

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the Center for Research Libraries.

© Center for Research Libraries

Scan Date: June 27, 2008

Identifier: d-s-000086



Über
Schuld und Schuldarten.

Inaugural-Dissertation

einer hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Strassburg

vorgelegt von

Carl Schmitt

aus Plettenberg (Westfalen).

(Referent: **Professor Dr. van Calker.**)

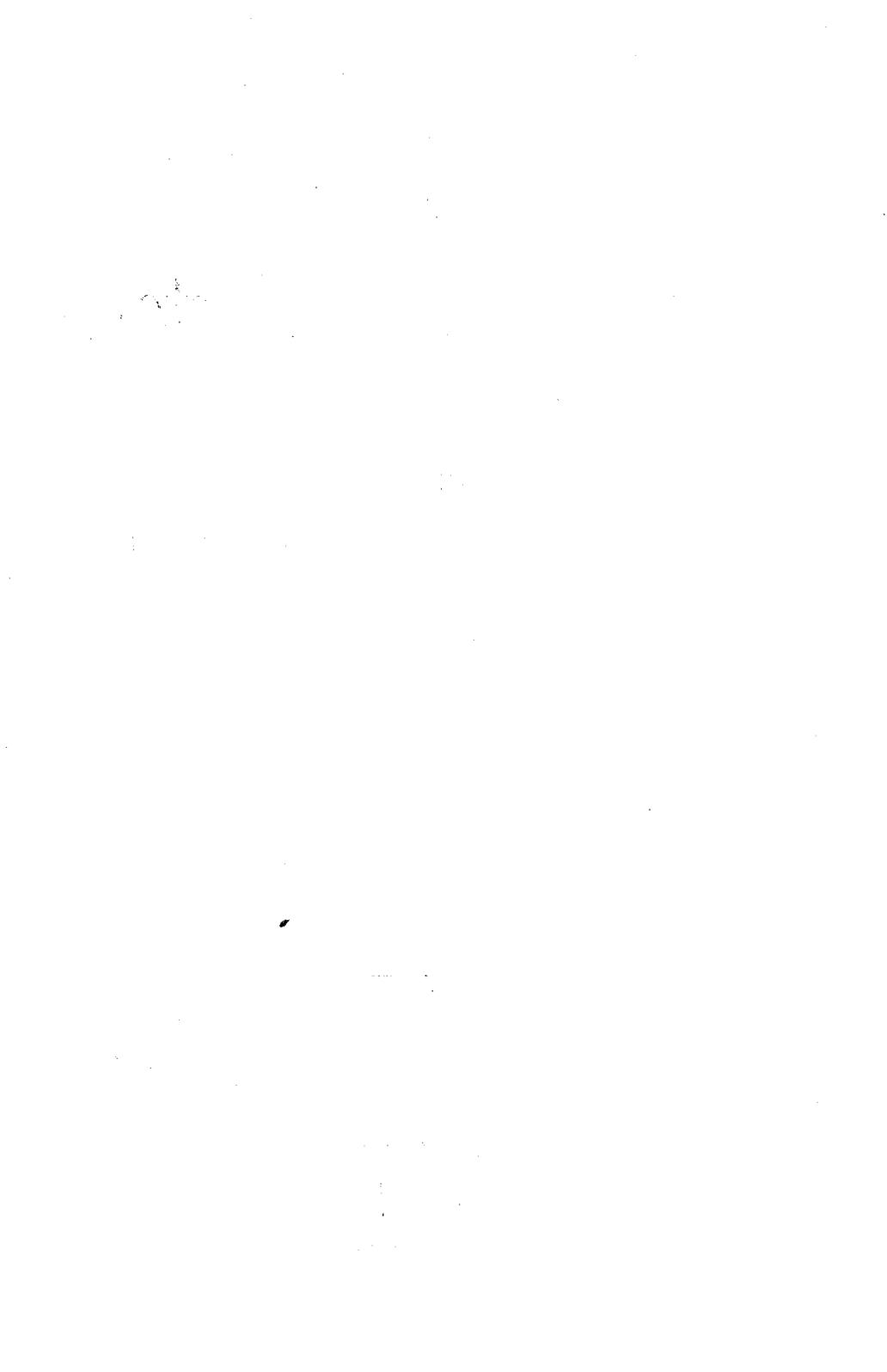
○

BRESLAU 1910.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.



Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Zur Methode.	1—15
§ 2. Die Nominaldefinition der Schuld als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung der Schuld des geltenden Strafrechts	15—24
§ 3. Die Strafschuld: ein innersubjektiver Vorgang als Moment einer Einzeltat	24—48
§ 4. Die Strafschuld: böser Wille, d. h. den Zwecken der Rechtsordnung nicht entsprechende Zwecksetzung	49—73
§ 5. Das Bewußtsein der rechtlichen oder sittlichen Unerlaubtheit . . .	73—93



Bibliatur.

- Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1904.
— Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, 1909.
- v. Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869.
— Gesetz und Schuld, Bd. II, 1907.
- Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang, 1898.
- Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859.
- Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1905.
— Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- Berner, Lehrbuch des Strafrechts, 1898.
— Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Kontroversen über dolus und culpa, 1847.
- Beschütz, Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre, I Teil, 1906.
- Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, 1894, Bd. II, 1898, Bd. III, 1905.
- Binding, Die Normen, Bd. I, 2. Aufl., 1890, Bd. II, 1877.
- Birkmeyer, Darstellung des Strafrechts in seiner Enzyklopädie, 1904.
— Kritische Vierteljahresschrift 29 (N.F. 10), S. 587 f.
— Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen, 1909 (zit: Studien).
- Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, 1885.
- Birnbaum, Über allgemeine Strafbestimmungen mit der Hinsicht auf den bösen Vorsatz, Arch. des Krim. N. F. 1837, S. 276 f., 473 f.
- van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, 1891.
— Politik als Wissenschaft, 1899.
— Vergeltungsidee und Zweckgedanke, 1899.
— Ethische Werte im Strafrecht, 1904.
— Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung, Rechtsvergl. Darst. Allg. Teil, Bd. III, S. 173 f. (zit: R. v. D. III. S. . .).
- Eccard, Die Fahrlässigkeit nach dem geltenden deutschen Strafrecht, 1889.
- Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. I, 1903.
- Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 1905.
— Die Elemente des Schuldbegriffes, G.S. 65, S. 304.
— Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen, Z. 27, S. 329 f.

- Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1802, 14. Aufl. Herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, 1847.
- Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, 1903, Bd. II, 1905.
- Finger, Das österreichische Strafrecht, Bd. I, 1894.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904.
— Bemerkungen zum Schuldbegriff, G.S. 72, S. 249 f.
- Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, Z. 10, S. 161 f.
— Über den Aufbau des Schuldbegriffes, 1907 (zit: Frank, Aufbau).
- Geyer, Grundriß I, 1884.
— Kritische Vierteljahresschrift 19, S. 402 f. 20, S. 562 f.
- Gretener, Die neuen Horizonte im Strafrecht, 1909.
- Hälschner, System des preußischen Strafrechts, 1858.
— Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, 1884 (zit: Hälschner, Pr. und D. I).
- Hartmann, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900.
- Heinemann, Die Bindungsche Schuldlehre, 1883.
- Heitz, Das Wesen des Vorsatzes, 1885.
- Hemmen, Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus, 1909.
- Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1880.
- Hippel, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903.
— Vorsatz und Fahrlässigkeit in der rechtsvergleichenden Darstellung, Allgem. Teil, III. Bd.
- Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901.
— Zur Tragweite der Normenlehre, Z. 23, S. 643 f.
- Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 1882.
- Janka, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1894.
— Grundlagen der Strafschuld, 1885.
- Jhering, Zweck im Recht, 2 Bände, 1877—1883.
- Kahn, Der außerstrafrechtliche Irrtum, 1900.
- Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, 1897.
— Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld.
- Klein, Annalen der Gesetzgebung, 1794, XII. S. 186 f.
— Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1796.
— Archiv des Kriminalrechts, Bd. I, 2 Stück.
- Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Bd. I, 1890.
— Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts, 1909.
- Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904.
- Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, 1903.
- Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem, 1908.
— Der symptomatische Verbrechensbegriff, Z. 28, S. 458 f.
- Köstlin, Neue Revision, 1845.
— System des deutschen Strafrechts, 1855.
- Kuhlenbeck, Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung, 1892.
- Lammascch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879.
- Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900.

- Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung, 1899.
— Der Zweck als Straf- und Schuldmoment, Z. 20, S. 440 f.
- v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (sämtl. Auflagen, die 16. u. 17. ist als v. Liszt Lehrb. zitiert).
— Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I u. II, 1905 (zit.: v. Liszt, I u. II).
— Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
- Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895.
- Löning, R., Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.
- Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte, 1883.
- Luden, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. II, 1840.
- Makarcwicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906.
- M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten, 1901.
— Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903.
- Merkel, Lehrbuch des Strafrechts, 1889.
— Gesammelte Abhandlungen, 1899.
- Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1895.
- Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1907.
- Miricka, Die Formen der Strafschuld, 1903.
- Mittermaier, W., Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld, 1909.
- Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung, 1891.
— Die Schuldarten im Strafrecht, G.S. 34, S. 420 f.
- Oetker, Der Einfluß des Rechtsirrtums, 1876.
— Zum Schuldbegriff, G.S. 72, S. 161 f.
- Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904.
— Über den Schuldbegriff, Z. 24, S. 333 f.
— Erfolgshaftung R. v. D. Allgem. Teil II, 1908.
- Rümelin, Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, 1909.
- Rupp, Modernes Recht und Verschuldung, 1880.
- Schmidt, R., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 1900.
- Schweizer, Über den Irrtum im Strafrecht, 1906.
- Seuffert, H., Ein neues Strafgesetzbuch, 1902.
- Sigwart, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache, Tübinger Progr., 1881.
- Stammler, Wirtschaft und Recht, 1896.
— Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.
- Sturm, Fr., Die strafrechtliche Verschuldung, 1902, G.S. 74, S. 169 f.
- Temme, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1876.
- Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907.
- Thomson, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Deliktes, 1895.
— Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs, 1902.
- Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.
- Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie, Bd. I. und II, 1896.

— VIII —

- Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft I, 1822.
Wachenfeld, Darstellung des Strafrechts in Kohlers Enzyklopädie II, S. 239 f.
Wächter, Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1881.
Wahlberg, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1875.
Westerkamp A., Muß sich der zur strafrechtlichen Verschuldung erforderliche Bewußtseinsinhalt auf die rechtliche oder sittliche Wertung der Handlung erstrecken? 1907.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im B.G.B., 1905.
Zeitler, Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, 1899.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

G.A. = Goldtammers Archiv; G.S. = Gerichtssaal; R. v. D. = Rechtsvergleichende Darstellung des Strafrechts; Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Wo ein Mißverständnis nicht zu befürchten war, ist der Name des Autors mit der betreffenden Seitenzahl zitiert.

Einleitung.

Der Zweck dieser Abhandlung ist, zu untersuchen, in welchem Verhältnisse die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit zu dem Begriffe der Schuld im Sinne des geltenden Strafrechts stehen, und mit welcher Berechtigung dementsprechend in den einzelnen Systemen des Strafrechts Vorsatz und Fahrlässigkeit als „Schuldarten“ bezeichnet werden. Bei der Schwierigkeit und dem Umfang der Materie sei zur Rechtfertigung und Entschuldigung auf einen Ausspruch W. Mittermaiers hingewiesen, nach welchem in der Schuldlehre Hunderte mitarbeiten müssen, um die Erkenntnis auch nur um Haaresbreite zu fördern. Wenn der Begriff der Schuld für das Strafrecht ein fundamentaler ist — Liepmann sagt: „Der Angelpunkt des Strafrechts“ — wenn auch die Begründung des Vorentwurfs I, S. 198/99, bemerkt, es handele sich hier um Fragen, die den Kern des gesamten Strafrechts berühren, und wenn infolgedessen Einheitlichkeit und Genauigkeit in der Terminologie von großer Bedeutung sind, so liegt wohl zureichende Veranlassung vor, die sehr schwankende Terminologie der Schuldlehre einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Denn nirgends ist Unsicherheit in der Terminologie verwirrender und von gefährlicheren Konsequenzen als hier.

Der Plan der Untersuchung ist folgender:

I. Von der Bedeutung des Wortes Schuld soll ausgegangen werden; und zwar kommt es im ersten Teile vor allem darauf an, eine Begriffsbestimmung der Schuld im sogenannten formalen

Sinne zu geben, ohne daß der materielle Inhalt des Begriffes erörtert zu werden brauchte.

II. Nach dem so gewonnenen Begriffe der Schuld bestimmt sich dann, was Schuldarten sind und mit welchem Rechte Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldarten genannt werden.

I. Die Definition der Strafschuld.

§ 1.

Zur Methode.

Der Weg, der wohl von den meisten Autoren eingeschlagen wird, um zu einer Definition der Schuld zu gelangen, ist folgender: Man geht davon aus, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit gewöhnlich Schuldarten heißen, und als die einzigen Schuldarten anzusehen sind. Wenn also, so wird argumentiert, feststeht, was Schuldarten sind, wenn die beiden Spezies gegeben sind, dann ist es sehr einfach, zu beiden das genus proximum dadurch zu finden, daß man das Gemeinsame aus den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit herausucht, vor die Klammer zieht, wie Graf Dohna sich ausdrückt. Dies Gemeinsame muß offenbar die Schuld im Sinne des Strafrechts sein. Gehen wir, ohne sofort die Richtigkeit der Voraussetzungen zu untersuchen, diesen Weg weiter, um die Richtigkeit der Methode an ihren Resultaten zu erkennen.

An den Namen Radbruchs knüpft sich die Auffassung von der Schuld als einem rein psychologischen Begriffe. Radbruch geht Z. 24 S. 333 f. folgendermaßen vor: Das Wort Vorsatz, die eine „Schuldart“, bezeichnet etwas rein Psychologisches, der Begriff ist ein rechtlich indifferent. Bei der Fahrlässigkeit ist das allerdings nicht so selbstverständlich. Da aber die beiden Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit neben einander gestellt werden müssen, so handelt es sich darum, den einen Begriff dem anderen homogen zu machen. Diese erste bedeutende Schwierigkeit überwindet Radbruch dadurch, daß er sich dafür entscheidet, aus dem Begriffe der Fahrlässigkeit alles, was an normativen Elementen in ihr liegt, als fremdes Ingrediens auszumerzen, und sie durch eine allgemein

als scharfsinnig anerkannte Konstruktion in einen rein psychologischen Begriff zu verwandeln, so daß sie dem Vorsatz adäquat und es möglich wird, beide unter einem gemeinsamen Oberbegriffe zusammenzufassen. Jene Umwandlung der Fahrlässigkeit besteht darin, daß ihr psychologischer Inhalt von der Rechtswidrigkeit geschieden wird; die Rechtswidrigkeit soll von außen an ein doppelt bestimmtes Unterlassen (1. Unterlassen der erforderlichen Sorgfalt, 2. Unterlassen der Körperbewegung) und den Erfolg herangebracht werden. Das Resultat Radbruchs ist demnach: Schuld ist etwas rein Psychologisches, irgend eine normative Beziehung ist nicht mehr darin enthalten.

Diesen Ausführungen ist von Graf Dohna G.S. 65 S. 319 f. sofort entgegengehalten worden, es bedeute eine Vergewaltigung des Sprachgebrauches und des Sprachgefühles, dem Worte Schuld seinen Normativcharakter zu nehmen. Seit seinem ersten Auftreten in der deutschen Sprache bezeichnet das Wort neben Geldschuld, etwas wofür man büßen soll, wofür einem ein Vorwurf gemacht wird (vgl. Makarewicz S. 371, Schrader, Reallexikon S. 306). Es kann ferner hier auf das Wort Strafe, das jedenfalls inhaltlich auf das engste mit der Schuld zusammenhängt, hingewiesen werden. Nach Brunner enthält das Wort Strafe seit seinem ersten Auftreten in der deutschen Sprache, im 13. Jahrhundert, die Bezugnahme auf ein mißbilligendes Urteil. Tatsächlich wird denn auch das Wort Schuld heute wohl allgemein in dieser Bedeutung gebraucht und Radbruch selbst bleibt seinen Ausführungen streng genommen nicht treu, wenn er am Schlusse seiner erwähnten Abhandlung sagt, der Oberbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit sei „ein Gemütszustand, der die Handlung als für den Handelnden charakteristisch erscheinen läßt und wenn jene Handlung eine rechtswidrige und die aus ihr zu schließende Gesinnung eine antisoziale ist, als Schuld bezeichnet wird“. Zudem kann die Auffassung von der rein psychologischen Natur der Schuld dem Wesen der staatlichen Schuldzurechnung und ihrer spezifischen Betonung gegenüber jeder anderen Verantwortlichmachung niemals genügend Rechnung tragen. Denn nicht jede Verantwortlichmachung kann man als Schuldzurechnung bezeichnen. Es ist gerade in den letzten Jahren, beim Streit um Determinismus und Indeterminismus häufig darauf hingewiesen worden, daß

jeder Mensch im praktischen Leben beständig nach Maßgabe seines Charakters behandelt wird. Wenn das aber der Fall ist, dann muß man in dem Schuldurteil mehr finden, als die bloße Konstatierung der Verantwortlichmachung. Auch der talentlose Künstler, dessen Werke nicht gekauft werden, muß den Mangel seines Talentes merklich büßen, er wird also tatsächlich für ihn verantwortlich gemacht; aber es denkt keiner daran, ihn seiner schlechten Produktionen wegen für schuldig zu erklären. Und wenn der Staat einen Unterschied macht in der Behandlung zu-rechnungsfähiger Verbrecher und gefährlicher Geisteskranker, wenn man zugibt, daß unser geltendes Strafrecht wenigstens heute noch auf dem Boden des Vergeltungsgedankens steht — was wohl unbestritten ist (vgl. van Calker Verg. u. Zw. S. 16/17 aber auch z. B. Aschaffenburgs Monatsschr. III. S. 610) — wenn heute ein Unterschied zwischen Strafe und sichernder Maßnahme besteht, so daß „Schutzstrafe“, wie L i p p s ¹⁾ bemerkt, eigentlich eine *contradictio in adjecto* ist, dann muß in dem Schuldurteil ein besonderes Moment liegen, nach Liepmanns Ausdruck ein in utilitaristische Werte nicht auflösbares Pathos, dem jene Auffassung von der rein psychologischen Natur der Schuld nicht gerecht werden kann. Der Staat stellt sich dem Verbrecher als respektverlangende Autorität in „hoheitsvoller Übermacht“ entgegen, Staat und Verbrecher machen nicht sachlich untereinander ab, wer von ihnen der stärkere ist. Der Staat legt eine „innere Würde“ in seine strafrechtliche Verantwortlichmachung; Staat und Verbrecher stehen einander nicht wie zwei bewußte Stirnerianer gegenüber, sondern der Staat ist hier konsequenter Hegelianer. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob sich eine philosophische Rechtfertigung für ein solches Auftreten des Staates finden läßt oder nicht; für den Juristen, wenigstens den Dogmatiker, muß es genügen, daß der Staat diese Autorität prä-tendiert, womit für ihn die Angelegenheit axiomatisch erledigt ist. Aus dieser, man könnte sagen, religiösen Nuancierung des Wortes Schuld wird sich vielleicht auch die mit Recht gerügte „mystische Unklarheit“ ²⁾ in vielen Definitionen der Schuld erklären lassen. Alle Anerkennung der besonderen Natur des Wortes Schuld darf natürlich nicht hindern, das Objekt des Unwerturteiles

¹⁾ Asch. Monatsschr. III, S. 299.

²⁾ L ö f f l e r, Schuldformen, S. 11.

exakt festzustellen. Alle die vielen Assoziationen, die das Wort hervorzurufen pflegt, gehen diese Untersuchung nichts an; ebensowenig wie der Jurist, welcher den § 211 des Str.G.B. zu kommentieren hat, sich um die Stimmungsimpression des Wortes „Mord“ zu kümmern braucht. Trotzdem aber ergibt eine Betrachtung des Vorganges der strafrechtlichen Schuldzurechnung auf den ersten Blick, daß eine Begriffsbestimmung der Schuld, die in ihr einen an sich ganz gleichgültigen psychologischen Zustand sieht, jener spezifischen Besonderheit der strafrechtlichen Verantwortlichmachung, jenem Pathos der Schuldzurechnung nicht gerecht wird. Die Bezugnahme auf ein Unwerturteil muß in dem, was als Schuld ausgegeben wird, zu Tage treten.

Es sei, um jedes Mißverständnis weit fernzuhalten, ausdrücklich bemerkt, daß jenes mißbilligende Urteil nur von dem das Strafgesetz erlassenden Staat ausgesprochen gedacht ist, daß in der Pönalisierung der Tat das Unwerturteil liegt; daß der Richter dagegen bloß konstatiert, ob die bestimmten Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt und unter anderm natürlich auch, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit gegeben sind. Doch braucht in dieser Konstatierung noch nicht notwendig ein selbständiges Werturteil des Richters zu liegen. Es wäre töricht, dem Richter ein Pathos vorschreiben zu wollen, und es scheint, als wäre die Ablehnung des normativen Elementes im Schuldbegriffe häufig durch eine Verwechslung der Tätigkeit des unter das Strafgesetz subsumierenden Richters mit der des unter Strafe stellenden Staates möglich geworden. Vor dieser Verwechslung warnt Heine mann S. 43 ausdrücklich. Sie scheint aber den Ausführungen Höpfners Z. 23. S. 653 f. zu Grunde zu liegen, zwar nicht, was den Normativcharakter der Schuld angeht, wohl aber in der Annahme, das Werturteil könne überhaupt aus dem ganzen Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher ausgeschieden werden. (Näheres zu Höpfners Ansicht im II. Teile der Arbeit.) Zuweilen scheint man auch die ausdrückliche Bezugnahme auf ein distributives Urteil deshalb für unnötig zu halten, weil es selbstverständlich ist, daß bei rechtlicher Schuld das Werturteil natürlich nur vom Rechte ausgehen kann. Dennoch aber bleibt es unrichtig anzunehmen, der relative Charakter des Begriffes verschwinde dadurch, daß der Gegenstand

auf den bezogen werden muß, als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann.¹⁾

Radbruchs Resultat muß also Bedenken erregen und zwingen, die Prämissen, von denen er ausgeht, zu untersuchen.

Seine ganze Deduktion beruht auf der Voraussetzung: Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Schuldarten und zwar die einzigen. Ist diese Voraussetzung falsch, dann fällt das ganze Gebäude zusammen. Es wäre deshalb die erste und wichtigste Aufgabe Radbruchs und aller derer, die ihm in dieser Methode folgen — es ist die große Mehrzahl der Autoren — einen absolut sicheren Beweis dafür zu führen, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldarten sind, und daß diese Terminologie die einzig richtige ist. Das darf keineswegs als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Schon Binding hat vor über dreißig Jahren (Normen II, S. 124, Anm. 152), Bekker (S. 456) vor vierzig Jahren die Verwirrung in der Terminologie aufs eindringlichste beklagt, und es braucht bloß daran erinnert zu werden, daß auch heute noch, ganz abgesehen davon, daß die Autoren häufig keine sich selbst gleich bleibende Terminologie gebrauchen, Vorsatz und Fahrlässigkeit

¹⁾ Daß dem Begriffe der Schuld die Bezugnahme auf ein Unwerturteil wesentlich ist, darf als allgemeine Anschauung bezeichnet werden. Dabei kann hier außer Frage bleiben, ob es genügt, den Normativcharakter anzuerkennen oder ob die Schuldzurechnung ein ethisches Unwerturteil im Sinne der unter den Rechtsgenossen geltenden Wertanschauung enthält. Es sei auf folgende besonders deutlichen Aussprüche verwiesen: Hälschner, D. I, S. 198. Merkel, S. 65 f., 70 f. v. Liszt, S. 158. Aufsätze II S. 48 215. Janka, Grundlagen S. 49 ff. Liepmann, Einl. S. 163. Kuhlenbeck, S. 79. v. Calker, Ethische Werte S. 23. Finger, L. I. S. 229, 233, G.S. 72 S. 254. M. E. Mayer, S. 103 f. Höpfner, Z. 23, S. 649. Kohlrausch, S. 30/31. („nach wie vor enthält die Pönalisierung einer Tat ein Unwerturteil“) Dohna, G.S. 65, S. 310, 313. Beling, Verbr. S. 79/80. W. Mittermaier, S. 29 f. Gretener, S. 12/13. Birkmeyer, Studien S. 86. Rümelin, Verschulden S. 9.

Kraus, G.S. 65 S. 166 bemerkt allerdings bei der Besprechung von Lönings Zurechnungslehre des Aristoteles, daß Lob und Tadel nicht Werturteile, sondern Kundgebungen mit motivierender Tendenz sind; hier sollte nur betont werden, was auch Kraus anerkennt, daß die Schuldzurechnung einen Tadel enthält. Über die motivierende Tendenz der die Schuld begründenden strafrechtl. Normen ist im 4. Abschn. des I. Teiles zu reden.

bald Schuldarten,¹⁾ bald Schuldformen,²⁾ bald Schulselemente,³⁾ bald Schuldgrade,⁴⁾ bald Schuldvoraussetzungen⁵⁾ heißen. Der logische Unterschied zwischen Schuldarten und Schuldvoraussetzungen dürfte groß genug sein, um ein skeptisches Verhalten gegenüber weittragenden Schlüssen aus einer unsichern Terminologie zu rechtfertigen, obwohl es an sich zweifellos methodologisch einwandfrei ist, aus den gegebenen spezies das genus abzuleiten.

Man könnte jetzt einwenden, daß Radbruchs Weg nur deshalb zu einem unrichtigen Resultate führt, weil er von Vorsatz und Fahrlässigkeit bzw. dem Inhalte dieser Begriffe nicht die richtige Auffassung habe. Man brauche nur, umgekehrt wie Radbruch, nicht die Fahrlässigkeit dem Vorsatze, sondern den Vorsatz der Fahrlässigkeit gleichartig zu machen. Dann enthält nämlich auch der Vorsatz die Beziehung auf ein Unwerturteil, obwohl das an sich zweifelhaft sein kann (weshalb Binding, Grundriß § 47 III den Vorsatz ein „schlechtes Wort“ nennt). Der gemeinsame Oberbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit enthält dann natürlich ebenfalls eine solche Beziehung, sodaß alle Schwierigkeiten, die sich aus der Konsequenz: Schuld ist etwas rein Psychologisches ergeben, schwinden. Noch eine weitere, beachtenswerte Schwierigkeit scheint sich dabei zu heben. Wenn man nämlich die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit zu rein psychologischen macht, die ebensogut auf rechtlich gleichgültige Handlungen angewandt werden, so muß man zugeben, daß auch Zurechnungsunfähige vorsätzlich und fahrlässig handeln können. Dann dürfte man aber die Zurechnungsfähigkeit nicht mehr Schuldfähigkeit nennen. Es soll also vorläufig die Schuldfähigkeit von der doli et culpae capacitas getrennt und abgewartet werden, ob sich ihre Identität

1) So die herrschende Terminologie z. B. v. Liszt, S. 157 ff., M. E. Mayer, v. Calker, E. W. S. 27, Beling, Verbrechen S. 45.

2) Löffler, Miricka, Finger, Lehrb. S. 267 (S. 255: Schuldarten). G.S. 72, S. 254. Liepmann, S. 130, während v. Calker, E. W. S. 29 Vollendung und Versuch als Schuldformen bezeichnet.

3) Frank, Aufbau S. 10.

4) Köstlin, System S. 176, 203, 206.

