FERRINIS kann ich mich nicht befreunden.

⁹⁷ Mit Sicherheit läßt sich der Sinn dieser beiden Stellen nicht ermitteln. Am meisten leuchtet mir die Begründung FALCHIS (a. a. O. p. 20 n. 1) ein, wonach die Versagung der actio furti in D.47, 2, 39 nicht dogmatisch, sondern rein rechtspolitisch zu erklären sei. Wer ein schimpfliches Gewerbe ausübt, kann vom Staate keinen Schutz erwarten, ebenso wie dem Diebe, der seinerseits bestohlen wird, die actio furti versagt wird. Damit paßt gut zusammen der Gedanke, daß es sich beim

Erheblich größeres Gewicht hingegen kommt den Argumenten FALCHI⁹⁸ zu. Wer eine ihm gehörige Sache einem anderen ohne Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens fortnimmt, begeht keinen Diebstahl. Wendet er Gewalt an, so wird er auch nicht wegen Raubes gestraft, sondern fällt lediglich unter die *lex Julia de vi privata* (Inst. IV, 2, 1; C. 8, 4, 7⁹⁹ einerseits, C. 9, 33, 3 andererseits). Gleiches soll gelten, wenn jenes Recht zum Besitze in Wahrheit gar nicht besteht, der Täter aber an seine Existenz glaubt (Inst. IV, 2, 1). In allen Fällen handelt er bewußt gegen den Willen des Besitzers, *invito domino*. Trotzdem fehlt es am objektiven oder doch am subjektiven Tatbestande.

Fortnahme einer dem Täter tatsächlich oder vermeintlich zustehenden Sache ist kein Vermögensdelikt, auch wenn die gesetzliche Form (*forma rituale*¹⁰⁰) nicht eingehalten, der Wille des Besitzers bewußt mißachtet wird. Diebstahl und Raub aber sind Vermögensdelikte im früher gekennzeichneten Sinne, sie richten sich „*contro la proprietà (in senso generico: vale a dire, contro beni patrimoniali)*“¹⁰¹. Der animus furandi liegt deshalb nicht in der bewußten Zuwiderhandlung gegen den Willen des Besitzers der Sache, sondern er ist „*la coscienza e volontà antipatrimonialmente lesiva*“¹⁰², mithin die subjektive Widerspiegelung eines Sachverhaltes, der sich objektiv als Verletzung wirtschaftlicher Interessen darstellt.

In gleicher Weise deutet FALCHI¹⁰³ D. 47, 2, 52, 20 und damit generell das *furtum usus*. Der animus furandi soll hier darin liegen, daß der Täter dem Eigentümer des Esels die wirtschaftlichen Vorteile zu entziehen beabsichtigt, die dieser dadurch erzielt, daß er den Esel zu Begattungszwecken vermietet¹⁰⁴. Auch hier handelt es sich demnach um eine wirtschaftliche Schädigung des Sacheigentümers, auch das *furtum usus* ist Vermögensdelikt im engeren Sinne^{105, 106}.

Mißbrauch einer fremden Sklavin um eine Art *furtum usus* handelt, dessen eigentlicher Gegenstand das an den Eigentümer für den Gebrauch zu zahlende Entgelt bildet.

⁹⁸ Diritto Penale Romano — 1932 — II p. 17—19.

⁹⁹ Vgl. ferner: D. 47, 8, 2, 18; D. 48, 7, 7; 4, 2, 13; D. 48, 7, 8. Parallelen beim *crimen expilatae hereditatis*: D. 47, 2, 84, pr.; beim *abigeatus*: D. 47, 14, 1, 4; beim *plagium*: C. 9, 20, 8 + 14.

¹⁰⁰ FALCHI: a. a. O. p. 19 n. 1.

¹⁰¹ FALCHI: a. a. O. p. 19 n. 1.

¹⁰² FALCHI: a. a. O. p. 19.

¹⁰³ A. a. O. p. 23. Auch FERRINI: a. a. O. p. 198 (zitiert S. 34 Anm. 33). Vgl. auch p. 182/3: Die Absicht sei nicht nur subjektives Tatbestandselement, sondern „*tendenza specifica a caratteristica die questo reato*“. Dafür spricht: l. 21 § 1 D. 25, 2. Darnach scheint nichts darauf anzukommen, ob der Sklave für seine Tat eine Belohnung empfängt.

¹⁰⁴ FALCHI: a. a. O.: „*la coscienza e la volontà di sottrarre a suo vantaggio, al padrone dell'asino, l'utilità o il profitto economico consistente nell'uso generativo dell'asino*“.

¹⁰⁵ „*Volontà di compiere una lesione patrimoniale al domino*“, „*volontà sottrattiva e antipatrimoniale*“, p. 23. Vgl. auch die Definition p. 21: „*il furto è la dolosa apprensione antipatrimoniale (diretta a lesione patrimoniale) di una cosa mobile . . .*“.

¹⁰⁶ Für das Erfordernis eines Vermögensschadens bei der *actio furti* lassen sich vielleicht noch heranziehen:

Ein sicherer Beweis für die hier aufgestellte These vom Erfordernis eines Vermögensschadens beim *furtum* läßt sich wahrscheinlich überhaupt nicht führen. Das — relativ — gewichtigste Argument bietet der subjektive Tatbestand, der *animus lucri faciendi*, wenn man sich entschließt, ihn nicht generell im Sinne einer Bereicherungsabsicht zu verstehen, sondern ihn als konkrete Zueignungsabsicht aufzufassen. Da bei dieser Anschauung Vermögensvorteil des Täters und Vermögensnachteil des Verletzten in korrelativem Verhältnis stehen müssen, so wäre aus dem Erfordernis eines *lucrum* vom Standpunkt des Täters auf ein *damnum* im Vermögen des Verletzten zu schließen und so mittelbar die hier vorgetragene Auffassung gestützt.

Diese Erwägungen führen schließlich wieder zu dem Argument MOMMSENS zurück; und dieser Rückhalt sowie der Umstand, daß die systematischen Untersuchungen das gleiche Ergebnis nahelegen, lassen es vielleicht gerechtfertigt erscheinen, wenn diese Annahme den weiteren Erörterungen zugrunde gelegt wird¹⁰⁷.

Jedenfalls bietet auch D. 47, 2, 14, 13 in Verbindung mit D. 47, 2, 38 kein entscheidendes Argument gegen die hier vertretene Ansicht. Man braucht nicht einmal die Zulässigkeit der *actio furti* bei Entführung des Hauskindes für das Werk der Kompilatoren zu erklären und darauf zurückzuführen, daß sie für diesen Gegensatz kein Verständnis gehabt und deshalb dem *pater familias* mit der *vindicatio* zugleich die *actio furti* gewährt hätten¹⁰⁸.

Einfacher und auch für die Auslegung von D. 47, 2, 38 befriedigender erscheint die Lösung der Glosse; sie bezieht beide Stellen auf den Vermögensschaden, der dem *pater familias* dadurch entsteht, daß er die Dienste des Haussohnes entbehrt¹⁰⁹. Darin liegt gleichzeitig die Begründung für die

D. 47, 2, 27, 2 u. 47, 2, 28, als Ausnahme nicht der Konkurrenz als solcher, sondern der Tatbestandsmäßigkeit der *actio legis Aquiliae*, weil für den *dominus* der Besitz als solcher keinen Vermögenswert hat (?).

D. 47, 2, 14, 1: Der Käufer begeht Diebstahl an der gekauften Sache nur bei Wegnahme vor Zahlung.

D. 47, 2, 32. — D. 47, 8, 2, 13.

D. 47, 8, 2, 10 (Parallele zwischen *actio legis Aquiliae* und *actio furti* — vgl. auch D. 19, 5, 14, 2 und 9, 2, 41, 1).

PAULUS: Sent. 2, 31, 36: „*Qui rem suam furatur, ita demum furti actione non tenetur, si alteri ex hoc non noceatur*“ (vgl. auch Sent. 2, 31, 39).

¹⁰⁷ Ebenso: R. MASCHKE: Das Eigentum im Civil- und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Struktur der Sachenrechte (1895) S. 184—186 (unter Berufung auf LANDSBERG: *Furtum des bösgläubigen Besitzers* (1888) S. 50ff.)

Vgl. auch D. 47, 8, 2, 22 (= Inst. IV, 2, 2) und dazu BIRKMEYER: Über das Vermögen im juristischen Sinne (ERLANGEN 1879) S. 306/7 u. Anm. 686.

¹⁰⁸ BIRKMEYER: a. a. O. S. 13 Anm. 44 erklärt es gerade umgekehrt als ein Überbleibsel der früheren Auffassung, welche in dem *furtum* ein Delikt gegen das „*universum ius*“ die persönliche und wirtschaftliche Befugnisse umfassende einheitliche Rechtsmacht, erblickte. Vgl. auch die folgende Anmerkung.

¹⁰⁹ Zustimmend: FALCHI: a. a. O. p. 45 — D. 47, 2, 14, 13; D. 47, 2, 38. Inst. IV, 1, 9; GAJUS 4, 5, 1.

Gelegentlich wird auch der Verkaufswert für maßgebend erklärt (FALCHI: a. a. O. p. 46; C. 4, 43, 2; C. Th. 3, 3, 2), jedoch in anderem Zusammenhange.

l. 38, welche der mater filii die actio furti versagt, weil ihr ein Anspruch auf Dienstleistungen nicht zusteht¹¹⁰.

Wird damit der Tatbestand des furtum auf vermögensschädigende Entwendungen¹¹¹ beschränkt, so erhebt sich die weitere Frage, welche actio bei den Wertverschiebungsdelikten die Funktion des Persönlichkeitsschutzes übernimmt. Im römischen Recht gibt es eine besondere actio hierfür nicht; mit Recht. Daß eine *Verschiebung* von Persönlichkeitswerten überhaupt praktisch in Frage kommt, wird zunächst mit Fug bezweifelt werden; es gehört zum Wesen der Persönlichkeit, daß sie nicht *entwendbar* ist. Auch Affektionswerte sind kaum als geeignete Objekte solcher „*Verschiebung*“ anzusprechen. Die Begründung dafür liegt nahe. Es ist in der Natur der Affektionswerte begründet, daß sie persönlichkeitsbedingt, daß sie an bestimmte Personen gebunden sind. Sobald ein Wert von allen, den meisten oder auch nur mehreren Personen empfunden und begehrt wird, tritt er aus der Sphäre des Persönlichen hinaus; sein Träger wird wirtschaftliches Gut im Sinne der Nationalökonomie, damit Gegenstand des Tauschverkehrs, geldwert und mögliches Objekt eines Diebstahls. Das ist ja überhaupt das Geheimnis dieses Gegensatzes von Affektionswert und wirtschaftlichem Wert, daß seine Qualitäten, in fortdauerndem Wandel begriffen, stets wechselnd aller endgültigen Festlegung spotten; deshalb ist auch der Ausdruck „*immaterieller Wert*“ eigentlich irreführend, weil er in den Gegensatz ein Werturteil hineinträgt, das seinerseits noch dazu auf eine gar nicht geklärte Problematik im Bereich der Philosophie zurückgreift.

¹¹⁰ Vgl. auch GAIUS III § 199. Daraus ergibt sich, daß die Entführung im klassischen Recht in noch erheblich weiterem Umfange dem furtum subsumiert wurde. HUVELIN: furtum p. 789 meint, die Gleichstellung gehe auf eine Zeit zurück, in der manus bzw. potestas und proprietas nicht scharf getrennt wurden. FERRINI: a. a. O. p. 330 n. 3 scheint zu übersehen, daß neben GAIUS III, 199 die Feststellung, daß jene Stelle interpoliert sei, das Problem nicht löst. Gegen die Lösung der Glosse: MOMMSEN: Strafrecht S. 838 Anm. 3, obwohl er grundsätzlich an dem Erfordernis eines wirtschaftlichen Schadens festhält. Es handelt sich um eine „*analogische*“ Gestaltung.

Vielleicht bietet gerade diese Auffassung die Möglichkeit einer Lösung des bisher streitig gebliebenen Konkurrenzverhältnisses zwischen furtum und plagium (vgl. HUVELIN: furtum p. 105/6 gegen MOMMSEN: Strafrecht S. 781 A. 6). Doch steht wohl auch da C. 9, 31, 1, pr. entgegen? Jedenfalls kann darnach nicht zweifelhaft sein, daß mit der actio furti „*de re familiari*“ geklagt wurde. (Vgl. D. 48, 15, 6.)

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so beweist die grundsätzliche Versagung der conditio furtiva in D. 47, 2, 38, 1, daß die reipersecutorische Funktion der conditio furtiva sachlich beschränkt war und daneben auch die actio furti vermögensrechtliche Bedeutung besaß. (Vgl. unten S. 59.)

¹¹¹ Aber diese auch im weitesten Umfange, mit Einschluß der Entwendung, der Pfandentziehung, des Gebrauchsdiebstahls. Darüber, daß die terminologische Unterscheidung zwischen furtum rei, usus und possessionis nicht quellenmäßig ist, vgl. schon DOLLMANN: Entwendung S. 7—9.

Wegen der Selbständigkeit des Raubes vgl. die Ausführungen bei DOLLMANN: a. a. O. S. 14/5 und 26f.

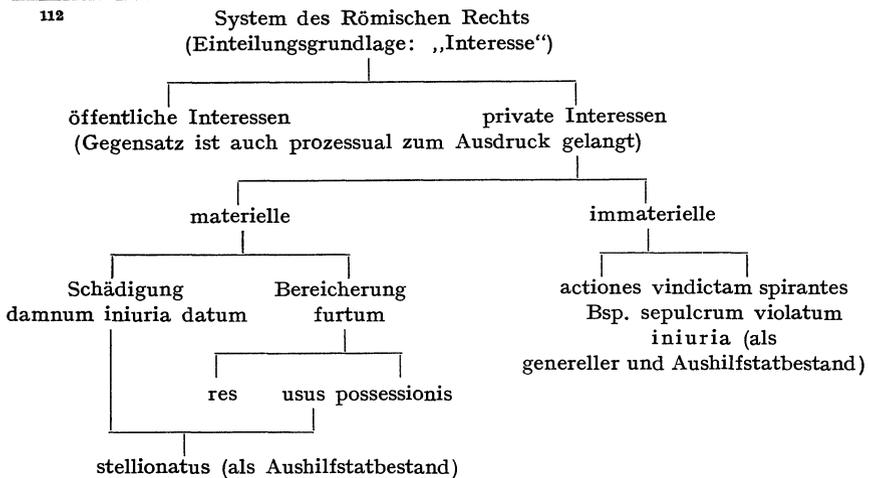
Ein Diebstahl immaterieller Werte ließe sich nur so denken, daß ein — an sich wertloser — Gegenstand zwei verschiedenen Menschen durch dieselbe Erinnerung kostbar ist und deshalb von einem dem anderen entwendet wird. In diesem Falle wäre nach der hier vertretenen Auffassung ein *furtum* in der Tat nicht vorhanden, weil es an einem Vermögensschaden und deshalb auch an einem Vermögensvorteil fehlen würde. Aber ein solcher Fall würde, sollte er sich überhaupt je zutragen, in seltenen Fällen zur richterlichen Entscheidung gelangen; es mußte deshalb dem praktischen Sinn der Römer durchaus widersprechen, für solche Ausnahmefälle einen eigenen Tatbestand zu schaffen; und notfalls wären sie immer noch in der Lage gewesen, ihn unter die Rubrik der *iniuria* einzuordnen (der gegenüber er ja nur ein plus bedeutete) oder endlich später den *Nottatbestand* des *stellionatus* heranzuziehen. Eine besondere Kategorie für die *Entwendung* immaterieller Werte gibt es deshalb in Rom nicht.

Das Deliktssystem des römischen Rechtes¹¹² erweist sich damit in seiner Grundlage als durch zwei Gesichtspunkte beherrscht: den Gegensatz von Wertverschiebung und Wertvernichtung auf der einen, von Vermögensschäden und Persönlichkeitsverletzungen auf der anderen Seite. Von diesem Schema wird auszugehen sein, wenn wir daran gehen, jene Grundformen zu dem Deliktskatalog des klassischen und nachklassischen Rechts zu ergänzen.

IV. Die Trennung von materiellen und immateriellen Schäden und ihre dogmatischen Konsequenzen.

Zunächst wird das Ergebnis noch näher zu begründen und weiter auszubauen sein.

Der Mangel einer scharfen Trennung zwischen den Aufgaben von Strafe



Im Gegensatz hierzu die mehr kriminelle Scheidung nach der Art der Begehung (Täuschung, Gewalt) im öffentlichen Strafrecht der *iudicia publica*.

und Schadensersatz, der das römische Deliktsrecht charakterisiert, kommt auch in der Gegensätzlichkeit der Gesichtspunkte zum Ausdruck, die seine Systematik beherrschen.

Was der Anlaß für eine so strenge Scheidung zwischen Vermögens- und immateriellem Schaden gewesen sein mag, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen; wir sind hier — wie so oft — auf Vermutungen angewiesen. Immerhin ließe sich denken, daß dieser Gegensatz in der Art des gerichtlichen Verfahrens seinen Grund findet. Die *Betonung des zivilistischen Momentes* in der Ausgestaltung des Prozesses ließ gewisse Unterschiede beider Klage-typen z. B. bei der Ermittlung des Schadensbetrages schärfer hervortreten. Aus der zivilprozessualen Natur des Verfahrens ergaben sich wieder gewisse Folgerungen für das materielle Recht. Aktivlegitimation und (aktive) Vererblichkeit bedurften der Regelung. Im einzelnen läßt sich dieser Einfluß heute nicht mehr nachweisen. Doch möchte der Satz gerechtfertigt erscheinen, daß die Verfahrensform und die Verbindung des Strafrechts mit dem Schadensersatzrecht an der systematischen Entwicklung nicht unerheblichen Anteil gehabt haben.

Umgekehrt weist der Gegensatz von Wertverschiebung und reiner Wertvernichtung, wie wir bereits oben angedeutet haben, mehr auf kriminalpolitische Zwecksetzung. Sein Schicksal¹¹³ war deshalb besiegelt, als sich das Schwergewicht des Deliktsrechts mehr und mehr nach der zivilistischen Seite hin verschob.

Wir können diese Entwicklung an einem Beispiel verdeutlichen. Die *actio vi bonorum raptorum* ist ebenfalls eine vermögensschützende Klage¹¹⁴; die *rapina* gehört auch der Kategorie der wertverschiebenden Delikte an und entspricht in vielem dem Tatbestande des modernen Raubes. Bei Justinian erscheint sie im 8. Titel des 47. Buches unter der Überschrift: *de vi bonorum raptorum et de turba*. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Edikte. In l. 4, pr. (D. 47, 8) verheißt der Prätor eine Klage auf das Doppelte gegen denjenigen, *cuius dolo malo in turba damnnum quid factum esse dicitur* (Tumultschäden). Das Lukullische Edikt dagegen (D. 47, 8, 2, pr.) gewährt eine *actio in quadruplum, si cui dolo malo hominibus . . . coactis damnnum quid factum esse dicitur sive cuius bona vi rapta esse dicentur*^{114a}.

¹¹³ und dies, obwohl die Trennung selbst jüngeren Datums ist. Oben S. 33 ff.

¹¹⁴ Vgl. oben S. 52 Anm. 99 und ferner D. 47, 8, 4, 11 und D. 47, 8, 2, 13.

Eine Unstimmigkeit in der Konstruktion dieser Klage ergibt sich allerdings daraus, daß JUSTINIAN in Inst. IV, 2, pr. ihr im Gegensatz zur *actio furti* auch reipersecutorische Funktionen zuerkennt, in D. 47, 8, 2, 26 aber gleichwohl ein Nebeneinanderbestehen von *actio vi bonorum raptorum* und *condictio furtiva* vorausgesetzt wird; denn die Existenz der *condictio furtiva* war ja gerade die Ursache, die Aufgaben der *actio furti* auf das poenale Element zu beschränken. Die Erklärung wird in der dogmengeschichtlichen Entwicklung liegen. Die Konkurrenz zwischen *actio vi bonorum raptorum* und *condictio furtiva* war ja bis in die klassische Zeit hinein streitig geblieben und ihre Anerkennung hat sich erst ziemlich spät durchgesetzt. (Vgl. dazu LEVY: Privatstrafe S. 101 und Konkurrenz I S. 429—433 [§ 51]).

^{114a} Nach LENEL: Ed. Perp. (3. Aufl.) S. 394.

Folgen wir LEVY¹¹⁵, so ist der Satz: *sive cuius bona rapta esse dicentur* später eingefügt worden. Ursprünglich war also auch in dem Lukullischen Edikte ein durch die Begehungsweise (*coactis hominibus*) qualifizierter Fall der Sachbeschädigung unter *Strafe* gestellt. Dem kriminellen Ausgangspunkt der Unterscheidung entsprach die — gerade vom Standpunkt strafrechtlichen Denkens aus konsequente — Scheidung von Sachbeschädigung und Sachentziehung. Die nachträgliche Einfügung der *actio vi bonorum raptorum* ist deshalb systemwidrig. So erklärt sich die Bemerkung ULPIANS (D. 47, 8, 2, 10):

ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto; nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem, et si quid damni coactis hominibus dederit, utique etiam Aquilia poterit teneri.

Und auch sonst wird die Gegensätzlichkeit beider Tatbestände von den Juristen wiederholt hervorgehoben (D. 47, 8, 2; D. 47, 8, 4, 9). Daraus ergibt sich, daß ursprünglich eine auf die gewaltsame Sachbeschädigung beschränkte *actio vi damni dati*¹¹⁶ existierte, deren Ausgestaltung dann der Grundeinteilung des Deliktsystems entsprochen hätte. Erst die neuere Entwicklung des Tatbestandes ist es, welche den Gegensatz von Bereicherungs- und Schädigungsdelikten sprengt¹¹⁷.

Dem Gegensatz von Vermögens- und Persönlichkeitsdelikten dagegen gehörte die Zukunft. Es wäre deshalb erstaunlich, wenn sich Spuren desselben nicht auch in der sachlichen Ausgestaltung der einzelnen Deliktskategorien finden würden. Dazu muß aber zunächst der Kreis näher bestimmt werden, innerhalb dessen sich jener Gegensatz soll nachweisen lassen, m. a. W. es müssen zunächst die Deliktsklagen i. e. S., *actiones poenales*, von den reipersecutorischen Klagen abgegrenzt werden.

Wir wissen heute, daß die justinianische Dreiteilung in *actiones poenales*, *actiones reipersecutoriae* und *actiones mixtae* nicht klassischen Ursprungs, daß vielmehr die Kategorie der *actiones mixtae* eine Erfindung der Kompilatoren ist. LEVY¹¹⁸ hat weiter nachgewiesen, daß alle von JUSTINIAN zu

¹¹⁵ LEVY: Konkurrenz I S. 429ff.; vgl. auch MAX COHN: Zum Römischen Vereinsrecht S. 188ff.; NIEDERMEYER: Studi Bonfante II p. 405 und neuestens GEORG H. MAIER: Prätörische Bereicherungsklagen (1932) S. 152 Anm. 4.

¹¹⁶ Aus dem Lukullischen Edikt.

¹¹⁷ Vgl. hierzu MOMMSEN: Strafrecht S. 652—666. S. 656 heißt es: „Was von allen römischen Delictskategorien gilt, daß in Folge der exemplificatorischen Fassung der Gesetze der Grundbegriff nicht selten verschoben und denaturiert wird, tritt bei diesen julianischen Gesetzen, ihrem eigentlichen allgemeinen Charakter entsprechend, in einer den Grundbegriff fast aufhebenden Ausdehnung ein. Außerdem aber reicht, wenigstens in dem älteren Rechtssystem, der delictische Begriff der Vergewaltigung weiter als die julischen Gesetze und wird bei zweifellos unter jenen fallenden Handlungen die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen und nur civile Rechtshilfe gewährt. Allerdings zeigt sich im Laufe der Rechtsentwicklung die entgegengesetzte Tendenz, die julischen Criminalklagen auf jede civilrechtlicher Verantwortung unterliegende Vergewaltigung zu erstrecken. . . .“

¹¹⁸ Privatstrafe bes. S. 140ff. Dazu D. 4, 2, 14, 2 a. E.; D. 4, 2, 16, 2; D. 42, 5, 11;

den *actiones mixtae* gerechneten Klagen in Wahrheit echte Strafklagen waren und daß das in ihnen enthaltene reipersecutorische Element ursprünglich nur funktionale, nicht systematische Bedeutung gehabt hat. Daß der gleiche Tatbestand Grundlage eines *Anspruches* auf private Rache bzw. Privatstrafe und auf Schadensersatz sein könnte, war natürlich auch den Römern nicht entgangen; in ihrem System aber, das die uns heute geläufige Unterscheidung zwischen Strafrecht und Zivilrecht nicht kannte, war für eine Trennung in der Regel kein Raum. Innerhalb desselben Systems aus dem gleichen Tatbestand zwei primär auf einen Geldbetrag gerichtete Ansprüche, einen pönalen und einen Schadensersatzanspruch, entstehen zu lassen, mußte allem primitiven Denken widerstreben, zumal da auch die Privatstrafe dem Verletzten zufiel und von ihm zur Befriedigung seines Schadensersatzbegehrens verwandt werden konnte. Die Mitübernahme der Schadensersatzfunktion durch die *actio poenalis*, deren Schulbeispiel hierfür in der Kaiserzeit die *actio legis Aquiliae* geblieben ist, kann deshalb wohl für eine frühe Periode der Rechtsentwicklung als die Regel angesehen werden¹¹⁹.

An diesem Zustand hat man zwar gerade bei der *actio legis Aquiliae* festgehalten¹²⁰, doch ist das nicht bei allen Deliktsklagen der Fall gewesen. Aus Gründen, die wir nicht kennen, vielleicht aber um dem Erben den Ersatzanspruch zu sichern, sah sich die Rechtsordnung später veranlaßt, neben die eigentlichen *actiones poenales* besondere reipersecutorische Tatbestände zu stellen. Die *condictio furtiva*, welche dem Eigentümer der entwendeten Sache neben der *actio furti* und evtl. der *actio vi bonorum raptorum*¹²¹ zusteht und zwar nicht auf Rückgewähr der Sache, wohl aber auf Ersatz ihres Wertes geht, ist das bekannteste Beispiel dieser Art¹²².

endlich auch D. 4, 7, 4, 6. LEVY (a. a. O. S. 139) legt außerdem (für das klassische Recht) auf den Gegensatz von „Funktion“ und „Natur“ der *actio* entscheidendes Gewicht. Die Berechtigung dieser Antithese ist bestritten (BESELER: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV S. 258ff.; v. LÜBTOW: Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“ [1932] S. 238/9). Die Frage ist jedoch für die folgenden Darlegungen ohne Bedeutung.

¹¹⁹ GAIUS IV, 6—9; PERNICE: LABEO II, 1 (2. Aufl.) S. 43ff.

¹²⁰ Auch bei der *actio vi bonorum raptorum* (Inst. IV, 6, 19), vielleicht sogar auch bei der *actio furti*, soweit es sich um einen Ersatz des durch die Gebrauchsentziehung verursachten und sonstigen indirekten Schadens handelt. Er war dann im *duplum* oder *quadruplum* mitenthalten. Vgl. D. 47, 2, 68(7) 1, aber auch D. 47, 2, 50, pr. und das „novissime“ in D 13, 1, 8, 2, mit bezug auf „fructus“.

¹²¹ Dazu GAIUS IV, 8 und LEVY: Konkurrenz I S. 428—436. Dennoch gehört sie im justinianischen Recht zu den *actiones mixtae* (Inst. IV, 6, 19).

¹²² Es gibt — abgesehen von dem „odium furum“ (GAIUS IV, 4) — zwei weitere Erklärungsversuche: entweder ist jene These der historische Ausgangspunkt, da die *condictio furtiva* ja späteren Ursprungs ist (GIRARD: Manuel, 8. éd. p. 429). Dann ist die Beibehaltung jener Regeln einfach historisch zu erklären;

oder: die Beschränkungen der *actio furti* als einer Deliktsklage, insbesondere die passive Unvererblichkeit, erschienen gerade bei der Sachentwendung untragbar und führten deshalb hier schon sehr früh (vgl. GIRARD: a. a. O. p. 429, p. 437, 4;

Deshalb wird später immer und immer¹²³ wieder betont, daß die actio furti rein poenaler Natur sei; gleichwohl hat GIRARD¹²⁴ mit vollem Recht darauf hingewiesen, daß dies selbst für die Zeit der Kompilatoren nicht ganz zutrefte; im Falle der Schädigung eines zwar zur Erhebung der actio furti, nicht aber der condictio furtiva legitimierten Nichteigentümers wie bei der Klage gegen die nicht im Besitz der gestohlenen Sachen befindlichen Teilnehmer der Entwendung ist die reipersecutorische Funktion der actio furti praktisch bis auf die Zeiten Justinians erhalten geblieben.

Aber nicht jeder kriminelle Tatbestand bot gleichzeitig die Grundlage eines Schadensersatzanspruches. Deshalb — auch innerhalb der nicht durch eine besondere reipersecutorische Klage ergänzten Tatbestände — die Unterscheidung zwischen solchen actiones, welche auch *rei persecutionem continent*, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Den beiden bisher erörterten Klagetypen, die einen Vermögensschaden voraussetzen, tritt damit eine Gruppe von Klagen gegenüber, die sich durch das Fehlen dieses Tatbestandselementes von jenen unterscheiden; das aber ist wieder der Gegensatz, den die Römer zu einem Eckpfeiler ihres Systems gemacht haben.

Die reipersecutorische Funktion¹²⁵ der actio legis Aquiliae erweist sich damit als die Grundlage eines Gegensatzes von doppelter Art. Sie unterscheidet diese Gruppe von Klagen von denen, die sich auf das *poenam* oder *vindictam persequi* beschränken, weil neben ihnen ein eigener reipersecutorischer Tatbestand steht; sie unterscheidet sie aber auch von denjenigen Tatbeständen, bei denen der Fortfall der rei persecutio sich aus der Natur der Sache ergibt, weil es sich bei ihnen überhaupt gar nicht um ein res, sondern um eine persona handelt. *Personae persecutio*^{125a} aber neben der *poenae* oder *vindictae persecutio*¹²⁶ (für diese Personalverletzung) gibt es bei den Römern nicht, weil ihr Zivilrechtssystem reines Vermögensrecht ist und für eine Geldentschädigung bei Schäden nicht-vermögensrechtlicher Natur keinen Raum hat.

LEVYs Grundthese steht deshalb in engem Zusammenhang mit den hier vorgetragenen Gedankengängen, so daß seine Ergebnisse ohne Bedenken den weiteren Erörterungen zugrunde gelegt werden dürfen.

Den grundlegenden Gegensatz von Privatstrafe und Schadensersatz bestimmt LEVY zunächst¹²⁷ generell dahin, „daß für Grund und Höhe des Ersatzes (ebenso wie für die Erfüllung einer obligatio) die Person des Klägers, RABEL: Grundzüge S. 443; SOHM-MITTEIS-WENGER: Institutionen S. 443 Anm. 7) zur Abhilfe, die erst das Justinianische Recht ganz allgemein gewährte.

¹²³ D. 47, 2, 55, 3; C. 6, 2, 12, 1; Inst. IV, 6, 18 (D. 13, 1, 7, 1 fin. bestimmt passive Vererblichkeit). — Vgl. auch D. 44, 7, 34, 2; D. 47, 2, 48, pr.

¹²⁴ Manuel de droit romain (8.éd.) p. 438 n. 2. Die Aufzählung bei ARANGIO-RUIZ: Istituzioni di Diritto Romano (2.ed.) p. 336 trägt dieser Tatsache keine Rechnung.

¹²⁵ Vgl. oben S. 58 Anm. 118 a. E. ^{125a} = personalis iniuria reparatio.

¹²⁶ Der Ausdruck ist dem gemeinen Recht geläufig, z. B. HARPPRECHT: Tractatus criminalis S. 413 n. 18, findet sich aber auch schon D. 47, 2, 55, 3.

¹²⁷ A. a. O. S. 2.

für die Strafe dagegen die Person des Beklagten entscheidend ist“ . . . „Der Ersatz ist seinem Wesen nach ein einmaliger, die Strafe drängt überall zur Kumulation der Leistung . . .“

Für die Charakterisierung einer *actio poenalis* im einzelnen sind nach LEVY¹²⁸ die Kumulativität, die passive Unvererblichkeit¹²⁹ (anders nach Litiskontestation: D. 44, 7, 26; C. 4, 17, 1), die Verurteilung auf ein Vielfaches des Schadensbetrages und die Zulässigkeit einer *noxae deditio*¹³⁰ entscheidend¹³¹. Diese Erfordernisse müssen demnach bei allen hier zu erörternden Klagen vorhanden sein. Die aktive Vererblichkeit ist dagegen für die Unterscheidung von *actiones rei persecutoriae* und *poenales* ohne Bedeutung¹³².

„Wenn JHERING bemerkt (Schuldmoment 35): „Die Transmission der Klage ist ein sicherer Maßstab für die reipersekutorische Natur einer Klage“, so wird dies auf die passive Vererblichkeit eingeschränkt werden müssen; denn es ist eine von je anerkannte „certissima iuris regula“, daß „ex maleficio poenales actiones in heredem non competere nec dari solent“. (GAI. IV, 112; vgl. D. 50, 17, 111, 1; D. 47, 1, 1, pr.) Daß auf Seiten des Klägers die Strafklagen in der Regel vererblich sind, sagt GAIUS (IV, 112) ganz ausdrücklich. Hier wird die Grenzziehung durch eine andere ratio bestimmt, die mit dem Gegensatz zwischen Strafe und Ersatz nichts zu tun hat und nur innerhalb der Strafklagen erheblich wird. Deshalb wird die aktive Unvererblichkeit nirgends auf die Strafnatur, die aktive Vererblichkeit nur vereinzelt auf ein „rei persecutionem continent“ zurückgeführt.“

Also ein Einteilungsprinzip innerhalb der Strafklagen, das mit dem Gegensatz von Strafe und Schadensersatz nichts zu tun hat; das ist es ja

¹²⁸ A. a. O. S. 2 ff., auch für das klassische Recht.

¹²⁹ GAIUS IV, 112; D. 50, 17, 111, 1; D. 47, 1, 1, pr. — Nicht ohne Einschränkung zustimmend: BESELER: Beiträge IV S. 264; VON LÜBTOW: a. a. O. S. 240 Anm. 63; Sav. Z. Bd. 52 S. 334. Das gilt (erst recht) für das öffentliche Strafrecht. (Ausnahme z. B. D. 48, 11, 2.) Es ist dies ein Argument, welches HIRTZIG in der Besprechung von MOMMSENS Strafrecht (Revue Pénale Suisse, 1900, p. 189) dazu verwandt hat, um MOMMSENS These von der inneren Einheit beider Strafrechtskategorien zu fundieren. — Ihm folgt STRACHAN-DAVIDSON I p. 40.

Über die Gründe: RABEL: Grundzüge S. 455/6; GIRARD: Manuel (8. éd.) p. 432 n. 1 (Nachwirkungen der Privatrache). Doch haftet der Erbe, „si quid ex ea re ad eum pervenisset“ (D. 50, 17, 38 u. 44; *actio quod metus causa*: D. 4, 2, 16, 2; *actio de dolo*: D. 4, 3, 26; *actio legis Aquiliae*: D. 9, 2, 23, 8).

Dagegen: D. 47, 8, 2, 27; warum fällt hier die Haftung auf id quod pervenit fort? weil dem Verletzten gegen den Erben die *condictio furtiva* zustand.

Wenn aber die *condictio furtiva* überhaupt neben der *actio vi bonorum raptorum* existierte, wie erklärt sich dann ihre Kennzeichnung als *actio mixta* gegenüber der „rein poenalen“ *actio furti* bei JUSTINIAN: Inst. IV, 2, pr.? Vgl. dazu bereits S. 56 Anm. 114. — Anders im öffentlichen Strafrecht: D. 48, 1, 6; D. 48, 4, 11; C. 9, 6.

Zum ganzen, insbesondere der Frage, inwieweit der Interpolationsverdacht gerechtfertigt ist: M. WLASSAK: Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer (1917) S. 126 Anm. 5 und GEORG H. MAIER: Prätörische Bereicherungsklagen (1932) passim.

¹³⁰ Z. T. a. A. VON LÜBTOW: a. a. O. S. 240 Anm. 65 (vgl. unten S. 68 Anm. 155).

¹³¹ Die Frage der Annalität bleibt hier außer Betracht.

¹³² LEVY: a. a. O. S. 3. — Übereinstimmend ROTONDI: Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ. in Scritti giuridici II p. 493 n. 2 (ebenso Litisrescenz und Art der Schadensberechnung) und p. 497; VON LÜBTOW: Sav. Z. Bd. 52 S. 336 Anm. 4.

gerade, was wir suchen. Daß die aktive Vererblichkeit „*vereinzelt*“ mit der reipersecutorischen Funktion begründet wird¹³³, erhält sofort seinen sehr verständigen Sinn, wenn wir (wie schon oben) den Ton einmal auf das *rei* legen. Dann lautet das Ergebnis: solche Klagen, welche zwar eine Privatstrafe anstreben, aber — weil sie dies als Reaktion auf die Verletzung *rei* (*scil. familiaris*), d.h. des Vermögens tun — *rei persecutionem continent*, sind zwar nicht passiv, wohl aber aktiv vererblich; allen denjenigen Tatbeständen welche eine Verletzung der Persönlichkeit enthalten, fehlt auch die aktive Vererblichkeit¹³⁴.

Dieses Ergebnis ist sachlich durchaus befriedigend. Ohne weiteres für diejenigen Klagen, welche *rei persecutionem continent*. Eine durch das Delikt bewirkte Vermögensinbuße wirkt über den Tod des Vermögenträgers hinaus; es ist deshalb durchaus gerecht, dem Erben auf diese Weise wegen der Minderung des ihm anfallenden Vermögens einem Ersatzanspruch gegen den Delinquenten zu gewähren, solange er sich nicht auf andere Weise schadlos halten kann. Weil sie auch *rei persecutionem* enthalten, deshalb sind diese Klagen aktiv vererblich¹³⁵.

Diese Begründung paßt nun allerdings nicht recht für die durch reipersecutorische Tatbestände ergänzten Klagen wie die *actio furti*; doch wird man annehmen können, daß deren Vererblichkeit vor der Entstehung der *condictio furtiva* eingeführt worden ist, oder aber wegen ihrer beschränkt reipersecutorischen Funktion auch nachher anerkannt und erhalten blieb.

An allen diesen Voraussetzungen fehlt es bei den Deliktsklagen wegen Verletzung der Persönlichkeit; es ist das Wesen aller Affektionswerte, daß sie an die individuelle Persönlichkeit geknüpft sind; sie sinken mit ihr ins Grab¹³⁶. Auf andere Personen lassen sie sich nicht übertragen, sie sind dem Geschäftsverkehr¹³⁷ wie dem Erbgang entzogen. Deshalb soll der Erbe auch von dem (Geld-)Ersatzanspruch wegen derartiger Verletzungen seines Erblassers keinen Nutzen ziehen, weil der mit der Ersatzleistung verknüpfte Zweck — anders als bei der Vermögensverletzung — nur durch die Hingabe an den Verletzten erreicht werden kann. Diese Klagen sind mithin auch aktiv unvererblich, weil sie *personae persecutionem* nicht enthalten, die *vindicta* der Persönlichkeitsverletzung aber mit dem Tode des Verletzten undurchführbar wird.

Ein Blick zeigt, daß das Ergebnis der Quellen unsere These bestätigt.

¹³³ Vgl. SEGRÈ: Studi Bonfante III p. 565 n. 183.

¹³⁴ Die folgerichtige Formulierung: „*poenae persecutio*“ bei Azo: Lectura IV tit. 8 (S. 404) nr. 1, aber auch schon D. 47, 2, 55, 3 (oben S. 59 Anm. 126).

¹³⁵ A. A. für die *actio quod metus causa*: VON LÜBROW: Der Ediktstitel „*Quod metus causa gestum erit*“ (1932) S. 238, generell: S. 298/9 — aber gerade GAIUS IV, 112 spricht m. E. gegen seine These. Vgl. auch Sav. Z. Bd. 52 S. 337, wenigstens für das klassische Recht.

¹³⁶ Vgl. D. 35, 2, 32, pr.: *sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo iniuriam actio potest computari, quia et ipse simul cum eo intercidit ut ususfructus...*

¹³⁷ Andererseits: D. 47, 10, 29.

Die Klagen aus *furtum* und *damnum iniuria datum* sind poenal und deshalb passiv unvererblich; beide sind Klagen wegen Vermögensbeschädigung und deshalb gleichwohl aktiv vererblich. Die *actio iniuriarum* dagegen ist nicht nur passiv, sondern auch aktiv unvererblich¹³⁸.

Damit eröffnet sich ein Weg, den Katalog der Delikte unter dem Blickwinkel jenes grundlegenden Gegensatzes von Vermögens- und Persönlichkeitsverletzungen sinngemäß zu ergänzen¹³⁹. Das Moment aktiver Unvererblichkeit weist uns die Richtung. Die aktiv unvererblichen Klagen aber faßt die romanistische Wissenschaft seit langem in der Kategorie der *actiones (dumtaxat) vindictam spirantes* zusammen. Zu ihnen gehört außer der *actio iniuriarum* die Klage wegen in *ius vocatio* des patronus durch den libertus ohne Erlaubnis des Prätors (D. 2, 4, 23—25), die Kalumniatorenklage (D. 3, 6, 4), die Klage wegen Hinderung der Bestattung (D. 11, 7, 9)^{139a}, die *actio sepulcri violati* (D. 47, 12)¹⁴⁰ und endlich in beschränktem Umfange die *actio de deiectis et effusis* (D. 9, 3, 5, 5)¹⁴⁰.

Wenn unsere Annahme zutrifft, dann müssen alle diese Klagen zum Schutze von Persönlichkeitsinteressen bestimmt sein. Für die meisten von ihnen ist das zunächst auf den ersten Blick evident. Die Klage wegen unerlaubter Ladung des Patronus, die Klage wegen Störung von Leichenbegängnissen und wegen Gräberschändung: sie alle schützen nicht Güter wirtschaftlicher Natur, sondern Interessen, deren Bedeutung im Bereich affektiver Werte liegt.

Zweifel könnten wegen der Kalumniatorenklage und wegen der *actio de deiectis et effusis* bestehen. Auch hier führt eine nähere Prüfung der Quellen zur Bejahung der aufgeworfenen Frage.

Die in Frage kommenden Stellen der *actio adversus calumniatores* lauten:

D. 3, 6, 1, pr.: . . . In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum *actio* competit.

D. 3, 6, 3, 3: Illud erat notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit: sed ei dabitur petitio, propter quem datum est ut calumnia ei fiat. quare si quis et a te pecuniam accepit, ut mihi negotium faceret, et a me, ne mihi faceret, duobus iudiciis mihi tenebitur.

D. 3, 6, 4: Haec *actio* heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam quam defunctus dedit repetere potest.

¹³⁸ Vgl. GAIUS IV, 112.

¹³⁹ Vgl. hierzu auch D. 48, 1, 4, die allerdings den Gegensatz dieser Kategorien nicht unmittelbar betrifft.

^{139a} Die Begründung wirft die hierher gehörige Klage mit der D. 11, 7, 7 erwähnten rein vermögensrechtlichen und auf Schadensersatz gerichteten *actio in factum* zusammen (interpoliert?).

¹⁴⁰ Die *actio de effusis et deiectis* ist Popularklage (D. 9, 3, 5, 5); deshalb besteht hinsichtlich der aktiven Unvererblichkeit Interpolationsverdacht. Doch könnte das Klageverrecht des Verletzten vererblich sein (D. 9, 3, 5, 5). Gleiches gilt für die *actio sepulcri violati* (D. 47, 12, 3, 12).

Durch die Vervielfachung des Wertes des *calumniae causa* empfangenen Betrages ist zunächst diese Klage als *actio poenalis* indiziert. Das dürfte denn auch kaum bestritten sein. Schwierigkeiten bereitet nur ihre Einordnung innerhalb dieser Kategorie. Die Entscheidung wird dadurch erschwert, daß das überlieferte Material eine eindeutige Bestimmung des Tatbestandes nicht zuläßt.

Gemeint sind hier Leute, welche das jedem römischen Staatsbürger zustehende Recht der Prozeßführung aus Habgier mißbrauchen und die Ruhe ihrer Mitbürger durch schikanöses Prozessieren beeinträchtigen¹⁴¹. Ob es zur Durchführung des Prozesses kommt, ist gleichgültig; es genügt, daß eine als grundlos erkannte Klage beabsichtigt war¹⁴². Sieht man von der Bereicherung ab, so handelt es sich demnach um einen der modernen „falschen Anschuldigung“ verwandten Tatbestand, mithin um ein Delikt gegen die Rechtspflege, vom Standpunkt des einzelnen aus um ein Delikt, dessen Wesen eine mißbräuchliche Benutzung staatlicher Machtmittel ist. Eine Verwandtschaft mit dem Tatbestande der Bestechung¹⁴³ liegt darin, daß Geld oder andere Vermögenswerte erlangt sein müssen.

Das Edikt unterscheidet zwei¹⁴⁴ verschiedene Fälle. Im ersten erhält der Kalumniator einen Geldbetrag (D. 3, 6, 1) oder einen anderen Gegenstand von Vermögenswert (D. 3, 6, 1, 4; D. 3, 6, 2) von einem Dritten als Entgelt dafür, daß er *calumniae causa* klagt, d. h. einen sachlich nicht gerechtfertigten Prozeß anstrengt. Die Aktivlegitimation steht in diesem Falle dem Beklagten zu, während der Dritte, *der Anstifter*, nicht einmal zur Rückforderung (*condictio*) berechtigt ist, weil in der Hingabe des Geldes ein ehrenrühriges Verhalten erblickt wird (D. 3, 6, 3, 3).

Im zweiten Falle bereichert sich der *calumniae causa* handelnde Täter dadurch, daß er sich von dem Bedrohten den Verzicht auf die (unbegründete) Klage abkaufen läßt. Es handelt sich also hier um einen der Erpressung verwandten Tatbestand¹⁴⁵. Wird nun das Delikt in der Weise begangen, daß

¹⁴¹ D. 3, 6, 3, pr.; D. 48, 16, 1, 1. Doch wird die Zulässigkeit der Parallelisierung mit der öffentlichrechtlichen Klage von MOMMSEN (Römisches Strafrecht S. 677 Anm. 9) geleugnet. Vgl. auch E. LEVY: Von den römischen Anklägergehen, Sav. Zeitschr. Rom. Abt. Bd. 53 (1933) S. 189, 192.

¹⁴² D. 3, 6, 3, 1.

¹⁴³ Deshalb nennt MOMMSEN (a. a. O. S. 677) das Institut ganz allgemein „Prozeßbestechung“; dagegen: G. H. MAIER: Prätorische Bereicherungsklagen S. 56 Anm. 1.

¹⁴⁴ So die herrschende Lehre: vor allem WLASSAK: Anklage und Streitbefestigung usw. S. 130ff. und neuestens G. H. MAIER a. a. O. S. 55ff. — Auf einen weiteren Fall deutet die Parallele zu C. 7, 49, 1 in D. 3, 6, 1, 3 und vielleicht auch D. 3, 6, 7, 2 (so WINDSCHEID, § 471 Anm. 2, gegen ihn MAIER a. a. O. S. 55 Anm. 8). Doch ist diese Frage für uns ohne entscheidende Bedeutung.

¹⁴⁵ WLASSAK: a. a. O. S. 130ff.; MAIER, G. H.: a. a. O. S. 56 Anm. 1. Eine andere Auffassung bei MOMMSEN: a. a. O. S. 677f.; sie wird gestützt durch D. 3, 6, 1, 3; C. 7, 49, 1, welche beide ERNST LEVY (Sav. Zeitschr. Bd. 53 S. 202/3) für interpoliert erklärt, und durch den „et qui — etsi fecit“ Satz in D. 3, 6, 3, 1 (dazu G. H. MAIER: a. a. O. S. 56 Anm. 1).

der Bedrohte oder auf dessen Veranlassung ein Dritter an den calumniator leistet, so steht dem Bedrohten außer der actio adversus calumniatores auch die conditio zu (D. 3, 6, 5, 1; D. 3, 6, 7, pr. u. 1). Zahlt der Dritte aus eigener Initiative (*misericaordiae causa*: D. 3, 6, 7, pr.), so ist der Beklagte zur actio adversus calumniatores, der Zahlende zur conditio aktiv legitimiert.

Es geht also hier im wesentlichen um immaterielle Interessen, Ruhe und Sicherheit, Schutz gegen Mißbrauch staatlicher Machtmittel, Willkür und Schikane. Das ist für den ersten der vorher erörterten Tatbestände ganz unbestreitbar. Zweifel entstehen allerdings im zweiten Falle; denn hier mischt sich ein Vermögensinteresse (Zahlung des erpreßten Betrages) mit hinein. Aber dieser Vermögensschaden steht außerhalb des eigentlichen Tatbestandes, vermögensschützende Funktion hat dieser nicht. Der Ausgleich des Vermögensschadens erfolgt deshalb durch eine conditio, und diese steht — unabhängig von der actio adversus calumniatores — demjenigen zu, der die Zahlung geleistet hat und deshalb in seinem Vermögen geschädigt ist¹⁴⁶.

Die Regelung der aktiven Vererblichkeit bestätigt diese Vermutung. *Haec actio*, d. h. die actio adversus calumniatores steht dem Erben nicht zu; er muß sich mit der conditio auf den vom Erblasser an den Kalumniator geleisteten Betrag begnügen. Das paßt an sich nur auf den zweiten der früher erörterten Fälle, und auch hier nur, wenn die Zahlung durch den Erblasser selbst oder auf dessen Anweisung erfolgt ist. Aber auch in den übrigen Fällen ist die actio adversus calumniatores unvererblich. Die Begründung dafür liegt im Zuge der früheren Ausführungen. Weil die Verletzung der Persönlichkeit, die der Erblasser erlitten hat, dem Erben nicht fühlbar ist, deshalb soll er auch die als Ersatz für die erlittene Kränkung gewährte „*Entschädigung in Geld*“ nicht erhalten; das aber, und nichts anderes ist das quadruplum der actio adversus calumniatores. Die conditio dagegen ist rein vermögensrechtlicher, nicht einmal deliktischer Natur, so daß gegen deren Übergang auf den Erben keine Bedenken bestehen.

Am kompliziertesten, aber auch besonders aufschlußreich für unsere Betrachtung ist die actio de effusis et deiectis¹⁴⁷. Zunächst deshalb, weil das Quellenmaterial in der Frage der aktiven Vererblichkeit hier auf den ersten Blick selbst nicht ganz einheitlich zu sein scheint.

¹⁴⁶ Darin unterscheidet sich dieses Verhältnis von dem zwischen actio furti und conditio furtiva (vgl. oben S. 58 Anm. 122). Mit dieser Auffassung steht allerdings die Konkurrenzentscheidung D. 3, 6, 5, 1 nicht in Einklang; wegen evtl. Interpolationen vgl. LEVY: Konkurrenz II, 1 S. 152 und Sav. Z. Bd. 53: Von den römischen Anklägervergehen S. 187 Anm. 4, S. 189 Anm. 2 u. 5, wo allerdings D. 3, 6, 5, 1 nicht beanstandet ist.

¹⁴⁷ Systematisch gehört hierher auch die actio deposito et suspenso, obwohl die Möglichkeit eines Schadenseintrittes genügt (D. 9, 3, 5, 6ff., bes. 11). Sie ist Popularklage, soll aber dennoch aktiv vererblich sein (D. 9, 3, 5, 13 — dazu oben S. 62 Anm. 140).

Außerdem ist hierher zu rechnen der Fall: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur Inst. IV, 9 und D. 9, 1 in Verbindung mit D. 21, 1, 40—42.

D.9, 3, 5, 5: Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.

ULPIAN unterscheidet bei der aktiven Vererblichkeit zwischen der Haftung für Sachschaden und dem Betrag, der als Ausgleich für die Tötung oder körperliche Verletzung eines freien Mannes zu zahlen ist. Diese Unterscheidung geht auf das Edikt selbst zurück, dessen Wortlaut in D.9, 3, 1, pr überliefert ist. Der Prätor gewährt bei Sachschäden (*quantum ex ea re damnum datum factumve erit*) eine *actio in duplum*, bei Tötung eines Freien *iudicium quinquaginta aureorum*¹⁴⁸, bei dessen Verletzung *iudicium tanti quanti ob eam rem aequum iudici videbitur*. Damit ist die Gegensätzlichkeit in der Regelung der aktiven Vererblichkeit, wie sie in der oben wiedergegebenen Stelle zum Ausdruck kommt, im wesentlichen geklärt. Auch hier handelt es sich um mehrere verschiedene Tatbestände und dementsprechend um verschiedene Formeln¹⁴⁹; und die Eigenart dieses Deliktes besteht gerade darin, daß die ihm zugeordneten Tatbestände teils zu der Gruppe der vermögensschützenden, teils zu der Gruppe der persönlichkeitsverletzenden Delikte gehören.

Dem entspricht die Regelung der aktiven Vererblichkeit. Für einen Übergang auf den Erben kommen nur diejenigen Klagen in Frage, die reipersecutorische Funktion haben, also nur diejenigen Ansprüche, die ihre Grundlage in der Schädigung des Vermögensbestandes finden. Deshalb scheidet der Fall der Tötung eines Freien aus, wird andererseits die Vererblichkeit für den Fall des *damnum datum factumve* ohne Bedenken bejaht.

Schwierigkeiten bereitet nur der dritte Fall: *si libero homini nocitum esse dicetur*. Was darunter zu verstehen ist, sagt D.9, 3, 1, 6 deutlich:

Haec autem verba „si vivet nocitumque ei esse dicetur“ non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius vel quid aliud scissum corruptumve est, sed ad ea, quae in corpus eius admittuntur.

Und D.9, 3, 7 erläutert dies dahin:

Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

¹⁴⁸ Collatio XIV, 3, 4 und LENEL: Edictum Perpetuum S. 173 (3. Aufl.).

¹⁴⁹ LENEL: Ed. Perp. S. 173.

Es kann sich nach allem bisher Ausgeführten hier wieder nur um eine reipersecutorische Klage handeln, wie auch sonst der durch die Verletzung des Körpers entstehende Vermögensschaden von der vermögensrechtlichen Klage erfaßt wird¹⁵⁰. Dazu will allerdings die Unvererblichkeit nicht passen. Insoweit haben wir es mit einer Ausnahmerecheinung zu tun, über deren Gründe wir nichts Genaueres wissen, die aber möglicherweise im Zusammenhang stehen mit der Popularität der Klage oder mit dem Fehlen des subjektiven Tatbestandes (kein dolus erforderlich!). Hier genügt die Feststellung, daß es sich um eine Anomalie im System handelt; daß sie auch von den Juristen als Ausnahme empfunden wurde, zeigt die Begründung der aktiven Unvererblichkeit in D. 9, 3, 5, 5:

quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex aequo et bono oritur.

Ist aber unsere Auslegung des GAIVS-Fragments¹⁵¹ richtig, so kann auch diese Stelle als ein Beweis für die früher aufgestellte Behauptung gelten, daß das damnum iniuria datum nicht, wie die heutige Sachbeschädigung, auf den Angriff gegen Sachen beschränkt war, sondern daß es seiner systematischen Grundanlage nach alle Vermögensbeschädigungen umfaßte und im römischen Recht nur durch das Tatbestandserfordernis des *corpore corpori datum* in seinem Anwendungsbereich beengt war. Fiel diese Schranke, so war der Weg offen für eine Entwicklung, innerhalb deren sich das damnum iniuria datum zur generellen Klage auf Ersatz von Vermögensschäden jeden Ursprunges herausbilden konnte. Im geltenden bürgerlichen Recht Frankreichs und Italiens ist diese Entwicklung zum Abschluß gelangt.

Damit gewinnt eine innerhalb der romanistischen Literatur¹⁵² schon mehrfach geäußerte Vermutung an Wahrscheinlichkeit, wonach sämtliche actiones vindictam spirantes auf einem einheitlichen Prinzip beruhen, das mit der Qualität der Rechtsverletzung und (als Folge jener Gegensätzlichkeit) mit der Natur der rechtlichen Reaktion zusammenhängt.

Diese Tatsache ist denn auch von romanistischer Seite *entdeckt* worden. FERNAND DE VISSCHER hat sie in einem Aufsatz: *Vindicta et Noxa*¹⁵³ herausgestellt und gleichzeitig nachzuweisen versucht, daß jener Gegensatz im römischen Rechtssystem ursprünglich in voller Reinheit vorhanden und erst später im Zuge der Entwicklung von widerstrebenden Tendenzen zurückgedrängt worden ist.

¹⁵⁰ Oder es handelt sich umgekehrt um eine immaterielle Klage, bei der ausnahmsweise der reine Vermögensschaden die Grundlage der Strafbemessung bildet, weil kein dolus erforderlich ist. Vgl. oben S. 48 (damnum iniuria datum).

¹⁵¹ D. 9, 3, 7.

¹⁵² Vgl. etwa RABEL: Grundzüge S. 455/6; ARANGIO-RUIZ: Istituzioni di diritto Romano (1927) p. 335; BONFANTE: Corso di Diritto Romano tom. VI (1930) p. 122 n. 17 („come lenimento del dolore subito; cio che ci emerge è la vendetta, non l'aumento patrimoniale che si consegue per esse“); GIRARD: Manuel (8. éd.) p. 423 n. 1. Vor allem aber PERNICE: LABEO II, 1 (2. Aufl.) S. 43 ff., bes. S. 46.

¹⁵³ Etudes de droit Romain p. 109—133.

DE VISSCHER findet diesen Gegensatz bereits in der Ausdrucksweise der XII Tafeln; zu einer „*composition pécuniaire*“ gelangt man aus zwei verschiedenen Gründen: *damnum* in *damnum decidere* bedeutet den Sach-, den eigentlichen Vermögensschaden¹⁵⁴; die Verletzung der Person dagegen wird durch den Ausdruck *poena* gekennzeichnet, der allerdings später seine Bedeutung geändert hat. Der verschiedenen Natur der Verletzungen entspricht eine Verschiedenartigkeit in der Bestimmung des Betrages, der dem Verletzten zu zahlen ist: „*le montant de la poena est fixé d'avance*“; „*la fixation de damnum suppose une estimation par un arbitre ou juge*“. Das trifft allerdings in dieser Form m. E. für das spätere Recht nicht mehr in vollem Umfange zu. Nur bei einem verhältnismäßig primitiven Rechtszustand war es möglich, die Gesamtheit der Persönlichkeitsverletzungen durch ein solches ein für allemal bestimmtes Bußensystem zu umspannen. Unter mehr entwickelten und verfeinerten kulturellen Verhältnissen mußte dieses Beginnen von vornherein aussichtslos erscheinen. Deshalb hat man sich bald damit begnügt, nur für einige wenige typische Rechtsverletzungen genau fixierte Bußen festzusetzen, hat aber im übrigen das Ermessen des Richters im Einzelfall entscheiden lassen. Gleichwohl ist auch dann noch der Gegensatz im Prinzip erhalten geblieben. Bei rein vermögensschädigenden Delikten richtet sich die Höhe der Strafe ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Schaden, bei Persönlichkeitsverletzungen dagegen ist der Richter freier gestellt. D. 9, 3, 1 bringt die Unterscheidung zum Ausdruck.

Die Antithese DE VISSCHERS bedarf also — wenigstens für die spätere Zeit — der Erweiterung durch die soeben gewonnene Erkenntnis: der Gegensatz von *damnum* und *poena* (im Sinne DE VISSCHERS) zeigt sich bei der Festsetzung der Strafen darin, daß der Betrag der *poena* entweder von vornherein fest fixiert ist oder durch das billige Ermessen des iudex im Einzelfall bestimmt wird, während bei dem *damnum* der Schaden auf Grund der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ermittelt wird.

Den Grund für diese Unterscheidung sieht DE VISSCHER „*dans les conséquences ou les suites sociales primitives*“. Die Verletzung der Person, *iniuria* im weiteren Sinne, erzeugt das Bedürfnis nach Rache, „*vengeance*“, *vindicta*; es findet Befriedigung in dem Gedanken der Talion, dadurch daß dem Täter das gleiche Übel zugefügt wird; bei der Ablösung der Wiedervergeltung durch Geldersatz entsteht der Begriff der *poena* in seiner jüngeren Bedeutung.

Anders der Fall des Sachschadens. Hier fehlt ein gemeinsamer Ausdruck der Quellen; DE VISSCHER verwendet das Wort *noxa*; aber *noxa* bezeichnet gleichzeitig die Folge, den Anspruch auf Ersatz des *damnum*. Dieser Anspruch unterscheidet sich von der *actio poenalis* im obigen Sinne vor allem dadurch, daß er „*un droit plutôt économique que moral*“ ist. *Noxa* (als Klagegrund) ist also ein rein vermögensrechtlicher = wirtschaftlicher Schaden,

¹⁵⁴ Vgl. BETTI: La litis aestimatio in rapporto al tempo nel varies pecie di azioni e di giudizi (1919) p. 40 n. 64.

„*dégât matériel causé aux biens*“; das Recht auf „Schadensersatz“, das sich hieraus ergibt, ist deshalb auch kein Anspruch auf Züchtigung des Schuldigen; aber es führt — in primitiven Zeiten — zu einer hypothekenartigen Verhaftung seiner Person, d. i. noxa im späteren Sinne; und als die Ablösung dieser Personhaftung durch *damni decisio* üblich wird, da bleibt die Noxalhaftung als Ausnahme für die Fälle übrig, in denen durch gewaltunterworfenen Personen oder Tiere ein Schaden verursacht wird. Die Erweiterung dieser Noxalhaftung auf Persönlichkeitsverletzungen in Gestalt der *actio iniuriarum noxalis* aber ist, wie DE VISSCHER an anderer Stelle¹⁵⁵ nachzuweisen sucht, ein Produkt späterer Rechtsentwicklung; sie stammt aus einer Zeit, in der das Verständnis für jenen tieferen inneren Gegensatz zu schwinden beginnt („*Cette extension marque évidemment un progrès des conceptions patrimoniales, un affaiblissement d'ailleurs très naturel, de la distinction entre 'vindicta' et 'noxa'*“).

Damit wird die Grundsätzlichkeit von (wirtschaftlichem) Vermögensschaden und Persönlichkeitsverletzung auf die Rechtsfolgen übertragen und in der Antithese: reine Privatstrafe — Privatstrafe mit Schadensersatzfunktion wiedergefunden.

Gegen beides, die grundsätzliche Gegenüberstellung der Rechtsfolgen und die damit zusammenhängende Beschränkung des Talionsgedankens auf die Persönlichkeitsverletzungen, sowie gegen die Deutung der Noxalität als rein vermögenssichernde Maßnahme, erhebt RABEL in der Besprechung der Arbeit DE VISSCHERS¹⁵⁶ nachdrücklichst Widerspruch.

Zu einer Entscheidung dieses Streites kann ich mich nicht für legitimiert erachten. Doch sei bemerkt, daß die stark poenalen Elemente in den Rechtsfolgen auch der rein *vermögensrechtlichen* Klagen DE VISSCHERS (z. B. der *actio furti*) von ihm nicht erklärt worden sind. Ihr Dasein hängt wohl damit zusammen, daß wir es mit einer Entwicklung späteren Ursprunges zu tun haben, in deren Verlauf ein zivilrechtliches ein nach anderen und zwar mehr kriminalrechtlichen Gesichtspunkten aufgebautes System verdrängt hat¹⁵⁷.

Jene *Ablösung* hat sich aber nicht vollkommen konsequent durchführen lassen. So entstand ein Mischsystem, entstanden Widersprüche und

¹⁵⁵ L'action noxale d'injures droit hellénique et droit romain, *Etudes de Droit Romain VIII* p. 327—349. Die Einführung der Noxalhaftung bei der *actio iniuriarum* bedeutet nach DE VISSCHER eine Verwischung des Gegensatzes beider Klargetypen, welche die Spätzeit der römischen Jurisprudenz charakterisiert. Das wird a. a. O. p. 343 mit folgenden Sätzen begründet: „Pareille réforme devait être d'autant plus naturelle et logique qu'à cette époque — au plus tôt à l'extrême fin de la République — la distinction entre la *vindicta* et la *noxa* s'était largement oblitérée. Ces différences purement qualitatives dans le droit de vengeance ne pouvaient être perçues que sous un régime encore imprégné de l'idée de justice privée“.

¹⁵⁶ Sav. Zeitschrift Bd. 52 (1932) S. 466 ff.

¹⁵⁷ Nur mit bezug auf das „alte Recht“ sagt RABEL a. a. O.: „Eine ganze große Gruppe: Vermögensschaden mit reiner Vermögensersatzpflicht als Gegensatz zur Injuria gab es keinesfalls.“ Vgl. ferner oben S. 28 ff.

Unebenheiten, wie wir sie bereits früher gekennzeichnet haben und noch an anderen Stellen finden werden. Daran aber, daß jener Gegensatz als Prinzip des Haftungsgrundes im justinianischen, vielleicht auch schon im klassischen Rechte wirksam gewesen ist, glaube ich trotz allem festhalten zu müssen¹⁵⁸.

Dem steht nicht entgegen, daß dieser Gedanke innerhalb des Systems nicht ganz folgerichtig durchgeführt ist. Man erinnere sich an die Art seiner Entstehung; Bruchstellen zeigen sich naturgemäß da, wo die Trennung der beiden Arten verletzter Interessen innerlich am wenigsten gerechtfertigt ist, nämlich innerhalb des eigentlichen Kriminalrechts, der *iudicia publica*. Die Begriffe der *vis publica* und *vis privata* passen — streng genommen — in jenes System nicht mehr hinein; sie tragen den Keim der Zerstörung bereits in sich. Dies in doppelter Hinsicht: 1. die strenge Scheidung nach der Natur der verletzten Interessen läßt sich bei ihnen nur gewaltsam durchführen, ihr Schutz gilt indeed, aber beiden nur für eine bestimmte Form der Verletzung. Darin liegt 2. die Herausbildung eines generellen Tatbestandes der *vis*, ebenfalls mit Subsidiärfunktion¹⁵⁹, der nun seinerseits dem Gegensatz von sachverfolgenden und persönlichkeitschützenden Klagen zur Seite tritt und dieser Unterscheidung seine eigene dem System widersprechende Existenz entgegensetzt¹⁶⁰. Es ist der Beginn einer rückläufigen Bewegung, der sich hierin ankündigt und für die zukünftige Entwicklung Beachtung fordert, gleichzeitig aber auch einer systematisch *reinen* Erfassung der bestehenden Rechtsordnung im Wege steht. Nur im Detail, und auch dort nicht ohne Ausnahme, läßt sich deshalb der von uns behauptete Gegensatz zwischen sachverfolgenden und persönlichkeitschützenden Klagen im justinianischen Recht nachweisen.

Abgesehen von der aktiven Vererblichkeit und von der Art, in der die Höhe der *Strafe* ermittelt wird¹⁶¹, zeigt sich der Unterschied beider Klage-typen noch in zwei weiteren Punkten: bei der Bewertung der Klage als Bestandteil des Vermögens des Klageberechtigten und bei der Bestimmung der Aktivlegitimation.

Der erste Gesichtspunkt hängt eng mit der Frage der aktiven Vererblichkeit zusammen. Wie die reinen Persönlichkeitsklagen vor der Litis-konstation nicht vererblich sind, so gelten sie vor diesem Zeitpunkt auch

¹⁵⁸ Vgl. vor allem: C. 9, 31; D. 48, 1, 4 einer-, D. 47, 10, 7, 1 andererseits.

¹⁵⁹ Ebenso wie *iniuria* und *stellionatus*, was später nachzuweisen sein wird. Vgl. unten S. 76.

¹⁶⁰ Vielleicht endlich liegt hier der Keim zur Umwandlung jenes Gegensatzes in eine Unterscheidung nach Begehungsweisen und — damit im Zusammenhang stehend — die Beschränkung des *Stellionats* auf die Begehungsform der Täuschung.

¹⁶¹ Vererblichkeit: D. 47, 1, 1, 1; D. 47, 10, 13, pr.; D. 47, 10, 15, 14; D. 2, 11, 10, 2; D. 9, 3, 5, 5; D. 11, 7, 9; D. 11, 3, 8+13+14, pr. Wenn DE VISSCHER sie nicht erwähnt, so hängt das wohl damit zusammen, daß ursprünglich alle *Poenalklagen* aktiv unvererblich gewesen sind. Vgl. aber S. 61 Anm. 135. — Schadensberechnung: D. 47, 10, 17, 2; D. 9, 3, 1, pr.; D. 47, 12, 3, pr.

nicht als wirtschaftlich bewertbare Bestandteile des Vermögens. Das ist durch D.47, 10, 28 und D.37, 6, 2, 4 Fall 1 (Ausnahme nach Litiskontestation D.47, 10, 13, pr.) belegt; in natürlichem Gegensatz hierzu stehen D.15, 1, 7, 5 und D.37, 6, 2, 4 Fall 2 (actio furti). Die unterschiedliche Behandlung folgt, ebenso wie bei der aktiven Vererblichkeit, aus der richtigen Erkenntnis des oben geschilderten Gegensatzes.

Die verschiedenartige Ausgestaltung der Aktivlegitimation¹⁶² läßt sich am deutlichsten durch folgenden Satz zum Ausdruck bringen: die rein vermögensrechtlichen Klagen haben die Tendenz, die Aktivlegitimation über den Sacheigentümer hinaus auf alle wirtschaftlich interessierten Personen zu erweitern. Auch diese Tendenz steht mit dem Wesen jener Klagen in Einklang, sobald man sie als reine Vermögensklagen auffaßt. Wir haben ja auch schon bei dem damnum iniuria datum eine Erweiterung des Anwendungsbereiches feststellen können¹⁶³. Die durch die körperliche Verletzung eines freien Mannes entstandenen Vermögensschäden begründen eine actio utilis legis Aquiliae; m. a. W.: das Angriffsobjekt dieses Deliktes ist nicht die *Sache* im technischen Sinne, sondern jeder *Körper* im weitesten Sinne des Wortes, sofern nur dem Erfordernis des *corpori datum* genügt ist; aber Gegenstand des Rechtsschutzes ist das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne (objektive Theorie) und nur dieses. Die Frage des Angriffsobjektes kann hier auf sich beruhen bleiben. Bereits die Erkenntnis, daß eben auch bei echter *Sachbeschädigung* den Römern als Schutzobjekt das Vermögen als Summe abstrakter Verfügungsmacht, als eine Einheit wirtschaftlicher Werte erscheint, schafft Raum für das Verständnis der obigen These. Nicht das Eigentumsrecht bzw. dessen wirtschaftlichen Auswirkungen in den Beziehungen zur Sache bilden den Gegenstand des Schutzes dieser Deliktstatbestände, sondern die vermögenswerten, wirtschaftlichen Interessen¹⁶⁴, welche sich an die Existenz solcher Gegenstände knüpfen. Für eine Beschränkung der Klageberechtigung auf den Eigentümer ist deshalb von diesem Standpunkt aus kein Raum. In logischer Konsequenz drängen diese

¹⁶² Vgl. DE VISSCHER: „Vindicta“ et „Noxa“ a. a. O. p. 122 unter Verweisung auf D.47, 1, 1, 1 und D.47, 10, 13, pr. sowie GAIUS IV, 112.

¹⁶³ Oben S. 47 ff.

¹⁶⁴ Actio vi bonorum raptorum: D. 47, 8, 2, 22—24. — Vgl. auch MOMMSEN: Strafrecht S. 743 ff.

Die Quellen drücken diesen Gedanken dadurch aus, daß sie die Aktivlegitimation nur demjenigen zusprechen, „cuius interest“. Das interest bedeutet demnach primär „vermögensrechtliches Interesse“.

DOLLMANN (Entwendung S. 41) gelangt auf Grund ganz gleicher Erwägungen zu dem Satz: „Wer kein unmittelbares Recht auf die Sache selbst hat, klagt dennoch, „si eius interest“; der wahrhaft Verletzte aber klagt nur, „si eius interest“. Er beruft sich auf GAIUS III, 205, 206; D.47, 2, 86 (5); D.47, 2, 11; D.47, 2, 14; D.47, 2, 46, 1 in fin.; D.47, 2, 83 (2), 1—91 (0); Inst. IV, 1, 13 (15). Daraus folgt u. a. daß beim Wechsel des Eigentums auch die actio furti auf den neuen Erwerber mit übergeht (D.47, 2, 67, 1). Deshalb steht demjenigen, der die gestohlene Sache selbst rechtswidrig innegehabt hat, die actio furti nicht zu; das gilt vor allem vom Dieb. (D.47, 2, 72, 1; D.47, 2, 77, 1).

Tatbestände dazu, jeden, auch den nur obligatorisch Berechtigten zur Klage zuzulassen¹⁶⁵. So weit ist das römische Recht im allgemeinen nicht gegangen; man hat sich im wesentlichen mit der Erweiterung der Aktivlegitimation auf die dringlich Nutzungsberechtigten¹⁶⁶ (auch hier nur zögernd vor allem beim *furtum*) begnügt. Aber jene Tendenz läßt sich innerhalb der römischen Rechtsentwicklung nicht wegleugnen¹⁶⁷. Sie erscheint als die unumstößliche Konsequenz seiner systematischen Grundlage und damit als ein neuer Beweis für die Existenz jenes grundlegenden Gegensatzes.

Das Ergebnis, zu dem wir damit gelangt sind, lautet also folgendermaßen: der Gegensatz von *actiones vindictam spirantes* und allen anderen Poenalklagen hängt zusammen mit der Grundeinteilung des römischen Deliktsystems in Klagen wegen Vermögensbeschädigungen und Persönlichkeitsverletzungen; und seine einzelnen Auswirkungen wie aktive Vererblichkeit, Noxalität, Art der Schadensberechnung, wirtschaftliche Bewertung und Ausgestaltung der Aktivlegitimation lassen sich als wohlbegründete Folgerungen aus diesem prinzipiellen Gegensatz der Klaketypen ableiten¹⁶⁸.

V. Der Ausbau des Deliktsystems.

Damit ist die Grundlage für eine einheitliche Erfassung des gesamten Deliktsystems geschaffen.

Die Gruppe der Persönlichkeitsverletzungen setzt solcher Erkenntnis keinen Widerstand mehr entgegen. Im Mittelpunkt steht auch jetzt noch die *actio iniuriarum*, und zwar in derjenigen Gestalt, welche sie durch die Erweiterung ihres ursprünglich engeren Anwendungsbereiches erhalten hat. Alle übrigen *actiones vindictam spirantes* erscheinen lediglich als Ema-

¹⁶⁵ Obligatorisch Berechtigten steht eine (abgeleitete) *actio furti* nur zu, wenn und insoweit sie dem Eigentümer haften, wenn sie also die Gefahr tragen. D. 47, 2, 14, 3; l. 14, 11/2 — D. 47, 2, 54, 3; l. 86 — C. 6, 2, 22; Inst. IV, 1, 14ff. — D. 47, 2, 14, pr.; D. 47, 2, 13; MOMMSEN: Strafr. S. 744; DOLLMANN: Entwendung S. 43.

¹⁶⁶ Dazu gehören auch der *bonae fidei possessor*: D. 27, 2, 75 und der Pfandgläubiger: D. 47, 2, 88; D. 47, 2, 14, 5. —

Beispiele aus DOLLMANN: Entwendung S. 44f.:

D. 47, 2, 50 (Eigentümer — Schadensberechnung: wahrer Sachwert, wenn Interesse geringer). D. 47, 2, 22, 2 (Eigentümer — Interesse, wenn es den wahren Sachwert übersteigt). D. 47, 2, 67, 1 (Vermächtnisnehmer — Anfall nach Begehung der Tat). D. 47, 2, 68, 3 und 81, 1 (Verkäufer). D. 47, 2, 46, 1 (Eigentümer — aber Sachwert abzüglich des Wertes des einem Dritten zustehenden Rechts). D. 47, 2, 12, 2 u. 14, 5—7 (Pfandgläubiger). D. 47, 2, 46, 1 (Nießbraucher). D. 47, 2, 46, 4 u. 88 (87) (Pfandgläubiger — Interesse regelmäßig = Schuldsumme).

¹⁶⁷ Vgl. ROTONDI: a. a. O. II p. 461 n. 3, 478 n. 1.

¹⁶⁸ Später ist dieser Gegensatz verblaßt. VISSCHER: „*Vindicta*“ et „*Noxa*“ sagt darüber p. 133: „Sans doutes de nouvelles couches d'institutions, les travaux de généralisation poursuivis par la jurisprudence ont peu à peu relié et même confondu les domaines jadis nettement distincts relevant des deux notions. Le nom de „*poena*“ a été étendu à toutes les compositions, celui de „*noxa*“ à tous les délits; le système des actions noxales a fini par couvrir tous les délits. Mais sous cette unité de surface persiste la diversité fondamentale des deux notions.“

nationen des in jener Klage enthaltenen Grundgedankens, als Sondertatbestände fast ausnahmslos qualifizierender Natur, deren Herausbildung durch die im ständigen Fluß begriffenen politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Staatswesens geboten schien¹⁶⁹. Begreifbar sind und bleiben sie nur als Anwendungsfälle jenes allgemeinen Prinzips, das im Tatbestande der *actio iniuriarum* schöpferisch fortwirkt und auf das die Rechtsanwendung stets zurückgreift, wo ein neuer, ihr strafwürdig erscheinender Sachverhalt durch die Tatbestände der Sonderdelikte nicht gedeckt ist.

Dem Bedenken aber, das aus einem so allgemein gefaßten Tatbestand dieser Kategorie für eine sachgemäße Durchführung der Aufgaben der Rechtspflege entstehen könnte, der Gefahr nämlich, daß die Gerichte mit Klagen um Sachverhalte geringfügiger und kleinlicher Art belastet werden könnten, begegnet man mit einer Lösung von erschütternder Einfachheit. Der Grundsatz: *minima non curat praetor* ermöglicht es dem Praetor, die *actio iniuriarum* stets dann zu versagen, wenn die Verletzung unerheblich und deshalb die Durchführung eines Strafverfahrens ihretwegen nicht gerechtfertigt erscheint¹⁷⁰. Das moderne deutsche Recht ist erst unter dem Druck der finanziellen Notlage — über die Einschränkung der öffentlichen Klage und die Verweisung auf den Weg der Privatklage — zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt: Einstellung solcher Verfahren wegen Geringfügigkeit.

Man würde nun aber dem System des römischen Strafrechts nicht gerecht werden, wollte man diese Betrachtung auf das Privatstrafrecht beschränken. Mit Recht hat MOMMSEN immer und immer wieder auf die engen Beziehungen zwischen öffentlichem und Privatstrafrecht sowie auf die Einheit des Gesamtsystems hingewiesen. Deshalb gehört zu dessen vollem Verständnis auch die Einordnung derjenigen Tatbestände, die sich, von vornherein oder später, außerhalb des Bereichs der Privatdelikte entwickelt haben.

Einer solchen Gesamterfassung auch des öffentlichen Strafrechts steht allerdings entgegen, daß sich hier — fast noch mehr als im Gebiet des Privatstrafrechts — die Spuren der historischen Entwicklung erhalten und so den Ausbau eines in sich geschlossenen Systems verhindert haben. Wie diese Entwicklung im einzelnen verlaufen ist, läßt sich nach dem heutigen Stande der Forschung ebenfalls nicht genau ermitteln; doch ist hier nicht der Raum,

¹⁶⁹ Vgl. *actio servi corrupti* und *actio iniuriarum*; D. 47, 10, 26.

¹⁷⁰ Weitergehend behauptet MOMMSEN: Römisches Strafrecht S. 788 mit Hinblick auf die Erweiterung des Anwendungsbereiches der *actio iniuriarum*: „Vielmehr hat bei diesen Delikten das Ermessen der Gerichte im weitesten Umfange gewaltet und haben die Magistrate, in verständiger Erwägung des naheliegenden Mißbrauches namentlich bei gerichtlicher Verantwortung für die Beleidigung, außer der nach Zwölftafelrecht klagbaren Realinjurie nur für wenige hervorragende Fälle die Klage zugesichert, sonst aber sie je nach Umständen gegeben oder verweigert. Diese Ungleichheit kehrt bei keinem anderen Delict wieder; jeder Diebstahl und jede Sachbeschädigung ist klagbar; aber keineswegs jede Injurie.“ Doch wird diese Vermutung durch die von MOMMSEN angegebenen Quellen (D. 47, 10, 15, 28 + 34; GELLIUS 20, 1, 13; a. a. O. Anm. 1) schwerlich gestützt.

die daran sich knüpfenden Streitfragen im einzelnen zu erörtern. Für unsere Zwecke genügt die Feststellung, daß Justinian zwei verschiedene Gruppen von Tatbeständen unterscheidet, von denen die eine im 48. Buche, die andere im zweiten Teile des 47. Buches der Digesten geregelt ist. Nach den Überschriften der ersten Titel wird die eine unter der Bezeichnung *iudicia publica*, die andere unter der Bezeichnung *crimina extraordinaria* zusammengefaßt.

Nun liegt allerdings dem Gegensatz von *iudicia publica* und *iudicia privata* (wie schon der Name andeutet) zunächst eine rein prozessuale Unterscheidung zugrunde; für die *iudicia publica* (= Quaestionenverfahren) gilt die *lex Julia iudiciorum publicorum*, für die *iudicia privata* (= Formularprozeß) entsprechend die *lex Julia iudiciorum privatorum*¹⁷¹. Aber hinter dieser prozessualen Schale steckt doch von Anfang an ein materieller Kern, der mit zunehmender Entwicklung mehr und mehr hervordrängt¹⁷². Werden sich dieses historischen Ursprungs wegen auch nicht alle *iudicia publica* materiell einheitlich auflösen lassen, so muß es doch möglich sein, wenigstens in großen Zügen ihren sachlichen Gehalt zu erfassen.

Deshalb muß der Versuch gewagt werden, auch bei ihnen dem Gegensatz von vermögensrechtlichen und persönlichkeitschützenden Tatbeständen nachzuspüren.

Ganz allerdings kann dieser Versuch nicht glücken. Der rechtspolitisch bedeutsamste Grund jener ganzen Unterscheidung, die sekundäre Funktion des Schadensersatzes, welche die *actiones (poenales) rei persecutoriae* von den *actiones (poenales) vindictam spirantes* unterscheidet, hat innerhalb der *iudicia publica*¹⁷³, hat überhaupt im Rahmen des öffentlichen Strafrechts keinen Raum. Es kann sich deshalb hier nur um Spuren handeln, welche die besondere Entstehungsart des öffentlichen Strafrechts, der Prozeß langsamer *Absplitterung* hinterlassen hat.

Dazu kommt ein weiteres. Außerhalb dieses Gegensatzes steht eine Gruppe von Tatbeständen, für die eigentlich weder der eine noch der andere der beiden Gesichtspunkte paßt. Gedacht ist an diejenigen Delikte, deren Gegenstand gar keine Gefährdung des einzelnen Staatsbürgers, sondern des gesamten Staatswesens oder der Gottheit bildet. Sie gehören auch nicht zu den *iudicia publica* im technischen Sinne; ihre Verfolgung geschieht ursprünglich im Provokationsverfahren, später im Verfahren *extra ordinem*. Sie stellen deshalb eine Sondergruppe dar und bilden als solche gleichzeitig die Anfänge des öffentlichen Strafrechts überhaupt¹⁷⁴. Daß es sich ihrem

¹⁷¹ Vgl. VON HIPPEL: a. a. O. S. 62 Anm. 7, S. 63 Anm. 2; auch ERNST LEVY: Sav. Zeitschr. Bd. 53 S. 210 Anm. 2.

¹⁷² Über die geschichtliche Entwicklung vgl. MOMMSEN: Römisches Strafrecht, S. 180 ff., 192 und oben S. 28 Anm. 7, S. 30 Anm. 15.

¹⁷³ Mit Ausnahme vielleicht der *Repetunden*, s. oben S. 30 Anm. 15.

¹⁷⁴ MOMMSEN: a. a. O. S. 58 ff., 162/3, 175; VON HIPPEL: Deutsches Strafrecht I S. 60f.

Wesen nach nicht um Vermögensverletzungen handeln kann, sei deshalb nur nebenbei angemerkt.

Übrig bleiben somit für die hier gebotene Betrachtung diejenigen Tatbestände, welche, auch im Bereich des öffentlichen Strafrechts, auf den Schutz der einzelnen Individuen oder einer Mehrheit von ihnen hinzielen.

Eine scharfe Grenzlinie wird sich hier nicht ziehen lassen, weil die Unterscheidung nur noch genetische, nicht mehr sachliche Bedeutung hat. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit genügt jedenfalls der Hinweis darauf, daß etwa das *crimen falsi*, das *crimen repetundarum*¹⁷⁵, wohl auch die Tatbestände der *leges Juliae de vi publica et privata*¹⁷⁶ zu den vermögensschädigenden Delikten, alle übrigen im 48. Buch der *Digesten* enthaltenen Tatbestände dagegen, soweit sie überhaupt in diesen Gegensatz hineinpassen, zu den Persönlichkeitsverletzungen zu rechnen sind.

Das oben entwickelte System der Privatklagen hat man sich deshalb durch die dazugehörigen *iudicia publica* ergänzt zu denken.

In ähnlicher Weise sind die *crimina extraordinaria* in den Zusammenhang des Systems einzuordnen. Auch hier handelt es sich um eine ursprünglich rein prozessuale Kategorie, deren Bedeutung zudem zu den bestrittensten Fragen des römischen Strafrechts gehört. Wir folgen MOMMSEN¹⁷⁷, wenn wir zwischen einer prozessualen und einer materiell-rechtlichen Seite unterscheiden. Im prozessualen Sinne sind *crimina extraordinaria* diejenigen Delikte, die in dem verhältnismäßig formlosen Verfahren des kaiserlichen Gerichts, *extraordinarie*, zur Aburteilung gelangen. Materiellrechtlich rekrutiert sich deren Bestand aus den *iudicia publica*, aus den *iudicia privata* und schließlich aus einer selbständigen Gruppe von Tatbeständen, den *crimina extraordinaria* im eigentlichen oder technischen Sinne, deren Entstehung eben in eine Zeit fällt, zu der das Extraordinarverfahren als solches bereits existiert.

Für sie gilt mit bezug auf die Unterscheidung von Vermögensschäden und Persönlichkeitsverletzungen *mutatis mutandis* dasselbe, was oben von den *iudicia publica* gesagt wurde; nur daß hier, wegen des späteren Zeitpunktes ihrer Entstehung, das Bewußtsein jenes Gegensatzes noch stärker in den Hintergrund tritt.

Auch hier begnügen wir uns mit einer oberflächlichen Bestimmung und stellen fest, daß abgesehen von der bereits zu den *actiones vindictam spirantes* gerechneten *actio de sepulcro violato*, der nicht genau bestimmbar

¹⁷⁵ Näheres: MOMMSEN: Strafrecht S. 705 ff., STRACHAN-DAVIDSON II Cap. XIV p. 1—15.

¹⁷⁶ Vgl. oben S. 57 Anm. 115; wegen des *crimen plagii* und des *crimen violentiae* vgl. NIEDERMEYER: Studi Bonfante II p. 381—417.

¹⁷⁷ MOMMSEN: a. a. O. S. 194; Geschichte I S. 440: Beziehungen zwischen innerpolitischen Anschauungen in der Entstehung des summarischen Kriminalverfahrens. Vgl. STRACHAN-DAVIDSON II p. 162, bes. n. 1; REIN: Criminalrecht der Römer S. 108 (MACER, D. 47, 14, 2); VON HIPPEL: a. a. O. S. 68; WOLFF, KONRAD: Der Parteiverrat des Sachwalters S. 26/7.

concussio¹⁷⁸ und dem wohl richtig zu den iudicia publica zu rechnenden Titel XXII (de collegiis et corporibus)¹⁷⁹ sämtliche in den Titeln XII—XXI des 47. Buches enthaltenen Tatbestände zu den vermögensschädigenden Delikten gehören.

Zu ihnen zählen wir mithin auch das crimen stellionatus. Damit entscheiden wir uns im Streit zwischen HEINEMANN und MERKEL¹⁸⁰ für den letzteren. Für MERKELS Ansicht spricht eben nicht nur der Tatbestand sämtlicher uns bekannter Quellenbeispiele, sondern jene systematische Erwägung grundsätzlicher Natur, spricht außerdem die Parallele mit der actio de dolo, welche die Ausleger der Pandekten bisweilen so ernst genommen haben, daß sie auch beim Stellionat den für die actio notwendigen Mindestschaden von 2 aurei fordern zu müssen glaubten. Und selbst wenn man sich bei der Aufstellung des Tatbestandes nicht mehr in gleichem Maße der Gegensätzlichkeit beider Deliktstypen bewußt gewesen sein sollte, wie sie das primitive Recht empfunden haben mochte, so würde doch die subsidiäre Natur des Stellionats neben dem weiten Tatbestand der actio iniuriarum praktisch die Beschränkung auf Vermögensschäden ohnehin erzwungen haben.

Aber MERKELS Sieg ist ein Pyrrhus-Sieg. Die Beschränkung des Stellionats auf Vermögensschäden ist, wie wir gesehen haben, innerhalb des römischen Deliktensystems organisch begründet. Sie gilt u. a. auch für Diebstahl und Sachbeschädigung. Die auf diese Weise im kriminellen Güterschutz entstehende Lücke wird ausgefüllt durch eine Gruppe von Tatbeständen, die ihrerseits die Sicherheit der Persönlichkeitssphäre garantieren. Deshalb ist es ein wenig zwingendes Argument, wenn Merkel für die Ausgestaltung eines Tatbestandes in dem ganz anders aufgebauten System des modernen Strafrechts auf das römische Recht verweist. *Die historische Beweisführung der objektiven Theorie erscheint damit in ihrer Wirkung erschüttert.*

Noch in einem anderen Punkte muß MERKEL widersprochen werden. Bei seinem Kampf um die Reinheit des falsum-Begriffes setzt es voraus, daß der Tatbestand des Stellionats dem des modernen Betruges annähernd entspreche. Auch diese Annahme erweist sich bei näherer Prüfung als nicht haltbar.

Was die Kategorie der *ursprünglichen* privaten Vermögensdelikte von den *Personalverletzungen* unterscheidet, ist die Tatsache, daß keine der ursprünglichen *reipersecutorischen Klagen* in gleichem Maße wie die actio iniuriarum ihren Tatbestand generell erweitert hat. Auch furtum und lex Aquilia sind von dem Zuge der Entwicklung nicht unberührt geblieben¹⁸¹, beide aber haben bis auf die ausgehende Kaiserzeit sich einen bestimmt be-

¹⁷⁸ Buch 47 Titel 13; die Parallele zur actio quod metus causa (VON LÜBTOW: a. a. O. S. 168ff.) spricht jedoch für die Annahme vermögensschützender Qualität.

¹⁷⁹ Vgl. Überschrift fr. 3. ¹⁸⁰ Vgl. oben S. VI.

¹⁸¹ Der Anwendungsbereich der Lex Aquilia wurde erweitert durch actiones in factum, die actio furti ergänzt durch die prätorischen Spezialklagen adversus nautas usw., publicanos u. a. m. Vgl. LENEL: Edictum Perp. (3. Aufl.) S. 322ff.

grenzten Tatbestand bewahrt. Wo dieser nicht ausreicht, wo sich eine Erweiterung des Rechtsschutzes als unbedingt notwendig erweist, da tritt eben die allgemeine zivilrechtliche Aushilfsklage, die später sog. *actio doli*¹⁸² *generalis* ein und sichert — wenn auch unter Verzicht auf die Befriedigung des Strafbedürfnisses durch Vervielfachung der Schadenssumme — den Anspruch auf Ersatz der entstandenen Vermögensminderung.

Mit fortschreitender Entwicklung erweist sich jedoch, zumal da die Zahl solcher Fälle ständig zunimmt, die Abhängigkeit der Strafjustiz von privater Klagebereitschaft aus staats- und kriminalpolitischen Gründen als nicht tragbar. Die Verhältnisse drängen mehr und mehr zur Schaffung eines strafrechtlichen Analogons der *actio de dolo*. Diese Funktion übernimmt schließlich das *crimen stellionatus*¹⁸³, das damit auf der Seite der Vermögensdelikte eine annähernd ähnliche Stellung erhält, wie bei den Persönlichkeitsverletzungen der Tatbestand der *iniuria*¹⁸⁴; nach Ansicht einiger ihr auch darin ähnlich, daß durch das Erfordernis eines bestimmten Schadensbetrages eine Lahmlegung der Justizmaschine durch Bagatellsachen vermieden wird¹⁸⁵.

Die Art, in der ULPIAN¹⁸⁶ den Begriff des *stellionatus* umschreibt, steht mit dieser Auffassung in vollstem Einklang.

Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus.

¹⁸² Über ihre Bedeutung im klassischen Recht herrscht Streit, vgl. RABEL: Grundzüge S. 458, PRINGSHEIM: S. Z. Bd. 41 S. 255 neben HELDRICH: Verschulden beim Vertragsschluß (1924) S. 1/2.

¹⁸³ Wenn die Vermutung STRACHAN-DAVIDSONS (I p. 106, 108, 113; VON HIPPEL: a. a. O. S. 59) von der ursprünglich quantitativ und qualitativ unbeschränkten Strafgewalt des römischen Magistrats richtig ist, so wäre die l. 131 § 1 D. 50, 16 als das korrespondierende Produkt einer stärker individualistisch gesonnenen und — deshalb — mehr rechtsstaatlich denkenden Epoche, der Tatbestand des *Stellionats* als die Reaktion auf die hierdurch erzwungene Einengung der Kriminaljustiz aufzufassen.

¹⁸⁴ So schon unzweideutig: WALTER: Neues Archiv des Criminalrechts Bd. IV S. 249.

¹⁸⁵ Dazu gesellt sich noch der ebenfalls unscharf gefaßte und deshalb dehnbare Begriff des *crimen maiestatis*. Neben derartig vagen Begriffen steht die Zulässigkeit der Analogie (MOMMSEN, S. 127, FERRINI: Diritto Penale Romano p. 40) und dies alles erscheint vereinbar mit D. 50, 16, 131, 1: „*poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita . . .*“ (Vgl. GIRARD: Manuel [8. éd.] p. 419 n. 2; *poena*: umfaßt alle Strafarten; *multa*: umfaßt „*hodie*“ nur Geldstrafe und setzt Judikationsgewalt voraus (D. 50, 16, 131, 1). Auf *Stellionat* aber steht *poena*, wie die Begrenzung D. 47, 20, 3, 2 beweist. Vgl. auch LEVY: Die Römische Kapitalstrafe S. 53: „*augere poenam*“ liegt ohne weiteres in der Macht des klassischen Kognitionsrichters, und erst der spätere Absolutismus sah darin ein bedenkliches Verfahren.“ (Richterbeschränkung durch Gesetz als Gegensatz der Gewaltenteilung im Interesse eines absoluten Regenten.) Vgl. ferner: LEVY: a. a. O. S. 64/5; VON HIPPEL: a. a. O. S. 67 A. 2.

¹⁸⁶ D. 47, 20, 3, 1.

Die Verweisung auf die *actio doli* gilt nach dieser Ansicht deren subsidiärer Natur (sog. *actio doli generalis*¹⁸⁷), nicht einer bestimmten Begehungsweise (Täuschung, sog. *actio doli specialis*).

Das folgt zunächst aus dem gesamten Zusammenhang der oben zitierten Stelle; es paßt auch in den systematischen Aufbau des römischen Deliktensrechts, um dessen Klärung wir uns bemüht haben; es steht ferner im Einklang mit der stark zivilistischen Orientierung dieses Systems, innerhalb dessen für eine in erster Linie kriminalpolitisch verständliche Unterscheidung der Tatbestände nach ihrer Begehungsweise (wie beim modernen Betrug) weniger Bedürfnis bestand; und es entspricht diese Auffassung endlich allein dem Inhalt der Quellen¹⁸⁸.

Die Zahl derjenigen Stellen, in denen die Römer eine Sachentziehung durch Täuschung als *furtum* qualifizieren, ist so groß, daß es nicht angeht, sich auf die *lahme* Entschuldigung zurückzuziehen, man habe sich eben beim Fehlen des *Stellionats* so gut wie möglich zu helfen gesucht; die Kompilatoren würden sich kaum gescheut haben, auch diese Spuren eines überholten Rechtszustandes zu beseitigen. Ein *furtum* liegt deshalb stets dann vor, wenn die Sache, welche der Täter sich zueignet, für ihn fremd, wenn er also nicht selbst Eigentümer geworden ist. Hierüber aber entschei-

¹⁸⁷ D. 47, 8, 2, 8: *ita dolus habet in se et vim: et sine vi si quid callide admissum est aequae continebitur*. Es handelt sich im übrigen um eine sehr bekannte Streitfrage des römischen Rechtes, welche durch den äußeren Gegensatz der weit gefaßten Begriffsbestimmung und die Beschränkung der angeführten Beispiele auf Täuschungsfälle veranlaßt war. Die gegenteilige Meinung ist sehr eingehend begründet von HERMANN ORTLOFF: *Lüge, Fälschung, Betrug* (1862) bes. S. 64 u. S. 147—164. Vielleicht ist aber auch dieser Gegensatz historisch zu erklären. Möglicherweise steht er im Zusammenhang mit der — übrigens auch streitigen (LUDWIG MITTEIS: *Römisches Privatrecht* [1908] S. 317ff; LITTEN: *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo i*, Festgabe für KARL GÜTERBOCK S. 257—280; SIBER: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* [1928] S. 233—236; PERNICE: *Labeo II, 1* [2. Aufl.] S. 208 ff.) — allmählichen Erweiterung des Anwendungsbereiches der *actio de dolo* selbst. Vielleicht erklärt es sich hieraus endlich auch, daß man bei der Hinübernahme des Tatbestandes der *actio de dolo* in das öffentliche Strafrecht einen neuen Namen wählte und nicht, wie sonst stets, die privatrechtliche Nomenklatur beibehielt.

Für die Annahme eines Aushilfsdelikts, aber ohne Beschränkung auf Vermögensverbrechen: GEORG DAHM: *Das Strafrecht des ausgehenden Mittelalters* (1931) S. 320/21.

¹⁸⁸ STRACHAN-DAVIDSON II p. 163: *Stellionatus*: „Lest any offenders should slip through the meshes of the law a new and general crime was invented, that of *stellionatus*. — As ULPIAN says: „there is no occasion to enumerate instances.“ — N. 6: *Cod. Just. IX, 34*. The French Code civil (III 16, 2059) seems to confine the word to such cases (Doppel- oder Fremdpfändung). In Scottish law it comprehends „all such crimes, where fraud or craft is an ingredient as have no special name to distinguish them by.“ (Erskine, *Inst. IV, 4, 79*.) — „It is chiefly applied to the convergence of the same right granted by a proprietor to different disponees“; but not exclusively, for we find that „this term was used in the libel against James Campbell (in 1722), which bore a charge of certain vile and shameful violations of the prosecutor's person“, he having first been made drunk. (Hume, *On crimes, ad. voc.*) Erskine adds: „The punishment of *stellionatus*, in the large acception of the word, must of necessity be arbitrary.“ — Vgl. ULPIAN: *Dig. 47, 20, 3, 2*.

det nicht die Tatsache, daß er überhaupt vermittels einer Täuschung in ihren Besitz gelangt ist. Die Grenze verläuft vielmehr innerhalb der Kategorie der Täuschungsfälle derart, daß es auf die Natur des Irrtums ankommt¹⁸⁹.

Die Annahme der Zahlung durch den Zedenten, die wir heute als Betrug klassifizieren, wird von den Römern als *furtum* gestraft und, weil es ein *furtum* an Forderungen¹⁹⁰ nicht gibt, durch Verneinung des Eigentumsüberganges an den Geldstücken als *furtum rei* aufgezogen. Wo dies nicht möglich ist, aber auch in vielen anderen Fällen, tritt Straflosigkeit ein. Deshalb konstruiert man später den *Stellionat*, als Ersatztatbestand, nicht für Täuschungsfälle (weil eben diese Unterscheidung systemwidrig gewesen wäre), sondern für Fälle, in denen nicht eine Sache als Träger von (dinglichen) Interessen in Frage kommt; mithin nicht als Aushilfsdelikt qua Begehungsform, sondern als Aushilfsdelikt qua Angriffsobjekt; an die Stelle der Sache tritt generell das Vermögensstück.

Nur aus praktischen Gründen gelangt das Aushilfsdelikt vor allem bei betrugsähnlichen Fällen¹⁹¹, nämlich (abgesehen von dem bereits geschilderten Sachverhalt) bei der Sach- und Forderungsentziehung durch Täuschung zur Anwendung, weil alle Sachentziehung durch Wegnahme bereits durch den Tatbestand des *furtum* und des *damnum iniuria datum* gedeckt ist,

¹⁸⁹ Nur eine scheinbare Ausnahme bildet die Zerstörung bzw. Entwendung einer Schuldurkunde (D. 47, 2, 27; D. 47, 2, 83, 3). Eine Art „Forderungsentwendung“ stellt die Bevollmächtigtenuntreue dar. Deren Fehlen im römischen Recht dürfte mit der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung zusammenhängen. Dieselbe Auffassung über die Grenzen des römischen *furtum* vertritt DOLLMANN: Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts (Kempten 1834) S. 16—18 unter Berufung auf D. 47, 2, 43, 1; D. 47, 2, 80, 6; D. 47, 2, 52, 22: „Wir können daher mit Sicherheit den Satz aussprechen: Wenn der Betrug von der Art war, daß er der Tradition ihre Wirkung benahm, begeht der Betrüger durch *Contrectation* ein *furtum* . . .“ Vgl. auch S. 24: „damit ist die Gränze zwischen dem *furtum* und dem *stellionatus* hinreichend bezeichnet, indem alle unter *furtum* fallenden Betrügereien auch dem *Stellionat* angehören, nur der Betrug aber zum *furtum* gehört, der durch *contrectatio* vermittelt ist, und den Eigentumsübergang gehindert hat.“

Vgl. ferner als Beweis dafür, daß die Grenze zwischen beiden Tatbeständen konstruktiv gezogen ist: D. 17, 1, 29, 5; D. 47, 2, 43, 3; D. 47, 2, 52, 15; D. 47, 2, 52, 14; 47, 2, 52, 16/7; 47, 2, 52, 21—22 (im Gegensatz zu D. 47, 2, 52, 15); D. 47, 2, 52, 24/5; D. 47, 2, 67, 2/3; D. 47, 2, 44, pr. + 1; D. 47, 2, 43, 3; D. 47, 2, 67, 4; D. 46, 3, 38, 1; D. 13, 1, 18; D. 13, 7, 3 (auch nach heutigem Recht); C. 6, 2, 19. Gleicher Ansicht sind: ROSSHIRT: Geschichte u. System II S. 274f., 281f.; III S. 193; REIN: Criminalrecht der Römer S. 294/5; HEFFTER, §§ 487, 526; LUDEN: de furti notione p. 24, 29. KÖSTLIN: der Diebstahl . . . Krit. Überschau III S. 339 Anm. 2 protestiert entschieden gegen die Annahme, „daß das römische *furtum* in früher Zeit auch den Begriff des Betruges umfaßt habe, der erst später davon ausgeschieden und besonders fixiert worden sei“. — Es steht auch durchaus in Einklang mit dieser Auffassung, wenn das Römische Recht bei Tötung eines Menschen auf Grund einer Täuschung, nämlich eines falschen Zeugnisses, bedenkenlos die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* zur Anwendung bringt (D. 48, 8, 1, 1).

¹⁹⁰ So ausdrücklich D. 47, 2, 76 (75). Untreue in Rom nicht getrennt: D. 44, 7, 49.

¹⁹¹ MOMMSEN: Strafrecht S. 737 bes. Anm. 5.

eine Forderungsentziehung durch Wegnahme aber, etwa in der Art der modernen Untreue, infolge des Fehlens des Instituts der unmittelbaren Stellvertretung nicht in Betracht kommt¹⁹².

VI. Die Konkurrenzlehre.

Vom Standpunkt moderner Kriminalistik aus liegt es nahe, aus dieser systematischen Erkenntnis Folgerungen für die Lehre von der sog. Gesetzeskonkurrenz zu ziehen. Als deren beherrschendes Prinzip erscheint der Gedanke der Identität des verletzten Rechtsgutes¹⁹³. Wäre ein ähnlicher Gesichtspunkt auch für die Ausgestaltung der Konkurrenzlehre der Römer maßgebend gewesen, so müßte diese gewissermaßen als Bestätigung der hier entwickelten Gedankengänge erscheinen, müßten auch in ihren einzelnen Erscheinungen sich Spuren jenes großen Gegensatzes von Vermögens- und Personenverletzungen finden lassen.

In dem Umfange, in dem man solche Einflußnahme vom Standpunkt heutiger Rechtsauffassung erwartet, läßt sie sich im römischen Recht nicht nachweisen. Das hat seinen Grund in mehrerem.

Die Konkurrenzlehre des heutigen Strafrechts in Deutschland wird von dem großen Gegensatz der Handlungs- und Gesetzeskonkurrenz¹⁹⁴ beherrscht. Gesetzeskonkurrenz (i. e. S.) liegt dann vor, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen zweier oder mehrerer gesetzlicher Bestimmungen erfüllt sind, gleichwohl jedoch nur eine von ihnen zur Anwendung gelangt, weil die andere „gesetzlich“ ausgeschlossen ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, wenn also das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz verneint wird, erhebt sich die Frage nach der Art der Handlungskonkurrenz, die je nachdem ob eine Handlungseinheit oder eine Handlungsmehrheit vorliegt, durch § 73 oder § 74 StGB ihre Erledigung findet.

Wichtig ist aber eines: die Gesetzeskonkurrenz i. e. S. ist nicht etwa ihrem Wesen nach auf den äußeren Tatbestand einer Handlungseinheit beschränkt; Gesetzeskonkurrenz gibt es nach modernem Rechte nicht nur in der Form der Handlungseinheit („*unechte Idealkonkurrenz*“), sondern auch in der Form der Handlungsmehrheit („*unechte Realkonkurrenz*“).

Die Römer denken hierin anders. Der Gedanke dessen, was wir soeben als „*unechte Realkonkurrenz*“ gekennzeichnet haben, d. h. einer Gesetzeskonkurrenz bei Handlungsmehrheit ist ihnen völlig fremd. Das liegt einmal daran, daß sie zeitlich subsidiäre¹⁹⁵ Tatbestände überhaupt nicht

¹⁹² Deshalb — trotz des weiten *furtum*-Begriffes — ganz mit Recht: D. 47, 2, 76.

Soweit Untreue im Rahmen indirekter Stellvertretung in Frage kommt, wird die — fehlende — Poenalklage durch die (infamierende) *actio mandati* ersetzt. Sie hat die ebenfalls in diesen Zusammenhang gehörige *actio adversus adstipulatorem* (ex secundo capite legis Aquiliae — GAIUS III, 215) verdrängt.

¹⁹³ Vgl. meine Ausführungen ZStrW Bd. 53 S. 34 ff.

¹⁹⁴ ZStrW Bd. 53 S. 37/8 habe ich für diesen Gegensatz die Bezeichnungen: „externe“ und „interne Gesetzeskonkurrenz“ vorgeschlagen.

¹⁹⁵ Die Subsidiarität der sog. Aushilfsdelikte (*actio de dolo*, *iniuriarum*, *stellio-*

kennen, wie sie ja nicht einmal den Begriff des Versuches dogmatisch irgendwie entwickelt haben. Die Kategorie der sog. straflosen Vortat hat sie deshalb überhaupt nicht beschäftigt. Aber auch der Begriff der heute sog. straflosen Nachtat ist dem römischen Recht fremd. Daß mehrere Angriffe gegen dasselbe Rechtsgut, auch wenn sie einem einheitlichen dolus entspringen, mehrfacher Bestrafung unterliegen, ist den römischen Juristen selbstverständlich und ist an vielen Stellen ganz unzweideutig ausgesprochen¹⁹⁶. Das mag seinen Grund darin haben, daß hier Elemente des alten Racherechts sich erhalten haben, und im Zusammenhang stehen mit der Betonung der Interessen des Verletzten im Gegensatz zum dolus des Täters. Aber auch von einem mehr kriminalistisch gefärbten Standpunkt aus ließe sich sehr wohl die Frage aufwerfen, ob wirklich die nachfolgende Beschädigung der gestohlenen Sache durch den Dieb nicht einem zusätzlichen Maß an krimineller Gesinnung entspricht. Wenn wir das heute in der Regel verneinen, so geschieht das offensichtlich deshalb, weil heutiger Auffassung die nachfolgende Beschädigung als nichts anderes denn als eine Art der Realisierung der bereits zum Tatbestande des Diebstahl erforderlichen Zueignungsabsicht erscheint.

Für das römische Recht paßt diese ganze Erwägung ja überhaupt nur insoweit, als es sich nicht um ein *furtum usus* handelt, weil in diesem Falle der dolus des Täters sicherlich nicht so weit gespannt ist, daß er auch eine nachfolgende Sachbeschädigung mit umfassen könnte. Vom Standpunkt des Verletzten aus, dessen Interessen das römische Recht ohnehin in den Vordergrund stellt, trifft sie schon deshalb nicht zu, weil für ihn die Frage: *bloßer* Diebstahl oder *auch* Beschädigung von eminent praktischer Bedeutung ist; vernichtet doch erst die Beschädigung endgültig seine Hoffnung auf unversehrte Rückgabe¹⁹⁷. Die Lehre vom Schadensersatz im modernen Zivilrecht ist dieses Problems bis auf den heutigen Tag nicht Herr geworden.

Die Kumulation beider *actiones* im römischen Recht erscheint nach dem bisher Gesagten als eine durchaus befriedigende Lösung auch in denjenigen Fällen, in denen die vermögensschützende Qualität beider Klagen heute die Annahme einer Rechtsgutidentität und damit einer Gesetzeskonkurrenz

natus), die es heute nicht gibt, ist m. E. überhaupt kein Fall der Gesetzeskonkurrenz; aber jedenfalls ist sie für die weiteren Erörterungen ohne Bedeutung und bleibt deshalb im folgenden außer Betracht. Vgl. schon oben S. 42 Anm. 68. Subsidiarität i. S. des Aushilfsdeliktes bedeutet die Existenz eines systemergänzenden Tatbestandes, der — ohne Rücksicht auf die Natur des verletzten Rechtsgutes — heranzuziehen ist, wenn ein anderer Tatbestand nicht „paßt“. Subsidiarität als Gesetzeskonkurrenz ist das Verhältnis zweier Tatbestände, die das gleiche Rechtsgut schützen (dazu ZStrW Bd. 53 S. 34 ff.).

¹⁹⁶ D. 47, 2, 1; D. 9, 2, 32, 1. Vgl. oben S. 35. Konk. von *actio furti* u. *actio servi corrupti*: LEVY: Konkurrenz I S. 466—70 (§ 59) (D. 11, 3, 11, 2).

¹⁹⁷ Dagegen allerdings D. 47, 2, 28; doch handelt es sich hier um den I. 27 erörterten Fall des Diebstahl einer Urkunde, deren Vernichtung ohne vorherige Wegnahme ebenfalls *furtum* wäre. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Zerstörung vor oder nach der Wegnahme erfolgt.

nahelegt. Die Regelung derjenigen Sachverhalte, in denen vermögensschützende und persönlichkeitsichernde Klagen in Konkurrenz treten, konnte dann aber erst recht keine andere sein¹⁹⁸. Eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle scheidet mithin für das römische Recht aus, die Lösung der „*unechten Realkonkurrenz*“ hat für die Erkenntnis des Gegensatzes jener Klagearten keine Bedeutung.

Auch innerhalb des Gebietes der „*unechten Idealkonkurrenz*“ ist die Ausbeute geringer, als man sie im Banne moderner Anschauungen erwartet. Eine echte Gesetzeskonkurrenz derart, daß das Vorliegen eines Tatbestandes kraft Gesetzes die Anwendbarkeit eines in seinen Voraussetzungen ebenfalls erfüllten Tatbestandes ausschließt, hat weder das klassische noch das justinianische Recht gekannt; diese Erscheinung, die man in der Terminologie des modernen Privatrechts etwa als „*privative Anspruchskonkurrenz*“ bezeichnen würde, ist mithin dem römischen Recht stets fremd geblieben.

Wenn überhaupt, so läßt sich deshalb bei den Römern von Gesetzeskonkurrenz nur in dem privatrechtlich abgemilderten Sinn einer „*elektiven Anspruchskonkurrenz*“ sprechen, bei der die Kumulation der Klagemöglichkeiten stets bejaht und nur der Ausübung der einen Klage eine die Erhebung der anderen ausschließende Wirkung zugeschrieben wird. Die Konsumption im Verhältnis beider Klagen konnte deshalb im Römischen Recht immer nur eine prozessuale sein¹⁹⁹.

Auch im Bereich der prozessualen Konsumption, welche das Prinzip der *eadem res* zur Voraussetzung hat, sind die Fälle einer Konkurrenz von Strafklagen gering an Zahl. Nach dem Inhalt der Quellen läßt sich dies überhaupt nur für die Klage aus dem 1. und 3. Kapitel des *lex Aquilia* annehmen, falls Körperverletzung und Tötung, z. B. eines Sklaven, die Folgen derselben Handlung sind und man nicht bereits vor Eintritt des Todes bei der *actio iniuriarum* zur *liticontestatio* gelangt ist²⁰⁰, sowie ferner für das Verhältnis zwischen der *lex Aquilia* und der *actio arborum furtim caesarum*²⁰¹.

Generell ließen sich hier diejenigen Tatbestände einreihen, denen, um mit MOMMSEN²⁰² zu sprechen, „*das gleiche ethische Fundament*“ zugrunde

¹⁹⁸ Das bestätigen die Quellen; Konkurrenz von *actio furti* und *actio iniuriarum*: D. 47, 1, 2, 4 (LEVY: Konk. I S. 465/6 — § 58 —); von *actio legis Aquiliae* und *actio iniuriarum*: D. 47, 10, 15, 46; D. 44, 7, 34, pr. (LEVY: Konk. II, 1 S. 182—194 — § 115 —); D. 9, 2, 5, 1; von *actio legis Aquiliae* und *servi corrupti* und *actio iniuriarum*: D. 48, 5, 6, pr. (LEVY: Konk. II, 1 S. 222—24 — § 119 —).

¹⁹⁹ Für den Bereich der *crimina* scheint D. 48, 2, 14 diesen Grundsatz zum Ausdruck zu bringen: *Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*. Vielleicht ist das aber auch nur der Ausdruck des Satzes: *ne bis in idem*. Zur Terminologie: LEVY: Konkurrenz I, 1 S. 17—48 (§§ 2, 3).

²⁰⁰ Arg. e. contr. D. 9, 2, 46 u. 47.

²⁰¹ D. 47, 7, 5, 1; dazu LEVY: Konkurrenz II, 1 S. 202 ff. bes. S. 206. Auf das Verhältnis der praetorischen Klage zu der alten XII-Tafel-Klage *de succisis arboribus* ist hier nicht einzugehen (vgl. für das Justinianische Recht auch D. 47, 7, 1.).

²⁰² MOMMSEN: Römisches Strafrecht S. 890.

liegt, bei denen also aus Gründen kriminalpolitischer oder gesetzestech-
nischer Zweckmäßigkeit ein- und derselbe Sachverhalt unter verschiedene
Deliktstypen eingeordnet ist.

Für die große Masse der Deliktstatbestände dagegen ist auch nur eine
solche elektive Konkurrenz weder im klassischen noch im justinianischen
Recht angenommen worden. Ausgangspunkt der Entwicklung scheint viel-
mehr in diesen Fällen das Prinzip ungehemmter Kumulation gewesen zu
sein; dessen Abmilderung mittels prozessualer Beschränkungen ist das Werk
einer späteren Zeit. Die neue Gestaltung der Rechtslage entspricht in
groben Zügen etwa dem Rechtszustande, den JUSTINIAN herbeiführt,
indem er die zweite (konkurrierende) Klage — übrigens auch für die Fälle
echter Konsumption — nach Zulässigkeit und Umfang auf denjenigen Be-
trag beschränkt, um den sie die Klagesumme des ersten Prozesses über-
steigt.

Im sachlichen Ergebnis wird damit annähernd dasselbe erreicht wie im
modernen Recht beim Vorliegen echter Gesetzeskonkurrenz; ist doch über-
haupt — von den dem römischen Recht unbekanntem „privilegierenden“
Tatbeständen abgesehen — die sachliche Divergenz des Ergebnisses in den
Fällen der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz nicht so groß^{202a},
daß sie ein weniger entwickeltes Recht, wie es das römische Strafrecht nun
einmal war, nicht hätte übersehen dürfen.

Jedenfalls lassen sich in dieser Weise die Konkurrenzentscheidungen der
Quellen durchaus befriedigend erklären.

Auch im Bereich der „*unechten Idealkonkurrenz*“ findet sich deshalb kein
Beleg für den Gegensatz zwischen vermögensschützenden und persönlich-
erhaltenden Klagen derart, daß nur beim Zusammentreffen zweier Klagen
aus verschiedenen Gruppen Idealkonkurrenz, in allen übrigen Fällen aber
Gesetzeskonkurrenz anzunehmen wäre²⁰³. Immerhin ist die Vermutung nicht
von der Hand zu weisen, daß wenigstens bei der Berechnung der *Petita* und
damit bei der Prüfung der Zulässigkeit der zweiten Klage der hier inter-
essierende Gegensatz Bedeutung erlangt. Wäre nämlich das Affektions-
interesse oder die Verletzung der Dispositionsfreiheit als solche grundsätzlich
schon in der Vervielfachung des Sachwertes, z. B. bei der *actio furti* oder
der *actio vi bonorum raptorum*, oder in der Erhöhung des realen Schadens-
betrages bei der *actio legis Aquiliae* enthalten, so müßte dies in der Ab-
weisung einer nachfolgenden Injurienklage zum Ausdruck kommen.

Es ist bezeichnend, daß an dieser Stelle nicht nur die Ansichten der
modernen Ausleger²⁰⁴ am schärfsten aufeinandergeprallt sind, sondern daß
hier auch eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen quellen-
mäßig überliefert ist.

^{202a} ZStrW Bd. 53 S. 36 Anm. 4.

²⁰³ Generell: D. 44, 7, 41. Konkurrenz von *actio furti* und *actio legis Aquiliae*:
D. 9, 2, 27, pr., von Tötung und Körperverletzung: D. 9, 2, 32, 1.

²⁰⁴ Alles Nähere bei LEVY: Konkurrenz II S. 182—194 (§ 115).

Es handelt sich um folgende Stellen:

D. 47, 10, 15 46: Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertinet culpa datum, altera ad contumeliam.

D. 44, 7, 34, pr.: Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilis itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.

Die erste Stelle beschränkt sich auf die Feststellung, daß das Prinzip elektiver Konkurrenz keine Anwendung findet; *est non eadem res*, zivile Konsumption tritt deshalb nicht ein. Die herrschende Lehre hatte hieraus geschlossen, daß zwischen der actio legis Aquiliae und der actio iniuriarum ungehemmte kumulative Konkurrenz bestehe. Den auffälligen Unterschied in der Behandlung dieses Konkurrenzverhältnisses erklärt FERRINI, der überhaupt den hier vorgetragene Gedankenängen nahesteht, damit, daß es sich bei der actio legis Aquiliae und der actio iniuriarum um „Normen“ ganz verschiedener Art handele²⁰⁵. MOMMSEN würde vielleicht in ganz ähnlichem Sinne von einer Verschiedenheit des „ethischen Fundaments“²⁰⁶ sprechen. Wir sind geneigt, hierin die Auswirkung der verschiedenen Funktionen beider Klagen zu erblicken.

Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis gelangt die herrschende Lehre auch bei der Auslegung von D. 44, 7, 34, pr. Folgt man ihr, so hat der Jurist drei verschiedene Ansichten vorgetragen. Die erste, als deren Vertreter die quidam erscheinen, trat für elektive Konkurrenz ein; die Befürworter der zweiten Ansicht, alii, wollten unterscheiden, je nachdem, ob zunächst die actio legis Aquiliae oder die actio iniuriarum erhoben worden ist. Soweit der überlieferte Text eine Konkurrenz in Höhe des überschießenden Betrages für zulässig erklärt, gilt die Stelle als interpoliert. Die herrschende Lehre nimmt an, daß sich PAULUS auch hier für völlig ungehinderte Konkurrenz ausgesprochen habe, während LEVY²⁰⁷ in Konsequenz seiner Grundauffassung von der sog. judizialen Konsumption eine prozessuale Beschränkung auf das amplius vermutet.

Zu der Streitfrage selbst braucht hier nicht weiter Stellung genommen zu werden, weil sich auch LEVYS Auffassung mit der Annahme einer grundsätzlich verschiedenen Funktion beider Klagen verträgt. Im übrigen hat LEVY sich bemüht, auch den Gedankengang der von den quidam vertretenen Lehrmeinung zu verstehen. Die elektive Konkurrenz dieser beiden Klagen, obwohl — wie LEVY selbst ausdrücklich feststellt — von eadem res wegen

²⁰⁵ FERRINI: Diritto pen. p. 138 § 103: „disposizioni di leggi“.

²⁰⁶ Vgl. oben S. 81 Anm. 202. ²⁰⁷ LEVY: Konkurrenz II S. 184f.

der Verschiedenheit des Klageziels keine Rede sein kann, läßt sich nur aus der Eigenart der *actio iniuriarum* erklären; sie liegt für das hier interessierende Problem darin, daß deren Aufgabe ausschließlich in dem Ausgleich immaterieller Schäden besteht. Handelt es sich lediglich um die Verletzung immaterieller Interessen, so läßt sich jene strenge Scheidung zwischen Geldersatz und Strafe in einem Privatstrafrecht eigentlich überhaupt nicht rechtfertigen, da beide Leistungen an den Geschädigten fallen. Soweit der Kläger infolge der Erhöhung oder Vervielfachung des Schadens mehr als seinen eigentlichen pekuniären Verlust ersetzt erhält, sind die immateriellen Schäden ebenfalls bereits mit abgegolten, für eine besondere Durchführung des Injurien-Verfahrens ist deshalb aus praktischen Gründen kein Raum²⁰⁸.

Auch für den umgekehrten Fall konnte diese Lösung verteidigt werden, und die *quidam* haben sie verteidigt. Wer mit der *actio iniuriarum* einen vom Richter *ex aequo et bono* geschätzten Betrag als Ersatz für immateriellen Schaden erhält, dem wird damit in der Regel auch *Genugtuung* für seinen materiellen Schaden zuteil²⁰⁹; die *actio iniuriarum* müßte demnach eigentlich auch ihrerseits die *actio legis Aquiliae* konsumieren. Aber diese Folgerung war doch bedenklich; vor allem deshalb, weil ja die *actio legis Aquiliae* auch *rei persecutionem continet*, weil es für den Verletzten einen anderen Weg, seinen wirklichen materiellen Schaden ersetzt zu erlangen, hier nicht gibt. So läßt sich auch von unserem Standpunkt aus die von LEVY gebilligte Ansicht der *alii*, und vor allem die unterschiedliche Behandlung der Konkurrenz je nach der historischen Reihenfolge der Klagen befriedigend erklären; es führt diese Erwägung auf das Prinzip zurück, das bereits an früherer Stelle²¹⁰ andeutungsweise erwähnt und als „beschränkte Subsidiarität“ der *actio iniuriarum* bezeichnet wurde. Vergewärtigt man sich an dieser Stelle noch einmal, was dort über das Erfordernis der „Erheblichkeit“ bei der *actio iniuriarum* gesagt wurde, so gewinnt diese Annahme noch beträchtlich an Wahrscheinlichkeit. Und sie findet eine nicht geringe Bestätigung in der eigenartigen Formulierung der Konkurrenzentscheidung in D. 47, 10, 7, 1, wo von der *actio legis Aquiliae* gesagt wird, sie betreffe — zum Unterschied von der *actio iniuriarum* — nicht *principaliter hominem occisum*, also den immateriellen Schaden; *nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est*. Die *actio iniuriarum* mit ihrem Prinzip der doppelten Subsidiarität, subsidiär gegenüber spezielleren Persönlichkeitsklagen und subsidiär gegenüber konkurrierenden Vermögensklagen, erweist sich mithin als ein Meisterstück römischer Prozeßökonomie und Gesetzestechnik.

Allerdings scheint jene scharfe Trennung noch gegen Ende der Kaiserzeit eine Abschwächung zu erfahren. In dem Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian (C. 9, 35, 8) wird ähnlich dem *dominus* eines *atroci iniuria* ver-

²⁰⁸ Vgl. LEVY: Privatstrafe S. 15 Anm. 6.

²⁰⁹ Nach PERNICE: LABEO II, I (2. Aufl.) S. 46 auch für den Verlust des Sachwertes.

²¹⁰ Oben S. 42.

letzten Sklaven die *actio iniuriarum* zugestanden mit der Begründung: *edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur*. Ich glaube nicht, daß man die Einheitlichkeit der Auffassung retten kann, indem man *damnum* hier als Affektionsschaden versteht; viel näher liegt es, aus dieser Entscheidung zu folgern, daß bereits in der späteren Kaiserzeit das Gefühl für diese durch den Aufbau des Systems bedingte Scheidung im Schwinden begriffen ist²¹¹. Jedenfalls erscheinen alle Versuche, diese Stelle mit anderen Quellenäußerungen in Einklang zu bringen, wie sie insbesondere von den mittelalterlichen Juristen immer wieder unternommen werden, wenig überzeugend, zumal wenn sie um der *concordantia discordantium* willen nicht nur das in sich geschlossene System opfern, sondern auch auf irgendwelche Erklärung der sich aus ihm ergebenden feineren Differenzierungen schlechthin Verzicht leisten²¹².

Die von uns geäußerte Vermutung gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man sich die Lösung der Konkurrenz zwischen *actio legis Aquiliae* und *actio iniuriarum* ins Gedächtnis zurückruft, welche JUSTINIAN in D. 44, 7, 34, pr. PAULUS in den Mund legt. Die Entscheidung des Reskripts steht dann in Übereinstimmung mit dem materiellen Grundgedanken jener Stelle, die — wie wir hier erkennen — dem Keim der Zerstörung jenes grundlegenden Gegensatzes bereits in sich trägt. Es sollten aber noch Jahrhunderte vergehen, bis dieser Bruch offenbar wurde. — JUSTINIAN hat auch diese Konkurrenz in der gleichen Weise entschieden, wie es für das Zusammentreffen von vermögensschützenden Klagen vorher entwickelt worden ist. Die Geltendmachung einer *actio* schließt die andere insoweit, aber auch nur insoweit aus, als die *Petita* identisch sind. Das sagt der angebliche PAULUS in D. 44, 7, 34, pr. ganz ausdrücklich; *rationabilius* sei es im übrigen, fügt er hinzu, dem Verletzten die Reihenfolge freizustellen. So wird der prozeßrechtliche Begriff der *actio* in einer für die Byzantiner typischen Weise ins Materiellrechtliche umgedeutet und damit auch prozessual der Standpunkt unserer heutigen Idealkonkurrenz erreicht.

Daß ihnen aber jener Gegensatz zwischen *actiones circa rem* und *actiones circa personam* nicht fremd war, zeigt die Regelung des Verhältnisses zwischen öffentlichem und Privatstrafverfahren mit erwünschter Deutlichkeit.

Quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, heißt es im Reskript der Kaiser Valens, Gratianus und Valentinianus²¹³, darf ohne

²¹¹ Vielleicht beruht die abweichende Gestaltung aber auch darauf, daß bei den „*iniuriae quae servis fiunt*“ die Formel anders lautete als bei der gewöhnlichen Injurien-Klage. (Hierauf hat mich Herr Dr. GEORG H. MAIER, Berlin aufmerksam gemacht.)

²¹² Näheres Kap. 3 (unten S. 114, 121).

²¹³ C. 9, 31, 1 (vgl. auch D. 48, 1, 4). Steht D. 47, 2, 57, 1 damit in Widerspruch? Nein, die Stelle bezieht sich, wie sich m. E. aus dem Zusammenhang entnehmen läßt, überhaupt auf das Verhältnis von verschiedenen Zivilklagen zueinander, nicht auf den Gegensatz von Zivil- und Kriminalverfahren.

Rücksicht auf die Reihenfolge in beiden Verfahren Klage erhoben werden; und als Beispiele der *actiones circa rem* werden in einem von den Kaisern ausdrücklich als nicht erschöpfend bezeichneten, aber gleichwohl höchst aufschlußreichen Katalog bezeichnet: *interdictum unde vi* (korrespondierende Kriminalklage: *lex Julia de vi publica*), *interdictum de tabulis exhibendis* (korrespondierende Kriminalklage: *lex Cornelia testamentaria*), Klage auf Leistung der *operae* gegen den *libertus* (korrespondierende Kriminalklage: *lex Viselli*), endlich aber auch die unzweifelhaft poenalen Tatbestände: *furtum*, *constitutum legis Fabiae* und *crimen falsi*.

Dagegen wird beim Zusammentreffen einer persönlichkeitschützenden Privatklage und einer kriminellen Verfolgung durch die Benutzung eines Rechtsmittels die Geltendmachung des anderen ausgeschlossen²¹⁴. Die Reihenfolge ist nun zunächst²¹⁵ dem freien Ermessen des Klägers vorbehalten, damit ihm die Entscheidung darüber in die Hand gegeben, ob ein Kriminalverfahren zur Durchführung gelangen kann. Generell — also auch für die *crimina publica* — ließ sich dieser Zustand bei der fortschreitenden Ausbildung des Strafrechts nicht aufrechterhalten. Die Ausnahme in D. 47, 10, 7, 1 beim *homicidium* deutet bereits im justinianischen oder klassischen Recht — fast visionär — den Gang der zukünftigen Entwicklung an. Der Prätor wird angewiesen, die *actio iniuriarum* in diesem Falle zu verweigern, *ne praeiudicetur legi Corneliae*.

Die Folge ist natürlich, daß in diesem Einzelfall die Anwendbarkeit der *actio iniuriarum* praktisch ausgeschlossen bleibt. Die Verallgemeinerung jener Entscheidung bedeutet dann, daß die Reaktion auf die Verletzung rein persönlicher Interessen ausschließlich dem Kriminalrecht anheimfällt.

Die Bedenken von CUIACIUS (20, observ. 16) und MATTHAEUS (Comm. ad Lib. XLVII Tit. 1 de furtis Cap. IV n. 3 S. 105) gründen sich darauf, daß auch der *actio furti* neben der *condictio furtiva* und der *rei vindictio* rein poenale Funktion zukomme. Sie sind z.T. (vgl. oben S. 58/9 Anm. 122—124) berechtigt; insoweit hat man sich m. E. die Stellungnahme des römischen Rechts wieder historisch zu erklären.

Die von Cujac vorgeschlagene und von MATTHAEUS übernommene Lösung, in C. 9, 31, 1 sei nur von *iudicia publica*, nicht auch von *iudicia extraordinaria* die Rede, kann nicht befriedigen, mag auch jene Behauptung den Tatsachen entsprechen. Aus welchem Grunde sollte man hier unterschieden haben? Und die *actio iniuriarum* wird nun einmal auch durch *iudicia publica* präjudiziert!

²¹⁴ Hierüber ist zu vergleichen: ULPIAN in D. 9, 2, 23, 9; D. 47, 8, 2, 1; D. 47, 10, 7, 1; D. 48, 2, 15; PAULUS in D. 47, 10, 6 und D. 48, 1, 4 (!?); und endlich C. 3, 35, 3, C. 9, 20, 1; C. 9, 31 und das Ergebnis von DOLLMANN (Entwendung S. 63): „Wenn aus einem das Vermögen (im weitesten Sinne) betreffenden Verbrechen eine *actio civilis* und *criminalis* folgt, d. h. wenn diese verschiedene Klagepunkte befassen — sollen beide unbedingt nacheinander angestellt werden können, gleichviel mit welcher man begonnen habe, und ob man in der ersten Sieger war oder Besiegter.“ Die Begründung dafür, daß sich beide „mit verschiedenen Klagepunkten befassen“, die bei DOLLMANN nur erwähnt ist, wird aus den obigen Ausführungen hervorgehen.

Liegt eine (kumulative) Konkurrenz vor, so kommt immer noch ein Präjudizialverhältnis in Frage. (Näheres DOLLMANN: Entwendung S. 63, 68.)

²¹⁵ Die Frage scheint streitig gewesen zu sein. Vgl. PAULUS, D. 47, 10, 6 und ULPIAN, D. 47, 10, 7; — dazu DOLLMANN: a. a. O. S. 64/5.

Das ist in der Tat der Zustand, welcher seine klassische Ausprägung bei CAEPOLLA: Consilia Criminalia (Cons. XVI n. 3) gefunden hat und dessen Spuren wir noch im modernen Recht mühelos entdecken können. —

Das so gewonnene Ergebnis läßt sich kurz folgendermaßen skizzieren: Der Schutz von Affektionswerten und Dispositionsbefugnis erfolgt im System des klassischen römischen Rechts wie bei JUSTINIAN durch die actio iniuriarum. Aber auch die Vermögensklagen sind in Erhaltung ihrer ursprünglichen Rache- und Schmerzfunktion auf ein Vielfaches des Schadens gerichtet und enthalten insofern immer auch ein Entgelt für immaterielle Schäden. Da eine Konkurrenz aus Gründen der Prozeßökonomie nicht erwünscht erscheint, erhält die iniuria im klassischen Recht auch insofern bald eine beschränkt subsidiäre Stellung²¹⁶.

Eine logisierende Zeit wie die der justinianischen Juristen mußte diese Unebenheit als schweren Mangel empfinden. Das ist sie ja auch in der Tat; denn die aktive Vererblichkeit paßt eigentlich nur, soweit es sich wirklich um den Ersatz materiellen Schadens handelt. Dem entspricht es, daß die Haftung des Erben auch bei actiones reipersecutoriae stets auf das simplum oder gar die Bereicherung beschränkt geblieben ist²¹⁷. Die Entwicklung mußte aber dahin gehen, die Vermögensdelikte unter Ausscheidung des Immaterialgüterschutzes auf die Ersatzfunktion zu beschränken. Das wiederum war nur möglich, wenn man überhaupt bereit war, auf die einheitliche Handhabung von Straf- und Schadensersatzrecht zu verzichten, und Ansätze für eine solche Gestaltung waren bei der zunehmenden Entwicklung des öffentlichen Strafrechts reichlich vorhanden.

Dem entspricht der weitere historische Ablauf in zweifacher Hinsicht. Der Bruch erfolgt durch die Aufnahme fremder, wohl deutschrechtlicher Grundsätze in das System des Strafrechts. Er führt dort zur Vereinigung derjenigen Tatbestände, welche sich nicht äußerlich, sondern nur durch ihre Funktion (Schutz materieller oder immaterieller Interessen) voneinander unterscheiden, damit zur Sprengung des römischen Iniuriabegriffes²¹⁸. Diese neue Gestaltung setzt sich verhältnismäßig schnell durch; und sie beherrscht — abgesehen von den Vermögensdelikten i. e. S. — auch

²¹⁶ Ursprünglich war aber auch der Tatbestand der iniuria sehr viel enger und umfaßte mehr die Fälle der (deutschrechtlichen) Körperverletzung (und Beleidigung?).

²¹⁷ Vgl. G. H. MAIER: Prätorische Bereicherungsklagen S. 26 gegen Albertario. Über interessante Versuche der Byzantiner in dieser Richtung: ROTONDI: „dolos ex delicto“ e. „dolos ex contractu“ in Scritti giuridici tom. II p. 371—410. (Vgl. auch dens.: Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. Civ. ebenda tom II p. 521). P. 377 n: Hinweis auf den Einfluß des kanonischen Rechts.

Bei der deliktischen Verantwortlichkeit ist man aber schon in spätclassischer Zeit zu einer auf den Bestand der Erbmasse beschränkten Haftung des Erben gelangt, nach ROTONDI: a. a. O. p. 478/9 unter dem Einfluß des griechischen Rechts. (Über eine Parallelentwicklung der actio de dolo im gemeinen Recht a. a. O. p. 492 n. 4; LEVY: Privatstrafe S. 89ff.)

²¹⁸ Eine Andeutung dieses Gegensatzes bei R. LEONHARD: Der Schutz der Ehre im alten Rom (1902) S. 18.

das System des modernen Strafrechts. Die Beschränkung auf die Vermögensschutzfunktion wird zwar heute wieder mit recht diskutablen Gründen verteidigt, und diese Tendenz wird generell bedeutsam für die Regelung der deutschen Entwürfe. Aber sie erscheint bedenklich, weil und solange es an einem der römischen iniuria vergleichbaren allgemeinen Tatbestand für den Schutz immaterieller Interessen fehlt, und solange auch durch Einzelbestimmungen deren Sicherheit nicht in befriedigender Weise gewährleistet wird.

Die äußere Trennung beider Funktionen bleibt innerhalb der privatrechtlichen Entwicklung allerdings erhalten. Aber bereits die Konkurrenzentscheidung in C. 9, 31 verrät, daß man schon damals zwischen pekuniärer Entschädigung für den Verlust immaterieller Werte und echter Strafe nicht mehr zu unterscheiden vermochte. So erklärt es sich, daß der Schutz von Affektionsinteressen allmählich aus dem Privatrecht ganz ausgeschieden und ausschließlich dem (nunmehr öffentlichen) Strafrecht zugewiesen wird. Erst die neuere Zeit hat für die Gegensätzlichkeit der Aufgaben von Privat- und Strafrecht wieder Verständnis gewonnen und deshalb die Entschädigung für Verletzungen immaterieller Güter auch innerhalb des privatrechtlichen Systems in mehr oder weniger umfassender Weise geregelt. Daß sie außerdem den Unterschied der Funktionen beider Anspruchsarten nicht verkannt hat, zeigt die verschiedenartige Regelung der Übertragbarkeit und Vererblichkeit. So ist jene Trennung im Privatrecht bis auf den heutigen Tag erhalten geblieben²¹⁹.

Drittes Kapitel.

Die Entwicklung des römischen Strafrechts in der italienischen Doktrin bis zum Ende des 16. Jahrhunderts.*

Für die Aufgabe, die sich die vorliegende Arbeit gestellt hat, darf die Zeit der Glossatoren und Kommentatoren mit der Periode der späteren italienischen Strafrechtswissenschaft räumlich zusammengefaßt werden¹.

²¹⁹ Aus einer Reichsgerichtsentscheidung vom 4. Januar 1932: „Schmerzensgeld, das der durch unerlaubte Handlung Geschädigte gemäß § 847 BGB verlangen kann, findet nicht nur in den erlittenen Schmerzen seine gesetzliche Grundlage, sondern in jeder durch die unerlaubte und schädigende Handlung erlittenen Unbill überhaupt. Unter ‚Schmerzensgeld‘ versteht der Jurist den Ausgleich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist: der Geschädigte soll für die gesamten Leiden, auch für die seelischen Schmerzen entschädigt werden“ (VI 349/31).

* Die Interpunktion der Quellen ist beibehalten, dagegen ist für die Verweisungen auf des Corpus Iuris die moderne Zitierweise gewählt worden.

¹ Die Zwischenzeit ist ausgefüllt durch eine wissenschaftlich nicht allzu hoch stehende literarische Bearbeitung des römischen Rechts und durch Versuche, die germanische Rechtswelt romanistisch auszugestalten. Praktisch am bedeutsamsten war die allmähliche Durchdringung des Langobardenrechts mit römischen Anschauungen; sie erreicht ihren Höhepunkt in der Langobarda und deren Kommentarliteratur. In dieser

Sie eint die gemeinsame Grundlage des justinianischen Gesetzgebungswerkes², um dessen Auslegung man sich in erster Linie bemüht³. Aber die Arbeiten jener Epoche sind — wenigstens später⁴ — unmittelbar für die Praxis bestimmt. Deshalb muß nicht nur die Bindung der einzelnen Rechtsgelehrten an die Autorität des Gesetzes allmählich lockerer werden⁵; es muß sich auch in dem Wechsel von Auffassung und Auslegungsmethode das wesentliche Ergebnis der kulturellen Entwicklung widerspiegeln.

Die räumliche Zusammenfassung jener Zeitabschnitte bedeutet deshalb nicht den Verzicht auf jede äußere Trennung; sie soll im Gegenteil gerade den Wandel der Anschauungen dadurch verdeutlichen, daß sie in Aufbau und Darstellungsweise diejenige Einheitlichkeit wahrt, welche die Gleichartigkeit des Materials ermöglicht.

I. Die systematischen Bemühungen der Glossatoren.

Daß die Art der Fragestellung, welche im vorhergehenden Kapitel als für das römische Recht charakteristisch gekennzeichnet wurde, auch bei den Glossatoren wiederkehrt, kann nicht weiter wundernehmen. Die Art, wie sie sich wissenschaftlich zu den überlieferten Quellen gestellt⁶, noch mehr die Form, in der sie ihre eigenen Gedanken zur Darstellung gebracht haben⁷, drängte ihnen eine Stellungnahme zu solcher Problematik geradezu auf. Für diese selbst war ihnen durch jene Autoritätsgläubigkeit der Weg gewiesen, die für das Zeitalter des „gebundenen Denkens“ überhaupt charakteristisch ist und schon in der Übernahme der scholastischen Methode, dem Streben nach *concordantia discordantium* ihren äußeren Ausdruck findet⁸.

Zu eigener Stellungnahme — soweit es sich nicht um exegetische Streit-

Form hat das Recht der Langobarden über die Anfänge der Glossatorenzeit hinaus Geltung behalten und sogar im wesentlichen die Grundlage der Statutengesetzgebung Italiens gebildet.

Sachlich findet sich jedoch dort für die hier zu erörternden Probleme nichts wesentlich Neues; deshalb kann auf eine selbständige Darstellung dieser Epoche verzichtet werden. Zur Entwicklung des Iniuria-Begriffes wertvolles Material bei ROBERT MAINZER: Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung (1908) S. 28—47.

² Erst später daneben auch des kanonischen Rechts. SAVIGNY: Geschichte (2.) Bd. III § 190 (S. 514 ff.); Bd. V § 82 (S. 232/3).

³ = Exegese, SAVIGNY: Geschichte Bd. V (2.) S. 224, 226, 228 f.; GEORG DAHM: Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter (1931) S. 319/20; MAINZER: a. a. O. S. 47/8.

Dagegen gibt die — an sich selbständigere — Statutengesetzgebung gerade systematisch wenig her (DAHM: a. a. O. S. 319 und passim); sie weist z. T. stark deutschrechtlichen Einfluß auf, z. B. im Detail der Körperverletzung (DAHM: a. a. O. S. 350 ff.), Ehrverletzung (S. 371 ff.), Diebstahl (S. 467), Sachbeschädigung (S. 492 ff.).

⁴ SAVIGNY: Geschichte Bd. V S. 224; LANDSBERG: Die Glosse des Accursius S. 43.

⁵ SAVIGNY: a. a. O. S. 225/6. ⁶ SAVIGNY: a. a. O. S. 224, 226.

⁷ LANDSBERG: Die Glosse des Accursius S. 45.

⁸ Näheres bei LANDSBERG: Die Glosse des Accursius S. 23 f., 25, 32, 35; STINTZING: Geschichte der Rechtswissenschaft.

fragen handelt — finden sich die Glossatoren demnach verhältnismäßig selten bereit, und in der Regel nur da, wo die Quellen selbst ergeben, daß eine Frage bereits in der römischen Jurisprudenz bestritten war. Im übrigen begnügt man sich mit einem meist ganz kurz gehaltenen Hinweis auf die Statutengesetzgebung, die diese oder jene Vorschrift geändert habe, oder bemerkt beiläufig, daß einzelne Normen nach gewohnheitsrechtlicher Übung nicht mehr zur Anwendung gelangen⁹.

Dabei handelt es sich — bezeichnenderweise¹⁰ — meist um Fragen des Verfahrens, der Strafart und Strafzumessung; die eigentliche Dogmatik dagegen wird im allgemeinen von dem Wechsel der kulturellen Anschauungen nicht berührt; noch weniger haben sich die Glossatoren bemüht gefühlt, die Systematik der justinianischen Gesetzgebung anzutasten. Ihre Leistung beschränkt sich deshalb im wesentlichen auf einen Ausbau und eine Verdeutlichung derjenigen Gedankengänge, die ihnen im *Corpus Iuris Civilis* überliefert waren; und dort haben sie — gerade innerhalb des hier interessierenden Problemkreises — nicht wenig zur Klärung beigetragen¹¹. Allerdings gilt dies in erster Linie von dem Gegensatz zwischen Vermögensschäden und Persönlichkeitsverletzungen, der ja — wohl dank seinem höheren Alter in der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts — auch im *Corpus Iuris* zwar weniger grundsätzlich, dafür aber um so selbstverständlicher und häufiger zum Ausdruck gelangt ist.

Dagegen tritt das Verhältnis der gesamten Vermögensdelikte zum Tatbestand des *stellionatus* bereits bei den Glossatoren in den Hintergrund des Interesses.

Daß der in den Quellen so stark betonte Gegensatz zwischen *actiones poenales* und Nichtstrafklagen auch praktische Bedeutung habe, bleibt schon den frühesten Bearbeitern des römischen Rechts nicht verborgen. Vor allem ist es das Moment der passiven Unvererblichkeit, das — mit Recht — als Folge des poenalen Charakters einer Klage bezeichnet wird.

So sagt IRNERIUS — fast beiläufig — von der *actio legis Aquiliae*¹²:

Et ideo quia poenalis est in heredem non datur.

Nicht ganz so sicher scheint man in dieser Hinsicht zur Zeit der Vier Doktoren zu sein; offenbar deshalb, weil man in systematischem

⁹ Vgl. SAVIGNY: *Geschichte* Bd. V (2.) S. 224 und LANDSBERG: *Glosse des Accursius* S. 42.

¹⁰ Vgl. aber schon MOMMSEN: *Römische Geschichte* Bd. V (5. Aufl.) S. 437 für das römische Recht: „Durchgreifendere Änderungen als das Recht selbst erlebt die politisch wichtigere und überhaupt veränderlichere Rechtspflegeordnung.“

¹¹ Vgl. das zusammenfassende Urteil bei SAVIGNY: *Geschichte* Bd. V S. 234; auch LANDSBERG: *Glosse* S. 32, 35 u. sonst.

¹² Ausgabe von FITTING S. 63 Z. 10. Über die Autorschaft des Irnerius herrscht lebhafter Streit. Vgl. dazu LANDSBERG: *Besprechung von Fitting*, *Sav. Z.* Bd. 16 S. 335 ff.; FITTING: *Verteidigung dagegen*, *Sav. Z.* Bd. 17 S. 1 ff.; LANDSBERG: *Besprechung*, *Sav. Z.* Bd. 27 S. 365 ff.; PESCATORE: *Kritische Studien auf dem Gebiete der zivilistischen Litteraturgeschichte des Mittelalters*, 1896.

Übereifer den Gegensatz von *actiones poenales* und *actiones reipersecutoriae* mit der Einteilung der Klagen nach ihrem Rechtsgrunde: *ex contractu*, *ex delicto* und *ex variis causarum figuris* in Zusammenhang zu bringen versucht. Dabei werden aber anscheinend nicht etwa nur die *actiones mixtae* zur (dritten) Kategorie der *variae causarum figurae* gezogen; hierher rechnet man vielmehr auch solche Klagen, welche — obwohl eigentlich deliktischen Ursprungs — doch nicht in der Kategorie der *actiones poenales* untergebracht werden können. So wohl die herrschende Lehre; dabei gelten ihr Noxalität, Unvererblichkeit und selbständige Verhaftung aller Mitschuldigen als Indizien der Strafnatur einer Klage; daneben wird nun aber — unter dem Einfluß des falschen Ausgangspunktes — ein sachfremder Gesichtspunkt herangezogen: als Beweis für die reipersecutorische Natur einer Klage gilt nämlich die Zulässigkeit einer *actio de peculio* gegen den Gewalthaber, welche aber in Wahrheit nicht in der nichtpoenalen Funktion, sondern in dem vertraglichen Fundament ihren rechtlichen Grund hat. Diese Rechnung konnte nicht stimmen und hat nicht gestimmt.

So entsteht das Problem der Einordnung der *condictio furtiva*, welches uns als *Streitfrage* in den Kontroversensammlungen dieser Zeit ausführlich überliefert ist¹³.

Auch die Vervielfachung des Schadensbetrages erscheint bereits bei IRNERIUS¹⁴ als Indiz für die Strafnatur der *actio legis Aquiliae*, ohne daß er sich über die Bedenken, die gerade in dieser Hinsicht bezüglich der *lex Aquilia* obwalten, Rechenschaft ablegt. Kritischer ist hier Azo:

Poenalis autem haec actio est sua natura, saltem propter repetitionem praeteriti temporis;

heißt es in der *Summa*¹⁵ bereits recht vorsichtig. Aber Azo empfindet das Bedürfnis nach weiterer Rechtfertigung, weil ja bisweilen trotz dieser Methode der Schadensberechnung der Urteilsbetrag dem wirklichen Schaden entsprechen mag. Die *actio legis Aquiliae* ist poenal,

licet quandoque non exigat poenam, si res pluris est cum datur damnum, quam prius.

Allerdings kann die Begründung wenig befriedigen:

¹³ *Dissensiones Dominorum sive controversae veterum iuris Romani interpretum*, qui glossatores vocantur (herausgeg. von GUSTAV HAENEL, Leipzig 1834). I. *Vetus collectio*. II. *Rogeri*. III. *Hugolinus*. Das Ergebnis: „alii“ (wohl die herrschende Lehre) für Einordnung unter die Kategorie der „*variae causarum figurae*“ mit dreifacher Begründung: „non sequitur caput manumissi“ — „in heredem datur in solidum etsi nihil ad eum pervenit“ — „tantum rei persecutoria est“. Dagegen MARTINUS und JACOBUS unter Berufung darauf, daß auch die poenale *actio rerum amotarum* „de peculio“ gewährt werde und vererblich sei ohne Rücksicht auf die Größe der Erbschaft. Vgl. *Vetus collectio* § 41 (HAENEL: a. a. O. S. 28) — ROGERIUS § 12 (a. a. O. S. 79) — HUGOLINUS §§ 204, 396/7 (a. a. O. S. 401, 522) sowie das Zitat aus *Placentinus* (bei HAENEL: a. a. O. S. 79 lit. k).

¹⁴ A. a. O. S. 63 nr. 10.

¹⁵ *Summa Azonis, id est locuples iuris civilis thesaurus*, Lugdani 1583, zu C. 3, 35: (f. 50 v. ff.) f. 52 c. 1 D. 43.

nam et homo semper est actu risibilis, licet non semper rideat: et semper rationalis, quamvis quandoque non utatur ratione.

Kaum weniger scharf tritt innerhalb des Bereiches der strafverfolgenden Klagen der Gegensatz zwischen vermögensschützenden und persönlichkeitsichernden Typen heraus. Willkommenen Anlaß zur Erörterung dieses Gegensatzes bietet gerade den Bearbeitern des Codex die Problematik der Titel 31 u. 35, 8 des 9. Buches.

Den Ausdruck *de re familiari* mißbilligt Azo¹⁶, weil er die Vermutung aufkommen lasse, es handle sich bei diesen Klagen um die Verfolgung eines Schadensersatzanspruches, mithin um reipersecutorische Aufgaben. Er will ihn deshalb durch die Formulierung *propter rem familiarem* ersetzt wissen. Was damit gemeint ist, sagt AZO sofort selbst:

hoc est quia mihi abest aliquid de patrimonio meo.

Ein Vermögensschaden ist demnach Tatbestandselement dieser Klage-typen. Als Beispiel wird — nach unseren früheren Ausführungen durchaus in Übereinstimmung mit den Quellen — die *actio furti* herangezogen.

nam *actio furti* non est de re familiari, quia ad poenam tantum prodita est, sed propter rem familiarem.

Umgekehrt entfällt die Möglichkeit, zivile und kriminelle Klagen nacheinander zu erheben, wenn eine Personalverletzung die Grundlage des Delikts bildet.

ubi autem de re familiari non competunt duae quaestiones, sed utraque ad vindictam, ut [in] actione iniuriarum; ibi praeiudicatur uni per alteram.

Inhaltlich übereinstimmend, aber in der Formulierung vielleicht noch präziser sind Azos Bemerkungen im Codex-Kommentar¹⁷:

hoc servandum quotiens de re familiari agitur, i. propter rem familiarem; quia si aliquis mihi subripuit, *actio furti* competit ad poenam quadrupli vel dupli . . . quae sc. poena non est de re familiari, i. de re quae mea fuerit: et ita non est de re familiari, i. ad rem familiarem, sed propter rem familiarem quae mihi abest vel abfuit, datur *actio furti*, et ita intellige de re familiari sine occasione rei familiaris, aliud est, quando datur *actio* non de re familiari, quod aliquid absit de patrimonio, sed quia fit iniuria. si enim ibi agat una via, scilicet civiliter vel criminaliter de iniuria, non superest alia, ut si dicatur homo iniuria occisus, post privatum iudicium non debet dari *actio* (ut D. 47, 10, 6; 7 § 1). idem in actione quae competit contra liberum temere vocantem patronum in ius. ergo ista regula locum habet in actione rei familiaris, secus in ea quae prodita est ad vindictam, ut dixi.

Als Beispiel für Persönlichkeitsverletzungen erscheinen also bei AZO die *iniuria* und die unbefugte gerichtliche Ladung des *patronus*. Umgekehrt gehört die *actio furti* zu der Gruppe derjenigen Klagen, denen der Schutz des Vermögens obliegt. Zu ihr gesellt sich — auch bei Azo¹⁸ — die *actio*

¹⁶ Zu C. 9, 31: f. 197 c. 3 n. 3.

¹⁷ AZONIS ad singulas leges XII librorum Codicis Iustiniani Commentarii, Lugdani 1596.

Zu C. 9, 31: p. 1045.

¹⁸ Azo: Commentarii — zu C. 3, 35 (p. 352) n. 1, 2. Vgl. auch Brocardia p. 644: „Si quid in contumeliam meam, hoc est ut diminuatur honor meus fiat, agitur iniuriarum“.

legis Aquiliae. Er begründet diese Behauptung mit dem Hinweis auf die Definition des Begriffes *damnum* in D. 39, 2, 3:

damnum dicitur a diminutione patrimonii: . . . et sumitur large damnum etiam pro lucro.

Entsprechend ergibt sich für Azo auch die Bedeutung der *actio iniuriarum* aus dem Begriff der *iniuria* selbst:

dicitur iniuria contumelia in hac actione a contemnendo, scil. dicitur contumelia ut I. eo., pr. et D. 47, 10, 1¹⁹.

Die so außerordentlich präzise Bestimmung des Gegensatzes beider Klagentypen läßt mit einer gewissen Spannung Azos Stellungnahme zu C. 9, 35, 8 erwarten, da diese Stelle ja mindestens scheinbar jener Lehre widerspricht. Die Divergenz als solche wird denn auch von Azo²⁰ ohne weiteres zugegeben und durch *sinngemäße* Auslegung zu beseitigen gesucht. Azo stellt gleich zwei Lösungen zur Auswahl.

Entweder der Satz: *qua damni etiam rationem haberi verbis evidenter exprimitur* wird nicht auf die *actio iniuriarum*, sondern auf die *actio legis Aquiliae* bezogen:

sed non dic qua sc. actione iniuriarum: sed qua id est propter quam iniuriam; und diese Hypothese stützt Azo durch einen Hinweis auf den Inhalt des vorhergehenden Satzes:

in praecedenti enim litera dixit pro atroci iniuria servo illata dari actionem iniuriarum: qua id est propter quam iniuriam damni habetur ratio, sc. in lege Aquilia.

Das ist die eine Lösung; die andere sucht die Stelle dadurch zu retten, daß sie den Ausdruck *aestimatio damni* in eine Bewertung der Persönlichkeitsverletzung unter Berücksichtigung der Höhe des Vermögensschadens umdeutet, so daß dann:

non ut damni habetur aestimatio, sed ut contumeliae. magis enim aestimatur (nämlich contumelia) quam si non esset atrox, et ita habet(n)tur ratio damni in hac actione et sic qua refertur ad actionem.

wobei natürlich bei der an zweiter Stelle vorgeschlagenen Auslegung die in bezug genomme *actio* wieder die *actio iniuriarum* wäre.

Ich kann nicht finden, daß diese Lösungen sich durch einen besonders hohen Grad von Wahrscheinlichkeit auszeichnen; um so mehr beweisen sie, daß ihr Verfasser von der grundsätzlichen Bedeutung des Gegensatzes zwischen beiden Klagearten überzeugt war²¹.

Für ACCURSIVS bildet er ebenfalls den Ausgangspunkt der Erörterung. Die Glosse zum 10. Titel des 47. Buches beginnt mit den Worten:

si in rebus meis deliquisti, dixit: nunc si in meis po²².

¹⁹ Summa (f. 196 v.) 198 c. 3 n. 1.

²⁰ Commentarii zu C. 9, 35, 8 (p. 1049).

²¹ Dazu die Bemerkung von LANDSBERG: Glosse S. 31.

²² Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis tomus tertius, ex Pandectis Florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, quoad eius fieri potuit, repraesentatus, Commentariis Accursii et multorum aliorum tam veterum quam neotericorum Jureconsultorum scholiis atque observationibus illustratus (Antwerpen 1575). Zu D. 47, 10, 1, pr.: de iniuriis et famosis libellis f. 1354.

Auch in den Erläuterungen zu D. 47, 10, 7, 1 bekennt sich ACCURSIUS, dem Inhalt dieser Stelle gemäß, ohne Einschränkung zu jenem Prinzip:

nam in civili iniuria ut in criminali lege Cornelia de sicariis et veneficis agitur ad vindictam tantum²³.

Das *agere ad vindictam tantum* wird im Anschluß daran dahin erläutert: et quod tibi non abest, peti videtur, et quod alteri non adest²³:

Das ist nichts weiter als eine etwas primitive Umschreibung des Gedankens, daß es bei der actio iniuriarum ebenso wie generell im Strafrecht nicht darauf ankomme, Vermögensschäden auszugleichen oder eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung wieder rückgängig zu machen.

Umgekehrt liegt der Fall,

ubi ergo pro re familiari vel propter rem familiarem agitur,

wobei nur auffällt, wie großzügig ACCURSIUS durch eine einfache Gleichsetzung über die sprachlichen Skrupel Azos hinwegkommt²⁴.

Immerhin hat doch diese bedingungslose Identifizierung der Aufgaben der actio iniuriarum und der actio criminalis für die moderne Auffassung ihr Bedenkliches. Denn sie bringt nicht genügend deutlich zum Ausdruck, daß das *agere ad vindictam* bei der actio iniuriarum und den ihr zugeordneten kriminellen Tatbeständen ohne weiteres aus der Bestimmung ihrer Voraussetzungen folgt, während es sich für diejenigen strafrechtlichen Klagen, welche dem Vermögensschutze zu dienen bestimmt sind, aus der Eigenart und der Funktion des Strafrechts ergibt, mithin dessen organisatorische Trennung vom Privatrecht voraussetzt.

Jedenfalls beweist diese Stelle mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit, daß ACCURSIUS die prinzipielle Bedeutung der actio iniuriarum in systematischer Hinsicht zutreffend erkannt hat. Auch für ihn entsteht damit die Aufgabe, sich mit der abweichenden Formulierung von C. 9, 35, 8 auseinanderzusetzen.

In der Tat erweisen sich die Erörterungen der Glosse gerade in dieser Hinsicht als besonders ergiebig. Bereits bei der Erläuterung von D. 47, 10, 15, 46 wird zu dieser Frage Stellung genommen. Die Entscheidung der Glosse stimmt im wesentlichen mit Azos Auslegung überein:

sed dico, ibi loqui in actione legis Aquiliae: et de ea dico, eam continere damnum²⁵.