5) Bierling, III. § 42. Vgl. auch Höpfner, Z. 23, S. 651.

oder Kongruenz ergibt.¹⁾ Wenn vorsätzlich der handelt, der einen bestimmten Erfolg wissentlich und mit Willen herbeiführt, oder — wie die Vorstellungstheorie will — der einen vorausgesehenen Erfolg herbeiführt, so ist nicht einzusehen, warum ein Geisteskranker oder ein 7 jähriges Kind nicht zuweilen einen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit voraussehen, wissen und wollen kann. Bleibt es doch eine Tatsache, daß auch Zurechnungsunfähige tätig werden, was ohne Vorstellungs- und Willensvorgänge nicht möglich wäre. „Auch der Wahnsinnige handelt, soweit man sein Tun noch mit diesem Namen belegen darf, nicht zwecklos; seine Handlungen unterscheiden sich von denen des vernünftigen Menschen nicht durch den Mangel, sondern durch die Abnormität des Zweckes.“ (I h e r i n g, I. S. 21.) Diesen Worten kann man auch dann beistimmen wenn man nicht mit I h e r i n g ein unbewußtes Wollen anerkennt, denn das Bewußtsein wird man nicht jedem Unmündigen, namentlich solchen, die *pubertati proximi* sind, und vor allem nicht jedem Geisteskranken absolut absprechen können. Erschöpfen sich die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Angabe einer psychologischen Beziehung zu einem Erfolge, so müssen Zurechnungsunfähige schon aus folgender Erwägung heraus vorsätzlich und fahrlässig handeln können: die Zurechnungsfähigkeit besteht in einer Störung des Motivationslebens; ist aber die Motivation gegeben, so läuft die Tätigkeit des Zurechnungsunfähigen weiter, ohne daß sie sich psychologisch von der des normalen Menschen unterscheiden müßte: Es ist eine bekannte Tatsache, daß bestimmte Arten von Geisteskranken ihr Vorhaben mit größter Umsicht und auffallendem Scharfsinn ausführen. Nun ist es für den Begriff des Vorsatzes gleichgültig, wie die Motivation zu stande gekommen ist. Deshalb schließt bekanntlich der Affekt

¹⁾ Deshalb gehört der anfangs des vorigen Jahrhunderts häufig erwähnte Aufsatz von G r o l m a n, Bibliothek f. d. peinl. Rechtsw. 1797, I. St. 1. S. 1—50 nicht hierhin, trotz seines Themas: Können Unmündige *dolos* und *culpos* handeln? Denn G r o l m a n geht stillweigend davon aus, daß die Zurechnungsfähigkeit *doli* et *culpae* *capacitas* und der Vorsatz selbstverständlich böser Vorsatz ist. Er untersucht dann, ob nach Zivilrecht Unmündige namentlich solche, die *pubertati proximi* sind, nicht nach Strafrecht ihrer körperlichen oder geistigen Reife wegen als zurechnungsfähig angesehen werden können. Hier dagegen soll zunächst, wie das schon L u d e n II. 86, 537 tut, die Zurechnungsfähigkeit von der *doli* et *culpae* *capacitas* geschieden werden.

den Vorsatz nicht aus, und die Ansicht, welche in ihm eine besondere Schuldart oder Schuldform sah (z. B. Köstlin, System S. 155, 183 ff. N. Rev. 293 ff.) ist heute wohl überwunden.¹⁾ Löffler hat zu ihrer Widerlegung sehr treffend darauf hingewiesen, daß es sich beim Affekt um eine bestimmte Temperatur der Seele handelt, welche die als Vorsatz bezeichnete Beziehung der Innerlichkeit zum Erfolge nicht berührt; außerdem ist ja auch Fahrlässigkeit im Affekt möglich. Solange man also Vorsatz und Fahrlässigkeit für neutrale Begriffe erklärt, solange muß man auch Zurechnungsunfähigen die Fähigkeit zu vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln zuschreiben. Bemerkt doch gerade Binding, (N. II. S. 157) auch der Wahnsinnige und das Kind vermögen sich den Erfolg ihres Handelns vorzustellen und diesen zu wollen. Wenn es aber an dem ist, daß die Zurechnungsunfähigkeit die psychologische Beziehung, die als Schuld hingestellt wird, keineswegs ausschließt, so wird es unmöglich, die Zurechnungsfähigkeit noch als Schuldfähigkeit auszugeben. Man wird die Logik als zwingend bezeichnen müssen: entweder sind Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht Schuldarten, oder die Zurechnungsfähigkeit ist nicht Schuldfähigkeit. Mit Recht hält nun aber die allgemeine Anschauung daran fest, daß die Zurechnungsfähigkeit Schuldfähigkeit ist.²⁾ Auch v. Liszt nennt sie so.³⁾ Die Konsequenz liegt auf der Hand. Man kann die Zurechnungsfähigkeit auch nicht dadurch als Schuldfähigkeit retten, daß man dem Zurechnungsunfähigen die Fähigkeit zum Handeln abspricht, weil ihr Handeln nicht für das Recht in Betracht käme, denn damit hätte man sich selbst widersprochen, weil man den Begriff „Handlung“ ja auch als neutralen Begriff definieren wollte. Ebenso wenig bietet der Unterschied von technischer und natürlicher, oder von kriminalistischer und „eigent-

¹⁾ Gegen diese Auffassung Hälschner, Pr. Str. I. S. 144. D. S. 515. Binding, N. II. S. 508 ff. Löffler, S. 5. v. Bar, II. S. 432 ff.

²⁾ Vgl. Birkmeyer, Encykl. S. 1051 ff. Finger, L. S. 234 ff. M. E. Mayer, S. 68—69, Wachenfeld in Kohlers Encykl. II. S. 262. Auch Berner, Teilnahme S. 58 ff., der Zurechnungsfähigkeit für Straffähigkeit erklärt, versteht darunter nicht die Möglichkeit einer Einwirkung durch die Strafe, sondern nimmt, wie aus S. 61 hervorgeht, den Begriff im retrospektiven Sinne. Vergl. auch Berner, Lehrb. S. 77.

³⁾ Lehrb. S. 157, 165.

licher“ Zurechnungsfähigkeit einen Ausweg,¹⁾ eine Unterscheidung, die vorgenommen wurde, um dem berechtigten, schon von L u d e n II. S. 87 vorgebrachten Einwände zu entgehen: es sei überflüssig, die Fähigkeit zur Schuld, d. h. zu Vorsatz oder Fahrlässigkeit festzustellen, wenn der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit bewiesen sind; nach der *doli et culpae capacitas* zu forschen, wenn *dolus* und *culpa* vorliegen. Trotz der erwähnten Unterscheidung aber würde man die Zurechnungsfähigkeit nicht als Schuldfähigkeit aufrecht erhalten können. Denn die sogenannte natürliche Zurechnungsfähigkeit schließt ja bewiesenermaßen nach jenen Autoren den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit nicht aus; bei der technischen Zurechnungsfähigkeit aber wird vom positiven Rechte aus dem Kreise der durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit konstituierten Schuld von außen her ein Ausschnitt genommen; diejenigen Eigenschaften also, welche kraft der positiven Gesetzesbestimmung jenen Ausschnitt begrenzen, können ebendeshalb nicht mehr die Schuldfähigkeit ausmachen. Was die Schuldfähigkeit begründet, liegt innerhalb des Kreisausschnittes.

Allen diesen Widersprüchen wäre man entgangen, wenn man die Zurechnungsfähigkeit nach geltendem Rechte als Straffähigkeit bezeichnen könnte. Radbruch schlägt das a. a. O. vor.²⁾ Man ist ihm aber aus guten Gründen nicht gefolgt. Die *lex lata* sieht zweifelsohne in der Zurechnungsfähigkeit die Schuldfähigkeit. Sie beruht, wie schon erwähnt, auf dem Vergeltungsgedanken, sie straft auch den sogenannten Unverbesslichen und versteht die Zurechnungsfähigkeit im retrospektiven Sinne, nur der Moment der Begehung der Tat kommt in Betracht. Wer in diesem Augenblicke diejenigen Eigenschaften besaß, welche die Zurechnungsfähigkeit ausmachen, kann für schuldig erklärt werden, gleichgültig, welche Wirkung von der Strafe zu erwarten ist. Die Lösung, die Radbruch vorschlägt, ist also ausgeschlossen.

¹⁾ Köstlin, System S. 134.

²⁾ Vgl. Die Begründung des Vorentw. I. S. 224 „es ist sehr wohl möglich, daß ein Geisteskranker unter den Voraussetzungen der strafrechtlichen Schuld mit vollem Schuldbewußtsein gehandelt hat, nur hindert seine abnorme Geistesbeschaffenheit daran, ihn strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen“. Sehr energisch gegen diesen Satz v. Liszt Z. 30. S. 252. Binding G. S. 76, S. 32.

Es könnte den Anschein haben, als wären mit den bisherigen Ausführungen Argumente für die Ansicht erbracht, welche den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit einen auf die Rechtswidrigkeit bezugnehmenden Inhalt gibt. Denn für eine solche Auffassung beständen die Schwierigkeiten nicht, die sich daraus ergeben, daß Zurechnungsunfähige vorsätzlich oder fahrlässig handeln können. Wenn vorsätzlich nur der handelt, der mit Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit oder Normwidrigkeit usw. ein Gebot übertritt, wenn Handlung überhaupt nur Betätigung eines rechtlich relevanten Willens ist, so kann ein Zurechnungsunfähiger nicht vorsätzlich handeln. Diese Ansicht könnte ferner als positives Argument für sich geltend machen, daß sie den Sprachgebrauch wenigstens bezüglich des Wortes Fahrlässigkeit auf ihrer Seite hat, daß auch die Etymologie wahrscheinlich zu Ungunsten der Gegenansicht spricht.¹⁾ Über die sehr schwankende Bedeutung des Wortes Vorsatz dagegen wird allgemein geklagt.²⁾ Somit dürfte es also viel begründeter sein, die Fahrlässigkeit, nicht den Vorsatz ausschlaggebend sein zu lassen. Auf diese Weise bliebe dann auch der Normativcharakter des Oberbegriffes gewahrt. Aber eine Verteidigung oder Widerlegung einer der beiden Auffassungen ist für den Zweck dieser Einleitung nicht erforderlich; es handelt sich hier bloß um eine Topik der Begriffe Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit und es reicht hin, festzustellen, daß auch die Lösung, welche die Auffassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit seien Begriffe mit rechtlichem Inhalt, zu geben scheint, die Methode Radbruchs, von den sogen. Schuldarten aus zum Begriffe der Schuld zu gelangen, nicht retten kann. Auch sie operiert beständig und wie als selbstverständlich mit der kritiklos angenommenen Terminologie: Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Schuldarten; auch sie geht, genau wie die gegnerische Ansicht, von dieser unbewiesenen Prämisse aus; auch sie baut auf eine schwankende Basis.

Die zurückzuweisende Methode wird von allen den Gelehrten eingeschlagen, welche die Schuld als psychologische Beziehung

¹⁾ Binding, Grdr. § 48 I. Mittermaier, S. 33.

²⁾ Binding, Grdr. § 47 III. v. Liszt, L. 6. Aufl. S. 143 Anm. 1. Ebenso 7. Aufl. S. 149 Anm. 1.

der Innerlichkeit des Täters zu einem sozialschädlichen Erfolge,¹⁾ oder zu seiner Tat²⁾ oder zu einem unter den Tatbestand eines Strafgesetzes fallenden Erfolge³⁾ oder als subjektive Beziehung zu dem durch die Willensbetätigung herbeigeführten Erfolge⁴⁾ definieren. Daß diese Gelehrten trotz prinzipieller Verschiedenheit ihrer Ansichten über den Inhalt der fraglichen Begriffe alle stillschweigend dieselbe Methode befolgen, kann das Mißtrauen gegen ihren Weg nicht beheben; bestärkt aber muß es noch werden durch die von diesem Standpunkt aus konsequente Schulddefinition, die Kohlrausch a. a. O. gibt: „Schuld im Sinne des Strafrechts ist diejenige subjektive Beziehung, in welcher ein schuldfähiger Täter zu seiner Tat gestanden haben muß, um für diese strafrechtlich verantwortlich gemacht werden zu können“, eine Definition, an welcher auf den ersten Blick auffällt, daß sie das Wort „schuldfähig“ in sich enthält; womit sie sich eigentlich schon selbst aufgegeben hat. Denn wenn es Menschen gibt, bei denen diese subjektive Beziehung vorliegt, die aber trotzdem nicht schuldfähig sind — das müßte man nach der Definition annehmen — dann ist diese Beziehung eben nicht mehr Schuld. Ganz konsequent ist denn auch der jedem Sprachempfinden widerstrebende, aber in der Literatur keineswegs allein dastehende⁵⁾ Satz von Kohlrausch S. 23: „Die Schuld“ kann sich nur auf Momente der Strafwürdigkeit beziehen“.

1) So Löffler, S. 5, Miricka, S. 11, beiläufig auch Klee, S. 78; über M. E. Mayer und Belling, welche diese Definition als nicht falsch anerkennen, s. u. im II. Teile der Arbeit.

2) Kohlrausch, S. 1.

3) Mittermaier, S. 29.

4) So v. Liszt in älteren Auflagen seines Lehrbuches z. B. 3. Aufl. S. 163, 7. Aufl. S. 137, 8. Aufl. S. 154, 9. Aufl. S. 151, 152 (während in der 4—6. Auflage als die zu Grunde liegende Schulddefinition an die Spitze gestellt wird: Schuld ist Verantwortlichkeit für den herbeigeführten Erfolg). Für den Zusammenhang unserer Ausführungen im Texte besonders charakteristisch sind folgende Sätze der 2. Auflage S. 147. „Wir haben den Schuldbegriff aus den beiden Schuldarten des modernen Rechtes, Vorsatz und Fahrlässigkeit, abzuleiten. Demnach besteht das Wesen der Schuld immer in der Beziehung des Vorstellungslebens zur Kausalität des Tuns.“

Hierhin gehören auch die Ausführungen v. Liszt's in Deliktobligationen S. 46 f. und Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht 1889, S. 15.

5) Vgl. v. Liszt 3. Aufl. S. 164 Anm. 7.

Das Resultat dieser ausschließlich kritischen einleitenden Betrachtung sei zusammengefaßt: Es ist methodologisch falsch, von den sogenannten Schuldarten auszugehen, um den Begriff der Strafschuld zu bestimmen. Es ist ein ewiger Zirkel, erst die Schuld aus den sogen. Schuldarten und dann die Schuldarten aus der Schuld zu beweisen. Solange nicht feststeht, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit wirklich Schuldarten sind — und das läßt sich erst feststellen, wenn man weiß, was „Schuld“ ist — schweben alle Deduktionen in der Luft. Nicht von Vorsatz und Fahrlässigkeit darf man ausgehen, um die Schuld zu bestimmen, sondern umgekehrt: es muß erst ohne Rücksicht auf die Terminologie „Schuldarten“ eine Begriffsbestimmung der Schuld gesucht und erst dann, von ihr aus, nachgesehen werden, mit welchem Rechte Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldarten heißen.

Auch darf ein positives Argument für diese Methode nicht übersehen werden, ein Argument, das gerade Radbruch (und v. Liszt) entnommen ist: Erst muß der Gattungsbegriff feststehen, bevor man die *differentia specifica* der Arten untersuchen kann. Radbruch (Handlungsbegriff, S. 90) und v. Liszt (L. S. 120 und I. S. 238) machen das als Begründung dafür geltend, daß die systematische Darstellung des Strafrechts vom natürlichen Begriffe der Handlung auszugehen hat. Wenn das methodologisch richtig ist, dann wird man mit genau derselben Logik zugeben müssen, daß Radbruchs Weg in seiner Abhandlung über den Schuld-begriff nicht der richtige ist. Auch bei der Frage nach der Schuld wird man auf jeden Fall vom Genusbegriffe auszugehen haben und nicht von den vermeintlichen species.

Scheinbar folgen die meisten Darstellungen der Schuldlehre dieser Methode. Gewöhnlich wird zuerst — häufig freilich nicht sehr eindringlich — über Schuld gesprochen, und dann — meist umso ausführlicher — von Vorsatz und Fahrlässigkeit, ohne daß man die Darlegung des logischen Verhältnisses dieser drei Begriffe sich angelegen sein ließe.¹⁾

¹⁾ Vgl. Meyer-Allfeld, S. 130 ff., besonders aber Thomsen, Stfr. Allg. Teil S. 119. Noch auffallender ist das übrigens in der gesamten civilistischen Literatur der Fall. Vgl. die Lehrbücher von Cosack, I. S. 248, Cromé, I. S. 481. Ausführlich bespricht dieses Verhältnis dagegen Weyl, S. 406—407, der aber auch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung der

Auch v. Liszt erörtert in seinem Lehrbuch die Terminologie Schuldarten nicht, wie denn überhaupt fast alles Interesse der Strafrechtstheoretiker sich auf die Formulierung und Abgrenzung der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit konzentriert. Ob das sachlich berechtigt ist, kann vorläufig gleichgültig sein; hier muß nur hervorgehoben werden, daß man, wenn es einem um die Terminologie „Schuldarten“ ernst ist, mit Binding, N. II. S. 115 f. erst den Begriff der Schuld aufstellen muß, um dann dessen Arten zu bestimmen. Darauf erst ergibt sich die weitere Frage, ob die so gewonnenen Schuldarten sich als Vorsatz und Fahrlässigkeit bezeichnen lassen.

§ 2.

Die Nominaldefinition des Wortes „Schuld“.

Nachdem die Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung der Schuld im Sinne des Strafrechts offensichtlich geworden und der gewöhnliche Ausgangspunkt, um zu ihr zu gelangen, als unannehmbar erwiesen ist, ergibt sich als nächste Aufgabe, den festen unbestrittenen und unbestreitbaren Punkt zu suchen, von dem aus diese Begriffsbestimmung vorgenommen werden muß.

Man begegnet häufig der Unterscheidung: Schuld im formalen und Schuld im materiellen Sinne, wobei unter dieser der faktische Inhalt verstanden ist, der dem Worte Schuld gegeben wird. Die Frage danach soll aber hier ausscheiden. Was Schuld im materiellen Sinne ist, ob sie soziale Gefährlichkeit oder Anormalität ist, oder ob das Wort seinen Inhalt den moralischen Anschauungen der Rechtsgenossen entnimmt, das alles kann schon wegen der unübersehbaren Kontroversen über dieses Problem nicht wohl zum Fundamente der Ausführungen gemacht werden. Deshalb hat man sein Augenmerk vor allem auf die Definitionen der Schuld im sogen. formalen Sinne zu richten, um womöglich in ihnen den gesuchten Ausgangspunkt zu finden.

Es wurde schon eine solche Definition erwähnt: Schuld ist das, wofür man zu büßen hat; und tatsächlich werden alle die

fraglichen drei Begriffe annimmt, und dessen Bedenken wegen der *negligentia quam suis* nicht das Verhältnis dieser Über- und Unterordnung selbst, sondern nur die Gruppierung betrifft.

verschiedenen Begriffsbestimmungen: das, wofür man verantwortlich gemacht wird, „rechtswidriges Verhalten verbunden mit der positiv rechtlichen Wertung desselben als einer den Handelnden belastenden oder verpflichtenden Tatsache“, ¹⁾ alle diese Definitionen werden dasselbe besagen, nämlich: Schuld ist das Objekt des Unwerturteiles, das als der Schuldzurechnung wesentlich erkannt wurde. Es ist augenscheinlich: alle diese Definitionen sagen etwas sehr Richtiges und Selbstverständliches, weil sie eben nur Nominaldefinitionen sind. Trotzdem aber wird man sie nicht als überflüssig bezeichnen können, denn mit ihnen dürfte der gesuchte Punkt gewonnen sein, von dem aus bestimmt werden kann, was Schuld im Sinne des geltenden Strafrechts ist. Sobald feststeht, daß Schuld das ist, wofür jemand ein Vorwurf gemacht wird, sobald ergibt sich unmittelbar die Aufgabe, zu suchen, was nach geltendem Rechte von dem in der Strafe und in der Strafdrohung liegenden Vorwurf betroffen wird. Die Frage danach ist noch keineswegs identisch mit der nach dem materiellen Inhalte des Begriffes Schuld; denn die Frage nach dem Objekt des Unwerturteiles kann, solange sie nur das vorliegende positive Recht berücksichtigt, als Antwort eine abstrakte, aus der *lex lata* gezogene und nur auf sie bezugnehmende Formel verlangen, die das ausdrückt, was an den vielen besonderen Fällen der Bestrafung und an dem Verhalten für das gestraft wird, in den Augen des Strafenden das Wesentliche erscheint. Die Frage nach dem materiellen Inhalte der Schuld ist eine metagesetzliche; man müßte über das positive Recht hinausgehend, nach den Gründen suchen, aus denen der Staat gerade diesen Vorgang mit Strafe belegt, um zu erkennen, welchen Inhaltes — mit anderen Arten von Werturteilen verglichen — das strafrechtliche Werturteil ist. Welchen Inhalt man dem auf dem vorgeschlagenen Wege gewonnenen Schuldbegriff zu geben hat, das zu erörtern gehört nicht mehr zum Gegenstande der Abhandlung. Es genügt, daß die Schulddefinition für eine solche Bestimmung des materiellen Inhaltes Raum läßt. Obgleich sie also nur auf die Formalstruktur der Schuld des geltenden Strafrechtes gerichtet ist, wird sie trotzdem wohl zu wissenswerten Ergebnissen kommen können, ohne in der selbstverständlichen

¹⁾ Bierling, III. S. 237.

Richtigkeit jener analytischen Definition der Schuld stehen bleiben zu müssen. Für die Frage nach dem logischen Verhältnisse der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit zu dem Begriffe Schuld genügt es, soweit es sich um die Schuld handelt, diese in ihrer formalen Struktur zu erkennen.

Mit der oben erwähnten Nominaldefinition, mit der sich z. B. v. L i s z t L. S. 157, Aufsätze II. S. 48 begnügt, wird man demnach die Frage nach der Schuld im formalen Sinne nicht für erledigt halten dürfen. Eine solche Definition bedeutet überhaupt keine Bereicherung unserer Erkenntnis. Ihre Unzulänglichkeit ergibt sich sehr klar aus einer Betrachtung der Bedeutung des Satzes „keine Strafe ohne Schuld“. Die Gegenüberstellung von Schuldhaftung und Erfolgshaftung und die Behauptung, die Entwicklung des Strafrechtes stelle ein langsames Fortschreiten von dieser zu jener dar, (beides findet sich bei v. L i s z t, Lehrb. S. 159, Aufs. II. S. 144¹⁾) sind unmöglich, wenn man dabei stehen bleibt, die Schuld als das zu bezeichnen, wofür zur Verantwortung gezogen wird. Darauf haben namentlich B i e r l i n g²⁾ und F r a n k³⁾ hingewiesen. Ganz abgesehen davon, daß man auch in der Erfolgshaftung eine Haftung für den bösen Willen, der eben beim Vorliegen des bloßen Erfolges präsumiert wird, erblicken kann und abgesehen von Bierlings Erinnerung an den Animismus der Naturvölker, der hier manches erklärt, liegt auch in den krassesten Fällen, wo anscheinend ausschließlich für die Herbeiführung eines Erfolges verantwortlich gemacht wird, natürlich immer etwas vor, wofür verantwortlich gemacht wird, wenn das auch der bloße Erfolg ist. Man hält sich demnach, wenn man jene Gegenüberstellung gebraucht und die Behauptung vom Fortschritt zur Schuldhaftung aufstellt, gar nicht mehr an seine Nominaldefinition, sondern legt in das Wort Schuld schon die Bedeutung hinein, die wir ihm heute geben, oder man versteht unter Schuldhaftung die Haftung unter der Voraussetzung, daß Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich des perhorreszierten Erfolges gegeben ist. Wenn nach heute geltendem Rechte ein solcher Fall, der sogen. Erfolgshaftung

¹⁾ Ebenso Lucas, S. 1 ff., Löffler, Zeitler, Kahn und sämtliche Lehrbücher.

²⁾ III. S. 243.

³⁾ Frank, Aufbau S. 4.

vorliegt und der unglückliche Täter verurteilt wird, spricht man ihn dann nicht schuldig, auch, wie etwa im Falle des § 226, betreffs des schweren Erfolges, den er weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat? Gewiß stehen alle diese Gesetzesbestimmungen in schreiendem Widerspruche zu den sonst in unserem Strafgesetzbuche zur Geltung kommenden Prinzipien, gewiß stimmen sie durchaus nicht überein mit den Rechtsanschauungen unserer Zeit und unseres Volkes, aber eine Strafe ohne Schuld — und das muß man doch unter Erfolgshaftung verstehen, wenn man sie der Schuldhaftung gegenüberstellt — liegt im Sinne der Nominaldefinition des Wortes nicht vor. Der Satz „keine Strafe ohne Schuld“ besagt demnach bei einer solchen Schulddefinition etwas Selbstverständliches, weil er eben sagt: Niemand macht einen Vorwurf, ohne daß in seinen Augen etwas Vorwerfbares vorliegt.

Nun kann man in dem Satze „keine Strafe ohne Schuld“ das Wort Schuld auch im Sinne der im Volke herrschenden Wertanschauungen auffassen. Dann würde der Satz einen ganz anderen Inhalt gewinnen, da man ihn dann sowohl als historisches Faktum, wie als kriminalpolitische Forderung aufstellen kann. Die letzte Bedeutung hat der Satz, wenn M. E. Mayer, Rechtsnormen S. 75 ausführt, „dieses Prinzip müsse aufs strengste gewahrt werden“ oder wenn Allfeld an der Spitze seiner Abhandlung über den Rechtsirrtum schreibt, „keine Strafe ohne Schuld: so lautet der Grundsatz, auf dem sich unser Strafrecht aufbaut, seitdem es seiner Kindheit entwachsen ist“, und wenn er im folgenden die Entscheidung von dem abhängig macht, was die Rechtsgenossen als gerecht empfinden.¹⁾

Man könnte noch eine dritte Bedeutung in den Satz „keine Strafe ohne Schuld“ legen; nämlich: die Schuld geht logisch und historisch der Strafe voraus. Damit würde man sich in bewußten Gegensatz stellen zu den Rechtsgelehrten, die wie v. Liszt, Aufs. II. S. 143 und Klee, S. 45 darauf hinweisen, daß das Recht ein Produkt der Not ist, daß man strafe, um sich zu wehren und daß der Schuldgedanke und das Schuldbewußtsein des Täters die

¹⁾ Mit diesem Inhalt findet sich der Satz z. B. auch bei Kohler, Studien I, S. 106/7. Begründung des Vorentw. I, S. 200. Rümelin, Verschulden S. 19.

Folge, nicht der Grund dieser Reaktion ist. Auch könnte man argumentieren: die Strafe geht der Schuld logisch voraus, weil es keine Schuld gäbe, wenn nicht gestraft würde, und das einfachste Mittel, die Verbrechen aus der Welt zu schaffen, wäre die Abschaffung des Strafgesetzbuches. Der Satz „keine Strafe ohne Schuld“ müßte also richtiger heißen, „keine Schuld ohne Strafe“ oder, um die Formulierung von Jacques Stern ¹⁾ anzuwenden: statt „wo kein Verschulden, da auch keine Vergeltung“ hieße es richtiger: „wo keine Vergeltung, da auch kein Verschulden“.

Es liegt auf der Hand, daß mit solchen Erwägungen für das praktische Ziel dieser Abhandlung nichts getan ist. Wir gehen vom geltenden Rechte aus; wir nehmen die Tatsache hin, daß es einen Staat gibt, der unter bestimmten Voraussetzungen straft. Damit ist allerdings zugegeben, daß für uns die Schuld vor dem Strafgesetzbuch liegt, daß die Strafwürdigkeit und damit auch die Schuld der Strafdrohung, wenn nicht zeitlich, so doch logisch vorausgehe. Das soll jedoch nicht allgemein für den Schuldgedanken und für seine historische Entstehung angenommen werden (wie Kohlrausch, S. 23 und vor ihm z. B. Bekker, S. 233 und Luden II, S. 83 das tun), sondern für unser Thema genügt es, wenn dies für das heutige positive Recht gilt. Der strafende Staat muß eine Veranlassung haben, aus der er Strafe androht; und zwar tut er es, weil er das, wofür er straft, als etwas Böses, d. h. seinen Zwecken nicht Gemäßes ansieht. Weiter brauchen wir nicht zurückzugehen. Was der Inhalt seiner Zwecke ist, warum er gerade diese als böse ansieht, interessiert uns nicht. Wenn man von Schuld im Sinne des Strafrechtes spricht, so hat man damit anerkannt, daß menschliche Satzung eine Schuld begründen kann. Und manche, die das bestreiten, die mit Bekker S. X betonen, daß alles durch die staatliche Strafe Verbotene dem göttlichen Gebote widerspreche, daß es sündhaft sei und daß die Strafwürdigkeit und die Schuld gerade in den Widerspruch mit dem göttlichen Gebote bestehe — sie täuschen sich, rechtsphilosophische Fragen mit dogmatischen vermengend, sehr häufig selbst dadurch, daß sie nachträglich erklären, was dem positiven Rechte widerspreche, sei auch dem göttlichen Gebote zu-

¹⁾ Z. XXIV, S. 35 ff.

wider, und ihre Bezugnahme auf dieses göttliche Gebot erscheint praktisch überflüssig — für die rechtsphilosophische Begründung des Strafrechtes allerdings nicht.