Aber der Verfasser muß zugeben, daß diese Ansicht bestritten ist.

Alii dixerunt de actione iniuriarum, ut contineat damnum non principaliter, sed secundario, sicut ibi.

Demnach scheint es sich hierbei um eine den Glossatoren geläufige Streitfrage gehandelt zu haben. Das bestätigt der Inhalt der Kontroversensammlungen wenigstens für einen einzelnen Fall dieser Art. Der Wortlaut der vetus collectio²⁶ und der Sammlung des ROGERIUS²⁷ stimmen dabei,

²³ A. a. O. f. 1362 lit. y.

²⁴ Vgl. oben S. 92 Anm. 16.

²⁵ A. a. O. f. 1375 lit. l.

²⁶ § 30 a. a. O. S. 20.

²⁷ § 75 a. a. O. S. 112.

abgesehen von einer geringfügigen stilistischen Abweichung, völlig überein, während sich bei HUGOLINUS²⁸ überhaupt nur eine Verweisung findet.

§ 75 der Sammlung des ROGERIUS lautet:

Variant in hoc²⁹: Bulgarus dicit; si caput alicuius sit percussum gladio, potest agere iniuriarum civiliter et criminaliter, et unum iudicium potest tolli per aliud, ut D. de Iniur. (47, 10) L. Praetor edicit. (7) § 1. Martinus contradicit, quando agitur de re familiari, ut C. Quando civilis act. (9, 31.), sed quando agitur de re, quae spectat ad publicam vindictam³⁰.

Für den Fall des *caput gladio percussum* vertritt also demnach BULGARUS die strengere und u. E. quellengemäße Ansicht, welche die actio iniuriarum auf Nicht-Vermögensschäden beschränkt und demgemäß zu einer freieren Auslegung von C. 9, 35, 8 gezwungen ist. Dagegen wäre nach diesem Bericht MARTINUS als Anhänger der von den *alii* vertretenen Lehre anzusehen.

Gegen deren Auslegung spricht, daß sie um der Rettung einer Stelle willen das grundlegende Prinzip und damit den Schlüssel für das Verständnis des gesamten Deliktsrechts preisgibt; gegen sie spricht weiter, daß sie mit dem Inhalt anderer Stellen des Corpus Iuris nicht in Einklang gebracht werden kann. Vollkommen zutreffend bemerkt deshalb schon der Verfasser der Glosse gegen die *alii*:

sed secundum eos non video quare si egit una, non debeat repelli si agat alia: nisi dixerit hoc tunc esse cum nolit rationem damni haberi in actione iniuriarum³¹.

Noch deutlicher drückt sich die Glosse in der Erläuterung der Codexstelle selbst aus. Nach Feststellung des Widerspruches wird hier von vornherein zugegeben, daß sie mit Rücksicht auf die ihr widersprechenden Quellenentscheidungen ausgelegt werden müsse. Die solutio beginnt deshalb:

potest dici quod haec secundum illas intelligitur³².

Für die Lösung selbst stellt die Glosse an dieser Stelle jene beiden Möglichkeiten zur Wahl, die wir bereits bei AZO kennen gelernt haben.

Et quod dicit qua, simplicem facit relationem: qua: scil. actione legis Aquiliae: ut et ibi, Mulier quae damnavit, salvavit. Vel qua, id est propter quam, iniuriam scil. atrocem agitur etiam lege Aquilia. Contra enim videbatur. ex quo enim ad contumeliam, non videbatur posse agi ad damnum.

Und die zweite Lösung:

Vel dic etiam in actione iniuriarum venire damnum, non ut damnum, ut in contrariis, sed ut contumeliam, vel causam contumeliae.

Auch der Glossator sucht die Schwäche dieser Lösung durch einen Hinweis auf D. 43, 16, 1, 32 zu stützen; aber er tut noch ein übriges:

Similiter et damnum datum in corruptione servi, vel aliud damnum datum a

²⁸ § 363 a. a. O. S. 500. ²⁹ Nur bei Rogerius: „Variant in hoc“.

³⁰ Vetus collectio fügt hinzu: „idem quidem“.

³¹ A. a. O. p. 1375 n. 1.

³² Codicis Dn. Iustiniani sacratissimi principis pp. Augusti, repetitae praelectionis libri XII . . mit Glossen von Accursius u. a. besonders Antonius Contius (Antwerpen 1676) f. 2096 n. 6 lit. k.

servo, non petitur actione servi corrupti, nisi et animus sit corruptus, et tunc sic ut D. 11, 3, 10.

In gleicher Weise werden dann noch D. 34, 3, 30 u. D. 39, 2, 3 herangezogen.

Der Bestimmung des grundlegenden Gegensatzes entspricht die Definition der einzelnen Klargetypen.

Der Begriff der iniuria im Sinne der actio iniuriarum wird textgemäß mit contumelia gleichgesetzt und dieser Ausdruck von contemnere hergeleitet³³. Entsprechend stellt die Glosse zu D. 47, 10, 6 *privata* und *publica vindicta* scharf gegenüber³⁴.

Umgekehrt wird mehrfach der vermögensrechtliche Charakter der actio legis Aquiliae hervorgehoben, wobei allerdings auffällt, daß der Ausdruck damnum nicht in der technischen Bedeutung von D. 39, 2, 3 gebraucht wird³⁵. Das tritt besonders deutlich an der Stelle hervor, in der das Verhältnis von D. 47, 10, 6 und C. 9, 31, 1 zur Erörterung gelangt. Die Ansicht, es handele sich in der Codexstelle um jüngeres Recht mit derogierender Wirkung, wird verworfen und die eigene Lösung folgendermaßen umschrieben:

hic utrumque ad vindictam; ibi, quando propter damnum rei familiaris agitur³⁶.

Vom Standpunkt der Quellen aus wäre diese Ausdrucksweise als pleonastisch zu beanstanden.

Die Einreihung des damnum iniuria datum und vor allem des furtum unter die vermögensschützenden Tatbestände bedeutet praktisch, daß die Garantie aller nicht vermögenswerten Interessen aus dem Aufgabenkreis dieser Delikte ausgeschieden wird. Für Schäden immaterieller oder affektiver Art ist innerhalb dieser Kategorie kein Raum.

aestimanda quidem res est non ex eo, quod interest, sed ex vero rei pretio . . . sagt deshalb IRNERIUS³⁷ folgerichtig mit bezug auf die actio furti; und er klärt die Bedeutung des *quod interest* sofort dahin, daß darunter Affektionsinteressen zu verstehen seien.

communis quidem estimatio non singularis facienda est, ut supra dictum est, et ideo non quod interest, set verum rei pretium duplatur vel quadruplatur³⁸.

Allerdings verträgt sich mit dieser Bemerkung nicht ganz die Art, wie der Schaden beim furtum liberorum berechnet wird. Soll der Satz:

idem in liberis subreptis quod interest prestatur³⁹

³³ A. a. O. f. 2096 n. 6 lit. k. Vgl. Azo: Brocardia p. 644: „Si quid in contumeliam meam, hoc est ut diminuatur honor meus fiat, agitur iniuriarum“.

³⁴ A. a. O. f. 1360 lit. m.

³⁵ zu l. 5 pr., D. 47, 10: fol. 1359 lit. l.; l. 6, D. 47, 10: fol. 1360 lit. n.

³⁶ Vgl. Anm. 35.

³⁷ Bei FITTING: S. 165 Z. 11. Allerdings wird hinzugefügt: „spectanda tamen ratione temporis quanti res plurimi fuit, postquam subtracta fuit“; auch sollen „res cohaerentes“, also der indirekte Schaden, miteinbegriffen sein.

³⁸ Bei FITTING: S. 165 Z. 12.

³⁹ Bei FITTING: S. 165 Z. 12.

mit dem Vorhergehenden in Einklang stehen, so müßte *id quod interest* hier gerade umgekehrt als reiner Vermögensschaden aufgefaßt werden.

Noch schärfer tritt die Beschränkung auf vermögensrechtliche Interessen in der Glosse des IRNERIUS zur Lex Aquilia hervor:

In hac actione venit ipsius damni restitutio seu exstimatio, etiam causarum coherentium estimatione habita, veluti si ex commedis unus mortuus fuerit: hii enim qui supersunt quanto depreiati sunt exstimandi sunt, — vel si forte heres institutus fuerat: pretium enim hereditatis venit⁴⁰.

Von einer Beschränkung auf den unmittelbaren Vermögensschaden kann demnach keine Rede sein; die Einschränkung bezieht sich auch hier wieder einzig und allein auf die Art der Bewertung: sie soll rein objektiv erfolgen. So schließt IRNERIUS mit der unmißverständlichen Bemerkung:

exstimatio vero non ex singulorum, set ex communi utilitate sumenda est.

Auch die Art des Angriffs kann sehr verschieden sein. Eine Beschränkung auf körperliche Schäden, d. h. auf den Tatbestand der „*Sachbeschädigung*“ im engeren Sinne, wird ausdrücklich zurückgewiesen:

Dampnum inflictum videtur, non solum, si corpus interemptum sit, set etiam si alias deterius factum sit, vel aliud ei admixtum est cuius molesta (und deshalb mit Vermögensaufwendung verbunden) separatio sit, licet res mutata non sit⁴¹.

Dagegen ist Azos Stellungnahme bei der actio furti nicht eindeutig. Zwar ließe sich die Bemerkung zu C. 6, 2, 20:

Sed quid duplabitur, cum damnum non sit passus, et interesse venit in hac actione⁴² [scil. actio servi corrupti],

für die Annahme ins Feld führen, daß auch er eine Beschränkung auf vermögenswerte Interessen gebilligt habe. Dagegen sprechen aber unverkennbar die Darlegungen zum furtum in der Summe.

Bedenklich ist schon folgende Entscheidung: wer eine fremde Sache entwendet, die er irrtümlich für seine eigene hält, soll nur dann straflos sein, wenn er sich — ebenfalls irrtümlich — zur eigenmächtigen Wegnahme seiner eigenen Sachen berechtigt glaubte; doch dürfte diese Begründung gegenüber dem Erfordernis der Fremdheit des Gegenstandes an Bedeutung verlieren. Sodann wird aber wegen der Entwendung des Haussohnes dem Vater die actio furti ausdrücklich *ratione operarum vel affectionis*⁴³ gewährt, und dies, obwohl die Quellen immer wieder hervorheben, daß eine *aestimatio liberi hominis* nicht in Frage komme, und Azo dies bei der lex Aquilia selbst ausdrücklich wiederholt.

Gleichwohl ist auch die Ausscheidung immaterieller Schäden aus dem Bereich der lex Aquilia nichts weniger als unzweideutig. In der Anmerkung zu C. 3, 35, 3 heißt es allerdings noch völlig korrekt: *competant pro re familiaris*⁴⁴. Dagegen sind die Bemerkungen der Summe⁴⁵ auch in dieser Hin-

⁴⁰ Bei FITTING: S. 63 Z. 7. ⁴¹ Bei FITTING: S. 63 Z. II.

⁴² Commentarii p. 676 [Sol.: Consideratur quod damnum passurus esset, si secutum esset quod persuasit].

⁴³ Summa [fol. 124 v. ff.] f. 125 c. 2 n. 11 (zu C. 6, 2).

⁴⁴ Commentarii, zu C. 3, 35 p. 353 zu l. 3.

⁴⁵ Summa [f. 50 v. ff.] f. 51 c. 3 n. 15/6 (zu C. 3, 35).

sicht recht unklar und mit der scharfen Scheidung von vermögensschützend- und persönlichkeitsichernder Funktion kaum vereinbar. AZO wirft hier die Frage auf, ob im Falle der Tötung eines freien Mannes die *actio legis Aquiliae utilis*⁴⁶ gegeben sei. Dies wird für den Fall verneint, daß es sich um einen öffentlichen Wettkampf (*publicum certamen*) gehandelt habe, weil dann der Schaden *causa gloriae et virtutis, non iniuriae gratia* zugefügt worden sei; die heutige Dogmatik würde hier die Rechtswidrigkeit des Verhaltens leugnen und deshalb zu einer Abweisung der Schadensersatzklage gelangen. Anders liegt es nach AZOs Meinung, wenn die Tötung *in privato certamine* erfolgt ist.

redundat in eum crimen, qui causam malorum prebuit . . . sic ergo tenebitur lege Aquilia, qui occidit liberum hominem,

wobei aber AZO gleich selbst hinzufügt, daß sein Lehrer BULGARUS diese Entscheidung mißbilligt habe.

Merkwürdigerweise will aber auch AZO dem Erben des Getöteten die *actio legis Aquiliae* nicht zugestehen.

Sed certe haeres liberi hominis non agit lege Aquilia, quia absurdum est, ut sui testatoris consequatur aestimationem . . . Et est hoc notabile, quia hoc casu non datur *actio legis Aquiliae heredi*: ipsi autem defuncto daretur.

Damit ist AZO einer der entscheidenden Konsequenzen seiner von der herrschenden Lehre abweichenden Ansicht, der Zulässigkeit aktiver Vererblichkeit, wieder ausgewichen, und da der Getötete ja niemals in die Lage kommen wird, selbst zu klagen, so kommt dieser *Extratour* AZOs praktisch wohl keine große Bedeutung zu.

ACCURSIUS teilt offenbar die herrschende Ansicht, wonach zum Tatbestande der *actio furti* ein Vermögensschaden gehört. Er sieht jedoch — mit Recht — die Richtigkeit dieser These durch die Entscheidung in D. 47, 2, 14, 13 gefährdet⁴⁷.

Die Ansicht des PYLIUS: *ut dupletur vel quadrupletur totum id, pro quanto iuraverit se pater noluisse carere tanto tempore filio suo, visione filii sui* wird mißbilligt. Denn:

in hac actione non habetur ratio lucri . . . nec affectionis debet haberi ratio.

ACCURSIUS erörtert zwei andere Lösungsmöglichkeiten:

dicam ergo duplicari operas quibus caruit pater, quia filius non potuit ei operari: quae veniunt in actione legis Aquiliae.

Dann bezieht sich die ganze Stelle nur auf den Vermögensschaden, der dem Hausvater durch die entgangenen Dienstleistungen des Haussohnes entstanden ist. Oder:

⁴⁶ „. . . non directa, quia dominus membrorum suorum nemo est . . . Et tunc agetur ratione operarum amissarum, quasque amissurus esset inutilis factus et impensarum in curatione factarum: non autem deformitatis.“

⁴⁷ A. a. O. fol. 1273 lit. m. Nach dem Bericht des ALBERICUS (S. 26) soll PLACENTINUS das furtum filii oder servi einfach als crimen publicum, nämlich als *plagium* (lex Fabia) angesehen haben.

aestimabitur ut veniat duplandum quanti vendi possit, pater enim eum vendere potest . . . et in actione furti bene futurum damnum venit,

dann wird der erforderliche Vermögensschaden in dem Verlust der Verkaufsmöglichkeit und der dadurch erlittenen Einbuße des Kaufpreises gesehen.

Eine dritte, von ACCURSIUS allerdings auch mißbilligte Ansicht liest statt actio accusatio und vermeidet auf diese Weise eine den allgemeinen Grundsätzen widersprechende Auslegung der Stelle.

Der Lehre vom Vermögensschaden als Tatbestandselement der actio furti entspricht die Auslegung, die die Glosse der l. 72 § 1 D. 47, 2 und der l. 73 desselben Digestentitels zuteil werden läßt⁴⁸.

Das *non pertinet* der erstgenannten Stelle wird einschränkend auf denjenigen Schaden bezogen, welcher dem Ersitzungsbesitzer dadurch entsteht, daß er kein Eigentum erwirbt; ein Widerspruch zu l. 12 § 1 und l. 20 fl. wird damit vermieden.

Auch D. 47, 2, 73 erfährt eine Auslegung im Sinne der Theorie vom Vermögensschaden; furtum liegt deshalb vor:

cum intererat mulieris, eos (scil. libellos) non legi in publicum, nicht etwa, weil dadurch irgendwelche Indiskretion begangen wird, sondern:

quia debitor suus, quem ipsa convenire volebat, aufugit: cum in ipsis libellis continebatur de committendo negotio alicui amico gerendo⁴⁹.

Im übrigen beschäftigt die Jurisprudenz jener Epoche mehr die Frage nach der Bedeutung des *verum rei pretium* und sein Verhältnis zum *id quod interest*. Auch hier befinden wir uns im Gebiet wissenschaftlicher Streitfragen, und IRNERIUS' Begriffsbestimmung ist keineswegs unangefochten geblieben. Hierüber gibt die Glosse zu *non quod interest* in D. 47, 2, 50⁵⁰ Aufschluß.

„singulariter“ subaudi, et sic non obstat D. 47, 2, 22, 2 et D. 47, 2, 27. Vel subaudi: „hic tantum“, et sic in electione sua est, quod velit duplari, vel quadruplari. Et haec prima placet. Venit ergo duplandum omne quod est per conditionem simplicandum; quod multa continet.

Das ist die Lösung, welche JOHANNES BASSIANUS und MARTINUS⁵¹ vorschlagen. Anders entscheidet HUGOLINUS:

⁴⁸ A. a. O. f. 1316 lit. n. ⁴⁹ A. a. O. f. 1316 lit. t.

⁵⁰ A. a. O. fol. 1298 lit. g.; vgl. auch Azo: Brocardia S. 634/5; 416/7.

⁵¹ Die Tendenz des MARTINUS, die Stellung des Verletzten möglichst günstig zu gestalten zeigt sich innerhalb des hier interessierenden Problemkreises noch an anderer Stelle. Grundlage der Sachberechnung soll bei der actio furti der reine Sachwert auch dann sein, wenn es sich lediglich um ein furtum usus oder possessionis handelt, und die „Beschränkung“ auf das Interesse sei nur da gerechtfertigt, wo es der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt habe, wie D. 47, 2, 22, 2 und 47, 2, 27. So die Meinung von MARTINUS und BULGARUS, während die herrschende Lehre (alii) den Gedanken der zitierten Quellen verallgemeinern will. (Vet. Coll. § 61, S. 48, ROGERIUS § 31, S. 94.) Die Frage nach der Einbeziehung des „interesse singulare“ wird also hier gar nicht aufgeworfen. Sie spielt eine — allerdings untergeordnete — Rolle in einer weiteren Kontroverse, welche die Auslegung von C. 7, 47 betrifft. „Iacobus et alii ita intelligunt: singulare interesse non debet excedere duplum communis interesse. MARTINUS dicit, non debere excedere duplum, id est, ubi datur certum pretium,

dicit, interesse extra rem non duplicari⁵².

HUGOLINUS tritt demnach für die Beschränkung der Rechnungsgrundlage auf den Betrag des unmittelbaren Schadens ein.

Auch das Verhältnis zwischen D. 47, 2, 52, 28 und D. 47, 2, 72, 1 wird erörtert. Von dem *lucrum*, welches in die Schadensberechnung eingestellt wird, oder, wie ACCURSIUS es nennt, dem *damnum futurum* unterscheidet sich das nicht anrechnungsfähige *lucrum* dadurch, daß es *cum alterius iniuria est*. Auf diese Begründung kommt die Glosse noch an anderer Stelle zurück⁵³.

Im Zusammenhang mit dem Begriff des *animus lucri faciendi* erläutern die Glossatoren auch das Verhältnis der l. 39 und der l. 83, 2 (D. 47, 2). Kann auch die von ihnen vorgeschlagene Lösung nicht befriedigen, so zeigt sich doch schon früh die (richtige) Erkenntnis, daß die Entscheidung der römischen Juristen irgendwie mit der Frage des Vermögensschadens in Zusammenhang steht.

IRNERIUS⁵⁴ macht sich allerdings die Sache ziemlich leicht.

lucrum enim intellegitur et si alii donaverit, quia species lucri est ex alieno largiri et debitorem beneficii sibi constituere

und diesem Sachverhalt wird einfach der Fall gleichgestellt,

si causa libidinis alienam ancillam non meretricem surripuit.

Daß diese Wiederholung des Quelleninhalts das Problem nicht löst, erkennen die späteren Bearbeiter ohne weiteres.

Das Tatbestandsmerkmal des *animus lucrandi* erläutert und rechtfertigt AZO⁵⁵ folgendermaßen:

quia si quis habeat animum non lucrandi, sed damnum dandi, libidinem exercendi cum meretrice et ancilla aliena, non tenetur furti:

Aber AZO fühlt das Bedürfnis, die abweichende Entscheidung in D. 47, 2, 83, 2 zu begründen.

nam secus est in non meretrice, quia mulieris voluntate non videtur fieri: licet et in ea usus quidam fit, quia tamen non est ad aliquod commodum pecuniarium consequendum, non agitur furti.

Noch deutlicher wird die Glosse⁵⁶ an anderer Stelle. Die Entscheidung D. 47, 2, 39 wird folgendermaßen kommentiert:

id est voluntas delinquendo (i?)

und das Verhältnis zu l. 83 § 2 bestimmt der Verfasser tatbestandsgemäß zunächst durch die Bemerkung:

vel certa merces, non debet excedere duplum eius, quod datum est.“ (So: Vet. Coll. § 85, S. 67 — ROGERIUS § 88, S. 120 — HUGOLINUS § 338, S. 483.) Wahrscheinlich trifft die Auslegung des MARTINUS das Richtige; aber es ist eine Ironie des Schicksals, daß dieser Versuch JUSTINIANS, dem Streit ein Ende zu machen, nur dazu geführt hat, eine neue Kontroverse zu begründen.

⁵² Vgl. fol. 1298 lit. n.

⁵³ l. 52 § 28, D. 47, 2: a. a. O. fol. 1303 lit. f.; l. 77 (76) § 2, D. 47, 2: fol. 1317 lit. k.

⁵⁴ FITTING (VI, 2) S. 163 Z. 3.

⁵⁵ Summa fol. 125 c. 1. nr. 7.

⁵⁶ A. a. O. fol. 1287 lit. o.

ibi in non meretrice.

Damit eröffnet sich aber erst die entscheidende Fragestellung:

Sed quare non inspicitur ibi causa? Respondeo, quia domini interest, cum minus modo valeat.

Es gibt aber noch eine andere Lösung:

alii dicunt hic de aequitate: vel ibi causa alienae libidinis subtrahit. Item quare in meretrice non sic?

Die Antwort lautet:

Respondeo quia licet ibi sit quidam usus: tamen non sit causa commodi pecuniarii, vel damni per hoc domino inferendi.

Das ist nicht ganz exakt, weil die Definition des furtum jene Alternative von animus lucri faciendi und animus damni inferendi nicht enthält, die der Glossator voraussetzt. Aber man kommt ohne weiteres zu der richtigen Lösung, wenn man beides miteinander in Beziehung setzt und das damnum des Bestohlenen, das *lucrum* des Diebes als notwendig korrelative Begriffe auffaßt.

Die Erkenntnis, daß es sich bei dem Gegensatz von Vermögensschutz und Persönlichkeitssicherung um ein Problem von grundsätzlicher Bedeutung handelt, eröffnet den Weg zum Verständnis der konstruktiven Eigenarten der einzelnen Klagentypen.

Der Zusammenhang mit der Frage der aktiven Vererblichkeit findet sich schon bei Azo angedeutet⁵⁷.

item haeredi non datur haec actio (scil. iniuriarum), nec in haerodem, nisi lite contestata: nam ad solam vindictam est prodita.

Merkwürdigerweise nimmt Azo⁵⁸ an, daß die *actio iniuriarum* gleichwohl Bestandteil des Vermögens sei. Dem widerspricht aber die Glosse⁵⁹, die aus der gegenteiligen Ansicht gerade ihre Unvererblichkeit zu begründen sucht.

heredibus non competit, quia non intellegitur ante in bonis nostris esse, quam litem contestati fuerimus.

Die Auflösung dieses Gegensatzes enthält die Glosse zu D. 47, 10, 28⁶⁰; auch hier wird aus der nichtvermögensrechtlichen Qualität der *actio iniuriarum* deren Unvererblichkeit hergeleitet:

quoad hoc ut transmittamus ad haeredes (Inst. 4, 12, 1 i. fin.). sed dum vivimus, est in bonis: ut tam per nos quam per alios exerceamus (D. 47, 10, 17, 20). Unde et vendere eam possum (C. 4, 39, 9). licet quidam contra, per legem istam. est autem ratio quare non transmittimus: quia ad solam vindictam datur . . . ;

und die Glosse zu D. 47, 10, 13, pr⁶¹ wiederholt als Begründung für die Unvererblichkeit,

quia non est in bonis meis ante litem contestatam et quia ad vindictam datur (D. 47, 10, 7, 1; Inst. 4, 12, 1; D. 2, 4, 24).

⁵⁷ Summa [fol. 196 ff.] f. 199 c. 3 nr. 17.

⁵⁸ Summa fol. 199 c. 3 nr. 17.

⁵⁹ Zu I. 1, D. 47, 1; a. a. O. fol. 1263 lit. 1.

⁶⁰ A. a. O. fol. 1383 lit. n.

⁶¹ A. a. O. fol. 1367 lit. c.

Daß die Art der Schadensberechnung bei der *actio iniuriarum* besonderer Regelung bedarf, wird ebenfalls zutreffend hervorgehoben. Bereits bei Azo⁶² findet sich die später in mehr oder weniger ähnlicher Form stets wiederkehrende Formulierung des Eides:

datur actio iniuriarum in tantum in quantum passus iniuriam ad animum revocaverit. ut si dicat secundum quosdam. Ego iuro, quod prius nollem lucrari centum quam pati hanc iniuriam. Ego puto, quod debeat dicere, Mallem tantam summam amittere, quam pati talem iniuriam.

Die wahre Bedeutung der von ACCURSIUS abgelehnten Interpretation von D. 47, 2, 14, 13 durch PILIUS wird nunmehr verständlich⁶³.

Werfen wir zum Schluß noch einen Blick auf das Konkurrenzproblem, so zeigt die Glosse zu D. 47, 2, 28⁶⁴ auch hier eine Lösungsmöglichkeit, die mit dem allgemeinen Prinzip übereinstimmt.

ROGERIUS hatte nach ACCURSIUS' Bericht den Widerspruch zwischen D. 47, 2, 28 und D. 47, 1, 2 dadurch zu beseitigen gesucht, daß er annahm:

hic uno actu delevit et subripuit: nec enim potuit delere quin contrectaret: sed ibi ex intervallo.

ACCURSIUS mißbilligt diesen Lösungsversuch; er sucht die Einheitlichkeit des Prinzips dadurch zu wahren, daß er die Stelle überhaupt nur auf die *actio furti* bezieht und daneben wegen der Beschädigung die *actio legis Aquiliae* gewährt.

tu dic quod ex intervallo hic fuit: et dic: ad poenam, scilicet furti: sed Aquilia bene datur, cum sunt diversa delicta. —

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß die Mehrzahl der Glossatoren nicht nur den Gegensatz zwischen vermögensschützenden und persönlichkeiterhaltenden Klagen in seiner grundsätzlichen Bedeutung erkennt, sondern auch dessen Auswirkung in der technischen Ausgestaltung der einzelnen Klargetypen zutreffend gewürdigt hat. Ihre Arbeit bedeutet deshalb einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Klärung des Problems⁶⁵.

Nicht ganz so günstig kann das Urteil über ihre Leistung ausfallen, soweit die systematische und dogmatische Bestimmung des *crimen stellionatus* in Frage kommt.

IRNERIUS⁶⁶ (Glosse zu C. 6, 2) läßt nur negative Schlüsse zu.

invitus debitor videtur qui solvit ei qui se creditorem simulabat, cum conscius erat nichil omnino sibi deberi: quo casu accipiendo furtum facit. item procurator qui ab a[d]min[i]stratione prohibitus est et pecuniam [a] debitore accepit eo ignorante, creditori furtum facit, cum debitor ex iusta ignorantia liberatus sit.

⁶² Summa fol. 199v. nr. 15.

⁶³ Zur Frage der Aktivlegitimation vgl. die Glosse zu C. 6, 2, 19 und 22 a. a. O. fol. 1193 ff.

⁶⁴ A. a. O. fol. 1284 (zu D. 47, 2, 28) lit. q. Ebenso Azo: Summa f. 198 c. 4 nr. 19, Comment. p. 353, ad. C. 3, 35, 3.

⁶⁵ Über das allgemeine Interesse und Verständnis der Glossatoren für systematische Zusammenhänge und Probleme vgl. SAVIGNY: Geschichte Bd. V (2.) S. 231.

⁶⁶ FITTING, S. 163 Z. 6.

IRNERIUS beschränkt sich also darauf, die Entscheidung dieser Fälle mit der allgemeinen Definition des *furtum* in Übereinstimmung zu bringen, indem er den getäuschten Eigentümer als eine Unterart des *dominus invitus* bezeichnet.

Ganz ähnlich erläutert die Glosse zu D. 47, 8, 2, 8⁶⁷ das Verhältnis des *dolus malus* zu den Begriffen *vis* und *calliditas* als das von *genus* und *species*.

Richtig ist auch die grundsätzliche Erklärung Azos⁶⁸, der von einer *accusatio quaedam generalis et subsidiaria* spricht, *quae ob crimen stellionatus proponitur* . . . AZO wendet sich sodann der Erklärung des Wortes *stellionatus* zu:

dicitur autem crimen stellionatus a stellione animali quodam reptilli, quod est serpenti simile, et est stellionatum, id est varium diversisque coloribus pictum, ut caelum stellis apparet esse distinctum.

Die Etymologie des Wortes läßt nun aber durchaus zwei ganz verschiedene Auffassungen zu; entweder man legt das Gewicht auf das Gleisnerische, das Scheinheilige dieser Vielfarbigkeit, dann ist *stellionatus* in der Tat die Schädigung durch Täuschung, mithin Betrug im heutigen Sinne; oder man sieht die Vielgestaltigkeit der Begehungsform, den Mangel einheitlicher Kennzeichnung durch das *variis coloribus pictum* angedeutet und gelangt damit zu dem Aushilfsstatbestand der hier vertretenen Auffassung.

AZO neigt der ersteren Auslegung zu:

est ergo accusandus crimine stellionatus, qui veritatis, vel varietatis, et mendacii reus est

und dies, obwohl er die Definition der l. 3 (D. 47, 20) gleich darauf fast wörtlich wiederholt und dabei den subsidiären Charakter des Delikts noch einmal ausdrücklich hervorhebt.

Entsprechend heißt es im Kommentar⁶⁹:

ita enim huiusmodi deceptores varia promittunt, unde tenentur hoc crimine.

Demnach deuten alle Anzeichen darauf hin, daß AZO den Begriff des *Stellionats* einschränkend, d. h. als Deliktsbegehung durch Täuschung aufgefaßt wissen will.

In der Glosse⁷⁰ kommt diese bei AZO noch vorsichtig angedeutete Tendenz offen zum Ausdruck. Auch hier wird die etymologische Bedeutung des Wortes erörtert, aber so, daß die beiden Deutungsmöglichkeiten miteinander kombiniert werden. Der Verfasser erläutert:

varii et diversi coloris: ut coelum stellis apparet oculis tictum

und leitet dann zu der zweiten Deutung über, mit den Worten:

cuius varietatem imitantur deceptores, quia vari[a] agunt, et aliud simulant et aliud agunt.

Dementsprechend bemüht er sich, sämtliche Quellenbeispiele des *Stellionats* als Täuschungsfälle zu erweisen. Das geht oft nicht ohne Härten ab; hier einige Beispiele:

⁶⁷ A. a. O. S. 1341 lit. 1.

⁶⁸ Summa (De crimine stellionatus) fol. 198 nr. 1.

⁶⁹ Commentarii (zu C. 9, 34) p. 1048 n. 3.

⁷⁰ A. a. O. fol. 1404 lit. 1.

Das *merces obligatas avertere* in D. 47, 20, 3, 1 wird folgendermaßen kommentiert⁷¹:

ut quia iam obligaverat bonas, sed non tradiderat: postea autem tradidit malas: dicens eas esse quas obligaverat.

Zum Beweise für die Richtigkeit dieser Auffassung beruft sich der Verfasser auf D. 13, 7, 16, 1 und D. 13, 7, 36, pr. u. § 1, die sich allerdings sämtlich auf Täuschungen beziehen, eine andere Auslegung aber keineswegs ausschließen. Er sieht sich denn auch gezwungen, selbst zuzugeben:

et alii dicunt, „averterit“ ut qui subtraxit mihi et alii non obligavit.

Auch das *corrumpere* der gleichen Digestenstelle wird jener Auffassung gemäß gedeutet⁷²:

antequam tradantur, arg. D. 4, 3, 7, 3. si autem post traditionem, tunc habet locum utilis Aquilia (D. 20, 1, 27).

Aber warum sollte sich das *corrumpere* nicht auch *post traditionem* auf den D. 20, 1, 27 erwähnten Fall beziehen, daß die dem Pfandgläubiger schädliche Züchtigung des Sklaven mit Recht erfolgt ist? Gerade für diesen Fall hatte doch ULPIAN eine vertragliche Haftung des Schuldners verneint und MARCELLUS ein Einschreiten des Prätors gefordert!

Bei der Erläuterung des Titels 31 (C. 9)⁷³ geht jedenfalls auch die Glosse von dem weiteren Tatbestand des *Stellionates* aus. Als zweites Beispiel einer auf reine *vindicta* gerichteten Klage wird vollkommen zutreffend die *actio* des *patronus* gegen seinen *libertus* genannt, falls dieser ihn ohne Erlaubnis des Praetors vor das Gericht geladen hat. Wegen dieses Delikts kann der *patronus* entweder zivilrechtlich klagen, dann geht die Klage gemäß D. 2, 4, 24 u. 25 auf 50 aurei; oder er klagt kriminell, und zwar:

de crimine stellionatus, cum titulus criminis deficiat.

Von einer Täuschung aber kann in diesem Falle keine Rede sein, allerdings ebensowenig von einem Vermögensschaden, so daß man der Entscheidung der Glosse doch nur bedingt zustimmen könnte. —

Im Ausgang der Glossatorenzeit tritt uns in der Gestalt des GANDINUS zum ersten Male ein Jurist entgegen, dessen Interesse speziell dem bis dahin allgemein vernachlässigten Strafrecht gilt. Wir erwarten deshalb bei ihm eine besonders reiche Ausbeute für unsere Probleme.

Diese Hoffnung erweist sich jedoch, was die Begriffsbestimmung der einzelnen Delikte betrifft, als trügerisch. Der *tractatus de maleficiis* bringt für die hier erörterten Fragen wenig Erhebliches. Wichtig ist überhaupt nur ein einziger Punkt. Bereits GANDINUS⁷⁴ fordert zum Begriff des *falsum* den Eintritt eines Schadens oder wenigstens die Möglichkeit einer Ent-

⁷¹ A. a. O. f. 1405 lit. f. ⁷² A. a. O. f. 1405 lit. g.

⁷³ A. a. O. (zu C. 9, 31) fol. 2089 lit. a, a. E.

⁷⁴ *Tractatus de maleficiis* (Venet. 1578) bei KANTOROWICZ: S. 342.

stehung desselben; diese Lehre ist später bei den italienischen Kriminalisten durchaus herrschend geworden, und sie hat — obwohl durch das Erfordernis des Schadens als eines zusätzlichen Tatbestandselements zur Einschränkung tendierend — die Erfassung des falsum-Begriffs als einer dogmatischen Einheit vorbereitet und so dessen Anwendung auch auf solche Fälle ermöglicht, die durch die *lex Cornelia de falsis* nicht gedeckt waren⁷⁵.

Das bedeutete praktisch ein Zurückdrängen des Anwendungsbereiches des Stellionats; um so mehr, je eher man geneigt war, ihn als reines Täuschungsdelikt zu qualifizieren. GANDINUS weist ihm allerdings diejenigen Fälle zu, in denen mangels Schädigungsmöglichkeit für ihn eine Bestrafung wegen falsum nicht in Frage kommt⁷⁶.

Verum tamen, quia constabat, dictos testes deliquisse, quoniam, ubicumque dolus versatus et ubicumque deest certum nomen delicti, illud delictum extraordinarium dicitur et coercetur pena et dicitur crimen stellionatus (D. 47, 20, 3, pr. et 1).

Damit werden jedoch die Verhältnisse auf den Kopf gestellt, indem bisher der Stellionat gerade in der Beschränkung auf Vermögensschäden seinen materiellen Charakter betont fand.

Die — insoweit allerdings kaum zu überschätzende — grundsätzliche Bedeutung des GANDINUS besteht jedoch darin, daß er den Mut zu einer selbständigen Darstellung des Strafrechts gefunden hat. Das bedeutete zunächst einen Bruch mit der Tradition, es bedeutete zweitens die Loslösung von der Systematik des *Corpus Iuris*, es bedeutete endlich die Möglichkeit, die Normen des materiellen Strafrechts unabhängig vom Zivilrecht zu entwickeln. Die Leistung des GANDINUS besteht deshalb darin, daß er das Kriminalrecht von dem Banne der Zivilistik erlöst und seine Nachfolger damit in die Lage versetzt hat, ein System des Strafrechts aufzubauen, welches nicht nur in den Rechtsfolgen (das konnte es auch bisher), sondern in den tatbestandlichen Voraussetzungen seine Selbständigkeit gegenüber den anderen Rechtsgebieten bewahrt, welches eigenen Gesetzen folgt und diese Gesetzlichkeit eben aus der Eigenart seiner Rechtsfolgen entnimmt⁷⁷. Mit Recht wird deshalb GANDINUS als der Begründer und Wegbereiter des modernen Strafrechts gepriesen.

Natürlich konnte sich eine so grundlegende Umstellung nicht von einem Tag auf den anderen vollziehen. Aufgaben von solcher Größe sind einer Generation gesetzt; die Kraft eines einzelnen übersteigen sie. So mag es sich erklären, daß GANDINUS von den durch solche Perspektive gebotenen Möglichkeiten zur Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände verhältnismäßig geringen Gebrauch gemacht, ja daß er selbst die grundsätzliche Bedeutung dieser Leistung kaum erkannt, jedenfalls nicht klar hervorgehoben hat. Das war das Erbe, das er seinen Nachfolgern hinterließ.

⁷⁵ Näheres bei KUTTNER: Die juristische Natur der falschen Beweisaussage S. 21.

⁷⁶ Bei KANTOROWICZ: S. 338 nr. 27.

⁷⁷ Vgl. oben S. 28 Anm. 7.

II. Blüte und Verfall der Systematik in den Schriften der Kommentatoren.

Es ist nicht mehr als ein Zufall, wenn uns in der Zeit der Post-Glossatoren zuerst wieder ein Kriminalist begegnet; JACOBUS DE BELLVISIO hat sich in seiner *practica rerum criminalium*⁷⁸ außer mit strafprozessualen Fragen auch ziemlich eingehend mit dem materiellen Strafrecht befaßt.

Deshalb darf man allerdings nicht annehmen, daß nun hier der von GANDINUS gelegte Keim bereits zur vollen Entfaltung gelangt. Im wesentlichen bewegt sich JACOBUS DE BELLVISIO in den Bahnen, die ihm durch die traditionelle Jurisprudenz unter dem Einfluß des *Corpus Iuris* vorgezeichnet sind.

Auch er geht deshalb von dem Gegensatz zwischen Zivil- und Kriminalverfahren oder, wie er selbst sagt, zwischen *crimina privata* und *crimina publica* aus, verwehrt sich jedoch unter Berufung auf C. 3, 35, 3 und D. 47, 10, 7, 1 gegen die Annahme, daß beide Verfahrensarten völlig einschränkungslos miteinander konkurrieren⁷⁹. Richtig ist auch die Feststellung, daß das Prinzip der passiven Vererblichkeit vor erfolgter Litiscontestation eines der Unterscheidungsmerkmale beider Deliktformen bildet⁸⁰.

Daß dieser Unterschied gleichzeitig den Gegensatz zwischen Ersatz- und Strafklagen kennzeichnet, wird von dem Juristen nicht ausdrücklich hervorgehoben. Der Gegensatz als solcher aber ist ihm wohl bekannt, ja sogar von prinzipieller Bedeutung, so daß er — unter Außerachtlassung der prozessualen Differenz — zunächst zu der Unterscheidung von *actiones pro re subtracta* und *actiones pro poena* gelangt und erst innerhalb der letzteren zwischen der *poena pecuniaria*, der alten Privatstrafe, und der *poena corporalis* des Kriminalverfahrens unterscheidet⁸¹.

Um so merkwürdiger mutet es eigentlich an, wenn der Gegensatz von *actiones circa rem* und *actiones circa personam*, von *actiones de re familiari* und *actiones vindictam spirantes* mit keinem Wort Erwähnung findet. Daß er zum mindesten als solcher nicht aufgegeben ist, beweist die Charakterisierung der Realiniurie (Beschmutzung von Kleidern) als *iniuria personalis*⁸² und läßt sich ferner daraus entnehmen, daß das Verhältnis von *rapina* und *vis publica* durch den Gegensatz *persona* — *res* erläutert⁸³, eine Konkurrenz zwischen *actio iniuriarum* und *actio furti* für zulässig erklärt⁸⁴ und die aktive

⁷⁸ Abgedruckt in der von FRANCISCUS MODIUS herausgegebenen Sammlung: *Rerum Criminalium Praxes, et tractatus omnium nobiliorum, qui ad hunc diem exiverunt, iureconsultorum, in quibus processus publicorum iudiciorum, maleficiorumque et suppliciorum omnium, quae in usum cadere possunt, ratio non minus succincte quam docte traditur* (Francofurti 1587) Band I S. 245 ff.

⁷⁹ Lib. I Cap. 3 nr. 77 (S. 252). ⁸⁰ Lib. I Cap. 3 nr. 79 (S. 252).

⁸¹ Lib. I Cap. 10 nr. 2 (S. 266).

⁸² Lib. I Cap. 7 nr. 54 (S. 251). Dazu *Additio* 6 (S. 254).

⁸³ Lib. I Cap. 10 nr. 40 (S. 270).

⁸⁴ Lib. I Cap. 10 nr. 42 (S. 270) mit eingehender Begründung.

Vererblichkeit der *actio iniuriarum* vor erfolgter Litiskontestation verneint wird⁸⁵.

Andererseits zeigen sich unverkennbar moderne Einflüsse darin, daß innerhalb der *iniuria* wenigstens für die Strafzumessung zwischen *Realiniuria* und *Körperverletzung* unterschieden wird⁸⁶. Die *iniuria personalis censetur maior quacunq̄ue reali, cum corpus sit dignius rebus*. Hierher gehört ferner, daß die Verfälschung von Waren ganz allgemein als *falsum* strafbar sein soll⁸⁷, und endlich, daß trotz des Erfordernisses eines *animus furandi* Bestrafung des Diebes auch dann eintritt, *si non lucri causa fecerit*⁸⁸. Das ist eine Entscheidung, die sich aus den Quellen nicht begründen läßt und die Geschlossenheit des Systems gefährdet.

So revolutionär, wie diese Neuerungen erscheinen, war aber JACOBUS DE BELLVISIO keineswegs, und von der Erkenntnis der grundsätzlichen Bedeutung jener *Modernismen* war er wohl weit entfernt. —

Unter den Zivilisten ist an erster Stelle CINUS zu nennen, von dessen Anschauungen sich — trotz der beschränkten Zahl seiner Schriften — ein im ganzen klares Bild gewinnen läßt. Im wesentlichen ist man allerdings für die hier zu erörternden Probleme auf die *Lectura Codicis*⁸⁹ angewiesen.

Während der Gegensatz zwischen *actiones poenales* und *actiones reipersecutoriae* als bekannt vorausgesetzt wird, findet die Auslegung von C. 9, 31 und sein Verhältnis zu C. 9, 35, 8⁹⁰ eingehende Erörterung. Die Glosse hatte die Schwierigkeit folgendermaßen zu lösen versucht:

quando civilis competit ad rem familiarem, et criminalis ad vindictam: tunc obtinet ista lex, sed quando civilis datur etiam ad vindictam: tunc non potest nisi una agi. et ita intelliguntur leges contrariae.

CINUS gibt aber zu bedenken — und wie wir sehen werden, liegt in diesem Einwand in der Tat das grundsätzliche Argument gegen jene ganze Lehre — daß sich mit dieser Entscheidung die *poenale* Natur der *actio furti* und der übrigen vermögensschützenden Klagen, insbesondere aber die Tatsache nicht verträgt, daß diese Klagen auf einen den Vermögensschaden übersteigenden Geldbetrag gerichtet sind.

Sed contra hoc instatur. *actio furti competit ad vindictam: quia est poenalis ad duplum et quadruplum. Et tamen potest agi civiliter et criminaliter. Et sic ista non videtur bona solutio.*

Die Lösung, die CINUS in Anschluß an seinen Lehrer DYNUS vorschlägt, kann sich an Begriffsschärfe und Klarheit mit der Fragestellung nicht messen; auch CINUS vollzieht ganz unmerklich den Übergang von der Natur des Angriffsobjekts zu der Art der Rechtsfolge und dem Strafzweck. Weil die Grundlage einiger Delikte in dem Angriff gegen das Vermögen besteht, deshalb soll auch der gesamte Strafbetrag unter dem Aspekt des Vermögensschadens zu verstehen sein und sich gerade hierdurch von der Funk-

⁸⁵ Lib. I Cap. 3 nr. 79 (S. 252). ⁸⁶ *Additio* 6 (S. 254).

⁸⁷ Lib. I Cap. 7 nr. 6 (S. 256). ⁸⁸ Lib. I Cap. 10 nr. 1 (S. 266).

⁸⁹ *Cynus Pistoriensis, Lectura supra Codice et Digesto vetere*, Lugd. 1547.

⁹⁰ Fol. 382 col. 2 nr. 4 („Plerisque“).

tion der *vindicta* unterscheiden, welche die andere Kategorie von Klagen charakterisiert.

Respondetur quod hic in actione furti agitur propter rem familiarem: hoc est ad rem recuperandam quae fuit in bonis nostris. et ratione rei quae in bonis nostris esse dicitur, competit: licet sit poenalis.

Damit wäre an sich eine lediglich reipersecutorische Aufgabe umschrieben, die eigentlich die *condictio furtiva* erfüllt. Mit einem *vel clarius* gleitet der Jurist über diese Schwierigkeit hinweg und gelangt so zu der bekannten, angeblich⁹¹ von DYNUS herrührenden Formulierung:

aut competit civilis ex delicto circa rem aestimabilem commisso, aut competit ex delicto commisso circa rem non aestimabilem. Primo casu non dicitur actio prodita ad vindictam, sed ad persecutionem damni. Licet ratione delicti detur, ut in lege Aquilia et actione furti et vi bonorum raptorum dicitur. Secundo casu videtur ad vindictam prodita, ut in actione iniuriarum et similibus. Et hoc patet D. 35, 2, 32 secundum Dynum.

Dieser an sich einleuchtenden Begründung steht nun aber wieder C. 9, 35, 8 entgegen. Nach dem Bericht des CINUS⁹² gab es hierüber verschiedene Ansichten. Er selbst erwähnt deren drei. Nach der einen entsteht aus dem vorliegenden Tatbestand (*verberatio servi*) lediglich eine *actio iniuriarum*, welche — ohne Berücksichtigung des entstandenen Vermögensschadens — reine *vindicta*-Funktion ausübt. Diese Ansicht scheitert aber an der Tatsache, daß das kaiserliche Reskript eben jene gerelle Verweisung auf den Vermögensschaden enthält. Eine zweite Lehre — uns auch bereits aus der Glosse bekannt — hält die Berücksichtigung von Vermögensschäden innerhalb der *actio iniuriarum* als Akzessorium, wenn auch nicht als primären Klagegrund, für zulässig. Mit Recht wendet CINUS gegen sie ein, daß sie mit dem Prinzip der persönlichkeitschützenden Qualität der *actio iniuriarum* nicht vereinbar sei. Er selbst folgt deshalb einer dritten, von Petrus vertretenen Meinung; darnach bildet die *verberatio servi* die Grundlage von zwei verschiedenen Klagen, der *actio iniuriarum*, *per quam prosequitur quis contumeliam*, und der *actio legis Aquiliae*, deren Grundlage eben der dabei erlittene Vermögensschaden bildet. Zu dieser Lehre des Petrus hatte sich CINUS bereits an früherer Stelle, nämlich in der Erläuterung zum tit. 31⁹³ ausdrücklich bekannt. Dort erwähnt er auch, daß diese *brevis* Lösung von einigen Gelehrten mißbilligt werde und durch eine sehr viel kompliziertere Analyse (mit allerdings annähernd gleichem Ergebnis) ersetzt worden sei⁹⁴.

Die Beschränkung des Materials bringt es mit sich, daß sich diese Grundanschauungen des Verfassers im Detail nicht nachweisen lassen. Bemerkens-

⁹¹ Zur Genealogie der Formel: Sie kehrt — mit geringfügigen Abweichungen — wieder bei ALBERICUS und BARTOLUS, wird auch von BARTOLUS dem DYNUS zugeschrieben. Vgl. unten S. 112 u. 118.

⁹² Fol. 382 col. 2 nr. 4 („Plerisque“), fol. 385 col. 2 nr. 20 („Dominus“).

⁹³ Vgl. S. 107 Anm. 90.

⁹⁴ Vgl. auch fol. 238 col. 2 nr. 1 („Manifestissimi“): „cum alicui fit furtum, non videtur iniuriarum pati, nec personae fit iniuriae: immo videtur circa rem committi . . . et ideo . . .“

wert ist immerhin, daß er mit JACOBUS DE ARENA die von einigen Juristen verteidigte Lehre ablehnt, nach der beim *furtum* ein *animus lucrandi* nicht erforderlich sei⁹⁵.

Das Verhältnis zwischen *furtum* und *stellionatus* wird ebenfalls im Sinne der herrschenden Lehre bestimmt⁹⁶. Der *falsus procurator* ist dann, und nur dann wegen Diebstahls zu strafen, wenn ein Eigentumsübergang nicht erfolgt ist; ob dies der Fall ist, hängt von dem Gegenstand des Irrtums (*error in persona*, *error in conditione personae*) ab. Andererseits ist die Begriffsbestimmung des *stellionatus* ziemlich weit gefaßt, nach Ansicht des Verfassers fällt auch der Ungehorsam gegen den Gerichtsbefehl darunter⁹⁷. Jedoch soll eine Bestrafung entfallen, wenn ein Vermögensschaden nicht entstanden ist, jedenfalls dann, wenn der Wert des doppelt verpfändeten Gegenstandes die Ansprüche beider Pfandgläubiger deckt.

Von CINUS wird endlich zum ersten Male die Frage erörtert⁹⁸, warum eigentlich nicht auch die *actio de dolo*, wie die meisten anderen privaten Deliktssklagen, Grundlage eines Kriminalverfahrens habe werden können.

nam cum ex quolibet crimine posset agi dupliciter, ex dolo non poterat nisi civiliter agi. et ideo introductum fuit crimen stellionatus, quo criminaliter intenditur.

Über den Grund dieser beschränkten Anwendungsfähigkeit der Klage erfahren wir nun allerdings nichts. Immerhin bleibt es höchst verdienstlich, daß diese Frage überhaupt einmal aufgeworfen wird, und zeugt, ebenso wie die früheren Ausführungen zum Gegensatz der Klagearten, von einer ungewöhnlich klaren Einsicht in die Problematik, die schon SAVIGNY dem Verfasser nachgerühmt hat. In der Lebensbeschreibung erwähnt SAVIGNY⁹⁹ auch, daß CINUS sich nach seinem eigenen Bericht bemüht habe, die Kenntnis der Schriften seiner französischen Zeitgenossen unter seinen Landsleuten zu verbreiten. Deshalb habe er häufig aus ihren Werken, insbesondere aus denen von JACOBUS DE RAVANIS und PETRUS DE BELLAPARTICA zitiert.

Abgesehen von der *Furtum*stelle sind uns derartige Zitate bisher nicht

⁹⁵ Fol. 233 col. 4 nr. 4 („*Si ex pecunia*“).

⁹⁶ Fol. 237 col. 1 (zu l. 12 § 13, D. 8, 9) nr. 8:

„*Error in persona aut error in conditione personae. Primo casu. verbi gratia. quidam induit se vestibus procuratoris et anulum suum gestabat in digito, venit ad debitorem meum, qui credens eum procuratorem, illi solvit. Isto casu erratur in persona et tunc non transfertur dominium . . . Secundo casu quando non erratur in persona, sed in conditione personae, ut quia cognoscit eum debitor, tamen apportat literas falsas, et dicit se esse procuratorem: et sic solvat ei. Isto casu dominium potest in eum transferri . . .*“ „*Et ideo aut debitor tradit ei pecuniam ut nuntio, ut ferat eam domino: et tunc non transfert; et si interceptat eam, sibi committit furtum. aut tradit non tanquam nuntio, sed ut faciat liberam, isto casu dominium transfertur*“ „*in dubio recurrimus ad verba qualiter dixit tunc, cum tradidit pecuniam.*“

Wegen der Aktivlegitimation vgl. fol. 235 col. 1 („*Si is cui*“); fol. 236 col. 3 nr. 5 („*Falsus procurator*“); fol. 238 col. 1 nr. 1 („*Manifestissimi*“).

⁹⁷ Fol. 383 col. 4 nr. 1, 2. ⁹⁸ Fol. 383 col. 4 nr. 1.

⁹⁹ Geschichte (2. Aufl.) Bd. VI S. 88.

begegnet. Dagegen findet sich eine sehr interessante und aufschlußreiche Bemerkung des JACOBUS DE RAVANIS im Digestenkommentar des ALBERICUS DE ROSATE (Dig. Nov., zu D. 47, 2, 21, 2)¹⁰⁰:

Ibi nondum fur est, quantum ad actionem civilem, sed quantum ad criminalem sic. Ubi sufficit conatus (ut D. 47, 18, 1, pr.). ratio huius differentiae est, quia in criminalibus attenditur vindicta publica, et purgatio malorum hominum, sed in civili ad damnum quod passus est ille qui agit. (arg. C. 9, 31 et D. 39, 4, 9, 5). agi autem potest pro furto civiliter, et criminaliter ut D. 47, 1, 3. Jac. de Ra.

Mit der Erkenntnis, daß die Strafbarkeit des Versuches als solchen nur aus der Eigenart kriminalpolitischer Zielsetzung zu rechtfertigen ist, wird in der Tat das Verhältnis beider Disziplinen zueinander auf eine ganz neue Basis gestellt, und damit ein weiterer bedeutsamer Schritt auf dem Wege getan, den GANDINUS vorgezeichnet hatte. Der Verfasser sucht deshalb seine These näher zu begründen. Dies geschieht bezeichnenderweise durch einen Hinweis auf die Gegensätzlichkeit der Funktionen; *vindicta publica* und — darin ein Fortschritt von unermeßlicher Tragweite — *purgatio malorum hominum* erscheinen als die Aufgaben des Strafrechts, Wiedergutmachung des vom Verletzten erlittenen *damnum* wird als Zweck des Zivilrechts bezeichnet. Die Frage nach der Funktion der *actio iniuriarum*, vom klassischen und späteren römischen Recht als *vindicta* (scil. *privata*) dem *damnum* scharf gegenübergestellt, von der *publica vindicta* aber, wie die Konkurrenzlehre zeigt, nicht scharf geschieden, wird vorsichtshalber nicht angeschnitten. Noch wichtiger vielleicht ist, daß auch das grundsätzliche Neue jener Stellungnahme nicht deutlich hervorgehoben wird. ALBERICUS zitiert ganz unbefangen C. 9, 31, und vor allem D. 39, 4, 9, 5. Man gewinnt darnach den Eindruck, daß sich seine These durchaus in den Bahnen des *Corpus Iuris* bewege. Aber in den zitierten Quellenstellen wird nur ganz allgemein der Gegensatz von Zivil- und Kriminaljustiz hervorgehoben (so C. 9, 31) oder (wie in D. 39, 4, 9, 5) die Verschiedenartigkeit der Rechtsfolgen betont, welche sich aus dem gleichen Sachverhalt unter straf- und privatrechtlichem Gesichtspunkt ergeben können. Die entscheidende Wendung zur Neu- und Andersgestaltung des Tatbestandes findet dort keine Stütze.

Mit Unrecht beruft sich der Verfasser ferner auf D. 47, 18, 1, pr.¹⁰¹. Auch dort wird vorausgesetzt, daß das Delikt zur Vollendung gelangt ist. Aber selbst wenn ALBERICUS' Auslegung zutreffen würde, wäre damit nicht viel gewonnen.

Denn dort handelt es sich um die Bestrafung des Entweichens von Gefangenen, mithin um einen Fall, in dem typisch öffentliche Interessen auf dem Spiele stehen. Es handelt sich ferner um einen Tatbestand, der zu der Kategorie der *crimina extraordinaria* zählt, also demjenigen Gebiet an-

¹⁰⁰ ALBERICUS DE ROSATE: *Commentarii in Digestum Novum* (Venet. 1585) II fol. 146 col. 3.

¹⁰¹ Vgl. dazu allerdings Inst. IV, 1, 8 u. GAIUS II, 198, wo der Versuch generell (ohne kriminalpolitische Begründung) kraft der Einheit des Tatbestandes für genügend erklärt wird. Richtig dagegen verlangt D. 11, 3, 1, 3 Eintritt des Erfolges.

gehört, innerhalb dessen sich bereits in der Zeit vor JUSTINIAN die Anfänge eines echten Strafrechts entwickelt haben und besonders leicht entwickeln konnten, weil korrespondierende Tatbestände im Privatrecht nicht vorhanden waren. Der Übertragung dieser Gedankengänge auf das *furtum* stand deshalb prinzipiell dessen privatrechtliche Funktion, stand auch ausdrücklich D. 47, 2, 21, 7 entgegen. Mit beiden Bedenken hat sich ALBERICUS nicht auseinandergesetzt; er ist damit den Nachweis schuldig geblieben, daß seine These sich in das Gesamtsystem des römischen Rechts einordnen läßt; er hat aber andererseits auch nicht erkannt, jedenfalls nicht zugegeben, daß sie ihm in der Grundlage widerspricht.

Daß letzteres nicht geschehen ist, kann nicht wundernehmen, wenn man das Gesamtwerk des ALBERICUS überschaut. ALBERICUS war alles andere als ein kühner Neuerer; war vielmehr ein früher Vertreter jener Periode der Rechtswissenschaft, welche sich zwar die Anpassung des überlieferten Rechts an die Erfordernisse der Gegenwart zum Ziele gesetzt hatte, in allen grundsätzlichen Fragen aber, zumal des Aufbaus und der Systematik, im Banne des spätrömischen Rechts befangen blieb. Die wissenschaftliche Leistung des ALBERICUS, wie die der Kommentatoren überhaupt, bedeutet deshalb — was die Modernisierung des Rechts betrifft — wohl einen Fortschritt gegenüber der *formalen Rechtgläubigkeit* der Glossatoren; von einer Anschauung aus dagegen, die in der Trennung zivilrechtlicher und strafrechtlicher Dogmatik das Charakteristikum einer entwickelten Jurisprudenz zu erblicken sich gewöhnt hat, d. h. vom Standpunkt der heutigen Rechtswissenschaft aus muß sie, verglichen mit der Selbständigkeit eines GANDINUS, ja selbst mit jenem Satz des JACOBUS DE RAVANIS als ein Schritt nach rückwärts bezeichnet werden. Erst einem folgenden Jahrhundert blieb es vorbehalten, auf der durch GANDINUS gewiesenen Bahn zu einem selbständigen Strafrechtssystem vorzudringen.

Vom rein exegetischen Standpunkt aus dagegen erweist sich ALBERICUS als seinen Vorgängern in vieler Hinsicht überlegen; vor allem wohl deswegen, weil er mit besonderer Ausführlichkeit und Liebe die grundsätzlichen Probleme in den Vordergrund gerückt hat.

Der Gegensatz von *actiones poenales* und *reipersecutoriae* ist ihm durchaus geläufig und wird — den Quellen entsprechend — mit der passiven Vererblichkeit in Verbindung gebracht¹⁰².

Besonders eingehend aber hat sich ALBERICUS mit dem Gegensatz von vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Klagen beschäftigt. Die grundsätzliche Erörterung des Problems findet sich im Anschluß an D. 47, 10, 6¹⁰³. ALBERICUS wirft hier die Frage auf, wann man denn nun eigentlich von einer Klage sagen könne, daß sie auf *vindicta* gerichtet, und wann dies nicht der Fall sei. Als unbestreitbar (*planum*) wird bezeichnet, daß *omnes actiones criminales proditae sunt ad vindictam*, wobei die Frage offen

¹⁰² Dig. Nov. I fol. 158 col. 2 („In honorariis“) (zu D. 44, 7, 34).

¹⁰³ II fol. 158 col. 4 lex. VII („Quod senatus“).

bleibt, ob sich die Bezeichnung *actio criminalis* nur auf diejenigen Klagen bezieht, welche ausschließlich kriminellen Charakter haben, oder ob darunter auch jede zivile, aber kriminell verwertbare Klage fällt, sobald *agitur ex ea criminaliter*. Das letztere wird zutreffen.

Nicht ganz so klar liegt die Sache bei den *actiones civiles*.

Sed an civiles actiones, de hoc potest esse dubium.

Die von ALBERICUS unter Berufung auf DYNUS vorgeschlagene Lösung geht dahin¹⁰⁴:

aut ago pro delicto circa rem aestimabilem commissio¹⁰⁵, aut circa inaestimabilem. Primo casu non videntur proditae ad vindictam, sed ad persecutionem damni, licet ratione delicti detur, ut lex Aquilia et vi bonorum raptorum. Secundo casu videntur ad vindictam proditae, ut in hac actione iniuriarum et similibus . . .

und dieser Gegensatz wird bald darauf dazu verwendet, um die in ihrer Bedeutung nicht ganz klare l. 4 (D. 48, 1) zu erläutern.

Derselbe Gedankengang kehrt, z. T. in gleicher Formulierung, im Commentar zu C. 9, 31 noch einmal wieder¹⁰⁶.

Man hatte eingewandt, es könne gemäß D. 47, 10, 6 u. 7 § 1 nur entweder die Zivil- oder die Kriminalklage erhoben werden. Die Glosse hatte diese Bedenken mit dem Hinweis auf den Gegensatz von *actiones ad vindictam* und *pro re familiari* zurückgewiesen. ALBERICUS befürchtet einen weiteren Einwand:

contra hoc quod actio furti competit ad vindictam, scil. ad penam dupli vel quadrupli, et tam [en] potest agi civili et criminali [actione].

Die Art in der ALBERICUS jene Stelle verteidigt, erinnert an die Begründung, welche wir bereits bei den Glossatoren kennen gelernt haben:

sed respondet quod in actione furti agitur propter rem familiarem, scilicet: pro recuperatione rei quae fuit in bonis nostris, in contrario pro re qu[a]e non fuit in bonis nostris.

Damit ist er aber unmerklich von der Wortinterpretation, bei der seine Vorgänger stehen geblieben waren, in das Gebiet sachlicher Argumente hinübergelitten, indem der Gegensatz der Klagearten durchaus zutreffend in ihre tatbestandlichen Voraussetzungen verlegt wird. Um diesen Gedanken, wie er selbst sagt, noch klarer hervortreten zu lassen, wird deshalb der oben zitierte Satz des DYNUS noch einmal fast wörtlich wiederholt:

aut competit civilis pro re estimabili aut pro re non estimabili, primo casu non dicitur actio prodita ad vindictam, sed ad persecutionem damni, licet detur ex delicto ut lex aquilia, furti et vi bonorum raptorum. secundo casu videtur ad vindictam prodita ut in actione iniuriarum et similibus . . .

¹⁰⁴ Vgl. schon S. 108 Anm. 91. ¹⁰⁵ Text: commissi.

¹⁰⁶ Commentarii in Codicem (Venetiis 1534) fol. 196 col. 1 nr. 1 („Plerisque“).

Die folgenden Ausführungen stellen eine fast wörtliche Wiederholung der Lehre des CINUS (oben S. 108 Anm. 91) dar; ich habe sie als Beispiel dieser damals ganz allgemein geübten wissenschaftlichen Methode z. T. wörtlich übernommen. Vgl. unten S. 118 Anm. 128: Bartolus. Dazu auch: Comm. sup. Cod. II. fol. 201 c. 3 („Dominus“).

Daß mit dieser Entscheidung C. 9, 35, 8 nicht ganz in Einklang steht, ist natürlich auch dem ALBERICUS nicht entgangen. Er bemerkt dazu:

Petrus dicit quod in l. 8 non venit estimatio iure actionis iniuriarum, sed legis aquiliae, ut ibi dicitur. et ita tollitur contrarium d. l. 6 (47, 10).

Das ist etwa die Lösung, welche den Glossatoren als herrschende Lehre geläufig war und der sich ja auch CINUS angeschlossen hatte. Daß sie bestritten wurde, weiß ALBERICUS sehr wohl; was er allerdings gerade an dieser Stelle über die Ansicht der Gegner berichtet, läßt sich mit der herrschenden Lehre, soweit ich sehe, ganz gut in Einklang bringen.

Quibusdam aliis doctis non placet h[a]ec solutio, et ideo subtiliter dicunt quod in actione iniuriarum illud idem allegatur quod in criminali causa et quod in civili causa, sed in aliis delictis aliud allegatur in criminali, aliud in civili.

Das ist zunächst die alte Lehre vom Gegensatz zwischen actiones ad vindictam und actiones de re familiari unter Hervorhebung ihrer Auswirkungen auf das Konkurrenzproblem; vindicta publica und vindicta privata werden nicht unterschieden, deshalb die Aufgaben aller Kriminalklagen und der actiones privatae vindictam spirantes für identisch erklärt; und nun folgt eine vorbildliche Analyse des Tatbestandes der l. 8:

verbi gratia: „interfecisti servum meum iniuriose ipsum“ factum allegatur per se, unde, si factum est, uno modo potest agi [scil. actione iniuriarum (!)], alio secus in actione legis aquiliae.

Gibt also der Sachverhalt gleichzeitig die Grundlage für eine Vermögensschadensklage wie für eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung ab, so muß die Entscheidung von dem Willen des Klägers abhängen.

licet enim dicam: te interfecisse, hoc non allego propter ipsam interfectionem, sed propter damnum datum ut appareat esse datum et sic non principaliter de occisione sed de damno dato tractatur. in actione autem iniuriarum principaliter propter interfectionem allegatur, non propter aliquid damnum, ratione cuius intersit mea.

Damit wird zunächst klargestellt, daß die Tötung eines Sklaven tatbestandsmäßig beide Klagen deckt, womit im wesentlichen D. 47, 10, 7, 1 übereinstimmt. Die entschiedene Frage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Klagen wird dann ganz kurz erörtert, und zwar mit dem Ergebnis, daß eine gleichzeitige Geltendmachung beider Klagen unzulässig sei. Man möchte daraus entnehmen, daß nach Ansicht der *quidam alii doctores*, welche ALBERICUS wohl auch insoweit nur referiert, einer sukzessiven Geltendmachung beider actiones Bedenken nicht entgegenstehen, daß also ihre Meinung von der zuerst erwähnten Lehre sich lediglich dadurch unterscheidet, daß sie eine mehr grundsätzliche Begründung versucht haben. Darnach scheint ALBERICUS — jedenfalls im Ergebnis — mit ihnen übereinzustimmen.

Das ist allerdings durchaus nicht sicher. An anderer Stelle (D. 47, 10, 15, 46)¹⁰⁷ berichtet er — ohne eigene Stellungnahme — über die Ansichten von JAC(OBUS) und DYN(US), die beide, wenn auch in verschiedener Weise,

¹⁰⁷ II fol. 161 col. 4 (§ si quis servo) nr. 1, 2.

die I.8 (C.9, 35) in ihrer ursprünglichen Bedeutung dadurch zu retten suchen, daß sie den Kreis der bei der *actio iniuriarum* beachtlichen Vermögensschäden einengen. JACOBUS meint:

in actione iniuriarum haberi rationem damni dati in servo per atrocitatem iniuriae, ut si debilitaret servum, et expensarum ea occasione in servum factarum, (etiam) si extrinseca damna non veniunt in hac actione, sed in Aquilia

Damit wird aber in ein in sich durchaus geschlossenes System eine vollkommen sachfremde Unterscheidung hineingetragen. Der Gegensatz zwischen *damna extrinseca* und *damna intrinseca*, auf den JACOBUS die Unterscheidung abstellt, ist im Wesen der Dinge keineswegs begründet. Das Beispiel, das den Begriff der *damna extrinseca* erläutert (*sic, puta si ex tali causa non potui parere conditioni sub qua haeres fuit institutus, et sic perdit est haereditas*) macht die Sache auch nicht klarer.

Ebenso steht es mit dem Harmonisierungsversuch des DYNUS¹⁰⁸, der die I.8 dahin auslegt, daß es sich in dem dort zur Erörterung stehenden Falle um ein *damnum immediate ex illatione ipsa iniuriae datum* handle. Auch diese Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden, eine Unterscheidung also nach der Art des Kausalzusammenhanges, ist weder quellengemäß noch sachlich zu billigen.

Wenn — und sei es auch nur in beschränktem Umfange — der *actio iniuriarum* die Funktion der *rei persecutio* zugewiesen wird, so ist damit der prinzipielle Gegensatz zwischen den einzelnen Klagearten, den wir als die Grundlage des gesamten Deliktssystems erkannt haben, aufgehoben. Auf den Umfang der Einschränkung kommt es verhältnismäßig wenig an.

Wie sich eigentlich ALBERICUS zu diesem Streit gestellt hat, ist schwer zu sagen. Seine *solutio*¹⁰⁹: *agere iniuriarum et Aquiliae sunt diversa, et non contraria, et ideo ab eodem intentatur* geht an der entscheidenden Frage vorbei. Die Zulässigkeit der Konkurrenz wird ja weder von JACOBUS noch von DYNUS bestritten, bildet vielmehr für sie den Anlaß, innerhalb der kausalen Vermögensschäden zwischen (für die *actio iniuriarum*) beachtlichen und unbeachtlichen zu unterscheiden. ALBERICUS konnte sich deshalb auch hierfür nicht nur auf D.9, 2, 5, 1, sondern auf DYN(US) selbst berufen.

Was er zu C.9, 35, 8 selbst ausführt¹¹⁰, liegt andererseits noch ganz in der Linie des Hergebrachten. Zunächst wird als Einwand der Glosse vortragen:

Opponitur glossa quod h[a]ec actio non persequatur damnum, sed contumeliam (ut 47, 10, 15, 46) omissis aliis.

ALBERICUS gibt hier unter Berufung auf PETRUS die durchaus überzeugende Antwort:

. . . ex iniuria servo illata duplex nascitur, actio iniuriarum quae prosequitur contumeliam, et aquilia quae prosequitur damnum. et hic facit regulam ad aquiliam, et sic non ad genus actionis, sed ad speciem.

¹⁰⁸ II fol. 161 col. 4 (§ si quis servo) nr. 1.

¹⁰⁹ II fol. 161 col 4 (§ si quis servo) nr. 2.

¹¹⁰ Fol. 201 col. 2 („Dominum“).

Damit verträgt sich aber wieder die Bemerkung zu D. 44, 7, 34¹¹¹ nicht:

si agendo actione iniuriarum habita sit ratio damni, tollitur Aquilia, nisi in id quod plus est. si autem non fuit habita ratio damni in nihilum tollitur. Dyn.

Das setzt doch voraus, daß der Verletzte zum mindesten die Wahl hat, ob er mit der (an sich zulässigen) actio iniuriarum Vermögensschäden verfolgen will, bedeutet also, daß ALBERICUS der Ansicht des JACOBUS oder DYNUS folgt, dem ja auch dieser Satz entlehnt zu sein scheint.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, dieser Divergenz der Anschauungen eines Juristen nachzugehen. Ist die Überlieferung richtig — und daran zu zweifeln besteht kein begründeter Anlaß — so bietet die wechselnde Stellungnahme des ALBERICUS das getreue Abbild des Streites zwischen Buchstabentreue und Harmonisierungsbedürfnis, welcher die Arbeit der Glossatoren kennzeichnet; daß aber ALBERICUS sich dieses Widerstreites der von ihm gebilligten Lehrmeinungen nicht bewußt geworden ist, mag vielleicht darin seinen Grund haben, daß er zwar ein fleißiger Kompilator, aber weniger ein scharfer Denker gewesen ist.

Solcher Einstellung entspricht es durchaus, wenn man bei ALBERICUS eine verhältnismäßig breite Erörterung des Grundproblems, aber relativ wenig zu dessen einzelnen dogmatischen Konsequenzen findet.

Der Begriff der iniuria wird gelegentlich mit contumelia in Beziehung gesetzt, im übrigen aber nicht näher geklärt¹¹².

Von der Vermögensqualität des furtum scheint auch ALBERICUS auszugehen. Darauf deutet die Glossierung des *interest* in D. 47, 2, 50 durch *ratione affectionis* (unter Berufung auf OLDRADUS¹¹³), darauf die Erklärung von D. 47, 2, 27 (Begehung durch den Schuldner¹¹⁴). Vor allem aber ist hier die von ALBERICUS referierte Erklärung der l. 83 § 2 (D. 47, 2) durch JACOBUS DE RAVANIS zu erwähnen¹¹⁵.

ibi tenebitur cum domino periciositatem ancillae ademerit: nam licet libidinis fuerit animus principalis secundarius fuit lucrandi ancillae usum, ex quo (!) dominus damnum (!) sentit: sed nullam sentit in meretrece sic surrepta, et ideo cum nihil domino sit ademptum, ergo nec furtum factum, quia ab auferendo dictum est.

Beim *lucrum* wird nach alter Manier zwischen solchen Vorteilen unterschieden, die *sine alterius iniuria percipi possunt*, und solchen, bei denen es umgekehrt liegt und die deshalb in die Schadensberechnung nicht eingestellt werden dürfen¹¹⁶.

Verglichen mit der Reichhaltigkeit der grundsätzlichen Erörterungen zum Gegensatz der Klagearten ist die Lehre vom *Stellionat* sehr dürftig weggekommen. Immerhin lassen einige Andeutungen Raum für die Annahme, daß ALBERICUS derjenigen Auffassung zuneigt, welche den Tat-

¹¹¹ Dig. Nov. I fol. 158 col. 2 („Qui servum“).

¹¹² Comm. in Cod. II fol. 200 col. 3 („de iniuriis“) nr. 3.

¹¹³ Dig. Nov. II fol. 149 col. 1 („in furti actione“) [Druckfehler: fol. 141].

¹¹⁴ Fol. 146 col. 3 („Qui tabulas“) nr. 1. ¹¹⁵ Fol. 152 col. 2 („Qui ancillam“).

¹¹⁶ Zu Cod. 6, 2: fol. 6 col. 1 („Si ex pecunia“) nr. 14.

bestand dieses Delikts weiter umgrenzt und nicht auf die Begehungsform der Täuschung beschränkt.

So findet die Unterscheidung der Irrtumsarten (*error in persona* und *error in condicione personae*, oder *error in substantia personae* und *error in condicione personae*, u. ä. m)¹¹⁷, welche ALBERICUS an mehreren Stellen zur Abgrenzung des *furtums* von anderen Straftaten verwendet, ihre zwanglose Erklärung. So versteht man, warum derjenige, der den Anordnungen der zuständigen Behörde (und zwar *ius dicentis*) nicht nachkommt, wegen eines *crimen stellionatus* bestraft wird¹¹⁸. Daß bei der Sachentziehung nur diejenigen Fälle unter den *Stellionat* fallen, welche durch Täuschung begangen werden, liegt ebenfalls im Wesen der Sache begründet. Mit Recht wird deshalb (im Anschluß an OLDRADUS) der Fall des *merces supponere* (D. 47, 20, 3, 2) so ausgelegt, daß eine Kollision mit dem *furtum* vermieden wird, d. h. *negando, seu celando agentibus tributoria, non autem contrectando*¹¹⁹.

Das Zeitalter der Kommentatoren erreicht seinen Höhepunkt in BARTOLUS, dessen Schriften sich auch in der Behandlung der hier interessierenden Probleme durch eine besonders umfassende Quellenbenutzung und Gründlichkeit der Analyse auszeichnen¹²⁰.

Daß ein Gegensatz zwischen *actiones poenales* und *actiones reipersecutoriae* besteht, ist auch BARTOLUS selbstverständlich. Zu einer Stellungnahme zwingt in dieser Hinsicht überhaupt nur die Tatsache, daß es möglich und üblich war, auch im echten Kriminalprozeß Geldstrafen zu verhängen. Der von einigen vertretenen Ansicht, der Gegensatz von ziviler und krimineller Rechtsverfolgung sei identisch mit dem von Geld- und Körperstrafen, widerspricht er mehrfach, wenn auch nicht immer mit gleicher Entschiedenheit¹²¹.

quando agitur ad poenam applicandam parti, agitur civiliter: sed ad poenam applicandam fisco, agitur criminaliter.

Dagegen ist das Verhältnis von *actiones circa rem* und *actiones circa personam* durchaus problematisch, und BARTOLUS äußert sich recht ausführlich hierzu. Im Anschluß an die eben zitierte Stelle wird nämlich die Frage aufgeworfen, *an furtum sit iniuria*¹²². JACOBUS DE ARENA hatte dies nach dem Bericht von BARTOLUS verneint und sich dabei auf die vorliegende Stelle berufen. BARTOLUS stimmt ihm bei, fügt aber hinzu:

sed certe licet furtum sit iniuria, non tamen afficit personam.

Das führt den Juristen auf das ganz allgemeine Problem¹²³:

Quaero quae dicatur offensa in persona.

¹¹⁷ Zu Cod. 6, 2: fol. 8 col. 3 nr. 9 („navigia“). Zu Dig. 47, 2, 43, 1: II fol. 148 col. 2 („falsus procurator“) nr. 3.

¹¹⁸ Cod. fol. 200 col. 1 („De crimine stellionatus“) nr. 3 („Super rubrica“).

¹¹⁹ Dig. Nov. fol. 166 col. 1 („Sed si quis merces“).

¹²⁰ Vgl. LANDSBERG: Glosse des Accursius S. 32 Anm. 3.

¹²¹ Dig. Nov. I. fol. 43 col. 2 („Quod illicite“).

¹²² Dig. Nov. II. fol. 126 col. 2 („Pretor ait“); vgl. f. 118 col. 1 („Hoc edicto“) nr. 2.

¹²³ Dig. Nov. I. fol. 43 col. 2 („Quod illicite“).

Seine eigene Stellungnahme leitet er mit einer kleinen Literaturübersicht ein. D. 9, 3, 1, 6 scheine eine unmittelbare körperliche Berührung zu verlangen; IRNERIUS begnüge sich mit einem Angriff auf *res coh[a]erentes personae*. Die Glosse rechne zu den *offensae in personam* auch die *violentia*, obwohl doch *violentia* ohne unmittelbaren Angriff gegen die Person und die mit ihr verbundenen Sachen begangen werden könne.

Gegenüber diesem etwas tumultuarischen Zustand der Literatur unterscheidet BARTOLUS sehr sorgfältig drei verschiedene Bedeutungen des Begriffes und gelangt damit zu den folgenden vier Gruppen¹²⁴:

Quaedam est *offensa*, quae nullo modo fit in personam ut ea quae fit circa rem clam (ut furtum, damnum et similia). Item puto quod per adulterium non fit iniuria in personam viri, fit enim clam volente uxore.

Quaedam est *offensa* quae fit in personam large loquendo. et hoc est quandoque principaliter intendo facere aliquid circa res, secundario circa personam, ut *violentia* . . . et in ista significatione accipitur quandocumque actor principaliter prosequitur suum interesse, non p[ro]enam rei.

Quandoque *offensa* dicitur fieri ad personam stricte, ut quando tangitur persona vel res coh[a]erentes person[a]e . . . et in ista significatione accipitur quandocumque agitur ad p[ro]enam contra aliquem in suo delicto in rationabili odio infligenda[m].

Quandoque *offensa* in personam potest assumi strictius, id est quando fit in ipso corpore vel circa ea quae inseparabilia sunt a corpore ut circa pilos et capillos.

Diese Ausführungen enthalten — über die richtige Variante jener Gegensätzlichkeit hinaus — eine Fülle sehr feiner Bemerkungen, auch in stilistischer Hinsicht.

Eigenartig muß allerdings der Umstand berühren, daß BARTOLUS das *adulterium* zu den *delicta circa rem* rechnen will, wohin es ja nun ganz sicherlich nicht paßt. Die Entscheidung ist wohl auch nur so zu erklären, daß er — in negativer Auslese — zu den vermögensschützenden Klagen einfach alle diejenigen Tatbestände gezählt hat, in denen er einen Angriff auf die Person nicht entdecken konnte; und dabei hätte ihn eine etwas großzügigere und mehr vergeistigte Auffassung des Begriffes *circa personam* doch ohne weiteres zu der Erkenntnis führen müssen, daß auch das *adulterium* unbedenklich in die Gruppe der persönlichkeitschützenden Delikte einzustellen ist.

Höchst aufschlußreich ist dagegen die Gegenüberstellung von *suum interesse* und *poena rei*, und zwar in doppelter Hinsicht. Zunächst wird hier der Ausdruck *interesse* ohne Bedenken in rein vermögensrechtlichem Sinne gebraucht, obwohl, wie wir wissen, die Quellen ihn mehrfach gerade in gegenteiliger Bedeutung verwenden. Sodann bringt die Kombination *poena rei* in unnachahmlicher Weise zum Ausdruck, daß sich der Gegensatz von Strafe und Schadensersatz da am schärfsten ausprägt, wo wegen einer Beschädigung des Vermögens, *rei sci. familiaris*, nicht Ersatz, *interesse*, sondern *poena* begehrt wird. Die *poena rei* steht mithin hier in ebenso scharfem Gegensatz zur *persecutio rei*, wie sonst die Ausdrücke *persecutio rei* und

¹²⁴ A. a. O. fol. 43 col. 3.

*persecutio poenae*¹²⁵ den Unterschied von Straf- und Ersatzklagen kennzeichnen.

Der Hinweis auf die rechtspolitische Grundlage des ganzen Gegensatzes (*poena . . . in rationabili odio infligenda . . .*¹²⁶) eröffnet schließlich weite Perspektiven für die Entwicklung des Systems.

BARTOLUS hält aber an dieser Vierteilung nicht generell fest, billigt vielmehr im allgemeinen die ältere Zweiteilung, den Gegensatz von *delicta circa personam* und *delicta circa rem*. Grundsätzlich wird die Frage im Anschluß an D. 47, 10, 7, 1 besprochen. Die Bedeutung dieser Stelle wird bereits eingangs hervorgehoben¹²⁷:

iste § bonus est et solemnus.

Ihren Inhalt faßt der Jurist dahin zusammen:

Si actum est actione civili quae competit ad vindictam, tollitur accusatio criminalis; secus si ad rem familiarem civiliter sit actum.

Entsprechend wird das Verhältnis zu D. 47, 8, 2, 1 und C. 9, 31, 1 folgendermaßen bestimmt:

hic loquitur quando utraque competit ad vindictam, ibi quando altera prosequitur rem familiarem.

BARTOLUS erkennt aber richtig, daß es mit der Feststellung dieses Gegensatzes nicht getan ist; er bemüht sich deshalb um eine nähere Bestimmung.

Pro hac solutione est videndum quando actio dicatur competere ad vindictam et quando ad rem familiarem.

Auch er beginnt mit einem Zitat, das wir z.T. schon bei ALBERICUS kennen gelernt haben¹²⁸.

DYNUS . . . dicit sic: non est dubium quod accusationes sunt proditae ad vindictam (D. 39, 4, 9, 5; 47, 1, 3; 47, 2, 93). Sed de actionibus civilibus dubitatur. Sed dicit: aut agitur pro delicto circa rem [a]estimabilem commisso et non dicitur prodita ad vindictam, sed ad persecutionem rei vel damni rei familiaris, licet ratione delicti detur: ut in actione vi bonorum raptorum et lege aquilia et furti. aut agitur pro delicto circa rem in[a]estimabilem commisso. et tunc dicitur ad vindictam prodita ut in actione iniuriarum.

Man ist geneigt, sich mit dieser Interpretation unbedenklich einverstanden zu erklären. Um so mehr Verwunderung erregt BARTOLUS' Widerspruch. Dieser gründet sich zunächst auf den Tatbestand der l. 7 § 1; dort handele es sich um die Verletzung eines Sklaven, gleichwohl werde dem dominus die actio iniuriarum gewährt, die doch auf *vindicta* gerichtet sei.

In Wahrheit besteht aber ein solcher Widerspruch nicht; der Tatbestand der iniuria fordert gar keinen unmittelbaren körperlichen Angriff gegen den

¹²⁵ Vgl. Azo: Comment. Lib. IV tit. 8 (p. 404) nr. 1.

¹²⁶ An diese Formulierung des BARTOLUS klingt später eine Bemerkung des JOHANNES DE IMOLA wieder an (vgl. unten S. 138).

¹²⁷ Dig. Nov. II fol. 121 col. 3 („Si dicatur“).

¹²⁸ Oben S. 108 A. 91 und S. 118 Anm. 106.

Verletzten, sondern kann auch dadurch erfüllt werden, daß *animo iniuriandi* ein Angehöriger verletzt oder eine Sache beschädigt wird.

Sehr viel gewichtiger ist der zweite Einwand: die Gewährung der *actio furti* an den pater im Falle der Entwendung des Haussohnes stehe in Widerspruch zu der vermögensrechtlichen Natur der *acti furti*. Es ist früher¹²⁹ dargelegt worden, daß eine wörtliche Auslegung dieser Entscheidung sich in der Tat mit dem Prinzip nicht in Einklang bringen läßt; als brauchbare Lösung erschien der Vorschlag der Glosse, jene Stelle nur auf die Vermögensschäden zu beziehen, die dem Hausherrn durch entgangene Dienstleistungen entstehen.

BARTOLUS hilft sich folgendermaßen¹³⁰:

Dicamus igitur ut dicit glossa nostra notabiliter in l. 2, emancipatus filius, D. de coll (47, 22). Nam quandoque ago ad [a]estimationem contumeliae et iniuri[a]e quae dico pro tanto nollem esse passus talem iniuriam, et tunc dicitur prodita ad vindictam. aut agitur ad [a]estimationem duplicari, vel quadruplari, et tunc dicitur quis prosequi rem familiarem, hoc probatur expresse his in verbis: „quid ergo de lege“. Nam cum damnus sit diminutio patrimonii et rei familiaris . . . merito qui prosequitur emendationem damni prosequitur rem familiarem.

Was eigentlich der Sinn dieser Ausführungen ist, worin insbesondere ihr Gegensatz zu der Theorie des DYNUS besteht, die BARTOLUS ja gerade bekämpft, ist nicht ganz leicht zu entscheiden.

Wollte er nur die vielleicht etwas irreführende Ausdrucksweise (Beschränkung der *actio iniuriarum* auf *delicta circa rem inaestimabilem*) richtig stellen, so hätte dies einfach dadurch geschehen können, daß er die *res inaestimabilis* nicht als das Angriffs-, sondern als das Schutzobjekt (= schutzwürdiges Interesse) kennzeichnete. In diesem Sinne wären seine beiden Gegenbeispiele nicht nur vollkommen verständlich, sondern auch äußerst geschickt gewählt. Der Angriff gegen einen Sklaven, eine *res aestimabilis*, führt *gleichwohl* zu einer *actio iniuriarum* des dominus; die Entwendung des Haussohnes, einer *res inaestimabilis*, begründet eine *actio furti*, obwohl an deren vermögensrechtlichen Charakter für BARTOLUS kein Zweifel besteht.

Der Wortlaut der oben wiedergegebenen Äußerungen stützt diese Auslegung allerdings nicht; darnach hat es vielmehr den Anschein, als wolle BARTOLUS die Entscheidung vom Klageziel, oder wie wir heute sagen würden, vom Klageantrag abhängig machen, so daß mit jener Klage je nach Belieben *vindicta* oder *interesse* erlangt werden könnte. Praktisch wäre damit der Unterschied der Klagearten aufgehoben.

Ich möchte aber doch nicht glauben, daß BARTOLUS dies wirklich gemeint hat. Das zeigt sich darin, daß er sofort auf eine spätere Auseinandersetzung mit der seiner Ansicht widersprechenden l. 8 (C. 9, 35) verweist; und davon kann nur die Rede sein, wenn man im Prinzip an dem Gegensatz der Klagearten festhält.

¹²⁹ Kap. 2 S. 53.

¹³⁰ Dig. Nov. II fol. 121 col. 2 („si dicatur“) nr. 2. Vgl. auch fol. 118 col. 1 („Hoc edicto“) nr. 2.

Ein Gleiches ergibt sich aus den Erläuterungen zu D. 47, 12, 3, 9¹³¹. Dort handelt es sich um die Frage, ob von mehreren durch eine rechtswidrige Handlung verletzten Personen jede auf das Ganze klagen darf. BARTOLUS entscheidet:

mihi videtur sic dicendum: quandoque delictum committitur principaliter in iniuriam eorum in quos committitur: et tunc quilibet habet actionem per se in solidum. . . quandoque delictum committitur principaliter circa res: et tunc omnes quorum interest habentur loco unius.

Ja, BARTOLUS glaubt diesen Gegensatz sogar für die Auslegung der Statuten verwenden zu können¹³². Bei der Bestrafung des Hausfriedensbruches soll die Entscheidung vom Wortlaut der Bestimmung abhängig sein. Heiße es dort: *si aliquis aliquem turbaverit in possessione sua* oder *si quis turbaverit alicui possessionem*, dann sei die Klage rein persönlicher Natur, so daß ein jeder der Verletzten *in solidum* klagen dürfe; zum umgekehrten Ergebnis führe eine Fassung des Statuts wie: *si quis intraverit in possessionem alterius*.

Eine andere Anwendung dieses Gegensatzes auf die Interpretation der Statutengesetzgebung enthält der von BARTOLUS gebilligte Satz des BALDUS (C. 3, 39, 1)¹³³.

statutum volens quod de maleficiis non cognoscatur inter coniunctas personas, debet intellegi de maleficiis commissis circa personas, non circa res ut in violentia possessionis et in furto.

Aber der Generalangriff gegen diese Lehre erfolgt an anderer Stelle¹³⁴. Der Begründung von D. 47, 10, 15, 46 hält BARTOLUS drei andere Quellen entgegen: D. 44, 7, 34, pr., D. 47, 7, 9 und C. 9, 35, 8. Dabei interessiert ihn vor allem die Codexstelle, von der schon mehrfach die Rede gewesen ist. Wir wissen, daß die Auslegung dieser lex bereits bei den Glossatoren streitig war. Das bestätigt auch der Bericht des BARTOLUS:

Dicunt quidam quod ibi loquitur in actione legis Aquiliae, hic iniuriarum, et sic est simplex relatio. alii dicunt quod loquitur ibi in actione iniuriarum in qua damnum venit secundario. Quod glossa reprehendit: quia tunc agendo una repelleretur alia.

Den Einwand der Glosse, daß die Lösung des Konkurrenzproblems nicht mehr verständlich sei, wenn man der Meinung der alii folge, scheint BARTOLUS für durchschlagend zu halten. Er bemüht sich deshalb um eine Lösung, die dieses Bedenken vermeidet:

Mihi videtur quod in actione iniuriarum habeatur ratio damni tamen diversimode quam in actione legis Aquiliae. nam si iniuria habet actum manentem, habet rationem damni, quia alias non potest desisti ab iniuria (ut dixi supra l. 1 § si per iniuriam). Item si non habet causam manentem potest haberi ratio damni per quandam consequentiam. nam cum h[anc] actio detur ad [a]estimationem iniuri[ae]: hoc est ad id pro quanto quis nollet esse passus talem iniuriam. in hoc potest considerari damnum videlicet

¹³¹ Dig. Nov. II fol. 126 col. 2/3 („Si ad plures“) nr. 2.

¹³² A. a. O. (Anm. 131) nr. 3.

¹³³ Dig. Nov. II fol. 123 col. 3 („Si quis“) lit. a. Vgl. auch fol. 109 col. 1 („Verum est“) nr. 4.

¹³⁴ Dig. Nov. II fol. 124 col. 1/2 („Si quis servo“) nr. 1.

intrinsicum. ut debilitatio servi et expens[a]e fact[a]e in curando servum. sed in actione legis aquiliae venit etiam plus quia veniunt damna extrinseca ut si hereditatem amisit . . . ideo licet sit actum actione iniuriarum, potest agi lege aquilia in eo, quod plus est, et si est actum lege aquilia, potest agi iniuriarum in eo quod plus est.

Diese Entscheidung, die an anderer Stelle in gekürzter Form wiederholt wird¹³⁵, bedeutet nun allerdings den Verzicht auf die folgerichtige Durchführung jenes Prinzips. BARTOLUS bekennt sich damit als Anhänger des JACOBUS, dessen für die Dogmatik geradezu verhängnisvolle Bedeutung bereits an früherer Stelle hervorgehoben wurde¹³⁶. Im einzelnen erfährt jene Lehre sogar noch einen weiteren Ausbau; die actio iniuriarum erhält nämlich reipersecutorische Funktionen: 1. im Falle einer fortwirkenden Schadensursache, womit sie zu einer Art zivilrechtlichen Unterlassungsklage wird, und 2. für alle unmittelbaren Schäden; als Beispiele der letzteren werden wie bei JACOBUS die Wertminderung des Sklaven infolge der Verletzung sowie die Kosten der Arztrechnung angeführt. Als *damnum extrinsecum*, das nur mit der lex Aquilia geltend gemacht werden kann, erscheint dagegen der Verlust einer Erbschaft infolge des Todes des erbberechtigten Sklaven.

In Wahrheit sind beide Unterscheidungen im Wesen der Sache nicht begründet; sie bezwecken nichts weiter, als die Konkurrenzentscheidung mit den übrigen Quellen in Einklang zu bringen, so den Einwand der Glosse zu entkräften und damit die Einheitlichkeit des Gesetzes aufs neue zu erweisen. Ob sich mit diesem Einteilungsprinzip die einzelnen Rechtsregeln erklären und verstehen lassen, kümmert den Juristen vorläufig nicht. Scholastisches Harmonisierungsbedürfnis und juristischer Scharfsinn feiern ihren höchsten Triumph — — aber das Prinzip wird geopfert!

Zugleich mit der Aufgabe jenes prinzipiellen Gegensatzes geht bei BARTOLUS das Verständnis für die Eigenart der actio iniuriarum verloren. Allerdings wird sie noch zutreffend für den generellen Persönlichkeitsschutz in Anspruch genommen, ihre Beschränkung auf Persönlichkeitsverletzungen im engeren Sinne mit Recht abgelehnt¹³⁷. Aber mit der oben beschriebenen Erweiterung ihres Aufgabenbereiches auf den Ersatz bestimmter Vermögensschäden ist doch das Wesen dieser Klage verkannt und damit ihre Eigenart zerstört.

Dagegen hält BARTOLUS an der vermögensrechtlichen Natur der actio furti, wie ja überhaupt auch sonst noch an dem Gegensatz von *actiones circa rem* und *circa personam*, mit aller Entschiedenheit fest. Das zeigt die Art, wie er sich später mit D. 47, 2, 14, 13 auseinandersetzt¹³⁸. Zwar wird

¹³⁵ Dig. Nov. I fol. 142 col. 3 („qui servum“) zu D. 44, 7, 34, pr. nr. 2.

¹³⁶ Oben S. 113/4.

¹³⁷ In sehr glücklicher Formulierung bestimmt B. das Verhältnis von l. 9, pr. D. 47, 10 und l. 1 § 6 D. 9, 3. — Dig. Nov. II fol. 122 col. 1 („Sed est questionis“): „in illo edicto requiritur quod sit nocitum corpori, quod fit scissis vestimentis; hic autem sufficit iniuriam fieri corpori quod fit non scissis vestimentis“.

¹³⁸ Dig. Nov. II fol. 108 col. 4 („mater“); vgl. auch fol. 106 col. 2 („si filius familias“).

der Einwand der Glosse, niemand könne an einem freien Menschen Besitz oder Eigentum haben, zurückgewiesen:

pater non habet dominium vel possessionem: concedo, sed habet quasidominium, ideo datur vindicatio patri.

Dagegen billigt BARTOLUS die Polemik der Glosse gegen die Meinung derer, welche in diesem Falle die Schadensberechnung nach Art der Immaterialgutsverletzungen durchführen wollen,

quia in actione furti non habetur ratio lucri vel affectionis.

Den Widerspruch löst er in Übereinstimmung mit der Glosse und DYNUS dahin, daß sich jene Stelle nur auf den Vermögensschaden beziehe, welchen der pater durch den Verlust der Dienstleistungen erleide.

Auch in dem Kommentar zu D. 47, 2, 27, 1¹³⁹ kommt die rein vermögensrechtliche Natur des furtum deutlich zum Ausdruck. Dem Gläubiger wird die actio furti nur dann gewährt, wenn er ein geldwertes Interesse an der Urkunde besitzt. Das ist aber nur dann der Fall, wenn ihm entweder andere Beweismöglichkeiten nicht zu Gebote stehen, oder wenn zwar andere Beweismittel noch vorhanden sind, aber die verwendete Urkunde bereits vollstreckbar war; in diesen Fällen besteht sein Schaden in demjenigen Betrage, *quanto minus venderet illud nomen propter illas probationes subtractas*.

Folgerichtig deutet BARTOLUS D. 47, 2, 32 dahin, daß beim Vorhandensein anderer Beweismittel die actio furti entfalle¹⁴⁰.

Noch an einer anderen Stelle zeigt es sich, daß BARTOLUS an dem Begriff eines streng wirtschaftlichen Schadens für das furtum festhält, andererseits aber — in Übereinstimmung mit den Quellen — seine Bedeutung nicht auf den unmittelbar erlittenen Schaden beschränkt. Dabei nimmt er sogar die Doppeldeutigkeit des Wortes „*interesse*“ in Kauf.

In D. 47, 8, 2, 13 soll es als Affektionsinteresse verstanden werden; deshalb scheidet es bei der Schadensberechnung der actio vi bonorum raptorum aus¹⁴¹.

„*interesse non quadruplatur*“ intellegas de interesse affectionis

bemerkt BARTOLUS ganz harmlos unter Bezugnahme auf D. 47, 2, 50, pr. und D. 47, 8, 2, 23. Für die Berechnung des Schadens muß dementsprechend unterschieden werden, ob der Eigentümer des verwendeten Gegenstandes (*ratione domini*) oder ein anderer sachlich Interessierter klagt. Im ersteren

¹³⁹ Dig. Nov. II fol. 107 col. 3 („Inde potest quaeri“).

¹⁴⁰ Dig. Nov. II fol. 107 col. 4 („Quidem tabularum“). Als Kuriosität ist BARTOLUS' Kommentar zu l. 39 und l. 83 § 2 zu erwähnen: Dig. Nov. II fol. 108 col. 4 („Verum est“) nr. 1: „... Hic erat meretrix, ibi non. ideo h[a]ec causa quare istud faciebat: licet esset mala: tamen erat a iure impunita: quia coitus cum meretrice a iure est impunitus (ut l. 1 de concubi.) seu causa propter quam surripuit est punibilis de iure: ideo si facit ultra cum ab initio daret operam rei illicit[a] tenebitur.“

In den darauf folgenden Ausführungen (nr. 3) wird dann aber noch einmal sehr scharf der „*animus iniuriandi*“ der „*causa libidinis*“ gegenübergestellt.

¹⁴¹ Dig. Nov. II fol. 118 col. 3 („In hac actione“).

Falle wird das *verum dominium* zugrunde gelegt, dieses aber nicht etwa nur als reiner Sachwert, sondern einschließlich des *interesse* verstanden. Im zweiten Falle kommt natürlich der Sachwert auch als Grundlage der Schadensberechnung nicht in Frage, so daß von vornherein vom *interesse* auszugehen ist¹⁴².

So ergeben sich für BARTOLUS ganz zwanglos zwei verschiedene Bedeutungen dieses Begriffes, die er mit der ihm eigenen Schärfe sofort einander gegenüberstellt¹⁴³.

Sed si qu[a]eratur quod est istud interesse quod duplatur. Respondeo: non loquimur de interesse singulari affectionis (ut hic): sed de alio interesse et extra rem et etiam consistente in lucro sine iniuria: quia bene venit duplandum, licet qu[a]edam opinio sit hic in glossa, quae innuit contrarium et male.

Als eine kurze Zusammenfassung und Bestätigung dieses Gedankens heißt es dann zu D. 47, 2, 50, pr., wo die Quelle selbst den Ausdruck *interesse* in jenem zweiten, vermögensrechtlichen Sinne verwendet¹⁴⁴:

Dic tu quod duplatur interesse verum et commune, non singulare, hoc est: affectionis,

und dies entgegen der Meinung der Glosse, die hier ein Wahlrecht des Klägers herauslesen wollte.

Der Gegensatz zeigt sich weiter auch in der Berücksichtigung nachträglicher Ereignisse bei der Berechnung des Schadens. Wird auf das *interesse* (im wirtschaftlichen Sinne) geklagt, dann ändert sich mit dessen Wechsel die Höhe des Klageanspruchs ebenfalls (*quo variato variat et actio*)¹⁴⁵.

Hic vero agitur ad vindictam quae non variatur ex varietate personae . . . sed ibi ex augmentatione rei crescit [a]estimatio futura, hic ex augmentatione dignitatis non crescit [a]estimatio iniuri[a]e iam fact[a]e.

Wenn die Lehre von der Klagenkonkurrenz für das hier interessierende Problem nichts hergibt, so liegt das einfach daran, daß auf die Kommentatoren nur die Theorie der Kompilatoren gekommen war; und diese ging, wie wir oben¹⁴⁶ gesehen haben, dahin, dem Verletzten grundsätzlich sämtliche Klagen zur Verfügung zu stellen, die später erhobene aber ebenso grundsätzlich auf den Überschuß zu beschränken. Das Interesse des BARTOLUS erschöpft sich demnach darin, C. 9, 35, 8 mit der Konkurrenzlehre in Einklang zu bringen; wir wissen, daß dieses Bedürfnis die Unterscheidung von *damna intrinseca* und *damna extrinseca* veranlaßt hat. Für den Gegensatz der Klagetypen war dann natürlich innerhalb dieser Lehre kein Raum, oder jedenfalls nur insoweit, als es sich um den Fall echter Spezialität (genus — species) handelte. Wir müssen es uns deshalb versagen, auf die recht interessante Theorie des BARTOLUS an dieser Stelle näher einzugehen.

¹⁴² Dig. Nov. II fol. 114 col. 2 („Si vendidero“). — Vgl. dazu über den Streit der Glossatoren: oben S. 99 f.

¹⁴³ Dig. Nov. II fol. 110 col. 3 („In furti“) zu l. 2 § 13 D. 47, 8 nr. 2.

¹⁴⁴ Dig. Nov. II fol. 110 col. 3 („In furti“) nr. 1.

¹⁴⁵ Dig. Nov. II fol. 125 col. 2/3 („Iniuriarum“) nr. 3. ¹⁴⁶ Oben S. 81/2.

Abschließend ist also folgendes festzustellen: Auch BARTOLUS geht von dem grundlegenden Gegensatz zwischen Strafe und Schadensersatz aus. Auch er hält sogar im Prinzip an der Unterscheidung von *actiones circa rem* und *actiones circa personam* fest. Deshalb gelangt er zu einer dem römischen Recht entsprechenden Bestimmung des Begriffes *interesse* und zu der richtigen Erkenntnis, daß die *actio furti* einen Vermögensschaden voraussetzt.

Aber C. 9, 35, 8 hindert ihn, diesen Gedanken um auf der anderen Seite, bei der *actio iniuriarum*, konsequent durchzuführen. Damit geht ihm nicht nur das Verständnis für die grundsätzliche Bedeutung dieses Gegensatzes verloren, sondern er sieht sich auch außerstande, die einzelnen Auswirkungen desselben, wie Aktivlegitimation, Vererblichkeit und Schadensberechnung, auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. —

Die Frage nach der systematischen Stellung des Stellionats wird auch bei BARTOLUS verhältnismäßig kurz abgetan.

Das Verhältnis von *falsum* und *stellionatus* erscheint richtig — wie schon bei AZO — als Gesetzeskonkurrenz¹⁴⁷. Bestrafung wegen *falsum* kann nur eintreten, wenn der Sachverhalt *in casibus numeratis est*, d. h. in der *lex Cornelia de falsis* ausdrücklich erwähnt wird. So erklärt sich die verschiedenartige Bestrafung desjenigen, der eine Sache zweimal verkauft, und dessen, der sie an zwei verschiedene Personen verpfändet¹⁴⁸.

BARTOLUS betont weiter auch den vermögensrechtlichen Charakter des Stellionats. Die Glosse hatte den Ausdruck *impostura* in D. 47, 20, 3, 1 mit *bonis viris mendacia imposuit* erklärt. Diese Auslegung wird mißbilligt¹⁴⁹:

quia tunc tenetur iniuriarum: quia infamandi alterius causa hoc fecit.

BARTOLUS sucht deshalb nach einer etymologischen Ableitung des Wortes, welche die vermögensrechtliche Bedeutung des Delikts mehr hervortreten läßt.

Unde dicit „imposturam fecit“: hoc est imposuit precium alicuius rei: nam ibat in plateam et promittebat de frumento plus debito: ut alii sic emerent: vel in aliqua promissione promisit plus debito in alterius detrimentum.

Nicht ganz so deutlich erscheint — leider — das Verhältnis zwischen *furtum* und *stellionatus*. Die beiden Beispiele der oben wiedergegebenen Anmerkung sind Fälle echter Täuschung, die wir heute ohne Bedenken als Betrug bestimmen würden. Andererseits nimmt BARTOLUS auch keinen Anstoß an denjenigen Stellen, in denen trotz Vorliegens einer Täuschung dem Verletzten die *actio furti* gewährt wird. Auch für ihn ist die Entscheidung davon abhängig, ob ein Übergang des Eigentums erfolgt ist oder nicht¹⁵⁰.

Ego in d. l. falsus dicebam sic distinguendo: quandoque falsus creditor simulat se

¹⁴⁷ Dig. Nov. II fol. 126 col. 1 („Saccularii“) zu l. 7 D. 47, 11 nr. 1.

¹⁴⁸ Dig. Nov. II fol. 128 col. 2 („Maxime“) zu l. 7 D. 47, 11.

¹⁴⁹ Dig. Nov. II fol. 128 col. 2 („Item si quis“).

¹⁵⁰ Dig. Vet. II fol. 69 col. 2 („Quoniam“) zu l. 18 D. 13, 1 nr. 2.

creditorum et inducit debitorem ad solvendum sibi et tunc committit furtum: Videtur enim solvere sub ea conditione si creditor est . . . Quandoque debitor sua sponte venit ad solvendum, illo nihil faciente nisi recipiente pecuniam: et tunc non fit furtum: et dominium transfertur. Ratio quia debitor habebat pro constanti quod esset creditor: et sic illa conditio si creditor est: non inerat.

Hier zeigt sich ganz deutlich, daß die Frage des Eigentumsüberganges sogar die primäre ist. Tut der falsus creditor seinerseits nichts, *benutzt* er vielmehr nur den vorhandenen Irrtum, so wird nicht etwa — wie heute von der herrschenden Lehre — Betrug verneint, weil der Täter nicht *fälschlich vorgespiegelt* habe, sondern es wird der Eigentumsübergang bejaht und deshalb die actio furti versagt. Über die Frage des Stellionats ist damit noch nichts entschieden.

Aber auch nicht jeder echte Irrtum hindert den Übergang des Eigentums; nur ein solcher *circa substantiam personae*, nicht, *si mentitus est circa qualitatem personae*¹⁵¹.

Noch an anderer Stelle zeigt sich die Verknüpfung beider Probleme¹⁵². Die Glosse zu D. 47, 2, 43, 1 hatte zwei Fälle genannt, in denen der procurator selbst Eigentum an den geleisteten Geldstücken erwirbt, nämlich 1. wenn er ein procurator in rem suam gewesen sei bzw. sich als einen solchen ausgegeben habe, und 2. wenn er ausdrücklich auf Leistung an ihn selbst zwecks Befreiung des Schuldners geklagt habe. BARTOLUS will nun anscheinend in dem zweiten Fall auch ein furtum konstruieren, *quod illam pecuniam invito debitore contrectaret*, weil er das Gold nicht sofort weitergegeben habe. Das könnte aber nur dann der Fall sein, wenn nicht der procurator, sondern der creditor Eigentum erworben hätte, und dies behauptet BARTOLUS in der Tat¹⁵³.

nec transfertur dominium in procuratorem, sed creditur per procuratorem transferri in dominum.

Daß das Moment der Täuschung für BARTOLUS nicht die differentia specifica zwischen Stellionat und furtum ist, ergibt sich aus dem bisher Gesagten ohne weiteres; und für eine Beschränkung des Anwendungsbereiches des Stellionats auf die übrig bleibenden Täuschungsfälle bieten seine Ausführungen ebenfalls keinen Anhalt. Ganz im Sinne der obigen Stellen heißt es zu D. 47, 20, 3, 3¹⁵⁴:

. . . intelligas hic merces non esse obligatas vel obligatas generaliter et eas non tradiderat creditori: alias incideret in crimen furti.

Aber der Versuch der Glosse, in diese und andere Stellionatstatbestände das Moment der Täuschung hineinzuzinterpretieren, wird mit keinem Worte erwähnt¹⁵⁵. —

¹⁵¹ Dig. Nov. II fol. 109 col. 2 („Si quis“) zu l. 43 § 3 D. 47, 2.

¹⁵² Dig. Nov. II fol. 109 col. 1 („falsus“).

¹⁵³ Dig. Nov. II fol. 109 col. 1 („falsus“ 2) nr. 2.

¹⁵⁴ Dig. Nov. II fol. 128 col. 2 („Qui merces“).

¹⁵⁵ Bei LUCAS DE PENNA (Lectura super tres liberos Codicis, Paris 1509), der zeitlich hier zu nennen ist, finde ich nur sehr wenig zum Problem Gehörige. Auch er

Wenn das Material, welches das Studium der hier interessierenden Probleme bei BALDUS ergibt, in der Erörterung allgemeiner Prinzipien eine ganz unverhältnismäßige Beschränkung aufweist, so findet dieser Umstand rein äußerlich seine Erklärung darin, daß uns ein Kommentar zu den *libri terribiles* nicht überliefert ist.

Man ist deshalb darauf angewiesen, mit Hilfe der ziemlich spärlichen Ausführungen zum Codex (L.9) und aus dem Detail dogmatischer Konsequenzen ein Bild seiner Stellungnahme zu entwerfen.

Auch BALDUS betont mit Recht die scharfe Unterscheidung von *actiones poenales* und *actiones rei persecutoriae*, die sich vor allem in der passiven Vererblichkeit auswirkt. Ausdrücklich wird auch die *actio legis Aquiliae* als *poenal* bezeichnet, weil sie¹⁵⁶:

apta est dari in plus quam damnum. et quia penalis est, et ideo non transit ad haeredem.

Deshalb ist ihr Betrag unabhängig von der Fortdauer des wirklichen Schadens¹⁵⁷:

in actione legis Aquiliae licet minuitur interesse, tamen non minuitur actio, quia habet oculos retro, et non est mere persecutoria.

Innerhalb der *actiones poenales* wird weiter unterschieden¹⁵⁸:

nota, quod ubi lex facit mentionem de iniuria personali, non intellegitur de iniuria reali . . .

und dieser Gegensatz muß, wie BALDUS ausdrücklich bemerkt, auch bei der Interpretation der Statuten beachtet werden.

Wie schon BARTOLUS untersucht aber auch BALDUS diese Unterscheidung auf ihre grundsätzliche Bedeutung hin¹⁵⁹:

Aliquando enim iniuria est realis, ut in furto. Aliquando personalis.

Bei der *iniuria personalis* wiederum erfolgt eine weitere Differenzierung zwischen drei Gruppen von Fällen:

Primo modo: quando iniuria afficiat ipsum corpus iniuriarum. Et haec iniuria dicitur in persona: quando innotat intus, non extus.

Secundo modo: quando afficiat cohaerentia corpori, ut vestes, et haec iniuria fit extra corpus. et ideo non dicitur in personam fieri, sed personae.

Tertio modo: quando afficiat famam, ut iniuria verbalis, et ista fit personae, non tamen [in] personam, quia non afficit personatum corpus, sed quid inanimatum et incorporale, scil. famam.

fordert zum *furtum* einen Vermögensschaden; deshalb wird, wer eine fremde Sache fortnimmt, die er irrtümlich für seine eigene hält, nicht mit der *actio furti* verfolgt; deshalb kann aber umgekehrt, wer seine eigene Sache, ohne sie als solche zu erkennen, fortnimmt, nur dann wegen eines *furtum* zur Verantwortung gezogen werden, wenn der Gegner am Besitze der Sache ein (wirtschaftliches) Interesse, z. B. ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hatte (fol. 371 col. 3 „*Quarto et quinto quaeritur*“). Zum Begriff der *iniuria* ist fol. 344 col. 4 zu vergleichen.

¹⁵⁶ Institut. IV fol. 47 col. 2 (*De lege Aquilia* § „*Is autem*“). Vgl. auch *Consilia* vol. III Nr. 492 nr. 3 (fol. 128 col. 2).

¹⁵⁷ Dig. Vet. I fol. 337 col. 2 („*Stichum aut Pamphilium*“).

¹⁵⁸ Dig. Vet. I fol. 337 col. 2 („§ *Haec autem*“) nr. 1 (zu l. 1 § 6 D. 9, 3).

¹⁵⁹ A. a. O. (Anm. 158) *Additio*.

Diese Unterscheidung ist zwar in sich nicht logisch geschlossen, weil ja die zweite und dritte Gruppe darin übereinkommen, daß sie *iniuriae* sind, *quae personae*, und nicht *in personam fiunt*, und gerade darin sich von den *iniuriae in personam factae* der ersten Gruppe unterscheiden. Unklar ist auch, worin nun eigentlich bei der zweiten Gruppe, vom Standpunkt der *iniuria* aus gesehen, das Objekt der Verletzung besteht, wenn es weder der Körper noch die Ehre ist. Aber das sind Bedenken, die uns hier nicht zu kümmern brauchen. Wichtig und von grundsätzlicher Bedeutung ist, daß sich hier ein Bedürfnis zeigt, innerhalb des stark generellen Begriffes der römischen *iniuria* zu differenzieren und vor allem die echten Körperverletzungen als selbständige Kategorie herauszustellen. Auch diese Entwicklung war bereits im römischen Recht angebahnt, indem von den *iniuriae* ursprünglich nur die Tötungsdelikte (nämlich nach der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*) im Kriminalverfahren verfolgt wurde. Aber diese Unterscheidung beruhte ja vor allem auf praktischen, weniger auf systematischen Erwägungen¹⁶⁰; und sie traf nicht den entscheidenden Punkt, weil sie eben auch von den Körperverletzungen im weiteren Sinne nur die Tötung ausschied, dagegen die Körperverletzungen im engeren Sinne ununterschieden bei der Kategorie der *iniuriae* beließ.

Für die Auslegung des *Corpus Iuris* konnte diese Differenzierung deshalb nur beschränkte Bedeutung beanspruchen. Auch BALDUS verwendet sie nicht allzu häufig. Als Beispiel diene ein Zitat aus dem Codexkommentar¹⁶¹; die Unterscheidung zwischen *iniuria quae fit personae* und *iniuria quae fit in personam* wird auf GUILHELMUS zurückgeführt.

Item dicit hic Guil. quod verba iniuriosa continent offensam personae: sed non in personam . . . et facit ad statutum, quod loquitur de maleficiis personalibus: nam istud statutum intellegitur, ubicumque persona offenditur: licet actus offensionis non transeat in personam: id est, non tangat corpus.

Auf die Auslegung dieses Statuts bezieht sich wahrscheinlich auch folgende Stelle¹⁶²:

Si personae, non denotat adherentiam personae, sed in ipsam personam . . . sed est questionis . . . quare non dicitur iniuria in personam; nisi eam corpus sentiat, et ideo nulla iniuria verbalis est in personam. Furtum etiam non est iniuria in personam, sed violentia. . .

Nun ist diese Gegenüberstellung allerdings irreführend, denn das *furtum* ist gar keine *iniuria personalis*, ist *iniuria* überhaupt nur in jenem weiteren Sinne von allgemeiner Rechtswidrigkeit; auch bei der *violentia* bestehen die gleichen Zweifel. Deshalb bezeichnet BALDUS selbst in anderem Zusammenhange¹⁶³ das *furtum* als *realis tantum iniuria*, die *violentia* als *iniuria mixta personalis et realis*; die Bedenken aber, die er dort bezüglich dieser Charak-

¹⁶⁰ Vgl. oben Kap. 2 S. 43.

¹⁶¹ Comm. in Codicem (Venet. 1516) I fol. 41 col. 3 (De episcopis et clericis „si qua per calumniam“) nr. 2/3.

¹⁶² Comm. in Digestum Infortiatum fol. 2 col. 2 („Quoniam hic non est“) nr. 4—6.

¹⁶³ Comm. in Cod. Lib. VI fol. 18 col. 3 („Manifestissimi“) nr. 2.

terisierung der *violentia* äußert, gehören einer Problematik von spezieller Natur an und können deshalb hier nicht erörtert werden. Diese Einschränkungen vermögen indessen an der grundsätzlichen Feststellung nichts zu ändern, daß hier im Einzelfalle zwischen körperlicher und nichtkörperlicher *iniuria* unterschieden wird.

Noch in einem zweiten Falle hat BALDUS jene Gegensätzlichkeit auch praktisch verwertet¹⁶⁴. Es handelt sich um Inst. IV, 1, 14; darnach wird auch derjenige wegen Diebstahls bestraft, *cuius ope consilio furtum factum est*. Dabei war es nun streitig geworden, ob eine Bestrafung selbst dann erfolgen solle, wenn der Täter auch *alias facturus erat* oder, wie man heute sagt, ein *omnimodo facturus* war. BALDUS will die Frage verneinen für *maleficia quae committuntur in rem*. Hierfür gibt er folgende Begründung:

Rationem facit, quia maius est delictum quod fit in persona quam in rebus, cum personae sint c[aj]eteris rebus praeferendae (ut. l. fin. C. de sacrosan. eccl.).

Am meisten interessiert dabei die Tatsache, daß jener zunächst rein systematische Gegensatz hier ins Wertmäßige hinübergespült und damit auch rechtspolitisch fundiert wird.

Mit der Differenzierung zwischen *actiones circa rem* und *circa personam* war für BALDUS natürlich auch der Gegensatz ihrer Funktionen: *agere de re familiari* und *vindicta* gegeben. Er verwendet ihn zur Auslegung von C. 9, 35¹⁶⁵ und — besonders prägnant — D. 9, 2, 27, 17¹⁶⁶.

In actione legis Aquiliae ponderatur damnum in qualitate intrinseca, vel in extrinseca, vel ex impensis factis, sed in actione iniuriarum non est opus probari damnum, quia ordinatur ad vindictam . . .

Diese entschiedene Stellungnahme, noch dazu unter Hervorhebung des von BARTOLUS in anderem Sinne verwandten Gegensatzes von *damna intrinseca* und *extrinseca*, läßt erwarten, daß BALDUS bei der Auslegung von C. 9, 35, 8 zu der bei den Glossatoren herrschenden Lehre zurückkehren werde. Das geschieht jedoch keineswegs¹⁶⁷:

Pro atroci iniuria facta servo, dominus habet iniuriarum actionem, et damnorum petitionem, d. h. in tex. ibi, evidenter. sed intellige quod hoc fit ex officio iudicis aditi super actione iniuriarum, vel dic principalis, sed intelligas quod hoc per viam principalis actionis, quod damnum prosequitur, sicut per viam legis Aquiliae, de quibus no[tatur] in D. 47, 10, 7, 1 in glo. 2 ibi, et duas fieri condemnatione(m)[s]. hoc verum, si ab Aquilia est inceptum. Sed si ab actione iniuriarum, licet in ea non veniat principaliter damnum, sed vindicta, tamen venit incidenter.

Von der Lehre einzelner Glossatoren, wonach mit der *actio iniuriarum* auch alle Vermögensschäden verfolgt werden können, unterscheidet sich diese Theorie des BALDUS lediglich durch eine prozessuale Nuance; nämlich dadurch, daß bei der *actio iniuriarum* solche Ansprüche nur *incidenter*,

¹⁶⁴ Comm. in Institut. (IV 1) fol. 46 col. 4 („Ope et consilio“) nr. 4.

¹⁶⁵ Cod. Lib. IX (35, 8) fol. 224 col. 1 („Dominum“).

¹⁶⁶ Dig. Vet. I fol. 334 col. 4 („Rupisse autem“).

Die *actio iniuriarum* ist unübertragbar (Dig. Nov. II fol. 68 nr. 2 — 1. 67 D. 46, 1).

¹⁶⁷ Cod. Lib. IX (35, 8) fol. 224 col. 1 („Dominum“).

nicht *principaliter* berücksichtigt werden, wofür allerdings der Wortlaut von D. 47, 10, 7, 1 einen Anhalt gewährt. Ernstlich wird durch diese sachlich gar nicht fundierte These das aus der Konkurrenzlehre entnommene Bedenken der Glosse nicht beseitigt.

An der vermögensrechtlichen Natur der *actio furti* hat BALDUS dagegen durchaus festgehalten. Deshalb wird nicht wegen *furtum* gestraft:

qui iusta ratione credit se dominum et ideo rapit vel clam surripuit.

Deshalb werden auch beim *furtum liberorum* etwaige Affektionsinteressen nicht berücksichtigt¹⁶⁸, und es wird der Vorschlag der Glosse:

iurabit pro tanto nollet caruisse filio suo tot dictus

als inkonsequent zurückgewiesen.

In gleicher Weise wird der Umfang der *actio legis Aquiliae* negativ und positiv durch den Betrag des Vermögensschadens bestimmt¹⁶⁹. Wer fremde Früchte erntet, haftet nicht nach diesem Gesetze¹⁷⁰,

quod videtur donare impensam ille,

wird aber unter Umständen mit der *actio iniuriarum* belangt werden¹⁷¹,

quod etiam bonum quis mihi faciendo interdum facit mihi iniuriam, quod est multum notandum secundum glossam.

Umgekehrt dient die *actio legis Aquiliae* auch zur Geltendmachung derjenigen Vermögensschäden, die durch Tötung eines Sklaven oder Tieres (*damnum quod quis incurrit consequenter ex occisione servi vel pecudis*)¹⁷² oder infolge von Körperverletzungen¹⁷³ u. ä. entstanden sind;

vulnerato, vel offenso debent restitui expensae medicorum, et c[a]etera damna [a]estimabilia.

Und auch: *secretarius tenetur ad interesse, si revelat secretum*¹⁷⁴. Nur kann natürlich der Erbe nicht wegen der Tötung des Erblassers *lege Aquilia* klagen¹⁷⁴:

nam actio impossibilis testatori est impossibilis h[a]eredi.

Von der Berücksichtigung ausgeschlossen sind auch hier wieder alle Affektionsinteressen¹⁷⁵:

in actione l. Aquiliae venit interesse commune, non interesse affectionis, et precia rerum non metimur ex singulari affectione, sed [a]estimatione communi . . .

BALDUS hebt sogar ausdrücklich hervor, daß dies an sich auch für die kriminelle Beurteilung gilt, obwohl dort *in excusatione criminis quandoque consideratur affectus*.

¹⁶⁸ Institut. (IV, 1) fol. 46 col. 2 (§ „Interdum“) nr. 2/3. — Jedoch soll ihr Ziel neben der *condictio furtiva* reine „poena“ sein: fol. 47 col. 1 („furti autem“).

¹⁶⁹ Dig. Vet. I (lib. 9) fol. 333 col. 2 („Qua actione“) zu l. 7 D. 9 2.

¹⁷⁰ Dig. Vet. I (lib. 9) fol. 334 col. 4 („Si olivam“).

¹⁷¹ A. a. O. (Anm. 170) („§ Et si puerum“).

¹⁷² Institut. (IV, 1) fol. 47 col. 1 („Illud“).

¹⁷³ Dig. Vet. I (lib. 9) fol. 336 col. 3 („Sed et si quis“).

¹⁷⁴ Dig. Vet. I (lib. 9) fol. 336 col. 1 („Nam sicut si dominus servum“) nr. 2.

¹⁷⁵ Dig. Vet. I (lib. 9) fol. 336 col. 1 („Si servum“).

casus expressus, et notabilis in D. 12, 4, 5, 1. per quam legem determinatur quaestio nostra pro Principe nostro.

Nur das *lucrum factum* aber kann bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Der Ausschluß der *lucra incerta* findet seine Begründung in prozessualen Erwägungen, zumal der Schwierigkeit ihres Nachweises. Daran vermag die tatbestandliche Ausgestaltung dieses Gedankens (ebenso wie in § 252 BGB) nichts zu ändern. Deshalb kommt auch eine Erfassung dieser Fälle durch den *Stellionat* nicht in Frage; denn er findet ja nur dort Verwendung, wo echte tatbestandliche Gründe die Subsumierung unter andere Bestimmungen unmöglich machen, also z.B. wo das *lucrum cessans* zwar *certum* war, aber die (auch abgeschwächten) Erfordernisse des *corpore corpori datum* die Annahme einer Sachbeschädigung ausschließen.

Über BALDUS' Stellungnahme zum Begriff des *Stellionats* sind wir ziemlich gut informiert, weil zwei seiner *consilia* sich eingehend mit dessen Problemen beschäftigen¹⁸¹.

Der Tatbestand des ersten ist ziemlich einfach. Ein *filius familias* hat dem Schuldner seines Vaters ohne dessen Ermächtigung Schuldbefreiung gewährt. Daß diese Vereinbarung dem Vater gegenüber unwirksam ist, erscheint sicher. Denn entweder hat der *filius* im eigenen Namen gehandelt, dann fehlt es ohne weiteres an der Aktivlegitimation; oder er hat sich als Bevollmächtigten ausgegeben, dann ergibt sich die Unwirksamkeit aus dem Fehlen der Vertretungsmacht. Eine Bestrafung des *falsus procurator* aber setzt außer dem subjektiven Tatbestand auch einen Vermögensschaden des Verletzten voraus:

sed si cum sciret se procuratorum non esse, falso asseruit se procuratorem, aut (et?) hac occasione fuit in aliquo locupletatus, et tunc ratione doli venit puniendus (ut D. 47, 2, 43, pr. et C. 6, 2, 19)¹⁸².

Dabei kann zweifelhaft sein, unter welchen Tatbestand dieser Sachverhalt zu subsumieren ist:

et quidam dicunt, quod tenetur furti, et tanquam fur illius summae, quam recepit, alii dicunt, quod etiam si non tenetur tanquam fur, teneretur crimine stellionatus: quia est in dolo, et deficit titulus criminis.

Aber alles dies unter der Voraussetzung, daß der *falsus procurator* aus gewinnsüchtigen Motiven gehandelt, der Verletzte einen Vermögensschaden erlitten hat.

aut liberavit eum ex causa lucrativa: vel ex una (alia) causa. Et tunc nullo modo punitur criminaliter: quia neminem laedit: quia non intellegitur esse crimen, ubi nemini damnum infertur (ut C. 9, 22, 20 et 23). licet non faciat secundum bonos mores, tamen nulla lex est, quae puniat eum et erubescimus sine lege loqui (ut in Auth. Nov. 18, 5).

Der Gedanke wird alsdann noch an zwei weiteren Beispielen verdeutlicht¹⁸³.

¹⁸¹ *Consilia* Vol. I Nr. 14 u. 15. Vgl. außerdem: *Consilia* Vol. II Nr. 240 (fol. 62 col. 1/2), *Dig. Vet.* II fol. 91 col. 1 („§ sed et si“); *Cod. Lib.* IX fol. 223 col. 3/4; *Consilia* Vol. III Nr. 249 (fol. 63 col. 3).

¹⁸² *Cons.* 14 nr. 1 (fol. 4 col. 2). ¹⁸³ *Cons.* Vol. I Nr. 14 nr. 2 (fol. 5 col. 1).

Jemand befreit seinen Schuldner, zediert aber später die Forderung unter der Angabe, er sei noch Gläubiger. Auch in diesem Falle wird der Täter nur dann bestraft, wenn ein Vermögensschaden entstanden ist.

si cessionarius circumventus aliquid dedit pro cessione, debet cedens puniri, alias non: quia cessionarius ex causa lucrativa nullum damnum passus est (ut D. 21, 1, 62).

In dem zweiten Beispiel¹⁸⁴ hat ein Haussohn Forderungen des Vaters zediert, unter der falschen Angabe, hierzu berechtigt zu sein. Hier soll eine Bestrafung in der Regel schon deshalb entfallen, weil der Zessionar ja in der Lage gewesen sei, die Richtigkeit dieser Angabe nachzuprüfen, *et scienti non infertur dolus*.

Im übrigen kommt es auch hier auf das Vorhandensein eines Vermögensschadens an:

Item fraus non dicitur, nisi damnum evenit, vel venire possit¹⁸⁵, sodaß geprüft werden muß, ob die Zession entgeltlich oder unentgeltlich geschehen ist.

Daraus ergibt sich für den Begriff des Stellionats ein Doppeltes:

1. er gehört zu der Kategorie der vermögensschädigenden Delikte;
2. das wesentliche Unterscheidungsmerkmal vom *furtum* ist nicht die Begehungsform der Täuschung.

Dazu kommen dann noch:

3. Notwendigkeit doloser Begehung und
4. Subsidiarität.

Diese Ergebnisse werden durch das *cons. 15* im wesentlichen bestätigt. Dort geht *BALDUS* in der Frage der Subsidiarität soweit, daß er die Annahme eines Stellionats überall da ablehnt, wo der Vertrag ohnehin nichtig ist oder der entstandene Schaden durch irgendeine Vertragsklage *purgari potest*. Diese Entscheidung ist praktisch nicht unbedenklich; sie beruht darauf, daß der Jurist die Parallele zur *actio doli* ganz wörtlich nimmt und deshalb den Begriff der Subsidiarität auf das Verhältnis zu vertraglichen Klagen ausdehnt. So gelangt er zu dem Satz:

valde absurdum esset dicere, quod ubicumque aliquod mendacium intervenit in contractu, quis possit accusari crimine stellionatus¹⁸⁶

dessen Richtigkeit auch von der hier vertretenen Auffassung aus nicht angezweifelt werden kann.

Das Verhältnis von Stellionat und *crimen falsi* wird ebenfalls in zutreffender Weise gezeichnet¹⁸⁶:

In re autem duobus vendita haberet locum crimen falsi ut D. 48, 10, 21. Et est speciale in contractu emptionis et venditionis propter exuberantiam contractus bonae fidei;

fehlt es aber am Vermögensschaden und — wie man wohl hinzufügen darf —

¹⁸⁴ A. a. O. (Anm. 183) nr. 3. ¹⁸⁵ A. a. O. *Cons. 14* nr. 3 (fol. 15 col. 1).

¹⁸⁶ A. a. O. (*Cons. 15*) nr. 1 (fol. 5 col. 1).

Nach dem Statut von *PLACENTIA* war der zweimalige Verkauf eines Gegenstandes speziell unter Strafe gestellt (*Cons. Vol. II* Nr. 140: S. 131 Anm. 181).

liegen auch die (insbesondere subjektiven) Voraussetzungen der *actio iniuriarum* nicht vor, so kann eine Bestrafung nicht eintreten. Das begründet BALDUS noch einmal durch den Hinweis auf rechtsstaatliche Erwägungen:

nec est novum, quod quaedam inhoneste fiant, et tamen ultorem non habent: quia non omne punitur illicitum, sed id demum quod lex statuit esse delictum¹⁸⁷.

Daß dies auch da gilt, wo dem rechtsprechenden Beamten in der Strafhöhe Ermessensfreiheit gewährt ist, sagt BALDUS an anderer Stelle¹⁸⁸ ausdrücklich:

arbitrium puniendi nunquam intellegitur concessum, ubi funditus nullum est delictum. arbitria enim cadunt in electionibus poenarum inter poenam, et poenam (ut D. 48, 13, 19). Sed ubi non est delictum, ibi non est poena aliqua, et ideo non cadit electio, seu arbitrium inter poenam: cum ipsa innocentia reus sit tutus: et fides innocentiae maximae habeat securitatem (ut C. 9, 35, 5).

Daraus folgt jedenfalls mit Sicherheit, daß nach Ansicht des BALDUS der Begriff des Stellionats, mag er noch so verwaschen gewesen sein, den Anforderungen der l. 131 § 1, D. 50, 16 genügt hat. —

Von den Nachfolgern des BALDUS steht ANGELUS DE PERUSIA stark unter dem Einfluß seines großen Vaters. Das bedeutet für die hier erörterten Fragen, daß er den Standpunkt des justinianischen Rechts im wesentlichen zutreffend wiedergibt. Zwischen öffentlichem und Privatstrafverfahren wird deshalb streng geschieden, die Möglichkeit einer Konkurrenz beider Verfahren ausdrücklich anerkannt¹⁸⁹. Als Beispiel dient wieder der Fall der Tötung eines Sklaven. Der Eigentümer kann mit der *actio legis Aquiliae* und außerdem auf Grund der *lex Cornelia* vorgehen, weil deren Ziel verschieden ist.

Agitur actione civili ad consecutionem interesse (!): et etiam criminaliter ad vindictam et ad penam inferendam fisco.

Aber dieser Satz läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten. Ihm steht, wie ANGELUS sehr wohl weiß, D. 47, 10, 7, 1 entgegen. Die Lösung führt unmittelbar auf den Gegensatz von *actiones de re familiari* und *actiones vindictam spirantes*:

quod ubi agitur civiliter ad vindictam, id est ad aestimationem contumeliae . . .

Umgekehrt liegt der Fall, wo:

civilis non proponitur ad vindictam: imo principaliter ad persecutionem rei familiaris, sicut est actio legis Aquiliae . . .¹⁹⁰.

In diesem Sinne wird die *violentia* als *in personam* gerichtet bezeichnet, während das *furtum* als *crimen mere reale* erscheint und auch die *rapina* zu der Kategorie der Vermögensverbrechen gerechnet wird¹⁹¹. Mit der „realen“ Natur des *furtum* hängt auch zusammen, daß dem Kommodatar die *actio*

¹⁸⁷ Cons. 15 nr. 2 (fol. 5 col. 2). ¹⁸⁸ Consilia Vol. I Nr. 144 nr. 4 (fol. 40 col. 1).

¹⁸⁹ Dig. Nov. I fol. 66 col. 3 („Ex morte“).

¹⁹⁰ Vgl. Comm. sup. Cod. fol. 273 col. 3; fol. 275 col. 3 („Si non convitii“) nr. 9 u. 10.

¹⁹¹ Comm. sup. Cod. fol. 133 col. 1 („Manifestissimi“) nr. 1.

furti versagt wird, während der Mieter unmittelbar gegen den Dieb klagen kann und dadurch, wenn er zahlungsfähig ist, die Klage des Eigentümers ausschließt¹⁹².

Merkwürdig berührt allerdings, daß jemand, der eine fremde Sache zum Nutzen des Eigentümers vorteilhaft verkauft, wegen Diebstahls verfolgt werden soll, wenn dies gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Eigentümers geschieht¹⁹³. Den Widerspruch dieser — wohl auf einem Mißverständnis beruhenden — Entscheidung zu D. 47, 2, 22 hebt deshalb auch ANGELUS selbst hervor¹⁹⁴.

Zum Verhältnis *furtum-stellionatus* findet sich ebenfalls nichts wesentlich Neues. Erwähnenswert erscheint immerhin der Bericht über die Lehrmeinung des MARTINUS, bei dem ANGELUS studiert hatte¹⁹⁵. Während man im allgemeinen die Annahme eines *furtum* von der Frage des Eigentumsüberganges auf den *procurator* abhängig machen wollte, soll MARTINUS Diebstahl auch dann angenommen haben, wenn der *procurator* Eigentümer der Sachen geworden sei,

sed non pecuniae quae sua est, sed usus. forsitan enim intererat solventis protinus pecuniam creditori dari: quia forsitan debebat eam sub usuris vel sub pena.

Diese Entscheidung ist nicht so harmlos, wie sie auf den ersten Augenblick erscheinen könnte. Dogmatisch bedeutet sie nämlich, daß auf die Sachqualität des Angriffsobjekts beim *furtum* Verzicht geleistet wird, wenigstens für diejenigen Fälle, in denen nur irgendeine Sache, wenn auch die eigene des Täters, in dem Sachverhalt eine Rolle spielt. Die Bedenken, die ANGELUS gegen die Entscheidung äußert, erscheinen danach durchaus gerechtfertigt.

Im übrigen kann man annehmen, daß das Moment der Täuschung nicht als Begriffsmerkmal des *Stellionats* aufgefaßt wird. Denn ANGELUS erörtert hier die Strafbarkeit desjenigen, der den Anordnungen des Gerichts den Gehorsam verweigert¹⁹⁶.

Unter den übrigen Nachfolgern des BALDUS ist BARTHOLOMAEUS DE SALYCETO wohl der einzige, über dessen Ansichten sich nach dem heutigen Stand der Edition ein zusammenhängendes Bild gewinnen läßt. Zugleich ist er einer der letzten großen Juristen, bei welchen die Idee von der Identität der Tatbestände im Zivil- und Kriminalrecht als unumstößliches Dogma aufrechterhalten wird.

Gleichwohl ist er sich des Gegensatzes beider Disziplinen durchaus be-

¹⁹² A. a. O. (Anm. 190) nr. 3 und col. 4.

(Wegen „*improbitas*“ wird dem Dieb die *actio furti* versagt. Auch der Ersitzungsbesitzer darf nicht klagen, weil sein Interesse „*cum iniuria alii sit*“).

¹⁹³ Cod. fol. 131 col. 1/2 („*Si ex pecunia*“) nr. 4.

¹⁹⁴ Vgl. allerdings PAUL. DE CASTR.: *Comm. sup. Cod. II* (fol. 6 col. 2) nr. 5 („*Si ex pecunia*“).

¹⁹⁵ Cod. Lib. VI, 2 fol. 133 col. 4 („*Cum autem in confinio*“) nr. 2.

¹⁹⁶ Cod. II fol. 274 col. 4 („*De crimine stellionatus*“).

wußt und räumt ihm in der Art der Rechtsfolgen auch praktische Bedeutung ein¹⁹⁷.

ubi ex crimine pena cert[a]e quantitatis infligitur applicanda fisco dicitur criminaliter agi, ubi vero parti est applicanda dicitur civiliter agi.

In gleicher Weise wird die Unterscheidung von actiones poenales und actiones reipersecutoriae als selbstverständlich vorausgesetzt und für die Konkurrenzlehre wie bei der Frage der passiven Vererblichkeit praktisch verwertet¹⁹⁸.

Innerhalb der Poenalklagen dagegen hat der Gegensatz von actiones pro re familiari und actiones vindictam spirantes mehrfach zu Erörterungen Anlaß geboten. Er wird zunächst zur Bestimmung des Verhältnisses von D. 47, 10, 7, 1 und C. 3, 35, 3 herangezogen¹⁹⁹:

quod interdum civilis concernit rem familiarem et potest eligere quam vult ut hic. Interdum [a]eque concernit vindictam sicut criminalis et tunc regula est ut eligere possit quam velit (ut D. 47, 10, 6). Fallit in causa homicidii ubi prius criminalem quam civilem ad vindictam tenetur eligere (ut 7, 1).

In diesen Sätzen kommt ganz deutlich zum Ausdruck, daß der Verfasser das Verhältnis von D. 47, 10, 7, 1 und D. 47, 10, 6 als das von Regel und Ausnahme betrachtet; und weiter läßt sich hieraus entnehmen, daß SALYCETUS die Funktion der vindicta im Privatstrafrecht und im Kriminalrecht nicht unterscheidet. Auch diese Anschauung entspricht dem Standpunkt der Quellen und erklärt die Entscheidung C. 9, 31, die der Jurist ebenfalls in diesem Zusammenhang erwähnt:

distingue: aut civilis, aut criminalis. et sic amb[a]e tendebant ad vindictam, et tunc absolutoria vel condemnatoria in una impedit aliam postea intentari (D. 47, 10, 7, 1). Aut civilis prosequitur rem familiarem sive de re vel pro re familiari competit et tunc condemnatoria in una favet in altera, et hoc in C. 9, 31, 1 . . .²⁰⁰;

während die *Rechtskraftwirkung* im Falle eines Freispruchs davon abhängt, ob das Urteil auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht.

Derselbe Gedankengang kehrt noch mehrfach wieder²⁰¹. Dabei erörtert SALYCETUS im Anschluß an die Glosse die Frage, ob ein Freigelassener, welcher ohne behördliche Erlaubnis seinen patronus vor Gericht geladen hat und deshalb zur Zahlung von 50 aurei verurteilt worden ist, noch nachträglich wegen des Verbrechens des Stellionats (!) im öffentlichen Strafverfahren verfolgt werden könne. SALYCETUS verneint dies, weil auch die Zivilklage auf vindicta gerichtet sei²⁰²:

¹⁹⁷ Cod. Lib. IX fol. 214 col. 4 („Res“) nr. 4.

¹⁹⁸ Dig. Vet. II fol. 48 col. 4 („Si pro fure“ und „furti“). Cod. Lib. VI fol. 67 col. 1 („Ancillae“); fol. 68 col. 2 („Furti“).

¹⁹⁹ Cod. Lib. VI fol. 66 col. 4 („Ex morte“) nr. 5.

²⁰⁰ A. a. O. fol. 67 col. 1 (oben Anm. 199) nr. 7.

²⁰¹ Cod. Lib. VI (2) fol. 68 col. 3 („In eum“); Cod. Lib. IX (19) fol. 215 col. 3 bis 216 col. 1 („Qui sepulcra“) nr. 6; Cod. Lib. IX fol. 227 col. 2 („Plerisque“) nr. 10; fol. 226 col. 4 („Plerisque“) nr. 2.

²⁰² Cod. Lib. IX fol. 215 col. 3—216 col. 1 nr. 6 („Qui sepulcra“); Cod. Lib. IX fol. 226 col. 2 („Plerisque“) nr. 2.

debet enim civilis competere ad vindictam quando id quod petitur non petitur quia aliquid absit quod est quando in medio concludendi in libello fit aestimatio contumeliae, non damni . . .

Das ist eine ganz klare Begriffsbestimmung, die eine gründliche Kenntnis der Problematik beweist. Kein Wunder, wenn dem Juristen ihre Schwächen nicht verborgen geblieben sind. Auch SALYCETUS beanstandet die Formulierung der Codexstelle²⁰³:

Opponitur quod textus inepte et male dicat quotiens de re familiari etc.; nam h[a]ec propositio denotat causam proximam et subiectivam, sed in exemplo quod infra ponitur de furto, non agitur de re familiari cum in duplo vel quadruplo, non insit rei persecutio (D. 47, 2, 55, 3 — D. 13, 1, 7, 1). et si inesset pro alio simplo vel triplo non ageretur de re familiari cum illud plus non fuerit in numero rerum agentis. Solutio: ut in glossa in princ. qu[a]e exponit „de re“ in „propter rem“, et sic hic non tantum denotat causam proximam et subiectivam sed remotam et occasionatam ex mente loquentis . . . Et ex his not. quod ubi habetur respectus ad rem seu ad [a]estimationem diminutionis patrimonii, dicetur agi de re vel propter rem.

Daß mit dieser rein philologischen Erklärung, auch wenn man sie, wie es hier geschehen ist, juristisch-logisch umdeutet, das Problem eigentlich nicht gelöst ist, bedarf nach den früheren Ausführungen keiner Erläuterung. Aber SALYCET ist m. W. der erste, der sich mit den grundsätzlichen Bedenken gegen diese Art der Differenzierung auseinandersetzt und der sie richtig darin sieht, daß hinsichtlich des zweiten simplum oder des triplum²⁰⁴, kurz hinsichtlich des reinen Strafbetrages der Poenalklagen jene verschiedenartige Behandlung sich gar nicht rechtfertigen läßt, und daß der übrigbleibende Betrag sachlich überhaupt nicht ins Privatstrafrecht, sondern als Schadensersatz ins (echte) Privat-Deliktsrecht gehört.

Aber SALYCETUS war und blieb ein Kind seiner Zeit; deshalb konnte er die Lösung nicht finden, welche den Bruch mit dem überlieferten System voraussetzte. Deshalb war schließlich auch er gezwungen, dieses *brüchige* System gegen die aus C. 9, 35, 8 sich ergebenden Bedenken zu verteidigen. Die Lösung SALYCETS, Unterscheidung zwischen primärem und sekundärem Klageinhalt, entspricht im wesentlichen der des BALDUS, bedeutet also im Grunde genommen doch die Aufgabe des Prinzips, zu der sich offen zu bekennen der Verfasser anscheinend nicht den Mut gefunden hat²⁰⁵.

Was SALYCETUS im übrigen zum Detail der Problematik bringt, ist wenig bedeutsam und in keiner Weise originell.

²⁰³ Cod. II fol. 226 col. 4 („Plerisque“) nr. 1.

²⁰⁴ Im Falle einer Konkurrenz mit der *condictio furtiva* sogar hinsichtlich eines noch höheren Betrages. (Vgl. Kap. II S. 58/9.)

²⁰⁵ Cod. II fol. 230 col. 1 („Dominum“) nr. 2: „Sol. tribus modis ut glo. primo ut hoc secundum illas et relativum qua simplicem relationem generis[,] non speciei faciat, ut ibi mulier damnavit. etc. secundo, ut h[a]ec secundum illas sed relativum qua non faciat relationem actionis sed illius verbi iniuria. hic violat text. Ideo tertio dicit glo. quod hic de actione iniuriarum tamen loquitur. Nec obest contraria quia procedunt quando per viam principalis petitionis vellet utrunque petere sed hic unum principaliter et aliud consecutive. et ad hoc inducit glo. tria similia usque ad finem et vult glo. quod [a]estimatione contumeliae possit consecutive facere [a]estimationem damni . . .“

Aus der vermögensrechtlichen Natur der *actio furti* folgt, daß beim Diebstahl von Hauskindern nur der Wert der entgangenen Dienste berechnet, die Berücksichtigung von Affektionswerten dagegen ausdrücklich ausgeschlossen wird²⁰⁶. Entsprechend ist zur Erhebung der Klage aktiv legitimiert nur, wer einen Vermögensschaden erlitten hat²⁰⁷. Entgangener Gewinn soll — wie bisher — nur dann berücksichtigt werden, wenn er *sine iniuria* gemacht worden wäre²⁰⁸. Endlich wird eine Konkurrenz der *actio legis Aquiliae* und der *actio legis Corneliae de sicariis* zugelassen^{209, 210}.

Über die Bedeutung des Stellionats hat sich SALYCETUS bei weitem nicht so ausführlich geäußert; aber keinesfalls wird man annehmen können, daß er den Unterschied von *furtum* und *Stellionat* in der Begehungsweise gesehen hat. Sonst hätte er nicht innerhalb des ersteren zwischen einem *furtum simplex absolute commissum* und einem *furtum devalatum sub colore boni perpetratum* unterscheiden können²¹¹. Ein weiteres Argument bildet der Gegensatz von *error in substantia personae* und *error qualitatis*, den der Jurist von seinen Vorgängern übernimmt. SALYCET bemüht sich auch hier um tiefere Erkenntnis²¹²:

... quod error qualitatis dicatur? Respondeo quod quandoque qualitas et accidens in quo tradens erat in quo recipiens dolum et fallaciam committit non concernit substantiam obligationis vel debiti: nec causam ex qua vel propter quam traditur: sed aliud quid extrinsecum et tunc domini translatio non impeditur (ut D. 47, 2, 43, 3). in contra allegatur quandoque talis actus respicit substantiam obligationis vel debiti: seu causam ex qua propter quam traditur . . .

Andererseits wird in der Definition des Stellionats die generelle und subsidiäre Natur des Tatbestandes betont²¹³.

Vel dicit Azo in summa quod ad propositam materiam criminum privatorum et extraordinariorum erat necesse proponere aliquam rubricam generalem et subsidiariam per quam provisum esset ubi dolus in specialem titulum criminis non caderet, et ideo posita fuit h[anc] rubrica qu[ae] in subsidium punit criminaliter dolum sicut de dolo civiliter actio in subsidium intentatur (ut D. 4, 3, 2). Et dicitur a stellione animali sic vocato quia totus est stellatus sicut c[er]velum et dolo plenus et si vis tibi notum exemplum vide in scorpione: quia brachiis elevatis tibi amplexando blanditur et cum cauda secretote pungit, et ideo ab his quae habent scorpionem pro ascendenti qui et stella est cave tibi . . .

Trotz der Kennzeichnung des Tatbestandes als *rubrica generalis* scheint der Schluß der Stelle die Annahme nahezu legen, daß SALYCET der engeren Auslegung zuneige und den Tatbestand auf die (übrig bleibenden) echten

²⁰⁶ Cod. Lib. VI (2) fol. 65 col. 2 („Alienum“) nr. 3; vgl. auch ebenda („si is cui“) nr. 2 und Cod. Lib. IX fol. 228 col. 1. („Si res“).

²⁰⁷ Cod. Lib. VI (2) fol. 71 col. 2 („Manifestissimi“) nr. 2—4. Das Interesse muß außerdem „iusta et probabilis“ sein.

²⁰⁸ A. a. O. (oben Anm. 207), nr. 4 a. E.

²⁰⁹ Cod. Lib. III fol. 66 col. 4 („Ex morte“) nr. 5.

²¹⁰ Unvererblichkeit der actiones poenales: Cod. Lib. VI fol. 68 col. 2 („Furti“).

²¹¹ Cod. Lib. VI (2) fol. 68 col. 3 („Falsus“) nr. 1.

²¹² Cod. Lib. VI (2) fol. 70 col. 2 („Falsus“) nr. 17.

²¹³ Cod. Lib. IX (34) fol. 228 col. 3 („Rubr. de crimine stellionatus“) nr. 2.

Täuschungsfälle beschränke. Dagegen spricht aber, daß er bei anderer Gelegenheit die unerlaubte gerichtliche Ladung des patronus durch den libertus als Stellionat strafft.

Mit BARTHOLOMAEUS DE SALYCETO hat die Zivilistik der Postglossatoren ihren Höhepunkt überschritten. Zur Auslegung der Quellen des römischen Rechts wenigstens haben seine Nachfolger Entscheidendes nicht mehr beizutragen vermocht. Ja es scheint sogar — soweit das sehr lückenhafte Material ein Urteil zuläßt — die These vertretbar, daß gerade die Anomalien der Quellen ihr Interesse vorzüglich erregt haben. Wir können uns deshalb mit einer zusammenfassenden Darstellung begnügen.

Eine Ausnahme hiervon machen die Kriminalisten. Die Strafrechtstheorie der Postglossatoren erreicht um diese Zeit mit ANGELUS ARRETINUS²¹⁴ ihren Höhepunkt. Er und seine unmittelbaren Nachfolger, CAEPOLLA und BONIFATIUS DE VITALINIS, verdienen deshalb — gleichzeitig als die Vorläufer der italienischen Strafrechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts — eine ausführlichere Würdigung.

Die Gerechtigkeit gebietet jedoch hervorzuheben, daß die Verselbständigung des Kriminalrechts an und für sich schon *quellenwidrig*²¹⁵ war und damit den zünftigen Zivilrechtlern bei der Auslegung Aufgaben stellte, deren Lösung faktisch unmöglich war. Das hat man sich stets vor Augen zu halten, wenn man — vom exegetischen Standpunkt aus — ihre Leistung kritisiert.

Es gibt wohl kein besseres Beispiel für diese These als die Art, in der das Verhältnis der verschiedenen Verfahrensarten von den einzelnen Juristen charakterisiert wird.

JOHANNES DE IMOLA und PAULUS DE CASTRO vertreten hier noch den *klassischen* Standpunkt²¹⁶.

Pena civilis proprie est illa quae respicit privatam utilitatem. criminalis vero quae respicit publicam utilitatem. Et sic facit quod ubi pena pecuniaria venit applicanda fisco, censeatur pena criminalis . . .

Die Erörterung JASONS über die „*Strafbarkeit des Versuches*“²¹⁷ (zwei Theorien, die einen für volle, die andere für mildere Bestrafung) lassen schon eine genügend scharfe Trennung beider Verfahrensarten vermissen; und bei ANGELUS DE ARRETIO endlich zeigt sich der Gegensatz bereits in völliger Auflösung. Die actio civilis ist ihm offensichtlich die Schadensersatzklage *schlechthin*²¹⁸:

²¹⁴ Doch finde ich gerade bei ANGELUS ARRETINUS für die hier interessierenden Probleme verhältnismäßig wenig.

²¹⁵ Vgl. das Zitat aus ANGELUS ARRETINUS: Proemium unten S. 139 Anm. 225.

²¹⁶ JOHANNES DE IMOLA: Dig. Nov. I fol. 37 col. 4 — De Publicanis et vectigalibus — („Quod illicite“) nr. 2.

Ähnlich: PAUL. DE CASTR.: Cod. II fol. 7 col. 3 („Adversus“) nr. 3. ALEX. AB IMOLA: Consilia (Lugd. 1547) Vol. I Nr. 66 nr. 1 (f. 57 c. 4).

²¹⁷ Comm. in Cod. II fol. 5 col. 2 („Si ex pecunia“) nr. 5. Vgl. auch ALEX. AB IMOLA: Consilia Vol. I Nr. 15 nr. 2 (f. 17 c. 4); Nr. III nr. 2 (f. 95, c. 2).

²¹⁸ Comm. in Institut. fol. 195 col. 2 („His autem“). Verfasser ist identisch mit dem Autor des tractatus de maleficiis.

Actio legis Aquiliae non solum civiliter, sed etiam criminaliter potest intentari h. d. not. quod sicut in aliis delictis publicis et privatis, oriuntur duae actiones, una civilis ad emendationem damni, et interesse, alia ad vindictam publicam.

Die Existenz eines Privatstrafrechts ist mit diesem Satz geleugnet.

Einer moderneren Auffassung (spezifisch strafrechtlicher Natur) entspricht es auch, wenn innerhalb der iniuria — wie schon bei BALDUS — zwischen iniuria in personam (Körperverletzung) und einfacher iniuria personalis (Beleidigung) unterschieden wird (JOH. DE IMOL. und PHIL. DECIUS²¹⁹).

Was im übrigen zur Methode der Schadensberechnung²²⁰, Aktivlegitimation²²¹, Vererblichkeit²²² und Noxalität^{223, 224} bemerkt wird, weicht von der herkömmlichen Auffassung in keiner Weise ab.

Man würde die Entwicklung der strafrechtlichen Dogmatik und Systematik durchaus mißverstehen, wollte man sich die Kriminalisten der späten Postglossatorenzeit als kühne Reformer vorstellen. Das waren sie keineswegs und das konnten sie, der Gesamteinstellung jener Zeit nach, auch gar nicht sein. Der Einfluß, den sie auf die zukünftige Gestaltung des Kriminalrechts ausgeübt haben, beruht im wesentlichen darauf, daß sie durch die Verselbständigung der Strafrechtsdisziplin der Entwicklung neue Wege gewiesen und den Reformbedürfnissen der Renaissance einen passenden Rahmen geschaffen haben. Im übrigen diente die Zusammenfassung des materiellen Strafrechts zunächst dem rein praktischen Bedürfnis bequemerer Orientierung und Handhabung²²⁵ der Kriminaljurisdiktion und war von theoretischen Absichten und Prinzipien wahrscheinlich weit entfernt. Durch solche Vorbehalte soll natürlich die Leistung jener Männer nicht herabgesetzt, sondern gerade eine gerechte Würdigung gewährleistet werden.

Dabei gibt der tractatus de maleficiis des ANGELUS ARETINUS besonders wenig für die hier erörterten Probleme her. Das liegt vor allem daran, daß es sich bei ihm nicht um ein nach theoretischen Gesichtspunkten angeordnetes System, sondern mehr um eine Anweisung für Praktiker handelt. Das hebt übrigens der Verfasser selbst in der Einleitung ausdrücklich hervor. Deshalb hat er einen theoretischen Fall konstruiert, der viele, aber keines-

²¹⁹ JOHANN. DE IMOLA: Dig. Nov. I fol. 4 col. 1 („Hoc autem“) (?) PHILIPPUS DECIUS: Consilia Pars III cons. 406 nr. 3 (fol. 61 c. 4).

²²⁰ ALEXANDER AB IMOLA: Consilia Nr. 168 fol. 227 col. 2 nr. 4. ANGELUS DE ARRETIO: Comm. in Institut, fol. 197 col. 2 („Poenam autem“) nr. 2.

²²¹ PAUL DE CASTR.: Cod. II fol. 7 col. 4 („Si is cui“) nr. 3; fol. 13 col. 1 („Manifestissimi“).

²²² ALEX. AB IMOLA: Dig. Nov. I fol. 41 col. nr. 10; ANGELUS DE ARRETIO: Institut. fol. 195 col. 2 („His autem“) nr. 1.

²²³ PAUL. DE CASTR.: Cod. II fol. 12 col. 3 („Apud antiquos“); Furtum als „damnum“ bei PHIL. DECIUS: Repertorium (1535) f. 30 nr. 8.

²²⁴ Die Möglichkeit des Eintrittes eines Vermögensschadens fordert beim falsum ALEXANDER AB IMOLA: Consilia Vol. I Nr. 74 nr. 10 (f. 64 c. 4).

²²⁵ Vgl. ANGELUS ARRETINUS im Proemium: „ita disponerem atque ordinarem, ut eorum investigatio et perceptio facilius videretur“.

wegs alle Deliktstatbestände enthält, und erörtert in dessen historischer Reihenfolge die Strafbarkeit der einzelnen Personen. So gestattet weder die Anordnung noch die Abgrenzung der einzelnen Tatbestände allgemeinere Schlüsse auf ein zugrundeliegendes System, hindert aber auch nicht, daß *insultus*, *admenatio*, *cicatrix et signum perpetuum*, *percussio*, *vulnus* u. a. m. trotz äußerer Trennung ebenso wie die *verba iniuriosa* unter den Tatbestand der römischen *iniuria* subsumiert werden. Eben deshalb bietet der *tractatus* sachlich — abgesehen von sehr ausgiebiger Benutzung der Statuten — nichts wesentlich Neues; und wie die autobiographische Bemerkung der Einleitung²²⁶ zeigt, hat dem Verfasser solche Absicht auch durchaus fern gelegen.

Noch weniger läßt sich bei CAEPOLLA, von dem an spezifisch strafrechtlichen Schriften ja überhaupt nur ein Band *consilia* überliefert ist, ein vollständiges System erwarten. An dem Gegensatz von Privat- und öffentlichem Strafrecht hat auch er noch festgehalten, daraus sogar den Schluß gezogen, daß eine gegenseitig derogierende Wirkung ihrer Tatbestände nicht eintritt²²⁷. An anderer Stelle²²⁸ will er allerdings anscheinend diese These nur für die vermögensschützenden Klagen des Privatstrafrechts aufrechterhalten und unterscheidet in diesem Sinne zwei Arten der *poena*:

una est propria et mera quando est poena tam ex parte dantis quam ex parte recipientis, videlicet quando nihil adest solventi (Text: solverit) nec aliquid abest recipienti

und

alia est poena impropria, videlicet quando est poena ex parte dantis modo, et non ex parte recipientis, quia danti nihil adest et recipienti abest.

Wenn als Beispiele der letzten Kategorie die Ausgaben für Arzt und Medizin sowie die Nachteile wegen entgangener Dienstleistungen genannt werden, so ist hier offenbar das Verständnis für die überlieferte Systematik stark im Schwinden begriffen, ohne daß daraus im einzelnen die notwendig sich ergebenden Folgerungen gezogen würden.

In der Frage der Vermögensqualität des *furtum* dagegen steht CAEPOLLA durchaus auf dem Standpunkt des römischen Rechts²²⁹:

Non potest esse furtum quin sit damnum . . . sic appellatione damni, quod est genus, comprehenditur furtum, quod est eius species.