Aber die vorliegende Arbeit soll dem geltenden Strafrecht und seiner Terminologie dienen. Alle philosophischen Ambitionen liegen ihr fern, ebenso wie kriminalpolitische Erwägungen. Mit der erwähnten Nominaldefinition der Schuld ist die Möglichkeit einer Definition der Strafschuld des geltenden Rechtes gegeben, und man ist nicht gezwungen, mit einem aprioristischen Schuld-begriffe an das Strafrecht heranzutreten und dieses an ihm zu meistern. Der Satz „keine Strafe ohne Schuld“ wurde herangezogen, zunächst um zu zeigen, daß jene häufig als Definition der Schuld im formalen Sinne hingestellte Nominaldefinition zwar einen Ausgangspunkt abgibt, daß sie aber keineswegs als Definition der Schuld im formalen Sinne befriedigen kann. Sodann aber wurde auf die oft nicht beachtete ¹⁾ verschiedenartige Bedeutung jenes Satzes hingewiesen, um so die eng gezogenen Grenzen der vorliegenden Arbeit deutlich zu machen. Die Frage: Was ist Schuld? ist nur Voraussetzung, allerdings notwendige Voraussetzung für die Frage nach der Berechtigung der Terminologie „Schuldarten“. Es muß demnach zuerst festgestellt werden, was Schuld ist. Es wird aber ausreichen, wenn man auf dem vorgeschlagenen Wege, also von der Nominaldefinition ausgehend, den Schuldbegriff des geltenden Rechtes finden kann. Wenn nämlich die so gewonnene Schuldefinition mit der allgemeinen Anschauung der Strafrechtstheoretiker über den Begriff der Strafschuld übereinstimmt, wenn sie außerdem in ihrer formalen Struktur dem Schuldbegriffe der ethischen Wertanschauungen der Zeit und des Volkes, die ja ihren Ausdruck im geltenden Strafrechte finden, nicht widerspricht, — dann wird man eine solche Definition der Untersuchung des logischen Verhältnisses von Strafschuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Grunde legen dürfen. Ob aber die Auffassung, die ihren Schuldbegriff aus den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit und der kritiklos ange-

¹⁾ Der einzige, der den Satz nicht mit Selbstverständlichkeit aufstellt, ist Beschütz, Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre, I S. 3; er versucht dort auch eine Rechtfertigung des Ausdrucks Erfolgshaftung daß sie aber von der Nominaldefinition der Schuld aus nicht möglich ist, ergibt sich aus den Ausführungen des Textes.

nommenen Terminologie „Schuldarten“ deduziert, ob diese Auffassung mit der hier gewonnenen Definition vereinbar ist oder nicht, und inwiefern ihr Schuldbegriff haltbar ist, das gehört natürlich in den II. Teil dieser Abhandlung, in die Erörterung der Frage: Wie verhalten sich Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Begriffe der Schuld und sind sie wirklich Schuldarten?

Will man einerseits bezüglich der landläufigen Terminologie, die Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten bezeichnet, seine absolute Voraussetzungslosigkeit bewahren, und will man außerdem noch andererseits nicht einen von vornherein fertigen Schuldbegriff dem Strafrechte auferlegen, so ist der vorgeschlagene Weg der einzig mögliche. Demnach wird zu fragen sein: Was ist das, wofür das geltende Strafrecht den in der Strafe liegenden Vorwurf macht?

Wird aber nicht dadurch die Schuld dem Verbrechen gleichgestellt? Ist es nicht das Verbrechen, für das verantwortlich gemacht wird? Und könnte man nicht mit Frank ein Argument aus dem § 262 der Str.P.O. (und § 81 G.V.G.) entnehmen, wo gesagt ist, daß die Schuldfrage auch solche vom Strafgesetz besonders vorhergesehene Umstände umfaßt, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen? Aber diesem Argumente Franks gegenüber hat Kriegsmann in der Besprechung des Frankschen Aufsatzes Z. 28. S. 713/14 geltend gemacht, daß die Frage: Ist der Angeklagte schuldig? einen viel umfassenderen Sinn hat, als die Frage der strafrechtlichen Schuldlehre: Hat der Täter schuldhaft gehandelt? Auch Birkmeyer, Studien S. 86 unterscheidet ausdrücklich zwischen der Schuld als dem „Komplex von subjektiven und objektiven Momenten, wie er die Voraussetzung der Strafe bildet“ und der Schuld als „fehlerhafter Willensbestimmung zu einem rechtswidrigen Tun“. ¹⁾ Nun zeigt sich schon hier der Unterschied in den verschiedenen Auffassungen der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit: Für denjenigen, der die neutralen Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit, die an den natürlichen Begriff der Handlung herangebrachten Prädikate, unter dem Namen „Schuld“ zusammenfaßt, für den muß die Frage Kriegsmanns: Hat der Täter schuldhaft gehandelt? eine ganz andere Bedeutung haben als für den, der, Vorsatz und bösen Vorsatz gleichstellend, jedes vorsätzliche

¹⁾ Auch Rümelin, Verschulden, S. 3. Anm. lehnt Schlüsse aus dem Wortlaut des § 262 Str.P.O. ab.

Handeln eo ipso für etwas Vorwerfbares erklärt.¹⁾ Auch der Unterschied der Strafrechtssysteme tritt schon hier zu Tage: Für den, der in dem Verbrechen zunächst eine Handlung sieht, die in bestimmter Weise und unter anderm auch als vorsätzlich oder fahrlässig prädikatisiert wird, bedeutet das Schuldhafte am Verbrechen jedenfalls etwas anderes als für den, der den Verbrechensbegriff auf der Normübertretung aufbaut, oder mit Merkel das Verbrechen als Rechtsverletzung betrachtet und von dem im rechtswidrigen Erfolg objektivierten Willen spricht. Vorläufig dürfte ganz allgemein für das Verhältnis von Schuld und Verbrechen folgendes gelten: Das Verbrechen kommt durch eine Reihe von Voraussetzungen zustande, von denen man unmöglich immer behaupten kann, daß der Täter für sie verantwortlich gemacht wird. Um ein beliebiges Beispiel zu gebrauchen: Wenn jemand wegen betrügerlichen Bankerottes verurteilt wird, so wird ihm aus der Zahlungseinstellung oder gar der Konkureröffnung selbst noch nicht ohne weiteres ein Vorwurf gemacht werden können, wie sich aus der Fassung von § 239 der K.O. deutlich ergibt, und doch müßte ohne die Konkureröffnung die Schuldfrage im Sinne des § 262 Str.P.O. verneint werden. Bekker bemerkt daher S. 240, daß die äußeren Umstände zum Verbrechen im rechtlichen Sinne gehören, daß man aber, sobald sie gegeben sind, für die Bestrafung nur die „inneren Umstände“ in Betracht ziehen dürfe. Und zwar könnte diese Ansicht auch dann aufrecht erhalten werden, wenn man den eben erwähnten Einwand bezüglich des Verhältnisses von Schuld und Delikt erhöhe, also die Bindingsche Unterscheidung von Delikt und Verbrechen benutzte, wonach das Delikt die verbotene Handlung als solche, Verbrechen aber den Tatbestand bezeichnet, an den die Strafformeln angeknüpft sind. (N. II, S. 463 ff.) Was an der verbotenen Handlung das Vorwerfbare ist, das muß gefunden werden; diese Handlung selbst ist noch nicht in jedem

¹⁾ Wenn man das erwägt, so fällt das richtige Licht auf einen Einwand gegen den vorgeschlagenen Ausgangspunkt, den man in den Worten Löfflers S. 10 finden könnte. L. sagt dort, daß die richtige Beantwortung der Schuldfrage nur einen Teil der Frage nach der Strafwürdigkeit erledige. L. sieht aber dabei Schuld offensichtlich als den Oberbegriff seiner drei Schuldformen an, aus dem jede Bezugnahme auf eine Bewertung ausgeschlossen ist. Ihn trifft also der im vorigen Abschnitt behandelte Vorwurf, er geht von einer unbewiesenen Prämisse aus.

ihrer Teile das Objekt des Unwerturteils; schon deshalb nicht, weil zur Handlung der Kausalzusammenhang zwischen Innervation und Muskelbewegung gehört,¹⁾ welcher an sich isoliert betrachtet, ebensowenig getadelt werden kann, wie der weitere zwischen Körperbewegung und verpönten Erfolge. Die Schuld ist nicht das Delikt; man mag sie den Kern des Deliktes nennen oder mit Kohlrausch S. 57 das „Wesen des Verbrechenens“; aber sie ist weder mit Verbrechen, noch mit Delikt identisch.

Als nächste Aufgabe ergibt sich demnach: Es gilt das Objekt des in der Schuldzurechnung liegenden Unwerturteils zu suchen. Es gilt, für das geltende Strafrecht das zu suchen, was der strafende Staat mit seiner Strafe und dem in ihr enthaltenen Vorwurf eigentlich treffen kann. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes wird von niemandem bestritten. Wer sich der Nominaldefinition v. Liszts anschließt, muß sie anerkennen; ebenso wer mit Birkmeyer (Studien S. 86) von der Schuld als dem „eigentlichen Gegenstand der Strafe“ und dem „Objekt der Bestrafung“ spricht. Nicht zu übersehen ist endlich, daß in zwei unlängst erschienenen Abhandlungen über den Schuldbegriff, in der von Frank über den Aufbau des Schuldbegriffes und der von W. Mittermaier S. 31 der hier vorgeschlagene Ausgangspunkt ausdrücklich zugegeben ist.²⁾

Es muß noch eine Reihe von Nominaldefinitionen der Schuld erwähnt werden, die inhaltlich mit der hier angenommenen übereinstimmen, und nur wegen einer Ungenauigkeit nicht wörtlich zugegeben werden können. So ist z. B. die Definition v. Liszts (L. S. 157, Aufs. II, S. 48): Schuld ist die Verantwortlichkeit des Täters, offenbar unrichtig, weil sie bloß die Tatsache angibt, daß verantwortlich gemacht wird. Die Verantwortlichkeit des Täters ist ein Faktum,³⁾ sie ist nicht seine Schuld. An der Verantwortlichkeit ist der zurechnende Staat ebenso sehr Schuld wie der Verbrecher. Der gleiche Vorwurf der Ungenauigkeit trifft aber auch Franks Ausdruck „Vorwerfbarkeit“ (Aufbau S. 11). Denn

1) Wenigstens für den, der nicht psycho-physischer Parallelist ist.

2) Ausdrücklich auch Lipps, Asch. Monatsschr. III, S. 300: „Das, wogegen die Strafe sich richtet“.

3) Darauf weisen besonders Finger, G.S. 72, S. 251, und Frank, Aufbau, S. 3 hin. Übrigens sagt v. Liszt, Aufsätze II, 45 selbst, daß die Verantwortlichkeit eine Tatsache ist. Auch L. 6. A. S. 131.

dieses Wort bedeutet keineswegs die Zusammenfassung dessen, was vorgeworfen wird.¹⁾ Ebensovienig wird man die Schuld mit Tittmann, I. S. 181 als „Zurechnungsfähigkeit wegen Entstehung eines rechtswidrigen Ereignisses“ oder mit K ö s t l i n, System S. 156 als „Maß der Verantwortlichkeit“ oder mit J a n k a, III. Aufl. S. 17 als „Zurechenbarkeit“ bezeichnen dürfen.

§ 3.

Schuld — ein einzelner Vorgang des Innenlebens.

Nur das geltende Strafrecht soll berücksichtigt werden. Für diese Abhandlung kommt die Schuld demnach nur als Rechtsbegriff in Betracht, ohne daß jedoch — wie Mittelstädt, G.S. 44, S. 416 ff. das tut — damit jede Frage nach dem materiellen Inhalt des Begriffes verworfen sein soll. Auch wird man sich für das geltende Recht mit einer solchen Konstatierung nicht begnügen dürfen. Vielmehr kann jetzt erst die eigentliche Erörterung dessen, was Strafschuld ist, beginnen; die weitere Methode dieser Erörterung ist durch ihren Zweck gegeben.

Wenn die wesentlichen Voraussetzungen betrachtet werden, die vorliegen müssen, damit gestraft wird, so führt das vielleicht dem Ziele näher, weil nur dadurch erkannt werden kann, was der Strafgesetzgeber für das eigentlich Strafwürdige hält. Es ist für unser Thema wohl richtiger, die positiven Bedingungen der Strafe zu erwägen, als nach dem allgemeinen Zweck der Strafe zu suchen und sich im endlosen Streit der Strafrechtstheorien zu verlieren.

Nach dem geltenden Strafrecht ist als notwendige Voraussetzung der Strafe zu betrachten eine vorsätzliche oder fahrlässige, rechtswidrige Handlung oder Unterlassung, die einen unter den Tatbestand eines Strafgesetzes fallenden Erfolg hat. Aber gleich zu Anfang erhebt sich hier ein wichtiges Bedenken. Es gibt Fälle, in denen Vorsatz und Fahrlässigkeit für die Bestrafung nicht verlangt werden. Wenn auch erklärt werden mußte, daß die Nominaldefinition der Schuld nicht imstande ist, einen Unterschied zwischen Erfolgs- und Schuldhaftung zu erklären, so ist doch andererseits

¹⁾ Außerdem ist der Ausdruck deshalb ungenau, weil er darüber im Zweifel läßt, ob es sich um Vorwerfbarkeit der Tat oder des Täters handeln soll. So auch gegen Frank v. Liszt L. S. 158, Anm.

nicht zu bestreiten, daß der mit dieser Gegenüberstellung gemeinte Unterschied in der Verantwortlichmachung tatsächlich besteht. Das geltende Recht scheint also zwei grundverschiedene Auffassungen zu haben, sodaß man damit rechnen muß, den Schuldbegriff des geltenden Rechtes dualistisch zu fassen. Es wäre also möglich, daß man in diesem Sinne, wenn man die beiden Arten der Verantwortlichmachung nebeneinander hält und von der einen mit Beziehung auf die andere spricht, von einer „Strafe ohne Schuld“ reden kann. Es fragt sich nur: Sind die Fälle der sogenannten Erfolgshaftung, d. h. hier: der Verantwortlichmachung ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, ihrer Zahl, ihrer gesetzlichen Behandlung, oder ihrer tatsächlichen Wichtigkeit nach geeignet, eine besondere Berücksichtigung bei der Begriffsbestimmung der Schuld im Sinne des geltenden Strafrechtes, eine speziell für sie berechnete Schulddefinition zu erzwingen? Wird man erklären müssen, daß das geltende Strafrecht in seiner Auffassung von der Schuld bewußt zwei einander widersprechenden Prinzipien folgt?

Für zahlreiche Fälle in strafrechtlichen Nebengesetzen, namentlich bei Zoll- und Steuerdelikten, scheint das zuzutreffen. Doch darf nicht übersehen werden, daß eine Reihe von Gelehrten hier nur noch eine Ordnungsstrafe annimmt und nicht mehr von krimineller Strafe spricht.¹⁾ Oder daß es sich hier nicht um rechtswidrige, sondern um verwaltungswidrige Handlungen handelt.²⁾ Hierhin mit Frank die gesamten Übertretungen des Strafgesetzbuches zu rechnen, wäre ganz willkürlich.³⁾ Selbst wenn man aber von Fällen reiner Erfolgshaftung spricht,⁴⁾ so wird man, soweit sie bis jetzt in Frage stehen, bei ihrem unbestreitbaren Ausnahmecharakter, ihnen keinen Einfluß auf die Begriffsbestimmung der Strafschuld einräumen können. Ob man von „Strafe ohne Schuld“ sprechen kann, richtet sich danach, ob hier für etwas anderes verantwortlich gemacht wird, als in den Fällen der Verantwortlichmachung, welche für die *lex lata* als normale bezeichnet werden müssen.

1) So v. Liszt, L. S. 161.

2) So Goldschmidt, G.A. 49, S. 71.

3) So auch Liszt, L. S. 161.

4) So Frank, § 59 Nr. VIII, Beling, S. 42.

Was eine zweite Gruppe von Bestimmungen, bei denen man von Erfolgshaftung sprechen kann, anbelangt, so veranlaßt der schwere Erfolg die Berücksichtigung der Schuld, die aber nicht in seiner Herbeiführung besteht. Man kann hierhin die Bestrafung der Schuld bei fahrlässiger Herbeiführung eines verpönten Erfolges rechnen, ferner die Bestrafung von Anstiftung und Beihilfe und aus dem besonderen Teile des Strafgesetzbuches die §§ 139,¹⁾ 210, 227, 329 Abs. 2, wenn man im schweren Erfolge eine Bedingung der Strafbarkeit sieht. Aber diese Fälle bedeuten offenbar keine Ausnahme. Denn der schwere Erfolg ist zwar die Voraussetzung der Bestrafung, auf keinen Fall jedoch das eigentliche Objekt des Unwerturteils. Das ergibt sich sehr deutlich aus den Worten des § 227 Abs. 1 a. E., daß der an der Schlägerei Beteiligte nicht bestraft werden soll, wenn er ohne sein Verschulden in die Schlägerei hineingezogen ist.

Bei einer dritten Gruppe von Fällen qualifiziert der Erfolg das Delikt, indem er über die Höhe des Strafrahmens entscheidet, und sein Ausbleiben als Strafmilderungsgrund erscheint, (so beim Versuch), oder sein Eintritt als Strafschärfungsgrund.²⁾ Hier begründet also die bloße Herbeiführung des Erfolges eine schwerere Bestrafung, wenigstens nach der *de lege lata* herrschenden und wohl auch richtigen Meinung. Aber auch hier tritt keine Strafe ein, wenn überhaupt keine Beziehung der Innerlichkeit des Täters zu einem strafrechtlich relevanten Erfolge gegeben ist. Da das Gesetz also nur unter dieser Voraussetzung dem qualifizierenden Erfolge eine solche Bedeutung beimißt, so wird man nicht annehmen können, daß es hier eine bewußte prinzipielle Ausnahme von seinem sonstigen Haftungsprinzip habe machen wollen, daß es vielmehr aus hier nicht zu erörternden Motiven eine schon begründete Strafe erhöht. Freilich ist der Standpunkt des Gesetzes ein äußerst unklarer, und die schweren Vorwürfe, die besonders von H. Seuffert und Löffler gegen eine solche Methode der Verantwortlich-

1) Ähnlich § 13 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884; § 9 des R. G. gegen den Verrat milit. Geheimn. 3. Juli 1893.

2) So in den §§ 118, 178, 220, 221, 224, 226, 229, 239, 251, 307, 309, 312, 314—16, 321—24, 326—28, 340. Ferner Rinderpestgesetz vom 21. Mai 1878. § 44 Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879, § 12, 13. Sprengstoffgesetz § 5. Sklavenraubgesetz v. 28. Juli 1895, § 1.

machung überhaupt erhoben werden, treffen jedenfalls auch das geltende Strafgesetzbuch. Für den Zweck dieser Erörterung ist es übrigens von Wichtigkeit, daß viele namhafte Autoren der Ansicht sind, es müsse auch nach geltendem Rechte wenigstens Fahrlässigkeit bezüglich des qualifizierenden Erfolges gegeben sein,¹⁾ und daß Löning (Grundriß, S. 46) von einer unwiderleglichen Schuldpräsuntion spricht, sodaß demnach die Besonderheit jener Fälle nicht in dem verschiedenen Objekt des Unwerturteiles läge, sondern nur in der Methode des Schuldbeweises.²⁾ Es wird also bei der weiteren Untersuchung auf diese Fälle der sogenannten Erfolgs haftung nicht weiter Rücksicht zu nehmen sein; sie berühren eine Definition der Schuld im Sinne des geltenden Strafrechtes nicht, und vor allem ist es Belling,³⁾ der die Bedeutungslosigkeit der fraglichen Bestimmungen für die Definition des Verbrechens als einer schuldhaften Handlung hervorgehoben hat und dabei bemerkt: „Die Definition eines Dinges ist nimmermehr auf Abnormitäten berechnet“. —

Der Gesetzgeber formuliert eine Reihe von Tatbeständen, die den nach seinem Willen zu vermeidenden Erfolg bezeichnen. Daß irgend ein Geschehnis unter einen solchen Tatbestand fällt, daß es nach Belings Ausdruck „Typizität“ hat, ist notwendige Voraussetzung für die in der Strafe sich äußernde Reaktion des Staates. (§ 2 Str.G.B.) Nun tritt aber häufig ein Ereignis ein, das alle in einem strafrechtlichen Tatbestande aufgezählten objektiven Merkmale hat, ohne daß hier jemand an eine Strafe dächte. Niemand wird, wenn die berühmten Feldmäuse Schaden anrichten, heute

¹⁾ Berner, Lehrb. S. 520 ff., Binding, Handb. I, S. 366, und Hälschner, I. 237 ff. 326.

Vgl. auch Thomsen, Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, S. 32, Anm., der von dem „Gefühle der unmittelbaren Nähe der Verschuldung“ spricht und Roland, Gefahr im Strafr., 1886, S. 65.

²⁾ Jedenfalls ist der Vorentwurf einer zweifellos berechtigten kriminalpolitischen Forderung nachgekommen, indem er im § 62 bestimmt: „Wo das Gesetz, für den Fall, daß eine strafbare Handlung einen bestimmten, nicht gewollten Erfolg herbeiführt, eine erhöhte Strafe androht, tritt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diese Strafe nur dann ein, wenn der Täter die Möglichkeit eines solchen Erfolges voraussehen konnte“. Vgl. die Begründung I, S. 220 ff.

³⁾ Verbrechen, S. 43.

eine Bestrafung erwarten; unsere Strafgesetze wenden sich ausschließlich an Menschen. Strafen für Tiere oder gar leblose Gegenstände sind ihm unbekannt. Oft aber wird der perhorreszierte Erfolg von einem Menschen herbeigeführt, ohne daß der ihn Herbeiführende bestraft wird: ein Wahnsinniger verübt Sachbeschädigungen oder Körperverletzungen. Das Gesetz verlangt jedoch noch mehr als die Zurechnungsfähigkeit: der Täter muß rechtswidrig gehandelt haben, und es ist eine psychologische Beziehung des Zurechnungsfähigen zu dem schädlichen Erfolge notwendig, nur wenn Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich jenes Erfolges vorliegt, wird zur Verantwortung gezogen. Ohne daß man nun gleich diese psychologische Beziehung als Schuld bezeichnen müßte, wird man dennoch sagen können, daß man, um das eigentlich Schuldhaft an dem die Reaktion des Staates auslösenden Vorgange zu erkennen, in das Innenleben des Täters wird eindringen müssen. Nur dort kann das liegen, was der strafende Staat für das eigentlich Strafwürdige ansieht. Dieses erste Ergebnis wird auch von denjenigen Autoren zugegeben, welche die Schuld in Vorsatz oder Fahrlässigkeit aufgehen lassen. Denn für sie ist die Schuld ein psychischer Vorgang, dem an seiner rein psychischen Natur nichts dadurch genommen werden kann, daß er die Beziehung zu einem äußeren Geschehen hält, weil diese nur zu seiner Charakterisierung dient.

Eine Betrachtung des geltenden Rechts ergibt somit als erstes wichtiges Resultat: Schuld ist etwas Innersubjektives — ob ein Zustand oder ein einzelner Vorgang, wird sich nachher zu zeigen haben.

Man kann der obigen Beweisführung gegenüber einwenden: Für das geltende Recht kommt nur die in die sinnfällige Erscheinung getretene Schuld in Betracht; was in der Seele verborgen bleibt, kümmert das Recht nicht; *cogitationis poenam nemo patitur*; also muß man die Objektivierung in einem äußeren Geschehen mit in die Definition der Schuld im rechtlichen Sinne aufnehmen. Dieser Einwand ist kaum durchschlagend. Um zu wissen, wo das die Schuld Begründende an der Handlung steckt, muß man, da von zwei äußerlich genau gleichen Handlungen die eine schuldhaft sein kann und die andere nicht, immer ein Ereignis des Innenlebens des Täters feststellen. So ist z. B. das Wegnehmen einer fremden beweglichen Sache in vielen verschiedenen Fällen möglich, ohne daß das Strafrecht darin etwas Vorwerfbares sähe; sobald es aber

in der Absicht geschieht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, erklärt es die Wegnahme für strafbar; es braucht beim Diebstahl ja gar nicht zur Aneignung zu kommen, die Aneignung braucht nur in cogitatione zu geschehen. Auch darf man aus der Tatsache, daß die Schuld dem Innenleben des Täters angehört, keineswegs mit M. E. Mayer¹⁾ schließen, jede Definition der Schuld sei für den Juristen unmöglich und überflüssig, nur auf die schuldhafte Handlung komme es an. Bevor man eine Handlung als schuldhaft bezeichnen kann, wird man bestimmen müssen, was Schuld ist. Stellt ja auch Mayer selbst, der das Kriterium der schuldhaften Handlung in der Pflichtwidrigkeit der Willensbetätigung erblickt, alles ab auf die Bedeutung der Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg als Motiv für das Handeln des Täters. Auch er dringt in die Tiefen der Seele, und auch bei ihm erscheint das Erfordernis, daß der in Frage stehende psychische Vorgang in die sinnfällige Erscheinung getreten ist, als eine aus dem Wesen der Rechtsordnung sich ergebende und notwendige, aber äußerliche Voraussetzung für die Beachtlichkeit dieses Vorganges; eine Voraussetzung, die aber nicht hindern kann, daß trotzdem der rein psychische Vorgang das bleibt, worauf alles ankommt.

Aus dem Wesen des Rechtes ergeben sich demnach die Grenzen, die von außen her einen Kreis in dem großen Kreise von psychologisch gleichen Erscheinungen bestimmen. Damit also von rechtlicher Schuld die Rede sein kann, muß irgend ein sinnfälliges Geschehen, eine Objektivation des innersubjektiven Geschehens vorliegen. Aber das berührt das Wesen des in Frage stehenden psychischen Vorganges in keiner Weise. Daß ein kleiner Kreis innerhalb eines großen nach irgend welchen beliebigen Gesichtspunkten abgesteckt wird, bewirkt nicht, daß das innerhalb des kleinen Kreises eingeschlossene aus dem großen Kreis heraustritt. Damit ist nicht behauptet, die rechtliche Schuld stelle einen Ausschnitt der ethischen Schuld dar. Diese Behauptung nähme Rücksicht auf den materiellen Inhalt der Strafschuld und gehörte deshalb nicht mehr zum Gegenstande dieser Arbeit. — Sondern es sollte bloß gesagt werden: Das Recht sieht das Wesentliche am Verbrechen, das wofür es seinen Vorwurf macht, in einem bestimmt gearteten Vorgang in der Seele

1) Schuldhafte Handlung, S. 104.

des Verbrechers, aber es nimmt nicht von jedem solchen Vorgang Notiz, sondern es tut das nur unter der äußerlichen Bedingung, daß er sich in bestimmter Weise objektiviert hat. Belling¹⁾ drückt das sehr prägnant aus, indem er sagt: Schuld ist das seelische Moment, um dessentwillen jemand für sein rechtswidriges Verhalten verantwortlich gemacht wird; — ein Satz, der mit den bisherigen Ausführungen wörtlich im Einklang steht. Der objektive Charakter des Rechtes überhaupt und des Strafrechts im besonderen, auf den van Calker²⁾ gegenüber den Bestrebungen einer absoluten Ethisierung des Strafrechts hinweist, über den sich in diesem Zusammenhange auch Bekker und Kühlenbeck³⁾ nachdrücklich auslassen, ist damit nicht geleugnet. Es wird im Gegenteil betont, daß ein bestimmt geartetes Hervortreten in die sinnliche Wahrnehmbarkeit dem Rechte wesentliche Voraussetzung bleibt, so daß der Ansicht, das Verhalten des Täters müsse die objektive Möglichkeit einer Gefährdung von geschützten Interessen begründen, durchaus beigespflichtet werden kann. Und zwar bedeutet das Erfordernis des „Heraustragens des verbrecherischen Willens in die Außenwelt“ mehr als ein bloß aus praktischen oder gar fiskalischen Rücksichten gemachtes Zugeständnis an die menschliche Unzulänglichkeit; die verbrecherische Erscheinung ist auch mehr als die bloße Veranlassung rechtlicher Beachtung,⁴⁾ sondern das Vorgehen des Gesetzgebers entspringt einer Erkenntnis der Grenzen von Recht und Moral. Somit ist auch über die Frage des untauglichen Versuches noch nichts entschieden, und wenn sich aus dem geltenden Recht ergäbe, daß er straflos bleiben muß, so wäre die vorgetragene Ansicht also nicht widerlegt. Denn wenn das Recht nicht auf ihn reagiert, so erklärt es ihn damit doch noch nicht für erlaubt und lobenswert. Es sei wiederum der Satz Bekkers zitiert: was gar nicht äußerlich zur Erscheinung kommt, bleibt ungestraft, aber was so zur äußerlichen Erscheinung kommt, das beurteilen wir nicht nach Maßgabe seiner Erscheinung, sondern nach der innerlichen geistigen Bewegung, aus der es entsprossen ist.⁵⁾

1) Verbrechen S. 80.

2) Ethische Werte S. 13.

3) Bekker, Theorie S. 236 ff., Kühlenbeck, S. 60.

4) So z. B. Luden, Abh. II, S. 116. 131.

5) Kollmann, Z. 28, S. 457: man bestraft den Täter „wegen seiner Schuld, wenn diese zu einer Rechtsverletzung führte“.

Man könnte demnach in dem Ausdruck „rechtliche Schuld“ ein Doppelpertes finden. Er gibt einmal an, daß der Maßstab, an dem ein bestimmter Vorgang gemessen wird, damit überhaupt eine Beurteilung und eine Mißbilligung möglich ist, dem Rechte entnommen wird; zweitens aber erinnert er daran, daß nach Gesichtspunkten, die sich aus der Natur der Rechtsordnung ergeben, aus den schuld-begründenden Vorgängen bestimmte herausgenommen werden. Es ist also richtig zu sagen: Das Heraustreten in die Außenwelt ist eine dem Rechte wesentliche Vorbedingung der Bestrafung, da erst feststehen muß, daß die Innerlichkeit des Täters und seine Handlung oder Unterlassung mit einem perhorreszierten Erfolge in Zusammenhang gebracht werden kann. Liegt ein solcher Erfolg und ein solcher Zusammenhang nicht vor, dann wird nach der Schuld garnicht gefragt. Erst wenn das der Fall ist, wenn etwa ein Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg und das Wollen des Erfolges festgestellt ist, berücksichtigt man die Schuld. Die äußerliche Erscheinung ist also Voraussetzung der rechtlichen Beachtlichkeit, nicht aber Begriffsmerkmal des Vorganges, der vom Recht als Schuld angesehen wird.

Schuld und Kausalzusammenhang sollen streng getrennt werden. Der reale Kausalverlauf von der Innervation der Körperbewegung an bis zum verbrecherischen Erfolge kann mit der Schuld nichts zu tun haben; er kann sie weder begründen, noch aufheben, noch mehren oder mindern. Denn nur die Willensbestimmung selbst — nicht einmal mehr das Heraustreten des bösen Willens — ist eigentlich das Werk des Täters; ob die Willensbestimmung zum verbrecherischen Erfolge, ja ob der verbrecherische Entschluß überhaupt zu einer sinnfälligen Handlung, zu einer sichtbaren Körperbewegung führt, ist Werk des Zufalls. Niemand kann für den Kausalverlauf als solchen verantwortlich gemacht werden. Daß die Kugel bei der Explosion der Patrone aus dem Gewehrlauf herausfliegt, daß der Mensch stirbt, wenn er an der richtigen Stelle getroffen wird, das kann nicht das sein, wofür ein Vorwurf gemacht wird, das geschieht mit naturgesetzlicher Notwendigkeit, daran wird auch eine Strafdrohung nichts ändern. „Was kann man dem Menschen verbieten: das Eintreten des Erfolges, oder das Anstreben desselben?“ Mit dieser Frage hat Lammascch¹⁾ den Einwand

1) Objektive Gefährlichkeit S. 51.

widerlegt, der ungedeihliche Erfolg solle durch die Strafdrohung verhütet werden, nicht Phantasien und Wünsche. Der Strafgesetzgeber verbietet nicht, daß man sich gekränkt fühlt, wenn man beleidigt wird, sondern er verbietet zu beleidigen; er wendet sich ausschließlich an den Täter. Somit wird die Schuld nicht definiert werden dürfen als das Verursachen eines rechtswidrigen Erfolges, nicht als das „kausale Verhalten“. Was aus der Willensbestimmung tatsächlich folgt, kann niemals die Willensbestimmung qualifizieren. Zwei äußerlich genau gleiche Erfolge können der eine schuldhaft, der andere schuldlos herbeigeführt sein, sogar zwei äußerlich genau gleiche Handlungen können die eine gewollt, die andere zufällig, die andere schuldhaft, die andere schuldlos sein. Es ist hier an die sogenannten ungeschickten Bewegungen zu denken, auf die Belling aufmerksam macht. Alles, was aus der schuldhaften Willensbestimmung folgt, mag noch so wichtig sein, — sobald es gefolgt ist, tritt es vor ihr als der Hauptsache zurück. Die Schulddefinition: „rechtswidriger Wille als Ursache eines rechtswidrigen Erfolges“ zieht ebenfalls das kausale Moment in den Schuldbegriff; ganz abgesehen davon, daß sich gegen sie geltend machen läßt, die Schuld, die Rechtswidrigkeit des Willens, habe als solche gar keine realen Wirkungen; ob der Bewußtseinsinhalt des Täters als gut oder böse qualifiziert wird, das „kann nach außen nichts bewegen“. ¹⁾)

Es liegt nun folgende Erwiderung nahe: wenn nicht jede Verursachung und nicht jede Handlung, die einen schädlichen Erfolg bewirkt, gestraft wird, und wenn man daraus den Schluß zieht, daß die Verursachung nicht zur Schuld gehört, weil sie nicht das sein kann, wofür ein Vorwurf gemacht wird, so muß man umgekehrt auch die Richtigkeit folgenden Schlusses zugeben: nicht alle im Innenleben des Täters in der noch näher zu bestimmenden Weise sich abspielenden Vorgänge, die nach der vorgetragenen Ansicht als Schuld bezeichnet werden müßten, werden von der

¹⁾ Deshalb ist auch die Fassung des § 254 B.G.B. ungenau. Vgl. v. Liszt, Deliktobligationen S. 46, R. G. Entsch. in Civils. 54, S. 407: „nicht das Verschulden, sondern erst das auf ihm beruhende Handeln kann mitwirkende Ursache sein“. Vgl. auch Birkmeyer gegen Bruck, Krit. Vierteljahrsschrift 29, S. 602: Ein äußerer Erfolg kann „nicht durch Fahrlässigkeit und Schuld verursacht werden“.

Strafe getroffen, sondern nur diejenigen, die mit einem bestimmten Erfolge in Verbindung stehen und zwar nach Maßgabe dieses Erfolges; also kann nicht jener innerliche Vorgang allein das sein, wofür gestraft wird. *Merkel*¹⁾ macht diesen Einwand in folgender Formulierung: Der Staat stuft seine Strafe nach der verbrecherischen Wirksamkeit ab, diese muß also zur Schuld gehören. (Z. I, S. 591 ff.) Demgegenüber ist aber daran zu erinnern, daß der Staat auf eine äußerlich gleiche Wirksamkeit in sehr verschiedener Weise reagiert, daß der Unterschied in der Bestrafung vorsätzlicher oder fahrlässiger Herbeiführung eines Erfolges *Merkels* Worte widerlegen kann. Daß der schwere Erfolg das Urteil über den Täter tatsächlich erheblich beeinflußt, ist keine Widerlegung; allerdings muß eine Schulddefinition darauf Rücksicht nehmen, daß das Wollen oder das Nichtvermeidenwollen eines Erfolges je nach der Schwere des Erfolges verschieden beurteilt wird.

Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg ist demnach eine — vielleicht nicht einmal immer notwendige²⁾ — Voraussetzung der Zurechnung zur Schuld; aber er gehört nicht zum Schuldbegriff. Die von *Merkel* und *Liepmann*³⁾ verteidigte Zusammengehörigkeit soll abgelehnt werden, ebenso wie die Schulddefinitionen *Fingers* und *Kuhlenbecks*,⁴⁾ wonach die Schuld ein Beziehungsbegriff ist, der das Wollen und die Kausalität umspannt. Daß beide, Schuld und Kausalität praktisch in engster Verbindung auftreten, wird niemand v. *Bar*⁵⁾ abstreiten; es kann hier auch auf die doppelte Bedeutung von *actio* hingewiesen werden, es ändert das aber nichts an der begrifflichen Trennung. *Merkel* wirft dieser Auffassung vor, sie übersehe die geistigen Kräfte, die bei jeder Handlung wirksam seien. Man wird aber darin keinen

1) An *Merkel* schließt sich an *Bruck*, G.A. 36, S. 427 in seiner Erwiderung auf *Birkmeyers* Kritik seines Buches über Fahrlässigkeit a. a. O.

2) *Hartmann*, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900, S. 6: „Die Kausalität interessiert den Richter gar nicht um ihrer selbst willen; sie bildet die Brücke, die Schuld zu erkennen und zu bemessen“.

3) *Merkel* a. a. O. und Lehrb. S. 71, 66. *Liepmann*, Einl. S. 60, 83 ff.

4) *Finger*, Lehrb. S. 28: „das für ein unerwünschtes Ereignis kausale Ereignis in Beziehung auf ein mißbilligendes Urteil“. *Kuhlenbeck*, S. 59 f.

5) Gesetz und Schuld, II. S. 243.

Gegenbeweis erblicken können. Bei der Frage nach der Schuld handelt es sich nicht nur darum, daß etwas gewollt ist (das muß entschieden sein), sondern der Willensinhalt steht in Frage. Nicht einmal kommt mehr in Betracht, ob die Körperbewegung auf den Willen zurückzuführen ist, sondern nur, welcher Art die Vorstellung ist, welche die vom Zentralprinzip bewußt aktualisierte Innervation qualifiziert.¹⁾ Die geistigen Faktoren mögen also nicht außerhalb des Kausalzusammenhanges stehen, aber damit ist noch nicht bewiesen, daß man die von ganz verschiedenen Gesichtspunkten ausgehenden Fragen nach der Schuld und nach dem Kausalzusammenhang nicht wenigstens begrifflich trennen dürfte und müßte.²⁾ K u h l e n b e c k gibt übrigens S. 71 die Heterogenität der beiden Elemente, die seinen Schuldbegriff ausmachen, dadurch zu, daß er sagt, zu der ontologischen Kausalität müsse noch eine auf einem ganz anderen Gebiete gelegene Prämisse hinzukommen, der Wille müsse nicht nur Ursache des Erfolges sein, der Erfolg müsse auch gewollt sein. Selbst angenommen, daß der Wille immer die Ursache des Erfolges sein müsse, so ist das kein Beweis für die Unzertrennlichkeit von Schuld und Kausalzusammenhang, und der auf derselben Seite stehende Satz K u h l e n b e c k s, das Wollen als subjektiver Verantwortlichkeitsgrund müsse zu dem Wollen als physischer relativer Ursache hinzukommen, spricht deutlich genug aus, daß jenes subjektive Moment das ist, wofür verantwortlich gemacht wird. Außerdem wird K u h l e n b e c k durch seine Formulierung, der Erfolg müsse gewollt sein, gezwungen, immer nur auf vorsätzliches Handeln zu exemplifizieren; er spricht nie von der Fahrlässigkeit, wo sein Satz sich sofort als unrichtig erweisen müßte. Denn er kann den nicht vorgestellten Erfolg — um einen solchen handelt es sich bei der unbewußten Fahrlässigkeit doch auf jeden Fall — unmöglich als gewollt bezeichnen, da er Bindings, die Vorstellung ausschließende Begriffsbestimmung des Wollens aufs lebhafteste bekämpft (S. 41 f.). Seine Auffassung von der Zusammengehörigkeit von Schuld und Kausalität wird endlich durch seine eigenen Ausführungen über die Unterlassung widerlegt, die im

¹⁾ So B e l i n g, Grundriß, 2. Aufl. S. 38, Verbrechen, S. 46, 391. Vgl. aber die Ausführung w. u.

²⁾ „Die Willenskausalität als solche besagt noch gar nichts für den Eintritt und Umfang der Schuld.“ So T e s a r, Symptomatische Bedeutung S. 206.

Grunde genommen auf den Satz hinauslaufen: ¹⁾ Schuld liegt bei dem vor, der etwas verursacht hat; die Verursachung kann aber in der bloßen Schuld bestehen; — womit die Notwendigkeit einer Trennung erwiesen ist. Wenn K. die Kausalität der Unterlassung nach der Verschuldung bestimmen will, so ist das ein Beleg dafür, daß die Schuld von der Kausalität unabhängig ist; — ob man für die juristische Zurechnung eine besondere Kausalität annehmen muß, welche auf die Schuld Bezug nimmt, ²⁾ ob insbesondere eine Kausalität der Unterlassung mit Rücksicht auf das Verschulden konstruierbar ist, das liegt außerhalb unserer Aufgabe; hier sollte nur die Notwendigkeit einer Trennung von Schuld und Kausalität hervorgehoben werden. Ob umgekehrt die Schuld bei der Untersuchung des Kausalzusammenhanges zu berücksichtigen ist, das interessiert nur insoweit, als eine solche Berücksichtigung die obigen Ausführungen beweist. „So wichtig die Kausalität für das Strafrecht ist, so ist sie doch nur ein nicht einmal unentbehrliches Stück des Tatbestandes.“ ³⁾ Dem Resultate, daß die Frage nach der Kausalität aus der Untersuchung des Schuldbegriffes auszuschneiden habe, stimmt die herrschende Meinung bei. ⁴⁾

Von ganz anderer Art ist das Unternehmen Franks, ⁵⁾ die Beschaffenheit der die Tat begleitenden äußeren Umstände in den Schuldbegriff hineinzuziehen. Franks Untersuchung über den Aufbau des Schuldbegriffes ist von großer Bedeutung für die Ter-

¹⁾ Ähnliches gilt für Wahlberg, Ges. Aufs. I 39/40; A. Sturm, Rechtswidrigkeit der Unterlassung, S. 35 („Juristische Verursachung“).

²⁾ Vgl. darüber besonders v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 196 ff.

³⁾ Beling, Verbrechen, S. 391.

⁴⁾ Außer Beling besonders nachdrücklich Hertz, Unrecht, S. 153. (Er unterscheidet zwischen Willensinhalt und Kausalität.) M. E. Mayer, Schuldhafte Handl., S. 120, 126, Z. 22, S. 558 f. (Er hält die Kausalität der Unterlassung allerdings aufrecht.) Radbruch, Handlungsbegriff, S. 107, Z. 24, S. 335; vgl. auch Z. 25, S. 266. Tesar, a. a. O.; Kollmann, die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem. 1908, Z. 28, S. 458; Hippel, R. v. D. III, S. 524, Anm. 5.

⁵⁾ Aufbau, S. 12. Ähnlich berücksichtigt auch A. Sturm (Rechtswidrigkeit der Unterlassung, S. 36) die konkreten Tatumstände. Bei der Erwähnung des Art. 483 des Code Livingstone sagt er: „Die Verantwortung liegt nicht nur in der Schuld der Weisung (der falschen Wegweisung), sondern auch zugleich darin, daß der Mann blind oder fremd war, daß es dunkel war“. Über die tatsächliche Bedeutung der konkreten Tatumstände für die Schuld vgl. in folgenden Abschnitt.

minologie von Vorsatz und Fahrlässigkeit, weil er besonders nachdrücklich auf die Widersprüche der gewöhnlichen Bezeichnung mit Schuldarten hingewiesen hat. Dem Schuldbegriff aber, wie er ihn aufstellt, muß widersprochen werden. So zweifellos es richtig ist, daß die Umstände, unter denen der Täter handelte, bei der Bemessung der Schuld in Rechnung gezogen werden, so sicher folgt eben daraus, daß sie selbst nicht die Schuld oder Elemente des Schuldbegriffes sein können. Denn sie sind nicht das, was dem Täter vorgeworfen wird. Der leichtsinnige Kassierer wird nicht dafür verantwortlich gemacht, daß er gut situiert war oder kostspielige Liebhabereien hatte; wenn diese Umstände in Betracht kommen, so geschieht es nur, weil sich bei ihrem Vorliegen Schlüsse ziehen lassen für die Qualifizierung von Vorgängen in der Seele des Täters. Aber diese Vorgänge bleiben allein das, worauf sich der Vorwurf bezieht, und die Beschaffenheit der begleitenden Umstände hat nicht konstitutive, sondern deklaratorische Bedeutung.

b. Schuld, ein Moment der Einzeltat.

Als Resultat ergibt sich: das, wofür heute der strafende Staat den Vorwurf macht, ist ein Vorgang des Innenlebens. Und zwar besteht die Schuld des geltenden Rechtes in einem einzelnen Vorgang, sie ist nicht Charakterschuld. Der Ort, an dem es die Gesinnung, die jedenfalls aufs engste mit dem Charakter zusammenhängt, berücksichtigt, ist die Strafzumessung.¹⁾ Wer einen Tatbestand erfüllt, wird nach Maßgabe des betreffenden Paragraphen bestraft. Das geltende Recht kann deshalb nicht für den Charakter vergelten wollen, weil es den Vorwurf macht für die einzelne vergangene Tat, die es nach dem bekannten Ausdruck auf den Isolierschemel stellt. Man mag über diese Methode denken wie man will, hier handelt es sich darum, die Formalstruktur des Schuldbegriffes zu finden. Tesar²⁾ bringt ein wichtiges Argument gegen diejenigen vor, die Schuld und Kausalzusammenhang nicht trennen wollen; er bemerkt, daß man die Rückfallstrafe nicht rechtfertigen kann, wenn man die Verantwortlichkeit ausschließlich auf der Kausalität aufbaut. Jedoch wird daraus nicht, wie Tesar es will,

¹⁾ Siehe § 20 Strafgesetzbuch und dazu van Calker, R. v. D. III, S. 173 f.

²⁾ Ähnlich Hartmann, Kausalproblem. S. 6.

gefolgert werden können, daß in der Berücksichtigung des Rückfalles das Recht seine Auffassung von der Schuld als Moment eines einzelnen Vorganges aufgegeben habe. Bewiesen ist vielmehr nur, daß es sich bei der Schuld um einen ausschließlich innersubjektiven Vorgang handelt; nicht aber, daß die Schuld des heutigen Strafrechts in einer konstanten Richtung des Verbrechers auf das Verbrechen besteht. Das dürfte unbestreitbar und wohl auch allgemein anerkannt sein. Wenn scharf umrissene Tatbestände formuliert werden, die erfüllt sein müssen, damit gestraft wird — und zwar ist das, wie Kohlrusch S. 31 bemerkt, nicht bloß ein Schutz gegen richterliche Willkür — wenn zwischen Zustands- und Augenblicksverbrechern kein prinzipieller Unterschied gemacht wird, wenn diejenigen, die die ganze Konstruktion des geltenden Strafrechtes schufen, die Verfasser des Code pénal und des preußischen Strafgesetzbuches von 1851, vom Indeterminismus ausgingen und an die einzelne Willensäußerung anknüpften — wenn das alles der Fall ist, so ergibt sich die Stellung des geltenden Strafrechts in dieser Frage aufs deutlichste. Die Schuld ist, wie W. Mittermaier, S. 22 f. hervorhebt, ein Moment der Einzeltat; genauer und mit Berücksichtigung der obigen Ausführungen gesagt, ein innersubjektives einzelnes Geschehen; ein Teil — und zwar ein in der Seele des Täters sich abspielender Teil — des Geschehens, das für die strafrechtliche Beurteilung zusammengefaßt und ihr unterworfen wird. Dabei ist zu beachten, daß der Ausdruck „Einzeltat“ auch insofern ungenau ist, als er ein äußeres sinnfälliges Geschehen begriffsnotwendig in sich schließt, wovon aber bei reinen Unterlassungsdelikten nicht die Rede sein kann. Auch erweckt der Ausdruck „Moment der Einzeltat“ leicht die Vorstellung, als handle es sich um eine das äußerliche Geschehen begleitende Beziehung, in die man das Innenleben des Täters zu diesem Geschehen bringt; mit anderen Worten, die Schuld gehe im Vorsatz und in der Fahrlässigkeit als psychologischen Beziehungen auf. Oder als müßte unter dem Namen „Tat“ die für den tatbestandlichen Erfolg kausale Tätigkeit des Schuldners und dieser Erfolg zusammengefaßt werden, und die Schuld sei eine (wirklich vorhandene oder vom Verantwortlichmachenden konstruierte) Beziehung der Innerlichkeit des Täters zu dieser kausalen Tätigkeit. Davon ist schon deshalb nicht die Rede, weil die Kausalität mit Beziehung auf den perhorres-

zierten Erfolg kein absolutes Erfordernis des Schuldvorwurfes ist und die Schuld daher mit einer psychischen Beziehung dazu nichts zu tun haben kann. Bei der unbewußt fahrlässigen Unterlassung kann von einer Tat des Delinquenten als dem objektiv vorliegenden Resultat einer für einen schädlichen Erfolg kausalen Tätigkeit des Delinquenten nicht gesprochen werden. Trotzdem muß aber auch hier Schuld vorliegen, und das, worin die Schuld gefunden werden kann, muß auch hier ein einzelner Vorgang des Innenlebens, ein Akt des zur Verantwortung Gezogenen, eine „innerliche geistige Bewegung“ (B e k k e r) sein, die allerdings nicht frei und losgelöst von jedem äußeren Geschehen im Psychischen schwebt, sondern zu einem schädlichen Erfolge in irgend eine objektive (oft als Kausalität im juristischen Sinne bezeichnete) und eine subjektive (Vorsatz und Fahrlässigkeit) Beziehung gebracht werden kann. Wie wenig man aber deshalb diese subjektive Beziehung selbst zur Schuld machen darf, ergibt sich schon daraus, daß in vielen Fällen z. B. bei der unbewußten Fahrlässigkeit, gar keine bewußte und deshalb für uns überhaupt keine reale Beziehung des Seelenlebens zum Erfolge vorliegt, eine solche vielmehr erst nur durch die vergleichende und abwägende Tätigkeit des zur Verantwortung Ziehenden und als dessen bloße Konstruktion hergestellt wird.¹⁾ Diese Konstruktion ist also ausschließlich das Resultat der Tätigkeit des strafenden Staates; die Schuld des Täters besteht demnach nicht in ihr, sondern nur darin, daß er zu ihr Veranlassung gegeben hat.

Ebenso besteht die Schuld nicht in der Qualifikation des innersubjektiven Vorganges, sondern dieser Vorgang ist, wenn er bestimmte Eigenschaften hat, die Schuld. Nicht daß man ihm einen Vorwurf macht, macht man jemand zum Vorwurf, sondern daß sein Tun bestimmte Eigenschaften hat und deshalb einen Vorwurf begründet, daß der innersubjektive Vorgang nicht so ist, wie man ihn wünscht. Insofern ist es richtig mit Beling (Verbrechen S. 45) die Schuld eine Eigenschaft des Willens zu nennen und zu betonen, daß es der Willensinhalt ist, der die Schuld begründet; denn er qualifiziert den Vorgang. Aber es wäre falsch, den Willens-

¹⁾ Näheres darüber und weitere Argumente gegen die Definition der Schuld als psychologischer Beziehung und eine Zusammenstellung der Autoren, welche sie vertreten, im II. Teile dieser Arbeit, weil eine solche Definition augenscheinlich den Oberbegriff von V. und F. herzustellen sucht.

inhalt vom Willensakt zu trennen. Ein bestimmt qualifiziertes Tun bleibt doch das eigentliche Objekt des Unwerturteils; nicht die Qualifikation des Tuns. Allerdings hat die Kausalität des Willensaktes für den Erfolg mit der Schuld nichts zu tun. Aber den Schuldvorwurf begründet andererseits auch nicht der vom Willensakt getrennte bloße Vorstellungsinhalt, sondern ein durch diesen Inhalt qualifizierter Willensakt. Vorausgesetzt, daß alle Schuld Willensschuld ist, muß also feststehen 1. daß überhaupt ein Willensakt vorliegt und 2. daß dieser Willensakt bestimmte Eigenschaften hat. Beides darf nicht voneinander getrennt werden. Beides gehört zur Schuld. Nicht aber kommt die weitere Frage, ob der Willensakt für den perhorreszierten Erfolg in irgend einem Sinne kausal ist und welches seine realen Folgen sind, in Betracht. Schuld ist also nicht eine Beziehung, nicht der Vorstellungsinhalt eines inner-subjektiven Vorganges, sondern ein durch einen bestimmten Bewußtseinsinhalt geeigenschafteter Vorgang.¹⁾

Wenn man sich der Ungenauigkeit und Mißverständlichkeit des Ausdrucks „Moment der Einzeltat“ bewußt bleibt, so wird man den Ausdruck als ein prägnantes Wort dafür gebrauchen können, daß der aus dem geltenden Rechte gezogene Schuldbegriff nicht weiter gehen darf, als dieses selbst, daß er bei einem einzelnen Geschehen stehen bleiben und sich damit bescheiden muß, einen bestimmten materiellen Inhalt, den man ihm geben will, nicht auszuschließen oder wenigstens nicht in höherem Grade auszuschließen, als es das positive Strafrecht auch tut. Sollte also z. B. alle Schuld Charakterschuld sein und das geltende Strafrecht dieser Auffassung nur äußerlich widersprechen, während in Wirklichkeit das Verbrechen auch hier schon symptomatische Bedeutung für den Charakter hat, so ist es genügend und erforderlich, daß es sich mit dem formalen Schuldbegriff des geltenden Rechtes genau so verhält; daß er der Annahme einer Charakterschuld nicht widerspricht, zunächst aber

¹⁾ Es ist vor allem *Beling*, der darauf hingewiesen hat, daß für die Schuldfrage der Willensinhalt entscheidend ist. Vgl. S. 34 dieser Arbeit. Tatsächlich beruht ja auch praktisch das Schwergewicht auf dessen Feststellung, aber ohne Willensakt ist der Willensinhalt nicht zu denken und daß *Beling* diese Trennung (die natürlich nicht mit der von Schuld und Kausalität zu verwechseln ist) trotzdem vornimmt, beruht darauf, daß auch er davon ausgeht, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit die beiden Schuldarten sind. Vgl. darüber im II. Teil.