Mit solcher Kühnheit und Folgerichtigkeit war das Verhältnis der beiden Tatbestände bisher nicht bestimmt worden, wenn auch — worauf der Ver-

²²⁶ „Quare cum in hoc de vita et moribus hominum agatur, quae inter mortalia potissima sunt collectis multorum Doctorum sententiis, atque opinionibus veris, et communiter usitatis, decrevi eas in libellum conferre, nec ex meipso quicquam nisi breves notas aliquas addere.“

²²⁷ *Consilia* Nr. XIV nr. 6, f. 31 c. 3.

²²⁸ *Consilia* Nr. XVI nr. 3, f. 35 c. 4.

²²⁹ *Cons.* XVIII nr. 19, f. 44 c. 2 (vgl. auch no. 7: „*damnum est diminutio patrimonii; sed per furtum ita diminuitur patrimonium sicuti per aliud damnum . . .*“ und nr. 6, f. 43 c. 1/2).

fasser selbst hinweist — sich bereits bei BARTOLUS, BALDUS und ALEXANDER DE IMOLA Ansätze für diese Auffassung finden. Praktisch folgt daraus für CAEPOLLA, daß ein Statut, welches die Haftung der Stadt für auf ihrem Gebiet erlittene *damna* vorsieht, auch im Falle eines *furtum* Anwendung findet.

Umgekehrt wird im subjektiven Tatbestand der *animus furandi* wieder ganz scharf als Bereicherungsabsicht definiert; *furtum* liegt daher nicht vor, wenn der Täter sich lediglich gegen den Willen des Eigentümers (und deshalb evtl. widerrechtlich) den Betrag des ihm geschuldeten Dienstlohnes *angeeignet* hat; denn der *animus satisfaciendi* ist von dem *animus furandi*, d. h. eben *lucrandi* scharf zu scheiden²³⁰.

Ein einigermaßen lückenloses System des Strafrechts ist uns aus jener Zeit überhaupt nur im tractatus de maleficiis des BONIFATIUS DE VITALINIS erhalten, und auf ihn ist in erster Linie jene allgemeine Charakteristik zugeschnitten²³¹. Von der durch die Beschränkung auf das Strafrecht notwendig gewordenen Umstellung einzelner Tatbestände, insbesondere der *lex Aquilia* abgesehen, haben wir es hier mit einer Wiedergabe des nur wenig modifizierten römischen Rechts zu tun.

BONIFATIUS kennt sogar noch den Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Strafrecht, was wiederholt zu der Bemerkung Anlaß gibt, daß aus diesem oder jenem Delikt auch *civiliter* geklagt werden könne²³². Dementsprechend scheint eine Konkurrenz beider Verfahren durchaus zulässig, mit Ausnahme wieder der reinen Persönlichkeitsklagen, also insbesondere der *actio iniuriarum*, *cum utraque detur ad vindictam*²³³.

Ebenso ist *iniuria* noch der alte, weitgespannte Begriff des römischen Rechts²³⁴. Darunter fallen nicht nur *verberare*, *pulsare* und *domum introire*²³⁵, nicht nur die Beleidigung des modernen Rechts, sondern auch die ungezählte Menge aller derjenigen Tatbestände, die wir früher unter dem einheitlichen Gedanken der Verletzung der Persönlichkeit begriffen haben²³⁶. Dahin gehören, um nur einige Beispiele zu nennen, *in ius vocare sine iusta causa*²³⁷, *prohibere paciscere bestias in locis publicis*, *lavare in balneo publico* oder sonst *facere quid*, die Beschränkung im Gebrauch und in der Verwendung eigener Sachen und versuchter Diebstahl²³⁸.

Ebenso umfaßt das *furtum* noch die Tatbestände der Hehlerei, wohl auch der Begünstigung des Diebes, der Unterschlagung und diejenigen Be-

²³⁰ Cons. XXVI nr. 16, f. 39 c. 3. ²³¹ Oben S. 138/9.

²³² *Iniuria* nr. 38/9, p. 450 c. 4. *Damnum iniuria* nr. 61 (Dig. IV, 3, 11 steht aber „et — et“ nicht „aut — aut“). *De deiectis et effusis* nr. 89 u. 90, p. 455 c. 2—4.

²³³ *Iniuria* nr. 43, p. 451 c. 1. ²³⁴ *Iniuria* nr. 3, p. 449 c. 4.

²³⁵ A. a. O. (Anm. 234) nr. 2, 27, p. 449 c. 4, 450 c. 3.

²³⁶ Oben Kap. II S. 40ff. ²³⁷ A. a. O. (Anm. 234) nr. 15—17, p. 450 c. 2.

²³⁸ Auch wer „*iniuriose v e s t e s* scindit“ begeht eine „*iniuria in personam*“ (bei MODIUS, S. 97). Über den Gegensatz von *iniuria personalis* und *iniuria realis* ebenda S. 99. Wegen der Vererblichkeit: MODIUS, S. 98 v. Man beginnt zu zweifeln.

trugsfälle des heutigen Rechts, in denen der Betrüger kein Eigentum an den ihm übergebenen Sachen erwirbt²³⁹.

Unter die *actio legis Aquiliae* wiederum, deren aktive Vererblichkeit ausdrücklich hervorgehoben wird²⁴⁰, fallen die Arzt- und sonstigen Heilungskosten bei Körperverletzungen sowie die durch Arbeitsunfähigkeit entstandenen Schäden, und zwar auch dann, wenn es sich um die Verletzung eines freien Mannes handelt²⁴¹, ferner die Entwertung eines verletzten Sklaven²⁴², die unberechtigte Aneignung fremder unreifer Früchte²⁴³ sowie der Konsum aller verbrauchbaren Gegenstände²⁴⁴ u. a. m. In allen Fällen bleibt bei der Berechnung des entstandenen Schadens der Affektionswert außer Betracht²⁴⁵. Bei der *actio de effusis et deiectis* wird sogar der Betrag der Geldstrafe aus den Quellen übernommen²⁴⁶.

Fast ebenso *korrekt* ist der Umfang der *crimina extraordinaria* bestimmt. Zu ihnen gehören: *iniuria facere alicui cum fumo, vel letamine, vel suture vel luto super vestimentis alterius, vel corrumpendo fistulas fontis, vel putei vel aliquam aliam aquam, vel puellam attentare causa libidinis*, der Verkauf von minderwertigen Medikamenten, die verräterische Aushändigung von Urkunden an den Gegner, das *crimen expilatae hereditatis* und daneben der *Stellionat* mit der hergebrachten Begriffsbestimmung²⁴⁷:

Et generaliter ubicumque quis delinquit et deficit titulus criminis, habet locum *stellionatus*²⁴⁸.

III. Deutschrechtliche Einflüsse bei den italienischen Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts.

Die letzte in diesem Zusammenhang zu erörternde Periode der italienischen Rechtswissenschaft umfaßt die Doktrin des 16. und des beginnenden 17. Jahrhunderts. Ihr kommt für unsere Erörterungen eine doppelte Bedeutung zu. Zunächst vollzieht sich jetzt in erhöhtem Maße eine Abkehr von den starren Prinzipien des römischen Rechts, womit dem Eindringen moderner Gedanken der Weg geebnet ist. Darin liegt ihre selbständige entwicklungsgeschichtliche Bedeutung. Daneben macht sich der Einfluß des

²³⁹ *Furtum* p. 44 col. 4 n. 16 (aber: „etiam si sit modica, quia non inspicitur quantitas rei, nec qualitas, sed voluntas furantis“), n. 20, 21, 25.

²⁴⁰ *Damnum iniuria*, p. 453 c. 1 n. 9; passiv vererblich ist dagegen die spezielle *actio de pauperie*; aber der Erbe haftet nicht als solcher, sondern als Eigentümer. Nur aktiv vererblich auch *actio vi bonorum raptorum*, n. 8 (MODIUS, S. 447 v). Zu weit geht dagegen der Satz: *de damno dato* (MODIUS, S. 54 v): „quia omnes actiones ex delicto descendentes cedi possunt“.

²⁴¹ A. a. O. n. 13, 21 u. 22. *De effusis et deiectis*: n. 81 u. 89 (p. 450—455).

²⁴² A. a. O. n. 23, p. 453 c. 2. ²⁴³ A. a. O. n. 41, p. 453 c. 4.

²⁴⁴ A. a. O. n. 22, aber „*actio utilis*“, p. 453 c. 2.

²⁴⁵ A. a. O. n. 60, p. 454 c. 2.

²⁴⁶ *De effusis et deiectis* n. 81, 86, p. 455 c. 2/3.

²⁴⁷ *De extraordinariis criminibus*, p. 456 (356) c. 4 n. 1—14.

²⁴⁸ A. a. O. p. 451 (351) n. 18.

in der Praxis der Statuten fortlebenden Langobardenrechts²⁴⁹ sowie die ständige Wechselwirkung mit der deutschen Rechtswissenschaft jener Zeit bemerkbar. So wird die italienische Rechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts die berufene Mittlerin zwischen römischen und deutschen Rechtsanschauungen.

An dem verfahrensrechtlichen Gegensatz zwischen Zivil- und Kriminalverfahren wird allerdings auch in dieser Epoche noch allgemein²⁵⁰ festgehalten; mag man auch der Schilderung der geschichtlichen Entwicklung bei DECIANUS²⁵¹ in den Einzelheiten nicht zustimmen, so trifft er doch im entscheidenden Punkt das Richtige, wenn er die Grundlage dieses Gegensatzes in der historisch gegebenen Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten erblickt²⁵².

Damit ist gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß der Gegensatz von Zivil- und Kriminalverfahren mit der Unterscheidung von Privat- und Strafrecht nicht zusammenfällt, daß vielmehr auch weiterhin die Existenz eines Privatstrafrechts anerkannt wird²⁵³; und es folgt ferner daraus, daß die meisten Aussprüche sowohl zivilrechtlich wie im Kriminalverfahren verfolgt werden können.

In diesem Sinne ist wohl — trotz der Beschränkung des Terminus *poena* auf das Kriminalverfahren — CLARUS²⁵⁴ zu verstehen, wenn er sagt:

Debes quod ex iniuria duplex oritur actio; civilis et criminalis. Civiliter agitur, quando petitur aestimatio iniuriae . . . Criminaliter autem, quando petitur iniuriantem puniri poena iuris . . .

Welchen Weg er wählen will, steht im Belieben des Gläubigers. Ein solches Wahlrecht existierte allerdings ursprünglich nur bei den eigentlichen Privatdelikten; die Verfolgung der *crimina publica* fand nur im Kriminalprozeß statt. Diese Beschränkung wird jedoch, wie es scheint, von den italienischen Juristen aufgegeben.

²⁴⁹ LANGOBARDA und deren Kommentarliteratur. Hier kann auf diese Zusammenhänge nicht weiter eingegangen werden. Vgl. oben S. 88 Anm. 1.

²⁵⁰ Z. B. CLARUS: Sent. lib. V. § iniuria (p. 42 col. 2) n. 5; § fin. Quaest I n. 1, 2 (p. 60 col. 1, 2).

BOSSIUS: Tractatus (p. 63 col. 2) n. iff. tit. Quomodo procedatur per actionem in delicto; (p. 218 col. 1) n. 2+3 (17) de iniuriis.

DECIANUS: Tractatus (f. 278 c. 2) lib. V cap. 1 n. 4; (f. 280 col. 2ff.) lib. V cap. 3,

FARINACIUS: Praxis (p. 11 col. 2) lib. I tit. 1 quaest. 1 n. 62ff. (64); vgl. aber die kritischen Bemerk. qu. 18 n. 17 (p. 252 c. 2).

MARCUS ANTONIUS BLANCUS: Practica Crim. p. 776/7 n. 158/9.

CLAUD. D. BATTANDIER: Praxis Regul. 10 n. iff. [MODIUS, Bd. I S. 533].

²⁵¹ DECIANUS: Tractatus (f. 280 col. 2ff.) lib. V cap. III.

²⁵² A. a. O. oben Anm. 250 (Unterschiede in der passiven Vererblichkeit: BOSSIUS: Tract. (p. 64/5) n. 29/30, tit. Quomodo procedatur . . .

²⁵³ Wirkung der Poenalfunktion: beschränkte passive Vererblichkeit: BOSSIUS: Tract. (p. 64/5) n. 29/30; DECIANUS: Tract. lib. II cap. 19, nr. 13—15 (f. 56); FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 1, quaest. X n. 61/2 (p. 130).

²⁵⁴ CLARUS: Sent. lib. V. (p. 42 col. 2) § iniuria n. 5.

Ex quolibet delicto tam publico quam privato potest agi criminaliter et civiliter²⁵⁵.

Auch die Form, in der ein solches Zivilverfahren durchzuführen ist, wird bald gefunden.

Sed an quando civiliter agitur pro crimine publico competat actio? . . . si civiliter ad ius suum, non video quare non competat actio quae est ius prosequendi ius suum . . .²⁵⁶.

und da man dem Kläger nicht eine actio aus dem Delikt selbst geben wollte, so erhielt er eine actio in factum.

Fateor quod ex privatis delictis resultant actiones ex ipsis maleficiis quae denominantur ab eis, ut actio furti, vi bonorum raptorum et aliae; . . . Sed ex publicis datur actio in factum . . . vel actio iniuriarum vel legis Aquiliae vel vi bonorum raptorum descendentes ex delictis publicis²⁵⁷.

Vollständig allerdings ließ sich diese Parallele nun doch nicht durchführen. Man sah sich veranlaßt, die Funktionen dieser actiones in factum zu beschränken. Die gewöhnlichen Deliktsklagen hatten eine doppelte Aufgabe: sie bezweckten außer dem Ersatz des entstandenen Schadens in der Regel auch eine Bestrafung des Täters.

Et licet per actionem (scil. vi bon. rapt.) agatur ad ius suum persequendum. . . tamen etiam agitur ad poenam consequendam, ut in actione furti, vi bonorum raptorum et similium . . . in quibus iuribus constat, quod poena applicatur parti²⁵⁸.

(Dagegen fällt bei der öffentlichen Verfolgung die verhängte Geldstrafe an den Fiskus²⁵⁹.)

Diese Doppelfunktion wird nun aber den actiones in factum ex publicis delictis nicht zuerkannt, sie werden vielmehr — wie sich bereits aus der rechtspolitischen Begründung ihrer Existenz ergibt²⁶⁰ — auf die Durchführung des Schadensersatzanspruches beschränkt.

Est verum quod regulariter actiones publicorum iudiciorum concernunt solum interesse, privatorum vero etiam poenam . . .²⁶¹.

Darin zeigt sich, daß es sich bei diesen actiones in factum praktisch lediglich um eine (in der Begehungsform) erweiterte Anwendung der actio legis Aquiliae handelt, für deren Wesen als generelle Vermögensschutz- oder Schadensersatzklage man nicht mehr das richtige Verständnis hatte.

Die zweite bedeutsame Abweichung vom römischen Prinzip endlich be-

²⁵⁵ Bossius: Tractatus (p. 63 col. 2) n. 1, Quomodo proced.; vgl. auch (p. 204 c. 4) n. 149, De Falsis.

²⁵⁶ Bossius: a. a. O. (p. 63 col. 3) n. 7, Quomodo procedatur . . .

²⁵⁷ Bossius: a. a. O. (p. 63 col. 4) n. 8, eod. tit. (p. 204 col. 4) n. 149, de Falsis. Vgl. auch: MENOCHIVS: De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, Casus 381 n. 29 (p. 701).

²⁵⁸ Bossius: Tractatus (p. 63 col. 4) n. 12 (vgl. auch n. 13), Quomodo proced.

²⁵⁹ Bossius: a. a. O. (p. 63 col. 4) n. 7 a. E. („ . . . : dum allegat rationem quare publica iudicia dicantur institui per accusationem, dicens quod ideo est, quia agitur ad vindictam, non autem ut prosequatur quis ius suum, quod competat actio.“) (p. 165 col. 4) n. 30 de Furtis.

²⁶⁰ Bossius: a. a. O. (p. 63 c. 3) n. 3, eod. tit.

²⁶¹ Bossius: a. a. O. (p. 63 col. 4) n. 9, eod. tit.

steht darin, daß man auch im öffentlichen Verfahren eine Verurteilung zum Schadensersatz *incidenter* für zulässig erklärt²⁶².

Man wird sich eine so weitgehende Auflockerung dieses Gegensatzes dadurch erklären müssen, daß die rechtspolitischen Grundlagen allmählich in Vergessenheit geraten waren und deshalb die Sätze des römischen Rechts den Bedürfnissen der Zeit entsprechend modifiziert wurden. Bei der Knappheit, mit der Rechtssatz und Begründung in der Regel gefaßt sind, läßt sich allerdings ein solches Mißverständnis nicht oft nachweisen. Doch findet sich im *Tractatus Criminalis* des BOSSIUS²⁶³ ein sehr aufschlußreiches Beispiel dieser Art.

Man erinnere sich an den Gegensatz von persönlichkeitschützenden und vermögenserhaltenden Klagen im römischen Recht. Daß diese Unterscheidung ihrerseits wieder auf der Trennung von öffentlichem und Privatstrafrecht beruht, ist an früherer Stelle eingehend dargelegt worden. Wenn also die italienischen Juristen die Unterscheidung von Zivil- und Kriminalverfahren in der herkömmlichen Gestaltung beibehielten, so lag es nahe, auch den Gegensatz der Klagearten aus dem römischen Recht zu übernehmen. Das geschieht in der Tat²⁶⁴. Auch BOSSIUS²⁶⁵ bekennt sich zu diesem Prinzip:

Addo etiam pro declaratione materiae huius rubricae quod et si regulariter per actionem agatur ad ius suum consequendum, et ad rem familiarem (uti supra dixi, maxime in principio tituli in primis verbis), tamen datur aliquando ad vindictam, ut in actione iniuriarum, quando non²⁶⁶ ago ad consecutionem damni dati, in tali re, sed ad aestimationem contumeliae dicendo potius voluissem amittere summam scutorum mille quam tale convicium pati . . .

und daraus folgt, daß die Erhebung der Klage in einem Verfahren das andere präjudiziert²⁶⁷. Insoweit befindet sich der Verfasser durchaus in Übereinstimmung mit den Quellen. Daß er gleichwohl in zwei grundlegenden Punkten von ihnen abweicht, zeigt erst eine andere Stelle²⁶⁸:

Adverte tamen, dum supra dixi, quod actione iniuriarum agitur civiliter, facta

²⁶² PETRUS FOLLERIUS: *Practica Crim.* p. 450 col. 2 n. 133; vgl. auch CLARUS: *Sent. lib. V., add. ad Quaest. II d* (Ausg. Francofurti 1637). Andere Ausgabe p. 42 n. 45 (add.).

²⁶³ (p. 66 col. 1) n. 49/50 und p. 220 c. 1 n. 12, de Iniuriis.

²⁶⁴ Vgl. bezügl. der *actio sepulcri violati*: DECIANUS: *Tractatus lib. VI cap. 41* n. 17, 2 (f. 124): generell; FARINACIUS: *Praxis lib. I tit. 1. quaest. 10* n. 62 (p. 130).

²⁶⁵ BOSSIUS: *Tractatus* (p. 66 c. 1) n. 49, *Quomodo proced.* . . .

²⁶⁶ Die Bedeutung dieses „non“ ist zweifelhaft. Entweder es handelt sich um einen Schreib- oder Druckfehler, dann stimmen jene Ausführungen im wesentlichen mit den Quellen überein; oder es soll damit die Möglichkeit angedeutet werden, daß die *actio iniuriarum* bisweilen statt der *vindicta privata* (= *consecutio contumeliae*) *vindicta publica* (= echte öffentliche Strafe) bezweckt. (Vgl. dazu die weiter unten zitierte Stelle (unten Anm. 268), welche ergibt, daß diese Auffassung nicht ganz unmöglich ist.) Den Quellen entspräche eine solche Annahme jedoch nicht.

²⁶⁷ A. a. O. (p. 66 c. 2) n. 50, eod. tit.: „et sequitur notabilis effectus ex his quod quando agitur ad vindictam, et si agitur actione iniuriarum civiliter, tamen sententia facit praeiudicium in alio iudicio publico.“

²⁶⁸ BOSSIUS: *Tractatus* (p. 220 col. 1) n. 12, de Iniuriis.

aestimatione. Et ut supra, quia etiam sic agendo civiliter aliquando agitur ad vindictam publicam, aliquando ad rem familiarem, ex quo sequitur quod sententia in iudicio privato civili ad vindictam praeiudicet postea accusationi criminali . . . et quod ideo sic ad vindictam non debet agi nolente iudice, ubi fit praeiudicium legi Corneliae de sicariis.

Diese Sätze stehen in dem Abschnitt, in welchem der Verfasser von der iniuria handelt; daraus ergibt sich — auch abgesehen von ihrem Wortlaut — daß sie sich gerade auf die actio iniuriarum beziehen. Bei BOSSIUS dient diese Klage also auch der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, die Quellen dagegen beschränken ihre Aufgabe auf den Schutz der Persönlichkeit. Dieser Persönlichkeitsschutz aber war privater Natur; deshalb sprachen die Römer in diesem Zusammenhange von *vindicta privata* und stellten ihr die Funktion des öffentlichen Strafrechts als *vindicta publica* gegenüber. Daß zwischen diesen beiden Aufgaben nahe Beziehungen bestanden, wurde dabei nicht verkannt; so entwickelte sich die Lehre von der Präjudizierung, nicht weil die actio iniuriarum vindicta publica, sondern obwohl sie vindicta privata zum Gegenstand hatte. Beides wird jedoch von BOSSIUS verkannt.

Von solcher Grundauffassung konnte die Begriffsbestimmung der einzelnen Delikte nicht unberührt bleiben.

An der Spitze der Erörterung über das furtum steht allerdings noch meist die Definition des römischen Rechts²⁶⁹. Doch ist die durch Friedrich II. verordnete Todesstrafe deutschrechtlichen Ursprungs²⁷⁰. In der Abstufung der Strafe nach dem Wert des entwendeten Gegenstandes zeigt sich — und zwar in Übereinstimmung mit den Quellen — die vermögensrechtliche Natur des Delikts. Derselbe Gedanke kommt in der Parallelisierung mit dem damnum iniuria datum wiederholt zum Ausdruck²⁷¹. Gleichwohl macht sich auch hier ein Eindringen modernerer Gedanken bemerkbar. So wenn BOSSIUS²⁷² bei der Bestimmung des Wertes auch öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte heranzieht oder MENOCHIUS²⁷³ individuelle Maßstäbe zugrunde legt oder gar Affektionswerte mitberücksichtigt.

²⁶⁹ CLARUS: Sent. lib. V. (p. 19 col. 3) n. 1, § Furtum; JACOBUS DE NOVELLO: Practica et Theoretica, p. 524, n. 1.

²⁷⁰ Streitig ist nur ihre Auslegung: CLARUS: Sent. lib. V. (p. 20 c. 1) n. 8; MENOCHIUS: De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, Casus 295 (p. 564) col. 2 n. 17. PETRUS FOLLERIUS: Practica p. 448 c. 2 n. 125, verweist bereits auf die CCC.

²⁷¹ BOSSIUS: Tractatus (p. 216 col. 3) n. 1, de Damno dato. (p. 217 col. 3) n. 9, eod. tit. Hierher gehört ferner: BOSSIUS: Tract. (p. 166 col. 3) n. 53, de Furtis (bei Diebstahl einer Urkunde sei nicht der Wert des Materials, sondern das „interesse partis“ maßgebend). Jedoch wird mehrfach hervorgehoben, daß die Höhe des Wertes nur für das Strafmaß entscheidend sei z. B. von CLARUS: Sent. lib. V. (p. 21 col. 3) n. 23/4, § Furtum.

²⁷² Tractatus (p. 168 col. 1) n. 60, eod. tit.: „dicitur tamen furtum enorme, etsi esset modicum, quando eo tumultus et publicae quietis perturbatio sequeretur (ut per Ias. ubi supra) . . .“

²⁷³ De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, Casus 295 (p. 564 col. 2) n. 10/1:

Am stärksten macht sich diese Unsicherheit in den systematischen Grundlagen bei der Abgrenzung von *damnum iniuria datum* und *iniuria* bemerkbar. *Iniuria* ist noch der alte weitgespannte Begriff des römischen Rechts, der unterschiedslos Körperverletzungen und Beleidigungen, Hausfriedensbruch und Geheimnisverrat u. a. m. in sich vereinigt²⁷⁴. Doch geht die ungleich eingehendere Behandlung der Ehrverletzungen bei CLARUS²⁷⁵ wohl schon auf den Einfluß germanischen Rechtsdenkens zurück.

Die *actio legis Aquiliae* soll nach BOSSRUS²⁷⁶ auch die durch Verletzung des Körpers entstandenen Vermögensschäden erfassen:

Erit tamen Aquiliae locus non solum si fiat homicidium servi, sed etiam si liberae personae, et hoc ad damna, non ad corporis aestimationem.

Daraus wird mit Recht die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen *actio legis Aquiliae* und *actio iniuriarum* gefolgert²⁷⁷:

Providet percusso, circa repetitionem impensarum factarum in medicis, et operum deperditarum; quaerit, an alio remedio talis percussus, et iniuria affectus agere possit; nam egerat in illo textu ad moerum damnum per l. Aquiliam et respondet Abb. etiam posse agere actione iniuriarum criminaliter ad poenam arbitrariam applicandam fisco, et civiliter aestimata iniuria per iuramentum taxatione praemissa, ad poenam sibi applicandam. . . .

Trotz dieser vom Standpunkt der Quellen aus vollkommen zutreffenden Grenzbestimmung²⁷⁸ kommt jedoch der Verfasser nicht zur Klarheit, weil er — wahrscheinlich wieder durch C. 9, 35, 8 bestimmt — der *actio iniuriarum* daneben²⁷⁹ Ersatzfunktionen zuschreibt. So erklärt sich die resignierende Feststellung²⁸⁰:

*In hac materia (scil. iniuriae) quae, ut dixi supra in praecedenti titulo, multum attinet ad materiam damnorum datorum, adeo ut Bartolus dubitaverit an esset differentia inter legis Aquiliae et actionem iniuriarum (in l. praetor edixit § 1 i. fin. D. de iniuriis). . . .*²⁸¹

Entscheidend sei das *arbitrium iudicis*, doch sei zu berücksichtigen „*qualitas facti et personarum conditio*“. — „*Aufert exemplum Ang. Si Doctori codex, in quo multum invigilavit, et plura scripsit, subtrahatur: furtum indicabitur magnum*“. — „*Adfero et ego aliud exemplum ex glo. (in l. illicitas § ne tenuis D. de off. Praes.) dum inquit: qui aufert rustico porcum, aufert oculum*“.

²⁷⁴ Vgl. z. B. CLARUS: *Sent. lib. V. (p. 42 col. 2) n. 1—3, § Iniuria. HIPPOLITUS (p. 429) § quoniam n. 87/8. DECIANUS: Tract. lib. I cap. 17 (Beziehung auf „contumelia“-Begriff) (f. 22).*

²⁷⁵ A. a. O. (p. 41 ff.); vgl. auch DAHM: a. a. O. S. 372 ff. (mit Zitaten aus den Statuten).

²⁷⁶ *Tract. (p. 216 col. 3) n. 1, de Damno dato.*

Vgl. auch n. 4: „*Non est totum pretium arboris incisae, vel domus dirutae, sed illud quod superest deducto pretio rei, et materiae*“, also reiner Vermögensschaden.

²⁷⁷ BOSSRUS: *Tract. (p. 217 col. 1) n. 2, eod. tit.* ²⁷⁸ Vgl. oben S. 48.

²⁷⁹ BOSSRUS: *Tract. p. 220 col. 1 n. 12, de Iniuriis.* — Ebenso FARINACIUS: *Praxis lib. I tit. 4 quaest. 27 n. 143*: „*Nam ex iniuriarum actione venire etiam damna et interesse. . . .*“ (p. 410 c. 2).

CLARUS: [*§ homicidium n. 76 und vor allem*] § *iniuria n. 45. add.*

²⁸⁰ *Tract. (p. 218 c. 1) n. 1. eod. tit.*

²⁸¹ Über Einzelheiten (aktive Vererblichkeit, Veräußerlichkeit, Aktivlegitimation

Demgegenüber sind die Italiener in der Lehre vom Stellionat zu verhältnismäßig eindeutigen und im wesentlichen quellenmäßigen Ergebnissen gelangt. Das hängt wahrscheinlich mit dem Ausbau der falsum-Lehre²⁸², insbesondere dem Erfordernis eines wirklichen oder möglichen (Vermögens-) Schadens²⁸³ zusammen. Darin liegt bereits eine Anäherung des falsum-Tatbestandes an den modernen Betrugsbegriff²⁸⁴, die einer gleichartigen Auffassung des Stellionats hindernd im Wege stand; und andererseits lag es nahe, die so aus dem falsum ausgeschiedenen strafwürdigen Sachverhalte unter den Begriff des Stellionats zu subsumieren²⁸⁵, womit dessen subsidiäre Natur²⁸⁶ von selbst stärker hervortrat.

So gelangt man zu einer ziemlich allgemein gehaltenen Begriffsbestimmung, mit arbiträrer, wenn auch nicht unbeschränkter Strafdrohung:

habe ich nichts finden können, mit Ausnahme einer Bemerkung bei DECIANUS (Tract. lib. VI cap. 41 n. 17), wo dem Erben — wohl ausnahmsweise — die actio sepulcri violati gewährt wird, „quia sua interest“ (f. 124).

Erwähnt sei, daß versuchter Diebstahl nicht mehr als iniuria, sondern „extraordinarie“ gestraft wird: BOSS. Tract. (p. 166 col. 1) n. 34; JACOBUS DE NOVELLO: Tract. aureus (p. 568) n. 22.

²⁸² Näheres bei KUTTNER: a. a. O. S. 23 Anm. 1 (Die juristische Natur der falschen Beweisaussage, 1931).

²⁸³ Vgl. BOSSIUS: Tract. (falsum) (p. 200 col. 1) n. 84/5: „quia vel nocent re vera, vel sunt aptae ad nocendum, . . .“ (ist Bestrafung wegen stellionatus statt wegen falsum nur ein Versehen?).

BOSSIUS: Tract. (Falsum) (. 200) n. 82/3; 87.

BOSSIUS: (Furtum) (p. 167 col. 1) n. 54; (p. 126 col. 3) n. 70, de Defensionibus rerum.

PETRUS FOLLERIUS: Pract. Crim. (p. 201 c. 2) nr. 38.

²⁸⁴ Bezeichnend CLARUS: Sent. lib. V. (§ Falsum) (p. 12 col. 2) n. 29: Die Unterscheidung zwischen zweimaligem Verkauf derselben Sache (Falsum) und zweimaliger Verpfändung (Stellionat) sei obsolet geworden.

²⁸⁵ Vgl. BOSSIUS: Tract. (Falsum) (p. 204 c. 3) n. 148 („Et adverte quod ratio, quare si quis mentitur super generalibus non incidat in falsum, ita ut puniatur poena propriae legis Corneliae, sed extraordinarie poena stellionatus, est quia non est periurus, nam iuravit dicere veritatem super negotio. . .“) — Auch hinter dieser Entscheidung steckt das Schadensersatzfordernis, auf das allerdings das römische Recht gerade beim Stellionat nicht verzichtet. In diesem Sinne ist deshalb die Entscheidung vom Standpunkt der Quellen aus verfehlt und steht auch im Widerspruch mit der sonstigen Stellungnahme des BOSSIUS, z. B. Tract. (Stellionatus) (p. 228 c. 3) n. 5/6 („in alterius detrimentum“); (p. 228 c. 3) n. 6 („ut noceas tertio“); (p. 228 c. 3) n. 5 (Zweimalige Verpfändung einer Sache ist als Stellionat strafbar, „nisi fuisset ad modicum obligata, ita ut posset utrique satisfieri“) — Ebenso: FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 3 quaest. 19 n. 34 („ . . . in praeiudicium alterius“) (p. 272 c. 2).

²⁸⁶ Die Subsidiarität wird häufig ausdrücklich hervorgehoben: z. B. bei: BOSSIUS: Tract. (Stellionatus) (p. 228 col. 3) n. 4 („in subsidium“).

MENOCIUS: De arbitriis iudicum quaestionibus et causis, Casus 381 n. 4 (p. 699) („dicitur etiam hanc ob causam accusatio haec subsidiaria, ad exemplum actionis civilis de dolo, nam quemadmodum illa actio de dolo in subsidium conceditur: cum alia deficit (.) ita accusatio huius criminis deficiente alia nominata accusatione locum habet“).

FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 3 quaest. 19 n. 36: („Poena haec stellionatus est subsidiaria . . .“) (p. 272 c. 2).

ubicumque deficit titulus criminis nominati vel inominati, (..) et tamen aliquid dolo factum sit: tunc illi crimen stellionatus obicitur. crimen enim stellionatus dicitur delictum continens in se diversa et distincta facta, et sic propterea nominatum propter maximam diversitatem doli, quem homines in factis, et negotiis committunt, et committere possunt, a quodam animali stellione dicto, quod erat serpens variis coloribus stellatus et pictus²⁸⁷.

poenam igitur stellionatus, quae arbitria est (et propterea non corporalis, sed pecuniaria reputatur) in pluribus casibus, generice tamen locum habet in quolibet actu facto, in quo quis dolum commisit in alterius praeiudicium, quia sic dolum committens, cum dolus de per se sit delictum. idcirco ultra actionem civilem quae datur et competit parti ad interesse tenetur etiam crimine stellionatus, ut poena arbitrio iudicis puniatur²⁸⁸.

Daß der Tatbestand des Stellionats nicht auf die Begehungsform der Täuschung beschränkt wird, kommt auch in den Beispielen zum Ausdruck; es werden genannt u. a. der Mißbrauch apostolischer²⁸⁹ oder kaiserlicher²⁹⁰ Reskripte, Verletzung der Gerichtshoheit durch unbotmäßiges Verhalten²⁹¹ oder Störung der Verhandlung²⁹², Vernichtung fremder Urkunden, Entziehung von Beweismitteln²⁹³, endlich die Verbreitung von (unrichtigen) Nachrichten in doloser Absicht²⁹⁴.

Andererseits können auch andere Tatbestände in der Form der Täuschung verwirklicht werden, so vor allem das *furtum*, vorausgesetzt daß der Täter nicht Eigentum an der Sache erwirbt²⁹⁵. Als Beispiel einer Körperverletzung (*iniuria*) durch Täuschung erzählt BOSSIUS²⁹⁶ einen Fall, der angeblich tatsächlich vorgekommen sein soll. Jemand geht eine Wette ein, er werde den anderen in gebundenem Zustande mit dem Goldfinger von der Erde aufheben. Er erreicht dies, indem er an seinem Finger einen spitzen Gegenstand (*funiculum*) befestigt, so daß jener — von Schmerzen gepeinigt — von selbst aufsteht.

²⁸⁷ FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 3 quaest. 19 n. 33 (p. 272).

Vgl. auch MENOCHIUS: De arbitrariis usw., Casus 381 n. 1—4 (p. 699). BOSSIUS: Tract. (p. 228 c. 3) n. 1. (CLARUS: Sent. lib. V. [p. 12 c. 2] n. 29.) (DECIANUS: Tract. Lib. III cap. 17 n. 27/8 — f. 138 c. 2.)

Über crimina extraordinaria im allgemeinen: BOSSIUS: Tract. p. 229ff.; DECIANUS: Tract. Lib. V cap. II; FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 3 quaest. 18 n. 21 (regula 8 dist. 4 — p. 252 c. 1).

Über den Begriff *fraus*: DECIANUS: Tract. Lib. I f. 2 n. 1 ff.

²⁸⁸ FARINACIUS: Praxis lib. I tit. 3 quaest. 19 n. 34 (p. 272). (Vgl. auch BOSSIUS: Tract. (Falsum) (p. 200 c. 2) n. 86 bzgl. falsum.)

²⁸⁹ BOSSIUS: Tract. (p. 228 c. 3) n. 1 (Add.).

²⁹⁰ MENOCHIUS: De arbitrariis . . . Casus 381 n. 27 (p. 701).

²⁹¹ BOSSIUS: Tract. (p. 228 c. 3) n. 2.

²⁹² MENOCHIUS: De arbitrariis . . . Cas. 381 n. 26 (p. 701).

²⁹³ BOSSIUS: Tract. (p. 228 c. 3) n. 3; MENOCHIUS: De arbitrar. Cas. 381 n. 28 (p. 701).

²⁹⁴ BOSSIUS: Tract. (p. 228) n. 2; MENOCHIUS: De arbitrar. Cas. 381 n. 29 (p. 701). Anders: HIPPOLITUS BONACOSSA: Communes doctorum jur. opiniones receptae (1576) II sub. v. stellionatus unter Berufung auf Gomez und MENOCHIUS.

²⁹⁵ Vgl. CLARUS: Sent. lib. V (p. 22 col. 3) add. b. PETRUS FOLLERIUS: Pract. Crim. (Fragm.) (p. 449 c. 1) n. 127.

²⁹⁶ BOSSIUS: Tract. (Inuria) (p. 220 c. 3) n. 19.

Viertes Kapitel.

Die Geschichte des deutschen Rechtes bis zur Carolina.

I. Bruchstücke einer Systematik und ihre dogmatischen Folgerungen in den Volksrechten.

Die bisherigen Untersuchungen standen *im Zeichen des römischen Rechts*. Dessen Systematik bot den Schlüssel zum Verständnis auch der mittelalterlichen Jurisprudenz bis hinein in die italienische Rechtslehre des 16. Jahrhunderts. Selbst da, wo man unter dem Druck der kulturellen Entwicklung bewußt von der Tradition abwich, blieb die Theorie des römischen Rechts durch ihren Gegensatz wirksam.

Eine vorurteilsfreie Betrachtung der Quellen des deutschen Rechts setzt voraus, daß man sich von diesem Schema frei macht; daß man bereit ist, gewissermaßen noch einmal von vorne anzufangen, wenn die Frage nach Wesen und Bedeutung der Systematik aufgeworfen wird. Nur dann kann man erkennen, daß und warum das altdeutsche Recht zu einer anderen Problemstellung und infolgedessen auch zu abweichenden Ergebnissen gelangt.

Allerdings wird der Beweis, der hier geführt werden kann, wiederum kein lückenloser sein, und die Thesen, die wir aufstellen, werden teilweise ihre hypothetische Natur nicht verleugnen können. Aber das sind Dinge, die man in Kauf nehmen muß und die in der Unsicherheit unseres historischen Wissens ihren Grund finden.

Für die Zeit der Stammesrechte, die wir zunächst einer Betrachtung zu unterziehen haben, sind es vor allem drei Momente, die der Erkenntnis des Rechtszustandes Schwierigkeiten bereiten: zunächst daß der Gesetzgeber viel plastischer, deshalb aber auch weniger präzise denkt, und infolgedessen die theoretische Durchbildung des Systems ebensosehr wie die Exaktheit der Formulierungen vernachlässigt; zweitens daß von einer Einheit des Rechts in jener Zeit gar nicht gesprochen werden kann, daß vielmehr die Stammesrechte im Detail bisweilen so erhebliche Verschiedenheiten aufweisen, daß es schwer fällt, zu einheitlichen Prinzipien vorzudringen; endlich, daß uns jene Gesetzgebung nicht in der Ursprache, in der sie jedenfalls gedanklich vorher existiert hat, sondern in (noch dazu schlechtem) Latein überliefert ist; das hat dazu geführt, daß einzelne Begriffe des deutschen Rechts, mag auch ihre Bedeutung vom Übersetzer noch zutreffend gewürdigt worden sein, in Termini der römischen Rechtssprache hineingepreßt wurden, in die sie eigentlich gar nicht passen. Ja, es läßt sich feststellen, daß bisweilen einzelne Ausdrücke in den Quellen eine verschiedene Bedeutung haben¹, vielleicht sogar innerhalb desselben Gesetzes nicht ganz

¹ Z. B. *componere*, *compositio* bedeutet bald: reinen Schadensersatz (Lex Wisigoth. VII, 2, 9), bald: Buße generell (Lex Wisigoth. VII, 2, 12), bald Friedensgeld und Buße (Edict. Langobard. pass.) — (Dazu HIs: M. A. S. 583 Anm. 5.) Vgl. BRUNNER: RG I (2. Aufl.) S. 230; BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II S. 795.

einheitlich verstanden werden dürfen; letzteres um so weniger, als ja auch die deutschen Stammesrechte größtenteils nicht das Ergebnis einer einmaligen Kodifikation sind, sondern sich aus Bestandteilen älteren und jüngeren Ursprungs zusammensetzen.

Andererseits findet sich gerade in den deutschen Quellen verhältnismäßig viel strafrechtliches Material², und diese Bevorzugung scheint mit dem Verhältnis von Straf- und bürgerlichem Recht, von Kriminal- und Zivilprozeß zusammenhängen. Vielleicht darf man es überhaupt als das Normale, das Natürliche bezeichnen, daß ein Volk historisch in erster Linie strafrechtliche Normen entwickelt, welche die Aufrechterhaltung des Volksfriedens gewährleisten sollen, obwohl gedanklich dabei eine (vielleicht nicht eigentlich rechtliche) Regelung der sozialen Verhältnisse bereits vorausgesetzt wird. Wahrscheinlich ist dieses auch der Ansatz des römischen Rechts gewesen, obgleich wir in dieser Hinsicht Genaueres nicht wissen und auf Vermutungen angewiesen sind. Sicher jedoch ist, daß — bereits in historischer Zeit — diese Entwicklung abgelenkt und gerade umgekehrt das Strafrecht in den Zivilprozeß hineingezogen, damit aber zwangsläufig selbst mit privatrechtlichem Gedankengut durchgesetzt wurde. Zum Wesen des römischen Privatstrafrechts gehört deshalb nicht nur, daß sein Betrieb von der Initiative des Privaten abhängt (das gab es später — bezeichnenderweise — selbst innerhalb des öffentlichen Strafrechts), sondern daß es auch in seinem gedanklichen Aufbau, vor allem aber in seiner Systematik und in der Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände die Spuren privatrechtlichen Einflusses trägt.

Die Entwicklung des deutschen Rechts verläuft anders und zeichnet sich — jedenfalls für die Periode der Stammesrechte — durch eine Betonung des kriminellen Gehalts seiner Vorschriften aus³. Daraus folgt aber an sich noch nicht, daß wir es hier bereits mit einem öffentlichen Strafrecht zu tun haben; auch das Strafrecht der deutschen Stammesrechte war anfangs reines Privatstrafrecht⁴. Das zeigt sich darin, daß die Initiative zur Rechtsverfolgung (ursprünglich auch bei handhafter Tat) lediglich vom Privaten, nämlich dem Verletzten ausgeht und daß der Betrag der Geldstrafe, zu der das Gericht den Rechtsbrecher verurteilt, ihm ebenfalls zufällt. Verletzung individueller Interessen ist Bruch des Rechtsfriedens, der einzelne, und ursprünglich nur er, erscheint als der Verletzte, ihm und ursprünglich nur ihm gegenüber vollzieht sich die Sühne durch Körperstrafe oder Geldbuße; und ebensowohl wie zur Durchführung der Fehde ist er

² Vgl. v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht I S. 109 Anm. 7.

³ Nur ein besonders charakteristisches Beispiel ist die Tatsache, daß manche Volksrechte auch auf Diebstahl unter Umständen ausdrücklich die Todesstrafe setzen, andere das gleiche Ergebnis durch eine untragbare Erhöhung der normalen Bußsätze erreichen. Vgl. KÖSTLIN: Kritische Übersicht III S. 173; BRUNNER: RG I [2. Aufl.] S. 223.

⁴ In einem anderen Sinne erscheint dieser Gegensatz bei BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 703 Anm. 1. — Vgl. v. HIPPEL: a. a. O. S. 101, 103.

später zum Empfang der Buße legitimiert, welche je stets die historische, vielfach aber sogar die im Einzelfall zugelassene oder vereinbarte Ablösung des Fehderechts darstellt⁵.

Allerdings bedarf diese Behauptung für die Zeit der Stammesrechte einer Einschränkung. Man kann annehmen, daß das Friedensgeld, der *fredus*, den der Verletzte sei es in Gestalt eines fixen Betrages⁶ oder als eine Quote der Buße⁷ an die Obrigkeit zu entrichten hat, nicht mehr seinen ursprünglichen Charakter einer reinen Gebühr für die Vermittlung des Friedens bewahrt hat; vielmehr scheint jene Zeit in ihm bereits mehr die Sühne für den Bruch des Gemeinfriedens gesehen zu haben⁸, den man früher als solchen kaum empfunden, jedenfalls aber nicht zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht hatte, zumal da die private Initiative für die Bestrafung des Rechtsbrechers Sorge trug.

In dieser Umdeutung des Friedensgeldes liegt also eine Anerkennung der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafverfahrens; nur daß dieser Fortschritt in der sachlichen Entwicklung nicht sogleich auch einen Wechsel in den Formen erforderlich machte, weil der stark kriminalrechtliche Einschlag des Verfahrens eine Überleitung zum öffentlichen Strafrecht ohne weiteres ermöglichte, ja sogar lange Zeit hindurch die gleichzeitige Durchführung beider Verfahrensziele zuließ.

Doch mag das hier auf sich beruhen bleiben; sicher ist wohl, daß die *compositio* als solche, bzw. derjenige Teil von ihr, welcher dem Verletzten zufiel, im Privatstrafrecht fundiert war und daß gleichzeitig in demselben Verfahren die etwaigen „*Schadensersatzansprüche*“ des Verletzten geltend gemacht wurden. Daraus ergibt sich eine doppelte Fragestellung: nach dem

⁵ BRUNNER: RG I (2. Aufl.) S. 226ff. bes. 231. Daneben tritt später u. U. eine peinliche Strafe nach Reichsrecht (z. B. bei Diebstahl Karoli M. Capit. 779 c, 23).

⁶ Lex Salica pass. — BRUNNER: RG I (2) S. 231, BRUNNER - v. SCHWERIN: RG II S. 806/7.

⁷ Edict. Langob. pass.; OSENBRÜGGEN: Strafrecht der Langobarden S. 24.

⁸ Eine sehr bezeichnende Konsequenz: Ed. Roth. 260 (Fundunterschlagung) und Ed. Roth. 266 (Sachliche Begünstigung als Teilnahme am Diebstahl) stellen keinen Bruch des gemeinen Friedens dar, der Fall 266/7 jedenfalls nicht, insoweit er sich als Verletzung des Eigentumsfriedens darstellt; dort verfällt der portonarius (Fuhrmeister) einer Sonderbuße von 20 sol. „in curtem regis“.

Ausdrücklich dahingehend: Edict. Roth. 387. (Dazu OSENBRÜGGEN: a. a. O. S. 8.)

Der *fredus* entfällt daher bei fehlender „Schuld“ (Lex Rib. 46; 70, 1. Lex Saxon. 51, 55 (?), 57. — BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 32 A. 2. — Lex Thuring. 50 (?), Lex Burgund. IV, 4, XXVII, 5. Lex Frision. III, 7; Add. sapient. §§ 69 u. 70; Lex Salica IX, 1 S. 2 Halbs. 1; IX, 3, 1; IX, 5).

Im übrigen ist die Frage recht bestritten. Der Text folgt der Ansicht BRUNNERS (RG II (2) S. 806). Ebenso wohl auch SCHREUER: Die Behandlung der Verbrechenkonkurrenz in den Volkrechten (GIERKES U. Heft 50) S. 97 Anm. 3 unter Berufung auf WAITZ: Verfassungsgeschichte I S. 306 und Das alte Recht der salischen Franken S. 192).

Die gegenteilige Ansicht wird vertreten u. a. von KEMBLE: Saxons in England I S. 270; SIEGEL: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens S. 27; v. BAR: Geschichte des deutschen Strafrechts S. 54.

Wesen der Buße und nach dem Verhältnis von Privatstrafe und Schadensersatz. Beide Fragen lassen sich nur im Zusammenhange beantworten.

Daß Buße und Schadensersatz nicht identisch sind, ist ein Satz, der für alle deutschen Stammesrechte Geltung hat, wenn auch äußerlich beide nur selten voneinander getrennt erscheinen⁹. Sehr deutlich tritt dieser Gegensatz jedoch überall da hervor, wo neben den regelmäßig fixen Bußbeträgen bei Körperverletzungen für die Heilungskosten ein besonderer Betrag ausgeworfen wird, dessen Höhe entweder ebenfalls von vornherein fixiert ist oder in jedem einzelnen Falle durch Schätzung eines Sachverständigen oder durch den Eid des Klägers ermittelt wird.

So heißt es in der Lex Salica 17, 4¹⁰:

Si vero inter costas fuerit aut in ventrem ita ut vulnus appareat ut usque ad intrania perveniat. . . MCC dinarios qui faciunt solidos XXX culpabilis iudicetur praeter medicatura solidos V.

und in der Lex Salica 29, 9¹¹:

Si quis hominem ingenuum castraverit, VIIIIM dinarios qui faciunt solidos CC culpabilis iudicetur excepto medico novem sol.

Derartige Bestimmungen gibt es aber nicht nur für Freie, sondern auch bei Verletzung von Sklaven und Tieren.

Si quis haldium alienum aut servum ministerialem plagaverit in caput, ut ossa non rumpantur, pro una plaga dit solidos duo; si duas plagas fecerit, dit solidos 4, excepto operas et mercedes medici; si vero amplius plagas capitatis fecerit, non numerentur.¹²

Si quis hominem alienum aut servum ministerialem plagaverit in caput, ut ossa rumpantur unum aut plures, componat solidos quattuor, excepto operas et mercedes medici.¹³

In diesen Fällen erhält der Eigentümer als Entgelt für die entgangenen *operae* ebenfalls eine Geldsumme¹⁴. Statt dessen wird mitunter bestimmt, daß, wer den Schaden verursacht hat, selbst für die Heilung sorgen und

⁹ Vgl. v. SCHWERIN in der Besprechung von HEMMER: Studier rörande straffutmätningen in medeltida soenste rät: Sav. Z. Bd. 51 S. 713—719, ferner: BRUNNER-v. SCHWERIN: RG Bd. II S. 796.

¹⁰ GEFFCKEN, S. 18; SCHREUER: a. a. O. S. 26 Anm. 103. Vgl. BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 796 A. 7.

¹¹ GEFFCKEN, S. 29.

Vgl. auch Capitulare V, 6 (104) (GEFFCKEN, S. 73):

1. Si Salicus Salicum castraverit et ei fuerit adprobatum, CC solidos culpabilis iudicetur, excepto medicaturas VIII, I.

2. Si quis antrustione castraverit et ei fuerit adprobatum DC solidos culpabilis iudicetur, excepto medicaturas VIII, I.

Ferner: Recapitul. B. 12 (GEFFCKEN, S. 105): . . . Solidos VIII, I de medicaturis, sowie die von SCHREUER a. a. O. S. 26 Anm. 105 und 106 zitierten Stellen.

¹² Edict. Roth. 78 (BLUHME, S. 23) vgl. auch SCHREUER: a. a. O. S. 26 Anm. 104.

¹³ Edict. Roth. 79 (BLUHME, S. 23) vgl. auch SCHREUER: a. a. O. S. 26 Anm. 104. Weiter Edict. Roth. 94, 96, 101/2, 106/7, 110—112, 118.

¹⁴ Vgl. auch Edict. Roth. 275/6 (BLUHME, S. 55/6): . . . reddat ipsum [mancipium] (et damnum cui fecerat) [simul] et operas . . . im Falle widerrechtlicher Zurückhaltung eines entflohenen Knechtes. Wohl auch: Luitpr. 90, 142 (BLUHME, S. 120, 143).

inzwischen dem Eigentümer einen eigenen Sklaven oder ein Tier „*als Ersatz*“ zur Verfügung stellen, mit anderen Worten eine Art Naturalrestitution leisten müsse. So heißt es im Edictus Rotharis 339:

Tunc dominus illius cavalli retradat cavallum ipsum illi homini qui ei lesionem fecit, ut ipse eum sanet; et dum ipsum sanare potuerit, det illi suum proprium cavallum qualiter usque suam faciat utilitatem. Et si cavallus qui lesus fuit, ad pristinam redierit sanitatem, reddat ipsum proprio domino.

Ganz ähnlich bestimmt die Lex Baiuvariorum XIV, 5¹⁵:

... recipiat, donec sanetur, et aliud interim ad operationem restituat interdum, quale ille (scil. animal) fuerat quod lesit.

Auf einem verwandten Gedanken beruht das Institut der sog. *delatura* oder *wirdira*. Diese stellt einen Betrag dar, den der Eigentümer der gestohlenen oder beschädigten Sache zur Entschädigung dafür erhält, daß er ihren Genuß hat entbehren müssen. Daß es sich hierbei wirklich um reinen Schadensersatz handelt, ergibt sich vor allem aus der Haftung der Erben des gehängten Diebes¹⁶, ferner daraus, daß *delatura* gezahlt wird, auch wenn die eigentliche Buße durch eine konkurrierende Todesstrafe konsumiert wird¹⁷.

Die Zahlung der *delatura* läßt den Anspruch des Verletzten auf Rückgabe oder Wertersatz natürlich unberührt. Das Recht auf Rückgabe besteht gewöhnlich neben der eigentlichen Buße; im fränkischen Rechte gilt dies auch für den Anspruch auf Wertersatz, das sog. *capitale*, welcher ebenfalls reine Ersatzfunktion (im herkömmlichen Sinne) hat¹⁸. Wo ein spezieller Wertersatzanspruch nicht gegeben ist, wird man die Befriedigung

¹⁵ Ähnlich Lex Wisigoth. VI, 3, 1 und VII, 3, 4; VII, 3, 1: *Quicumque ingenuus mancipium usurpaverit alienum, eiusdem meriti mancipium alterum cum eo compellatur domino reformare. Si vero servus hoc fecerit, ipsum mancipium domino reddat et 100 flagella suscipiat. Quod si usurpatum mancipium prestum non fuerit, dominus servi eiusdem meriti mancipium illi domino det, qui mancipium amisit. donec qui ablatum est, restituatur; et sic ille, qui pro eo datus fuerat, serviturus domino reformetur.*

¹⁶ Lex Rib. 79 — BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 811 ff.

¹⁷ So die herrschende Lehre. BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 138 (S. 809 ff.) Anders HIS: Geschichte S. 98 und RUKSER: Der Diebstahl nach der lex Ribuarua (1913) S. 10—14, sowie neuestens sehr eindringlich GOLDMANN: Zum Problem der *dilatura*, Sav. Z. Bd. 52 S. 43—52.

Gegen RUKSER noch Sav. Z. Bd. 35 S. 476/7.

¹⁸ Man vergleiche: Lex Salica 10 § 2 und 35, 7, 9 § II (*damnum et compositio*), 48 (*capitale et delatura*). Lex Franc. Chamav. 25, 26 ff. (*compositio, wirdira*). Lex Thuring. 48, 58/9 (*componere et emendare*). Lex Ribuarua 17, 18 Ziff. 1 u. 2, 29, 72 Ziff. 1, 2, 3 u. 8 (*damnum bzw. capitale et dilatura*); ferner 82, 84, 85 u. 86. Luitprandi Leges 150. Pactus Alamannorum Frag. III, 23 (*componere et reddere*), 25 (*nur: reddere*), 26 (6 sol. et quantum valuit octogildus). Lex Alamann. 79, 84 (*restituere similem et componere*). Lex Burgundionum IV, 1 (... et restituere). Lex Baiuvar. I, 6; II, 5, 6; X, 14—16; XII, 11 u. a. (*componere et restituere*). Lex Wisigoth VIII, 3, 6 (*reparare et satis facere et damnum solvere*); VIII, 3, 12 (*reddere et restituere*), 3, 14 (*componere et reddere*), VIII 4, 30 (*reparare et exsolvere*), aber: Lex Wisigoth VIII, 2, 3 (*reddere vel componere*). Dazu: BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 796.

eines solchen Begehrens in dem *simpulum* des Bußanspruchs zu erblicken haben, das entweder durch den Bußenkatalog gesetzlich fixiert¹⁹ oder im Einzelfall durch Schätzung ermittelt wird²⁰.

Dahin gehört *Lex Burgundionum* IV, 1 ff.:

Quicumque mancipium alienum sollicitaverit, caballum quoque, equam, bovem, aut vaccam . . . furto auferre praesumpserit, occidatur: et de occisi facultatibus, is qui perdidit superius comprehensa mancipia atque animalia apud sollicitatorem aut furem si non potuerit invenire, in simpulum recipiat: hoc est pro mancipio sol. 25, si tamen mancipium ipsum, sicut dictum est non potuerit invenire, pro caballo optimo 10 sol., pro mediocri 5 sol., pro equa sol. III, pro bove sol. 2, pro vacca sol. 1.

Ähnlich bestimmt Ziffer 2 für den Fall eines Diebstahls durch Sklaven:

dominus . . . secundum formam pretii constituti eum qui perdidit simpla solutione reddat indempnem,

und wer geringwertige Tiere stiehlt

in triplum solvat, secundum formam pretii constituti et multae nomine sol. 12²¹.

Eine Verbindung von Todesstrafe und einfachen Schadensersatz findet sich auch in der *Lex Baiuvariorum* IXa:

Si quis aurum argentum iumenta vel pecora aut quascumque res usque solidos X vel amplius furaverit . . . verumtamen non prius damnatur ad mortem, quam vel simplex de facultatibus furis componat.²²

¹⁹ *Lex Burgund.* IX: „in novigildo secundum pretia a nobis constituta“; X, 1–6 (Buße für Tötung eines Sklaven wird abgestuft nach dessen handwerklicher Tätigkeit); LXX 2 (pretii constituti ab eo, cui furtum fecit).

Lex Frision. III, 2 (quod abstulit in duplum — dazu Bußenkatalog); III 3, 4 u. 7; IV, 4–8.

Lex Alamann. 64, 78 (Näheres MASCHKE: Cap. 24 und 26 der *Lex Francorum Chamavorum.* — Diss. Königsberg 1898 — S. 13). Kombination in *Lex Wisigoth.* VIII, 3, 1.

²⁰ Schätzung durch den Geschädigten: *Lex Alamann.* 51, 52, 61 u. 62, 1 (letztere mit Begrenzung nach oben), *Epitom. Leg. Alam.* 31.

Vgl. auch *Lex Frision.* 1, 11.

Schätzung durch einen arbiter, bzw. Zeugen: *Lex Alamann.* 68, 4 [E. codd. A.]. *Lex Wisigoth* VIII, 2, 3; VIII, 3, 10; VIII, 3, 12; VIII, 3, 16.

Diese Form der Bußenberechnung, Vervielfältigung des durch eidliche Schätzung ermittelten Schadens, entspricht dann wieder annähernd dem römischen System, ohne daß in allen Fällen römischer Einfluß sich wird nachweisen lassen.

²¹ *Lex Burgund.* IV, 3.

²² Vgl. ferner:

Lex Burgund. 29, 1: *Si quis superventu aut latrocinii scelere negociatorem aut aliquem alium occiderit, occidatur. ita ut si ea quae abstulit, non potuerint inveniri, in simplum de suis facultatibus reformetur.*

Lex Burgund. 68, 1: *Si ingenuus est, triplum solvat, et multam secundum qualitatem personae. 2: Si servus, pro eo dominus in simplum solvat, et servus 300 fustium ictus accipiat.*

Nach tit. 91 haftet der Eigentümer des Sklaven überhaupt nicht, wenn ein freier Mittäter bußfällig geworden ist.

Lex Frision. IX, 14: *Si nobilis seu liber libero vi aliquid abstulerit, aut ipsum aut aliud simile in locum restituat, et 14. sol. pro facti scelere componat, et veregildum suum ad partem regis cogatur exsolvere.*

Lex Alam. 51, 2 spricht davon, daß das *simplum* „in caput solvatur et illius alius

Damit steht im Einklang, daß vielfach in Fällen, in denen zwar ein Schaden entstanden, ein strafwürdiges Verhalten des Ersatzpflichtigen aber nicht nachweisbar ist, der Geschädigte sich mit dem *simpulum*, d. h. eben dem eigentlichen Schadensersatz zu begnügen hat. Ein häufiges Beispiel dieser Art bildet der Sklavendiebstahl; für seinen Sklaven haftet der Eigentümer, auch wenn ihn kein eigentliches Verschulden trifft; doch beschränkt sich in diesem Falle seine Haftung auf Ersatz des einfachen Schadens. *Lex Burgundionum* IV, 4 bestimmt:

Si servus Burgundionis sive Romani furtum de supradictis pecoribus admiserit, servus tradatur ad poenam, ut CCC fustium ictus accipiat. Dominus autem pro eius crimine *simpulum* solvat, et multa a domino non queratur.²³

Ebenso ist der Besitzer einer fremden Sache, dem diese ohne Verschulden entwendet wird, dem Eigentümer lediglich zum einfachen Wertersatz verpflichtet²⁴; und *Lex Baiuvar.* 14, 16 macht die Verpflichtung des Täters zum zweifachen Ersatze (*haec universa in componendo duplentur*) davon abhängig, daß der Täter

contumaciter alterius iumento propter dispectionem domini sui vel quacumque inimicitia hoc iniuste perpetraverit.

Trotz mancher Verschiedenartigkeit der Gestaltung im einzelnen wird man jedenfalls an dem Satz festhalten dürfen, daß die Stammesrechte den Unterschied von Schadensersatz und Privatstrafe gekannt, mithin die Buße nicht auf die Ersatzfunktion beschränkt haben.

Deshalb muß nunmehr die Frage nach dem eigentlichen Wesen der Buße aufgeworfen werden. In der Wissenschaft ist man sich hierüber nicht einig. ARTHUR BENNO SCHMIDT²⁵ hat die Theorie von der gemischten Natur der Buße vertreten und für sie sowohl die Funktion der Strafe als auch die des Ersatzes in Anspruch genommen. Er hat deshalb diese Er-

octogeldo“ (ebenso *Ed. Roth* 148, 229, 256; *Lex Salica* 61, 1; 65). Vgl. auch *Lex Wisigoth.* VII, 2, 2 u. 20.

²³ Vgl. auch *Lex Burgund.* VI, 4: Quicumque ingenuo aut servo fugienti sciens capillum fecerit, quinque sol. perdat; si sciens capillum fecerit, fugitivi pretium cogatur exsolvere. (Hier erscheint also das *simpulum* als Straf e r h ö h u n g!).

Ferner: XX, 1 S. 2; XXVII, 1; XLI, 1.

Edict. Roth. 148, 344—6, 355/6.

Lex Salica 40, 4 a. E. *Decret. Clothario* 12.

²⁴ *Codex Euricianus* 280. Ferner: *Lex Baiuvar.* II, 5 Abs. 3, 6 Abs. 1; XV, 4. *Lex Wisigoth.* Lib. VII, 42 tit. 2 u. 12.

²⁵ Übereinstimmend WILDA: a. a. O. S. 318: „Indem dem Verletzten durch die Buße die Rechtskränkung und damit oftmals der Verlust an eigentlich unschätzbaren Gütern vergolten wurde, war dieses für den Schuldigen zugleich eine Vergeltung seines Unrechts. Man sagte daher auch: „er gelte mit Leben“ u. dgl., wo von einem Empfang auf Seiten des Verletzten, von einem Wiederzuwachs an Gütern nicht die Rede sein konnte. Und wenn auch die Vergeltung an den Verletzten anfangs der mehr vorherrschende Gesichtspunkt war, so ist die Vergeltung für den Schuldigen damit so unzertrennlich verbunden, daß sie niemals unberücksichtigt und unerwogen bleiben konnte. Die Buße war mithin eine Strafe und wirkte als solche.“ — Wegen der Entwicklung vgl. auch WILDA, S. 322.

satzfunktion (soweit es sich nicht um echten Vermögensschaden handelt) als Entschädigung für den Verlust immaterieller Güter „konstruiert“. Allerdings soll diese Doppelfunktion für einen Teil der Bußen sehr bald verloren gegangen sein und sich nur „in den Fällen“ erhalten haben, „in denen noch die Erhebung von Fehde möglich war. Hier hat die Bußzahlung ihre ursprüngliche Natur, die der Strafe und des Ersatzes, bewahrt“²⁶ (einschl. Wergeld).

Gegen diese, auch von VON BAR²⁷ vertretene Auffassung wendet sich SCHREUER²⁸ unter Berufung auf WAITZ²⁹ und WILDA³⁰. SCHREUER stützt seine Polemik vor allem darauf, daß im Falle einer konkurrierenden Friedlosigkeit in einigen Rechten der Bußanspruch absorbiert wird, während capitale und delatura auch dann noch gefordert werden können. Aber auch für SCHREUER ist die Buße „Sühne“, „Genugtuung“, und zwar nicht etwa nur der Gesamtheit, sondern auch dem Verletzten gegenüber³¹. Gibt man das aber zu — und SCHREUER tut es selbst trotz jener Absorption bei kon-

²⁶ Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten [GIERKE Untersuch. H. 18] S. 10—12.

²⁷ Ebenso GEFFCKEN: Der germanische Ehrbegriff (Deutsche Zeitschr. f. Geschichtswissensch. 1896/7) S. 337.

Vgl. ferner HIS: Bespr. von WEISWEILER, Sav. Z. Bd. 51 S. 545.

²⁸ A. a. O. S. 190 Anm. 24; gegen die Auffassung vom „immateriellen Schadensersatz“ auch SCHULTE: Strafrechtliche Abhandl. Heft 173 S. 8, 11/12, 22.

²⁹ WAITZ: Das alte Recht der sal. Franken S. 188; Verfassungsgeschichte I (2. Aufl.) S. 399.

³⁰ Bei WILDA: a. a. O. S. 314 heißt es: „Es erhielt bei einer solchen Zahlung der Verletzte für das ihm entzogene Gut, sei es Leibsgesundheit, Ehre usw. ein anderes, wodurch der Verlust gewissermaßen wieder ausgeglichen wurde, eine Gleichheit zwischen beiden wieder hergestellt wurde. In dieser Beziehung ist die Buße eine Art Schadensersatz, von dem sie sich aber dennoch dadurch unterscheidet, daß sie für Güter gegeben wurde, die keinen Verkehrs- oder Marktpreis hatten, wenn gleich eine rechtliche Schätzung und Werthbestimmung derselben stattfand; daher konnte Buße und Schadenersatz (capitale) auch nebeneinander vorkommen, indem ein zugefügtes Unrecht eine Beeinträchtigung des materiellen, zum Tausch- und Handelsverkehr geeigneten, und des eigentlich unschätzbaren intellectuellen Güterbestandes enthielt.“

Vgl. auch das Zitat aus SUNESEN V, 1: „Diversis temporibus sunt iura prodita super tanti reatus per multam pecuniam castigatione, quatenus et tantus excessus aliquatenus refrinari et amissionis damnum quoquo modo posset satisfactionis pecuniariae tristi solatio compensari.“

³¹ Obwohl z. B. nach der Lex Salica 62, 2 die Totschlagsbuße an den „Fiskus“ fällt, wenn die Verwandten, denen sie gesetzlich zukommt, nicht mehr leben, und insoweit also der strafrechtliche Gesichtspunkt in den Vordergrund tritt. Dasselbe Lex Baiuvar. IV, 29; ähnlich Edict. Roth. 186; aber 223: er wird — ohne Leibeserben — stets vom König (curtis regis) beerbt.

Vgl. dazu im Langobardenrecht: Notitia de Actoribus Regis 3 (BLUHME, S. 150): „... Proindeque previdimus statuere: curtis nostra medietatem de aldiones et duas partes de servos, sicut super diximus, habeat, et relinquat parte ipsi parentis propinqui, ut unde habent dolore, habeant in aliquo propter mercedem consolationem!“

Dabei handelt es sich aber um die Tötung eines „servus regis“.

Vgl. auch die fast wörtliche Übereinstimmung mit WILDA, S. 314 einer-, S. 318 andererseits, aber auch S. 322 (Entwicklung zur Strafe). Auch BRUNNER (RG. I 2. Aufl. S. 229) nennt die Buße „Sühnegeld“.

kurrierender Friedlosigkeit — so vermag ich einen Gegensatz der Ansichten überhaupt nicht anzuerkennen. SCHREUER lehnt zwar den Gedanken der immateriellen Güter als „*konstruktiven Notbehelf*“ auch deshalb ab, weil diese immateriellen Güter mit den materiellen Gütern, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet, gar nichts gemein haben. Aber diese Differenz ist doch offensichtlich nur eine terminologische. Was A. B. SCHMIDT gesucht hat, war ein zusammenfassender Ausdruck für alle diejenigen Interessen, welche nicht vermögensrechtlicher Natur sind, deren Wert deshalb in Geld nicht ausdrückbar ist, deren Schutz aber — wenn auch nur mittelbar — der Staat dennoch übernehmen muß und übernimmt³². Sühne für erlittene Verletzung gewährt dem Privaten die Befriedigung seines Rachebedürfnisses durch Fehde und Gewalttat; Sühne gewährt ihm auch die Zahlung einer Buße, nicht nur, weil ihm dadurch Vermögenswerte zufließen, sondern vor allem deshalb, weil in deren Hingabe eine Demütigung, eine Erniedrigung des Bußpflichtigen liegt³³, insbesondere wenn solche Zahlung mit dem Versprechen eigenen Fehdeverzichts für die Zukunft verbunden ist. Daß aber diese beiden Formen der Schadenszufügung einander nicht ausschließen, daß sogar in der Regel die Verletzung materieller, geldwerter Interessen gleichzeitig eine solche immaterieller Werte in sich schließt, ist m.E. nicht einmal ein Einwand gegen die von SCHMIDT gewählte Terminologie; und daß bisweilen auch Verletzungen ausschließlich materieller Interessen vorkommen, beweisen ja gerade die bereits erwähnten Bestimmungen der Volksrechte, wonach unter Umständen nur Ersatz des einfachen Schadens gewährt zu werden braucht.

Zu erklären ist jene Unterscheidung aus folgender Erwägung: An sich muß zwischen der Tatsache und dem Gegenstand der Verletzung scharf geschieden werden; während aber Gegenstand der Verletzung sehr häufig materielle Güter sind, ist das Interesse daran, daß die *Tatsache* der Verletzung unterbleibt, stets immaterieller Natur, das Interesse daran, daß nicht ein Fremder den Rechtsfrieden des anderen störe und damit der Mißachtung der Persönlichkeit Ausdruck verleihe. In diesem Sinne läßt sich sogar von einer regelmäßigen Konkurrenz zwischen Verletzungen materieller und immaterieller Werte sprechen.

Wendet man diesen Gedankengang auf den Fall an, daß Gegenstand der Verletzung selbst schon immaterielle Werte sind, wie etwa der Bruch des Hausfriedens, die Zerstörung eines Bildes, welches mit persönlichen Erinnerungen verbunden und dem Besitzer deshalb teuer, aber ohne Geldwert ist, so gelangt man zu einer Konkurrenz zweier Arten von immaterieller

³² Dahin gehört auch das echte sog. Schmerzensgeld. (Vgl. HIS: M A S. 596 A. I.)

³³ WILDA: a. a. O. S. 314/5. GEFFCKEN: Der germanische Ehrbegriff (Deutsche Zeitschr. f. Geschichtswissensch. 1896/7) S. 333—35.

BINDING: Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht (Rektoratsrede, Leipzig 1909) S. 26.

Über feinere Nuancierungen im Recht der Gragas: PAUL MERKER: Das Strafrecht der altisländischen Gragas (Diss. Heidelberg 1907) S. 52 § 14 a. Anf., S. 53 N. 3—5.

len Interessen oder zu dem gleichzeitigen Schutz zweier verschiedener immateriellen Rechtsgüter.

Beide gehen völlig ineinander über, wo Gegenstand der Verletzung gerade der Anspruch auf (äußere) Anerkennung der Persönlichkeitswerte ist, also bei dem Delikt der Beleidigung im deutschrechtlichen Sinne³⁴. Hier zeigt sich m. E., daß sich eine solche Unterscheidung praktisch nicht durchführen läßt.

Ebensowenig wie in den Voraussetzungen läßt sich ein Unterschied der Rechtsfolgen nachweisen. Naturalrestitution ist selten möglich, die Zahlung einer Geldsumme aber in beiden Fällen ein aliud, kein Ersatz, sondern Entschädigung. So erscheint es gerechtfertigt, in allen diesen Fällen einheitlich von der Verletzung „*immaterieller Interessen*“ zu sprechen.

Daneben knüpfen sich an die Verpflichtung zur Bußzahlung selbstverständlich auch typisch strafrechtliche Wirkungen der Vergeltung und insbesondere der Generalprävention³⁵. Das ist bereits eine Folge der einfachen Schadensersatzpflicht und muß um so mehr bei der erhöhten Bußpflicht der Fall sein. Aber diese funktionelle Einheit ist gar nichts Zufälliges und Einmaliges, sondern so recht im Wesen des Privatstrafrechts begründet. Die Buße hat demnach eine doppelte Funktion, sie dient dem Schutze und der Erhaltung immaterieller Interessen³⁶ und gleichzeitig der Sühne ihrer Verletzung.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen geht also dahin: römisches Recht und deutsches Recht stimmen darin überein, daß sie die Bedürfnisse kriminellen Rechtsschutzes in den Formen des Privatstrafrechts³⁷ verwirklichen und infolgedessen — wie ich glaube zwangsläufig — zur Anerkennung einer *Entschädigungspflicht* für die Verletzung immaterieller Interessen gelangen; und diese Übereinstimmung geht soweit, daß sie in der Bestimmung der Buße als eines Vielfachen des durch Schätzung ermittelten realen Schadens zu annähernd gleichen Rechtsfolgen gelangen³⁸.

An diesem Punkte ist aber auch die Grenze der Übereinstimmung erreicht. Für das römische Strafrecht charakteristisch und gleichzeitig für dessen Entwicklung höchst bedeutsam war, wie wir oben gezeigt haben, der Einfluß, den das zivilrechtliche Denken ausgeübt hat. Zivilrechtliche Gesichtspunkte waren es auch, welche die ursprüngliche, rein kriminelle Einteilung in wertverschiebende und wertzerstörende Delikte zurücktreten ließen und an deren Stelle den Gegensatz von Vermögensschädigung und

³⁴ Ebenso HIS: Strafrecht der Friesen S. 325 oben.

³⁵ Jedenfalls später; vgl. etwa BINDING: Die Entstehung der öffentlichen Strafe, (Oben S. 159 Anm. 33.) S. 35, 51 N. 2.

³⁶ Z. T. auch materieller, vgl. schon oben S. 153 Anm. 9.

³⁷ Das deutsche Recht war allerdings in fränkischer Zeit teilweise gleichzeitig bereits öffentliches Strafrecht.

Vgl. v. HIPPEL: a. a. O. S. 112 ff.

³⁸ Im römischen Recht allerdings als Überbleibsel eines älteren, durch die Entwicklung modifizierten Rechtszustandes.

Persönlichkeitsverletzung setzten³⁹. Innerhalb dieses Systems aber erwies sich die Zuerkennung eines Vielfachen des realen Schadens an den Verletzten, m.a.W. die Sühne für die Verletzung immaterieller Interessen in einem systematisch den materiellen Schäden vorbehaltenen Gebiete als Anomalie⁴⁰; und diese Anomalie führte dann auch zu Schwierigkeiten in der Konkurrenzlehre und gab zu der eigenartigen Konstruktion der *actio iniuriarum* Anlaß, die wir als das „*Prinzip der beschränkten Subsidiarität*“ bezeichnet haben.

Wenn aber die Erscheinung dieser (sozusagen) „*kombinierten Bußen*“ im System der Stammesrechte etwas ganz Gewöhnliches ist, so folgt daraus, daß ihnen ein anderes Einteilungsprinzip zugrunde liegen muß. Der Gegensatz von vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Delikten, den die Jurisprudenz des römischen Rechts entwickelt und zur Grundlage der Systematik gemacht hat, ist ein Produkt juristischen Scharfsinns. Die gedankliche Trennung der verschiedenen durch die gleiche Rechtsgutsverletzung in Mitleidenschaft gezogenen Interessen ist naiver Anschauung fremd. „*Natürlich*“ ist dagegen die Bildung von gesetzlichen Tatbeständen in Anlehnung an das äußere Geschehen, an die Verletzung von existenten Gütern, wenn nicht gar an die einheitliche Handlung des Täters. Das aber ist auch der Grundgedanke, der die Systematik der Stammesrechte beherrscht; und wenn wir es auch bei keinem von ihnen mit einem logisch geschlossenen System zu tun haben, so läßt sich doch für ihre Anlage der Grundsatz aufstellen: nicht eine Unterscheidung rechtlich geschützter Interessen, sondern — und das ist der tiefere Sinn der „*kombinierten Buße*“ — der Gedanke des Angriffsobjekts macht uns die Entstehung der einzelnen Tatbestände im deutschen Recht verständlich. Damit aber ist der für uns entscheidende Gesichtspunkt aufgezeigt und das Verständnis für die Eigenart des deutschen Strafrechts innerhalb des hier erörterten Problemkreises ermöglicht.

Deshalb müssen wir versuchen, die Existenz dieses Prinzips aus seinen Wirkungen nachzuweisen und gleichzeitig dadurch seine Bedeutung zu ermitteln.

Diese Bedeutung ist zunächst rein negativ. Für die Anordnung der einzelnen Tatbestände hat der Gegensatz der Angriffsobjekte nur geringe Bedeutung. Auch der Unterschied zwischen wertverschiebenden und wertvernichtenden Delikten stellt nicht das Grundprinzip der Einteilung dar; vielfach sind Sachzerstörung und Diebstahl überhaupt zusammengefaßt⁴¹.

³⁹ Das römische Recht hat aber an dieser Unterscheidung festgehalten.

⁴⁰ Vgl. oben S. 57 ff.

⁴¹ Lex. Alam. 95 — Pact. Alam. Fragm. V, 6 (a. Anf., während gegen Ende die Strafdrohungen für *sagittare* bzw. *occidere* und *involare* abgestuft sind), V, 7 u. 8. — Epitome Leg. Alam. 37, 40 (verschiedene Strafen 38). — Edict. Roth. 256 — Lex Baiuvar. IX, 10.

Anders: Lex Wisigoth. L. VII: de *furtis et fallaciis*. L. VIII: de *inlatis violentis et damnis* (vgl. aber auch: VII, 2, 3; 2, 23).

Eine schärfere Trennung zwischen Besitzentziehung und Zueignung findet sich

Was übrig bleibt, ist ein ziemlich buntes Gemisch, dem eine straffe Systematik wohl selten zugrunde liegt, in dem aber regelmäßig, wenn auch mit zahlreichen z. T. durch die Novellengesetzgebung erklärlichen Ausnahmen, gleichartige Angriffsobjekte wie Leben, Körperteile, bewegliche Sachen, Grundstücke, die Ehre usw. im Zusammenhang berücksichtigt oder sogar äußerlich zu Gruppen vereinigt sind. Oft folgt auch die Anordnung ganz naiv aus dem Zusammenhang eines einzelnen Sachverhalts; so wenn im Anschluß an das Recht der Spurfolge das Delikt der Rechtsüberschreitung⁴² (Exzeß), im Anschluß an die Formerfordernisse der Urkunden die Urkundendelikte⁴³, im Anschluß an die (verbotene oder erlaubte) Pfändung fremder Tiere auf eigenem Grund und Boden Schadensersatz- und Bußzahlungsverpflichtung des Tiereigentümers wegen des Sachschadens⁴⁴ geregelt werden. So findet sich im Anschluß an die Vorschriften über Einbruchsdiebstahl eine Bestimmung, welche das bloße Eindringen in fremdes Grundeigentum, ohne daß eine Entwendung vorzuliegen braucht, als Hausfriedensbruch oder Versuch⁴⁵ unter Strafe stellt, während an anderer Stelle versuchter Raub und „*Wegsperre*“ zusammengefaßt und zwischen Körperverletzungen und Tötungen abgehandelt werden⁴⁶.

Andererseits ist damit der weitgefaßte iniuria-Begriff des römischen Rechts ins Detail aufgelöst, somit auch seiner Aushilfsfunktion entkleidet⁴⁷. Die Elemente der römischen iniuria verteilen sich aber nun nicht ausschließlich auf solche Delikte, die entweder auch im römischen Recht ein selbständiges Dasein innerhalb der Kategorie der Persönlichkeitsverletzungen geführt haben (wie etwa die Tötungsdelikte) oder aber sich bei dem Auseinanderfallen des einheitlichen iniuria-Begriffes zwangsläufig verselbständigen haben (wie z. B. die Beleidigung des deutschen Rechts⁴⁸). Vielmehr haben wir ihre Spuren auch im Gebiet der römischen Vermögensschutzdelikte gefunden und hier gerade in der Vervielfältigung des reinen Sachschadens einen besonders häufigen Fall dieser Art entdeckt. Noch mehr als

Lex Salica XXII: De furtis in molino commissis: Si quis ingenuus homo in molino anona aliena furaverit et ei fuerit adprobatum, ipso molinario . . . solidos 15 solvat. Ei vero cuius anona est, alius 15 solvatur; ähnlich L. Rib. 57, 2.

Die Lex Thuring. handelt im Abschnitt „de furtis“ unter nr. 37 u. 38 vom Verkauf eines Freien, unter nr. 39 von der Freiheitsberaubung.

⁴² Lex. Rib. 47, 1—3. ⁴³ Lex. Rib. 60.

⁴⁴ Lex Salica IX, 1—5. — Lex Alam. 67 §§ II, III. ⁴⁵ Lex Salica IX.

⁴⁶ Lex Alam. 58: Si quis liber liberum in via manus iniecerit contra lege et eum via contradixerit aut aliquid ei tollere voluerit, cum 6 sol. componat. — Vgl. auch Ed. Roth. 270—272.

Ein anderes Beispiel: Die Lex Wisigoth. stellt im 3. Titel des 8. Buches alle Verletzungen zusammen, die durch und an Bäumen erfolgen.

⁴⁷ Charakt.: Edict. Roth. 27, 34, 35, 37—40. Die Lex Wisigoth. spricht dagegen VIII, 1 u. 3 bei der „turba ad faciendam cedem facta“ noch ganz generell von „contumelia corporis“. Vgl. BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II § 139 (S. 813ff.) u. § 143—5 (S. 849ff.).

⁴⁸ Daß die Unterscheidung nicht überall scharf durchgeführt ist, betont GÜNTHER: a. a. O. S. 71.

in dieser Form der Bußenberechnung, dem von SCHREUER⁴⁹ sog. *Proportionalssystem*, wird diese Bedeutung erkennbar bei den Pauschalbußen; hier ist nämlich der Geldwert des verletzten Gutes und mit ihm das Maß der erforderlichen Sühne von vornherein gesetzlich fixiert und nicht in irgendein Verhältnis zum wirklichen Schaden gesetzt^{50, 51}. Vermögensschaden und Buße stehen dann bisweilen, als *compositio* und *capitale*, sogar äußerlich nebeneinander und verdeutlichen so besonders eindringlich ihre innere Verschiedenartigkeit⁵².

Von diesem Standpunkt aus ist dann auch die Steigerung der Bußenbeträge aus rein *kriminellen* Gesichtspunkten⁵³, z. B. bei handhafter Tat⁵⁴, Rückfall⁵⁵, Einbruchsdiebstahl⁵⁶, Heimsuchung⁵⁷ und Tötung⁵⁸⁻⁶⁰

⁴⁹ A. a. O. S. 61 Nr. 30.

⁵⁰ Eine Parallele im römischen Recht bildet die Ermessensfreiheit des *iudex* bei der Bestimmung der *multa* im öffentlichen Strafrecht (D. 50, 16, 131, 1); auch hier spielt die Höhe des Schadens nur eine untergeordnete Rolle.

⁵¹ Sehr eigenartig: *Pactus Alamannorum* Fragm. III, 13: *Si cuiuslibet messarius de grege tuletur . . . et castratus fuerit, quantas aequas sunt, tantos solidos solvat; also weitgehende Anpassung der Bußhöhe an (wahrscheinlichen) realen Schaden, dabei aber Kombination mit Schadensfixum (1 sol, einerseits, „tot-quot“ andererseits).*

Ähnlich: Fragm. V, 14 (*involare ferro molinario: alio cum ipso reddat et solvat sol. 6 in texaga, cuius fuerit*); *Lex Alamann.* 93, 2 (Zerstörung des *carucco*, so daß ein- bzw. mehrtägige Unterbrechung eintritt).

⁵² Einen Fall von „Alternativität“ enthält *Lex Rib.* 45.

⁵³ Man spricht in einigen der hierher gehörigen Fälle im allgemeinen davon, daß hier ein „besonderer Friede“ vorhanden und verletzt sei, z. B. KÖSTLIN: *Krit. Überschau* III S. 190/1. Damit wird aber an der Tatsache, daß kriminalpolitische Gesichtspunkte die Grundlage dieses Sonderfriedens bilden, nichts geändert. Dazu: BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG II* S. 707 ff.

⁵⁴ *Lex Frision.* III, 8. — *Edict. Roth.* 253/4 (bei bestimmter Werthöhe) 291. — *Lex Baiuvar.* IX, 6. — *Lex Rib.* 79.

Weitere Zitate bei KÖSTLIN: *Krit. Überschau* S. 198/9 Anm. 2, BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG II* § 117 (S. 626 ff.) und S. 830.

Ebenso: KÖSTLIN: a. a. O. S. 197, WILDA, S. 882, *His: M. A.* S. 199.

A. A. CROPP: (*Criminalistische Beiträge* herausgegeben TRUMMER und HUDT-WALKER II S. 1 ff., 233 ff.: *Der Diebstahl nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen*) S. 362 ff., bes. S. 382, 406.

WÄCHTER: *Reallexikon* III, 404.

DOLLMANN: *Die Entwendung nach den Quellen des germanischen Rechts* (1834) S. 79.

ROSSHIRT: *Geschichte und System* II S. 301/2.

⁵⁵ *Lex Francon. Chamavorum* 48 (!)

Ferner: KÖSTLIN: a. a. O. S. 195 E, bes. S. 196 Anm. 3 (für das Mittelalter S. 196 Anm. 5) und BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG II* S. 707, 836.

⁵⁶ *Lex Salica* XI, 12. — *Lex Rib.* 42,4. — *Lex Chamav.* 19—20. — *Lex Burgund.* IX, 25,1; 27, 4 u. 7; X, 3,1. — *Edict. Roth.* 283, 284, 277/8, 388, 244. — *Liutpr.* 131. BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG II* S. 835.

K i r c h e n d i e b s t a h l: *Capit. Saxon.* A III, *Lex Baiuvar.* I, 3, IX, 2. (dazu v. SCHWERIN: *Grundzüge* S. 38). — *Lex Frision. Add. sapient.* I, 3. — *Totschlag in der Kirche*: BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG II* S. 8/9. *Lex Salica* VII, 3; XI, 5; XIII, 5; XXI, 3 u. a. m.

Causae regales: *Edict. Roth.* 369.

Zum Ganzen: KÖSTLIN: *Krit. Überschau* III S. 187 C.

sowie die Verschiedenheit des Betrages bei Hausdiebstahl, Jagdfrevel und Holzdiebstahl⁶¹ trotz Gleichheit des Schadens etwas durchaus Natürliches und keine Ausnahmerecheinung im Gesamtsystem. Dabei ist es gleichgültig, ob das Pauschale der Buße erhöht oder ein äußerlich getrennter fixer Betrag hinzugeschlagen wird, obwohl nur der letztgenannte Fall in die Kategorie „echter“ Verbrechenskonkurrenz gehört. Das gibt auch SCHREUER zu; er sieht sich infolgedessen genötigt, nun selbst die darin liegende „Injurie“ als solche, als „besonderen Friedensbruch“ anzuerkennen^{61a}. Allerdings wird diese Tatsache dadurch ein wenig verschleiert, daß SCHREUER hier die Konkurrenz in den subjektiven Tatbestand verlegt; doch vermag dies am Ergebnis nichts zu ändern.

Weiter ist aber das deutsche Recht zunächst nicht gegangen. Bei der Anerkennung immaterieller Werte hat es sich darauf beschränkt, das in der Verletzung des individuellen Rechtsfriedens liegende Unrecht zu sühnen, ein Unrecht, das zwar als Erscheinung an eine bestimmte Person gebunden ist (wie Tötung, Körperverletzung, Beleidigung), das aber als solches allge-

Nachtdiebstahl: Lex Saxon. 32. Weitere Zitate bei KÖSTLIN: a. a. O. S. 186; BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 836.

⁵⁷ Lex Sal. XIV, 6, XLII, 1–5. — Lex Anglor. et Werin. 50, 57. — Lex Alam. 44, 2. — Lex Frision. 17, 4; Add. I, 1. — Eva Chamav. 19 ff. — Lex Baiuvar. IV, 23/4. — Lex Wisigoth. VIII, 1, 6, 10; 1, 12. BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II § 141 (S. 841 ff.).

⁵⁸ Abstufung nach dem Stand des Verletzten bzw. Getöteten: Lex Rib. 36; 11, 1; 53, 1. — Lex Saxon. 14 ff. (v. SCHWERIN, S. 21, 24/5) — Cap. Saxonicum A XII f. (v. SCHWERIN, S. 39); A V (v. SCHWERIN, S. 38). — Lex Salica 41, 54, 63. — Lex Franc. Chamavor. I–IX. — Lex Thuring. I ff. — Lex Burgund. II, 2. — Lex Baiuvar. I, 8, 10; II, 2; III; IV, 29, 30, 32; V, 9; VI, 12. — Edict Roth. 141 (48, 74), Ltpr. 118 (62).

Andere Straferhöhungsgründe: Heimlichkeit: Lex Rib. 15. Begehungstag: Lex Saxon. 23. Verhältnis des Täters zum Verletzten: Lex Saxon. 24–26. Verbrechen, das sich gegen einen im Felde stehenden Krieger richtet: Lex Saxon. 37 (v. SCHWERIN, S. 27), Lex Wisigoth. VIII, 1, 7.

⁵⁹ Hierher gehört ferner der Fall, daß der gestohlene Gegenstand Individualwert besitzt, weil er nur in einem einzigen Exemplar existiert: Lex Salica VIII, 2, 3, 4.

⁶⁰ Diebstahl an königlichem Gut: Lex Baiuvar. II, 12; IX, 2. — Lex Alamann. 30, Epitome Leg. Al. 10.

Diebstahl gegen den Führer (dux): Epitome Leg. Al. 31, 34.

Diebstahl im Heere: Lex Alam. 26 — Lex Baiuvar. II, 6.

⁶¹ Lex Salica Capit. Sal. IV, 3, 2: Fische, 7; Holz (anders Lex 33, für Waldfrevel, wo die Buße sogar besonders hoch ist). Lex Saxon. 30 u. 31 (v. SCHWERIN, S. 25/6): Diebstahl eines Bienenstockes innerhalb oder außerhalb des umfriedeten Besitztums.

Ferner Lex. Ribuarua 42, 1; 76. — Epitome Leg. Alam. 36 — Edict. Roth. 281 bis 283.

Dabei handelt es sich nicht um modernen Jagdfrevel, sondern um die Verletzung eines irgendwie bereits spezifizierten Aneignungsrechts (z. B. durch Okkupation oder Verfolgung). Näheres — auch für M. A. — bei KÖSTLIN: Krit. Übersicht III S. 185; ferner: BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 827).

^{61a} SCHREUER: a. a. O. S. 56 Anm. 1 („Kumulazion von Präsumziionsbußen“). Vgl. auch unten S. 164 Anm. 65.

mein anerkannt und allgemein erkennbar ist⁶². Darüber hinaus zu einer Anerkennung von reinen Affektionswerten ist das deutsche Recht nicht gelangt. Deshalb wird die Höhe von Schadensersatz und Buße nach dem meist im Bußenkatalog gesetzlich fixierten Verkehrswert des verletzten Objekts bestimmt und auf rein individuelle Neigungen und Beziehungen keine Rücksicht genommen⁶³. Deshalb wird auch die Grenze zwischen großem und kleinem Diebstahl ohne Rücksicht auf individuelle Bewertungsmaßstäbe gezogen⁶⁴.

Man kann dies in zweierlei Weise zu erklären versuchen. Entweder verbot den Germanen ihre stark soziale Einstellung die Rücksichtnahme auf derartig persönliche Bedürfnisse, deren soziale Bedeutungslosigkeit durch den Mangel einer generellen Werttaxe eindeutig festgelegt war; oder die Ursache für die Vernachlässigung dieser Werte lag in dem Entwicklungsstadium von Kultur und Rechtsordnung, die für derartig feine menschliche Beziehungen noch kein Verständnis aufzubringen vermochten und, auch wo sie dies taten, an den Schwierigkeiten der Formulierung und Begriffsbestimmung sowie der Bewertung (Bußenkatalog!) scheiterten. Die Tatsache selbst aber, daß rein affektive Werte von der Anerkennung und dem Schutze des Rechtes ausgeschlossen waren, läßt sich nicht leugnen.

Wer also, wie SCHREUER⁶⁵, in der Reaktion auf den individuellen Friedensbruch durch Bußpflicht keine Anerkennung immaterieller Werte erblickt (vgl. S. 157), sondern in ihnen ausschließlich das poenale Element betont, der wird allerdings in dem bisher Ausgeführten keinen Beweis für die früher aufgestellte Behauptung erblicken können. —

Aber auch die umgekehrte Erscheinung findet sich im deutschen Recht. Es gibt in den Volksrechten Bestimmungen, deren eigentliches Schutzobjekt

⁶² Hierher gehört auch Lex Burgund. XI, 2: Wundbußen werden darnach abgestuft, ob es sich um Gesichtswunden handelt, oder ob die Wunden „vestibus continguntur“. Weitere Zitate bei GÜNTHER: a. a. O. S. 56/7 Anm. 51-53, S. 59 Anm. 65, S. 69 Anm. 118.

⁶³ Lex Saxon. 34-36 (Diebstahlbuße abgestuft nach dem objektiven Wert der Sache. — v. SCHWERIN, S. 26) — Edict. Roth. 14, 112, 137, 374. Ltpr. 49, 124, 140. — Dazu OSENBRÜGGEN, S. 19 ff. — Lex Wisigoth. VII, 2, 13, 23 u. a.

Zum Ganzen: WILDA, S. 870 und das Zitat aus GRAGÁS, S. 862; BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II (S. 833: Diebstahl).

⁶⁴ Lex Salica XI § 1-4 u. 6. Recapit. leg. Sal. A, 1-5. Die Unterscheidung fehlt im langobard. Recht (OSENBRÜGGEN, S. 119 RUKSER: a. a. O. S. 6 Anm. 5), ob auch im ribuarischen ist streitig (vgl. RUKSER: a. a. O. S. 6 Anm. 5; MAYER-HOMBERG: Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter I [1912] S. 149). Zum Ganzen: BRUNNER-v. SCHWERIN: RG II S. 828 ff.

Praktisch bleibt hier ein *begrenzter* Rechtsschutz erhalten, weil die Quellen des deutschen Rechts nicht einen Minimalwert zur Voraussetzung rechtlicher Reaktion machen, sondern lediglich für den Fall, daß der Geldwert unter einem bestimmten Betrage bleibt, eine niedrigere Strafe androhen. Für den Diebstahl folgt ein ähnliches Ergebnis aus der Erwägung, daß ein Minimalwert der entwendeten Sache sich wohl stets wird nachweisen lassen.

⁶⁵ A. a. O. S. 190 A 24. Vgl. oben S. 157 A. 28; allerdings spricht SCHREUER, S. 30 selbst von „Injurienbuße“. Vgl. auch S. 56 A. 1.

(= Rechtsschutzinteresse) zu der Kategorie der immateriellen Werte gehört, die aber daneben auch für einen Ausgleich der mit solchen Verletzungen verbundenen Vermögensverluste Sorge tragen. Wohl das bekannteste Beispiel dieser Art bildet die Vergütung der Arztkosten, welche zwar ausdrücklich neben der eigentlichen Buße zu leisten ist, aber hier doch als Bestandteil einer einheitlichen Rechtswirkung erscheint, während jene im römischen Recht zwar auch ersetzt werden mußten, jedoch den Gegenstand einer besonderen *actio* aus dem Gebiet des Vermögensschutzes, nämlich der *actio legis Aquiliae* bildeten⁶⁶. In diesem und ähnlichen Fällen erkennt also das deutsche Recht dem Geschädigten einen einzigen Anspruch zu, der in sich die Reaktion auf die verschiedenen Arten von Schäden vereinigt; das römische Recht dagegen trennt die Klagen nach der Natur der Schäden und gelangt deshalb im gleichen Falle zu einer (kumulativen) Konkurrenz zwischen der *actio iniuriarum* und den vermögensschützenden Klagen.

So deutlich wie in dem eben genannten Falle läßt sich allerdings die Wirkungsweise dieses Prinzips sonst nicht aufzeigen. Denn in der Regel hat man sich die vermögensrechtlichen Folgen solcher Personalverletzungen als in die Bußtaxe einkalkuliert und deshalb nicht besonders berechnet zu denken. Nachweisen läßt sich das allerdings kaum. Immerhin scheint eine solche Annahme gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, daß keines der Stammesrechte sonst irgendwo von Vermögensschäden handelt, welche im Zusammenhang mit Körperverletzungen, Beleidigungen usw. entstehen könnten. Daß aber eine derartige Betrachtungsweise an sich dem Rechtsdenken nicht zuwiderläuft, läßt sich daraus entnehmen, daß z. B. das Altentische Recht in dem vorher erörterten Falle zwar keinen besonderen Betrag für die Arztkosten auswirft, dennoch aber dem tatsächlich dadurch entstandenen Vermögensschaden durch eine Erhöhung der (Gesamt-)Buße Rechnung trägt⁶⁷.

In Übereinstimmung mit dieser Erscheinung steht die Existenz der von SCHREUER⁶⁸ sog. „komplizierteren Tatbestände“; darunter versteht SCHREUER solche Bestimmungen, welche nicht nur eine Vielheit verletzter Interessen, sondern auch eine Mehrheit von Handlungen zu einheitlichen Deliktstatbeständen zusammenfassen⁶⁹. Denn derartige juristische Figuren sind nur da möglich, wo nicht die Natur des verletzten Interesses, sondern irgendein anderer Gesichtspunkt das System des Besonderen Teiles bestimmt. So erklärt es sich zwanglos, daß die römische Jurisprudenz — wenigstens innerhalb des eigentlichen Privatstrafrechts — derartige kombinierte Tatbestände nicht entwickelt hat.

Zu ihnen gehört zunächst die Heimsuchung. Sie ist ein der römischen *vis*

⁶⁶ Vgl. oben S. 48.

⁶⁷ Vgl. SCHREUER: a. a. O. S. 26 Anm. 106.

⁶⁸ A. a. O. S. 46 § 4.

⁶⁹ Vgl. auch die Kapitelüberschrift bei WILDA, S. 940: „Verbrechen, durch welche verschiedenartige Güter verletzt werden konnten, und bei welchen besonders die Weise der Ausführung in Betracht kam“.

verwandtes Delikt und stellt sich — wenigstens ursprünglich — als ein Bandenüberfall dar. Später ist ihr Anwendungsbereich erweitert worden. Die lex Salica enthält darüber folgende Bestimmungen:

14,6: Si quis villa aliena adsalierit, quanti in eo contubernio probantur . . . , solidos LXII culpabilis iudicentur⁷⁰.

42,5: Si quis villam alienam expugnauerit et res ibi invaserit, si tamen probacio certa non fuerit, cum XXV iuratores medius electus exsolvat. Si iuratores non potuerit, invenire, MMD dinarios qui faciunt solidos LXII cum dimidio c. i.⁷¹

14,6: (Abweich. Lesart GEFFCKEN, § I): Si quis villam alienam adsallierit et ibidem ostia fregerit, canes occiderit vel homines plagaverit aut in carro aliquid exinde duxerit. . . . solidos LXII cum dimidio c. i.⁷²

14,7 (GEFFCKEN, § II): Excepto quicquid ibidem priserit in loco restituat. Quanti in eo contubernio vel supraventi fuisse probantur, solidos LXII cum dimidio quisque illorum c. i.⁷³

Vorgesehen ist danach stets eine einheitliche Buße; doch wechselt ihre Höhe je nachdem, ob bloß ein Überfall verübt ist oder ob auch andere Interessen in Mitleidenschaft gezogen worden sind. Der Grundbetrag ist 62 solidi. *„Darunter fallen auch schon geringere persönliche Gewaltakte und Vermögensbeschädigungen, namentlich geringerer Raub.“* Kam es zu schwereren Gewaltakten wie Einschlagen der Türen, Tötung des Hundes oder gar Verletzungen von Personen und Mitnahme von Gegenständen größeren Umfanges und Wertes, so soll der Täter die Heimsuchung mit einer Summe von 200 solidi, also dem dreifachen Wergeld büßen. Damit sind aber auch die in ihr enthaltenen einzelnen Rechtsverletzungen abgegolten; sie werden nicht noch einmal besonders geahndet. Bezüglich der geraubten Gegenstände besteht lediglich einfache Restitutionspflicht; dagegen wird allerdings ein etwa anlässlich der Heimsuchung begangener Totschlag besonders gesühnt.

Noch weiter geht das ribuarische Recht:

64: Si quis hominem ad domum propriam cum hariraida interficeret, auctor facti ut triplicem weregildum multetur, et tres priores 90 solidos culpabiles iudicentur. Et

⁷⁰ GEFFCKEN, S. 14; SCHREUER, S. 46 Anm. 2.

⁷¹ GEFFCKEN, S. 43; SCHREUER, S. 46 Anm. 2.

⁷² GEFFCKEN, S. 15; SCHREUER, S. 46 Anm. 3. — Die Emendata fügt hinzu: „et quicquid inde abstulerit in locum restituat“, während die übrigen Handschriften die reine Ersatzpflicht in einem besonderen Absatz regeln.

⁷³ GEFFCKEN, S. 15; SCHREUER, S. 46 Anm. 3.

Dazu: Sept. Caus. IV, 4: Si quis villam alienam invaserit, 62 1/2. (GEFFCKEN, S. 100); Sententia de septem septinas: 3 = oben: 14,6. (GEFFCKEN, S. 101).

Lex Sal. 42, 1—4: Si quis colecto contubernio hominem ingenuo in domo sua adsalierit et ibi eum occiderit. . . . (GEFFCKEN, S. 43; SCHREUER, S. 47 Anm. 4).

Capitulare IV, 11: Si quis mansionem expoliaverit vel in mansionem aliquod comederit . . . sol. 15 c. i. (GEFFCKEN, S. 70).

Septem Casus VII, 6: Si quis Francus inter quattuor solia occiserit, soledos DC. (GEFFCKEN, S. 101; SCHREUER, S. 47 Anm. 4).

Recapitulationes legis Salicae B, 31: Solidos DC, ut qui hominem in domum suam occiserit . . . 35: Solidos MMDXXXV ut qui hominem in domum suam a contubernio occiserit. (GEFFCKEN, S. 105; SCHREUER, S. 47 Anm. 4).

quanti ei sanguinem funderent, unusquisque weregildum eum componant. Et quantumque post auctorem et sanguinem effusuris vel post tres prioris fuerint, unusquisque ter quinos solidos multetur, et quicquid ibidem talaverent restituant⁷⁴.

Hier wird also in die Buße auch der bei der Heimsuchung begangene Totschlag miteinbezogen.

Der Edictus Rotharis kennt sogar drei verschiedene hierher gehörige Tatbestände. Der sog. „*haritrab*“⁷⁵ — gewaltsamer Angriff mit Helfern *pro iniuria sua vindicanda* — umfaßt Verwundungen und Beschädigungen des Hauses, die anlässlich dieses Überfalls begangen werden; Totschlag und Brandstiftung dagegen sind in jener Pauschalsumme nicht enthalten und müssen besonders entgolten werden. Gleiches gilt vom *concilium servorum*⁷⁶, dem Überfall einer Sklavenrotte; auch hier ist die Tötung eines Menschen nicht miteinbegriffen. Das ergibt sich aus der Höhe der Bußen. Daß endlich im Tatbestande der *seditione rusticorum*⁷⁷ nicht einmal Verwundungen des Herrn mitenthalten sind, folgt aus der sehr viel geringeren Höhe des hierfür angesetzten Bußbetrages.

Die Frage nach der dogmatischen Bedeutung solcher komplexen Tatbestände wird kaum aufgeworfen. Die zutreffende Antwort geht m. E. dahin, daß hier regelmäßige Bestandteile äußerlich zusammenhängender Vorgänge zu einem einheitlichen Tatbestande verbunden sind. Ob derartige Gebilde eine Vereinfachung der Rechtsanwendung ermöglichen sollen und

⁷⁴ Vgl. Edict. Roth. 19: Si quis pro iniuria sua vindicanda super quemcumque cum mano armata cocurrerit aut exercitum usque ad quattuor homines in vico intraverit, ille prior pro inlicita praesumptione moriatur aut certe componat solidos noningentos, medietatem regi, et medietatem cui iniuria illata fuerit. Set et illi qui cum ipso fuerint, si liberi sunt, unusquisque octogenta solidos componat, medietatem regi, et medietatem cui iniuriam passum est: excepto si in ipso vico casas incenderint aut hominem occiderint, secundum qualiter adpreciatum fuerit ita componatur illi, cuius casas incensas aut parentes aut servus occisus fuerit. (SCHREUER, S. 47 Anm. 6; BLUHME, S. 16). (Auf diese Bestimmung verweisen auch Edict. Roth. Nr. 17 u. 18.)

⁷⁵ Vgl. S. 166 und Anm. 74.

⁷⁶ 279: De concilio rusticorum. Si servi, id est concilium manu armata in vico intraverit ad malum faciendum, et quicumque liber homo sub regni nostri dicione positus cum illis in capite fuerit, animae suae incurrat periculum aut componat solidos nongentos, medietatem regi et medietatem cui iniuria inlata est. Servi enim, qui cum ipso fuerint ex eodem concilio, unusquisque solidos quadraginta sit culpabilis, medietatem regi et medietatem ut supra. (SCHREUER, S. 48 A. 7 u. 8; BLUHME, S. 56).

⁷⁷ 280: De rusticorum seditionem. Si per quacumque causa homines rustici se collegerint, id est concilium et seditionis facere presumpserint, et cuicumque se antepuerint, aut mancipium aut peculium de manu tulerint, quod de casa servi sui dominus tollere voluerit: tunc ille qui in captum ex ipsis rusticis fuerit, aut occidatur aut redimat animam suam, quantum adpretiatus fuerit; et unusquisque qui in ipsam seditionem cucurrerit ad malum faciendum, componat sol. duodecim, medietatem regi et medietatem cui iniuria fecerit aut se antepone presumpserit. Et si ille, qui rem suam quaerere aut exegere videtur, ab ipsis rusticis feritas aut plagas facta habuerit, sicut superius (cap. 43 sqq.) statutum est, ei componatur; nam pro praesumptione tantum poena suprascripta patiantur. . . (SCHREUER, S. 48/9 A. 9/10; BLUHME, S. 56). Vgl. auch Edict. Roth. 244 — (BLUHME, S. 50) und 278 — (BLUHME, S. 56; OSENBRÜGGEN, S. 11) — Ltpf. 141 (BLUHME, S. 142).

sich deshalb als gesetzestechnischer Fortschritt darstellen, oder ob es Überbleibsel einer zwischen den einzelnen Verletzungen nicht unterscheidenden Periode der Rechtsentwicklung sind, mag hier dahingestellt bleiben. Es genügt festzustellen, daß die deutschen Rechte Tatbestände kennen, welche eine gleichzeitige Verletzung verschiedener Rechtsgüter und verschiedenartiger Interessen voraussetzen.

Aus den bisherigen Darlegungen folgt jedenfalls negativ, daß eine Systematik nach der Art der verletzten Interessen, wie wir sie im römischen Recht kennengelernt haben, den deutschen Quellen fremd sein muß. Mehr läßt sich vorerst nicht sagen. Falsch wäre es, aus dem Fehlen „*kombinierter Tatbestände*“ auf das Vorhandensein irgendeines systematischen Grundgedankens zu schließen, ebenso falsch aber, bei ihrer Existenz auch die Rechtsgutsverletzung als systematisches Prinzip schlechthin zu verwerfen. Selbst wenn in erster Linie äußere Güter als Träger verschiedenartiger Interessen zur Bildung von Deliktstypen verwandt werden, bleibt es verständlich, wenn daneben — als Ausnahmen — Tatbestände gebildet werden, die regelmäßig zusammentreffende Verletzungen verschiedener Rechtsgüter in sich vereinigen; für die Grundauffassung des Gesetzes macht das verhältnismäßig wenig aus. Sicher ist deshalb nur das negative Ergebnis, daß die einzelnen Interessen nicht voneinander getrennt werden. Das Dasein kombinierter Tatbestände bürgt also dafür, daß wir es nicht mit einem System von Interessen zu tun haben; aus ihrem Fehlen ergibt sich aber nicht das Gegenteil; und über das Wesen des ihnen zugrunde liegenden Einteilungsprinzips sagen sie überhaupt nichts aus. Noch weniger kann natürlich in den Volksrechten von einer konsequent durchgeführten Systematik in der Anordnung der Tatbestände die Rede sein. Es handelt sich bei allen diesen Erscheinungen um Symptome eines Grundprinzips, dessen volle Verwirklichung der Zukunft vorbehalten bleibt.

Deshalb lassen sich auch bei denjenigen Rechten, welche z. B. bei der Heimsuchung eine Zusammenfassung der Rechtsfolgen nicht enthalten, aus der Zusammenziehung der Tatbestände für die Systematik annähernd die gleichen Schlüsse ziehen. Als Beispiel diene *Lex Anglor. et Werin.* 50⁷⁸:

Qui alterum infra septa propria occiderit in triplum componat vel quicquid damni ibi commiserit tripliciter emendet.

Tötung und Sachbeschädigung stehen hier äußerlich getrennt nebeneinander, auch die Bußen werden kumuliert; das Ganze aber bildet den einheitlichen „*Tatbestand der Heimsuchung*“⁷⁹.

⁷⁸ SCHREUER, S. 50 A. 14. Dazu 54 u. 55. — Ähnlich *lex Frisionum* XVII, 4: Qui manu collecta hostiliter villam vel domum alterius circumdederit, ille qui caeteros collegit et adduxit weregildum ad partem regis componat, et qui eum secuti sunt, unusquisque solid. XII. . . , et ei cui damnum, si etiam damnum illatum est, in duplo emendetur. (SCHREUER, S. 49 Anm. 11; RICHTHOFEN, S. XXXV).

⁷⁹ Nach der *Lex Wisigothorum* (VI, 4, 2) tritt Todesstrafe ein, wenn bei einer Heimsuchung eine Tötung verübt wird. Im übrigen gibt es kombinierte Bußen für Heim-

Ähnlich liegen die Verhältnisse bei dem Delikt der Brandstiftung⁸⁰; auch hier ist die Regelung keineswegs einheitlich.

Als echte Pauschalstrafe findet sich in der *Lex Saxonum* die Todesstrafe:

38: Qui domum alterius vel noctu vel interdiu suo tantu consilio volens incenderit, capite puniatur.⁸¹

Auch nach der *lex Ribuaria* sind Sachschäden und Tötungen durch eine einzige Buße abzugelten, daneben nur capitale und dilatura zu zahlen.

17,1: Si quis hominem per noctem latenter incenderit, 600 soli, culpabilis iudicetur, et insuper damno et dilatura restituat . . .⁸²

Der *Edictus Rotharis* 146 bestimmt:

De incendio. Si quis casam alienam asto animo quod est voluntarie, incenderit, in treblum restituat ea, quod est sibi tertia, sub extimatione pretii cum omnem intrinsecus, quidquid intus crematus fuerit, que vicini bone fidei homines adpraetiaverint, restauret. Et si aliqua de intrinsecus domui orta fuerit intentio, tunc ille qui damnum pertulit, iuratus dicat, quantum in eadem casa perdidit; omnia ut dictum est, in treblum ei restituatur ab illo qui voluntariae huius mali penetravit.⁸³

Die Buße umfaßt hierbei nur Sachschäden und Verwundungen. Andere Rechtsgutsverletzungen stehen unter eigenen gesetzlichen Bestimmungen, welche mit dem Tatbestande der Brandstiftung konkurrieren.

Besonders aufschlußreich sind endlich die Bestimmungen der *Lex Salica*. In 16, 1 wird gesagt⁸⁴:

Si quis casa qualibet super homines dormientes incenderit, quanto ingenui intus fuerint mallare debent, et si aliquid intus arserint . . . MMD dinarios qui faciunt solidos LXII cum dimidio c. i.

Bisweilen (*Cod. 10* und *Emendata*) findet sich noch der Zusatz:

Et quicquid ibi perdiderit in locum restituatur.

Absatz 2 u. 3 regeln die Brandstiftung an nicht bewohnten Gebäuden und schreiben insoweit nur die Sachschadensbuße von LXII sol. vor⁸⁵. Absatz 4 fährt dann fort:

Si quis sitem cum porcis aut scuria cum animalibus incenderit et ei fuerit adprobatum, excapto capitale et dilatura . . . LXII sol. cum dimidio culpabilis iudicetur.

Der einheitliche Tatbestand der Brandstiftung sieht also Bußen von verschiedener Höhe vor: der Eigentümer erhält für die durch Zerstörung des Hauses oder der darin befindlichen Gegenstände entstandenen Schäden $62\frac{1}{2}$ solidi; diejenigen Personen, welche sich in dem Hause befanden und

suchung mit Sachschäden (Beschädigung oder Entwendung) und Heimsuchung ohne solche (SCHREUER, S. 50 Anm. 16; ZEUMER, 186). Vgl. auch VI, 5, 12.

⁸⁰ BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II § 142 (S. 845 ff.).

⁸¹ V. SCHWERIN, S. 27; SCHREUER, S. 51 Anm. 22.

⁸² SOHM, S. 54; SCHREUER, S. 51 Anm. 22; Abs. 2 bestimmt ähnliche Strafe bei Brandstiftung durch einen Knecht.

⁸³ BLUHME, S. 30; SCHREUER, S. 51 Anm. 24. Dazu: 149.

⁸⁴ GEFFCKEN, S. 16/7; SCHREUER, S. 50 Anm. 18.

⁸⁵ Ähnliche Bestimmungen *Lex Alamann.* 76, 1 u. 2, 77, 1—3 (LEHMANN, S. 140; SCHREUER, S. 51 Anm. 21). — *Lex Frisionum* VII, 1 u. 2 (RICHTHOFEN, S. XXXII, SCHREUER, S. 51 Anm. 20).

gerettet wurden, für die Lebensgefährdung und den dabei erlittenen Sachschaden je ebensoviel; für jeden, der dabei getötet wurde, ist das Wergeld zu entrichten. Auch hier haben wir es also mit einem einheitlichen Tatbestand der Brandstiftung zu tun, von einer Trennung materieller und immaterieller Interessen ist keine Rede; und auch die Unterteilung des Tatbestandes beruht nicht auf diesem oder ähnlichen Prinzipien, sondern erscheint als Zusammenstellung verhältnismäßig häufiger Sachverhaltskombinationen ohne Rücksicht auf die Art der dabei verletzten Rechtsgüter oder Interessen. Auch die *Lex Baiuvariorum* enthält ähnliche Vorschriften⁸⁶. In diesen Zusammenhang gehören vielleicht noch einige andere Bestimmungen, die SCHREUER⁸⁷ nicht mehr zu den „komplizierteren Tatbeständen“ rechnet. Die „*Ausraubung eines bestatteten Leichnams*“ umfaßt gleichzeitig die Vermögensbeschädigung und die Verletzung des Grabfriedens⁸⁸. Die *Lex Salica*⁸⁹ und der *Edictus Rotharis*⁹⁰ haben aber für beide Verletzungen nur eine einheitliche, allerdings gegenüber der Beraubung des noch unbestatteten Leichnams erhöhte Buße; ebenso der *Pactus Alamannorum*⁹¹, während die *Lex Alamannorum*⁹² trotz der Zusammenfassung in einem einzigen Tatbestande neben dem Neungelde für den Vermögensschaden noch einen fixen Betrag für die Grabschändung verlangt.

Endlich möchte ich hierher den sog. „*Schachraub*“ rechnen, der die Verletzung von Vermögensrechten und das Delikt der „*Wegsperrung*“ in sich vereinigt⁹³. Auch hier findet sich gelegentlich eine einheitliche Buße⁹⁴, meist aber bei einheitlichem Tatbestande eine Kumulation der Bußen für Wegsperre und Sachschaden⁹⁵.

Wer sich durch einen falschen Eid in den Besitz einer Sache gesetzt hat, muß diese herausgeben und „*den Meineid*“ mit dem halben Wergeld büßen.

⁸⁶ 10, 1: Et quanti liberi unde evaserint de ipso incendio, unum quemque cum sua hrevavunti componat . . .

4: Unumquemque de liberis cum sua hrevavunti componat, eo quod illos inunvuan quod dicunt in disperationem vite fecerit; et non componat amplius nisi tantum quantum ignis consumperit. (v. SCHWIND, S. 384, 387; SCHREUER, S. 50 Anm. 19). Korrespondierende Bestimmungen bei Brandstiftung an einer Kirche I, 6 (v. SCHWIND, S. 274/5).

⁸⁷ SCHREUER: a. a. O. S. 50 Anm. 18.

⁸⁸ KÖSTLIN: Krit. Übersicht III S. 190 („Bruch des besonderen Totenfriedens“).

⁸⁹ *Lex Salica* 55, 1—3; 61, 2; *Septem Causas* IV, 3; V, 1 (GEFFCKEN, S. 100, 102; SCHREUER, S. 64 Anm. 44).

⁹⁰ *Edict. Roth.* 15 u. 16 (BLUHME, S. 16; SCHREUER, S. 64 Anm. 45; OSENBRÜGGEN, S. 151 ff.).

⁹¹ II, 43 (LEHMANN, S. 23; SCHREUER, S. 65 Anm. 48/9).

⁹² *Lex Alamann.* 49 (LEHMANN, S. 108; SCHREUER, S. 65 Anm. 47). Ebenso *Lex Baiuvar.* XIX, 1 (v. SCHWIND, S. 454).

⁹³ Vgl. BRUNNER-v. SCHWERIN: *RG* II S. 839, 879.

⁹⁴ *Lex Salica* 14, 1 (vgl. 61, 2, oben Anm. 89); *Septem Caus.* 5, 2 (GEFFCKEN, S. 14, 100; SCHREUER, S. 65 Anm. 50—52).

⁹⁵ *Lex Wisigothorum* VIII, 1, 12 (ZEUMER, S. 23).

Ein besonderer Betrag für den Vermögensschaden wird daneben nicht verlangt⁹⁶. —

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Das germanische Recht der fränkischen Zeit kennt — und zwar in betonter Gegensätzlichkeit — den Unterschied von Schadensersatz (i. e. S.) und Buße. Beiden gegenüber steht eine Leistung an das Gemeinwesen oder dessen Organe (König, Richter), das Friedensgeld (fredus, Wette).

Wie die Wette ursprünglich die Gebühr für die Vermittlung des Friedens, so ist die Buße zunächst Entgelt, Entschädigung für Nachteile nichtvermögenswerter Natur (Schande, Schmerzen), die der Verletzte infolge des Rechtsbruches erleidet. Mit dem Fortschreiten der Entwicklung tritt in beiden Instituten die ursprüngliche Bedeutung gegenüber der Funktion der (öffentlichen) Strafe zurück.

Ein Bedürfnis nach verschiedenartiger rechtlicher Behandlung dieser drei „*Ansprüche*“ hat das germanische Recht nicht empfunden. Insbesondere steht — nach deutscher Auffassung — der Tod des Verletzten einer Auszahlung der Buße an dessen Erben bzw. den König nicht entgegen⁹⁷. So war man nicht genötigt, die Folgen eines deliktischen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Schadensart (Verlust materieller oder immaterieller Werte) tatbestandlich zu trennen und dementsprechend verschieden zu systematisieren. Das „*ausgeklügelte*“ System rechtlich geschützter Interessen ist dem germanischen Rechte fremd.

Positiv lassen sich systematische Prinzipien in den germanischen Rechten nicht feststellen. Praktisch handelt es sich bei ihnen um die Erfassung von Erscheinungen des realen Lebens, von „*Sachverhalten*“, und um deren Umdeutung in juristische Einheiten. Je naiver solche Umdeutung sich vollzieht, desto mehr zeichnen sich die Tatbestände durch eine gewisse Komplexität aus, desto weniger scharf treten die Konturen eines Systems hervor. Dennoch kann die Behauptung gewagt werden, daß ein solch „*systemloses System komplexer Tatbestände*“ zu einer systematischen Entwicklung tendiert, welche den Gedanken des Angriffsobjekts bevorzugt.

Das zeigt sich auch in den Volksrechten schon darin, daß die Reaktion auf die Verletzungen materieller und immaterieller Interessen äußerlich nicht getrennt wird, so indem ein einzelner Tatbestand gleichzeitig Bestimmungen über die Berechnung des (echten) Schadensersatzes und der Buße enthält oder gar beide Beträge in einer einheitlichen Summe zusammenfaßt. Nur ein Anwendungsfall dieses allgemeinen Prinzips endlich ist es, wenn in den „*komplizierteren Tatbeständen*“ sowohl Vermögensschäden als auch Persönlichkeitsverletzungen berücksichtigt sind, mögen auch diese Tatbestände selbst systematisch nicht unterzubringen sein und — in einem System von Angriffsobjekten — als Anomalien erscheinen. Das be-

⁹⁶ Leges Luitprandi 144 (BLUHME, S. 144).

⁹⁷ Nach fränkischem Recht haftet der Erbe auch für die Buße. Das hat sich allerdings im Mittelalter geändert. (HIS: Geschichte S. 73 und unten S. 185 f.)

deutet es, wenn man sie — konstruktiv gesprochen — als Konkurrenzentscheidungen erklärt.

Eine unverkennbare Schwierigkeit ergibt allerdings sich gerade in diesen Fällen für die Bestimmung der Aktivlegitimation. Handelt es sich — wie bei den komplizierteren Tatbeständen — um die Zusammenfassung mehrerer äußerer Verletzungsakte zu einer juristischen Einheit, so wird ein selbständiges Klagerecht aller Beteiligten angenommen werden müssen. Schwieriger wird die Frage, wo bei Einheit von Verletzungsakt und Angriffsobjekt Interessen mehrerer Personen in Mitleidenschaft gezogen sind. Ein Beispiel dieser Art bildet die Entfernung einer Sache aus der Gewere nicht des Eigentümers, sondern eines Fremdbesitzers.

Innerhalb der Volksrechte ist die Frage im langobardischen Rechte (Lex Liutprandi VI, 78) entschieden⁹⁸:

Quod ideo sic prospeximus, quoniam si ille componat furtum ipsi, cuius res fuerint, postea ille cuius casam rapuerit, quaerere ei rupturam casae suae, et non possumus in una causa duas imponere calumnias. Ideoque sic nobis iustum visum est, ut ille qui res suas commendavit, recipiat eas ab ipso, de cuius casa perierint: et ipse de cuius casa exivit ipsum furtum quaerat ab ipso fure, et tollat compositionem, sicut lex est. Et ipse fur, quamvis malefactor sit, non habeat de una causa duas calumnias.

Die Stelle ist in vielfacher Hinsicht aufschlußreich. Sie zeigt zunächst — und das interessiert uns in erster Linie — daß sich auch das primitive Recht der Duplizität der Interessenverletzung durchaus bewußt war und die Beschränkung der Aktivlegitimation auf einen der Beteiligten besonders zu verordnen und zu begründen für nötig hielt. Sie zeigt weiter, daß die Begründung sich nicht aus systematischen, auch gar nicht aus materiell-rechtlichen, sondern aus prozessualen Erwägungen ergibt: der Dieb soll nicht den Klagen beider Verletzter ausgesetzt sein. Deshalb erscheint der Eigentümer des verletzten Hauses allein zur Klage berechtigt, der Sacheigentümer von ihr gänzlich ausgeschlossen. Eine solche Lösung ist aber nur da haltbar, wo der Sacheigentümer kraft seiner vertraglichen Beziehung zum Hausinhaber von diesem Ersatz seines Vermögensschadens verlangen kann. Ob darüber hinaus dieselbe Entscheidung für das langobardische Recht auch dann gelten muß, wenn der Diebstahl ohne besondere Gewalttätigkeit begangen wurde und sich die Verletzung des Gewahrsamsinhabers in dem Bruch seiner Gewere erschöpft, läßt sich mit Sicherheit nicht sagen. Doch scheint dies der Standpunkt des westgothischen und des bairischen Rechts⁹⁹ zu sein. Dort haftet nämlich der Verwahrer einer Sache dem Eigentümer zwar nicht ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden; doch soll er ihm gegenüber verpflichtet sein, den Diebstahl durch Klage zu verfolgen. Hat er Erfolg, so muß er die Sache dem Eigentümer zurückgeben, darf jedoch die Buße als der eigentlich Verletzte für sich behalten. Aber auch wenn in diesem Falle allein der Sacheigentümer zur Erhebung der Klage befugt wäre, so würde dies — auf dem Prinzip des *ne duas calumnias de una causa*

⁹⁸ CROPP bei TRUMMER u. HUDTWALKER: Kriminalistische Beiträge II S. 235 Anm. 3.

⁹⁹ Lex Wisigoth. V, 5, 3. — Lex Baiuvar. 14, 4. (Dazu CROPP: a. a. O. S. 249.)

beruhend — der Richtigkeit der hier vertretenen Grundsätze nicht entgegenstehen.

Es wäre nunmehr zu fragen, welche Ausgestaltung die einzelnen Tatbestände des Besonderen Teiles auf der Grundlage dieses Prinzips erfahren haben. Auch bei dieser Übersicht müssen wir uns auf die wichtigsten Privatverletzungen beschränken. Die Ausbeute ist verhältnismäßig gering. Verglichen mit dem römischen Recht ist die Auflösung des iniuria-Begriffes in die Tatbestandsgruppen der Tötung, Körperverletzung und Beleidigung zu konstatieren. Diese zerfallen ihrerseits wiederum in eine fast unübersehbare Zahl einzelner *Fälle* mit verschiedenem Verletzungswert¹⁰⁰.

Dagegen ist die Zahl der „*Vermögensdelikte*“ ziemlich klein. Hier ist vor allem der Gegensatz von heimlichem und offenem Diebstahl (Raub)¹⁰¹ bedeutsam. Innerhalb dieses Gegensatzes wird die Höhe der Strafe — von den Qualifizierungen (Einbruch) und Privilegierungen (Felddiebstahl) abgesehen — durch den Vermögenswert des entwendeten Gegenstandes bestimmt. Zu einer bewußten Anerkennung selbständiger Affektionswerte ist das germanische Recht nicht gelangt.

Diebstahl und Raub setzen den Bruch fremder Gewere voraus¹⁰². Daneben erscheint — unter bestimmten Voraussetzungen — auch die Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen als strafbarer Rechtsbruch. Daß diese Tatbestände ganz generell¹⁰³ in der Form der Täuschung begangen werden können, ist aus den Quellen nicht zu entnehmen, auch nicht wahrscheinlich. Besonders geregelt ist in einigen Gesetzen der Verkauf eines fremden Sklaven oder eines anderen dem Verkäufer nicht gehörigen Gegenstandes¹⁰⁴. Nach dem Edictus Rotharis¹⁰⁵ ist der gutgläubige Käufer eines fremden Pferdes zur Rückgabe verpflichtet; der Verkäufer aber muß dem Eigentümer das Neungeld zahlen, wird also wie ein Dieb behandelt. Auch

¹⁰⁰ Vgl. oben S. 161 Anm. 47.

¹⁰¹ BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II § 140 (S. 825 ff.).

¹⁰² Die Frage, ob und inwieweit die Unterschlagung bereits im germanischen Recht strafbar war, ist streitig, in unserem Zusammenhang aber ohne Bedeutung. Vgl. BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II S. 840.

¹⁰³ Fälle von Unterschlagung durch Täuschung: Lex Wisigoth. VII, 6

3: De his qui acceptum aurum alterius metalli permixtione corruperint. . . . Qui aurum ad facienda ornamenta suscepit et adulteraverit, sive heris (= aeris) vel cuiusque vilioris metalli permixtione corruperit, pro fure teneatur.

4: Si quorumcumque metallorum fabri de rebus creditis repperiantur aliquid subtraxisse: Aurifices aut argentarii vel quicumque artifices, si de rebus sivi (= sibi) commissis aut traditis aliquid subtraxerint, pro fure teneantur.

¹⁰⁴ Edict. Roth. 231: „De ancilla comparata“ verwendet sogar die Bezeichnung: „fraus“.

¹⁰⁵ Edict. Roth. 232: De caballo comparato: Si quis caballum emerit et auctorem ignoraverit, et venerit certus homo, qui ipsum caballum suum dicat . . . Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum et sit sibi contemtus. Ille autem, qui se proprio domino dicit, sub tali titulo eum tollat, ut si cognitum fuerit, quod malo ordine vindicassit, et alter certus auctor venerit, qui suum ficerit, ipso caballus sibi nonus ei reddatur. Dazu OSENBRÜGGEN, S. 159 und Lex Salica 33; Lex. Rib. 33.

der Codex Euricianus¹⁰⁶ betrachtet den Fall vorwiegend als Rechtsbruch gegenüber dem Eigentümer. Der Verkäufer soll ihm:

duplum exsolvere, nihilminus emptori quod accipit praetium reddere, außerdem dem Käufer auch die Aufwendungen ersetzen.

Ergiebiger, aber offensichtlich durch romanische Einflüsse verfälscht ist die Lex Wisigothorum. Die Fälschungstatbestände des römischen Rechts: Urkundenfälschung¹⁰⁷ und Testamentsfälschung¹⁰⁸ sind zunächst als Schädigungsdelikte ausgestaltet, derart daß auch die Möglichkeit des Schadenseintrittes genügen soll. Daneben findet sich sogar ein Satz, welcher auch in der Formulierung an die Beispiele aus dem Titel *de stellionatu* der Digesten erinnert¹⁰⁹:

Qui sibi nomen falsum inponit vel genus mutat aut parentes finxerit aut aliquam imposturam fecerit, reus falsitatis habeatur.

Doch dürfte dies — trotz Lex Francorum Chamavorum 33¹¹⁰ — ein dem germanischen Recht fremder Gedanke sein. Denn die Generalklausel hat nur dort Daseinsberechtigung, wo wir es mit einer Kodifikation im technischen Sinne zu tun haben. Das waren aber die deutschen Stammesrechte nicht¹¹¹, und damit entfällt auch das Bedürfnis nach Bestimmungen, welche durch ihre allgemeine Formulierung die juristische Erfassung solcher Sachverhalte ermöglichen, die sich unter die spezielleren Tatbestände nicht unterordnen lassen¹¹².

II. Der „Besondere Teil“ des Strafrechts im deutschen Mittelalter.

Die Periode der Volksrechte schließt ab mit der allmählichen Herausbildung eines gemeinen Rechts. Diese Entwicklung steht unverkennbar unter dem Einfluß der Reichsgewalt, das Stammesrecht der Zentralgewalt bestimmt deshalb im wesentlichen den Charakter des Reichsrechts. So wird das salische Recht zum Grundstein der Rechtsfortbildung. Das braucht nicht zu einer völligen Aufgabe aller Stammeseigentümlichkeiten zu führen; MAYER-HOMBERG¹¹³ hat gerade deren teilweises Fortleben behauptet und zu erweisen gesucht. Für die vorliegende Arbeit kann diese Frage jedoch auf sich beruhen bleiben; haben wir uns doch bemüht, auch innerhalb der Vielgestaltigkeit der germanischen Rechtsgebilde die Einheitlichkeit der grundlegenden Anschauungsweisen und Denkformen hervorzuheben und deren gemeinsame Front gegen das römische Recht zu betonen. Deshalb

¹⁰⁶ Codex Euricianus 286/7. — Ähnlich Lex Baiuvar. 16, 1, 4 und 16, 3.

¹⁰⁷ Lex Wisigoth. VII, 5. ¹⁰⁸ Ebenda VII, 5, 4 u. 5. ¹⁰⁹ VII, 5, 6.

¹¹⁰ Quicquid contra rectum fecerit, cum solidis 4 in fredo dominico componere faciat.

¹¹¹ v. HIPPEL: a. a. O. S. 110 Anm. 3.

¹¹² A. A. RUKSER: Der Diebstahl nach der lex Ribuarua (1913) S. 16. Zum Ganzen HIS: Geschichte S. 173.

¹¹³ MAYER-HOMBERG: Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter Bd. I (1912), vgl. besonders Kap. I.

bedeutet uns auch die Frage nach dem Primat eines der Stammesrechte im „fränkischen“ Reichsrecht kein Problem.

Seit dem Ende des 10. Jahrhunderts geraten sodann die Stammesrechte allmählich in Vergessenheit. Die nun folgende Epoche (10.—12. Jahrhundert) ist durch ein fast vollständiges Fehlen geschriebener Rechtsquellen charakterisiert. Träger der Fortentwicklung wird allein das Gewohnheitsrecht¹¹⁴. Erst im 13. Jahrhundert beginnt man von neuem, das Recht schriftlich niederzulegen. Die Angleichung der einzelnen Stammesrechte macht infolgedessen weitere Fortschritte. Die Führung fällt auch jetzt wieder dem fränkischen Rechte zu¹¹⁵. Daneben gewinnt im Laufe des Mittelalters — zuletzt unter dem Einflusse des Sachsenspiegels — vor allem das sächsische Recht erneut selbständige Bedeutung¹¹⁶. Auch hier erscheint eine Sonderung der einzelnen Quellen für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nicht erforderlich. Es genügt die Feststellung, daß auch im Mittelalter die Eigenart des germanischen Rechts im wesentlichen erhalten geblieben ist¹¹⁷.

Der Nachweis dieser Behauptung für die hier zu erörternden Probleme begegnet allerdings wiederum nicht unerheblichen Schwierigkeiten, weil das vorhandene Rechtsmaterial nur zum Teil publiziert ist und es — abgesehen von den privaten Aufzeichnungen der Rechtsbücher — an gerade für die Erkenntnis des Systematik unentbehrlichen Kodifikationen zu fehlen scheint¹¹⁸. Immerhin wird, was vorhanden ist, genügen, um jene These glaubhaft zu machen.

Das System der Geldstrafen wird — wie in der Zeit der Volksrechte — durch die Duplizität von Buße und Friedensgeld gekennzeichnet; aber auch im Rechte des Mittelalters gibt es Fälle, in denen die Verpflichtung zur Zahlung der Gewette entfällt und nur der Anspruch auf die eigentliche Buße bestehen bleibt¹¹⁹, gibt es andererseits Bestimmungen, welche sich mit der Festsetzung des Friedensgeldes begnügen, weil ein Privatverletzter nicht vorhanden ist¹²⁰. Allerdings läßt sich die Bedeutung der einzelnen gesetzlichen Vorschriften oft nur schwer ermitteln, weil sich auch im Mittelalter

¹¹⁴ v. HIPPEL: a. a. O. S. 122.

¹¹⁵ Näheres bei SCHRÖDER-KÜNSSBERG: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (7. Aufl. 1932) S. 709.

¹¹⁶ SCHRÖDER-KÜNSSBERG: a. a. O. S. 710.

¹¹⁷ Allgemein: v. HIPPEL: a. a. O. S. 128; GÜNTHER: a. a. O. S. 73.

¹¹⁸ Ausnahmen bei HIS: MA S. 1.

¹¹⁹ Z. B. Mangel der Schuld, „Notwer“: Sachsp. II Art. 40 § 3, 65 § 1. Deutschensp. Art. 71 § 9, Art. 87 § 2 (Versuch). Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 334. GRIMM: Weisthümer II, 226. HIS: Strafrecht der Friesen S. 223 Anm. 4, 5; v. HIPPEL: a. a. O. S. 128/9.

¹²⁰ Ssp. I Art. 53 § 1; II Art. 47 § 4. — Deutschensp. Art. 72. — Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 334. — FRIESE: Das Strafrecht des Sachsenspiegels (GIERKE Untersuchungen Heft 55) S. 179. — ULLMANN: Das Strafrecht der Städte der Mark, Meißens, der Oberlausitz, des Pleißner-, Oster- und Vogtlandes während des Mittelalters. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 34) (1928) S. 47 Anm. 7. — HIS: Strafrecht der Friesen S. 223.

eine einheitliche Terminologie nicht gebildet hat und die Quellen deshalb entweder gar nicht scharf scheiden oder aber in der Wortwahl nicht übereinstimmen¹²¹.

Man wird sich erinnern, daß das Verhältnis von Buße und Wette zur Zeit der Stammesrechte rechnerisch verschieden bestimmt war. Dieselbe Erscheinung findet sich auch im Mittelalter. Doch scheint jetzt die Festsetzung gesonderter Beträge die Regel zu sein. Daneben gibt es aber auch zahlreiche Quellen, in denen ein Gesamtbetrag erscheint, welcher nach einem näher bezeichneten Verhältnis verteilt wird¹²².

Unverkennbar ist allerdings — vor allem unter dem Einfluß der Landfriedensgesetzgebung¹²³ — ein immer stärkeres Hervortreten der öffentlichen Natur des Strafrechts¹²⁴. Dem entspricht eine Zurückdrängung der Geldbuße und eine Bevorzugung peinlicher Strafen¹²⁵. Aber auch wo für leichtere Vergehen die Geldstrafe beibehalten wird¹²⁶, liegt das Gewicht auf dem an die Obrigkeit zu entrichtenden Teilbetrage, dem Gewette, neben dem die Verletztenbuße an Bedeutung zurücktritt oder gar allmählich in Fortfall gerät¹²⁷. Doch wird dies bereits als Abschluß der Entwicklung anzusehen

¹²¹ Näheres bei HIS: Mittelalter S. 583—585; Geschichte S. 96 I. Einzelne Beispiele: Schwsp. (L) 98 (W) 92. Deutschensp. Art. 71 § 9; 78 § 5; 87 § 6. Scharfe Trennung: Ssp. I Art. 53 § 3; II Art. 5 § 2; Art. 8, Art. 12 § 5; III Art. 53 § 2; Deutschsp. Art. 72; 73 § 2; Kulmer Handfeste II, 36.

¹²² Schwsp. (L) 312; Lübisches Stadtrecht Lat. Cod. XXXVI, XXXVII. Cod. 1294 Art. 83. — Vgl. HIS: MA S. 584/5; Strafrecht der Friesen S. 109; v. HIPPEL: a. a. O. S. 129.

¹²³ SCHRÖDER-KÜNSSBERG: Deutsche Rechtsgeschichte (7. Aufl. 1932) S. 712.

¹²⁴ OSENBRÜGGEN: Alamannisches Strafrecht S. 65, 71; GÜNTHER: a. a. O. S. 74. BINDING: Die Entwicklung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht [Leipzig 1909] S. 43; v. HIPPEL: a. a. O. S. 128 Anm. 9. ROTONDI: Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ. in Scritti giuridici tom II p. 573.

¹²⁵ HIS: Geschichte S. 76/7. Die Entwicklung wird vorbereitet durch die Capitulariengesetzgebung (Karoli M. Cap. 779 c. 23).

¹²⁶ Dieser Gegensatz von „Ungerichten“ und „Freveln“ (i. w. S.) wird auch verfahrensrechtlich von Bedeutung, indem die Zuständigkeit der einzelnen Gerichte an ihn anknüpft. Im Zeitalter der Rezeption wird diese Regelung bei leichteren Straftaten gelegentlich als „freundliches, bescheidenes Recht“ oder „ius civile“ bezeichnet. So entsteht eine Parallele zum römischen Recht. (Vgl. ZOEPFL: Das alte Bamberger Recht S. 100 Anm. 10 mit Verweisung auf eine Urkunde aus dem XI. Jahrhundert, §§ 72, 103, 157 und 213 Stadtrecht, Art. 14 Landger. Ordn. v. 1503, Art. 163 Bamberg. und Art. 138 CCC.)

Historisch ist diese Parallele offensichtlich verfehlt. Die delicta privata des römischen Rechts waren im Prinzip privatrechtliche Gebilde, wenn auch hier und dort mit kriminalistischen Rudimenten durchsetzt. „Frevel“ aber sind Straftaten und die Reaktion schon öffentlich-rechtlicher Natur, wenn auch noch in den Formen des Privatprozesses. (Vgl. auch Wormser Reform. Buch VI Teil 1 u. 2; GRIMM: Weisth. II 366 [Weidheim 1568]). Zum Ganzen: v. HIPPEL: a. a. O. S. 129.

¹²⁷ HIS: MA S. 343/4 Ziff. 2; Gesch. S. 71, 99. Dem entspricht es, daß in der Wette die Funktion des Friedenskaufes zugunsten des Strafzweckes zurücktritt. Vgl. HIS: Strafr. der Friesen S. 241 A. 9 u. 10; FRIESE: Strafrecht des Sachsp. S. 196 f. — GRIMM: Weisth. I S. 689, III S. 663/4 (Buße nur als Schmerzensgeld, im übrigen Brüche, d. h. Geldstrafen an die Obrigkeit).

sein, ein Zustand also, der im Verlauf des Mittelalters nicht allzuhäufig erreicht sein dürfte. Im allgemeinen findet man die Buße, wenn auch in qualitativ und quantitativ abgeschwächter Bedeutung, als selbständiges Strafmittel neben Leibes-, Lebens- und Freiheitsstrafen¹²⁸. Soweit sie erhalten bleibt und dem Verletzten zufällt, hat sie die Bedeutung einer reinen „*Kränkungsbuße*“, einer Sühne für den Eingriff in den Rechtsfrieden des Einzelnen¹²⁹.

Die Aufgabe der Buße umschreibt der Schwabenspiegel mit den Worten¹³⁰:

dâ man im ère mit erbiete

und ihre Höhe soll sich darnach richten:

dar nâch daz laster si unde der schade.

Deshalb ist der Betrag der Buße oft nach dem Stande des Verletzten abgestuft; allerdings tritt dieser Gesichtspunkt im Laufe des Mittelalters allmählich in den Hintergrund¹³¹.

Bei Körperverletzungen erfüllt die Buße gleichzeitig die Funktion des Schmerzensgeldes; so im Bremer Stadtrecht von 1428¹³², wo die Bedeutung

¹²⁸ Vgl. die interessante Stelle bei OSENBRÜGGEN: Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter S. 64: „Zwar hat es nie eine Zeit gegeben, in der alle Rechtsverletzungen, die wir Verbrechen oder Vergehen nennen würden, mit Geld oder Geldeswerth gebessert werden konnten, aber dieses Mittel wurde doch ebenso häufig, wenn nicht häufiger da gebraucht, wo ein Gut verletzt war, das keinen solchen Tauschwerth hatte, als in Fällen, in denen eine Schuld vorlag, die dadurch wirklich hätte getilgt werden können, und dieses erhielt sich länger, als man gegenüber dem vielfach sichtbaren Vordringen des Begriffs der (öffentlichen) Strafe im deutschen Mittelalter hätte erwarten sollen, weil es einen zähen Rückhalt hatte in der mit der Buße an den Kläger parallel laufenden Buße an den Richter, die Obrigkeit, die Gemeinde, die Herrschaft.“

¹²⁹ HIS: MA S. 594. OSENBRÜGGEN: Alam. Strafrecht S. 68; RASCHE: Verbrechenkonkurrenz S. 17 Anm. I; HIS: Strafrecht der Friesen S. 224; Geschichte S. 97.

¹³⁰ Schwsp. (L) III (W) 95; ebenso: Ingelheimer Oberhof N. 31 (LOERSCH, S. 39): Beleidigung ... daz schadet mir an minen eren dusent mark silbers“ ... (vgl. auch N. 371 — LOERSCH, S. 435 u. N. 379 — LOERSCH, S. 442). Ähnlich Augsburger Stadtrecht Art. 54 (Buße an den Verletzten bei Beleidigung nur dann, wenn „er in schiltet vor der christenheit“ mit einem „schaeltwort diu den man von sinen eren saget“, z. B. Sohn einer Hündin, Dieb, Räuber, Ketzer, aber nicht: Hurensohn). Auch Ssp. III, 48 § 3 kann trotz einiger Bedenken in gleichem Sinne verstanden werden (so JOHN: Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher I S. 20 f.). Vgl. auch Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 344, 346. Rechtsb. nach Distinkt, S. 361. Dagegen Deutschesp. Landrecht I, 102 § 1: Bei Körperverletzungen und Beleidigungen ... „und wil er buoze, daz man im ère biete o d e r g u o t, daz sol man im tuon nâch siner wirdekeit“. Zum Ganzen MEZGER, KARL: Die Verbrechen und ihre Straffolgen im Basler Recht des späteren Mittelalters, Teil I (1931) S. 116 Anm. 402 und über Parallelscheinungen im kanonischen Recht: HÄLSCHNER: Ger. Saal Bd. 64 S. 328—341.

¹³¹ HIS: MA S. 594/5; Geschichte S. 97. OSENBRÜGGEN: Alam. Strafrecht S. 68; ULLMANN: a. a. O. S. 20—22; FRIESE: a. a. O. S. 185 f. Sachssp. II Art: 16 §§ 3—9, III Art. 45; Schwsp. (L) III, 138, 170. Anders für das Stadtrecht von Groningen REISMANN: Das Stadtrecht der Stadt Groningen im Mittelalter S. 65.

¹³² Stadtrecht v. 1433: I, 94: „don em ene stades s o n e e“ (ECKHARDT, S. 221);

der Körperverletzungsbuße durch die Worte: dem *klegere sinen hon und serede betern* umschrieben wird. Andere Quellen¹³³ sprechen davon, daß die Zahlung zu erfolgen habe für *sinen smerczen*, und besonders häufig ist die Formel: Schaden und Schmerzen überliefert¹³⁴.

Dieser Auffassung entspricht es, daß sich die Zahl der Bußen nach der Zahl der Täter richtet, selbst wenn nur ein einziger Verletzter als Empfänger in Frage kommt¹³⁵.

Nur in wenigen Fällen werden Buße und Schmerzensgeld gesondert ausgeworfen¹³⁶. Es liegt im Zuge jener prinzipiellen Auffassung vom Wesen der Buße, daß man ihr den Schutz aller persönlich-immateriellen Werte zuweist und auf Unterscheidungen im einzelnen verzichtet. Theoretisch fällt deshalb auch die Verletzung von Affektionsinteressen darunter; doch dürfte ihnen bei der dem Gemeinschaftsideal zugewandten Haltung des Mittelalters die Anerkennung oder doch jedenfalls der Rechtsschutz versagt worden sein.

Daneben erscheint bei Ehrverletzung Privater und gelegentlich auch bei Gotteslästerung die Verpflichtung zu Abbitte und Widerruf, bisweilen statt, oft auch neben der Buße¹³⁷. Der Widerruf ist eine Art immaterieller Naturalrestitution für die Zukunft, während die Abbitte die bereits zugefügte Verletzung lindern oder wiedergutmachen soll¹³⁸. Quelle dieser Institution

I, 106: „... so schal he leggen synes gudes so vele, als eme duncket, dat he eme synen hon und serede mete betere...“ (ECKHARDT, S. 224; HIS: MA S. 596 Anm. 4.

¹³³ Über den Ersatz immaterieller Schäden durch die Buße: HIS: MA S. 594 bes. Anm. 9, S. 596 Anm. 2, 3; Strafr. d. Fries. S. 224; Geschichte S. 97/8; RASCHE: Verbrechenskonkurrenz S. 17 Anm. 1; OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 64, 68, 81; FRIESE: a. a. O. S. 194. — GRIMM: Weisth. II S. 5 (Saarbrücken 1321). — Rechtsb. nach Dist. 4, 4, 2. Magdeburger Recht: FRIESE-LIESEGANG: Magdeburger Schöffensprüche I S. 753: „Die Buße verfällt für leichtere Missethat, für die die Sächsischen Rechtsquellen einen besonderen Begriff nicht ausgebildet haben. Sie ist Privatstrafe und verfolgt den Zweck, den Verletzten zu versöhnen, ihm die zugefügte Kränkung durch eine Geldzahlung abzubüßen.“ Interessant auch der Gegensatz der Bezeichnungen in den Dortmunder Statuten: Stadtbuch (FRENSDORFF II) N. 81: Körperverletzung, Buße fundiert auf: „schaden und smaheit“ — N. 104/5 u. IV, 128: Beleidigung, Buße für: „laster und smaheit“. (Ebenso: Urtheilsbuch IV, 76, 97.)

¹³⁴ HIS: MA S. 596 Anm. 5. — GRIMM: Weisth. II, 5; III S. 661 („schmerzen und schaden widerkern“) — Ingelheimer Oberhof N. 272 (LOERSCH, S. 321) „schade an scherelone, an smerzen, an zerunge und an versumenisse ...“

¹³⁵ FRIESE-LIESEGANG: Magdeburger Schöffensprüche I S. 753 N. 1 unter Berufung auf I, 48; III A, 12, III B, 130; IV, 2.

¹³⁶ HIS: MA S. 597 A. 1, 599; Strafr. d. Friesen S. 224 A. 7.

¹³⁷ Ingelheimer Oberhof N. 7 (LOERSCH, S. 117) nur: „wandel und karunge“ N. 28 (LOERSCH, S. 33); N. 36 (LOERSCH, S. 47: „... daz schade im 5 gulden und der wort ein wandel“); N. 42 (LOERSCH, S. 60: „wandel u. karunge, kosten und schaden“); N. 151 (LOERSCH, S. 210: „... daz als ferre sinen eren noit ist ...“). GRIMM: Weisth. II S. 5.

Alternativ (nach Wahl des Verletzten): Ingelh. Oberh. N. 35 B (LOERSCH, S. 45); Goslarer Statuten S. 91 Z. 24—36 (dazu HÄLSCHNER: Ger. Saal Bd. 64 S. 340); Kaiser Ludwigs Rechtsbuch Art. 61.

¹³⁸ HIS: MA S. 577 II; OSENBRÜGGEN: Strafr. d. Langob. S. 77; Alam. Strafrecht S. 263, 385; METZGER: a. a. O. I S. 109; ULLMANN: a. a. O. S. 50. Schwsp. (L) III;

ist neben dem kanonischen das altgermanische Recht¹³⁹, letztlich die allgemeine Ehrenerklärung, welche die Verpflichtung des Verletzten zur Annahme der Buße erst begründet¹⁴⁰.

Neben die Buße tritt der Anspruch auf Ersatz allen materiellen Schadens¹⁴¹. Die Form, in der die beiden verschiedenen Verbrechensfolgen kombiniert werden, wechselt, wie im fränkischen Recht. Oft wird ein einheitlicher Betrag bestimmt; selten bei Körperverletzung, häufiger bei Vermögensbeschädigungen¹⁴²; der Bußbetrag erscheint dann oft als ein Vielfaches des realen Schadens¹⁴³. Anders, wo die Buße in Form eines festen Betrages auftritt. Hier treten Buße und Schadensersatz oft äußerlich getrennt nebeneinander¹⁴⁴. Auch in den Quellen des Mittelalters wird in diesem Zusammenhange besonders häufig der Arztkosten und der Arbeitsversäumnis bei Körperverletzungen gedacht, ein Fall, der — wie erwähnt — schon in den Stammesrechten mehrfach erörtert wird¹⁴⁵.

Aber selbst was die Entschädigung für die Verletzung immaterieller Interessen und der Ersatz des materiellen Schadens als getrennte Beträge

RUPR. v. FREYS. II, 109. Mit Entwicklungsgeschichte: HÄLSCHNER, Ger. Saal Bd. 64 S. 323/4 u. 350 ff.

¹³⁹ Näheres bei WILDA: a. a. O. S. 793; HÄLSCHNER: a. a. O. S. 324 ff.

¹⁴⁰ Vgl. oben S. 158 bes. Anm. 33.

¹⁴¹ FRIESE: Strafr. d. Ssp. S. 172/3. — GRIMM: Weisth. IV, 388. — RUPR. v. FREYSING II, 57 u. 68 (Nichtausweichen auf der Straße und Versperren des Weges: Gewedde und Schadensersatz); II, 10, 11 (Painschrott und Verchwunden: Buße, Gewedde, Arztlohn und Unterhalt); II, 9 (Dasselbe bei Lehmung); II, 8 (Wette, Arztkosten, Säumnis) (andererseits II, 12: leichte Wunden, die man selbst heilen kann: kein Arztlohn, aber Ersatz der Säumnistage, keine Buße, aber Wette). Ssp. II Art. 12 § 5 a. E.; Art. 29 (neben Naturalrestitution — Ausg. v. ECKHARDT).

¹⁴² His, MA S. 596 A. 5; S. 597 A. 3.

¹⁴³ His: Geschichte S. 97; MA S. 597 A. 5—8; S. 598 A. 1—7; Strafrecht der Friesen S. 237 Nr. 2 ff.; S. 346 Anm. 6; OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 70 A. 32. Schwsp. (L) 235 — Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 30 § 3.

¹⁴⁴ Schadensersatz und Strafe getrennt, erstere z. T. vereinigt mit dem Bußbetrage: Ssp. II Art. 27 § 4, 28 § 1, III Art. 48 § 1—3; Blume von Magdeburg II, 2, 234 (unberechtigtes Fischen, Holzfällen und Grasmähen) — Mörfelder Centweisthum (GRIMM I, 489 Z. 18/9 v. unten, Z. 14—17 v. u.) — Leges et Statuta familia s. PETRI — 1024 (GRIMM I S. 805) Nr. XXIII. — Bremer Stadtrecht v. 1303/8 II, 13: Br ü c h e und Schaden bei falschem Zeugnis (ECKHARDT, S. 56) = Stadtrecht v. 1433 I, 57. — Ob auch der Fall Magdeburger Schöffensprüche II, 52 (wie FRIESE-LIESEGANG meinen) hierher gehört, ist mir zweifelhaft.

Zum Ganzen: His: MA S. 597—600, bes. S. 598 Anm. 8—12; Strafrecht der Friesen S. 347. METZGER: a. a. O. S. 117 A. 403; ULLMANN: a. a. O. S. 78 bes. A. 14. — OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 70 A. 31 u. 32. — GÜNTHER: a. a. O. S. 100/I Anm. 105 a—108.

¹⁴⁵ His: MA S. 599 A. 3—7; Geschichte S. 98; METZGER: a. a. O. S. 117 A. 404. Eine Kombination beider Formen findet sich im Strafrecht von Groningen bei den Strafbestimmungen über Weidefrevel, Felddiebstahl und Raub („Welt“); vgl. REISMANN: Das Strafrecht der Stadt Groningen S. 76 A. 382/3; S. 77 A. 392. Vgl. auch RUPR. v. FREYSING Art. 22—24; 26. — Stadtrecht v. Augsburg Art. 49 (MEYER, S. 116/7). Hier ist aber wohl aus dem Gegensatz zu § 1 u. 2 zu schließen, daß bei schuldhafter Verwundung der Schadensersatz in der Buße bereits enthalten ist.

erscheinen¹⁴⁶, bleibt häufig die Einheitlichkeit des Tatbestandes gewahrt. Die Verletzung des Körpers oder die Beschädigung einer Sache bildet den gemeinsamen Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen aller Art, zu einer äußeren Trennung derselben, zu einer Aufteilung des einheitlichen Sachverhalts in verschiedene „*Tatbestände*“ findet auch das mittelalterliche Recht keine Veranlassung¹⁴⁷.

Ja darüber hinaus sind auch in dieser Periode die sog. „*komplizierteren Tatbestände*“ der fränkischen Zeit erhalten geblieben¹⁴⁸. Deshalb hat OSENBRÜGGEN, der in seinem Alamannischen Strafrecht den XV. Abschnitt („*Die einzelnen Verbrechen*“) nach dem Gegenstand des verletzten Rechtsgutes (= Angriffsobjektes) einteilt, den „*Verbrechen, durch welche verschiedenartige Güter verletzt werden*“, eine besondere Abteilung vorbehalten. Dahingehören: Brandstiftung¹⁴⁹, Heimsuchung¹⁵⁰, Nachtschach und Wegelagerung.

Allerdings umfaßt der Tatbestand der Heimsuchung nicht stets verschiedene Rechtsverletzungen, schließt sogar — wie übrigens meistens auch in den Stammesrechten — Tötungen und Brandstiftungen, die bei dieser Gelegenheit begangen werden, in der Regel aus¹⁵¹. Aber auch da, wo gleichzeitige Körperverletzungen¹⁵² und Sachbeschädigungen¹⁵³ (Gewalttätigkeiten) mit der Verletzung des Hausfriedens zu einem einheitlichen Tatbestande verbunden werden¹⁵⁴, wird jetzt vielfach zwischen einfacher Heimsuchung ohne, und qualifizierter Heimsuchung mit Einschluß der Gewalttätigkeiten unterschieden¹⁵⁵. Als einfache „*Heimsuchung*“ erscheint

¹⁴⁶ Die Literatur nimmt allerdings in diesen Fällen eine Verbrechens m e h r h e i t an, während sonst eine Verbrechenseinheit vorliegen soll. Die (systematische) Frage der Tatbestandseinheit, d. h. also das lediglich gesetzestechnische Problem bleibt dadurch unberührt. (Sehr deutlich RASCHE: a. a. O. S. 35, 42.)

¹⁴⁷ Sehr deutlich in der Formel: „Schmerzen und Schaden“ (HIS: MA S. 596 A. 5), „Schaden und smaheit“ (Dortmunder Stadtbuch 81 — RASCHE: a. a. O. S. 26). — Gegensatz: Dortmund. Stadtb. N. 104/5 „laster und smaheit“. — Hamburger Recht von 1270: XI, 1 (RASCHE: a. a. O. S. 37). — Vgl. auch: HEINEMANN: Crimen falsi S. 27; OSENBRÜGGEN: Alam. Strafrecht S. 328 ff.

¹⁴⁸ Nicht hierher möchte ich rechnen: Ssp. I, 63 § 1; dort handelt es sich m. E. mehr um prozessuale Gesichtspunkte, wie RASCHE (a. a. O. S. 53 A. 31) richtig hervorhebt.

¹⁴⁹ Zur Brandstiftung im friesischen Recht, HIS: Strafr. d. Fries. S. 349 ff.

¹⁵⁰ In § 147 meint OSENBRÜGGEN allerdings, daß auch der Heimsuchung ein bestimmtes rechtliches Objekt zugrunde liege, nämlich der Hausfrieden.

¹⁵¹ Sonderbuße für Scheltworte: Bair. Landrecht § 181. — Stadtrecht v. Freyberg 4, 449 (nach HIS: MA S. 257 A. 1). — Goslarer Statuten S. 33 Z. 35 ff. — Generell: HIS: MA S. 255; RASCHE: a. a. O. S. 35 (Stendaler Urteilsbuch N. 8—32).

¹⁵² GRIMM: Weisth. VI S. 346 § 57. — Freyberger Stadtrecht 28 § 3: „Aber kein heimsuchunge mac gesin am kampere wunden.“ — Ebenda § 1 (ERMISCH: Freyberger Stadtrecht S. 170).

¹⁵³ So nach KISCH: Leipziger Schöffensprüche N. 13, 110.

¹⁵⁴ Eine völlige Trennung: Bamberger Stadtrecht Art. 196 „... und erlehmt er den wirk, oder wunte in . . in sein selbs haws. daz muz er im bessern. zu der heimsuch“. Ähnlich wohl auch: Ingelheimer Oberhof, BODSMANN'S Exzerpte N. 14 (LOERSCH, S. 486) und GRIMM: Weisth. II S. 6 (Saarbrücken 1321).

¹⁵⁵ Augsburgs Stadtrecht § 8: „Ist daz ieman den a n d e r n heimsuchet unde

dann bisweilen das gewaltsame oder bewaffnete Eindringen in ein fremdes Haus¹⁵⁶. Gelegentlich ist außerdem Schädigungsabsicht erforderlich¹⁵⁷; dann handelt es sich aber in Wahrheit schon um eine Kombination von (vollendetem) Hausfriedensbruch und (versuchter) Sachbeschädigung oder Körperverletzung, vielleicht auch versuchter Tötung u. ä. m.¹⁵⁸.

Si quis violenter sine armis querit alium in domo proprio nec damnum ibi fecerit, satisfaciet domestico VI marcis, et III urbi: si damnum fecerit et aliquem male tracterit, dabit ei XII marcas et III urbi. Si vero armatus domum querit et occiderit ibi domesticum vel hospitem suum vel alium quempiam, dupliciter satisfaciet parentibus et VI marcis urbi. Si captus fuerit, vitam pro vita dabit.¹⁵⁹

Darin liegt vielleicht bereits — wenn auch unbewußt — ein Zurückgehen auf den systematischen Grundgedanken des Angriffsobjekts; denn die Qualifizierung eines systematisch *einwandfreien* Grundtatbestandes durch eine gleichzeitige verschiedenartige Rechtsgutsverletzung ist natürlicher als die Konstruktion eines „komplizierten“ Tatbestandes.

Zum gleichen Ergebnis gelangt OSENBRÜGGEN¹⁶⁰, der als das primäre Objekt der Heimsuchung den Hausfrieden bezeichnet¹⁶¹. Das folgt auch daraus, daß der Hauseigentümer in erster Linie als verletzt und deshalb zur Klageerhebung berechtigt erscheint¹⁶². Allerdings hält OSENBRÜGGEN¹⁶³

ienem nach laufet in sin hus, wundet er in darinne oder sleht in ze tode, der ist dem wirtte schuldic aller der buzze als dem clager: so vil stat diu heimsuche hoher danne die ander.“ Doppelte Buße bei nächtlicher Heimsuchung: Nov. S. 121.

Bamberger Stadtrecht 193—7 einer-, 199 andererseits (verschiedene Strafhöhe). — GRIMM: Weisth. III S. 730.

¹⁵⁶ OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 358 ff. bes. 362.

Freiburg. Stiftungsbrief 1120 § 23. — Colmarer Stadtrecht 1293 § 9. — Freiburger Stadtdel § 42. — Luzerner Stadtrecht (herausgegeben v. SEGESSER, 1856) § 132. — Schwsp. (L) 301. — Weitere Quellen bei OSENBRÜGGEN, S. 359.

Vgl. ferner: Burgdorffer Handfeste 1316 (GAUPP II) § 183. — Zwickauer Rechtsbuch II, 27, 2 u. 3. — Magdeburger Schöffensprüche XXXIII (LABAND, S. 123). — Meißener Rechtsbuch II, 3, 4 (ULLMANN, S. 89 A. 34 u. 35). — Goslarer Statuten II (GÖSCHEN, S. 38). — Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 51 § 1—4 (MEYER, S. 119).

¹⁵⁷ Schwsp. (L) N. 301 (S. 128 Sp. 2) handelt es sich jedoch wohl um einen Fall wirklicher qualifizierter Heimsuchung. Das folgt daraus, daß die Buße allein an den Hausinhaber (Wirt), nicht (auch nicht zum Teil) an den materiell Geschädigten fällt.

Ähnlich: Mühlhauser Reichsbuch III, 1 — Deutschensp. Art. 102 § 3.

Deutliche Trennung dagegen: Bayer. Landfrieden v. 1281 c. 12 und Eltviller Weisthum (GRIMM I S. 547) v. 1383.

¹⁵⁸ Vgl. dazu HIS: Strafrecht der Friesen S. 79.

¹⁵⁹ Ältestes Rigisches Stadtrecht 8 (NAPIARSKI) nach RASCHE, S. 39 A. 31. — Über die wechselnde Regelung im friesischen Recht sehr eingehend HIS: Strafr. der Friesen, S. 353—356 mit weiteren Quellenangaben.

¹⁶⁰ Alamann. Strafrecht S. 357.

¹⁶¹ Bamberger Stadtrecht Art. 199: „... umb dy haws ere verfallen...“

¹⁶² OSENBRÜGGEN: a. a. O. S. 360 A. 21. — Freiburger Stiftungsbrief v. 1120 § 23. — Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 51 § 5 u. 6 (ist das Haus einem anderen überlassen, so erhält jener die Hälfte), § 8 (kombiniert allerdings offenbar damit Verletzungen des Hauseigentümers [MEYER, S. 120]) — vgl. auch Nov. I S. 120 und CASPAR (Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts. Berlin. Diss. 1892 S. 80), der annimmt, daß bei Körper-

die Zusammenfassung mit anderen Rechtsverletzungen für eine ziemlich seltene Ausnahme.

Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der Nachtschach des alamanischen Rechts. Nachtschach ist nächtlicher Angriff mit verschiedenartigen Rechtsverletzungen. Vielleicht hat es sich ursprünglich um einen durch die nächtliche Begehung qualifizierten Fall des Raubes oder auch der Heimsuchung gehandelt, der nur äußerlich als vollkommen selbständiges Delikt erschien. Jedenfalls hat der Nachtschach — und sei es auch infolge eines Mißverständnisses — in einigen Quellen des späteren Mittelalters systematische Selbständigkeit erlangt. So im Landbuch von SCHWYZ¹⁶⁴ (zweite Satzung von 1521). Dort wird vor dem einfachen Nachtschach der Fall, daß der Angegriffene körperlich verletzt wird, durch höhere Strafe ausgezeichnet; kommt es zu einer Tötung, so soll der Angreifer „wie ein Mörder“ gestraft werden. Solche Bestimmung legt die Vermutung nahe, daß Sachbeschädigungen vom Tatbestande des einfachen Delikts mitumfaßt wurden.

Sehr aufschlußreich ist auch hier durch die Mannigfaltigkeit seiner Gestaltung das friesische Recht.

Der fränkischen Zeit am nächsten stehen diejenigen Quellen, die auf das Delikt der Heimsuchung eine selbständige Buße setzen. Wieweit darin die gleichzeitige Verletzung anderer Rechtsgüter mitinbegriffen ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Verhältnismäßig oft sind Sachbeschädigungen mit der gewaltsamen Verletzung des Hausfriedens zu einer Einheit zusammengefaßt, häufig in der Art, daß eine Heimsuchung mit gleichzeitiger Beschädigung des Hauses einen qualifizierten Tatbestand abgibt. Bisweilen wird dann noch weiter nach Art und Maß der Beschädigung unterschieden, so daß sich drei oder gar vier Grade der Heimsuchung ergeben. Andere Quellen ziehen auch Diebstahl bzw. Raub zum Tatbestand der Heimsuchung. Dagegen sind wohl alle Verletzungen der Person im friesischen Recht stets selbständig gebüßt worden¹⁶⁵.

Anderen Quellen ist zwar das Delikt der Heimsuchung als solches bekannt; jedoch erschöpft sich seine Wirkung in einer Erhöhung der Bußsätze für die einzelnen Rechtsgutsverletzungen. Von einer Verbrechenseinheit im eigentlichen Sinne des Wortes ist dann keine Rede.

Eine dritte Gruppe endlich begnügt sich damit, die einzelnen Rechtsverletzungen schärfer zu ahnden, wenn sie bei Gelegenheit eines Hausfriedensbruches begangen werden; man verzichtet aber auf deren Zusam-

verletzung oder Tötung Hausherr und Mieter die volle Buße erhalten haben — dazu Art. 9 § 2 (CASPAR, S. 72).

¹⁶³ A. a. O. S. 364.

¹⁶⁴ Herausgeg. von KOTHING, 1850 (zitiert nach OSENBRÜGGEN: a. a. O. S. 369).

¹⁶⁵ Anders nach REISMANN (D. Strafr. d. Stadt Groningen usw. S. 73) in Groningen, welches ja auch nicht eigentlich friesisches Recht, sondern nur von ihm stark beeinflusst ist (ders. S. 11). Hier scheinen gerade Sachbeschädigungen besonders gebüßt zu werden, während Raub und Körperverletzung vom Tatbestande der Heimsuchung umfaßt werden: Art. 51, 4/24 (Anm. 366 u. 367).

menfassung in einem einheitlichen Tatbestande und damit auf die Bezeichnung „*Heimsuchung*“ überhaupt.

Jedenfalls diese letzte Gruppe gehört dem Ausgang des Mittelalters, d. h. dem 14. und 15. Jahrhundert an. So rechtfertigt sich der Satz von HIS¹⁶⁶:

„In den angeführten Rühringer und westerlauwerschen Quellen ist die Verbrechenseinheit völlig aufgegeben; es giebt nur so und so viele Angriffsdelikte, keine Heimsuchung mehr.“

Weitere, z. T. sogar noch unbekannte Kombinationen finden sich ebenfalls gerade im friesischen Recht, das ja überhaupt einen verhältnismäßigen altertümlichen Charakter trägt.

Wenn jemandem seine Kleider, sein Halsschmuck oder sein Kopfputz weggenommen werden, so liegt darin gleichzeitig eine Verletzung der Ehre und eine Entziehung von Vermögenswerten. Deshalb gelten diese Handlungen als erschwerte Fälle des einfachen Raubes und werden mit einer höheren Strafe belegt. Bei deren Bemessung ist dann bezeichnenderweise wieder die Persönlichkeit des Verletzten von Bedeutung. Die Strafe des Hauptraubes (Wegnahme des Kopfputzes) wird beispielsweise erhöht, wenn er an einer Jungfrau begangen wird¹⁶⁷. Weitere Strafverschärfungen gibt es auch im friesischen Recht des Mittelalters bei dem gewaltsamen, sog. Schachraub, so z. B. wenn dem Überfallenen die Leibbinde oder der Hosengurt zerrissen wird, er also außer der Vermögensbeschädigung noch eine Vergewaltigung erleidet¹⁶⁸. Auch die Strafschärfung des Leichenraubes (*verraub*)¹⁶⁹ in der Blume von Magdeburg (II, 2, 227) dürfte darauf zurückzuführen sein, daß hier gleichzeitig der Totenfrieden gebrochen wird. Deshalb wird auch der Täter ehrlos¹⁷⁰.

Zum Tatbestande der Wegwende gehört nach Fivelgoer Recht „*das Jagen in Haus und Hof*“, bisweilen werden aber Körperverletzungen miteinbezogen¹⁷¹. Auch beim Zusammentreffen von Beschädigungen der Kleider und Verletzungen des Körpers wird gelegentlich nur eine einzige Buße gefordert¹⁷².

Der friesischen „*Wegwende*“ entspricht im alamannischen Rechte das Delikt der „*Wegelagerung*“. Es erscheint bald als einfacher Tatbestand, bald umfaßt es die gleichzeitig begangenen Rechtsverletzungen in einheitlicher Strafdrohung¹⁷³.

¹⁶⁶ Strafrecht der Friesen S. 358. ¹⁶⁷ Nachweis bei HIS: Strafr. d. Fries. S. 338/9.

¹⁶⁸ HIS: Strafrecht d. Friesen S. 339; ULLMANN: a. a. O. S. 78.

¹⁶⁹ Bei RUPR. v. FREYSING Art. 76 scheint „*Reraub*“ Verwundung oder Tötung eines Überfallenen zwecks Beraubung zu bedeuten.

¹⁷⁰ ULLMANN: a. a. O. S. 78 Anm. 15.

¹⁷¹ HIS: Strafr. d. Fries. S. 78/9, S. 110 Nr. 2 A. 2 u. 3. Anders: Sächs. Recht nach ULLMANN: a. a. O. S. 90.

¹⁷² HIS: MA S. 259 A. 6: Dietmarsches LR 1447 c. 109; Altdithm. RG 38; ebenso Glarner Landbuch von 1448 § 28 abgedr. i. Z. f. Schweiz. R. V, 2, 141 (zitiert nach OSENBRÜGGEN: Alam. Strafrecht S. 189).

¹⁷³ OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 371 und die dort zitierten schweizerischen Quellen.

Aber alle jene „komplizierten Tatbestände“ des altdeutschen Rechts sind durch das allmähliche Hervortreten des systematischen Bewußtseins¹⁷⁴ in ihrer Existenz bedroht. Das meint OSENBRÜGGEN, wenn er den von der „Wegelagerung“ handelnden § 152 seines alamannischen Strafrecht mit den Worten beginnt:

„Ein aus alter Zeit herüberreichendes Verbrechen, welches, wie der Nachtschach, im Fortschritt des Strafrechts, bei genauerer Grenzregulierung der Verbrechenskreise, zurückweichen und dann verschwinden mußte, ist die Wegelagerung.“

Daß aber jene *Verfallserscheinung* sich auf die echten „komplizierten Tatbestände“ beschränkt, nicht auch jede Kombination materieller und immaterieller Interessen trifft, beweist aufs neue, daß der systematische Gesichtspunkt, der im deutschen Recht die Herrschaft gewinnt, der Gedanke des Angriffsobjekts ist und daß — anders als im römischen Recht — die Art des rechtlich geschützten Interesses für die Systematik keine Bedeutung erlangt.

Die tatbestandliche Zusammenfassung der Verletzungen materieller und immaterieller Interessen schließt eine verschiedenartige Behandlung der einzelnen Befugnisse und Ansprüche nicht aus, fordert sie aber natürlich auch nicht.

Von einer unterschiedlichen Gestaltung der Rechtsvorlage bei der aktiven Vererblichkeit ist allerdings — soweit ich sehe — verhältnismäßig selten die Rede. Sachsenspiegel I Art. 6 § 4 sagt ganz allgemein:

man sal ok den erven gelden, dat man deme doden scüldich was.¹⁷⁵

Dem entspricht Art. 31 § 1 (Buch III):

Svat en man deme anderen scüldich ist oder nimt, dar mut man deme erven vore antwerden, of jene stirft.

Aber dieses Prinzip erfährt in § 3 desselben Artikels eine Einschränkung:

Sve den anderen veit¹⁷⁶ unde ime nicht ne nimt, oder ine wundet oder sleit ane dotslach unde ane lemesle, sinen erven ne hevet he dar umme nicht to antwerdene, of he stirft na der jartale, jene ne hebbe vor gerichte der klage begunt, er he stürve.

Daß die oben bezeichneten Ansprüche dann vererblich sind, wenn der Erblasser seinerseits den Streit bereits eingeleitet hat, erinnert an verwandte Bestimmungen des römischen Rechts und könnte zu der Annahme verleiten, daß diese Frage im deutschen Recht ganz ähnlich geregelt worden sei. Das scheint jedoch nicht zuzutreffen.

Grundsätzlich können auch Bußansprüche vererbt werden. Das ergibt sich einmal daraus, daß jene Beschränkung der aktiven Vererblichkeit überhaupt erst nach Ablauf einer bestimmten Frist (von Jahr und Tag) eintritt und daß sie überhaupt nur die Fälle der leichten Körperverletzung und der

¹⁷⁴ Über die Wirkung der „mehr abstrakt denkenden Zeit der sächsischen Rechtsbücher“ auf die Ausgestaltung der Konkurrenzlehre vgl. RASCHE: Verbrechenskonkurrenz a. a. O. S. 3.

¹⁷⁵ Ebenso: Deutschemspiegel, Landrechtsbuch I, 14.

¹⁷⁶ veit = fängt, gefangen nimmt.

Freiheitsberaubung betrifft; die Vererblichkeit der Bußansprüche wegen Tötung und schwerer Körperverletzung ist damit implizite anerkannt.

Der Grund, warum in jenen Fällen die Vererblichkeit ausgeschlossen wird, muß also ein anderer sein, und die Glosse¹⁷⁷ sucht ihn wahrscheinlich mit Recht in der Erwägung:

dar he selven en jar nalevede unde dar nicht en clagede, darumme helt men't darvor dat he't vergeven hebbe.¹⁷⁸

Hat der Verletzte wegen leichter, ungefährlicher Körperverletzungen oder ähnlicher unbedeutender Kränkungen binnen eines Jahres keine Klage erhoben, so darf man annehmen, daß er dem Täter verziehen habe; der Ausschluß der aktiven Vererblichkeit erklärt sich dann aus einer praesumptio iuris et de iure, und gesetzpolitisch fügt sich eine solche Bestimmung sehr wohl in die Gesamtauffassung des germanischen Rechtsdenkens ein.

Eine ausdrückliche Regelung der aktiven Vererblichkeit im Falle einer Tötung bei gebotenem Frieden enthält das Recht von Göttingen (Statuten von 1351 § 1)¹⁷⁹:

... Breyke aver jemant mit dotslage, de gift den erven drittich mark unde scal van stat an nerghen vreyde hebben, dar scal de rad to helpen ...

Uneinheitlich ist die Behandlung des materiellen und immateriellen Schadens aber vor allem bei der Regelung der passiven Vererblichkeit, ohne daß sich hier ein Prinzip von allgemeiner Gültigkeit aufstellen ließe.

Die Haftung des Erben beschränkt sich gewöhnlich auf den Ersatz des Vermögensschadens¹⁸⁰ bisweilen sogar auf die Herausgabe des widerrechtlich erlangten Gegenstandes¹⁸¹ bzw. seines Wertes, sofern dieser noch im Vermögen des Erblassers vorhanden ist¹⁸². Eine Verpflichtung zur Zah-

¹⁷⁷ Zitiert bei HOMEYER zu III, 31.

¹⁷⁸ Ebenso Schwsp. (W) 238, (L) 290: „Swer den anderen vâhet, unde im niht ennimet unde in wundet oder in slehet, ân den tôtslac und âne leme; unde er lit über daz jâr an der wunden, unde er stirbet nâch dem jâre; und hânt sine erben der klage begunnen oder er selven innerhalp des jâres: er muoz mit rehte darumbe antwürten sinen erben, unde man sol in rihten ze dem schuldigen als umbe den tôtslac. Ist er aber sîn vriund worden, unde mac er daz behaben mit siben mannen, sô ist er ledic gein den erben unde gein den rihter.“

¹⁷⁹ Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, Bd. 25 S. 43.

¹⁸⁰ CROPP: a. a. O. S. 342; KÖSTLIN: Krit. Übersicht III S. 183. Nach Deutschesp. Landrecht I, 44 soll das Vermögen des Hingerichteten konfisziert werden; doch soll man zunächst: „dem kläger dâ von bezzern und dem rihter sine rehte buoze geben und den liuten dar von gelten“. (Vgl. auch Deutschsp. I, 10.) Deutschsp. I, 54 und Schwsp. (L) 58 lassen den Rückgriff auf den Erben des Verkäufers einer fremden Sache zu.

¹⁸¹ Ssp. II, 17 § 1: „Die sone ne antwerdet vor den vader nicht, swenne he stirft, svat so he ungerichtetes hevet gedan.“

III, 31 § 2: „Stirft aver jene uppe den die klage gat, sine erven ne antwerden darvore nicht, sie ne hebben dat gut under en, darumme jene beklaget war.“ Vgl. aber auch I Art. 6 § 2.

¹⁸² Schwsp. (L) 58: „... Und der im daz gvt gab, den sol er och anesprechen, ob

lung der Buße übernimmt der Erbe nach den Goslarer Statuten¹⁸³ nur durch Sühnevertrag, nach dem Schwabenspiegel¹⁸⁴ auch dann, wenn der Täter vor seinem Tode bereits überführt war. Gelegentlich¹⁸⁵ trifft volle strafrechtliche Verantwortung denjenigen Erben, der mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, während der Züricher Richtebrief (3, 25)¹⁸⁶ ihm sogar in jedem Falle die volle Haftung für die Buße (i. e. S., also nicht für die Brüche) auferlegt.

Die Gestaltung ist demnach nicht einheitlich; das scheint mit dem allmählichen Vordringen des publizistischen Elementes zusammenzuhängen¹⁸⁷. Vielleicht spielt bei der Unvererblichkeit des Bußanspruches auch der Gedanke mit, daß ja nicht nur die Erlangung eines Vermögensvorteils das Wesen der Entschädigung für immaterielle Schäden ausmache, sondern daß die in der Bußzahlung liegende Ehrenminderung des Täters einen wesentlichen Bestandteil der Buße bilde und insoweit ein Eintreten des Erben für den Erblasser nicht in Betracht komme.

Bei der Regelung der Aktivlegitimation hilft man sich auf sehr einfache Weise. Sind die Träger der materiellen und der immateriellen Interessen verschiedene Personen, so kann jeder von ihnen *Ersatz* verlangen.

Ssp. II, 34: Sver so enes mannes knecht sleit oder veit oder rovet nicht denne durch des herren scult, na rechte sal he en beiden bute geven. he ne dürne dat uppe'n hilgen geweren, dat he't deme herren to lastere noch to scaden ne hebbe gedan, so is he enen bute ledich.¹⁸⁸

er lebet. ist er tot und hat er gvt gelazen. da von sol man iem sin gvt ane schaden wider geben.“

¹⁸³ Goslarer Statuten S. 6, 36—38; 7, 8—11 bei His: MA S. 403 A. 2.

¹⁸⁴ Schwsp. (L) 5: „wie man sunen und tohtern erbe teilen sol . . . c. Diupheit noch roop noch spil noch wvcher. des ist nieman vur den andern schuldic zegelten. noch ob er vider de hein gerichte iht getan hat. ist aber ein schvlde vf in erzivget ane die livte die ich hie vor genant han, die erzivgeten schvlde svln die erben dem rihter und dem claeger bvzen. Ist aber kein schvlde vf toten man erzivget, so bvzent och die erben nit . . .“

Vgl. Schwsp. (L) 178 = Deutschsp. § 118. RUPR. v. FREYSING 115 (?).

¹⁸⁵ Altes livländisches Ritterrecht § 55 (nach His: MA S. 403 A. 1).

¹⁸⁶ Arch. für Schweiz. Gesch. V, 197 (nach His: MA S. 403 Anm. 5). Vgl. auch His: Gesch. S. 73; CROPP: a. a. O. S. 278 A. 16.

¹⁸⁷ His: MA S. 379; Gesch. S. 68; OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 65, 80ff., bes. S. 83.

¹⁸⁸ Dieselben Bestimmungen auch: Schwsp. (L) 179; RUPR. v. FREYS. 116; Goslarer Statuten S. 46 Z. 36ff.; Rechtsb. n. Dist. IV, 36, 1 und sonst (vgl. weitere Zitate bei RASCHE: a. a. O. S. 24 Anm. 3); damit erledigt sich die Annahme CROPPS (a. a. O. S. 235 A. 3), es handele sich um eine auf römischrechtlichen Einflüssen beruhende Singularität. (Dazu die glossierende Fortsetzung in der bei ECKHARDT mitgeteilten unterdeutschen Fassung.)

Vgl. auch Magdeburger Blume II, 2, 247: „Smaheit, dy eniem manne an seniem kinde geschyt mit wortin, daz mag nymant vorderen, den dez Kindes vater; ob daz kint dem vater ungesundert ist; ist iz abir gesundert, so mag clagin vater und son. Ist iz ein wybes name, und hot sy man, so mag daz weip und ihr man, ir vater clagin, daz in czu smaheit getan sy.“

(Vgl. auch die bei RASCHE: a. a. O. S. 26 A. 8 erwähnte Regelung.)

Die Lösung folgt aus der Konkurrenzlehre des deutschen Rechts, das bei Verletzung verschiedener Personen zu einer Verbrechenmehrheit gelangt¹⁸⁹. Diese Regel gilt zunächst dort, wo es sich um gleichartige Verletzungen verschiedener Personen, z. B. körperliche Verletzung mehrerer durch einen Steinwurf, handelt. Sie muß aber auch da Anwendung finden, wo verschiedenartige Verletzungsmöglichkeiten in dem gleichen Tatbestande enthalten sind¹⁹⁰. Daraus folgt umgekehrt: wo nur ein einziger Verletzter existiert, da sind die Voraussetzungen des Klagerechts in seiner Person erfüllt; von einer Konkurrenz kann trotz der Verschiedenartigkeit der Verletzungen oder verletzten Rechtsgüter keine Rede sein.

Besondere Regelung hat auch im Mittelalter bisweilen der Diebstahl aus der Gewere des Nichteigentümers gefunden. Daß der Inhaber der Gewere nicht auch gleichzeitig der Eigentümer der entwendeten Sache ist, steht natürlich an sich der Annahme eines Diebstahls nicht entgegen¹⁹¹. In diesem Falle sind sowohl der Besitzer wie auch der Eigentümer in ihren Interessen verletzt¹⁹². Gleichwohl macht sich auch im Mittelalter das Bestreben be-

¹⁸⁹ HIS: MA S. 254 A. 6—9; RASCHE: a. a. O. S. 17ff.; HIS: Strafr. d. Fries. S. 108.

¹⁹⁰ Vgl. auch die unten S. 159 A. 199 zitierte Bestimmung des Rigischen Rechts und dazu: RASCHE: a. a. O. S. 39 und HIS: Strafr. d. Friesen S. 108.

¹⁹¹ DOLLMANN: Entwendung S. 71: „Ob aber der Dieb eine ursprüngliche oder abgeleitete Gewere verletzt, ist für den Begriff des Diebstahls gleichgültig.“ Anm. 170 beruft ersicht auf: Ssp. II, 60 § 11, RUPR. Rechtsb. 149 und Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 308.

RASCHE (a. a. O. S. 21) und andere (z. B. SCHREUER: a. a. O. S. 96, 159; HIS: Strafr. d. Fries. S. 109, Gesch. S. 45) sehen sogar in dem Nebeneinander von Buße und Wette einen Fall der Verbrecherkonkurrenz, „indem nämlich in jedem Delikt außer dem konkreten Verbrechen noch eine Verletzung des Staats als des Organs, welches das verletzte Gesetz gegeben hat, erblickt wird“.

¹⁹² M. E. ist das: „Unde ist daz mir ein gut verstolen wirt, daz nüt min ist, da sol ie der man umbe clage siu“ im Schwsp. (L) Nr. 230 so zu verstehen, daß sowohl der Eigentümer als auch der Gewereinhaber aktiv legitimiert sein sollen. Anders die ähnlich formulierte Bestimmung im Rechtsbuch RUPRECHTS VON FREYSING — bei VON MAURER: S. 171 Anm. 20, wo zu setzen: „da (sol) der clager umb sein“ (statt: mein).

Dagegen behauptet HELLMUTH MAYER (Die Untreue, 1926 S. 6 Anm. 7 als „unbestritten“), daß „nicht dem Eigentümer, sondern dem Inhaber der gebrochenen Gewere die Diebstahlsklage zustehe“; und CASPER (Diss. S. 75) erklärt gar unter Berufung auf Art. 133 § 2 des Augsburger Stadtrechts von 1276: „Als Angegriffener gilt bei der Entwendung nicht der Eigentümer, sondern der Besitzer.“ „Diese Auffassung ist für den deutschen Diebstahl charakteristisch.“

Wenn diese Annahme richtig ist, so steht die Regelung der Aktivlegitimation durchaus im Einklang mit der oben vertretenen grundsätzlichen Auffassung über das Verhältnis von Klagerecht und Schaden (im weitesten Sinne).

Ob sie zutreffend ist, mag füglich bezweifelt werden. (Mit den sofort zu besprechenden Ausführungen von CROPP, auf den er sich in der zitierten Anmerkung beruft, hat sich MAYER nicht weiter auseinandergesetzt.) MAYER will damit beweisen, daß der Diebstahl im deutschen Recht „nicht Angriff auf das Eigentum, sondern Bruch fremden Gewahrsams in gewinnsüchtiger Absicht gewesen sei“. Dem ist insoweit zuzustimmen, als das deutsche Recht, wie jedes primitivere Recht, weniger an den Schutz bestimmter Rechte, als an den Schutz gewisser rechtlich anerkannter tatsächlicher Verhältnisse gedacht und dementsprechend diesen Gedanken bei der Ausbildung und Abgrenzung seiner Tatbestände in den Vordergrund gestellt hat. Im Gewahrsam wurde

merkbar, für diese Fälle die Interessenspaltung zu leugnen und die Aktivlegitimation für die Diebstahlsklage auf eine der beiden Personen zu beschränken.

In der Regel scheint dies der Inhaber der Gewere gewesen zu sein¹⁹³. Allerdings beziehen sich beide Bestimmungen auf den Fall, daß von einem Grundstück Gegenstände entwendet werden. Im übrigen wird der Gewereinhaber nur dann zur Klage zugelassen, wenn er seinerseits dem Eigentümer für den erlittenen Vermögensschaden einzustehen hat¹⁹⁴; und diese Verpflichtung besteht ohne Rücksicht auf das Verschulden des Besitzers, wenn er die gestohlene Sache mit Willen des Eigentümers, aber in seinem eigenen Interesse erlangt hat, z. B. wenn ihm die Sache geliehen, verpfändet oder zum Verkauf übergeben war¹⁹⁵. Andernfalls, d. h. bei der echten Verwahrung im Interesse des Eigentümers ist die Haftung verschieden geregelt.

also implizite das Recht zu solchem Gewahrsam geschützt, nicht aber war der Gewahrsam als solcher das zu schützende Objekt. Wäre das letztere der Fall, so müßte jede eigenmächtige Besitzentziehung (etwa gegenüber dem säumigen Schuldner) Diebstahl gewesen sein. Daß sie das nicht war, scheint unbestritten zu sein. (Vgl. etwa KÖSTLIN: Kritische Übersicht Bd. III S. 355.) Auch das Erfordernis der „gewinn-süchtigen Absicht“ würde da kein Korrektiv bedeuten. Denn entweder genügt jeder, also auch der indirekte Gewinn, dann gelangt man zu einer unzutreffenden Ausdehnung des Tatbestandes; oder der (rechtswidrige) Gewinn muß unmittelbar gemacht sein, dann bedeutet diese Beschränkung des subjektiven notwendig auch eine Einschränkung des objektiven Tatbestandes, also eine Bestätigung der von uns vertretenen Auffassung.

Ähnlich verhält es sich mit dem sog. *furtum possessionis*. Doch will ich es zum Beweise nicht heranziehen, weil es streitig zu sein scheint, ob es im deutschen Recht zum Diebstahl gehört (vgl. KÖSTLIN: Kritische Übersicht III S. 335 und BRUNNER-V. SCHWERIN: Rechtsgeschichte II (2. Aufl.) S. 827. — Edict Roth. 380, wenn auch die Mehrzahl der Schriftsteller es leugnet), und weil sich seine Einordnung unter den Diebstahl auch mit unserer Auffassung in Einklang bringen läßt (Verletzung des Rechts zum Gewahrsam durch den Eigentümer selbst!). Gewahrsamsbruch ist dann in der Tat dasjenige Tatbestandselement, welches die systematische Stellung und infolgedessen auch die dogmatische Ausgestaltung bestimmt, aber Gewahrsam als Symptom eines Rechtes, einer Befugnis zum Gewahrsam. Diese Auffassung ist zwar kompliziert, aber dennoch primitiv (was bekanntlich nicht dasselbe ist); und sie ergibt, da Eigentümer und dinglich Berechtigter zwar nicht gleichzeitig, wohl aber zugleich ein Recht zum Gewahrsam haben, das von CROPP erörterte Problem einer konkurrierenden Aktivlegitimation.

¹⁹³ So: Ssp. II, 57; Deutschsp. 168; Schwsp. (L) 216.

¹⁹⁴ So CROPP: a. a. O. S. 225, 264. (Vgl. Aktivlegitimation des Herrn bei Diebstahl von Gegenständen, welche den Knecht gehören: RUPR. v. FREYSING I, 171.)

¹⁹⁵ Vgl. Ssp. III, 5 § 4 (dazu II, 60 § 1); ähnl. Lübisches Recht bei CROPP: a. a. O. und Hamburger Recht Art. 372; Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 98 Z. 36 (dazu S. 308); Schwsp. (L) 228, 229, 230, 258. Magdeburg-Breslauer systematisches Schöffenrecht V, 3. — Weitere Quellen bei CROPP: a. a. O. S. 72 N. 49.

Z. T. abweichend (Erfordernis des Verschuldens): RUPR. v. FREYSING I, 149; Bremer Stadtrecht v. 1433 II, 58 (ECKHARDT, S. 237); Augsburg Stadtrecht v. 1276 Art. 58 (MEYER, S. 127 A. 3).

KOHLER spricht (Wormser Recht und Wormser Reformation I § 25 S. 241) unter Bezugnahme auf Art. 88 der Wormser Ratsverordnungen (ebenda S. 26) von „dem

Nach dem Recht des Sachsenspiegels und des Schwabenspiegels ist er nur dann ersatzpflichtig, wenn er die Entwendung selbst verschuldet hat¹⁹⁶. In anderen Quellen spielt auch hier das Verschulden keine Rolle¹⁹⁷.

Nach der Ersatzpflicht richtet sich deshalb hier die Aktivlegitimation zur Klage gegen den Dieb. Haftet der Gewereinhaber, so ist er auch berechtigt, sich an dem Diebe schadlos zu halten. Er ist der eigentlich Verletzte, er empfängt deshalb die Buße für den immateriellen Schaden.

Fehlt es an einem Haftungsgrunde, so trägt die Gefahr des endgültigen Verlustes allein der Eigentümer; daher muß man ihn als den allein Verletzten und — deshalb — Bußberechtigten ansehen.

Die in dem bloßen Gewerebruch liegende Persönlichkeitsverletzung wird allerdings in diesen Fällen außer acht gelassen. Das ist — wenn überhaupt — nur dann tragbar, wenn eine weitere Gewalttat dabei nicht begangen worden ist. Eine solche vermutet aber CROPP¹⁹⁸ gerade für die vorher genannten beiden Stellen des Sachsenspiegels und des Schwabenspiegels. So ließen sich die dortigen Ergebnisse rechtfertigen. Vielleicht ist es jedoch richtiger, die allgemeine Fassung jener Bestimmungen damit zu erklären, daß die Überlassung eines Grundstücks an einen Dritten so gut wie ausnahmslos in dessen Interesse erfolgte und deshalb in diesen Fällen stets eine Haftung des Gewereinhabers angenommen werden durfte. Dagegen bestimmt Ssp. III Art. 6 § 3:

Wert aver inne sin perd oder ander sin gut düflike oder röflike genomen in des herren dienste ane des knechtes scult, dat mut ime die herre gelden, dar vore mut man oc deme herren antwerden, of he dar up klaget.¹⁹⁹

Es soll also der Dienstherr, obwohl nicht Eigentümer der entwendeten

germanischen Satz, daß der unentgeltliche Entleiher die Gefahr der Sache trägt“ (Verweisung auf Lex Langob. Luitpr. 131 und Sachsp. III, 5 § 4; Görliitzer Rechtsb. 47 § 9).

¹⁹⁶ Ssp. III, 5 § 3, vgl. auch I Art. 11; Schwsp. 258; Bremer Stadtrecht von 1433 II, 60 (ECKHARDT, S. 237); weitere Quellen bei CROPP: a. a. O. S. 70 A. 47. Ähnlich die Regelung Schwsp. (L) 58 = Deutschsp. I, 54 bei Veräußerung durch den gutgläubigen Erben.

Eine derartige, ganz eindeutige Bestimmung findet sich im Magdeburg-Breslauer Systematischen Schöffengericht V, 3 welcher handelt: „von gegebenym gewande eyne snyder“. Die Bestimmung lautet: „Gebit eyne man eyne snyder syn gewand czu machene adir eyne verkeufer gut gebit czu vorkeufen, do von her syn lon von yeme nemyn wil, der sal is bewarn und unvorterbit wedir gebin; wirt is em abir vorstolin, her sal is geldin; vorbrente abir daz selbe beheltnisse, do hers ynne hatte, zo endarf hers nicht geldin, ab her synyn eyt dorczu tut; und sal swerin, daz der brant ane syne warloze czu komyn sye und daz hers nicht us brengyn noch rettyyn kunde.“

¹⁹⁷ So wohl: Goslarer Statuten (GÖSCHEN) S. 98 Z. 36—38 (dazu: S. 319, 321); Rechtsb. nach Dist. IV, 13, 4/5; RUPR. Rechtsb. (Ausgabe WESTENRIEDER) 90—92.

Zur Entwicklungsgeschichte vgl. etwa: Nürnberger Reformation von 1564 fol. 83 (Teil II Tit. 14), fol. 86 (Tit. 15), fol. 103 u. 105 (Tit. 17).

¹⁹⁸ A. a. O. S. 237.

¹⁹⁹ Im Gegensatz zu III Art. 6 § 2. Ebenso (nach CROPP: a. a. O. S. 242 Anm. 13) Schles. Landrecht B. 4 Cap. 7 Dist. 3—5; Magdeburger Schöffengericht von 1304 Art. 90; Schwsp. Cap. 255; Rigaisches Ritterrecht Cap. 194.

Sache, zur Diebstahlsklage aktiv legitimiert sein, weil er dem Knecht den schuldlos erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Er ist also derjenige, der die Gefahr trägt, den letztlich der Vermögensschaden trifft; aber der Herr ist es schließlich auch, dessen immaterielle Interessen durch den Bruch der Gewere verletzt sind; denn Voraussetzung jener Entscheidung ist ja, daß der Diebstahl begangen wird, während sich der entwendete Gegenstand „in des herren *dinste*“ befindet.

Nach allem, was bisher ausgeführt worden ist, kann es nicht mehr wunder nehmen, wenn auch im systematischen Aufbau des mittelalterlichen Rechts der scharfe Gegensatz zwischen vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Delikten fehlt. Wie im fränkischen Recht werden Arztkosten und entgangener Arbeitsverdienst vom *Tatbestande* der Körperverletzung mitumfaßt, wird andererseits — wie übrigens bisweilen auch im römischen Recht — die in der Sachbeschädigung und anderen Verletzungen von Vermögensrechten liegende Beschränkung und anderen Dispositionsfreiheit und die damit verbundene persönliche Mißachtung durch die Buße der *Vermögensdelikte* mitabgegolten.

An dieser Stelle macht bezeichnenderweise aber auch die im Mittelalter fortschreitende Auflösung der „*komplizierten*“ Tatbestände halt, zu einer tatbestandlichen Spaltung der in demselben Angriffsobjekt getroffenen (*verkörperten*) materiellen und immateriellen Interessen ist es nicht gekommen.

Innerhalb der von der römischen iniuria umfaßten Deliktskategorien tritt vor allem wieder die Unterscheidung von Ehrverletzungen²⁰⁰ und Körperbeschädigungen (einschl. der Tötung)²⁰¹ hervor, wobei gelegentlich ausdrücklich²⁰² auch die *tätliche* Beleidigung zu den Ehrverletzungen ge-

²⁰⁰ Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 45, 49, 54, 150. Bremer Stadtr. v. 1303/8 II, 2, 4—6 u. 7 (ECKHARDT, S. 53/4); Bremer Stadtr. v. 1433 I, 94—97, 99 (ECKH., S. 221/2), 106 (ECKH., 225/6). RUPR. Rechtsb. II, 9—12; 108 (KNAPP, S. 34). GRIMM: Weisth. I, 488/9 (Mörfelder Weisth.), 547 (Eltviller Weisth.), II S. 5 (Saarbrücken 1321) — III S. 325 (Großen Burrle 14. Jahrh.), 374 (Herbstein), 729 (Ferner STUMME), IV, 471 (MUTTANZ 1464), V, 238 § 4 N. 1, 2 (1455), 357 § 7 (1441). — V S. 644 §§ 12 bis 15. — AUBIN: Die Weisthümer der Rheinprovinz 2. Abt. Bd. I S. 208 Z. 15. (Frühung der Gerichtsbank der Herrlichkeit Hackenbroich). Bedenklich in dieser Hinsicht (römischer Einfluß?): Schwsp. (L) 176 b; Deutschsp. 117. — Dazu: GÜNTHER: a. a. O. S. 88/9.

²⁰¹ Qualifizierte Tötung: Verwandtentötung: Schwsp. (L) 375 VI, 73a; OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 225/6.

Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag: Ssp. II, 13 §§ 4/5 (III, 90 § 1 — FRIESE: a. a. O. S. 221).

²⁰² Bremer Stadtrecht 1303/8 II 7 (ECKHARDT, S. 54); Ähnlich Stadtrecht v. 1433 I 95 (ECKH., S. 221), 106 II (ECKH., S. 225).

Wegen des sächsischen Rechts FRIESE: a. a. O. S. 274 (Ssp. II, 16 § 8). — Straßburger Stadtrecht § 35 — Bamberger Stadtrecht Art. 203 (ZOEPLF, S. 123) — Wormser Reformation VI (fol. 84) tit. 2. — Für Groningen ein Fall bei REISMANN: a. a. O. S. 72 Anm. 376. Vgl. aber auch die resignierte Feststellung bei ULLMANN: a. a. O. S. 64. — Nach OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 247 existiert die Realinjurie neben

rechnet wird. Beide Gruppen verfallen wieder in zahlreiche Einzelfälle, wenn auch der Grad der „*Tatbestandsspaltung*“ erheblich geringer ist.

Ihnen stehen die sog. Vermögensverbrechen gegenüber. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß Gegenstand des Angriffes ein Vermögensobjekt ist. Der Ausdruck „*Vermögensobjekt*“ soll dabei lediglich den Gegensatz zur Person bezeichnen; ein wirtschaftlicher Wert ist nicht erforderlich. Das gilt allerdings nur für die theoretische Anlage; tatsächlich brauchen deshalb individuelle oder Affektionswerte noch lange keine Anerkennung zu finden. So ähnlich hat man sich m. E. den Zustand der mittelalterlichen Jurisprudenz wirklich vorzustellen. OSENBRÜGGEN²⁰³ vermutet allerdings, daß im alamannischem Recht ein bestimmter wirtschaftlicher Wert für die Bestrafung wegen Diebstahls und Raubes vorausgesetzt worden sei. Aber die Quellen, auf die er sich beruft, zwingen m. E. nicht zu dieser Annahme; und Sp. III Art. 47 § 1 scheint für das Gegenteil zu sprechen:

Svie dem anderen des sines icht nimit mit gewalt, oder ane sine witscap, is si lüttel oder vele, dat sal he wede geven mit bute, oder sveren dat he's nicht weder geven ne moge; so sal he't gelden na der werdunge, dat it jene werderet, die it verloren hevet; jene ne minnere die werderunge mit sinem eide, die it dar gelden sal.

Richtig ist dagegen, daß die in fast allen deutschen Rechtsquellen wiederkehrende Unterscheidung von großem und kleinem Diebstahl lediglich auf dem wirtschaftlichen Wert des entwendeten Gegenstandes basiert²⁰⁴ und auf die persönlichen Interessen und Neigungen des Verletzten keine Rücksicht nimmt.

Andererseits soll schwerer Diebstahl auch dann vorliegen, wenn er unter gleichzeitiger Verletzung eines besonderen Friedens (z. B. des Hausfriedens)²⁰⁵ oder während der Nachtzeit²⁰⁶ begangen wird, ohne daß es dann auf den Wert des entwendeten Gegenstandes ankommt. Dieser Umstand sowie die Tatsache, daß die sonstigen in der Vermögensbeschädigung liegenden Verletzungen immaterieller Rechtsgüter von der einheitlichen Buße der Vermögensdelikte mitumfaßt werden, rechtfertigt auch für das Mittelalter die Annahme, daß wir es bei der Schutzlosigkeit affektiver Vermögenswerte mit einem Symptom der kulturellen Einstellung, nicht mit einer dogmatischen Konsequenz des Rechtssystems zu tun haben. An anderen Stellen ist jedenfalls für die Berücksichtigung derartiger Affektionsinteressen ebenfalls kein Raum.

Innerhalb des so umschriebenen Kreises der Vermögensdelikte wird der Körperverletzung nur, „wenn nach dem Gefühl des Verletzten und seiner Umgebung die Verletzung oder Affektion des Körpers als solche gering erschien im Vergleich zu der Beschimpfung“.

²⁰³ OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 296, 314 (mit Zitaten).

²⁰⁴ Die Quellen sind sehr zahlreich; vgl. etwa die Übersicht bei KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 176 Anm. 5 u. 6, 177 Anm. 1–9. Die dortigen Angaben ließen sich noch vermehren. — Hier sei nur hingewiesen auf die Glosse zum Landrecht Buch II Art. 29: „Ich sage dir / daß um einen Pfennig mag einer den andern belangen.“

²⁰⁵ OSENBRÜGGEN: Alam. Strafr. S. 303 Nr. 4, 305; RUKSER: a. a. O. S. 16.

²⁰⁶ OSENBRÜGGEN: a. a. O. S. 303 Nr. 3; KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 186 B.

weiter unterschieden zwischen Diebstahl i. e. S., Raub²⁰⁷, dieblichem Behalten²⁰⁸ (Unterschlagung), Pfandentziehung²⁰⁹, Sachbeschädigung²¹⁰ u. a. m.²¹¹ Hier interessiert vor allem wieder das Verhältnis von Diebstahl und Betrug (Falschheit).

Vermögensschädigung durch Täuschung setzt einen bis zu einem gewissen Grade entwickelten Geschäftsverkehr voraus. In den Quellen des Mittelalters ist deshalb die Zahl der hierher gehörigen Fälle bereits erheblich größer als in den fränkischen Volksrechten. Auch hier knüpft die Jurisprudenz an die äußerlich greifbaren Tatbestände der Fälschung an, welche in der Regel das Mittel der Vermögensbeschädigung und gleichzeitig besonders schwere Fälle des Betruges bilden²¹². In der Urkundenfälschung²¹³, der Münzfälschung²¹⁴, der Maß- und Gewichtsfälschung²¹⁵ und endlich der

²⁰⁷ Z. B. GRIMM: Weisth. III S. 268.

²⁰⁸ Jedenfalls in dem Sinne, daß die Fälle der modernen Unterschlagung vom Begriffe des Diebstahls nicht umfaßt werden. Darin liegt bereits ein entscheidender Gegensatz zum römischen *furtum*. — Ob darüber hinaus diese Tatbestände bereits in jener Zeit unter Strafschutz standen, ist äußerst kontrovers. Die Lehre KÖSTLINS (Kritische Überschau Bd. III S. 149—228, 334—376; ebenso: BRUNNER-V. SCHWERIN: RG II [2. Aufl.] S. 826) der die Frage bejaht, hat neuerdings vielfach Widerspruch gefunden (vgl. HELLMUTH MAYER: Die Untreue (1926) S. 10 Anm. 20 und allgemein S. 7 ff. sowie die Anm. 20 Zitierten; ferner Ssp. III Art. 22 §§1, 2). Fundunterschlagung: RUPR. Rechtsb. II, 47. — GRIMM: Weisth. III S. 132 Nr. 8. (Ssp. II Art. 29, aber auch Art. 37 § 1.)

Menschenraub als Diebstahl: RUPR. Rechtsb. Art. 88; Schwsp. (L) 227. — Anders: Augsburg. Art. 40 IV.

²⁰⁹ Z. B. GRIMM, I, 215. Vgl. KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 355 gegen ihn MAYER: Untreue S. 6 ff., aber auch S. 21.

²¹⁰ Ssp. II, 47; 49 § 2; III, 20; Deutschsp. 162 § 2; Dortmunder Stadtbuch § 12; Schwsp. (L) 333—341, 343—345, 366; RUPR. Rechtsb. I, 136, 139; II, 42—44, 65—67 (dazu KNAPP: a. a. O. S. 40). — Bremer Stadtrecht v. 1433 II, 22 (ECKHARDT, S. 230), GRIMM: Weisth. I S. 488/9 (Mörfelder Centweisthum), IV S. 216; V S. 645 § 18; VI S. 346 § 61/2.

²¹¹ Z. B. Hehlerei: Bamberg. Stadtrecht § 75 (seit 1330); Landfriede von 1303 Art. 25; RUPR. V. FREYS., II, 37. Jagdfrevel: OSENBÜRGGEN: a. a. O. S. 298; Ssp. II, 61 § 1; Deutschsp. 177 (ältere Ausg.); Schwsp. (L) 236; GRIMM: Weisth. I, 156, 201. Ausführlich KÖSTLIN: Kritische Überschau III S. 172 ff.; CROPP: a. a. O. S. 43 ff.; HIS: Gesch. S. 152—165; Strafr. d. Fries. S. 343.

²¹² Charakteristisch gerade in dieser Hinsicht: Mörfelder Centweisthum (GRIMM, I S. 490): „Item wer gesetzte acker oder feldtmarksteine vor sich selbst ausbricht oder auf betrug setzt. Item wer falsch gewicht, ehlen oder maaß giebet, oder sonsten einen falsch brauchet.“ Das sind wohl Tatbestände, die man generell als „falsch“, Falschheit, Fälschung bezeichnete. Vgl. Eltviller Weisthum 1383 (GRIMM, I, 547); Bamberger Stadtrecht Art. 146 (ZOEPL, S. 117 Anm. 4). Auf dem gleichen Gedanken beruht es auch, wenn ein Gewerbetreibender, der ehrliche Berufsausübung eidlich versprochen hat, bei Verletzung dieses Versprechens wegen Meineides, aber auch nur deswegen gestraft wird. (Vgl. ULLMANN: a. a. O. S. 84/5 und den S. 85 erwähnten Eintrag ins Leipziger Ratsbuch vom 15. Oktober 1468.)

²¹³ Z. B. RUPRECHTS Rechtsb. II, 53. — Schwsp. (L) 369.

²¹⁴ Ssp. II, 26, § 2; Schwsp. (L) 192, 363 II. — Bamberg. Stadtr. Art. 146 (ZOEPL, S. 117 Anm. 4); Bremer Stadtrecht IV, 76 (ECKHARDT, S. 95), RUPR. Rb. 55—57; — GRIMM: Weisth. II S. 381 usw.

Warenfälschung²¹⁶ liegt gleichzeitig eine Verletzung der Verkehrssicherheit, und damit eine Gefährdung allgemeiner Interessen, wie eine Schädigung des Vertragspartners. Die einheitliche Strafe sühnt beide Rechtsgutsverletzungen. Daneben gibt es später auch Fälle echten, reinen Betruges, so etwa die zwei- oder mehrmalige Verpfändung derselben Sache²¹⁷, die Übervorteilung beim Kaufe²¹⁸, besonders im Getreide- und Grundstückshandel, Krediterschleichung²¹⁹, Bettelbetrug²²⁰ und falsches Spiel²²¹, womit gelegentlich gleich die Strafe wegen verbotenen Spielens verbunden ist. Doch gehören die zuletzt genannten Deliktsformen der Spätzeit an.

Nach allem ist die Tendenz zur Herausbildung eines einheitlichen Betrugstatbestandes unverkennbar²²². Ebenso sicher erscheint, daß der Abschluß dieser Entwicklung während des Mittelalters nicht erreicht worden ist.

Diese Tatsache hat man im Auge zu behalten, wenn man versucht, das Verhältnis von Betrug und Diebstahl für das mittelalterliche Recht zu

²¹⁵ Schwsp. (L) 370 — RUPR. V. FREYS. II, 62 — Ssp. II Art. 13 § 3. Magdeburger-Breslauer Recht v. 1261 (LABAND, S. 15) § 6 = Magdeburger Schöffengericht IV (LABAND, S. 114): „Of schefele oder ander meze zu kleine sin oder unrecht waghe, das muzen sie wol voderen nach der stat kure oder zu bezzere mit ses unde drizich schillingen.“ — Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 64/5. — Bamb. Stadtr. §§ 84—90. — GRIMM: I S. 846, II S. 238 § 4, IO u. II (1455); V S. 2 § II (1158—1239). — Nürnberger Recht (15. Jahrh.) (BRUNNENMEISTER: Quellen der Bambergensis S. 72 Nr. 15).

²¹⁶ KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 346; HIS: Gesch. S. 165—172 (§ 29 I u. II); OSENBÜRGGEN: Alam. Strafr. S. 328—350 (§§ 138—144); ULLMANN: a. a. O. S. 82—86.

²¹⁷ OSENBÜRGGEN: Alam. Strafr. S. 346 N. 2 mit wichtigen Quellen; Stadtrecht von Groningen Art. 233, 2/25 (nach REISMANN: a. a. O. S. 78 Anm. 403); GRIMM: Weisth. V S. 214 § 8 u. 9 (Ueberlingen 15. Jahrh.); Augsburger Praxis bei CASPAR: a. a. O. S. 78.

²¹⁸ OSENBÜRGGEN: a. a. O. S. 346; Ssp. II, 13 § 3; Schwsp. (L) 370: gewöhnlich straflos (CASPAR: a. a. O. S. 33 N. 54).

²¹⁹ Augsburger Stadtrecht v. 1276 Art. 149 X (CASPAR: a. a. O. S. 78).

²²⁰ HIS: Gesch. S. 173.

²²¹ Augsburg Art. 56 § 2.

²²² Am vollkommensten ist er, soweit ich sehe, entwickelt im Recht der Goslarischen Statuten (GÖSCHEN S. 88 Z. 27—33): „Under weme in negher Lande dingh vunden wert dat valsch oder dat nicht so gheve ist also dat von rechte wesen schal, heft he iemanen des wat vorkoft, den schaden den der daran ghenomen heft, dene schal he eme irlechken: den bröke aver de daran gheschen is, den mot he irlechken na des rades gnaden unde na den dinghen also dat ghestalt is, of ne des nenne werne ne heft: heft he ok des gheren, so schal de were nor ene antwarden.“ Vgl. auch S. 307. [Das Wort „gheve“ findet sich in ähnlicher Bedeutung auch im Lübischem Codex III (Hamb. Recht v. 1270) N. 322.]

Auch: Erneuerte Urbeisthal-Ordnung von 1536 (GRIMM: Weisthümer III S. 347ff. bes. 352) § 41: „Koufe, tausche und pfandschaften belangende: Item alle contracte, so in bemelten thal bescheen, es sein von kaufen und verkaufen, tautsch oder gegenteusch oder andere, sie sollen erberlich ufrecht redlich und frumb glich zugon und volnzogen werden, ðn einichen betrug, vorthail, aszzug oder enderburg, bei der peen und frevel 10 M der vorbenannten munz.“

(Die Wormser Reformation VI, 1 tit. 5 Abs. 4 gebraucht das Wort „betrug“ nicht in dem gleichen Sinne.)

bestimmen. Wo sich eine Materie derartig im Flusse befindet, läßt sich eine scharfe Begriffsbegrenzung nicht erwarten. Wie sich die Dinge gestaltet hätten, wenn die Entwicklung zum Abschluß gekommen wäre, soll hier nicht erörtert werden; bleiben wir bei dem, was wirklich war.

Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, daß sich im deutschen Recht der Diebstahl im weiteren Sinne (also einschließlich der Unterschlagung, des „*dieblichen Behaltens*“) von dem Raube durch das Moment der Heimlichkeit unterscheidet²²³. Darin liegt unverkennbar bereits ein frauduloses Element, welches die Abgrenzung vom echten Betrüge erschwert. Der Anlage nach scheint mir deshalb — trotz des Protestes von KÖSTLIN²²⁴ — die Möglichkeit eines die Fälle des modernen Betruges und des modernen Diebstahls zusammenfassenden einheitlichen Tatbestandes auch hier durchaus gegeben²²⁵. Allerdings gehört zu den Tatbestandsmerkmalen des Diebstahls eine „*fremde bewegliche Sache*“²²⁶. Die Spannweite jenes einheitlichen Delikts wäre deshalb doch nicht weit genug gewesen. Dazu kommt die konkretisierende Denkweise des deutschen Rechts. Jedes allein wäre Grund genug, um die von uns konstatierte Tendenz zur Entwicklung eines eigenen Betrugsbegriffes zu erklären und zu rechtfertigen.

Andererseits waren so Unstimmigkeiten in der Grenzziehung unvermeidlich. Daß der Goldschmied, der einen Teil des ihm zur Verarbeitung übergebenen Golde heimlich zurückbehält, wegen dieblichen Behaltens und nicht wegen Betruges oder Warenfälschung gestraft wird²²⁷, ließe sich, wie

²²³ HIS: Strafrecht d. Fries. S. 334; Gesch. S. 153 I. — KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 167 Nr. 6. — Vgl. aber das Zitat bei ULLMANN (a. a. O. S. 77) aus „Magdeburger Schöffensprüche“ (FRIESE-LIESEGANG II, 29) aus dem 15. Jahrh., welches deutlich moderne Tendenzen verrät (Raub = gewaltsame Begehung).

CROPP: a. a. O. S. 12/3 entwickelt folgendes System:

I. Zum Diebstahl des deutschen Rechts gehört als Wesensmerkmal Heimlichkeit. Dabei gibt es zwei Formen:

1. diebliches Behalten,
2. diebliches Wegnehmen = Bruch der Were = eigentlicher Diebstahl.

II. Ohne Heimlichkeit:

1. offene Wegnahme = Raub,
2. Nichterfüllung von Rückgabepflichten = Sonderstrafe.

Vgl. auch Ssp. III, 22.

²²⁴ KÖSTLIN: a. a. O. S. 339 A. 3; ähnlich DOLLMANN: Entwendung (a. a. O.) S. 70: „Dieblich und raublich ist völlig getrennt, und so wenig als der Raub fällt auch die betrügerische Aneignung unter den Diebstahl“ (vgl. auch die Quellenangaben: Anm. 166).

²²⁵ Ebenso für das Magdeburger Recht: FRIESE-LIESEGANG: Magdeburger Schöffensprüche II, 719, 756. — Vgl. Bremer Stadtrecht v. 1303/8 (II, 15 = Stadtrecht von 1433 I, 59): „So welic man ene thuve dede ether ene andere valscheit, wurde he tharmede begrepen, than scal ed umme gan als en recht ist.“ (Vgl. aber auch IV, 76 — ECKHARDT, S. 94. — a. E.: valschere = Münzfälscher.)

²²⁶ HIS: Gesch. S. 153; KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 153.

²²⁷ Rechtsb. n. Dist. V, 10, 5: „denne waz er davon behilde, daz wer eyn dube und breche sinen eyd domete und sine ere, unde man richtet ober in nach dubes rechte.“ An anderer Stelle (V, 10, 6) heißt es: „der hette falsch und e dube begangen, darumb

KÖSTLIN²²⁸ mit Recht bemerkt hat, auch vom Standpunkt moderner Dogmatik aus rechtfertigen; es bedürfte m.E. nicht einmal der Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen Unterschlagung und Betrug.

Bedenklicher ist es schon, wenn der Falschspieler oder derjenige, der falsche Maße oder Gewichte verwendet, „als Dieb“²²⁹ gestraft wird.

So nach Lübischem Recht: Codex von 1240 Art. 178:

So wi so hevet enen falschen scepel, und wert he dar mede begrepen, he scal beteren der stat mit 60 sch. unde schal deme scepele han uppe de market. likes wis scal dat wesen um den punder unde umme de elne, unde ne mag og nege en scepel noch reep noch elne geschuldeghet werden, he ne werde begrepen an der mate. we so twe hevet van dessen en meren dar he mede inmit, unde enen minren, dar he mede uth met, den schal men richten alsen def²³⁰.

CROPP²³¹ schließt allerdings aus der Formulierung „als en def“, daß gerade kein echter Diebstahl vorliege. KÖSTLIN²³² lehnt aber diese Lehre — m.E. mit Recht — ab. Außerdem gibt es ja Stellen, in denen solche Betrugstatbestände ganz eindeutig als *diuwe* oder *furtum* bezeichnet werden²³³. Auch findet sich der gleiche Tatbestand in anderen Quellen unter die Kategorie der Falschheit eingereiht oder mit Verlust der Hand, der typischen Falschheitsstrafe, bedroht²³⁴.

Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn jemand die schweren Münzen zurückbehält, um sie einzuschmelzen (ein damals häufiges Münzdelikt)²³⁵. Auch hier findet sich gelegentlich die Diebstahlsstrafe, während andere Quellen den Täter als Falschmünzer zur Verantwortung ziehen²³⁶.

Einen besonders charakteristischen Fall dieser Art erwähnt OSENBRÜGGEN²³⁷ aus dem Luzerner Stadtrecht.

§ 44: wer eines erben anspricht umb geltschuld und sich aber vindet, das im der

mac man richten nach valschez recht oder nach dipheit.“ Vgl. dazu KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 342/3, 344 Anm. 4.

²²⁸ KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 345.

²²⁹ Als „Diebe“ bestraft das Magdeburger Recht den Falschspieler (Magdeburger Schöffensprüche I, II, 50, 54, 68), unter Berufung auf eine „Verordnung sächsischer Rechte“ (II, 68). Vielleicht handelt es sich aber bei letzterem um den Hehler.

²³⁰ Andere Fassung der gleichen Stelle im lübischen und bremischen Recht bei CROPP: a. a. O. S. 36—39. Weitere Quellen bei KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 340 Anm. 1 (Brem. Stadtrecht v. 1433 I, 87 — ECKHARDT, S. 220). — CROPP (a. a. O. S. 40/1) hat aus dem Gegensatz der beiden Fälle Folgerungen ziehen wollen, ist jedoch von KÖSTLIN durch den Hinweis auf das Recht von Riga (S. 346, vgl. auch S. 345), wie ich glaube, widerlegt worden.

²³¹ A. a. O. S. 40. ²³² A. a. O. S. 342/3.

²³³ Vgl. die Zitate bei KÖSTLIN: a. a. O. S. 342 Anm. 4 und CROPP: a. a. O. S. 39 Anm. 42. — HEINEMANN: Crimen Falsi S. 27.

²³⁴ Zitate bei KÖSTLIN: a. a. O. S. 343 Anm. 1, S. 347 Anm. 1a und CROPP: a. a. O. S. 39 Anm. 42. — OSENBRÜGGEN zitiert das Recht von Freiburg (1120) § 38: „Qui minorum vel maiorem habuerit furtum perpetravit, si vendit aut emit per ipsam mensuram.“ (Alam. Strafr. S. 296.)

²³⁵ Goslarer Statuten S. 13, 14, 38 (bei KÖSTLIN: a. a. O. S. 342 Anm. 4).

²³⁶ Zitate bei KÖSTLIN: a. a. O. S. 345 Anm. 2a.

²³⁷ Alam. Strafrecht S. 296.

totd nüt schuldig ist, dem sol man so vil als er anspricht, abnemen, ob er dass verstolen hette.²³⁸

Andererseits entscheiden die Magdeburger Schöffen²³⁹, daß, wer einen Schatz ausfindig zu machen verspricht und sich dafür etwas zahlen läßt, nicht wegen Diebstahls peinlich gestraft werden könne, weil das Geld mit Einwilligung des Eigentümers aus dessen Gewere gelangt sei. Der Betrogene muß sich deshalb mit einem einfachen Schadensersatzanspruch begnügen.

Man hat sich mit diesen — einander widersprechenden — Feststellungen zufrieden zu geben. Systematischer Begründung oder Rechtfertigung sind sie nicht fähig; nach dem, was früher ausgeführt worden ist, aber auch nicht bedürftig.

Soviel scheint jedoch sicher: die dem Stellionat des römischen Rechts eigentümliche Aushilfsfunktion liegt allen Betrugsfällen des deutschen Rechts, mögen sie wie auch immer geartet sein, vollkommen fern.

Unabhängig von dem Problem des Verhältnisses von Diebstahl und Betrug ist deshalb nunmehr die Frage aufzuwerfen, wie der mittelalterliche Richter in Fällen entschieden hat, deren Strafwürdigkeit feststand, die sich aber nicht ohne weiteres unter einen der vorhandenen Deliktstatbestände subsumieren ließen. Die Antwort ist mit der Feststellung gegeben, daß der Satz *nulla poena sine lege* im Mittelalter keine Geltung hat. An die Stelle der gesetzlichen Bindung tritt insoweit die richterliche Willkür, gelegentlich aber auch als eine Art Notgesetzgeber das Gutdünken des Rates oder der Gemeindeversammlung. Das ist vielfach ausdrücklich ausgesprochen. HIS²⁴⁰ erwähnt das Straßburger Stadtrecht aus dem 13. Jahrhundert; § 71 lautet:

Tut jeman ein unfuge, die nit in diem Buch geschriben stet, die sol Meister und Rat richten uff den Eid, als sie bedunket, das sie recht dunt.

Das Recht von Zug (1432, Art. 59)²⁴¹ verweist auf: das freie und billige Ermessen des Gerichts und das Herkommen, und empfiehlt daneben noch die Berücksichtigung nachbarlicher Rechte.

Nach der Öffnung von BONSTETTEN (Art. 15)²⁴² entscheidet „*die Gemeinde*“, nach dem Landbuch von Churwalden „*ein ersam Landschaft*“²⁴³.

²³⁸ Vgl. auch § 151, 182.

²³⁹ Magdeburger Schöffensprüche (FRIESE-LIESEGANG) II, 29. — Aber der Bettelbetrug wird ebenda (II, 137/8) mit Landesverweisung bestraft.

²⁴⁰ Geschichte S. 72.

²⁴¹ SCHAUBERGS Zeitschrift I, 100, 171; II, 139.

²⁴² SCHAUBERGS Zeitschrift I, 11; GRIMM: Rechtsalterthümer 768 Nr. 2.

²⁴³ Vgl. Mörfelder Weisthum (GRIMM I, 490): „Solche jetzt erzelte, und vorbeschriebenen, wie auch alle und jede andere dergleichen strafbare frevel, wort, muthwillen, gewalt, werke oder thaten, welche zu specificieren ohnmöglich, sollen der gebühr gericht, und nach gestalt einer jeden erkandnis und bescheidenheit der schöffen entweder in die schlechte, frevel oder höchste buß, oder auch zu der herrschafft gnaden gewiesen und also gestrafft werden.“

Ähnlich Landrecht der Umlande (nach REISMANN: Das Strafrecht der Stadt Groningen S. 67 Anm. 320); tatsächlich scheint auch in Groningen derselbe Satz ge-

Das Ergebnis unserer Betrachtungen ist also folgendes:

1. Der Gegensatz von vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Delikten ist den deutschen Quellen fremd. Maßgebend für die Einteilung ist in zunehmendem Maße der Gegenstand des Angriffes. Dessen Sühne deckt gleichzeitig die Verletzung materieller und immaterieller Interessen.

2. Dennoch hat das deutsche Recht den individuellen, nicht vermögenswerten Interessen an Sachen, den sog. Affektionsinteressen, seine Anerkennung versagt. Das erscheint jedoch als kulturgeschichtliches Phänomen, nicht als juristisches Problem.

3. Es läßt sich eine Tendenz zur Herausbildung eines einheitlichen Betrugsbegriffes (Vermögensbeschädigung — Vermögen im oben definierten Sinne — durch Täuschung) konstatieren. Diese Entwicklung ist jedoch nicht zum Abschluß gelangt. Infolgedessen ist auch die Grenze zum Diebstahl nicht immer scharf gezogen.

4. Die Funktion des Aushilfsstatbestandes übernimmt der Betrug im deutschen Recht nicht. Für eine derartige Bestimmung besteht auch kein Bedürfnis, weil der Satz *nulla poena sine lege* keine Geltung hat.

Diese Sätze gelten für das gesamte deutsche Recht. Von der fränkischen Zeit unterscheidet sich das mittelalterliche Recht nur dem Grade nach:

1. durch eine stärkere Betonung des öffentlichen Charakters des Strafrechts und eine erfolgreiche Zurückdrängung des Bußensystems;

2. durch eine mehr abstrakt-juristische Denkweise, welche zur Hervorhebung des systematischen Grundgedankens und damit zur allmählichen Aufgabe der „komplizierten“ (zusammengesetzten) Tatbestände führt.

Fünftes Kapitel.

Die Vermischung germanischen und romanischen Rechtsguts im Zeitalter der Rezeption.

Die Periode der Rezeption findet im Strafrecht ihren formellen Abschluß mit dem Inkrafttreten der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Jahre 1532¹.

Nicht daß mit diesem Zeitpunkt der Einfluß romanistischen Denkens im deutschen Strafrecht sein Ende gefunden hätte; im Gegenteil, die folgenden

golten zu haben (REISMANN: a. a. O. S. 67); auch sonst berücksichtigt man im Strafrecht dort weitestgehend das Ermessen des Rats.

Verwandt Art. 26 der Tiroler und der von ihr abhängigen Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506; dort wird es den Mitgliedern des Malefizgerichts überlassen, nach „Irem pesten versten und gestalt ainer yeden ubltat“ zu bestrafen (vgl. FRITZ RUOFF: Die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506 — Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts, Heft XXI, 1912 — S. 105).

¹ SCHAFFSTEIN: Die Carolina in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Begriffsentwicklung, Z StrW Bd. 52 S. 783; SCHMIDT, EBERHARD: Die Carolina, Sav. Z. Germ. Abt. Bd. 53 (1933) S. 7.

Jahrhunderte haben zur Ausbreitung des römischen Rechts sehr Erhebliches beigetragen. Doch was nach dem Jahre 1532 geschieht, gibt sich lediglich als Auslegung der Carolina, erscheint durch das Reichsgesetz in seinem Geltungsanspruch legitimiert.

Umgekehrt hat man den Beginn der Rezeption um ein Beträchtliches vor dem 16. Jahrhundert anzusetzen. Ein genauer Zeitpunkt läßt sich nicht angeben. Auch die Rechtsschöpfungen des Spätmittelalters lassen bisweilen römischen Einfluß erkennen; für den Schwabenspiegel und die von ihm abgeleiteten Quellen wird das ja sogar ganz allgemein zugegeben². Andererseits war auch das römische Recht in der Form, in der es nach Deutschland gelangte, d. h. nach der Bearbeitung durch die Italiener, nicht frei von deutschrechtlichen Einflüssen.

I. Die Theorie der Rezeptionsjurisprudenz und die gesetzgeberischen Versuche vor der Carolina.

Immerhin hat man sich gewöhnt, bei der geschichtlichen Darstellung den Anfang des 16. Jahrhunderts als Beginn einer neuen Periode anzusehen, einer Periode, in welcher das römische Recht in zunehmendem Maße die Theorie und die Praxis in Deutschland zu beherrschen beginnt, und welche als die Zeit, die der Carolina unmittelbar vorhergeht, rechtshistorisch besondere Bedeutung besitzt.

Die gesamte Rechtsliteratur dieser Zeit kommt daher als wirkliche oder vermeintliche Quelle der Bambergensis und der Carolina in Betracht und ist als solche Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen. Dabei sind zwei Gruppen zu unterscheiden: die theoretischen Bearbeitungen des römischen Rechts durch die von STINTZING sog. „populäre Literatur“ und die gesetzgeberischen Versuche des ausgehenden 15. und des beginnenden 16. Jahrhunderts bis zur Carolina. Von den ersteren sollen SEBASTIAN BRANTS Klag- und ULRICH TENGLERS Laienspiegel, von den letzteren außer der Wormser Reformation die von MAXIMILIAN erlassenen Halsgerichtsordnungen von Tirol und Radolfszell hier einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

Der Klagspiegel stellt sich im wesentlichen als eine auszugsweise Bearbeitung und Übersetzung von Schriften der italienischen Juristen dar. Um so interessanter ist es zu beobachten, wie sich der deutschrechtlich geschulte Verfasser mit der Problematik seiner Quellen auseinandersetzt. Der besseren Übersicht halber wählen wir für die Darstellung das Schema, welches dem I. Teil dieser historischen Einleitung zugrunde gelegt wurde.

Der Gegensatz von Zivil- und Kriminalverfahren ist auch dem Klagspiegel geläufig. Er findet bei der Erörterung der *actio iniuriarum* (fol. XI v) sowie der *actio furti manifesti* (fol. VIII v) ausdrücklich Erwähnung,

² Seit dem 14. Jahrhundert; bisweilen wird sogar schon die Mitte des 13. Jahrhunderts genannt (KÖSTLIN: Geschichte des deutschen Strafrechts S. 194).

wird aber auch im übrigen als bekannt vorausgesetzt. Daß dieser Gegensatz mit jenem anderen von poenaler und reipersecutorischer Funktion nicht zusammenfällt, ergibt sich daraus, daß der Verfasser beim Zusammentreffen beider Verfahrensarten hinsichtlich derselben Klagen die Konkurrenzentscheidung des römischen Rechts übernimmt. Irgendeine Erläuterung hat das zugrunde gelegte Prinzip an jener Stelle nicht gefunden³.

Noch weniger kann von einer bewußten Erkenntnis des Gegensatzes von vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Klagen die Rede sein. Der Verfasser stellt ziemlich gedankenlos die Ergebnisse der romanistischen Doktrin zusammen, ohne sich über die Gründe der Abweichungen vom heimischen Rechte irgendwie Rechenschaft zu geben. Dabei bringt er meist Richtiges, trifft aber — vom Standpunkt des römischen Rechts aus, das er ja wiedergeben will — gelegentlich auch recht gründlich daneben.

Schon mit dem komplexen iniuria-Begriff des römischen Rechts weiß er offenbar nichts Rechtes anzufangen. Er sieht in ihm nur ein zusammenhangloses Agglomerat verschiedener Tatbestände, die deshalb nacheinander definiert werden müssen. Dabei geht er — ganz wie seine italienischen Vorbilder — zunächst von der (deutschen) Beleidigung aus und bringt die Körperverletzung zusammen mit der tätlichen Beleidigung als einen Sonderfall des allgemeinen Begriffes⁴.

So einer dem andern schmachet gethan hat / oder laster mit worten oder sunst. In diser klag würt das wort iniuria genommen für laster / schand / schmachet oder scheltwort / damit man einem sein ehre / oder gütten leümt nimpf oder abschneit . . . Nun geschicht schmähe in drei wege / mit den wercken / als offft du frevel hand anlegest / mit feüsten / prügel / waffen / oder geest mit gewalt / oder über meinen willen in mein hauss / es sei mein eigen / bestanden oder nur umb sunst geluhen darinn zu wonen. Solch iniuria oder schmachet / würt gestrafft auss dem rechten Cornelia genannt . . .

Daneben werden als Fälle der iniuria Schmähungen durch Schriften mit oder ohne Namensnennung sowie das Verfassen von Spottliedern (welche nach „*Kaiserlicher Konstitution*“ mit Abschlagen des Hauptes bestraft werden), das Kaufen und Verkaufen solcher Schriften, endlich die Anfertigung von Schandkleidern erwähnt.

Straferhöhend wirken Öffentlichkeit der Beleidigung, Schwere der Wunde und Ansehen des Verletzten.

Noch in einem anderen Punkte wird das Wesen der actio iniuriarum verkannt, nämlich dort, wo das Erfordernis des animus iniuriandi hervortritt. Daß bei fahrlässiger Verletzung des Körpers die actio nicht gewährt wird erregt Befremden. Ein besonders krasser Fall dieser Art, nämlich fahrlässige Verletzung infolge von aberratio ictus (oder auch error in objecto?), wird deshalb besonders hervorgehoben⁵.

³ Aber an anderer Stelle, nämlich bei der Erörterung der kumulativen Konkurrenz von actio vi bonorum raptorum und condictio furtiva (fol. IX): „Item / mit diser klag vorderst du nur die peen / und die ist vierfach als die habe werdt ist / aber die habe magstu sunderlich vordern / mit einer nachgeschriben klage, de furtiva conditione.“

⁴ De actione iniuriarum: fol. Xv.

⁵ Fol. Xv; vgl. auch Bamberg. Recht § 203 (ZOEFL, S. 57).

Wann rede ich etwas in schimpff / oder schlahe oder würffe ich mit einem stein / so ich ein andern wolt schlagen oder werffen / bin ich nit schuldig diser klag. Sunder der klag aquilia / von dem schaden / von der du hernach wirst haben.

Bei den Vermögensdelikten wird — wie im römischen Recht — zwischen Raub, handhaftem und einfachem Diebstahl und Sachbeschädigung unterschieden. Die Definition des einfachen Diebstahls ist eine wortgetreue Wiedergabe der Quellen⁶:

Item / diebstal ist eyn ungetreüwe handlung frembder habe die farend ist / die doch geschicht wider den willen des herrn in gewinns mut / söllichs geschehe umb der habe willen / oder des besitz / oder gebrauchts willen / wann stelen ist auss Göttlichen rechten auch verboten.

Er wird mit dem doppelten Wert des erlittenen Schadens gebüßt. Handhafter Diebstahl hingegen ist vierfach zu entgelten; daneben kann der entwendete Gegenstand mit der *condictio furtiva* zurückgefordert⁷ werden:

So dir eyner raubet / oder offentlichen stilt des dein / gebürt dir dise klage / und sol dir rauberei oder diebstal / vierfach wider werden / wann ein yegklicher rauber ist ein dieb.

Daß bei der Berechnung der gesamte Schaden, nicht etwa nur der Wert des entwendeten Gegenstandes zu berücksichtigen ist, ergibt das Beispiel. Die Summe, welche vervierfacht wird, setzt sich zusammen aus dem Wert des gestohlenen Pferdes und dem Betrag der Vertragsstrafe, die der Eigentümer an seinen Käufer zahlen muß.

Gleiche Strafe trifft den Räuber; daneben kommt auch öffentliche Verfolgung in Betracht⁸.

Auch hier entscheidet die Höhe des wirklichen Schadens. Deshalb erhält derjenige, dem eine geliehene Sache entwendet wird, nur den vierfachen Betrag des ihm entgangenen Gebrauchswertes als Ersatz.

Echten Vermögensschaden setzt auch die *actio legis Aquiliae* voraus. Das kommt bereits in der Definition zum Ausdruck. Allerdings ist ihre Beschränkung auf die Schuldform der Fahrlässigkeit quellenwidrig, und dieser Irrtum hängt wohl mit dem bereits erwähnten Mißverständnis des *iniuria*-Begriffes zusammen⁹:

Merck / das diese klag stat hab / so schaden geschicht auss unfleiss / wann wo keyn schad geschehen ist / als so die habe davon nit ist böser worden / oder ist davon besser worden / ruwet dise klag.

Auch hier ist der Kläger nicht auf den Wert der beschädigten Sache be-

⁶ *Furti non manifesti* = von heimlichem diebstal: fol. 86v.

⁷ *De actione furti manifesti* = von öffentlichem diebstal: fol. VIIIv.

⁸ *Vi bonorum raptorum* = Von dem raub farenden habe: „Nimpt dir einer die farenden habe mit gewalt / hat statt die klag / und ist dir der rauber im ersten jar / vierfach schuldig / die habe wider zü geben / aber nach dem jar und das geschehen ist / nür einfach. Ein söllicher rauber möchte auch criminaliter mit der rechten iulia. de vi publ. vel privata gestrafft werden.“ fol. IXv; vgl. daneben auch die damit nicht ganz übereinstimmenden Ausführungen: *Vi bonorum raptorum* = Wider die / die mit gesampter Handt schaden thun: fol. XXXVv.

⁹ *De actione legis aquiliae* = Wider dem / der schaden tüt: fol. 88.

schränkt, sondern berechtigt, den gesamten Vermögensschaden zu liquidieren:

nit alleyn das gantz corpus . . . sunder es werden auch gerechnet die nutzbarkeyt / die dem corpus anhängen . . .¹⁰

Die den Quellen entnommenen Beispiele vervollständigen das Bild. Der Beklagte haftet, wenn durch die Tötung eines Tieres der Wert des ganzen Gespannes gemindert ist; er muß auch die Vertragsstrafe ersetzen, die verfällt, weil der getötete Sklave nicht übergeben werden kann¹¹.

Die actio legis Aquiliae greift ferner durch, wenn durch Verletzung oder Tötung eines freien Bürgers ein Vermögensschaden entsteht; allerdings auch hier, und gerade hier unter Beschränkung auf echten Vermögensschaden, also entgangenen Arbeitslohn und ärztliche Unkosten. Affektionswerte, vor allem „die ungeschaffenheit“, sind nicht zu ersetzen. Das ist ein Punkt, der dem Verfasser besonders am Herzen liegt; er widmet ihm sehr ausführliche Erörterungen, nimmt auch mannigfache Wiederholungen in Kauf¹².

Item dies klag gebürt eym freien menschen so der gewundt ist, nit umb der glider willen / wann niemandt ist seiner glider herr. Alssdann so klagstu umb die arbeyt / die du under wegen must lassen / so du zu deiner arbeyt durch solliches verwunden untüglich werst worden / und auch umb das artzet lon / das du aussgeben hast / aber die ungeschaffenheytt würt nicht geschätzt noch angesehen.

Ganz unverständlicherweise wird dieses Prinzip nun aber auf die actio iniuriarum übertragen, wo es gerade nicht hingehört, ja wo es völlig sinnwidrig ist; denn was sollte sonst mit jener Klage bezweckt werden? Andererseits bietet die actio iniuriarum an sich für den Ersatz von Arztkosten und Verdienstaussfall keinen Raum:

Item / würt dir abgeschlagen ein arm / dein nase / oder auge / würt dir die ungeschaffenheytt nicht geschätzt / wann niemandt ist seiner gelider herr / alleyn würt ge-

¹⁰ F. 90.

¹¹ Ebenso bei der actio servi corrupti = So dir dein Dienstbott verführt würt: fol. IXv. Die Klage geht auf das Doppelte des echten Vermögensschadens; der besteht aus 1. der Wertminderung des (unfreien) Dienstboten und 2. dem Wert des von ihm Entwendeten.

¹² Fol. 89. Ebenso: „Wann eyn freier mensch oder leib / nimpt keynen wert / das gantz erdtreich das ist nit als gut / als nur eyns freien menschen glid / darumb so müssen wir schätzen das artztlon / und alles das mit jm verzert ist worden / da man jn gearztneiet hat / und sollen geschätzt werden die arbeyt / die der vatter gemangelt hat und hinfür mangeln muss / aber darumb das er frei ist / würt seiner glider auch der massen keyn schätzung.

Item / wo eyn freier mensch ertödt würt / als bald das jm sein artzney ist geschehen / so würt keyn geschätzt / es würt aber geschätzt die arbeyt die der vatter mangeln muss. Ist aber der vatter getödt / so würt der erb schätzen sein arbeit die er verloren hat / und die er haben möcht die weil er gelebt möcht haben / als so er ist gewesen eyn schuchmacher / kürssner / kauffman oder sonst hat er eyn gewinnlichs handtwerck gekündt / hat er aber nichts gekündt / und ist er unnütz gewesen / der man vil findt / so möcht man nichts schätzen . . .“

„Item / die arbeyt der man mangeln muss / sol so lang zeit angesehen und geschätzt werden / so lang wol glaublich oder versehentlich wer / das der getödt gelebt möcht haben.“ fol. 91.

schätzt die arbeyt die underwegen bleybt / damit du verdient hättest / und das artzet lon (fol. XIv).

Es mag auch dies die Folge des schon mehrfach erwähnten Mißverständnisses sein, das den Verfasser veranlaßt, bei der *actio legis Aquiliae* gerade fahrlässige Schadenszufügung zu verlangen. Zu Unrecht wird andererseits der Schätzungseid des Klägers und die Zulässigkeit richterlicher Begrenzung der Schadenshöhe auf die „*schmacheit*“, also wohl die deutschrechtliche Beleidigung beschränkt¹³.

Item / wann nun vor dem richter die schmacheit bewisen ist / so sol der / dem schmacheit geschien ist schwören / wie vil er des seinen geben wolt / hätte er so vil / ee dann er die schmacheit wolt leyden.

So aber nun die gezwungenen unzimlich schwören / ist es dem richter heymgesetzt / das er sol ansehen die schmacheit bei der person / und sol schätzen die summa / und dann sol der / der die schmacheit gelitten hat / schwören und auch nit höher (Fol. XI, XIv).

Einen Spezialfall dieser Art stellt die *actio de sepulcro violato* dar. Auch hier soll die erlittene „*schmacheit*“ bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden. Dazu tritt eine Strafe, die an die Obrigkeit zu leisten ist¹⁴:

behelt er allen schaden wie gross der ist / umb der schmacheit die jm in sollichem geschehen ist / und were der schad auff tausend gulden. Ist aber der schad klein / behelt er zu dem mindesten hundert gulden . . .

darzu würt er gezwungen dem Fisco 10 mark goldes zu geben.

Dieselben Widersprüche finden sich bei dem Mischtyp der *actio de his qui effuderunt et deiecerunt*. Auch hier hat der Verfasser nicht erkannt, daß es sich um zwei Typen der gleichen Klage handelt, daß aber die Berechnung des Schadens bei beiden nach verschiedenen Gesichtspunkten erfolgt¹⁵. Der Tatbestand wird folgendermaßen umschrieben¹⁶:

Würrft einer oder geüsst auss eim hauss / also das dasselb auff einen der für geet falle / und sein kleider und ander sein habe sein jm verderbt oder geschediget / der den schaden empfangen hat / mag klagen. Dise klag ist zwifach wider den der ausswürfft / wo aber auss söllichem ausswerffen ein freigeboren mensch stürbe / würde der ausswerffer verdampt in L. gulden. Geschehe aber einem freigeboren menschen sunst ein schade. Als on jm sein haupt were gebrochen / oder eineüig würde / oder sunst ein schaden geschehen were / so soll der richter jnen erkennen was billich ist / wann er soll ansehen die zerung des krancken / den lon der ärztte / und was er dieselben weil verdient hette / und was er hinfür verdienen möcht / were er söllichs werffens zu arbeiten gantz untüglichen worden / aber der masen oder ungeschaffenheit / soll nit gedacht werden / wann ein freier leib mag nit vergolten werden / das kleinst glied am menschen mag nit mit der ganzen krafft vergolten werden.

Doch findet der Verfasser diese Unterscheidung selbst höchst merkwürdig; insbesondere mit der nach deutscher Auffassung ganz unbegreif-

¹³ Was SCHULTE: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 173 S. 28/9 hierzu und zu Laienspiegel II fol. 84 ausführt, geht m. E. am Problem vorbei.

¹⁴ De sepulcro violato = Wider die / so die toden oder jr gräber berauben oder zerstören: fol. 36v; De sepulcro violato = Von denen die toden die toden gräber zerstören: fol. 125.

¹⁵ Vgl. oben S. 65f.

¹⁶ De his qui effuderunt vel deiecerunt = Wider die / die auss den heüsern werffen oder schütten: fol. 30 u. 30v.

lichen Geringfügigkeit des Bußbetrages vermag er sich nur schwer abzufinden:

. . . Möchtestu sprechen / die weil ein freier leib am wert nit mag geschätzt werden / warumb forderstu dann 20 gulden / nit umb den wert als obgeschriben steet. Nimmest du dann die L gulden zu peen / das ein graff / herr / oder ein ander edler oder unedler frummer mensch / der vil in stetten seind / nur L gulden wert sol sein / so oft einer dem andern L gulden muss geben für ein todts pferd / so doch nach ordnung der recht die peen nach grösse der sünde soll aufgelegt werden. Die L gulden werden nit gefordert umb den wert zu geben / sundern als ein peen / wie wol sie klein ist gegen der sünde / so hat es doch der rechtsetzer also gesetzet / wann es geschicht nur wo ein kleine peen sollt aufgesetzt worden sein / ist eine grosse / und widerumb die sünd genant Abigeatus / das ist / so einer ein herd viech von der weide stilt / so sol der selb den wilden thieren fürgeworffen werden zu töten . . .

Glücklicher dagegen ist der Verfasser bei der Wiedergabe der Bestimmungen über Aktivlegitimation und Vererblichkeit.

Die actio iniuriarum steht außer dem unmittelbar Verletzten auch dem Ehemann, Vater, Fronherrn und Erben zu. Die actio furti kann von dem Eigentümer, außer diesem von dem Pfandgläubiger und Entleiher geltend gemacht werden, wenn und soweit sie Schaden erlitten haben (fol. VII). Sehr weit gespannt ist endlich die Aktivlegitimation bei der actio legis Aquiliae¹⁷:

Item utilis dise klag gebürt auch denen / die nit herren seind:

Item / dise gebürt dem glauber / wo der schuldner nit zu bezalen hat / oder wo er die klage wider die person der zeit halben verloren hat. Wo aber schaden geschicht in der habe / die man mir schuldig ist oder verheissen hat / und doch nit zu pfand geben / als im verbindn oder verpflichten / und so mir sunst keyn recht in der habe gebürt / so gebürt dise klag dem schuldner / aber er soll mir übergeben die klage.

Richtig wird endlich in der Frage der aktiven Vererblichkeit zwischen der actio iniuriarum und der actio legis Aquiliae unterschieden. Von der letzteren heißt es¹⁸:

Item dise klag ist ewig / wann sie kompt auss dem rechten. Dem erben gebürt sie / aber nit wider die erben / dann als viel und jn worden ist

und ganz deutlich tritt dieser Gegensatz bei den beiden Typen der actio de effusis et deiectis hervor¹⁹:

Merck / wann dise klag gebürt umb schaden / an kleidern oder kauffmanschatz / so ist sie ewig / und gebürt auch dem erben nit / ²⁰ aber wider den erben / wann sie aber gebürt / so ein freier mensch gestorben ist / so weret sie nur ein jar und würt nit geben wider den erben / auch mit dem erben als eimb erben / sunder als dem / der dem vergangen am nechsten zugehört. Wann aber dise sach gebürt umb schaden dem leibe eins freien menschen zugefügt / so ist sie dem freien menschen ewig / aber seinem erben nur järig.

Auch eine Konkurrenz von Zivil- und Kriminalverfahren ist möglich und wird im Falle der Beleidigung sogar ausdrücklich für zulässig erklärt. Jedoch ist sie hier — wie im römischen Recht — eine alternative; der Kläger hat die Wahl, ob er eine peinliche Bestrafung des Täters

¹⁷ A. a. O. fol. 89.

¹⁸ Fol. 90v.

¹⁹ Fol. 30.

²⁰ Der Strich ist wohl vor „nit“ zu setzen.

herbeiführen oder sich mit der Zahlung einer Geldsumme, einer Buße als Entschädigung für die ihm zugefügte Kränkung zufrieden geben will²¹:

Merck / wiewol die / die schmähen / mit geruch oder gesange / mügen darumb getödt werden / will ich aber so mag ich klagen / und schätz soliche schmähe an ein summe gelts / und würt er mir verdampt in einer summa / so mag ich nicht noch niemant mehr den verklagen umb das leben wie obstat.

Soviel vom Gegensatz zwischen vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Klagen. Nun zum Verhältnis von *furtum* und *stellionatus*.

Zunächst: das Verhältnis der Fälschungsdelikte zu den übrigen Vermögensverbrechen wird — trotz der abweichenden Lehren der Italiener — im Einklang mit den Quellen als Spezialität bestimmt. Die *lex Cornelia de falsis* findet nur auf diejenigen Tatbestände Anwendung, welche sie ausdrücklich aufzählt. Analogere Anwendung ist sie nicht fähig. Der Verfasser nennt sie deshalb eine *actio subtilis*.

Im übrigen geht der Klagspiegel eigene Wege. Daß ein Diebstahl durch Täuschung begangen werden könne, wird nicht erwähnt. Doch werden auch nicht alle Betrugsfälle ohne weiteres dem *Stellionat* untergeordnet. Vielmehr entwickelt der Verfasser die *actio de dolo* zur selbständigen Strafklage und gelangt damit zu einem generellen Betrugstatbestande²²:

Zu unser zeit betreügt einer den anderen / so wir mit einander contrahieren und handel treiben / darumb ist ein klag gemacht die heysst / De dolo.

Als Erfordernisse werden angeführt: Kausalzusammenhang und Schaden; Irrtum; der Betrüger darf nicht ein „*leychter mensch*“ und der Betrogene muß ehrbar sein; Nichtablauf von zwei Jahren; endlich „*das kein ander klag statt hab | also ausserhalb des contracts untreuü geschicht | als stelen | rauben | oder ander malefitz*“ (Subsidiarität).

Die weiteren Darlegungen ergeben, daß die *actio de dolo* gleichzeitig die Funktion der modernen Untreue erfüllt²³:

Item *dolus untreuü* oder *argelist* / ist ein betrieglich listigkeit den andern zu betriegen / und man brüfft söllichs in dem so einer ist als *farleissig* in frembder habe als in seiner habe / und das brüfft man in dem / das er sich in seinen und frembden haben nit gleich helt (fol. VIII).

Auf diese Weise wird der Tatbestand des *Stellionats* entlastet und seine Aushilfsfunktion in den Vordergrund gestellt. Das tut der Verfasser — im Anschluß an die Quellen — in sehr ausgiebiger Weise, übernimmt aber gleichzeitig auch sämtliche Beispiele, ohne zu beachten, daß einige von diesen nach seiner Begriffsbestimmung unter die *actio doli* fallen²⁴:

Oben hastu von *sunderlichem*²⁵ verklagen / Nun hastu *eyn gemeine verklagung* / die kompt zuhilff / wo sich verklagung gebürt / und doch wo nit nemlich stehet geschriben welche verklagung sich gebüre / so gebürt / sich die / zu gleicher weiss als du oben hast *eyn klag am letsten* / die heysst in *factum subsidiaria* / wo sich *keyn sundere*

²¹ De actione iniuriarum: fol. 11.

²² *Actio de dolo* = von argem list und betriegen: fol. 7v.

²³ *Actio de his que in fraudem creditoris etc.*: fol. 1.

²⁴ De crimine *stellionatus*: fol. 127v/128. ²⁵ = *sunderlichen, speziellen*.

klag gebürt und statt hat / unnd doch billich geklagt würt / so hat statt die selb klag. Also würt auch alhie dise verklagung / in Latin Stellionatus geheysen.²⁶ —

Verglichen mit dem reichen Material des Klagspiegels bietet der Laienspiegel verhältnismäßig wenig. Vor allem ist er sehr viel stärker von deutschrechtlichen Elementen durchsetzt. Das hängt mit seiner Entstehung zusammen, ist er doch, nach heute herrschender Ansicht, „*nichts anderes als ein nicht gleichmäßig gelungener Auszug aus der Const. Crim. Bambergensis von 1507*“²⁷.

Auch der Laienspiegel kennt zunächst den Gegensatz von *crimina publica* und *privata*, von öffentlicher und privater Klage (f. 101). Die Konkurrenz beider Verfahrensarten wird zudem beim Raub wie bei der *iniuria* noch ausdrücklich hervorgehoben.

Ganz romanistisch — wenn auch mit derschon beiden Italienern üblichen vorzugsweisen Behandlung der Beleidigung — ist der Begriff der *iniuria*²⁸:

Die schmach / lesterung / verletzen oder beschädigung / würt im Latin etwo genennt / *Iniuria* / für alles das yemandts dem andern wider oder on recht zu schaden thut / und beschehen in mancherley weiss. Als et wo mit worten / so eyner den andern eyn böswicht / oder sonst lästerlich seiner ehrn / glimpffen oder guten leümatz beschilt / es sei zu rück oder under augen ungeursacht geschehen. Auch zu .eiten mit schrifften / liedern / brieften oder andern schmächlichen gedichten / die yemandt macht / findt und nit verbrent . . .

Zweifel daran, daß hierunter auch Körperverletzungen zu verstehen sind, beseitigt das Formular; dort heißt es nämlich: Schädigung an „*leib / ehrn oder gut*“, so daß anzunehmen ist, daß auch das *damnum iniuria datum* miteinbezogen werden sollte. Dagegen spricht allerdings wieder, daß die Höhe des Schadens durch einen Schätzungseid des Klägers ermittelt werden soll, eine Bestimmung, die bekanntlich im römischen Recht nur bei Immaterialschäden Anwendung fand.

Gesondert behandelt wird nur die Tötung (f. 102), und hier findet sich bereits die moderne Unterscheidung zwischen Totschlag und Mord.

Eine Definition des Diebstahls fehlt; der Laienspiegel gibt lediglich einen zusammenfassenden Bericht über die verschiedenen etymologischen Ableitungen des lateinischen Wortes *furtum* (schwarz — fraude = untreüwe — aufferre). Im übrigen wird aber, ganz nach deutscher Manier, zwischen kleinem und großem Diebstahl unterschieden und die Grenze zwischen beiden durch den — allerdings streitigen — Betrag von 5 Schillingen bestimmt.

Der erste, kleine und nicht handhafte Diebstahl wird, wenn er ohne erschwerende Umstände begangen ist, durch eine Buße in Höhe des doppelten Wertes der entwendeten Sache oder durch Auspeitschung oder Landesverweisung geahndet (f. 103). Auf schwerem Diebstahl steht Lebensstrafe (Strang bei Männern, Ertränken bei Frauen).

²⁶ Die folgenden Sätze betonen dann aber wieder den Gedanken der Wahrheitsentstehung.

²⁷ VON HIPPEL: Deutsches Strafrecht Bd. I S. 163 Anm. 2.

²⁸ Von zugefügten schmachen / verletzungen und beschädigung: fol. 71.

Räuber zahlen bei bürgerlicher Klage den vierfachen Wert als Buße und werden peinlich ebenfalls am Leben gestraft.

Der Laienspiegel enthält schließlich einen selbständigen Abschnitt „*Vom Falsch*“²⁹:

Falscheyt würt nit alleyn mit eyden / zeügknüs / urteylen / oder andern betrüglichen personlichen unwarhafften worten volbracht / sondern in mancherley weiss.

Als Beispiele werden angeführt: Münzfälschung, Urkundenfälschung, endlich, „*wer sich falscher kaufmannschafft / massen / gewicht / wagen auss bossheyt gebraucht . . .*“ Es handelt sich hier demnach im wesentlichen um deutsch-rechtliches Gedankengut, wenn auch die Formulierung etwas vage ist und sich dem allgemeinen Betrugsbegriffe nähert.

Dazu kommt eine Aufzählung von Delikten, die teils bürgerlich und peinlich, teils nur bürgerlich gestraft, d. h. mit Geldbuße belegt werden. In dieser Aufzählung findet sich folgender Satz:

Item so yemandts im verkauffen / verpfänden oder ander weg / icht gevärlichs auff seinen gütern verschweigt / oder eyn sach mehrmals verkaufft / verpfendt oder vergibt / unnd solchs inn contract mit gevärden oder betrüglicher weiss verhielt . . .³⁰.

Darin liegt ebenfalls die Anerkennung eines allgemeinen Betrugstatbestandes. —

Fassen wir die Ergebnisse zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Das Verhältnis der einzelnen Klagetypen zur Art des Schadens wird vom Laienspiegel gar nicht erörtert, vom Klagspiegel aber in wesentlichen Punkten mißverstanden. Der Laienspiegel folgt hier — trotz äußerlichen Anschlusses an die römische Einteilung — deutsch-rechtlichen Grundsätzen und erweist sich somit als gelehriger Schüler seiner italienischen Vorbilder. Der Klagspiegel schreibt die Lehren der römischen Dogmatik ab, ohne ihren Zusammenhang zu erfassen, und gelangt auf diese Weise zu fehlerhaften und widerspruchsvollen Ergebnissen. Zu einem Ausgleich der Gegensätze sind beide nicht gekommen.

Glücklicher und selbständiger sind die Verfasser bei der Bearbeitung des zweiten Problems. Beide gelangen hier, in Fortführung einer im Mittelalter begonnenen Entwicklung, zur Herausbildung eines generellen Betrugstatbestandes und damit unmittelbar an die Schwelle des modernen Rechts.

Ihr grundsätzlicher Unterschied aber besteht darin, daß der Klagspiegel lediglich römisches Recht wiedergeben will, während der Laienspiegel bzw. dessen Quellen sich in stärkerem Maße um die Verbindung beider Rechtsmaterien bemühen.

²⁹ Fol. 101v.

³⁰ Fol. 104. Vgl. auch: Von Exception der betrug oder gefärden, fol. 73v: „Betrug oder gefärden geschen in mancherley weg. Als so eyner in Contracten icht gevärlich verschweigt / und hat im sinn den andern also betriegen / würt im Latin genant Fallacia: das beschicht auch zu zeiten mit lügenhafften worten. So auch eyn betrug mit arglistigen fürsulegen understanden / damit yemandts gevärlich hinderkommen / das es thüt wider seinen nutz / oder wider recht und güt sitten. Das mag im Latin Machinatio genent werden.“

Diese Tendenz des Laienspiegels findet ihren Widerklang in den gesetzgeberischen Versuchen der Wormser Reformation sowie der Maximilianischen Halsgerichtsordnungen und endet mit Bambergensis und Carolina.

Vorbereitet war diese Entwicklung durch die italienische Jurisprudenz des 15. und 16. Jahrhunderts. Sie zeigt deshalb die Spuren des Einflusses deutsch-rechtlicher Gedankengänge, nicht nur in der Regelung des Verfahrens, sondern vor allem in der Art und Höhe der Strafen und gelegentlich in der Ausgestaltung der Tatbestände. Dagegen sind die systematische Grundlage und der Aufbau römischen Ursprungs.

Die unmittelbaren Vorgänger der Bambergensis charakterisiert ferner ein weiteres Vordringen des öffentlichen Charakters des Strafrechts. Als dessen Auswirkung erscheinen die Einführung und Bevorzugung des Inquisitionsprozesses sowie die Einschränkung der Folter, endlich die Vermehrung der peinlichen Strafen und ein Zurückdrängen der altgermanischen Institution der Buße. Dazu tritt eine größere Sorgfalt und Ausführlichkeit in der Bestimmung der Tatbestände. Beide Erscheinungen können als Fortsetzung einer bereits während des Mittelalters begonnenen Entwicklung bezeichnet werden.

Wie der Laienspiegel auf der Bambergensis basiert, so gilt im allgemeinen die Wormser Reformation als ein Abkömmling des Klagspiegels. Romanistischer Einfluß ist unverkennbar, mag jene Hypothese zutreffen oder mag der Redaktor des Gesetzes unmittelbar aus den Quellen der italienischen Kriminalistik geschöpft haben. Ebenso sicher erscheint andererseits, daß der Einfluß, den das römische Recht auf den Inhalt und seine Formulierung ausgeübt hat, sich in durchaus mäßigen Grenzen hält; von einer gänzlich kritiklosen Aufnahme der römischen oder italienischen Lehre, die sich der Klagspiegel ja gewissermaßen zur Aufgabe gesetzt hatte, kann bei der Wormser Reformation keine Rede sein. Für die uns interessierende Problematik ist sogar ganz im Gegenteil ein Überwiegen deutsch-rechtlicher Grundsätze zu konstatieren.

Die Wormser Reformation behandelt das materielle Strafrecht im 6. Buche. Dieses zerfällt in zwei Abschnitte. Der erste handelt „*von bürgerlichen*“, der zweite „*von peinlichen Klagen*“. Was diese Unterscheidung bedeutet, ergibt sich aus früheren Ausführungen. Den peinlichen Klagen liegen solche Tatbestände zugrunde, welche an Haupt und Hand, Haut und Haar gestraft werden; bei den bürgerlichen Klagen kommen nur Geldstrafen, also Bußen in Frage. Es ist dieses die Form, in der die Rezeptionstheorie den altrömischen Gegensatz von *iudicia publica* und *iudicia privata* mit der heimischen Überlieferung in Einklang zu bringen sucht³¹.

Auf die Bestimmung der Tatbestände der peinlichen Klagen verwendet das Gesetz wenig Mühe. Man begnügt sich im wesentlichen mit der namentlichen Bezeichnung der einzelnen Delikte, faßt sie sogar größtenteils in einer einzigen Vorschrift zusammen. Titel 14 des 2. Teiles lautet:

³¹ Vgl. oben S. 176 Anm. 126.

Straffe der Mörder, Rauber, Diebe, Verreter, Feltscher der Montz oder der gewicht . . und schreibt vor, daß die Täter

nach Recht unser Stat gewohnheit von altherkommen gestrafft und gericht werden sollen.

Eine Ergänzung bilden die Titel 13 u. 19. Ersterer bestimmt die „*Straffe der die Eeweyb oder ander lute kynder hinwegfuren*“, der letztere handelt „*Von Straffe der Totschläger*“.

Soweit sich aus diesen dürftigen Andeutungen überhaupt Schlüsse ziehen lassen, lautet die Entscheidung zugunsten des deutschen Rechts. Auf ihm beruht — von dem Wortlaut einmal abgesehen — der Begriff der Verräterei, die enge Begrenzung des „*Falschs*“, die Unterscheidung zwischen Mördern und Totschlägern, endlich der Umstand, daß die Entführung von Kindern nicht unter den Diebstahl gestellt, sondern mit dem Frauenraub zu einem selbständigen Tatbestande vereinigt ist.

Der Inhalt des ersten Teiles bestätigt diese Vermutung. Beleidigung und Körperverletzung sind äußerlich scharf getrennt, obwohl das Gesetz für die letztere den Ausdruck „*iniurie*“ beibehält. Ausdrücklich erwähnt ist in Titel 2 nur die Amtsbeleidigung „*mit Worten und werken*“. Von der Körperverletzung handelt Titel 23. Der Täter muß Brüche an die Obrigkeit³² zahlen, außerdem dem Verletzten Buße leisten „*nach richterlicher messigung*“ „*samt Kosten und Schaden*“. Damit ist — wie übrigens ja auch bereits im Klagspiegel — die Aufteilung der materiellen und immateriellen Schäden auf verschiedene Tatbestände aufgegeben, also ein wesentliches Merkmal der römischen Dogmatik beseitigt³³. Auch die Erhöhung der Buße bei nächtlicher oder öffentlicher (auf dem Münzplatz) Begehung läßt sich auf deutschrechtliche Vorbilder zurückführen, wenn man sich daran erinnert, daß bei der Komplexität der germanischen Auffassung der Tatbestand der Körperverletzung stets die gleichzeitig in ihr steckende Verletzung der Ehre mitumfaßt.

Der Absatz 2 handelt vom „*anlauffen mit mortlichen waffen und verwunden*“, also der schweren Körperverletzung. Der Täter verwirkt dafür eine Brüche von 5 Hellern;

Und sol dem den er geschediget het die Iniurikosten und Schaden uff rechtlich messigung ablegen und in solchen angesehen und rechtlichen taxirt werden die Schmach oder Iniurigerichtskosten, scherer oder artzetlon. auch zimlich zerung und versaumnus so er notdurff halben syner krankheit oder wonden het gethan und müssen haben vereümen oder lyden.

Auch hier verzichtet der Gesetzgeber auf die Trennung von materiellen und immateriellen Schäden, wobei noch zu bemerken ist, daß das „*oder*“ in der vierten Zeile wohl als „*und*“ zu lesen ist, wie sich aus dem gesamten Zu-

³² Deutschrechtlich; vgl. NIKOS SCHULTE: Strafrechtliche Abhandlungen Heft 173 S. 25 Note 3.

³³ Vgl. dazu R. MAINZER: Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung (1908) S. 72 ff.

sammenhange und aus der Kumulation „*schmach, iniuriekosten und schaden*“ im 5. Absatz des gleichen Titels ergibt.

Deutsch-rechtlich sind endlich auch die als Sonderfall der *Iniurie* gefaßte Heimsuchung unter Verletzung des Gegners (Absatz 4 u. 5) sowie die Straferhöhung bei Bruch eines besonderen Friedens (Absatz 6). Auf deutschen Ursprung gehen zurück die Verselbständigung des *furtum possessionis* (tit. 8) und die Sonderbestimmung über das Ableugnen des Pfandbesitzes (tit. 9) (Spezialfall der Unterschlagung).

Aus dem Recht der Sachbeschädigung werden nur einzelne Fälle angeführt: Fällen von Bäumen (tit. 14), Schäden in Weinbergen, Äckern und Gärten (tit. 10) und Tierschäden (tit. 21), vor allem aber — hier ist römischer Einfluß unverkennbar — die *actio de effusis et deiectis* („*Von werffen und schütten uff gemeine Gassen oder Strassen*“³⁴). Hier wird ganz wie im römischen Recht zwischen Sach- und Personenschaden unterschieden; im ersten Fall verpflichtet das Gesetz den Hauseigentümer bzw. den Täter zur Zahlung von Brüchen an die Stadt und außerdem zu „*des zugefügten schadens zwifältig erstattung*“.

Würffe aber jemant auß einem hause do durch ein mensch oder vihe schaden entpfinge oder stürbe sol der solichs gethan het nach erkenntnus rechtes gestalt der sachen gestrafft werden. Und die Richter in messigung der scheden ansehen und taxiren zimlich zerung des beschedigten krancken artzetlone schaden. und seümnis des zugefügten schadens halben.

Gerade dieser letzte Absatz ist wieder sehr charakteristisch. Der Verfasser verkennt durchaus, daß es sich bei der Zusammenfassung beider Verletzungen im römischen Recht um eine durch die Entstehung gebotene Zufälligkeit handelt, daß jene beiden Tatbestände in Wahrheit nach Rechtsgrund und Rechtsfolgen (Bestimmung des Betrags, Vererblichkeit usw.) völlig verschieden sind. Er verkennt dies so sehr, daß er den Ansatz zur Unterscheidung, den er aus den Quellen übernimmt, wieder verwischt, indem er im 2. Absatz die Tötung von Menschen und Vieh, also Sach- und Personenschaden, einschränkungslos gleichstellt.

Demgegenüber wirkt es fast grotesk, wenn später die Konkurrenzlehre des römischen Rechts unverändert übernommen und dabei der Gegensatz von vermögensschädigenden und persönlichkeitsverletzenden Tatbeständen ohne weiteres als bekannt vorausgesetzt wird. Titel 9 des II. Teiles lautet³⁵:

Wann und wie bürgerlich und pynlich clagen mogen mit oder nach eina[n]der gesehen.

Wir setzen und wollen so einer etwas gethan, darümb ein ander ine bürgerlich oder pynlich beclagen mag. Ist es dann umb habe oder güter. als da einer dem andern syns Ertheils oder syner habe abgezogen oder genommen het er dann denselben umb die entwerte hab oder güt bürgerlich angeclagt mag er darnach dannocht auch pynlich clagen und hienwiderümb. Aber alle diewil ein fürgenommen clag hanget unentscheiden. soll die ander nit angetastet werden.

³⁴ Tit. 16.

³⁵ Vgl. auch Buch III Teil I Titel 29 und BRUNNENMEISTER: Quellen der Bambergensis S. 133.

So aber uss einer ubelthat oder mißhandlung entsprings pynlich und burgerlich clag nit umb habe oder güt, sondern allein umb rach als in schmachsachen und derglychen. Welche dann angenommen ist die ander erloschen abgestellt und gefallen syn zu erkennen.

Eigene Wege geht die Wormser Reformation bei der Bestimmung des Betruges. Ein ganz allgemeiner Tatbestand existiert nicht. Außer den Münz- und Maßfälschern, die ja bereits im tit. 14 erwähnt werden, enthält tit. 20 einen neuen Tatbestand, dessen Formulierung vielleicht auf die *actio de dolo* des Klagspiegels zurückgeht³⁶:

Welcher synes rechten namen oder zunamen verlaugnet oder dieselben anderte betruglich dadurch er synen vorteil oder andere sucht zu betriegen oder zu veruntrüwen, der sol und mag an synem lybe gestrafft, und dise Lands verwiesen werden.

Auch wer sich unerlaubt vornehme Waffen und Schilder anfertigen läßt, und wer sich fälschlich als Doktor oder Ritter ausgibt, der „*ist schuldig der pene des falsch und mag als ein fetscher getrafft werden*“.

Dazu tritt als bürgerliche Klage (Teil I. tit. 10) der zweimalige Verkauf oder die zweimalige Verpfändung desselben Gegenstandes³⁷.

Mit dem römischen Stellionat haben sämtliche Tatbestände offenbar gar nichts gemein. Die Funktion der subsidiären Norm übernimmt — wie immer im deutschen Recht — eine ganz allgemein gefaßte „*salvatorische Klausel*“³⁸:

Andere pene und Straffe sie syen Burgerlich oder Pynlich die in unser Stat zwingen und benden verwurckt würden und herinn nit sundlich angezeigt oder ußgetruckt syndt, sollen nach usswysen unser Monrichterbüch alter Constitution andrer ordenung, oder gesetzte des gemeynen Rechten oder wie sich yezuyten nach uffsatzung gestalt der lauffde und sachen zuthünd gepürt not nütz oder güt angesehen wirdet, gehandelt fürgenommen und gehalten werden. —

Von den vier Maximilianischen Halsgerichtsordnungen interessieren — schon wegen des angeblichen Zusammenhanges mit der Bambergensis — vor allem die Tirolensis und die Radolfzeller H.G.O. Beide können zusammen behandelt werden, da die Radolfzeller H.G.O. auf der Tirolensis beruht, ja mit wenigen Ausnahmen sachlich mit ihr vollkommen übereinstimmt.

Ihre Bedeutung für die Gesamtentwicklung des Kriminalrechts kennzeichnet BRUNNENMEISTER³⁹ mit folgenden Worten:

„Durften wir die Tirolensis und Radolphzeller H. G. O. nach ihrem processualen Inhalte bereits als die Vorbotten einer neuen Ära des deutschen Strafverfahrens bezeichnen⁴⁰, so möchten wir dasselbe nicht auch von dem in ihnen enthaltenen strafrechtlichen Stoffe behaupten;“

³⁶ So yemant synen namen oder Sigel betruglich anderte (Buch 6 Teil II).

³⁷ Die Zusammenfassung beider Tatbestände ist natürlich quellenwidrig.

³⁸ Buch 6 Teil II a. E. ³⁹ Quellen der Bambergensis S. 88.

⁴⁰ Dazu gehört die Betonung der öffentlichen Natur des Strafrechts und der daraus abgeleiteten Verfolgungspflicht durch die Tirolensis (§ 35) und die Radolfzeller H. G. O. (Art. 21) (dazu BRUNNENMEISTER, S. 89; RUOFF: a. a. O. S. 53/4 und andererseits L. G. O. für Österreich unter der Enns: BRUNNENMEISTER, S. 77 u; RUOFF, S. 54 Anm. 1; WAHLBERG: Österreich. Vierteljahrsschrift IV S. 133/4, S. 135 Anm. 1) sowie das Zurückdrängen der Buße zugunsten „peinlicher Strafen“ (BRUNNENMEISTER, S. 89).

und weiter⁴¹:

„Verhältnismäßig sehr ausführlich sind die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen in der Aufzählung der Verbrechen, aber lediglich in der Aufzählung derselben, denn von einer auch nur oberflächlichen Zeichnung des Tatbestandes ist bei weitaus den meisten Verbrechen keine Rede. Gewöhnlich beschränken sie sich darauf, in ganz lakonischer Kürze den Namen des Verbrechens sowie die daraufgesetzte Strafe anzugeben. In dieser Beziehung sind die Tirolensis und die Radolphzeller H. G. O., so manche aner kennenswerthe Neuerung sie sonst enthalten mögen, noch nicht über den Standpunkt der mittelalterlichen Rechtsbücher hinausgekommen.“

Mag das Urteil in solcher Schärfe gerechtfertigt sein oder nicht, die Tatsache einer bloßen Aufzählung — man denke an Buch VI Abschn. II tit. 14 der Wormser Reformation — genügt, um die Annahme zu rechtfertigen, daß die Begriffsbestimmung der einzelnen Verbrechen in herkömmlicher Weise, also deutsch-rechtlich gemeint war. Hätte der Gesetzgeber insoweit wirklich römische Begriffe neu einführen wollen, so hätte er ohne exakte Formulierungen auf Verständnis nicht rechnen können.

Die Vermutung wird bestätigt, wenn wir die einzelnen Verbrechenstatbestände einer kurzen Durchsicht unterziehen.

Deutscher Herkunft ist zunächst der Tatbestand der „*Verräterey*“⁴².

Von den Verbrechen gegen Leib und Leben wird nur die Tötung erwähnt; Körperverletzung und Beleidigung gehören nicht zu den Malefizsachen und deshalb auch nicht in die Halsgerichtsordnung⁴³. Bei der Tötung wird zwischen Mord und (einfachem) Totschlag unterschieden⁴⁴. Den Mörder trifft eine härtere Strafe. Über das Prinzip aber, welches dieser Unterscheidung zugrunde liegt, sagt das Gesetz selbst nichts, und es hat sich in der Wissenschaft bisher keine Einigkeit darüber erzielen lassen⁴⁵.

Ergiebiger ist die Kategorie der sog. Vermögensverbrechen. Die Halsgerichtsordnungen scheiden Diebstahl und Raub derart, daß der Diebstahl als der heimlich begangene Rechtsbruch schimpflicher ist und deshalb härterer Bestrafung unterliegt⁴⁶. Innerhalb des Diebstahls unterscheidet die Tirolensis⁴⁷, aber nicht die Radolfzeller H. G. O., zwischen großem und kleinem, sowie zwischen einmaligem und mehrmaligem Diebstahl. Nur der große mehrmalige Diebstahl wird mit dem Tode bestraft⁴⁸. Die Unterschlagung wird als Gattungsdelikt vom Diebstahl nicht streng getrennt⁴⁹, doch kennen beide Gesetze einen Spezialtatbestand der Unterschlagung, nämlich das „*wegführen vertrauts guets*“⁵⁰. Die Bestimmung hat allerdings wohl mehr

⁴¹ BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 90. ⁴² Tirolensis § 13, Radolfzell Artt. 7, 19.

⁴³ Abgesehen von § 1 bzw. Art. 1, wo sie erwähnt wird (RUOFF, S. 144/5).

⁴⁴ Tirolensis §§ 12, 35; Radolfzell Artt. 6, 21.

⁴⁵ BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 82; RUOFF: a. a. O. S. 114/5.

⁴⁶ Tirolensis, §§ 14, 34, Radolfzell Artt. 8, 20. ⁴⁷ §§ 33/4.

⁴⁸ Römischen Ursprungs ist vielleicht die Jugend als Strafmilderungsgrund beim Diebstahl. Eine derartige Bestimmung findet sich jedoch nur in der Tirolensis (§§ 32/3), und in der Henneberger Landes-Ordnung v. 1539 (ebenso: CCB Art. 190, vgl. l. 34 D. 47, 2), aber auch schon im Nürnberger Recht des 15. Jahrhunderts (BRUNNENMEISTER, S. 71). (Dazu Ssp. II, 65 § 1 und GRIMM: Weisth. II S. 226.)

⁴⁹ RUOFF: a. a. O. S. 136.

⁵⁰ Tirolensis § 20, Radolfzell Art. 11.

Untreuecharakter, erscheint deshalb auch in der aus dem Klagspiegel und der Wormser Reformation bereits bekannten Verbindung mit einem Betrugsfall, dem zweimaligen Verkaufen oder Verpfänden desselben Gegenstandes. Die Tirolensis bringt noch einen weiteren Spezialtatbestand des Betrugtes, nämlich das mutwillige Schuldenmachen, von ihr selbst als „*Betrügerey*“ bezeichnet⁵¹. Die Radolfzeller H. G. O. hat diese Bestimmung fortgelassen, wie RUOFF meint, weil es sich mehr um eine zivilprozessuale Anordnung als um eine kriminelle Strafe handele⁵². Beide Gesetze kennen aber einen allgemeinen Betrugstatbestand, die sog. „*Laicherey*“⁵³. RUOFF charakterisiert sie als Pönalisierung der „*rechtswidrigen Übervorteilung durch Täuschung*“⁵⁴. Die Strafe steht im Ermessen des Gerichts, sogar Todesstrafe soll zulässig sein⁵⁵. Hierunter fallen auch die Fälschungsdelikte des römischen Rechts⁵⁶, soweit die Täter nicht, wie die „*Velscher der Munsz Silber oder Gold*“, verbrannt werden⁵⁷.

Endlich findet sich die uns aus den deutschen Quellen bekannte Subsidiaritätsklausel⁵⁸:

Und Nachdem hierynne nit all Übltaten so beschen möchten / beschriben und ausgedruckt sind / so sollen doch nichtsdestminder der Vogt mit Rat oder Urtayl der Rät wiewor stet samentlich oder durch merern tayl / wo Sy nit all dabey sein möchten / auch in denselben so nicht hierynne ausgedruckt sind / zu urtaylen und zu straffen haben / nach Irem pessten verstehen und gestalt einer yeden übltat / bey Irem Ayd so Sy gesworen haben / wie vorgemelt ist.

Vom Einfluß des römischen Rechts ist demnach innerhalb des uns interessierenden Problemkreises so gut wie gar nichts zu merken. Auch die Systematik des Besonderen Teils ruht auf dem Fundament des deutschen Rechts.

II. Die systematische Bedeutung der Peinlichen Halsgerichtsordnung.

Die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Carolina ist eine doppelte: sie bildet den formellen Abschluß der Rezeption im Strafrecht⁵⁹, und sie

⁵¹ § 51. ⁵² A. a. O. S. 137.

⁵³ Etymologisches bei BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 94 Anm. 3. ⁵⁴ A. a. O. S. 137.

⁵⁵ Tirolensis § 31, Radolfzell Art. 19 (übergegangen in Henneberger Landes-Ordnung Buch VIII Tit. IV Kap. 5).

⁵⁶ RUOFF: a. a. O. S. 137.

⁵⁷ Tirolensis § 17, Radolfzell Art. 9. Insoweit noch etwas ausführlicher die österreichische L. G. O. (bei WAHLBERG: Österr. Vierteljahrsschrift Bd. IV S. 152).

⁵⁸ Radolfzell Art. 26. Fast wörtlich übereinstimmend: Tirolensis § 57. Vgl. Tirolensis § 58: „Ob ainem Rat von der Stat oder Gesworn aus ainem Gericht handl fürkämen. der jem in seiner erkantnus beswörung pringen möcht. sol alweg derselb in ain and Stat od Gericht umb Rat schicken. der jm auch nach lauter anzaigung mitgetailt werde. damit derselb destbaß den Rechten nach urtailn und erkennen müge.“ Österreich. L. G. O. (bei WAHLBERG: a. a. O. S. 135): „sunst alle Malefitzsachen hanndl und Tat, so peinlich mit den obgeschriben ungeferlich gleich sein und doch hye nit bedacht noch gemelt un für Landgerichts henndl pillich vor Rechtsmessig verstanden werden mügen . . .“

⁵⁹ Vgl. oben S. 197 Anm. 1.

bringt den öffentlich-rechtlichen Charakter des Kriminalrechts zur endgültigen Anerkennung.

Die öffentliche Natur des Strafrechts zeigt sich hauptsächlich in der Einführung des Inquisitionsverfahrens⁶⁰ und in der Bevorzugung peinlicher Strafen. Geldstrafe oder Buße gibt es nur noch in wenigen Fällen, die „bürgerliche“ Strafe verliert neben der „peinlichen“ (wie sie die CCC der im 16. Jahrhundert üblich gewordenen Terminologie folgend nennt)⁶¹ an Bedeutung⁶². Insoweit von einem Siege des deutschen oder des römischen Rechts zu sprechen, erscheint nicht angängig. Die Wendung vom privaten zum öffentlichen Strafrecht ist der große Gedanke, welcher die Entwicklung der Rechtsordnung in beiden Kulturkreisen beherrscht und ihren Fortschritt kennzeichnet. An dieser Stelle laufen also die beiden entwicklungsgeschichtlichen Linien zusammen. Allenfalls soviel läßt sich sagen, daß das römische Kriminalrecht seiner ganzen Anlage nach dieser Entwicklung widerstrebte, während die Systematik des deutschen Strafrechts jener Tendenz entgegenkam. Die Betonung der öffentlichen Natur des Strafrechts wird so ihrerseits mitbestimmend für die Entscheidung zwischen deutsch-rechtlichem oder romanistischem Aufbau des Besonderen Teils.

Die Frage selbst läßt sich — wie ich meine — verhältnismäßig leicht entscheiden. Ein Blick auf die Art und Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände beweist den ganz überwiegenden Einfluß des deutschen Rechts. Wir können uns dabei um so kürzer fassen, als die Vorherrschaft des deutschen Rechts in diesem Punkte von allen Bearbeitern zugegeben wird⁶³.

Über Körperverletzung, Beleidigung, Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung enthält die Carolina (wie übrigens schon die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen) keine grundsätzlichen Bestimmungen; wohl deshalb nicht, weil diese Delikte nach damaliger Anschauung überhaupt nicht peinlich gestraft wurden⁶⁴ und daher nicht in eine Halsgerichtsordnung gehörten, während VON HIPPEL⁶⁵ meint, SCHWARZENBERG habe in dieser Hinsicht bewußt der Entwicklung des deutschen Rechts freie Bahn lassen wollen.

⁶⁰ Vgl. hierzu die besonders gründlichen Erörterungen bei BRUNNENMEISTER: Quellen der Bambergensis bes. S. 213ff.; auch BINDING: Die Entstehung der öffentlichen Strafe S. 40, 48, EBERHARD SCHMIDT: Die Carolina, Sav. Zeitschr. Germ. Abt. Bd. 53 S. 14f. verweist auf Art. 104 CCC.

⁶¹ Art. 104, 110, 142, 157/8. CCB Art. 171, 181, 226.

⁶² Vgl. BINDING: a. a. O. S. 38; ZOEPFL: a. a. O. S. 111. Insoweit geht die CCC (Art. 150) noch über die Bambergensis hinaus, die in Art. 272 nach Jahresfrist eine Ablösung der peinlichen Strafe durch Geld auch gegen den Willen des Klägers für zulässig erklärt.

⁶³ BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 253, 255/7, 273, 284; DOLLMANN: Entwendung S. 87, 94; VON HIPPEL: Deutsches Strafrecht I S. 196 u. passim.

⁶⁴ Vgl. die Regelung der Sachbeschädigung in der Nürnberger Reformation von 1564 Teil II Tit. 27 (fol. 161—3) und der Beleidigung ebenda Teil I Tit. 6 (fol. 24v) und RPO v. 1577 XXXV, 3 u. 7 (zitiert nach SEGALL, S. 163).

⁶⁵ Strafrecht I S. 195 Anm. 5 (richtig: ebenda Anm. 6).

Dennoch beweisen Art. 110 als Sonderfall der Beleidigung⁶⁶ und die Tatbestände der Vergiftung (Art. 130) und der Abtreibung (Art. 133) als Spezialfälle der Körperverletzung, daß dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen beiden Delikten geläufig war. Auf deutsches Recht weist auch die Formel: „*schmach, schmerzen, kosten und schaden*“ in Art. 20 hin (rechtswidrige Folterung = Spezialfall der Körperverletzung)⁶⁷.

Bei der Tötung (Art. 137) wird zwischen Mord und einfachem Totschlag unterschieden; auf Mord steht die Strafe des Rades, der gewöhnliche Totschläger wird mit dem Schwert hingerichtet⁶⁸. Hinzu tritt in Art. 134 die fahrlässige Tötung durch den Arzt. Man hat als Quelle dieser Vorschrift gelegentlich⁶⁹ D. I, 18, 6, 7 bezeichnet und deshalb römischen Einfluß vermutet. Selbst wenn es zutreffen sollte, daß SCHWARZENBERG bei der Abfassung des Artikels an jene Bestimmung gedacht hat, so wäre doch jedenfalls das für uns Entscheidende, nämlich die Einordnung dieses Tatbestandes unter die Tötungsdelikte, sein Werk. Diese Einordnung aber war nur möglich in einem nach publizistischen Gesichtspunkten aufgebauten System; innerhalb des Begriffes der römischen iniuria war dafür kein Raum⁷⁰.

Bei den Vermögensdelikten wird wiederum zwischen Raub und Diebstahl unterschieden (Artt. 126, 157—175)⁷¹. Der Raub erscheint jetzt als das schwerere Vergehen und wird stets mit dem Tode bestraft. Doch dürfte diese Änderung weniger auf den Einfluß des römischen Rechts als auf die

⁶⁶ Vgl. BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 38. Art. 216 enthält Anklänge an den „Widerruf“ (BRUNNENMEISTER, S. 256, Art. 215). Über die Modifikation des iniuria-Begriffs bei den italienischen Juristen: BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 255, HÄLSCHNER: Ger. Saal 16 (1864) S. 343 ff.

⁶⁷ Ähnlich Art. 21, vgl. auch Artt. 12/3 und dazu MAINZER: a. a. O. S. 74/5. Über die Bedeutung dieser Bestimmung für die Entwicklung der Theorie vom Schmerzensgeld im gemeinen Recht: GÜNTHER: a. a. O. S. 114 ff.

⁶⁸ Deutschrechtlichen Einfluß nimmt — zutreffend — an QUISTORP: Von den vorzüglichsten Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird . . . Beyträge zur Erläuterung . . . VIII S. 111. A. A.: DAHM: a. a. O. S. 268—328; SCHAFFSTEIN: ZStrW Bd. 52 S. 787.

⁶⁹ ABRAHAM SAWR: Straffbruch (7. Aufl.) S. 277; VIGELIUS: Constitutiones Carolinae (4. Aufl.) Cap. VII (S. 265). Die Bestimmung lautet:

Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet; ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.

⁷⁰ VIGELIUS nennt außerdem l. 14 § 1 D. 48, 8 und l. 38 § 5 D. 48, 19. Auch hier handelt es sich um Fälle fahrlässiger Tötung, damit um eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der lex Cornelia. Das bereitete aber den römischen Juristen keine Schwierigkeiten, weil es sich ja insoweit bereits um öffentliches Strafrecht handelte.

Vgl. auch die Bemerkung bei CLARUS: Sent. Lib. V § homicidium (p. 29v) nr. 13. Die von ihm angeführten, einander widersprechenden Gerichtsurteile stammen übrigens beide aus der Zeit nach dem Inkrafttreten der Carolina.

Die Beispiele des Art. 146 gehen dagegen auf römische Quellen zurück (l. 9 § 4, l. 10, l. 11 D. 9, 2), worauf WENDT: Bayer. Annalen 1834 S. 2019 hinweist. Als Vorläufer des Art. 134 Schwsp. (L) 182.

⁷¹ Auch insoweit deutschrechtliche Grundlage, QUISTORP: a. a. O. S. 105.

durch die Verhältnisse gebotene Notwendigkeit generalpräventiver Einwirkung zurückzuführen sein.

Eine Begriffsbestimmung des Diebstahls gibt die Carolina trotz der großen Zahl der diesem Delikt gewidmeten Vorschriften nicht. Ganz unverkennbar deutschen Ursprungs sind jedenfalls die Unterscheidung zwischen großem und kleinem⁷² (Artt. 147, 160), gefährlichem Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen und einfachem Diebstahl (Artt. 147, 149) und die Berücksichtigung der Zahl der Diebstähle (Artt. 147—162). Demgegenüber treten der Gegensatz von handfestem und „*heymlichen*“ Diebstahl und die Strafmilderung bei jugendlichem Alter (Artt. 148, 159) an Bedeutung zurück. Auch die Sondervorschriften über den Notdiebstahl (Art. 166), Felddiebstahl (Art. 167)⁷³, Holzdiebstahl (Art. 168), Fischdiebstahl (Art. 169)⁷⁴ und endlich die bekannte Bestimmung über die Unterschlagung anvertrauten Gutes (= Untreue Art. 170)⁷⁵ lassen germanischen Ursprung erkennen⁷⁶.

Ein genereller Betrugstatbestand findet sich in der Carolina, im Gegensatz zur Tiroler und Radolfzeller Halsgerichtsordnung, noch nicht. Erwähnt werden — auch dies entspricht durchaus altdeutschem Herkommen⁷⁷

⁷² Vgl. KÖSTLIN: Krit. Überschau III S. 183; ebenso: QUISTORP: a. a. O. S. 117; BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 273 ff., bes. S. 279. — Die Strafen der Artt. 157 u. 158 gehen dagegen auf römisches Recht (Italienische Quellen) zurück, soweit es sich um den Betrag der Buße handelt, während die Verpflichtung zur Zahlung der Brüche im deutschen Recht wurzelt.

⁷³ Für deutschrechtlichen Ursprung QUISTORP: a. a. O. S. 119.

⁷⁴ Verpfändung fremder Sachen und Doppelverpfändung finden sich in der Nürnberger Reformation von 1564 (Tit. 20 fol. 116/17).

⁷⁵ Nach QUISTORP: a. a. O. S. 121 ist das „nicht unwahrscheinlich“. Neu ist die Bevollmächtigungsuntreue (Art. 115); Fundunterschlagung: Nürnberger Reformation v. 1564 Teil II Tit. 25 (fol. 148), also nicht „Malefiz“-Sache.

Man hat später versucht, den Art. 160 der CCC so auszulegen, als wäre für die Qualifizierung zum großen Diebstahl ebenfalls der relative Vermögenswert maßgebend; man hat deshalb die Worte: „und wie schedlich dem beschedigten der Diebstall sein mag“ so verstanden, als ob hiervon ohne Rücksicht auf den Normalwert des entwendeten Gegenstandes die Subsumtion abhängig sei. Aber diese Auslegung — so interessant sie für die Erkenntnis ihrer eigenen Zeit ist, so deutlich sie das erwachende Verständnis für individuelle Beziehungen und Verhältnisse zeigt — scheint mir für die CCC nicht zuzutreffen. Dort handelt es sich m. E. lediglich um Grundsätze für die Strafzumessung, nachdem einmal innerhalb der 5-Guldengrenze nach objektivem Maßstabe die Frage: großer oder kleiner Diebstahl entschieden worden ist.

Immerhin beweist die Möglichkeit dieser Auslegung bis zu einem gewissen Grade die Richtigkeit der früher aufgestellten Behauptung, daß die Nichtbeachtung individueller Werte innerhalb des deutschen Rechts entwicklungsgeschichtliche, nicht systematische Gründe hat. Im Gebiete des RR wäre sie systemwidrig.

Wieder eine andere Auslegung findet die gleiche Stelle bei CARPZOW (Definitiones S. 1416 Sp. 2 Def. III): es soll sich aus ihr ergeben, daß für die Berechnung des Diebstahlwertes der entwendete Gegenstand, also der Schaden des Verletzten, nicht der Gewinn des Diebes entscheidend sei.

⁷⁶ Übereinstimmend SCHAFFSTEIN: ZStrW. Bd. 52 S. 791.

⁷⁷ Übereinstimmend BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 283—286, bes. 284.

— als Sonderfälle die Münzfälschung (Art. 111)⁷⁸, die Urkundenfälschung (Art. 112), die Maß-, Gewichts- und Warenfälschung (Art. 113), endlich das „*felschliche und betriegliche*“ Versetzen fremder Grenzsteine (Art. 114)⁷⁹. Deutschen Ursprungs ist schließlich der Tatbestand der „*verreterey*“ (Art. 124).

„*Uferlose und unbestimmte Sammelbegriffe*“⁸⁰ kennt die Carolina nicht. Der Gefahr, aus tatbestandlichen Gründen offenbar strafwürdige Taten straflos lassen zu müssen, entgeht das Gesetz dadurch, daß es ausdrücklich die Analogie („*diser unser ordnung am gemessigten*“) für zulässig erklärt, außerdem subsidiär auf kaiserliches, also römisches Recht (Art. 105)⁸¹, endlich auf den Rat der Rechtsverständigen (Art. 219)⁸² verweist. Auch darin folgt die Carolina im Grunde alter deutscher Rechtsanschauung.

Sechstes Kapitel.

Die Dogmengeschichte der Vermögensdelikte vom Beginn des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart.

Der Vermögensbegriff im Strafrecht und mit ihm der Kreis der Interessen, dem der Schutz der Vermögensdelikte gilt, läßt sich nur aus der Systematik des Besonderen Teiles oder doch wenigstens nicht unabhängig von diesem bestimmen. Dies war das Ergebnis unserer einleitenden Betrachtungen.

Die Systematik des römischen Rechts und die Systematik des älteren deutschen Rechts sind Gegensätze, beide gelangen deshalb — wenn auch nicht tatsächlich, so doch ihrer Anlage nach — zu einer verschiedenen Bestimmung des Vermögensbegriffes, beide gelangen zu einer verschiedenartigen Verteilung der zu schützenden Interessen auf die einzelnen Deliktstatbestände. Die bisherigen historischen Darlegungen sollten dazu dienen, diese Gegensätzlichkeit aus der Fülle des positiven Materials heraus anschaulich und glaubhaft zu machen.

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, vorbereitet durch die Beziehungen zwischen der italienischen Romanistik und dem *bodenständigen* Langobardenrecht, bringt den Zusammenstoß beider Rechtsgebilde und erzwingt dadurch eine Auseinandersetzung. Die Rezeption als quellengeschichtliches Phänomen (vielleicht könnte man insoweit von einer „*formellen Rezeption*“ sprechen) findet ihren Abschluß mit dem Inkrafttreten der Carolina im Jahre 1532. Sie bedeutet — wie wir nachzuweisen uns be-

⁷⁸ Römisch-italienische Einflüsse: BRUNNENMEISTER: a. a. O. S. 283.

⁷⁹ Als Ergänzung einzelne Betrugsfälle in den Reichspolizei-Ordnungen von 1530, 1548 u. 1577, z.T. unter Verwendung des Wortes „Betrug“ (SEGALL, S. 168/9); Warenfälschungen: Nürnberger Reformation von 1564 Teil II Tit. 24 (fol. 145).

⁸⁰ v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht I S. 195.

⁸¹ Bambergensis Art. 125 (2). ⁸² Bambergensis Art. 276.

müht haben — innerhalb der Systematik des Besonderen Teiles im wesentlichen den Sieg des deutschen Rechts.

Auf diesem Fundament ruht die Wissenschaft vom Strafrecht während der nun folgenden Jahrhunderte, erwächst schließlich das System des geltenden Strafgesetzbuches. Jeder einzelne Abschnitt im rechtsgeschichtlichen Verlauf der folgenden Zeiten bildet deshalb nur eine Illustration zu jenem Grundgedanken.

Quellengeschichtlich betrachtet bedeutet die Carolina den Abschluß der Rezeption; aber geistesgeschichtlich gedacht findet die Wissenschaft in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wie auch in den Bestimmungen der Artikel 104 u. 105 Anlaß genug, sich erneut und intensiver dem Studium des römischen Rechtes zuzuwenden; und quellenkritisch gesehen erlebt sie etwa 150 Jahre später in den Kommentaren von WESENBEC und SCHNEIDWIN sowie in ANTONIUS MATTHAEUS einen neuen Höhepunkt.

Gegolten in diesem Sinne hat das römische Recht wie die Carolina in Deutschland bis zum Erlaß eines neuen Reichsstrafgesetzbuches im 19. Jahrhundert¹. Dennoch ist es im Strafrecht üblich geworden, die Periode des „gemeinen Rechts“ auf die Zeit bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts zu beschränken und ihr die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts als einen selbständigen Abschnitt der Geschichte des Strafrechts gegenüberzustellen². In einer auf der Unterscheidung der Rechtsquellen beruhenden Periodisierung rechtfertigt sich eine solche Scheidung durch die Verschiedenheit der Einstellung, mit der die Vertreter der Wissenschaft in jenen Zeitabschnitten dem Quellenmaterial gegenübertraten³. Aber die freiere Einstellung der Neuzeit wird vorbereitet und möglich erst durch das Strafrecht der Aufklärung, dessen Vertreter ihr neues kriminalpolitisches Programm unabhängig vom positiven Recht zu verwirklichen suchen und zu diesem Zwecke mit eigenen gesetzgeberischen Entwürfen hervortreten. In der Befreiung vom positiven Recht liegt der entscheidende Bruch mit der Vergangenheit, liegt der Anfang einer neuen Zeit⁴. So schiebt sich — zwar nicht zeit-, wohl aber ideengeschichtlich — zwischen die Periode des gemeinen Rechts und die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts das Zeitalter der Aufklärung.

Die Leistung der Aufklärung wäre nicht denkbar ohne das ihr zeitlich

¹ Vgl. v. HIPPEL: a. a. O. I S. 290 Anm. 2—5; seit der Zunahme der landesrechtlichen Kodifikationen allerdings auf beschränktem Raume (v. HIPPEL, I S. 304, VIII). Vgl. auch EB. SCHMIDT: Sav. Zeitschr. Germ. Abt. Bd. 53 S. 34.

² v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht Bd. I S. 287 ff.; v. LISZT-SCHMIDT (26. Aufl.) § 12 S. 62 ff.; MEZGER, S. 16 ff.; SCHAFFSTEIN: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. 1930.

³ Vgl. SCHAFFSTEIN: a. a. O. S. 1.

⁴ Deshalb erscheint KLEINSCHRODS Versuch einer Verbindung beider Arbeitsmethoden als die Synthese der beiden vorangehenden Richtungen und als Beginn der Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. — Vgl. L. GÜNTHER: Die Strafrechtsform im Aufklärungszeitalter (Arch. Kriminalanthrop. u. Kriminalistik Bd. 28) S. 118 Anm. 1.

vorangehende Naturrecht. Zu einem System von Normen unabhängig vom positiven Recht konnte man erst gelangen, nachdem eine Methode gefunden war, die Geltung von Rechtssätzen außerpositiv zu begründen. Das Naturrecht findet die Grundlage solcher Geltung in der menschlichen Vernunft; und deren Entfaltung wird ermöglicht, indem an die Stelle der analytischen die synthetische Methode tritt⁵.

Die Idee des Naturrechts ist außerzeitlich. Sie findet sich bereits in den Schriften der Scholastik und treibt in der Gegenwart neue Blüten. Die Bedeutung des Naturrechts als einer einmaligen historischen Erscheinung im Ablauf des 17. und 18. Jahrhunderts liegt darin, daß es der Vernunft gegenüber den historischen Mächten des Mittelalters, Kirche — Gott und Staat, Anerkennung verschafft und auf sie die Geltung des Rechts gegründet hat⁶. Aber selbst in dieser Form ist es programmlos⁷; und auch soweit es beinhaltet wird durch eine liberal-individualistische Denkweise⁸, verwirklicht es seine Postulate zunächst im Anschluß an das „positive“ Recht⁹. Erst als man in der Entwicklung des Individualismus zu bestimmten kriminalpolitischen Forderungen gelangt, erweist sich der Bruch mit dem geltenden Recht als unvermeidlich. Doch an dieser Stelle mündet das Naturrecht bereits in die Aufklärung ein. Deshalb wird immer wieder betont, daß die späteren Vertreter des Naturrechts schon „vom Geiste der Aufklärung besessen waren“¹⁰. In diesen Erwägungen liegt die Begründung dafür, daß in einer Geschichtsbetrachtung, die es zunächst auf die Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen abstellt, dem Naturrecht ein besonderer Abschnitt nicht zukommt.

⁵ Über den Methodengegensatz: SCHAFFSTEIN: a. a. O. S. 3, 11. Vgl. auch die Bemerkung bei STINTZING: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 2. Abtheil. (1884) S. 24/5; FRANK, R.: Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur criminalpolitischen Aufklärung (1887) S. 4.

⁶ Vgl. ERIK WOLF: Grotius, Pufendorf, Thomasius. 3 Kapitel zur Geschichte der Rechtswissenschaft (1927) (Heidelberger Abhandlungen zur Philosophie und ihrer Geschichte H. 11) S. 11, 17, 32/3, 39, 43/4, 54/5, 66, 70, 86, 91, 94, 102, 110. Das scheint mir auch der Grundgedanke der KANTschen Schrift: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? [CASSIRER IV S. 167] zu sein.

⁷ FRANK: Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur criminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrhundert (1887) S. 3 erklärt geradezu, diese Periode des Naturrechts sei „durch ihre Methode charakterisiert“.

⁸ ERIK WOLF: a. a. O. S. 35, 86, 91, 98, 111.

⁹ Vgl. dazu ERIK WOLF: a. a. O. S. [54, 59 („vorstaatliche Auffassung des Naturrechts bei GROTIUS“)] S. 21, 86, 91. LANDSBERG: Geschichte Bd. III 1 S. 3, 8, 15; FRANK: a. a. O. S. 8/9, 10—12; JELLINEK: Allgemeine Staatslehre (3. Aufl.) S. 344/5.

¹⁰ Für PUFENDORF: ERIK WOLF: a. a. O. S. 67 Anm. 2. Für THOMASIUS: WOLF: a. a. O. S. 33, 87, 106/7; LANDSBERG: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. III 1 S. 31, 107. Für CHRISTIAN WOLFF: REINHARD FRANK: Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur criminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrhundert (Göttingen 1887).

In diesem Sinne bezeichnet LANDSBERG (Geschichte Bd. III 1 S. 6) das Naturrecht als „Hebel der Humanität und der Aufklärung“.

I. Das gemeine Recht bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts.

Wenden wir uns nunmehr der Zeit des gemeinen Rechts zu. Hier scheint eine weitere Unterteilung durch die Fülle des Materials geboten. Die Verschiedenheit der Methode bei der Gleichheit des Quellenmaterials bietet die geeignete Grundlage. In dieser Weise lassen sich drei Abschnitte unterscheiden: Vom Beginn des gemeinen Rechts bis auf CARPZOW, von CARPZOW bis BOEHMER, von BOEHMER bis zum Ende des 18. Jahrhunderts¹¹.

Der Beginn der rechtswissenschaftlichen Arbeit wird gekennzeichnet durch die — in deutscher Sprache verfaßten — Werke eines KÖNIG, PERNEDER, GOBLER, RAUCHDORN, DORNECK und SAWR. Wissenschaftlicher Wert kommt diesen ersten Versuchen einer geistigen Auseinandersetzung nach allgemeiner Meinung nicht zu¹². Die Verfasser bringen — oft regel- und systemlos nebeneinander — Auszüge aus römischen und deutschen Quellen, bestenfalls unter Hervorhebung des Standpunkts der Carolina. Irgendeine selbständige Stellungnahme ist fast stets zu vermissen; nur gelegentlich findet sich ein schüchterner Hinweis auf das „*natürliche und geistliche Recht*“¹³. Die Kenntnis des römischen Rechts wird dabei nicht aus den Quellen selbst gewonnen, vielmehr durch die Schriften der ausländischen, vor allem der italienischen Juristen vermittelt. Dadurch gerät die junge, noch unsichere Wissenschaft in Abhängigkeit von ihren Vorbildern, und der wissenschaftliche Aufschwung bedeutet gleichzeitig eine Entfernung von den Grundlagen des deutschen Rechts. In HARPPRECHT und THEODORICUS, sowie in den Kommentaren von WESENBEC und SCHNEIDEWIN erreicht diese Entwicklung ihren Höhepunkt und ihren Abschluß.

Demgegenüber tritt in der nun folgenden, zweiten Periode des gemeinen Rechts wieder eine stärkere Besinnung auf die Quellen und die Eigenart des deutschen Rechts hervor. Das zeigt sich rein äußerlich darin, daß die Zahl der Carolina-Kommentare in dieser Zeit beträchtlich anschwillt¹⁴. Auch in den Lehr- und Handbüchern wendet man sich von der Systematik des römischen Rechts ab und sucht neue Wege, wenn auch zunächst im Anschluß an die Gesetzgebung des sächsischen Landesrechts. BERLICH und CARPZOW folgen im wesentlichen der Anordnung der Constitutiones Augusti Electoris. Zu einer eigengesetzlichen systematischen Entfaltung des Besonderen Teiles aber gelangt — und zwar unter dem Einfluß des Naturrechts — erst die dritte Periode, das 18. Jahrhundert¹⁵.

¹¹ Ich übernehme diese Einteilung von SCHAFFSTEIN: a. a. O.; doch scheint mir für die Entwicklungsgeschichte des Besonderen Teiles BERLICH bereits in die 2. Periode zu gehören.

¹² SCHAFFSTEIN: a. a. O. S. 3; v. HIPPEL: a. a. O. I S. 226; v. LISZT-SCHMIDT, S. 55 ff.; MEZGER, S. 17.

¹³ Z. B. KÖNIG: Practica 1541 Cap. 137 fol. 298.

¹⁴ Vgl. die Aufzählung bei v. HIPPEL I S. 221/2 II und SCHAFFSTEIN: a. a. O. S. 7/8.

¹⁵ Vgl. vorläufig: SCHAFFSTEIN: a. a. O. S. 11. Über die systematischen Neigungen PUFENDORFS: ERIK WOLF: a. a. O. S. 85; LANDSBERG: Geschichte Bd. III S. 13.

Gleichzeitig mit der Befreiung von den äußeren Formen der ausländischen Vorbilder erwacht die selbständige wissenschaftliche Kraft der deutschen Rechtslehre. Auch diese Entwicklung vollzieht sich in zwei Perioden, die sich sachlich nur durch das Maß unterscheiden, in dem der Anschluß an die *Klassiker* gesucht und bewahrt wird. So wird der Boden bereitet für die Umformung, die — unter dem Einflusse der Aufklärung — das römische Recht durch die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts erfährt.

Der Darstellung dieses entwicklungsgeschichtlichen Phänomens sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Die Aufgabe dieser Arbeit gestattet dabei eine Beschränkung auf das Wesentlichste; sie erweist sich auch zur Vermeidung ermüdender Wiederholungen als höchst wünschenswert. Doch ist zu bedenken, daß es sich hierbei um die Gestaltung eines systematischen Problems innerhalb eines inhaltlich fast homogenen Materials handelt. Der Wechsel der Anschauungen läßt sich deshalb meist nur in Nuancen der Darstellung und der Denkmethode sowie der Verteilung des gegebenen Stoffes veranschaulichen. Seine dogmatische Bedeutung liegt nicht in dem, was er damals leistete, sondern in dem, was er leisten konnte; erst die Zukunft sollte die Früchte dieser Entwicklung ernten.

Die Auseinandersetzung zwischen romanistischem und germanistischem Rechtsdenken wurde vorher als das Kennzeichen der ersten Epoche des gemeinen Rechtes genannt. Damit sollte nicht gesagt sein, daß diese Auseinandersetzung in jeder Hinsicht auf Grund einer gegensätzlichen Einstellung erfolgt. In manchen — und sehr wesentlichen — Punkten stimmen deutsches und römisches Recht ja durchaus überein.

Das gilt zunächst für ein sehr grundsätzliches Problem. Den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Strafrecht hat das römische Recht nicht zu überwinden vermocht. Auch das deutsche Strafrecht hat sein privatrechtliches Gepräge über das Mittelalter hinaus behalten. Die Carolina endlich setzt jene Unterscheidung ebenfalls voraus und beschränkt sich ganz bewußt auf die Regelung des „*peinlichen*“ Rechts¹⁶. Der Gegensatz von öffentlichem und Privatstrafrecht war also den Bearbeitern jener ersten Periode einfach *gegeben* und wird von ihnen deshalb selbstverständlich anerkannt¹⁷. Über die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung herrscht

¹⁶ Gelegentlich bestritten: THEODORICUS: Coll. crim. S. 240 n. 38 für art. 110 CCC.

¹⁷ KÖNIG: Practica Cap. 58 (iniuria) fol. 122 v, 124 v; Cap. 138 (wette und busse) fol. 304/5. GOBLER: Spiegele der Rechte Teil VIII (fol. 105 v). PERNEDER: Halsgerichtsordnung (Falsch) Tit. VIII (S. 71) Art. 1. RAUCHDORN: Practica II Cap. I fol. 2/2 v; Cap. XIII (iniuria) f. 14 v. III Art. 6 (vis) II (fol. 48) [vgl. überhaupt Gegensatz Teil II u. III]; Art. 11 (f. 74). SAWR: Strafbuch, iniuria S. 42; Fälschung S. 85. DAMHOUDER: Practica Criminalis Cap. I n. 2/3, 9; Cap. II [Mod. S. 2/3]. VIGELIUS: Constitutiones (der nur iudicia publica, also öffentliches Strafrecht erörtert). GILHAUSEN: Arbor iudiciaria f. 235 c. 1 (§ 7: iniuria) n. 1. HARPPRECHT: Tractatus (furtum) S. 11 n. 29; S. 121 n. 14 (iniuria); S. 308 n. 13, S. 321/2 n. 1, 2—4 und S. 575 n. 7ff. THEODORICUS: Collegium crim. Cap. I Aph. 30 (S. 94) nr. 2, Cap. II Aph. 20

im wesentlichen Einigkeit. Der Versuch DAMHOUDERS, sie für die Zwecke der Strafzumessung zu verwerten und nach der Art der Strafen (Geld- oder Körperstrafe) zu differenzieren, hat keine Zustimmung gefunden. Auch im öffentlichen, peinlichen Verfahren können Geldstrafen verhängt werden, nur mit dem Unterschiede, daß in diesem Falle der Betrag, zu dem der Delinquent verurteilt ist, dem Fiskus zufällt, während im Zivilverfahren der Kläger für eigene Rechnung prozessiert. Das Maß der öffentlichen Strafe steht in der Regel im Ermessen des Richters; dagegen ist der Betrag der Privatstrafe meist gesetzlich bestimmt. Wo dies im römischen Rechte nicht der Fall war (z. B. bei der iniuria), werden vielfach die Wergeld- und Bußbeträge des sächsischen Rechts eingesetzt¹⁸. So gelangt man zu dem Satz, daß aus jedem Delikt *criminaliter aut civiliter* geklagt werden könne¹⁹. Nur beim Stellionat oder „Falsch“ wird vielfach eine Einschränkung gemacht²⁰; hier darf eine öffentliche Klage nur dann erhoben werden, wenn es sich um eine Fälschung von erheblicher Bedeutung handelt. Das entspricht dem Erfordernis einer bestimmten Schadenshöhe bei der actio de dolo, mit der ja der Stellionat nach dem Wortlaut der Quellen in Parallele steht. Eine wirkliche Ausnahme von dem zugrunde liegenden Prinzip ist übrigens auch insoweit nicht anzuerkennen. Die Zivilklage, die dann allein erhoben werden kann, ist nämlich überhaupt keine Straf-, sondern eine reine Vertragsklage; sie fällt deshalb ohnehin aus dem Rahmen des Privatstrafrechts heraus.

Innerhalb der durch diese Unterscheidung geschaffenen Gruppen ergeben sich alsdann zwei neue Gegensatzpaare: iudicia publica und iudicia privata auf der einen, Straf- (pönale) und sachverfolgende (reipersecutorische) Klagen auf der anderen Seite.

Wenn das römische Recht bis auf die Zeiten Justinians iudicia publica und iudicia privata so scharf getrennt hat, so hat das in erster Linie entwicklungsgeschichtliche Gründe. Ursprünglich war eben das öffentliche Strafrecht auf solche Delikte beschränkt, die in dem Verfahren der iudicia publica verfolgt werden konnten. Als man später das öffentliche Strafrecht auch den iudicia privata eröffnete, da konnte dies nur in einem eigenen und deshalb eigenartigen Verfahren, nämlich *extraordinarie* geschehen. Daraus

(S. 265) n. 10 (iniuria), Cap. III Aph. 10 (S. 364) n. 11/2 (actio de sepulcro violato). WESENBECK: Paratitla ad lib. 47 tit. 10 (iniuria) S. 885 (891) n. 14. SCHNEIDEWIN: Institutionenkomm. lib. IV Tit. 1 (S. 581) § finalis n. 1 (furtum).

¹⁸ Z. B. bei KÖNIG: a. a. O. fol. 122 v f. (iniuria). RAUCHDORN: a. a. O. II Cap. XIII fol. 14 v/15. WESENBECK: a. a. O. ad lib. 47 tit. 10 n. 17 (S. 893). THEODORICUS: a. a. O. S. 187 n. 13, S. 265 n. 10 [Cap. II Aph. 10, 20]. SCHNEIDEWIN: a. a. O. Tit. 4 § Sed et lex Cornelia n. 5 (S. 612).

¹⁹ HARPPRECHT: a. a. O. S. 308 n. 13 und S. 592 n. 6. THEODORICUS: a. a. O. Cap. I Aphor. 30 (S. 94) n. 2. SCHNEIDEWIN: a. a. O. IV Tit. 1 § finalis n. 1 (S. 581), Tit. 3 § Liberum n. 2 (S. 595), Tit. 4 § in summa n. l. (S. 614). WESENBECK: a. a. O. ad. lib. 47 tit. 1 n. 4 (S. 869), tit. X n. 14 (S. 891/2).

²⁰ Vgl. schon KÖNIG: a. a. O. Cap. 56 fol. 119; HARPPRECHT: a. a. O. S. 26 n. 37, S. 337 n. 41. Übrigens wird auch bei der iniuria Erheblichkeit gefordert: HARPPRECHT: a. a. O. S. 337 n. 42.

ergaben sich zwanglos zahlreiche, weniger bedeutsame prozessuale Unterschiede; aber sie verloren jede Bedeutung, als später auch die *iudicia publica* im Extraordinarverfahren verfolgt werden konnten. Geblieben ist dann im wesentlichen nur noch eine Unterscheidung der Klageberechtigung. Bei den *iudicia privata* erfolgte auch die Einleitung und Durchführung des Extraordinarverfahrens auf Betreiben des Verletzten, dem man insoweit das Recht der Initiative vorbehalten wollte.

Im deutschen Recht war der Kreis der öffentlich, d. h. von Staats, von Gemeinschafts wegen zu verfolgenden Vergehen von vornherein sehr viel weiter gezogen. Ein *Nachschub*, wie ihn das römische Recht erlebt hat, war deshalb nicht notwendig. Wo sich infolge der Entwicklung und Veränderung der kulturellen Grundhaltung Verschiebungen ergaben, erfolgten sie unmerklich, und ohne daß es zur Ausbildung prozessualer oder gar materieller Unterschiede kommen konnte. Auch der Carolina war eine Unterteilung innerhalb des peinlichen Verfahrens fremd.

So hat man es sich zu erklären, wenn die Unterscheidung zwischen *iudicia publica* und *iudicia privata* den frühen Bearbeitern des gemeinen Rechts unbekannt ist. Das ändert sich, als man bei genauerem Studium der Quellen auf diesen Gegensatz stößt. Auf den Gedanken, daß es sich hierbei um eine inzwischen überholte Institution handeln könne, scheint man in dieser Epoche überhaupt nicht zu kommen. Deshalb versucht man sich, so gut es eben geht, mit ihr auseinanderzusetzen. Sie findet sich zum ersten Male bei DORNECK²¹:

Zum dritten sind Ubeltaten *crimina privata* genennet / darumb / daß sie von den verletzten Personen nur umb widererstattung der zugefügten Iniurien / Schäden / Kosten / und dergleichen Interesse / und nicht ad publicam vindictam geklagt werden / Als umb Diebstal / betrug / schmähung / und dergleichen verletzungen.

Der weitere Ausbau erfolgt bei HARPPRECHT, THEODORICUS, WESENBEC und SCHNEIDEWIN²². Ein Dreifaches kennzeichnet den Gegensatz, 1. der Ursprung: die *iudicia publica* beruhen auf den *leges iudiciorum publicorum*, die *iudicia privata* auf den *leges iudiciorum privatorum*; 2. die kriminalpolitische Grundlage: die *iudicia publica* dienen dem Schutze staatlicher, die *iudicia privata* dem Schutze privater Interessen. Damit hängt 3. zusammen, daß bei den ersteren *quivis ex populo*, bei den letzteren nur der wirklich Verletzte zur Erhebung der Klage legitimiert ist.

Der vorher zitierte Satz, daß aus jedem Delikt *civiliter et criminaliter* geklagt werden könne, bedeutet aber nicht, daß durch die Zivilklage stets die Verurteilung zur Zahlung einer Geldstrafe an den Verletzten erreicht wird. Innerhalb der Zivilklagen ist vielmehr zwischen poenalen und reipersecutorischen Tatbeständen scharf zu scheiden. Mit ersteren wird eine Bestrafung des Täters, mit letzteren lediglich Ersatz des Vermögensschadens

²¹ DORNECK: *Practica* Cap. I (fol. 2).

²² HARPPRECHT: *Tract.* Tit. I n. 5/6 (S. 4/5). THEODORICUS: *Coll. crim.* Cap. I Aph. 10. (S. 29). WESENBEC: *Paratitla* ad lib. 47 tit. I n. 1—3 (S. 867—869); ad lib. 48 tit. I (S. 905ff.). SCHNEIDEWIN: *Komm.* Lib. IV Tit. I n. 6—8 (S. 567).

im Interesse des Verletzten begehrt²³. Die praktische Bedeutung des Gegensatzes liegt darin, daß die poenalen Klagen erst nach der Litiskontestation passiv vererblich sind; hat eine Litiskontestation bei Lebzeiten des Täters nicht stattgefunden, so haften die Erben nur in Höhe ihrer Bereicherung²⁴. Das sind die Ergebnisse, zu denen man am Ende dieser Periode des gemeinen Rechts gelangt; sie sind quellengemäß²⁵. Im übrigen teilt diese Institution das Schicksal der Unterscheidung von *iudicia publica* und *iudicia privata*: sie wird zunächst von der Wissenschaft überhaupt nicht beachtet. Der Bann wird erst gebrochen, als es sich darum handelt, Institute des deutschen Rechts in das römische System einzufügen. In diesem Zusammenhang wird der Gegensatz von Privatstrafe und Schadenersatz erstmalig von RAUCHDORN²⁶ erwähnt. Er bejaht die Frage, ob das Wergeld neben dem reinen Schadenersatz verlangt werden könne, und begründet diese Entscheidung damit, daß das Wergeld poena, Buße sei und deshalb vom Schadenersatz nicht umfaßt werde. Später hat besonders die Einordnung der Klagen auf Widerruf und Abbitte bei der Beleidigung zu Erörterungen über diesen Gegensatz Anlaß gegeben²⁷. Auch hier handelt es sich um ein Konkurrenzproblem. Soll neben der Klage auf Widerruf oder Abbitte noch die *actio iniuriarum aestimatoria*, oder eine Bestrafung des Beleidigers möglich sein? Die Entscheidung ist zweifelhaft, weil die Natur dieser Klagen selbst streitig ist. Die herrschende Lehre neigt dazu, sie als Ersatzklagen aufzufassen; deshalb soll daneben die *actio iniuriarum* versagt, andererseits eine öffentliche Strafe nicht ausgeschlossen sein. Aber diese Entscheidung — unrömisch genug, wie sie ist; denn das römische Recht kannte nur den *Ersatz* reiner Vermögensverluste — führt bei der Frage der Vererblichkeit zu Schwierigkeiten. Wenn die Klagen auf Widerruf und Abbitte wirklich Ersatzklagen, nicht Poenalklagen sind, so scheint kein Grund vorhanden, die Vererblichkeit zu leugnen; sie zu bejahen wäre aber noch sinnloser gewesen. Die Lösung, die man findet, ist bezeichnend genug für die innere Abhängigkeit vom römischen System. Die Klage auf Widerruf ist eine *actio reipersecutoria*, aber sie ist höchstpersönlicher Natur und deshalb auch passiv nicht vererblich. Den in dieser Lösung liegenden systematischen Widerspruch hat man damals nicht zu erkennen vermocht.