nur ein einzelnes Geschehen berücksichtigt. Ob die hier vorgeschlagene Definition der Schuld im formalen Sinne — die für die Untersuchung des logischen Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit zur Strafschuld genügt — diesen Erfordernissen entspricht, wird sich zu zeigen haben. Vorläufig ist daran festzuhalten, daß Definitionen der Schuld wie „Mangel an sozialer Gesinnung“ oder „Zurückbleiben hinter dem Charakterminimum“ keine dem positiven Strafrecht entnommenen Definitionen der Schuld im formalen Sinne sind. Durch die Subsumierung unter einen bestimmten Tatbestand wird nicht der Charakter in absolut bestimmter Weise qualifiziert. „Ein Individuum, das jemand mit allgemeinen Ausdrücken beschimpft, kann eine solche Streitsucht, eine solche Unverträglichkeit, einen in so hohem Grade antisozialen Charakter zeigen, daß die Verhängung von bloßer Geldstrafe oder Haft die größte Torheit wäre; ein Mensch, der einen fremden Hund schlägt oder einen Kanarienvogel erwürgt, kann die blutdürstigsten Neigungen besitzen“, ¹⁾ trotzdem haben solche Charaktereigenschaften nach geltendem Rechte für die Frage, ob eine bestimmte Schuld vorliegt, keine konstitutive Bedeutung; es kommt auf die einzelne Tat und den gesetzlichen Tatbestand an, unter den sie fällt. Man darf den „juristisch-formalistischen Charakter unseres Strafgesetzbuches“ (v. Liszt) nicht einfach ignorieren. Die Behandlung Rückfälliger, die zweifelsohne eine Berücksichtigung der antisozialen Gesinnung bedeutet, steht durchaus vereinzelt da; auch sie knüpft zu dem in der äußerlichsten Weise an die Einzeltat an; sie kann nicht beweisen, daß nach geltendem Recht das Verbrechen nur für die Charakterschuld symptomatische Bedeutung hat, und daß man die Schuld im formalen Sinne als Charakterschuld definieren kann, ohne weit über das positive Recht hinauszugehen. Es ist ja denkbar, daß man im Rückfall nur ein Symptom für die Schuldintensität der Einzeltat erblickt. — Kohlrausch hebt S. 32 nachdrücklich hervor, daß die Schuld ein Moment der Einzeltat sein muß; er sagt sogar, sie könne überhaupt sowohl als rechtliche, wie als ethische Schuld nur ein Moment der Einzeltat sein. Außerdem kennt er aber noch etwas Strafwürdiges, noch ein Objekt des Unwerturteiles, nämlich die soziale Gefährlichkeit des Täters, und es entsteht für ihn das Problem, diese beiden grund-

¹⁾ Tagantzeff zitiert bei Gretener „Die neuen Horizonte“, S. 108.

verschiedenen Dinge miteinander zu vereinigen. Demgegenüber ist zu beachten, daß das Problem, so wie es Kohlrausch stellt, für die dogmatische Untersuchung des Schuldbegriffes der *lex lata* garnicht existieren kann. Es liegt auf der Hand: wenn die soziale Gefährlichkeit das ist, was mit dem in der Strafe liegenden Vorwurf getroffen werden soll, dann ist sie für uns eben Schuld. Es ist zunächst eine bloße Behauptung, die Schuld ganz allgemein begriffsnotwendig als Moment eines isolierten Vorganges hinzustellen. Es ist nicht einzusehen, warum man nicht von einer Charakterschuld sprechen können, warum man nicht jemand seiner Gesinnung wegen einen Vorwurf machen soll. Viele namhafte Autoren tun das. M. E. Mayer hat das Wort geprägt „der Charakter belastet“, und v. Liszt kennt eine Schuldefinition „Mangel an sozialer Gesinnung“. Wenn man also nachweist, daß, abgesehen von der Schuld als Moment der Einzeltat, das geltende Recht außerdem noch in einigen Fällen die soziale Gefährlichkeit unmittelbar treffen will (nicht bloß tatsächlich mittelbar trifft), so ist damit die soziale Gefährlichkeit als Schuld erwiesen, und man hätte zwei verschiedene Schuldbegriffe des geltenden Rechtes entdeckt. Die Antithese: Schuld — soziale Gefährlichkeit wäre unrichtig, weil auch die soziale Gefährlichkeit Schuld wäre. Somit ist zunächst die Methode von Kohlrausch für eine Untersuchung der formalen Struktur der positiven Strafschuld nicht verwertbar. Denn es ist eine große Willkür, einen *a priori* fertigen Schuldbegriff an das Strafrecht heranzubringen und von einer Bestrafung ohne Schuld zu sprechen, wenn man zu erkennen glaubt, es werde in manchen Fällen gestraft, wo es sich mit der vorgefaßten Auffassung von der Schuld nicht verträgt. Zweitens aber darf überhaupt nicht für das geltende Recht angenommen werden, daß die soziale Gefährlichkeit die Strafe begründe, noch daß sie die Schuld ausschließe. Heute würde Cesare Borgia sicher bestraft werden, und er wäre durch seine Verbrechernatur nicht entschuldigt, niemand nannte ihn schuldlos, wie Kohlrausch das konsequent tut. Auf der anderen Seite aber wäre er nicht schon wegen seiner verbrecherischen Anlagen allein strafbar. Für die Frage: liegt etwas vor, wofür das strafende Recht ihm einen Vorwurf macht, für die Frage also: ist er in Schuld? handelt es sich einzig und allein darum: hat er den Tatbestand eines Deliktes in bestimmter Weise erfüllt? An diesem einzelnen

Ereignis erschöpft sich die Beurteilung des heutigen Strafrechts; das Urteil über den Charakter oder die soziale Gefährlichkeit, das implicite in dem Schuldurteil enthalten sein mag, hat nichts mehr mit dem positiven Recht zu tun. An der einzelnen Handlung allein also wird der unmittelbare Gegenstand des Unwerturteiles und damit die Schuld im formalen Sinne zu finden sein.

Da werden namentlich alle diejenigen Autoren anerkennen müssen, die Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten bezeichnen. Daß der Vorsatz keine Charaktereigenschaft ist, sondern sich nur auf ein einzelnes Tun oder Unterlassen bezieht, ist unbestreitbar. Deshalb hat M. E. Mayer, für den alle Schuld Charakterschuld ist, weil der „Charakter belastet“, den Vorsatz definiert als eine bestimmte Art der pflichtwidrigen Willensbetätigung, also als einzelnen Vorgang, nicht als Zustand; obwohl doch für ihn der Vorsatz eine Schuldart ist und er sich dieser Terminologie bewußt bleibt und aus ihr (z. B. Schuldhafte Handlung S. 145) wichtige Konsequenzen zieht. Dasselbe gilt von Hippel,¹⁾ der Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten, mit Egoismus und Leichtsinne, also Charaktereigenschaften, in Parallele stellt.

Man könnte zur Entgegnung an die Strafzumessung erinnern, wo doch der Charakter auch in der heutigen Praxis der Gerichte wohl niemals unbeachtet bleibt. Aber die Frage der Strafzumessung setzt eine bejahende Antwort auf die Frage nach der Schuld voraus. Für die vorliegende Erörterung lautet die Fragestellung: was ist rein formal, Schuld im Sinne des geltenden Strafrechts? nicht aber: welche Faktoren bestimmen das Maß der Strafe? Das „ganze Gerüst des besonderen Teiles aller Strafgesetzbücher“ (Merkel) zwingt einfach zu der hier vertretenen Schulddefinition, und die tatsächliche Berücksichtigung bei der Strafzumessung könnte die Formalstruktur dieses Begriffes der positiven Strafschuld nicht alterieren. Auf das Bedenken: wenn bei größerer sozialer Gefährlichkeit schärfer gestraft wird, so wird doch in der sozialen Gefährlichkeit etwas Vorwerfbares erblickt — könnte man erwidern: die betreffenden Eigenschaften des Charakters haben nur deklaratorische Bedeutung für die Schuldintensität des einzelnen Willensaktes, des einzelnen schuld begründenden psychischen Vorganges,

¹⁾ Die Grenzen von V. und F. S. 140, ebenso R. v. D. III, S. 510.

der das eigentliche Objekt des Unwerturteils bleibt.¹⁾ Auf jeden Fall ist die Strafzumessung der Ort, an dem der Gesetzgeber Erwägungen Einlaß gewährt, die dem materiellen Inhalte, den man dem Begriffe der Schuld gibt, entnommen sind, die aber nicht mehr zum positiven Rechte gehören. Für den Zweck dieser Arbeit — die Frage nach der Berechtigung der Terminologie, die Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten bezeichnet — genügt es aber, wenn feststeht, was Kohlrusch²⁾ selbst so formuliert hat: die *lex lata* und die Praxis trafen die schlechte Tat, nicht den schlechten Menschen. Niemals also wird man für das positive Recht den Satz Thyréns (Abhandlungen II, S. 45) annehmen können: „eine mehr oder minder konstante Richtung des Verbrechers auf das Unrecht wird durch den Begriff des Verbrechens vorausgesetzt“. Tesars Theorie vom symptomatischen Verbrechensbegriff, wonach das Verbrechen nur ein Symptom des antisozialen Charakters ist und die Schuld in diesem besteht, berührt eine formale Schulddefinition des positiven Rechtes nicht. Tesar begründet seine Ansicht dadurch, daß er der entgegengesetzten sogen. realistischen Auffassung des Verbrechens in jeder der drei Perioden ihrer Vorherrschaft (Glossatoren, Aufklärungszeit, Merkel) einen Konstruktionsfehler und einen fundamentalen Irrtum nachweist. Kollmann, Z. 28, S. 449 f. spricht Tesars Ansicht noch schärfer aus,

¹⁾ Wie Mittermaier, S. 22 „Gewiß mag man oft genug — und mit Recht! — früher wie heute auch die allgemeine Gesinnung des Täters beachten haben und noch beachten, immer benutzt sie doch der Richter nur, um die Schwere der Schuld eben dieses Falles zu erhärten“. Er verweist auf Merkel, Lehrb. S. 259 und Liepmann, Einl. S. 129. Auch die Ausführungen Kohlers, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts S. 5/6 und die Begründung des Vorentwurfes, I. S. 331 f., bes. S. 341 gehören hierhin.

²⁾ Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. I, S. 22. Es ist interessant, daß dieser Unterschied schon sehr deutlich gemacht wird von Robhirt, N. Arch. des Kriminalrechts, 1823, S. 498, der die Beurteilung des Charakters als die moralische und die Beurteilung der einzelnen Tat als die juristische gegenüberstellt. Naturgemäß tritt die Betonung der Schuld als Moment der Einzeltat besonders im Kampf der beiden Strafrechtsschulen hervor. Z. B. Birkmeyer, Z. 17, S. 125, Studien über den Grundsatz der modernen „nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen“, Kohler, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts, S. 5 f. Doch muß wiederholt werden, daß alle kriminalpolitischen Erwägungen diese Arbeit nichts angehen, ebensowenig wie die metagesetzliche Frage, was letzten Endes mit der Strafe getroffen werden soll.

verwirft aber dessen negativen und historischen Beweis und versucht einen allgemein gültigen, der das realistische System als a priori falsch erweist: es baut auf dem Begriff der Handlung auf und setzt Verursachung voraus. Davon kann bei Unterlassungen keine Rede sein; also ist die ganze Konstruktion unmöglich. Ferner kann eine Tat keine Schuld haben, sondern nur der Täter; der realistische Verbrechensbegriff muß notgedrungen an die Handlung unmögliche Prädikate anlegen, weil nicht die Handlung strafbar oder schuldhaft ist, sondern der Handelnde. Kollmann sucht dann positiv den symptomatischen Verbrechensbegriff zu begründen, indem er erklärt, alle jene Bedenken wegen der Unterlassung und der Falschprädikatisierung fielen weg bei der Auffassung des Verbrechens als Symptom für den antisozialen Charakter. — Die Bedeutung der Ausführungen Tesars und Kollmanns auch für das geltende Strafrecht darf nicht unterschätzt werden, namentlich der Hinweis Kollmanns auf die Folgerungen, die sich für die Frage der Strafschuld ergeben, wenn man die Kausalität der Unterlassung nicht mehr anerkennt; er ist daher für das vorliegende Thema zu verwerten: Und zwar entsteht das Problem, einmal die Tatsache, daß Schuld ein einzelner Vorgang, nicht der antisoziale Charakter ist, und gleichzeitig die Tatsache, daß auch bei der Unterlassung, namentlich bei der unbewußt fahrlässigen Unterlassung Schuld angenommen werden muß, zu beachten, und einen Schuldbegriff zu konstruieren, der beides miteinander in Einklang bringt. Aber weder Tesar noch Kollmann setzen deutlich auseinander, ob sie ihre Auffassung von der Schuld als Charakteranlage auch für die Schuld des geltenden Strafrechtes im formalen Sinne aufrecht halten wollen. Es dürfte aus den angegebenen Gründen unmöglich sein.

Dennoch aber muß der Determinist, was jene für den Charakter symptomatische Bedeutung des Verbrechens angeht, auch heute in gewissem Sinne ein Zugeständnis machen. Er muß es als ein Stehenbleiben auf halbem Wege bezeichnen, daß einmal die Verantwortlichmachung des Menschen nicht mehr ausschließlich abhängt von der Herbeiführung eines Erfolges, auf der anderen Seite aber nicht bis zum Charakter des Täters zurückgegangen wird, obwohl doch aus dem Charakter alle Taten des Menschen entspringen. Die Verantwortlichmachung für den gefährlichen Charakter oder

für moralisch minderwertige Charaktereigenschaften wird dem Deterministen als die ideale und weitschauendste Methode der Schuldberechnung erscheinen. Doch muß, ohne daß ein Schluß auf die Stellung des Strafgesetzbuches zum Streit um die Willensfreiheit damit angedeutet sein sollte, diese Konsequenz des Determinismus: Schuld ist Charakterschuld, für das geltende Recht abgelehnt werden, wenigstens solange es sich um Schuld im formalen Sinne handelt. Der Determinismus braucht deshalb noch nicht mit dem geltenden Strafgesetzbuch unvereinbar zu sein. Welche Gründe den Gesetzgeber abgehalten haben, jene Konsequenz zu ziehen, ist gleichgültig; denn auch für den Determinismus ist der Standpunkt des Gesetzes kein unrichtiger oder unlogischer, sondern das Gesetz hat bloß, vielleicht aus sehr wichtigen praktischen Gründen, seine Methode nicht bis in ihre letzte theoretische Konsequenz verfolgt. Das oben erwähnte Argument, daß die Verfasser des Gesetzes Indeterministen gewesen sind und das Strafgesetzbuch entsprechend angelegt haben, steht damit nicht in Widerspruch. Vielmehr ist für den Kampf um Determinismus und Indeterminismus zunächst überhaupt keine Antwort aus dem positiven Rechte zu entnehmen. Von diesem verlangen, daß es das Problem der Willensfreiheit entscheide, wäre Torheit; noch mehr aber, einzelne Wendungen des Gesetzes, etwa den § 51 und die Worte „freie Willensbestimmung“ herbeizuziehen, um damit die schwierigsten philosophischen Fragen bequem zu erledigen.¹⁾ Die Begründung des neuen Vorentwurfes spricht sich Bd. I, S. 225 sehr klar darüber aus: „die Erörterung, ob der Mensch Willensfreiheit besitze und ob die deterministische oder indeterministische Anschauung richtig ist, gehört nicht in das Gebiet des Strafrechts, sondern in das der Philosophie und Psychologie; der Ausdruck „freie Willensbestimmung“ ist nicht im metaphysischen Sinne des gewöhnlichen Lebens zu verstehen“. Für den Kriminalpolitiker bleibt freilich das Problem trotz jener Worte der Begründung ein fundamentales, aus dem sich je nach der Entscheidung für die Anlage und den Aufbau des ganzen Strafrechts grundverschiedene Folgerungen ergeben; für den Dogmatiker des vorliegenden Rechts dagegen ist die Angelegen-

¹⁾ Wie hier auch M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 70, Anm. v. Bar, Gesetz und Schuld, II S. 17, auch v. Liszt, Lehrb. S. 168 (dagegen Z. 17, S. 72), van Calker, Reform der Gesetzgebung 1910, S. 22.

heit eine fremde. Er muß die Tatsache hinnehmen, daß nun einmal unter bestimmten Voraussetzungen ein Vorwurf gemacht wird; er hat sich vor allem hier davor zu hüten, positives Recht und kriminalpolitische Forderungen zu vermengen und nach v. Bars treffendem Ausspruche, aus den Worten zu deduzieren, was er aus anderen Gründen für richtig hält. Was rein formal den Schuldbegriff des geltenden Rechtes angeht, so bleibt er von dem Streit um die Willensfreiheit genau in derselben Weise und in demselben Grade unberührt, wie das geltende Strafrecht selbst. Aber dem Schuldbegriff eine Entscheidung entnehmen zu wollen, wäre einmal eine offensichtliche *petitio principii*,¹⁾ und sodann hieße es, von Strafschuld zu reden, ohne das geltende Strafrecht eines Blickes zu würdigen und den Schuldbegriff als Hintertür zu benutzen, um persönlichen Überzeugungen des Autors Gesetzeskraft zu verleihen. Es wäre ein Verzicht auf die Definition der Schuld des positiven Rechtes, die notwendig ist, um festzustellen, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit nach geltendem Rechte Schuldarten sind. Der Begriff der Strafschuld der *lex lata* hat es also mit einem *operari*, nicht mit einem *esse* zu tun. Dabei bleiben trotzdem die Ausführungen Merckels, van Calkers, Liepmanns, M. E. Mayers und Dohnas²⁾ bestehen. Man kann sich mit dem geltenden Strafrecht beschäftigen, ohne seinen Determinismus aufgeben zu müssen, und die eben zitierten Gelehrten haben auch die Verträglichkeit des Vergeltungsgedankens mit dem Determinismus nachgewiesen.³⁾ Der Determinismus kann eine Charakterschuld anerkennen; wenn nun

¹⁾ Namentlich indeterministischen Behauptungen gegenüber mag an den schlagenden Ausspruch von Hertz, *Unrecht*, S. 120, erinnert werden: „nicht der Schuldbegriff postuliert die Willensfreiheit, sondern ohne sie fällt nur diejenige spezielle Ansicht über ihn, welche die absoluten Strafrechtstheoretiker festhalten müssen“.

²⁾ Merkel, *Z. I.* S. 560, van Calker, *Strafrecht und Ethik*, S. 22, Liepmann, *Einl.* S. 8 f., M. E. Mayer, *Schuldhaftes Handeln*, S. 185 f., Dohna, *Aschaffenburgs Monatshefte*, III S. 513 f. Vgl. auch Steinitz, *Über den Verantwortlichkeitsgedanken im 19. Jahrhundert*, *Zeitschr. f. pädagog. Psychologie* III, S. 363 f.

³⁾ Daß namentlich auch die Rückfallsstrafe dem Vergeltungsgedanken nicht widerspricht, darüber vgl. z. B. van Calker a. a. O. gegen v. Liszt, *Aufs.* II, 311, 389. Ebenso Kohler, *Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts*, S. 5 f.

auch die *lex lata* nur die einzelne Tat berücksichtigt, so wird doch tatsächlich für den Charakter verantwortlich gemacht, denn *operari sequitur esse*. Es ist bemerkenswert, daß gerade Binding (Normen II, S. 9) den Satz ausgesprochen hat: „deshalb wird nicht das Verbrechen bestraft, sondern der Verbrecher: unsere Taten sind nur der Schlüssel zu unserm Wesen.“ Diese Verantwortlichmachung für den Charakter, die Vergeltung für den Charakter, bedarf keiner juristischen Begründung; sie ist eine Tatsache, die jeder Mensch täglich am eigenen Leibe erfährt. Und auch die besondere Art der Verantwortlichmachung, wie sie in dem Schuldurteil liegt, ist eine Haftbarmachung für den Charakter. Wenn nun v. Liszt und ihm sich anschließend Gretener¹⁾ angesichts dessen von einer rohen und törichten Barbarei sprechen will, so trifft dieser Vorwurf die unabänderlichen Tatsachen, nicht diejenigen, die sie konstatieren. Die Resultate jener Autoren sind mit einem solchen Ausruf nicht widerlegt. Nur muß auch ihnen gegenüber daran festgehalten werden, daß, wenn auch mit dem Schuldurteil der Charakter für seine Minderwertigkeit verantwortlich gemacht wird, wenn also auch hier eigentlich und im Grunde jede Schuld Charakter-schuld ist, dennoch nicht durch jede Subsumtion einer Tat unter ein Strafgesetz der Charakter in derselben Weise für minderwertig erklärt wird. Namentlich gilt das auch für die unbewußte Fahrlässigkeit; auch hier hat man die Schuld im formalen Sinne als Moment einer Einzeltat zu betrachten. Freilich zeigt sich gerade hier am deutlichsten, daß die Haftbarmachung für den einzelnen Vorgang des Innenlebens in Wirklichkeit den Charakter faßt. Deshalb spricht v. Bar (der Indeterminist ist) hier von der Verantwortlichmachung wegen „mangelhafter Bildung des Charakters“, von einer Charakterstrafe (Gesetz und Schuld, II. S. 443 f.), wobei allerdings nur dann gestraft werde, wenn es zu einem Schaden gekommen sei. Aber dem gegenüber hat Hippel²⁾ (der Determinist ist) geltend gemacht: „bestraft

¹⁾ v. Liszt, Z. 18, S. 261, Gretener, Neue Horizonte, S. 12.

²⁾ Hippel, R. v. D. III, S. 567, Anm. 5. Gegen v. Bar erklärt sich in dieser Frage auch Mittermaier, Strafrechtsschuld, S. 24. Die Antwort, die v. Bar G. S. 74, S. 284 f. Hippel gegeben hat, beweist zunächst nur, daß mit der Bestrafung der Fahrlässigkeit letzten Endes immer der Charakter betroffen wird.

wird die Unvorsichtigkeit . . . Unvorsichtigkeit kann zwar ständige Eigenschaft eines Menschen sein, also dessen Charakter kennzeichnen; es ist das aber keineswegs notwendig“. All diesem hat eine Definition der Strafschuld des geltenden Rechtes Rechnung zu tragen. Das geltende Recht knüpft ausgesprochenermaßen an ein einzelnes Geschehen an; es stellt nicht Charaktertabellen auf, sondern formt Tatbestände; es hat Verbrechenstypen, keine Verbrechertypen. Als ein einzelner Vorgang ist daher die Schuld im formalen Sinne zu definieren, und diese Definition der Schuld des positiven Rechtes muß nur bedacht sein, was den materiellen Inhalt dieses Begriffes angeht, alle die Deutungen zuzulassen, die das geltende Strafrecht zuläßt. — Die obigen Ausführungen dienten in der Hauptsache zur Klärung des Themas. Es mußte sowohl Deterministen wie Indeterministen gegenüber betont werden, daß ihr Streit, der gerade um das Wort „Schuld“ am heftigsten wütet, für das Thema dieser Abhandlung deshalb keine Bedeutung hat, weil es nun einmal eine Tatsache ist, daß das geltende Strafrecht für etwas Bestimmtes einen Vorwurf macht; und das Objekt dieses Unwerturteiles nennen wir eben die Schuld.¹⁾ Da nun aber mit hinreichender Sicherheit für das geltende Strafrecht feststeht: der Vorwurf wird zunächst für ein einzelnes Geschehen gemacht, so ist die formale Struktur des Schuldbegriffes des geltenden Strafrechtes entschieden.

Von Schuldefinitionen, die den eben erörterten Gedanken hervorheben, sind vor allem diejenigen zu nennen, welche von einer verbrecherischen oder einer fehlerhaften Willensbestimmung reden.²⁾

¹⁾ Binding, Grundriß (7. Aufl.) S. XII. „Angesichts des geltenden Rechtes gilt es gleich, ob die Verantwortlichkeit für die schuldhafte Tat aus deterministischen oder indeterministischen Anschauungen erklärt wird.“ Vgl. auch v. Liszt, Lehrb. S. 82, Hippel, Z. 23, S. 401, Goldschmidt, G. A. 51, S. 547.

²⁾ Dahin gehören L u d e n, Abh. II, S. 101, 500. Er spricht von „verbrecherischer Willensbestimmung“. Ebenso Wilda, Germ. Strafrecht, S. 313, 641. J a n k a, Grundlagen, S. 51, 52“ der aktuelle Konflikt des in der Handlung hervortretenden Willens mit dem in der Norm liegenden Imperative“. B i r k m e y e r, Enzykl. S. 1054, Studien S. 86: „fehlerhafte Willensbestimmung“ W a c h e n f e l d, in K o h l e r s Enzykl. II, S. 263, spricht von „innerer Handlung“. Dahin gehört auch B e k k e r s mehrfach zitierter Ausdruck „geistige Bewegung“ (Theorie S. 240) (vgl. endlich auch die Ausführungen von W. M i t t e r m a i e r, Strafrechtsschuld, S. 21 f.), B a s e d o w, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang.

§ 4.

Schuld — die den Zwecken des Rechtes nicht entsprechende Zwecksetzung.

Mit dem Resultate des vorigen Abschnitts ist die nächste Frage gewonnen: welche unter den psychischen Erscheinungen ist für das geltende Recht als das Objekt des Unwerturteiles zu bezeichnen?

Daß es sich nur um einen Willensakt handeln kann, wurde schon erwähnt. Es ergibt sich das sofort aus der imperativischen Natur der für die Schuldfrage in Betracht kommenden Rechtssätze. Dem Strafgesetz liegt eine Norm zu Grunde. Man wird nun die Streitfrage, ob jede Rechtsnorm einen Imperativ enthält, — was man im Hinblick auf die sogen. erlaubenden Rechtssätze oder auf scheinbare Ausnahmegestimmungen bezweifeln möchte — hier übergehen können. Soweit Ausnahmen von allgemein aufgestellten Befehlen in Betracht kommen könnten, sind in ihnen nur Einschränkungen der Imperative zu erblicken, Notbehelfe gegen die rein technische Schwierigkeit, daß der Gesetzgeber nicht das ganze Gebot oder Verbot mit einem Satze aussprechen kann. Wenn ein Strafgesetz einen Zweck haben soll, dann kann es nur der sein, den Adressaten der ihm zu Grunde liegenden Norm — nur dieser, nicht etwa das Staatsorgan steht in Frage — zu einem vom Gesetzgeber gewollten Verhalten zu veranlassen. Wenn demnach das Strafgesetzbuch nur ein „Codex von Motiven“ ist, so ist damit auch der imperativische Charakter desjenigen Teiles des Strafrechts erwiesen, den eine Untersuchung der Strafschuld allein zu berücksichtigen hat.¹⁾

¹⁾ Bindings für das Recht überhaupt geltende Bedenken gegen Thon und Biebling (Normen I, 2. Aufl., S. 101 f. und Krit. Vierteljahrsschr. XXI, S. 547) berühren unsere Behauptung deshalb nicht. Wenn Binding nur einen Teil der Rechtsvorschriften als Normen bezeichnen will, so sind es doch nur diese wirklichen Normen, die auch nach Binding (z. B. Normen I, S. 99/101 und 243/44) die Gehorsamspflicht begründen und damit erst den Ungehorsam und die Schuld im Sinne Bindings möglich machen. Die Sätze des Strafrechts, bei denen eine ernstliche Meinungsverschiedenheit bezüglich ihres imperativischen Charakters bestehen kann, z. B. die Frage, ob die Zurücknahme der Norm selbst wieder eine Norm ist, sind für die Untersuchung des Schuldbegriffs der *lex lata* gleichgültig. Daß Merkel, Krim. Abh. II, S. 583, daran erinnert, jeder Satz verpflichte nicht nur, sondern berechige auch, ebenfalls. Der Einwand gegen die Imperativen-

Es stehen sich also der Staat und der Delinquent gegenüber: das Tun dieses entspricht nicht den Anforderungen, die jener stellt. Der Verantwortlichmachende nimmt durch das Schuldurteil eine Bewertung vor. Solange nur er, nicht auch das Objekt seiner Bewertung in Frage steht, kann man sogar von der imperativischen Natur der Rechtssätze absehen und mit Zitelmann annehmen, daß in jeder Rechtsnorm nur ein Urteil enthalten sei.¹⁾ Denn das könnte nicht die Argumentation beeinflussen, die als die entscheidende einer Untersuchung über den Schuldbegriff angesehen werden muß: es ist davon auszugehen, daß das Recht etwas bewertet, mag also die Norm einen Imperativ oder ein Urteil enthalten, mit beiden ist die Bewertung gegeben. Es handelt sich auf jeden Fall, nach Windelbands Ausdruck, um eine Norm im qualitativ-teleologischen Sinne. Eine Bewertung wird aber erst dadurch möglich, daß das verantwortlichmachende Recht bestimmte Zwecke verfolgt; die Zweckbetrachtung ist wesentlich für die Bewertung, weil nur sie den Maßstab, an dem gemessen werden soll, zu liefern imstande ist.²⁾ „Indem ein jedes Urteil darüber, was sein soll, von dem

theorie, der sich auf das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes gründet, da dieses nicht als auferlegter Wille betrachtet werden könne — so Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 94, und Elzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 40, vgl. auch schon Binding, Normen I, S. 103, Anm. 5 — wird von Hold von Ferneck, Rechtswidrigkeit, S. 106, damit widerlegt, daß er geltend macht „ob das geltende wirkende Recht seinen Ursprung im Gesetz oder in der Gewohnheit hat, ist für eine psychologische Struktur gleichgültig“. Auch ist zweifelhaft, ob es im Strafrecht überhaupt ein Gewohnheitsrecht geben kann. Dafür ist allerdings Binding, Handbuch I, S. 210 und die dort zitierte Literatur, vgl. auch zur Begründung der Strafflosigkeit ärztlicher Eingriffe Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, S. 18 f. Dagegen v. Liszt S. 87/88 (mit Literaturangaben) und A. Sturm, Gewohnheitsrecht, S. 132 f. Den imperativischen Charakter des Norm heben außer Binding hervor Merkel II, 581, Janka, Grundlagen, S. 51, Hälschner, System des deutschen Strafrechts, I, S. 18. Im übrigen findet sich die Literatur bei H. von Ferneck, Rechtsw. I, § 10.