²³ Vgl. etwa: HARPPRECHT: Tract. S. 116 n. 1 (*furtum*); S. 128 n. 20 (*rapina*); S. 156 n. 4 (*damnum*); S. 413 n. 18 (*iniuria*). WESENBECK: ad l. IX tit. 2 nr. 6 (S. 321) (*damnum*), ad lib. XXXIV tit. 7 n. 11 (*generell*) (S. 834/5); ad l. 47 tit. 2 n. 13/4 (S. 874/5) (*furtum*); ad l. 47 tit. 10 n. 18 (*iniuria*) (S. 893).

²⁴ Vgl. HARPPRECHT: Tract. Tit. I (S. 7) n. 14—16. WESENBECK: ad lib. 47 tit. 1 n. 4 (S. 868/9); tit. 10 n. 12 (S. 890); ad lib. 9 tit. 2 nr. 6 (S. 321/2). SCHNEIDEWIN: Institut. Komm. IV Tit. 3 § *his autem verbis* (S. 594/5) n. 4.

²⁵ Vgl. oben S. 59ff.

²⁶ PRACTICA: fol. 16v. Vgl. auch KÖNIG: Practica Cap. 138 (fol. 301).

²⁷ Vgl. z. B. HARPPRECHT: Tract. S. 413/4 n. 18/9; S. 432/3 n. 70—75. THEODORICUS: Cap. II Aph. 20 (S. 266) n. 13. GAIL, ANDREAS: Practicae Observationes I Obs. 65 n. 3—5 (S. 119). WESENBECK: a. a. O. ad lib. 47 tit. 10 nr. 18 (S. 893).

Der Bereich des reinen Privatstrafrechts ist damit abgesteckt, so daß innerhalb desselben die Frage nach dem Verhältnis von Vermögens- und Persönlichkeitsverletzungen gestellt werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dieser Gegensatz — so sehr er die Entscheidung von einzelnen Fragen beherrscht — als allgemeines Prinzip nur an wenigen Stellen hervortritt. Seine Erkenntnis erforderte deshalb eine eingehende Beschäftigung mit den Quellen des römischen Rechts. In der zeitgenössischen italienischen Strafrechtswissenschaft war hierüber wenig zu finden²⁸. So blieb auch den deutschen Juristen die Bedeutung dieses Prinzips zunächst verborgen. Das änderte sich mit einem Schlage, als man sich zu gründlicheren exegetischen Studien entschloß; wahrscheinlich gab auch hier die Beschäftigung mit den Werken der Postglossatoren den entscheidenden Anstoß. Seit GILHAUSEN²⁹ taucht jedenfalls der Gegensatz der Klagearten in der deutschen Literatur wieder auf, meist im Zusammenhang mit der Frage, ob im öffentlichen Strafverfahren und mit der *actio iniuriarum* nebeneinander geklagt werden könne. Dabei wird — unter Gleichsetzung von *vindicta publica* und *vindicta privata* — die *vindicta*-Funktion der *actio iniuriarum* hervorgehoben und der Gegensatz zu den aus einer *diminutio patrimonii* entspringenden Deliktssklagen scharf betont³⁰. Über den Standpunkt der Kommentatoren ist man dabei auch im gemeinen Recht nicht hinausgelangt. Daß schließlich auch die *poena* der *actio furti*, das *triplum* der *actio vi bonorum raptorum* und der den reinen Schaden übersteigende Betrag der *actio legis Aquiliae* irgendwie *vindicta*-Funktionen gehabt haben müssen, wird nirgends erkannt. Dem Gegensatz des Klagegrundes: *diminutio patrimonii* und *contumelia* wird ein Gegensatz der Zwecke: *vindictae ac poenarum* und *rei familiaris sive damni pecuniarii persecutio* mit gleicher Schärfe entgegengesetzt³¹ und dadurch sogar die Unterscheidung von Poenal- und reipersecutorischen Klagen in Frage gestellt. Immerhin zeigt eine gelegentliche Bemerkung HARPPRECHTS³², daß er den schwachen Punkt des ganzen Systems gefühlt hat. Ihn zu überwinden hat er nicht vermocht, denn das ließ sich mit den Mitteln reiner Exegese nicht erreichen. Dazu bedurfte es eines neuen Geistes, eines Geistes, für den jene Zeit eben noch nicht reif war.

Um so interessanter ist es, das Schicksal dieses Gegensatzes in der Ausgestaltung der einzelnen Deliktstatbestände und in seinen sonstigen dogmatischen Konsequenzen zu verfolgen. Verglichen mit dem *furtum* des rö-

²⁸ Vgl. oben S. 145ff.

²⁹ *Arbor Iudiciaria* § 7 (fol. 234 col. 1ff.) bes. fol. 235 nr. 1—8.

³⁰ Vgl. z. B. HARPPRECHT: *Tract.* S. 163 n. 14ff.; S. 342 n. 58—61; S. 413—15 n. 18—20; S. 428 n. 60. THEODORICUS: *Coll. Crim. Cap. II Aph. 7* (S. 150) n. 56; *Cap. III Aph. 1* (S. 313) n. 11. WESENBECK: *Paratitl. ad lib. 47 tit. 10 n. 12—14* (S. 890—92).

³¹ Vgl. statt aller HARPPRECHT: a. a. O. S. 162 n. 11; S. 163 n. 14; S. 428 n. 60.

³² A. a. O. S. 429 n. 62: „qualis est haec iniuriarum actio, et similes, quae non pecuniae, quae ad heredem transmitti possit, sed magis vindictae persecutionem habent“.

mischen Rechts ist der Diebstahl der deutschen Quellen ein wesentlich engerer Begriff; er ist die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus dem Gewahrsam eines anderen, umfaßt also nicht die Fälle der modernen Unterschlagung. Die Carolina hatte an dieser dogmatischen Unterscheidung festgehalten, wenn sie auch die Unterschlagung anvertrauten Gutes in Art. 170 unter die Strafe des Diebstahls gestellt hatte. Den darin liegenden Gegensatz beider Systeme hat man zunächst durch den Begriff des Peculats zu überwinden gesucht. Peculatus war im Römischen Recht ein Tatbestand, der sich am besten als „*Entwendung beweglichen Staatsgutes*“ umschreiben läßt³³. Es wird sich dabei nicht begriffsnotwendig, wohl aber praktisch meistens um Fälle von Unterschlagung gehandelt haben. So erscheint Art. 170 CCC zunächst unter der Rubrik des *crimen peculatus*³⁴. Dann bleibt aber immer noch die Unterschlagung nicht anvertrauter, insbesondere gefundener Güter übrig. Soweit man sie überhaupt erörtert, fügt man deshalb noch irgendwo eine neue Kategorie „*vom gefundenen Guth*“ ein³⁵. Aber bald findet man zu dem quellenmäßigen Begriff des *furtum* zurück. Seit DAMHOUDER und GILHAUSEN³⁶ taucht wieder die alte klassische Definition auf: *furtum est contrectatio fraudulosa invito domino, vel ipsius rei, vel usus, vel possessionis animo lucri faciendi*, meist noch vermehrt um die Merkmale des *alienae, mobilis und corporalis*, ohne daß damit eine Abweichung von der Auffassung der Quellen zum Ausdruck gelangen soll. Die Erörterungen drehen sich im wesentlichen um die Frage, inwieweit die alten Diebstahlsstrafen durch die Bestimmungen des neuen Kaiserrechts geändert worden seien. Dabei spielt natürlich die Zulässigkeit der Todesstrafe eine sehr bedeutsame Rolle. Das Problem der vermögensrechtlichen Natur des Delikts tritt in den Hintergrund, um so mehr, als ja bisher auch im deutschen Recht Affektionsinteressen nicht berücksichtigt worden waren³⁷. Immerhin hält man auch insoweit an dem Standpunkt des römischen Rechts fest; das ergibt eine — vielleicht der Verallgemeinerung fähige — Bemerkung des THEODORICUS³⁸, der das *damnum* definiert als ein *privatum delictum quo quis iniuria alterius rem familiarem citra rei amotionem facto quodam minuit*. Der Verfasser stellt hier die *amotio rei*, m. a. W. das *furtum*, mit dem *damnum iniuria datum* in Parallele; daraus würde folgen, daß auch das *furtum* als eine Art *diminutio rei familiaris* aufgefaßt wird. Dem entspricht es, wenn

³³ CZYCHLARZ: Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts (18. Aufl., bearb. von SAN NICOLO — 1924) S. 266 Anm. 2.

³⁴ Z. B. bei PERNEDER: Halsgerichtsordnung S. 95 Art. 45. RAUCHDORN: Practica IV Art. 14 fol. 81 (aber auch Art. 19 fol. 90 „De Repertis“).

³⁵ RAUCHDORN: Practica III Art. 21 fol. 91. SAWR: Straffbuch S. 418 u. 420 ff. (teilweise Trennung).

³⁶ GILHAUSEN: Arbor Iudiciaria Tit. 17 n. 1 (S. 122 Sp. 2). DAMHOUDER: Practica Criminal. Cap. 110 n. 7 (S. 173). HARPPRECHT: Tract. S. 15 n. 2. THEODORICUS: Cap. 2, Aph. 1 (S. 97). WESENBECK: Paratitl. ad l. 47 tit. 2 n. 3 (S. 870). SCHNEIDWIN: Inst. Komm. IV § furtum n. 1 (S. 568).

³⁷ Vgl. oben S. 163/4, 191. ³⁸ Coll. Crim. Cap. II Aphor. 12 (S. 193).

ganz allgemein der *animus furandi* als Bereicherungsabsicht bestimmt und dem Handeln *libidinis* oder *nocendi causa* gegenübergestellt wird³⁹.

Auf die Dauer aber läßt sich die Eigenart der Unterschlagung doch nicht ganz totsicheren. So gelangt man schließlich dazu, innerhalb des *furtum* zwischen einer *contrectatio vera* und einer *contrectatio ficta* zu unterscheiden; zur letzteren werden alle diejenigen Fälle des *furtum* gerechnet, die nicht in den strengeren Diebstahlsbegriff des deutschen Rechtes hineinpassen⁴⁰.

Neben den Diebstahl tritt als gewaltsame Sachentziehung der Raub⁴¹. Mit dieser Art der Grenzziehung folgt die Wissenschaft des gemeinen Rechts im Anschluß an die Carolina der römischen Anschauung. Auch der Raub ist aber ein Vermögensdelikt. Deshalb fällt die gewaltsame Vertauschung gleichwertiger Sachen⁴² nicht hierunter, während die Frage, ob die gewaltsame Aneignung einer dem Täter geschuldeten Sache oder die Entziehung irgendeines Gegenstandes zum Zwecke der Selbstbefriedigung als Raub oder Diebstahl gestraft werden könne, streitig bleibt⁴³.

Mit dem Tatbestand des *damnum iniuria datum* gibt sich diese Epoche verhältnismäßig wenig ab. Um so entschiedener aber wird von Anfang an⁴⁴ die vermögensrechtliche Natur dieses Delikts hervorgehoben. Das entspricht im übrigen dem Quellenbefund; auch dort findet sich wiederholt und ausdrücklich die Kennzeichnung des *damnum* als *diminutio rei familiaris*⁴⁵.

Die Entwicklung, die das Verhältnis von *iniuria*, Körperverletzung und Beleidigung in dieser ersten Periode des gemeinen Rechts genommen hat, erinnert in etwas an das Schicksal des Diebstahls. Die Carolina hatte sich auf die Bestrafung der „*schriftlichen unrechtlichen peinlichen schmeihungen*“ beschränkt. Im übrigen war der wissenschaftlichen Entwicklung Spielraum gelassen. So erklärt es sich, daß man auch insoweit auf die Quellen des römischen Rechts zurückging.

Der Begriff der *iniuria* als der ganz generellen Verletzung der Persönlichkeit ist deshalb der Jurisprudenz dieser Epoche von Anfang an geläufig⁴⁶.

³⁹ HARPPRECHT: Tract. S. 22 n. 25; S. 21 n. 22. THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 6 (S. 117/8) n. 1; Cap. II Aph. 1 (S. 99) n. 5.

⁴⁰ THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 5 (S. 115) n. 4. WESENBECK: Paratitl. ad l. 47 tit. 2 n. 11 (S. 873).

⁴¹ RAUCHDORN: Practica III Art. 6 fol. 46v—48v. SAWR: Strafbuch S. 223 N. XVII. DAMHOUDER: Pract. Crim. Cap. 101 (S. 162). GILHAUSEN: Tit. 29 S. 136 Sp. 2. HARPPRECHT: Pract. S. 127 n. 13. WESENBECK: ad l. 47 tit. 8 (S. 881 ff.); tit. 2 n. 6 (S. 871).

⁴² Ebensowenig die Wegnahme eigener Sachen: DAMHOUDER: a. a. O. S. 163 n. 6. THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 10 (S. 188) n. 14. RAUCHDORN: a. a. O. III Art. 6 (fol. 46v).

⁴³ HARPPRECHT: Tract. S. 87 n. 8 mit Literaturangaben.

⁴⁴ KÖNIG: Practica Cap. 136 fol. 296 ff.; HARPPRECHT: a. a. O. Tit. 3 n. 2 (S. 143); GILHAUSEN: Arbor Iudiciaria Tit. 33 n. 1 ff., bes. n. 3 (S. 203 Sp. 1); THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aphor. 12 (S. 193).

⁴⁵ Vgl. oben S. 45.

⁴⁶ KÖNIG: Practica Cap. 58 (fol. 122v) u. Cap. 59 (fol. 126v); RAUCHDORN: Practica Cap. X u. XI (fol. 11); SAWR: Strafbuch S. 35 ff. N. 6; DAMHOUDER: Practica

Doch bleibt man sich zunächst der Eigenart der Körperverletzung innerhalb des Gattungsbegriffes der iniuria durchaus bewußt. Deshalb wird sie als iniuria realis von den übrigen Formen der Deliktsverwirklichung sehr betont unterschieden und zerfällt ihrerseits in Kategorien, die der Wund-Einteilung des alten deutschen Rechts entsprechen⁴⁷. Auch dieser Überrest altgermanischer Rechtsanschauung verschwindet, seitdem man seinen Ehrgeiz in eine möglichst exakte Quellenexegese zu setzen beginnt. Die Körperverletzung tritt nunmehr in den Sammelbegriff der älteren iniuria realis zurück, zwischen Körperverletzung und Realinjurie wird nicht mehr unterschieden⁴⁸. Um so mehr bemüht man sich, die Spannweite des Tatbestandes durch möglichst vielseitige Beispiele zu veranschaulichen und in der Anzahl derselben selbst die italienischen Vorbilder zu übertreffen. Vor den Augen des Lesers entrollt sich die Skala aller nur denkbaren Verletzungen der Persönlichkeit, angefangen von der geringfügigen Kränkung der freien Bürgerehre bis hinauf zu den schwersten Verwundungen und Verstümmelungen⁴⁹. Aber auch hier setzt sich schließlich der Gedanke des deutschen Rechts bis zu einem gewissen Grade wieder durch. Am Ende der Epoche erscheinen die Körperverletzungen unter dem Stichwort iniuriae personales oder iniuriae in corpus directae (im Gegensatz zu iniuriae in famam directae) als selbständige Kategorie neben den iniuriae verbales und reales, oder doch wenigstens innerhalb der letzteren⁵⁰.

Der Gegensatz von Vermögens- und Persönlichkeitsverletzungen bildete im römischen Recht gleichzeitig die Grundlage der Unterscheidung von iniuria und damnum (iniuria datum). So scharf wie ihre Quellen haben die deutschen Bearbeiter derselben die Grenze zunächst nicht gezogen, obwohl sie in der Ausgestaltung der Tatbestände im wesentlichen den Römern gefolgt sind. Das zeigt sich rein äußerlich darin, daß man die vermögensrechtlichen Folgen der Körperverletzungen durchaus im Zusammenhang der iniuria zur Erörterung bringt⁵¹, obwohl sie nach römischen Recht ausschließlich mit der actio legis Aquiliae geltend gemacht werden konnten. Die Begründung für diese Abweichung liegt zunächst darin, daß dem deutschen Recht die Verbindung beider Ansprüche durchaus geläufig war und daß sie

Crim. Cap. 135 (S. 204); GILHAUSEN: Arbor Iudiciaria Tit. 34 (S. 204 Sp. 2); HARPPRECHT: Tract. S. 178; THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 15 (S. 219).

⁴⁷ Typisch RAUCHDORN: a. a. O. II Cap. VII (fol. 10), Cap. VIII (fol. 10v), Cap. IX (fol. 10v), Cap. X (fol. 11) einerseits, Cap. XI (fol. 11v—13), Cap. XII (fol. 13v) andererseits. Ähnlich aber auch KÖNIG: a. a. O. fol. 125 Additio.

⁴⁸ Vgl. SAWR, DAMHOUDER, GILHAUSEN: a. a. O. (Anm. 46 S. 226).

⁴⁹ GILHAUSEN: Arbor Iudic. Tit. 34 S. 207 § 3 n. 1—160! SCHNEIDEWIN: Institut. Komm. IV Tit. 4 § iniuria (S. 600ff.).

⁵⁰ THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 16 (S. 224), bes. n. 2; WESENBECK: Paratitl. ad. lib. 47 tit. 10 n. 2 (S. 885); HARPPRECHT: Tract. S. 195 n. 2, 196 n. 5, 180 n. 5; SCHNEIDEWIN: Institut. Komm. IV Tit. 4. § Sed et lex Cornelia n. 5 (S. 612).

⁵¹ RAUCHDORN: Pract. II Cap. XV (fol. 15v); unklar: GILHAUSEN: Arbor Iudic. S. 207 Sp. 1 n. 11/2; anders: THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 13 (S. 209) n. 20.

schließlich ja auch in der (u. E. allerdings irrigen) Auslegung der l. 8, C. 9, 35 durch die späteren Kommentatoren einen gewissen Anhalt hatte⁵².

Doch fand sich noch ein zweiter Anlaß, von jener starren Grenzziehung abzusehen. Die Beschränkung auf echte Vermögensschäden war das Kennzeichen der *lex Aquiliae*. Praktisch bedeutete dies, daß die Berücksichtigung von Affektionsverletzungen strikt abgelehnt wurde. Die Richtigkeit dieser These war aber den Juristen durchaus problematisch. Es wurde früher gezeigt, daß gerade die deutschrechtliche Auffassung eine Berücksichtigung solcher Interessen ermöglichte; und die allgemeine Geisteshaltung des 16. Jahrhunderts stand ihnen ohnehin verständnisvoll gegenüber. Bereits KÖNIG⁵³ kennt die Möglichkeit einer individuelleren Bewertung von Sachschäden, ohne daß allerdings zwischen einer durch die besonderen persönlichen Verhältnisse bewirkten Erhöhung des Vermögensschadens und der Verletzung von Affektionsinteressen scharf genug unterschieden würde. Außerdem soll deren Berücksichtigung nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift erfolgen. Noch deutlicher zeigt sich die Unsicherheit der Grenzziehung bei der Erörterung der Frage, ob für Narben und Entstellung des Gesichtes eine Entschädigung in Geld gewährt werden müsse. Das römische Recht hatte eine solche Entschädigung im Rahmen der *lex Aquilia* folgerichtig versagt. Für die *actio iniuriarum* waren damit alle Entscheidungen offen gehalten. Wenn es auch dort zu einer ausdrücklichen Bejahung der Zulässigkeit nicht kam, so nur deshalb, weil eben die generelle Fassung des Tatbestandes für die Erörterung einer so speziellen Frage gar keinen Anhalt bot. Die deutsche Rechtswissenschaft hat sich mit dieser Trennung nicht recht abfinden können. Hatte man einmal gehorsam den Satz *liberum corpus aestimationem non recipit* übernommen und die Entschädigung von Narben, Entstellungen und erlittenen Schmerzen im Rahmen der *lex Aquiliae* versagt⁵⁴, so schien damit die Frage überhaupt erledigt. Auf den Gedanken, daß man dasselbe Ergebnis mit Hilfe einer anderen *actio* erreichen könne, ist man anscheinend damals zunächst nicht gekommen. So wird der oben zitierte Satz im Zusammenhang mit der Erörterung der *actio iniuriarum* noch einmal wiederholt. GILHAUSEN macht sich an dieser Stelle selbst einen Einwand⁵⁵:

Hic forte obiiciat aliquis, si cicatricum et deformitatis nulla fit aestimatio, hoc est, si offendens non teneretur ad aestimationem talis iniuriae, sequeretur absurdum, quod minus teneretur sic in faciem cum cicatrice vulnerans, quam aliam corporis partem vulnerans, quod iuri et omni aequitati ex diametro repugnat.

GILHAUSEN will allerdings diesem Einwand dadurch begegnen, daß er auf die Möglichkeit einer höheren Bestrafung des Täters hinweist:

hic est sensus, quod cicatricum et deformitatis nulla fiat aestimatio, non quod

⁵² Vgl. oben S. 108 und HARPPRECHT: Tract. S. 343 n. 61.

⁵³ Practica Cap. 137 (fol. 298—299v).

⁵⁴ GILHAUSEN: Arbor Iudic. Tit. 33 (S. 203 Sp. 1) n. 3; Tit. 34 (S. 207 Sp. 1) n. 11; THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 13 (S. 207) n. 16.

⁵⁵ A. a. O. Tit. 34 (S. 207 Sp. 1) n. 11/12.

offendens non teneatur ad aestimationem iniuriae, sed quod sic offendens sit acrius puniendus, et fisco et parti, quia talis iniuria tanta est, ut inaestimabilis reputetur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat.

Daß diese Begründung nicht schlüssig ist, wird ihr Verfasser selbst gewußt haben. Die Tatsache, daß ich einen Verlust nicht in Geld abschätzen kann, ist offensichtlich kein Beweis für seine Größe. Mit dieser Argumentation käme man allenfalls zur Straflosigkeit des Täters. Zu einer Ausnahme findet sich GILHAUSEN⁵⁶ schließlich selbst bereit. Wenn eine — unverheiratete — Frau infolge der Verwundung entstellt ist, soll ihr eine Entschädigung nicht versagt werden. Doch liegt hier letzten Endes ein — aus sittlichen Bedenken als solcher nicht anerkannter — Vermögensschaden zugrunde.

Noch in einer anderen Hinsicht hat die Frage, ob man Affektionsschäden anerkennen dürfe, die Gemüter beschäftigt, nämlich bei der Bestimmung des *furtum magnum*. Dieser Unterscheidung kommt ja deshalb höchste praktische Bedeutung zu, weil der große Diebstahl mit dem Tode bestraft wird. Nach Art. 157 CCC soll der Wert des gestohlenen Gegenstandes maßgebend sein. Über die Methode der Wertermittlung aber herrscht infolge der nicht ganz klaren Formulierung des Art. 160 CCC Streit⁵⁷. Wenn diese Frage entgegen einer zunächst herrschenden Tendenz⁵⁸ schließlich doch im Sinne der rein objektiven Bewertung⁵⁹ entschieden wird, so ist dies vielleicht zum Teil auch darauf zurückzuführen, daß die Vertreter dieser Ansicht sich auf die Unbeachtlichkeit des *pretium affectionis* in der *furtum*-Lehre des römischen Rechts berufen können.

Soweit die Frage der Aktivlegitimation zur Erörterung gelangt, erfolgt die Lösung im Anschluß an die Quellen des römischen Rechts. Zur Geltendmachung der *actio legis Aquiliae* und der *actio furti* ist befugt, *cuius interest rem non subreptam esse*⁶⁰; dieses Interesse ist als vermögensrechtliches zu denken und setzt die Existenz eines — mindestens — quasi-dinglichen Rechtes voraus⁶¹. Auch die *actio iniuriarum* steht den unmittelbar und mittelbar Verletzten zu, ist aber von dem Vorhandensein eines besonderen Rechtes unabhängig⁶².

Allgemein anerkannt ist verhältnismäßig früh die aktive Unvererblich-

⁵⁶ A. a. O. Tit. 34 (S. 207 Sp. 1) n. 12 a. E.

⁵⁷ Vgl. die Dissertation v. FERD. AUG. HOMMEL: *De furto magno eiusque poena*. 1747.

⁵⁸ Keine ausdrückliche Stellungnahme bei DAMHOUDER: *Pract. Crim. Cap. 110* (S. 179) n. 60 u. THEODORICUS: *Coll. Crim. Cap. II Aph. 10* (S. 186) n. 13 (Raub nach sächsischem Recht); *Aph. 7* (S. 146) n. 49/50 (*furtum*).

⁵⁹ WESENBEC: *Paratitl. ad lib. 47 tit. 2 n. 15* (S. 876).

⁶⁰ Vgl. etwa HARPPRECHT: *Tract. S. 146 n. 15* (*actio leg. Aquil.*); S. 162 n. 11; S. 101 (*furtum*); S. 136/7 n. 1 ff. (*acti vi bon. rapt.*); WESENBEC: *ad lib. 47 tit. 8 n. 3* (S. 882); *lib. 9. tit. 2 n. 7* (S. 322). THEODORICUS: *Coll. Crim. Cap. II Aph. 7* (S. 122) n. 1.

⁶¹ HARPPRECHT: a. a. O. S. 103 n. 6/7, S. 162 n. 10.

⁶² HARPPRECHT: a. a. O. S. 281 n. 1 ff.; GILHAUSEN: a. a. O. S. 229 Sp. 1 § 5 n. 1; RAUCHDORN: a. a. O. II *Cap. XI* (S. 12 v); SCHNEIDEWIN: *Institut. Komm. IV Tit. 4 § Patitur autem ff.* (S. 605 ff.).

keit der *actio iniuriarum*⁶³. Die Späteren begründen diese Erscheinung in Übereinstimmung mit den Quellen durch den Hinweis auf ihre *vindicta*-Funktion⁶⁴.

Auf derselben Grundlage findet das Konkurrenzproblem seine Entscheidung. Die Konkurrenz eines öffentlichen Strafverfahrens mit der *actio iniuriarum* wird für unzulässig erklärt, weil das Ziel beider *vindicta* sei. Dagegen bestehen keine Bedenken gegen die Kumulation, wenn es sich um eine *actio legis Aquiliae* oder eine *actio furti*, also Vermögensverletzungen handelt⁶⁵. Auch diese Entscheidung — sie taucht wohl bei RAUCHDORN⁶⁶ zum ersten Male auf — entspricht dem Inhalt der Quellen.

So führt bei den bisher erörterten Problemen, die sich um den Gegensatz von Vermögensschäden und Persönlichkeitsverletzungen gruppieren, die Entwicklung der herrschenden Lehre schließlich zur Auffassung des römischen Rechts zurück.

Dagegen kann bei dem zweiten uns interessierenden Problemkreise, der Lehre vom *Stellionat*, von einer gleichen Entwicklung nicht gesprochen werden. Schon deshalb nicht, weil es in dieser Beziehung an einer einheitlichen Auffassung der Bearbeiter überhaupt fehlt. Hier ist so gut wie alles kontrovers und — was vor allem zu beachten ist — kontrovers geblieben.

Anfangs beschränkt man sich darauf, einzelne Fälschungstatbestände aus den Quellen oder deren Bearbeitungen herauszuschreiben, und verzichtet auf alle Versuche, den Begriff des *falsum* generell zu bestimmen⁶⁷. Vom *Stellionat* ist dann meist überhaupt keine Rede. Terminologisch ist von Interesse, daß der lateinische Ausdruck *dolus* regelmäßig durch „*betrieglich*“ u. ä. Wendungen wiedergegeben wird⁶⁸, ohne daß hinter diesem Wortgebrauch

⁶³ KÖNIG: a. a. O. Cap. 58 fol. 124; RAUCHDORN: a. a. O. II Cap. XI fol. 12; SCHNEIDEWIN: a. a. O. IV Tit. 4 § finalis n. 3, VI (S. 618); WESENBECK: a. a. O. ad lib. 47 tit. 10 n. 12/3 (S. 890/1); GILHAUSEN: a. a. O. § 7 (S. 238 Sp. 2) n. 38.

⁶⁴ HARPPRECHT: a. a. O. S. 413 n. 18; S. 429 n. 61; WESENBECK: Paratitl. ad lib. 47 tit. 10 n. 12 u. 13 (S. 890/1).

⁶⁵ GILHAUSEN: Arb. Iud. § 7 (S. 235) n. 1—5; HARPPRECHT: Tract. S. 164/5 n. 1/3; S. 342/3 n. 58—61; THEODORICUS: Coll. Crim. Cap. II Aph. 7 (S. 150) n. 56; Aph. 12 (S. 196) n. 8—10; GAIL, ANDREAS: Practicae Observationes I Obs. 65 (S. 119 f.) n. 1 u. 2; SCHNEIDEWIN: Institut. Komm. IV Tit. 4 § in summa n. 2 (S. 614).

⁶⁶ Pract. Art. 6 (fol. 48).

⁶⁷ KÖNIG: Practica Von allerley leiblichen penen und straffen, a. a. O. fol. 311 f.; PERNEDER: Halsgerichtsordnung Tit. 8 S. 71 ff.; SAWR: Strafbuch S. 74—98 N. 7—10; VIGELIUS: Constitutiones Cap. X S. 322.

⁶⁸ KÖNIG: a. a. O. fol. 113; PERNEDER: a. a. O. (Tit. 8) S. 72 Art. IV; GOBLER: a. a. O. VIII (fol. 106 v); RAUCHDORN: a. a. O. III Art. 11 fol. 74; SAWR: a. a. O. S. 79, 81/2, 93. Wie wenig „technisch“ der Ausdruck gemeint ist, zeigt sich bei SAWR. Von den ungetreuen Verwaltern wird in der Sächsisch. Ordnung von 1572 (S. 421/2) gesagt, daß sie die ihnen anvertrauten Güter unterschlagen oder mit „veruntrauwung und Betrug gebrauchen, so uns / oder unsern Underthanen / oder andern Leuthen zu Nachtheil und Schaden gereichte“. Die Strafe soll angepaßt werden „der Summa solches veruntrauweten / unterschlagenen / und in jren eigen Nutz betrieglicher weise angewendten Guts . . .“ An anderer Stelle (S. 423) werden sogar „stelen / damit ent-

irgend ein fester Betrugsbegriff vermutet werden darf. Soweit man zu einer allgemeineren Begriffsbestimmung gelangt, wird die Definition der Italiener abgeschrieben, dabei bald der Eintritt eines Schadens, bald aber auch nur die Möglichkeit seiner Entstehung gefordert⁶⁹. Die Frage, ob dieser Schaden sich als Verminderung des geldwerten Vermögens darstellen müsse oder ob jede Verletzung schutzwürdiger Interessen genüge, wird nicht nur von den einzelnen Schriftstellern verschieden beantwortet, sondern erfährt auch bisweilen seitens desselben Juristen eine widerspruchsvolle Lösung⁷⁰. Während aber im allgemeinen⁷¹ falsum und Stellionat als reine Vermögensverletzungen erscheinen, vertritt THEODORICUS⁷² den entgegengesetzten Standpunkt mit solcher Konsequenz, daß er das Erfordernis eines *praecudicium alterius* überhaupt leugnet.

Nicht viel anders steht es mit der Frage, ob das crimen stellionatus einen bestimmten dolus, eine *machinatio quaedam vel simulatio* voraussetze. Die Mehrzahl der Schriftsteller neigt zur Bejahung, verwirft also die Auffassung, daß der Stellionat ein allgemeiner Aushilfsstatbestand gewesen sei⁷³. Auch hier vertritt THEODORICUS⁷⁴ den gegenteiligen Standpunkt. Für seine Auffassung spricht, wie wir früher gesehen haben, daß sie eine befriedigende Abgrenzung zwischen falsum und stellionatus ermöglicht. Die Konsequenz der gegnerischen Ansicht zieht DAMHOUDER⁷⁵, indem er einen Unterschied zwischen beiden Delikten überhaupt leugnet. Die meisten versuchen die Grenzziehung auf historischer Grundlage; der Begriff des falsum wird auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt; im übrigen tritt das crimen

lauffen / oder es in andere wege betrieglich entfrembden“ nebeneinandergestellt, wie überhaupt bisweilen eine Neigung zur Parallelisierung von Betrug und Diebstahl sich zeigt (Pfaltzgräffische Ordnung von 1582 tit. 59 bei SAWR, S. 424; DAMHOUDER: a. a. O. Cap. 119 n. 1 [S. 185. furandi genus]).

⁶⁹ GOBLER: Spiegel der Rechte Teil VIII (fol. 106v); RAUCHDORN: Practica III Art. 11 (fol. 75); GILHAUSEN: a. a. O. Tit. 26 (S. 118 Sp. 1) n. 1–3; HARPPRECHT: Tractatus S. 809 n. 26/7; HARPPRECHT, FERD.: Disputatio de crimine stellionatus 1708 (Dissertationes Bd. II/IV n. 25 [S. 1045]); WESENBEC: Paratitl. ad l. 48 tit. 9 (S. 954 ff.).

⁷⁰ Z. B. DAMHOUDER: Cap. 121 (S. 185ff.) n. 5, 6, 8, Cap. 122 (S. 186) n. 1, 6, 10, 11/2, 19. Doch scheint D. zu der weiteren Auffassung zu neigen.

Nicht ganz klar auch: HARPPRECHT, FERD.: Disputatio de crimine stellionatus (1708) Dissertationes Bd. II S. 1054/5 n. 85/8.

⁷¹ Man wird dies wenigstens aus der Auswahl der Beispiele schließen dürfen. Ausdrücklich ausgesprochen wird es kaum. Vgl. auch HARPPRECHT: Tract. S. 236 n. 123; RAUCHDORN: a. a. O. III fol. 74, III Art. 21 fol. 91.

⁷² A. a. O. Cap. VII S. 1087 n. 11. Auch bei RAUCHDORN (a. a. O. III fol. 75/6) werden „schade / nachteil / schmach / unrecht oder schande“, an anderer Stelle „schade / nachteil / schimpff oder schmerz“ genannt. Vgl. ferner oben Anm. 70.

⁷³ Eingehende Begründung bei F. HARPPRECHT: Disputatio de crimine stellionatus (oben Anm. 69) II/III n. 10–22 (S. 1042–44), XII n. 85; ebenso GOBLER: a. a. O. Teil VIII (S. 107v) 2 d; DAMHOUDER: a. a. O. Cap. 119 n. 1, Cap. 120 n. 1 (S. 185); RAUCHDORN: a. a. O. III Art. 22 (fol. 91).

⁷⁴ Coll. Crim. Cap. III Aph. 17 (S. 422, S. 423) n. 2.

⁷⁵ A. a. O. Cap. 120 (S. 185) n. 1 Zitat aus der Lehre vom Stellionat.

stellionatus an seine Stelle und erhält insofern eine beschränkt subsidiäre Funktion⁷⁶.

Auch *furtum* und *stellionatus* lassen sich bei der engeren Auffassung nicht scharf trennen⁷⁷. Unter den Begriff der *contrectatio ficta* fällt auch das Verhalten des *falsus procurator*, der dem Schuldner durch die unwahre Behauptung, er sei zur Empfangnahme berechtigt, den geschuldeten Betrag abschwindelt⁷⁸. Die Erklärungsversuche HARPPRECHTS⁷⁹ können nicht befriedigen. Noch bedenklicher ist es natürlich, wenn gelegentlich sogar eine Konkurrenz von *falsum* und *furtum* für möglich erklärt wird⁸⁰. Dies soll dann der Fall sein, wenn der Täter fremde Grenzsteine zum Nachteil seines Nachbarn versetzt, während nur *falsum* angenommen wird, wenn es sich um seine eigenen Steine handelt.

In diesen und ähnlichen Erscheinungen kommt nur eine allgemeine Unsicherheit der Begriffsbildung zum Ausdruck. Vielleicht hängt sie damit zusammen, daß die Aufgaben des Aushilfsstatbestandes im wesentlichen durch die Generalklausel der CCC (Artt. 105/6) übernommen wurden⁸¹, während andererseits der Tatbestand des *falsum* durch die Carolina selbst noch erweitert und dadurch einem allgemeinen Betrugsbegriffe angenähert war.

Mit HARPPRECHT und WESENBEC hat die rückläufige romanistische Bewegung ihren Höhepunkt überschritten. Von nun ab tritt (vielleicht von ANTONIUS MATTHAEUS abgesehen) die Bedeutung der exegetischen Studien zurück, beginnt gleichzeitig die Ablösung der analytischen durch die synthetische Methode.

Nichts kennzeichnet diese zweite Periode des gemeinen Rechts besser als das Abflauen des Interesses für die ganz allgemeinen Probleme und die eingehendere Beschäftigung mit denjenigen Fragen, welche die unmittelbare Rechtsanwendung angehen. Symptomatisch hierfür ist die Zahl der kommentatorischen Arbeiten, symptomatisch schließlich auch die Bedeutung die das Werk eines Praktikers, CARPZOWS, in dieser Zeit erlangt hat.

Die Unterscheidung von *iudicia publica* und *iudicia privata* findet deshalb kaum⁸² Beachtung. Der Gegensatz von Kriminal- und Zivilverfahren,

⁷⁶ GOBLER: a. a. O. Teil VIII (fol. 107v); HARPPRECHT, F.: *Disputatio de crimine stellionatus* IV n. 25 (S. 1045); HARPPRECHT, JOH.: *Tract.* S. 803 n. 7/8; GILHAUSEN: a. a. O. Tit. 26 (S. 118 Sp. 1) und Tit. 36 n. 3 (S. 250 Sp. 1); WESENBEC: *Par. ad lib. 47 Tit. 11* (S. 896).

⁷⁷ DAMHOUDER: *Cap. 119* (S. 185) n. 1: *falsum als „furandi genus“*.

⁷⁸ THEODORICUS: *Coll. Crim. Cap. II Aph. 5* (S. 115) n. 4; WESENBEC: *Par. ad lib. 47 tit. 10 n. 11* (S. 873).

⁷⁹ HARPPRECHT, F.: *Disputatio de crim. stell.* X n. 71—76 (S. 1052/3). Vgl. später: STRUVIUS: *Dissertationes Criminales*, Diss. VIII thes. II (S. 121)

⁸⁰ GILHAUSEN: *Arbor Iudic. Tit. 32* (S. 202 Sp. 2) n. 2—4; DAMHOUDER: *Pract. Crim. Cap. 127 n. 1 u. 2* (S. 196).

⁸¹ Vgl. dazu: *Tit. X Art. 1* (S. 80).

⁸² Ausnahmen: FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG: *Commentarius* Buch I Tit. 1 n. 1; MATTHAEUS, ANTONIUS: (*Commentarius*) *de criminibus* Cap. 1 n. 1 (S. 1/2).

von Straf- und Schadensersatzklagen wird als bekannt vorausgesetzt⁸³, aber selten zur Erörterung gestellt. Geschieht es doch, so erfolgt dies anlässlich eines Spezialfalles; so wenn bei SCHILTER⁸⁴ die reipersecutorische Natur des Wergeldes und die Poenalfunktion der Buße behauptet wird; so wenn CARPZOW⁸⁵ die Unvererblichkeit der *actio recantatoria* auf der Passivseite verteidigt, obwohl diese Klage lediglich den Zweck der Naturalrestitution verfolge; und die Hervorhebung des Gegensatzes von *persecutio damni vel rei familiaris* und *actio ad vindictam et aestimationem iniuriae (directa)* bei BERLICH⁸⁶ ist eher irreführend als klärend.

Eine Ausnahme hiervon machen nur die auch in ihrer Gesamtlage mehr *altmodischen* Werke eines FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG und ANTONIUS MATTHAEUS.

Beim Diebstahl werden aus der Anerkennung des dogmatischen Gegensatzes von *contrectatio vera* und *contrectatio ficta* nunmehr auch die kriminalpolitischen Folgerungen gezogen. Die Todesstrafe soll — entgegen dem Wortlaut des Art. 170 CCC — nur noch bei *contrectatio vera* stattfinden, in allen übrigen Fällen tritt eine Strafmilderung ein. Maßgebend sind in erster Linie kriminalpolitische Erwägungen⁸⁷. Doch finden sich gelegentlich auch historische Begründungen, so bei BEYER⁸⁸, der überhaupt die Unklarheiten der Diebstahlslehre auf die Vermischung romanischer und germanischer Gedanken in den Artt. 157ff. der Carolina zurückführt.

Eine selbständige Erörterung des Tatbestandes der *lex Aquilia* findet sich selten⁸⁹. STRUVIUS⁹⁰ verbindet — wohl im Anschluß an italienische Vorbilder — *iniuria* und *damnum iniuria datum*.

Iniuria ist dieser Zeit noch immer der weite Begriff des römischen Rechts, nur daß als Unterart der Realiniurien die alt-sächsischen Wund-Arten wieder schärfer hervortreten⁹¹.

⁸³ BERLICH: *Conclusiones V C.* 43 n. 2—4 (S. 40 Sp. 2); STRUVIUS: *Dissertationes Criminales*, Diss. II thes. XVI (S. 21), Diss. VIII thes. XXVI u. XXVII (S. 137); *Observationes Cap. I* (S. 2) *Obs. IV*, *Cap. XXXII* (S. 156) *Obs. VII*; KIRCHGESSNER: *Tribunal* (Theil 5) *Cap. 1* n. 2—8 (S. 229 mit Begründ.), *Cap. 6* n. 7 (S. 255); FRÖLICHSBURG: a. a. O. II Buch IV Tit. 1 (S. 317) n. 4; Buch I Tit. 1 n. 3 (S. 2/3); MATTHAEUS: a. a. O. Tit. IV Cap. 2 (S. 167) n. 7.

⁸⁴ *Exercitationes ad Pandectas*, Exerc. 19 (S. 314) Thes. 14.

⁸⁵ *Practica II Quaestio* 96 (S. 401) n. 31.

⁸⁶ A. a. O. (S. 128 Sp. 2) n. 59. Richtig aber: MATTHAEUS: a. a. O. Tit. 1 Cap. I n. 3 (S. 105); Tit. IV Cap. III n. 8—10 (S. 173); Tit. VI Cap. II n. 6/7 (S. 204/5).

⁸⁷ BERLICH: a. a. O. V Concl. 57 (S. 97 Sp. 2f.) bes. n. 19; CARPZOW: a. a. O. *Quaest.* 85 (S. 294) n. 1, 2; FRÖLICHSBURG: a. a. O. Teil. I Buch 4 Tit. 8 n. 1 (S. 357); teilweise auch STRUVIUS: a. a. O. *Diss. II. N. XIV* (S. 21), vgl. aber auch Nr. VII, VIII (S. 14), insoweit keine Ausnahme von der Todesstrafe.

⁸⁸ *Delineatio Iuris Criminalis*, ad Art. 157—162 n. I—XXVIII, bes. n. XII u. XXVIII (S. 199—203), sowie ad art. 168—170 n. X (S. 210).

⁸⁹ So z. B. bezeichnenderweise bei MATTHAEUS: a. a. O. Tit. 3 (S. 120f.).

⁹⁰ *Observationes Criminales Cap. 32* (S. 153).

⁹¹ BERLICH: a. a. O. *Pars V Concl.* 59 (S. 110 Sp. 2ff.) bis n. 107, (S. 126 Sp. 2f) n. 40—48; STRUVIUS: *Observationes Cap. 32* (S. 153ff.); *Dissertationes Nr. III*

Dagegen erobert jetzt diejenige Lehre, welche für die Geldentschädigung immaterieller Interessen eintritt, endgültig das Feld. Noch BERLICH⁹² hatte die Berücksichtigung von Narben und anderen Entstellungen unter Berufung auf die Quellen abgelehnt und nur bei unverheirateten Frauen eine Ausnahme gemacht. Bei CARPZOW⁹³ vollzieht sich der Umschwung. Die Begründung ist lehrreich, weil sie zeigt, wie sich germanisches und römisches Rechtsgut miteinander verbinden.

Bei Realinjurien haftet der Täter auf ein Dreifaches⁹⁴:

scilicet ad Emendam, Interesse, et Poenam. Primum est Emenda, die Buße / sive aestimatio mutilati membri, et corporis: quae de jure Saxonico vulnerato debetur ratione doloris, iniuriaequae illatae, ac corporis lacerati.

Nun steht allerdings — wenigstens nach Ansicht der damals herrschenden Lehrmeinung — der Berücksichtigung von Affektionsschäden das römische Recht grundsätzlich entgegen. Deshalb sieht sich CARPZOW veranlaßt, diesen Einwand zu entkräften⁹⁵.

Cui non obstat, quod liberum corpus aestimationem non recipiat . . . Nam hoc verum est quoad ipsum corpus, sive membra hominis, quae in nullius bonis et dominio sunt, dignioraque praestantiora, quam quod pretium aliquod condignum eius respondere, vel computari possit. Secus vero quoad dolores et operationes, per vulnerationes impeditas, quae omnino valent deduci in taxationem, prout videlicet unius membri operatio melior est, quam alterius . . . Licet corpora ipsa ac membra humana aestimari nequeant. Ut sic non tam corpus ipsum vulneratum, quam dolores ac operationes impeditae aestimentur.

Ernstlich ist natürlich die Erwägung, daß ein Glied des menschlichen Körpers wichtiger sei als das andere, also die Erkenntnis des Wertverhältnisses, kein Argument gegen die Behauptung, daß sich der absolute Wert der einzelnen Verletzung nicht ermitteln lasse; und es läßt sich natürlich eine Übereinstimmung mit den Quellen nicht dadurch beweisen, daß man an die Stelle des *liberum corpus* die *operationes* und *dolores* setzt und so das sachliche Argument durch einen terminologischen *Kniff* umgeht. In Wahrheit handelt es sich hier um eine gewohnheitsrechtliche Abweichung vom römischen Recht, welche in den einheimischen sächsischen Quellen ihre Grundlage findet. CARPZOW, dem die Schwäche seiner Beweisführung nicht verborgen geblieben ist, gibt das schließlich selbst zu⁹⁶:

Quamvis et dici posset, theoreticam illam iuris Civilis, liberum scilicet hominis corpus non recipere aestimationem, limitari de jure Saxonico, quod singulis membris hominum certam tribuit aestimationem pecuniariam.

Außer der Verpflichtung zum Ersatz von Affektionsschäden haftet der Täter für alle von ihm verursachten Vermögensverluste. Das war auch im

(S. 26 ff.); CARPZOW II Quaest. 94 (S. 376 ff.); Quaest. 99 (S. 421); FRÖLICHSBURG: a. a. O. Teil II Buch IV Tit. 21/2 (S. 417—437), Tit. 23 (S. 437 ff.) bes. n. 3.

⁹² Conclusiones, V Cap. 70 (S. 180) n. 30.

⁹³ Practica II Quaestio 99 n. 28—68 (S. 425—429).

⁹⁴ Quaest. 99 n. 28; vgl. auch MATTHAEUS: a. a. O. Tit. III Cap. 3 (S. 129) n. 4; BERLICH: a. a. O. Concl. 61 (S. 129) n. 62.

⁹⁵ Quaest. 99 n. 29 (S. 425). ⁹⁶ Quaest. 99 n. 30 (S. 425).

altdeutschen Rechte so; nur waren dort — wegen der Tendenz zur Komplexität — die einzelnen Beträge meist nicht getrennt⁹⁷. Sehr viel deutlicher kommt dies im römischen Recht zum Ausdruck. CARPZOW beruft sich deshalb hierauf in erster Linie⁹⁸.

Tenetur quoque vulnerator ad Interesse; aequissimum namque est, ut vulnerator resarciat vulnerato mercedes Medicorum, et impensas in curatione factas, una cum operis, quibus ipse caruit, et adhuc cariturus est per tempus vitae suae, propter debilitatem membrorum, quorum usus ad vitae adminiculum ipsi fuit interceptus . . .

Insoweit soll das sächsische Recht durch das römische Recht ergänzt werden.

De quo licet in jure Saxonico nil expresse dispositum reperitur; jure tamen Civili satis expeditum est, injuriato ac vulnerato competere actionem legis Aquiliae utilem ob damnum datum, ad consequendas mercedes Medicorum ac Chirurgorum, caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt, nec non operas quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quod inutilis sit factus . . . Unde supplendum, quod deest juri Saxonico, ita ut nihilominus in foro quoque Saxonico, ad expensas illas et damna, actione legis Aquiliae experiri liceat . . .

Schließlich trifft den Täter noch eine öffentliche Geldstrafe, und zwar neben der Verpflichtung zum Ersatz von materiellen und immateriellen Schäden. Diese entfällt nur dann, wenn er körperlich gestraft wird⁹⁹. Auch diese Regelung stammt aus dem älteren deutschen Recht. Die drei Rechtsbehelfe können nebeneinander geltend gemacht werden¹⁰⁰. Damit wird die Konkurrenzentscheidung der römischen Quellen, nach denen bei Persönlichkeitsverletzungen das Zivil- und das Kriminalverfahren sich gegenseitig ausschließen, endgültig aufgegeben. Bezeichnend genug, daß MATTHAEUS¹⁰¹ gleichzeitig quellenkritische Einwendungen gegen ihre Richtigkeit erhebt.

Bei der Berechnung des Wertes gestohlener Gegenstände kommt gleichfalls die freiere, individuellere Auffassung zum Siege. Schon bei BERLICH¹⁰² tauchen die beiden Beispiele des MENOCHUS wieder auf: der arme Bauer, dem sein letztes Ferkel aus dem Stall gestohlen, und der Gelehrte, dem sein mit handschriftlichen Anmerkungen versehener Codex entwendet wird. Auch CARPZOW¹⁰³ ist grundsätzlich einer Berücksichtigung individueller Verhältnisse nicht abgeneigt; nur will er ihren Einfluß auf eine Milderung der (Todes-)Strafe beschränkt wissen. Das wird in erster Linie mit kriminalpolitischen Erwägungen begründet und entspricht der allgemeinen, auf Einschränkung der Todesstrafen gerichteten Tendenz seiner Zeit.

⁹⁷ Vgl. oben S. 152, 179. ⁹⁸ Quaest. 99 n. 44 u. 45 (S. 426).

⁹⁹ Quaest. 99 n. 56/7, 67 (S. 427/8). ¹⁰⁰ Quaest. 99 n. 58 (S. 428).

¹⁰¹ De criminibus Tit. I Cap. 1 n. 3 a. E. (S. 105). Doch wird die Entscheidung des römischen Rechts im Prinzip beibehalten: Tit. IV (Cap. III [S. 168 ff.] bes. n. 8—10).

¹⁰² V Conclus. 43 (S. 44 Sp. 2); 45 n. 43—45; vgl. auch MATTHAEUS: a. a. O. Cap. 3 (S. 86) n. 2. A. A. KRESS: Comment. ad art. 160 (S. 498) n. 1 u. ad art. 170 § 1 n. 3 (S. 537): „Cum damno: mit Nachtheil des Gläubigers. unde mitius agendum cum illis . . . 2. qui reponendo in locum intercepti aequivalens, fidem suam secutis damnum re vera non intulerunt.“ FRÖLICHSBURG: Comment. II Buch IV Tit. 1 (S. 319) n. 6/7.

¹⁰³ II Quaest. 78 (S. 225 Sp. 1) n. 15—19 mit weiterer Literatur.

Stante enim hac sententia, iudex semper haesitabit, an (scilicet furtum porcelli vel codicis) . . . furtum magnum sit censendum, et Reo Poena suspendii imponenda¹⁰⁴.

An der aktiven Unvererblichkeit der *actio iniuriarum* wird im allgemeinen festgehalten¹⁰⁵; doch kommt dem bei der erweiterten Anwendung des Kriminalverfahrens praktisch keine so erhebliche Bedeutung mehr zu.

Beim Tatbestande der Fälschung wird auch weiterhin die Definition der italienischen Juristen beibehalten und damit die Assimilation von Betrug und *falsum* weiter fortgeführt¹⁰⁶.

Die Bestimmung des *Stellionats* bleibt, wie in der vorhergehenden Epoche, streitig. Die einen identifizieren ihn mit dem Begriff der *crimina extraordinaria* überhaupt und bringen deren Erscheinung in Zusammenhang mit der Generalklausel des Art. 105 CCC¹⁰⁷. Bei dieser Auffassung bleibt seine Natur als Aushilfsdelikt erhalten. Daneben steht die Lehre derjenigen, welche ihn in Parallele zur *actio de dolo (speciali)* setzen; diese Auslegung nähert sich dem Begriff des modernen Betrugers und fordert deshalb eine Abgrenzung gegenüber dem *falsum*. Diese geschieht entweder durch Berufung auf die Entscheidung des positiven Rechts¹⁰⁸ oder durch die (in den Quellen offensichtlich nicht fundierte) Behauptung, daß Betrug bei Verträgen stets als *Stellionat* zu strafen sei¹⁰⁹. Die Schwäche beider Begründungen und die praktische Unerheblichkeit des ganzen Streites¹¹⁰ veranlaßt die Praxis zum Verzicht auf jede Abgrenzung. Zur Herrschaft gelangt schließlich die Theorie LEYSERS, welcher die ganze Unterscheidung lediglich historisch erklärt und ihre Beibehaltung in den *Digesten* auf ein Mißverständnis der Kompilatoren zurückführt¹¹¹.

Die dritte und letzte Periode des gemeinen Rechts zieht das Fazit aus der bisherigen systematischen Entwicklung. Versuche, die neuen,

¹⁰⁴ A. a. O. n. 19 (S. 225).

¹⁰⁵ BERLICH: V Concl. 70 (S. 177) n. 1 u. 2; Concl. 70 (S. 179) n. 28 (wegen Übertragbarkeit: V Concl. 65 [S. 155] n. 48); SCHILTER: a. a. O. Exercitatio 19 (S. 312) Thes. XII; KIRCHGESSNER: Tribunal Theil 5 (S. 230) n. 3; MATTHAEUS: a. a. O. Tit. IV Cap. 3 (S. 171) n. 5.

¹⁰⁶ STRUVIUS: *Observationes Cap. XVI* (S. 108ff.) Obs. I, 3 u. 5, Dissert. VIII (S. 120f.); CARPZOW: *Pract. II Quaest. 93* (S. 365ff.) n. 3 und bes. 5 (S. 366); KIRCHGESSNER: a. a. O. Cap. VIII n. 1 (S. 259); FRÖLICHSBURG: a. a. O. Teil II Buch IV Tit. 18 (S. 394); KRESS: a. a. O. Art. 112 § 2 (S. 274); BEYER: a. a. O. zu Art. 112 u. 113 (S. 133) Pos. I u. II; LEYSER: *Meditationes ad Pandectas Spec. 614* (S. 741) *De mendacio*.

¹⁰⁷ Vor allem CARPZOW: *Pract. III Quaest. 133* (S. 271) n. 1—3. Außer ihm wohl auch FRÖLICHSBURG: a. a. O. Tit. 20 (S. 415); MATTHAEUS: a. a. O. Tit. I Cap. IV (S. 48) n. 1, Tit. XIII (S. 233ff.).

¹⁰⁸ Vgl. KRESS: a. a. O. ad Art. 112/3 § 5 u. § 6 (S. 276/7), aber auch STRUVIUS: *Dissert. VIII th. XXI* (S. 133).

¹⁰⁹ Vgl. die Angabe bei KRESS: a. a. O. § 6 (S. 277).

¹¹⁰ KRESS: a. a. O. (S. 278/9) § 6.

¹¹¹ A. a. O. Specimen 614 (741) I; vgl. auch SCHAFFSTEIN: *ZStrW* Bd. 52 S. 796.

z.T. aus dem älteren deutschen Recht übernommenen Gedanken in das System des römischen Rechtes einzufügen, werden nicht mehr unternommen. Man geht vielmehr, wohl unter dem Einflusse des Naturrechts, auch in der Anordnung des Rechtsstoffes eigene Wege. Die Grundlage des neuen Systems wird von BOEHMER¹¹² gelegt, seinen endgültigen Ausbau erfährt es durch den älteren MEISTER¹¹³. Abgesehen von der scharfen Scheidung zwischen Prozeß- und materiellem Recht wird es im Besonderen Teil insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß die gesamten Delikte zunächst in zwei Gruppen geteilt werden, von denen die eine die mittelbaren, die andere die unmittelbaren Verletzungen staatlicher Interessen umfaßt¹¹⁴. In dieser Unterscheidung wird der Gegensatz von *iudicia publica* und *iudicia privata* endgültig überwunden.

Gleichzeitig verliert auch das Privatstrafrecht mehr und mehr an Boden. Der Gegensatz von ziviler und krimineller Strafverfolgung wird zwar gelegentlich noch hervorgehoben, doch wird meist hinzugefügt, daß eine *actio poenalis civilis* gewohnheitsrechtlich nicht mehr statthabe¹¹⁵. Eine Ausnahme machen die Klagen auf Abbitte und Widerruf bei der mündlichen Beleidigung. Abbitte und Widerruf erscheinen zwar jetzt als Strafe¹¹⁶, nicht mehr als *reparatio* des ideellen Schadens, werden aber dennoch nur auf private Initiative hin gewährt und scheiden aus dem öffentlichen Strafverfahren aus¹¹⁷. Die Zulässigkeit einer Verbindung beider bewahrt andererseits die Praxis vor unbequemen Konsequenzen dieses theoretischen Standpunkts¹¹⁸.

Die Unterscheidung von Vermögens- und Persönlichkeitsverletzungen hatte nur innerhalb des Privatstrafrechts Sinn und Bedeutung. Mit dessen Zurückdrängung war auch ihre Stunde gekommen. Damit war der Weg frei für eine neue Abgrenzung der einzelnen Tatbestände. Diese zeigt sich zunächst in der Auflösung des *iniuria*-Begriffes. Auch wo man an der gemeinsamen Bezeichnung noch festhält, wird nicht nur wie früher zwischen

¹¹² In den: *Elementa Iurisprudentiae Criminalis*. Halae 1757.

¹¹³ MEISTER, CHRIST. FRID. GEO.: *Principia Iuris Criminalis Germaniae communis* (Göttingen 1780) Sect. II Cap. 13 § 158; BOEHMER: *Observationes selectae ad Benedicti Carpovii Practicam Novam rer. crim. II ad quaest. 96 n. 7* (S. 85).

¹¹⁴ *De delictis adversus homines quae salutem violant publicam mediate . . . und . . . De delictis adversus homines quae salutem violant publicam immediate.*

¹¹⁵ KEMMERICH: *Synopsis Iuris Criminalis Lib. II Tit. 5 §§ 17 ff. bes. § 23* (S. 53); KOCH: *Institutiones Lib. II § 381* (S. 205); PÜTMANN: *Elementa Iuris Criminalis Lib. I Cap. 32 §§ 407 u. 408* (S. 191); MEISTER JUN.: *Principia Iuris Criminalis Germaniae Communis Pars I Lib. I Cap. VII § 60* (S. 46/7), *Pars II Lib. I Cap. X § 196 u. § 199* (S. 159—161), *Pars II Lib. I Cap. XII § 231* (S. 194), § 222 (S. 181); GAERTNER: *Institutiones Art. 110* (S. 248) § 2.

¹¹⁶ BOEHMER: *Observationes selectae ad Benedicti Carpovii Practicam Novam rerum criminalium II Obs. II ad quaest. 94 n. 17* (S. 84), *Obs. III ad quaest. 94 n. 67* (S. 85), *ad quaest. 95 n. 34* (S. 84); MEISTER SEN.: *a. a. O. § 151* (S. 85) (*Satisfactio privata*); KOCH: *a. a. O. § 378* (S. 204), § 383 (S. 206) (*Satisfactio privata*); MEISTER JUN.: *a. a. O. §§ 199—201* (S. 161 ff.) (*Satisfactio privata*).

¹¹⁷ BOEHMER: *Observationes II Obs. III ad quaest. 94 n. 67* (S. 85).

¹¹⁸ Vgl. schon CARPZOW.

iniuriae verbales und reales, sondern noch viel eindringlicher zwischen Realinjurien und Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit unterschieden¹¹⁹. Nur die erstere ist *laesio existimationis* und setzt einen *animus iniuriandi* voraus¹²⁰. Bald wird die Trennung auch äußerlich vollzogen. Körperverletzung und Beleidigung werden in besonderen Kapiteln, oft nicht einmal mehr in unmittelbarem Zusammenhang erörtert¹²¹.

Neben die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Ehre und der familienrechtlichen Beziehungen tritt bei dem älteren MEISTER¹²² innerhalb der Privatdelikte eine Gruppe von Tatbeständen, die unter dem Stichwort *rebus alterius damnosa* zusammengefaßt werden und als solche vor allem in Gegensatz zur Verletzung der Person treten. Hierzu rechnet er *incendium, furtum, plagium, rapina, falsum, termini motio, praevaricatio, concussio* und *usuria pravitatis*, also im wesentlichen diejenigen Delikte, welche man heute meist als Vermögensverbrechen (i. w. S.) bezeichnet. Diese Unterscheidung aber hat mit dem älteren Gegensatz von Vermögens- und Persönlichkeitsverletzungen nichts mehr zu tun. Das kann nicht eindringlich genug betont werden. Nicht mehr das letztlich verletzte Interesse, sondern das unmittelbar verletzte Rechtsgut entscheidet über die systematische Stellung des Tatbestandes¹²³.

In der Lehre vom Diebstahl setzt sich die Unterscheidung zwischen dem Diebstahl i. e. S. und der Unterschlagung endgültig durch¹²⁴. Gleichzeitig verschwinden allmählich die aus dem römischen Recht entlehnten Sonder-

¹¹⁹ KEMMERICH: a. a. O. Lib. II Tit. 5 (S. 47) (De Violatione Corporis et Existimationis, sive de iniuriis); PÜTTMANN: a. a. O. Cap. 27 (S. 186) § 396 beschränkt sich auf die ältere Unterscheidung.

¹²⁰ KOCH: Institutiones Lib. II Cap. 27 § 421 (S. 221).

¹²¹ ENGAU: Elementa Iuris Crim. Lib. I Tit. 22: De iniuriis — Tit. 25: De iniuriis corpus afficientibus, praesertim de alapa et vulneribus; MEISTER SEN.: a. a. O. Sect. II Pars II Cap. X: De violatione corporis et duello. — Cap. XI: De iniuriis; KOCH: a. a. O. Lib. II Cap. 22: De iniuriis earumque poenis. — Cap. 27: De violatione corporis, speciatim de vulnere eiusque poena; MEISTER JUN.: a. a. O. Pars II Lib. I Cap. 7: De violatione corporis. — Cap. 10: De iniuriis; DORN, JOHANN LORENZ: Versuch eines praktischen Kommentars über das peinliche Recht Bd. I Tit. XVI (S. 325 ff.) § 113.

¹²² A. a. O. Cap. XIII ff. Der zitierte Ausdruck findet sich in der Inhaltsübersicht II 2 E.

¹²³ Hieraus hat sich der moderne strafrechtliche Vermögensbegriff entwickelt. Eingehender darüber im Kapitel über die Aufklärung, wo auch der Ausdruck „Vermögen“ auftaucht, und im dogmatischen Teile. Vgl. auch schon KEMMERICH: Synopsis Juris Criminalis Lib. II Tit. VI (S. 56) § 1 „respectu bonorum“.

¹²⁴ KEMMERICH: a. a. O. Tit. VII (S. 64) § 19, obwohl der Verf. S. 59 § 1 an der alten Definition festhält; BOEHMER: Elementa Sect. II Cap. XIII § 159 (S. 333) (anders wohl Observation. P. II Obs. 1 ad quaest. 85 n. 17 (S. 69), Obs. III qu. 135 n. 73 (S. 70) und besonders eindringlich: Comm. ad art. 157 § IV mit Hinweisen auf die historische Entwicklung; vgl. auch § II); ENGAU: a. a. O. Lib. I Tit. VII § 93 (S. 63), § 101 (S. 67); DORN: a. a. O. I § 133 (S. 385 f.); PÜTTMANN: a. a. O. Cap. 28 (S. 198 ff.) § 420 u. § 428; KOCH: a. a. O. Lib. II Cap. 1 § 172 (S. 86), § 175 (S. 89); MEISTER JUN.: a. a. O. Cap. XII (S. 170) §§ 211/2, 228. A. A. noch MEISTER SEN.: a. a. O. Sect. II Pars II Cap. XIII § 165 (S. 93).

tatbestände des *peculatus*, des *crimen residui*, des *furtum balnearium* u. a. m.¹²⁵. Doch bleibt die vermögensrechtliche Natur des *furtum* insofern erhalten, als die Absicht des Diebes auch jetzt noch auf die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteiles gerichtet sein muß¹²⁶. Allerdings soll es genügen, wenn er mittelbar erzielt wird, womit die für das römische Recht charakteristische Beziehung zwischen Vermögensschaden und Vermögensvorteil bewußt aufgegeben wird¹²⁷.

Bei der Bewertung des Diebstahlsubjekts bleibt die streng objektive Richtung herrschend. Die Berücksichtigung des Affektionsinteresses wird stets ausdrücklich abgelehnt¹²⁸. Damit kommt man dem Bedürfnis nach Einschränkung der Todesstrafe entgegen, ohne daß daraus völlige Schutzlosigkeit gefolgert werden dürfte, da ja die Voraussetzungen eines *furtum parvum* in solchen Fällen stets gegeben sind. Andererseits scheint nunmehr festzustehen, daß bei der Bewertung von Körperverletzungen auch die erlittenen Schmerzen sowie sonstige Affektionsschäden Berücksichtigung finden¹²⁹.

Die Fragen der aktiven Vererblichkeit und der Konkurrenz finden nur selten, und dann meist im Zusammenhang mit den Klagen auf Widerruf und Abbitte Erwähnung¹³⁰.

In der *falsum*-Lehre wird die Definition der Italiener beibehalten¹³¹ und im Anschluß an LEYSER jeder Unterschied zwischen Fälschung und

¹²⁵ KEMMERICH: a. a. O. Lib. II Tit. VIII (S. 67); BOEHMER: *Elementa* Sect. II Cap. XIII § 164 (S. 336) lit. c; KOCH: a. a. O. Lib. II Cap. I § 184 (S. 95); MEISTER SEN.: Sect. II Pars II Cap. XIII § 165 (S. 93). Anders: MEISTER JUN.: a. a. O. Cap. XIII §§ 232 ff., Pars II Lib. II Cap. V §§ 339 ff. (S. 293).

¹²⁶ BOEHMER: *Elementa* Sect. II Cap. XIII § 157 (S. 339); MEISTER SEN.: a. a. O. Cap. XIII (S. 95) § 170; MEISTER JUN.: a. a. O. Cap. XII § 213 (S. 172); DORN: a. a. O. I § 139 (S. 405 ff.).

¹²⁷ KOCH: *Institutiones* Lib. II Cap. I § 180 (S. 93); QUISTORP: *Grundriß des deutschen Peinlichen Rechts* Bd. I (4. Aufl.) § 346 (S. 715).

¹²⁸ KEMMERICH: a. a. O. Tit. VII § 8 (S. 61); BOEHMER: *Meditationes*, ad Art. 160 § X; *Observationes* P. II Obs. III ad qu. 78 n. 20 (S. 52), Obs. I ad quaest. 80 n. 7 (S. 59); DORN: a. a. O. I § 144 δ (S. 431); ENGAU: a. a. O. I Tit. VII § 105 (S. 69), § 106 (S. 70); MEISTER SEN.: a. a. O. Sect. II Pars II Cap. XIII § 176 (S. 99); KOCH: a. a. O. Lib. II Cap. I § 197 (S. 104), § 198; PÜTTMANN: a. a. O. Cap. 28 § 425 (S. 201); RICHTER: *Institutiones* Sect. II Cap. 35 § 810/1 (S. 168); QUISTORP: a. a. O. § 353 (S. 732); MEISTER JUN.: a. a. O. Cap. XII § 217 (S. 176 f.). A. A.: PUFENDORF, FRID. ESAIAS: *Observationes iuris universi* Tom. II Obs. 145 (S. 365/6).

¹²⁹ KEMMERICH: a. a. O. Lib. II Tit. 5 (S. 48) § 3; ENGAU: a. a. O. Cap. XXV § 316 (S. 176); MEISTER SEN.: a. a. O. Cap. X § 136 (S. 77); KOCH: a. a. O. Lib. II Cap. 27 §§ 426 u. 427 (S. 223); PÜTTMANN: a. a. O. Lib. I Cap. XXVII § 412 (S. 193); RICHTER: a. a. O. Sect. II Cap. VI § 355 (S. 86); PUFENDORF, FRID. ESAIAS: a. a. O. Tom. IV Obs. 51 (S. 67); DORN: a. a. O. I § 115 (S. 329).

¹³⁰ BOEHMER: *Observationes* II Obs. I ad qu. 94 n. 17; RICHTER: a. a. O. Sect. II Cap. VI § 349 (S. 85). A. A. PÜTTMANN: a. a. O. Cap. XXVII § 412 (S. 193).

¹³¹ GAERTNER: a. a. O. Artt. 112/3 (S. 257); KEMMERICH: a. a. O. Lib. II Tit. X § 1 (S. 72); MEISTER SEN.: a. a. O. Cap. XVI § 201 (S. 118); ENGAU: a. a. O. Tit. 39 § 441

Stellionat geleugnet¹³². Die Beschränkung auf Vermögensschäden wird meist ohne nähere Begründung vorausgesetzt, bleibt aber auch jetzt streitig¹³³. Die Aushilfsfunktion übernehmen weiterhin die Artt. 105 u. 106 der CCC. Abschließende Begriffsbestimmungen werden auch hier nicht erreicht; doch läßt sich nicht leugnen, daß gegenüber dem Wirrwarr der vorhergehenden Epoche eine Klärung der Sachlage eingetreten und vor allem die Zahl der streitigen Punkte erheblich vermindert worden ist.

II. Die Theorie des Strafrechts im Zeitalter der Aufklärung.

Wie weit ein System positiver Rechtssätze aus dem reinen Denken entwickelt werden kann, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Die Rechtswissenschaft der Aufklärung hat diesen Versuch niemals unternommen. Ihr kriminalpolitisches Programm hat sie durch kritische Haltung gegenüber dem geltenden Recht zum Ausdruck gebracht, ihre systematischen Tendenzen und Neigungen durch dessen folgerichtigen Ausbau befriedigt. Deshalb stellt auch die Theorie der Aufklärung keinen Bruch mit dem bisher Gewesenen, sondern eine Fortentwicklung, einen Fortschritt auf dem Boden des Gegebenen dar.

Für die kritische Erörterung des Besonderen Teiles ergibt sich damit — zunächst einmal von allem Detail abgesehen — die entscheidende Fragestellung aus dem bisher Gesagten von selbst. Das Bedürfnis nach Systemreinheit zwingt zu grundsätzlicher Stellungnahme zwischen römischem und deutschem Recht. Der 200jährige Kampf beider Systeme nähert sich seinem Abschluß, die endgültige Auseinandersetzung beginnt. Aber die Entscheidung ist durch die späte, bereits vom Naturrecht beeinflusste Entwicklung des gemeinen Rechts bis zu einem gewissen Grade präjudiziert. Dem Umschwung in der materiellen Ausgestaltung der einzelnen Deliktstatbestände während der zweiten folgt die formelle Liquidation der römischen Systematik in der dritten Periode. Indem die Aufklärung im Grunde das neuere System für „*das vernunftgemäße*“ erklärt, es auch vor dem Forum der Vernunft legitimiert, besiegelt sie das Schicksal des römischen Rechts und verhilft dem deutschen Prinzip zur endgültigen Anerkennung.

(S. 245); KOCH: a. a. O. Cap. 39 § 531 (S. 275); RICHTER: a. a. O. Sect. II Cap. IX § 383 (S. 91); QUISTORP: a. a. O. § 405 (S. 849); PÜTTMANN: a. a. O. Cap. 36 § 524 (S. 254); MEISTER JUN.: a. a. O. Cap. XV § 241 (S. 204), § 242 (S. 204/5); DORN: a. a. O. I § 159 (S. 486).

¹³² KEMMERICH: a. a. O. Lib. II Tit. X § 8 (S. 74); BOEHMER: Meditationes Art. 112 (S. 383) § I u. II; Elementa Cap. 31 (S. 447 ff.) §§ 323 ff.; Observationes II Obs. 2 qu. 93 (S. 81/2); MEISTER SEN.: a. a. O. Cap. XVI § 203 (S. 118/9); KOCH: a. a. O. Cap. 39 § 532 (S. 275); PÜTTMANN: a. a. O. Cap. 36 (S. 254) §§ 525 u. 526; DORN: a. a. O. I § 159 (S. 486/7); QUISTORP: a. a. O. § 405 (S. 849); im Ergebnis auch MEISTER JUN.: a. a. O. § 144 (S. 206).

¹³³ ENGAU: a. a. O. Cap. 39 § 445 (S. 247) „res sanitati noxiae“; BOEHMER: Observationes II Obs. II ad qu. 93 n. 15 (S. 82 „sollicitatio alienarum nuptiarum“).

Die Unterscheidung von *delicta publica* und *delicta privata* ist verschwunden, die öffentliche Natur des Strafrechts allgemein anerkannt¹³⁴. Andererseits gilt der Systematik des Besonderen Teiles die Aufmerksamkeit aller Bearbeiter in erhöhtem Maße. Das entspricht einer allgemeinen Tendenz jener Zeit, aber auch ganz speziellen kriminalpolitischen Forderungen, weil dadurch die Herausbildung schärferer Tatbestandstypen gefördert und so die Ausbildung von Wertverhältnissen zwischen Verbrechen und Strafen sowie die Beschränkung der richterlichen Auslegungsfreiheit ermöglicht wird. Von geringfügigen Ausnahmen abgesehen liegt deshalb den Erörterungen über einzelne Probleme des Besonderen Teiles ein logisch geschlossener Aufbau sämtlicher Deliktstatbestände zugrunde¹³⁵.

Dabei gelangt man trotz der Unabhängigkeit vom geltenden Recht im allgemeinen zu durchaus ähnlichen Ergebnissen. Nach anfänglichem Schwanken setzt sich die Zweiteilung (unmittelbare Verletzungen gesellschaftlicher Interessen oder Staatsverbrechen — mittelbare Verletzungen gesellschaftlicher Interessen oder Privatverbrechen) gegenüber der Dreiteilung (Verbrechen gegen Gott, Staat und Mitbürger) endgültig durch¹³⁶.

Innerhalb der Privatverbrechen erscheinen als selbständige Tatbestände die Vernichtung des Lebens, die Verletzung des Körpers, die Entziehung der Freiheit und die Verletzung der Ehre¹³⁷, bisweilen zu einer Untergruppe

¹³⁴ Eine Ausnahme macht WESTPHAL: *Das Criminalrecht* (1785) S. 92 Anm. 22.

¹³⁵ Zu vergleichen NETTELBLADT, DANIEL: *Systema elementare universae iurispudentiae naturalis* . . . 1749, der seinerseits stark vom Naturrecht abhängig ist; ENGELHARD, REGNER: Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet. 1756; CLAPROTH, JUSTUS: Ohnmasgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches. 1773; GLOBIG und HUSTER: Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. Preisschrift 1783; GLOBIG und HUSTER: Vier Zugaben. 1785; GLOBIG: System einer vollständigen Gesetzgebung. 2. Aufl. I. Theil. 1815; GRAEBE, CARL OTTO: Über die Reformation der peinlichen Gesetze . . . 1784; WIELAND: Geist der peinlichen Gesetze. 1783/4; GMELIN: Grundsätze über Verbrechen und Strafen. 1785; WESTPHAL: *Das Criminalrecht*. 1785; PFLAUM: Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung. 1793; BESEKE: Entwurf. 1785 (S. 95).

¹³⁶ Zweiteilung: EGGERS: Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches (1808) Übersicht S. III, VI; ENGELHARD: a. a. O. § 216 (S. 276) u. § 217 (S. 277); GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 167 u. 178; GLOBIG und HUSTER: Zugaben II S. 49; GLOBIG: System, Übersicht S. LXVII—LXVIII; WIELAND: a. a. O. Theil II 5. Abschnitt §§ 342 ff; GMELIN: a. a. O. § 12 (S. 22/3). Dreiteilung: GRAEBE: a. a. O. S. 59—75; BESEKE: Entwurf S. 95 ff. (nicht so scharf).

¹³⁷ NETTELBLADT: a. a. O. Pars. I Cap. II Membrum 3 Tit. VII (S. 212) u. Tit. IX (S. 218); ENGELHARD: a. a. O. § 231 (S. 298) u. § 338 ff. (S. 469 ff.) (bei E. steht allerdings die Ehre in einer engeren Verbindung mit dem „Vermögen“!); GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 194, 198 ff., 203 ff., Zugaben II S. 50/1; GLOBIG: System Tit. I (I. Abschnitt) Cap. 2—4 S. 67, 72, 75 (der Classe I). Allerdings zieht G. die Grenze zwischen Körperverletzungen und Realinjurien einfach nach der Schwere der zugefügten Verletzung.

Bei der Verletzung der Ehre wird (S. 75) ganz modern unterschieden zwischen „a) der Begehung durch Beschimpfung (bloße Ablegnung des Werths) und b) der Be-

Hirschberg, Vermögensbegriff im Strafrecht.

der Verletzungen der Person vereinigt¹³⁸. Ihnen gegenüber steht die Gruppe der „Gutsverletzungen“, für die der Ausdruck Beschädigung des „Vermögens“ allgemein üblich wird¹³⁹.

In terminologischer Hinsicht¹⁴⁰ ist das die Geburtsstunde des modernen strafrechtlichen Vermögensbegriffes. Vermögen ist der zusammenfassende Ausdruck für „äußere Güter“ oder, wie es bei ENGELHARD¹⁴¹ einmal heißt, „Güter des Glückes“. Mit dem Begriff der römischen *res familiaris*, welche der Unterscheidung von Sach- und Personenschaden, von vermögenserhaltenden und persönlichkeitschützenden Klagen zugrunde liegt, hat das nichts zu tun. *Res familiaris* bedeutet die Beziehung auf die Natur der verletzten Interessen, „Vermögen“ im Sinne der Aufklärungsjuristen kennzeichnet die Art der verletzten Gegenstände. Das hat man sich stets vor Augen zu halten, wenn man den Gegensatz der Systeme und die weitere Entwicklung verstehen will¹⁴².

In der Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände zeigt sich dieser Bedeutungswandel zunächst negativ darin, daß von einer Beschränkung der „Vermögensdelikte“ auf die Verletzung wirtschaftlicher, geldwerter Interessen nirgends die Rede ist, während andererseits die Schadensersatzpflicht bei Körperverletzungen und anderen persönlichen Verletzungen — wenn überhaupt — im Zusammenhang mit jenen zur Erörterung gelangt, dabei aber auf immaterielle Schäden (Schmerzensgeld) erstreckt wird¹⁴³. Im übrigen wird zwischen den einzelnen Arten derselben scharf geschieden, wobei neben

gehung durch Verläumdung (Erdichtung falscher Thatsachen, welche den Werth verletzen“.

WIELAND: a. a. O. § 482 (S. 194) u. § 494 (S. 208 f.); GMELIN: a. a. O. § 12 (S. 235) A 5 u. E — § 84 (S. 174) u. § 151 ff. (S. 268 ff.); SODEN: a. a. O. I § 290 (S. 330) u. II § 425 (S. 58); STELTZER: Lehrbuch § 268 (S. 128), Cap. 19 (S. 182 ff.) u. Cap. 21 (S. 199) [Seine Einordnung ist zweifelhaft; nach VON HIPPEL gehört er schon zum 19. Jahrh.]; PFLAUM: a. a. O. 27. Abschn. § 189 (S. 179) u. 193 ff. (S. 182 ff.); CLAPROTH: a. a. O. 3. Abschn. § 17 (S. 75) u. 6. Abschn. (S. 119); GRAEBE: a. a. O. §§ 43, 44, 45 (S. 80/3); BESEKE: a. a. O. IV A b, c, d (S. 102/4).

¹³⁸ ENGELHARD: § 218 (S. 278) u. § 231 (S. 298).

¹³⁹ ENGELHARD: a. a. O. § 231 (S. 298); GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 220, 222, 226; Vier Zugaben II S. 50; GLOBIG: System S. 99, 110; WIELAND: a. a. O. § 467 (S. 172), § 482 (S. 194), § 483 (S. 196); GMELIN: a. a. O. § 12 (S. 23) B, § 86 (S. 182), § 86/7 (S. 183), § 93 (S. 189), § 94 (S. 191), § 112 (S. 211), § 125 (S. 225); STELTZER: a. a. O. § 655 (S. 327), § 667 (S. 328); BESEKE: a. a. O. S. 105 lit. f, 108 Nr. 8; PFLAUM: Entwurf § 185 (S. 175).

¹⁴⁰ Sachlich ist der Begriff, welcher aus dem Naturrecht entstammt, bereits in der 3. Periode des gemeinen Rechts, insbesondere durch MEISTER SEN. entwickelt worden (vgl. oben S. 238).

¹⁴¹ A. a. O. § 286 (S. 384), wohl im Gegensatz zu den „angeborenen“ Gütern. Übrigens findet sich der gleiche Ausdruck bereits bei THOMASIVS: Drey Bücher von der Göttlichen Rechtsgelährtheit (1709) II B § 16 (S. 166).

¹⁴² Vgl. schon oben S. 238 und im dogmatischen Teile unten S. 315 ff.

¹⁴³ CLAPROTH: a. a. O. II. Hauptst. S. 123; PFLAUM: a. a. O. § 194—6 (S. 183—5), aber auch § 140 (S. 135); WESTPHAL: a. a. O. Anm. 89 § 1 (S. 411), ausdrücklich erwähnt nur wirtschaftlicher Schaden.

Leben, Körper und Ehre nunmehr meist auch die Freiheit als selbständiges Rechtsgut heraustritt¹⁴⁴.

In der Gruppe der „*Vermögens*“delikte (sie erscheinen jetzt in erster Linie als „*Rechts*“verletzungen, weniger als Sachverletzungen¹⁴⁵) spielt die Unterscheidung von Sachbeschädigung und Diebstahl die erste Rolle¹⁴⁶. Maßgebend ist der subjektive Tatbestand. Die Sachbeschädigung wird aus Muthwillen oder „*Boshaftigkeit*“ begangen, gelegentlich auch für strafwürdiger erachtet¹⁴⁷. Zum Diebstahl gehört die Zueignungs-¹⁴⁸ oder, wie andere meinen, „*gewinnsüchtige*“ Absicht¹⁴⁹. Da jedoch ein direkter Vorteil erstrebt werden muß, so besteht praktisch kein großer Unterschied¹⁵⁰. Die Frage, ob der Affektionswert für die Würdigung der Schwere des Verbrechens herangezogen werden dürfe, bleibt weiterhin streitig¹⁵¹; subjektiv kann er, wie GLOBIG¹⁵² einmal vollkommen zutreffend bemerkt, „*nur dann in Betracht kommen, wenn er auf den Dieb eben so, wie auf den Bestohlenen sich bezieht*“. Vom Diebstahl unterscheidet sich die Unterschlagung durch das Erfordernis des Gewahrsamsbruches; über den Grad und das Verhältnis der Strafwürdigkeit beider Delikte streitet man weiter¹⁵³. Rechtsentziehungen und die „*Verrückung der Gränzsteine*“ sind uneigentlicher Diebstahl¹⁵⁴.

¹⁴⁴ ENGELHARD: a. a. O. §§ 277 ff. (S. 369 ff.), § 338 (S. 469); GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 198 ff.; Vier Zugaben II S. 203; GLOBIG: System S. 85; GRAEBE: a. a. O. § 44 (S. 81); BESEKE: a. a. O. IV A c (S. 102); bezüglich der actio aestimatoria a. A. STELTZER: a. a. O. § 415 (S. 189).

¹⁴⁵ Bezeichnend: ENGELHARD: a. a. O. § 286 (S. 384), § 287 (S. 385), § 290 (S. 389); vor allem aber § 218 (S. 278): Korrespondenz von Recht und Pflicht; GLOBIG: System S. 94, 99; WIELAND: a. a. O. § 480 (S. 190); SODEN: a. a. O. I § 308 (S. 346); STELTZER: a. a. O. § 268 (S. 128), § 593 (S. 292 „Eigenthum“).

¹⁴⁶ NETTELBLADT: a. a. O. §§ 455—8 (S. 215/6); ENGELHARD: a. a. O. § 334 (S. 463); CLAPROTH: a. a. O. S. 77, 95; GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 210, 217; GLOBIG: System S. 86, 94; GMELIN: a. a. O. §§ 86/7 (S. 183), § 93 (S. 189 f.); SODEN: a. a. O. § 314 (S. 351); BESEKE: a. a. O. S. 105/7 lit. f, I, 8; PFLAUM: Entwurf § 140 (S. 135), § 185 (S. 175); EGGERS: a. a. O. § 135 (S. 188), § 1035 (S. 206).

¹⁴⁷ ENGELHARD: a. a. O. § 334 (S. 463/4).

¹⁴⁸ ENGELHARD: a. a. O. § 287 (S. 385); NETTELBLADT: a. a. O. § 457 (S. 216); CLAPROTH: a. a. O. S. 77 § 1.

¹⁴⁹ GLOBIG: System S. 86; GMELIN: a. a. O. § 93 (S. 189); WESTPHAL: a. a. O. Anm. 53 (S. 141), Anm. 102 § 6 (S. 531); SODEN: a. a. O. I § 307 (S. 346), § 314 (S. 352); STELTZER: a. a. O. § 595 (S. 294); PFLAUM: a. a. O. § 140 (S. 135); QUISTORP: Ausführlicher Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen [1782] II § 179 (S. 203); EGGERS: Entwurf § 935 (S. 188).

¹⁵⁰ WESTPHAL: a. a. O. Anm. 53 § 3 (S. 144); typisch: STELTZER: a. a. O. § 595 lit. e (S. 294). Anders SODEN: a. a. O. I § 314 (S. 351); WIELAND: a. a. O. § 483 (S. 196) bezügl. Betrug i. e. S.

¹⁵¹ Dafür RIEGGER: Vom Geist der Criminalgesetze (1777) S. 35 (X); WIELAND: a. a. O. § 467 (S. 172); SODEN: a. a. O. I § 334 (S. 373). Dagegen STELTZER: a. a. O. §§ 601/2 (S. 297/8); QUISTORP: a. a. O. I § 179 (S. 203).

¹⁵² GLOBIG: System S. 88 n. 14.

¹⁵³ NETTELBLADT: a. a. O. § 457 (S. 216); ENGELHARD: a. a. O. § 291 (S. 390 ff.); GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 210, 217; Vier Zugaben II S. 206 ff., 213; SODEN:

Seine schärfste Ausprägung aber findet der Wechsel des systematischen Standpunkts in der Anerkennung von „*Verbrechen mit mehrfacher Wirkung*“¹⁵⁵. Das liegt im Wesen des neuen Systems und bedeutet letzten Endes nur die Wiedergeburt der „*komplexen Tatbestände*“ des alten deutschen Rechts¹⁵⁶.

So erscheint der Raub als besonders schwerer, durch das Moment der Gewalt charakterisierter Fall der Entwendung¹⁵⁷; oder aber er wird als gleichzeitige Verletzung von Freiheit und Eigentum zu den „*gemischten Verbrechen*“ gerechnet¹⁵⁸. Ebenso ist die Erpressung bald qualifizierte Eigentumsverletzung¹⁵⁹, bald Beeinträchtigung von Freiheit und Eigentum und deshalb gemischtes Verbrechen¹⁶⁰. Durch gewaltsame Entsetzung aus dem unbeweglichen Besitztum werden gleichzeitig Freiheit und Ehre in Mitleidenschaft gezogen¹⁶¹. Andererseits geht die in jeder Rechtsentziehung liegende Freiheitsberaubung¹⁶², die in jeder Körperverletzung liegende Beschimpfung in jenen spezielleren Tatbeständen auf¹⁶³.

Zum kriminalpolitischen Programm der Aufklärung gehört der Satz, daß es Aufgabe der Rechtsordnung sei, das Individuum gegen die Willkür des Staates zu schützen. Daher die Bindung des Richters an das Gesetz, daher das Verbot von Analogieschlüssen und (gelegentlich) extensiver Interpretation¹⁶⁴, daher endlich die Forderung exakter, scharf abgegrenzter Tat-

a. a. O. I §§ 120/I (S. 156), § 310 (S. 346/7). ANDERS CLAPROTH: a. a. O. S. 77/8; PFLAUM: a. a. O. § 142 (S. 137) [§ 155 (S. 149)].

¹⁵⁴ ENGELHARD: a. a. O. § 290 (S. 389), §§ 330/I (S. 458/9). Manche rechnen die Grenzverrückung noch zum Betrug; so z. B. GMELIN: a. a. O. § 112 (S. 211); SODEN: a. a. O. I § 356 (S. 391); STELTZER: a. a. O. § 674 (S. 337 — Fälschung); als selbstständiges Delikt erscheint sie bei QUISTORP: a. a. O. I §§ 113/4 (S. 128/9).

¹⁵⁵ GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 220; Vier Zugaben II S. 54; STELTZER: a. a. O. § 268 (S. 128).

¹⁵⁶ Vgl. oben S. 165 ff.

¹⁵⁷ ENGELHARD: a. a. O. § 322 (S. 449); PFLAUM: Entwurf § 124 (S. 117); QUISTORP: a. a. O. § 162 (S. 183); GMELIN: a. a. O. § 125 (S. 225); EGGERS: a. a. O. § 1003 (S. 200); STELTZER: a. a. O. § 593 (S. 292), § 640 (S. 321); WIELAND: a. a. O. § 471/2 (S. 179 ff.).

¹⁵⁸ GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 225/6; Vier Zugaben II S. 54; GLOBIG: System, Übersicht S. LXVII u. S. 95 ff.; SODEN: a. a. O. I § 337 (S. 375).

¹⁵⁹ GMELIN: a. a. O. § 125 (S. 225) (Vermögensverletzung); WESTPHAL: a. a. O. Anm. 102 (S. 531) (nicht ganz klar); STELTZER: a. a. O. § 593 (S. 292); EGGERS: a. a. O. § 1028 (S. 205).

¹⁶⁰ GLOBIG: System S. 109.

¹⁶¹ GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 226/7; GLOBIG: System, Übersicht S. LXVII u. S. 98.

¹⁶² GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 199.

¹⁶³ GLOBIG und HUSTER: Preisschrift S. 203 Anm.

¹⁶⁴ Über die Stellung der Aufklärung zu dem Satze: *nulla poena sine lege* vgl. v. HIPPEL: Deutsches Strafrecht I S. 276 V 1, S. 286; GÜNTHER: Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter, Arch. für Krim. Anthropol. Bd. 28 S. 273; FISCHL: Der Einfluß der Aufklärung auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen

bestandstypen¹⁶⁵. Gesetzliche Vorschriften wie die Artikel 104 u. 105 CCC mußten deshalb ebenso unerwünscht erscheinen wie die Existenz von Aushilfsverbrechen nach Art des römischen *Stellionats*¹⁶⁶. Die Beschränkung des letzteren auf den *dolus specialis*, die Begehungsform der Täuschung, ist die notwendige Konsequenz solcher Anschauung. Da andererseits für die Begriffsbestimmung des *falsum* nur die Definition der Italiener zur Verfügung steht, so ergibt sich daraus die Gleichsetzung von Fälschung und — wie man nun meist sagt — Betrug.

Auf dieser Basis entsteht nun — wohl infolge jener allgemeinen Tendenz zu exakter Tatbestandsbestimmung — das Problem des Betrugers, die Frage nach dem Objekt des Delikts. Daß die Täuschung als solche nur ein Mittel der Tatbestandsverwirklichung ist und deshalb an sich Grundlage sehr verschiedenartiger Rechtsgüterverletzungen sein kann, ist eine den meisten Bearbeitern durchaus geläufige Vorstellung. Von vielen wird deshalb das Delikt ganz ausdrücklich als Verbrechen mit unbestimmtem Verletzungsobjekt zu den sog. „*gemischten Verbrechen*“ gerechnet¹⁶⁷. Andere beschränken den Terminus Betrug auf die „*Verletzung des Vermögens in Vorteilsabsicht*“ und stellen ihn deshalb — von ihrem Standpunkt aus vollkommen zutreffend — in Parallele zum Diebstahl¹⁶⁸. Als besonders ausgezeichnete Fälle erscheinen dann bisweilen die Grenzverrückung, der Meineid, das falsche Zeugnis, die falsche Anklage, Prävarikation, betrügerlicher Bankrott (oft als Sonderfall des Kreditbetruges) u. a. m.¹⁶⁹. Auf dieser Grundlage spielt sich alsdann im

Reformversuchen — Strafrechtliche Abhandlungen H. 37 (Breslau 1913) — S. 39; Als Quelle z. B. BECCARIA: *Trattato dei delitti e delle pene* § 3; CLAPROTH: Entwurf §§ 2/3 (S. 2); QUISTORP: Entwurf I § 5 (S. 6/7). [Vgl. FEUERBACH: *Rev.* I 63, 109, 146, 203, 342, II 14, 33.]

Über die weitergehende auslegungsfeindliche Tendenz jener Zeit: v. HIPPEL: a. a. O. S. 266; GÜNTHER: a. a. O. S. 151 A. 5; S. 152 Anm. 1, 4. Als Quellen z. B. BECCARIA: a. a. O. § 4; MONTESQUIEU: *Esprit* XI 6; BENTHAM: *Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung* [Herausgeg. von ETIENNE DUMONT, bearb. von BENECKE] I S. 93/94; GLOBIG und HUSTER: *Abhandlung der Kriminalgesetzgebung (1785)* S. 29/32; FEUERBACH: *Revision a. a. O. Präzise Gesetze* fordert auch FRIEDRICH d. Gr.: *Oeuvres* IX S. 32.

¹⁶⁵ Man vgl. auch FEUERBACH: *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuch* Teil III S. 11 ff.

¹⁶⁶ Anders noch STELTZER: a. a. O. § 98 (S. 46).

¹⁶⁷ GLOBIG und HUSTER: *Preisschrift* S. 220, 222 (die Bem. S. 216 ist terminologisch unklar); GLOBIG: *System, Übersicht* S. LXVIII u. S. 99; WIELAND: a. a. O. §§ 480, 482, 483 (S. 190 ff.); STELTZER: a. a. O. § 593 (S. 292), § 654 (S. 326, 327); PFLAUM: a. a. O. § 163 (S. 157 f.). Als Begehungsformen erscheinen daneben gelegentlich auch: Zauberei und Gewalt [ENGELHARD: a. a. O. § 232 (S. 298)]; GLOBIG und HUSTER: *Preisschr.* S. 220; GLOBIG: *System* S. 110; GMELIN: a. a. O. § 124 (S. 225); SODEN: a. a. O. I § 129 (S. 165)].

¹⁶⁸ RIEGGER: a. a. O. X (S. 34); v. REDER: *Das peinliche Recht (1784)* IV § 305 (S. 38); GMELIN: a. a. O. § 12 (S. 22), § 93 (S. 189), §§ 106 ff. (S. 205 ff.); WESTPHAL: a. a. O. Anm. 98 (S. 476) (§ 1)?; SODEN: a. a. O. I §§ 347—352 (S. 382 ff.); ENGELHARD: a. a. O. § 332 (S. 460). Vgl. auch STELTZER: a. a. O. § 655 (S. 327).

¹⁶⁹ CLAPROTH: a. a. O., aber als Verbrechen gegen den Staat; RIEGGER: a. a. O.

19. Jahrhundert der Kampf um die endgültige Ausgestaltung des Tatbestandes ab.

III. Fortbildung des gemeinen Rechts durch die Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts.

Den Wendepunkt in der Entwicklung stellt KLEINSCHRODS Versuch dar, die „*Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*“ systematisch zu entwickeln¹⁷⁰. Mit ihm beginnt deshalb die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts¹⁷¹. Die Verdienste dieser Epoche liegen bekanntlich in erster Linie auf dem Gebiete des Allgemeinen Teiles; hier hat sie — unter dem Einflusse der kritischen Philosophie — Unvergängliches geleistet. Daneben tritt das Interesse für die Fragen des Besonderen Teiles offensichtlich etwas zurück¹⁷²; über die Ergebnisse der vorhergehenden Periode ist man — jedenfalls was die hier zur Erörterung stehenden Fragen betrifft — weder in der Problemstellung noch in der Problemlösung erheblich hinausgekommen.

Soweit sich Fortschritte feststellen lassen, sind sie vor allem erkenntnistheoretischer und dogmatisch-kritischer Natur. Streitfragen des Details werden in größere Zusammenhänge eingeordnet und erlangen so grundsätzliche Bedeutung. Auch darin zeigt sich die allgemeine philosophische Haltung der Zeit.

Das Interesse für die Systematik bleibt weiterhin rege. Das ist um so bedeutsamer, als man ja nicht mehr — wie die Jurisprudenz der Aufklärungszeit — frei im Raume schaltete und waltete, sondern sich einem durch das positive Recht gegebenen Material gegenüber sah. Kaum eines der zahlreichen Lehrbücher unterläßt es, die Grenzen und die Bedeutung der Klassifikation einer Erörterung zu unterziehen¹⁷³.

XIX (S. 65); GLOBIG: System S. 104; v. REDER: a. a. O. §§ 33—36 (S. 40—45); GMELIN: a. a. O. §§ 110—123 (S. 209—224); WESTPHAL: a. a. O. Anm. 99 ff. (S. 512 ff.); SODEN: a. a. O. I §§ 348 ff. (S. 384 ff.); WIELAND: a. a. O. § 480 ff. (S. 190 ff.); STELTZER: a. a. O. § 662 ff. (S. 330 ff.); PFLAUM: a. a. O. § 165 (S. 159); QUISTORP: a. a. O. §§ 204 ff. (S. 228 ff.). Anders noch EGGERS: a. a. O. § 1040 ff. (S. 207 ff.).

¹⁷⁰ KLEINSCHROD: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung. 1794—1796.

Ähnlich KLEIN: Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft (1797) S. 259: „Die vermöge der Staatsgewalt bestehenden Gesetze enthalten entweder eine bloße Auslegung und Anwendung der natürlichen Gesetze, oder sie gelten nach Art eines Vertrages“.

¹⁷¹ SCHAFFSTEIN: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (1930) S. 21.

¹⁷² Man vgl. FEUERBACH: Lehrbuch § 161.

¹⁷³ Besonders lehrreich BAUER: Lehrbuch des Strafrechts (2. Aufl. 1833) § 159 (S. 234); MAREZOLL, THEODOR: Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage

Bisweilen geht man noch einen Schritt weiter. Das System selbst wird Gegenstand der Betrachtung, wird Problem. Die Ergebnisse dieser Betrachtungen sind überraschend modern. Ich zitiere eine Bemerkung ABEGG¹⁷⁴:

„Unterscheiden wir nemlich bei den jetzt s.g. Privatverbrechen, sofern sie nach dem Gegenstande der Verletzung oder des Angriffs bestimmt werden, wobei wir also nicht die Römische, auf anderen Gründen beruhende Unterscheidung im Sinn haben, zwei Haupt-Klassen, Verbrechen gegen die Person als solche, und Verbrechen gegen die der Person zustehenden Rechte, so werden wir bei einer näheren Betrachtung der Qualitäten der Person, die vereint dieselbe als seine Individualität darstellen, gegen jede einzelne Eigenschaft eigene mögliche verbrecherische Richtungen anzuerkennen haben.“

Fast noch präziser wird der gleiche Gedanke von BAUER formuliert¹⁷⁵:

„Die Verbrechen wider Einzelne sind sämtlich Rechtsverbrechen und lassen sich also nach Verschiedenheit des Gegenstandes, d.h. des Rechts, wider welches sie gerichtet sind, auf eine sehr natürliche Weise ordnen. Es ist daher mit denen, welche wider die Person begangen werden, der Anfang gemacht, worauf die Verletzungen der Vermögensrechte folgen.“

Damit ist alles gesagt, was zur Systematik des Besonderen Teiles für uns bedeutsam wird. Es besteht ein Gegensatz zwischen dem modernen System und der Anordnung des Römischen Rechts. Er beruht darauf, daß die Klassifikation der Neueren auf der „*Verschiedenheit des Gegenstandes*“, d. h. des Angriffsobjekts¹⁷⁶ beruht. Die sog. Privatverbrechen zerfallen deshalb in zwei Gruppen, von denen die eine die Verletzungen der Person umfaßt, während die andere das „*Vermögen*“ im früher erörterten Sinne zum Gegenstande hat. Daraus ergibt sich die Gruppe der sog. Vermögensdelikte, die — je nach der Art des verletzten Vermögensrechtes¹⁷⁷ — eine größere Zahl einzelner Deliktstatbestände in sich schließt.

In der Gruppe der „*wider die Person*“ gerichteten Verbrechen erscheinen neben der Tötung Gesundheitszerstörung, Eingriffe in die Freiheit und Ehr-

der neueren deutschen Strafgesetzgebungen (3. Aufl. 1856) § 18 (S. 227ff.); MITTERMAYER: Anmerkungen zu FEUERBACH (14. Aufl. 1847) § 161 (S. 264ff.).

Die eingehendste Erörterung dieser Fragen bei ABEGG: Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besonderen Theiles des deutschen Strafrechts im Verhältnis zu den Quellen des positiven Rechts (Archiv des Criminalrechts N. F. 1835 S. 367—416); ROSSHIRT: Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts (1828) § 87 (S. 506ff.); STÜBEL: System des Allgemeinen Peinlichen Rechts Bd. II (1795) § 490 (S. 179); TEMME: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts (1876) § 205 (S. 337), § 120 (S. 202).

¹⁷⁴ Beitrag zur Kritik der Lehre von dem sog. Verbrechen gegen die Geisteskräfte (Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, Breslau 1830) S. 381.

Vgl. auch ZACHARIÄ: Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechts (1805) §§ 55/6 (S. 45), bes. II (S. 47): „Von den zusammengesetzten Verbrechen“.

¹⁷⁵ Lehrbuch des Strafrechts (2. Aufl. 1833) § 159 (S. 235) A c. Vgl. auch die Ausführungen bei TEMME: Die Lehre vom Diebstahl nach Preussischem Rechte (1840) § 4 (S. 35).

¹⁷⁶ Der gleiche Ausdruck bei ABEGG: a. a. O. (Anm. 174) S. 381.

¹⁷⁷ Vgl. z. B. FEUERBACH: Lehrbuch § 315.

verletzungen als selbständige Tatbestände. Die Auflösung des iniuria-Begriffes ist so allgemein, daß sie kaum mehr der Rechtfertigung bedürftig erscheint¹⁷⁸. Terminologisch wird der Ausdruck *Injurien* den Beleidigungen vorbehalten¹⁷⁹. An Stelle der „*Körperverletzung*“ erscheint die „*Gesundheitsbeschädigung*“, um klarzustellen, daß auch Beeinträchtigungen der geistigen Gesundheit hierher zu rechnen seien¹⁸⁰. Interessant ist in diesem Zusammenhange wiederum, daß ABEGG die einheitliche Zusammenfassung dieser beiden Arten der Gesundheitsbeschädigung durch die Berufung auf die „*Einheit des Angriffsobjekts*“ rechtfertigt¹⁸¹.

Innerhalb der Gruppe der Vermögensverletzungen bedarf die begriffliche Trennung von Diebstahl und Unterschlagung nach dem bisher Gesagten kaum der Hervorhebung. Angezweifelt wird sie — soweit ich sehe — von keiner Seite¹⁸². Dazu tritt die Sachbeschädigung im hergebrachten Sinne. Da ja — infolge der systematischen Grundauffassung — ihr Objekt im Prinzip das gleiche sein muß, so unterscheiden sich diese Delikte voneinander teils durch die das Verhalten des Täters bestimmende Absicht, teils durch die Form und die Modalitäten der Handlung¹⁸³.

Objekte des Diebstahls sind fremde Sachen. Soweit zwischen großem und kleinem Diebstahl unterschieden wird, ist der Wert des entwendeten Gegenstandes maßgebend. Er ist nach rein objektiven Gesichtspunkten zu berechnen. Das *pretium affectionis*, nach einigen sogar auch die individuellen Vermögensverhältnisse des Eigentümers sollen außer Betracht bleiben¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Doch gibt es Ausnahmen: ROSSHIRT (Lehrbuch des Criminalrechts, 1821) faßt unter V „Beschädigungen des Körpers und des Eigenthums“ außer dem Diebstahl zusammen.

MAREZOLL: Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzbücher § 113 (S. 394) will die Absonderung der „*violatio corporis*“ nur als partikularen Gerichtsgebrauch anerkennen“.

¹⁷⁹ STRÜBEL: System § 490 (S. 180) handelt von den Realinjurien unter der Rubrik: „Verbrechen wider die Gesundheit“; TITTMANN: Handbuch § 183 (S. 375) rechnet umgekehrt die leichten Körperverletzungen zu den Realinjurien.

¹⁸⁰ Vgl. statt vieler: ABEGG: a. a. O. (S. 247 Anm. 174) S. 384, 397. Anders TITTMANN: a. a. O. § 181 (S. 372), der darin ein Verbrechen eigener Art (*noochirio*) erblickt.

¹⁸¹ A. a. O. S. 409.

¹⁸² Auch nicht von FEUERBACH: Lehrbuch §§ 315, 317 und von KLEINSCHROD: Abhandl. Bd. II § 10 (S. 81); doch weichen sie in der kriminalpolitischen Beurteilung von der herrschenden Lehre mehr oder weniger ab; dazu KLIEN: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls (1806) S. 156 ff.

¹⁸³ Vgl. TITTMANN: Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. II (2. Aufl. 1823) § 377 (S. 283); BAUER: Lehrbuch des Strafrechts (2. Aufl. 1833) § 235 (S. 338); GROLMANN: Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft (4. Aufl. 1825) §§ 177 ff. (S. 185); TEMME: Lehrbuch § 231 (S. 373 Anm. 2).

¹⁸⁴ GROLMANN: a. a. O. § 186 (S. 194); TITTMANN: a. a. O. § 381 (S. 290/1); ROSSHIRT: Geschichte und System des deutschen Strafrechts Bd. II 1 § 136 (S. 321); MARTIN: Lehrbuch des Teutschen gemeinen Kriminal-Rechts (2. Aufl. 1829) § 148 (S. 336 ff.); WÄCHTER: Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, 2. Teil (1826) § 190 Nr. 65b (S. 291); HEFFTER: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts (6. Aufl. 1857) N. 497 (S. 396/7); MAREZOLL: a. a. O. § 134 (S. 479); SALCHOW: Lehr-

Über den Ausschluß des Affektionswertes herrscht — wie gesagt — kein Streit. Das ist in einer Zeit, die den Gedanken richterlicher Bindung befürwortet, nur zu verständlich. War nun einmal die Grenze zwischen kleinem und großem Diebstahl nach dem Betrage gezogen, so konnte in der Tat eine andere als die streng objektive Bewertung nicht statthaben. Jeder Versuch, den Wert affektiver Interessen geldmäßig auszudrücken, bedeutete die Auslieferung des Verbrechers an die Willkür des Richters. Die Entscheidung des Problems in diesem Zusammenhange kann deshalb allgemeinere Bedeutung nicht beanspruchen.

Die Erörterung der Frage, ob zum Tatbestande des Diebstahls (der Unterschlagung, des Raubes, evtl. auch des Betruges) ein pekuniärer Schaden gehöre, haben wir deshalb an anderer Stelle zu suchen. Anders gefaßt lautet sie: muß der durch die Straftat angegriffene Vermögensbestandteil einen objektiven Wert haben oder kommt es hierauf überhaupt nicht an? Die praktische Bedeutung des Problems scheint auf den ersten Blick nicht sehr groß; einen — wenn auch geringen — Wert haben fast alle Gegenstände; so kann der Bestrafung wegen Diebstahls kaum jemals ein ernsthaftes Bedenken entgegenstehen¹⁸⁵. Nun gibt es aber einen Fall, in dem die Entscheidung doch von der Stellungnahme zu jener Vorfrage abhängt; dann nämlich, wenn der Dieb usw., dem aus irgendwelchen persönlichen Gründen an dem Besitze eines Gegenstandes gelegen ist, ihn dem Eigentümer gegen dessen Willen, aber unter Zurücklassung eines den objektiven Wert voll deckenden Geldbetrages entzieht. Es ist dies der Fall, welcher auch in der literarischen Erörterung dieser Zeit eine erhebliche Rolle spielt, nachdem KLIEN¹⁸⁶ ihn — wohl zuerst — zur Debatte gestellt hat.

Darüber hinaus kommt der Entscheidung grundsätzliche Bedeutung zu. Von den aus ihrer systematischen Stellung sich ergebenden Konsequenzen abgesehen, ist eine Berücksichtigung von Affektionsschäden selbst bei der Strafzumessung nur dann gerechtfertigt, wenn der pekuniäre Nachteil nicht Tatbestandselement der Vermögensdelikte ist.

Die Meinungen der Wissenschaft sind durchaus geteilt, wobei die Frage vielfach erst bei der Erörterung des subjektiven Tatbestandes zur Sprache gelangt. TITTMANN, HENKE, FEUERBACH, KLIEN, um nur einige der bekanntesten Namen zu nennen, erklären sich für das Erfordernis eines wirtschaftlichen, d. h. pekuniären Schadens¹⁸⁷; andere wie HAEBERLIN, KLEIN,

buch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts (3. Aufl. 1823) § 350 (S. 326/7); TEMME: Lehrbuch § 210 (S. 346), Lehre vom Diebstahl S. 185; KLIEN: a. a. O. S. 319, 357; BAUER: Lehrbuch § 247 (S. 359).

¹⁸⁵ Vgl. TITTMANN: a. a. O. § 403 (S. 326). Immerhin verneint FEUERBACH (Lehrbuch § 319 lit. e) das Vorliegen eines Diebstahls, wenn jemand „Urkunden entwendet, um dadurch sich von einer Schuld zu befreien, eine Erbschaft zu gewinnen . . . weil das Object, welches unmittelbar genommen wurde, . . . an sich keinen Werth hat . . .“. Ähnlich TEMME: Lehrbuch § 208 (S. 340/1).

¹⁸⁶ Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls (1806) S. 339.

¹⁸⁷ TITTMANN: a. a. O. §§ 381/3 (S. 291—295). Vgl. aber auch § 404 (S. 326) und

MAREZOLL, HEFFTER, TEMME und MARTIN dagegen¹⁸⁸. Interessant ist die von HENKE und ROSSHIRT gebilligte Begründung der streng objektiven Lehre bei TITTMANN¹⁸⁹:

„Wenn nun von der Bestrafung eines Vergehens gegen das Eigenthum die Rede ist, so wird das Eigenthum im Verhältnisse zum Staate gedacht, und wenn sich die Bestrafung nach dem Werthe des verletzten Eigenthums richten soll, so kann mithin auch nur der wahre Werth desselben in Anschlag kommen. Der eingebilddete Werth begründet zwar im Falle des Verlustes der Sache, immer auch einen Schaden für den Eigenthümer (L. 21 § 2; l. 23 §§ 1, 2, 5 u. 6 ad Leg. Aqu.; l. 8 de evict.). Aber wenn der Staat dem Beschädigten zur Vergütung dieses Schadens verhilft, so geschieht dies bloß in privatrechtlicher Hinsicht, und die Vergütung ist Privat-Genugthuung, bei welcher der Staat einen jeden Werth anerkennen muß, den der Beschädigte nur für sich beweisen kann . . . Darum kann denn auch der Werth der Vorliebe nur bei Privat-genugthuung, aber nie bei der Strafe in Anwendung kommen.“

Der Ausschluß des Affektionswertes beruht also hier — und das will wohl beachtet sein — nicht auf prozeßtechnischen Bedenken, auch nicht auf dem Mangel an Verständnis für die Bedeutung idealer Werte, sondern hängt mit der streng öffentlich-rechtlichen, mit der rein gesellschaftlichen Auffassung vom Wesen des Strafrechts zusammen. Der Ausschluß der Affektionswerte bedeutet nach dieser Begründung lediglich, daß individuell-ideelle Werte vor dem Forum der Strafjustiz keine Beachtung finden; über die viel gewichtigere Frage, ob sozial-ideelle Werte und deren Verletzung zu berücksichtigen sind, ist damit nichts ausgesagt.

Der Streit der Meinungen spiegelt sich wider in der Erörterung des subjektiven Tatbestandes. Allerdings wird nur von wenigen Bearbeitern erkannt, daß ein Zusammenhang zwischen diesen beiden Problemen besteht. Zu diesen gehört TEMME¹⁹⁰:

„Dagegen muß er (scil. der Vortheil) notwendig mit der bewirkten Rechtsverletzung in einem Zusammenhange stehen. Daher kann der animus lucri faciendi beim Diebstahle nur darin bestehen, daß der Dieb durch die Anmaßung eines Eigenthumsrechtes an der entwendeten Sache sich einen unrechtmäßigen Vortheil verschaffen will. Bringt man auf solche in der Natur des Verbrechens liegende Weise die gewinnstüchtige Absicht mit der Verletzung beim Diebstahl in Verbindung, so kann es unmöglich große Schwierigkeiten für ihre nähere Erklärung und Anwendung geben, vorausgesetzt, daß man nur auf dem richtigen Wege bleibt, den die Stellung des Verbrechens im

§ 415 (S. 349), wonach sich gewisse Unklarheiten ergeben. HENKE: a. a. O. Teil II (1826) § 139 (S. 381/2); FEUERBACH: Lehrbuch § 319 lit. e (noch schärfer MORSTADT: Ausführlicher kritischer Kommentar zu FEUERBACHS Lehrbuch S. 543—5); KLIEN: a. a. O. S. 339—341; BERNER: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1. Aufl. 1857) § 160 (S. 282 bes. Anm. 3).

¹⁸⁸ HAEBERLIN: Grundsätze des Criminalrechts nach den neueren deutschen Strafgesetzbüchern Bd. III (1848) § 147 (S. 401 Raub); MAREZOLL: a. a. O. § 131 (S. 471 Anm. 3); HEFFTER: Lehrbuch N. 488 (S. 388/9); MARTIN: Lehrbuch § 143 (S. 327); TEMME: Die Lehre vom Diebstahl nach dem Preußischen Rechte (1840) S. 103/4; MITTERMAIER: Neues Archiv (1852) S. 321.

¹⁸⁹ TITTMANN: a. a. O. § 382 (S. 291/2); HENKE: a. a. O. Theil 2 (1826) § 139 (S. 381); ROSSHIRT: Geschichte und System II 1 (1832) § 136 (S. 321).

¹⁹⁰ Die Lehre vom Diebstahl S. 99/100. KLEINSCHROD [Entwurf § 1027] formuliert: „mit dem Vorsatze, sich mit dem Schaden des Andern einen Vortheil zu verschaffen“.

Systeme überhaupt, als ein Verbrechen gegen das Eigenthum bezeichnet. So wie nämlich der Diebstahl eine Verletzung, also Verringerung, der Eigenthumsrechte für den Bestohlenen enthält, so muß auch der Gewinn oder Vortheil für den Dieb darin liegen, daß er durch die Anmaßung des dem Andern entzogenen Eigenthumsrechts den Zuwachs dieses nämlichen Rechts für sich erhält. Einfach ist daher, correspondirend der Rechtsverletzung, der animus des Diebes. Er verletzt, entzieht ein fremdes Eigenthumsrecht, um dasselbe für sich, als sein eignes auszuüben, in dem Bewußtseyn der Unrechtmäßigkeit der Entziehung wie der Ausübung.“

Nicht immer aber bedeutet die Bestimmung des subjektiven Tatbestandes als Zueignungsabsicht¹⁹¹, im Gegensatz zu Gewinnsucht oder Habsucht, die Anerkennung des Satzes, daß individuelle oder ideelle Werte eine geeignete Grundlage der Tatbestandsverwirklichung seien. Meist soll damit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß die Absicht, den entwendeten Gegenstand sofort zu verzehren oder zu verschenken, die Strafbarkeit wegen Diebstahls nicht ausschließe¹⁹². Oft begnügt man sich andererseits damit, daß der erforderliche — pekuniäre — Gewinn indirekt erlangt wird¹⁹³; damit verwandelt sich der Diebstahl in ein Bereicherungs-, in ein Gewinnsuchtsdelikt; Rückschlüsse vom subjektiven auf den objektiven Tatbestand sind alsdann nicht mehr zulässig.

Auch bei der Bestimmung von Fälschung und Betrug ist die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts zu einheitlichen Ergebnissen nicht gelangt. Als Fälschung wird vielfach — und zwar in bewußter Abweichung von den Quellen — die eigentliche Sachfälschung und -verfälschung bezeichnet und damit der auch heute gesetzlich anerkannte Standpunkt erreicht¹⁹⁴. Von ihr unterscheidet sich scharf der Betrug; er ist durch Täuschung bewirkte Veranlassung eines anderen zu nachtheiligem Verhalten. Darüber herrscht im wesentlichen Einigkeit¹⁹⁵. Der Gedanke des Aushilfsdelikts — so sehr er gerade in

¹⁹¹ Aber gewöhnlich; vgl. außer TEMME: GROLMANN: Grundsätze § 181 (S. 189); HENKE: Handbuch Theil II § 143 (S. 412—416); MARTIN: Lehrbuch § 143 (S. 326); WÄCHTER: Lehrbuch § 189 (2. Teil S. 289); BAUER: Lehrbuch §§ 238, 241 (S. 345 ff.); KLEINSCHROD: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse Teil II (1798) S. 63/4, 88 (trotz des Ausdrucks: Gewinnsucht); HAEBERLIN: a. a. O. § 417 (S. 400) für Raub; BERNER: Lehrbuch § 160 (S. 282); BAUER: Lehrbuch § 241 (S. 348/9).

¹⁹² KLEIN, ERNST FERD.: Grundsätze § 429 (S. 307); wohl auch ABEGG: Lehrbuch § 350 (S. 461).

¹⁹³ MAREZOLL: Criminalrecht § 131 (S. 471 Anm. 3).

¹⁹⁴ Vgl. GROLMANN: Grundsätze § 208 (S. 303); BAUER: Lehrbuch §§ 269, 272 (S. 385 ff.); HEFFTER: Lehrbuch N. 381 ff. (S. 303 ff.); FEUERBACH: Lehrbuch §§ 401, 415; Kritik III S. 92—100; ABEGG: Lehrbuch § 192 (S. 288); BERNER: Lehrbuch § 157 (S. 266); TITTMANN: Handbuch II § 487 (S. 479), § 503 (S. 508); HENKE: Lehrbuch § 322 (S. 249 ff.); ESCHER: Lehre vom Betrüge III § 1 (S. 313 ff.); TEMME: Lehrbuch §§ 225 ff. (S. 365 ff.), Lehre vom Betrüge § 13 (S. 103/4); KLIEN: Neues Archiv Bd. 1 S. 130. Dagegen: MARTIN: Criminal-Recht §§ 188 ff. (S. 448 ff.); v. WÄCHTER: Lehrbuch II § 179 (S. 211); SALCHOW: Lehrbuch §§ 418, 425 (S. 396, 404); VISINI: a. a. O. § 5 (S. 100).

¹⁹⁵ GROLMANN: Grundsätze § 288 (S. 303); KLEIN: Grundsätze § 468 (S. 343); HENKE: Handbuch Bd. III S. 1 ff.; MARTIN: Lehrbuch § 197 (S. 469); WÄCHTER: Lehrbuch II § 179 (S. 211); BAUER: Lehrbuch §§ 271/2 (S. 390 ff.); HEFFTER: Lehrbuch

dieser Zeit als das Charakteristikum des Stellionats Anerkennung findet¹⁹⁶ — wird für das moderne Recht nirgends vertreten.

Der Streit beginnt bei der Bestimmung des — nach dem früher Gesagten auch systematisch bedeutsamen — Gegenstandes des Verbrechens. Darüber daß die Täuschung Begehungsform eines jeden Deliktes sein kann, ist man sich meist im klaren¹⁹⁷. Es kann sich deshalb bei diesen Erörterungen nur darum handeln, wie weit der Ausdruck Betrug zu erstrecken sei. Das ist aber nicht, wie es danach scheinen könnte, eine lediglich terminologische Frage. Es können sich und es haben sich daraus durchaus bedeutsame dogmatische Konsequenzen ergeben.

Die schon sehr früh von KLEINSCHROD¹⁹⁸ verfochtene Beschränkung des Betrages auf Vermögensdelikte hat vielfachen Widerspruch erfahren. Bekanntlich ist ihr auch FEUERBACH¹⁹⁹ entgegengetreten. Aber die Gegner sind unter sich ebenfalls nicht einig. Sie vertreten teils eine mehr formelle und teils eine mehr materielle Theorie²⁰⁰. Die letztere betrachtet und systematisiert den Betrug als „*Delikt mit unbestimmtem Angriffsobjekt*“, sieht in ihm aber wie in allen übrigen Verbrechen eine reale Rechtsgutsverletzung²⁰¹.

§ 394 (S. 314); MAREZOLL: Criminal-Recht § 157 (S. 538/9), § 160 (S. 551 ff.); KÖSTLIN: Abhandlungen aus dem Strafrecht § 8 (S. 119 ff., 141, 152); BERNER: Lehrbuch § 156 (S. 262); CUCUMUS: Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug (Neues Archiv des Criminalrechts Bd. X) S. 513—535, 681—699 (1829). Teilweise abweichend: TITTMANN: a. a. O. II § 487 (S. 479 f.).

¹⁹⁶ HENKE: Handbuch Teil III § 151 (S. 32); ROSSHIRT: Geschichte und System III §§ 163/4 (S. 48 ff., 51 — vgl. auch Bd. II § 111 S. 274 ff.); WÄCHTER: Lehrbuch II S. 208; HEFFTER: Lehrbuch N. 394 (S. 315 Anm. 2 — schwankend); MAREZOLL: Criminal-Recht § 160 (S. 551 ff. bes. 553); SALCHOW: Lehrbuch § 427 (S. 408); TEMME: Lehrbuch § 224 (S. 363). Einschränkend: CUCUMUS: a. a. O. (Anm. 195) S. 681.

Beschränkung auf Vermögensrechte lehren TEMME: Lehre vom Betrage § 10 (S. 62); ESCHER: Lehre vom Betrage S. 230 Anm. u. a.

¹⁹⁷ Vgl. z. B. BAUER: Lehrbuch § 271 (S. 390); MAREZOLL: Criminal-Recht § 157 (S. 538/9); ZACHARIÄ: a. a. O. S. 63 Anhang N. 1; TEMME: Lehrbuch § 125 (S. 365/6). Unklar: SALCHOW: Lehrbuch § 418 (S. 396), § 425 (S. 406).

¹⁹⁸ Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten (1802) II Kap. 8 § 1135 ff.

Ihm folgen: MAREZOLL: Criminal-Recht § 160 (S. 553); BAUER: Lehrbuch § 235 (S. 339); KLEIN: Grundsätze § 204 (S. 149), § 468 (S. 343); KLENZE: Lehrbuch des gemeinen Strafrechts S. 154; BERNER: Lehrbuch § 156 (S. 262); TEMME: Lehre vom Betrage § 15 (S. 144 ff.); ESCHER: Lehre vom Betrage I § 5 (S. 109), II § 3 (S. 227 ff.); TEMME: Lehrbuch § 226 (S. 366); VISINI: a. a. O. § 4 (S. 66 f., 85).

Anders: TITTMANN: a. a. O. II § 487 (S. 480); SALCHOW: Lehrbuch § 425 (S. 404); HENKE: Handbuch II § 151 (S. 23).

¹⁹⁹ Kritik III S. 92—100.

²⁰⁰ Eine grundsätzliche Ablehnung der Unterscheidung vom Standpunkt des „philosophischen Criminalrechts“ bei ZACHARIÄ: Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts (1805) § 56 (S. 45).

²⁰¹ GROLMANN: Grundsätze § 290 (S. 304); HEFFTER: Lehrbuch § 394 (S. 314); VISINI: a. a. O. § 6 (S. 73); ESCHER: Lehre vom Betrage I § 4 (S. 85—96); TEMME: Lehrbuch § 224 (S. 364/5), Lehre vom Betrage § 10 (S. 60/1); wohl auch SALCHOW: Lehrbuch § 425 (S. 404).

Die Anhänger der formellen Theorie stellen die Tatbestände des Betruges und der Gewalt außerhalb des regulären Systems²⁰²; bei ihnen soll die Form der Begehung auch systematisch entscheidend sein, womit sich das System des Besonderen Theiles zunächst in die Kategorien der formellen und der materiellen Delikte spaltet. Da aber schließlich nach der allgemein anerkannten Lehre BIRNBAUMS ein jedes Delikt Rechtsverletzung ist, so wird das verletzte Recht mit der Form dieser Tatbestände in Zusammenhang gebracht. Die für den Betrug charakteristische Form ist die Täuschung; als durch sie verletzt erscheint deshalb nunmehr „das Zwangsrecht auf Wahrheit“²⁰³. Das hat praktische Konsequenzen für die Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die Vollendung des Delikts eintritt. Es ist nach dieser Lehre der Abschluß der täuschenden Handlung²⁰⁴ oder der Eintritt der Täuschung. Ein weiterer Erfolg wird nicht gefordert; ein materieller Schaden braucht nicht vorhanden zu sein. Das gilt natürlich auch für die Eingehung von Verbindlichkeiten; und gerade mit diesem Argument verteidigt FEUERBACH seine Theorie gegen die Angriffe der Gegner²⁰⁵.

Mit der Frage, ob der Betrug auf die Verletzung wirtschaftlicher = pekuniärer Interessen beschränkt werden muß, hat das alles nichts zu tun. Auch wenn man ihn zu der Kategorie der Vermögensverbrechen rechnet, ist hierüber noch nichts ausgesagt. Die Entscheidung muß vielmehr durchaus selbständig und in Übereinstimmung mit dem Parallelproblem beim Diebstahl erfolgen. Erst dadurch, daß MERKEL^{206,207} in seiner „Lehre vom Be-

²⁰² Gegen diesen System-Dualismus: CUCUMUS: a. a. O. [Neues Archiv Bd. X S. 685] und Über die Eintheilung des Verbrechen und die Folgerungen daraus für die Gesetzgebung [Neues Archiv des Criminalrechts Bd. X (1829) S. 49].

²⁰³ KLEIN: Grundsätze § 468 (S. 343); FEUERBACH: Kritik S. 92 ff. bes. S. 95; Lehrbuch § 412 (S. 272); ABEGG: Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besonderen Theiles des deutschen Strafrechts, im Verhältnisse zu den Quellen des positiven Rechts (Archiv des Criminalrechts N. F. 1835 S. 367 ff. bes. S. 391); Lehrbuch § 179 (S. 263), § 197 (S. 289), § 199 (S. 290); System § 375 (S. 194); SALCHOW: Lehrbuch § 420 (S. 398); WÄCHTER: Lehrbuch II § 179 (S. 214/5); STÜBEL, CHRISTOPH CARL: System des allgemeinen Peinlichen Rechts Bd. I (1795) § 490 (S. 183); BAUER: Lehrbuch § 271 (S. 390); MARTIN: Lehrbuch § 189 (S. 451 ff., aber auch § 197 S. 472); HENKE: Handbuch II § 151 (S. 3, 23); CUCUMUS: a. a. O. S. 70, 78, 126 ff. — VISINI: a. a. O. S. 65, 70, 85 verbindet beide Gedanken.

²⁰⁴ Vgl. KLEIN: Grundsätze § 470 (S. 345); WÄCHTER: Lehrbuch II § 179 (S. 220); FEUERBACH: Lehrbuch § 414. ABEGG: Lehrbuch § 195 (S. 286/7) fordert sogar den Eintritt der „Benachtheiligung in ihrem Vermögen oder sonstigen Rechten“, neigt also insoweit zur materiellen Theorie. Ebenso MARTIN: a. a. O. § 197 (S. 471/2); SALCHOW: Lehrbuch § 422 (S. 400); HENKE: Handbuch II § 151 (S. 23); aber auch VISINI: a. a. O. § 6 (S. 75 N. 3), obwohl er zu den Anhängern der materiellen Theorie gehört.

Anders: ESCHER: Lehre vom Betrüge I § 6 (S. 137 ff.); GROLMANN: Grundsätze § 290 (S. 304); TEMME: Lehre vom Betrüge § 14 (S. 139); MITTERMAYER zu FEUERBACH § 214; v. PREUSCHEN: Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betrüge und der Fälschung (Giessen 1837) § 15 (S. 69 ff.); BIRNBAUM: Arch. des Criminalrechts N. F. (1834) S. 558.

²⁰⁵ Vgl. oben Einleitung S. 8 Anm. 22 und bes. Kritik S. 95.

²⁰⁶ Die Lehre vom Betrüge S. 103; vgl. oben S. 10 Anm. 31; Holtzend. Handb. III

truge“ die materiell-vermögensrechtliche Theorie mit der Lehre von der Beschränkung auf wirtschaftliche Interessen identifiziert, entsteht jene unglückselige Verwirrung der Probleme, auf der die — wie wir glauben — in sich widerspruchsvolle moderne Lehre beruht²⁰⁸. Damit aber ist der historische Ausgangspunkt dieser Erörterungen wieder erreicht.

Siebentes Kapitel.

Die Gesetzgebungsgeschichte seit der Carolina, insbesondere Preußens.

Die dogmengeschichtliche Skizze bedarf der Ergänzung durch einen kurzen Überblick über die Gesetzgebung im Deutschen Reiche seit der Carolina. Sie muß im ganzen die von uns geschilderten Strömungen der einzelnen Perioden widerspiegeln und bildet insofern eine Erläuterung zu dem früher Gesagten. Daneben verfolgt dieser Überblick noch einen zweiten, spezielleren Zweck. Er soll die Entstehungsgeschichte des geltenden Strafgesetzbuches darstellen und auf diese Weise das Material für die historische Auslegung der einschlägigen Bestimmungen vervollständigen. Da aber die Vermögensdelikte im Strafgesetzbuch von 1871 im wesentlichen den entsprechenden Bestimmungen des Preußischen Strafgesetzbuches nachgebildet sind, so haben wir unser Augenmerk vor allem auf die Entwicklung des preußischen Rechtes zu richten und die übrigen Gesetzbücher nur vergleichsweise heranzuziehen.

(1874) S. 758. Ähnlich auch schon MITTERMAIER: Soll die Gesetzgebung bei dem Diebstahle die Strafdrohung von dem Betrage des Gestohlenen abhängig machen; wie ist der Diebstahl an Gegenständen zu beurtheilen, deren Werth unbedeutend oder schwer zu ermitteln ist? insbesondere über Diebstahl an Urkunden (Archiv des Criminalrechts N. F. 1852 S. 321—341.) S. 329 (Gleichsetzung von „materiellem“ und „pekuniärem Wert“); ESCHER: Lehre vom Betrage S. 230 Anm.

²⁰⁷ MERKELS eigene Stellungnahme in Holtzendorffs Handbuch Bd. III (1874) S. 634 u. 758. Die Klarheit der Ausführungen leidet aber unter der nicht ganz exakten Terminologie. „Was im Eigenthum Jemandes steht, repräsentiert, wenigstens für diesen, einen gewissen Vermögenswerth, sei es für sich allein, sei es nur im Zusammenhang mit anderen Vermögensobjekten, sei es einen Tausch- oder lediglich einen Gebrauchswerth . . . Insofern sind auch nach dem RStrG schlechthin werthlose Gegenstände hier ausgeschlossen.“ Geldwert ist demnach nicht erforderlich, sobald es sich um die Tatbestände des Diebstahls oder der Unterschlagung handelt; immaterielle oder Affektionswerte sollen hierfür genügen (anders beim Betrage, a. a. O. S. 758). Dann aber bedeutet der Ausdruck „Vermögenswerth“ in diesem Zusammenhange eben gerade das Gegentheil von dem, was man gemeinhin darunter zu verstehen pflegt.

Ähnlich wie MERKEL auch HÄLSCHNER: Geschichte Bd. II S. 281ff.

²⁰⁸ Auf die Theorie ESCHERS (Die Lehre von dem strafbaren Betrage und von der Fälschung S. 97ff.), welche auf einer Konfundierung von Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit beruht (vgl. oben S. 9/10), soll hier nicht noch einmal eingegangen werden.

I. Kodifikationen des gemeinen Rechts.

Die Geltung der peinlichen Halsgerichtsordnung war zunächst — trotz der *clausula salvatoria*¹ — eine so gut wie unbeschränkte. Auch ins Landesrecht wurde sie teils wörtlich, teils mit ganz geringfügigen Abänderungen übernommen, teils wurde sie oder die Bambergensis zur Grundlage einer nur dem Namen nach selbständigen Gesetzgebung gemacht². Eine Ausnahme machte Preußen, das ja außerhalb des Reiches stand und deshalb auch in seiner Rechtsentwicklung dem Reichsgesetz gegenüber eine freiere Stellung behauptete³. Hier kam es dann auch verhältnismäßig früh zu einer neuen Kodifikation. Dem preußischen Landrecht von 1620⁴ rühmt VON HIPPEL⁵ trotz seiner Abhängigkeit von der Carolina, DAMHOUDER und den sächsischen Konstitutionen eine gewisse Selbständigkeit nach. Doch ist gerade innerhalb der uns interessierenden Materie ein starker Einfluß des gemeinen Rechts unverkennbar. So wenn der Diebstahl bestimmt wird als „*Entwendung eines fremden beweglichen und begreiflichen Guts | oder auch desselbigen Nutzung und Besitzung | welche aus Fürsatz Gewinn zu suchen | wider des rechten Herrn Willen | Muth und Meinung | geschicht*“⁶; so wenn Körperverletzungen und Beleidigungen wieder unter gemeinsamer Überschrift und ohne Trennung von Real-Injurien und Gesundheitsbeschädigungen behandelt⁷, wenn bei den Injurien peinliche und bürgerliche Klage unterschieden⁸ oder beim Schadensersatz wegen Sachbeschädigung die poenalen Rechtsfolgen der *lex Aquilia* wiederholt werden⁹. Deshalb begreift auch die Fälschung — unter Beschränkung auf Vermögensschäden — alle Arten des Betrugés in sich¹⁰, während der „*Todtschlag mit der Zunge begangen | als durch ein falsch Zeugniß*“ unter der Rubrik der Tötungsdelikte

¹ CCC Vorrede (am Ende).

² Näheres bei VON HIPPEL: Deutsches Strafrecht Bd. I (S. 222—224 III).

³ VON HIPPEL: a. a. O. (Anm. 2) S. 255.

⁴ Sowie dessen Nachfolger: Churfürstlich Brandenburgisches Revidiertes Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 und Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen von 1721.

⁵ A. a. O. S. 255.

⁶ Landrecht v. 1620 u. 1685 Buch VI Titel VII Art. 1 § I. Ebenso: Codex Juris Bavarici Crim. (1551) Theil I Cap. I § I.

Ähnlich: Constitutio Criminalis Theresiana Art. 54 § 1, § 4 (kein *furtum possessionis, usus*; Unterschlagung verselbständigt § 4). Nach Art. 94 § 10 N. 6 entscheidet der objektive Wert. Darin übereinstimmend: Codex Juris Bav. Crim. Th. I Cap. 1 § 4.

⁷ Ebenda Buch VI Tit. IX Artt. 1—3. Anders: Theresiana Artt. 83 u. 100/101.

⁸ Ebenda Buch VI Tit. IX Art. IV. Ähnlich: Theresiana Art. 100 §§ 3—4; Codex Jur. Bav. Crim. I. Cap. VIII § 9.

⁹ Ebenda Buch VI Tit. X Art. I § V.

¹⁰ Ebenda Buch VI Tit. VIII. Die Theresiana bestraft sie „als Diebstahl (Art. 94 § 5). Der Cod. Jur. Bav. Crim. handelt in Cap. IX „Von falscher Geld-Münzerei, Verfälscherei, Meineydigen, Urfehdebrechern, untreuen Beamten, den boshaft und fürsetzlichen Beschädigungen“, z. T. ohne Beschränkung auf „Vermögensgüter“ (z. B. § 7) (vgl. auch § 2).

steht¹¹. Irgendwelchen für die Zukunft maßgebenden Einfluß haben diese Kodifikationen nicht auszuüben vermocht. Wie sie entstanden sind, so sind sie vergangen, als Zwittergebilde einer ihrer selbst nicht gewissen Epoche der Rechtsentwicklung.

II. Das Allgemeine Landrecht und seine Entstehungsgeschichte.

Die Geschichte des modernen Rechts beginnt auch hier mit der Aufklärung und ihren gesetzgeberischen Leistungen, der Josephina und dem Allgemeinen Landrecht. Auf dem letzteren beruht unmittelbar das Preussische Strafgesetzbuch von 1851^{11a}; deshalb bedarf seine Entstehungsgeschichte besonderer Aufmerksamkeit.

Die Grundlage der endgültigen Fassung des 20. Titels (II. Theil) bildet der von SVAREZ verfertigte Entwurf. Ihm voraus gehen ein Grundriß des Regierungspräsidenten VON TEVENAR¹² und ein ausführlicher, wahrscheinlich von Kammergerichtsrat GOSSLER stammender Entwurf¹³. Schon VON TEVENAR hatte vorgeschlagen, die einzelnen Verbrechen „nach ihren Gegenständen“ zu klassifizieren¹⁴. Er wollte deshalb zwischen „Verbrechen gegen das höchste Wesen“, „sich selbst“ und „gegen den Nächsten“ unterscheiden. In der zuletzt genannten Gruppe bilden dann selbständige Abschnitte die Angriffe gegen Körper und Leben, d. h. gegen „den physischen Menschen“, die Verletzungen von Ehre und gutem Namen als Injurien und die Verletzungen des Vermögens, unter ihnen Diebstahl, Raub und Verfälschungen im weitesten Sinne. In dieser Grundanlage sind ihm sowohl GOSSLER wie SVAREZ gefolgt¹⁵.

Bei GOSSLER erscheinen die Vermögensverbrechen im 4. Kapitel unter der Überschrift „Von den Verbrechen, wodurch das Eigenthum der Mitbürger verletzt wird“¹⁶. Doch hat der Ausdruck „Eigenthum“ hier, wie im Naturrecht und dem Schrifttum der Aufklärung sehr häufig, die Bedeutung von Vermögen als der Gesamtheit der Vermögensgüter. Dem entspricht die Definition der einzelnen Tatbestände. Diebstahl begeht „derjenige, welcher aus gewinnsüchtigen Absichten bewegliche Sachen wieder Willen des Besitzers entwendet“¹⁷. Der Begriff der Gewinnsucht ist aber nicht auf wirtschaftliche

¹¹ Ebenda Buch VI Tit. V Art. 1 § III.

^{11a} Dagegen läßt sich ein Einfluß des Code Pénal (artt. 379, 405) für die hier behandelten Probleme nicht feststellen.

¹² Materialien zum ALR Bd. 6: Theil 5 VII. Abtheil.

¹³ Materialien Bd. 20 S. 77.

¹⁴ A. a. O. (Anm. 12). Vgl. aber schon die Constitutio Criminalis Theresiana (1768) Teil II Art. 55 § 2 (!) (S. 161).

¹⁵ Ähnlich die Josephina („Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung“. 1787).

¹⁶ Materialien Bd. 20 S. 77: Viertes Kapitel. Vgl. Josephina Theil I 4. Kap. „Von Kriminalverbrechen, welche auf Vermögen und Rechte Beziehung haben.“ (Dazu gehört merkwürdigerweise auch die Doppelreihe § 175 ff.!)

¹⁷ § 67 (S. 84). Vgl. auch § 27 (S. 77): „Derjenige, welcher auf irgendeine Art einem

Vorteile beschränkt. Nach § 71¹⁸ soll es genügen, wenn das Delikt „zur Erreichung ehrgeiziger Absichten diene“. Noch deutlicher zeigt die Regelung der Fälschungsdelikte die Beschränkung auf Angriffe gegen Vermögensgüter. Nach Aufzählung einiger Spezialtatbestände heißt es in § 48¹⁹:

Wer sonst mit Vorsatz durch Verletzung, Verhehlung oder Verdrehung der Wahrheit sich einen Vortheil²⁰ . . . oder andere in Schaden setzt, oder auch erworbenen Gerechsamten Nachtheil zufügt, soll den vierfachen Betrag des verursachten oder beabsichtigten Schadens den Armen zum Besten erlegen . . .

Daß hierbei unter dem Ausdruck Schaden ein wirklicher Vermögensschaden verstanden wird, ergibt der zweite Absatz des § 45, wonach es bei den Vorschriften über Körperverletzung bleiben soll, falls „durch die vorgenommene Fälschung zugleich der menschlichen Gesundheit ein Schaden zugefügt werden soll“²¹. Trotz der immerhin zweideutigen Fassung dieser Bestimmung wird man diesen Vermögensschaden als Schaden an Vermögensgütern deuten müssen, so daß pekuniär nachteilige Folgen einer Gesundheitsschädigung oder Freiheitsverletzung nicht unter die Vorschriften dieses Kapitels fallen. Dafür spricht auch die Zusammenstellung von „Gütern, Sachen und Vermögen“ bei der vorsätzlichen Schadenszufügung des § 27²². Rein durchgeführt ist allerdings bei GOSSLER die Trennung noch nicht. In einem nach der Art der Gegenstände angeordneten System hätte der Verletzung anvertrauter Geheimnisse eine besondere Rubrik gebührt. Bei TEVENAR fehlte sie; auch GOSSLER hat sie nicht hinzugefügt. Andererseits wollte er die Frage nicht ungeregelt lassen. So sah er sich gezwungen, sie je nach der Art der Schadensfolge unter andere Delikte aufzuteilen. Dementsprechend heißt es in den §§ 28 und 29²³:

Wer ein ihm anvertrautes Geheimniß, das sich auf kein Verbrechen bezieht, ungebührlicher Weise bekannt macht, und dadurch einem anderen Schaden zufügt, ist auf gleiche Art zu strafen, nämlich wegen Vermögensbeschädigung.

Im Fall aber durch das Ausschwatzen bloß eines andern Ehre und guter Ruf gefährdet würde, finden die Vorschriften von Injurien und Pasquillen Anwendung.

Im Ergebnis bedeutete das einen *Rückfall* in das System des gemeinen Rechts.

Wenn aber die systematische Grundlage des GOSSLERSchen Entwurfes noch Zweifeln Raum läßt, so ist die Frage bei SVAREZ nach seinen Vorarbeiten zum Entwurfe²⁴ sicher im obigen Sinne zu entscheiden. Das lehrt ein Blick auf die von ihm als Grundlage der Ausarbeitung benutzte Tabelle²⁵; er lehrt ferner, daß das allgemeine Landrecht nach einem streng logisch geschlossenen Schema aufgebaut ist, wenn auch dieses System in der An-

anderen an seinen Gütern, Sachen und Vermögen mit Vorsatz Schaden zufügt . . .“ Josephina § 156. Doch sind in §§ 157/8 Unterschlagung und andere Fälle gleichgestellt.

¹⁸ Materialien Bd. 20 S. 84.

¹⁹ Ebenda S. 81. Anders Josephina §§ 149, 152, 177 trotz der einschränkenden Kapitelüberschrift.

²⁰ Unleserlich.

²¹ Materialien Bd. 20 S. 80.

²² Vgl. oben S. 256 Anm. 17.

²³ Ebenda S. 77 v.

²⁴ Materialien Bd. 20 S. 143 ff.

²⁵ Ebenda S. 154.

ordnung der einzelnen Abschnitte nicht stets mit der gleichen Deutlichkeit zum Ausdruck gelangt.

SVAREZ unterscheidet zwischen Staatsverbrechen und Privatdelikten, bei letzteren wiederum zwischen Angriffen gegen die Person und Angriffen gegen das Vermögen. Zu den Angriffen gegen die Person gehören die Verletzungen von Leben und Gesundheit, Freiheit und Ehre. Zweifelhaft ist ihm jedoch die Einordnung der Realinjurien²⁶. SVAREZ neigt dazu, sie zusammen mit den Körperverletzungen zu den Angriffen auf die physische Person zu rechnen²⁷, später hat er jedoch diese Absicht wieder aufgegeben und sie mit den übrigen Verletzungen der Ehre zusammengestellt²⁸.

Die Vermögensverletzungen selbst charakterisiert die Einheitlichkeit des Gegenstandes. Ihre Unterteilung muß deshalb nach anderen Gesichtspunkten vor sich gehen. Bei SVAREZ ist es zunächst die Art des Handlungsmotivs. Entweder „*Eigenmutz und Gewinnsucht*“ oder „*Rache, Bosheit und Schadenfreude*“ leiten den Täter²⁹. Zu den Delikten der ersten Art gehören „*Betrügerey, Verfälschung, Diebstahl*“, weil sie „*mehreren Theils aus Gewinnsucht*“ begangen werden. „*Brandstiftung und Überschwemmung*“ dagegen geschehen „*meist aus Bosheit*“.

Die Grundlage weiterer Unterscheidungen bildet „*die Art, wie die Beschädigung verübt wird*“³⁰. So sondern sich in der Gruppe der eigennütigen Vermögensverletzungen Betrug und Untreue von den Entwendungen, bei diesen wieder Diebstahl und Unterschlagung voneinander. „*Verfälschung im engeren Verstande*“ liegt vor, wenn der „*Betrug darin besteht, daß eine Sache für die andere substituiert wird*“³¹.

Auf diesem System beruhen alle Entwürfe und auch die endgültige Fassung des Gesetzes. Das lehrt eine Zusammenstellung seiner Kapitelüberschriften. Von den Vermögensverbrechen handelt das Gesetz im 14., 15. und 16. Abschnitt des 20. Titels³². Davon enthalten der 14. Abschnitt („*Von Beschädigungen des Vermögens überhaupt und von Entwendung insonderheit*“) und der 15. Abschnitt („*Von Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug*“) die eigennütigen Vermögensbeschädigungen, der 16. Abschnitt („*Von Beschädigungen des Vermögens aus Rache, Bosheit und Muthwillen*“) diejenigen Verletzungen, denen ein nichtgewinnsüchtiges Motiv zugrunde liegt. Daß der Ausdruck „*Vermögen*“ in diesem Zusammenhange als Summe der „*Vermögensgüter*“ zu verstehen ist, ergibt sich aus der Grundanordnung des Gesetzes, dem Aufbau nach Angriffsobjekten. Im übrigen war gerade diese Bedeutung des Wortes, wie früher gezeigt wurde³³, der Jurisprudenz der Aufklärung durchaus geläufig.

²⁶ Ebenda S. 154, 177. ²⁷ So noch im 1. Entwurf § 662 (S. 230v).

²⁸ Bd. 20 § 414 (S. 311v); Bd. 21 § 475 (S. 114). ²⁹ Bd. 20 S. 177.

³⁰ Material. Bd. 20 S. 199. ³¹ Ebenda Bd. 20 S. 199.

³² Teil II. Das beruht auf einer Umstellung, die erst nach der ersten Drucklegung vorgenommen wurde. Bis dahin bildeten die strafrechtl. Bestimmungen den 8. Titel des I. Teiles.

³³ Vgl. oben S. 242 Anm. 139.

Prüfen wir, wie sich die neue Systematik in der Ausgestaltung derjenigen Delikte ausgewirkt, die uns in dem historischen Teile vorwiegend beschäftigt haben, nämlich Betrug und Diebstahl. SVAREZ' 1. Entwurf enthielt in den ersten Paragraphen des (damals) 13. Abschnittes einige einführende Bestimmungen über Vermögensdelikte im allgemeinen. Sie sollten nach SVAREZ eigenen Worten dazu dienen, „*der gantzen Materie von der Beschädigung des Vermögens zur Einleitung zu dienen*“³⁴, wurden aber auf Veranlassung des Großkanzlers VON CARMER später z. T. als überflüssig³⁵ gestrichen. Nur die Überschrift des ganzen Abschnittes („*Von Beschädigung des Vermögens überhaupt und von . . .*“) zeugt bis auf den heutigen Tag von ihrem einstigen Dasein. Dennoch war durch die Streichung dieser Bestimmungen eine wesentliche Änderung nicht beabsichtigt. Deshalb haben sie auch für die Auslegung des endgültigen Textes erhebliche Bedeutung. Sie lauten³⁶:

§ 887: Niemand soll ohne Recht den anderen an seinem Eigenthum oder Vermögen beschädigen.

§ 888: Wer dieses thut, der soll, außer dem Schadensersatze, je nachdem die Beschädigung aus Fahrlässigkeit; oder vorsätzlich, in der Absicht sich zu bereichern; oder aus Bosheit, Rache, oder Muthwillen zugefügt worden, verhältnißmäßige Strafe leiden.

§ 891: Wer in der Absicht, sich einen Vortheil zu verschaffen, einem andern etwas von seinem Eigenthum und Vermögen entzieht, der soll als ein Dieb angesehen und bestraft werden.

§ 892: Wer um seines Gewinns oder Vortheils willen einen andern durch List, Verstellung, oder Verfälschung der Wahrheit verleitet, etwas zu thun, oder in etwas zu willigen, was zu desselben Schaden gereicht, der begeht einen Betrug.

Daran schließt sich die Definition des Diebstahls mit folgenden Worten³⁷:

§ 893: Wer in gleicher Absicht (Carmer schreibt statt dessen: um seines Gewinns oder Vortheils willen) eine bewegliche Sache eines andern, ohne dessen Vorbewußt, oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls im engeren Verstande schuldig.

Zweierlei ist uns hierbei von besonderer Bedeutung, die völlige Parallelisierung von Betrug und Entwendung und die Umschreibung des subjektiven Tatbestandes in den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes.

Die Parallelbehandlung von Betrug und Entwendung führt zur Beschränkung des ersteren auf Beschädigungen des Vermögens, besser von Vermögensgütern; sie bewirkt weiter, daß sich Diebstahl und Betrug — abgesehen von ihrer Begehungsweise — nur dadurch unterscheiden, daß beim Diebstahl der Gegenstand des Verbrechens enger umgrenzt und auf bewegliche Sachen beschränkt ist.

Bei der Bestimmung der Diebstahlsabsicht fällt ein Wechsel der Formulierung in den einzelnen Tatbeständen auf. In § 888³⁸ wird die Bereicherungsabsicht den Motiven Bosheit, Rache und Muthwillen gegenübergestellt. § 891³⁹ verwendet statt dessen den Ausdruck: „*in der Absicht, sich einen Vortheil zu verschaffen*“, und die neue Fassung des § 893⁴⁰ lautet gar: „*um*

³⁴ Bd. 21 zu § 892 S. 183 v. ³⁵ Ebenda (Anm. 34).

³⁶ Bd. 21 S. 182 v, 183 (vgl. Bd. 20 S. 246 ff.). ³⁷ Ebenda S. 183 v.

³⁸ Bd. 21 S. 182 v. ³⁹ Ebenda S. 183. ⁴⁰ Ebenda S. 183 v.

seines Gewinns oder Vortheils willen“. Doch damit nicht genug; in § 901⁴¹ kehrt die „*Absicht, sich zu bereichern*“ wieder, und in § 906⁴² heißt es in Übereinstimmung mit § 1119 der endgültigen Fassung:

Ist die Entwendung nicht aus Gewinnsucht geschehen, so findet zwar nicht die Strafe des Diebstahls, wohl aber diejenige statt, welche der Thäter nach seiner anderweitigen unerlaubten Absicht verwirkt hat.

Diese „*anderweitige unerlaubte Absicht*“ kann nach der Anlage des Gesetzbuches aber nur das Motiv der Bosheit, der Rache oder des Mutwillens sein; etwas anderes gibt es nicht, oder richtiger für Vermögensbeschädigungen aus anderen Motiven enthält das Allgemeine Landrecht keine besonderen Bestimmungen. Daraus folgt, daß Gewinnsucht hier nicht im technischen, auf den Erwerb wirtschaftlicher, pekuniärer Vorteile beschränktem Sinne gemeint sein kann, sondern daß dieser Ausdruck im Allgemeinen Landrecht sämtliche, also auch immaterielle Vorteile umfaßt. Das Gleiche muß aber auch für die „*Bereicherungsabsicht*“ gelten, die ja von dem Entwurf bisweilen statt des Ausdrucks „*Gewinnsucht*“ verwendet wird. Die Kumulation von „*Gewinn und Vorteil*“ in §§ 892 u. 893⁴³ und deren Gleichsetzung mit der Bereicherungsabsicht in § 888⁴⁴ bestätigt diese Vermutung. Zu allem Überfluß hat der Entwurf beim Betrüge ausdrücklich eine dahingehende Auslegungsregel gegeben⁴⁵.

§ 1007: In der Natur und Bestrafung des unerlaubten Eigennutzes und Betruges macht es keinen Unterschied, ob die Erlangung eines Geldgewinns oder irgend eines anderen Vortheiles gesucht werden.

Die unbestreitbare Parallelisierung sämtlicher eigennützigen Vermögensverbrechen läßt für ein an sich naheliegendes argumentum e contrario an dieser Stelle keinen Raum. Als Ergebnis ist also festzustellen, daß der von SVAREZ verfaßte Entwurf des Allgemeinen Landrechts in seinem System des Besonderen Teiles den Standpunkt des gemeinen Rechts verläßt und zu der Systematik des deutschen Rechts zurückkehrt.

An dieser Grundlage hält man auch fernerhin fest, obwohl das Prinzip durch Streichungen und Abänderungen der Formulierung stark verdunkelt wird. Daß die §§ 891 u. 892 fortgelassen wurden, haben wir bereits erwähnt; das gleiche Schicksal trifft den § 1007, den CARMER als „*überflüssig*“⁴⁶ bezeichnet. Der § 1000 erhält folgende Fassung⁴⁷:

Auch außer dem Fall eines Diebstahls soll niemand einen anderen an seinem Vermögen verkürzen.

Außerdem fügt CARMER an Stelle der früher gestrichenen hier eine eigene Definition des Betruges ein⁴⁸:

⁴¹ Ebenda S. 185 v. ⁴² Ebenda S. 185 v. ⁴³ Bd. 2 I S. 183/183 v.

⁴⁴ Ebenda S. 182 v.

⁴⁵ Ebenda S. 205. Allerdings soll sich die Strafe „nach dem einfachen Betrag des gesuchten Vortheils bestimmen“ (§ 1113 = heute § 1259, Bd. 2 I S. 205 v); doch rechnet § 1115 (= heute § 1261) mit der Möglichkeit, daß dieser Gewinn nicht ausgemittelt werden kann.

⁴⁶ Ebenda S. 205. ⁴⁷ Bd. 2 I S. 204.

⁴⁸ § 1002, Bd. 2 I S. 104 v. (Dazu Bemerkung von SVAREZ.)

Wer in einer unerlaubten Absicht die Wahrheit ver . . .⁴⁹ oder verfälscht, der begeht einen Betrug.

Die Beschränkung des Betruges auf Vermögensverletzungen wird also beibehalten, obwohl einer der Kritiker des früheren Entwurfes, Geheimrath LAMPRECHT⁵⁰, dies mißbilligt hatte. SVAREZ begründet seinen Standpunkt in sehr entschiedener Weise⁵¹: der Kritiker „*verwechsle dolus und fraus. Nurersterer finde bey allen Verbrechen statt, nicht aber letzterer . . .*“.

Wesentliche Änderungen sind bis zur ersten Drucklegung⁵² nicht mehr erfolgt. Aber auch die endgültige Fassung des Gesetzes weicht nicht erheblich von der letzten Formulierung des Entwurfes ab. Eine Ausnahme bilden die §§ 1009 u. 1011 des Entwurfes. § 1009 ist ganz in Fortfall gekommen. Statt dessen ist der frühere § 1011 als § 1256 an den Anfang des 15. Abschnittes gerückt. Dabei hat seine Fassung eine Änderung erfahren; er lautet jetzt:

Jede vorsätzliche Veranlassung eines Irrthums, wodurch Jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll, ist ein strafbarer Betrug.

Die Gründe für diese Umstellung und Umformulierung lassen sich nicht mehr ermitteln. Ein Resumé der kritischen Bemerkungen zu dem Entwurfe, wie es SVAREZ eigenhändig für alle übrigen Teile des Gesetzbuches verfaßt hat⁵³, fehlt für den Abschnitt über „*Verbrechen und Strafen*“. Daß eine Ausdehnung des Tatbestandes auf Rechtsverletzungen jeder Art beabsichtigt war, ist wenig wahrscheinlich und würde auch mit der beibehaltenen Kapitelüberschrift („*Von Beschädigungen des Vermögens . . .*“) in Widerspruch stehen. Die Beschränkung des Tatbestandes auf Vermögensverletzungen hat denn auch stets als Charakteristikum des Allgemeinen Landrechts gegolten⁵⁴.

III. Die Entwürfe zum Preußischen Strafgesetzbuch von 1851.

Von den Entwürfen für das Preußische Strafgesetzbuch beschränkt sich der erste vom Jahre 1827 auf den Allgemeinen Teil. Vorschläge für eine Neuregelung der einzelnen Deliktstatbestände finden sich zum ersten Male in dem zweiten Entwurfe vom Jahre 1828. Die Reformbedürftigkeit dieses Teiles des Allgemeinen Landrechts war damit trotz seiner verhältnismäßig kurzen Dauer anerkannt. Der Revisor hat aber seiner Anerkennung für die gesetzgeberische Leistung der Verfasser des ALR nicht nur mit beredten Worten Ausdruck verliehen⁵⁵, er hat sie auch durch die Tat bewiesen, indem er die Grundeinteilung nach dem Gegenstand der Delikte beibehielt; denn

⁴⁹ Nicht leserlich. ⁵⁰ Bd. 20 S. 449.

⁵¹ Bd. 21 S. 219v. (Die Bemerkung S. 3 scheint sich allerdings unmittelbar gegen einen anderen Kritiker zu richten, betrifft aber den gleichen Gegenstand.)

⁵² Material. Bd. 22. ⁵³ Material. Bd. 30.

⁵⁴ Vgl. Motive zum 1. Entwurf des Preuß. Strafgesetzbuches Bd. IV S. 16 und passim.

⁵⁵ Motive Bd. IV. S. 1—9.

der Entwurf unterscheidet wie das Allgemeine Landrecht in seinen einzelnen Abschnitten Verletzungen von Körper und Leben, Ehre, Freiheit . . . und Vermögen. Erst innerhalb der so gebildeten Deliktsgruppen beginnt die Kritik.

Der Begriff des Vermögens wird damit als bekannt vorausgesetzt; längere Erörterungen darüber erscheinen überflüssig. Eine gelegentliche Bemerkung⁵⁶ zeigt, daß darunter „*körperliche Sachen oder Rechte*“, scil. unsere sog. wirtschaftlichen Güter verstanden werden. Das entspricht der Systematik der Gesamtanlage, bedeutet auch keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes.

Die Kritik wendet sich in erster Linie gegen die Zusammenstellung der sog. eigennützigen Rechtsverletzungen mit dem Betrüge und deren Konfrontation mit den Entwendungen im weitesten Sinne⁵⁷. Es sei zu beanstanden, wenn das Gesetz unter dem wenig klaren Begriffe des „*Eigennutzes*“ völlig heterogene Tatbestände zusammenfasse und diesen — immerhin doch nach dem Gegenstände orientierten — Komplex mit dem durch die Begehungsweise charakterisierten Betrüge in Zusammenhang bringe⁵⁸. Ob diese Kritik dem tieferen Gehalt der Anordnung wirklich in vollem Umfange gerecht wird, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern; daß der Revisor mit seinen Bedenken durchgedrungen ist, lehrt der Augenschein.

Noch größere Bedeutung kommt in unserem Zusammenhange einem zweiten Punkte zu; der Revisor beanstandet den Einfluß, den der subjektive Tatbestand bei der weiteren Unterteilung der Vermögensdelikte im Allgemeinen Landrecht erhalten hat⁵⁹; ja, er leugnet geradezu, daß eine Unterscheidung der einzelnen Tatbestände nach der Art der Motive praktisch durchführbar sei. Statt dessen will er auch hier das objektive Moment, die Natur des Schadens, in den Vordergrund rücken, während der subjektive Tatbestand jene äußeren Ereignisse widerspiegeln soll. Praktisch bedeutet dies, daß nicht mehr so sehr zwischen boshafter oder mutwilliger und eigennütziger oder gewinnsüchtiger Vermögensbeschädigung = Vermögensminderung unterschieden wird, sondern daß an deren Stelle Sach- oder Vermögensbeschädigung als Wertzerstörung, und Vermögensentziehung als Wertübertragung treten. Es ist die Konsequenz dieses Standpunktes, wenn die Wertzerstörung als nicht nur sozial, sondern auch individuell gefährlicher mit schärferer Strafe belegt⁶⁰ und wenn der subjektive Tatbestand bei der Wertzerstörung durch das Motiv der Benachteiligungsabsicht⁶¹, bei der Wertentziehung durch den Ausdruck „*um seines Vortheiles willen*“⁶² hinreichend deutlich umschrieben wird. Neben die Verletzung des Hausrechts⁶³ treten deshalb die Sach- bzw. Vermögensbeschädigung⁶⁴, die gewaltsame Be-

⁵⁶ Motive Bd. IV S. 12.

⁵⁷ Motive Bd. IV S. 256/7; der Revisor wendet sich grundsätzlich gegen eine Unterteilung nach Motiven.

⁵⁸ Motive Bd. IV S. 176—179. ⁵⁹ A. a. O. S. 256/7.

⁶⁰ A. a. O. S. 259/60. ⁶¹ II. Abschnitt § 3.

⁶² Ebenda §§ 10, 11.

⁶³ Ebenda §§ 1/2.

⁶⁴ Ebenda § 3.

sitznahme unbeweglicher Sachen⁶⁵ und die Beschädigung von Rechten⁶⁶. Auf der anderen Seite stehen Diebstahl, Raub und Untreue⁶⁷. Sowohl die Beschädigungen wie die Entwendungen können durch die Begehungsweise (Täuschung oder Drohung) qualifiziert sein⁶⁸. Durch Drohung usw. bewirkte Rechtsentziehung ist Erpressung⁶⁹, durch Täuschung ermöglichte Vermögensverschiebung Betrug. Die Notwendigkeit einer derartig engen Begrenzung des Betrages wird auch in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben⁷⁰:

„Die vollendete, objektive Klassifikation der Verbrechen, welche durch Gewalt, d. h. durch jeden unmittelbaren Angriff geschehen, zeigt, daß das Gesetz in dieser Richtung im Leben völlig ausgebildet ist. Daß umgekehrt bei der Form des Betrages dieser auch als Wesen gilt, zeigt m. E. ebenso, daß das Strafgesetz nicht praktisch ist. Eine Zurückführung auf die einzelnen, objektiv ausgebildeten Verbrechen, scheint mir nicht nur der konsequenten Herleitung aus dem Prinzipie wegen richtig, sondern auch dem wirklich bestehenden Strafrechtszustande gemäß.“

Der Gedanke des Formaldelikts ist damit grundsätzlich verworfen. Andererseits ist der Entwurf auch nicht zur Aufstellung eines allgemeinen Begriffes des Vermögensbetruges gelangt, hat sich vielmehr darauf beschränkt, eine Reihe einzelner betrügerischer Handlungen auszuwählen und gesondert unter Strafe zu stellen⁷¹. Vom Standpunkt des Gesamtsystems aus ist es inkonsequent, daß dabei auch die mittelbaren Beschädigungen des Vermögens „durch Erbrechung fremder Briefe“ (§ 85) und „durch Verläumdung“ (§ 87) erwähnt werden.

Für die Bewertung der entwendeten Gegenstände soll der objektive Wert maßgebend sein⁷². Subjektive Wertschätzungen, also immaterielle Werte sind nicht zu berücksichtigen, weil diese nicht übertragbar sind und deshalb im eigentlichen Sinne des Wortes auch nicht entwendet werden können.

Andererseits läßt es sich nicht leugnen, daß immaterielle Werte der Zerstörung und Beschädigung unterliegen; deshalb sollen sie bei der Gruppe der wertzestörenden Delikte berücksichtigt werden⁷³. Aber auch die bloße Entziehung wirtschaftlicher Werte kann zur Verletzung der mit ihnen verbundenen immateriellen Interessen führen; in diesem Falle soll gleichzeitig wegen Sachbeschädigung und Entwendung gestraft werden; das ist in der Tat die folgerichtige, aber wohl unpraktische Lösung des § 23 des Entwurfes⁷⁴.

Um die Wertentziehung psychologisch zu begründen, bedarf man keines gewinnsüchtigen Motives; es genügt, daß der Täter den Wert widerrechtlich

⁶⁵ Ebenda § 8. ⁶⁶ Ebenda § 9.

⁶⁷ Ebenda §§ 11, 55, 61. ⁶⁸ Ebenda § 6 Nr. 1 u. 2, § 61 u. §§ 87—94.

⁶⁹ Ebenda § 61. ⁷⁰ Motive Bd. IV S. 129. ⁷¹ 11. Abschnitt §§ 87—94.

⁷² Motive Bd. IV S. 259. Einen „Schätzungswert“ fordern beim Diebstahl das Revidierte Sächsische Strafgesetzbuch vom 1. Oktober 1868 (Art. 272) sowie der Züricher Entwurf von 1866 (§ 164).

⁷³ Motive Bd. IV S. 259.

⁷⁴ Titel II, 11. Abschnitt § 23: „Entstand durch die Verübung des Diebstahls noch

in sein Vermögen überführen, d.h. seines Vortheiles wegen sich zueignen will⁷⁵.

„Befriedigung der Eitelkeit . . . ist Vortheil, die Gewährung eines Wunsches . . . ; dagegen würde ich die Worte „um seines Gewinnes oder Genusses willen“ als Pleonasmen weglassen. Im Gewinn ist gewiß ein Vortheil⁷⁶ enthalten. Beim Genusse scheint es weniger der Fall. Da aber Vortheil nichts anderes bedeutet, als einen Theil woraus zu haben, etwas woraus zu erlangen, so liegt darin jede Art der Erweiterung des äußeren Seyns, jede erweiterte Möglichkeit der Befriedigung des Begehrungs-Vermögens; also auch Genuß.“

In der Folgerichtigkeit des theoretischen Standpunktes stellt dieser Entwurf einen Höhepunkt dar, der von keinem seiner Nachfolger wieder erreicht wird. Bereits im folgenden (3.) Entwürfe von 1830 sind die Bestimmungen über die durch Täuschung oder Drohung bewirkten Vermögensbeschädigungen gestrichen, statt dessen die subjektive Unterscheidung von Beschädigungen oder Zerstörungen aus bloßem Mutwillen und „*in der Absicht, Jemandem Nachtheil am Vermögen zuzufügen*“, wiedereingeführt⁷⁷. Dagegen stimmt dieser Entwurf in der Definition von Betrug und Diebstahl mit seinem Vorgänger überein⁷⁸.

Grundlegende Änderungen auch im Aufbau enthält dagegen der vierte, sog. Revidierte Entwurf vom Jahre 1833. Die Vermögensdelikte sind jetzt in mehrere Abschnitte zerlegt, nämlich: Diebstahl und Raub (11. Abschn.), Erpressung (12. Abschn.), Unterschlagung (13. Abschn.), Betrug und Fälschung (14. Abschn.), Bankerut (15. Abschn.), Strafbare Eigennutz (16. Abschn.) und endlich Vermögensbeschädigung aus Muthwillen oder Bosheit (17. Abschn.). Das hat — wenigstens für die Tatbestände des 14. Abschnittes — auch dogmatische Bedeutung; der Entwurf kehrt in der Terminologie zu

eine besondere Vermögensbeschädigung, so wird sie als vorsätzliche geahndet, und es tritt die Strafe der zusammentreffenden Verbrechen ein.“ Unmittelbar war allerdings bei der Einfügung dieser Bestimmung an solche (materiellen) Schäden gedacht, die im Zusammenhang mit dem Diebstahl entstehen, ohne dessen Gegenstand zu bilden (Zerstörung einer Maschine durch Entwendung einiger Teile, Herausschneiden eines Stückes Leinwand aus einem kostbaren Bilde) (Motive Bd. IV S. 50 lit. b.).

Die obige erweiterte Auslegung folgt aber daraus, daß der Entwurf bei der Vermögensbeschädigung, und nur bei dieser, subjektive Bewertungen berücksichtigt (Motive S. 49 lit. 2 a, S. 259/60).

Ähnlich, wenn auch nicht mit gleicher dogmatischer Schärfe: FRIEDRICH, BARTH und DEMME: Die Grundbegriffe des Criminalrechts und seine leitenden Grundsätze (Nürnberg 1861) S. 109.

⁷⁵ 11. Abschnitt §§ 10, 11; Motive Bd. IV S. 15.

⁷⁶ Aber nicht umgekehrt! ⁷⁷ 12. Abschnitt §§ 329, 330.

⁷⁸ Ebenda §§ 335 u. 395; aber nur der Sache nach. In der Formulierung finden sich weitgehende Abweichungen, vor allem kehrt der Entwurf zu einem generellen Betrugs-tatbestand zurück.

§ 335: Wer eines unrechtmäßigen Vortheils wegen eine bewegliche Sache dem Eigenthümer, Inhaber oder zur Besitzergreifung Berechtigten ohne dessen Einwilligung entzieht und an sich nimmt, begeht, selbst wenn es seine eigene Sache ist, einen Diebstahl.

§ 395: Wer des Vortheils wegen durch vorsätzliche Veranlassung eines Irrthumes jemanden zum Nachtheile seines Rechts am Vermögen beschädigt, ist des Betruges schuldig.

dem Ausdruck „*Betrug*“ zurück, faßt ihn aber, im Anschluß an „*das gemeine Criminalrecht*“, nicht mehr als Verletzung von Vermögensgütern, sondern als ein generelles Delikt, das auch die Verletzung „*persönlicher Rechte*“ in sich begreift⁷⁹.

„Wenn der Revisor meint, daß der Betrug an sich kein Verbrechen, sondern nur die Form der Verübung sey, so beruht dies auf einer Verwechslung des grammatischen und des rechtlichen Begriffes. Der erstere umfaßt allerdings jede Täuschung eines Andern durch absichtliche Vorenthaltung oder Verstellung der Wahrheit; der letztere aber beschränkt sich auf die Täuschung, welche behufs der Verletzung äußerer Rechte geschieht.“

Auch im subjektiven Tatbestande ist die parallelisierende Behandlung von Diebstahl und Betrug nunmehr aufgegeben. Diebstahl begeht, „*wer eine fremde bewegliche Sache, in der Absicht, sich dieselbe zuzueignen und dadurch sich oder Dritten einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen*“, unter Bruch fremden Gewahrsams an sich nimmt⁸⁰; dagegen verlangt der Betrug die „*Absicht, sich oder Dritten einen Vermögens- oder anderen Vortheil zu verschaffen oder auch einem Andern zu schaden*“⁸¹. Damit geht der Entwurf im Ergebnis noch über das gemeine Recht hinaus, indem er nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Schäden, ja Rechtsverletzungen jeder Art zur Erfüllung des Tatbestandes genügen läßt und dementsprechend von der „*Gewinnsucht*“ zu einer ganz generellen Schädigungsabsicht gelangt.

Die Beschränkung des Diebstahls auf „*gewinnsüchtige*“ Entwendungen andererseits soll nach den Motiven⁸² klarstellen, daß Vermögensbeschädigungen aus Bosheit oder „*Muthwillen*“ sowie der sog. Futterdiebstahl nicht unter die Definition des Entwurfes fallen. Der Futterdiebstahl kann allerdings als „*Entziehung eines immateriellen Interesses an der Sache*“, nämlich als Entziehung der dem Eigentümer zustehenden Dispositionsbefugnis, gedeutet und in Beziehung zu den eigentlichen Entwendungen gesetzt werden. Ob dieser Fall als Ausnahme gedacht ist oder als Beispiel für andere „*Ent-*

⁷⁹ Motive S. 319/20. „Materielle Abweichungen“ (Zusammenstellung) S. 246. Wortlaut: 14. Abschnitt § 484:

Wer mit Absicht, sich oder Dritten einen Vermögens- oder anderen Vortheil zu verschaffen oder auch nur einem Andern zu schaden, unter Veranlassung oder Benutzung eines Irrthums des letzteren eine Handlung begeht, wodurch die Rechte desselben gekränkt werden sollten, macht sich, auch wenn daraus kein Schaden wirklich entstanden ist, des Betrages schuldig.

Ähnlich: Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 256 ff.).

⁸⁰ 11. Abschnitt § 415. Ähnlich: Revidiertes Sächsisches Strafgesetzbuch vom 1. Oktober 1868 (Art. 272); Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten von 1849 (Art. 213); Badisches Strafgesetzbuch vom 6. III. 1845/5. II. 1851 (§ 376).

⁸¹ Vgl. oben Anm. 79.

Ähnlich: Hessisches Strafgesetzbuch vom 17. IX. 1841 (Art. 391); Braunschweigisches Strafgesetzbuch vom 10. VII. 1840 (§ 224); Kriminalgesetzbuch für Sachsen-Altenburg vom 3. V. 1841 (Art. 245); Württemberg. Strafgesetzbuch vom 1. III. 1839 (Art. 351); Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten von 1849 (Art. 236) — FRIEDRICH, BARTH und DEMME: Die Grundbegriffe des Criminalrechts und seine leitenden Grundsätze (Nürnberg 1861) S. 58/9.

⁸² S. 286.

ziehungen immaterieller Werte“ grundsätzliche Bedeutung beansprucht, läßt sich nicht feststellen.

Dieser Entwurf hat dann der Staatsraths-Kommission von 1839—1841 vorgelegen, ist aber von ihr in den uns interessierenden Partien kaum geändert worden. Beim Diebstahl wurde beschlossen, die Worte „*gewinnsüchtige Absicht*“ zu streichen und an deren Stelle die „*Absicht rechtswidriger Zueignung*“ zu setzen⁸³. Die Erweiterung des Betrugese auf Rechtsverletzungen aller Art wurde gebilligt⁸⁴.

Der folgende (5.) Entwurf von 1843 hat trotz vielfacher Änderungen des Aufbaus und trotz erheblicher Abweichungen in der Formulierung der einzelnen Bestimmungen die Regelung seines Vorgängers sachlich aufrecht erhalten. Diebstahl begeht, wer

eine fremde bewegliche Sache . . . wegnimmt . . . in der Absicht, dieselbe sich oder einem Andern rechtswidrig zuzueignen⁸⁵.

Wer zum Nachtheil eines Andern, es mag dabei ein Vortheil beabsichtigt seyn oder nicht, jemanden arglistiger Weise in einen Irrthum versetzt und dadurch in Schaden bringt, begeht einen Betrug⁸⁶.

Der Text des (6.) Entwurfes, der eine Revision des Entwurfes von 1843 darstellt und den Beschlüssen der Immediatkommission zugrunde liegt, ist mir im Wortlaut nicht bekannt. Sachlich scheinen die Begriffsbestimmungen des Diebstahls und Betrugese keine Änderungen gebracht zu haben. In den Beratungen der Kommission wurde das Erfordernis der „*Gewinnsucht*“ erneut abgelehnt und auch der Zusatz „*einem Andern*“ gestrichen⁸⁷. Beim Tatbestande des Betrugese wurde lediglich die Formulierung geändert und folgende Fassung beschlossen⁸⁸:

Wenn jemand durch wissentliches Vorbringen falscher oder wissentliches Unterdrücken wahrer Thatsachen einen Andern in Irrthum versetzt und ihm dadurch vorsätzlich Schaden zufügt . . .

Als 7. Entwurf bildeten diese Formulierungen die Grundlage für die Verhandlungen der Staatsraths-Kommission von 1846⁸⁹. Die Beschlüsse dieser Kommission sind recht bedeutungsvoll. Die Definition des Diebstahls wurde dahin ergänzt, daß auch die Absicht, die Sache „*einem andern*“ zuzueignen, genügen sollte⁹⁰. Der Betrug dagegen wurde durch den Beschluß

⁸³ Beschlüsse der Staatsraths-Kommission 1839—1841 S. 349, 351: § 539: Einen Diebstahl begeht, wer eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers oder Inhabers wegnimmt, um dieselbe sich oder einem Andern rechtswidrig zuzueignen. — „Absicht rechtswidriger Zueignung“ fordert auch das Bayerische Strafgesetzbuch vom 10. XI. 1861 (Art. 271).

⁸⁴ Ebenda § 608: Wer um sich oder Anderen Vortheil zu verschaffen oder auch nur um zu schaden, jemanden arglistigerweise in einen Irrthum versetzt und dadurch in Schaden bringt, begeht einen Betrug.

⁸⁵ Titel 17 § 402. Ebenso Osterreich. Entwurf von 1867 (§ 265).

⁸⁶ Titel 19 § 448.

⁸⁷ Revision des Entwurfes von 1843 Bd. II (1845) S. 3/4 (§ 253).

⁸⁸ Ebenda S. 34 (§ 280).

⁸⁹ Vgl. Verhandlungen der Staatsraths-Kommission von 1846.

⁹⁰ A. a. O. (Anm. 89) S. 133.

der Kommission auf die Fälle gewinnsüchtiger Vermögensbeschädigung beschränkt, mit anderen Worten wieder zum echten Vermögensdelikt gemacht⁹¹. Die „*gewinnsüchtige Absicht*“ stellt die Begründung in Gegensatz zur „*bloßen Schädigungsabsicht*“; die Frage, ob die Zueignung immaterieller Werte genüge, wird deshalb wohl zu bejahen sein.

Dementsprechend lauten die Bestimmungen des neuen (8.) Entwurfes:

Einen Diebstahl begeht, wer aus dem Gewahrsam eines Anderen ohne dessen Einwilligung eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen⁹².

Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er denselben durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Thatsachen in Irrthum versetzt, begeht einen Betrug . . .⁹³.

Der 9. und 10. Entwurf stimmen damit im wesentlichen überein; nur ist in der Definition des Diebstahls die Erweiterung des subjektiven Tatbestandes („*oder einem Dritten*“) wieder gestrichen⁹⁴. Damit ist die endgültige Fassung erreicht.

Das Ergebnis dieser Entwicklung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Eine ausdrückliche Berücksichtigung immaterieller Schäden, wie sie der Entwurf von 1828 vorgesehen hatte, findet nicht statt; von dem Fall des Futterdiebstahles abgesehen⁹⁵, hat der Gesetzgeber diesem Problem keine Aufmerksamkeit geschenkt. Daraus folgt aber nicht, daß stets ein wirtschaftlicher Schaden, eine Verminderung des wirtschaftlichen Vermögens erforderlich ist. Beim Diebstahl spricht der Umstand, daß der Gesetzgeber später wiederum zu der Fassung *Zueignungsabsicht* zurückgekehrt ist, sogar entschieden für die gegenteilige Auffassung. Auch für den Betrug läßt sich — um das mindeste zu sagen — auf Grund der Entstehungsgeschichte die subjektive Theorie verteidigen. Aus der Abänderung der Definition des § 1256 ALR („*an seinem Rechte gekränkt*“) in „*Beschädigung des Vermögens*“ kann deshalb für die objektive Theorie ebenfalls nichts hergeleitet werden; denn der Begriff des „*Rechte*“ im ALR stimmt mit dem Begriffe des Vermögens sachlich überein. Das übersieht das Obertribunal⁹⁶. Es folgert aus der veränderten Fassung der Bestimmung („*Rechte*“), daß nun zur Vollendung des Betruges die Eingehung von Verbindlichkeiten nicht mehr genüge⁹⁷, sondern daß vielmehr „*ein wirklicher Schaden . . . durch*

⁹¹ A. a. O. S. 157. ⁹² § 263.

⁹³ § 287. Ebenso: Badisches Strafgesetzbuch vom 6. III. 1845/5. II. 1851 (§ 450 — daneben aber § 451: „Betrug ohne gewinnsüchtige Absicht“).

⁹⁴ IX. Entwurf §§ 267 u. 293. X. Entwurf und Abänderungsvorschläge der Kommission von 1850: §§ 198 u. 215.

Bzgl. des Diebstahls wörtlich übereinstimmend: Bayerisch. Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 209); Lübeck (Strafgesetzbuch vom 20. VII. 1863 — § 177); Oldenburg (Strafgesetzbuch vom 3. VII. 1858 — Art. 198); der Sache nach auch: Bayern (Strafgesetzbuch vom 10. XI. 1861 — Art. 271); Württemberg (Strafgesetzbuch v. 1. III. 1839. — Art. 316); Bremen (Entwurf von 1868 — § 370).

⁹⁵ Vgl. oben S. 265 Anm. 82.

⁹⁶ Nach der Darstellung in Goltdammers Archiv Bd. 5 S. 756—761.

⁹⁷ Vgl. oben S. 253.

einen materiellen Verlust“ erforderlich sei⁹⁸. „Materiell“ und „wirtschaftlich“ werden dabei ohne nähere Begründung gleichgesetzt⁹⁹. Aber beide Argumente gehen fehl. „Materiell“ bedeutet eigentlich, daß die Verpflichtung zur Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes noch keinen Vermögensschaden darstellt, sondern daß dieser erst eintritt, wenn jener Gegenstand real dem Machtbereich des Berechtigten entzogen ist; über Natur oder Wert jenes Gegenstandes ergibt sich daraus überhaupt nichts; und wenn ein wertloser oder nur individuell wertvoller Gegenstand geschuldet und die Schuld nicht erfüllt wird, dann entsteht bei dieser Auffassung das Problem von neuen. Weiter aber läßt sich mit jener Begründung auch nicht einmal beweisen, daß die Erfüllung der Obligation zur Vollendung des Betruges nötig sei, weil der Abänderung des Wortlautes die vom Obertribunal behauptete sachliche Bedeutung nicht zukommt.

IV. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.

Dem (1.) Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund hat das Preußische Strafgesetzbuch zur Vorlage gedient¹⁰⁰. Der Entwurf ist ihm deshalb in der Systematik des Besonderen Teiles gefolgt und hat auch viele Bestimmungen wörtlich übernommen. So ist die Definition des Betruges unverändert geblieben¹⁰⁰ und beim Diebstahl lediglich die Absicht rechtswidriger Zuneigung durch die gewinnsüchtige Absicht ersetzt worden¹⁰¹.

Die Kritik hat diese Änderung des bestehenden Rechtszustandes fast einmütig abgelehnt¹⁰²; begründet wird dies teils damit, daß auch die Absicht, die Sache zu zerstören, genügen müsse¹⁰³, teils mit dem Hinweis darauf, daß es für den Begriff des Diebstahls gleichgültig sein müsse, „ob der Besitz, der Verbrauch, das Verzehren der Sache im einzelnen Falle wirklich als ein Gewinn anzusehen sei“¹⁰⁴. Der Gesetzgeber hat sich diesen Bedenken nicht verschlossen. Die Reichstagsvorlage (2. Entwurf) ist zu der Formulie-

⁹⁸ Goltdammers Arch. Bd. 5 S. 757.

⁹⁹ Wie bei MERKEL: Lehre vom Betrage S. 103 (oben S. 253/4).

¹⁰⁰ Vgl. Motive zum 1. (veröffentlichten) Entwurf, zitiert in den Motiven zur Reichstagsvorlage S. 27 Sp. 2.

¹⁰¹ § 215. „Absicht gewinnsüchtiger Zueignung“ fordern Braunschweig (Criminalgesetzbuch vom 10. VII. 1840 — § 213); Hamburg (Kriminalgesetzbuch vom 30. IV. 1869 — Art. 183).

¹⁰² Z. B.: HÄBERLIN, C. F. W.: Kritische Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (1869) S. 78; MEYER, HUGO: Das Norddeutsche Strafrecht. Eine Beurteilung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. (Halle 1869) S. 71; BERNER: Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (Leipzig 1869) S. 66/7; VOLLERT, A.: Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (in Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 17) S. 54/5; FUCHS: Goltdammers Archiv Bd. 17 (1869) S. 635.

¹⁰³ VOLLERT: a. a. O. S. 54/5.

¹⁰⁴ HÄBERLIN: a. a. O. S. 78.

nung des Preußischen Strafgesetzbuches zurückgekehrt¹⁰⁵. Die Motive begründen dies, wie folgt¹⁰⁶:

„In der „Absicht der rechtswidrigen Zueignung“ liegt die Absicht, sich die fremde Sache ohne Entgelt zuzueignen, ausgedrückt, wobei es sich von selbst versteht, daß der Dieb natürlich die Absicht nicht haben kann, die Sache als sein Eigenthum zu gewinnen, da er ja selbst am besten weiß, wie er dieselbe erworben und daher das Eigenthum nicht erlangen konnte; wohl aber hat er die Absicht, über sie, als ob sie sein Eigenthum sei, zu verfügen. Bedenklich mußte es hierbei erscheinen, darauf Gewicht zu legen, ob die Sache für den Bestohlenen einen Vermögenswerth habe, oder durch den Thäter der Werth der Sache durch Niederlegung desselben (bei der Wegnahme) gedeckt worden sei. Vielmehr kann die Absicht der rechtswidrigen Zueignung in der Wegnahme von Sachen sich äußern, die lediglich für den Bestohlenen einen Werth haben oder auch einen solchen für den Thäter nicht haben, wie andererseits es nicht darauf ankommt, daß der Dieb sich durch die Sache bereichert habe.“

Damit ist unzweideutig festgestellt, daß der Diebstahl einen wirtschaftlichen Schaden nicht voraussetzt.

Beim Betrüge hat sich der Gesetzgeber einer gleich deutlichen Stellungnahme enthalten. Dessen Definition hat nur insofern eine Änderung erfahren, als „*der § 258 . . . noch, konform mit der Rechtsprechung, ausdrücklich anerkennt, daß der Betrug auch zum Vortheil eines Dritten begangen werden könne*“¹⁰⁷. So erklärt es sich offenbar, daß die „*gewinnsüchtige Absicht*“ ersetzt ist durch die Formel „*in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen*“¹⁰⁸. Es kommt also darauf an, ob dieser „*Vermögensvortheil*“ als wirtschaftliche Bereicherung zu verstehen ist. In dem Ausdruck *Vermögensvortheil* ist diese Beschränkung an sich nicht enthalten. Er ist das Korrelat zum *Vermögensschaden* und bedeutet deshalb, wie jener eine Minderung, so einen Zuwachs an Vermögensgütern. Wer zur Befriedigung seiner Eitelkeit „*täuscht*“, begeht deshalb keinen Betrug. Ehre ist kein *Vermögensvortheil*. Begreift jener Ausdruck aber auch „*Vermögensgüter ohne wirtschaftlichen Wert*“ in sich? Die Frage läßt sich mit Sicherheit nicht entscheiden, weil eben gerade der Ausdruck „*Vermögen*“ zweideutig ist und im Laufe der Entwicklung seine Bedeutung verändert hat. Läßt es sich auf der einen Seite nicht leugnen, daß die Motive in der vorher mitgetheilten Stelle von *Vermögenswert* im Sinne von wirtschaftlichem Wert sprechen, so kann andererseits geltend gemacht werden, daß an gleicher Stelle als Korrelat des wirtschaftlichen Schadens auf der subjektiven Seite der Terminus *Bereicherungsabsicht* erscheint, den das Gesetz an dieser Stelle nicht verwendet. Auch die Begründung zeigt mithin jene terminologische Unsicherheit, welche den Wert der Wortinter-

¹⁰⁵ § 237 (S. 16 Sp. I, Separatabdruck aus den amtlichen Drucksachen des Reichstags).

¹⁰⁶ S. 74 Sp. I (Separatabdruck). ¹⁰⁷ Motive S. 78 Sp. I (Separatabdruck).

¹⁰⁸ § 258 (S. 17 Sp. 2). Ebenso: Sachsen (Revidirtes Strafgesetzbuch vom 1. X. 1868 — Art. 284); Hamburg (Kriminalgesetzbuch vom 30. IV. 1869 — Art. 189); Bayern (Strafgesetzbuch vom 10. XI. 1861 — Art. 314); Bremen (Entwurf von 1868 — Art. 132). Lübeck (Strafgesetzbuch vom 20. VII. 1863 — § 206) verlangt: „*Verschaffung eines Vortheils oder Schadenszufügung in gewinnsüchtiger Absicht*“.

pretation herabsetzt und den Ausleger des Gesetzes auf allgemeine, systematische Zusammenhänge verweist.

Das muß demnach auch für die Auslegung des geltenden Strafgesetzbuches gelten, nachdem die diesbezüglichen Bestimmungen des Entwurfes vom Norddeutschen Reichstag unverändert angenommen¹⁰⁹ und infolgedessen auch in das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 übergegangen sind.

¹⁰⁹ Vgl. die Zusammenstellung in den amtlichen Drucksachen Nr. 6 S. 33 (Abänderung beim Diebstahl nur im Strafmaß) und S. 36.

Zweiter Teil.

Die Dogmatik des geltenden Strafgesetzbuches.

Erstes Kapitel.

Systematische Grundlagen.

I. Der Gegensatz von subjektivem und objektivem Vermögensbegriff.

Wenn wir das Fazit aus unseren bisherigen Untersuchungen ziehen, so läßt sich etwa folgendes feststellen:

Historisch bildet der einzelne Deliktstatbestand, also im ganzen der sog. Besondere Teil des Strafrechts, den Ausgangspunkt der Entwicklung. Die Herausbildung des Allgemeinen Teiles ist erst das Werk des gemeinen Rechts und der ihm folgenden Perioden der deutschen Strafrechtswissenschaft. Dennoch gebührt dem Allgemeinen Teil dogmatisch die erste Stelle, und seiner Anlage nach strebt er sogar zu einer möglichst vollständigen Aufsaugung der einzelnen Deliktstatbestände, mithin zu einer Vernichtung des Besonderen Teiles.

Dieser Entwicklung, welche, geboren aus dem Abstraktionsbedürfnis allen menschlichen Denkens, gerade in der von historischen Bindungen freien Vernunftgläubigkeit der Aufklärungszeit Antrieb und Förderung fand, stellte sich eine andere Tendenz feindlich entgegen. Es war ein staatspolitisches Postulat, die Idee rechtsstaatlicher Bindung, gleich jener ein Kind ihrer Zeit, welche der nach rein logischen Gesichtspunkten fortschreitenden Wissenschaft Einhalt gebot; es war, um es noch deutlicher zu sagen, die Forderung nach Sicherung vor richterlicher Willkür, nach Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz¹.

Dieser Forderung aber konnte nicht dadurch Genüge geschehen, daß die allgemeine dogmatische Grundlage des geltenden Strafrechts, also etwa das Prinzip der Einzeltat und das der Einzelschuld, in einem möglichst generell gefaßten Verbrechensbegriff zum Ausdruck gebracht und die Subsumierbarkeit aller strafwürdigen Taten unter diesen Begriff dargetan wurde. Der Sinn jener Forderung, wie sie damals verstanden wurde und wie sie — jedenfalls für die Auslegung des geltenden Strafgesetzbuches — auch heute noch verstanden werden muß, geht weiter.

¹ Vgl. oben S. 244. Wegen FEUERBACH: Revision I S. 63, 109, 146, 203, 342; II S. 14, 33.

Ziel und Bedeutung dieser Forderung offenbaren sich in einem Doppelten. Das Postulat der vorherigen, d. h. gesetzlichen „Festlegung“, gilt dem *ob* und dem *wie* der Strafbarkeit. Das Ideal dieser Forderung, konkretisierende Beschreibung aller in Frage kommenden Fälle sowie deren Bewertung durch *gerechte* Straffixa, ist undurchführbar. Die (dogmatisch gesprochen) „Auflösung (des Allgemeinen Teiles) ins Detail (des Besonderen Teiles)“ findet ihre Grenze an den Schranken der Gesetzgebungstechnik wie an den Erfordernissen praktischer Strafrechtspflege².

Wo diese Grenze verläuft, läßt sich wissenschaftlich nicht eindeutig bestimmen. Sie wird im wesentlichen durch die historische Entwicklung bestimmt; im übrigen entscheidet die Intuition des Gesetzgebers. Daß hierbei der kulturellen „*Situation der Zeit*“ eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt, erscheint sicher.

Innerhalb der für die Ausgestaltung maßgebenden Gesichtspunkte spielt natürlich die kriminalpolitische Einstellung eine bedeutende Rolle; doch steht das Bedürfnis nach Vielgestaltigkeit der Tatbestände einer gleichzeitigen Berücksichtigung verschiedener kriminalpolitischer Zielsetzungen nicht entgegen. Systematisch ist eine solche Kombination verschiedener Strafrechtsw Zwecke unbedenklich, solange bei dem Aufbau der Tatbestände nach einheitlichen Grundsätzen verfahren wird. Erst wenn dieses Gebot der Gesetzgebungstechnik außer acht gelassen und dadurch die Einheitlichkeit des Gesamtsystems zerstört wird, entstehen wissenschaftlich unlösbare Lückenprobleme³.

Eine solche Vielgestaltigkeit von Einteilungsgesichtspunkten kennzeichnet auch das System unseres Strafgesetzbuches. Wollen wir es in seiner prinzipiellen Bedeutung verstehen und für die dogmatische Erkenntnis fruchtbar machen, so müssen wir das Verhältnis der einzelnen Gesichtspunkte zueinander ermitteln, insbesondere aber feststellen, welches das für den systematischen Aufbau primäre Prinzip darstellt.

Das Strafgesetzbuch selbst⁴ teilt die Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Doch sind nur die Übertretungen in einem besonderen Abschnitt zusammengefaßt, während die einzelnen Delikte nach ihrer Zugehörigkeit zur Kategorie der Verbrechen oder Vergehen nicht voneinander

² Vgl. MERKEL: Kriminalistische Abhandlungen Bd. II — Zur Lehre vom strafbaren Betrüge S. 75: „Welche Bedeutung den besonderen Thatbeständen im Übrigen zukommt, lehrt ein Blick in unsere Kodifikationen. Sie sind die eigentlichen Träger des Systems der praktischen Bestimmungen, welche die richterliche Thätigkeit regeln sollen.“

Hierzu sind sie aber nur qualifiziert, sofern sie die richtige Mitte halten zwischen prinziploser Spezialisierung und unpraktischer Generalisierung. Weder mit dieser noch mit jener werden wir die Vollständigkeit und innere Harmonie erreichen können, um die sich unsere Gesetzgeber bemühten.“

³ Wie im Allgemeinen Teil; vgl. ZIMMERMANN: Aufbau des Strafrechtssystems (1930), passim.

⁴ Über Sinn und Grenze der Legalordnung für die wissenschaftliche Erfassung des Systems vgl. die schönen Ausführungen bei BINDING: Bes. Teil Bd. I S. 4.

getrennt sind. Schon daraus kann man schließen, daß diese Einteilung den Aufbau der Tatbestände nicht beeinflußt; für die dogmatische Erkenntnis des Besonderen Teiles ist sie deshalb wertlos. Damit soll ihr natürlich nicht jede grundsätzliche Bedeutung abgesprochen werden. Keinesfalls beruht sie nur auf prozeßtaktischen Erwägungen, sie dient nicht etwa lediglich der bequemeren Bestimmung prozessualer Zuständigkeiten. Das Gegenteil ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die Abgrenzung der gerichtlichen Kompetenzen ja selbst ein Problem von höchster kriminalpolitischer Bedeutung ist, dem deshalb nicht ohne Grund die erhöhte Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gilt. Mit Recht hat daher jüngst ERIK WOLF⁵ sich um eine kriminalpolitische Fundierung dieses Gegensatzes bemüht. Gleichwohl — für unser Problem, die dogmatische Erfassung des Besonderen Teiles, leistet er nichts⁶. Dogmatisch sind die unter der Kategorie der Übertretungen zusammengefaßten Tatbestände nichts weiter als Ergänzungen zu den Deliktstypen des Hauptteiles, ohne eigene systematische Bedeutung. Sie gewinnen erst von jenen her Sinn und Berechtigung und müssen deshalb auch im Zusammenhang mit ihnen erörtert und dargestellt werden, vorausgesetzt natürlich, daß man sie überhaupt zum Kriminalrecht rechnet.

Sieht man von dieser Einteilung ab, so kommen für die „*Auflösung ins Detail*“⁷, dem Aufbau des Verbrechensbegriffes entsprechend⁸, der objektive und der subjektive Tatbestand⁹, also Rechtswidrigkeit und Schuld in Frage.

Vom subjektiven Tatbestand her läßt sich nach Verbrechensmotiven¹⁰ und nach Schuldformen systematisieren. Der Gegensatz der Schuldformen hat im deutschen Strafgesetzbuch z.B. bei der Abgrenzung der §§ 211 u. 212 vom § 222, und der §§ 223ff. vom § 230 systematische Bedeutung gewonnen; er dient hier, wie an unzähligen anderen Stellen, zur angemessenen Bestimmung des Strafrahmens innerhalb des gleichen Tatbestandes und erfüllt so

⁵ WOLF, ERIK: Vom Wesen des Täters (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 87) 1932.

⁶ Schärfer urteilt BINDING: Lehrbuch, Bes. Teil Bd. I S. 5 „Ihre Teilung durch STGB § 1 in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen stellt die Karikatur eines Systems dar“.

⁷ Vgl. oben S. 272.

⁸ Daß der Verbrechensbegriff im Prinzip stets den Ausgangspunkt des Systems zu bilden hat, ist zutreffend hervorgehoben bei HEGLER: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX S. 153: Er liefere als „Gattungsbegriff“ die Artmerkmale für die Unterabteilungen. Aber HEGLER unterschätzt m. E. die Ergiebigkeit jenes Prinzips, wenn er fortfährt: „Also müssen die verschiedene Art des Rechtsgutes oder die verschiedene Art des Angriffes darauf den Einteilungsgesichtspunkt abgeben.“

⁹ Die Frage, ob der Handlungsbegriff selbständiges Verbrechenselement oder Bestandteil der Rechtswidrigkeit ist, kann hier auf sich beruhen bleiben. Zur Grundlage des systematischen Aufbaus ist jedenfalls der Gegensatz von Handlung und Unterlassung an keiner Stelle gemacht worden. Ebenso BINDING: Lehrb. Bes. Teil Bd. I S. 5.

¹⁰ M. E. auch in einem auf den Prinzipien der Einzeltat und der Schuld aufgebauten System. Dagegen würde eine Systematisierung nach Verbrecherpersönlichkeiten einen Bruch mit den Grundlagen dieses Systems bedeuten.

die rechtsstaatliche Forderung nach richterlicher Bindung. Der Gegensatz der Motive bildet die Grundlage der Unterscheidung zwischen (heute regelmäßig¹¹ nicht strafbarer) bloßer Sachentziehung und Diebstahl, zwischen sachlicher Begünstigung und Hehlerei, zwischen Tötung auf Verlangen und Mord. Diese Beispiele lassen sich beliebig vermehren. Doch schon die bisher genannten zeigen, daß dem subjektiven Tatbestand eine grundsätzliche systematische Bedeutung nicht zukommt. Jene Unterscheidungen ermöglichen eine individuelle Gestaltung der Strafraumen, nicht mehr und nicht weniger. Für eine konkretere Gestaltung der Tatbestände leisten sie so gut wie nichts, weil sie den Inhalt der von ihnen verwandten Schuldformen (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absicht) als bekannt voraussetzen.

Die Systematik des Besonderen Teiles kann demnach nur vom objektiven Tatbestand erfaßt werden. Nur an ihm vollzieht sich die „*Auflösung ins Detail*“. Das bedeutet es, wenn die Wissenschaft immer nur von einer „*Indikation der Rechtswidrigkeit*“ durch die Tatbestandsmäßigkeit spricht, und wenn der bekannte Streit um das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit auf dem Gebiete der Schuld kein Gegenstück findet. Von den Elementen der Rechtswidrigkeit haben wir deshalb auszugehen, um das System des Besonderen Teiles zu ermitteln.

Auch hier bieten sich wiederum verschiedene Möglichkeiten an: man kann den Rechtsträger, d. h. die Person des Verletzten, oder den Gegenstand der Verletzung, und man kann endlich die Form des Angriffes, d. h. die Modalitäten der Begehung zum Ausgangspunkt nehmen. Die Verschiedenheit der Rechtssubjekte zur Grundlage der Einteilung zu machen, ist in der Wissenschaft mehrfach versucht worden. Am bekanntesten ist die Dreiteilung in Delikte gegen den Staat, die Allgemeinheit und den Einzelnen¹². Ein unverkennbarer Vorteil derselben besteht darin, daß sie eine angemessene Einordnung der sog. gemeingefährlichen Delikte ermöglicht. Dem System des geltenden Strafgesetzbuches jedoch liegt sie nicht zugrunde. Die Wegnahme fremder beweglicher Sachen bleibt Diebstahl, mag deren Eigentümer der Staat oder ein beliebiger Privater sein; auch Sachbeschädigung, Betrug, Untreue u. a. m. können sich ebensogut gegen den Staat wie gegen Einzelpersonen richten. An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn man in diesen Fällen den Staat nicht als solchen, sondern „*wie*“ einen Privaten, als Fiskus auftreten läßt. Dann bleibt allerdings eine Reihe von Delikten übrig, die gegen Privatpersonen überhaupt nicht begangen werden können und deshalb notwendig staatliche Interessen verletzen. Aber dabei handelt es sich in Wahrheit gar nicht mehr um eine Einteilung nach der Person der

¹¹ Ausnahmsweise Strafbarkeit bloßer Sachentziehung als „Beiseiteschaffung“ oder „Unterdrückung“ §§ 133, 274 StGB. u. a. (vgl. BINDING: Bes. Teil Bd. I S. 246 II); VO gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. X. 1932.

¹² Zur Geschichte der Klassifikation im allgemeinen und zu der Theorie der sog. Dreiteilung im besonderen ist zu vergleichen PHILIPPSBORN, ALEXANDER: Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen (Abhandlungen aus dem kriminalistischen Seminar an der Universität Berlin. N. F. Bd. V Heft 2 — 1906 —) bes. S. 129.

Rechtsträger, sondern nach der Art der Verletzungsobjekte, wobei einem Teil der verletzten Interessen die Eigenart zukommt, daß ihr Träger nur der Staat, niemals ein Privater sein kann. Für das System jedoch ist diese Eigentümlichkeit ohne jede Bedeutung.

Von der Möglichkeit, die Art und Weise der Begehung als Einteilungsprinzip zu verwenden, hat das geltende Recht ebenfalls vielfach Gebrauch gemacht. Auf ihr beruht beispielsweise der Gegensatz von Diebstahl, Raub, Erpressung und Betrug. Doch bildet sie sicherlich nicht die Grundlage des Systems¹³.

Somit dürfen wir feststellen, daß im positiven Recht das Verletzungsobjekt zur Grundlage des Systems des Besonderen Teiles gemacht ist¹⁴.

Mit dieser Feststellung gibt sich BINDING zufrieden, und von dieser Grundlage aus versucht er dann, indem er die einzelnen Tatbestände nach ihren Beziehungen zum Rechtsträger zu Deliktgruppen zusammenfaßt, zum Gesamtsystem vorzudringen¹⁵. Aber mit Unrecht. Der Gedanke des Verletzungsobjektes ist nicht die letzte Stufe, bis zu der eine systematisierende Betrachtungsweise vorzudringen hat. Noch eine weitere Unterscheidung ergibt sich an dieser Stelle, eine Unterecheidung, deren Bedeutung in der Geschichte des Strafrechts der größte Teil unserer bisherigen Untersuchungen geglitten hat. Hier trennt sich das System der Angriffsobjekte von dem System der rechtlich geschützten Interessen^{16, 17}.

¹³ Richtig: BINDING: Bes. Teil Bd. I S. 5 II; MEZGER: Strafrecht S. 189 bes. Anm. 13. Nur auf die Vermögensdelikte bezieht sich die Bemerkung von HEGLER (a. a. O. S. 157): „Als Einteilungsprinzip kann demnach nur das andere wesentliche Moment des materiellen Verbrechenbegriffes in Betracht kommen, das Moment des verletzenden Angriffes.“

¹⁴ Vgl. BINDING: Bes. Teil I S. 5 III: „Das Objekt des Schutzes durch die Normen, zugleich das Objekt des Angriffs ihrer Übertretungen, ist als Centrum aller Gruppenbildung anzuerkennen.“ Ähnlich HÄLSCHNER: Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. II 1 (1884) S. 9: „Man war endlich zu der Einsicht gelangt, daß nicht das Unrecht, das an sich Begrifflose und Irrationale, sondern nur das Recht Gegenstand eines wissenschaftlichen Systems sein könne, daß für den Thatbestand der einzelnen Verbrechenart nicht die Gestalt der verbrecherischen Thätigkeit, sondern das Rechtsgut, welches Gegenstand des Angriffes ist, das entscheidende Kriterium bildet, daß das System des Strafrechts, insofern ein jedes rechtliche Gut auch mögliches Objekt eines Verbrechens ist, seiner Natur nach nur Abbild des gesamten Rechtssystems sein kann.“ Vgl. ferner MEZGER: Strafrecht S. 189.

¹⁵ Doch unterscheidet BINDING Normen I (3. Aufl.) §§ 49—51 selbst zwischen „Rechtsgütern“ und „Interessen“ als möglichen „Angriffsobjekten“.

¹⁶ Erst bei solcher systematischen Betrachtungsweise gewinnt auch der mit BINDINGSchem Temperament geführte Streit zwischen BINDING (Handbuch I S. 169; Normen I (2. Aufl.) S. 338, (3. Aufl.) S. 353 A. 30], v. LISZT (ZStrW 6 S. 663—698) und KESSLER (Ger. Saal Bd. 39 S. 94—126, Bd. 40 S. 580—603) dogmatische Bedeutung. Es ging bekanntlich darum, ob Gegenstand des Rechtsschutzes das Rechtsgut oder das rechtliche geschützte Interesse sei.

Auf die systematischen Zusammenhänge weisen hin: KÖHLER: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) S. 65 und BINDING: Normen I [3. Aufl.] S. 351 A. 26.

Bei GRÜNHUT (RG Festgabe Bd. V S. 116) kommt dieser systematische Gegensatz

Der Gegensatz von Angriffsobjekten und rechtlich geschützten Interessen beruht auf der Erkenntnis, daß ein- und dasselbe Interesse auf ganz verschiedene Weise, d. h. durch Verletzung ganz verschiedenartiger äußerer Objekte beeinträchtigt werden kann, und daß umgekehrt der Angriff auf einen Gegenstand der Außenwelt oft gleichzeitig mehrere und sehr verschiedenartige Interessen in Mitleidenschaft zieht.

Die wirtschaftliche Existenz eines Geigers gefährdet, wer ihm sein kostbares, unersetzliches Instrument entwendet oder zerschlägt; das Gleiche tut, wer ihn um seine Stellung bringt, seinen Ruf vernichtet. Aber sein Schicksal ist besiegelt, wenn er eine schwere Handverletzung erleidet, die zum Verlust mehrerer Finger führt.

Die Errichtung eines riesigen Fabrikgebäudes in einem Villenviertel verletzt gleichzeitig das Bedürfnis nach Ruhe und Abgeschlossenheit wie das Interesse an freier, ungehinderter Aussicht eines oder gar mehrerer Anwohner. Eine einzige Maßnahme bedeutet die Verletzung vielfacher Interessen.

Das zuletzt genannte Beispiel läßt sich noch weiter ausbauen. In der Regel wird sich jene Beeinträchtigung von Aussicht und Ruhe auch vermögensrechtlich auswirken, das Grundstück wird seine Verkäuflichkeit einbüßen oder doch zum mindesten an Wert verlieren. Dann tritt neben die Verletzung immaterieller Interessen oder durch sie verursacht ein Verlust an Vermögenswerten.

Damit kehren wir zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurück.

zu kurz; dort heißt es: „Alles staatliche Strafrecht dient dem Schutz bestimmter Rechtsgüter. Die Güter können von der verschiedensten Art sein: Sachgüter oder immaterielle Werte oder Beziehungen und Verhältnisse zwischen Personen und Gütern in allen nur denkbaren Formen, wie sie das Leben bringt — Interessen in dem Sinn dieses Wortes, in dem man es von der ursprünglichen Bedeutung als eines subjektiven Wertgefühles auf den Gegenstand dieser Bewertung überträgt. Lediglich die gleiche Form des Schutzes verleiht diesen verschiedenartigen Sachgütern und Interessen die gemeinsame Eigenschaft des Rechtsgutes.“

Weitere Literatur zum Begriff des Rechtsgutes u. a.: FINGER: Ger. Saal Bd. 40 S. 139—157; FRANK: Komm. § 1 IV; HONIG: Die Einwilligung des Verletzten S. 85 ff.; SAUER: Grundlagen S. 223; MAYER, M. E.: Rechtsnormen und Kulturnormen S. 62—68; SCHWINGE, E.: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 14 (1930) S. 21—33. Der Begründer der Lehre vom „Rechtsgut“ ist bekanntlich BIRNBAUM [Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens — Archiv für Kriminalrecht N. F. Bd. 1 (1834) S. 149—194].

¹⁷ Den Begriff des Angriffsobjekts hat OFFENHEIM (Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894 S. 153, 201 ff.) in die Wissenschaft eingeführt. O. nennt es im Gegensatz zum sog. Verbrechenobjekt = Objekt der äußeren Handlung auch „Schutzobjekt“. Den zuletzt genannten Ausdruck möchte ich lieber vermeiden; denn ob das Angriffsobjekt dasjenige ist, dem letztlich der Schutz des Strafrechts gilt, oder nicht vielmehr das in ihm sich verkörpernde Interesse, erscheint zweifelhaft.

Außerdem kennt O. noch eine dritte Gruppe, die der sog. Handlungsobjekte. Doch kommt dieser Unterscheidung — vielleicht mit Ausnahme der sog. gemeingefährlichen Delikte (darüber unten S. 359) — im geltenden Recht keine systembildende Bedeutung zu.

Nur wenn man den Gegensatz der Interessen zur Grundlage des Systems erhebt, läßt sich jene äußere Trennung von materiellen und immateriellen¹⁸ Interessen durchführen, die wir als das Kennzeichen des römischen Rechts erkannt haben. In dieser Richtung ist deshalb nunmehr das positive Recht einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Bei dieser Untersuchung können uns unsere historischen Erörterungen wertvolle Hilfe leisten. Als besonders auffallende Kennzeichen eines vom Gegensatz materieller und immaterieller Interessen beherrschten Systems seien zwei hervorgehoben; bei den Tatbeständen der eigentlichen Körperverletzung und Tötung: Beschränkung der strafrechtlichen Reaktion auf die in jenen enthaltene Verletzung der Persönlichkeit, auf die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, die dabei erlittenen körperlichen und seelischen Schmerzen; bei den eigentlichen Vermögensdelikten: Vernachlässigung aller nur persönlichen, affektiven, nicht vermögenswerten Interessen bei der kriminellen Wertung der Tat.

Innersterer Hinsicht ist die Antwort durchaus eindeutig. Daß eine Körperverletzung, deren Heilung sich nur durch Aufwendung erheblicher Summen für Arzt und Krankenhaus ermöglichen läßt, oder welche zu lebenslanglichem Siechtum und damit zum Verlust von Stellung und Einkommen führt, gleichzeitig als Sachbeschädigung aufzufassen sei, ist für das geltende Strafrecht noch niemals behauptet worden; der Strafrahmen der §§ 223—230 StGB deckt gleichzeitig die Verletzung materieller und immaterieller Interessen; das Kennzeichen des deutschen Strafgesetzbuches ist insoweit die Einheitlichkeit der Reaktion.

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der zweiten Frage, bei deren Entscheidung sich auch die Wissenschaft nicht ganz einig ist. Dienen die sog. Vermögensdelikte (im weitesten Sinne) auch dem Schutze immaterieller Interessen? und wenn nein, werden die an jene Güter sich knüpfenden affektiven Werte durch andere Bestimmungen erfaßt oder wird ihnen der strafrechtliche Schutz überhaupt versagt?

Das Problem fordert eine doppelte Fragestellung. Man hat zunächst zu prüfen, ob der Gegenstand, an dem sich der rechtswidrige Eingriff vollzieht, wirtschaftlichen Wert haben muß¹⁹; und man muß weiter fragen, ob der Eingriff selbst vermögensschädigende Bedeutung besitzen, also ein wirtschaftliches Interesse verletzen muß.

Beides braucht durchaus nicht zusammenzufallen. Allerdings kann eine Handlung, welche sich gegen einen (wirtschaftlich) wertlosen Gegenstand richtet, nicht gleichwohl ein wirtschaftliches Interesse des Eigentümers verletzen; wo dies der Fall zu sein scheint, da ist jener Gegenstand nicht Angriffsobjekt, sondern lediglich Handlungsobjekt im Sinne Oppenheims. Aber der umgekehrte Fall ist denkbar und praktisch häufig. Sehr oft bedeuten

¹⁸ Genauer: „nur immateriellen Interessen“ [vgl. im übrigen oben S. 54].

¹⁹ Vgl. dazu OLSHAUSEN-GUTJAHR (II. Aufl.) § 242 N. 12, § 303 N. 1; RGK (4. Aufl.) § 242 Vorbem. N 1, § 303 N 1; FRANK (18. Aufl.) § 242 I, § 303 I.

Eingriffe an wirtschaftlich wertvollen Objekten keine Minderung ihres Verkaufswertes, sind aber dennoch geeignet, die Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers in unangemessener Weise zu beschränken und Werte rein affektiver Natur zu beeinträchtigen oder zu vernichten. Aus der Geschichte des römischen Rechts sei an das Beispiel von der Kastration des Sklaven erinnert. Die römischen Juristen verweigerten dem Eigentümer die *actio legis Aquiliae*, weil der Sklave durch jenen Eingriff objektiv wertvoller geworden sei; aber sie erkannten doch die Möglichkeit einer darin liegenden Interessenverletzung sehr wohl an und gaben für diesen Fall dem Eigentümer die *actio iniuriarum*. Ähnlich wäre die Sachlage, wenn ein Maler ein altes, objektiv wertloses Portrait übermalt, dabei aber das in der Familie wert gehaltene Bildnis des Ahnen zerstört.

Die Beantwortung der ersten Frage ist in der Wissenschaft nicht einheitlich. Unter dem Einfluß „*wirtschaftlicher*“ Gedankengänge wird bisweilen ein objektiver Wert zum wesentlichen Element der Sachqualität erhoben. Für den Diebstahl ist allerdings die Lehre, welche dieses Erfordernis ablehnt, durchaus herrschend und auch vom Reichsgericht gebilligt²⁰. Dagegen vertritt das Reichsgericht bei der Sachbeschädigung den gegenteiligen Standpunkt²¹. Dieser Widerspruch ist unerträglich. Darin hat BINDING²² recht. Er selbst entscheidet sich dahin, daß in beiden Fällen ein wirtschaftlicher Wert nicht erforderlich sei. Auch darin möchte ich ihm beistimmen. Allerdings läßt sich das rein logisch nicht begründen. Denkbar ist die eine Auslegung so gut wie die andere. Die Entscheidung muß vielmehr davon abhängen, ob die dadurch berührten Interessen schutzbedürftig sind, so daß man vernünftigerweise vom Gesetzgeber ihre Berücksichtigung erwarten muß, und ob sie evtl. in anderer Weise Rechtsschutz gefunden haben. Letzteres war, wie wir gesehen haben, der Standpunkt des römischen Rechts. Der Prätor half auch hier mit der *actio iniuriarum*.

Das geltende Recht kennt einen der *actio iniuriarum* entsprechenden Tatbestand nicht; der „*grobe Unfug*“ ist in rechtspolitisch ohnehin nicht billigerswerter Weise eingengt. Scheiden wir also die Objekte ohne wirtschaftlichen Wert aus dem Gebiete der *Vermögensverbrechen* aus, so bleiben sie schutzlos. Der Mangel eines strafrechtlichen Schutzes wirkt sich aber gerade in diesen Fällen um so verhängnisvoller aus, als hier auch das Zivilrecht meist versagt. Ist die Sache zerstört und entfällt damit der

²⁰ RGSt Bd. 3 S. 349; Bd. 44 S. 207 (anders DOERR: a. a. O. S. 30 u. a.); doch weist die Beschränkung der sog. Werttheorie (bei der Zueignung der Sachsubstanz an einen Dritten) auf den wirtschaftlichen Wert der entwendeten Sache in die entgegengesetzte Richtung.

Für § 246: RGSt Bd. 5 S. 7; Rspr. Bd. 10 S. 481. — A. A.: ZIMMERL: Zur Lehre vom Tatbestand [1928] S. 72.

²¹ RGSt. Bd. 10 S. 120ff. gegen RGSt. Bd. 1 S. 640. Ebenso ROTERING: Ger. Saal Bd. 47 S. 204.

²² Bes. Teil I S. 248 Anm. 4; ebenso: BRAUWEILER: a. a. O. S. 28; ROTERING: Goldt. Arch. Bd. 47 S. 423.

Eigentumsherausgabeanspruch, oder ist sie derartig schwer beschädigt, daß ihre Wiederherstellung untunlich ist, so ist dem Eigentümer privatrechtlich nicht zu helfen; ein Anspruch auf Geldersatz ist nicht gegeben, weil er — mit den bekannten Ausnahmen der §§ 847 u. 1300 BGB — einen wirtschaftlichen Schaden voraussetzt.

Es kann nach alledem m. E. nicht zweifelhaft sein, daß rechtspolitisch die von BINDING vertretene weitere Auffassung der *Vermögensverbrechen* den Vorzug verdient²³. Sie setzt voraus, daß man sich — wenigstens für den Begriff der ‚*Vermögens*‘verbrechen im weiteren Sinne — von der Auffassung freimacht, es sei darin eine notwendige Beziehung zum wirtschaftlichen Werte enthalten. Vermögen bedeutet dann lediglich: Sachherrschaft; Vermögen im Rechtssinne: rechtlich anerkannte und strafrechtlich geschützte Sachherrschaft.

Auch die Wortinterpretation steht m. E. nicht entgegen. *Sachbeschädigung* ist denkbar auch ohne Minderung des wirtschaftlichen Wertes. *Beschädigung* bedeutet Beeinträchtigung körperlicher Unversehrtheit. In diesem Sinne sprechen wir ja so oft von einer Beschädigung des Körpers. Ob die Heilung mit Kosten verbunden ist, spielt dabei keine Rolle. Alle abweichende Wortinterpretation ist historischer Zopf und heute nicht einmal für das Zivilrecht zutreffend. Der Anspruch auf Naturalrestitution bei „*Beschädigung*“ einer wirtschaftlich wertlosen Sache beweist es²⁴.

Doch ist mit der Beantwortung dieser Frage das für unsere Betrachtung entscheidende Problem nicht gelöst. Systematisch hat sie nur beschränkte Bedeutung. Die (systematische) Trennung materieller und immaterieller Interessen ist selbst da möglich, wo unter der Rubrik der Vermögensverbrechen auch Eingriffe in wirtschaftlich wertlose Gegenstände erscheinen. Die Frage nach dem Erfordernis eines objektiven Wertes des verletzten Gegenstandes dient lediglich der Bestimmung des Angriffsobjektes. Sie ist unabhängig von jener anderen, ob der rechtswidrige Eingriff selbst vermögensschädigende, d. h. wirtschaftliche Bedeutung haben muß; mit anderen Worten unabhängig davon, ob das Angriffsobjekt oder die daran sich knüpfenden Interessen die Grundlage des Systems bilden; sie läßt unser systematisches Problem ungelöst.

Die Frage nach der Qualität des „*schädigenden*“ Eingriffes wird in der Wissenschaft ebenfalls nicht einhellig beantwortet. Die herrschende Lehre verzichtet auch hier auf das Erfordernis eines wirtschaftlichen Schadens und *begnügt* sich mit der Verletzung immaterieller Interessen²⁵. Die gegen-

²³ Zustimmung: GROSS: Der Raritätenbetrug S. 97; BRAUWEILER: a. a. O. S. 70 (für das Privatrecht).

²⁴ v. TUHR: Besprechung von FISCHER, Der Schaden nach dem BGB, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 47 S. 67; FISCHER, H.A.: Der Schaden nach dem BGB f. d. D. R. (1903) S. 32 (und die dort Zitierten), S. 260/1 u. 265; MOMMSEN: Die Lehre vom Interesse S. 130. Anders: BRAUWEILER: a. a. O. S. 146.

²⁵ So für die Sachbeschädigung RGSt Bd. 33 S. 177ff.

teilige Ansicht vertritt VON BAR²⁶ „mit beklagenswerter Konsequenz“, indem er Diebstahl verneint, wenn an Stelle der entwendeten Sache ein Gegenstand von mindestens gleichem wirtschaftlichen Werte oder ein dementsprechender Geldbetrag zurückgelassen wird. Es gibt, glaube ich, kein Beispiel, welches besser geeignet wäre, die Unhaltbarkeit jener Lehre für das geltende Recht zu erweisen.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß das deutsche Strafgesetzbuch die systematische Scheidung materieller und immaterieller Interessen nicht kennt. Es hat insoweit an der „Komplexität“²⁷ der Tatbestände festgehalten. Dem entspricht der historische Befund. Wir haben bereits im vorigen Kapitel gesehen, daß der Besondere Teil des Strafgesetzbuches in seiner Gesamtanlage auf dem deutschen Recht beruht. Maßgebend für diese Behauptung ist insbesondere der Umstand, daß ein der römischen iniuria entsprechender allgemeiner Tatbestand fehlt; die gesamten Delikte des Abschnittes über die Körperverletzungen umfassen nur einen Ausschnitt hieraus. Auch der Begriff der Sachbeschädigung ist erheblich enger gefaßt als der verwandte Tatbestand der lex Aquilia. Endlich ist die Trennung von Körperverletzung und tätlicher Beleidigung nicht nur dem römischen Rechte in demjenigen Entwicklungszustande, in dem wir es kennen, unbekannt, sondern auch mit dessen Grundanlage unvereinbar.

Die Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, die wir vorher konstatierten, bezieht sich jedoch nicht auf sämtliche Tatbestände des Besonderen Teiles. Für eine Gruppe von Delikten, die sog. „Vermögensverbrechen“ im engeren Sinne, vertritt die herrschende Lehre unter der Führung des Reichsgerichts die entgegengesetzte Auffassung; bei ihnen fordert sie ausnahmsweise einen echten wirtschaftlichen Vermögensschaden.

Zu dieser Gruppe rechnet man ganz allgemein die Tatbestände des Betruges, der Untreue, der Erpressung und des Wuchers²⁸. Für unsere Erörterungen kann der Tatbestand des Wuchers vorläufig beiseite bleiben. Liegt die Bedeutung jenes Erfordernisses lediglich in der Berücksichtigung immaterieller Werte, so stellt sie beim Wucher praktisch kein Problem dar; Wucher um immaterielle Werte dürfte zu selten sein²⁹.

Sicherlich dagegen ist die Erpressung hierher zu rechnen, obwohl sie tatbestandsmäßig den Eintritt eines Vermögensschadens nicht ausdrücklich verlangt. Fordert man aber bei ihr Identität von Vermögensvorteil und Vermögensnachteil, so zeigt sich, daß die Erpressung dogmatisch ebenfalls einen Vermögensschaden voraussetzt und daß die Verschiebung dieses

²⁶ v. BAR: Magazin f. deutsch. Recht Bd. IV S. 5 Anm. 1.

²⁷ Vgl. oben Kapitel 4.

²⁸ Vgl. oben S. 3 Anm.; für § 266 n.F. SCHWINGE-SIEBERT: Das neue Untreuestrafrecht (1933) S. 51; PESCHKE: DJZ 1933 Sp. 1098.

²⁹ Immerhin kommt er vor; man denke an den Fall, daß der Wucherer statt Zinsen von seinem Opfer die Gewährung seiner Gunst verlangt; mit dem Dirnenlohn kann man einen solchen Fall nicht gut abtun. Man denke ferner gerade in dieser Hinsicht an geschlechtlich-perverse Zumutungen!

Tatbestandserfordernisses auf die subjektive Seite lediglich das Verhältnis von Versuch und Vollendung berührt³⁰.

Aufgabe der folgenden Untersuchungen wird es sein festzustellen, welches die rechtspolitische Begründung und welches die Folgen der einengenden Auslegung dieser Deliktstatbestände sind. Ist insoweit ein befriedigender Standpunkt gefunden, so wird der Versuch gemacht werden, jenes Erfordernis auch konstruktiv angemessen zu fundieren. Das soll die Aufgabe des zweiten Kapitels sein.

II. Der Gegensatz von juristischem und faktischem Vermögensbegriff.

Auch das andere Problem, dem unsere historischen Betrachtungen gegolten haben, müssen wir zu der Dogmatik des geltenden Strafgesetzbuches in Beziehung setzen.

Wir hatten gesehen: Dogmatisch bildet der § 2 StGB die Grundlage des Besonderen Teiles. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und rechtsstaatlicher Bindung fordert die „*Auflösung ins Detail*“. Ihr Ziel ist möglichst vollständige Erfassung aller in Frage kommenden Verhältnisse. Das ist nun allerdings gesetzgebungstechnisch nicht durchführbar. Die konstruktive Jurisprudenz hilft sich, wo auch die extensive Interpretation versagt, mit analoger Anwendung vorhandener gesetzlicher Bestimmungen. Im Prinzip steht der Analogie auch im Strafrecht kein Bedenken entgegen. Andererseits läßt es sich nicht leugnen, daß ihre Zulassung das Maß an Rechtssicherheit vermindert. Es sind Erwägungen dieser und ähnlicher Art, welche zu der Forderung des Analogieverbotes im Strafrecht geführt haben. Die gänzlich unbestrittene Rechtslehre³¹ liest es auch heute aus § 2 StGB heraus.

So entsteht ein Lückenproblem von höchster praktischer Bedeutsamkeit. Wo eine *passende* gesetzliche Bestimmung fehlt, muß der Verbrecher straflos ausgehen, mag auch an der Strafwürdigkeit seines Tuns nicht der geringste Zweifel bestehen, mag sogar seine Straflosigkeit im Vergleich mit der sonstigen Praxis eine grobe Unbilligkeit darstellen. Ein Zurückgreifen

³⁰ Es ist dies ein methodologisches Problem, dem die Wissenschaft bisher zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat, obwohl es gerade für die Lehre vom Versuche auch dogmatisch bedeutsam wird.

Zur Parallele Betrug — Erpressung Zutreffendes bei ECKSTEIN: Strafrechtliche Studien, Ger. Saal Bd. 78 S. 169 ff., 191 ff.

Den oben angedeuteten Schluß zieht neuestens RGSt Bd. 67 S. 200 (s. u. S. 343 Anm. 7). Doch kommt man zum gleichen Ergebnis schon aus systematischen und rechtspolitischen Erwägungen (vgl. oben S. 3 Anm. 6).

³¹ Vgl. etwa HELLMUTH MAYER: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen S. 183 Anm. 60 und die dort Zitierten, auch Anm. 61—63. Über die Bedeutung des § 2 ausführlich: BELING: Die Lehre vom Verbrechen (1906) S. 21 ff. Zweifel gegen die Berechtigung dieses Prinzips neuerdings bei DAHM-SCHAFFSTEIN: Autoritäres oder liberales Strafrecht S. 8 ff.; ANOSSOW: Mon. Krimpsych. Bd. 42 S. 321 ff.; EXNER: Gesetz und Richteramt S. 50 (dazu PETERS: JW 1933 S. 1563 A. 5).

auf Gewohnheiten und Anschauungen, wie es das alte deutsche Recht und die Carolina vorsahen, ist nicht mehr zulässig. Aber auch die Verwendung weit gefaßter subsidiärer Tatbestände, durch die das römische Recht die Gefahren des Satzes *nulla poena sine lege* umgangen hatte, erscheint mit dem Sinn jener Forderung nicht vereinbar. Das Strafgesetzbuch kennt nur eine einzige Bestimmung, welche ihrer Funktion nach mit der iniuria oder dem Stellionat des römischen Rechts verglichen werden könnte, nämlich den Tatbestand des „*groben Unfugs*“, und er ist in anderer Weise so beengt, daß er einen Ausgleich für das Analogieverbot in keiner Weise darstellen kann.

Ein reibungsloses Funktionieren der Strafrechtspflege ist unter diesen Umständen nur dann gewährleistet, wenn die einzelnen Tatbestände so gegeneinander ausgefeilt sind, daß sie scharf aneinander anschließen und in ihrer Gesamtheit ein lückenloses System sämtlicher Angriffsobjekte ergeben. Von diesem Ideal der Ausgestaltung des Besonderen Teiles sind wir allerdings heute noch sehr weit entfernt. Nicht einmal über das Einteilungsprinzip herrscht Klarheit. Der Streit hierum wird häufig unter dem Stichwort der Akzessorietät des Strafrechts geführt, ohne daß man sich der wahren Bedeutung des Gegensatzes immer bewußt wäre.

Ein Teil der Tatbestände beschränkt den Rechtsschutz ausdrücklich auf „*Sachen*“; so ist es bei Diebstahl und Raub, so bei der Sachbeschädigung. Auch diese Gestaltung ist im wesentlichen historisch zu erklären. Sie hat bekanntlich dazu geführt, daß man die Fortnahme elektrischer Energie nicht unter den § 242 subsumieren zu können vermeinte und die Täter für straflos erklärte³², bis das *Gesetz über die Bestrafung der Entziehung von elektrischer Arbeit* Abhilfe schuf.

Man kann sicherlich bezweifeln, ob der Begriff der Sache nicht auch die Subsumtion von elektrischer Energie vertragen hätte. Interessanter jedoch als diese Frage ist die Diskussion, die sich an jene Entscheidung des Reichsgerichts geknüpft hat. Das Für und Wider kennzeichnet in erschreckender Weise den Mangel an Verständnis für die damit zusammenhängenden Probleme.

Neuerdings sucht man im Wege teleologischer Begriffsbildung oder — soweit es sich um geltendes Recht handelt, richtiger — teleologischer Auslegung gesetzlicher Begriffe zu helfen. ERIK WOLFS „*Sachbegriff im Strafrecht*“³³ ist die kühnste Frucht dieser Bestrebungen. Wir vermögen ihm nicht zu folgen. Wenn ERIK WOLF schließlich dazu gelangt, auch die Sachentziehung (ohne Zueignungsabsicht) als „*Beschädigung*“, auch die Schloßbeleuchtung oder den Schattenriß als Sachen zu bezeichnen, so wird mit diesem Kampf gegen zivilistische und naturalistische Begriffsbildung der Sinn des § 2 StGB nicht voll gewürdigt. Gewiß, die Grenzen sind von ängstlichen Dogmatikern bisweilen zu eng gezogen worden; die Ergebnisse der Rechtsprechung waren nicht immer befriedigend und der Ruf nach Abhilfe durch den Gesetzgeber sachlich nicht gerechtfertigt. Doch heißt es den Teu-

³² RGSt Bd. 32 S. 165.

³³ RG-Festgabe Bd. V S. 44—71.

fel mit Beelzebub austreiben, wenn man nun auf das Erfordernis eines Angriffsobjektes überhaupt verzichtet und einfach jede Interessenverletzung als Sachbeschädigung oder Diebstahl betrachtet³⁴. Darauf aber kommt schließlich die Sachdefinition WOLFS heraus. Die Begriffselemente des „Fürsichseins“ und der „Wertbezogenheit“ kommen dem Interesse gleichfalls zu. Zweifelhafter ist, ob auch „die durch die objektive Beherrschbarkeit indizierte individuelle Beherrschtheit von Menschen“ dem Begriff des „kulturellen Interesses“ wesenseigentümlich ist. Ich kann sehr wohl ein Interesse daran haben, daß an einem bestimmten Tage das Wetter schön und der Himmel blau ist. Praktisch jedoch ist die Frage bedeutungslos. Fehlt jener Erscheinung vielleicht auch kein Merkmal des Begriffes „Interesse“, so fehlt ihr doch sicherlich die Fähigkeit, von Menschen angegriffen und verletzt zu werden. Deshalb fällt sie aus dem Bereich des Strafrechts in jedem Falle heraus.

ERIK WOLFS Sachbegriff widerspricht m. E. aber auch dem geltenden Recht. Nur bei der eigentlichen Sachbeschädigung (wie bei der Sachentziehung, welche ja überhaupt nicht geregelt ist) läßt sich ein derartig weitgespannter Sachbegriff aus rechtspolitischen Gründen verteidigen³⁵, und zwar deshalb verteidigen, weil unser positives Recht in dieser Beziehung so außerordentlich lückenhaft ist. Er versagt überall da, wo sich das geltende Recht größerer Vollständigkeit befleißigt. Als Beispiel sei die Sachentziehung mit Zueignungsabsicht genannt. Hier zeigt sich, daß der Gesetzgeber sehr wohl zwischen „Sachen“ und anderen „Gegenständen von rechtlichem Interesse“ zu scheiden gewußt hat. Neben die Sachentziehung im Diebstahl tritt die Forderungsentziehung zu eigenem Nutzen in Gestalt der Untreue, der Vollstreckungsveritelung oder des betrügerischen Bankrotts³⁶ und die Pfandrechtsverletzung im § 289StGB; neben die gewaltsame „Fort-

³⁴ Vgl. WOLF: a. a. O. S. 56: „Denn jene ‚Wirklichkeit‘, welcher das Recht angehört, ist nicht die bedeutungsfremde Existenz von Materie, sondern die sinnvolle Existenz von Kulturgütern. Ob diese als körperliche oder unkörperliche Gegenstände erscheinen, ist eine Frage von sekundärer Bedeutung. Nicht die Existenz von Materie, sondern die Relation eines rechtlichen Wertgedankens in der Person eines rechtlichen Wertträgers auf die Materie ist das konstitutive Moment für den Sachbegriff“; dieser Satz könnte ohne Bedenken in einer „Theorie des rechtlichen Interesses“ stehen. Die Unterscheidung zwischen Angriffsobjekt und rechtlich geschütztem Interesse läßt sich dann nicht mehr durchführen. Vgl. dagegen BAUMGARTEN: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I (1920) S. 198; als eine Folge der konstruktiven Jurisprudenz erscheint „die Transponierung rechtlicher Erscheinungen in die Körperwelt oder, um mit JHERING zu reden, die naturhistorische Methode“; vgl. ferner ebenda S. 377 ff.

³⁵ Abgesehen davon, daß m. E. die im „möglichen Wortlaut“ liegende „Grenze der Auslegungshypothesen“ [SCHWINGE: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht S. 48] nicht eingehalten ist. Hinsichtlich der „Beschädigung“ von Forderungen durch Bevollmächtigte bestehen übrigens auch insoweit Bedenken. M. E. wäre dieser Fall unter § 266 zu subsumieren.

³⁶ Es handelt sich dabei um verschiedene Formen eigennütziger Forderungsbeschädigung. Über die Verschiedenheit der Begehungsform Näheres unten S. 338 ff.

nahme“ von (beweglichen) Sachen tritt die gewaltsame Entziehung aller anderen Rechtsobjekte (= Träger von rechtlich anerkannten Interessen) im Tatbestande der Erpressung³⁷. WOLF muß alle diese Tatbestände als Spezialgesetze auffassen, was m. E. bezüglich der §§ 249 u. 253 StGB die Verhältnisse auf den Kopf stellt.

Was hat — so wird man fragen — die Theorie des Sachbegriffes mit der Lehre vom Vermögen zu tun? Die Antwort bereitet keine Schwierigkeiten. Die teleologische Auffassung des Sachbegriffes versperrt den Zugang zur Erkenntnis unseres Problems. Den sog. Vermögensverbrechen im engeren Sinne kommt nämlich außer der von der herrschenden Lehre behaupteten Beschränkung auf die Verletzung materieller Interessen noch eine zweite Eigentümlichkeit zu, und diese unbestreitbar und unbestritten: ihnen fehlt die Qualifizierung des Angriffsobjektes³⁸. Beim Betrüge fordert das Gesetz selbst ausdrücklich nur einen „*Vermögensschaden*“; die Konstruktion der Erpressung mit ihrer Verlagerung des Vermögensschadens in den subjektiven Tatbestand führt praktisch zum gleichen Ergebnis³⁹. Bei der Untreue endlich war dieser Sachverhalt bisher vom Gesetzgeber dadurch verschleiert worden, daß er neben die Worte „*zum Nachteil des Auftraggebers*“, die das Erfordernis des Vermögensschadens enthielten, als Torso einer Konkretisierung des Angriffsobjekts den Ausdruck „*Vermögensbestandteil*“ gesetzt hatte. Bekanntlich hat diese *sachliche Selbstverständlichkeit* (denn wie kann das Vermögen anders beschädigt werden als durch Angriffe auf seine Bestandteile) dazu geführt, daß nach Ansicht der durchaus herrschenden Lehre die reine Belastung des Vermögens bisher nicht unter § 266 Z. 2 subsumiert werden konnte. Durch die Neufassung ist auch diese Einschränkung in Fortfall gekommen. Von allen drei Deliktstatbeständen gilt deshalb nunmehr der Satz, daß sie sämtliche ihrer Begehungsform entsprechenden Interessenverletzungen umfassen, ohne die Natur des angegriffenen Objekts zu berücksichtigen. Mit dieser Ausgestaltung rücken nun jene Tatbestände — was nicht verschwiegen werden soll — wenigstens bei der Bestimmung des Angriffsobjekts doch wieder in bedenkliche Nähe der Aushilfstatbestände des römischen Rechts und berühren sich mit dem weitgespannten Auslegungsbereich der Lehre von der teleologischen Begriffsbildung. In der Tat haben Rechtslehre und Rechtsprechung von der durch die ungenaue Wortfassung

³⁷ Die Entscheidung ist unabhängig davon, ob man mit der herrschenden Lehre § 249 als *lex specialis* zu § 253 StGB auffaßt oder gegenseitigen Ausschluß annimmt (vgl. ZStrW Bd. 53 S. 44 Anm. 21).

³⁸ Das ist mit dankenswerter Deutlichkeit hervorgehoben bei HEGLER: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX S. 154 ff. HEGLER spricht an jener Stelle von dem Fehlen der Spezialisiertheit des Angriffsobjektes und erläutert den Sinn dieser Bemerkung durch den Satz: Die letzte Gruppe (scil. der Vermögensverbrechen i. e. S.) „wiederholt den Oberbegriff, den die anderen spezialisieren, und verneint für eine Gruppe von Delikten seine Spezialisierbarkeit“. (Vgl. auch v. LISZT-SCHMIDT [25. Aufl.] S. 608 und MEYER-ALLFELD [7. Aufl.] S. 489).

³⁹ Vgl. oben S. 3 Anm. 6.

gebotenen Möglichkeit, den Anwendungsbereich jener Tatbestände zu erweitern, vielfach Gebrauch gemacht; auf ihr beruht letzten Endes die ganze Lehre vom „*wirtschaftlichen Vermögensbegriff*“.

Eigentümlich erscheint nun, daß die Theorie vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff an dieser Stelle dazu verwandt wird, um den Geltungsbereich der Deliktstatbestände zu erweitern, während sie vorher, gerade umgekehrt, dazu diente, ihn zu verengern. Der Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. In Wahrheit handelt es sich beide Male um ganz verschiedene Dinge, deren gleichartige Bezeichnung irreführend ist und das Problem verschleiert. Die Frage, ob immaterielle Werte in den Rechtsschutz der Vermögensverbrechen i. e. S. miteinbezogen werden sollen, bezeichnen wir im folgenden als den Gegensatz von objektivem und subjektivem Vermögensbegriff (Kap. 2). Das Erfordernis juristischer Vorformung des Angriffsobjektes aber bildet die Grundlage der Unterscheidung zwischen juristischem und faktischem Vermögensbegriff (Kap. 3).

Zweites Kapitel.

Der Umfang des Interessenschutzes.

I. Subjektiver oder objektiver Vermögensbegriff.

Welches die rechtspolitische Bedeutung eines objektiv gefaßten Vermögensbegriffes ist, haben wir bereits an früherer Stelle dargelegt¹. Unser Ergebnis ging dahin: Der objektive Vermögensbegriff läßt das Interesse an der Dispositionsfreiheit sowie alle Affektionswerte unberücksichtigt, mit anderen Worten er beschränkt den Rechtsschutz auf rein materielle, wirtschaftliche Werte.

Es erhebt sich deshalb an dieser Stelle die Frage, ob auch immaterielle Interessen strafrechtlichen Schutzes bedürftig sind. Grundsätzlich ist diese Frage von uns ebenfalls bereits entschieden worden, und zwar in bejahendem Sinne. Das ist auch der Standpunkt der herrschenden Lehre². Soll von diesem Prinzip für die sog. Vermögensverbrechen im engeren Sinne eine Ausnahme gemacht werden, so ist zunächst zu untersuchen, welches der rechtspolitische Grund für eine abweichende Gestaltung dieser Tatbestände sein könnte.

Merkwürdigerweise findet sich über dieses m. E. entscheidende Problem in der Literatur kaum eine Bemerkung, obwohl doch gerade die verschiedene Begrenzung zweier einander sonst ähnlicher Deliktgruppen höchst auffallend erscheinen muß³. Meist begnügt man sich mit einem Hinweis auf

¹ Vgl. oben Einleitung S. 6ff. ² Vgl. auch GROSS: Der Raritätenbetrug S. 97.

³ Über MERKELS historische Ableitung der objektiven Theorie aus dem römischen Stellionat ist im ersten Teile dieser Arbeit eingehend gehandelt worden.

Nicht beizustimmen vermag ich GRÜNHUTS beiläufiger Bemerkung (RG-Festgabe

den Wortlaut der Bestimmungen („*Vermögensschaden*“ in § 263 — „*Nachteil*“ in § 266). Dabei wird gleichermaßen die Ergiebigkeit der Wortinterpretation wie die Exaktheit der Terminologie des Strafgesetzbuches überschätzt⁴. Daß der Ausdruck „*Schaden*“ oder „*Beschädigung*“ bisweilen (obwohl aus naheliegenden Gründen nur selten) auch für die Verletzung immaterieller Werte verwendet wird, wurde bereits früher festgestellt. Daß er umgekehrt nicht einmal in allen Fällen, in denen eine Verminderung des wirtschaftlichen Wertes des Gesamtvermögens eintritt, zutrifft, sei hier vorwegnehmend bemerkt. Leitet man aber aus der Zusammensetzung „*Vermögens-Schaden*“ das Erfordernis eines wirtschaftlichen Minderwertes ab, so begeht man vom Standpunkt unserer Erörterungen aus eine petitio principii; denn diese gelten ja gerade der Untersuchung, ob dem Begriffe „*Vermögen*“ das Moment des wirtschaftlichen Wertes eigentümlich ist. Noch weniger aufschlußreich, weil gerade in dieser Hinsicht noch farbloser, ist das Wort „*Nachteil*“, welches das Gesetz in § 266 verwendet.

Seltsam erscheint auch die Deduktion des Reichsgerichts. In der Plenarentscheidung Bd. 16 S. 3 findet sich folgende Begründung: „*Beschädigt kann dieses Ganze* (nämlich das Vermögen als Gesamtheit) *nur dadurch werden, daß sein Gesamtwert in Geld vermindert, wie verbessert nur dadurch, daß sein Gesamtwert in Geld vergrößert wird.*“ Der Sinn dieses auf den ersten Blick kaum verständlich anmutenden Satzes scheint mir in folgendem zu liegen: Das Reichsgericht bringt die hier sorgfältig getrennten Probleme in einen inneren Zusammenhang; es leitet das Erfordernis eines objektiven = wirtschaftlichen Schadens aus dem Fehlen eines besonderen Angriffsobjektes ab. Es will also nicht einfach sämtliche Bestandteile des Gesamtvermögens als mögliche Angriffsobjekte gedacht wissen, sondern einzig allein das Vermögen als Ganzheit. Diese Ganzheit aber soll nur faß- und meßbar sein in ihren wirtschaftlichen Qualitäten; deshalb soll sich auch der Betrug nur gegen den wirtschaftlichen Wert des Vermögens richten können. Die *Amalgamierung des Vermögens*, die BINDING⁵ mit scharfen Worten bekämpft, ist also in Bd. V S. 120), die wirtschaftliche Bewertung verlange einen objektiven Standpunkt. Sie beruht m. E. auf einer unzulässigen Vermengung der beiden Probleme, welche durch die Gleichartigkeit der Ausdrucksweise nicht gerechtfertigt erscheint.

⁴ In letzterer Hinsicht erscheint mir folgende Argumentation naheliegend: der Zusatz „*Vermögen*“ zum Begriff „*Schaden*“ könne nur diesen einschränkenden Sinn haben, wenn anders er überflüssig sei. Der Gesetzgeber unterscheide auch auf der subjektiven Seite sehr sorgfältig zwischen „*seines Vorteils wegen*“ (§ 257) und „*um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen*“ (§ 263 StGB) — So in der Tat: CURT GEBAUER: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände (Breslau 1895 — Strafrechtl. Abhandl. des jurist. Seminars der Universität Breslau) S. 13 und DOERR: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897) S. 19. — Dennoch ist dieser Gedankengang nicht zwingend. Vermögen bedeutet auch uns nicht die Summe aller nur denkbaren, sondern nur der sog. wirtschaftlichen Angriffsobjekte (dieser allerdings ohne Rücksicht auf die Art der an sie sich knüpfenden Interessen — vgl. u. S. 3/7 f.), damit ist die erforderliche Einschränkung gegenüber dem weiteren Begriffe gewährleistet.

⁵ Bes. Teil I S. 238 Anm. 2.

der Deduktion des Reichsgerichts nicht Folge, sondern Ursache des Ausschlusses immaterieller Werte.

Aber jene ganze Erwägung ist außerdem irrig. Es ist nicht wahr, daß durch die Beschränkung auf materielle Werte das reine Gedankending des Gesamtvermögens zum geeigneten Angriffsobjekt werden kann. „*Das Vermögen als einheitliche Wertmasse ist nie Angriffsobjekt des Verbrechen*“, bemerkt BINDING⁶ vollkommen zutreffend; und vollends unerfindlich ist, wie diese Qualität gerade durch den Ausschluß der immateriellen oder, wie das Reichsgericht⁷ selbst ausdrücklich sagt, der „*Affektionswerte*“, erzeugt werden soll. Entweder mußte man das Vermögen in seine einzelnen Bestandteile als Angriffsobjekte⁸ auflösen, oder man mußte auf das Erfordernis eines Angriffsobjektes (genauer auf den Nachweis desselben) überhaupt verzichten; in beiden Fällen aber konnte der Ausschluß der immateriellen Werte mit konstruktiven Gründen nicht gerechtfertigt werden. Hätte das Reichsgericht mit jener These Ernst gemacht, so hätte es außerdem bei der Untreue in ihrer bisherigen Fassung zu abweichenden Ergebnissen gelangen müssen; denn dort forderte das Gesetz ausdrücklich neben dem Vermögensschaden („*zum Nachteil*“) einen „*Vermögensbestandteil*“ als Angriffsobjekt. Wenn aber das Reichsgericht auch bisher — wie ich glaube mit Recht — den Begriff des Vermögensschadens in beiden Bestimmungen gleichgesetzt hat, so hat es damit schließlich selbst zu erkennen gegeben, daß es ihm mit seiner Ableitung des objektiven Vermögensbegriffes aus der Konstruktion des § 263 StGB doch nicht ganz Ernst war.

Ähnlich, nämlich auch im wesentlichen konstruktiver Natur, ist die Begründung jener Lehre in dem (Gerichtssaal Bd. 43 S. 321—443) veröffentlichten Votum zu jener Entscheidung. Der Verfasser bekennt sich zu der objektiven, „*abstracten*“ Bestimmung des Vermögensbegriffes, weil er glaubt, daß nur bei dieser Auffassung auch die Übernahme von Verpflichtungen tatbestandlich erfaßt werden könne⁹. „*Was der Schuldner durch die*

⁶ A. a. O. S. 238 Anm. 2; vgl. auch S. 341 I 3. Wohl aber ist Schutzobjekt außer dem Interesse an der Erhaltung der einzelnen Bestandteile auch das Interesse an ihrer Zusammenfassung, soweit es dadurch (wie z. B. das Unternehmen) eine Wertsteigerung erfährt. — Eine Parallele auf dem Gebiet der „Sach“werte bildet die Annahme einer Sachbeschädigung beim Auseinandernehmen einer zusammengesetzten Sache.

Vgl. H. A. FISCHER: Der Schaden nach dem BGB S. 23: „Richtig ist, daß jede Schadensbetrachtung von einer konkreten Verletzung ihren Ausgangspunkt nehmen muß“. Wenn FISCHER dann S. 24 meint, „der Interessenschadensbegriff ist gegenüber dem Einzelschadensbegriff entwickelter und vollendeter“, so ist dem entgegenzuhalten: Positiven Rechts ist es jedenfalls nur im Privatrecht, während es sich mit der Grundlage des geltenden Strafgesetzbuches nicht verträgt.

⁷ RGSt Bd. 16 S. 10.

⁸ „Reale“ wäre unzutreffend; auch die Forderung als Vermögensbestandteil ist nichts Reales. Aber angegriffen wird auch bei Forderungsverletzungen nicht das abstrakte Recht, sondern die reale Grundlage seiner Erzwingbarkeit. Deshalb bleibt die obige Unterscheidung (gegenüber dem „Gesamtvermögen“) doch zutreffend.

⁹ Aus dem gleichen Grunde hatte bekanntlich seiner Zeit FEUERBACH der Be-

übernommene Verbindlichkeit verloren hat . . . ist lediglich die abstracte, durch die einem Anderen eingeräumte Forderung repräsentierte Werthsumme, und der ihm hierdurch entstandene Schaden in seinem Vermögen läßt sich nicht durch Abzug von einem bestimmten Vermögensbestandtheile oder Vermögensrechte zum Ausdruck bringen, sondern nur durch Abzug von dem Gesamtwerte, den das Vermögen vorher gehabt hat.

Man muß daher, um die Übernahme einer Verbindlichkeit als Vermögensbeschädigung i. S. des Betruges konstruieren zu können, bei der Definition des ‚Vermögens‘ von der Beschaffenheit der einzelnen Rechte, woraus es besteht, abstrahieren und sich das Vermögen nach dem Ausdrücke von SAVIGNYS ‚als eine reine Quantität von gleichartigem Gehalt‘ vorstellen . . . Das geschieht durch die Reduktion der verschiedenartigen Vermögensrechte auf ein gemeinschaftliches Drittes, und dieses letztere ist ihr Werth in Geld (SAVIGNY, System Bd. I S. 376 ¹⁰).“ Auf diese Weise gelangt der Verfasser des Votums zu einem Begriff des „Vermögens im juristisch-technischen Sinne“.

So richtig das Ergebnis jener Ausführungen ist, so sehr sind ihre Gründe zu mißbilligen. Wenn das Gesetz den Ausdruck Vermögen verwendet, so folgt daraus nicht, daß nun das Vermögen, also jener abstrakte Begriff, Angriffsobjekt sei; vielmehr soll damit nur gesagt sein, daß der Gesetzgeber auf eine Spezialisierung des Angriffsobjektes hier verzichtet, so daß alle möglichen Angriffsobjekte in Frage kommen, soweit sie nur das Vermögen als Schutzobjekt (= Summe sämtlicher Interessen) betreffen.

Daraus folgt ein Doppelpes. Zunächst: Kann das ‚Vermögen‘ grundsätzlich nicht Angriffsobjekt sein, so vermag es dies auch dadurch nicht zu werden, daß man seinen Begriff auf die Summe materieller Interessen beschränkt und die immateriellen Werte von der Berücksichtigung ausschließt. In der Tat beruht jene Folgerung auf einem Trugschluß, indem sie fordert, daß Leistung und Gegenleistung vergleichbar sein, auf einen gemeinschaftlichen Nenner gebracht werden müssen. Denn das ist ja gerade die Folge der objektiven Theorie¹¹, kann also nicht gleichzeitig ihre Ursache sein.

Zweitens ist aber auch der Ausgangspunkt des ganzen Gedankenganges nicht zutreffend. Es ist nicht wahr, daß einer Forderung niemals ein bestimmtes Angriffsobjekt im Gesamtvermögen des Schuldners gegenüberstehe. Der Verkäufer einer bereits in seinem Besitz befindlichen Speziesache ist zur Lieferung gerade dieses bestimmten Bestandtheiles seines Vermögens verpflichtet, und will er es nicht glauben, so wird ihn der nach den Bestimmungen der §§ 883ff. ZPO vorgehende Gerichtsvollzieher sehr bald eines Besseren belehren. Das gleiche gilt mutatis mutandis bei allen Spezies-

schränkung des Betruges auf Vermögensverbrechen widersprochen (vgl. oben S. 8/9). Vgl. auch: BRAUWEILER: a. a. O. S. 185/6.

¹⁰ Ebenso: WILHELM KYLL: Schaden und Schadensausgleich beim strafbaren Betrug (Diss. Rostock 1915) S. 15.

Die Meinung geht zurück auf BIRKMEYER: Über das Vermögen im juristischen Sinne (Erlangen 1879) S. 334 lit. b.

¹¹ Vgl. u. S. 299 ff.

geschäften. Stets tritt eine Verhaftung eines bestimmten Gegenstandes ein, auch wenn durch den Vertrag ein dingliches Recht des Gläubigers nicht begründet wird. Etwas anders liegt die Sache nun allerdings bei Gattungsschulden. Hier tritt keine Verhaftung eines einzelnen Gegenstandes ein, sondern eine Verhaftung des Gesamtvermögens. Aber auch hier nicht des Gesamtvermögens als eines abstrakten Begriffes, sondern als der Summe seiner konkreten Bestandteile¹². Auch diese Behauptung läßt sich durch eine Verweisung auf die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung erhärten: Der Gerichtsvollzieher vollstreckt stets in einzelne Bestandteile des Schuldnervermögens, und der Schuldner beschwört bei Leistung des Offenbarungseides nicht sein Gesamtvermögen, sondern das Inventar dessen einzelner Bestandteile¹³. Auch diese — lediglich konstruktive — Begründung ist also nicht geeignet, die objektive Theorie zu rechtfertigen¹⁴.

¹² Richtig von TUHR: Allg. Teil Bd. I S. 322: „Jedes Passivum bedeutet eine künftige, durch freiwillige Leistung oder durch Zugriff des Gläubigers in der Vollstreckung eintretende Verminderung des Aktivbestandes“.

Damit entscheidet sich implizite ein von den Zivilisten viel erörtertes Problem, ob nämlich der Begriff des Vermögens die Passiven umfasse oder nicht. Im Privatrecht hat man sich jetzt wohl ziemlich allgemein zu der Erkenntnis durchgerungen, daß diese Frage positivrechtlich verschieden geregelt ist (§§ 310, 311, 343, 419, 1624, 1822 BGB u. a. m.): z. B. v. TUHR: Allg. Teil I S. 324/5.

Für die Lehre vom Schadensersatz und für das Strafrecht hat die Entscheidung zweifellos in bejahendem Sinne zu lauten; denn jede Vermehrung der Passiven bedeutet eine Minderung des Gesamtwertes des Vermögens; wie hier RGSt Bd. 61 S. 409; KYLL: a. a. O. S. 10; ECKER: Der strafrechtliche Schutz des Vermögens . . . (Diss. Rostock 1915) S. 14; JACOBOWITZ: Vermögen, Vermögensschaden, Vermögensdisposition . . . (Diss. Münster 1918) S. 17; ROTERING: Arch. für Krim. Anthrop. Bd. 31 S. 117. A. A.: GEBAUER: a. a. O. S. 13; GERLAND: Deutsches Reichsstrafrecht (1922) S. 437 Anm. 1. Daß auch unerwünschte Befreiung von Schulden als Vermögensschaden anzusprechen sei, behauptet BINDING: Bes. Teil I S. 239.

Zum ganzen: DOERR: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897) S. 28 (mit weiteren Zitaten); BRAUWEILER: a. a. O. S. 124.

¹³ Für die Auslegung des § 266 Z. 2 alter Fassung folgt daraus: Der Ausschluß der Übernahme von Schulden durch die Rechtsprechung des RG war unbegründet, soweit es sich um Speziesschulden handelte, da der Ausdruck „verfügen“ nicht im zivilrechtlich-technischen Sinne gebraucht war. Auch bei Gattungsschulden ließ sich durch eine sinnvolle Umdeutung des Ausdrucks „Vermögensbestandteil“ in „sämtliche einzelnen der Zwangsvollstreckung unterliegenden Bestandteile des Schuldnervermögens“ dasselbe Ergebnis erreichen, zu dem das RG später — wenn auch auf dem Umwege über halsbrecherische Konstruktionen — schließlich doch gelangt ist. A. A. die herrschende Lehre, vgl. MAYER: Untreue S. 262 ff. unter Berufung auf FREUDENTHAL: Die Untreue, Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 8 S. 111, RG JW 1927 S. 2218 Nr. 35 mit Anmerkung von H. MAYER.

Aber dabei wurde der Ausdruck „Verfügung“ stillschweigend wieder im streng zivilrechtlichen Sinne verwendet, was die neuere Judikatur des RG, wohl MAYER (S. 183 und S. 278 ff.) folgend, ablehnt.

Ähnlich wie wir: BINDING: Lehrb. Bes. Teil I S. 401; KÖNIG: Die Untreue im geltenden Strafrecht und in den Entwürfen (Diss. Marburg 1928) S. 46; JUNG: Die Untreue nach dem Vorentwurf und den Entwürfen von 1913 und 1919 (Diss. Erlangen 1921) S. 61. Die Konsequenzen des gegnerischen Standpunktes waren folgende: Be-

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß für die Vertreter jener Lehre nicht doch — und sei es auch mehr unbewußt — rechtspolitische Gründe entscheidend sind. Daß sie in der Literatur nicht deutlich zum Ausdruck gelangen, enthebt uns nicht der Verpflichtung zu sorgfältiger Prüfung.

Soweit ich sehe, kommen für eine solche Begründung drei verschiedene Gesichtspunkte in Frage:

Zunächst ließe sich folgendermaßen argumentieren: Das Wesen des immateriellen Wertes liegt in seiner Beziehung auf eine bestimmte Einzelperson; daraus folgt, daß er nicht auf andere übertragen, daß er also auch nicht Gegenstand eines Veräußerungsgeschäftes werden kann. Ein Betrug setzt andererseits stets den Abschluß eines Vertrages, damit die Bereitwilligkeit des Leistenden zur Aufgabe von Werten voraus. Wer aber bereit ist, immaterielle Werte aufzugeben, der gibt damit zu erkennen, daß er sich *aus ihnen nichts macht*, daß er auf ihren rechtlichen Schutz freiwillig verzichtet. Die Ausscheidung der immateriellen Interessen aus dem Begriffe des Vermögens folgt dann aus dem Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Dem steht zunächst entgegen, daß diese ganze Argumentation eigentlich nur auf den Betrug, allenfalls noch auf den Tatbestand der Untreue paßt, daß sie sich dagegen in den Sinn des Erpressungsdeliktes nicht einfügen läßt. Wer nur unter dem Einfluß von Zwang oder Drohung sich zur Aufgabe immaterieller Werte bereit findet, der würde es als Hohn auf alle Gerechtigkeit empfinden, wenn man seinem Rechtsschutzbegehren mit dem Einwand begegnete, er habe selbst jene Werte aufgegeben und sei damit seines Anspruches auf strafrechtlichen Schutz verlustig gegangen.

Jene Begründung würde aber weiterhin stets nur zum Ausschluß derjenigen immateriellen Werte führen, die der Verletzte gegen wirtschaftliche

lastung mit einer Kreditforderung war Vermögensschaden, aber keine Verfügung über ein Vermögensstück, also keine Untreue. Erfüllung dieser Kreditforderung war Verfügung über ein Vermögensstück, aber nicht vermögensschädigend, weil ja eine Rechtspflicht zur Erfüllung bestand, m.a.W. der Vermögensschaden schon vorher eingetreten war.

Das RG (RGSt Bd. 61 S. 6, Bd. 62 S. 135) half sich, indem es die beiden äußerlich getrennten Akte zu einer einheitlichen Handlung zusammenfaßte. Im Ergebnis mit Recht, denn offensichtlich ist die Erfüllung lediglich die Nachholung des fehlenden Tatbestandsmerkmals. Aber theoretisch sauber war die Konstruktion (eine Art *dolus antecedens*) nicht.

In RGSt Bd. 66 S. 206 (= JW 1933 S. 114 N. 2) hatte das RG die Frage offen gelassen; durch die Neufassung des § 266 StGB (Ges. v. 26. V. 1933 — RGBl. I S. 295) ist sie in rechtspolitisch befriedigendem Sinne gelöst, indem an Stelle des Ausdrucks „Vermögensbestandteil“ der des „Vermögens“ bzw. der „Vermögensinteressen“ getreten ist, wodurch (nach der Rechtsprechung des RG zu § 263) allein schon die Belastung des Vermögens gedeckt wäre; sodann aber, indem der Befugnis zu Verfügungen die „Befugnis, einen anderen zu verpflichten“ ausdrücklich gleichgestellt ist (vgl. auch unten S. 338 Anm. 20 und H. MAYER: ZBHR 1933 S. 147).

¹⁴ Ein weiterer gesetzestechnischer Grund: die Schwierigkeit der Schadensermittlung (ESCHER: Lehre vom Betrüge S. 109—110) gehört nicht hierher, weil er bei Diebstahl, Unterschlagung usw. in gleichem Maße zutrifft.

Werte aus seinem Vermögen fortgibt. Bei denjenigen Gütern dagegen, um deren Erwerb er sich bemüht, trifft sie ohnehin nicht zu. Wer ein ihm teures Familiengemälde aus der Konkursmasse des liederlichen Verwandten erwirbt, wird sich mit Recht betrogen fühlen, wenn er statt des Originals eine Kopie erhält, mag auch der wirtschaftliche Wert beider gleich groß sein¹⁵.

Aber nicht einmal in dieser eingeschränkten Fassung kann jene Begründung als zutreffend anerkannt werden. Ein Beispiel mag diese Behauptung erläutern. Durch die Inflation in bittere Not geraten, entschließt sich eine alte Dame, sich von ihrem Familienschmuck zu trennen, weil ihr von einem reichen Amerikaner ein verhältnismäßig hoher, den objektiven Wert der Gegenstände um ein Erhebliches übersteigender Geldbetrag geboten wird. Soll ihr wirklich der Strafrechtsschutz versagt werden, wenn es sich nachher herausstellt, daß die Devisen, zu deren Annahme sie sich bereit erklärt hat, nicht vollwertig sind und zusammen nur gerade den Betrag des wahren Wertes ihres Schmuckes erreichen? Und dies deshalb, weil sie durch die Bereitwilligkeit zum Verkaufe gezeigt habe, daß sie für die in der Familientradition sich verkörpernden immateriellen Werte kein Verständnis besitze? Ernsthaft wird niemand diese Entscheidung billigen.

Ein zweiter Grund für die einengende Auslegung des Vermögensbegriffes findet sich gelegentlich einmal in der Literatur angedeutet¹⁶. Man fürchtet, bei einer zu weitherzigen Interpretation den Gütertausch und damit die Grundlage allen Verkehrs unangemessen zu beschränken. Es ist ein Gedanke ähnlich dem, der in der bekannten Digestenstelle (D. 19, 2, 22, 3) zum Ausdruck gelangt:

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus et conductionibus iuris est.

Doch sollte bereits die Tatsache, daß hier von Kauf und Miete, nicht unmittelbar vom Betrüge die Rede ist, zu denken geben. In der Tat handelt es sich dabei gar nicht um ein Problem des Vermögensschadens und der Grenzen der Strafbarkeit, sondern um ein solches der Rechtswidrigkeit schlechthin; und die muß — wenigstens an dieser Stelle — für das Zivilrecht wie für das Strafrecht in gleicher Weise bestimmt werden.

Gegenüber jenen an sich berechtigten Bedenken muß also Abhilfe ebenfalls auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit gesucht werden. Nicht das Fehlen eines Vermögensschadens, sondern der Mangel der Rechtswidrigkeit des Verhaltens führt dazu, den Täter für straffrei zu erklären. Man würde

¹⁵ Interessanterweise beschränkt das RG in der Tat seine Entscheidung auf solche immateriellen Werte, welche aus dem Vermögen des Verletzten entfernt werden; jedenfalls soll ein Vermögensschaden dann vorliegen, wenn für eine vorgespiegelte Eigenschaft mit Affektionswert eine höhere Zahlung gewährt wird (RG Bd. 16 S. 10). Doch hängt dies damit zusammen, daß das RG stets die Betrachtung des vorhandenen Vermögensstockes in den Vordergrund der Erörterungen stellt.

¹⁶ RAUTER: *Traité du droit criminel* T. II p. 137; ROTERING: *Aus der Lehre vom Betrüge*, Ger. Saal Bd. 67 S. 200.

aber der Allgemeinheit einen schlechten Dienst erweisen, wollte man bei wirklich mißbilligenswerthem Verhalten da, wo es sich lediglich um die Verletzung immaterieller Werte handelt, trotz der Dürftigkeit des zivilrechtlichen Schutzes auch noch die Strafbarkeit verneinen, für jeden lumpigen Verlust an wirtschaftlichen Werten aber dem Verletzten Straf- und Zivilrechtsschutz gewähren. Eine Strafrechtspflege, der Bestimmungen wie die §§ 153 u. 154 StPO zur Verfügung stehen, muß in der Lage sein, eine angemessene Auswahl zwischen strafwürdigen Sachverhalten und reinen Bagatellsachen zu treffen, ohne zu einer unangemessenen Einschränkung der Tatbestände selbst zu gelangen.

Endlich kommt noch eine dritte, vielleicht am ehesten einleuchtende Begründung in Frage. Fast sämtliche Tatbestände dieser Gruppe (eine Ausnahme macht allerdings hier wieder die Untreue) gehören der Kategorie der wertverschiebenden Delikte an, setzen also voraus, daß der dem Verletzten entzogene Wert in den Machtbereich des Täters fällt. Dann aber liegt folgende Erwägung nahe: ist es eine Eigentümlichkeit der immateriellen Werte, daß sie nicht übertragbar sind, so scheiden sie als Objekt der wertverschiebenden Delikte schon aus diesem Grunde ohne weiteres aus¹⁷.

Auch diese Lösung hat ihre Bedenken. Zunächst könnte sie nur dann befriedigen, wenn für den Schutz jener Interessen auf andere Weise gesorgt wäre. Denn daß die Werte, in denen sie sich verkörpern, dem Verletzten entzogen sind, wird sich nicht gut leugnen lassen. Notwendig wäre also ein Tatbestand, welcher die Rechtsentziehung im weitesten Umfange, d. h. eben einschließlich der immateriellen Werte, unter Strafe stellt. Das geltende Recht kennt einen solchen Tatbestand bekanntlich überhaupt nicht, und auch die Entwürfe beschränken ihn — vielleicht sehr zu Unrecht — auf den Fall der echten Sachentziehung.

Selbst wenn wir einen derartigen Deliktstatbestand hätten, könnte aber die Lösung nicht befriedigen. Fast regelmäßig verbindet sich mit den immateriellen ein — bisweilen geringer — materieller Wert. Die Folge wäre, daß man sehr häufig zu einer Konkurrenz von Diebstahl (bzw. Betrug) des materiellen Wertes und Entziehung des immateriellen Wertes gelangen würde. Das ist aber ein Zustand, den ein vernünftiger Gesetzgeber nach Möglichkeit vermeidet. Echte Konkurrenzen erschweren die Rechtspflege. Abhilfe sucht man in solchen Fällen eines regelmäßigen Zusammentreffens durch die Annahme sog. Konsumtion i. e. S.¹⁸. Das wäre also das Ziel, nach dem wir auch in den uns interessierenden Fällen streben müßten. Im Er-

¹⁷ Dieser Gedanke klingt an bei OTTO KRUG: Abhandlungen aus dem Strafrechte . . . Leipzig 1855 (XI: Einige Bemerkungen über die legislative Behandlung der Eigentumsverbrechen) S. 234; KRUG folgert daraus das Erfordernis eines wirtschaftlichen Wertes des entzogenen Vermögensbestandteils.

Entwicklungsgeschichtlich kommt natürlich auch der materialistischen Einstellung des 19. Jahrhunderts gewisse Bedeutung zu.

¹⁸ Vgl. meine Ausführungen ZStrW Bd. 53 S. 42—45.

gebnis würde damit die Tatbestandsbeschränkung wieder aufgeben. Dann lohnt es sich aber nicht, sie erst mühsam konstruktiv zu begründen.

Immerhin ist dies ein Weg, auf dem sich jene Lehre einigermaßen verständlich rechtspolitisch begründen läßt. Davon abgesehen, weiß ich nicht, was man ernsthaft zu ihrer Rechtfertigung anführen könnte. Die Gründe, welche gegen diese Lösung sprechen, sind eben dargelegt worden. Ich gestehe damit, daß ich die Plenarentscheidung im 16. Bande auch ihrem Ergebnis nach für mißbilligenswert halte. Wird durch vernünftige Anwendung der §§ 153 u. 154 StPO die Rechtspflege von Bagatellen freigehalten, so besteht keine begründete Veranlassung, durch eine einengende Konstruktion des Vermögensbegriffes immaterielle Werte prinzipiell von dem strafrechtlichen Schutze auszuschließen; und sie besteht um so weniger, als die herrschende Lehre beim Diebstahl, wo die Verhältnisse genau ebenso liegen, zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.

Eine andere Frage ist, ob man nicht sämtliche Vermögensverbrechen auf den Schutz materieller, wirtschaftlicher Werte beschränken und für die immateriellen Werte einen eigenen Deliktstatbestand, etwa in Gestalt eines erweiterten Groben-Unfugs-Paragraphen, bilden sollte. De lege ferenda läßt sich darüber durchaus reden, man käme damit innerhalb¹⁹ der Vermögensverbrechen zu einer Unterteilung nach der Art der verletzten Interessen. Für das geltende Recht aber ist daran festzuhalten, daß die weitere Auslegung des Vermögensbegriffes, also die sog. subjektive Theorie zu billigen ist.

Mit dem Bekenntnis zur subjektiven Theorie sind aber durchaus noch nicht alle hier auftauchenden Probleme gelöst; auch zwischen den Anhängern der subjektiven Theorie herrscht keine Einigkeit über deren Ausgestaltung im einzelnen. Uns interessiert hier vor allem, ob die Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens vom Standpunkt des vorhandenen oder des erwarteten Vermögensbestandes gestellt werden muß. Beim Betrage läßt BINDING²⁰ den letzteren entscheiden, sofern es sich um zweiseitige Verträge handelt.

„Wird aber veräußert gegen ein anderes Vermögensrecht oder gegen Befreiung von einer Last — liegt somit ein sog. zweiseitiger Vertrag vor —, so ist wieder Der geschädigt, der nicht erhält, was er von Rechts wegen beanspruchen kann.“

Dadurch gelangt BINDING trotz seines völlig verschiedenen Ausgangspunktes bei dem sog. Erfüllungsbetrag zu einem dem des Reichsgerichts ähnlichen Ergebnis. Eine Schwierigkeit ergibt sich dagegen beim sog. Eingehungsbetrag, um so mehr als BINDING Vertreter der Lehre vom juristischen Vermögensbegriff ist, also ein zivilistisches (subjektives) Recht fordert. BINDING hilft sich dadurch, daß er aus den Vorverhandlungen einen Rechtsanspruch auf Abschluß des Vertrages in der verabredeten Art und Weise

¹⁹ Darin würde die Abweichung von der verwandten Gestaltung des römischen Systems liegen.

²⁰ A. a. O. S. 357 lit. β.

konstruiert und somit — praktisch gesprochen — auch den Eingehungsbetrug in einen Erfüllungsbetrug verwandelt²¹. Daß diese Konstruktion zivilrechtlich nicht haltbar ist, wurde oft genug ausgesprochen²². Sie ist darüber hinaus m. E. auch ihrer Anlage nach verfehlt. Der Sinn des Strafrechtsschutzes geht dahin, dem Individuum — wenn auch im Interesse der Volksgesamtheit — den vorhandenen Rechtsgutbestand zu gewährleisten. Geschützt werden aber kann nur, was bereits vorhanden ist. Ob hierzu erforderlich ist, daß das zu schützende Gut auch zivilrechtlich in vollem Umfange anerkannt ist, soll hier vorläufig auf sich beruhen bleiben. In jedem Falle hat das Existierende, nicht das Erwartete den Ausgangspunkt der Betrachtung zu bilden. Jeder andere Weg führt in die Irre²³.

Die Gegenleistung kann demnach nur dann zum Objekt des Rechtsschutzes werden, wenn sie dem Gläubiger rechtlich gebührt. Angriffsobjekt ist dann eben nicht die Gegenleistung als solche, sondern die Forderung auf sie, bzw. deren materielles Substrat. Wo eine solche Forderung noch nicht existiert — und das ist der Fall beim sog. Eingehungsbetrüge — da kann sie auch nicht in ihrem Bestande strafrechtlichen Schutz genießen. Objekt des Angriffes beim Eingehungsbetrug ist eben gar nicht die Gegenleistung, welche der Betrüger in Aussicht stellt; an der ist dem Betrüger gewiß nichts gelegen; denn die hat er entweder, oder er hat sie nicht, und dann erlangt er sie auch vermittels der betrügerischen Manipulation nicht. Objekt des Angriffes ist vielmehr einzig und allein die Leistung des Verletzten. Auf sie allein hat es der Betrüger abgesehen, sie allein hat die Rechtsordnung zu schützen. Damit vermeiden wir die unterschiedliche Gestaltung des Problems beim einseitigen und beim zweiseitigen Verträge, damit ermöglichen wir schließlich auch eine einheitliche Auffassung bei allen „*Vermögensverbrechen*“. Die Gründe, aus denen BINDING zu seiner abweichenden Auffassung gelangt ist, passen nämlich überhaupt nur auf den Tatbestand des Betruges, während sie bei der Untreue und der Erpressung ohne weiteres hinfällig werden. Wer sich freiwillig zur Hingabe eines Vermögensbestandteiles an den Vertragsgegner bereit findet, so argumentiert BINDING²⁴, der weiß, daß er diesen Bestandteil seines Vermögens auf Grund des Vertragsschlusses einbüßt, er wird also insoweit nicht getäuscht. Aber jene von

²¹ Vom Standpunkt des RG unterscheidet sich die Lehre BINDINGS natürlich außerdem dadurch, daß er diesen Anspruch auf die vereinbarten immateriellen Werte erstreckt (a. a. O. S. 356c).

²² Auch die Lehre von der culpa in contrahendo im Privatrecht sichert stets nur das negative, niemals das positive (Erfüllungs-)Interesse. Um dieses letztere aber handelt es sich ja gerade für BINDING. Dies gegen HELLMUTH MAYER: Untreue S. 164 Anm. 77.

²³ Richtig insoweit BRUNO ECKER: Der strafrechtliche Schutz des Vermögens usw. (Diss. Rostock 1915) S. 25. Ebenso: H. ENGELHARD: Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung? (Diss. Heidelberg 1905) S. 14. — RGSt Bd. 49 S. 25; 64 S. 38. Für den Kreditbetrug: GOLDSCHMIDT: Beiträge, ZStrW Bd. 48 S. 161 Ziff. 2 und die dort Zitierten.

²⁴ A. a. O. S. 356c, a, auch S. 352 N 5, 354.

MERKEL begründete Lehre, welche den Begriff des Vermögens mit dem Inhalt des Irrtums gleichsetzt, ist irrig und hat beim Bettelbetrüge — in Verbindung mit der objektiven Theorie — zu unhaltbaren Ergebnissen geführt und auch die Lehre vom Betrüge bei verbotenen Rechtsgeschäften ungünstig beeinflußt. Ihr richtiger Kern liegt in folgender Erwägung: Wer weiß, daß er einen Vermögensbestandteil aufgibt, und gleichwohl handelt, kann sich über den Verlust nicht beklagen; *volenti non fit iniuria*. Aber solche Einwilligung wird nicht unbeschränkt erteilt, braucht es wenigstens nicht zu werden. Der Sinn eines zweiseitigen Vertrages ist in der Regel der, daß der Rechtsinhaber seine Einwilligung davon abhängig macht, daß er die ihm zugesagte Gegenleistung erhält und daß sie dem Inhalt der Vereinbarungen entspricht²⁵. Daran fehlt es aber gerade beim Betrüge.

So können wir als Ergebnis unserer Untersuchungen feststellen, daß der Vermögensschaden vom vorhandenen Rechtsgüterbestande her nach Maßgabe der subjektiven Theorie zu bestimmen ist²⁶.

II. Die Theorie vom objektiven Vermögensbegriff. (Wesen und Wirkung.)

Die grundsätzliche Ablehnung der Theorie vom objektiven Vermögensbegriff überhebt uns nicht der Aufgabe, über ihr Wesen und ihre Bedeutung eingehend Rechenschaft abzulegen; beim Stande der herrschenden Lehre²⁷ erscheint eine derartige Erörterung schlechthin unerläßlich. Insbesondere werden sich die folgenden Untersuchungen mit der Frage zu befassen haben, wo die Grenzen liegen, welche gerade jene von uns abgelehnte Theorie dem

²⁵ Selbstverständlich braucht das keine Bedingung im juristisch-technischen Sinne zu sein. Richtiges bei ECKSTEIN: Strafrechtl. Studien, Ger. Saal Bd. 78 S. 142 („scheinbare Freiwilligkeit“).

²⁶ Ebenso LOBE: RGK (4. Aufl.) § 253 N. 2 b. Eine Mittelmeinung vertritt ECKSTEIN: Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrüge, Goldammer Arch. Bd. 58 S. 66 ff. Er bekennt sich grundsätzlich zur subjektiven Theorie (S. 346), will sie aber z. T. durch die Ergebnisse der objektiven modifiziert wissen. So gelangt er (S. 349/50) zu folgenden Ergebnissen: „Vermögensbeschädigung liegt vor, wenn der Wert des Geleisteten oder zu Fordernden zurückbleibt hinter dem Wert des Erhaltenen.“ „Wertmaßstab für die Gegenleistung, für das Empfangene, ist der subjektive begrenzt nach unten durch den objektiven Wert.“ „Maßstab für die Leistung, für das Fortgegebene, ist der subjektive begrenzt nach oben durch den objektiven Wert.“ Aber jene Modifikationen erscheinen mir z. T. überflüssig, z. T. vermag ich sie nicht zu billigen. Der Wert der empfangenen Leistung kann sinnvoller Weise auch subjektiv niemals unter den Gebrauchswert sinken, wenn sich der objektive Wert durch Wiederverkauf des Gegenstandes realisieren läßt (über die Voraussetzungen hierfür vom Standpunkt der obj. Theorie unten II 6 S. 313 bei der Lehre von der Ausgleichspflicht), es sei denn, daß es sich um nicht objektiv bewertbare Interessen handelt; aber die wollte doch gerade auch ECKSTEIN berücksichtigen wissen? — Ebenso kommt man mit der von E. vorgeschlagenen Modifikation auch bei der Leistung des Verletzten zum Ausschluß aller Affektionsinteressen. — So gelangt E. im Ergebnis trotz seiner gegenteiligen Grundeinstellung zur Billigung der objektiven Theorie in vollem Umfange.

²⁷ Vgl. neuestens wieder RG JW 1933 S. 1839 Nr. 14, S. 1889 Nr. 11.

staatlichen Rechtsgüterschutze zieht. Es läßt sich nämlich nicht leugnen, daß Gegner und Anhänger dieser Lehre aus ihr Folgerungen hergeleitet haben, welche sie allenfalls ermöglicht, aber nicht erzwingt. Dadurch ist ihr Bild verschoben, sind Argumente für und wider vorgebracht worden, die ihr nicht zukommen.

1. Zunächst ist der Begriff des „*wirtschaftlichen Vermögens*“ selbst näher zu bestimmen. Er steht in engem Zusammenhange mit einem anderen Grundbegriffe dieser Lehre, dem des „*objektiven Wertes*“. „*Wirtschaftliches Vermögen*“ und „*objektive Bewertung*“ sind correlative Begriffe; zum Vermögen im wirtschaftlichen Sinne gehören alle diejenigen Vermögensbestandteile, welche einer rein objektiven Bewertung zugänglich sind, und sein Umfang wird nach gleichen Grundsätzen ermittelt.

Subjektive Wertschätzungen bleiben nach dieser Lehre außer Betracht; doch stehen der Berücksichtigung individueller Verhältnisse grundsätzliche Bedenken nicht entgegen. Zur Erläuterung dieses Satzes ist auf früher Gesagtes zu verweisen²⁸. Das dort beigebrachte Anschauungsmaterial wird das Verständnis der folgenden Ausführungen erleichtern. Auch unsere — im wesentlichen zustimmende — Stellungnahme wurde bereits in jenem Zusammenhange zum Ausdruck gebracht.

Hier bedarf es vor allem einer genaueren Grenzbestimmung und dazu einer schärferen Präzisierung des Gegensatzes subjektiv—individuell. Als generell-objektiv darf der gemeine Handelswert einer Sache bezeichnet werden; als individuell-objektiv der Nutzungswert, soweit er von jenem abweicht²⁹. Die Berücksichtigung individueller Verhältnisse schließt die Annahme eines absoluten objektiven Wertes aus; auch der objektive Wert wird relativiert³⁰, d. h. abhängig gemacht von bestimmten lokalen und zeitlichen Verhältnissen sowie von der Person des Vermögensinhabers, soweit er als wirtschaftliches Wesen, als Mittelpunkt einer wirtschaftlichen Organisation³¹ in Betracht kommt. Dagegen ist er unabhängig von der Eigenart der Person als eines geistigen Wesens, als einer Persönlichkeit.

Ein Autogramm von Goethe hat einen Handelswert und, wenn ich Sammler bin, für mich vielleicht einen darüber hinausgehenden Nutzungs- oder Liebhaberwert. Der Brief eines verstorbenen Familienmitgliedes aber mag mir persönlich ebenso *teuer* sein, objektiven Wert besitzt er nicht.

²⁸ Siehe o. S. 15—19.

²⁹ Zwischen beiden steht der sog. Liebhaberwert; hierüber eingehend S. 300 Anm. 42.

³⁰ Vgl. RGSt Bd. 49 S. 23 und neuestens RGSt Bd. 66 S. 337 = RG JW 1933 S. 1026 Nr. 15: „... Ein solcher Schluß würde auf einer Verwechslung des der Sache zukommenden objektiven Wertes mit den zufälligen subjektiven Beziehungen ihres Inhabers beruhen. Der gemeine Handelswert einer Ware ist allerdings kein absoluter, sondern ein relativer Begriff; er kann je nach Zeit, Ort und Umständen sich ändern; er bestimmt sich aber keineswegs nach der Person ihres Besitzers...“ Dazu: RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6 k.

³¹ Anders, aber sicherlich zu Unrecht und m. E. in Widerspruch mit der bisherigen Praxis RG JW 1933 S. 1026 Nr. 15 (s. o. Anm. 30).

Auch so bleiben die Grenzen flüssig; dadurch kommt ein dynamisches Element in die Betrachtung hinein. Allgemein läßt sich sagen: berücksichtigt werden Interessen, die unter örtlich und zeitlich abgegrenzten Kulturverhältnissen von einer Mehrheit von Gemeinschaftsgliedern³² geteilt werden und deshalb Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs, von Angebot und Nachfrage sind; oder anders ausgedrückt: beachtlich sind alle Interessen, welche jedes Individuum derselben Gemeinschaft in der wirtschaftlichen Lage des Verletzten mit gleichen Wertvorstellungen verknüpft³³.

Legt man diese Grenzbestimmung zwischen subjektiver und individuell-objektiver Bewertung zugrunde, so sind damit die Probleme noch längst nicht erschöpft. Es zeigt sich nämlich, daß mehrere Möglichkeiten objektiver Bewertung bestehen; man unterscheidet den Wert der Gestehungskosten, den Großhandels- und den Kleinhandelswert. Welcher von ihnen soll im einzelnen Falle maßgebend sein? Die Antwort die das Reichsgericht³⁴ auf diese Frage erteilt: „*Welcher von ihnen in Betracht kommt, bestimmt sich zwingend nach Inhalt und Gegenstand der zu treffenden Entscheidung*“ führt nicht weiter. Auch das Reichsgericht urteilt durchaus nicht gleichmäßig.

Es ist interessant, zwei Entscheidungen aus der jüngsten Vergangenheit zu vergleichen, in denen zu diesen Problemen Stellung genommen wird, nämlich die Entscheidung des III. Senates vom 19. Mai 1930³⁵ und die Entscheidung des II. Senates vom 7. Juli 1932³⁶.

In dem ersten der beiden Fälle war ein Unternehmen dadurch geschädigt worden, daß der Täter Inlandaufträge vorgespiegelt und dadurch einen höheren Rabatt erschlichen hatte. Der Senat führt aus:

„Eine Vermögensbeschädigung läge ohne weiteres vor, wenn dieser Preis niedriger gewesen wäre als der Wert der Ware. Das war aber offensichtlich nicht der Fall, da selbstverständlich die Ware auch beim Verkauf zum Inlandpreis noch mit Gewinn verkauft worden ist.“

Den Ausgangspunkt für die Berechnung des objektiven Wertes bilden für das Reichsgericht hiernach offensichtlich die Gestehungskosten. Alles, was darüber hinausgeht, kommt nur „mittelbar“, d. h. als entgangener Gewinn in Betracht, „*vorausgesetzt, daß auf ihn ein Rechtsanspruch bestand, oder daß er (vgl. § 252 BGB) ohne die Täuschung wahrscheinlich eingetreten wäre (RGSt Bd. 38 S. 108, Bd. 41 S. 373)*“. In dem zur Entscheidung stehenden Falle hing also die Verurteilung wegen Betruges davon ab, ob „*der Angeklagte, der vorschützt, zum Auslandpreise würde er überhaupt nicht gekauft haben, rechtlich verpflichtet gewesen wäre, die fraglichen Auslandbestellungen bei dem Verbande und nicht etwa anderswo zu machen*“ oder ob „*es sich um eine zu dem höheren Auslandpreise jederzeit absetzbare Ware*“

³² Nicht: „nur der Gemeinschaft als solcher“; gerade bei den nur sozial zu wertenden Interessen zeigt sich, wie wir gesehen haben (oben S. 13/4), daß die objektive Theorie zu unhaltbaren Ergebnissen führt.

³³ Siehe o. S. 18/9. ³⁴ RGSt Bd. 66 S. 337 = JW 1933 S. 1026 Nr. 15.

³⁵ RGSt Bd. 64 S. 181. ³⁶ A. a. O. (Anm. 34).

Was tritt an dessen Stelle? Das soll davon abhängen, welcher Art das fragliche Geschäft gewesen ist, Großhandels- oder Kleinhandelsgeschäft. Darüber aber entscheiden wiederum nicht die Verhältnisse des Verkäufers, sondern — des Käufers. „*Der Angeklagte kaufte . . . in Wirklichkeit als Verbraucher . . .*“ Das ist die überindividuelle, objektive Bestimmung des Geschäftstypus!

In Wahrheit liegen die Dinge m.E. folgendermaßen: Eine konsequente generell-objektive Bewertung läßt sich nicht durchführen. Deshalb hat die Rechtsprechung längst erkannt, daß ein Rückgriff auf die individuellen Verhältnisse unvermeidlich ist. Diese individuellen Verhältnisse müssen stets solche in der Person (scil. der wirtschaftlichen Lage) des Geschädigten sein; denn einzig und allein auf den Stand seines Vermögens kommt es bei der Bestimmung des Vermögensschadens an. Umgekehrt darf bei der Ermittlung des Vermögensvorteils die Bestimmung des Vermögens nur von den individuellen Verhältnissen des Täters ausgehen, und muß die Lage des Geschädigten zunächst (anders bei der Strafzumessung) außer Betracht bleiben.

Das Reichsgericht stellt hier — m.E. in Widerspruch mit den Grundsätzen der objektiven Theorie und seiner bisherigen Praxis — die Dinge auf den Kopf. Wenn aber das Ergebnis, die Bestrafung wegen Betruges, schließlich doch befriedigt, so ist darin m.E. nur ein neuer Beweis dafür zu erblicken, daß die Theorie des objektiven Vermögensbegriffes in ihrer rechtspolitischen Geltung längst erschüttert ist, so fest auch ihr dogmatisches Gebäude gefügt zu sein scheint.

2. Von der unmittelbarsten Folge der objektiven Theorie, der „*Atomisierung*“ oder „*Amalgamierung*“ sämtlicher Vermögensbestandteile ist bereits andeutungsweise die Rede gewesen³⁸. Sie spielt, wie erinnerlich, auch in der Deduktion des Reichsgerichts eine nicht unerhebliche Rolle. Allerdings ist sie nur im Votum zutreffend als Folgeerscheinung erkannt worden³⁹. Hier ist der Ort, sie eingehender zu erörtern.

Dazu bedarf es einer grundsätzlichen Besinnung. Seit der Periode der Tauschwirtschaft steht der Mensch den „*seiner Herrschaftsgewalt unterliegenden Gütern*“⁴⁰ in doppelter Weise gegenüber: sie sind ihm wertvoll

³⁸ Vgl. oben S.286f.; RGK (4. Aufl.) § 263 Nr. 6e; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 4.

³⁹ Ger. Saal Bd. 43 S. 364; während die Begründung in RGSt Bd. 16 aus ihr erst die objektive Theorie abzuleiten sucht (vgl. oben S. 287).

⁴⁰ = „Vermögensgüter“, darunter verstehe ich Positionen, welche die Grundlage von (abstrakter oder konkreter) Verfügungsmacht bilden und als solche Gegenstände des Rechtsverkehrs bilden; sie allein kommen deshalb als Objekte der Vermögensdelikte (i. w. S.) in Betracht.

Vgl. VON TUHR: Allg. Teil Bd. I S. 313/4: „äußere Mittel zu Erreichung persönlicher Zwecke“ — „die Rechte, welche dem Menschen die wirtschaftlichen Mittel seiner Existenz und der Betätigung seines Willens sichern“. Die Einschränkung durch das Moment der „Wirtschaftlichkeit“ ebenso wie auch die Beschränkung auf „Rechte“ sind m. E., jedenfalls für das Strafrecht, nicht zu billigen.

ECKSTEIN: Goldt. Arch. Bd. 58 S. 70 spricht von „Wert als Genuß in Hinsicht der

entweder als Grundlage individuellen Genusses oder als Objekte des Tauschverkehrs, sie haben Gebrauchs- und Tauschwert. Beide Bewertungsarten können zum gleichen Ergebnis führen, brauchen es aber nicht zu tun. Auf dem Umstande, daß dies sehr oft nicht der Fall ist, beruht aller Tauschverkehr.

Eine Überhöhung des Gebrauchswertes kann drei verschiedene Gründe haben: Zunächst tritt eine *objektiv* nicht gerechtfertigte Steigerung des Wertes dann ein, wenn ein bestimmter Gegenstand für eine bestimmte Interessens- und *Vermögenslage* eine besondere wirtschaftliche Bedeutung erlangt, wenn er den Gesamtwert jenes Vermögenskomplexes über seinen objektiven Wert hinaus erhöht. Ein Beispiel dieser Art bildet etwa ein einzelner stilechter Einrichtungsgegenstand, welcher die Gesamteinrichtung von gleichem Stile vervollständigt, bildet (um an ein historisches Beispiel zu erinnern) der Passer eines Gespannes, bildet das angrenzende Wiesengrundstück, welches der Fabrikbesitzer zum Zwecke der Betriebserweiterung erwerben möchte. In allen diesen Fällen beruht die Steigerung des Gebrauchswertes auf der individuellen Vermögenslage des Berechtigten, und sie bewirkt eine Erhöhung des Wertes des Gesamtvermögens, darf also insoweit in Anlehnung an einen Ausdruck KOHLERS⁴¹ als *produktiver Vermögenswert* bezeichnet werden.

Die zweite Situation, aus der sich eine Steigerung des Gebrauchswertes ergeben kann, ist von anderer Art. Sie beruht darauf, daß der Berechtigte zu einem Gegenstand Beziehungen ganz eigener Art unterhält, Beziehungen die sich an einen ganz konkreten Gegenstand knüpfen und von diesem nicht getrennt werden können. Es entsteht dadurch ein ganz individuelles Band zwischen Gegenstand und Person, das aber nicht, wie vorher, in der individuellen Vermögenslage, sondern in der individuellen Persönlichkeit seine Grundlage findet. Daher kommt es — und dieser Unterschied ist gerade für unsere Betrachtung von entscheidender Bedeutung — daß er auch nicht durch eine Veräußerung des Gesamtvermögens *realisiert* werden kann, daß er schlechthin unübertragbar, an die Person seines Trägers gebunden ist. Der Sprachgebrauch verwendet hierfür den Ausdruck „*Affektionsinteresse*“, als dessen charakteristische Eigenschaft sich damit seine Unübertragbarkeit ergibt. Wir sprechen hier von konsumptiven Gebrauchswert⁴².

Zukunft“ und kommt von hier aus zu ähnlichen Ergebnissen. Die „Zueignungs- und Verfügungsfähigkeit“, bzw. die Möglichkeit, „daß über ihren Inhalt und schließlich über ihr Dasein überhaupt paktiert werden kann, auch dann wenn ausnahmsweise die Möglichkeit der Übertragbarkeit an den anderen entfällt“ (Arbeitskraft), erscheint als Kriterium auch bei ROTERING: Arch. f. Krim. Anthropologie Bd. XXXI S. 118. Doch bestimmt R. auf dieser Grundlage sogleich „das Vermögen“, nicht „das Vermögensgut“ (Literaturangaben bei BRAUWEILER: a. a. O. S. 141.; NEUMANN: Handbuch der Politischen Ökonomie [4. Aufl.] Bd. I S. 148ff.).

⁴¹ Arch. bürgerl. Recht Bd. 12 S. 2.

⁴² Von dem „Affektionsinteresse“ ist scharf zu scheiden der sog. „Liebhaberwert“. Die Unterscheidung ist deshalb oft schwierig, weil die Grenzen flüchtig sind. Dadurch kommt ein dynamisches Element in die Betrachtung hinein. Das Wesen des Affektions-

Für die beiden bisher genannten Ursachen einer Überhöhung des Gebrauchswertes ergibt sich entsprechend die Möglichkeit einer Verminderung desselben. Es kann ein Gegenstand für den Berechtigten mit Rücksicht auf seine Gesamtvermögenslage (wozu auch seine soziale Stellung gehört) vollkommen wertlos sein, etwa eine schwer verkäufliche landwirtschaftliche Maschine für einen städtischen Beamten, ein unverkäufliches Instrument für einen unmusikalischen Menschen u. ä. m. Es kann aber auch die Minderung des Gebrauchswertes auf persönlicher Abneigung, Idiosynkrasie beruhen.

Dagegen hat die dritte Form der Erhöhung des Gebrauchswertes kein Gegenstück. Sie tritt dann ein, wenn ein Gegenstand natur- oder vereinbarungsgemäß bei seinem Erwerb die Übertragbarkeit einbüßt, unverkäuflich wird; das pflegt z. B. bei auf den Namen gestellten Eintrittskarten oder ähnlichen Berechtigungen der Fall zu sein. Dabei kann es sich wieder um Werte handeln, die der Gütererzeugung dienen, mithin „produktive Vermögensinteressen“ (KOHLER)⁴³ verkörpern, oder die lediglich zum Genuß bestimmt sind, nur *konsumptiven Vermögenswert* besitzen. Ein Beispiel der ersten Art läge vor, wenn bei dem Verkauf jenes Wiesengrundstückes

wertes läßt sich am ehesten durch eine Antithese erfassen: er beruht nicht auf der Seltenheit oder gar Einmaligkeit des Objekts, sondern auf der Einzigartigkeit der Beziehung zu ihm.

Zutreffend die Bemerkung bei PLANCK-SIBER (4. Aufl. 1914) II, 1 zu § 253 N. 2: „Nicht um Affektionswert handelt es sich, wenn Sachen, für die größere Personenkreise eine Liebhaberei haben, wegen ihrer Seltenheit mit einem besonders hohen Preise bezahlt werden; solche Sachen, z. B. Münzen oder Briefmarken, haben infolge ihrer Seltenheit einen höheren Vermögenswert erhalten, als sie ursprünglich hatten. Wie die Mode dazu führt, daß solche Liebhabereien einzelner auf weitere Kreise übergreifen, kann der bloße Spleen objektive Vermögenswerte schaffen, etwa auch für Sammlungen von Eisenbahn- und Straßenbahnбилетten.“

Vgl. auch H. A. FISCHER: Der Schaden nach dem BGB f. d. D. R. S. 47: „Der gemeine Wert ist ein rein objektiver, der Affektionswert ein rein subjektiver Begriff“ . . . „Der Affektionswert dagegen ist der Wert, welchen ein Gut in der rein individuellen Vorstellung eines Einzelsubjektes hat.“ „Soweit sich diese Vorstellung mit der Wertschätzung anderer Personen deckt, tritt er nicht hervor; er wird von Bedeutung, wenn das Werturteil des in Frage kommenden Subjekts von dem aller übrigen Rechtsgenossen abweicht.“

In der Besprechung hierzu (Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 47 S. 66) betont VON TUHR mit Recht die Relativität dieses Gegensatzes. Ähnlich wie FISCHER: MOMMSEN: Lehre vom Interesse S. 16.

Darauf beruht es, daß die Anhänger der objektiven Theorie und des faktischen Vermögensbegriffes bisweilen die Bestandteile des Vermögens als „wirtschaftliche Güter“ bezeichnen und definieren als „solche Mittel ökonomischer Verkehrsmacht, die von der Person lösbar und des Umlaufs (wenn auch nur in engem Kreise) fähig sind“ (HERRMANN RAU nach JACOBOWITZ: Vermögen, Vermögensschaden usw. Diss. Münster 1918 S. 40). J. selbst definiert (S. 41) „Vermögen als den Inbegriff der umlaufsfähigen, wirtschaftlichen Güter, die jemand im Selbstinteresse zustehen“. Vgl. ferner RGSt Bd. 49 S. 23 und vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus: NEUMANN: Handbuch der Politischen Ökonomie Bd. I (4. Aufl.) § 7 (S. 155).

⁴³ Auch FISCHER: a. a. O. S. 18, 20; MOMMSEN: Lehre vom Interesse S. 16 nennt diesen Wert: „Interesse“.

an den Fabrikbesitzer ein Rückvorkaufsrecht vereinbart oder die Verkäuflichkeit des betreffenden Landstückes vertraglich ausgeschlossen würde. Dann ließe sich der wirtschaftliche Wert desselben zwar nicht durch Feststellung seines Verkaufspreises ermitteln, aber doch an der durch die Vergrößerung des Betriebes bewirkten Produktionssteigerung annähernd ermes- sen.

Der umgekehrte Fall ist nicht denkbar, weil eine Aufhebung der Gebrauchs- berechtigung sich sinnvoll nicht vereinbaren läßt, wenn sie aber von selbst generell einträte, ohne weiteres auch den Verlust jedes Verkaufswertes zur Folge hätte.

Vom Standpunkt der objektiven Theorie sind die drei Fälle durchaus verschieden zu beurteilen.

Mit Recht wird zunächst von der herrschenden Lehre der erste Fall dem objektiven Vermögensbegriff subsumiert. Das ergibt sich aus der — auch für die objektive Theorie zutreffenden — Erwägung, daß Gegenstand des Rechtsschutzes das Vermögen in seinem individuellen Bestande ist, daß also das vorhandene Vermögen und deshalb die hingeebene Leistung den Ausgangspunkt der Betrachtung zu bilden hat. Wird daher ein Recht von dem bisherigen Inhaber aufgegeben, so ist dessen Wert unter Berücksichtigung seiner Gesamtvermögenslage zu bestimmen⁴⁴; und soweit ein Ausgleich durch den Wert der empfangenen Leistung überhaupt möglich erscheint⁴⁵, richtet sich der Wert der Ausgleichsleistung ebenfalls nach den individuellen Vermögensverhältnissen des Empfängers⁴⁶. Der Vorwurf der Inkonsequenz, welcher dieserhalb gegen das Reichsgericht erhoben wurde⁴⁷, kann demnach nicht als berechtigt anerkannt werden.

Andererseits herrscht bei Gegnern und Anhängern der objektiven Theorie Einigkeit darüber, daß die Werte der zweiten Kategorie, also alle Affektionsinteressen (einschließlich des Interesses an der Dispositionsfreiheit, soweit ihre Beschränkung nicht vermögensrechtliche Nachteile zur Folge hat), nicht berücksichtigt werden dürfen.

Am schwierigsten ist die Entscheidung der Frage bei der dritten Gruppe von Fällen. Ihr gelten auch verhältnismäßig zahlreiche Erörterungen in der zivilistischen Literatur⁴⁸.

⁴⁴ Vgl. A. L. R. I, 2 § 112: Der Nutzen, welchen eine Sache jedem Besitzer gewähren kann, ist ihr gemeiner Wert. § 114: Der außerordentliche Wert einer Sache erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann. Dazu H. A. FISCHER: a. a. O. S. 37 ff.

⁴⁵ Darüber unten S. 305 f.

⁴⁶ Richtig u. a.: GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 122, auch RG JW 1927 S. 1693 N. 22, RGSt Bd. 25 S. 185.

⁴⁷ BRAUWEILER: a. a. O. S. 27.

⁴⁸ Man vgl. etwa: VON TUHR: Allgemeiner Teil I S. 313 ff. (315, 320 A. 33a); — Besprechung von FISCHER (Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 63—96); H. A. FISCHER: Der Schaden nach dem BGB für das Deutsche Reich (1903); MOMMSEN: Lehre von dem Interesse; WINDSCHEID-KIPP: Pandekten (9. Aufl.) Bd. I S. 178, Bd. II S. 55; PLANCK-SIBER: Komm. (4. Aufl.) II, 1 (1914) zu § 253 Bem. 1.; ROBERT NEUNER: Interesse und

Dabei tritt in der privatrechtlichen Diskussion der erste Unterfall, in dem es sich um (wenn auch unveräußerliche, so doch) produktive Werte handelt, in den Hintergrund des Interesses. Läßt sich hier auch das Maß der Vermögensabnahme nicht aus dem Sinken des Gesamtwertes *ablesen*, so kann es doch aus der Verminderung des Produktionsgewinnes ohne Schwierigkeit objektiv ermittelt werden. Auch für die strafrechtliche Betrachtungsweise darf dieser Fall zunächst außer acht gelassen werden; seine Problematik liegt — wie die allen „*entgangenen Gewinnes*“ — einzig und allein in der Rechtsgutqualität, gehört also dem im folgenden Kapitel zu behandelnden Problemkreise an.

Handelt es sich dagegen um einen unveräußerlichen⁴⁹ Gegenstand von reinem Konsumptionsinteresse, so hilft jener Ausweg nicht. Hier stehen wir in der Tat vor einem Problem, dessen Lösung der Dogmatik des Privatrechts bisher in restlos befriedigender Weise nicht gelungen ist; das ist um so bedauerlicher, als die rechtspolitische Notwendigkeit eines Schadensersatzanspruches sich ernstlich gar nicht bestreiten läßt. Diese Fälle bilden deshalb bis auf den heutigen Tag die Krux der Schadensersatzlehre und haben neuerdings zu dem Vorschlage geführt⁵⁰, die sog. Differenztheorie, welche die Grundlage des Ausgleiches von Leistung und Gegenleistung bildet, insoweit aufzugeben. An ihre Stelle setzt NEUNER eine andere Definition des Vermögensschadens, welchen er bestimmt „*als Verletzung eines vermögenswerten Interesses, d. h. eines Gutes, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräußert wird*“. Dieses Interesse soll alsdann objektiv bewertet werden. Doch kann diesem Vorschlage m.E. nicht zugestimmt werden. Zunächst einmal: die Schwierigkeit ergibt sich nicht aus der Differenztheorie (welche vielmehr als die Folge jener Betrachtungsweise anzusprechen ist), sondern besteht unabhängig von ihr⁵¹. Problematisch erscheint gerade die Begründung für die objektive Bewertung. NEUNER folgert sie zu Unrecht aus dem Umstande, daß jene Werte gegen Entgelt erworben worden sind und erworben zu werden pflegen⁵²; daß ein Gegenstand Geld gekostet hat, beweist noch lange nicht, daß er auch heute noch geldeswert ist; die Besitzer von Vorkriegsobligationen können ein Lied davon singen. Zur Abgrenzung bleibt bei der Definition NEUNERS schließlich doch wieder nur das Rechtsgefühl übrig; aber das ist keine Lösung des konstruktiven Problems.

Vermögensschaden (Arch. Ziv. Pr. Bd. 133 S. 277 ff.); ROBERT ASCHKENASY: Über den immateriellen Schaden nach dem BGB (GRUCHOT: Bd. 70 S. 373—387); JOS. KOHLER: Das Obligationsinteresse (Arch. Bürg. Recht 12 S. 1 ff.); OLG Colmar in Recht 1907 Nr. 3058; OLG Dresden in Annalen Bd. 24 S. 527 (Auszug bei ASCHKENASY: a. a. O. GRUCHOT Bd. 70 S. 381 Anm. 15). Vgl. auch GUSTAV LEHMANN: Die Schutzlosigkeit immaterieller Güter beim Schadensersatz.

⁴⁹ Aus rechtlichen oder faktischen Gründen!

⁵⁰ NEUNER, ROBERT: a. a. O. (Arch. Ziv. Pr. Bd. 133) S. 277 ff. bes. S. 290.

⁵¹ Vgl. schon oben S. 287 u. 299 Anm. 39.

⁵² Das Moment der Verkäuflichkeit, das N. ebenfalls heranzieht, soll ja gerade ausgeschaltet werden.

Vielleicht hilft gerade im Privatrecht eine andere Erwägung weiter. Noch niemals ist bezweifelt worden daß bei Körperverletzungen Arzt- und Kurkosten ersetzt werden müssen, obwohl es sich bei der Verletzung des Körpers offensichtlich nicht um einen „*wirtschaftlichen Wert*“ handelt. Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung von Affektionsinteressen schließt also nicht aus, daß dem Verletzten diejenigen Aufwendungen zu erstatten sind, welche er zur Wiederherstellung in natura hat machen müssen. Das entspricht ja auch dem Grundsatz, daß Naturalersatz stets zu leisten ist.

In den uns beschäftigenden Fällen liegt die Sache nun ähnlich. Wird mir das Billet zu einer Theateraufführung entwendet oder abgeschwindelt, so kann ich mir den Genuß derselben nur durch Ankauf eines neuen Billettes für dieselbe oder eine ähnliche Aufführung verschaffen, insoweit den entstandenen *immateriellen* Schaden *reparieren*. Deshalb entsteht mir ein Anspruch auf *Auslagenersatz* für diese *Reparatur*, ohne daß ich verpflichtet wäre, von dem gezahlten Gelde nun wirklich auch in der angegebenen Weise Gebrauch zu machen; nur ausnahmsweise⁵⁸ ist nach geltendem Recht der Gläubiger der Ersatzforderung in ihrer Verwendung gebunden.

Was also diese Fälle von den gewöhnlichen Verletzungen immaterieller Interessen unterscheidet, ist ihre Fähigkeit, sich *reparieren* zu lassen, während bei jenen niemals ein „*Ersatz*“ von Gleichem durch Gleiches, sondern allerhöchstens (§§ 847, 1300 BGB) eine „*Entschädigung in Geld*“ in Frage kommen kann. In der Möglichkeit der Wiedergutmachung liegt also Grund und Grenze der Ersatzpflicht.

Dieser Ausweg ist allerdings gangbar nur für das Zivilrecht. Das strafrechtliche Problem bleibt dabei ungelöst; denn jene Werte sind und bleiben immaterielle Werte, selbst wenn sie ausnahmsweise ersetzbar sind. Auch Arzt- und Kurkosten sind nicht Objekte der sog. Vermögensdelikte, obwohl sie im Ergebnis zu einer Verminderung des Vermögens führen. Die Konsequenz der objektiven Theorie fordert m.E. deshalb, daß diese Fälle im Strafrecht unberücksichtigt bleiben.

Das ist natürlich nur als grundsätzliche Lösung gedacht. Es erscheint möglich, daß man sie ausnahmsweise doch beachtet. Nur muß man diese Ausnahme dann auch als solche bezeichnen und sie rechtspolitisch angemessen begründen. Ob solche Begründung möglich ist, wird davon abhängen, wie man die objektive Theorie selbst rechtfertigt; würde man sich beispielsweise auf die Schwierigkeiten einer Bewertung nach subjektiven Maßstäben berufen, so ließe sich sehr wohl geltend machen, daß in den hier erörterten Fällen jenes Bedenken entfällt.

Damit ist die Grundlage gewonnen, auf der das Wesen der von uns sog. Atomisierung bestimmt werden kann. Die objektive Theorie führt, wie wir eben gesehen haben, zur Vernachlässigung aller (nur) immateriellen Werte; sie scheidet die Beziehung zum konkreten Objekt aus der Betrachtung

⁵⁸ Nämlich bei dinglicher Belastung: BGB §§ 1128ff. bes. 1130, 1288 und vor allem § 1046 Abs. 2; vgl. auch § 98 VVG.

tung vollkommen aus. Der Sinn des Vermögensrechtes ist ihr nicht konkrete Verfügungsmacht über ein bestimmtes Gut, sondern abstrakte Verfügungsmacht über dessen Wert. Die einzelnen Vermögensbestandteile verlieren ihre Individualität, werden Stellengrößen, die ihre Bedeutung allein aus dem Verkaufs-, d. h. dem Geldwerte herleiten, werden individualitätslose Typen einer gleichförmigen Masse⁵⁴, genannt „Vermögen“.

So wird es möglich, sie beliebig zu vertauschen und durch andere zu ersetzen, ohne daß sich das Gesamtvermögen in etwas ändert, solange sein objektiver Wert gleich bleibt. Das ist in der Tat die Konsequenz der objektiven Theorie. *„Ist die Identität der Ursache vorhanden, so ergibt sich die Nothwendigkeit der Kompensation oder der Berücksichtigung des ‚Äquivalents‘ aus dem Begriff der Vermögensbeschädigung, wie es scheint, mit Sicherheit“*⁵⁵. So und nur so erklärt sich die Möglichkeit des Ausgleichs von Leistung und Gegenleistung, das *Geheimnis der Kompensation*⁵⁶.

3. Das Prinzip der Kompensation, sicherlich die bedeutsamste Folge der objektiven Theorie, führt zu einer Reihe von Streit- und Zweifelsfragen, welche wir nunmehr nacheinander zu erörtern haben.

Zunächst: welches ist der Zeitpunkt, bis zu dem der Ausgleich erfolgen kann⁵⁷? Es ist das Verdienst ECKSTEINS⁵⁸, dieses Problem erkannt und zur Diskussion gestellt zu haben, während die Praxis, auch des Reichsgerichts, nicht einheitlich entscheidet⁵⁹. ECKSTEIN legt seinen Erörterungen folgenden Fall zugrunde⁶⁰: *„Jemand kauft Mörtel, er erhält durch Täuschung unbrauchbaren. Wie sich die Unbrauchbarkeit herausstellt, hat er schon einen Teil verarbeiten lassen, Arbeitslöhne bezahlt, Mauersteine verbaut usw. Der halbfertiggestellte Bau muß wieder abgerissen werden, was wieder einen Aufwand an Arbeitslohn verursacht.“*

Es entsteht nun die Frage, ob diese Aufwendungen zur Konstruktion eines „Vermögensschadens“ verwendet werden dürfen; nur in diesem Falle wären die Voraussetzungen eines Betruges vorhanden. Das Reichsgericht, dem dieser Fall zur Beurteilung vorlag, hat in bejahendem Sinne entschieden, ohne sich auf grundsätzliche Erörterungen einzulassen⁶¹.

Prinzipiell bejaht wird die Frage von PRÖLL⁶². *„Als tatsbestandsmäßiger*

⁵⁴ ECKSTEIN: Goltd. Arch. Bd. 58 S. 340 („formlose Wertmasse“).

⁵⁵ Votum Ger. Saal Bd. 43 S. 369.

⁵⁶ Vgl. dazu REICHEL: Aufrechnung und Betrug, Arch. Ziv. Pr. Bd. 125 S. 178—192 u. S. 349, wo aber das hier im Vordergrund stehende Problem zu kurz kommt.

⁵⁷ OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 19, 22 Ia; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6f.

⁵⁸ Strafrechtliche Studien, Ger.Saal Bd. 78 S. 137—208.

⁵⁹ Vgl. ECKSTEIN: a. a. O. S. 140; PRÖLL: Goltd. Arch. Bd. 66 S. 151 (vgl. Anm. 62). Vgl. RGSt Bd. 25 S. 182, Bd. 49 S. 27/8 u. neuestens Bd. 64 S. 38.

⁶⁰ A. a. O. S. 138.

⁶¹ RGSt Bd. 25 S. 184. Für Einschluß des mittelbaren Schadens auch der Verf. des Votums zur Plenarentscheidung Bd. 16 S. 1 (Ger. Saal Bd. 43 S. 369) unter Berufung auf RGSt Bd. 1 S. 68; Rspr. Bd. 2 S. 577; Bd. 3 S. 772. Weitere Judikatur bei ECKSTEIN: a. a. O. (Ger. Saal Bd. 78) S. 140 Anm. 4 u. 6.

⁶² Gewinnvereitelung, Vermögensgefährdung und Vollstreckungsvereitelung. Eine

*Erfolg des Betruges muß auch eine solche Vermögensbeschädigung gelten, die zeitlich nicht unmittelbar nach der Handlung des Getäuschten eintritt*⁶³.“ So verwandelt sich für PRÖLL das Problem des Vermögensschadens in ein solches der Kausalität⁶⁴; es soll deshalb auch mit dessen methodischen Mitteln gelöst werden. „Maßgebend für die Feststellung der Vermögensbeschädigung beim Betrüge ist . . . nicht der ‚status quo ante‘, sondern ‚ein hypothetischer status‘ . . ., der Zustand der bestehen würde, wenn diese Handlung unterblieben wäre“⁶⁵.“ Dieser „hypothetische status“ ist mit dem „faktischen status“ zu vergleichen; ergibt dieser Vergleich ein minus auf der faktischen Seite, so liegt ein Vermögensschaden und folglich auch ein Betrug vor, und zwar soll es genügen, wenn auch nur in irgendeinem Zeitpunkt die Rechnung zuungunsten des Getäuschten abschließt⁶⁶.

Aus dieser Betrachtungsweise ergibt sich für PRÖLL sofort ein weiteres Problem. Da offenbar nicht sämtliche Vermögensveränderungen in jene Abrechnung einbegriffen werden können, so muß eine Auswahl getroffen werden. Das Erfordernis einer einfachen Kausalität führt aber hierbei zu ebensowenig befriedigenden Ergebnissen wie bei dem zivilrechtlichen Parallelproblem der *compensatio lucri cum damno*. PRÖLL versucht, die Frage, mit Hilfe seines Gegensatzes von hypothetischem und faktischem Vermögensbestande zu lösen⁶⁷. Dazu bedient er sich einer Terminologie, die auf einer Erweiterung des bekannten Gegensatzes von *damnum emergens* und *lucrum cessans* beruht. In dem Ausdrucke *cessans* liegt stets ein Hinweis auf ein hypothetisches Element, während umgekehrt das *emergens* den faktischen Zustand indiziert. So entsteht die Möglichkeit, ein *damnum cessans* neben dem *damnum emergens*, ein *lucrum emergens* neben dem *lucrum cessans* anzuerkennen. Die sechs möglichen Kombinationen bilden die Grundlage der vorgeschlagenen Abgrenzung. Dabei scheiden die Verbindungen von *lucrum emergens* und *damnum cessans*, sowie von *damnum*

Untersuchung über die Vermögensbeschädigung beim strafbaren Betrüge. Goldt. Arch. Bd. 66 S. 124—197 u. S. 339—389. — Wie bereits der Titel andeutet will P. auf diese Weise die Subsumtion der angegebenen Interessenverletzungen unter § 263 ermöglichen, obwohl im Zeitpunkt der Verletzung ein subjektives Recht (noch) nicht vorhanden ist. Über Wert und Notwendigkeit dieser Konstruktion für dieses Problem ist im folgenden Kapitel zu handeln (S. 332 ff).

⁶³ PRÖLL: a. a. O. S. 153; für das Privatrecht: WINDSCHEID-KIPP: Pandekten (9. Aufl.) Bd. II S. 60.

⁶⁴ So folgerichtig, jedoch mit der richtigen Hervorhebung praktisch notwendiger Einschränkungen: WINDSCHEID-KIPP: Pandekten (9. Aufl.) Bd. II S. 58 („bis zur Zeit des Urteils“), S. 60; FISCHER, H. A.: Der Schaden nach dem BGB S. 6; MOMMSEN: Lehre vom Interesse S. 1, 117 u. S. 198 ff., mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die abweichende Problemlage im Strafrecht (S. 203, 167).

⁶⁵ A. a. O. S. 153/4. Dasselbe steht aber schon bei MOMMSEN: Lehre vom Interesse S. 41.

⁶⁶ A. a. O. S. 158.

⁶⁷ In einer weiteren Arbeit (Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug — Goldt. Arch. Bd. 67 S. 109 ff.) wird sie von PRÖLL verwendet, um das aus dem Titel der Arbeit ersichtliche Problem zu lösen.

emergens und *lucrum cessans* ohne weiteres aus, weil sie stets entweder nur einen Vermögenszuwachs oder nur eine Vermögensminderung ergeben können, so daß für die Möglichkeit eines Ausgleichs begriffsgemäß kein Raum ist.

Für die verbleibenden vier Möglichkeiten gibt PRÖLL folgende Lösung:

a) Kompensabel sind grundsätzlich nur *lucrum* und *damnum cessans* einer-, *lucrum* und *damnum emergens* andererseits (Problem der *compensatio lucri cum damno*).

b) Nicht kompensabel sind grundsätzlich *lucrum emergens* und *lucrum cessans* einer-, *damnum emergens* und *damnum cessans* andererseits (Problem der Kausalität).

Die Notwendigkeit einer Trennung von hypothetischem (Summe der *cessantia*) und faktischem Vermögen (Summe der *emergentia*) dient zur Rechtfertigung der Unterscheidung. Abgesehen von dieser rein konstruktiven Erwägung fehlt es an jeder Begründung für jene Behauptungen.

Die unterschiedliche Behandlung beider Fälle ist jedoch irreführend; denn auch die *compensatio lucri cum damno* beruht, wie alle Kompensation, auf der Einheitlichkeit der Ursache⁶⁸. Zum anderen soll ja gerade erst bewiesen werden, daß die zweite Gruppe von dem Prinzip der *compensatio lucri cum damno* nicht miterfaßt wird.

Sodann fällt auf, daß sämtliche (auf S. 183) für die These Nr. 1 gebildeten Beispiele eigentlich Fälle des Immaterialwert-Betruges darstellen, welche ja — nach der objektiven Theorie — ohnehin unberücksichtigt bleiben.