¹⁾ Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 221. Gegen ihn besonders lebhaft Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre, S. 39 f. und Thon, „Der Normenadressat“, Iherings Jahrb. 50, S. 4; vgl. aber auch Liepmann, Einl. S. 134 „zwar kann und soll eine Strafdrohung abschrecken und somit einen Einfluß auf den Willen des Handelnden ausüben, aber sie ist ihrem Wesen nach die Sanktion eines schon bestehenden Urteiles“. Lönning, Grdr. S. VI.

²⁾ Ihering, Zweck im Recht I, S. 426 f.

Gedanken eines zu verwirklichenden Zweckes, eines zu erreichenden Zieles ausgeht, urteilt, bewertet es die Erscheinung der Außenwelt nach ihrem Verhältnis zu diesem Zwecke“ (van Calker). Die dem Strafgesetze zu Grunde liegende Rechtsnorm indiziert die Zwecke des Gesetzgebers in genügender Weise. Wessen Zwecke inhaltlich für den im Gesetze zu Worte kommenden Willen bestimmend sind, ob der berechnende Egoismus der sozialherrschenden Klasse, oder die moralischen Wertanschauungen der Zeit oder des Volkes, oder die Sittlichkeit, wie sie Köstlin, Bekker, Hälschner verstehen, ob der Zweck ein durchaus relativer ist, oder ein absoluter — alles das liegt jenseits unserer Aufgabe. Ebenso wie Stammers oder van Calkers Untersuchungen darüber, was für den Gesetzgeber maßgebend sein soll und die Möglichkeit eines allgemein gültigen Prinzips.¹⁾ Hier braucht nur rein formal festzustehen, daß der Staat — für uns der alleinige Gesetzgeber — in den Normen, die aus dem positiven Strafrecht entnommen werden können, seine Zwecke mit hinreichender Deutlichkeit ausspricht. Diese Zweckbetrachtung begründet das Schuldurteil, gestaltet es und bedingt es schlechthin.

Die Schuld war, der Nominaldefinition des Wortes gemäß, als das Objekt des Unwerturteils bezeichnet worden. Damit ist im Anschluß an die obige Ausführung die Fragestellung gewonnen: was wird an den Zwecken des Staates gemessen? Und bisher ergab sich als Antwort: ein menschliches Verhalten, ein innersubjektiver Vorgang. Die weitere endgültige Antwort auf die Frage: was ist Schuld im formalen Sinne? folgt daraus, daß alle Schuld, wie wohl allgemein anerkannt, Willensschuld ist; sodaß sich als unbestreitbare Schulddefinition ergibt: Schuld im Rechtssinne ist (rechtlich) böser Wille. Die von der großen Mehrheit der Autoren angenommene Ansicht, daß alle Schuld Willensschuld sei,²⁾ ist allerdings von einigen in Zweifel gezogen worden. Und zwar berufen sich diese ausnahmslos auf die Bestrafung der Fahrlässigkeit, der allerdings ein Verstandesirrtum zu Grunde zu liegen scheint. Da aber dieses

¹⁾ Hierhin gehört auch der Aufsatz von O. Kraus in der Schweizerischen Z. f. Strf., Bd. X, S. 290 f.

²⁾ Ausdrücklich wird das z. B. hervorgehoben: Klein, Annalen, XXII (1794), S. 186, Grunds., S. 91; L u d e n, II, S. 102 f., 500 f. („verbrecherische Willensbestimmung“); Wilda, Germ. Stafr., S. 146 f., 544 (der widerrechtliche Wille bestimmt den Begriff des Verbrechens); Köstlin, N. Rev. z. B. S. 61

Argument voraussetzt, daß die Fahrlässigkeit wirklich eine Schuldart ist, und auch hier die Voraussetzungslosigkeit bezüglich dieser Terminologie beibehalten werden muß, so fällt dieses Argument außer Betracht. Andere Argumente sind aber noch nicht vorgebracht, und es dürften sich der herrschenden Auffassung somit gewichtige Gründe nicht entgegenzusetzen lassen.

Es ist Beling, der betont hat, daß es sich bei der Schuld darum handelt, dem Willen ein Attribut zu erteilen und der deshalb die Schuld als Eigenschaft des Willens definiert. Wie weit dieser Definition zugestimmt werden kann, wurde im vorigen Abschnitt erörtert. Der Einwand aber, den Mittermaier (Strafrechtsschuld S. 35) gegen Beling vorbringt, indem er die Schuld eine Beziehung (die „aus dem Wesen des Willens abgeleitete Möglichkeit des Guten und Bösen“); Bekker, Theorie, S. 251 f.; Wahlberg, Aufs., S. 35 (alle Schuld ist „rechtswidriger Wille“); Geyer, Krit. Vierteljahrsschr., XIX, S. 444 („die Strafwürdigkeit beruht auf einer Willensschuld“); Binding, Normen II, S. 102 („Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtsfähigkeit“); Merkel, Lehrbuch, S. 72 („der Begriff der Schuld bezieht sich auf das handelnde, nicht auf das vorstellende Subjekt als solches“); Thon, S. 78; Hertz, Unrecht, S. 153 (jede Schuld verlangt einen rechtswidrigen Willen); Heinemann, S. 22 (die Rechtsverletzung liegt in dem „bösen Willen des Täters“); Lukas, Subjektive Verschuldung, S. 2; Bruck, Fahr., S. 1; Janka, Grundlage, S. 23, 52 (Schuld ist „Konflikt des individuellen Willens mit dem Rechtswillen“); Frank, Z. 10, S. 161 („die Bestrafung des bloßen Gedankens war eine Verirrung“); Ihering, II, S. 65; Bascdow, Subjektive Verschuldung („die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang“); Birkmeyer, Enzykl., S. 1054, Studien, S. 86 f., G.S. 67, S. 406: „die Vergeltungsstrafe richtet sich gegen den bösen Willen des Verbrechers“; M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 35 („gut und böse, verdienstvoll und schuldhaft sind Prädikate, die einen Sinn haben nur in Beziehung auf einen Willen“); Beling, Grundzüge, 3. Aufl., S. 30, Verbrechen, S. 46 („die Vorstellungen als solche entbehren jedes Schuldcharakters“); Liepmann, Einl., S. 130 („jedes Sollen stellt eine von einem Willen ausgehende und sich an einen Willen wendende Forderung dar“); Dohna (z. B. Z. 27, S. 348: „alle Schuld ist Willensschuld“); Finger, Lehrb., S. 233; Lipps, Aschaffenburs Monatschr. III, S. 286 (die Handlung, für die gestraft wird, muß in sich böse sein, d. h. aus einem bösen Willen entspringen); v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 274, 296 („allgemein anerkannt ist, daß das Strafrecht sich gegen den strafbaren Willen der Person richtet“); Grundlagen, S. 88 („wesentlich eine Reaktion gegen den rechtswidrigen Willen“). Rümelin, Verschulden, S. 33. Entscheidend ist der Satz Stammliers (Lehre von dem richtigen Rechte, S. 69): „Die Handlung selbst, als äußere Erscheinung, unterliegt der Naturbetrachtung und fällt unter das Kausalitätsgesetz. Das Wollen, als eine grundsätzlich eigene Richtung des Bewußtseins, untersteht der Gesetzmäßigkeit des Telos“.

des Willens nennt, leidet an der schon mehrmals zurückgewiesenen Deduktion aus dem Satze: Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Schuldarten. Weil Mittermaier das für selbstverständlich hält und weil er die Schwierigkeit von Radbruchs Resultat einer rein psychologischen Schulddefinition dadurch vermieden zu haben glaubt, daß er den Vorsatz im Sinne des Strafrechts für rechtswidrigen Vorsatz erklärt — ein Ausweg, aber kein Beweis —, so kommt er zu dem Schluß: Schuld ist nicht Attribut, sondern eine Beziehung des Willens. Aber auch Mittermaier sieht, wie wir, die Schuld in dem Objekt des Unwerturteils. (S. 31.) Das mußte er deshalb suchen, unabhängig von der herrschenden Bezeichnung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit als Schuldarten.

Über das Verhältnis von Schuld und Beziehung des Willens zu einem rechtswidrigen Erfolge (als dem Oberbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit) ist im zweiten Teile der Arbeit zu sprechen. Hier erhebt sich zunächst die Forderung einer genaueren Präzisierung dessen, was mit böser Wille gemeint ist, damit die Definition nicht dem Vorwurf ausgesetzt ist, der mit Recht von Frank und Thyrén vor über zehn Jahren, von Sigwart (Über den Begriff des Wollens, S. 3) sogar schon vor über dreißig Jahren allen denen gemacht wurde, die das Wort Wille gebrauchen, ohne zu sagen, was sie darunter verstehen; ein Vorwurf, der seitdem nichts an Bedeutung verloren hat.

Das Objekt der Bewertung bei der Schuldfrage ist das Verhalten eines zurechnungsfähigen Menschen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle hat man darunter das Handeln eines Menschen zu verstehen, wozu man auch die bewußte, mit einem Willensimpuls verbundene Unterlassung rechnen muß. Ob das bewußte und absichtliche Unterlassen nun freilich als solches kausal für einen Erfolg sein kann, ist eine andere Angelegenheit, die aber die Schuld nicht betrifft. Für die Handlung also sei zunächst die Schuldformel aufgestellt, und es muß dann später nachgesehen werden, ob sie auch für die unbewußte Unterlassung paßt; denn die wenigstens vorläufige Trennung von Handlung und Unterlassung ist seit Radbruchs und Dohnas Untersuchungen ¹⁾ wohl erforderlich geworden.

¹⁾ Radbruch, Handlungsbegriff, S. 131 f., Dohna, Z. 27, S. 329 f., bes. S. 331.

Schuld ist böser Wille; Handlung ist Willensbetätigung; also schuldhaftige Handlung Betätigung eines bösen Willens. Das Handeln des Menschen kann als Willensbetätigung nur durch das Wollen charakterisiert werden, das Wollen nur durch den Zweck. Mit Rücksicht darauf, daß die in dem Schuldurteil liegende Bewertung von den Zwecken des Staates ausgeht, und da auch das Objekt der Beurteilung, die menschliche Willensbetätigung, immer durch Zwecke charakterisiert werden kann, so ist es gleich nahe gelegt, den Zweck als konstruktives Element für den Schuld begriff zu verwenden. Folgende zwingende Erwägung führt dazu: wenn alle Schuld Willensschuld ist, und wenn der Begriff Schuld begriffsnotwendig auf ein Unwerturteil Bezug nimmt, dann ist Schuld eben negativ bewerteter Wille. Wer aber will, „der will etwas, was er vorstellt, und dies nennen wir Zweck“. ¹⁾ Der Wille, um dessen Qualifizierung es sich bei der Schuldfrage handelt, wird also nur durch die Zwecke des Handelnden qualifiziert. Diese Qualifikation ist immer möglich, weil jede bewußte Handlung — und nur bewußte Handlungen kommen für das Strafrecht in Betracht — einen Zweck hat. „Jedes geistig gesunde menschliche Wesen setzt sich bewußtermaßen Zwecke seines Wollens und Handelns.“ ²⁾ Warum hier nur von Zwecken, nicht von Motiven gesprochen ist, wird sich im Verlauf der folgenden Erörterung ergeben. Zuvor soll, der Gesinnung der Arbeit entsprechend, daran erinnert werden, daß das Motiv, was seine Verwendung in der Schuldlehre angeht, sich einer steigenden Beachtung erfreut. Nach der Terminologie einer Reihe von Gelehrten stehen aber Zweck und Motiv gleich. *Kuhlenbeck* (S. 54) behauptet, was subjektiv Motiv heiße, werde objektiv Zweck genannt, und *M. E. Mayer* (*Schuldhaftige Handlung*, S. 59) bezeichnet den Zweck als das in die Außenwelt projizierte Hauptmotiv. Die Ansichten und Resultate dieser Gelehrten können also wenigstens für das ganze Unternehmen, den Schuld begriff in der hier vorgeschlagenen Weise zu konstruieren, angeführt werden, um dem landläufigen Einwand zu begegnen: nur die Ethik, nicht das Strafrecht kümmert sich um den Zweck oder das Motiv des Täters. Wegen der engen Berührung mit der hier vorgeschlagenen Formulierung sei der Satz von *Calkers*

¹⁾ *Sigwart*, Über den Begriff des Wollens, S. 18.

²⁾ *van Calker*, Politik als Wissenschaft, S. 14, auch *Ihering*, Zweck im Recht, I. Bd., Kap. I.

R. v. D. III, S. 185 zitiert: „Die Beurteilung des Willensinhaltes muß in erster Linie den jeweiligen Zweck, auf dessen Erreichung der Wille gerichtet ist, zum Objekt nehmen“. Ethische Werte S. 25 erblickt van Calker in der falschen Zwecksetzung den wesentlichen Faktor der Schuld. — Jedoch soll hier der Zweck nicht nur in erster Linie, sondern ausschließlich für die Schuldfrage (nicht für die Frage nach Absicht, Vorsatz oder Fahrlässigkeit) für maßgebend erklärt werden. Von anderen Autoren sind in diesem Zusammenhang außer den schon erwähnten zu nennen: Liepmann, Kraus, Thomsen, Dohna und Miricka.¹⁾ Auch darf nicht unerwähnt bleiben, daß schon v. Bar in seinen Grundlagen des Strafrechts S. 61 die Bedeutung des Motives für das Strafrecht hervorhebt, ihm sogar Schuld konstituierende Wirkung beiliegt, und ein Beispiel bildet, das zwar nicht ohne weiteres anerkannt sein soll, das aber für das folgende sehr wichtig ist; er sagt: „die Tötung eines Menschen aus Haß, Gewinnsucht und einer Unzahl anderer Motive ist unsittlich und eines der schwersten Verbrechen; die Tötung aus Notwehr, d. h. zur Verteidigung des eigenen Rechtes, ist erlaubt: nur das Motiv ist hier für das Strafrecht das unterscheidende Merkmal“. — Den Begriff des Motives hat dann van Calker wieder verwertet und in die Diskussion eingeführt.²⁾

Das Individuum soll das wollen, was der strafende Staat will; d. h. wenn in einer konkreten Situation das Recht einen äußeren Erfolg herbeigeführt oder vermieden wissen will, dann soll die Vorstellung vom Eintritt oder Nichteintritt dieses Erfolges das Objekt sein, auf dessen Verwirklichung der Täter sein Tun oder Unterlassen einrichtet. Ist das nicht der Fall, dann liegt Schuld vor. Die vom Rechte gewünschte Vorstellung wird also als Maßstab benutzt, an dem die wirklich vorhandene Vorstellung, und damit der Willensakt und die Willensbetätigung, gemessen wird.

Welcher Art nun — vom verantwortlichmachenden Rechte aus gesehen — die zu verwirklichende Vorstellung ist, in deren Richtung der Täter eine Körperbewegung bezw. Körperruhe eintreten läßt,

¹⁾ Liepmann, Einl. S. 115 ff. (die Zurechnung zur Schuld müsse sich nach der Qualität der Motive abstufen). Kraus, Z. 17, S. 172. Dohna, G.S. 65, S. 311. Thomsen, Untersuchungen über das Verbrechenmotiv. Miricka, Die Formen der Strafschuld, S. 52—55, S. 106 ff.

²⁾ Siehe v. Liszt, Aufs. II, S. 176, Anm.

das allein kann die Handlung des Täters und die Willensbetätigung charakterisieren und demgemäß allein veranlassen, daß man seinen Willen als einen bösen bezeichnet. In Frage steht also, nach der Terminologie Thomsens (S. 159) die Pertinenzvorstellung, d. h. die Vorstellung des Gewollten, im Gegensatz zu der Erregungsvorstellung, welche z. B. als Erinnerung oder als unausführbar Zukünftiges den Willen bloß erregt, nicht aber ihrem Inhalte nach selbst erstrebt wird. Da eine solche Pertinenzvorstellung bei jeder bewußten Handlung oder vorsätzlichen Unterlassung vorliegt, so versagt, wenigstens soweit es sich um solche handelt, dies Kriterium der Charakterisierung nie. Die Vorstellung, welche die Willensbetätigung qualifiziert, kann die Elemente, die das Strafrecht zu einem verpönten Erfolge zusammenfaßt, mit umfassen; — der Täter handelt z. B. in Richtung auf die Verwirklichung der Vorstellung vom Tode eines Menschen. In solchen Fällen ist es ohne weiteres klar, daß der durch eine solche den Zwecken des Rechtes genau entgegengesetzte Zwecksetzung charakterisierte Innervationsakt rechtlich böse, der Wille des Täters schuldhaft genannt werden muß.

Nun wird man aber gleich einwenden, daß die Tötung nicht der Zweck des Täters zu sein braucht, daß sie vielleicht nur das Mittel zu einem vom Rechte durchaus gebilligten Zweck sei, daß also der Zweck die Handlung vor dem Recht nicht charakterisieren kann, und daß der Zweck das Mittel nicht heiligt. Dies Bedenken, das übrigens in der gleichen Weise der Verwendung des Begriffes „Motiv“ entgegenstehen würde, ist hinfällig. Um zunächst zu begründen, warum dieser Begriff nicht verwertet wurde, kann an das heute noch geltende Wort Sigwarts von dem „vieldeutig schillernen Ausdruck“ erinnert werden. Trotz der Untersuchungen M. E. Meyers und Thomsens ist eine Einigung über den Begriff keineswegs erzielt. Unter Motiv werden auch die sogenannten Urmotive, d. h. Charaktereigenschaften des Täters verstanden.¹⁾ Man wird aber mit Beziehung auf das geltende Recht nicht sagen dürfen, der Trieb als solcher könne die Schuldhaftigkeit einer Handlung, die aus ihm hervorgegangen ist, konstituieren. Ferner ist nach Thomsen (S. 234 und 237) die

¹⁾ Thomsen, S. 240. v. Liszt, Aufs. II, S. 182. (Mayer nennt das S. 42 irrig.) Thyron II, S. 55.

Pertinenzvorstellung in dem eben erwähnten Sinne selbst eigentlich kein Motiv.¹⁾ Sie hat nämlich an sich gar nichts Treibendes, sondern bezeichnet nur das Objekt, das der Täter durch seine Körperbewegung zu erreichen sucht. Man will nicht, weil man vorstellt, sondern was man will, das stellt man sich vor — eine Ansicht, in der Thomsen einer Reihe von Autoritäten²⁾ zustimmt. Besonders beachtenswert sind in diesem Zusammenhange zwei Einwürfe, die Miricka (Formen der Strafschuld, S. 51 f.) gegen M. E. Mayer macht: wenn jeder Zweck Hauptmotiv ist, dann muß sich nach M. E. Mayer an seine Vorstellung ein Lustgefühl knüpfen; das gilt aber nur für den Endzweck; die Zwischenveränderungen kann man aber auch Zweck nennen, wie Mayer S. 63 selbst zugibt. Und umgekehrt, nicht jedes Hauptmotiv ist Zweck (so M. E. Mayer, S. 59), weil die als Hauptmotiv bezeichnete Vorstellung etwas anderes als die Folgen der Handlung zum Inhalt haben kann. Eine solche Vorstellung wird man auf jeden Fall noch als Motiv bezeichnen müssen, nicht aber zur Vergleichung der vom Rechte gewünschten mit derjenigen, deren Realisierung der Täter erstrebt hat, verwenden können; weil sie eben nicht realisiert werden soll, — sie kann ja als Erregungsvorstellung in der Vergangenheit liegen — sondern nur den Anstoß zum Handeln des Täters gegeben hat.

Beim Zweck dagegen, dem „zu bewirkenden Objekt“, ist die Vergleichung dessen, was der Verantwortlichmachende als das zu bewirkende Objekt wünscht, mit dem, was der zur Verantwortung Gezogene als zu bewirkendes Objekt tatsächlich sich vorgesetzt hat, immer möglich.

Die Bedenken, die sonst gegen die Verwendung des Begriffes Zweck erhoben werden, sind hinfällig. Der Mißbilligung eines bestimmten Tuns seitens des Staates liegt auf jeden Fall eine Zweckbetrachtung zu Grunde, gleichgültig, ob man, was den Begriff der Strafe überhaupt angeht, das Prinzip der gerechten Vergeltung oder die Zweckstrafe in der technischen Bedeutung des Ausdrucks

¹⁾ Anders nach M. E. Mayer, S. 61, wonach man jede Zweckvorstellung unter dem Gesichtspunkt betrachten kann, daß sie Hauptmotiv ist.

²⁾ Z. B. Hälschner, D. Strafr. I, S. 191. Zitelmann, S. 157. Liepmann, Einl. S. 46, Anm. 1. — Vgl. auch Schuppe, Göttinger gel. Anz. 1902, S. 182 in der Besprechung von Mayers Abhandlung.

verteidigt. Die mit Strafe bedrohte Handlung will der Staat nicht, und er kann sie nur deshalb nicht wollen, weil sie seinen Zwecken widerspricht. Ein einzelnes Wollen des Individuums wird an den Zwecken des Staates gemessen und bewertet, und das kann nur durch eine Qualifikation der Zwecke des Handelnden geschehen. Der Wille kann nur durch das charakterisiert werden, was er will. Es ist nun schon von vielen Rechtsgelehrten¹⁾ auf die besondere Bedeutung hingewiesen worden, welche im Tatbestand einzelner Paragraphen dem Zwecke des Täters beigelegt wird, sei es, daß das Gesetz das Wort „Zweck“ gebraucht,²⁾ sei es, daß es „um zu“ oder „absichtlich“ sagt. Wenn also im Paragraphen 237 steht: „um die Entführte zur Unzucht zu bringen“, so wird hier ein besonderer Zweck des Täters als die Schuld begründend ausdrücklich angegeben. Solche Fälle sind sehr klare Beispiele für die formale Struktur der Schuld im Sinne des Strafrechts. Aber gerade sie widerlegen die oft ausgesprochene Ansicht, der Zweck habe im Strafrecht keine Bedeutung,³⁾ um den Endzweck kümmere sich das Recht nicht. Diese Auffassung entspricht nicht einmal dem Wortlaut des Gesetzes. Freilich nimmt das Recht nicht auf den Endzweck des Täters Rücksicht, und vor dem § 211 steht bezüglich der Frage: liegt überhaupt Schuld vor? Sand genau so da, wie der brutalste Räuber, Raskolnikoff genau wie der scheußlichste Lustmörder. Aber so verstehen die zitierten Paragraphen den Ausdruck „Zweck“ ja auch garnicht. Derjenige, der die minderjährige Person ihren Eltern durch List usw. entzieht, muß die Minderjährige zu unsittlichen oder gewinnsüchtigen Zwecken gebrauchen wollen; das verlangt der § 235, damit die qualifizierte Strafe eintritt. Der Entführer muß die Entführte zur Unzucht bringen wollen, das verlangt der § 237 als Zweck des Täters. Nur soweit also berücksichtigt das Recht dessen Zwecksetzung; daß der Endzweck des Täters wahrscheinlich ein Geldgewinn ist, hindert nicht, hier von Zweck zu reden; was, um noch weiter zu gehen, der Entführer mit diesem Gelde anfangen wollte — vielleicht verfolgte er

¹⁾ Merkel, Lehrbuch, S. 257. van Calker, Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, S. 11. Lilienthal, Z. 20, S. 440 f.

²⁾ §§ 129, 147, 151, 177, 235, 267, 270, 273, 303.

³⁾ John, Entwurf, S. 192. Birkmeyer, Enzykl., S. 1054, Studien, S. 84, auch Berner, Teilnahme, S. 150.

in ihrem letzten Erfolg ganz anständige Zwecke, man denke nur an Frau Warren und ihr Gewerbe — das alles kann auch noch Zweck genannt werden, aber daß es das kann, beweist nur, wie unrichtig es ist, mit Berner (Lehrbuch S. 127) und Janka, (L. S. 87) Zweck und Endzweck gleichzusetzen. Es gibt eigentlich gar keinen Endzweck, abgesehen natürlich von dem von Zitelmann, S. 143 sogenannten psychischen Zweck, d. h. der Aufhebung vorhandener Unlust. Nur in diesem Sinne gebraucht Berner das Wort. Hier ist aber nur von dem gewollten äußeren Erfolge, von dem realen Zweck die Rede, der nach Zitelmans Terminologie immer nur das Mittel zum psychischen Zweck ist. Schon aus dieser Ausdrucksweise ergibt sich aufs deutlichste die schon von Ihering (Zweck im Recht, S. 64) lebhaft geltend gemachte Relativität des Zweckbegriffes. „Der Zweck b, zu dem a das Mittel enthält, kann seinerseits wiederum nur ein Mittel für den Zweck c sein.“ Von zahlreichen Autoren wird das anerkannt.¹⁾ Es steht demnach nichts im Wege, jede einzelne Vorstellung, die auf dem Wege zur Verwirklichung weiter in der Zukunft liegend gedachter Vorstellungen bewußt verwirklicht werden soll, Zweck zu nennen. Auch der Sprachgebrauch macht eine, je vom Standpunkt seiner Betrachtung aus verschieden abgesteckte Grenze, und man schließt sich in den subjektiven des Täters ein, wenn man nur die von ihm als letzte gewollte Veränderung der Außenwelt Zweck nennt. Für das strafende Recht kommt, soweit es sich um die Schuldfrage — nicht um die Strafzumessung — handelt, prinzipiell nur der Abschnitt des Geschehens in Betracht, der durch einen Tatbestand umgrenzt wird. Aus der Kette wird ein einzelnes Glied herausgenommen; und was innerhalb des so sich ergebenden Abschnittes als Zweck des Täters angesehen werden muß, was der Täter sich innerhalb dieses Abschnittes als zu bewirkendes Objekt vorstellte, das wird mit den Zwecken des Rechtes verglichen. Ob der für die strafrechtliche Betrachtung herausgenommene Zweck

¹⁾ Hälschner, D. Strafr. I, S. 191. Er nennt auch Zwischenerfolge, die Bedingung des Enderfolges sind, beabsichtigt. Kahlenbeck, S. 53, spricht von „Mittelzwecken“, die sich zwischen den Entschluß und den Endzweck einschieben. M. E. Mayer, S. 63. Miricka, S. 53 („Zwischenveränderungen“). v. Bar, Gesetz und Schuld II, S. 316 (jedes Mittel, einen hinterliegenden Erfolg zu erreichen, ist nichts als ein näherliegender Erfolg).

im Verhältnis zu den subjektiven Bestrebungen des Täters einen Zwischenzweck oder den realen Endzweck bedeutet, ist gleichgültig.