Endlich läßt sich die erste These, und damit die Berechtigung der ganzen Unterscheidung, auch durch ein Beispiel widerlegen:

Jemand gibt einem Bettler, der sein Äffchen an einer Straßenecke Kunststücke vorführen läßt, statt der für den Affen versprochenen 60 RM drei 10-RM-Scheine, die gerade den Wert des Tieres decken.

Als der Alte, der schlecht sehen kann, den „Betrug“ entdeckt, ist der andere längst über alle Berge.

Dadurch geht ihm die Einnahme dieses und weiterer ca. 29 Tage mit durchschnittlich 1 RM verloren.

Von den Umstehenden wird aber eine Sammlung veranstaltet, welche ihm mehr als 30 RM einbringt.

Die Einnahmen aus der Vorführung stellen sich hier als *lucrum cessans*, die aus der Sammlung als *lucrum emergens* dar. Beide sind infolgedessen gemäß These 2 nicht kompensabel, womit PRÖLL für diesen Fall zu einem Ergebnis gelangt, das mit der (im Zivilrecht) herrschenden Lehre übereinstimmt.

Handelt es sich nun aber um einen Hund, der nicht zur Vorführung, sondern zur Leitung seines blinden Herrn dient, und drückt der angebliche Käufer jenem gefälschte Scheine in die Hand,

so muß PRÖLL entgegengesetzt entscheiden und (entgegen der herrschenden Lehre) die Ausgleichsfähigkeit bejahen; denn der Verlust des Hundes (*dam-*

⁶⁸ Richtig betont vom Verf. des Votums zu RG 16 S. 1 ff. in Ger.Saal Bd.43 S. 369.

num emergens) und die Einnahmen aus der Sammlung (lucrum emergens) sind nach seiner Lehre kompensabel.

Beides, der Inhalt der zweiten Entscheidung wie die verschiedenartige Lösung der beiden Fälle, zeigt, daß die PRÖLLsche These zu sachlich unbefriedigenden Ergebnissen führt.

Es kann sich also nur noch darum handeln, den Fehler jener scheinbar so einleuchtenden Konstruktion aufzudecken. Er ist in der Tat nicht schwer zu finden. In Wahrheit ist ja die Berücksichtigung der mit verschiedenem *Vorzeichen* versehenen Vermögensveränderungen nicht überhaupt unzulässig, sondern sie soll lediglich bei der Bestimmung des dem *Vorzeichen* entsprechenden Vermögensstandes unterbleiben. Es scheiden also die *cessantia* bei der Feststellung des faktischen, die *emergentia* bei der Ermittlung des hypothetischen Status aus. Die endgültige Gegenüberstellung beider Summen aber gestattet nicht nur einen Ausgleich, sondern bezweckt ihn gerade. So ist nach den Grundsätzen PRÖLLS schließlich auch der unter a dargestellte Fall ganz anders, nämlich im Sinne der Kompensation zu entscheiden. Das lehrt ja eine einfache mathematische Erwägung. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn bei einem Vergleich zwischen faktischem und hypothetischem Vermögensstand der letztere größer ist, wenn also die Differenz aus A (*emergentia*) und B (*cessantia*) zu einem negativen Ergebnis führt. Da aber A und B sich ihrerseits wieder aus a (*damnum emerg.*) und a' (*lucrum emerg.*) sowie aus b (*damnum cess.*) und b' (*lucrum cess.*) zusammensetzen, so muß es gleichgültig sein, ob der Abzug von b und b' vor oder nach der Addition der Summanden a und a' vorgenommen wird.

In Wahrheit ist bereits die Verschiebung des Problems in die Lehre vom Kausalzusammenhang strafrechtlich verfehlt. Das ergibt eine einfache Erwägung. Würde man in den von uns gebildeten Beispielen (in denen ja nach richtiger Ansicht die Kompensabilität verneint werden muß) die mildtätigen Spender fragen, wozu sie denn diese Sammlung veranstalten, so würde die Antwort offenbar lauten: um dem alten Mann einen Ersatz für den erlittenen Schaden zu verschaffen; nicht aber: um zu verhindern, daß er einen Schaden erleide. Nun mag es für das Privatrecht problematisch sein, ob in einem solchen Falle die Einkünfte aus der Sammlung den Geschädigten derart schadlos stellen, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen den Urheber des Schadens versagt werden muß. Für die strafrechtliche Betrachtungsweise hingegen ist das überhaupt kein Problem; für sie genügt es festzustellen, daß ein Vermögensschaden entstanden war, um Betrug anzunehmen.

So müssen wir mit aller Entschiedenheit daran festhalten, daß für die Kompensation derjenige Zeitpunkt maßgebend ist, in dem der Ausgleich der beiden Leistungen vor sich geht⁶⁹. In diesem Augenblick hat eine (objektive)

⁶⁹ So mit Recht RGSt Bd. 2 S. 89 und ECKSTEIN: a. a. O. (Ger. Saal Bd. 78) S. 140f. Anders das Privatrecht: vgl. die Erörterung des gleichen Falles bei MOMMSEN: Die Lehre vom Interesse S. 145 mit Quellenangaben.

Bewertung von Leistung und Gegenleistung zu erfolgen, und darnach ist die Frage des Vermögensschadens zu beurteilen. Natürlich soll es dabei auf kleine Differenzen in der Zeitbestimmung nicht ankommen; eine ganz scharfe Grenze läßt sich auch hier nicht ziehen; die Entscheidung liegt — wie so oft — in dem Ermessen des Richters.

Damit ist natürlich nicht gesagt, daß in dem von ECKSTEIN angegebenen Falle (Lieferung von unbrauchbarem Mörtel) der Täter straflos bleiben muß. Soweit in der Lieferung mangelhaften Mörtels ein unmittelbarer Schaden liegt, ist (Erfüllungs-)Betrug anzunehmen; er liegt in dem arglistigen Verschweigen des Mangels, mit dem Ziele, den Gegner von der Erhebung von Mängelansprüchen abzuhalten. Soweit, z. B. durch die nutzlose Verwendung von Baumaterialien, ein indirekter Schaden entsteht⁷⁰, ist der Täter m. E. wegen Sachbeschädigung, begangen durch Täuschung des Sachinhabers⁷¹, zu bestrafen. Die Täuschung liegt zumindest auch darin, daß er den Unternehmer nicht rechtzeitig aufgeklärt hat; denn dazu war er deswegen verpflichtet, weil er selbst die gefährdende Situation schuldhaft herbeigeführt hat. Vom Standpunkt der herrschenden, allerdings vom RG nicht gebilligten Lehre ist dieses Ergebnis schon deshalb vorzuziehen, weil es für die Annahme von § 263 (insoweit) auch an der Identität von Vermögensschaden und Vermögensvorteil fehlt.

4. Aus dieser Auffassung von der Kompensation ergibt sich die Unterscheidung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug⁷², die das Reichsgericht bereits in der Plenarentscheidung im 16. Bande entwickelt hat und die es bis auf den heutigen Tag verteidigt. Es ist dies der Punkt, an dem die Gegnerschaft gegen die objektive Theorie wohl am erbittertesten geworden ist; und selbst Anhänger dieser Lehre (wie der Verfasser des M. St. gezeichneten Aufsatzes Ger. SaalBd. 40 S. 80—120) haben versucht, diese Konsequenz zu vermeiden.

Die Unterscheidung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug beruht darauf, daß das sog. Erfüllungsinteresse erst durch den (vollgültig abgeschlossenen) Vertrag Bestandteil des Gläubigervermögens wird; daraus ergibt sich auch der Gegensatz von Erfüllungs- (positivem) und Vertrauens- (negativem) Interesse in der Lehre vom Schadensersatz. Ausgleichsbedürftig ist deshalb beim Eingehungsbetrug — da eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an der durch das positive Recht gegebenen Lage nichts ändern kann — lediglich das negative Interesse. Dieses Ergebnis läßt sich nicht dadurch vermeiden, daß man — wie BINDING von ganz anderer Grundlage aus⁷³ — künstlich und

⁷⁰ Außerdem oder (z. B. bei unentgeltlicher Lieferung) nur deswegen; Konkurrenzfragen sind hier nicht zu erörtern.

⁷¹ Deren Möglichkeit bejaht mit Recht BINDING: Lehrb. Bes. Teil Bd. I S. 249 oben; KRUG: a. a. O. S. 237; ich komme hierauf später noch ausführlich zurück.

⁷² Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 22 I A; RGK (4. Aufl.) § 263 6g; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 4.

⁷³ Vgl. oben S. 293; ähnlich vom Standpunkt seiner Mitteltheorie aus: ECKSTEIN: a. a. O. Goltd. Arch. Bd. 58 S. 344.

im Widerspruch mit dem positiven Recht einen Anspruch auf „*vereinbarungsgemäßen Vertragsschluß*“ *erfindet*; es läßt sich an ihm auch dadurch nichts ändern, daß man bei der Bewertung der hingegebenen Leistung die Vereinbarungen der Parteien zugrunde legt, daß man auf der „*unbedingten Geltung des konventionellen Werthes der Sache*“ besteht⁷⁴. Der Verfasser der Abhandlung begründet dies durch den Satz: „*Das ist keine Konzession an den subjectiven Willen des Getäuschten, sondern an den übereinstimmenden Willen der Contrahenten, daß diese am besten zu beurteilen wissen, was ihnen die Sache werth ist*“⁷⁵.“ Damit wird aber das Problem in doppelter Richtung verschoben. Es handelt sich hier nicht um einen Beweisnotstand; denn der objektive Wert der Leistung ist in der Mehrzahl der Fälle unschwer festzustellen. Es handelt sich auch nicht darum, den subjektiven Wert zu ermitteln, den die Parteien übereinstimmend der betreffenden Sache beilegen; denn das wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der objektiven Theorie⁷⁶.

Andererseits läßt sich aber die Konstruktion des Erfüllungsbetruges nicht umgehen. Daß Forderungen Gegenstand des Rechtsschutzes sein können, ist unbestritten und unbestreitbar. Daß sie Angriffen gerade auch von seiten der Schuldner ausgesetzt sind, lehrt außer den §§ 288 StGB, 239ff. KO u. a. vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Untreue (Individualforderung), deren praktische Bedeutung von niemandem verkannt werden kann. Es wäre verfehlt, um einer befriedigenderen (weil angeblich einheitlichen) Auffassung des Vermögensbegriffes willen auf diesen Rechtsschutz zu verzichten⁷⁷.

Die Abneigung gegen diese Unterscheidung beruht wohl auch im wesentlichen auf der Erwägung, daß es unbillig ist, denjenigen Vertragspartner, der von Anfang an außerstande ist⁷⁸, seinerseits den Vertrag zu erfüllen, besser zu stellen als den, der es erst später nach vollgültigem Abschluß des Vertrages wird und sich dann durch unerlaubte Manipulationen seinen Verpflichtungen zu entziehen sucht. In Wahrheit besteht aber jenes Bedenken nur für einen Teil der in Frage kommenden Fälle und entfällt bei vernünftiger Entscheidung der zivilrechtlichen Vorfragen vielleicht überhaupt.

⁷⁴ Ger. Saal Bd. 40 S. 111. ⁷⁵ A. a. O. S. 112.

⁷⁶ Ähnlich wie oben S. 493 ließe sich auch hier eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigen mit der Begründung, daß infolge jener Übereinstimmung „*ausnahmsweise*“ der subjektive Wert der Leistung sich ermitteln lasse. Dies aber wieder nur dann, wenn wirklich nur der Beweisnotstand die Ursache für die Annahme der objektiven Theorie wäre (was wohl der Verf. des genannten Aufsatzes implizite annimmt).

⁷⁷ Richtig GRÜNHUT (RG-Festgabe Bd. V S. 120 — unter Berufung auf GOLDSCHMIDT Z. Bd. 48 S. 161): „Nur beim echten Erfüllungsbetrug ist der entgangene Gewinn ein wirklicher Schaden, weil die Rechtsordnung die Erfüllung zukünftiger Verbindlichkeiten gewährleistet und damit kraft ihrer Realität der Inhalt des Vertragsanspruches ohne weiteres zu den Aktiven des Vermögens gezählt werden darf.“

⁷⁸ Denn bloßes Fehlen des Erfüllungswillens begründet in der Regel keinen Vermögensschaden. Darüber unten Kap. 3.

Es schließt nämlich die Existenz eines Eingehungsbetruges nicht, wie man meist zu glauben scheint, das gleichzeitige Vorhandensein eines Erfüllungsbetruges aus; nur kann natürlich in einem solchen Falle nicht zweimal gestraft werden, es stellt sich vielmehr der nachfolgende Erfüllungsbetrag als straflose Nachtat dar. So liegt der Fall m. E. bei allen Gattungsschulden; hier entsteht eine Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten Sache stets auch dann, wenn der Vertragschließende von vornherein eine vereinbarungsgemäße Lieferung nicht beabsichtigt. Selbst bei Gleichwertigkeit der (gegenüber der verabredeten) minderwertigen *Ersatzleistung* mit der Gegenleistung des Getäuschten wäre der Täter deshalb m. E. wegen (Erfüllungs-)Betruges zu bestrafen.

Etwas anders liegt die Sache nun allerdings beim sog. Spezieskauf und den übrigen auf Speziesleistungen gerichteten Verträgen. Hier scheint man im allgemeinen davon auszugehen, daß eine Verpflichtung zur Lieferung des Vertragsgegenstandes besteht, ohne Rücksicht darauf, ob sie den Vorstellungen des Gläubigers entspricht, und ohne Rücksicht darauf, daß die irrigen Vorstellungen des Gläubigers auf täuschenden Angaben des Schuldners beruhen. Danach erscheint für diese Fälle die Annahme eines nachfolgenden Erfüllungsbetruges nicht zulässig.

Auch hier läßt sich jedoch meist auf irgendeine Weise ein Erfüllungsbetrag konstruieren; beim Kauf von Speziesachen etwa derart, daß der Käufer durch den fortdauernden Irrtum (zu dessen Aufklärung der Täter wegen seiner früheren täuschenden Angaben rechtlich verpflichtet wäre) verhindert wird, Mängel- oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen. In anderen Fällen ließe sich vielleicht gar das Zustandekommen eines Vertrages über die vollwertige Leistung verteidigen. So in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle (Bd. 64 S. 181)⁷⁹; dort hatte sich bei verschiedener Preislage für Ausländer und Inländer der Käufer fälschlich als Inländer ausgegeben und so die Berechnung des geringeren Preises *erschlichen*. Der Senat fordert den Nachweis, daß der Verkäufer anderenfalls an diesen oder einen anderen Käufer zum höheren Preise hätte verkaufen können. Aber warum sollte man nicht annehmen, daß bei der dem Käufer bekannten grundsätzlichen Einstellung des Verkäufers nun in jedem Falle der Vertrag als nach den für Ausländer geltenden Bestimmungen zustandekommen anzusehen sei. Alles übrige kommt doch — auch privatrechtlich gedacht — nur auf einen Anreiz zum Versuch solcher Experimente heraus; und über den fehlenden Vertragswillen käme man mit einem dem Prinzip der Mentalreservation ähnlichen Gedanken ebenfalls hinweg⁸⁰.

⁷⁹ Vgl. oben S. 297 (dort handelt es sich aber um ein anderes Problem).

⁸⁰ Vgl. auch GRÜNHUT (RG-Festgabe Bd. V. S. 127): „Aber wie in der ganzen Entwicklung des Zivilrechts ist auch hier die Methode, um des erwünschten rechtspolitischen Zweckes willen auf Willenserklärungen der Beteiligten in ganz bestimmtem Sinne abzustellen, nur der Vorläufer des zweiten Weges: die für notwendig erachtete Lösung aus der objektiven Norm selbst zu entwickeln.“

Auch bei derartigen zivilrechtlichen Konstruktionen bleibt natürlich der Unterschied zwischen den beiden Arten des Betruges als solcher unvermindert bestehen. Nur kommen die gegen diese Unterscheidung erhobenen rechtspolitischen Bedenken z. T. in Fortfall. Im wesentlichen wirkt sich der Gegensatz dann darin aus, daß der Eingehungsbetrag mit Abschluß des Vertrages, der Erfüllungsbetrag aber erst mit der Vornahme der erfüllungshindernden Tätigkeit vollendet ist, sodaß im letzteren Falle gelegentlich nur die Bestrafung wegen Betrugsversuches oder gar nur die Annahme einer straflosen Vorbereitungshandlung in Frage kommt, obwohl das Maß an rechtsfeindlicher Gesinnung in allen Fällen das gleiche ist. Aber das sind rechtspolitische Unebenheiten, mit denen man in einem auf dem Tatprinzip fundierten Strafrecht stets rechnen muß, um deretwillen man nicht die ganze Dogmatik über den Haufen werfen darf; es sind Folgen, welche die Anhänger der objektiven Theorie in Kauf nehmen müssen.

5. Als ein Spezialfall der eben erörterten Lehre vom Eingehungs- und Erfüllungsbetrag stellt sich schließlich das Problem des sog. Billettbetruges dar⁸¹. Er bereitet — bekanntlich — auch beim Nachweise der Täuschungshandlung und Irrtumserregung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Uns interessiert aber hier nur die Frage des Vermögensschadens.

Man hilft sich oft mit dem Gedanken der „Chance“; man sagt, es werde von dem betreffenden Unternehmen zwar nicht in jedem einzelnen Falle die Entscheidung über einen Vermögensaufwand getroffen, doch beruhe die Kalkulation und das durch sie bestimmte Maß an Gesamtaufwand auf der Erwägung, daß alle Benutzer der Einrichtung den einkalkulierten Preis auch wirklich entrichten.

Damit ist aber nur z. T. geholfen. Ein Vermögensschaden läßt sich auch nach dem Prinzip der „Chance“ nur dann begründen, wenn der Nachweis geführt werden kann, daß entweder der *blinde Passagier* sonst (nämlich wenn die Täuschung sich als unmöglich erwiesen hätte) den Preis des Billettes entrichtet hätte, oder daß die Verwaltung z. B. wegen Überfüllung nunmehr andere Interessenten von der Teilnahme hat ausschließen müssen. Wenn aber der Landstreicher sein *Glück* versucht und, falls dieser Versuch mißlingt, zu Fuß weiterwandert, wenn derjenige, der ein Konzert *schindet*, sich sonst den Genuß versagt hätte, so kann von einem Vermögensschaden auch nach dieser Theorie keine Rede sein.

Beim echten Fahrkartenbetrug hat man sich — unter Berufung auf eine Bestimmung der Eisenbahnverkehrsordnung, welche den *blinden Passagier* zur Nachzahlung des Fahrpreises verpflichtet⁸² — in einer Weise geholfen, die völlig den grundsätzlichen Anregungen entspricht, die wir oben gegeben haben. An dem Willen des blinden Passagiers, diese Verpflichtung zu übernehmen, fehlt es offensichtlich auch hier. Gleichwohl wird Erfüllungsbetrag

⁸¹ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 2 a γ ; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 3; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 5.

⁸² § 16 — FRANK § 263 V 5; HEGLER Vergl. Darst. B. T. VII S. 439.

angenommen. So weist das Spezialrecht der Eisenbahn in diesem Einzelfalle den Weg für die generelle Lösung.

6. Auf der Grundlage der Kompensation entsteht weiter die Frage, ob die Möglichkeit eines Weiterverkaufes der vertragswidrig empfangenen Leistung bei der Bemessung des Schadens zu berücksichtigen ist. Wir haben unsere grundsätzliche Stellungnahme bereits in den vorhergehenden Ausführungen angedeutet. Sie lautet im Prinzip bejahend. Das folgt bereits daraus, daß die Möglichkeit des Wiederverkaufes die (objektive) Bewertung der empfangenen Leistung beeinflußt⁸³. Natürlich gilt das nur dort, wo die Voraussetzungen der Widerverkäuflichkeit gegeben sind; sie sind stets sorgfältig zu prüfen. Notwendig ist:

- a) die rechtliche Zulässigkeit,
- b) die faktische Möglichkeit,

c) die Zumutbarkeit, welche nach den individuellen Verhältnissen des Getäuschten zu bestimmen ist.

Im übrigen sollte man die Bedeutung dieses Gesichtspunktes nicht überschätzen. In der Regel wird es doch an der faktischen Möglichkeit (b) fehlen. Wozu hätte sonst der *Betrüger* die ganze Manipulation vorgenommen, wenn es auch ohne strafbare Täuschung geht⁸⁴?

7. Das letzte in diesen Zusammenhang gehörige Problem ist die Frage, inwieweit immaterielle Werte bei der Kompensation zu berücksichtigen sind, und ein Spezialfall desselben ist das Problem des sog. Bettelbetruges⁸⁵.

Auch hier ist von dem vorhandenen Vermögensbestande, und damit von der Leistung des Getäuschten auszugehen⁸⁶. Die Gründe für diese Stellungnahme wurden bereits oben im Zusammenhange mit den Erörterungen über die subjektive Theorie entwickelt (S. 293ff.). Auch im übrigen ergibt sich unsere Stellungnahme zu diesen Fragen bereits aus früheren Darlegungen. Zusammenfassend ist folgendes zu sagen:

Affektionsinteressen, welche sich an die Leistung des Getäuschten knüpfen, sind — vom Standpunkt der objektiven Theorie aus — bei der Ermittlung des Vermögensschadens nicht zu berücksichtigen. Das gilt für die strafrechtliche Betrachtung⁸⁷ auch von den unveräußerlichen Werten zu rein konsumptiven Zwecken, selbst wenn sie durch Aufwendung von wirtschaftlichen Vermögenswerten erworben wurden. Die darin liegende Härte beruht auf einer Lücke des Gesetzes, und dieses

⁸³ Richtig KYLL: a. a. O. S. 18; RGSt Bd. 16 S. 8; RGSt Bd. 23 S. 437.

⁸⁴ Hierauf ist — wenigstens für den Verkauf vom Immobilien — zutreffend hingewiesen worden von M.St. in Ger. Saal Bd. 40 S. 113.

⁸⁵ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 17, 26, 38a; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 8; FRANK (18. Aufl.) § 263 VI 1a.

⁸⁶ Es ist dies eine Frage, welche von der grundsätzlichen Stellungnahme zum Problem objektive oder subjektive Theorie ganz unabhängig ist. Wie BINDING für die subjektive (vgl. oben S. 293) so vertritt MERKEL für die objektive Theorie den gegenteiligen Standpunkt.

⁸⁷ Vgl. oben S. 303.

Lückenproblem ist die Konsequenz des Standpunktes der herrschenden Lehre.

Umgekehrt sind bei der Kompensation Affektionsinteressen⁸⁸ sowie unverkäufliche Werte zu rein konsumptivem Genuß, wie Konzert- und Theaterbillette, welche nicht übertragen werden können⁸⁹, ebenfalls von der Berücksichtigung ausgeschlossen. Auf dieser Grundlage erfolgt die Lösung des sog. „*Philharmoniefalles*“⁹⁰ und ähnlicher Fälle⁹¹. Bei ihnen ist demnach in der Regel Betrug anzunehmen, und zwar ohne Rücksicht auf die Gründe, aus denen dem Empfänger die Leistung nicht genehm ist, und ohne Rücksicht auf das Maß ihrer Abwechung von seinen Wünschen. Darin liegt keine Unbilligkeit gegen den Verkäufer; man soll niemandem Leistungen aufdrängen, die er nicht begehrt.

Man wende nicht ein (wie BINDING⁹² das tut), es sei diese Lösung schon deshalb unannehmbar, weil man nicht sagen könne, daß jeder, der ein Konzertbillet kauft, sein Vermögen „*beschädige*“. Das behauptet auch niemand; wohl aber wird man sagen müssen, daß durch den Ankauf etwas aus dem (wirtschaftlichen) Vermögen *aufgewendet*, daß das Vermögen *gemindert* wird⁹³. Zum *Vermögensschaden* aber wird diese *Minderung* dann, wenn sie auf einer rechtswidrigen Manipulation des Gegners beruht. „*Schaden*“ ist eben ein normativer Begriff, der seinen normativen Gehalt nicht von der Tatsache der Vermögensminderung, sondern von der Rechtswidrigkeit dieses Vorganges ableitet⁹⁴.

In gleicher Weise ergibt sich die Lösung des Problems des Bettelbetruges. Wer Vermögenswerte (im Sinne der objektiven Theorie) hingibt gegen immaterielle Werte, nämlich das Gefühl der moralischen Befriedigung, einem Bedürftigen geholfen zu haben, der *mindert* freiwillig sein *Vermögen*; aber *geschädigt* ist er erst dann, wenn es sich herausstellt, daß der Bettler ein Schwindler war und die Gabe nur auf Grund einer Täuschung⁹⁵, also rechts-

⁸⁸ Insoweit übereinstimmend: RGSt Bd. 16 S. 10; anders: ECKSTEIN: a. a. O. Goldt. Arch. Bd. 58 S. 348.

⁸⁹ Vgl. oben S. 301ff.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT: Rechtsfälle aus dem Strafrecht (3. Aufl.) Nr. 182.

⁹¹ Ein Kinobesitzer zeigt an, bei einer bestimmten Vorstellung werde der Held des Stückes oder eine andere bekannte Persönlichkeit anwesend sein. Anders wohl: RG Sächs. Archiv Bd. 15 S. 154.

⁹² Lehrbuch Bes. Teil I S. 356ca.

⁹³ Dies gegen ÖTKER: JW 1924 S. 1605 Anm. zu N. 8.

⁹⁴ Ähnlich nennt BRUNO ECKER (Der strafrechtliche Schutz des Vermögens . . . [Diss. Rostock 1915] S. 27) „Vermögensschaden“ einen „Wertbegriff“ und unterscheidet zwischen „Vermögensminderung als Gattungsbegriff“ und „Vermögensschädigung als Spezies, modifiziert durch das objektive Unwerturteil über die vorhergehende Handlung (Täuschung, Verschwendung)“. Vgl. auch MITTERMAIER: JW 1924 S. 1877 Anm. zu N. 5 a b.

Richtig: RG JW 1916 S. 146 N. 2. Ebenso schon ENGELHARD: ZStrW Bd. 33 S. 135.

⁹⁵ Hieran fehlt es verhältnismäßig häufig, nämlich immer dann, wenn gegeben wird, um den Bettler loszuwerden, und in ähnlichen Fällen. So mit Recht: BINDING: a. a. O. S. 351 N. 4 a.

widrig erlangt hat. Dann aber ist der entstandene Schaden durchaus als (wirtschaftlicher) Vermögensschaden anzusprechen und der Täter wegen Betruges zu bestrafen⁹⁶.

Drittes Kapitel.

Die Bestimmung des Angriffsobjektes.

I. Der Vermögensbegriff als Zusammenfassung von Interessen oder von Angriffsobjekten.

Die Probleme, die uns in diesem Kapitel beschäftigen sollen, sind in den vorhergehenden Erörterungen schon wiederholt angedeutet worden. Es handelt sich im wesentlichen darum zu untersuchen, ob und in welchem Umfange die Vermögensdelikte auch solche Interessen schützen, die sich nicht in zivilrechtlich qualifizierten Angriffsobjekten, d. h. in sog. subjektiven Rechten verkörpern. Es kommen dabei vor allem mehr wirtschaftliche Gebilde wie Kundschaft, Hoffnungen und Expektanzen, ferner Besitz und Forderungen aus unsittlichen, verbotenen oder unklagbaren Rechtsgeschäften in Betracht.

Bereits die Fragestellung führt uns mitten in die Problematik. Wenn die Schwierigkeit hier nur darin besteht, daß die einengende Bestimmung des Angriffsobjektes die erforderliche Ausdehnung des Strafrechtsschutzes verhindert, so scheint es dagegen ein ziemlich rigoroses, aber desto wirkungsvolleres Mittel zu geben: man verzichtet eben bei den Vermögensdelikten (i. e. S.) überhaupt auf das Erfordernis eines Angriffsobjektes, und alle Schwierigkeiten sind behoben.

Dieser Versuch ist in der Tat unternommen worden, und zwar von PRÖLL in der bereits früher erwähnten Abhandlung¹ „*Gewinnvereitelung, Vermögensgefährdung und Vollstreckungsvereitelung*“. PRÖLL verlangt deshalb nicht, daß dasjenige Interesse, gegen welches sich der rechtswidrige Eingriff richtet, zur Zeit der Verletzung in einem subjektiven Recht verkörpert sei; er begnügt sich vielmehr mit der hypothetischen Feststellung, daß es sich im Zeitpunkt der Beurteilung zu einem subjektiven Recht entwickelt haben würde, wenn jener rechtswidrige Eingriff unterblieben wäre. In der Tat, die Lösung erscheint verblüffend einfach. Man stellt lediglich fest, daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Eingriffe und dem Fehlen des subjektiven Rechts im gegenwärtigen, faktischen Vermögensstatus besteht (was bedeutet, daß es in dem hypothetischen status nicht fehlt), und der Nachweis eines Vermögensschadens ist erbracht.

Dennoch hat diese Lehre, wie jede Verschiebung des Problems in die

⁹⁶ Ähnlich ROTERING: Ger.Saal Bd. 67 S. 224.

¹ Goltz. Arch. Bd. 66 S. 124—197, S. 339—389 (vgl. oben S. 305). An dieser Stelle interessiert nur die Gewinnvereitelung; Vermögensgefährdung und Vollstreckungsvereitelung gehören in die Lehre von der Angriffshandlung (Kap. 4):

Kausalität, ihre erheblichen Bedenken. Im vorigen Kapitel wurde gezeigt, daß sie bei der Lösung des Ausgleichsproblems zu unbefriedigenden Ergebnissen führt²; und die Erklärung dafür wurde schließlich darin gefunden, daß jene kausale Betrachtungsweise privatrechtlichen Gedankengängen entspringt, strafrechtlich aber bereits methodisch verfehlt ist. Gleiche Bedenken müssen an dieser Stelle geltend gemacht werden. Das Strafrecht dient dem Schutze von Rechtsgütern. Damit ist nicht gesagt, daß diese Rechtsgüter subjektive Rechte im Sinne des Privatrechts sein müssen; aber wenn man dies verlangt, dann ist das Erfordernis nicht damit erfüllt, daß sie es später werden; verlangt man es hingegen nicht, dann muß es wiederum gleichgültig sein, ob sie es später werden.

Für uns ist die Lehre PRÖLLS auch noch aus einem weiteren Grunde unannehmbar. Wir haben erkannt, daß das System unseres geltenden Strafgesetzbuches in seiner Grundlage auf einer Unterscheidung von Angriffsobjekten beruht. Würde nun aber nach dem Vorschlage PRÖLLS bei den Vermögensdelikten i. e. S. (PRÖLL erörtert allerdings nur den Betrug) auf das Erfordernis eines Angriffsobjektes überhaupt verzichtet, so würde diese Deliktskategorie außerhalb des Systems stehen, systematisch widersinnig sein. Eine solche Begriffsbildung ist aber dem Gesetzgeber nicht zuzutrauen; weniger deshalb, weil er sich bei der Schaffung der einzelnen Tatbestände ihrer systematischen Stellung genau bewußt gewesen wäre, als vielmehr deshalb, weil sie jedem natürlichen Systemgefühl ins Gesicht schlägt.

Die Theorie PRÖLLS führt endlich zu einem Vermögensbegriff, der für das Strafrecht zu weit gespannt ist³. Das läßt sich leicht dartun, wenn man auf die systematische Bedeutung des Angriffsobjektes zurückgeht. Aus der Verletzung eines jeden Angriffsobjektes kann ein Vermögensschaden entstehen. Das ist bezüglich der Körperverletzungen für Kur- und Arztkosten nie bezweifelt worden und ergibt sich für die Tötungen aus der Existenz der §§ 844ff. BGB, für die Ehrverletzungen aus § 824 BGB.

Wäre PRÖLLS Lehre richtig, so müßte in allen diesen Fällen (auch) wegen eines Vermögensdeliktes gestraft werden. Allerdings wird das Ergebnis dadurch verschleiert, daß PRÖLL seine These lediglich mit bezug auf den Tatbestand des Betruges aufgestellt hat und hier die Fälle von Ehr- und Körperverletzungen verhältnismäßig selten sind. Immerhin sind sie denkbar.

² Oben S. 307ff.

³ Derselbe Gedanke bei VON TUHR: Allg. Teil I S. 320: „Vermögensschaden liegt nicht nur bei Verletzung von Vermögensrechten vor, sondern auch bei Verletzung von vermögenswerten Rechtsgütern und sonstigen nachteiligen Einflüssen auf den Stand und die Entwicklung des Vermögens, insbesondere auch durch Vereitelung eines in Aussicht stehenden Gewinns (§ 252). Daher kann man daraus, daß das Gesetz eine Ersatzpflicht für Vermögensschaden anordnet, nicht schließen, daß das verletzte Objekt ein Vermögensrecht ist.“

HELLMUTH MAYER (Untreue) S. 148 Anm. 25 hält die Aufstellung eines doppelten Vermögensbegriffes für unzulässig; aber birgt nicht gerade diese Gegensätzlichkeit einen besonderen Erkenntnisgehalt in sich?

Folgender durchaus mögliche, wenn auch nicht sehr wahrscheinliche Fall mag das beweisen:

Ein Arzt ist im Besitz eines Mittels gegen Vergiftungen durch den Genuß bestimmter gesundheitsschädlicher Stoffe. Er befürchtet, daß dieses Mittel, welches außerordentlich wertvoll ist, verderben wird. Dieser Umstand veranlaßt ihn, auf die Frage, ob eine bestimmte Pflanze giftig sei, wider besseres Wissen verneinend zu antworten. Der Erfolg, den er erhofft hat, tritt ein. Der Frager erkrankt infolge des Genusses jener Pflanze, der Arzt wird geholt und hat nun Gelegenheit, sein Mittel abzusetzen. Der drohende Vermögensschaden ist vermieden, der Patient aber in seinem Vermögen geschädigt.

M. E. ist der Arzt wegen Vergiftung oder sonst wegen Körperverletzung zu strafen, die ebenfalls in der Form der täuschenden Veranlassung zur Selbstverletzung⁴ begangen werden kann; keinesfalls wegen Betrug.

Ähnlich ließe sich vielleicht eine Ehrverletzung denken, wenn jemand über die kreditschädigende Wirkung eines Geständnisses getäuscht und dadurch veranlaßt wird, sich zu einer Tat zu bekennen, die er nicht begangen hat⁵. Doch mag hier die Form der irrtümlichen Selbstverletzung noch seltener vorkommen.

Andererseits läßt sich ja nicht leugnen, daß in allen diesen Fällen privatrechtlich ein Vermögensschaden entstanden und der Täter zum Ersatz desselben verpflichtet ist. Das zeigt zweierlei: 1. daß der Vermögensbegriff PRÖLLS für das Strafrecht zu weit ist, und 2. daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Vermögensbegriff des Strafrechts und dem des Zivilrechts besteht.

Das Privatrecht schützt alle vermögenswerten (d. h. allerdings dort: wirtschaftlichen) Interessen ohne Rücksicht auf den Gegenstand, in dem sie sich verkörpern, also ohne Rücksicht auf die Art des Angriffsobjekts. Der Vermögensbegriff des Zivilrechts umfaßt die Summe der Vermögensinteressen⁶.

Das Strafrecht schützt in seinen Vermögensdelikten (i. w. S.) nur diejenigen Interessen (aber nach der subjektiven Theorie auch alle), welche sich

⁴ Darüber ausführlich unten Kap. 4; vgl. auch schon oben S. 309 für den Tatbestand der Sachbeschädigung.

⁵ Denkt man sich diesen Fall so gestaltet, daß für das Geständnis ein Betrag gezahlt wird, der die wirtschaftlichen Nachteile — aber auch nur diese — gerade deckt, so daß der Täter um das erwartete „Schmerzensgeld“ geprellt ist, so haben wir wieder ein Beispiel für einen Immaterialwert-Betrug.

⁶ Vgl. BRAUWEILER: a. a. O. S. 150 und (richtig!) S. 154. Hier ist natürlich nur von dem Vermögens-(Schadens-)begriff des Privatdeliktsrechts die Rede.

Im übrigen kennt das Privatrecht wohl noch einen engeren, den Vermögensgütern des Strafrechts analogen (wenn auch im Ergebnis auf die wirtschaftlichen Interessen beschränkten) Begriff, z. B. in § 419 BGB, in dem Zwangsvollstreckungsrecht u. a. m.

Das Verhältnis beider Begriffe ist hier nicht zu erörtern (Näheres bei BRAUWEILER: a. a. O. S. 21, 181—183 u. S. 188 Anm. 3). Doch sei bemerkt, daß wahrscheinlich das Wesen der Vermögensinteressen in ihrer Fähigkeit besteht, in der Zukunft Vermögensgüter zu produzieren.

an bestimmte, sog. Vermögensgüter⁷ knüpfen. Der Vermögensbegriff des Strafrechts begreift in sich die Summe solcher Angriffsobjekte. Vermögen als Summe von Interessen und Vermögen als Summe von Angriffsobjekten, auf dieser Unterscheidung, welche sich aus den Systemen der beiden Gesetze zwangsläufig ergibt, beruht deshalb insoweit der Gegensatz von Zivil- und Strafrecht⁸.

Die weitere Frage, die sich für die strafrechtliche Untersuchung an dieser Stelle sofort ergibt, geht dahin, ob das „Vermögen“ selbst als Angriffsobjekt aufgefaßt werden kann. Diese Frage ist mit Entschiedenheit zu verneinen, wie sie entsprechend auch für das Privatrecht verneint werden muß⁹. Der Ausdruck Vermögen bedeutet im Zivilrecht die sprachliche Zusammenfassung aller in Frage kommenden (wirtschaftlichen) Interessen, er bedeutet im Strafrecht die sprachliche Zusammenfassung aller als Angriffsobjekte in Betracht kommenden materiellen Güter.

Damit aber ist erkannt, was das Wesen der sog. Vermögensdelikte i. e. S. ausmacht; ihre Eigenart besteht darin, daß der Gesetzgeber auf die genaue Spezifizierung des Angriffsobjekts verzichtet¹⁰ und damit der Entwicklung der wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse sowie der individuellen Lage des einzelnen Falles einen weitergehenden Spielraum gelassen hat. Die Aufgabe, die sonst der Gesetzgeber erfüllt, bleibt damit hier der interpretativ-cognitiven Tätigkeit des Richters vorbehalten. In die sonst so starre Ausgestaltung der Tatbestände kommt damit ein variables Element hinein, das der Rechtsprechung gestattet, sich ohne Verletzung der Konstruktion den fluktuierenden Verhältnissen anzupassen. So werden diese

⁷ Ob man sich eine solche Verhaftung der Einzelgüter juristisch-konstruktiv auf dem Umweg über eine Bindung des Vermögens als Einheit vorzustellen hat, ist für unsere Betrachtung von sekundärer Bedeutung. Hier kommt es nur darauf an, daß es letztlich einzelne Vermögensbestandteile sind deren Schutz die „Vermögensdelikte“ bezwecken, und zwar ohne Rücksicht auf Qualität und Quantität der an sie sich knüpfenden Interessen.

⁸ Der Gegensatz klingt an in den Ausführungen von ROTERING: Arch. für Krim. Anthrop. Bd. XXXI S. 116. Unrichtig jedoch die Behauptung, die in § 842 BGB geregelte Schadensersatzpflicht habe keinen Vermögensschaden (i. S. des Zivilrechts) zur Voraussetzung (a. a. O. S. 121 Anm. 3).

⁹ So entschieden BINDING: Bes. Teil S. 341 I 1, S. 238 Anm. 2. Vgl. ähnlich von TUHR: Allg. Teil Bd. I S. 328: „Das Vermögen ist die Summe der einem Subjekt zustehenden Rechte, aber selbst kein Objekt von Rechten.“ (Ebenso BINDER: Rechtsstellung des Erben Bd. III S. 10 — A. A. GIERKE: Deutsches Privatrecht II § 104 S. 63.) Das gilt demnach auch für die Untreue in ihrer neuen Gestalt. Anders hier gerade MAYER: ZBHR 1933 S. 147: „Während bisher eine Verfügung über ein einzelnes Vermögensaktivum, d. h. über ein subjektives Recht oder über den Besitz erforderlich war, hat nunmehr die Untreue als unmittelbares Handlungsobjekt das Vermögen als Ganzes, d. h. als amorphe Wertmasse. Es genügt also die Vereitelung bloßer Gewinnchancen, die Schädigung des Kredits, u. dgl.“ Wie MAYER auch SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 50, anders PESCHKE: DJZ 1933 Sp. 1098.

Das „Vermögen“ ist natürlich erst recht nicht das Schutzobjekt dieser Tatbestände. Dies gegen S. JACOBOWITZ: a. a. O. S. 12.

¹⁰ Zutreffendes bei BRAUWEILER: a. a. O. S. 154.

Tatbestände die Träger des Fortschrittes in der Entwicklung des Strafrechts¹¹.

Noch ein weiterer Punkt findet in dieser Erwägung seine Erklärung, die Tatsache nämlich, daß die Gerichte in rechtspolitisch unzweifelhaften, aber konstruktiv bedenklichen Fällen verhältnismäßig leicht zur Annahme eines der Vermögensdelikte i. e. S., meist des Betruges, gelangen, oder wenigstens daß bei ihnen am seltensten ein Freispruch aus konstruktiven Gründen erfolgt. In dem Verzicht auf die Konkretisierung des Angriffsobjekts hat der Tatbestand des Betruges zusammen mit den anderen Vermögensdelikten i. e. S. die Aushilfsfunktion des römischen Stellionats teilweise bewahrt¹².

II. Natürliche oder juristisch-technische Bestimmung des Angriffsobjekts.

Die Erkenntnis, daß der Begriff des Vermögens nichts weiter als die sprachliche Zusammenfassung für eine Vielzahl möglicher Angriffsobjekte ist, stellt uns vor neue Probleme. Die Wissenschaft darf sich nämlich nicht mit der Feststellung dieser Eigenart begnügen und, wie der Gesetzgeber, alle weitere Tätigkeit der Rechtsprechung überlassen. Ihre Aufgabe ist es vielmehr, dem Richter bei der oft äußerst schwierigen Aufgabe der Auslegung vorzuarbeiten, ihm das konstruktive Material gebrauchsfertig in die Hand zu geben.

Der Versuch, den Vermögensbegriff nach der Seite des Angriffsobjekts hin in seine Bestandteile aufzulösen, führt aber vorerst zu einer neuen grundsätzlichen Fragestellung. Als Angriffsobjekte bieten sich nämlich die Güter des Lebens entweder in ihrer natürlichen¹³, in ihrer „*wirtschaftlichen*“ Gestalt dar oder in der Form, die sie durch das Recht erlangt haben¹⁴.

¹¹ Vgl. GRÜNHUT: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, RG-Festgabe Bd. V S. 117: „Diese Gegenstände der Rechtsanwendung bleiben nicht ohne Einfluß auf die Begriffe, denen sie subsumiert werden. Das ist nicht das resignierte Bekenntnis einer Unvollkommenheit menschlicher Urteilsfähigkeit, sondern das Ergebnis einer vertieften Einsicht in die Funktionen der Strafrechtspflege. Sie ist Rechtsgüterschutz durch Anwendung abstrakter Normen, — aber sie erreicht dieses Ziel nicht durch eine ins Extrem gesteigerte, sondern durch eine um ein gewisses Maß von Rücksicht auf die zu schützenden Lebensgüter geminderte Abstraktion“ (vgl. auch S. 121). S. 118 behauptet allerdings G., daß noch weitere, nicht nur konstruktive Unterschiede bestehen; doch vermag ich insoweit auch seinen Entscheidungen nicht zu folgen.

¹² Für die Untreue wird dies anerkannt von HELMUTH MAYER: Untreue S. 116; J. PFEIFFER: Die Untreue im zukünftigen Reichsstrafgesetzbuch (Strafrechtl. Abhandl. Heft 302 — 1932) S. I, gleichzeitig unter Hinweis auf den diese Verwendung nahelegenden weiten Umfang des Treuegedankens. Es muß in erhöhtem Maße von der Neufassung des § 266 StGB gelten, insbesondere mit Rücksicht auf die Formulierung des zweiten Teiles der neuen Bestimmung. So zutreffend H. MAYER: ZBHR 1933 S. 146: „Der Sinn der wesentlich subsidiären Bestimmung ist also, daß sie eintreten soll, wenn die Spezialbestimmungen versagen“; vgl. auch SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 19, 37.

¹³ Nicht gleichbedeutend mit naturwissenschaftlichen.

¹⁴ Der Gegensatz läßt sich auch noch anders formulieren: Man kann sagen, daß

Die Entscheidung dieser Frage ist nicht, wie es scheinen könnte und auch bisweilen behauptet wurde¹⁵, durch jene andere von dem Verhältnis zwischen Privat- und Strafrecht präjudiziert. Selbst wenn man sich, wie wir¹⁶, grundsätzlich zu der Lehre von der Akzessorietät des Strafrechts bekennt, ist damit für die Lösung unseres Problems noch wenig gewonnen. Zur Bejahung der Frage gelangt man nämlich erst dadurch, daß man aus der „materiellen Akzessorietät“ eine „begriffliche“ macht, und das folgt aus dem grundsätzlichen Bekenntnis zur materiellen Akzessorietät nicht ohne weiteres.

Nun ist die Verwendung natürlicher, realer Angriffsobjekte in der Tat das *Natürlichere*, und diese Methode wird deshalb von allen primitiven Rechtsordnungen bevorzugt. Die Bedenken gegen sie liegen darin, daß sie bei komplizierten Verhältnissen, wie sie die wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung mit sich bringt, versagt. Man denke insbesondere an die rein obligatorischen Forderungen, die, wie wir noch sehen werden, besonders zahlreichen Angriffen ausgesetzt sind. Das war solange unbedenklich, als Zivil- und Strafrecht noch nicht so scharf getrennt waren und deshalb auch die einfache Nichterfüllung obligatorischer Forderungen *bestraft* wurde. Die Trennung beider Disziplinen in der neueren Gesetzgebung zwingt den Gesetzgeber zur Schaffung besonderer Strafschutznormen für diese Verhältnisse und damit zum Übergang von der Methode der realen zur Methode der juristisch vorgeformten Angriffsobjekte ¹⁷.

die Zugrundelegung des juristischen Begriffes gleichbedeutend ist mit einer Unterteilung nach Interessen, doch nicht — wie im römischen Recht — nach der Qualität der Interessen, sondern nach der Persönlichkeit der Rechtsträger. Aber dabei handelt es sich lediglich um eine Unterteilung innerhalb der Kategorie der Vermögensdelikte i. w. S., womit die Sachgüter-Systematik für den Gesamtaufbau vorausgesetzt ist.

Im Votum zur Plenarentscheidung (Ger. Saal Bd. 43 S. 372) heißt es: „Denn der Begriff ‚Vermögenswerth‘ setzt sich aus zwei Faktoren zusammen, einem wirtschaftlichen, durch den das Recht einen Werth hat, und einem juristischen, durch den es zum Vermögen gerade dieser Person A gehört, also für A, nicht für B oder C einen Werth hat.“

Aber damit wird die wahre Bedeutung des Gegensatzes verkannt; und außerdem steht jener Satz in Widerspruch mit der Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse bei der Bewertung, die der Verf. S. 367 selbst fordert.

¹⁵ Vgl. HELLMUTH MAYER: Untreue S. 145, 149.

¹⁶ Ich muß mich an dieser Stelle mit einem Bekenntnis begnügen. Zur Begründung dieser grundsätzlichen Stellungnahme ist hier kein Raum. A. A. ist HELLMUTH MAYER: Untreue S. 117—120.

¹⁷ Zeitlich vollzieht sich diese Entwicklung im 18. Jahrh. (vgl. z. B. SODEN: Geist der peinlichen . . . Gesetzgebung Teutschlands [2. Aufl. 1793] I S. 346 § 308 Abs. 2). Im Prinzip stimmt für das geltende Recht mit den obigen Ausführungen der Standpunkt des Votums zur Plenarentscheidung Bd. 16 S. 1 ff. (Ger. Saal Bd. 43 S. 393) überein; nur ist dort der Gegensatz des Vermögensbegriffes im Straf- und Zivilrecht nicht scharf genug herausgearbeitet. A. A. aber GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 119, 121; ERICH: Goldtd. Arch. Bd. 72 S. 321; ECKSTEIN: Goldtd. Arch. Bd. 58 S. 66 u. 338; LEOPOLD: Der Tatbestand der Untreue (Strafrechtl. Abhandl. H. 94) S. 33; KRONECKER: Goldtd. Arch. Bd. 34 S. 402—409.

Als Folge der Lehre von der „begrifflichen Akzessorietät“ ergibt sich zweierlei:

Das ist auch der Standpunkt unseres geltenden Strafgesetzbuches. § 242 schützt nicht mehr den rechtlich gewährleisteten Sachbestand gegen Entziehung, sondern das Eigentum (an beweglichen Sachen). Dadurch entsteht die Notwendigkeit, in § 289 StGB die Verletzung von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten durch Sachentziehung selbständig unter Strafe

1. Es folgt daraus die Ablehnung aller Versuche, für das Strafrecht eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ einzuführen, soweit damit ein Gegensatz zu juristischen Auffassungen bezeichnet wird. Darin stimmen wir mit der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt Bd. 61 S. 65 und S. 341, Bd. 64 S. 43 und zuletzt JW 1932 S. 1746 Nr. 28 — gegen RGSt Bd. 61 S. 174 und JW 1929 S. 2731 Nr. 31 —), aber auch mit HELLMUTH MAYER (Die Untreue S. 166, 265, 276 ff., Anm. JW 1929 S. 2731—2734 N. 31, Anm. JW 1932 S. 1746 Nr. 28) überein. Wie hier: PFEIFFER: a. a. O. S. 48 und die dort Anm. 74 Zitierten [für den Tatbestand der Untreue].

2. Es folgt daraus ferner die Ablehnung aller — mit dem Zivilrecht in Widerspruch stehenden — rein strafrechtlichen Konstruktionen, insbesondere etwa eines besonderen sog. „strafrechtlichen Eigentums“. Die Annahme eines solchen glaubt HELLMUTH MAYER als die Ansicht des RG aus den Gründen der Entscheidung JW 1932 S. 1746 Nr. 28 herauslesen zu können (Anm. hierzu). Mit Recht sind ihm insoweit DIETRICH (JW 1932 S. 2723 Nr. 18B) und GRÜNHUT (JW 1932 S. 2723 Nr. 18C) entgegengetreten. GRÜNHUT erklärt „... für das RG bedeutet der Wechsel des Standpunkts zugleich einen Wandel hinsichtlich des tatbestandsmäßigen Handlungsobjekts (= Angriffsobjekt in unserem Sinne). Ursprünglich waren Geld und Gut die Vermögensstücke, über die der Täter verfügte; wären sie nicht Eigentum, so sollten sie wenigstens in seinen wirtschaftlichen Machtbereich fallen. Jetzt aber bildet der Anspruch des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten selbst die Forderung, über welche der Täter durch seine Erfüllungsverweigerung verfügt.“

Dieser Anspruch, der vom RG sog. Individualanspruch, darf aber seinerseits wieder nur in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Privatrechts bestimmt werden; soweit deshalb das RG in jener Konstruktion die Grenzen des § 667 BGB (dazu RGZ Bd. 99 S. 31) überschreitet, kann ihm nicht beigegeben werden.

Der abweichende Standpunkt HELLMUTH MAYERs, der die Lehre vom „Individualanspruch“ ablehnt, beruht m. E. darauf, daß er nicht das Vermögen resp. das Vermögensstück, also wie das RG u. U. den Individualanspruch, zum Angriffsobjekt macht, sondern an seine Stelle als Angriffsobjekt die Forderung aus dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis setzt. Strafbar ist allerdings nicht jede Nichterfüllung dieser Forderung, sondern lediglich eine solche, welche sich als „ungetreue Verfügung über Vermögensstücke“ darstellt. Indem also dieses Moment nicht wie sonst zur Bestimmung des Angriffsobjektes verwandt wird, sondern lediglich als Modifikation der Untreuehandlung, d. h. der Verfügung, erscheint, gelangt MAYER zu einem Standpunkt, wonach zwar nicht jedes vertragswidrige Verhalten des Bevollmächtigten als Untreue gestraft wird, dennoch aber die Grenzen der Strafbarkeit über den Umfang (auch) der (neueren) Judikatur erweitert werden.

Auch in der Neufassung des § 266 (Novelle vom 26. Mai 1933, RGBl I S. 295) findet MAYER die Anerkennung eines „spezifisch strafrechtlichen Begriffes der Treupflicht“ (ZBHR 1933 S. 148). Sie soll der Einschränkung der sonst unbegrenzten Strafbarkeit dienen. Da die Treupflicht für uns nicht den systematischen Anknüpfungspunkt dieses Deliktstatbestandes bildet, bestehen gegen diese Auffassung insoweit keine Bedenken. Vgl. im übrigen unten S. 352 und zur Novelle unten S. 353.

Aus der zitierten Anmerkung von GRÜNHUT sei noch erwähnt, was er über den inneren Zusammenhang zwischen der (von uns abgelehnten) wirtschaftlichen Auffassung und der Entwicklung der (von uns z. T. gebilligten) neueren Judikatur aus-

zu stellen. Allerdings ist der Gesetzgeber bei dieser Abgrenzung nicht konsequent verfahren. § 289 straft die Verletzung dinglich gesicherter Forderungsrechte nur, wenn sie durch den Eigentümer oder durch einen anderen „*zugunsten des Eigentümers*“ der Sache erfolgt. So bleibt nichts anderes übrig, als auch die Forderungsverletzung durch Sachentziehung als Diebstahl aufzufassen, sobald sie durch einen Nichteigentümer, einen Fremden, in dessen eigenen Interesse erfolgt¹⁸. Allerdings fällt das gewöhnlich nicht auf, weil ja eine solche Sachentziehung meistens gleichzeitig das Eigentum verletzt. Die Bedeutung der Frage zeigt sich aber bei der Lehre von der Einwilligung. Läge nur eine Eigentumsverletzung vor, so würde die Einwilligung des Eigentümers in die Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsam des Pfandgläubigers die Strafbarkeit wegen Diebstahls ausschließen. Die herrschende Lehre¹⁹ entscheidet nun aber, m. E. mit Recht, im gegenteiligen Sinne und gibt damit zu erkennen, daß sie in jener Wegnahme gleichzeitig eine Verletzung des Pfandrechts erblickt²⁰.

Nicht immer aber lassen sich derartige Inkonsequenzen durch angemessene Auslegung korrigieren. So ist nach geltendem Rechte die Beschädigung der Pfandsache durch den Eigentümer straflos²¹, weil der Gesetzgeber auch die Sachbeschädigung als Eigentumsverletzung konstruiert (Erfordernis der Fremdheit²²), es aber unterlassen hat, ihr eine dem § 289 StGB entsprechende Strafvorschrift für den Fall der Beschädigung oder Zerstörung zur Seite zu stellen. Der Fall der Beschädigung durch einen Fremden mit Einwilligung des Eigentümers wird — ähnlich wie beim Diebstahl — unter § 303 StGB subsumiert. Der Schutz der Forderungsrechte wird — außerhalb der Vermögensdelikte i. e. S. — im wesentlichen durch § 288 StGB sowie die §§ 239 ff. KO gewährleistet.

führt. Seine Darlegungen gipfeln in der Feststellung: „... die wirtschaftliche Zugehörigkeit der Gelder ist das rechtspolitische Motiv für den strafrechtlichen Schutz des Anspruchs auf ihre Ausantwortung“.

Dem ist zuzustimmen. Denn die wirtschaftliche Zugehörigkeit ist gleichzeitig der Rechtsgrund dafür, daß auch das Privatrecht der Realisierung eines solchen „Anspruchs“, der Umwandlung jener mittelbaren in unmittelbare wirtschaftliche Verfügungsmacht, seinen Schutz leiht.

¹⁸ Richtig BINDING: a. a. O. S. 242 Anm. 2.

¹⁹ Vgl. BINDING: Normen Bd. I (3. Aufl.) S. 267. Anders: WAGNER: Beiträge zur Lehre von den Objekten des Verbrechens ... (Diss. Erlangen 1897) S. 55 ff.; DOERR: Über das Objekt ... S. 208.

Die Lehre vom Strafantrag ist nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden.

²⁰ Vgl. OLSHAUSEN-GUTJAHR (11. Aufl.) § 242 N. 22, 32a. Erklärt man die Einwilligung „insoweit“ für nichtig, so bedeutet das gerade die privatrechtliche Anerkennung jener Tatsache.

²¹ So mit Recht: BINDING: Bes. Teil I S. 248 Anm. 2. Vgl. OLSHAUSEN-GUTJAHR (11. Aufl.) § 289 N. 20; RGK (4. Aufl.) § 289 N. 7; RGSt Bd. 15 S. 434 und sonst. Anders: E. 1925 § 320.

²² Vgl. aber die ausdehnende Interpretation hinsichtlich der Befugnis zur Stellung des Strafantrages in RGSt Bd. 63 S. 76, Bd. 65 S. 354 und den dort zitierten Entscheidungen.

Damit ist auch der Auflösung des Vermögensbegriffes der Weg gewiesen.

Es wäre aber verfehlt, wollte man aus dem grundsätzlichen Erfordernis privatrechtlicher Vorformung den Schluß ziehen, daß wir die Existenz eines subjektiven Privatrechts zur Voraussetzung strafrechtlichen Rechtsschutzes machen²³. Das tun wir ebensowenig, wie es die Lehre vom Schadensersatz im Privatrecht tut. Das letztere ist so offenkundig, daß diese Behauptung keines Beweises mehr bedarf: es sei nur an § 826 BGB erinnert. Nun würde allerdings die Herübernahme des § 826 BGB ins Strafrecht mit § 2 StGB in Widerspruch stehen; sie verbietet sich deshalb schon aus diesem Grunde. Aber § 2 StGB hindert nicht, daß bestimmte, wirtschaftlich faßbare, privatrechtlich anerkannte und (durch die Verpflichtung zum Schadensersatz) geschützte Sachverhalte dem gerade zu diesem Zwecke nachgiebig gestalteten Vermögensbegriffe subsumiert werden. Die Existenz eines subjektiven Privatrechts ist die höchste, aber nicht die einzige Form privatrechtlicher Anerkennung, und sie ist die Voraussetzung des Strafschutzes ebensowenig wie die einer Verpflichtung zum Schadensersatz.

Alle Sachverhalte streben nach Anerkennung durch das Privat- und das Strafrecht, und sie bemühen sich weiter um Erlangung des höheren Status eines „*subjektiven Rechts*“. Deshalb ist die Entwicklung des Zivilrechts gekennzeichnet durch die zunehmende Zahl der subjektiven Privatrechte. Aber das Strafrecht ist nicht gezwungen, für die Gewährung des Strafschutzes derartig hohe Anforderungen zu stellen²⁴. Es kann und darf sich sehr wohl mit einem geringeren Maße *zivilistischer Salonfähigkeit* begnügen, ohne den Grundsatz privatrechtlicher Vorformung aufzugeben. Wann allerdings das Minimum privatrechtlicher Anerkennung erreicht ist, welches das Strafrecht fordern muß und fordert, das läßt sich wieder einmal nicht grundsätzlich bestimmen, das bleibt abhängig von der „*Situation der Zeit*“ und der Lage des Einzelfalles. Juristischer Takt und Verständnis für die Erfordernisse des Lebens müssen hier, wie bei allen Ermessensentscheidungen, dem Richter den Weg weisen.

Der folgende und letzte Abschnitt dieses Kapitels gibt eine Übersicht über die wichtigsten Fälle dieser Art.

III. Versuch einer Abgrenzung unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Rechtszustandes (Überblick).

Die folgende Skizze legt also die gegenwärtigen Verhältnisse zugrunde und will mit dieser Einschränkung verstanden sein; dadurch wird der Ent-

²³ Insoweit richtig: HELLMUTH MAYER: Untreue S. 152. Anders aber: ROTERING: Arch. f. Krim. Anthrop. Bd. XXXI S. 127/8.

²⁴ Vgl. ECKSTEIN: Goldt. Arch. Bd. 58 S. 68; H. A. FISCHER: Der Schaden nach dem BGB f. d. D. R. S. 63—68. Richtig: ENNECCERUS-NIPPERDEY: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Allg. Teil (13. Aufl. 1931) S. 199: „Normenschutz und subjektives Recht sind nicht identisch“.

wicklung weitester Spielraum gelassen. Sie maßt sich aber auch nicht an, den gegenwärtigen Zustand in seinem gesamten Umfange zu erfassen, will vielmehr lediglich einige der gerade in dem Streit um den Vermögensbegriff erörterten Erscheinungen hervorheben und deren Lösung andeuten.

1. Zunächst: dem Erfordernis zivilrechtlicher Vorformung ist genügt, wenn *nur* Miteigentum besteht²⁵, wenn es sich um eine rechtlich bindende Offerte²⁶ u.ä. handelt. Auch der Gemeinschuldner, der ihm vom Verwalter „*anvertraute*“ Massebestandteile beiseite bringt, vergeift sich an fremdem Vermögen²⁷; denn die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger am Bestande der Masse, welche der Konkursverwalter wahrnimmt, sind zwar keine subjektiven Rechte, wohl aber rechtliche anerkannte und geschützte Machtpositionen.

2. An zweiter Stelle ist hier der sog. entgangene Gewinn zu nennen²⁸. Daß er die geeignete Grundlage eines Vermögensschadens abgibt, ist nicht unbestritten²⁹. Die herrschende Lehre beruft sich zur Begründung auf § 252 BGB. Gegen diese Begründung sind allerdings bisweilen Bedenken erhoben worden³⁰, ohne daß die Frage grundsätzlich zur Erörterung gelangt ist.

M.E. sind diese Bedenken durchaus gerechtfertigt. § 252 BGB selbst ist überhaupt nur eine Beweisregel, wenn man so will, die gesetzliche Formulierung des prima-facie-Prinzips für einen einzelnen Fall. Er schließt deshalb nicht aus, daß der Beklagte seinerseits diese Vermutung entkräftet (wenn man darin wirklich einen Fall des prima-facie-Beweises sieht) oder gar das Gegenteil dartut. Umgekehrt kann der Kläger den entgangenen Gewinn auch dann verlangen, wenn er zur Gewißheit beweist, daß er einen an sich unwahrscheinlichen Gewinn tatsächlich doch gemacht haben würde³¹.

Jenes Beweisprinzip darf nun aber nicht ohne weiteres ins Strafrecht übernommen werden. Zwar gibt es auch dort Fälle, in denen der Angeklagte beweispflichtig ist und die Gefahr des Mißlingens trägt, wie z. B. §§ 186, 259

²⁵ Vgl. OLSHAUSEN-GUTJAHR (II. Aufl.) § 242 N. 11; RGK (4. Aufl.) Vorb. § 242 N. 2c; FRANK (18. Aufl.) § 242 III 1; RGSt Bd. 20 S. 436 — A. A.: FREUDENTHAL: a. a. O. S. 112.

²⁶ MAYER: Untreue S. 273 — VON TUHR: Allg. Teil I S. 162 Note 10; II, 1 S. 468 Note 70; A. A. RG JW 1921 S. 451 N. 27.

²⁷ RGSt Bd. 26 S. 106, Bd. 39 S. 414; BINDING: Bes. Teil I (2) S. 402 A. 3; THIESS: a. a. O. S. 46; A. A. CARTIER: a. a. O. S. 113; KLEE: ZBHR 1926 S. 339; PPEIFFER: a. a. O. S. 23; dazu MAYER: Untreue S. 269 Anm. 1.

²⁸ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 19, 21; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6d; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 3b.

²⁹ Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pandekten (9. Aufl.) Bd. II S. 66; H. A. FISCHER: a. a. O. [S. 323 Anm. 24] S. 70; KYLL: a. a. O. S. 37/8; JACOBOWITZ: a. a. O. S. 26 [mit z. T. unrichtiger Begründung].

³⁰ So z. B. VON ROTERING: Ger. Saal Bd. 67 S. 220; ECKSTEIN: Goldt. Arch. Bd. 58 S. 83 Anm. 99 und S. 339; ROTERING (Arch. f. Krim. Anthrop. Bd. XXXI S. 125) spricht ihm sogar die Eigenschaft eines „Vermögensschadens“ i. S. des Zivilrechts ab.

³¹ A. A. für das Strafrecht: z. B. ROTERING: Ger. Saal Bd. 67 S. 220; für das Zivilrecht: SCHOLLMEYER: Schuldverhältn. Anm. 1 zu § 252 (vgl. auch BRUNO ECKER: a. a. O. S. 18).

StGB und § 20 Abs. 2 des Reichspreßgesetzes; doch sind das Ausnahmen, die ausdrücklicher Bestimmung durch den Gesetzgeber bedürfen. Ob dies auch durch Verweisung auf eine entsprechende Regelung der Beweislast im bürgerlichen Recht geschehen kann, mag zweifelhaft sein. Im vorliegenden Falle verbietet sich eine solche Annahme bereits mit Rücksicht auf das zeitliche Verhältnis der beiden Gesetze³².

Mit dieser Feststellung büßt nun aber § 252 BGB nicht jede Bedeutung für unser Problem ein. Die Regelung der Beweislast setzt immer eine materielle³³ Rechtslage voraus, die beweisbedürftig ist. Regelt der Gesetzgeber in § 252 BGB die Frage, welche Anforderungen an die Beweisführungspflicht des Klägers zu stellen sind, falls er „*entgangenen Gewinn*“ zum Gegenstand eines Schadensersatzanspruches zu machen wünscht, so ist damit implizite zum Ausdruck gebracht, daß — unabhängig von der Beweislast — entgangener Gewinn ersetzt werden muß, d. h. als Teil des entstandenen Schadens anzusehen ist.

Trotzdem darf man sich auch mit diesem Ergebnis nicht einfach zufrieden geben. § 252 BGB läßt nämlich die Frage offen, ob es sich dabei lediglich um eine Bestimmung über den Umfang der Ersatzverpflichtung handelt, oder ob in der Verletzung oder Beeinträchtigung der Gewinnmöglichkeiten gleichzeitig der Rechtsgrund einer Schadensersatzpflicht erblickt werden kann, mit anderen Worten, ob lediglich die Haftungsgrenze oder auch der Haftungsgrund³⁴ darin zu finden ist. Die praktische Bedeutung dieses Gegensatzes liegt in folgendem: Enthält § 252 BGB tatsächlich nur die Bestimmung einer Haftungsgrenze, wird aber in ihm das Bestehen einer Haftpflicht vorausgesetzt, so kommt er als Grundlage einer Schadensersatzpflicht und damit als Begründung für die Annahme eines Vermögensschadens i. S. des § 263 StGB nicht weiter in Betracht.

Klarheit über diese Frage erlangen wir aber nur dann, wenn wir die Erörterung in das Deliktsrecht verlegen; denn im Vertragsrecht bilden die Grundlage aller, also auch der Schadensersatzansprüche, stets die Vereinbarungen der Parteien; aus ihnen allein kann deshalb entnommen werden, ob ein bestimmtes Verhalten rechtswidrig ist oder nicht. Andererseits ist es, soweit ich sehe, unbestritten³⁵, daß § 252 BGB auch auf deliktische Ersatzansprüche Anwendung findet. Ist also auf Grund der §§ 823 ff. BGB derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der die Gewinnaussichten eines anderen beeinträchtigt oder zerstört? In Betracht kommen — da § 823 Abs. 2 für uns natürlich ausscheidet — die §§ 823 Abs. 1 und 826 BGB.

³² Übereinstimmend: HELLMUTH MAYER: *Untreue* S. 163 und die dort Anm. 75 Zitierten.

³³ Zur Frage, ob das Recht der Beweislast zur Lehre vom Prozeß oder ins materielle Recht gehört, ist hier nicht Stellung zu nehmen.

³⁴ Über diesen Gegensatz Näheres in meinen Arbeiten über: *Schuld begriff und adäquate Kausalität* (1928) S. 72 ff.; *The Proximate Cause in the Legal Doctrine of the United States and Germany*, *Southern California Law Review* tom. 2 p. 207, 232.

³⁵ Vgl. etwa: STAUDINGER: II 1 (9. Aufl.) 1930, § 252 Z. 1 u. Vorbem. I.

Nach § 823 Abs. 1 muß die Frage entschieden verneint werden. Nach der heute durchaus herrschenden Lehre³⁶ fordert jene Bestimmung nicht nur ein subjektives, sondern darüber hinaus ein subjektiv-dingliches Recht; die Verletzung obligatorischer Beziehungen fällt deshalb auch dann nicht unter § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie durch einen Dritten erfolgt. Die Beeinträchtigung von Gewinnaussichten ist also insoweit nicht geschützt.

Nun kann man allerdings in einem Teile dieser Fälle mit § 826 BGB helfen; aber abgesehen davon, daß eine Herübernahme dieser vagen Bestimmung ins Strafrecht nicht in Frage kommt, bildet dort den Rechtsgrund der Haftung nicht die Verletzung der Gewinnaussicht an sich, sondern die Sittenwidrigkeit solchen Verhaltens.

Daraus folgt zweierlei: 1. daß der Vermögensbegriff des § 263 StGB und der Umfang des Rechtsschutzes, den § 823 Abs. 1 BGB gewährt, sich nicht decken, war doch gerade auch der Schutz obligatorischer Beziehungen eine der wichtigsten Funktionen des Vermögensbegriffes; 2. daß § 252 BGB lediglich einen Schluß auf den Umfang der Schadensersatzpflicht gestattet, eine solche aber nie selbständig zu begründen vermag³⁷.

Die Einordnung der Gewinnaussichten unter den Vermögensbegriff ist aber durch andere Bestimmungen des Privatrechts ermöglicht. Soweit sie auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen, fallen sie, wie alle subjektiven Rechte (mögen sie auch rein obligatorischer Natur sein), als solche unter den Schutz des Strafrechts. Darüber hinaus weist § 826 BGB den Weg. Ist es möglich, die Verletzung derartiger Aussichten für sittenwidrig zu erklären, so muß es auch möglich sein, sie rechtlich zu mißbilligen, sie zum Gegenstand eines gesetzlichen Verbotes zu machen. Dazu ist aber eine schärfere Abgrenzung erforderlich. Nicht jede Gewinnmöglichkeit erscheint strafschutzbedürftig. Erforderlich ist ein gewisses Maß an Bestimmtheit, ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Gewinnes. In diesen Fällen aber spricht man meist von Hoffnungen oder Exspektanzen. In ihnen verkörpert sich der strafrechtliche Schutz des entgangenen Gewinnes, und sie enthalten gleichzeitig dessen Begrenzung.

Hoffnungen oder Exspektanzen sind demnach wirtschaftliche Positionen, auf Grund deren mit einem gewissen Maße von Wahrscheinlichkeit in rechtlich zulässiger Weise Gewinne erzielt werden können. Sie sind Bestandteile des Vermögens und deshalb Gegenstand des Strafschutzes der Vermögensdelikte i. e. S.

Auf diese Weise gelangen wir, trotz durchaus abweichender Begründung, zum Ergebnis der herrschenden Lehre.

3. Nur Spezialfälle der eben skizzierten Erscheinung stellen „Kundschaft“ und „Unternehmen“ dar³⁸.

³⁶ Vgl. etwa: STAUDINGER: II 3 (9. Aufl.) 1929, § 823 II A 1 e ö.

³⁷ Richtig JEHL: Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug (Diss. Erlangen 1905) S. 20.

³⁸ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (11. Aufl.) § 263 N. 21, 28, 37a; RGK (4. Aufl.) § 253 N. 2a, § 263 N. 5 d; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 3a, b.

Kundschaft ist die begriffliche Zusammenfassung von Hoffnungen, welche auf den Abschluß gleicher oder gleichartiger Geschäfte gerichtet sind.

Beim Unternehmen tritt zur Kundschaft noch die Betriebsorganisation sowie die Firma hinzu.

Beide stellen rechtliche Figuren dar, die in ihrer juristischen Entwicklung der Form des subjektiven Rechts bereits ziemlich nahe stehen. Sie bilden vielfach den Gegenstand obligatorischer Beziehungen, obwohl sie als Gesamtheiten nicht übertragen werden können; endlich sind Bestrebungen im Gange, wenigstens das Unternehmen auch in Deutschland zwangsvollstreckungsfähig zu machen, wie es ja bereits heute im Konkurse, meistens sehr zum Vorteile der Masse, als Ganzes verwertet wird³⁹.

Daß Kundschaft und Unternehmen wirtschaftlichen Wert haben, steht außer Zweifel; oft bilden sie die wertvollsten Bestandteile des Vermögens ihrer Inhaber. Unter diesen Umständen besteht kein Anlaß, ihnen den Schutz des Strafrechts zu versagen. Kundschaft⁴⁰ und Unternehmen sind Vermögensbestandteile i. S. der §§ 263 u. 266 StGB.

4. Des weiteren ist an dieser Stelle zu erörtern, ob der Besitz als solcher zum Vermögen gehört⁴¹. Von den Vertretern des sog. wirtschaftlichen Vermögensbegriffes wird diese Frage in der Regel bejaht. Doch beruft man sich dabei zu Unrecht auf die wirtschaftliche Natur des Vermögens; wird doch der Besitz im Privatrecht von der herrschenden Lehre sogar als subjektives Recht i. S. des § 823 BGB bezeichnet.

Doch scheint mir in dieser Art die Frage falsch gestellt zu sein. Nicht das ist fraglich, ob der Besitz ein subjektives Recht oder jedenfalls für das Strafrecht genügend scharf „*vorgeformt*“ ist, sondern ob er als solcher (rechtlich anerkannten)⁴² wirtschaftlichen Wert besitzt; und diese Frage ist m. E. zu verneinen. Wo hinter dem Besitz kein dingliches oder obligatorisches Recht steht, mag man ihn privatrechtlich (provisorisch) aufrechterhalten und „*eigenmächtige*“ Entziehung verbieten, mag man strafrechtlich seine Verletzung als Beeinträchtigung der Persönlichkeit, also etwa als Freiheitsberaubung oder als Nötigung ahnden; Objekt des Rechtsschutzes der Vermögensdelikte aber ist er nie und nimmer. Strafrechtlich hat die Verletzung des Besitzes nur indizielle Bedeutung; sie indiziert die Verletzung

³⁹ Vgl. dazu OPPIKOFER: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1927.

⁴⁰ Hier a. A. ROTERING: Ger. Saal Bd. 67 S. 216 auch deswegen, weil „dieses rein wirtschaftliche Verhältnis noch als zu wenig abgeschlossen erscheint, um als Faktor fungieren zu können, sobald einmal die ziffermäßige Festlegung des Vermögens als einer Einheit in Frage kommt.“ Vgl. auch S. 217. Wenn R. außerdem einen Vermögensvorteil leugnet, so ist das nur die Konsequenz jenes Standpunktes, aber kein neues Argument. Vgl. auch ROTERING: Arch. f. Krim. Anthropol. Bd. XXXI S. 129ff. Wie wir: KYLL: a. a. O. S. 40ff.

⁴¹ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (11. Aufl.) § 263 N. 29 44, 1a; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6a; FRANK (18. Aufl.) § 263 VI 1b, II 1.

⁴² Darüber weiter unten Nr. 5 (S. 328).

des den Besitz garantierenden Rechts⁴³; aber dieses selbst erst ist Bestandteil des Vermögens und Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes.

Auch im Privatrecht ist es schließlich nicht anders. Nur scheinbar bildet § 823 BGB Abs. 1 eine Ausnahme. Denn wenn dort der herrschenden Lehre die Verletzung des Besitzes genügt, so darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß man dem Besitz als solchen wirtschaftlichen Wert zuerkennt; es wird vielmehr die Verletzung des Besitzes da vorgeschoben, wo dem dahinter stehenden „*Recht*“ die Qualität eines subjektiv dinglichen Rechts nicht zukommt.

Wer also zur Aufgabe des Besitzes an einer Sache dadurch bewogen wird, daß ihm deren unversehrte Rückgabe sowie ein bestimmter Geldbetrag als Mietzins versprochen werden, der ist auch dann nicht betrogen, wenn dem Mieter von vornherein die Absicht fehlt, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Bloßes Fehlen des Erfüllungswillens bei vorhandener Erfüllungsmöglichkeit mindert den Wert des Anspruches (in der Regel) nicht⁴⁴; der Anspruch auf den Mietzins bildet deshalb eine geeignete Grundlage für volle Kompensation der vorübergehenden Besitzaufgabe.

Fehlt dem Mieter dagegen von vornherein die Fähigkeit, den Mietzins zu bezahlen, so ist der Besitzer um dessen Betrag geschädigt und insoweit betrogen.

Büßt der Mieter die Fähigkeit zur Zahlung des Mietzinses während der Dauer des Mietverhältnisses ein, so kommen die §§ 288 StGB und 239ff. KO in Frage.

Sucht er sich der Rückgabe der Mietsache zu entziehen, indem er sie sich zueignet, so begeht er eine Unterschlagung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er diesen Plan bereits bei Abschluß des Vertrages gehabt oder erst später gefaßt hat⁴⁵.

5. Streit herrscht auch darüber, ob die Arbeitskraft Bestandteil des Vermögens und somit Gegenstand des Betruges und anderer Vermögensdelikte sein könne⁴⁶. In Betracht kommen Fälle, in denen jemand einen anderen durch Täuschung veranlaßt, Dienste irgend welcher Art zu leisten. Man hat hier gelegentlich — aber ohne inneren Grund — unterscheiden wollen zwischen den Fällen, in denen der Getäuschte in der Regel gegen Entgelt Arbeit verrichtet, und solchen Fällen, in denen dies niemals geschieht. Andere wieder wollen die Annahme eines Vermögensschadens von dem Nachweise abhängig machen, daß der *Geschädigte* sonst anderweit Gelegenheit zum

⁴³ Vgl. ECKSTEIN: Goldt. Arch. Bd. 58 S. 79/80.

⁴⁴ Darüber weiter unten im folgenden (4) Kapitel.

⁴⁵ A. A.: RGSt Bd. 1 S. 57, Bd. 15 S. 427; KYLL: a. a. O. S. 18: „da das tatsächliche Haben einer Sache regelmäßig mehr wert sei als der bloße Anspruch auf ihre Rückgabe, meist der *rei vindicatio*“. Wie wir im Ergebnis wohl: KLAUS MÜLLER: Betrug durch den Empfänger einer vertraglichen Leistung (Diss. Rostock 1915) S. 49.

⁴⁶ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER § 263 N. 20 I f. a. E.; FRANK § 263 IV a. E.; ROTERING: Ger. Saal Bd. 60 S. 264ff.; BRAUWEILER: a. a. O. S. 187 Anm. 6.

Verdienst gehabt hätte⁴⁷. Beide Konstruktionen lehnen wir ab, weil sie wiederum die entscheidende Frage dadurch umgehen, daß sie das Problem auf die Basis des Kausalzusammenhanges verschieben.

Für uns dagegen ist entscheidend der Bestand des *Vermögens* im Moment der Vornahme der Täuschungshandlung; und richtig deshalb allein die an die Spitze gestellte Frage, ob die wirtschaftliche Arbeitskraft als solche Vermögensbestandteil sei.

Daß eine solche Auffassung möglich ist, sollte nicht ernsthaft bestritten werden; bildet doch im Privatrecht die menschliche Arbeitskraft den Gegenstand zahlreicher bedeutsamer Rechtsgeschäfte im Gebiete des Vermögensrechts⁴⁸. Fraglich erscheint uns nur, ob das Strafrecht diese Auffassung übernehmen soll. De lege ferenda wird sich darüber streiten lassen, ob nicht ein selbständiger Schutz der menschlichen Arbeitskraft außerhalb des Gebietes der Vermögensdelikte erwünscht sei. De lege lata aber bleibt — da jene Entwicklung über die Anfänge positiv-rechtlicher Verwirklichung bisher nicht hinausgekommen ist — gar keine Wahl⁴⁹.

6. In Verbindung mit den früheren Ausführungen über die Vermögensqualität des Besitzes ergibt sich hieraus unsere Stellungnahme zu der Frage, ob der Dieb als solcher bestohlen oder betrogen werden könne⁵⁰. Diese Frage ist u.E. zu verneinen⁵¹. Durch Wegnahme einer im Besitz eines Diebes befindlichen Sache wird lediglich der Eigentümer oder der sonstige Sachberechtigte verletzt⁵², niemals ein unrechtmäßiger Besitzer derselben⁵³.

Daraus folgt: willigt der Besitzer in die Wegnahme ein, so kommen Unterschlagung oder evtl. sogar Hehlerei in Frage. Willigt dagegen (nur) der Eigentümer oder der Sachberechtigte ein, so begeht der Täter überhaupt kein Vermögensdelikt⁵⁴.

⁴⁷ So ECKSTEIN: *Goldt. Arch.* Bd. 58 S. 77/8. — Dagegen auch ECKER: a. a. O. S. 30/1.

⁴⁸ Richtig VON TUHR: *Allg. Teil I* S. 319, der allerdings die Rechtsnatur leugnet.

⁴⁹ Übereinstimmend: KYLL: a. a. O. S. 40; *RGSt* Bd. 25 S. 371. A. A.: JACOBOWITZ: a. a. O. S. 38.

⁵⁰ Vgl. OLSHAUSEN-GUTJAHR (11. Aufl.) § 242 N. 14; OLSHAUSEN-KIRCHNER (11. Aufl.) § 263 N. 18 II; *RGK* (4. Aufl.) § 242 II B, § 263 N. 6a, m; FRANK (18. Aufl.) § 242 VI, § 263 V 3d.

⁵¹ Anders z. B. GRÜNHUT: *RG-Festgabe* Bd. V S. 118.

⁵² Das wird — m. E. mit Unrecht — bestritten von BINDING: *DJZ* 1911 (16. Jahrg.) Sp. 559 und (ihm folgend) B. ECKER: a. a. O. S. 46ff. ECKER leugnet deshalb die Möglichkeit von Diebstahl (S. 49/50) und Betrug (S. 51/2) bei gestohlenen Sachen! Aber wenn man eine erneute Rechtsverletzung des Eigentümers vermißt, spukt dahinter offenbar wieder der Gedanke an das Erfordernis eines wirtschaftlichen Schadens, der doch beim Diebstahl gewiß nicht erforderlich ist. Im übrigen wird die durch den zweiten Diebstahl bewirkte Erschwerung der Rechtsverfolgung meist auch die Annahme eines wirtschaftlichen Schadens rechtfertigen.

Auch DOERR: a. a. O. S. 30 hält den Dieb für verletzt (vgl. auch S. 155).

⁵³ Insoweit übereinstimmend: BINDING: *Bes. Teil I* S. 343a Anm. 3; vgl. aber auch S. 341 Anm. 2 [anders bei Rechts'erwerb durch Betrug]. Anders: BRAUWEILER: a. a. O. S. 193.

⁵⁴ A. A.: MERKEL: *H. H.* S. 733.

7. In diesem Zusammenhang gehört endlich die Frage, ob die sog. unklagbaren Ansprüche sowie die *Ansprüche* aus unsittlichen und verbotenen Rechtsgeschäften Bestandteile des Vermögens sind⁵⁵.

Hinsichtlich der unklagbaren Ansprüche ist die Beantwortung ziemlich einfach. Fehlt ihnen auch ein sehr wesentliches Element zur vollen Anerkennung als subjektive Rechte, so behandelt sie die Rechtsordnung doch keineswegs als ein Nichts, stellt vielmehr ihre Erfüllung in das freie Belieben des Schuldners. Sind sie aber erfüllbar⁵⁶, so müssen sie auch rechtlich vorhanden sein. Dann aber können sie ebensogut strafrechtlichen Schutz genießen wie etwa verjährte Ansprüche aus gewöhnlichen Rechtsgeschäften. Lediglich der Verletzung durch den Schuldner sind sie entzogen⁵⁷.

Schwieriger liegen die Verhältnisse bei den unsittlichen und verbotenen Rechtsgeschäften. Daß solche Ansprüche wirtschaftlichen Wert besitzen, kann nur leugnen, wer die Augen vor der Wirklichkeit verschließt. Die entscheidende Frage ist deshalb die, ob die Rechtsordnung in der Lage ist, diesen Wert so weitgehend anzuerkennen, daß sie ihm strafrechtlichen Schutz gewährt⁵⁸. Es hat der Erörterung dieser Frage außerordentlich geschadet, daß bei ihr der Fall des Ankaufes von Abtreibungsmitteln eine so bedeutsame Rolle spielt⁵⁹ und sogar die Grundlage der Plenarentscheidung im 44. Bande der amtlichen Sammlung (S. 230 ff.) bildet. Die Folge davon ist, daß hier — ebenso wie bei der Frage des Versuches mit untauglichem Mittel am untauglichen Objekt — die rechtspolitische Einstellung zur Strafbarkeit der Abtreibung die Stellungnahme zu dem dogmatisch-konstruktiven Problem beeinflusst.

⁵⁵ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 1, 18 II; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6 m; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 3 d.

Diese Fälle sind problematisch noch aus einem weiteren Grunde. Gelegentlich wird der Kausalzusammenhang verneint, weil der Verletzte sich bewußt selbst schädige. Auch dieser Einwand greift m. E. nicht durch. Doch gehört die Erörterung dieser Frage nicht hierher. Näheres bei ENGELHARD: Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung? (Diss. Heidelberg 1905) S. 16—20 und ZStrW Bd. 33 S. 139 f. II.

⁵⁶ Das beweist die Versagung der *condictio*.

⁵⁷ Vorzüglich ECKSTEIN: Goltd. Arch. Bd. 58 S. 73: „Was aber in der Regel durch das Unvollständige einer Forderung beeinträchtigt wird, ist nicht die Möglichkeit eines Betruges, sondern die Höhe des abbetrogenen Wertes.“ Ebenso GRÜNHUT: JW 1932 S. 2434 N. 25 Anm. Dagegen stellt die Belastung mit einer Naturalobligation als solche keinen Vermögensschaden dar. So mit Recht RG DRZ 1931, Rspr. S. 173 N. 204. Das RG nimmt in jener Entscheidung Betrug deshalb an, weil unter den besonderen Verhältnissen die „faktische Zwangslage“, sie zu erfüllen, als Gefährdung des [rechtlich geschützten] Vermögensbestandes anzusprechen sei (vgl. unten S. 338 Anm. 19).

⁵⁸ Richtige Fragestellung bei GRÜNHUT in der Anmerkung JW 1932 S. 2434 Nr. 25: „Gegenüber diesen auf das Wirtschaftlich-Tatsächliche abstellenden Gesichtspunkten erhebt sich die spezifisch rechtliche Frage, ob hier ein offensichtlich vitiöser Erwerb vom Strafrecht geschützt werden darf.“

⁵⁹ Vgl. RGSt Bd. 44 S. 230—249 und die dort zitierten Entscheidungen.

Unabhängig davon ist alsdann festzustellen, daß von unserem Standpunkt aus, nach welchem es für die Entscheidung des Problems zunächst auf die Leistung des Verletzten ankommt, ein Vermögensschaden in allen den Fällen zu bejahen ist, in denen der Lieferant von vornherein nicht erfüllen will⁶⁰. Das ist in der Tat in einigen frühen Urteilen des Reichsgerichts verkannt worden⁶¹, und gegen diese bemerkt die Entscheidung Bd. 44 S. 236 mit Recht, es lasse sich schließlich doch nicht leugnen, daß der Geschädigte infolge jener Manipulation etwas aus seinem Vermögen fortgegeben habe, ohne einen Gegenwert dafür erhalten zu haben. Der Annahme eines Vermögensschadens steht auch § 817 BGB nicht entgegen; umgekehrt ist vielmehr die ausdrückliche Versagung der Kondiktion der Beweis dafür, daß der Betrüger auf Kosten des Getäuschten bereichert ist; denn sonst wäre jene Bestimmung ganz überflüssig⁶².

Ebenso ist Betrug anzunehmen, wenn sich jemand gegen Entgelt zur Verübung eines Verbrechens bereit erklärt, ernstlich aber die Ausführung niemals beabsichtigt.

Anders liegt es in den Fällen des Erfüllungsbetruges, oder wenn ein Dritter dem *Gläubiger* seinen *Anspruch* abschwindelt, veruntreut usw.⁶³. Hier muß man sich entschließen, ob man diesen wirtschaftlichen Werten jede rechtliche Anerkennung versagen oder ob man ihnen doch — wenigstens — strafrechtlichen Schutz gewähren will. M. E. ist die Frage im ersteren Sinne zu entscheiden; der gegenteilige Standpunkt ist unehrlich und feige. Man hat gesagt: die §§ 134 u. 138 BGB bezweckten die „*Bestrafung*“ der Kontrahenten, nicht die „*Straflosigkeit*“ von Betrügern. Soweit damit die Strafwürdigkeit solchen Verhaltens de lege ferenda zum Ausdruck gebracht wird, wendet sich dieser Satz an den Gesetzgeber der Zukunft. Soll aber damit die Strafbarkeit des Täters nach geltendem Recht behauptet werden, so liegt darin eine *petitio principii*; denn diese Strafbarkeit hängt ja von dem Vorhandensein eines Vermögensschadens ab, und der soll gerade bewiesen werden. In einem strafrechtlichen System, das dem Schutze von Rechtsgütern dient und diese Aufgabe sogar in seiner Systematik zum Ausdruck gebracht hat, kann Gegenstand eines Vermögensdelikts nicht ein Wert

⁶⁰ Fehlt nämlich die Klagbarkeit des Anspruches, so kommt eine Kompensation nicht in Frage; und die Vermögensminderung wird zum Schaden, wenn sie durch Täuschung, also rechtswidrig, herbeigeführt ist. Vgl. oben S. 314 u. A. 94.

⁶¹ Zutreffend insoweit die Kritik von ENGELHARD: a. a. O. Diss. S. 12f. und ZStrW Bd. 33 S. 133 I. A. A.: — von seiner entgegengesetzten Grundauffassung aus durchaus konsequent — BINDING: DJZ. 1911 S. 553.

⁶² Gegen die Annahme einer Fiktion: ENGELHARD: ZStrW Bd. 33 S. 144 (RG).

Daß aus § 817 BGB sich die Rechtmäßigkeit jener Täuschung nicht ergibt, wird richtig gegenüber J. MERKEL (Die Vermögensbeschädigung beim Betrug, Diss. Erlangen 1900) hervorgehoben von ENGELHARD: a. a. O. S. 26. Die gegenteilige Ansicht würde dahin führen, daß zivilrechtlich auch die Anfechtbarkeit des obligatorischen Geschäftes (etwa vor der Leistung des Getäuschten) verneint werden müßte.

⁶³ Ihn durch Täuschung von der Geltendmachung des Anspruches abhält (RG JW 1932 S. 2434 Nr. 25).

sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt: das ist die Konsequenz der Lehre von der „materiellen Akzessorietät“ des Strafrechts⁶⁴.

8. Bleibt schließlich noch zu prüfen, ob die Hingabe von Wert-, z. B. Inhaberpapieren als Verfügung über „Vermögensstücke“ angesehen werden kann⁶⁵. Praktische Bedeutung hatte diese Frage bisher vor allem für die Untreue, weil die herrschende Lehre⁶⁶ in der Eingehung von Schuldverbindlichkeiten keine „Verfügung über Vermögensstücke“ sah.

Die Tatsache, daß zum Beweise solcher Forderungen Schuld- oder Bürgschaftsscheine hingegeben werden, vermag an der Entscheidung nichts zu ändern⁶⁷. Anders dagegen ist es zu beurteilen, wenn — auch noch nicht vollständig ausgefüllte — Wechselakzepte⁶⁸ und Schecks, die durch ein Guthaben gedeckt sind⁶⁹, dem Schuldner⁷⁰ entzogen werden. In dem Eigentum an dem Papiere verkörpert sich in diesen Fällen ein über dessen Substanz hinausgehender wirtschaftlicher Wert.

Viertes Kapitel.

Die Angriffshandlung und ihre Modalitäten.

Die Lehre von den Formen der Angriffshandlung gehört — streng genommen — nicht mehr zur Theorie des Vermögensbegriffes. Wenn wir sie trotzdem in diesem Zusammenhange behandeln, so geschieht dies aus drei Gründen:

1. weil diese Fragen vielfach im Zusammenhang mit der Lehre vom Vermögensbegriff erörtert worden sind;

⁶⁴ A. A. neuestens RG III JW 1932 S. 2434 Nr. 25 in dem oben Anm. 63 erwähnten Falle. Dem RG zustimmend: GRÜNHUT in der Anmerkung zu jener Entscheidung mit dem m. E. zutreffenden Hinweis darauf, daß „das Reichsgericht diese Schranke längst überschritten habe“. Wie GRÜNHUT: die herrschende Lehre, auch RGSt Bd. 36 S. 205, Bd. 40 S. 21 (29). Dagegen: FRANK, Bem. V 3a zu § 263; ECKSTEIN: Goldt. Arch. Bd. 58 S. 77 und zwar trotz Billigung der objektiven Theorie. Vgl. auch ENGELHARD: Diss. S. 40.

⁶⁵ FRANK (18. Aufl.) § 263 V 5. ⁶⁶ Vgl. oben S. 289 Anm. 13.

⁶⁷ RGSt Bd. 66 S. 206 = RG JW 1933 S. 1026 Nr. 15; Goldt. Arch. 1933 S. 286, 288; JW 1927 S. 1862 Nr. 42. Ebenso die Ausstellung eines Sparkassenbuches durch den ungetreuen Rendanten. Anders die Fortgabe eines Sparkassenbuches, welches eine Forderung des Vollmachtgebers manifestiert; sie ist als Verfügung über die Forderung gegen die Sparkasse anzusehen, welche diese zwar nicht aufhebt, aber gefährdet — insoweit handelt es sich um einen Fall der Vermögensgefährdung (RGSt Bd. 64 S. 17; Recht 1925 [Bd. 19] Nr. 2183). Ebenso ist die Falschbuchung zu beurteilen: RGSt Bd. 61 S. 78/9.

⁶⁸ RGSt Bd. 10 S. 385; Bd. 13 S. 376; Bd. 23 S. 315; Bd. 42 S. 227/8; Bd. 66 S. 206; Goldt. Arch. Bd. 26 S. 446; RGSt Bd. 14 S. 184. — Hypothekenbrief bei Nichtigkeit der Forderung: RG Rspr. Bd. 9 S. 247 — Grundschuldbrief RGSt Bd. 61 S. 174.

⁶⁹ RG JW 1925 S. 146 Nr. 7.

⁷⁰ Befinden sie sich in der Hand eines berechtigten Dritten, so bereitet ihre Charakterisierung als „Vermögensstücke“ keine Schwierigkeiten.

2. — und dies wohl die Ursache für 1. — weil ihr Verständnis erst die volle Bedeutung der Vermögensdelikte i. e. S. erschließt;

3. weil es sich dabei zum größten Teil um Probleme der Abgrenzung einzelner Vermögensdelikte (i. w. S.) handelt, deren Lösung die Voraussetzung für eine Erfassung des Gesamtsystems bildet.

Der letzte Punkt bedarf einer kurzen Erläuterung. Die Ausführungen des vorigen Kapitels haben dargetan, daß das Vermögen nicht selbst ein Angriffsobjekt, sondern lediglich einen zusammenfassenden Begriff für alle Sachgüter als Angriffsobjekte darstellt. Es umfaßt demnach auch solche Sachgüter, welche selbständig den Inhalt anderer Vermögensdelikte i. w. S. ausmachen, wie dies z. B. in den §§ 242, 246, 288, 289 StGB u. a. m. der Fall ist. Auf dieser Grundlage läßt sich deshalb eine Abgrenzung der Tatbestände nicht durchführen, das Angriffsobjekt scheidet als *differentia specifica* der einzelnen Vermögensdelikte aus¹.

Da ferner nach geltendem Recht die Vermögensdelikte i. e. S. weder hinsichtlich der Persönlichkeit des Täters noch hinsichtlich der Persönlichkeit des Verletzten irgendein Erfordernis aufstellen, welches sie von allen anderen Vermögensdelikten unterscheidet, so kommen für die Abgrenzung eben nur die Modalitäten der Angriffshandlung in Frage.

Man hat in dieser Hinsicht die Grenze in doppelter Weise bestimmen wollen: nämlich durch Bezugnahme auf die Wirkung durch den Gegensatz von rechtlicher und faktischer Beeinträchtigung; sodann nach der Form der Begehung durch den Gegensatz von Verletzungen durch Täuschung, Gewalt und Drohung (vom Täter aus gesehen), bzw. durch den Gegensatz von mittelbarer Selbstbeschädigung und Fremdbeschädigung (vom Verletzten aus gesehen). Beide Möglichkeiten sind getrennt zu erörtern.

I. Unterscheidung nach der rechtlichen Natur der „Verfügung“.

Der Versuch, die *Rechtsnatur* der Wirkung zur Abgrenzung der einzelnen Tatbestände zu verwenden, stammt aus der Lehre vom Betrüge. MERKEL² hat diese Möglichkeit zwar nicht entdeckt, wohl aber zum ersten Male im Zusammenhange erörtert und verteidigt. BINDING³ ist ihm gefolgt. Das „*umgeschriebene Tatbestandsmerkmal*“ der „*Verfügung*“ erhält damit zivilrechtlich-technische Bedeutung. Ähnliche Gedanken werden für die Untreue vertreten. Auch das Reichsgericht ist ihnen lange Zeit hindurch gefolgt⁴, hat sie aber neuerdings zugunsten einer weniger strengen Auf-

¹ Doch darf dieser Satz nicht zu generell verstanden werden. Das Verhältnis von § 242 und § 289 StGB z. B. bestimmt sich natürlich nach der Verschiedenheit des Angriffsobjekts; nur lassen sich auf dieser Grundlage die Vermögensdelikte i. w. S. nicht abgrenzen.

² Lehre vom Betrüge S. 196f. bes. 199.

³ Besond. Teil Bd. I 353/4 u. 355b, aber auch S. 243 V.

⁴ RGSt Bd. 39 S. 335, vgl. die zusammenfassende Darstellung bei PFEIFFER: a. a. O. S. 22.

fassung verlassen⁵. Doch ist die Frage in diesem Zusammenhange noch nicht als Abgrenzungsproblem hervorgetreten. Bezüglich der übrigen Vermögensdelikte (i. e. S.) ist sie m. W. bisher überhaupt nicht erörtert worden.

M. E. ist diese Lehre für sämtliche Vermögensdelikte abzulehnen, und zwar aus einem doppelten Grunde: Für die Abgrenzung hat sie eine durchaus beschränkte Bedeutung; denn ein Rechtsverlust vollzieht sich — obwohl relativ selten — auch auf Grund eines vorhergehenden Diebstahls oder auf Grund einer Unterschlagung, etwa bei gutgläubigem Erwerb durch einen Dritten⁶ oder bei Verarbeitung, Vermischung und ähnlichen Vorgängen. Sodann — und das ist das Entscheidende — führt diese Lehre zu einer durch nichts gerechtfertigten Einengung des Tatbestandes, die sich, selbst wenn man die Möglichkeit der Begehung durch Täuschung auch bei den anderen Vermögensdelikten (i. w. S.) zugibt⁷, wegen der weiten Fassung des Angriffsobjekts beim Betrage und den anderen Vermögensdelikten i. e. S. in der Praxis der Strafrechtspflege nachteilig auswirken muß. Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus ist sie daher keinesfalls zu billigen.

Wird somit der „*Verfügung*“ ihre juristisch-technische Bedeutung abgesprochen, so verliert sie damit jede besondere Qualifikation; Verfügung bedeutet dann lediglich das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen der Täuschung und dem Vermögensschaden. Erst damit aber gewinnen wir volles Verständnis für die Aushilfsfunktion dieser Tatbestände⁸. Wie vorher durch die Aufnahme des sämtliche Angriffsobjekte umfassenden Ausdrucks „*Vermögen*“, so wird sie nunmehr weiter auch durch den Verzicht auf jede Qualifizierung der Angriffshandlung, durch Beschränkung auf das Erfordernis des Kausalzusammenhanges bestens gewährleistet. Auch insoweit also sind die Vermögensdelikte i. e. S. die Erben des römischen *Stellionats*.

Die Erkenntnis der ganz generellen Bedeutung jenes Begriffes enthebt uns nicht der Aufgabe, zu einigen in diesem Zusammenhange auftauchenden Fragen kurz Stellung zu nehmen. Zunächst ist festzustellen, daß die echte *Rechtsverletzung* natürlich von der Berücksichtigung nicht ausgeschlossen ist⁹. Wie das subjektive Recht die höchste Form des Interessenschutzes ist, die das Privatrecht kennt, so ist die Rechtsentziehung die gefährlichste

⁵ RGSt Bd. 61 S. 78; Bd. 62 S. 58; JW 1927 S. 2430 N. 20. A. A.: GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 125; KOFFKA: ZStrW Bd. 48 S. 701 und RGSt Bd. 62 S. 135. Die zuletzt genannte Entscheidung ist jedoch von dem erkennenden (2.) Senat neuestens aufgegeben worden (RGSt Bd. 66 S. 289, bes. S. 292!). Nach der gesamten Tendenz des neuen § 266 StGB ist jetzt eine zivilrechtliche Wirkung erst recht nicht erforderlich.

⁶ Hier könnte man sich allerdings notfalls durch die Annahme eines nachfolgenden, aber als „*Nachtat*“ straflosen Betrages helfen.

⁷ Was wir für die sog. Vermögensverschiebungsdelikte verneinen (vgl. unten S. 338 ff.).

⁸ Richtige Problemstellung bei GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 123; vgl. auch H. MAYER: ZBHR 1933 S. 146 Sp. 2 und o. S. 318/9.

⁹ Zu weit geht deshalb m. E. GRÜNHUT, wenn er (RG-Festg. S. 119) unter Berufung auf RG JW 1926 S. 2088 N. 1 und RGSt Bd. 42 S. 181 erklärt: „Nicht der

Form der Interessenverletzung, gegen die das Strafrecht den Inhaber des Rechts zu schützen sucht; und wie Zivil- und Strafrecht auch Gebilden von minderer rechtlicher Qualität ihre Anerkennung nicht versagen, so kann das Strafrecht auch leichtere Formen von Angriffen nicht unbeachtet lassen. Es gewährt Rechtsschutz auch bei Herstellung eines dem Recht widersprechenden (= rechtswidrigen) und bei Nichtherstellung des dem Recht entsprechenden tatsächlichen¹⁰ Zustandes, sowohl dann, wenn das Recht durch endgültige Nichtherstellung bzw. Herstellung entwertet, als auch dann, wenn es durch die ernsthafte Möglichkeit solcher Maßnahmen in seinem Werte gemindert wird. Würde die Rechtsordnung gegenüber solchem Einfluß tatsächlicher Verhältnisse die Augen verschließen, so würde sie wirklichkeitsfremd und zur Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgabe unfähig werden; denn die Mehrzahl aller *Rechtsverletzungen* erfolgt nicht durch die Entziehung oder Vernichtung des Rechtes, sondern gerade im Widerspruch mit einer bestehenden Rechtslage.

Eine solche Wertänderung des *Rechts* (infolge der Herbeiführung eines rechtswidrigen tatsächlichen Zustandes) geschieht wiederum auf zweierlei Weise: entweder durch rechtswidrige Entziehung von Vermögenswerten als Sach- oder Rechtseinheiten; oder durch (vorübergehende oder dauernde) Entwertung derselben¹¹.

1. Mit der Entziehung von Sachwerten haben wir es z. B. bei den Tatbeständen des Diebstahls, der Unterschlagung und der Pfandkehr zu tun; hier handelt es sich um die Entwertung dinglicher Rechte. Für obligato-

rechtliche Bestand einer Forderung, sondern ihr Geldwert und ihre tatsächliche Erfüllungbarkeit sind Vermögenswerte, welche das Strafrecht schützt.“

Zum Folgenden vgl. auch WAGNER: Beiträge zur Lehre von den Objekten des Verbrechens, insbesondere zur Lehre von den Objekten der Vermögensverbrechen (Diss. Erlangen 1897). Richtig: DOERR: Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897) S. 96 Anm. 2; zum Parallelproblem bei Diebstahl und Unterschlagung: MAYER: Die Untreue S. 108.

¹⁰ Am krassesten tritt solche Anerkennung tatsächlicher Einwirkungen auf rechtliche Verhältnisse dann hervor, wenn ein Vermögensschaden verneint wird, weil die Gegenleistung (zwar nicht dem nominellen, wohl aber) dem faktischen Wert der hingebenen Leistung entspreche.

Vgl.: Prolongation eines — ohnehin nicht beitreibbaren — Wechsels: RGSt Bd. 41 S. 74 = JW 1908 S. 382 Nr. 18. Das RG unterscheidet zwischen einer [formellen] Minderung von Gläubigerrechten und der wirtschaftlich zu ermittelnden Verschlechterung der Gesamtvermögenslage des Gläubigers (gegen RGSt Bd. 3 S. 332 [3]). Ähnlich: RGSt Bd. 39 S. 80 (3); RG IV 413/34 vom 23. V. 24 (nach Leipziger Komm. 4. Aufl. § 263, 6h).

Vgl. auch RG Recht 1914 (Bd. 18) Nr. 1015 (Bestimmung des Gerichtsvollziehers oder Gläubigers durch Täuschung, die Vollstreckung in einen bestimmten Gegenstand zu unterlassen, ist Vermögensbeschädigung nur dann, wenn anderweitige Befriedigung nicht zu erlangen ist und aus der unterbliebenen Vollstreckung Befriedigung zu erwarten war); ferner RGSt Bd. 67 S. 200.

Für den Fall des Kreditbetruges: GOLDSCHMIDT: Beiträge, ZStrW Bd. 48 S. 163 Ziff. 5.

¹¹ Über diesen Gegensatz auch MOMMSEN: Lehre vom Interesse (1855) S. 11.

rische Beziehungen gelten die §§ 288 StGB und 239ff. KO, die ebenfalls die Wertänderung durch Sachentziehung unter Strafschutz stellen. In der bloßen Nichterfüllung (bei vorhandener rechtlicher und faktischer Erzwingbarkeit) sieht das geltende Recht in der Regel¹² keinen strafwürdigen Sachverhalt.

Wir können uns diese Erkenntnisse für die Lösung eines verwandten Problems zunutze machen, nämlich die Frage, welche Grundsätze für die Bewertung der Gegenleistung bei der Ermittlung des Vermögensschadens nach der objektiven Theorie zugrunde zu legen sind.

Entsprechend dem Inhalt der §§ 288 StGB, 239ff. KO erscheint die Täuschung über die gegenwärtige Leistungsfähigkeit, aber auch die hinterlistige Entziehung der Pfandsache durch den Verpfänder¹³, als Vermögensschaden und deshalb als strafbarer Betrug; und ähnlich der Straflosigkeit bei bloßer Nichterfüllung wird man wohl auch das Fehlen der Erfüllungsbereitschaft bei vorhandener Erzwingbarkeit zur Annahme eines strafbaren Betrages nicht genügen lassen¹⁴. Keine Parallele im Gebiete der gewöhnlichen Rechtsverletzung findet der Fall, daß über die rechtliche Erzwingbarkeit der Gegenleistung getäuscht wird; hier ist u. E. Vermögensschaden vorhanden; und zwar auch dann, wenn der Gläubiger zwar den Mangel der rechtlichen Erzwingbarkeit kennt, aber vom Schuldner über dessen Erfüllungsbereitschaft getäuscht wird. Bei unklagbaren Ansprüchen ruht der Wert der Forderung allein auf der Bereitwilligkeit des Schuldners zur freiwilligen Leistung; wer hierüber täuscht, muß deshalb auch wegen Betrages gestraft werden.

2. Die Möglichkeit einer wechselnden Bewertung des formell gleichbleibenden Rechts infolge einer Wertminderung des Gegenstandes, auf den sich dieses Recht bezieht, läßt sich am besten durch den Gegensatz von Aktie und Obligation verdeutlichen: Der Nennbetrag der Aktie ist nicht bloß tatsächlich, sondern auch rechtlich nur Hülse, nur äußeres Indiz für die wirklichen Ansprüche des Aktionärs. Ändert sich der Wert des Unternehmens, so ändert sich in Wahrheit auch die Höhe des Anspruches. Der Obligations-Gläubiger dagegen hat einen Rechtsanspruch auf einen bestimmten Betrag, und nur auf diesen. Gleichwohl wird dieser Anspruch

¹² Ausnahmen z. B. §§ 298, 329 StGB. ¹³ RG DJZ 31 (1926) Sp. 1105.

¹⁴ Ebenso — wenigstens für Kreditgeschäfte — KYLL: a. a. O. S. 19/20; ENGELHARD: a. a. O. Diss. S. 13. — Rechtsprechung bei GOLDSCHMIDT: ZStrW Bd. 48 S. 162 Ziff. 4; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 4; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6f. und OLSHAUSEN-KIRCHNER (11. Aufl.) § 263 N. 20 II. Neuestens: RGSt Bd. 66 S. 40.

Daraus folgt: Einziehung einer Forderung des Vollmachtgebers in eigenem Interesse ist Untreue nur dann, wenn der Bevollmächtigte nicht zahlungsfähig ist; anderenfalls wird der Verlust kompensiert, es fehlt am „Nachteil“.

Weitergehend: RGSt Bd. 21 S. 364; Bd. 38 S. 266; Bd. 42 S. 420 und die dort Zitierten; ferner Rspr. Bd. 5 S. 168, Goldt.Arch. Bd. 37 S. 444; Bd. 50 S. 134; neuerdings RGSt Bd. 62 S. 33.

Dazu: BENDIX: JW 1931 S. 176; CAHN: JW 1931 S. 2772; THIES: a. a. O. S. 54. Gegen die oben vertretene Ansicht für § 266 N. F. wohl auch SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 51.

nicht stets für sicher gehalten; dies zeigt sich darin, daß das Papier unter den Nennbetrag sinken kann. Das bedeutet — im Gegensatz zu dem gleichen Vorgang bei der Aktie — einen Widerspruch zwischen dem formalen Rechtsanspruch und dessen derzeitiger Bewertung. Darin offenbart sich eben, daß man dem Rechtsanspruch nicht ganz traut, daß man ihn nicht für realisierbar hält; auch hier ein Widerspruch zwischen Recht und Wirklichkeit.

Das ist nur ein Beispiel einer Rechtsentwertung durch Sachentwertung. Es gibt deren viele. Die Frage ist dann wieder, ob hier der Schutz des Strafrechts eingreift. Für die gewöhnlichen Vermögensverschiebungsdelikte, aber wohl¹⁵ auch für die einfache Sachbeschädigung ist diese Frage zu verneinen. Wertminderung ist nicht Sachbeschädigung. Das hindert uns aber nicht, innerhalb der Kategorie der Vermögensdelikte i. e. S. die Möglichkeit eines Vermögensschadens durch Sachentwertung anzuerkennen. Betrogen ist deshalb, wer durch eine Täuschung veranlaßt wird, jemandem Mitteilungen über den Stand eines Unternehmens zu überlassen, die einen Sturz des Kurswertes der ihm gehörigen Papiere zur Folge haben; betrogen ist aber auch, wer über den wahren Wert getäuscht und dadurch bewogen wird, Wertpapiere zu ihrem Nennbetrage anzukaufen.

Das Beispiel der Aktien und Obligationen zeigt, daß auch eine nur vorübergehende Wertminderung als Vermögensschaden anzusprechen ist. Steigen später die Papiere erneut, so wird dadurch zwar der Schaden wiedergutmacht, doch der Tatbestand des Vermögensdeliktes bleibt erfüllt.

In dieser Erwägung liegt die Lösung eines Problems, das unter dem Schlagwort „*Vermögensgefährdung als Vermögensschaden*“ vielfach erörtert wurde¹⁶. Wie man sieht, ist das Problem — offensichtlich wieder unter dem Einfluß privatrechtlicher, d. h. kausaler Gedankengänge — falsch gestellt. Wir setzen ihm die These: Vermögensgefährdung ist Vermögensschaden entgegen¹⁷. Was sich später ereignet, interessiert das Strafrecht überhaupt nicht oder kommt doch nur für die Strafzumessung in Betracht. Daß aber die Vermögensgefährdung bereits eine Minderung des gegenwärtigen¹⁸ Ver-

¹⁵ A. A. ERIK WOLF: Festschrift f. RG Bd. V S. 58. — Die Frage ist in der Tat sehr zweifelhaft.

¹⁶ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER (II. Aufl.) § 263 N. 20; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 61; FRANK (18. Aufl.) § 263 V 4 a. E.

¹⁷ Richtig GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 122: „Die Ersetzung der juristischen Beurteilung durch wirtschaftliche Bewertung relativiert den Gegensatz von Verletzung und Gefährdung.“ Vgl. auch ECKSTEIN: Ger. Saal Bd. 78 S. 153; Goldt. Arch. Bd. 58 S. 85/6; KYLL: a. a. O. S. 27—34; DOERR: a. a. O. Über das Objekt S. 64 Anm. 1. Für die Untreue neuestens: H. MAYER: ZBHR 1933 S. 147. A. A. BINDING: Bes. Teil I S. 360 lit. f u. Anm. 5.

¹⁸ Vgl. GOLDSCHMIDT: ZStrW Bd. 48 S. 149ff., bes. S. 160 und die dort zitierten Entscheidungen des RG; RGSt Bd. 66 S. 371 u. 409; RG JW 1933 S. 1530 N. 13. Auch hier ist allerdings daran zu erinnern, daß wir von Schädigung (im technischen Sinne) nur dann sprechen, wenn die Vermögensminderung als solche auf einem rechtswidrigen Akt beruht (vgl. oben S. 314 u. Anm. 94). Daraus ergibt sich eine gewisse Ein-

mögensbestandes darstellt, läßt sich in doppelter Weise begründen: Wer sein Vermögen oder einen Bestandteil desselben im Zustande der Gefährdung veräußern will, wird sehen, wie hoch die Allgemeinheit das Maß der Gefahr einschätzt; und wer sich gegen Gefahren sichern, „*versichern*“ will, dem bietet die Höhe der Prämie die Möglichkeit gleicher Erkenntnis.

Auf dieser Grundlage löst sich das Problem des Vermögensschadens beim Kreditbetrug¹⁹ und bei der *Kredituntreue*²⁰ in befriedigender Weise²¹.

II. Die Begehungsform als Einteilungsgrundlage.

Als Grundlage für die Abgrenzung bleibt demnach nur die Begehungsform übrig. In der Tat werden sämtliche Vermögensdelikte i. e. S. durch die Eigenart ihrer Begehungsform charakterisiert, nämlich der Betrug durch die Täuschung²², die Untreue durch den Mißbrauch des Vertrauens (deshalb ist der 2. Fall des § 246 StGB *lex specialis* zu § 266), die Erpressung durch Gewalt oder Drohung (deshalb ist der Raub *lex specialis* bezüglich der zwangsweisen Entziehung von Sachen²³), der Wucher durch Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit.

schränkung, die insbesondere den Tatbestand der Untreue betrifft (vgl. H. MAYER: ZBHR 1933 S. 148; SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 51).

¹⁹ OLSHAUSEN-KIRCHNER § 263 N. 20 II; RGK (4. Aufl.) § 263 N. 6f., § 266 N. 20. Vgl. ERICH: Betrug bei Krediteröffnungsgeschäften (Goldt. Arch. Bd. 72 S. 321 ff., bes. S. 335—341), der — mit Recht — auf das Moment der Erhöhung des Risikos hinweist (S. 336), u. vor allem GOLDSCHMIDT: ZStrW Bd. 48 S. 149 ff.

²⁰ Es sei an frühere Ausführungen (o. S. 288 ff.) erinnert; die Rechtsprechung des RG machte bisher wegen des Tatbestandsmerkmals Vermögensbestandteil Bedenken geltend. Allerdings erstreckten sich diese Bedenken nur auf den Fall der Kreditgewährung, und auch da wollte das RG (RGSt Bd. 61 S. 6) Untreue bejahen, wenn das Kreditversprechen tatsächlich erfüllt und diese Erfüllung vom Vorsatz des Täters erfaßt worden war. Die eigentliche Untreuehandlung sollte dann in der Erfüllung liegen; daher mußte diese ebenfalls durch den Bevollmächtigten bewirkt werden (RGSt Bd. 64 S. 19; vgl. auch RG JW 1928 S. 1599 N. 43). Auch die Auffassung, die Verfügung über ein Blankoakzept sei Verfügung über einen Vermögensbestandteil i. S. des § 266 Ziff. 2 a. F., war in Wahrheit eine verschleierte Anerkennung der Strafbarkeit der Vermögensbelastung. RGSt Bd. 13 S. 376 u. Bd. 26 S. 247. — Dagegen MAYER: Die Untreue . . . S. 264; THIES: a. a. O. S. 44 und die dort Anm. 46 Zitierten. Zusammenstellung der Judikatur bei KRAKENBERGER: JW 1933 S. 114 Anm. zu Nr. 12.

Daß die Verfügung über einen dem Vollmachtgeber rechtswirksam zugesicherten Kredit einen Vermögensschaden darstellt, ist wohl unbestritten. Vgl. RGSt Bd. 62 S. 133, zust. THIES: a. a. O. S. 47.

Auch dies sind Streitfragen, die durch die Neufassung des § 266 erledigt sind (so richtig H. MAYER: ZBHR 1933 S. 147; SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 53/4).

²¹ Nur ein Sonderfall der Vermögensgefährdung ist endlich die Gefährdung der Durchsetzbarkeit eines Anspruches durch Entziehung von Beweismitteln. (Vgl. oben S. 332 A. 67.)

Anders RG Goldt. Arch. Bd. 52 S. 246: „Vollstreckbare Ausfertigung eines gerichtlichen Vergleiches“ als „Vermögensstück“, nicht dessen Entziehung als „Gefährdung des Anspruches“; generell H. MAYER: Untreue S. 272.

²² Übereinstimmend GRÜNHUT: RG-Festgabe Bd. V S. 124.

²³ Vgl. ZStrW Bd. 53 S. 44 Anm. 21.

Wir erörtern die Bedeutung dieser Abgrenzung für den Fall der Täuschung, also beim Betrüge. Man hat neuerdings²⁴ diese Begehungsform als mittelbare Selbstbeschädigung, und deshalb als einen Sonderfall der mittelbaren Täterschaft bezeichnet. Diese Erkenntnis ist zutreffend, hat aber für die hier zu behandelnden Fragen keine unmittelbar praktische Bedeutung; immerhin fügt sie sich sehr wohl in das Gesamtsystem ein und rechtfertigt zugleich die Lehre vom sog. Dreiecksbetrüge²⁵.

Es bleibt noch übrig, die Grenzen des Tatbestandes genauer zu bestimmen. Nicht jede in der Form der mittelbaren Selbstbeschädigung begangene Rechtsverletzung ist Betrug; der Tatbestand des § 263 StGB umfaßt vielmehr lediglich die *Vermögensverschiebungsdelikte*, diese aber auch alle²⁶.

Damit ist nicht gesagt, daß in den anderen Fällen überhaupt nicht gestraft werden kann; es treten dann vielmehr wieder die *normalen*, durch keine Begehungsform gekennzeichneten Tatbestände in Funktion. Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, gerade bei den Vermögensverschiebungsdelikten die Begehungsform der mittelbaren Selbstbeschädigung selbständig zu vertatbestandlichen, dürften darin liegen, daß sich hier infolge der Häufigkeit ihres Vorkommens ein besonderer kriminologischer Typus, der des *Betrügers*, herausgebildet hat; dessen Sonderbehandlung entspricht deshalb den Tendenzen des § 2 StGB.

Das Gesagte soll noch durch einige Beispiele erläutert werden, die z. T. erfunden, z. T. der Literatur entnommen wurden. Zuvor ist darauf hinzuweisen, daß wir bereits früher²⁷ einen Fall der Sachbeschädigung sowie einen

²⁴ ZIMMERL: Aufbau des Strafrechtssystems (1930) S. 150; Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, Z. f. ges. StrW Bd. 49 (1929) S. 39ff., S. 54; HEGLER: Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson, Festgabe für RICHARD SCHMIDT (1932) S. 51—78 bes. S. 56/7 Anm. 26 u. 27.

Vgl. schon DOERR: Über das Objekt . . . a. a. O. S. 189.

²⁵ Vgl. OLSHAUSEN-KIRCHNER § 263 N. 16, 24—27; FRANK (18. Aufl.) § 263 VI 2.

²⁶ Allerdings ist erforderlich, daß die Verfügung des Getäuschten selbst unmittelbar den Vermögensschaden herbeiführt und nicht etwa nur die Herbeiführung durch den Täter oder einen Dritten ermöglicht.

Dagegen ist nach der neueren und m. E. zutreffenden Rechtsprechung des RG nicht notwendig, daß der Verfügung über die schädliche Wirkung seines Tuns irrt (RGSt Bd. 52 S. 136 gegen RGSt Bd. 19 S. 191; 21 S. 162; 37 S. 80; 42 S. 60; Goldt. Arch. Bd. 54 S. 419; auch noch RGSt Bd. 44 S. 244). Es genügt ein Irrtum über die (wirtschaftliche oder ideale) Natur des Äquivalents, falls dieser zu einer Verfügung über wirtschaftliche Werte führt (objektive Theorie!); ein solcher aber muß gefordert werden; deshalb stellt der Irrtum über die Ernstlichkeit oder Durchführbarkeit der Drohung bei § 253 keinen zur Konstruktion eines Betruges geeigneten Sachverhalt dar.

Schwierigkeiten bereitet endlich der Fall, daß zunächst der Gewahrsam an einer fremden beweglichen Sache vom Täter vorsätzlich und in Zueignungsabsicht eigenhändig gebrochen, die Begründung des Tätergewahrsams aber durch den getäuschten Gewahrsamsinhaber selbst herbeigeführt wird. Sicher ist, daß man in diesem Falle nur Diebstahl oder Betrug annehmen kann, nicht etwa Idealkonkurrenz beider Delikte; welches von beiden man alsdann als gegeben ansieht, ist ziemlich gleichgültig; m. E. ist Diebstahl vorzuziehen.

²⁷ Vgl. oben S. 309 u. S. 317. Diese und ähnliche Fälle sind neuerdings in anderem

Fall der Körperverletzung durch mittelbare Selbstbeschädigung kennengelernt haben.

1. „Ein geübter Schwimmer, der sich über der Tiefe des Stromes mit halbem Körper oben hält und den am Ufer stehenden scherzend überredet, das Wasser sey nicht tief, betrügt den Anderen. Springt dieser in der Meinung ins Wasser, daß er Grund finde, und ertrinkt, so ist durch Betrug eine fahrlässige Tötung vollbracht.“ (Motive zum Preuß. StGB Bd. 4 S. 178, abgedruckt in Motive zum Revidierten Entwurf von 1833 S. 319 zu § 484).

2. *D u m m e r J u n g e n s t r e i c h*. Einige Knaben überredeten am Freitag den achtjährigen Sohn des Landwirts J., indem sie ihm Geldgeschenke versprochen, den eisernen Mast einer Starkstromleitung zu erklettern. Der Knabe kletterte an dem Mast empor, kam mit der Starkstromleitung in Berührung und stürzte ab. Er erlitt so schwere Verletzungen, daß ihm in einem Krankenhaus beide Arme abgenommen werden mußten (Frankfurter Generalanzeiger vom 10. IX. 1932 S. 3). Nach einer späteren Notiz starb der Knabe am folgenden Tage.

Hier kommen — je nach dem subjektiven Tatbestand — Mord, Totschlag, schwere Körperverletzung, fahrlässige Tötung oder fahrlässige Körperverletzung in Frage.

3. „Der Diener, der seinem Herrn den abverlangten Wein darreichte, worin Ersterer vorsätzlich eine zur Tötung hinlängliche Portion Gift gab, welche nach dem Austrinken den Tod des Herrn herbeyführte . . . begeht Meuchelmord.“ (VISINI: Beyträge zur Criminal-Rechtswissenschaft Bd. I S. 66).

Dazu ist bereits in den Motiven zum Preußischen StGB Bd. 4 S. 178 bemerkt: „*Der gewöhnliche Mord durch Vergiftung ist meist vorsätzliche Tötung durch Betrug.*“

4. „Der Kranke A. verlangt von dem B., daß dieser ihm eine Arznei darreichen sollte, und B. gibt ihm statt des verlangten Mittels absichtlich und um ihm zu schaden, ein anderes ähnliches, von dem er weiß, daß es die Krankheit verschlimmert und dem B. heftige Schmerzen machen wird.“ = Körperverletzung (GÜNTHER in Weiskes Rechtslexikon S. 76).

5. In Dostojewskys Roman „Das tote Haus“ wird berichtet, daß es bei Gefangenentransporten gelegentlich vorgekommen sei, daß zur Zwangsarbeit verurteilte Gefangene Kameraden, die lediglich zur Ansiedlung verschickt wurden, durch Täuschung über die Folgen dieses Schrittes veranlaßt hätten, sich beim Appell für jene auszugeben. Diese seien infolgedessen an Stelle der wirklich Verurteilten oft Jahre hindurch in Zwangsarbeit gehalten worden. = Freiheitsberaubung in mittelbarer Eigentäterschaft.

6. „Jemand möchte ohne Anwendung physischer Gewalt mit einem Mädchen den Beyschlaf pflegen, verspricht demselben schriftlich oder mündlich die Ehe, weit entfernt, sein Versprechen halten zu wollen; er erreicht dadurch seinen Zweck, verläßt aber dann die um ihre Ehre Betrogene. Wer wird nun in diesem Falle, wo die Rechtsverletzung gegen die öffentliche Sittlichkeit durch Entehrung einer Person unter der nicht erfüllten Zusage der Ehe vorliegt, nur einen Betrug sehen?“ (VISINI: Beyträge zur Criminal-Rechtswissenschaft Bd. I S. 66).

Das geltende Recht hat in § 179 StGB diesen Sachverhalt selbständig²⁸ unter Strafe gestellt.

Zusammenhänge, nämlich bei der Frage der mittelbaren Täterschaft bei rechtmäßig handelnder Mittelsperson, mehrfach erörtert worden. Vgl. statt vieler HEGLER: Festgabe für Richard Schmidt zum 19. Januar 1932 und MEZGER: ZStrW Bd. 52 S. 529 ff.

²⁸ Ebenso für den Fall der Begehung „durch Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ in den §§ 176 Ziff. 1 u. 177 (Notzucht).

7. A. hat auf seinem Boden eine alte Holzfigur gefunden; er fragt B. was er damit machen solle; B. rät ihm, sie in den Ofen zu werfen. A. tut, wie ihm geheißen, um dann von B. zu erfahren, daß er eine wertvolle alte Plastik verbrannt habe. = Sachbeschädigung.

8. „Wenn einem Staatsmann ein Dritter, der dem Interesse des Landes feind ist, als der Bevollmächtigte einer befreundeten Macht vorgestellt, und jener dadurch veranlaßt würde, gegen diesen mit Eröffnungen herauszugehen, die, nachdem sie zur Kenntnis des Feindes gekommen sind, die größten Nachteile, vielleicht den Ruin des Staates herbeiführen . . .“ (GÜNTHER: Weiskes Rechtslexikon S. 85).

Hier begeht derjenige, welcher den Dritten in Kenntnis der Sachlage vorstellt, wenn er Angehöriger des Deutschen Reiches ist, Landesverrat; doch paßt der Fall nicht genau hierher.

9. „Wer wissentlich einem Anderen durch Benützung seines Irrthumes Kleidungsstücke verkauft, die von einem an einer ansteckenden Krankheit Verstorbenen herühren, und ihm zur Vertilgung von der Gesundheitsbeschau-Commission anvertraut waren . . . macht sich der Übertretung gesundheitspolizeilicher Vorschriften schuldig.“ (VISINI: Beyträge zur Criminal-Rechtswissenschaft Bd. I S. 66).

Den Abschluß dieser Erörterungen mag die Entscheidung eines bekannten Falles bilden:

10. Jemand erlangt dadurch, daß er sich fälschlich als Angestellter der Gasanstalt ausgibt, der beauftragt sei, den Zähler zu kontrollieren, Eintritt in eine Wohnung. In einem unbeobachteten Augenblick verschwindet er mit einem Teile der Garderobe. Durch Täuschung ‚erlangt‘ ist hier lediglich der Eintritt in die Wohnung. Es liegt deshalb gewissermaßen Hausfriedensbruch durch Täuschung vor. Dazu kommt als selbständige Handlung ein Diebstahl. An der Annahme eines schweren Diebstahls ist man gehindert, wenn man mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁹ für die Tätigkeit des Einbrechens und Einsteigens Eigenhändigkeit verlangt und insoweit die Form mittelbarer Täterschaft überhaupt ausschließt.

Doch ist zuzugeben, daß gerade die Entscheidung dieses Falles durchaus nicht unzweifelhaft erscheint. Sieht man nämlich in der Öffnung der Wohnung — ebenso wie in der Tötung des Hofhundes — bereits eine Lockerung des Gewahrsams, so könnte man die Annahme von Betrug mit der Erwägung rechtfertigen, daß auch eine Gefährdung des Vermögensbestandes genüge und eine bestimmte Art der Verfügung, insbesondere eine solche rechtlicher Natur, nicht erforderlich sei. Dennoch erscheint mir die erste Lösung als die richtigere. Denn bei jener Rechtsprechung zu § 242 handelt es sich um die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Anfang der Ausführung, und da geht die Tendenz dahin, im Interesse der Strafrechtspflege das Gebiet der straflosen Vorbereitungshandlungen nicht allzuweit auszuweiten. Hier aber wollen wir zwei verschiedene Deliktstatbestände nach der Begehungsweise voneinander unterscheiden; dafür aber muß die eigentliche Ausführungshandlung maßgebend sein, und das ist im vorliegenden Falle, soweit der Verlust der Garderobe in Frage steht, m. E. die Wegnahme der Sachen³⁰.

²⁹ Vgl. RGSt Bd. 24 S. 86; 52 S. 128; 56 S. 48.

³⁰ Einen Fall des Verstrickungsbruches begangen durch Täuschung des Voll-

Fünftes Kapitel.

Der Begriff des Vermögensvorteils.

Schon rein sprachlich bildet die Lehre vom Vermögensvorteil das Gegenstück zur Lehre vom Vermögensschaden. So liegt es nahe, diese Parallele auch begrifflich-dogmatisch durchzuführen¹. Zwingend ist dies natürlich nicht². Der Gesetzgeber verwendet wiederholt gleiche oder gleichartige Ausdrücke für sachlich Verschiedenes. Jedenfalls wird aber damit auch die Problematik der Lehre vom Vermögensvorteil durch die beiden Gegensätze: subjektive — objektive Theorie und juristischer — faktischer Vermögensbegriff gekennzeichnet.

1. Hinsichtlich des Gegensatzes von juristischem und faktischem Vermögensbegriff ist die Entscheidung der Frage ziemlich einfach. Das Erfordernis eines rechtswirksamen Erwerbes ist natürlich auch hier abzulehnen, schon deshalb, weil der Begriff des Vermögensvorteils nicht nur in Beschränkung auf solche Delikte verwendet wird, bei denen eine — wenn auch erzwungene oder erschlichene — Einwilligung des Verletzten die Übertragung ermöglicht (§§ 268, 348 StGB). Damit entfällt aber jeder Anlaß, den Begriff auf das faktische Substrat subjektiver Rechte zu beschränken. Im übrigen kann auf die Ausführungen im 3. und 4. Kapitel verwiesen werden³.

Nur ein Punkt bedarf der Klarstellung: Die Gründe, die uns veranlaßten, die Entziehung rechtlich nicht anerkannter Güter oder Positionen von dem Begriff des Vermögensschadens auszuschließen⁴, haben für den Begriff des Vermögensvorteils keine Gültigkeit. Daß der Vermögensvorteil rechtswirksam erlangt sein müsse, fordert das Gesetz auch sonst nirgends. Die Tatsache, daß es sich um gestohlenen oder sonst rechtswidrig erlangtes Gut

streckungsbeamten enthält RGSt 15 S. 205 (dazu GRÜNHUT: JW 1932 S. 678 zu Nr. 33).

Einen Fall des § 289 StGB hat das OLG Dresden (in JW 1932 S. 1767 Nr. 10) zutreffend entschieden.

Richtig die grundsätzliche Bemerkung von SCHLESINGER: Vermögensbeschädigung bei Betrug (Diss. München 1894) S. 34/35. KÖHLER: a. a. O. (Grenzlinien S. 10) nimmt — m. E. mit Recht — Idealkonkurrenz zwischen Freiheitsberaubung und Körperverletzung an, „wenn die Freiheitsberaubung dadurch begangen wird, daß jemand veranlaßt wird, eine funktionierende Elektrode anzufassen, von der er sich nicht losreißen kann“.

¹ Das befürworten BINDING: Lehrb. Bes. Teil I S. 363 b, RGK (4. Aufl.) § 263 N. 7.

² Gegen die Parallelisierung HELLMUTH MAYER: Untreue S. 304; ROMMEL: Betrug (1894) S. 70, 76; BRAUWEILER: a. a. O. S. 191.

³ Einzelheiten bei JEHL: Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug (Diss. Erlangen 1905) S. 35—44, der aber mit RGSt Bd. 33 S. 333 — wohl zu Unrecht — auch die Vermeidung der Bestrafung als Vermögensvorteil ansieht. Richtig dagegen: RGSt Bd. 2 S. 41.

⁴ Vgl. oben S. 329.

handelt, steht deshalb der Annahme eines Vermögensvorteils nicht entgegen. Nur wo das Gesetz (wie in § 263 StGB) ausnahmsweise einen „*rechtswidrigen*“ Vermögensvorteil verlangt, kommt jenem Umstand eine gewisse Bedeutung zu; insofern nämlich, als in diesem Falle die Einwilligung des Eigentümers, und nur diese, die Rechtswidrigkeit ausschließen würde.

2. Schwieriger gestaltet sich die Stellungnahme zu dem Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie. Sie wird zum Teil durch die Lösung eines ganz anderen Problems, nämlich der Identität von Vermögensschaden und Vermögensvorteil, präjudiziert.

Die Frage ist außerordentlich streitig. In der Wissenschaft stehen sich Meinung und Gegenmeinung scharf gegenüber⁵. Die Rechtsprechung schwankt. Doch neigt das Reichsgericht jetzt beim Betrüge⁶ wie bei der Erpressung⁷ zur Ablehnung jener Lehre.

Praktisch bedeutet der Verzicht auf die Identität, daß man jene Tatbestände als Gewinnsuchts-, nicht als Wertverschiebungsdelikte auffaßt, m.a.W. ihre Eigenart in dem Erfordernis eines kriminalpolitischen Tätertypus, nicht in der besonderen Ausgestaltung des objektiven Sachverhalts erblickt.

Bei der Entscheidung findet man im Wortlaut des Gesetzes wenig Anhalt. Für die Lehre von der Identität spricht vor allem, daß der gesamte Aufbau des Strafgesetzes nach objektiven Gesichtspunkten erfolgt ist und das Gesetz kriminalpolitische Typen als Grundlage der Systematik auch sonst nicht kennt. Bei dieser Auslegung würde der sprachliche Gegensatz von „*gewinnsüchtiger Absicht*“ (§§ 302/2 und § 133 StGB) und „*Vermögensvorteil*“ (§§ 263, 266 Abs. 2, 268, 348 u.a.m.) auch sachliche Bedeutung erlangen.

Folgt man dieser Argumentation, so ist damit die Stellungnahme für oder gegen die objektive Theorie durch die Entscheidung der Frage in der

⁵ Vgl. etwa MERKEL: Lehre vom Betrüge S. 90ff.; BINDING: Bes. Teil Bd. I S. 362, Anm. 1, S. 364 Anm. 3 und dort Zitierte; ECKSTEIN: Ger. Saal Bd. 78 S. 149ff (er beruft sich insbes. auf die Parallele zum Diebstahl auch im Strafmaß u. bzgl. der Strafschärfung bei Rückfall!); JEHLE: a. a. O. S. 29.

⁶ RG Rsp. Bd. III S. 202/3; RGSt Bd. 17 S. 266, Bd. 27 S. 217 gegen RGSt Bd. 5 S. 277. Vgl. auch Rspr. Bd. VI S. 463.

⁷ So — wenigstens dem Wortlaut nach — RGSt Bd. 3 S. 426, Bd. 53 S. 281; Rspr. Bd. VI S. 94.

Dort wird das Erfordernis der Identität ausdrücklich geleugnet; verlangt wird nur, daß der Vermögensvorteil durch die Nötigung verursacht worden ist; aber da hierfür nicht jeder Kausalzusammenhang genügen, vielmehr der erlangte Vorteil (nicht etwa nur — wie beim Erfordernis der sog. Vermögensverfügung in § 263 StGB — der Vermögensschaden) unmittelbar auf der Handlung des Bedrohten beruhen soll, so gelangt das RG im Ergebnis doch wieder in bedenkliehe Nähe des von ihm abgelehnten Standpunkts. Vgl. neuestens RGSt Bd. 67 S. 200.

In der Tat ist ein Fall von Erpressung ohne Identität von Vermögensschaden und Vermögensvorteil bisher vom Reichsgericht nicht entschieden worden. In den zitierten Entscheidungen ergab sich der Freispruch der Angeklagten stets schon daraus, daß es an dem Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eintrittes des Vermögensschadens fehlte.

Lehre vom Vermögensschaden ohne weiteres gegeben. Wir bekennen uns demnach — unserer Grundeinstellung gemäß — auch hier zur subjektiven Theorie⁸, während die herrschende Lehre zur gegenteiligen Ansicht gelangt; sie muß infolgedessen auch beim Vermögensvorteil eine Kompensation für zulässig halten⁹.

Gleiches gilt dort, wo das Gesetz lediglich einen „Vorteil“ verlangt (z. B. §§ 257 S. 2, 259); zwar ist „Vorteil“ der weitere Begriff und umfaßt auch solche Vorteile, die nicht Vermögensvorteile sind. Aber er umfaßt natürlich auch die letzteren, und insoweit gilt das eben Gesagte. Allerdings kann in diesen Fällen sinnvollerweise von einer Identität keine Rede sein.

Wer also auf dem Standpunkt der objektiven Theorie steht, muß grundsätzlich auch hier die Möglichkeit einer Kompensation anerkennen. Das ist eigentlich selbstverständlich, tatsächlich aber in der Literatur bisher nicht genügend beachtet¹⁰. Erst neuerdings hat KOHLRAUSCH¹¹ diesen Standpunkt für § 259 StGB gegen das Reichsgericht vertreten. In dem dort zur Erörterung stehenden Falle hatte der Angeklagte dem Diebe ein Darlehen gegeben und dafür Sachen, von denen er wußte, daß sie gestohlen waren, in Pfand genommen. Hatte er Gelegenheit, das Darlehen unter den gleichen Bedingungen an eine andere Person zu vergeben, so ist nach der objektiven Theorie ein Vermögensvorteil¹² nicht vorhanden, da der Vorteil des Zinsgenusses und der Pfandsicherheit kompensiert wird durch den Verlust der Möglichkeit, entsprechende Vorteile auf anderem Wege zu erlangen¹³. Dieses Argument hält KOHLRAUSCH¹⁴ deshalb dem Reichsgericht, das ja ebenfalls die objektive Theorie vertritt, mit Recht entgegen. KOHLRAUSCH beruft sich allerdings in jenem Zusammenhange in erster Linie auf den

⁸ Daß und warum der Wortlaut nicht entgegensteht, habe ich bereits an früherer Stelle (oben S. 286 Anm. 4) dargelegt. Die praktische Bedeutung des Gegensatzes ist gering, da ja zum Wesen der immateriellen Werte ihre generelle Unübertragbarkeit gehört. (Anders, wenn man sich — wie bei § 242 StGB — mit der einfachen „Zueignung“ des Angriffsobjekts begnügt.) Im wesentlichen aber beruht die Bedeutung des Gegensatzes auf der Unzulässigkeit der Kompensation. Vgl. oben Einleitung S. 6ff. u. S. 299ff.

⁹ Beispiel: Wer jemand durch Täuschung veranlaßt, ihm einen Gegenstand zum normalen Preise zu verkaufen, erlangt keinen Vermögensvorteil; natürlich fehlt es dann auch am Vermögensschaden. Vgl. RGJW 1896 S. 541 N. 24; JW 1912 S. 424 N. 24; Goltd. Arch. Bd. 45 S. 39. Richtig JEHLE: a. a. O. S. 23 unter Berufung auf RGSt Bd. 17 S. 234.

¹⁰ Richtig: RGK (4. Aufl.) § 263 N. 7; FRANK (18. Aufl.) § 263 IV; JEHLE: a. a. O. S. 23.

¹¹ JW 1932 S. 1559 Nr. 10 (Anm.). Die Entscheidung auch in RGSt Bd. 66 S. 337.

¹² Ein Nicht-Vermögensvorteil kam in jenem Fall offenbar nicht in Frage. Er hätte bei § 259 an sich auch genügt; vgl. RGSt Bd. 45 S. 65; Bd. 50 S. 308; Bd. 54 S. 341.

¹³ Auch eine geringere Höhe des Zinsfußes würde noch nicht ohne weiteres einen Vermögensvorteil beweisen, da ja im vorliegenden Falle das Risiko höher ist und entsprechend bezahlt wird (so richtig KOHLRAUSCH: a. a. O.).

¹⁴ A. a. O. (JW 1932 S. 1560 Sp. 1). In der Tat geht auch RGSt Bd. 54 S. 338 (341/2) von einer streng objektiven Auffassung aus.

Wortlaut des Gesetzes. Würde die Erlangung der Sache als solcher genügen, so meint er, dann wäre das Erfordernis „*seines Vorteils wegen*“ beim „*Ankaufen*“ und „*Zum Pfande nehmen*“ pleonastisch. Zur Widerlegung der subjektiven Theorie erscheint uns dieses terminologische Argument allein nicht ausreichend. Es würde genügen, wenn jenes Tatbestandselement seine Bedeutung für die beiden anderen Formen der Deliktsverwirklichung, „*Verheimlichen*“ und „*Zum Absatz Mitwirken*“ bewahrte. Solche sprachlichen Unebenheiten sind unvermeidlich und dürfen in ihrer Bedeutung für die Dogmatik nicht überschätzt werden.

Sechstes Kapitel.

Das System der Vermögensdelikte im geltenden Strafrecht.

Die Erörterungen über den Vermögensbegriff sind damit in ihren Grundzügen zu Ende geführt. Ihr wesentliches Ergebnis geht dahin, daß der Vermögensbegriff die sprachliche Zusammenfassung für sämtliche — innerhalb der Kategorie der Vermögensdelikte i. w. S. — in Frage kommenden Angriffsobjekte ist. Diese Erkenntnis ruht, wie überhaupt die gesamten Untersuchungen, auf dem Satz, daß die Auslegung der einzelnen Tatbestände nur unter Berücksichtigung des Gesamtsystems möglich ist¹. Deshalb braucht der Vermögensbegriff nicht in allen Bestimmungen des Gesetzes die gleiche Bedeutung zu haben; darüber entscheidet allein das positive Recht. Andererseits folgt daraus aber, daß sich die Problematik des Vermögensbegriffes auf sämtliche Vermögensdelikte i. w. S. übertragen lassen muß.

An Versuchen in dieser Richtung ist denn auch die Literatur des Strafrechts nicht arm. Wir nennen nur die wichtigsten. Für die Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung vertritt VON BAR² ebenfalls die objektive Theorie, lehrt also den Ausschluß von immateriellen und Affektionswerten. Bei der Auslegung des § 303 StGB neigt sogar das Reichsgericht³ zu dieser

¹ A. A. BINDING: Lehrb. Bes. Teil I S. 238; ECKER: a. a. O. S. 16 Anm. 2; JACOBOWITZ: a. a. O. S. 28; HELLMUTH MAYER: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen (1926) S. 146ff.; kritisch auch CHAUVEAU-HÉLIE: Théorie du code pénal (5. ed.) Tom. II chap. XVII p. 2.

² VON BAR: Magazin für deutsches Recht Bd. IV S. 16ff.; ebenso PAČIĆ: Über das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten (Diss. Erlangen 1897) S. 26, 28ff. — De lege ferenda ebenso AUGUST OTTO KRUG: a. a. O. S. 234; dazu DOERR: Über das Objekt a. a. O. S. 199 und BINDING: a. a. O. S. 256 A. 5. Wegen MERKEL u. HÄLSCHNER oben S. 254 Anm. 207.

³ Vgl. oben S. 1 u. Anm. 2/3; RGSt Bd. 10 S. 120; dagegen — mit Recht — BINDING: Lehrb. Bes. Teil I S. 248 Anm. 4. — Entsprechend ergibt sich als Parallele zur Lehre von der „Verfügung“ die Frage, ob die Sachbeschädigung eine Vermögensminderung (i. S. der objektiven Theorie) zur Folge haben müsse. Das verneinen RGSt Bd. 33 S. 180 und BINDING: a. a. O. S. 250 Anm. 1. Sachbeschädigung liegt nach ihnen selbst dann vor, wenn sie „eine Vermögensvermehrung im Gefolge haben

Auffassung, indem es verlangt, daß die Sache irgend einen wirtschaftlichen Wert haben müsse. Dem Gedanken C. LUEDERS, die Sachbeschädigung de lege ferenda zur Vermögensbeschädigung⁴ auszugestalten, kommen die Ausführungen ERIK WOLFS⁵ de lege lata ziemlich nahe. Schließlich hat JOHN⁶ den Versuch unternommen, die geltenden Diebstahlsnormen im Sinne reiner Vermögensverletzung zu interpretieren.

Auch wenn wir diese Lehren für das geltende Recht⁷ ablehnen, bleibt doch ihr Ansatzpunkt, die Überzeugung von der Einheitlichkeit der Vermögensdelikte, durchaus billigenswert. Deshalb ist gerade die Theorie vom Vermögensbegriff geeignet, die Grundlagen für ein System der Vermögensdelikte zu entwickeln. Die früheren Ausführungen haben das Material hierfür geliefert. Wir skizzieren im folgenden kurz das Ergebnis:

Die Grundlage des Systems bildet die Unterscheidung der einzelnen Angriffsobjekte: z. B. Leben, Körper und Gesundheit, Ehre, äußere und innere Freiheit, Hausfrieden, Wahrung des Geheimnisses, Schutz der Gefühle⁸ und die große Kategorie der sog. „Vermögensgüter“, die wir als „Positionen von (konkreter oder abstrakter) Verfügungsmacht“ umschrieben haben⁹. Sie bilden die Objekte der Vermögensdelikte i. w. S., und ihre Zusammenfassung heißt Vermögen.

Bisweilen begnügt sich das geltende Recht mit der Bezugnahme auf den Vermögensbegriff, so bei den Vermögensdelikten i. e. S., und überläßt dessen Auflösung der Tätigkeit des Richters. Bisweilen erwähnt es das Erfordernis eines Angriffsobjektes überhaupt nicht, was praktisch auf dasselbe hinauskommt¹⁰.

Soweit eine Spezialisierung durchgeführt ist, erfolgt sie im Anschluß an die juristische „Vorformung“ im Privatrecht. Dadurch ergibt sich die Unterteilung in dingliche, sonstige absolute und Forderungs-Rechte.

Bei den dinglichen Rechten wird weiter unterschieden; neben das Eigentum an unbeweglichen Sachen treten das Eigentum, die Pfand- und Zurückbehaltungsrechte sowie das Aneignungsrecht an beweglichen Sachen. Dazu kommt noch die Beeinträchtigung des Rechtes an elektrischer Energie (Gesetz vom 9. April 1900).

sollte“ (RGSt 33, 180), „denn die Sachbeschädigung ist verschieden von der Vermögensbeschädigung“. Vgl. auch DOERR: a. a. O. S. 73.

⁴ Die Vermögensbeschädigung (Leipzig 1867) bes. S. 50—52.

⁵ RG-Festschrift Bd. V S. 44.

⁶ ZStrW Bd. I S. 245—267. Dagegen BINDING: a. a. O. S. 256 A. 5 mit weit. Literatur, auch WAGNER: a. a. O. S. 61 und SAUER: Goldt. Arch. Bd. 63 S. 286, 293 A. 25, 299 f.

⁷ Meine Stellungnahme de lege ferenda behalte ich mir ausdrücklich vor.

⁸ MISCH (Der strafrechtliche Schutz der Gefühle Diss. Heidelberg 1911) unterscheidet den Schutz des religiösen Gefühls, der Pietät, des Sittlichkeitsgefühls und des Mitgefühls mit Tieren.

Systematisch zutreffend die Bem. S. 43: „in zahlreichen Fällen ist die Gefühlsverletzung als konsumiert durch die Verletzung eines anderen Rechtsgutes anzusehen.“

⁹ Oben S. 299 Anm. 40.

¹⁰ Z. B. bei den meisten Tatbeständen der handelsrechtlichen Untreue.

Die bloße Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen ist im allgemeinen nicht strafbar. Ausnahmen von dieser Regel finden sich im Strafgesetzbuch (§§ 297/8, 329) und vor allem in den Nebengesetzen. Die Verletzung von Forderungsrechten wird dagegen stets bestraft, wenn sie durch Vollstreckungsvereitelung (§§ 288 StGB, 239ff. KO) erfolgt. Das Problem des Vermögensbegriffes spielt dabei keine entscheidende Rolle.

Bei § 288 StGB liegen die Verhältnisse allerdings gerade in dieser Beziehung eigenartig, obwohl auch dort von „Bestandteilen seines (scil. des Schuldners) Vermögens“ die Rede ist. Doch bilden sie dort nicht das Angriffsobjekt, d. h. das Objekt in juristischer Vorformung, sondern lediglich das von OPPENHEIM¹¹ sog. „Handlungsobjekt“, d. h. den Gegenstand im faktischen Machtbereich, an dem sich, rein äußerlich gedacht, der Eingriff vollzieht. Der Vermögensbegriff läßt sich deshalb hier nicht aus dem System der Angriffsobjekte heraus bestimmen. Deshalb steht nichts entgegen, ihn — wie das Reichsgericht Bd. 61 S. 408 es tut — grundsätzlich von dem Vermögensbegriff des § 263 StGB und der übrigen Vermögensdelikte i. e. S. sowie auch von dem privatrechtlichen Vermögensbegriff zu differenzieren¹². Für die Systematik ist aber ein solcher Vermögensbegriff ohne Bedeutung.

Am schwierigsten gestaltet sich die Einordnung der Untreuebestimmungen. Die Diskussion hierüber ist gerade in neuester Zeit stark in Fluß gekommen und hat auch eine umfangreiche monographische Behandlung der

¹¹ Vgl. oben S. 276 Anm. 17.

¹² Zuzustimmen ist dem RG m. E. ferner darin, daß § 288 StGB auch Ansprüche auf Leistung bestimmter Gegenstände, d. h. „Individualansprüche“ schützt.

Das RG geht aber noch einen Schritt weiter; es sucht den Kreis der schutzbetreffenen Gegenstände einzig und allein aus den Normen des Vollstreckungsrechts heraus zu bestimmen und definiert das Vermögen in diesem Sinne „ganz allgemein als den — gleichviel ob rechtlichen oder tatsächlichen — Machtbereich, in den der Schuldner nach den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts die Vollstreckung zu dulden hat“. Das soll selbst dann gelten, wenn der Vollstreckungsgläubiger Eigentümer des betreffenden Gegenstandes ist. In diesen Fällen soll u. U. eine Konkurrenz mit § 246 vorliegen.

Dem ist nicht beizupflichten. Bloße Nichterfüllung obligatorischer Ansprüche ist nicht strafbar. Bloße Nichterfüllung des Eigentums herausgabeanspruches ebenfalls nicht; wohl aber dann, wenn sie verbunden wird mit dem Versuch, das fremde Eigentum dauernd in den eigenen Machtbereich zu überführen. Nur einen Einzelfall dieser Tätigkeit stellt die Vereitelung der Zwangsvollstreckung dar. § 246 StGB schließt ihn also in sich, ist — wenn man so will — insoweit *lex specialis* zu § 288 StGB (Beschränkung auf Sachen in fremdem Eigentum). Die Annahme einer Konkurrenz ist deshalb m. E. unzutreffend oder doch mindestens überflüssig.

Das gilt auch dann, wenn der zur Herausgabe der gestohlenen Sachen verurteilte Dieb die Vollstreckung vereitelt. Dann handelt es sich — sicher tatbestandsmäßig — um eine nachfolgende Unterschlagung (nämlich durch Vollstreckungsvereitelung), im übrigen aber um ein Problem der straflosen oder strafbaren Nachtat.

Richtig dagegen ist die Annahme des RG, daß auch ein Nichteigentümer sich des Delikts schuldig machen könne, etwa in dem dort angeführten Falle, „wo der Schuldner zur Herausgabe der Sache eines Dritten an den Gläubiger verurteilt wurde (vgl. § 841 in Verb. mit §§ 809, 846ff. ZPO)“. Handelte er allerdings gegen den Willen des Eigentümers, so würde ich nur Unterschlagung annehmen und die darin gleichzeitig liegende Verletzung des Forderungsrechts des Gl. als konsumiert ansehen. Liegt da-

Materie veranlaßt. Die Neufassung des § 266 stellt in zahlreichen Punkten eine Legalisierung der bisherigen Rechtsprechung dar und bedeutet einen vorläufigen Abschluß der Entwicklung. Eine grundsätzliche Erörterung der damit zusammenhängenden Probleme ist an dieser Stelle nicht beabsichtigt. Wir begnügen uns damit, das Fazit aus jenen Erörterungen für die Frage der Systematisierung zu ziehen.

Allein die Beantwortung dieser Frage bereitet doch recht erhebliche Schwierigkeiten. Sie läßt sich nicht trennen von jener anderen nach der grundsätzlichen Bedeutung des Delikts. Gerade aber darum geht der Streit. Man unterscheidet die „*Theorie des Vollmachtsmißbrauches*“ von der „*Treubruchstheorie*“. Als Begründer der ersteren gilt BINDING¹³, doch wird sie von seinen Anhängern in etwas modifizierter Form vertreten¹⁴. Die Treubruchstheorie wurde ausgebaut von FREUDENTHAL¹⁵; ihr gewichtigster Vertreter in neuerer Zeit ist HELLMUTH MAYER¹⁶. Bisweilen rechnet man auch das Reichsgericht zu den Anhängern der Treubruchstheorie¹⁷; gewöhnlich wird aber die Lehre des Reichsgerichts von den anderen Theorien scharf getrennt oder allenfalls neben der Theorie FREUDENTHALS unter dem Sammelbegriff der Geschäftsführungstheorien rubriziert¹⁸. Die Verwirrung wird vollständig, wenn dann schließlich auch die Lehre MAYERS mit der Theorie des Reichsgerichts identifiziert wird¹⁹.

So kommt man also offenbar nicht weiter. Deshalb empfiehlt es sich, das Problem von der grundsätzlichen Seite her anzufassen. Ist Schutzobjekt der Untreue *das Vermögen* oder eines der zum Vermögen gehörigen Einzelrechte, und welches von ihnen²⁰? Aufklärung hierüber kann für das

gegen ein Auftrag oder doch die Einwilligung des Eigentümers vor, so bleibt nur die letztere übrig. Sie fällt unter § 288 StGB, weil — seien wir ehrlich — der Ausdruck „Bestandteile seines Vermögens“ die Subsumtion der Forderungsverletzung durch Zwangsvollstreckungsverweigerung seitens des Nichteigentümers (im Gegensatz zu § 289 StGB, vgl. oben S. 322) gerade noch gestattet.

Ähnlich liegen die Verhältnisse im Falle der Veräußerung einer streitbefangenen Sache durch einen gutgläubigen Besitzer, doch wird es alsdann meist an der Rechtswidrigkeit fehlen.

Dem Satz des RG (S. 409), es handle sich bei § 246 u. § 288 StGB „um den Schutz eines ganz anderen Rechtsguts“ fehlt die Begründung; ich halte ihn nicht für zutreffend. Anders BRAUWEILER: a. a. O. S. 182.

Eine Parallele bildet die Rechtsprechung zu § 153 in Verbindung mit § 807 ZPO. Vgl. RGSt Bd. 60 S. 37 u. 69, Goldt. Arch. Bd. 57 S. 200.

¹³ Lehrb. Bes. Teil I S. 397 ff., bes. auch 401. Dazu MAYER: Untreue S. 309 ff.

¹⁴ Vgl. die bei MAYER: a. a. O. S. 84 Zitierten; ferner: THIES: a. a. O. S. 9/10. Über den Ggs. zu BINDING MAYER: Untreue S. 309 ff.

¹⁵ Die Untreue, Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 8 S. 105—159. Über Vorläufer FREUDENTHALS: PFEIFFER: a. a. O. S. 77 Anm. 1.

¹⁶ Untreue S. 79, 121, 175 (Näheres unten).

¹⁷ THIES: Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB (Strafrechtl. Abhandl. Heft 307 — 1932 —) S. 3/4. Mehr terminologisch abweichend SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 7/8.

¹⁸ PFEIFFER: a. a. O. S. 77 ff. bes. S. 83/4. Vgl. auch dens. S. 14 Anm. 84.

¹⁹ THIES: a. a. O. S. 4. ²⁰ PFEIFFER: a. a. O. S. 86/7.

geltende Recht nur der Wortlaut des Gesetzes geben. Untreue ist *nachteilige Verfügung über fremdes Vermögen*²¹ durch jemand, der zum Rechtsinhaber in vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen steht. Das dürfte unbestritten sein. Daraus ergibt sich aber in einem System der Angriffsobjekte eine doppelte Anknüpfungsmöglichkeit: das Vermögen bzw. die Vermögensinteressen, und die vertragliche oder vertragsähnliche Beziehung. Entweder wir halten den Begriff des Vermögens für das systematisch Primäre, dann ist die vertragliche Beziehung lediglich Modalität der Begehung²²; dann gehört die Untreue zu den Vermögensdelikten im engeren Sinne, und die ihr eigene Begehungsweise besteht in der Verletzung eines Vertrauensverhältnisses. Oder aber systematisch steht der Gedanke der Forderungsverletzung im Mittelpunkt der Betrachtung²³, dann bedeutet das Erfordernis der „*Verfügung über fremdes Vermögen*“ eine einschränkende Modalität der Begehungsweise; nicht jede bloße Nichterfüllung, sondern lediglich diejenige Vertragsverletzung, welche in der vertragswidrigen Verfügung über einen Vermögensbestandteil des Auftraggebers besteht, stellt sich als Verwirklichung des Tatbestandes dar.

Solange die nähere Bestimmung sämtlicher Tatbestandselemente nach den gleichen Grundsätzen erfolgt, hat die Einordnung des Tatbestandes in die eine oder andere Kategorie praktisch keine wesentliche Bedeutung. Wer sämtliche Begriffe nach streng zivilrechtlichen Grundsätzen beurteilt, kommt in beiden Fällen zum gleichen Ergebnis, ebenso wie derjenige, der sich bezüglich aller zu einer spezifisch strafrechtlichen Begriffsbildung bekennt. Die Sachlage ändert sich aber dann, wenn man — als Anhänger des Gedankens von der begrifflichen Akzessorietät — deren Bedeutung auf die Bestimmung gerade des Angriffsobjektes beschränkt, im übrigen aber einer freieren Begriffsbildung zuneigt. Dann gewinnt jene zunächst lediglich systematische Entscheidung nicht unerheblichen Einfluß auf die Auslegung des Tatbestandes²⁴. Das letztere gilt aber m. E. gerade auch für die Lehre des Reichsgerichts.

Versuchen wir, in diese Gegensätzlichkeit der systematischen Grundeinstellung die einzelnen früher erwähnten Theorien einzuordnen, so ergibt sich folgendes Bild: Die Lehre des Reichsgerichts wie auch die Theorie des Vollmachtsmißbrauches sehen in der Untreue ein Vermögensdelikt i. e. S.; für die systematische Betrachtung ist deshalb beiden der Begriff des *Vermögens*(bestandteiles) das maßgebende Element des Tatbestandes. Umgekehrt stellt die Treubruchstheorie die *vertragliche Beziehung* in den Vorder-

²¹ Die neue Fassung des § 266 verwendet die Ausdrücke „Vermögen“ und „Vermögensinteressen“ statt „Vermögensstück“. Damit ist die oben S. 289 Anm. 13 erörterte Streitfrage erledigt; das hier zu besprechende systematische Problem bleibt jedoch unberührt.