Man wird daher den Zweck sehr wohl als konstruktives Element für den Schuldbegriff des geltenden Rechtes verwerten können, — von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist jedoch noch nicht die Rede. Der hier gemachte Vorschlag ist also nicht mit den Versuchen zu verwechseln, den Zweck in der Vorsatzdefinition, und zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, oder zur Konstruktion einer besonderen Schuldform zu benutzen.¹⁾ Es ist undenkbar, daß das Recht eine menschliche Handlung bewertet, ohne daß die Zwecke des Staates und des Individuums aneinander gemessen würden. Berner, Teilnahme S. 150 sagt: „Der Jurist fragt: was hat dieser Mensch getan? welches ist das allgemeine Prädikat, unter das sich seine Handlung subsumiert? Die Frage des Moralisten geht einen Schritt weiter; sie lautet: warum hat er es getan? welches war sein Zweck bei der Objektivierung dieser Absicht?“ Diese Gegenüberstellung ist in dieser Fassung offenbar unrichtig,²⁾ wenn Berner alle Schuld für Willensschuld erklärt, dann darf er nicht mehr fragen: was hat dieser Mensch getan, sondern: was hat dieser Mensch gewollt? und das heißt eben nichts anderes als: warum hat er es getan? welches war der Zweck seiner Handlung? — Sehr nachdrücklich betont Birkmeyer, Studien S. 87: Wir fragen „um die Schuld des Täters festzustellen, nicht nach Zweck, Motiv, Gesinnung“. Und dennoch soll die Schuld fehlerhafte Willensbestimmung zu einem rechtswidrigen Tun sein, also darin bestehen, daß man etwas Rechtswidriges will. Der Zweck ist aber doch nur das Objekt des Wollens, er bezeichnet nur das, wozu man sich bestimmt. Somit dürfte die Behauptung, das geltende Strafrecht berücksichtige niemals die Zwecke des Täters, der vorgeschlagenen Formulierung des Schuldbegriffes nicht im Wege stehen, vielmehr auf einer unbegründet engen Auffassung des Wortes „Zweck“ beruhen.

Bisher war nur auf solche Willensakte exemplifiziert, bei

¹⁾ Das Wort Zweck verwenden in der Vorsatzdefinition Feuerbach, Lehrbuch, § 54, Bibl. II, 193—273 (vgl. Art. 39 des Bayr. St.G.B. 1813); Grolman, Bibl. I, 1 Stck, 1797, Lehrb., §§ 46—52. Als besondere Schuldform stellt neuerdings Miricka die Absicht auf, die durch den Zweck des Täters konstituiert wird,

²⁾ Als Erster hat darauf hingewiesen v. Calkcr, Strafrecht u. Ethik, S. 17.

denen die Herbeiführung des strafrechtlich relevanten Erfolges Zweck des Täters genannt werden konnte. Es handelt sich jetzt darum, ob die angegebene Konstruktion auch in den Fällen anwendbar ist, in denen der verpönte Erfolg nicht bezweckt war, vor allem, in denen er fahrlässig herbeigeführt wurde. Und es fragt sich, ob sie an der gefährlichen Klippe, die Schuld bei Fahrlässigkeit als Willensschuld zu erklären, nicht das Schicksal sehr zahlreicher Vorgängerinnen teilt. Dabei muß ausdrücklich hervorgehoben werden, daß die späteren Ausführungen über das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Begriffe Schuld von der vorgeschlagenen Formulierung nicht abhängig gemacht sein sollen.

Es kommt auf die konkrete Zwecksetzung an; d. h. in einer bestimmten Situation muß das, was bezweckt ist, nicht das richtige sein. Wenn ein tatbestandlicher Erfolg fahrlässig herbeigeführt wird, so ist der Wille des Täters nicht auf ihn gerichtet gewesen; der Täter hat sich nicht zu seiner Herbeiführung bestimmt, und die Fehlerhaftigkeit der Willensbestimmung kann nicht darin liegen; vielmehr nur darin, daß das, was in Wirklichkeit bezweckt ist, in dieser konkreten Situation den Zwecken des Rechtes nicht entspricht. Hat jemand durch eine Handlung fahrlässig einen schädlichen Erfolg herbeigeführt, so muß die fahrlässige Setzung der Ursache eine bewußte Handlung sein. Wo von Handeln die Rede ist, muß immer ein bewußtes Handeln vorliegen.¹⁾ Nur der bewußte Wille kommt in Betracht, und als gewollt kann nur das Vorgestellte bezeichnet werden. Da aber die Schuld böser Wille ist, so fragt es sich, wodurch der Wille des fahrlässig Handelnden qualifiziert werden kann, und das kann eben nur durch die Vorstellungen geschehen, deren Verwirklichung der Täter bewußt erstrebt hat. Diese werden mit derjenigen verglichen, welche inhaltlich den Zwecken des Rechtes entspräche, und demnach für mehr oder weniger böse gefunden. Wenn also wegen einer fahrlässigen Handlung gestraft wird, so muß eine bewußte Handlung gegeben sein, und diese allein steht in Frage.²⁾ D o h n a bemerkt, der Aus-

¹⁾ Z i t e l m a n n, S. 65 f. J a n k a, Strafrecht, S. 102. M. E. M a y e r, Schuldhaftige Handl., S. 183. D o h n a, Z. 27, S. 331. Vor allem natürlich die Hegelianer, z. B. K ö s t l i n, N. Rev. 228.

²⁾ T h o m s e n, S. 145, hat auf eine Verwandtschaft mit den actiones liberae in causa hingewiesen. Ähnlich anscheinend schon G r o l m a n, Bibl. II, S. 33,

druck „fahrlässige Handlung“ sei genau genommen eine *contradictio in adjecto*. Das ist zweifellos richtig, aber fahrlässig bezieht sie sich in einem solchen Ausdruck nicht auf die Vornahme der Handlung, sondern auf die Herbeiführung des Erfolges, mit welcher der Verantwortlichmachende die Innerlichkeit des Täters in Beziehung setzt. Die Handlung, welche objektiv als Ursache dieses Erfolges angesehen wird, muß eine bewußte sein, gleichgültig, welche Vorstellung der Täter vom Erfolge hatte. Auch kommt nur dieser Augenblick für die Frage nach der Schuld in Erwägung. Die Schuld kann nicht erst in dem Augenblick eintreten, in dem der verpönte Erfolg eintritt, Thon, der das S. 78 hervorhebt, bildet folgendes Beispiel: Wer ein Glas gifterfüllten Wassers ohne böse Absicht an einen Ort stellt, wo ein Dritter es leicht genießen kann, handelt schon damit normwidrig, daß das Wasser später getrunken wird, kann die Schuld unmöglich begründen. Der perhorreszierte Erfolg ist aber nach den Ausführungen des vorigen Abschnittes eine äußere, allerdings aus dem Wesen der Rechtsordnung sich ergebende Bedingung der Berücksichtigung der Schuld, nicht die Schuld selbst. Ob die vorhergehende Handlung kausal ist, konstituiert die Schuld also nicht, und daß Binding, Normen II, S. 264 die Kausalität der vorhergehenden Handlung lebhaft bekämpft, berührt die vorgeschlagene Konstruktion der Schuld bei Fahrlässigkeit in keiner Weise. Da aber der bewußte Willensakt eines Menschen als solcher naturgemäß einen Zweck hat und deshalb durch diesen charakterisiert werden kann, so ist damit der Weg für die einzig mögliche Konstruktion der Schuld bei Fahrlässigkeit als einem fehlerhaften Willensakt gezeigt. Bei der Fahrlässigkeit wird die Vorstellung, zu deren Verwirklichung der Handelnde tätig wurde, nur dadurch zu einer vom Rechte aus gesehen falschen, daß sie gerade in dieser Situation nicht verwirklicht werden sollte. Alle Schuld ist Willensschuld, es muß demnach, wenn bei der fahrlässigen Herbeiführung eines Erfolges gestraft wird, auch hier Willensschuld vorliegen. Soll das aber der Fall sein, so muß ein Willensakt tatsächlich vorliegen — wenn man nicht, von der Annahme eines Willensvermögens ausgehend und dieses personifizierend, von der

obwohl es natürlich mit der im Text vorgeschlagenen Konstruktion nichts zu tun hat, wenn er davon spricht, der Täter habe sich freiwillig in Unaufmerksamkeit versetzt.

Bosheit des Willens überhaupt sprechen will. (So z. B. Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung, S. 47, 49.) Man darf die Willensschuld nicht durch den Mangel, d. h. das Fehlen eines Willens bestimmen wollen,¹⁾ denn wo kein Wille vorliegt, das ist auch ein böser Wille und damit eine Willensschuld undenkbar; die Voraussetzungen, unter denen man das Fehlen des durch den richtigen Zweck charakterisierten Willensaktes annimmt, sind vielmehr nur die Voraussetzungen, unter denen die wirklich vorhandene Zwecksetzung eine falsche war. Setzt jemand fahrlässig die Ursache zu einem tatbestandlichen Erfolge, so hat er in diesem Augenblick nicht das bezweckt, was das Recht verbietet, aber auch nicht das, was es wünscht. In einer konkreten Situation erwartet das Recht eine bestimmte Vorstellung als zu verwirklichende erstrebt. Mit der allgemeinen obligatio ad diligentiam könnte man, wie schon Klein bemerkt, die verschiedene Bestrafung bei der fahrlässigen Herbeiführung verschiedener Erfolge nicht rechtfertigen; es müßte denn eine Pflicht bestanden haben, die Aufmerksamkeit gerade auf die Vermeidung dieses Erfolges zu richten, man müßte eine Unzahl von obligationes ad diligentiam annehmen. Wer fahrlässig eine Brandstiftung begeht, wird anders bestraft, als derjenige, der fahrlässig eine Körperverletzung herbeiführt. Eine solche Verschiedenheit kann, wenn man nicht eine Erfolgshaftung annehmen will, nur durch die folgende Konstruktion erklärt werden: in der konkreten Situation, in welcher der Brandstifter den Brand legte, erwartete der zur Verantwortung Ziehende, daß die Vorstellung, den Brand zu vermeiden, das Handeln des Täters bestimmte. Diese Vorstellung war nicht vorhanden, sie gibt aber den Maßstab ab, an dem die wirklich vorhandene gemessen werden kann. Diese mag an sich ganz harmlos sein. Aber der durch sie qualifizierte Willensakt wird hier dadurch zu einem bösen, daß sie der erwarteten Vorstellung nicht entspricht, sie vielmehr ausschließt. Deshalb ist es auch nicht gleichgültig, was der Täter an Stelle des zu vermeidenden Erfolges gewollt hat. In diesem Zusammenhang ist Franks (Aufbau des Schuldbegriffes, S. 12) Hinweis auf die die Tat begleitenden Umstände zu erwähnen.

¹⁾ Das tut Merkel, L. S. 85; Finger, L. d. Deutschen Strafr., S. 268, sagt: „In dem Mangel an Aufmerksamkeit offenbart sich die Gleichgültigkeit gegen die Rechtsgüter und die Vorschriften des Rechts.“ Dann ist die Fahrlässigkeit aber nicht mehr Schuldart, sondern Schuldsymptom.

Wann das Recht verlangt, daß die Vorstellung von der Vermeidung des bestimmten Erfolges ihrem Inhalt nach Zweck des Täters ist, das kann sich nur nach der konkreten Sachlage richten, dafür läßt sich kein Schema aufstellen. Der durch die im regelmäßigen Verlauf der Dinge vielleicht gleichgültige Vorstellung charakterisierte Willensakt wird in dieser Situation, in der das Recht eine andere wünscht, schuldhaft. Dem Vater, der aus Unachtsamkeit sein Kind tötet, wird also nicht vorgeworfen, daß er die Tötung des Kindes gewollt habe — das wäre Torheit und Ungerechtigkeit —, sondern es wird ihm vorgeworfen, daß er in dieser Situation etwas Unrichtiges gewollt habe — ein Vorwurf, den jeder vernünftige Mensch ohne weiteres als berechtigt zugeben wird. Der eilige Droschkenkutscher verfolgt den Zweck, sich ein Trinkgeld zu verdienen; der Inhalt der Vorstellung vom Erwerb des Geldes ist das, was er realisieren will. Das Recht verlangt aber von ihm, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, d. h. daß in der konkreten Situation die Vorstellung von der Möglichkeit einer Tötung oder Körperverletzung sein Tun beherrsche in der Richtung auf die Aktualisation der zur Vermeidung dieser Erfolge nötigen Innervationsakte. Die in Wirklichkeit vorhandene Vorstellung — das Trinkgeld zu bekommen — läßt die vom Recht gewünschte Vorstellung — die Körperverletzung zu vermeiden — nicht aufkommen. Jene wird dadurch hier zu einer bösen; der durch sie charakterisierte Willensakt begründet die Schuld. Der Kutscher will hier nicht das, was das Recht hier von ihm verlangt. Um Stammlers Ausdruck zu gebrauchen: „der Wille des Täters hat seine Richtung nicht in der Linie des allgemein gültigen Gesichtspunktes der Zwecksetzung genommen“ (Wirtschaft und Recht, S. 369). Der „in concreto vorliegende Zwiespalt zwischen dem individuellen Willen und dem allgemeinen“ (Merkel) ist damit dargelegt.

Man wird jetzt einwenden: bei der fahrlässigen Handlung bezweckt der Täter überhaupt nichts Böses, nichts strafrechtlich Relevantes; das tut er nicht einmal beim Vorsatz, sondern höchstens bei der Absicht. — Aber erstens ist es unrichtig, im Strafrechte von etwas „an sich“ Bösem oder „an sich“ Gutem zu reden. „Überhaupt sollte man den Sprachgebrauch vermeiden, etwas sei ‚an sich‘ erlaubt. Nichts ist ‚an sich‘ erlaubt oder unerlaubt.“ (Binding, Normen I, S. 131 Anm. 7.) Es wird ja auch nicht gesagt,

ein Trinkgeld zu verdienen suchen sei etwas Böses, sondern nur: der Willensinhalt des Täters ist in dieser Situation nicht dem vom Rechte erwarteten gemäß, also ist er rechtlich böse; da in der konkreten Situation das Verdienen des Trinkgeldes diesen Inhalt ausmachte, so kann man es ohne Bedenken als böse bezeichnen. — Und zweitens: der Zweck soll hier als das die Schuld konstituierende Moment verwendet werden, und er wird seine Brauchbarkeit am besten wohl dadurch beweisen, daß er die Schuld bei fahrlässigem Handeln als Willensschuld außer Zweifel stellt. Nicht aber soll der Zweck als konstruktives Element für die Unterscheidung der sogenannten Schuldarten oder Schuldformen, also nach der gewöhnlichen Terminologie für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit dienen. Das ist eine gänzlich andere Frage, welche die subjektive Beziehung des Täters zu dem durch seine Handlung herbeigeführten schädlichen Erfolge betrifft; von dieser Beziehung ist aber noch keineswegs erwiesen, daß sie die Schuld ausmacht. Mirickas besondere Schuldform z. B. hat somit mit der hier vorgeschlagenen Konstruktion nichts zu tun, ebensowenig wie Feuerbachs Vorsatzdefinition. Beide suchen Arten der Herbeiführung eines schädlichen Erfolges durch menschliches Handeln zu bestimmen, mit der Richtigkeit oder Unrichtigkeit ihrer Konstruktionen ist für uns nichts bewiesen oder widerlegt. Freilich macht es für die Schwere der Schuld einen Unterschied, ob jemand die Tötung eines Menschen bezweckt oder ob er trotz Vorhersehens eines solchen Erfolges die Handlung vornimmt, oder ob er fahrlässig tötet; die genaue psychologische Formulierung für diese verschiedenen Beziehungen der Innerlichkeit zum verpönten Erfolge ist ein Problem, das aber nicht die Frage berührt: inwiefern kann man bei fahrlässiger Tötung sagen, der Täter habe einen bösen Willen gehabt, d. h. etwas Böses gewollt? Liegt ja doch auf der Hand, daß er den fahrlässig herbeigeführten Erfolg nicht gewollt hat, weil er ihn sich nicht vorstellte. Hier liegt die entscheidende Schwierigkeit; und sie war es vielleicht, die Binding veranlaßte, seine Theorie vom unbewußten Willen aufzustellen, d. h. mit den Hegelianern zu sagen: auch was nicht vorgestellt ist, kann gewollt sein; gewollt ist vielmehr alles, was die Folge einer Willensbetätigung und damit des Willens als des kausalen Momentes im

Menschen ist.¹⁾ (Normen II, S. 105 f. § 38.) Bei der Fahrlässigkeit hat also der Täter nach B. den Erfolg gewollt. Sein Wille war daher auf etwas Böses gerichtet und somit ohne weiteres schuldhaft. Daß die Notwendigkeit der Konstruktion der Fahrlässigkeit als Willensschuld Binding zu dieser allgemein abgelehnten Behauptung²⁾ eines strafrechtlich relevanten unbewußten Willens veranlaßte, wird auch von Kohlrausch (S. 5) und von v. Bar (Gesetz und Schuld II, S. 301—303) vermutet. Der unbewußte Wille kann aber nicht zu einer Konstruktion verwertet werden; das Problem jedoch bleibt bestehen: inwiefern ist bei der fahrlässigen Herbeiführung eines Erfolges der Wille des Täters auf etwas Böses gerichtet? Die einzig mögliche Antwort ist: weil das, was er in Wirklichkeit gewollt hat, etwas Böses ist, mag es „an sich“ noch so harmlos erscheinen. Man kann den Willensakt nur durch sein Objekt charakterisieren.

Das schlagendste Wort für die vorgetragene Konstruktion der Schuld bei Fahrlässigkeit als Willensschuld wäre: die Schuld ist hier negativ böser Wille. Jedoch wird dieser Ausdruck Kleins³⁾ nicht unbesehen übernommen werden dürfen, schon deshalb nicht, weil Klein immer vom Willensvermögen spricht. Es soll zunächst damit keine Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bezeichnet werden. Außerdem sagt Klein: „es war kein böser Entschluß vorhanden, aber es mangelte an einem guten, der Wille war negativ böse“. Er ist also durchaus nicht der oben angenommenen Ansicht, die davon ausgeht, daß immer ein böser Entschluß vorhanden sein muß, wenn man von einem bösen Willen sprechen will. Der Ausdruck selbst aber ist, richtig aufgefaßt, in keiner Weise zu beanstanden, sobald man nur „negativ“ nicht mit „Wille“, sondern mit „böse“ zusammennimmt: man sieht das Böse am Willen eben darin, daß die gewünschten Zweck-Vorstellungen nicht vorhanden waren und die tatsächlich vorhandenen die gewünschten also negierten.⁴⁾

¹⁾ Wenn von Bindings Theorie des unbewußten Willens die Rede ist, so heißt das natürlich nur: B. nimmt an, nicht Vorgestelltes könne gewollt sein. Vgl. Liepmann, Einleitung S. 35.

²⁾ Die nähere Erörterung der Gründe gegen die Annahme des unbewußten Willens im zweiten Teile dieser Arbeit.

³⁾ Klein, Annalen XII, S. 186, Grunds. § 120, Arch. I, 2, S. 61. Auch Köstlin, N. Rev. § 99, System § 65 und Wahlberg, Aufs. I, S. 35, gebrauchen den Ausdruck. van Calker, Eth. W., S. 26, spricht von einem negativen Verhältnis des Täters zur Norm.

⁴⁾ F. Sturm, Strafrechtl. Verschuldung, S. 35, übt an dem Ausdruck

Ein Ausspruch W. Mittermaiers (Strafrechtsschuld, S. 53) scheint dieses Resultat anzudeuten: bei unbewußter Fahrlässigkeit billigte der Täter „etwas scheinbar Harmloses. Diese Billigung ist aber das Schuldhafte, denn der Täter soll dann seine Kausalität nicht billigen, wenn die Umstände ihn zur Aufmerksamkeit und Sorgfalt oder zur Unterlassung mahnen, und er die Tat nicht vorzunehmen genötigt ist.“ Wenn Mittermaier aber fortfährt, „auch hier haben wir ein Billigen oder Wollen der Gefahr“, so ist das, solange man Nichtvorgestelltes nicht als gewollt anerkennen kann, unrichtig. Der unbewußt fahrlässig Handelnde braucht gar nicht an die Gefahr zu denken; auch wenn der Gedanke daran ihn sicher zurückgehalten hätte, handelt er fahrlässig.

Bisher war nur von fahrlässigen Handlungen die Rede, denen man, wenigstens was die Frage nach dem bösen Willen angeht, vorsätzliche Unterlassungen gleichstellen kann.¹⁾ Es kann sich also nur noch um fahrlässige Unterlassungen handeln. — Wenn man die eben vorgeschlagene Konstruktion der Schuld bei Fahrlässig-kräftig Kritik; er formt bei dieser Gelegenheit den wörtlich zitierten Satz: „Ich kenne nur die psychischen Zustände, daß man entweder einen positiven Willen hat, oder daß man überhaupt keinen Willen hat“. Aber erstens übersieht er, daß Klein an keiner einzigen Stelle von einem negativen Willen spricht, sondern immer nur sagt: negativ böser Wille. Die tumultuarische Erklärung Sturms: „Was ein negativer Wille ist, weiß ich nicht“, war also unmotiviert. Zweitens aber fällt die Kritik in der Hauptsache auf ihn zurück. Nach seiner eigenen Auffassung liegt nämlich bei der Fahrlässigkeit kein Wille vor; er zieht aber keineswegs daraus die Folgerung: also ist die Fahrlässigkeit keine Willensschuld, — sondern es gelingt ihm, die Willensschuld dadurch zu retten, daß er die Schuld nicht in dem „einzelnen Wollen“, sondern in dem „Willensvermögen“ findet. (S. 35.) Alle Schuld soll Unterlassung sein. Natürlich: in omni peccato non fit quod jubetur. Selbst wenn man die von der modernen Psychologie aufgegebenen Vermögenstheorie gelten läßt, so bleibt es doch schwierig, zu erfassen, daß das Willensvermögen eines Kutschers deshalb als böse bezeichnet werden kann, weil er eingeschlafen ist. Es sei an Sturms Beispielen exemplifiziert: Wenn ich spazieren gehe und dadurch meine Pflicht vernachlässige, so ist das Spazierengehen nach Sturm S. 45 nichts Böses. Wenn jedoch der Wärtler sich betrinkt und infolgedessen die Weiche nicht stellt, so soll seine Schuld schon darin liegen, daß er sich betrinkt. Wie aber, wenn jener Erste sich betrinkt und der Weichensteller spazieren geht? Dem Rechte kann das Sichbetrinken „an sich“ ebenso wichtig oder unwichtig sein wie das Spazierengehen, in beiden Handlungen kann je nach den Umständen eine grobe Fahrlässigkeit liegen. Über Sturms Aufsatz im G. S. 72, S. 160 vgl. im II. Teil.

¹⁾ Das wird von Radbruch, Handlungsbegriff, S. 134, zugegeben und von Dohna, Z. 27, S. 331 f. hervorgehoben.

keit gelten läßt, so wird man ohne weiteres anerkennen müssen, daß sie auf die Schuld bei fahrlässiger Unterlassung übertragen werden kann. Die Vorstellungen, welche die vom Recht gewünschte Vorstellung ausschließen und mit ihr verglichen werden, sind auch hier das, was einen Willensakt als Schuld begründet, indem sie ihn als den Zwecken des Rechtes nicht entsprechend qualifizieren. Es sei daran erinnert, daß nur von der Schuld die Rede ist, daß ein realer Vorgang in der Seele des Täters qualifiziert werden soll, daß es dagegen nicht darauf ankommt, die Kausalität der Unterlassung um jeden Preis zu retten. Wenn also die leichtsinnige Mutter zur Fabrik geht, während das kranke Kind zu Hause stirbt, so sind alle die Zweckvorstellungen, die ihr Tun beherrschen, in dieser konkreten Situation böse, sie entsprechen nämlich der Zweckvorstellung, die das verantwortlichmachende Recht erwartet, nicht; sie können daher das Verhalten der Mutter als schuldhaft qualifizieren, obwohl niemand der Mutter ihren Erwerbssinn „an sich“ zum Vorwurf machen kann. Wenn ein böser Wille vorliegen muß, damit überhaupt eine Willensschuld möglich ist, dann muß eben das, was an Stelle des Richtigen gewollt ist, eben aus diesem Grunde böse sein. Deshalb ist auch trotz der Polemik Radbruchs 137 der Ausdruck „Verhalten“ nicht aufgegeben worden; ein Ausdruck, der hier nur einen psychischen Vorgang bezeichnen, keineswegs aber besagen soll, daß die Körperbewegung, die der Unterlassende an Stelle der gebotenen Handlung vornimmt, zur Unterlassung gehöre oder gar als die reale Ursache des eingetretenen verpönten Erfolges hingestellt werden könne. Man mißverstände die obigen Ausführungen, wenn man in ihnen eine Verteidigung derjenigen Auffassung von der Kausalität der Unterlassung sähe, welche die „Realität“ der Unterlassung durch den Hinweis auf das „andere Tun“ des Täters beweisen möchte. Es ist richtig, daß die anderweitige Körpertätigkeit des Unterlassenden mit dem Unterlassen (dem transitiven Zeitwort) nichts zu tun hat. Für die Konstruktion der Schuld aber kann das nicht genügen. Für die Schuld ist es durchaus nicht gleichgültig, was der Täter an Stelle der unterlassenen Handlung getan hat. Es sei der Fall gesetzt, die Wärterin eines kranken Kindes erfährt von dem Plane eines Mordanschlages auf ihren Mann; sie läßt sofort das Kind im Stich und benachrichtigt die Polizei, rettet dadurch ihrem Manne das Leben, während

das Kind stirbt. Hier liegen die äußeren Umstände genau wie im ersten Fall; es liegt — wenn man von jeder ethischen Bewertung bei dem Gebrauch des Wortes „Unterlassen“ absieht — genau so gut eine Unterlassung vor, wie bei der Mutter, die zur Fabrik geht; auch die psychologische Beziehung zum Erfolge ist — ebenfalls von jeder Bewertung abgesehen — genau dieselbe: der Tod des Kindes war vorauszusehen; es war aber nicht an ihn gedacht. Und doch wird man im letzten Falle nicht mit derselben Unbedenklichkeit von Schuld reden, wie im ersten. Gerade an diesen beiden Fällen wird der tatsächliche Vorgang beim Schuldurteil sehr deutlich: die Vergleichung der konkreten Zwecksetzung mit der der Rechtsordnung entsprechenden. Diese Konstruktion läßt sich auch bei fahrlässiger Unterlassung anwenden.¹⁾

Ein letztes Bedenken gegen die vorgeschlagene Formulierung des Ausdrucks „böser Wille“ liegt darin, daß durch die Hineinziehung der Zwecke des Staates in unstatthafter Weise Schuld und Rechtswidrigkeit vermengt werden könnte. Dieser Einwand beträfe also nicht den Vorschlag, was das Individuum angeht, dessen Zweck für den der strafrechtlichen Erörterung unterworfenen Abschnitt des Geschehens entscheiden zu lassen, sondern den Teil der Schulddefinition, der die Bezugnahme auf die Zweckbetrachtung des Staates enthält. Geht man nämlich von dieser aus, so läßt man die Rechtswidrigkeit als das dem Rechte Widersprechende entscheiden und erklärt: wo keine Rechtswidrigkeit, da keine Schuld.²⁾ In der Behandlung der Frage nach der Bedeutung des viel umstrittenen Begriffes Rechtswidrigkeit erfreut sich der Zweckbegriff namentlich nach den Untersuchungen Stammlers und Dohnas einer steigenden Beachtung.³⁾ Einen besonders deutlichen Beweis dafür liefert die Kontroverse

¹⁾ Wenn Radbruch dabei bleiben wollte, daß Unterlassung, auch soweit es sich um die Schuldfrage handelt, weiter nichts bedeutet, als etwas nicht tun, so müßte er für Handlung und Unterlassung je eine besondere Schuld konstruieren. Dieser Notwendigkeit entgeht er nur dadurch, daß er Schuld als den Oberbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit auffaßt (S. 144). Eine besondere Schuld bei Unterlassung konstruieren Janka, L. S. 94 (für Vorsatz) und S. 105 (für Fahrlässigkeit), Lönning, Grundr. S. 8, 12. Auch v. Liszt, L. 3. Aufl., S. 123, erklärt es für konsequent, das zu tun, wenn man die Unterlassung nicht mehr für kausal halten will.