²² So z. B. CARTIER: a. a. O. S. 115; DOERR: a. a. O. S. 52 ff.; KÖNIG: a. a. O. S. 18.

²³ So z. B. DRAHEIM: a. a. O.; z. T. OPPENHEIM: a. a. O. S. 190.

²⁴ Vgl. dazu SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 8, wo allerdings die systematische Bedeutung dieses Gegensatzes nicht beachtet wird.

grund und faßt deshalb die Untreue systematisch als Forderungsverletzung auf. Das wird nun im einzelnen zu erweisen sein²⁵.

Falsch wäre zunächst die Annahme, daß für die Theorie vom Vollmachtsmißbrauch in irgendeiner ihrer Schattierungen die Vollmacht als solche Angriffsobjekt sei; das ist ja offensichtlich unsinnig. Die Vollmacht ist eben eine Macht, kein Recht; und zwar eine Macht des Bevollmächtigten, nicht des Vollmachtgebers. Sie kann durch Manipulationen des Bevollmächtigten nicht verletzt²⁶, sondern nur mißbraucht werden²⁷. Auch das Recht des Vollmachtgebers zur Erteilung der Vollmacht ist nicht Gegenstand des Angriffes. Verletzt werden kann insoweit immer nur das der Vollmacht zugrunde liegende Vertragsverhältnis²⁸; damit gelangt man zur Treubruchstheorie. Treubruchstheorie und Theorie vom Vollmachtsmißbrauch sind also insofern gar keine scharfen Gegensätze²⁹. Die für die Systematik entscheidende Fragestellung lautet nicht: Treubruchstheorie oder Theorie vom Vollmachtsmißbrauch, sondern: Untreue als Treubruch oder Untreue als Vermögensverletzung. Hat man sich alsdann für eins von beiden entschieden, so folgt die weitere Frage, ob die Tatbestandsmodalität der „*Verfügung durch einen Bevollmächtigten*“ streng privatrechtlich, mehr publizistisch oder rein faktisch zu bestimmen ist. Die gleiche Fragestellung ergibt sich alsdann für sämtliche übrigen Modalitäten des Tatbestandes.

Um die Theorie vom Vollmachtsmißbrauch richtig verstehen zu können, müssen wir deshalb zunächst fragen: hat BINDING die Untreue als Vermögensbeschädigung oder als Vertragsverletzung angesehen? Wir antworten mit BINDINGS eigenen Worten³⁰:

„Untreue ist die vorsätzlich rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens seitens seines berufenen Verwalters oder Behüters durch Mißbrauch der ihm gesetzlich zuerkannten Machtstellung.“

Die Untreue ist demnach Vermögensdelikt i. e. S. Darin stimmen auch die übrigen Vertreter der BINDINGSchen Lehre mit ihm überein³¹. Der

²⁵ Die Einteilung bei SCHWINGE-SIEBERT (a. a. O. S. 7/8) beruht auf einem anderen Gesichtspunkt (vgl. dazu bes. S. 8 Anm. 3).

²⁶ So irrig: THIES: a. a. O. S. 20. Auch die „systematische“ Bemerkung bei PFEIFFER (Strafrechtl. Abhandl. H. 303) S. 71 scheint von dieser Vorstellung auszugehen.

²⁷ So zutreffend die Neufassung des § 266 (Teil I), ohne daß deshalb die Vollmacht, d. h. das Außenverhältnis, als Schutzobjekt betrachtet werden darf. Es handelt sich lediglich um eine Modalität von praktisch geringer Bedeutung, da jedenfalls stets Teil 2 eingreift.

²⁸ Richtig MAYER: Untreue S. 105, 313; THIES: a. a. O. S. 19.

²⁹ Wie MAYER: Untreue S. 82 anzunehmen scheint; richtig dagegen der Sache nach SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 7 I I u. 2, S. 17 I I.

³⁰ Lehrb. Bes. Teil I S. 396ff. Nicht so klar die weitere Definition: „... Der Tatbestand der Untreue läßt sich aber in voller Allgemeinheit dahin fassen, daß Alle, welche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft berufen werden, über fremde Vermögensstücke zu verfügen, sich der Untreue schuldig machen, falls sie durch ihre Verfügung vorsätzlich die Inhaber jener Rechte schädigen“ (a. a. O. S. 398).

³¹ FRANK: Komm. Erl. I: „Vermögensbeschädigung durch Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht“; HEGLER: Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. Bd. X S. 152:

Unterschied zwischen ihnen liegt in der (systematisch sekundären) Bestimmung des *Bevollmächtigten* begriffes. Hier schlägt BINDING³² einen Mittelweg ein, indem er auf publizistische Vorstellungen zurückgreift, während seine Nachfolger das Prinzip der begrifflichen Akzessorietät zum Privatrecht auch insoweit durchgeführt wissen wollen.

Umgekehrt läßt sich — auch wenn man den Ausgangspunkt des Vermögensdelikts i. e. S. festhält — sehr wohl denken, daß man die zivilistische Begriffsbestimmung durch eine weniger formale, typisch strafrechtliche ersetzt³³. Ein solcher Wechsel der Grundauffassung findet aber seine Grenze bei der Definition des Begriffes: Vermögen bzw. (bisher) Vermögensstück, wofür man für das Angriffsobjekt die privatrechtliche Vorformung als ein begriffliches Erfordernis aller Vermögensdelikte (i. w. S.) ansieht. Wir tun dies, es scheint aber auch der Standpunkt des Reichsgerichts zu sein. Nur so wird die neuere Rechtsprechung zur Untreue verständlich. Niemals hat das Reichsgericht für sämtliche Tatbestandsmerkmale das Erfordernis privatrechtlicher Begriffsbildung aufgestellt. *Der Begriff des Bevollmächtigten* ist stets außerzivilistisch bestimmt worden. Bei den übrigen Tatbestandselementen (insbesondere der Verfügung)³⁴ nahm das Reichsgericht bei der Auslegung des § 266 Z. 2 a. F. früher einen strengeren Standpunkt ein, insbesondere soweit die Veruntreuung von Forderungen in Frage kam. In dieser Hinsicht hat es neuerdings seine Stellungnahme geändert³⁵. Es wollte sich mit faktischen Veränderungen des Vermögensbestandes begnügen, wie es das beim Betrüge stets getan hat. Doch sollte diese weitherzigere Art der Begriffsbestimmung bei der Auslegung des Ausdrucks „*Vermögensstück*“ keine Anwendung finden; dazu hat sich die Praxis nach anfänglichem Schwanken neuerdings wieder mit äußerster Entschiedenheit bekannt³⁶. Durch die Neufassung des § 266 StGB ist nun allerdings diese

„Speziell handelt es sich um Vermögensbeschädigung durch Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht“. Vgl. SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 8 Anm. 1. Anders aber LEOPOLD: Zum Tatbestand der strafbaren Untreue (Diss. Heidelberg 1908) S. 14 (bei MAYER, S. 84 Anm. 10).

³² A. a. O. S. 397, allerdings nur grundsätzlich, während er im einzelnen wegen der Fassung des § 266 Z. 2 ebenfalls eine engere Auslegung befürwortet (S. 399/400).

³³ Für das Vertragsverhältnis vgl. die Angaben bei SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 8 Anm. 5.

³⁴ Doch hat das RG niemals — wie BINDING — verlangt, daß die nachteilige Verfügung im Rahmen der Vertretungsmacht liegen müsse. BINDING ist zu diesem — im Zuge seiner Grundauffassung liegenden — Erfordernis gelangt, weil er eine feste Grenze zwischen Untreue und Unterschlagung ziehen wollte.

³⁵ Vgl. die hübsche Zusammenstellung bei PFEIFFER: a. a. O. S. 22 u. 25.

³⁶ Noch in einem anderen Punkte hat das RG bisher an dem strengeren Prinzip festgehalten: es forderte, daß der „Bevollmächtigte“ zu wirklich rechtsgeschäftlichem Tun befugt sein müsse. Der „Bote“ erschien daher nicht als taugliches Subjekt der Untreue. Vgl. RGSt Bd. 63 S. 334 u. 406, Bd. 43 S. 432, Bd. 42 S. 211. — Doch dürfte dieser Judikatur durch die Neufassung des § 266 (Teil 2) der Boden entzogen sein. Ob sich nicht im übrigen gewisse Einschränkungen für den Begriff des Treueverhältnisses als notwendig erweisen werden, bleibe dahingestellt. Für das Erforder-

Judikatur für den Begriff des „*Vermögensstücks*“ hinfällig geworden. Doch wird für den Ausdruck „*Vermögen*“ des ersten Teiles der Neufassung dasselbe gelten müssen³⁷. Es entspricht das durchaus dem Erfordernis privatrechtlicher Vorformung des Angriffsobjekts. Damit stimmt überein, daß auch das Reichsgericht die Untreue stets als Vermögensdelikt (scil. i. e. S.) angesehen und in Parallele zum Betrug gestellt hat. Seinen äußeren Ausdruck hat dieser Standpunkt darin gefunden, daß die Grundsätze, die man für die Vermögensbeschädigung des § 263 StGB entwickelt hatte, unverändert³⁸ auf die Untreue übertragen wurden.

Auch die Theorie des Individualanspruches wird auf dieser Grundlage durchaus verständlich³⁹. Ansprüche des Auftraggebers gegen den „*Bevollmächtigten*“ hatte allerdings das Reichsgericht früher⁴⁰ nicht für taugliche Objekte der Untreue i. S. des § 266 Z. 2 (a. F.) gehalten. Hiergegen hatte sich die immanente Kritik MAYERS⁴¹ gerichtet. Das hat zur Aufgabe dieses engeren Standpunktes geführt⁴². Damit war aber das Reichsgericht noch lange nicht zu einem Anhänger der Treubruchstheorie⁴³ geworden. Auch die Forderung des Auftraggebers gegen den „*Bevollmächtigten*“ sollte nicht stets taugliches Objekt der Untreue sein, sondern nur dann, wenn die Verfügung über sie „*durch Mißbrauch des Vertrauens*“ erfolgt war. Deshalb fiel die bloße Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen nicht unter § 266 Z. 2⁴⁴. Ähnlich läßt sich aber auch gegenüber der neuen Fassung des § 266 StGB argumentieren⁴⁵. Die Entscheidung muß daher m. E. hier in gleichem Sinne ausfallen. Für den Ausschluß der bloßen Nicht-

nis „einer Pflicht, fremdes Vermögen rechtsgeschäftlich zu verwalten“, auch heute noch H. MAYER: ZBHR 1933 S. 149; dagegen — m. E. mit Recht — SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 33/4 bes. Anm. 5; PESCHKE: DJZ 1933 Sp. 1099—1100.

³⁷ Anders ist allerdings m. E. bez. der „*Vermögensinteressen*“ im 2. Teile des neuen § 266 StGB zu entscheiden. Das hängt damit zusammen, daß wir im ersten Teile die Anerkennung der bisherigen Judikatur, im 2. aber eine Legalisierung der Treubruchstheorie FREUDENTHALS sehen (darüber unten S. 358). Daß der Gesetzgeber seinerseits tatsächlich beide Lehren vereinigen wollte, ergibt die Entstehungsgeschichte (vgl. SCHÄFER: DJZ 1933 S. 794; SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 17 I 2). PESCHKE (DJZ 1933 Sp. 1098) faßt beide Tatbestände des § 266 n. F. als Verletzungen des „*Vermögens*“ auf.

³⁸ Abgesehen von der Abweichung, die sich nach Ansicht der herrschenden Lehre aus der bisherigen Formulierung „*Vermögensstück*“ ergab.

³⁹ Die Konstruktion als solche ist durch die Neufassung überholt (EBERMAYER: a. a. O.; PESCHKE: DJZ 1932 Sp. 1099); deshalb soll auf die zivilrechtlichen Bedenken hier nicht eingegangen werden.

⁴⁰ Vgl. auch hier PFEIFFER: a. a. O. S. 22 u. 25.

⁴¹ S. 283ff., bes. S. 284 Anm. 81 („Für BINDING und LEOPOLD, welche entschieden die Untreue als Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Verfügungsgewalt betrachtet wissen wollen, ist das die notwendige Konsequenz“).

⁴² Mit Recht nennt GRÜNHUT (JW 1932 S. 2723 Anm. C zu Nr. 18) dies einen „*Sieg HELLMUTH MAYERS*“.

⁴³ I. S. FREUDENTHALS; (lediglich) terminologisch abweichend: SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 7/8.

⁴⁴ Vgl. RGSt Bd. 62 S. 20 u. S. 59.

⁴⁵ Vgl. oben S. 351 Anm. 36.

erfüllung kann ferner noch der systematische Zusammenhang angeführt werden. Auch bei den übrigen Vermögensdelikten, insbesondere bei dem Betrüge, ist die einfache Nichterfüllung nicht strafbar. Anders liegt es, wenn der Anspruch in seiner Existenz vernichtet wird; das kann auch dadurch geschehen, daß seiner Erfüllung die materielle Grundlage entzogen wird. Die Praxis hat allerdings bisher nur dann verurteilt, wenn es sich um einen Individualanspruch handelte. Das war vom Standpunkt des Reichsgerichts aus, d. h. wenn man die Untreue als Vermögensdelikt i. e. S. auffaßte, durchaus konsequent⁴⁶; es war dies auch gerade der Punkt, wo das Reichsgericht im Ergebnis von der „*eingeschränkten Treubruchstheorie*“⁴⁷ HELLMUTH MAYERS abwich⁴⁸. Die Konstruktion des sog. Individualanspruches war nämlich in erster Linie dazu bestimmt, die Bestrafung in allen denjenigen Fällen zu ermöglichen, in denen der veruntreute Gegenstand sich formell im Vermögen des Täters befand, materiell-wirtschaftlich aber dem „*Vollmachtgeber*“ zustand. Die Strafbarkeit sichert die Neufassung des § 266 Tl. 2 durch die Formulierung: „*wer . . . die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt . . .*“ Damit wird die Konstruktion als solche hinfällig; am Ergebnis ändert sich aber insoweit⁴⁹ verhältnismäßig wenig.

Abschließend ist also festzustellen, daß die Vertreter der Theorie vom Vollmachtsmißbrauch und das Reichsgericht darin übereinstimmen, daß sie die Untreue des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 a. F. systematisch zu den Vermögensdelikten i. e. S. rechnen⁵⁰, und daß dies auch für § 266 Teil 1 der Neufassung gelten muß⁵¹.

Anders die Theorie, welche die Untreue als Treubruch auffaßt⁵². Wir sind auch hier in der Lage, unsere Behauptung mit Zitaten zu belegen. FREUDENTHAL⁵³ sagt:

„So ist der Untreue eigen, daß der Täter ein fremdes Vermögensinteresse unter Verletzung der Rechtspflicht, dafür zu sorgen, schädigt. Die typische Art der Begehung von Untreue ist also die Verletzung dieser Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge.“⁵⁴

Die Begriffsbestimmung FREUDENTHALS ist äußerst lehrreich. Untreue ist Schädigung von Interessen⁵⁵, das sagt der erste Satz; da jedoch Interessen niemals Angriffsobjekte sein können, die systematische Einordnung aber die

⁴⁶ Das erfüllt richtig GRÜNHUT: JW 1932 S. 2723 Anm. C zu Nr. 18.

⁴⁷ Darüber Näheres weiter unten.

⁴⁸ Was MAYER: JW 1932 S. 1746 Anm. zu Nr. 22; JW 1929 S. 2731ff. sowie GRÜNHUT: JW 1932 S. 2732 Anm. C zu Nr. 18 ausdrücklich feststellen, und PFEIFFER: a. a. O. S. 27 Anm. 24 mit Unrecht bestreitet.

⁴⁹ Vgl. aber oben S. 351 Anm. 36 und unten S. 358.

⁵⁰ Nicht ganz zutreffend THIES: a. a. O. S. 9.

⁵¹ PESCHKE: DJZ 1933 Sp. 1098.

⁵² Vgl. oben S. 352 Anm. 43.

⁵³ Vgl. Darst. Bes. Teil Bd. 8 S. 117ff.

⁵⁴ Vgl. auch THIES: a. a. O. S. 7 Anm. 9.

⁵⁵ Ebenso § 266 Teil 2 der neuen Fassung! Es handelt sich also um einen Vermögensbegriff, der sich als Zusammenfassung von Interessen darstellt, d. h. wenn man jene Interessen auf die materiellen beschränkt (wie es die herrschende Lehre tut), um

Herausstellung eines bestimmten Angriffsobjektes verlangt, so wird als Angriffsobjekt das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten, genauer die daraus resultierende Forderung bezeichnet; das ist der Sinn des zweiten Satzes⁵⁶.

Auf dem gleichen Standpunkt steht MAYER, der dieses Ergebnis auch durch die historische Entwicklung fundiert sieht.

„Aus der geschichtlichen Entwicklung ergibt sich die tatsächliche gesetzgeberische Absicht mit aller wünschenswerten Deutlichkeit: Die Untreue ist auch im RStGB, was sie immer war, die dolose Zuwiderhandlung gegen die Pflicht, fremdes Vermögen ordnungsmäßig zu verwalten“⁵⁷,
oder

„So bleibt die Untreue, was sie bisher stets gewesen war, Bruch eines Vertrauensverhältnisses“⁵⁸,
endlich:

„Untreue ist die absichtliche Schädigung des anvertrauten Gutes durch Verletzung der besonderen Amtspflicht . . .“⁵⁹.

Würde man außerdem eine Vorformung des Angriffsobjektes verlangen, so wäre die Konsequenz dieser Theorie, daß nur privatrechtlich gültige Forderungen Gegenstand der Verletzung sein könnten. Diese Folgerung wird allerdings kaum gezogen, sei es daß man sich der grundsätzlichen-systematischen Bedeutung der Frage gar nicht bewußt ist, sei es daß man die privatrechtliche Vorformung ausdrücklich ablehnt⁶⁰.

den von uns sog. privatrechtlichen Vermögensbegriff (vgl. oben S. 317/8 und MAYER: Untreue S. 165).

⁵⁶ Es ist zuzugeben, daß diese Deutung der FREUDENTHALSchen Lehre nicht unbedenklich ist. F. trennt in seinen Erörterungen das Problem des „Handlungsobjekts“ (S. 100—114e) von dem der Begehungsweise („Art der Begehung“ S. 114—117f). Die im Text wiedergegebene Definition findet sich auf S. 116/7. Andererseits wird wohl unter Handlungsobjekt „das Handlungsobjekt“ im Sinne OPPENHEIMS zu verstehen sein. Es fehlt also die nähere Bestimmung des Angriffsobjekts überhaupt. Damit hängt es dann eben zusammen, daß F. den Ausdruck „Vermögensinteresse“ verwendet.

Für diese Interpretation spricht auch die Ablehnung des von LISZTSchenGedankens, „die Untreue im Kreise der Vermögensverbrechen zu den durch das Mittel des Angriffes gekennzeichneten Delikten zu stellen.“ (S. 1; anders de lege ferenda; S. 144.)

Hierher gehören ferner sicherlich auch: OPPENHEIM: Die Objekte des Verbrechens (1894) S. 190/1 und DRAHEIM: Untreue und Unterschlagung (v. Lilienthals Hefte 39) S. 65.

⁵⁷ MAYER, HELLMUTH: Die Untreue S. 79 (vgl. auch S. 45).

⁵⁸ A. a. O. S. 121; der sich an jener Stelle ebenfalls findende Satz, „daß die Untreue praktisch als Pflichtverletzung konstruiert werden kann, wobei nicht an die Verletzung des obligatorischen Verhältnisses als solchen zu denken ist“, widerspricht dem nicht. Er bedeutet nur, daß eine privatrechtliche Vorformung des Angriffsobjekts nicht stattfinden soll. Darüber weiter unten im Text.

⁵⁹ MAYER, HELLMUTH: a. a. O. S. 175; der vorhergehende Satz lautet interessanterweise: „Die Rechtsprechung, wie sie in den Fällen des § 266 Ziff. 1 richtig begründet und auch in den übrigen Fällen unter falscher Begründung tatsächlich durchgeführt wird, ist zutreffend.“

Ähnlich neuestens THIES: a. a. O. S. 7; CARTIER: Der objektive Tatbestand der Untreue (Diss. Bern 1902) S. 115.

⁶⁰ MAYER: a. a. O. S. 182 und bes. S. 187f Nr. 4 in Verb. mit S. 303 Anm. 128 und den grundsätzlichen Ausführungen S. 149.

Selbstverständlich sind die Anhänger der Treubruchstheorie nicht gezwungen, nun jede Verletzung des obligatorischen Vertrages als Untreue aufzufassen. MAYER⁶¹ lehnt das ausdrücklich ab. Schwierigkeiten bereitet dann nur die Abgrenzung. Auch MAYER hält die bloße Nichterfüllung nicht für genügend, will aber die Erfüllungsverweigerung in den Tatbestand einbezogen wissen und hält es für einen besonderen Vorteil seiner Theorie, daß sie die Möglichkeit hierzu eröffnet⁶². Die Grenze gegenüber dem rechtswidrigen, aber straflosen Tun wird von MAYER⁶³ dann folgendermaßen bestimmt:

„Der Richter hat demnach zu prüfen, ob nach vernünftigem Ermessen eine Handlung oder Unterlassung, durch welche das Vermögen des Mündels geschädigt wurde, eine so erhebliche Pflichtverletzung darstellt, daß dadurch der Tatbestand des § 266 Ziff. 1 erfüllt ist.“

Das ist reichlich unklar und stellt an die Auslegungskunst des Richters sehr hohe Anforderungen. Erst recht hält sich natürlich die Treubruchstheorie bei der Bestimmung der übrigen Tatbestandsmerkmale an die Umschreibung der entsprechenden Begriffe im Privatrecht nicht gebunden. Das gilt vor allem für den Begriff der „Vermögensstücke“. So gelangt MAYER⁶⁴ zu folgender Definition:

„Vermögensstücke sind Gegenstände, welche in irgend einer Rechtsbeziehung zum Auftraggeber stehen, welche immerhin so eng sein muß, daß als ihr Beispiel die Forderung genannt werden kann. Ein subjektives Recht braucht also deshalb dem Auftraggeber nicht zuzustehen.“

Spätere Äußerungen MAYERs⁶⁵ zeigen, daß darin doch der Ansatz eines besonderen strafrechtlichen Eigentums liegt. Deshalb wird die Konstruktion des Individualanspruches von MAYER als überflüssig, aber auch als zu eng abgelehnt. Es liegt im Zuge dieser Auffassung, daß die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über das „tatsächliche Vertrauensverhältnis“ gebilligt werden.

Die Auffassung der Untreue als Verletzung des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses zeitigt noch eine weitere Konsequenz. Diese liegt in der Bestimmung des Vermögensschadens, d. h. in der Auslegung des Wortes

⁶¹ MAYER: a. a. O. S. 181, 182, 187/8 und 303 Anm. 128.

⁶² A. a. O. S. 115. Wir stimmen dem nicht bei. Die Erfüllungsverweigerung ist strafbar nach den Bestimmungen der §§ 288 StGB und 239ff. KO. Eine grundsätzlich schwerere Bestrafung wegen des Vertrauensmißbrauches ist nicht gerechtfertigt, weil die Möglichkeit hierzu nicht erst durch die „Betrugung“ begründet wird; deshalb würde sie rechtspolitisch m. E. gar nicht erwünscht sein. Abgesehen davon steht m. E. auch die Theorie des RG einer Einbeziehung der Erfüllungsverweigerung nicht entgegen. Doch fehlt es eben an der besonderen Begehungsweise.

⁶³ A. a. O. S. 181 in Verb. mit S. 303 Anm. 128, S. 283. Vgl. auch S. 122 „Vertrauensstellung besonderer Art“. Neuestens — für § 266 StGB n. F. — MAYER: ZBHR 1933 S. 148; SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 37/8.

⁶⁴ A. a. O. S. 26! und zwar, wie noch einmal hervorgehoben sei, besteht insoweit kein Gegensatz zur Lehre von der begrifflichen Akzessorietät, weil sich diese auf die privatrechtliche Vorformung des Angriffsobjektes beschränkt. Das aber ist für MAYER nicht das Vermögenstück, sondern das Vertragsverhältnis.

⁶⁵ JW 1932 S. 749ff. Anm. zu Nr. 20; S. 1746 Anm. zu Nr. 28.

„Nachteil“. Man vergegenwärtige sich, was wir schon früher über das Verhältnis von „Vermögen“ und „Nachteil“ gesagt haben. Der Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie konzentriert sich auf die Auslegung des Ausdrucks „Nachteil“, der Gegensatz von juristischem und faktischem Vermögensbegriff kehrt in dem Streit um die Bedeutung des Begriffes „Vermögen“ bzw. (bisher) „Vermögensstück“ wieder. Nur die Auffassung der Untreue als Vermögensdelikt i. e. S., d. h. die Annahme, daß Angriffsobjekt hier, wie beim Betrüge, das Vermögen sei, hat Veranlassung dazu gegeben, auch den Vermögensschaden in jenem durch die systematische Einordnung gebotenen engeren Sinne auszulegen. Der „Nachteil“ als Folge der Untreuehandlung muß deshalb ein Verlust an Vermögen in jenem engeren Sinne sein. So ergibt sich die Gleichsetzung von „Vermögensschaden“ beim Betrüge und „Nachteil“ im Tatbestande der Untreue.

Der Hauptgrund für diese Parallelisierung entfällt bei der systematischen Umgruppierung. In diesem Falle steht nichts im Wege, den Begriff des „Vermögensschadens“ (= „Nachteil“) von dem des „Vermögens(stückes)“ zu trennen. Der Verselbständigung des ersteren kommt die eigengesetzliche, vom Privatrecht unabhängige Bestimmung des letzteren natürlich noch entgegen. Die Loslösung von dem Gedanken des Angriffsobjekts gestattet den Verzicht auf die Bestimmung vom gegenwärtigen Standpunkt aus, auf die wir früher⁶⁶ so entscheidendes Gewicht gelegt haben. Der Blick in die Zukunft ist damit frei⁶⁷. Man könnte sich also damit zufrieden geben, die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts in der Zukunft zu konstatieren, und könnte so den „Nachteil“ auch in Übereinstimmung mit dem Zivilrecht konstruieren. Man kann sich aber noch viel einfacher mit der Verletzung vermögensrechtlicher Interessen⁶⁸ begnügen und kommt so zum gleichen Ergebnis, nämlich — wenn wir von der Frage subjektive oder objektive Theorie vorerst einmal absehen — zum Vermögensbegriff des Zivilrechts. Die oben⁶⁹ wiedergegebene Begriffsbestimmung FREUDENTHALS enthält bereits jene Bezugnahme auf das vermögensrechtliche Interesse. Die geschichtliche Ableitung der Untreue aus der römischen *actio tutelae* ist ein weiteres Argument für diese Auffassung. Daraus folgt aber dann gleichzeitig die Billigung der objektiven Theorie⁷⁰. Die praktische Bedeutung dieser Lehre liegt darin, daß sie auch solche „Schäden“ zu berücksichtigen vermag, welche sich nicht als Beeinträchtigung des gegenwärtigen Vermögensstandes konstruieren lassen und dennoch eine Minderung des zukünftigen Vermögensbestandes mit sich bringen. In erster Linie ist hier an das Erfüllungsinteresse zu denken, sodann u. U. an eine Erweiterung des zu berücksichtigenden

⁶⁶ Oben S. 308.

⁶⁷ So in der Tat mit ausdrücklicher Bezugnahme auf PRÖLL (oben S. 305 A. 62) MAYER: Untreue S. 164 oben und Anm. 16.

⁶⁸ Dem entspricht die Formulierung des 2. Teiles der Neufassung.

⁶⁹ Oben S. 353.

⁷⁰ MAYER: Untreue S. 164—166c, S. 224 (mit Distanzierung von § 263!).

„*entgangenen Gewinns*“⁷¹. Es ist das eine Folgerung von nicht zu unterschätzendem Wert. Für uns kann dadurch aber das Bedenken nicht behoben werden, das durch die Einschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle gültiger Vertragsverhältnisse entsteht⁷². Dieser Umstand mag die Einordnung des § 266 Teil 1 unter die Kategorie der Vermögensverbrechen (i. e. S.) vorläufig⁷³ rechtfertigen.

Anders liegen die Dinge dagegen bei den Untreuetatbeständen des bisherigen § 266 Abs. 1 Ziff. 1 u. 3⁷⁴. Hier ging die Entscheidung der Praxis in der Tat mehr nach der Seite der Treubruchtheorie hin⁷⁵. Den äußeren Anlaß für diese abweichende Systematisierung zweier äußerlich so stark angenäherter Gesetzesbestimmungen bot der Umstand, daß jene Tatbestände die Verfügung über ein *Vermögensstück* nicht forderten, sondern sich mit einer *benachteiligenden* Handlung schlechthin begnügten. Historisch ließ sie sich ebenfalls verteidigen, wenn man sich daran erinnerte, daß der Tatbestand der Ziff. 2 erst im Reichsstrafgesetzbuch den aus dem Preußischen StGB übernommenen beiden anderen Bestimmungen hinzugefügt worden war⁷⁶. Damit stimmt überein, daß man beabsichtigt hatte, durch jene Bestimmung die durch die Beschränkung des § 246 StGB auf Sachen entstandene Lücke zu schließen und die „*Unterschlagung von Forderungen*“ zu poenalisieren⁷⁷. Auch das sprach mehr für die Annahme eines Aneignungs- als eines Pflichtverletzungsdelikts⁷⁸. So hatte jene unterschiedliche Auffassung der einzelnen Tatbestände manches für sich⁷⁹. Selbst vor der am ehesten bedenklichen Konsequenz, der Beschränkung auf gül-

⁷¹ Vgl. auch MAYER: ZBHR 1933 S. 147/8. Bezeichnend die Bemerkung MAYERs: Untreue S. 157: „Dabei kann natürlich nicht die in der Betrugslehre erörterte Frage in Betracht kommen, ob auf diesen zu erzielenden Gewinn schon ein Rechtsanspruch bestand.“ Vgl. auch die Beispiele S. 157 und S. 114, vor allem aber S. 163!

⁷² Diese Einschränkung besteht nicht für MAYER! Ebensowenig für SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 19, 37.

⁷³ Eine endgültige Stellungnahme ist hier nicht beabsichtigt. Ebendasselbe gilt für § 266 Abs. 1 Ziff. 1 a. F.

⁷⁴ Hierher sind wohl auch die Untreuetatbestände der Spezialgesetze zu rechnen, womit nicht ausgeschlossen ist, daß auch die Voraussetzungen des § 266 zutreffen (§ 23 RVO; § 312 HGB; § 95 BörsGes; § 146 GenGes; § 36 HypBG; § 110 VAG). Daß dann gleichwohl keine Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist, habe ich an anderer Stelle (ZStrW Bd. 53 S. 41) dargelegt.

⁷⁵ Vgl. KOHLRAUSCH: Strafgesetzbuch (30. Aufl.) S. 300 Abs. 1/2. Daß hier ein Gegensatz besteht, hat MAYER: Untreue S. 175 Nr. 2 zutreffend hervorgehoben, mit Recht auch die Auslegung des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 durch die Rechtsprechung für die Treubruchtheorie in Anspruch genommen. Daß der Wortlaut der Ziff. 1 („Personen oder Sachen“) bedeutungslos war und der Auffassung dieses Tatbestandes als echtes Vermögensdelikt nicht entgegenstand, war allgemein anerkannt (KOHLRAUSCH: StGB — 30. Aufl. — S. 299 Anm. 1; MAYER: Untreue S. 216 II 1). Für § 266 n. F. vertreten SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 51 mit Recht den gleichen Standpunkt.

⁷⁶ Näheres bei MAYER: Untreue S. 69ff.

⁷⁷ Vgl. MAYER: a. a. O. (Anm. 76) bes. S. 70, auch RGSt Bd. 62 S. 60.

⁷⁸ Vgl. PFEIFFER: a. a. O. S. 14, 16 § 1 a. E.

⁷⁹ Für sie: auch FREUDENTHAL: Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. 8 S. 110 c.

tige Vertragsverhältnisse, war das Reichsgericht nicht zurückgeschreckt. Im Gegensatz zu § 266 Abs. 1 Ziff. 2 forderte es für die Tatbestände der Ziff. 1 u. 3 ein vollwirksames Rechtsverhältnis⁸⁰. Diese Judikatur bestätigt zugleich unsere Behauptung, daß innere Zusammenhänge zwischen diesen Problemen bestehen.

Dem Verhältnis von § 266 Ziff. 1 u. 3 a. F. zu § 266 Ziff. 2 a. F. entspricht jetzt das Verhältnis der beiden Teile des § 266 n. F. zueinander; mit anderen Worten: in § 266 Teil 2 der neuen Fassung ist die Treubruchstheorie (i. S. FREUDENTHALS) zu gesetzlicher Anerkennung gelangt. Nur ist die Strafbarkeit insofern erweitert, als an die Stelle des Täterkatalogs eine allgemeiner gehaltene Formel getreten ist. Systematisch ergibt sich damit die Einordnung dieses neuen Tatbestandes unter die Verletzung von Forderungsverhältnissen. Angriffsobjekt ist demnach das die Verwaltungspflicht begründende Vertragsverhältnis; auf dieses bezieht sich auch das Erfordernis „*juristischer Vorformung*“, es muß zivilrechtlich gültig sein⁸¹. Umgekehrt ist bei der Auslegung des Begriffes „*Vermögensinteressen*“ der Richter zivilrechtlich nicht gebunden, auch wer es unterläßt, günstige Verträge abzuschließen, kann nach dieser Bestimmung strafrechtlich verfolgt werden. — Die Erörterungen über die systematische Einordnung der Untreue sind damit beendet.

Die Art und Weise der Begehung bildet alsdann die Grundlage einer weiteren Scheidung innerhalb der Vermögensverschiebungsdelikte. Das Gesetz scheidet Gewalt oder Drohung, Täuschung, Ausnutzung des Leichtsinns, der Unerfahrenheit oder einer Notlage, endlich den Mißbrauch der Vertrauensstellung. Der zuletzt genannte Gesichtspunkt kennzeichnet auch das (nach geltendem Rechte) nur in dieser Form mögliche Vermögensentziehungsdelikt (§ 266 StGB). Endlich trennt die Begehungsform der Gewalt oder Drohung den Raub von der einfachen Sachwegnahme; daraus folgt, daß der Raub einen Sondertatbestand gegenüber der Erpressung darstellt, und zwar für diejenigen Fälle, in denen das Angriffsobjekt eine Sache, m. a. W. das Eigentum an beweglichen Sachen ist⁸².

Alles Nähere ergibt sich aus der beigefügten Tabelle (S. 360), die eines weiteren Kommentars nicht bedarf. Sie soll insbesondere auch dazu dienen, die Lücken des geltenden Rechts scharf hervortreten zu lassen. Der Gegensatz von subjektiver und objektiver Theorie ist in ihr unbeachtet gelassen. Soweit die objektive Theorie zugrunde gelegt wird, ist bei den betreffenden Delikten noch eine weitere Unterteilung nach der Art der verletzten Interessen nötig. Die dann freibleibenden Stellen für die Fälle der Verletzung

⁸⁰ Vgl. KOHLRAUSCH: Strafgesetzbuch (30. Aufl.) S. 300 Abs. 2 und RGSt Bd. 41 S. 265.

⁸¹ ZStrW Bd. 53 S. 40 Anm. 21.

⁸² Anders: MAYER: ZBHR 1933 S. 146 Sp. 2; SCHWINGE-SIEBERT: a. a. O. S. 19, 37; doch werden diese Fälle meist unter § 266 Tl. 1 fallen, so daß eine Lücke nicht entsteht. Wo dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall ist, wird auch ein Strafschutzbedürfnis nicht bestehen.

immaterieller Interessen würden die Zahl der Lücken um ein beträchtliches vermehren.

Nicht berücksichtigt sind schließlich die sog. gemeingefährlichen und die Beamtendelikte. Die ersteren sind durch die Art des Handlungsobjekts⁸³, die letzteren durch eine Kombination von Angriffsobjekten ausgezeichnet. Doch herrscht über diese Fragen noch erhebliche Unklarheit; eingehende Erörterung bleibt späteren Untersuchungen vorbehalten⁸⁴.

Die Unterordnung einzelner Delikte unter die Kategorie der Vermögensverbrechen (i. w. S.) schließt nicht aus, daß sie gleichzeitig dem Schutze anderer Rechtsgüter dienen. Es ist dies ein Problem der Gesetzeskonkurrenz, speziell der Konsumtion i. e. S., von der an dieser Stelle nicht gehandelt werden soll⁸⁵.

⁸³ Zum Begriff: OPPENHEIM: Die Objekte des Verbrechens S. 153 N. 6.

⁸⁴ Von anderen Systematisierungsversuchen seien erwähnt: BIRKMEYER: Grundriß des Strafrechts (7. Aufl. 1908); v. LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch (25. Aufl.); OPPENHEIM: Die Objekte des Verbrechens (Basel 1894) S. 255 ff.; MEYER-ALLFELD: Lehrbuch des Strafrechts (8. Aufl. 1922); GIULIO CRIVELLARI: Dei reati contro la proprietà — Trattato teoretico-pratico (Torino 1887), dazu: v. LISZT: ZStrW Bd. 8 S. 436; DOERR: Die Systematik des besonderen Teiles des Strafrechts (Münchener Festgabe für KARL VON BIRKMEYER zum 27. Juni 1917) Goltd.Arch. Bd. 64 S. 29—82. Über Wert und Bedenken gegen ein System überhaupt: AUGUST OTTO KRUG: Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland (Erlangen 1857) S. 107—109.

⁸⁵ Vgl. ZStrW Bd. 53 S. 42 ff. Möglich wäre eine solche Auffassung — außer für § 253 — auch für § 266, indem die Treue als selbständiges Rechtsgut neben dem Vermögen angesehen würde. Ich halte diese Ansicht für unzutreffend und erblicke im Treubruch lediglich eine Qualifikation der Vermögensverletzung, die bald essentielle (§ 266), bald qualifizierende Modalität (§ 246 S. 2) des Tatbestandes, bald überhaupt nicht ausdrücklich erwähnt und dann „lediglich“ als Faktor der Strafzumessung zu berücksichtigen ist.

Quellen- und Literaturverzeichnis.

Gesamtdarstellungen.

- BAR, LUDWIG VON: Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. — Handbuch Bd. I. 1882.
- GÜNTHER, L.: Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung. Diss. Erlangen 1884.
- HÄLSCHNER, HUGO: Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts. Bonn 1855.
- HIPPEL, ROBERT VON: Deutsches Strafrecht. Bd. I 1925.
- KÖSTLIN: Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß. Herausgeg. von GESSLER. Tübingen 1859.
- MAINZER, ROBERT: Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung. 1908.
- KUTTNER, STEPHAN: Die juristische Natur der falschen Beweisaussage. Ein Beitrag zur Geschichte und Systematik der Eidesdelikte, zugleich zur Frage einer Beschränkung der Strafbarkeit auf erhebliche falsche Aussagen. (Abhandl. d. krim. Instituts a. d. Univ. Berlin, 4. Folge Bd. I H. 4.) 1931.
- VON LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch des Strafrechts Bd. I (26. Aufl.). 1932.
- MEZGER, EDMUND: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 1931.
- ORTLOFF, HERMANN: Lüge, Fälschung, Betrug. Rationell und empirisch dargestellt. Jena 1862.
- PHILIPPSBORN, ALEXANDER: Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen. (Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, N. F. Bd. V Heft 2.) Berlin 1906.
- ROSSHIRT: Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Teil I—III 1838/9.
- STINTZING: Geschichte der deutschen Strafrechtswissenschaft. Bd. I, II 1880, 1884; Bd. III (bearb. v. LANDSBERG) 1898, 1910.
- THIEL, KASIMIR: Injuria und Beleidigung. Eine Vorarbeit zur Bestimmung des Begriffes der Beleidigung. (Strafrechtl. Abhandl. Heft 62.) 1905.
- WÄCHTER, CARL GEORG VON: Einleitung in das deutsche Strafrecht. Bd. I. 1877. — Deutsches Strafrecht. Vorlesungen. 1881.

Römisches Recht.

- ALBERTARIO, EMILIO: Animus furandi. Contributo alla dottrina del furto nel diritto romano e nel diritto bizantino. (Pubblicaz. della Università Cattolica del Sacro Cuore — Ser. 2 Vol. I fasc. 2).
- Delictum et crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana. (Pubblicaz. della Università Cattolica del Sacro Cuore — Ser. 2 Vol. III).
- ARANGIO-RUIZ: Istituzioni di Diritto Romano (2. ed.). Napoli 1927.
- BESLER: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. IV S. 258 ff. (Besprechung von LEVY).
- BETTI: La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi. Camerino 1919. Programma del corso di diritto romano.
- BIRKMEYER, KARL: Über das Vermögen im juristischen Sinne. Römisch-Rechtliche Quellenstudien. Erlangen 1897.

- BONFANTE, PIETRO: Istituzioni (8. ed.). 1925.
 — Corso di Diritto Romano tom. VI 1930.
- BURCHARDI: Grundzüge des Rechtssystems der Römer. Bonn 1822.
- CZYHLARZ-SAN NICOLO: Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts. (18. Aufl.) 1924.
- COHN, MAX: Zum Römischen Vereinsrecht. Abhandlungen aus der Rechtsgeschichte. 1873.
- COSTA, EMILIO: Crimini e pene da Romolo a Giustiniano. Bologna 1921.
- DERNBURG: Pandekten. Bd. II. 1896.
- DOLLMANN: Die Entwendung nach den Quellen des germanischen Rechts. 1834.
- FALCHI, GIUSEPPINO FERUCCIO: Diritto Penale Romano tom. I 1931, II 1932.
- FERRINI: Esposizione storia e dottrinale del Diritto Penale Romano in PESSINA, Enciclopedia del diritto penale italiano Bd. I (1905) — zitiert: FERRINI.
 — Diritto Penale Romano. Teorie generali. Milano 1899.
- GIRARD: Action d'Injures in Mélanges Gérardin 1907 S. 258 ff.
 — Manuel de droit romain (8. éd.). 1928.
- GRUEBER, ERWIN: The Roman Law of the Damage to Property (A commentary on the title of the digest ad legem Aquiliam). Oxford 1886.
- HEINEMANN, FRANZ: Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin. (Berliner juristische Beiträge — herausgegeben von KOHLER: Heft V.) Berlin 1904.
- HELDRICH, KARL: Das Verschulden beim Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 7.) 1924.
- HITZIG: Geschichte der Injuria. 1899.
 — Beiträge zur Lehre vom furtum. Sav. Z. Bd. 23 S. 315—336.
 — Besprechung von MOMMSEN. Revue Pénale Suisse 1900 Bd. 13 p. 182—229.
- HOHENLOHE, PATER CONSTANTIO: Beiträge zum Einflusse des kanonischen Rechts auf Strafrecht und Prozeßrecht. Innsbruck 1918.
- HUVELIN, P.: Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. 1915.
- JHERING: Geist des römischen Rechts Bd. I. (4. Aufl.) 1878, Bd. II (4. Aufl.) 1880/3, Bd. III (3. Aufl.) 1877.
 — Über den Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 23 (1885) S. 155—338.
- JÖRS, PAUL: Geschichte und System des römischen Privatrechts (KOHLENSCHE Enzyklopädie Bd. II). 1927.
- KARLOWA, OTTO: Römische Rechtsgeschichte. 1885, 1901.
- KÖSTLIN: Der Diebstahl im deutschen Recht bis zur Karolina. Kritische Übersicht, Bd. III S. 149 ff, 334 ff. 1856.
- KUNKEL, WOLFGANG: Exegetische Studien zur aquilischen Haftung. Sav. Z. Bd. 49 S. 158—187.
- LANDSBERG, ERNST: Iniuria und Beleidigung. Eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der actio iniuriarum aestimatoria. Bonn 1886.
- LEHMANN, WALTER: Über die Vermögensstrafen des römischen Rechts. (Eine rechtshistorische Studie) (Abhandlungen des kriminalistischen Seminars der Universität Berlin. NF. Bd. IV Heft 2.) 1904.
- LENEL, OTTO: Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. (3. Aufl.) 1927.
- LEONHARD, RUDOLF: Der Schutz der Ehre im alten Rom. Breslau 1902.
- LEVY, ERNST: Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht. Berlin 1915.
 — Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, Bd. I 1918, Bd. II Abt. I. 1922.
 — Die Römische Kapitalstrafe (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse). 1930/31.

- LEVY, ERNST: Von den römischen Anklägervergehen. Sav. Zeitschr. Rom. Abt. Bd. 53 (1933) S. 151—233.
- LITTEN, FRITZ: Zum dolus-Begriff in der actio de dolo (Festgabe für KARL GÜTERBOCK, S. 257—280). 1910.
- LÜBTOW, ULRICH VON: Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“. Greifswald 1932.
- Zur aktiven Vererblichkeit. Sav. Zeitschr., Bd. 52 S. 334—339.
- MAIER, GEORG H.: Prätorische Bereicherungsklagen (Romanistische Beiträge zur Rechtsgeschichte Heft 5). 1932.
- MAINZER, ROBERT: Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung. 1908.
- MASCHKE, GUSTAV: Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems. (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts Heft 10). 1903.
- MASCHKE, R.: Das Eigentum im Civil- und Strafrecht. Untersuchungen zur organischen Struktur der Sachenrechte. 1895.
- MITTEIS, LUDWIG: Römisches Privatrecht. 1908.
- MITTERMAIER: Injurien in Weiskes Rechtslexikon Bd. V S. 863.
- MOMMSEN, THEODOR: Römische Geschichte (5. Aufl.) — zitiert: MOMMSEN: Geschichte. — Römisches Strafrecht. Leipzig 1899 — zitiert: MOMMSEN: Strafrecht. — Die Lehre vom Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht. 2. Abt.). 1855.
- NIEDERMEYER: Crimen plagii und Crimen violentiae. Zur Geschichte juristischer Begriffe. Studi Bonfante II p. 381—417.
- PAMPALONI: Studi sopra il delitto di furti I. 1894.
- Furto di possesso e furto di uso in Studi Senesi X p. 77 seg. 1893.
- PERNICE: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. Weimar 1867.
- , ALFRED: MARCUS ANTISTIVS LABEO. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. II (2. Aufl.) 1895, 1900, III 1892.
- PRINGSHEIM, F.: Subsidiarität und Insolvenz. Sav. Z. Bd. 41 S. 252—262.
- REIN WILHELM: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis Justinianus. Leipzig 1844.
- RABEL: Grundzüge des römischen Privatrechts. HOLTZENDORFF-KOHLERS Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. I S. 399—540.
- Besprechung von DE VISSCHER: Études de droit romain. Sav. Z. Bd. 52 S. 466 ff.
- ROTONDI, GIOVANNI: „Dolus ex delicto“ e „dolus ex contractu“ nelle teorie Bizantine sulla transmissibilità delle azioni in Scritti giuridici tom II p. 371—410.
- Dalla „Lex Aquilia“ all'art. 1151 Cod. civ. in Scritti giuridici tom. II p. 465—578.
- SCHIRMER: Zur Lehre vom furtum. Sav. Z. Bd. 5 S. 207 ff.
- SCHULTE, NIKOS: Öffentliche Strafe und Privatgenugtuung mit Rücksicht auf die historische Entwicklung (Strafrechtl. Abhandl. Heft 173). 1913.
- SCHULZ, FRITZ: Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht. Sav. Z. Bd. 32 S. 23—99.
- SEGRÈ: Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano. Studi Bonfante III p. 499—617
- SIBER, HEINRICH: Römisches Recht in den Grundzügen für die Vorlesung. II Römisches Privatrecht. Berlin 1928.
- SOHM-MITTEIS-WENGER: Institutionen des römischen Rechts (17. Aufl.). 1928.
- STRACHAN-DAVIDSON: Problems of the Roman Criminal Law. 1912.
- TAUBENSCHLAG, RAPHAEL: Griechisches Strafrecht. Sav. Z. Bd. 50 (1930) S. 164 ff.
- THIEL, KASIMIR: Injuria und Beleidigung. Eine Vorarbeit zur Bestimmung des Begriffes der Beleidigung. (Strafrechtl. Abhandl. Heft 62.) 1905.
- VISSCHER, FERNAND DE: Études de droit romain. 1931.
- WALTER: Über Ehre und Injurien nach Römischem Recht. Neues Archiv des Criminalrechts Bd. IV (1821) S. 108—140, 241—308.

- WLASSAK, MORITZ: Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. 1917.
 WOLFF, KONRAD: Der Parteiverrat des Sachwalters. Die Prävarikation in Geschichte und Gegenwart. 1930.
 ZUMPT: Das Criminalrecht der Römischen Republik. 1868/69.

Römisches Recht im Mittelalter.

I. Quellen:

- ALBERICUS DE ROSATE BERGOMENSIS: Commentarii in Digestum Novum. Venetiis 1585.
 — Commentarii in Codicem. Venetiis 1534.
 ANGELUS ARRETINUS (DE ARRETIO): Commentarii in Institutiones. Venetiis 1580.
 — Tractatus de maleficiis. Venetiis 1628.
 ANGELUS DE PERUSIA: Commentarii supra Codice I, II. Lugdani 1545.
 — Commentarii in Digestum Vetus I. 1502.
 — Commentarii in Digestum Vetus II. 1504.
 — Commentarii in Digestum Novum I, II. Lugdani 1548.
 — Commentarii in Codicem. Lugdani 1545.
 — Consilia.
 AZO, ICTUS BONONIENSIS: Commentarii ad Singulas Leges XII librorum Codicis Justiniani cum Summariis ANTONII FONTANI. Lugd. 1596.
 — — Brocardica sive Generalia Juris. Basiliae 1567.
 — Summa Codicis. Lugdani 1583.
 BALDUS AB UBALDIS: Commentarii in Digestum Infortiatum et Institutiones. Venetiis 1572.
 — Commentarii in Digesta et Codicem. 1615.
 — Commentarii in Digestum Vetus. 1616.
 — Commentarii in Codicem. Venetiis. 1615.
 — Consilia. Frankofurti 1589.
 BARTOLUS DE SAXOFERRATO: Commentarii in Digestum Vetus. Lugdani 1530.
 — Commentarii in Digestum Novum. Lugdani 1514.
 — Consilia I—V. 1507.
 — Tractatus, Differentia inter ius canonicum et civile.
 BLANCUS, MARCUS ANTONIUS: Practica Criminalis. Venetiis 1556.
 BATTANDIER, CLAUDIUS DE: Causarum Criminalium Praxis (bei Modius Bd. I S. 531 bis 598).
 BELVISIO, JACOBUS DE: Practica Criminalis (Modius, Bd. I S. 245—346).
 BONIFACIUS DE VITALINIS: Tractatus super maleficiis. Venet. 1578.
 BONACASSA, HIPPOLYTUS: Quaestiones criminales. Venetiis. 1573.
 BOSSIUS, AEGIDIUS: Practica et tractatus. Basileae 1578.
 Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis. Aug. v. Böcking. Berlin 1829.
 CAEPOLLA: Consilia Criminalia. Venet. 1555.
 CASTRO, PAULUS DE: Commentarii in Digestum Vetus, Infortiatum, Novum. 1527.
 — Commentarii in Codicem I, II. 1527.
 — Consilia. Venetiis 1571.
 CLARUS, JULIUS: Practica criminalis sive sententiarum receptorum libri 5. Venetiis 1607; Frankofurti 1637.
 CUMANUS, RAPHAEL: Consilia. Lugdani 1544.
 CYNUS PISTORIENSIS: Lectura supra Codice et Digesto. Lugd. 1547.
 CUMANUS, RAPHAEL: Praelectiones in Digestum Novum. Lugd. 1544.
 — Consilia. Lugdani 1544.
 DAMHOUDER: Praxis Rerum Criminalium (bei Modius Bd. I S. 1—244).
 DECIANUS, TIBERIUS: Tractatus Criminalis. Frankofurti 1591.
 DECIVS, PHILIPPUS: Commentarii in Digestum Novum. 1535.
 — Repertorium in Digestum Vetus et Codicem- 1535.

- DECIIUS, PHILIPPUS: *Consilia*. Lugd. 1546.
- DURANTIS: *Speculum iudiciale*. 1612.
- FARINACIUS, PROSPER: *Praxis Criminalis*. Frankofurti 1597.
- FITTING, HERMANN: *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*. 1878.
- Corpus Juris Civilis Glossatum.. (*Commentarii Accursii et aliorum*). Antworten. 1576.
- HAENEL, GUSTAV: *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris Romani interpretum, qui glossatores vocantur*. Lips. 1834.
- GANDINUS: *Tractatus de maleficiis*; herausgeg. v. Kantorowicz. Bd. I 1907; Bd. II 1926.
- IMOLA, ALEXANDER AB (ALEXANDER TARTAGNIS): *Commentarii in Digestum Infortiatum et Novum*. Lugdani 1535.
- *Commentarii in Digestum Vetus et Codicem*.
- *Consilia*. Lugdani 1547.
- IMOLA, JOHANNES DE: *Commentarii in Digestum Novum*. Lugd. 1549.
- *Consilia*, Bologna 1495.
- IRNERIUS: *Summa Codicis*, herausgeg. von Fitting. 1894.
- JASON: *Commentarii in Digesta et Codicem*. Lugdani 1519.
- HIPPOLITUS DE MARSILIO: *Practica causarum criminalium* (bei Modius Bd. I).
- MENOCHIUS, JACOBUS: *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*. Cöln 1671.
- MODIUS, FRANCISCUS: *Rerum Criminalium Praxes, et tractatus omnium nobiliorum, qui ad hunc diem exiverunt, iureconsultorum*, 2 Bände. Frankfurt 1587.
- NOVELLO, JACOBUS DE: *Practica et Theoretica causarum criminalium*. Lugd. 1556.
- *Tractatus Aureus*. Lugd. 1556.
- PENNA, LUCAS DE: *Lectura super tres libris Codicis*. Paris 1509.
- PENNAFORTE, RAYMUNDUS DE: *Ordinis praedictorum Summa*. Veronae 1744.
- PETRUS FOLLERIUS: *Practica criminalis*. Lugd. 1556.
- PETRI: *Exceptiones Legum Romanorum*. Savigny, Röm. R. i. MA (2) II, 297 ff.
- SALYCETO, BARTHOLOMAEUS DE: *Commentarii in Digestum Vetus*. Lugd. 1549.
- *Commentarii in Digestum Novum*. Lugd. 1549.
- *Commentarii in Codicem*. Lugd. 1549.
- SOCINUS: *Regulae Juris* 1614 (herausgeg. von Perneder).

II. Literatur:

- DAHM, GEORG: *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im 14. Jahrhundert*. (Beiträge zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, herausgeg. von Dr. Max Grünhut und Dr. Eberhard Schmidt, Heft 3). 1931.
- HEINEMANN: *Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin* (Berliner juristische Beiträge — herausgeg. von Kohler — Heft V). Berlin 1904.
- KUTTNER, STEPHAN: *Die juristische Natur der falschen Beweisaussage. Ein Beitrag zur Geschichte und Systematik der Eidesdelikte, zugleich zur Frage der Beschränkung der Strafbarkeit auf erhebliche falsche Aussagen*. (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin. 4. Folge Bd. I Heft 4 herausgeg. von James Goldschmidt und Eduard Kohlrausch.) Berlin und Leipzig 1931.
- LANDSBERG: *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*. Leipzig 1883.
- PESCATORE: *Kritische Studien auf dem Gebiete der zivilistischen Literaturgeschichte des Mittelalters*. 1896.
- SAVIGNY: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. (2. Auflage.)

Deutsches Recht.

I. Quellen.

1. Volksrechte.

- Leges Alamannorum, herausgeg. von Karl Lehmann in Mon. Germ. Leges V, 1.
 Lex Baiuvariorum, herausgeg. von v. Schwind in Mon. Germ. 1926.
 Lex Burgundionum, herausgeg. von Salis in Mon. Germ. Leges sect. I tom. II. 1892.
 Lex Francorum Chamavorum, herausgeg. von Sohm (vgl. Textausgabe der Lex Ribuarialia).
 Lex Frisionum, herausgeg. von v. Richthofen in Friesische Rechtsquellen. 1840.
 Edictum ceteraque Langobardorum leges, herausgeg. von Bluhme, Schulausgabe nach Mon. Germ. Leges IV. 1870.
 Lex Ribuarialia, herausgeg. von Sohm, Textabdruck der Mon. Germ. Leges V. 1883.
 Lex Salica zum akademischen Gebrauch, herausgeg. von Heinrich Geffcken. 1898.
 Leges Saxonum und Lex Thuringorum herausgegeben von v. Schwerin in Mon. Germ. Fontes Jur. Ant. 1918.
 Leges Visigothorum, herausgeg. von Zeumer in Mon. Germ. Leges sectio I tom. I — 1902.

2. Rechtsbücher.

- Deutschenspiegel mit Augsburger Sachsenspiegel und ausgewählten Artikeln der oberdeutschen Sachsenspiegelübersetzung, herausgeg. von Karl August Eckhardt und Alfred Hübner. Hannover 1930.
 Das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch, herausgeg. von Ortloff — 1836.
 Sachsenspiegel, herausgeg. von Homeyer. I. Theil (3. Ausgabe) 1861, II. Theil 1842 u. 1844.
 Landrecht, herausgeg. von Karl August Eckhardt (Monum. Germ. Hist. N. S. Tom. I fasc. 1). 1933.
 Schwabenspiegel, herausgeg. von Freiherrn von Laßberg. 1840 — zitiert: Schwabenspiegel L.
 — herausgeg. von v. Wackernagel. 1840 — zitiert: Schwabenspiegel W.

3. Stadtrechtsquellen.

- Das Stadtbuch von Augsburg, insbesondere das Stadtrecht vom Jahre 1276, herausgeg. von Christian Meyer. Augsburg 1872. (Vgl. auch unter 4: Keutgen Bd. I Nr. 125.)
 Die mittelalterlichen Rechtsquellen der Stadt Bremen herausgeg. von Karl August Eckhardt (Veröffentlichungen des Staatsarchivs der freien Hansestadt Bremen, Heft 5.) 1930—31.
 Urkundenbuch der Stadt Braunschweig Bd. I herausgeg. von Ludwig Hänselmann. Braunschweig 1873.
 Dortmunder Statuten und Urtheile, herausgeg. von Ferdinand Frensdorf. Halle 1882.
 Das Freiburger Stadtrecht, herausgeg. von Hubert Ermisch. Leipzig 1889.
 Die Goslarischen Statuten mit einer systematischen Zusammenstellung der darin enthaltenen Rechtssätze und Vergleichung des Sachsenspiegels und vermehrten Sachsenspiegels, herausgeg. von Otto Göschen. Berlin 1840.
 Der Ingelheimer Oberhof, herausgeg. von Hugo Loersch. Bonn 1885.
 Das Alte Kulmische Recht mit einem Wörterbuche, herausgeg. von C. K. Lemann. Berlin 1838.
 Das Magdeburg-Breslauer Systematische Schöffenrecht aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, herausgeg. von Paul Laband. Berlin 1863.
 Magdeburger Rechtsquellen, herausgeg. von Paul Laband. Königsberg 1869.
 Die Magdeburger Schöffensprüche für Groß-Salza, Zerbst und Anhalt, Naumburg

- und aus dem Codex Harigerodanus, herausgeg. von Viktor Friese und Erich Liesegang. Berlin 1901.
- Das Mühlhauser Reichsrechtsbuch aus dem Anfang des dreizehnten Jahrhunderts, herausgeg. von Herbert Meyer. Weimar 1923.
- Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing. Ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels, herausgeg. von G. Ludwig v. Maurer. Stuttgart und Tübingen 1839.

4. Urkundensammlungen.

- Deutsche Rechtsaltertümer, herausgeg. von Grimm. Göttingen 1881.
- Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts, herausgeg. von Loersch und Schröder (3. Aufl.). 1912.
- Urkunden zur Städtischen Verfassungsgeschichte, herausgeg. von F. Keutgen. Berlin 1901.
- Weistümer, herausgeg. von Grimm Bd. I—V. 1840—1866.
- Die Weistümer der Rheinprovinz I. Abt. Die Weistümer des Kurfürstentums Trier Bd. I (herausgeg. von H. Loersch). Bonn 1900. II. Abt. Die Weistümer des Kurfürstentums Köln Bd. I u. II (herausgeg. von Hermann Aubin). Bonn 1913/14.

II. Literatur.

- AMIRA, VON: Nordgermanisches Obligationenrecht I 1882 II 1895.
- BINDING, KARL: Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht. Rektoratsrede. Leipzig 1909.
- BRUNNER: Deutsche Rechtsgeschichte (Bindings Handbuch) Bd. I (2. Aufl.) 1906.
- BRUNNER-VON SCHWERIN: Deutsche Rechtsgeschichte (Bindings Handbuch) Bd. II (2. Aufl.) 1928.
- Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (10. Aufl.) 1930.
- CASPAR, CARL JOHANNES: Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadt-Rechts. Diss. Berlin 1892.
- CROPP: Der Diebstahl nach dem älteren Recht der freyen Städte in Criminalistische Beiträge, herausgeg. von Trummer und Hudtwalker Bd. 2. 1825.
- DOLLMANN: Die Entwendung nach den Quellen des germanischen Rechts. 1834.
- FRIESE, VIKTOR: Das Strafrecht des Sachsenspiegels im Mittelalter (Gierkes Untersuchungen Heft 55). Breslau 1898.
- GEFFCKEN: Der germanische Ehrbegriff in Deutsche Zeitschrift für Geschichtswissenschaft Mon.bl. n. F. Bd. I (1896/97) S. 321—341.
- GOLDMANN: Zum Problem der dilatura. Sav. Z. Bd. 52 S. 43—52.
- HACK, JOHANN FRIEDRICH: Das alte lübische Recht. Lübeck 1839.
- HÄLSCHNER HUGO: Ehrenerklärung, Widerruf und Abbitte in ihrer geschichtlichen Entwicklung und ihrem Verhältnisse zur heutigen Gesetzgebung. Gerichtssaal Bd. 64 (1834) S. 321—69.
- HAMMER, OTTO: Die Lehre von Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen (Gierkes Untersuchungen Heft 19), 1885.
- HIS: Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter. 1901.
- Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. Die Verbrechen und ihre Folgen im Allgemeinen. 1920 — zitiert: HIS: MA.
- Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina in Meineckes Handbuch der Mittelalterlichen und Neueren Geschichte, 1928 — zitiert: HIS: Geschichte.
- Besprechung von WEISWEILER. Sav. Z. Bd. 51 S. 545.
- JOHN: Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher Teil I. Leipzig 1858.
- KNAPP, HERMANN: Das Rechtsbuch RUPRECHTS VON FREISING (1328) und seine Bedeutung als sachenrechtliche Quelle des Mittelalters in Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 61 S. 219—272.

- KNAPP, HERMANN: Das alte Nürnberger Kriminalrecht nach Ratsurkunden erläutert. 1896.
 — Altregensburgs Gerichtsverfassung, Strafverfahren u. Strafrecht. 1914.
 KÖSTLIN: Der Diebstahl im deutschen Recht bis zur Karolina in Kritische Übersicht Bd. III (1856).
 LUDEWIG: Beiträge zur Geschichte der unerlaubten Handlungen im älteren deutschen Rechte I. 1915.
 MASCHKE, RICHARD: Cap. 24 u. 26 der lex Francorum Chamavorum. Diss. Königsberg 1898.
 MAYER, HELLMUTH: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. 1926.
 MAYER-HOMBERG, EDWIN: Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter Bd. I. 1912.
 MERKER, PAUL: Das Strafrecht der altisländischen Gragas. Diss. Heidelberg 1907.
 METZGER, KARL: Die Verbrechen und ihre Straffolgen im Basler Recht des späteren Mittelalters — Teil I: Die Verbrechen und ihre Straffolgen im allgemeinen. Basel 1931.
 OSENBRÜGGEN, EDUARD: Das Strafrecht der Langobarden. Schaffhausen 1863.
 — Das Alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter. Schaffhausen 1860.
 RASCHE: Die Verbrechenskonkurrenz im sächsischen Recht des Mittelalters. Diss. Münster 1912.
 REISMAN, BERNHARD: Das Stadtrecht der Stadt Groningen im Mittelalter. Diss. Münster 1928.
 RUKSER, UDO: Der Diebstahl in der lex Ribuaria. Weimar 1913.
 SCHMIDT, ARTHUR BENNO: Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (Gierkes Untersuchungen Bd. 18).
 SIEGEL: Geschichte des Deutschen Gerichtsverfahrens. 1857.
 SCHREUER, HANS: Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten (Gierkes Untersuchungen Bd. 50). Breslau 1896.
 SCHRÖDER-KÜNSSBERG: Deutsche Rechtsgeschichte (7. Aufl.). 1932.
 SCHWERIN, VON: Besprechung von HAMMER. Sav. Z. Bd. 51 S. 713—719.
 ULLMANN, JOHANNES GOTTFRIED: Das Strafrecht der Städte der Mark Meißen, der Oberlausitz, des Pleissener-, Oster- und Vogtlandes während des Mittelalters (Leipziger rechtswissenschaftl. Studien, Heft 34). Leipzig 1928.
 WAITZ: Das alte Recht der salischen Franken. 1846.
 WEBER, ADOLF DIERICH: Über Injurien und Schmähschriften (4. Aufl.). 1820.
 WILDA: Das Strafrecht der Germanen. 1842.
 WORINGEN, VON: Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts. 1836.
 ZOEFFL, HEINRICH: Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839.

Rezeption.

I. Quellen.

- Sebastian Brandts richterlicher Klagspiegel. Straßburg 1516.
 Ulrich Tenglers Laienspiegel. Strassburg 1536.
 Der Stadt Nürnberg erneuerte Reformation. 1564.
 Die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506 bei Fritz Ruoff, Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts, Heft XXI. 1912.
 Die Tyroler Malefizordnung von 1499 bei Wendt, Die Tyroler Malefizordnung von 1499 wirklich Quelle der Bambergensis und Carolina? Bayrische Annalen 1834 S. 2017 bis 2023, 2033—2044, 2133—2136, 2237—2238.
 Die Landgemeinde-Ordnung für Österreich bei Wahlberg, Österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 4 (1850).
 Wormser Recht und Wormser Reformation — Älteres Wormser Recht, herausgeg. von Josef Kohler und Karl Koehne. Halle 1915.

Wormser Reformation 1507.

Monumenta Wormatensia herausgeg. von Heinrich Boor. Berlin 1893.

II. Literatur.

BINDING: Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht. Rektoratsrede. Leipzig 1909.

BRUNNENMEISTER, E.: Die Quellen der Bambergensis. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts. Leipzig 1879.

DOLLMANN: Die Entwendung nach den Quellen des germanischen Rechts. 1834.

GÜTERBOCK, KARL: Die Entstehungsgeschichte der Carolina. Auf Grund archivalischer Forschungen und neuaufgefundener Entwürfe bearbeitet. Würzburg 1876.

KOEHNE, KARL: Die Wormser Stadtrechtsreformation vom Jahre 1499. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Stadtrechte und der Reception des römischen Rechts in Deutschland. Berlin 1897.

MAINZER, ROBERT: Die aestimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung. 1908.

QUISTORP: Von den vorzüglichsten alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichtsordnung Beziehung gemacht wird und von deren heutigen Anwendung. Rostock und Leipzig 1787.

SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH: Die Carolina in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Begriffsentwicklung. ZStrW Bd. 52 S. 781—802.

SCHMIDT, EBERHARD: Die Carolina. Ein Vortrag. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Germ. Abt. Bd. 53 (1933) S. 1—34.

SCHULTE, NIKOS: Öffentliche Strafe und Privatgenugtuung mit Rücksicht auf die historische Entwicklung (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 173). 1913.

SEGALL, JOSEF: Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 u. 1577 (Strafrechtl. Abhandl. Heft 183). 1914.

ZOEFFL, HEINRICH: Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839.

Gemeines Recht.

Codex Juris Bavarici Criminalis 1551.

BERLICH, MATTHIAS: Conclusiones secundum Ordinem Constitutionum AUGUSTI Saxoniae Electoris discussae. Leipzig 1693.

BEYER, GEORG: Delineatio Juris Criminalis. 1714.

BOEHMER, JOHANN SAMUEL FRIEDRICH: Elementa Iurisprudentiae Criminalis (ed. quinta). Halae 1757.

— Observationes selectae ad BENED. CARPZOVII J. C. Practicam Novam Rerum Criminalium imperialem saxoniam. Francofurti ad Moenum 1759.

— Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam. Halae-Magdeburgicae 1770.

CARPZOW, BENEDICTUS: Jurisprudentia Romano-Saxonica secundum Ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae in Part. IV divisa. Lipsiae et Francofurti ad Moenum 1694.

— Practica Nova rerum criminalium. Francofurti 1677 (zitiert: CARPZOW).

DORN, D. JOHANN LORENZ: Versuch eines praktischen Kommentars über das peinliche Recht. Leipzig 1790.

DAMHOUDER: Practica Criminalis (bei Modius Bd. I — oben Literatur S. 365 — S. 1—244).

DORNECK, JOHANN ARNOLD VON: Practica und Prozeß Peinlicher Gerichtsordnung. Frankfurt 1576.

ENGAU, JO. RUDOLF: Elementa Juris Criminalis Germanici Carolini (ed. V.). Jenae 1760.

FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG: Commentarius in Kayser Karl des Fünfften und des H. Hirschberg, Vermögensbegriff im Strafrecht.

- Römischen Reichs Peinliche Halsgerichtsordnung (2. Aufl.?). Frankfurt-Leipzig-Ulm 1720.
- GAERTNER, CARL GUIL.: *Institutiones Juris Criminalis* (ed. 2.). Lipsiae 1746.
- GAIL, ANDREAS: *Practicae Observationes* (*Practicarum Observationum tam ad Processum iudiciorum, praesertim impaerialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium, duo libri*). Coloniae 1668.
- GILHAUSEN, LUDOVICUS: *Arbor Judicaria Criminalis*. Francofurti 1606.
- GOBLER, J.: *Spiegele der Rechte*. 1516?
— *Interpretatio Constituionis Criminalis Carolinae*. 1543.
- HARPPRECHT, FERD. CHR.: *Disputatio de Crimine Stellionatus*. *Dissertationes* Bd. II 1708.
- HARPPRECHT, JOHANNES: *Tractatus Criminalis*. Tübingen 1615.
- HOMMEL, AUGUST FERDINAND: *Dissertatio de furto magno eiusque poena*. 1747.
- KEMMERICH, DIETER. HERM.: *Synopsis Juris Criminalis* (ed. 2.). Francofurti et Lipsiae 1777.
- KIRCHGESSNER, JOHANN VALENTIN: *Tribunal Nemesis Juste Judicantis oder Richter-Stuhl der recht richtenden Gerechtigkeit*. Nürnberg, Frankfurt, Leipzig 1706.
- KOCH, JO. CHRISTOPH: *Institutiones Juris Criminalis* (ed. 9.). Jenae 1791.
- KÖNIG, CHILIANUS: *Processus und Practica der gerichtsluffte / nach dem gebrauch Sechsischer Landart / und aus den gemeinen Päpstlichen / Keiserlichen und Sechsischen Rechten*. 1541.
— *Von allerley leiblichen penen und straffen nach den gemeinen Bäpstlichen/Keiserlichen und Sechsischen Rechten / und dem gebrauch nach*. Angebunden S. 307v bis 316.
- KRESSIUS, JOANNES PAULLUS: *Commentatio succincta in Constitutionem Crimalem Caroli V. Imperatoris*. Hannover 1730.
- Landrecht für das Herzogtum Preußen von 1620.
- LEYSER, AUGUST: *Meditationes ad Pandectas* Bd. 9 (3. Aufl.). 1748.
- MATTHAEUS, ANTONIUS: *Commentarius ad Lib. 47 et 48 Dig. De Criminibus* (ed. quarta). Versaliae 1702.
- MEISTER SEN., CHRIST. FRID. GEO.: *Principia Juris Criminalis Germaniae Communis*. (5. Aufl.) Göttingen 1780.
- MEISTER JUN., GEORG JAC. FRIDRICH: *Principia Juris Criminalis Germaniae Communis*. Göttingen 1789.
- NEUSTETEL, BERTHOLD JOSEPH: *Der Büchernachdruck, nach Römischem Recht betrachtet*. Heidelberg 1824.
- OLDEKOP, JUSTUS: *Observationes Criminales Practicae*. Breae 1654.
- PERNEDER, ANDREAS: *Halsgerichtsordnung*. Ingolstadt 1614.
- PUFENDORF, FRID. ESAIAS: *Observationes iuris universi*. Darmstadt 1787/88.
- PÜTTMANN, JOSIAS LUDWIG ERNST: *Elementa Juris Criminalis*. Leipzig 1784.
- QUISTORP, JOHANN CHRISTIAN: *Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts* (4. Aufl.). 1789.
- RAUCHDORN, HEINRICH: *Practica und Prozeß Peinlicher Halsgerichtsordnung und Kayserlichen, Geistlichen, Weltlichen und Sechsischen Rechten*. Budissen 1564.
- RICHTER, ZACHARIAS: *Institutiones Juris Criminalis Carolino et Saxonico iure* (ed. 2?). Lemgoviae 1788.
- RUMPEL, FRIDERICUS GOTTLÖB: *De pecunia doloris — von Schmerz — Gelde*. Diss. 1706.
- SAWR, M. ABRAHAM: *Straffbuch* (7. Aufl.). Frankfurt 1594.
- SCHILTER, JOHANNIS: *Praxis Juris Romani in Foro Germanico Exerciacionibus Theoretico-Practicis exposita*. Lipsiae et Jenae 1675.
- SCHNEIDEWIN, JOANN.: *Commentarii in quattuor Institutionum Imperialium D. Justiniani libros*. Argentorati 1599.
- STRUVIUS, GEORG ADAM: *Dissertationes criminales*. 1671.

- STRUVIUS, GEORG ADAM: *Observationes criminales de delictis. Francofurti et Lipsiae 1712.*
- THEODORICUS, PETRUS: *Iudicium Criminale Practicum (ed. 2). Jenae 1671.*
Constitutio Criminalis Theresiana, Wien 1869 (dazu: v. KUVIATOWSKI, Die Constitutio Criminalis Theresiana, 1904).
- VIGELIUS, NICOLAUS: *Constitutiones Carolinae publicorum iudiciorum (4. ed.). 1613.*
- WESENBECK, MATTHAEUS: *In Pandectas Juris Civilis et Codicis Justiniani Libros Commentarii (olim Paratitla dicti). Francofurti 1619.*
 Zum Ganzen:
- SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH: *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts. Berlin 1930.*
- BOLDT, GOTTFRIED: *Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der poena ordinaria bei J. S. F. Böhmer (1704—1772). Berlin 1933.*

Aufklärung.

Quellen.

- BESECKE, J. M. G.: *Versuch eines Entwurfs zu einem vollständigen Gesetzesplan für Verbrechen und Strafen. Dessau 1783. (Als ein Beytrag zur Preisaufgabe der ökonomischen Gesellschaft zu Bern.)*
- CLAPROTH, JUSTUS: *Ohnmasgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches. 1773.*
- EGGERS, FREIHERR VON: *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Herzogthümer Schleswig und Holstein. Kiel 1808.*
- ENGELHARD, REGNER: *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet. Frankfurt und Leipzig 1756.*
- GLOBIG, HANS ERNST VON: *Betrachtung bey dem Entwurf eines Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten. Dresden u. Leipzig 1788.*
 — *System einer vollständigen Gesetzgebung für die Kaiserl. Russ. Gesetz-Commission I. Theil. Criminalcodex (2. Aufl.). Dresden 1815.*
- GLOBIG, H. E. VON u. JOH. G. HUSTER: *Abhandlung von der Kriminalgesetzgebung. Eine von der Ökonomischen Gesellschaft in Bern gekrönte Preisschrift. Zürich 1783.*
 — *Vier Zugaben zu der in Jahre 1782 von der Ökonomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Preisschrift. Altenburg 1785.*
- GMELIN, D. CHRISTIAN GOTTLIEB: *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. Eine der ökonomischen Gesellschaft in Bern zugeschickte und von ihr des Druckes würdig erkannte Abhandlung. Tübingen 1785.*
- GRAEBE, KARL OTTO: *Über die Reformation der peinlichen Gesetze. Münster 1784.*
- GROLMANN: *Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung. Gießen 1799.*
- HELLBACH, JO. CHR. THEOD.: *Selecta Criminalia. Hildb. 1751.*
- HEYDENREICH: *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien. Leipzig 1794.*
- HOMMEL, KARL FERD.: *Principia cura legis. 1765?*
 — *Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht aus den Hommelschen Handschriften als ein Beytrag zu dem himmlischen Beccaria herausgegeben und mit einer Vorerinnerung und eignen Anmerkungen begleitet von KARL GOTTLÖB RÖSSIG. Wien 1786.*
- Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung (Josephina) 1787.*
- KLEIN, ERNST FERDINAND: *Fragmente eines peinlichen Gesetz-Buchs nebst einer Anleitung dazu in Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 2. Stück. Leipzig 1789.*
 — *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft. Halle 1797.*
- KLEINSCHROD, GALLUS ALOYS: *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Churfürstlich-bairischen Staaten. München 1802.*

- KLEINSCHROD GALLUS ALOYS: Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und dem peinlichen Prozesse. Bd. III (1805). Revision der Kritiken über einen Entwurf zum peinlichen Gesetzbuch für die Churpfälzbairischen Staaten S. 1—316.
- KLIEN, CARL: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Nordhausen 1806.
- NETTELBLADT, DANIEL: Systema Elementare universae Jurisprudentiae naturalis. Halae Magdeburgicae 1749.
- PFLAUM, MATHIAS: Entwurf einer neuen peinlichen Gesetzgebung. 1793.
- PUFENDORF, SAMUEL DE: Elementa Jurisprudentiae universalis. 1660.
— De officio hominis et civis iuxta legem naturalem. Hamburgi et Hobnia 1784.
- QUISTORP, JOH. CHRIST.: Ausführlicher Entwurf eines Gesetzbuches in peinlichen und in Strafsachen. Rostock und Leipzig 1782.
- REDER, VON: Das peinliche Recht nach den neuesten Grundsätzen vollständig abgehandelt und meine Gedanken über den Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuch. Offenbach a. M. 1784.
- RIEGGER, PAUL JOSEPH: Vom Geist der Criminalgesetze. Hamburg 1777.
- SODEN, JULIUS: Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands (2. Aufl.). Frankfurt 1792.
- STELZER, CHRIST. JUL. LUDW.: Lehrbuch des deutschen Kriminalrechts. Halle 1793.
- STÜBEL, CHRISTOPH CARL: System des allgemeinen peinlichen Rechts. Leipzig 1795.
- THOMASIIUS, CHRISTIAN: Einleitung zu der Vernunftlehre. 1699.
— Drey Bücher von der Göttlichen Rechtsgelahrtheit. Halle im Magdeburgischen 1709.
— Grundlehren des Natur- und Völkerrechts. Halle im Magdeburgischen 1709.
- WESTPHAL, ERNST CHRISTIAN: Das Criminalrecht in wissenschaftlich geordneten, und mit praktischen Ausarbeitungen bestärkten Abhandlungen und Anmerkungen über dessen wichtigste Gegenstände. Leipzig 1785.
- WIELAND, ERNST CARL: Geist der peinlichen Gesetze. Leipzig Bd. I 1783, Bd. II 1784.
- ZACHARIAE, CARL SALOMO: Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts. Leipzig 1805.
- ZAUGHER, ANDREAS: Gedanken über einige Punkte des Kriminalrechts in drey Abhandlungen. (3. Aufl.). München 1777.

Literatur.

- FISCHL, OTTO: Der Einfluß der Aufklärung auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung, und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen. Breslau 1913.
- FRANK, A.: Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminalpolitischen Aufklärung. 1887.
- GÜNTHER, L.: Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter nebst Vergleichen mit unserer modernen kriminalpolitischen Reformbewegung. Archiv für Kriminalanthropologie Bd. 28 S. 112—192, 225—291.
- HIPPEL, THEODOR VON: Beytrag über Verbrechen und Strafen (4. Aufl.). Königsberg 1797.
- JELLINEK, GEORG: Allgemein Staatslehre (3. Aufl.).
- OVERBECK, ALFRED FREIHERR VON: Das Strafrecht der französischen Encyclopädie. Ein Beitrag zur Geschichte der Aufklärung im 18. Jahrhundert. Diss. Freiburg 1902.
- WOLF, ERIK: GROTIUS, PUFENDORF, THOMASIIUS. 3 Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft (Heidelberger Abhandlungen zur Strafrechtsphilosophie und ihrer Geschichte Heft 11). 1927.

19. Jahrhundert.

- ABEGG, JULIUS FRIEDRICH HEINRICH: Beitrag zur Kritik der Lehre von den s. g. Verbrechen gegen die Geisteskräfte (Untersuchungen aus dem Gebiete der Rechtswissenschaft) Bd. III S. 379—435. Breslau 1830.
- Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besonderen Theiles des deutschen Strafrechts im Verhältnis zu den Quellen des positiven Rechts — Archiv des Criminalrechts N. F. (1835) S. 367—416.
- Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft. Neustadt a. d. Orla 1836.
- System der Criminal-Rechts-Wissenschaft. Königsberg 1826.
- BAUER: Lehrbuch des Strafrechts (2. Aufl.). 1833.
- BERNER: Lehrbuch des Strafrechts (1. Aufl.). 1857.
- BIRNBAUM: Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug, insbesondere über die Verletzung des sog. Rechts auf Wahrheit als Hauptmerkmal der Fälschung. Archiv des Criminalrechts N. F. (1834) S. 527—559.
- CUCUMUS: Über die Eintheilung der Verbrechen und die Folgerungen daraus für die Gesetzgebung — Neues Archiv des Criminalrechts Bd. X (1829) S. 47—71, 205 bis 215.
- Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug — Neues Archiv des Criminalrechts Bd. X (1829) S. 513—535, 681—699.
- ESCHER: Die Lehre von dem Betrüge und von der Fälschung. Zürich 1840.
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuch. Theil III. 1804.
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (14. Aufl.). 1847 (mit Anmerkungen von MITTERMAIER).
- GROLMANN: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft (4. Aufl.). 1825.
- HAEBERLIN, C. F. W. D.: Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. I—III. 1845—48.
- HEFFTER: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts (6. Aufl.). 1857.
- HENKE, EDUARD: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Teil I—IV. 1823, 1826, 1830, 1838.
- HÖPFNER, OTTO CARL AUG. LUDW.: De crimine falsi. Lipsiae 1829.
- JARCKE, CARL ERNST: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, bairischen und französischen Strafgesetzgebung. Bd. I 1827, Bd. II 1828, Bd. III 1830.
- KLEIN, ERNST FERDINAND: Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft. Halle 1797.
- KLEINSCHROD: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse. Teil II (1798). Über den Begriff, das Wesen und die Bestrafung des Diebstahls S. 61—127.
- KLENZE, C. A. C.: Lehrbuch des gemeinen Strafrechts. Berlin 1833.
- KLIEN, CARL: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Nordhausen 1806.
- KÖSTLIN, C. REINHOLD: System des deutschen Strafrechts. Allgem. Theil. Tübingen 1855.
- MAREZOLL, THEODOR: Das gemeine teutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen (3. Aufl.). 1856.
- MARTIN: Lehrbuch des teutschen gemeinen Kriminal-Rechts (2. Aufl.). 1829.
- MERKEL, ADOLF: Die Lehre vom Betrüge. Strafrechtliche Abhandlungen Bd. II. 1867.
- Die Eigenthumsverletzungen, HOLTZENDORFFS Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III. 1874.
- MITTERMAIER, C. J. A.: Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in den Lehr- und Strafgesetzbüchern. Bonn 1819.
- Soll die Gesetzgebung bei dem Diebstahl die Strafdrohung von dem Betrüge des

- Gestohlenen abhängig machen? wie ist der Diebstahl an Gegenständen zu beurtheilen, deren Werth unbedeutend ist? insbesondere über Diebstahl an Urkunden., Archiv des Criminalrechts N. F. 1852 S. 321—341.
- MORSTADT, KARL EDUARD: Ausführlicher kritischer Kommentar zu Feuerbachs Lehrbuch. Schaffhausen 1855.
- OSENBRÜGGEN: Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht Bd. I. 1857. (Die rechtswidrige Absicht, ihre Objectivierung und Verwirklichung.)
- PREUSCHEN, FRIEDRICH FREIHERR VON: Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betrüge und der Fälschung. Giessen 1837.
- ROSSHIRT: Lehrbuch des Criminalrechts. 1821.
— Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts. 1828.
- SALCHOW: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts (3. Aufl.). 1823.
- STRÜBEL: System des Allgemeinen Peinlichen Rechts. Leipzig 1795.
- TEMME: Die Lehre vom Diebstahl nach Preußischem Rechte. 1840.
— Die Lehre vom strafbaren Betrüge nach Preußischem Rechte. Berlin 1841.
— Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1876.
- TITTMANN: Handbuch der Strafrechtswissenschaft (2. Aufl.). 1823.
- VISINI, ANDREAS: Beyträge zur Criminal-Rechtswissenschaft mit besonderer Rücksichtnahme auf das österreichische Criminalrecht, Bd. I. Wien 1839.
- WÄCHTER: Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 1826.
- ZACHARIAE: Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts. Leipzig 1805.

Gesetzgebungsgeschichte seit der Carolina, insbes. Preußens.

- Codex Iuris Bavarici Criminalis. 1551.
- Josephina (Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung). 1787.
- Landrecht für das Herzogtum Preußen von 1620.
- Churfürstlich Brandenburgisches Revidiertes Land-Recht von 1685.
- Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen von 1721.
- Materialien zum Allgemeinen Landrecht. (Handschriftlich, Bibliothek des Preußischen Justizministeriums.)
- Materialien zum Preußischen Strafgesetzbuch (Bibliothek des Kriminalistischen Instituts in Berlin).
- Materialien zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.
- Materialien zum Reichsstrafgesetzbuch.
- Constitutio Criminalis Theresiana.
- OPPENHOFF: Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben, erläutert aus den Materialien, der Rechtslehre und den Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals (3. Ausg.). 1861.

Geltendes Recht¹.

- AMMON: Die Untreue. Diss. Tübingen 1894.
- ANOSSOW: Über die Analogie im Strafrecht. Mon. Krim. psych. Bd. 42 S. 321—343 (1933).
- ASCHKENASY, ROBERT: Über den immateriellen Schaden nach dem BGB. Gruchot Bd. 70 S. 373—387.
- BAR, VON: Über die Absicht rechtswidriger Zuneigung beim Diebstahl. Magazin für deutsches Recht Bd. IV S. 1—16.
- BELING: Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre. Gerichtssaal Bd. 101 S. 1 ff.

¹ Umfaßt ausschließlich Spezialliteratur.

- BENDIX: Die irrationalen Kräfte in der neueren Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts zur Untreue des Bevollmächtigten. JW 1931 S. 176—182.
- BINDER: Vermögensrecht und Gegenstand. Arch. Bürg. Recht Bd. 34 S. 209—260.
- BINDING: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil Bd. I (2. Aufl.) 1902, Bd. II 1 (2. Aufl.) 1904, Bd. II 2 1905 (zitiert: Bes. Teil).
— Eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Betrug. DJZ 1911 (Jahrg. 16) Sp. 553—565.
- BIRNBAUM: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens. Archiv des Criminalrechts N. F. Bd. 1 (1854) S. 149—194.
- BIRKMEYER: Über das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen 1879.
- BRAUWEILER: Der Vermögensbegriff im Privat- und Strafrecht. Diss. Erlangen 1910.
- BUSCH: Erpressung und Betrug. Ein Versuch der Abgrenzung beider Delikte gegeneinander. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 2.) 1922.
- CARTIER: Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechts und des Entwurfs eines schweizerischen StGB. Diss. Bern 1902.
- CRIVELLARI, GIULIO: Dei reati contro la proprietà. Trattato teoretico-pratico. Torino 1887.
- DIETRICH: Anmerkung B zu RG v. 19. VI. 1931. JW 1932 S. 2723 Nr. 18.
- DOER: Über das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.
— Die Systematik des besonderen Teiles des Strafrechts (Münchener Festgabe für KARL BIRKMEYER zum 11. Juni 1917). Goldt. Arch. Bd. 64 S. 29—82.
- DRAHEIM: Untreue und Unterschlagung. (Von Lillenthals Hefte Nr. 39.) 1901.
- EBERMAYER, LUDWIG: Die Novelle zum Strafgesetzbuch. Vom 26. Mai 1933, RGBl. I S. 295. Wirtschaft und Recht, Beilage zur DAZ vom 27. Juni 1933.
- ECKER: Der strafrechtliche Schutz des Vermögens. Diss. Rostock 1915.
- ECKSTEIN: Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrüge. Goldt. Arch. Bd. 58 S. 66—88.
— Strafrechtliche Studien. Ger. Saal Bd. 78 S. 169ff., 191ff.
- EHRlich, LORE: Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Untreue. ZStrW Bd. 52 S. 179—202.
- ENGELHARD, H.: Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung? Diss. Heidelberg 1905.
— Betrug durch Vorspiegelung gesetzwidriger oder unsittlicher Gegenleistungen. ZStrW Bd. 33 S. 135—145.
- ERICH: Betrug bei Krediteröffnungsgeschäften. Goldt. Arch. Bd. 72 S. 321—344.
- ESCHER: Die Lehre von dem strafbaren Betrüge und von der Fälschung. Zürich 1840.
- FINGER: Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse? Ger.-Saal Bd. 40 S. 139—157.
- FISCHER, HANS-AUGUST: Der Schaden nach dem BGB für das deutsche Reich. 1903.
- FRANK, REINHARD VON: Raub und Erpressung. Vergl. Darst. Bd. VI S. 1—142.
— Vom intellektuellen Verbrechenschaden. Arch. Ziv. Pr. Bd. 133, Beiheft S. 47—59.
- FREUDENTHAL: Die Untreue. Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VIII S. 105—159.
- FUCHS: Vermögen und Vermögensverwaltung. 1911.
- GEBAUER, CURT: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände. (Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau.) 1895.
- GENTZ: Hehlerei beim Ankauf von Brotkarten. Goldt. Arch. Bd. 65 S. 418—425.
- GOLDSCHMIDT, J.: Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrüge. ZStrW Bd. 48 S. 149—166.
- GROSS: Der Raritätenbetrug. Berlin 1901.
- GRÜNHUT: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen. RG-Festgabe Bd. 5 S. 116—130.
— Anmerkung zu RG v. 18. II. 1929. JW 1929 S. 2734 Nr. 32.
— Anmerkung zu RG v. 24. XI. 1931. JW 1932 S. 950 Nr. 15.
— Anmerkung zu KG v. 21. X. 1931. JW 1932 S. 678 Nr. 33.

- GRÜNHUT: Anmerkung zu RG v. 2. VII. 1931. JW 1932 S. 1383/5 Nr. 33.
 — Anmerkung zu RG v. 26. I. 1931. JW 1932 S. 2434 Nr. 25.
 — Anmerkung C zu RG v. 19. VI. 1931. JW 1932 S. 2723 Nr. 18.
- GRYZIECKI: Studien über den strafbaren Betrug. Lemberg 1870.
- HÄLSCHNER, HUGO: Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. II 1. 1884.
- HARBURGER, HEINRICH: Diebstahl und Unterschlagung. Vergl. Darst. Bd. VI S. 183 bis 374.
- HEGLER: Die Systematik der Vermögensdelikte. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX S. 153—162, S. 278—288, S. 369—392; Bd. X S. 26—40, S. 151—160.
 — Betrug. Vergl. Darstellung Bd. VII S. 405—554.
 — Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelsperson. Festgabe für RICHARD SCHMIDT (1932) S. 51 ff.
- HELLWIG: Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Arch. Ziv. Pr. Bd. 86 S. 223—248 (1896).
- HIRSCHBERG: Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz. ZStrW Bd. 53 S. 34—50.
- HIPPEL, WALTER VON: Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich? Diss. Halle 1895.
- HONIG: Die Einwilligung des Verletzten, Tl. I. 1919.
- JACOBOWITZ, S.: Vermögen, Vermögensschaden, Vermögensdisposition. Diss. München 1918.
- JEHLE: Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. Diss. Erlangen 1905.
- JOHN, R. E.: Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts, II. Diebstahl. ZStrW Bd. 1 S. 245—267.
- JUNG: Die Untreue nach dem Vorentwurf und den Entwürfen von 1913 und 1919. Diss. Erlangen 1921.
- KESSLER, R.: Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjectives Recht? Ein Beitrag zur Lehre vom Objecte des Verbrechen. Ger.-Saal Bd. 39 S. 94—127.
 — Kritische Bemerkungen zum Neuesten in der Lehre vom Objecte des Verbrechen. Ger.-Saal Bd. 40 S. 580—603.
- KIPP, THEODOR: Besprechung von HECK: Schuldrecht. JW 1931 S. 1169.
- KLEE, KARL: Untreue im Handelsverkehr und der Begriff des Vermögensstückes i. S. des § 266 Z. 2 StGB. Zentralblatt für Handelsrecht 1926 S. 335—341.
 — Zur wirtschaftlichen Bestimmung des Merkmals Vermögensstück im Tatbestande der Untreue. Zentralblatt für Handelsrecht 1929 S. 40—45.
- KÖNIG, HEINRICH: Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 StGB) und in den Entwürfen. Diss. Marburg 1928.
- KOFFKA, ELSE: Besprechung von H. MAYER: Die Untreue . . . ZStrW Bd. 48 S. 701 bis 708.
- KOHLER, JOSEPH: Das Obligationsinteresse. Arch. f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1 ff.
 — Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit. Arch. bürg. Recht Bd. 22 S. 1—20.
- KÖHLER: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. 1900
- KOHLRAUSCH, ED.: Anmerkung zu RG v. 17. XII. 1931. JW 1932 S. 1559/60.
- KRAEMER, WILHELM: Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ in der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und des Reichsgerichts. JW 1932 S. 1425—27.
- KRAKENBERGER: Anmerkung zu RG v. 11. IV. 1932. JW 1933 S. 114/6.
- KRAUSSE: Ersatz des negativen Schadens bei arglistiger Täuschung. JW 1929 S. 557 bis 562.
- KRONECKER: Bemerkungen zu einzelnen Urtheilen des Reichsgerichts. Goltd. Arch. Bd. 34 S. 402—409.
- KRUG, OTTO: Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland. Erlangen 1857.
 — Einige Bemerkungen über die legislativpolitische Behandlung der Eigenthumsverbrechen (Abhandlungen aus dem Strafrecht XI).

- KRUSE, VINDING: Das Eigentumsrecht. (Aus dem Norweg. übersetzt von K. LARSEN) 1931.
- KYLL, WILHELM: Schaden und Schadensausgleich. Diss. Rostock 1915.
- LEMANN, GUSTAV: Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter beim Schadensersatz. Dresden 1884.
- LEOPOLD: Zum Tatbestande der strafbaren Untreue. (Strafrechtl. Abhandl. Heft 94.) Breslau 1908.
- LISZT-SCHMIDT: Lehrbuch des deutschen Strafrechts (25. Aufl.). 1927.
- LISZT, FRANZ VON: Rechtgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre. ZStrW Bd. 6 S. 663—698.
- Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie. ZStrW Bd. 8 S. 133—156.
- LUEDER, C.: Die Vermögensbeschädigung. Leipzig 1867.
- MAYER, HELLMUTH: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. 1926.
- Anmerkung zu RG v. 10. V. 1929. JW 1929 S. 2731—34 N. 31.
- Anmerkung zu RG v. 19. XI. 1931. JW 1932 S. 1746 Nr. 28.
- Anmerkung zu RG v. 12. III. 1931. JW 1932 S. 749—51 Nr. 29.
- Die Untreue nach der Strafgesetznovelle vom 26. Mai 1933 insbesondere in ihren Beziehungen zum Handelsrecht. Zentralblatt für Handelsrecht VIII (1933) S. 146 bis 149.
- MAYER, M. E.: Rechtsnormen und Kulturnormen (Strafrechtl. Abhandlungen Heft 50). 1903.
- MERKEL, AD.: Die Lehre vom Betrüge. Kriminalistische Abhandlungen II.
- DieEigentumsverletzungen. HOLTZENDORFFS Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. III (1874) S. 621—781.
- MERKEL, JULIUS: Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Diss. Erlangen 1900.
- MEUMANN, GOTTLIEB AUGUST: Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts I (Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts H. 12). 1903.
- MEZGER, EDMUND: Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln. ZStrW Bd. 52 S. 529—545.
- MISCH: Der strafrechtliche Schutz der Gefühle. Diss. Heidelberg 1911.
- MITTERMAIER: Anmerkung zu RG v. 11. XII. 1923. JW 1924 S. 1877 Nr. 5 (a u. b).
- MOMMSEN: Die Lehre vom Interesse (Beiträge zum Obligationsrecht, 2. Abt.). 1855.
- MÜLLER, KLAUS: Betrug durch den Empfänger einer vertraglichen Leistung. Diss. Rostock 1915.
- NEUMANN: Wirtschaftliche Grundbegriffe, Handbuch der politischen Ökonomie Bd. I (4. Aufl.) 1896 S. 145—186.
- NEUNER, ROBERT: Interesse und Vermögensschaden. ArchZivPr. Bd. 134 S. 277—314.
- OELLRICH, W.: Der Unterstützungsbetrug. ZStrW Bd. 53 S. 61—74.
- OETKER: Anmerkung zu RG v. 21. XII. 1923. JW 1924 S. 1605 Nr. 8.
- OPPENHEIM: Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.
- PACIK: Über das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten. Diss. Erlangen 1897.
- PESCHKE: Zum Begriff der Untreue nach dem Gesetze v. 26. Mai 1933. DJZ 38 (1933) Sp. 1097—1101.
- PFAFF: Zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österreichischem Recht (Gutachten). Wien 1880.
- PFEIFFER, J.: Die Untreue im zukünftigen Strafgesetzbuch (Strafrechtl. Abhandlungen Heft 302). 1932.
- PHILIPSBORN, ALEXANDER: Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen (Abhandl. aus dem krimin. Seminar a. d. Universität Berlin, N. F. Bd. V Heft 2). 1906.
- PREUSCHEN, FREIH. VON: Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betrüge und der Fälschung. Gießen 1837.

- PRÖLL: Gewinnvereitelung, Vermögensgefährdung und Vollstreckungsvereitelung. Eine Untersuchung über die Vermögensbeschädigung beim strafbaren Betrug. Goldt. Arch. Bd. 66 S. 124—197, 339—389.
- Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug. Goldt. Arch. Bd. 67 S. 109—132.
- RANDA: Die Schadensersatzpflicht nach österreich. Recht mit Bedachtnahme auf ausländische Gesetzgebungen. (Gutachten.) Wien 1907.
- REICHEL: Aufrechnung und Betrug. ArchZivPr. Bd. 125 S. 178—192, 349.
- RIEZLER: Immaterialschaden. Recht 1922 S. 166.
- ROMMEL: Der Betrug. Strafrechtliche Studie. Leipzig 1894.
- ROTHERING: Die Sachbeschädigung. Ger. Saal Bd. 47 S. 211—240.
- Betrug, Willenserschleichung, Willensumgehung. GerSaal Bd. 60 S. 241—283.
- Aus der Lehre vom Betrug. Ger. Saal Bd. 67 S. 186—224.
- Das *lucrum cessans*, Kundschaft und Betrug. Archiv für Kriminalanthropologie Bd. 31 S. 114—133.
- ROTONDI, GIOVANNI: *Studi sul diritto Romano* II p. 465—578 (Dalla „*lex Aquilia*“ all'art. 1151 Cod. Civ.).
- SAUER: Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? 1908.
- SCHÄFER: Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933. DJZ 38 (1933) Sp. 789—794.
- SCHLESINGER: Vermögensbeschädigung beim Betrug. Diss. München 1894.
- SCHWINGE, E.: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 14) 1930.
- SCHWINGE, E. u. W. SIEBERT: Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung. Berlin 1933.
- Der Zueignungsbegriff. Goldt. Arch. Bd. 63 S. 284—300.
- SIEBERT, HERMANN: Ein Beitrag zu der Lehre von der Zueignung im Strafrecht. Diss. Freiburg 1929.
- SOHM: Der Gegenstand in Drei Beiträge zum Bürg. Recht. Festgabe für Degenkolb. 1905.
- Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. bürg. Recht Bd. 25 S. 173—206.
- Noch einmal der Gegenstand. Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 373—394.
- ST(ENGLEIN), M(Ax): Die Vermögensbeschädigung bei Betrug. Ger.-Saal Bd. 40 S. 81—120.
- THIES: Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 2 Ziff. 2 (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 307). 1932.
- TUHR, A. VON: Besprechung von H. A. FISCHER: Der Schaden nach dem BGB f. d. deutsche Reich. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 47 S. 67ff.
- WAAG: Was ist unter „Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen“ zu verstehen? Ger. Saal Bd. 31 S. 241—253.
- WAGNER: Beiträge zur Lehre von den Objekten des Verbrechens, insbesondere zur Lehre von den Objekten der Vermögensverbrechen. Diss. Erlangen 1897.
- WOLF, ERIK: Der Sachbegriff im Strafrecht. RG-Festgabe Bd. 5 S. 44—71.
- Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts. (Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinschen Universitätsgesellschaft Nr. 34.) Breslau 1931.
- Vom Wesen des Täters. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 87.) 1932.
- ZIMMERMANN: Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 237.) 1928.
- Aufbau des Strafrechtssystems. 1930.
- Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. ZStrW Bd. 49 S. 39—54.

Namen- und Sachverzeichnis.

Autorennamen sind in das Verzeichnis nicht aufgenommen, mit Ausnahme der mittelalterlichen Bearbeiter des römischen Rechts, deren Lehren im 3. Kapitel gesondert dargestellt worden sind.

- Abbitte, Klage auf 178, 237; Vererblichkeit 223.
 aberratio ictus 199.
 Abneigung, Wertminderung 301.
 abstrakt, Bestimmung des Vermögensbegriffes 287; — Verfügungsmacht 9, 21, 305.
 Abtreibung, in der Carolina 214; Betrug beim Verkauf von Abtreibungsmitteln 330.
 absoluter, Wert 296.
 Accursius 93, 98 f., 102.
 actio adversus calumniatores 62 ff.; Vererblichkeit 64.
 actio arborum furtim caesarum 81.
 actio de dolo 77¹⁸⁷, 109, 204; Aushilfsdelikt, Subsidiarität 79¹⁹⁵.
 actio de effusis et deiectis, Persönlichkeitsklage 62, 64 ff.; Vermögensschaden bei Körperverletzung 48⁸³; Bonifatius 142; Klagspiegel 202; Laienspiegel 209.
 actio furti, Entführung eines Hauskinds 53; — und actio leg. Aquil. 146; Pönalfunktion 86²¹³; Vererblichkeit 62; Verhältnis zur *condict. furt.* 34⁹⁵; Vermögensschaden 49 ff., 92, 107, 121, 129, 137; siehe auch Aktivlegitimation und Konkurrenz.
 actio iniuriarum, Erheblichkeit 72, 84; Persönlichkeitsklage 92; Subsidiarität (beschränkte) 69¹⁵⁹, 79¹⁹⁵, 84; Vererblichkeit 62, 101, 107, 139, 203, 230, 236; Vermögensbestandteil 101; siehe auch Aktivlegitimation und Konkurrenz.
 actio legis Aquiliae, Parallele zur *act. furti* 146; Vererblichkeit (aktive) 62, 98, 142²⁴⁰, 145, 203; Vermögensschaden 44 ff., 92/3, 129, 225 f.; siehe auch Aktivlegitimation und Konkurrenz.
 actio wegen ungerechtfertigter Ladung des patronus, Persönlichkeitsklage 62, 86, 92, 104, 135; — und *Stellionat* 104, 135, 138.
 actio de pauperie, passive Vererblichkeit 142⁴²⁰.
 actio deposito et suspenso 64¹⁴⁷.
 actio sepulcri violati, Persönlichkeitsklage 62, 74, 145, 202, 264; Vererblichkeit 147²⁸¹.
 actio servi corrupti, Vermögensschaden 47⁸².
 actio de succisis arboribus 81²⁰².
 actio vi bonorum raptorum, geschichtliche Entwicklung 56, 238; Subsidiarität 69; Vererblichkeit 142²⁴⁰; Vermögensklage 122.
 actio vi damni dati 57.
 actiones in factum ex delicto publico 144.
 actiones mixtae 57.
 actiones de peculio 91.
 actiones circa personam 116, 121, 128.
 actiones poenales 57, 60 f., 90 f., 106 f., 111, 126, 135.
 actiones reipersecutoriae 57, 59, 71, 107, 111, 116, 126, 135, 221 f.
 actiones de re familiari (circa rem) 28²⁷, 31, 92, 112 ff., 116, 121, 128, 133.
 actiones vindictam spirantes 28⁷, 32, 59, 62, 66, 71 f., 92, 94, 106, 108, 112 f., 118, 128, 133, 135, 141, 145 f.
 adulterium, actio circa rem 117.
 Äquivalent, Berücksichtigung des — 305.
 affectio 115.
 Affektionsinteresse
 — im römischen Recht, *damnum* 46, 96 f., 129; *furtum* 49, 96 f., 122, 129, 146; *iniuria* 41 f., 87; Verhältnis zu *bona* 27.
 — im altdeutschen Recht 178, 191.
 — im gemeinen Recht 249.

- in der Aufklärung 242.
 — im modernen Recht, Begriff und Wesen 61, 300⁴²; Ausschluß nach objektiver Theorie 14 f., 19 f., 277, 285, 302; Nichtberücksichtigung bei der Kompensation 313; systematische Bedeutung 277.
 Affektionsschaden, s. Affektionsinteresse.
 Affektionswert, s. Affektionsinteresse.
 Akkusationsprozeß 31¹⁸.
 Aktivlegitimation, *actio furti* 50 f., 70, 109⁹⁶, 203, 229; *actio iniuriarum* 70, 102⁶³, 139, 203, 229; *actio legis Aquiliae* 70, 203, 229; Bußansprüche 186; Diebstahlsklage 189; des Dienstherrn 189; Gewerebruch 187¹⁹²; Heimsuchung 180 ff.; Interessenkumulation 172.
 Akzept als Vermögensstück 332, 338²⁰.
 Akzessorietät, generell 6; begriffliche 320, 349; materielle 320¹⁷, 332.
 Albericus 98⁴⁷, 110.
 Amalgamierung des Vermögens 286, 299 ff.
 Analogie 76¹⁸⁵ (Zulässigkeit im römischen Recht), 244 (geschichtliche Entwicklung), 281⁸¹.
 Angelus Arretinus 138 ff.
 Angriffsobjekt, Begriff 275 f.¹⁷; Qualifizierung 284; reales — 320; Spezialisierung 288, 315, 318, 334; systematische Bedeutung 22, 160, 247 f., 252, 275 ff., 346; Delikte mit unbestimmtem — 252; Verhältnis zum Vermögensbegriff 20.
 Angriffsdelikte 183.
 angriffsfähiges Gut = Angriffsobjekt 20.
 Angriffshandlung 332 ff.
animus furandi 52, 141, 226.
animus iniuriandi 37, 119, 122¹⁴⁰, 199.
animus lucri faciendi (*lucrandi*) 33⁸³, 100, 107, 109, 131.
 Anklage, falsche 245.
 Anordnung der Tatbestände im älteren deutschen Recht 160 f.
 Ansprüche, unklagbare 330; aus unsittlichen Rechtsgeschäften 330 f.; aus verbotenen Rechtsgeschäften 330 f.; verjährte 330.
 Anspruchskonkurrenz, elektive 81, 83; privative 81.
 Arbeitskraft als Vermögensbestandteil 328.
 Arbeitslohn, entgangener (Ersatz), im älteren deutschen Recht 179, 190; im Klagspiegel 201; im modernen Recht 328.
 Arztkosten (Ersatz) im römischen Recht 48, 121, 140, 142; im älteren deutschen Recht 153, 165, 179, 190; im Klagspiegel 201; im modernen Recht 277 (systematische Bedeutung).
 Atomisierung des Vermögens 286, 299, 304.
 Aufklärung, geschichtliche Einordnung 217; — und positives Recht 240.
 Aufrechnung und Betrug 305⁵⁶; Zulässigkeit der — 47⁸⁰ (röm. Recht), 307.
 Ausbeutung als Abgrenzungsmerkmal 338, 358.
 Ausgleich, Bewertung 302; — bei Affektions- (immateriellen) Werten 313; Zeitpunkt 305, 308 f.; bei Vermögensvorteil 344; Zulässigkeit des — 299 ff.
 Aushilfsdelikte 78, 79¹⁹⁵, 204; Betrug 196.
 Aushilfsfunktion, *actio de dolo* 37, 77, 79¹⁹⁵, 204; *actio iniuriarum* 37, 40, 42, 69¹⁵⁹, 79¹⁹⁵, 87; Stellionat 37, 69¹⁵⁹, 137; Vermögensdelikte i. e. S. 284, 319, 334.
 Auslagenersatz 304.
 Aussichten als Vermögensbestandteil 5, 324 ff.
 Azo 91 f., 96⁸³, 97, 100 f., 103.
 Baldus 126 ff.
 Bankrottverbrechen 245, 283.
 Bartolus 116 ff.
 Bavarici, *Codex Iuris — Criminalis* 255 f.
 Beamtdelikte, systematische Einordnung 359.
 Beamtenverhältnis, Betrug bei Eingehung eines — 16 f.
 Begehungsweise, als Abgrenzungsmerkmal 22 f., 338; als systematisches Prinzip 275, 338.
 Begünstigung und Hehlerei 274.
 Belastung des Vermögens, als Vermögensschaden 8, 284, 287 ff.; — als Untreue 289¹³.
 Belvisio, Jacobus de 106 f.
 Berechnung des Schadens 200.
 Bereicherungsdelikte im römischen Recht 34; siehe auch wertverschiebende Delikte.
 Bereicherungsabsicht, ALR. 259 f.
 Beschädigung (vgl. auch Sachbeschädigung), Begriff 286⁴, 337¹⁸; der Pfandsache 322; von Rechten 263.

- Besitz, Rechtsschutz im Privatrecht 328;
 — als Vermögensbestandteil 327.
 Besizentziehung, und Zueignung 160⁴¹;
 — als Vermögensschaden 327.
 Bestimmung des Angriffsobjekts 319.
 Betriebsorganisation 327.
 Betrug
 — geschichtliche Entwicklung 206, 210,
 212, 215 f., 245, 251, 257 ff., 261,
 265 ff.; — und Diebstahl 193; — als
 gemischtes Verbrechen 245.
 — im modernen Recht, Begehungsform
 bei— 338; — durch Verletzung des Bes-
 sitzes 328; — bzgl. gestohlener Gegen-
 stände 329; Identität von Vermögens-
 vorteil und -nachteil 343⁶; Irrtum über
 Wirkung 339²⁰; Vermögensschaden 3,
 280.
 Bettelbetrug, geschichtlich 193; im mo-
 dernen Recht 295, 314, 339.
 Bevollmächtigter, Begriff des — und
 Bote 351³⁶.
 Bewegungsfreiheit, Rechtsgut der — 22.
 Beweispflicht im Strafrecht 324 f.
 Bewertung, Diebstahlsubjekt 229, 235,
 239, 248; Einfluß tatsächlicher Ver-
 hältnisse 335¹⁰; Methode 15; Wechsel
 336 f.; objektive — 11, 296; subjek-
 tive — 15, 18.
 Billettbetrug 312.
 Blankoakzept als Vermögensbestandteil
 338²⁰.
 blinder Passagier 312.
 Bonifatius de Vitalinis 138.
 bona 27.
 Bosh(aftigk)eit 243, 258.
 Bote, kein Bevollmächtigter 351³⁶.
 Brandstiftung, siehe auch incendium; im
 älteren deutschen Recht 169, 180; im
 ALR. 258.
 bürgerlich, Klagen 207; — Strafen 213.
 Buße
 — im älteren deutschen Recht, Ablösung
 des Fehderechts 151; — und Friedens-
 geld 152, 175; Katalog 156; kombi-
 nierte — 160; Natur 156; — und Scha-
 densersatz 153, 179; als Schmerzens-
 geld 177 f.; Terminologie 150¹; Zu-
 rückdrängung 207, 210⁴⁰.
 — im gemeinen Recht, Pönalfunktion
 233; Privatstrafbemessung 221.
 — im modernen Recht 24⁶¹.
- Caepolla 140.
 calumnia 62 ff.
 capitale 154, 157, 162, 169.
 Carolina 212 ff.; Geltung 255.
 Castro, Paulus de 138 ff.
 causa regalis 162⁵⁶.
 Chance als Vermögensbestandteil 312.
 Cinus 107.
 clausula salvatoria 255.
 code pénal und Preuß. StGB 256^{11a}.
 compensatio lucri cum damno, im römi-
 schen Recht 47⁸⁰; im modernen Recht
 307.
 componere, compositio 150¹, 162.
 concilius servorum 167.
 concussio 75, 238.
 condictio furtiva 34⁸⁵, 54¹¹⁰, 56¹¹⁴, 58¹²²,
 60¹²⁹, 86²¹³; Einordnung 91.
 constitutum legis Fabiae 86.
 contrectatio, ficta 226, 233; vera 226,
 233; siehe auch unter furtum.
 contumelia 36, 40, 93, 96, 115, 161⁴⁷, 224.
 crimen repetundarum, Vermögensver-
 letzung 74.
 crimen stellionatus, siehe Stellionat.
 crimina extraordinaria 73, 74, 110 ff., 142.
 crimina publica, privata 106, 138, 143,
 205, 207; vgl. auch öffentliches Straf-
 recht.
 damnum, Definition 45, 67; — cessans
 306; — emergens 18, 306; — extrinse-
 cum 114, 121, 123, 128; — iniuria
 datum 33 (und iniuria), 114 (mittel-
 barer Schaden), 44 ff., 45 ff., 92 f., 96,
 129, 225 f. (wirtschaftlicher Schaden);
 — intrinsecum 114, 123, 128; — re
 130; — u. actio circa rem 117; — spe
 130.
 delatura 154, 157, 169.
 Deliktssystem des römischen Rechts 33 ff.,
 55¹¹².
 diebliches Behalten 192.
 Diebstahl
 — geschichtliche Entwicklung 205, 211,
 225, 256 ff., 266 ff., 274; Definition
 255; — und Betrug 193 f.; — ein-
 facher 200, 215; — einmaliger 211;
 — gegen den Führer 163⁶⁰; — gefäh-
 rlicher 215; — großer 164, 191, 205,
 211; — handhafter 200, 215; Haus-
 163; Heeres- 163⁶⁰; — heimlicher 173,
 215; Holz- 163; Kirchen- 162⁵⁶; —
 kleiner 164, 191, 205, 211; — im Kriege

- 163⁶⁰; — mehrmaliger 211; Nacht-163⁵⁶, 191; — vom Nichteigentümer 187; — offener 173; — und Raub 194, 211; — und Sachbeschädigung 243; — systematische Bedeutung 194²²³; — uneigentlicher 243; — und Unterschlagung 192, 211, 238, 248.
- im geltenden Recht, — gestohlener Sachen 320; — immaterieller Werte 55; — und objektive Theorie 345; — und Pfandkehrung 333¹; — als Rechtsverletzung 321; — als Vermögensdelikt i. w. S. 3, 278, 346.
- Dienste, entgangene — als Vermögensschaden 97 f., 140, 153, 328.
- Dienstleistung als Vermögensbestandteil 328.
- Differenztheorie 303.
- dilatura 154, 157, 169.
- direkter Schaden bei actio leg. Aquil. 34⁸⁵.
- Dispositionsbefugnis 12 f.³⁶, 18, 20, 22.
- Ausschluß der — 302; — und objektive Vermögensbegriff 285; Schutz im römischen Recht 87.
- Dispositionsfreiheit, siehe Dispositionsbefugnis.
- Dispositionsinteresse, siehe Dispositionsbefugnis.
- dolus 75 f., 77¹⁸⁷, 109, 204.
- Drohung, als Abgrenzungsmerkmal 338, 358; Begehungsweise 263.
- Dynus 107.
- eadem res, Prinzip der — 81, 83.
- Ehrverletzung
- geschichtliche Entwicklung 190, 241, 243, 247, 258.
- im modernen Recht, Begehung durch Täuschung 316 f.
- Eigenhändigkeit der Begehung beim Einbruchdiebstahl 341.
- Eigennutz, strafbarer 258 (ALR).
- Eigentum, strafrechtliches 321¹⁷, 355.
- Einbruchdiebstahl im älteren deutschen Recht 162.
- Eingangsbetrug 293, 309 ff.; Zeitpunkt der Vollendung 312.
- Einteilung — des Besonderen Teiles 241; — des StGB 272.
- Einwilligung, beim Diebstahl 329; bei der Pfandkehrung 322.
- Einziehung von Forderungen als Untreue 336¹⁴.
- Elektrizität, Sachqualität 282.
- entgangener Gewinn, im römischen Recht 47; im modernen Recht 13, 130, 297, 324 ff.
- Entstehungsgeschichte des StGB 254 ff.
- Entstellung, Entschädigung bei — 48⁸⁴, 228 f.
- Entwertung, Vermögensschaden 335.
- Entwurf zum Preuß. StGB 261 ff.
- Erbenhaftung im römischen Recht 60, 87²¹⁷ u. 218, 90, 126; im älteren deutschen Recht 185 f.
- Erheblichkeit der Verletzung bei iniuria 72, 84.
- Erfüllungsbereitschaft, Fehlen der — als Vermögensschaden 13, 310⁷⁸, 328, 336.
- Erfüllungsbetrug 293, 309 ff.; — als straflose Nachtat 311; Zeitpunkt der Vollendung 321.
- Erfüllungsfähigkeit, Fehlen der — als Vermögensschaden 13, 328.
- Erfüllungsinteresse 12 f., 18, 309.
- Erfüllungswille, Fehlen des — als Vermögensschaden 13, 310⁷⁸, 328, 336.
- Ermessensfreiheit, des Prätors bei actio iniur. 42; im älteren deutschen Recht 196.
- Erpressung
- geschichtliche Entwicklung, — als gemischtes Verbrechen 244; im Preuß. StGB 263.
- im modernen Recht, Begehungsweise 338; Identität von Vermögensschaden und -vorteil 343⁷; Objekt des Rechtsschutzes bei — 284; — und Raub 338, 358; Vermögensschaden 3⁶, 280.
- Ersatzfunktion 87.
- Erzwingbarkeit, Täuschung über — als Betrug 336.
- Etappen, der Entwicklung des römischen Rechts 28⁷; — der Entwicklung des gemeinen Rechts 219 f.
- existimatio 35⁸⁹.
- Exspektanz als Vermögensbestandteil 326.
- externe Gesetzeskonkurrenz 79¹⁸⁴.
- Extraordinarverfahren 28⁷, 30, 33, 73.
- Fahrkartenbetrug 312.
- Falschheit 192.
- Fälschung 174, 206, 208, 212, 236, 251, 255, 257; als Schädigungsdelikt 174, 236; — und Betrug 245; — und Vermögensdelikte 204; siehe auch falsum.
- faktischer Vermögensstand 306.

- faktischer Vermögensbegriff, beim Vermögensschaden 25, 285; — beim Vermögensvorteil 342.
- falsum, Vermögensschaden 74, 104, 139²²⁴, 148, 236, 239; — und Stellionat 104 f., 124, 148, 230 f., 239.
- Fehderecht, Ablösung durch Buße 152.
- Felddiebstahl 215.
- Festlegung, Prinzip der gesetzlichen — 272.
- Fischdiebstahl 215.
- Forderung, als Angriffsobjekt 288, 310, 321¹⁷ (Untreue); systematische Bedeutung der — bei der Untreue 349.
- Forderungsverletzung, durch Sachentziehung 322; — als Untreue 321¹⁷.
- formell, Delikt 23⁵⁹; — Theorie 23, 253; — Verbrechen 23⁵⁹, 253.
- Formularprozeß 73.
- fredus 150¹, 152⁸, 171, 175.
- Freiheitsberaubung
— geschichtliche Entwicklung 161⁴¹, 241, 247 f., 258.
— im modernen Recht, Begehung durch Täuschung 340.
- Frevel 176¹²⁶.
- Friedensgeld 150¹, 152⁸, 171, 175.
- Fundunterschlagung 225.
- Futterdiebstahl 265.
- furtum, Definition 141 f., 225; Erweiterung 75; Klage im Extraordinarverfahren 33; — und Hehlerei 141 f.; — magnum 229; — liberorum 96 f., 119, 122, 129, 137; — possessionis 54¹¹¹, 188¹⁸², 209; — rei 54¹¹¹; — und Stellionat 77 ff., 109, 124, 134, 149, 204, 232; — und Täuschung 149; — und Unterschlagung 225, 238; — usus 52, 54¹¹¹; — wirtschaftlicher Schaden 38 f., 44 ff., 86, 97, 115, 119 ff., 122, 129, 137, 140, 225.
- Gandinus 104.
- Gattungsschuld, als Angriffsobjekt 289; Betrug bei — 311.
- Gebrauchsanmaßung 3.
- Gebrauchswert 300.
- Gefährdung des Vermögens 5, 337 f.
- Gegenleistung, siehe auch Kompensation; Berücksichtigung 305; als Objekt des Rechtsschutzes 294.
- Gegenwert, Berücksichtigung bei Berechnung des Schadens, siehe Ausgleich.
- Geheimnisverrat, Schutz durch act. iniur. im römischen Recht 40, 129; systematische Einordnung 257 (ALR), 346, 360.
- Geld, Wertmesser 15.
- Geldstrafe 13¹⁷ (röm. Recht), 217 (CCC).
- Geltung, des römischen Rechts 217; — der CCC 217.
- gemeines Recht, Kodifikationen 225; Periodisierung 217, 219.
- gemeingefährliche Delikte, systematische Einordnung 274, 359; Bestimmung des Angriffsobjekts 359.
- Generalklausel, Problem 25; in der geschichtlichen Entwicklung 174, 196, 210, 216, 232, 236, 240.
- generelle Bewertung 15 (= objektive Bewertung).
- Gesamtvermögen, als Schutzobjekt 286 f.; = Summe konkreter Verfügungsmacht 289.
- Gesamtwertbetrachtung 7.
- Gesetzeskonkurrenz, Prinzip der — 79; Fehlen im römischen Recht 79; siehe auch Konsumtion, Spezialität, straflose Nachtat, Subsidiarität.
- Gestehungskosten 297.
- gestohlenes Gut und Vermögensvorteil 342 f.
- Gesundheitszerstörung 247.
- Gewahrsam, Lockerung des — 341.
- Gewalt als Abgrenzungsmerkmal 338, 358, siehe auch vis.
- Gewere 173; Diebstahl aus der — des Nichteigentümers 187.
- Gewette 150¹, 152⁸, 171, 175.
- Gewichtsfälschung 192, 206, 216.
- Gewinn, entgangener 13, 130, 137, 297, 324 ff.
- Gewinnaussichten, Vermögensbestandteil 297, 324 ff.
- Gewinnsucht (gewinnsüchtige Absicht), geschichtliche Entwicklung 243, 258, 262, 265.
- Gewinnvereitelung 324 ff.
- Glossatoren 89 ff.
- Goßler, Entwurf zum ALR 256.
- Grenzverrückung 192²¹², 216, 243, 245.
- Großhandelsgeschäft 15, 299.
- Großhandelswert 297.
- großer Diebstahl 164.
- Großverkehr 15, 299.
- Grundschuldbrief als Vermögensstück 332⁶⁸.

- Gültigkeit des Vertrages bei Untreue 354, 358.
- Güter, = bona 27; äußere 242, wirtschaftliche 301⁴².
- Haftungsgrenze, § 252 BGB. als — 325.
- Haftungsgrund, § 252 BGB. als — 325.
- Halsgerichtsordnung 210ff.; Bambergensis 212ff.; Maximilianische 198, 207; Peinliche 197, 212ff.; Radolfszeller 210f.; Tirolensis 210f.
- Handelswert 296.
- handhafte Tat 162.
- haritrab 167.
- Handlungseinheit 79.
- Handlungskonkurrenz 79.
- Handlungsmehrheit 79.
- Handlungsobjekt 276¹⁷, 277, 359.
- Hauptraub 183.
- Hausdiebstahl 163.
- Hausfrieden, Verletzung des — 191.
- Hausfriedensbruch, im römischen Recht = iniuria 40; systematische Einordnung 262 (ALR), 346, 360.
- Heeresdiebstahl 163⁶⁰.
- Hehlerei 3, 192²¹¹, 274.
- Heimsuchung 162, 165ff., 168⁷⁹, 180f.; — unter Verletzung des Gegners 209.
- Hoffnung als Vermögensbestandteil 5, 326.
- Holzdiebstahl 163, 215.
- homicidium 86.
- honesti causa, Voraussetzung der Aktivlegitimation 51⁹⁴.
- hypothetischer Vermögensstand 306.
- Hypothekenbrief als Vermögensstück 332⁶⁸.
- ideale Interessen 42⁶⁵.
- Idealkonkurrenz, unechte 79 ff., 82.
- Identität von Vermögensschaden und Vermögensvorteil, bei Betrug 343⁶; bei Erpressung 343⁷.
- Idiosynkrasie, Wertminderung infolge von 301.
- immaterielle Interessen, siehe auch Affektionsinteressen
- im altdeutschen Recht, beschränkte Anerkennung 163; Rechtsgrund der Buße 157²⁸, 158f.; keine Trennung vom materiellen Schaden 208.
- im gemeinen Recht, Entschädigung 234.
- im Preuß. StGB. 263.
- im modernen Recht, Entziehung, Verletzung 55; Berücksichtigung bei Kompensation 313; — und objektive Theorie 14, 18ff.; — als rechtspolitisches Problem 24, 285ff.
- Imola, Alexander ab 138ff.
- Imola, Johannes de 138f.
- Inbesitznahme unbeweglicher Sachen 263.
- incendium 169, 238.
- Indikation der Rechtswidrigkeit 274.
- Individualanspruch 310, 321¹⁷, 352.
- indirekter Schaden, bei actio legis Aquil. 34⁸⁵, 47; bei actio furti 49⁹⁰ u. ⁹¹; bei actio vi bon. rapt. 49⁹¹; im modernen Recht 305⁶¹.
- individuelle Verhältnisse bei der Schadensberechnung 15, 296.
- individuelle Werte, bei Diebstahl und Raub im älteren Recht 191; — u. objektive Theorie 15f., 18f.; bei der Schadensberechnung 15, 296; bei der Strafzumessung 163⁵⁹.
- individuell-ideelle Werte 250
- Inhaberpapier als Vermögensstück 332.
- iniuria
- im römischen Recht, Begriff 33ff.; Entwicklung 33ff., 89¹, 121, 127, 139, 140f.; Erheblichkeit als TBmerkmal 42, 72; Erweiterung 75; — und Körperverletzung 107; — und actio leg. Aquil. 40, 81¹⁹⁸, 82f., 85, 101, 147; — und öffentliches Strafrecht 30¹⁶; — als Persönlichkeitsverletzung 40, 67, 92, 118f., 145f.; — personalis 106, 126, 139; — realis 107; (beschränkte) Subsidiarität der — 42, 87; — in den 12 Tafeln 38; Umfang des Begriffes 33ff., 75, 87²¹⁶, 101, 140f.; — und Versuch 41⁶³; — als actio vindictam spirans 64, 118f., 145f.
- im älteren deutschen Recht, Arten der 126f.; Auflösung des Begriffes 161, 173, 189; Einteilung 139.
- spätere geschichtliche Entwicklung 199, 205, 208, 226, 233, 255; Auflösung 237f.; — in corpus directa 227; — und Beleidigung 248; — in famam directa 227; — realis 227; — verbalis 227.
- Inquisitionsprozeß 31¹⁸, 213.
- Instrument, Bewertung von — 17.
- interdictum, unde vi 86; — de tabulis exhibendis 86.
- interesse, interest 70, 96, 99, 115, 122/3.

- Interesse, ideale 42⁶⁵; systematische Bedeutung 275 ff.; Umfang des Schutzes 285.
- interne Gesetzeskonkurrenz 79¹⁹⁴.
- Interpretation, extensive 244, 281.
- Irnerius 90 f., 96 f., 100, 102 f.
- Irrtum, Abgrenzung von furtum und stellionatus 78, 116, 125, 137; — beim Betrug 339²⁶.
- iudicia privata, publica 28⁷, 73, 207, 221 ff. 232 f.
- Jagdfrevel 163.
- Jason 138.
- Josephina 256.
- jugendliches Alter als Strafmilderungsgrund 211⁴⁸, 215 (CCC).
- Julische Klagen 57¹¹⁷.
- juristischer Vermögensbegriff 25, 285, 315 ff., 342 (Vermögensvorteil).
- Kalumiatorenklage** 62 ff.
- Kausalität und Schadensberechnung 306.
- Kindesraub 208.
- Kirchendiebstahl 162⁵⁶.
- Klage des patronus gegen den libertus 62, 86, 92, 104, 135; — und Stellionat 104, 135, 138.
- Klagspiegel 198 ff.
- Klassifikation, Geschichte 274¹²; — ALR 256; — im 19. Jahrhundert 248.
- kleiner Diebstahl 164.
- Kleinhandelsgeschäft 15, 299.
- Kleinhandelswert 297.
- Kleinverkehr 15, 299.
- Kodifikation, im MA. 175; im gemeinen Recht 255.
- Körperverletzung
- im römischen Recht, fahrlässige — 48;
 - eines Freien 48; wirtschaftlicher Schaden bei — 129; — durch Täuschung 149.
 - im älteren deutschen Recht 173, 190.
 - spätere geschichtliche Entwicklung 199, 205, 208, 226, 241, 243, 258.
 - im modernen Recht, Begehung durch Täuschung 316 f., 340.
- Koerzitionsgehalt 28⁷, 30¹⁸.
- kombinierte Bußen 160.
- kombinierte Tatbestände 165, 168.
- Kommentatoren 106 ff.
- Kompensation, Bewertung 302; bei Affektions- (immateriellen) Werten 313; Hirschberg, Vermögensbegriff im Strafrecht.
- Zeitpunkt 305, 308 f.; bei Vermögensvorteil 344; Zulässigkeit 299 ff.
- komplexe Tatbestände 167; im modernen Recht 280.
- kompliziert(er)e Tatbestände 165, 171, 180 f.; Grenzen der Auflösung 190.
- konkrete Verfügungsmacht 9, 21, 305.
- Konkurrenzlehre
- im römischen Recht 79, 123; kumulative — 86²¹⁴; Einzelfälle 81¹⁹⁸, 106 (furtum/iniuria), 40, 81¹⁹⁸, 82 f., 85, 101, 147 (iniuria/lex Aquil.), 82¹⁰³ (furtum/lex Aquil.), 137 (lex Aquil./lex Corn. de sic.), 56¹¹⁴ (rapina/cond. furt.), 39, 113, 120 f., 128, 145.
 - im älteren deutschen Recht 187.
 - spätere geschichtliche Entwicklung 203, 205, 230.
 - im modernen Recht, von Unterschlagung und Vollstreckungsverletzung 347¹², siehe auch Gesetzeskonkurrenz.
- Konkursmasse, Quote der — als Vermögensstück 324.
- konsumptiver Vermögenswert 301, 313.
- Konsum(p)tion, i. e. S. 292, 359⁸⁵; judiziale, prozessuale — 81 f., 83.
- konventioneller Wert 310.
- Konzertbillet, Ausgleichfähigkeit 314.
- Kränkungsbuße 177.
- Kredit als Vermögensbestandteil 338²⁰.
- Kreditbetrug 193, 335¹⁰, 338¹⁹.
- Kreditgeschäfte 336¹⁴.
- Kredituntreue 338²⁰.
- Kriminalverfahren, geschichtliche Entwicklung 29, 106, 138, 143, 198 f., 205, 207.
- Kumulation der actiones 82.
- Kundschaft als Vermögensbestandteil 5 326 f.
- Laienspiegel 198 ff.
- Landrecht, Allgemeines, Entstehungsgeschichte 256 ff.
- Landrecht, Preußisches 255⁴.
- Langobarda 88¹.
- Langobardenrecht 143.
- Laicherei 211.
- Landesverrat, Begehung durch Täuschung 341.
- Lebensmittelkarten, Betrug, Diebstahl 14⁴⁰.
- Legalordnung, siehe System.
- Leichen, Beraubung von — 170, 183.
- Leistungsfähigkeit, Täuschung über — 336.

- lex, Aquilia 75 (Erweiterung), 126 (actio poenalis), 38, 97, 111, 129, 140, 142 (wirtschaftlicher Schaden); Cornelia de sicariis et venefecis 78¹⁸⁹; Cornelia testamentaria 86; Julia iudiciorum privatorum 73; Julia iudiciorum publicorum 73; Julia de vi privata 74; Julia de vi publica 74, 86; Viselli 86.
- Liebhaberwert 296²⁰, 300⁴².
- Litiskontestation 69f.
- Lucas de Penna 125¹⁵⁵.
- lucrum, cessans 18, 306; emergens 306; incertum 131.
- Lückenproblem 272.
- Lukullisches Edikt 56, 57¹¹⁶.
- maiestas, crimen — 76¹⁸⁵ (Aushilfsfunktion).
- Maßfälschung 192, 206, 210, 215.
- materielle, Bestimmung der Eigentumsdelikte 10, 253f.; — Delikte 253; — Interessen 20f.; — Schaden 208, 268; — Theorie 23, 253.
- medicatura 153.
- Meineid 245, 348¹².
- Menschenraub = Diebstahl 192²⁰⁸.
- meretrix, Entführung einer — u. furtum 51f., 99f.
- Methode, der realen Angriffsobjekte 320; der juristischen Vorformung 320.
- Mietvertrag, Betrug bei Abschluß eines — 13.
- Miteigentum als Vermögensbestandteil 324.
- mittelbar, Eigentäterschaft 339ff.; — Selbsttäterschaft 339ff.; — Schaden 34⁸⁵ u. 47 (act. leg. Aquil.), 49⁹⁰ u. 91 (act. furti), 49⁹¹ (act. vi bon. rapt.), 305⁶¹ (modernes Recht).
- Modalitäten der Angriffshandlung 333ff.
- Mord, und Totschlag 190²⁰¹, 214, 274; Begehung durch Täuschung 340.
- Motiv, als Abgrenzungsmerkmal bei den Vermögensdelikten 262; systematischer Aufbau nach — 273.
- Münzfälschung 192, 195, 206, 210, 216.
- Nachtat, straflose 80; Erfüllungsbetrug als — 310.
- Nachteil 286, 352, 356.
- Nachtdiebstahl 163⁵⁶, 191.
- Nachtschach 180, 182.
- Narben, Entschädigung wegen — 48⁸⁴, 228f.
- Naturalrestitution 154; Widerruf als immaterielle — 178.
- Naturrecht, und gemeines Recht 237; rechtsgeschichtliche Bedeutung des — 218.
- ne bis in idem 81¹⁹⁹, 172.
- negatives Interesse 12, 18, 309.
- Normalbetrug 12.
- Notdiebstahl 215.
- Notzucht 340²⁸.
- Novelle zu § 266 StGB 290¹³, 321¹⁷, 332⁶⁷, 338²¹, 351ff., 358.
- nox, Noxalität 67, 91, 139; noxae deditio 60; noxa nocitio 38.
- nulla poena sine lege, im römischen Recht 76¹⁸⁵; im MA 196; in der Aufklärung 244¹⁶⁴; siehe auch Analogie.
- Nutzungswert 296.
- objektiv, Vermögensbegriff 4, 271ff., 285ff.; — Bewertung 11, 296.
- objektive Theorie 3⁴⁻⁷, 4⁹, 19f., 25, 271ff., 285ff.; rechtspolitische Begründung 6ff., 290ff.; — beim Diebstahl 345; — bei der Sachbeschädigung 345⁸; — bei der Unterschlagung 345; — beim Vermögensvorteil 343f.
- obligatorisch, Verletzung eines — Vertrages als Untreue 355.
- öffentliches Strafrecht
- im römischen Recht 29¹², 133, 138ff., 143; Systematik 72.
- im älteren deutschen Recht 152, 176.
- spätere geschichtliche Entwicklung 205, 207, 210⁴⁰, 215, 220f.
- Offerte als Vermögensbestandteil 324.
- Passagier, blinder 312.
- Passiven, Zugehörigkeit der — zum Vermögen 289¹².
- patronus, ungerechtfertigte Ladung des — 62, 86, 92, 104, 135 — 104, 135, 138 (als Stellionat).
- Pauschalbuße 162.
- peculatus 225.
- peinlich, Klagen 207; Strafen 207, 213.
- Person, Verletzungen der — 242, 247, 258.
- persönliche Verhältnisse und Vermögensschaden 15.
- persönlichkeitverletzende Delikte, Begriff 24f.; im römischen Recht 38f., 66f., 90, 92, 106, 108, 111f., 118, 128, 133, 135, 141, 145f.; im älteren deutschen Recht 190, 199, 224.

- Persönlichkeitswerte, Verletzung von — als Rechtsgrund der Buße 159.
- Petrus 108.
- Pfandkehrung als Rechtsverletzung 321; — und Diebstahl 333¹; — und Sachbegriff 283; — als Vermögensdelikt 3.
- Pfandrechtsverletzung, geschichtlich 192, 209; Beschädigung oder Zerstörung als — 322.
- Pilius 102.
- plagium 54¹¹⁰, 74¹⁷⁶, 238.
- poena 32, 67, 140.
- poenale Klagen 60, 90, 107, 22 ff. (generell); 33⁸¹, 91 (lex Aquilia).
- populäre Literatur 198.
- positives Interesse 12, 18, 309.
- Postglossatoren 106 ff.
- praeiudicium alterius 231 (falsum).
- Präjudizierung der actio iniur. durch Kriminalverfahren 86²¹³ u. 214.
- praevaricatio 238.
- Prävarikation 245.
- pretium affectionis 248; siehe auch Affektionsinteresse.
- prima facie-Prinzip und entgangener Gewinn 324.
- Privatrache 287.
- Privatstrafrecht
- im römischen Recht 287, 59, 68, 133, 138 ff., 143.
 - im älteren deutschen Recht 156.
 - spätere geschichtliche Entwicklung 205, 207, 221, 258.
- Privatverbrechen 241; Einteilung 247.
- procurator, falsus — u. furtum 109, 125, 131, 134.
- produktiv, Gebrauchswert 300; — Vermögensinteresse 301.
- Prolongation eines Wechsels als Vermögensschaden 335¹⁰.
- Proportionalssystem 162.
- Provokationsprozeß 287, 30¹², 73.
- Pylus 98.
- Quästionenverfahren 287, 30¹², 73.
- Qualifizierung des Angriffsobjekts 284.
- Radolfszell, Halsgerichtsordnung 210 f.
- rapina, geschichtliche Entwicklung 56, 238; Subsidiarität 69; Vererblichkeit 142²⁴⁰; Vermögensschaden 122.
- Raub
- geschichtliche Entwicklung 170 (Schachraub), 173, 183 (fries. Recht), 191 (als Vermögensverbrechen), 194, 200, 206, 211, 214, 226, 244 (gemischtes Verbrechen), 263.
 - im modernen Recht, Begehungsweise 338; — und Erpressung 338, 358.
- Realinjurie 190²⁰², 234, 258.
- Realkonkurrenz, unechte 79 ff.
- Recht auf Wahrheit 8²², 253.
- Rechtswertung durch Sachentwertung 337.
- Rechtsfriede, Bruch des — 151.
- Rechtsgut, Lehre vom — 275¹⁶ (Literatur).
- Rechtsnatur der Verfügung als Abgrenzungsmerkmal 333.
- Rechtsschutzbedürfnis, Fehlen des — und objektive Theorie 290.
- Rechtssubjekt, systematische Bedeutung des — 274.
- Rechtsverlust und Vermögensschaden 334.
- Rechtswidrigkeit, systematische Bedeutung der — 274.
- rechtswirksam, Erfordernis einer — Verfügung 7, 333 f., 334⁵ (Untreue).
- Reichsrecht, Entwicklung des fränkischen — 174 f.
- Rentabilität, Betrug durch Täuschung über — 15.
- rei persecutio 32.
- reipersecutorisch, Funktion 58; — Klagen, siehe actiones reipersecutoriae.
- relativer Wert 296.
- Repetunden 30¹², 73¹⁷⁸.
- reroub 183.
- res familiaris, agere de oder pro — 85, 92, 94, 96 f., 106, 112 f., 118, 128, 136, 145, 224; — und Vermögensbegriff (Aufklärung) 242.
- Rezeption, Beginn 198; formelle — 216.
- Rückfall und Strafzumessung 162.
- Sachbegriff 282 ff., 346.
- Sachbeschädigung
- geschichtliche Entwicklung 192, 200, 209, 243, 255, siehe auch damnum i. d. und lex Aquilia.
 - im modernen Recht, — durch Bestandteilstrennung 287⁶; — und lex Aquilia 48 f., 280; Begehung durch Täuschung 309, 341, 345³; wirtschaftlicher Schaden 3, 278 f., 346.
- Sachentziehung, Strafbarkeit 274¹¹; Schädigung durch — 282; — als Forderungsverletzung 322.

- Salycetus 134ff.
 Schachraub 170, 183.
 Schadensberechnung 139; Art der — als Unterscheidungsmerkmal der actiones 69¹⁶¹.
 Schaden, Begriff 286, 314 (normativ); mittelbarer 201, 305⁶¹; — und Schmerzen 178.
 Schadenersatz
 — im römischen Recht 56, 59, 68; actio furti 58¹²⁰, 59; actio leg. Aquil. 58; actio vi bon. rapt. 58¹²⁰.
 — im älteren deutschen Recht, — und Buße 152f., 179.
 Schädigungsdelikte 34, 174.
 Schätzung des Schadens 155²⁰.
 Scheck als Vermögensstück 332.
 schmachheit, Sühne für 202.
 Schmerzensgeld, und immaterielle Interessen 24, 88²¹⁹, 158⁸², 242; kein — bei act. de effus. et deiect., bei act. leg. Aquil. 48⁸⁴; — und Buße 177f.
 Schulden
 — Befreiung von — als Vermögensschaden 289¹².
 — Eingehung von — als Vermögensschaden 267f. — als Untreue 284, 289¹³; — als Betrug, Vollendung 253.
 — Zugehörigkeit der — zum Vermögen 289¹².
 Schurkerei-Paragraph 25.
 Schutzobjekt, Begriff 13, 275, 276¹⁷; — d. actio leg. Aquil. 70; Vermögen als — 288.
 seditio rusticorum 167.
 Selbstbeschädigung, mittelbare 339.
 sepulcrum violatum 62, 74, 145, 202, 264.
 Sippenfehde 287.
 Sklave, Verletzung eines — als damnum i. d. 47.
 sozial-ideelle Werte 250.
 Sonderfriede, Bruch des — 162⁵³, 209.
 Sparkassenbuch als Vermögensstück 334⁶⁷.
 Spezialisierung der Angriffsobjekte 288, 318, 346.
 Spezialität 123.
 Spezieskauf, Eingehungsbetrag bei — 311.
 Speziesschuld, Angriffsobjekt bei — 288.
 Spiel, falsches 193, 195; verbotenes 193.
 Staatsbürgerrechte, Schutz der — im römischen Recht durch act. iniur. 40.
 Staatsverbrechen 241, 258 (ALR).
- Stand des Verletzten und Strafzumessung 177.
 Statuten, Auslegung 120, 126; Gesetzgebung 89¹ u. ³.
 stellionatus (Stellionat), als Aushilfsdelikt 55, 69¹⁵⁹, 78, 97¹⁹⁵, 109, 134ff., 136, 142, 148, 231, 236, 251; — und falsum 239f.; — und furtum 109, 124, 134, 204, 232; Subsidiarität 69¹⁵⁹, 79¹⁹⁵, 136; — als Täuschungsdelikt 103, 105, 231, 236; wirtschaftlicher Schaden 10, 75, 124, 131ff.
 StGB, Entwürfe 268.
 Strafen, im römischen Recht 30¹⁷; im MA 177.
 Strafantrag, Sachlegitimation 322¹⁹ u. ²².
 Straferhöhungsgrund, im älteren deutschen Recht 163⁵⁶.
 straflose Nachtat 80; Erfüllungsbetrag als — 310.
 straflose Vortat 80.
 Strafnatur einer Klage 60, 90, 107, 221f. (generell), 33⁸¹, 91 (act. leg. Aquil.).
 strafrechtliches Eigentum 321¹⁷, 355.
 streitbefangen, Veräußerung einer — Sache 348¹².
 Streitbefestigung 69f.
 subjektiv, Bewertung 15, 18; — Recht als Vermögensbestandteil 5, 319ff.; — Recht nicht Voraussetzung des Strafschutzes 315, 323; — Theorie beim Vermögensbegriff 4, 19f., 22, 25, 271ff., 343f.
 subsidiäre Tatbestände, Unzulässigkeit der — im modernen Recht 282.
 Subsidiarität, Begriff und Arten 42⁶⁸, 79¹⁹⁵; — d. actio de dolo 37, 77, 79¹⁹⁵; — d. actio iniuriarum 37, 42 (beschränkte), 69¹⁵⁹, 79¹⁹⁵, 84 (beschränkte), 87 (beschränkte); — der actio vi bon. rapt. 69; — der Aushilfsdelikte 79¹⁹⁵; — des Stellionats 37, 69¹⁹⁵, 75, 78, 79¹⁹⁵, 103, 137, 148, 232.
 subtilis, actio — 204.
 Sulla, Gesetzesreform — 29¹², 30¹⁶.
 Svarez, Entwurf zum ALR 256.
 System der Vermögensdelikte 345ff., 360 (Tabelle).
 Systematik
 — geschichtliche Entwicklung, römisches Recht 71ff., 55¹¹² (Tabelle); älteres deutsches Recht 160f.; Aufklärung 241; ALR 261f.; Preuß. StGB 257f.

- modernes Recht, Bedeutung 1², 272⁴, 273; Angriffsobjekte als Grundlage der — 275f.; Interessen als Grundlage der — 275ff.; Motive als Grundlage der — 273f.; Schuldformen als Grundlage der — 273; Verletzungsobjekte als Grundlage der — 274.
- Tatbestand, kombinierte — 165, 168; komplexe — 167, 280 (modernes Recht); kompliziert(er)e — 165, 171, 180f., 190 (Grenzen der Auflösung); persönlichkeitschützende —, siehe unter diesem Stichwort; vermögensschützende —, siehe unter Vermögensdelikte.
- tatsächlich, Einfluß — Verhältnisse auf die Bewertung 335¹⁰.
- Tausch 226.
- Tauschwert 300.
- Täuschung, als Abgrenzungsmerkmal 338, 358; als Begehungsform 22, 252, 334⁷, 339ff.; beim furtum 77, 124; beim Stellionat 134; Vermögensbeschädigung durch — im älteren deutschen Recht 192.
- teleologisch, Auslegung 282; Begriffsbildung 282.
- termini motio 238.
- Terminologie, uneinheitliche — in den mittelalterlichen Quellen 176.
- Testamentsfälschung 174.
- Tevenar, Entwurf zum ALR 235.
- Theaterbillett, Ausgleichsfähigkeit 314.
- Thesiana 255f.
- Tirolensis 210f.
- Todesstrafe beim Diebstahl 225; beim furtum magnum 229.
- Tötung, fahrlässige, durch Arzt 214; historische Entwicklung 43, 162, 173, 205, 211, 214, 241, 243; öffentliches Recht in Rom 43; durch Täuschung 340; auf Verlangen 274.
- Treue als Rechtsgut 359⁸⁵.
- Treueverhältnis, Anstellung von Beamten 17.
- Treubruchstheorie, generell 348; eingeschränkte 353; Freudenthal 354f.; H. Mayer 354ff.
- Überschwemmung 258.
- Übertretungen, systematische Bedeutung 272f.
- Unfug, grober, Erweiterung des — 278, 293.
- Ungerichte 176¹²⁶.
- ungeschaffenheit 201.
- unklagbar, Ansprüche als Vermögensbestandteile 330.
- unmittelbar, Schaden bei act. leg. Aquil. 34⁸⁵.
- unsittlich, Ansprüche aus — Rechtsgeschäften als Vermögensbestandteile 330f.
- Unternehmen als Vermögensbestandteil 326f.
- Unübertragbarkeit, als Bewertungsgrundlage 301; — immaterieller Werte 61, 292, 344⁸.
- Untreue
- geschichtliche Entwicklung, Fehlen der — im römischen Recht 78¹⁸⁹, 190, 79¹⁹²; — in der CCC 215; — im Preuß. StGB 263.
- modernes Recht, Begehungsweise 338; handelsrechtliche — 346¹⁶; — als Pflichtverletzung 353ff.; Schutzobjekt der — 348; Spezialgesetze 357⁷⁴; systematische Stellung der — 347ff.; — und Unterschlagung 338; wirtschaftliche Schaden 3⁵, 280.
- Unterschlagung
- geschichtliche Entwicklung 173¹⁰², 192, 211, 215; — und Diebstahl 238, 248; — gefundener Güter 225.
- im modernen Recht, — von Forderungen 357; — durch Täuschung 173¹⁰³; — und objektive Theorie 345; — und Untreue 338; — als Vermögensdelikt 3.
- Unvererblichkeit, aktive 61 (actiones vindictam spirantes), 101, 230 u. 236 (act. iniur.); passive 60 f., 90 f. (Poenalklagen), 98, 142 (act. leg. Aquil.).
- unzüchtige Handlung, Strafbarkeit im römischen Recht 41.
- Urkunde, Entwendung, Zerstörung einer — als furtum 78¹⁸⁹, 80¹⁹⁷, 102.
- Urkundenfälschung 174, 192, 206.
- Ursprung, deutschrechtlicher — des Systems des Besonderen Teiles 280.
- usuaria pravitatis 238.
- utilis, actio leg. Aquil. 48, 70, 98.
- verbotene Geschäfte, Betrug bei Abschluß — 295; Ansprüche aus — als Vermögensbestandteile 330 f.
- Verbrechen, gemischte — 244; — mit mehrfacher Wirkung 244; Vermögens — siehe unter Vermögensdelikte.
- Verbrechensbegriff, systematische Bedeutung 273⁸.

- Vereinbarung als Grundlage der Bewertung 310.
- Vererblichkeit (aktive, passive), im römischen Recht 60, 61, 69¹⁶¹, 87²¹⁷, 101, 126; im älteren deutschen Recht 184f., 185.
- Einzelfälle: Klage auf Abbitte 223; actio adversus calumniatores 64; actio de effusis et deiectis 65, 203; actio iniuriarum 62, 101, 107, 139, 203, 230, 236; actio leg. Aquil. 62, 90, 98, 142²⁴⁰, 145, 203; actio de pauperie 142²⁴⁰; actio vi bon rapt. 142²⁴⁰; actio sepulcri violati 147²⁸¹; Klage auf Widerruf 223.
- Verfolgungspflicht 210⁴⁰.
- Verfügung, Tatbestandsmerkmal 333, 339²⁶
- Verfüngsmacht, abstrakte, konkrete 9, 21, 305.
- Vergiftung 214, 340.
- Vergleich, vollstreckbare Ausfertigung eines — als Vermögensstück 338²⁰.
- verjährte Ansprüche als Vermögensbestandteile 330.
- Verkauf, fremder Sachen 173; zweimaliger — derselben Sache 124, 210.
- Verkäuflichkeit, Berücksichtigung bei der Kompensation 313.
- Verleitung zum außerehelichen Beischlaf 340.
- Verletzungsobjekt, systematische Bedeutung 275.
- Vermeidung der Bestrafung als Vermögensvorteil 342³.
- Vermögen, im juristisch-ökonomischen Sinne 27; — im juristisch-technischen Sinne 288; wirtschaftliches — 296; — als Sachherrschaft 279; — als Schutzobjekt 21f., 288; — = Vermögensgüter 258.
- Vermögensbegriff, Arten 20f.; geschichtliche Entwicklung 238¹²⁸, 242¹⁴⁰; faktischer — 5, 285; juristischer — 4, 285; objektiver — 271ff., 6ff. u. 285 (rechtspolitische Grundlage) (siehe auch objektive Theorie); strafrechtlicher — 238¹²⁸ (Entwicklung), 317f.; subjektiver — 271 ff. (siehe auch subjektive Theorie); wirtschaftlicher — 4, 285; systematische Bedeutung des — 1, 345; — des Privatdeliktsrechts 317; — des Strafrechts 317f., (345); — des Vollstreckungsrechts 317⁶; — beim Betrug 326; — bei der Vollstreckungsverteilung 347¹³; — im Preuß. StGB 262.
- Vermögensbeschädigung 262, 346.
- Vermögensbestandteil, actio als — 69ff.; Aussichten als — 5, 324ff.; Besitz als 327; Blankoakzept als — 338²⁰; Chance als — 312; Gewinnaussichten als — 297, 324ff.; Hoffnung als — 5, 326; Kredit als — 338²⁰; subjektives Recht als — 5, 319ff.; vollstreckbare Ausfertigung als — 338²⁰; Wertpapiere als — 332.
- Vermögensdelikte
- im römischen Recht 38f., 90, 92, 96, 107, 111ff., 119, 126, 129.
- im älteren deutschen Recht 173, 190f., — spätere geschichtliche Entwicklung 200, 211, 224, 243, 264.
- im modernen Recht 1², 2f., 280; — i. e. S. 3, 280; Begehung durch Täuschung 334⁷.
- Vermögensentziehung 358.
- Vermögensgefährdung 337.
- Vermögensgüter 21⁵⁴, 258, 299⁴⁰.
- Vermögensschaden, siehe auch wirtschaftlicher Schaden; Bestimmung 295; — durch Eingehung von Verbindlichkeiten 8, 284, 287ff.; — durch Entwertung 335; — und Vermögensminderung 314; — durch Wertminderung 335; — im Zivilrecht 303.
- vermögensschädigende Delikte, siehe Vermögensdelikte.
- Vermögensschutzfunktion 88.
- Vermögensstand, faktischer 306; hypothetischer 306.
- Vermögensstück, Begriff 351, 355; (Blanko-)Akzept als — 332, 338²⁰; Kredit als — 338²⁰; Scheck als — 332; Sparkassenbuch als — 232⁶⁷; vollstreckbare Ausfertigung als — 338²⁰; Eingehung von Verbindlichkeiten 267f., 284, 287ff., 289¹³.
- Vermögenswert, konsumptiver 301, 313; konventioneller 310; objektiver 296; produktiver 300; subjektiver 15, 18; Berücksichtigung des — bei der Strafzumessung 173.
- Vermögensvorteil, Begriff 269, 342ff.; faktischer Vermögensbegriff 342; Identität mit Vermögensschaden 343; juristischer Vermögensbegriff 342; Zulässigkeit der Kompensation 340; objektive Theorie 343; Rechtswirksamkeit nicht erforderlich 342; subjektive Theorie 343; Vermeidung der Bestrafung als — 342³.

- Vermögenszwecke 16.
 Verpfändung, mehrmalige — derselben Sache 124, 193, 210.
 Verreterey 211, 216.
 Versicherungsvertrag, Betrug bei Abschluß eines — 11, 19.
 Verstrickungsbruch, Begehung durch Täuschung 341³⁰.
 Versuch, Strafbarkeit des — im römischen Recht 29⁷, 41⁶³, 138; Strafbarkeit des — im älteren deutschen Recht 161.
 Vertragsstrafe als mittelbarer Schaden 47 (lex Aquil.).
 Vertrauensinteresse 12, 309.
 Vertrauensmißbrauch, Strafzumessungsgrund 355⁶², 359⁸⁵.
 Vertrauensverhältnis, tatsächliches — bei Untreue 355.
 Vier Doktoren 90.
 vindicta (privata, publica), Begriff 31f., 32²⁵, 67, 96, 224; — und purgatio malorum 110; agere ad — 28⁷, 32, 59, 62, 66, 71f., 90f., 94, 106, 108, 112f., 118, 128, 133, 135, 141, 145f.
 violentia 74¹⁷⁶, 117, 127, 133.
 vis privata, publica 69.
 Vollstreckungsverweigerung 3, 283.
 Vollmacht als Angriffsobjekt 350.
 Vollmachtsmißbrauch, Theorie vom — 348.
 Vorformung, juristische, zivilrechtliche 6, 319, 323; — bei Untreue 351.
 Vortat, straflose 80.
 Vorteil 262, 264 (ALR), 344.
 Warenfälschung 107, 206, 216.
 Wechsel, Prolongation eines — als Vermögensschaden 335¹⁰.
 Wechselakzept als Vermögensbestandteil 332, 338²⁰.
 Wegelagerung 180, 183f.
 Wegwende 183.
 Wegsperrung 161, 170.
 Weiterverkauf, Möglichkeit des — bei Kompensation 313.
 Wergeld 221, 233 (reipersecutor. Natur).
 Wert, absoluter — 296; konventioneller — 310; konsumptiver — 301, 313; objektiver — 296; produktiver — 300; relativer — 296; subjektiver — 15, 18; Tauschwert 300.
 Wertentziehung 335f.
 Wertersatz 154.
 wertlose Gegenstände, als Objekt des Betruges 269; — als Objekt des Diebstahls 277f.; — als Objekt der Sachbeschädigung 277f.
 Wertmesser, Geld als — 15.
 Wertminderung, keine Sachbeschädigung 337; — und Vermögensschaden 335; vorübergehende — 337.
 Wertpapier als Vermögensbestandteil 332.
 Werttheorie beim Diebstahl 278²⁰.
 Wertvernichtung 56; wertvernichtende Delikte 34, 160.
 Wertverschiebung 56; wertverschiebende Delikte 34, 159f.
 Wertzerstörung 262
 Wette 176¹²⁷.
 Widerruf, Klage auf — 178, 223 (Vererblichkeit), 237.
 Wiederverkäuflichkeit, Berücksichtigung der — bei der Kompensation 313.
 Willensfreiheit, Verletzung der — beim Betrüge 22.
 wirdira 154, 157, 169.
 Wormser Reformation 207 f.
 wirtschaftlich, Unzulässigkeit einer spezifisch — Betrachtungsweise 321¹⁷; — Interesse 20f.; — Vermögensbegriff 285, 296 (vgl. auch objektiver Vermögensbegriff); — Wert des Objekts der Vermögensdelikte 249, 277f.
 wirtschaftlicher Schaden
 — geschichtliche Entwicklung, damnum i. d. 44ff., 92f., 129, 225f.; falsum 74, 139²²⁴, 148, 230f., 239; furtum 49ff., 92, 107, 121, 129, 137; Repetunden 74; act. servi corrupti 47⁸²; Stellionat 10, 75, 124, 131ff.
 — modernes Recht, Betrug 3, 268, 280; Diebstahl 269, 279f., 345f.; Erpressung 3⁶, 280; Sachbeschädigung 3, 277f., 345f.; Untreue 3⁵, 280; Wucher 3, 280.
 Wucher, Begehungsweise 338, 358; — um immaterielle Werte 280²⁹; Vermögensschaden beim — 3, 280.
 Zerstörung der Pfandsache 322.
 Zivilverfahren 106, 138, 143, 198f., 205, 207.
 Zueignung und Besitzentziehung 160⁴¹; Zueignungsabsicht 243, 251 (geschichtliche Entwicklung).
 Zulässigkeit des Weiterverkaufes (faktische, rechtliche) 313.
 Zumutbarkeit des Weiterverkaufes 313.
 Zwangsrecht auf Wahrheit 8²², 253.
 Zwölf Tafeln 29, 30¹³, 33, 37f.

Die Korrekturen für diese Arbeit wurden unter äußerst ungünstigen Bibliotheksverhältnissen durchgeführt. Ein Teil der Zitate, insbesondere im 4. Kapitel, konnte infolgedessen nicht noch einmal nachgeprüft werden. Aus dem gleichen Grunde hat sich dort die Einheitlichkeit der Zitierweise nicht überall sichern lassen; so ist z. B. der Deutsenspiegel gelegentlich nach der älteren Ausgabe von Ficker (1859) zitiert.