²⁾ Ob umgekehrt auch ohne Schuld keine Rechtswidrigkeit möglich ist, ist eine ganz andere Frage.

³⁾ Vgl. auch Stöob, Schweizer. Zeitschr. f. Stfr. 10, S. 369.

über die Begründung der Straflosigkeit des Arztes für operative Eingriffe. Eine starke Ansicht in der Theorie erklärt den Arzt unter Berufung auf seinen Zweck für straflos, sei es, daß man durch diesen direkt die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen hält,¹⁾ sei es, daß man den Zweck für das Fundament eines Gewohnheitsrechtes erklärt.²⁾ Wenn Zweck und Rechtswidrigkeit so eng zusammenhängen, und der Zweck in der Schulddefinition verwendet wird, so scheint diese dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, den v. Liszt³⁾ gegen Liepmann und Dohna erhebt: Schuld und Rechtswidrigkeit müßten von einander getrennt werden. Aber ein solcher Vorwurf, der seinen Ursprung in der doppelten Annahme hat: Vorsatz und Fahrlässigkeit seien die beiden Schuldarten und seien gleichzeitig rechtlich gleichgültige Begriffe, kann die vorgeschlagene Formulierung nicht erschüttern. Wenn erstens dem Begriff der Schuld

¹⁾ So v. Liszt, Lehrb. S. 140: „Das angemessene Mittel zur Erreichung des vom Gesetzgeber anerkannten Zweckes macht die vorgenommene Handlung zu einer rechtmäßigen, selbst wenn sie scheinbar den Tatbestand eines Gesetzes erfüllt.“ Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 95, Miricka S. 123. — Hamm, D. J. Z. 1907, S. 451, und Löffler, R. v. D., bes. Teil V, S. 247 wollen das Gesetz aus seinem Zweck interpretieren. Es ist nicht zu übersehen, daß es sich um den sogenannten objektiven Zweck handelt, wenn die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Eingriffs ausgeschlossen sein soll, um die generelle Eigenheit des ärztlichen Tuns, einen bestimmten Erfolg, herbeizuführen, nicht um einen Vorgang in dem Innenleben des Täters. Deshalb kann der Ausspruch Kahls, Z. 29, S. 368 hier nicht verwertet werden: Der vom Arzt „gewollte Erfolg und in die Vorstellung seines Handelns eingeführte Zweck ist nicht auf Zerstörung, sondern auf Erhaltung eines Rechtsgutes gerichtet . . . Absicht und Zweck unterscheiden den Arzt vom Verbrecher“. — Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 19 schreibt Lilienthal (Die pflichtmäßige ärztliche Handlung 1899), Rich. Schmidt (Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, S. 24), Oppenheim (Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen 1892) die Verwertung des Zweckbegriffes in dieser Frage zu. Doch sagt v. Calker (Auf Befehl begangene Handlungen, S. 11) schon 1891: „Der erlaubte Zweck gibt ihm (dem Arzt) ein Recht zur Handlung, die, wenn sie um eines nichterlaubten Zweckes willen vorgenommen wäre, stets rechtswidrig bliebe.“ Vgl. auch Roterling in G.A. XXX. — Auf den Heilzweck verweist auch die Begründung des Vorentwurfes I, S. 253/54, deren Ausführungen sich allerdings als eine undurchdringliche Kumulierung widersprechender Argumente darstellen. Gegen die Begründung des Vorentwurfes in dieser Frage auch Mittermaier, Z. 30, S. 630.

²⁾ So Oppenheim, Das ärztl. Recht zu körperlichen Eingriffen, S. 17, v. Angerer, Münch. Med. Wochenschr. 1899, S. 354 f., van Calker, Frauenheilkunde und Strafrecht, S. 13.

³⁾ Lehrb. S. 157, Anm. Übrigens sagt v. Liszt selbst L. 9. Aufl., S. 152 „rechtswidriger Wille“.

die Beziehung auf ein Unwerturteil wesentlich ist, — das wird von v. Liszt anerkannt — und wenn zweitens für die rechtliche Schuld zunächst nur das Recht in Betracht kommt, dann wird man sich schwerlich der Konsequenz entziehen können, bei der Frage nach der Schuld die Rechtswidrigkeit zu beachten. Daß die Lehre von Vorsatz und Fahrlässigkeit von der Rechtswidrigkeit getrennt werden muß, ist eine ganz andere Frage, die bejahend oder verneinend beantwortet werden kann, ohne daß das den Zusammenhang von Schuld und Rechtswidrigkeit berührt. Da rechtliche Schuld etwas vom Rechte Gemißbilligtes ist, so muß sie sicher etwas Rechtswidriges sein; und umgekehrt, was nicht rechtswidrig ist, kann auch nicht vom Recht zum Objekt seines Unwerturteils gemacht werden. Auch die Nominaldefinition des Wortes Schuld, die v. Liszt gibt, spricht dafür, beim Ausschluß der Rechtswidrigkeit einen Schuld ausschließungsgrund anzunehmen,¹⁾ weil eben „die verbrecherische Willensbestimmung“ fehlt. Schuld soll da vorliegen, wo das Recht jemand für etwas verantwortlich macht. Aber weder bei dem in Notwehr Handelnden, noch bei dem Scharfrichter, noch bei dem Soldaten im Felde, noch beim Arzt kann man davon reden; keinem von ihnen wird ein Vorwurf gemacht; es liegt nichts Strafwürdiges vor; jeder von ihnen ist in der Tat unschuldig. Ob man sagen kann, sie hätten den in Frage stehenden Erfolg vorsätzlich oder ob fahrlässig herbeigeführt, das richtet sich danach, welchen Inhalt

¹⁾ So auch v. Calker a. a. O., wo er von einem persönlichen Schuld ausschließungsgrunde spricht. Birkmeyer, Enzykl. S. 1058, ferner H. Meyer, L. 5. Aufl., S. 262, Berner, Lehrb. S. 91. Die Begründung im Text findet sich schon bei Luden, Abh. II, S. 499. — Kohlrusch, S. 64 „der Soldat im Kriege würde es mit Recht als eine Kränkung empfinden, wenn man ihm vorhielte, daß die Tötung des Feindes normalerweise rechtswidrig sei“. v. Bar nennt Ges. und Schuld III, S. 56 die Einwilligung einen Schuld ausschließungsgrund. Mittermaier Z. 30, S. 627: „Für die Notwehr ist der Gedanke, daß die Schuld nicht ausgeschlossen sei, einfach ein Unding“. Besonders lebhaft und mit den Ausführungen des Textes sich eng berührend Frank, Aufbau S. 6f. — Hrehorowicz, der Vorsatz und Fahrlässigkeit als indifferente Begriffe faßt, für die „verbrecherische Willensbestimmung“ aber außerdem noch Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und einen bestimmten Zweck verlangt, nimmt bei Notwehr Vorsatz, aber nicht verbrecherische Willensbestimmung an (Grundbegriffe des Strafrechts, bes. S. 359, Anm. 1). — Deutliche Beispiele dafür, wie sich die Terminologie Schuld ausschließungsgründe ausschließlich auf der Terminologie „Schuldarten“ aufbaut, bei R. Schmidt a. a. O. S. 49 und Miricka, S. 128, Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 122.

man den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit gibt. Aber es ist ein auf eine unsichere Terminologie sich gründender und deshalb abwegiger Scharfsinn, hier einen Strafausschließungsgrund dem Schuld ausschließungsgrund gegenüberzustellen und eine durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigte, mit dem unzweideutigen Sinne des Wortes Schuld in Widerspruch stehende Terminologie zu bilden.

Man wird nach alledem in der Formulierung „den Zwecken des Rechtes nicht entsprechende konkrete Zwecksetzung“ eine einwandfreie Präzisierung der Definition der Schuld als bösem Willen erblicken dürfen. Die Definition ist dem Vorwurf nicht ausgesetzt, den man der Binding'schen Definition der Schuld als eines Ungehorsams entgegengehalten hat.¹⁾ Auf der einen Seite kann nämlich die Bedeutung, die der Staat seinen Zwecken beimißt, eine sehr verschiedene sein, sie kann auch mit Rücksicht auf andere konkurrierende Zwecke gemindert oder aufgehoben werden; auf der anderen Seite sind Abstufungen innerhalb der Schuld möglich und zwar nach der Divergenz von individueller und allgemeiner Zwecksetzung, nach dem Winkel, unter dem sie sich schneiden. „Der negative Wert der einzelnen Zwecksetzung ist um so größer, je stärker die Intensität des Widerspruchs gegen jene (den Maßstab der Beurteilung liefernde Entwicklungs-) Bedingungen ist, welche in der konkreten Zwecksetzung zum Ausdruck gelangen.“ (van Calker, R. v. D. III, S. 185, 186.) — Auch wird die Definition nicht von dem Vorwurf van Calkers getroffen (Ethische Werte, S. 18), daß ein Verzicht auf die Berücksichtigung des objektiven Momentes bei der Bewertung der verbrecherischen Handlung eine Verwirrung über die Bedeutung der einzelnen Interessen für Gesellschaft und Staat zur Folge haben würde. Gerade hier zeigt sich, daß man, ohne die aus dem Wesen der Rechtsordnung sich ergebenden prinzipiellen Konsequenzen aufgeben zu müssen, die Schuld in einem rein psychischen Vorgang, einem actus interior, finden kann. Denn

¹⁾ Merkel, L. S. 15/16, v. Liszt, Z. 6, S. 663, L. S. 67, Liepmann, Einl. S. 12, M. E. Mayer, Schuldhafte Handl., S. 125, Kohlrusch, S. 46. Doch protestiert Binding dagegen, Normen I, S. 365 und sagt, er hätte niemals die Bedeutung der verletzten Rechtsgüter für die Bestrafung als irrelevant betrachtet. Thon, Rechtsnorm, S. 98.

wenn die Zwecksetzung des Täters an den Zwecken des Staates gemessen wird, so kommen die einzelnen Interessen von Gesellschaft und Staat in der Bedeutung, die das Strafgesetz ihnen beimißt, am klarsten und deutlichsten zur Geltung. In dem verschiedenen Werte der verletzten Interessen liegt die Erklärung für die verschiedene Bestrafung bei verschiedenem Erfolg. Der Wert des Schutzobjektes ist demnach, wie van Calker zugegeben werden muß, wenigstens mittelbar von konstitutiver Bedeutung für die Schwere der Schuld, weil die Bedeutung der staatlichen Zwecksetzung und der Wert des Schutzobjektes, soweit er für den Juristen in Betracht kommt, natürlich übereinstimmt: je wertvoller das Schutzobjekt, desto größer bei einer Verletzung die Divergenz zwischen der staatlichen und der individuellen Zwecksetzung, desto größer also die Schuld.

Die vorgeschlagene Definition berücksichtigt ferner das normative Element des Schuldbegriffes. Sodann trägt sie der Tatsache Rechnung, daß die Schuld nach geltendem Rechte ein Moment der Einzeltat ist; sie geht, gerade wie das positive Recht, wenigstens davon aus, läßt aber dennoch die Auffassung zu, daß letzten Endes doch der Charakter es ist, der belastet; denn für den Deterministen muß jede Zwecksetzung dem Charakter entspringen, und eine Haftbarmachung für eine bestimmt geartete Zwecksetzung trifft stets den Charakter. Dieser Auffassung von der Schuld entspricht oder widerspricht die vorgeschlagene Schulddefinition genau in derselben Weise, wie das positive Strafrecht überhaupt dem Determinismus oder Indeterminismus. — Sie hebt außerdem hervor, daß alle Schuld Willensschuld sein muß; sie ist endlich, unabhängig von der Terminologie „Schuldarten“, aus der Nominaldefinition des Wortes Schuld deduziert, ohne in deren unbrauchbarer Richtigkeit stecken zu bleiben. Man wird sie daher sowohl als eine schärfere und bestimmtere Formulierung des Ausdrucks „böser Wille“, wie auch als Schulddefinition überhaupt annehmen können.

§ 5.

Das Bewußtsein einer rechtlichen oder sittlichen Unerlaubtheit.

Einem Problem, das zu den wichtigsten der Schuldlehre gehört, ist bisher gefissentlich ausgewichen: der Frage, welche

Bedeutung das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, Normwidrigkeit, Staatswidrigkeit, Rechtswidrigkeit, kurz irgend einer rechtlichen oder sittlichen Unerlaubtheit des Tuns für die Schuld des Täters hat. An dieser Frage darf deshalb nicht vorbeigegangen werden, weil es sich für diese Arbeit um das Verhältnis des Begriffes Schuld zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit handelt, und weil deshalb für den Fall, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldarten sind, ihr Inhalt entschieden ist. Das sehr beliebte Argument dagegen: das Bewußtsein der Unerlaubtheit gehört deshalb zum Vorsatz, weil sich aus dem Begriffe der Schuld ergibt, daß der Schuldige ein solches Bewußtsein hatte oder wenigstens haben konnte — setzt den Charakter des Vorsatzes als einer Schuldart als bewiesen voraus.

Mit Rücksicht darauf, daß das eigentliche Thema die Betrachtung des gegenseitigen Verhältnisses der Begriffe Schuld, Vorsatz und Fahrlässigkeit ist, daß also eine Klarheit über den Begriff der Schuld zwar notwendige Voraussetzung, aber eben nur Voraussetzung ist, kann das erwähnte Problem nur in den durch das eigentliche Thema der Arbeit und das Erfordnis eines sachlichen Zusammenhanges gegebenen Grenzen behandelt werden, umsomehr, als vorläufig nicht die Bedeutung dieses Bewußtsein für den Vorsatzbegriff und als die *differentia specifica* der Schuldart Vorsatz in Frage steht, sondern nach dem Begriff der Schuld überhaupt gesucht wird. Eine Polemik soll nur gegen einige neue und besonders wichtige Argumente, die sich auf die Schuld überhaupt beziehen, versucht werden, damit die Untersuchung sich nicht in einer präjudiziellen Frage verliert, und damit schon oft wiederholte Gründe und Gegengründe nicht abermals wiederholt werden,¹⁾ — eine Methode, zu deren weiteren Entschuldigung auf die dogmengeschichtlichen Ausführungen von A. Westerkamp und auf die Darstellung Hippels R. v. D. Allg. T. III, S. 547 f. hingewiesen werden darf. —

Aus der Nominaldefinition des Wortes Schuld: das, wofür einem der Vorwurf gemacht, ergibt sich zunächst noch keine Antwort. Es wurde schon hervorgehoben, daß nach dieser Definition Schuld

¹⁾ B r u c k , Fahrlässigkeit, S. 7, Anm. 1 meint in dieser Frage schon 1880: „Neues wird sich schwerlich noch sagen lassen. Der Gesetzgeber hat nunmehr die Pflicht, sich für eine Ansicht zu entscheiden und dieselbe zu legalisieren.“

auch bei der sogenannten Erfolgshaftung vorliegt, wo man jedenfalls das Bewußtsein einer sittlichen oder rechtlichen Wertung des Tuns nicht verlangt. Es steht jedem und auch dem Staate vollkommen frei, zu erklären, was er für verwerflich hält. Aus dem bisher gewonnenen weiteren Resultat: Schuld ist die den Zwecken des Staates nicht entsprechende Zwecksetzung, ergibt sich ebenfalls noch kein zwingender Grund, in der subjektiven Stellungnahme des Täters zur Norm das die Schuld konstituierende Moment zu sehen. Vielmehr kann es sich sehr wohl um eine objektive Vergleichung der beiden Zwecke handeln, die, wenn sie zu Ungunsten des Individuums ausfällt, einen Vorwurf gegen dieses hinreichend rechtfertigt, ohne daß sich der verantwortlichmachende Staat deshalb den Vorwurf der Unvernunft oder Willkür zuziehen müßte. Nimmt doch jeder Mensch beständig eine solche Bewertung vor, und es sei hier an den gerade von Dohna (G.S. 65, S. 318, Aschaffenburgs Monatschr. III, S. 510 f.) herangezogenen Vergleich mit der ästhetischen Beurteilung eines Kunstwerks erinnert, die gänzlich unabhängig davon ist, ob der produzierende Künstler den ästhetischen Normen, an denen sein Werk gemessen wird, bewußt oder unbewußt gefolgt ist.¹⁾ Deshalb darf man zum Beweise der Erforderlichkeit einer subjektiven Stellungnahme des Täters nicht leichthin auf den „bösen Willen“ oder auf den Begriff der Schuld verweisen, und daraus, daß das Strafrecht eine Schuld kennt, ableiten, dieser Begriff des Strafrechts müsse alle diejenigen Elemente aufweisen, die man aus irgendwelchen Gründen seinem von vornherein feststehenden Begriff der Schuld zuschreibt.

Um eine Antwort auf unsere Frage zu finden, wird demnach nichts anderes übrig bleiben, als nachzusehen, ob das positive Recht seine Verantwortlichmachung von einem bestimmten Bewußtsein der rechtlichen oder sittlichen Qualifikation der Handlung abhängig macht, oder ob sich andere juristische Gründe dafür finden lassen.

Was die einzelnen Gesetzesbestimmungen angeht, so sind die §§ 43, 56, 57 und 59 — in der letzten Zeit allerdings auffallend

¹⁾ Auch Kohlrausch, S. 28 weist darauf hin, und wenn Finger, Lehrb. I, S. 231, ihn zu widerlegen sucht mit der Bemerkung, es liege eine Verwechslung von Geschehen und Handeln vor, so dürfte das nicht überzeugend sein, weil man ebensogut von der strafrechtlichen Verantwortung sagen kann, sie beurteile eigentlich nur das sozial schädliche Geschehen, nicht das Handeln.

weniger — herbeigezogen und mit einem bemerkenswerten Aufgebot von Scharfsinn interpretiert worden, und zwar sowohl um die Notwendigkeit des fraglichen Erfordernisses, wie auch um das Gegenteil zu beweisen.¹⁾ Der Streit um die Auslegung des § 59 bezieht sich auf den Inhalt des Vorsatzes, gehört also nicht hierher, wie denn überhaupt daran erinnert werden darf, daß es sich ausschließlich darum handelt: gehört die Bezugnahme auf das Bewußtsein der Unerlaubtheit in die Schulddefinition; deshalb ist immer mit zu berücksichtigen, daß auch bei Fahrlässigkeit gestraft wird, und eine Reihe von Argumenten, die sich auf den Vorsatzinhalt beziehen, scheiden aus. Was also die Frage nach der Bedeutung des Bewußtseins der Unerlaubtheit für die Schuld angeht, so wird man sagen dürfen, daß aus den erwähnten Paragraphen keine Antwort zu entnehmen ist.

Nun könnte es den Anschein haben, als wäre mit solchen Resultaten der bisher eingeschlagene Weg, aus dem positiven Straf-

¹⁾ Man wird mit den Verteidigern der letzten Ansicht annehmen müssen, daß den Verfasser des Reichsstrafgesetzbuches der Satz: *error juris nocet* als etwas Selbstverständliches vorgeschwebt habe. Denn wenn auch der § 44 des Pr. St.G.B. von 1851 das nicht direkt ausspricht, so wurde diese Bestimmung doch in der Theorie und Praxis allgemein so aufgenommen. Vgl. Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals, Bd. I S. 19, Bd. V S. 156, Heinemann, S. 122 f., Simon, G.S. S. 32, S. 420—424. Vgl. auch Rosenbergs, Z. 23, S. 224 f. Aus dem vorliegenden Wortlaut des geltenden Strafrechts ergibt sich jedoch nichts. Der § 43, den Orloff, G.S. 34, S. 427 heranzieht, kann deshalb nicht verwertet werden, weil er die Ausdrücke Verbrechen und Vergehen nur als Gegensatz zu Übertretungen gebraucht und damit weiter nichts sagen will, als daß der Versuch von Übertretungen nicht gestraft wird. Lucas, Subjektive Versch., S. 72/73 bringt noch ein Argument vor: Ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Verbrechen gehöre, solle ja gerade bewiesen werden, es sei also eine *petitio principii*, das aus dem Gebrauch des Wortes an dieser Stelle zu folgern. Ernstlich in Frage könnte kommen der § 56, den Orloff, G.S. 34, S. 401 f., Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, S. 57 f., zu verwerthen sucht. Jedoch hat der Ausdruck: die zur Strafbarkeit erforderliche Einsicht nur Bedeutung für die Zurechnungsfähigkeit, also eine Schuldvoraussetzung, nicht die Schuld selbst; es ist ja nur von der erforderlichen Sorgfalt die Rede. Vgl. Lukas, S. 72, Bruck, Fahrlässigkeit, S. 28, Hälschner, D. Str. I, S. 221, Binding, N. II, S. 466, 467 (der hier die, allerdings inkorrekte, Definition der Zurechnungsfähigkeit finden will), v. Liszt, Deliktobligationen, S. 52 (zu § 828 B.G.B.). Auch folgt aus dem § 56 nicht, daß diese Einsicht selbst zur Schuld gehöre (Olshausen, zu § 56 Nr. 4). Man kann niemand aus seiner Einsicht in die Strafbarkeit einen Vorwurf machen; diese kann höchstens Schuld voraussetzung sein.

recht den Schuldbegriff zu entnehmen, und das Ziel, eine Schulddefinition des geltenden Rechtes zu finden, als unmöglich erwiesen. Aber es sollte nicht aus einzelnen Paragraphen und gelegentlichen Ausdrücken des Gesetzes die Schulddefinition genommen werden — sonst wäre ja auch eine Auseinandersetzung mit den das Wort „unverschuldet“ gebrauchenden §§ 54 und 213 nötig gewesen; sondern es sollte versucht werden, aus den Voraussetzungen, an die der Gesetzgeber prinzipiell seine Strafe knüpft, eine rein formale Bestimmung dessen zu finden, wofür der strafende Staat heute seinen Vorwurf macht. Die Tatsache also, daß zwei oder drei Paragraphen, von denen man das erwarten möchte, eine grundsätzliche Ansicht nicht aussprechen, darf nicht entmutigen; sie kann ja auch der Auffassung entsprungen sein, der Gesetzgeber habe es der Wissenschaft zu überlassen,¹⁾ Definitionen aufzustellen. Auf jeden Fall aber ist der Gesetzgeber gezwungen, dadurch, daß er nur bestimmte Wesen unter bestimmten Voraussetzungen straft, auszusprechen, wem im Grunde genommen die in der Strafe liegende Mißbilligung gilt. Auf keinen Fall wird es demnach nötig sein, das Strafrecht, ohne das Strafgesetzbuch zu beachten, in dieser Frage mit Tittmann, I, § 2 für eine „rein philosophische Wissenschaft“ zu erklären. Man mag daher noch so sehr mit Makarewicz, Philosophie, S. 406, der Ansicht sein, daß die Nichtberücksichtigung der subjektiven Stellungnahme des Täters zur Norm einem fortschrittlichen Strafrecht nicht entspreche, man mag mit Dohna, G.S. 65, S. 321 annehmen, es sei eine Rückkehr in die alte Barbarei der Erfolgshaftung, wenn man das Erfordernis des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit nicht anerkenne, man kann dem Satz Allfelds, Rechtsirrtum, S. 21, zustimmen, daß es der Gerechtigkeit im Sinne der Anschauungen der Rechtsgenossen widerstreite, Strafen ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des Bewußtseins der Rechtswidrig-

¹⁾ Die sehr entgegengesetzten Meinungen darüber gruppieren sich folgendermaßen: gegen eine Legaldefinition sind: Mittermaier, Arch. 1835, S. 427, § 54 Anm. III des Feuerbachschen Lehrbuches (14. Aufl.), Hälschner, D. I. 303 (aber nur „solange kein Bedürfnis obwaltet“), Bün ger, Z. 6 S. 350, Lucas, S. 3 f. Dafür sind: Bekker, Theorie, S. 331, Binding, N. II, S. 458, Bruck 106—109, Löffler, Schuldformen, S. 252, Miricka, S. 95, Allfeld, Rechtsirrtum, S. 40, Hippel, III, 464 Anm. 2 und die Begründung des Vorentwurfs I, S. 199. Eine Übersicht über die darauf bezügliche Literatur bis zum R.Str.G.B. bei Hemmen, Dolus, S. 81—83.

keit zu verhängen — alles das sind Erwägungen außerhalb des Themas; sie dürfen nicht von einer unbefangenen Erforschung des positiven Rechtes abhalten. *Dura lex, sed lex*. Auf der andern Seite aber kann natürlich ebensowenig die Furcht vor einer übergroßen Milde oder einem Verfall der Rechtsordnung, sobald jeder sich mit seiner Gesetzesunkenntnis entschuldigen könnte,¹⁾ ein Argument bilden.

Nachdem der Wortlaut des Strafgesetzbuches die Antwort schuldig geblieben ist, wird nichts anderes übrig bleiben, als Oetker, *Rechtssirrtum*, S. 5 zuzugeben: „eine allseitig befriedigende Lösung der Frage ist nur dann zu erwarten, wenn man ihre Stellung im Rechtssysteme, ihren Zusammenhang mit den obersten Prinzipien des Strafrechts, dem Rechtsgrund der Strafe, dem schuldhaften Willen, mit der Natur der Strafrechtssätze, der Handlungsfähigkeit, dem Tatbestande der Verbrechen zu begreifen sucht.“ Es seien daher einige wichtige Argumente, die aus allgemeinen juristischen Gesichtspunkten gewonnen sind, erörtert.

Zunächst sind hier die Ausführungen Klees (Zur Lehre vom Vorsatz) zu erwähnen, welche die ganze Frage abstellen auf das Verhältnis des Staates zum Individuum und sowohl für die Schuld überhaupt, wie speziell für den Vorsatz zu dem Resultate gelangen, „daß die kanonische Auffassung des Verbrechens als einer Sünde, eine Auffassung, die das Bewußtsein von der kriminellen oder moralischen Qualifikation der Handlung in den Begriff des Vorsatzes hereingetragen, dem eigentlichen Wesen des Strafrechts fern liegt, welches die Selbstbehauptung des sozialen Organismus ist“. Es scheint, als wollte Klee aus dem Schuldbegriff auch die Beziehung auf ein Unwerturteil ausscheiden, weil er energisch erklärt, für ihn habe das Wort Schuld keinerlei sittlichen Beigeschmack (S. 78). Doch will er damit nur sagen, daß sein Schuldbegriff von der Stellungnahme des individuellen Willens zur Norm und von jedem Schuldbewußtsein unabhängig sei. Wohl aber muß er nach dem ganzen Charakter seiner Ausführungen über die erhabene Stellung des Staates gegenüber dem Individuum in dem Schuldurteil ein mit besonderem Pathos ausgesprochenes Werturteil erblicken. Wenn Klees Ausführungen etwas beweisen, so ist vor allem das eine,

¹⁾ Heinemann, *Bindingsche Schuldlehre*, S. 56, Lucas, *Subjektive Versch.* S. 80, G.S. 36, S. 422, v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, 373 f., G.S. 74, S. 283. Auch Stooß, *Schweizer. Z. f. Strfr.* 12, S. 1 f.

daß aus der Stellung des Staates gegenüber dem Individuum eine Berücksichtigung des Bewußtseins der rechtlichen oder sittlichen Unerlaubtheit der Handlung nicht notwendig folgt. Die anderen Gesichtspunkte, aus denen sich eine solche Berücksichtigung ergeben könnte, sind damit noch nicht ausgeschlossen. Klees Auseinandersetzungen sind auch deshalb hier zu erwähnen, weil zuweilen, (z. B. von Gretener, Neue Horizonte, S. 12) gerade aus dem Pathos des Unwerturteiles geschlossen wird, daß ohne Kenntnis des Täters von der Strafwürdigkeit seiner Handlung dieses Pathos roh oder lächerlich erschiene. Ein solches, einem subjektiven Eindruck entnommene Argument kann sich also nicht einmal auf die Allgemeingültigkeit der ihm zu Grunde liegenden Stimmung berufen.¹⁾

Eine Reihe von namhaften Autoren versucht aus der Tatsache des Zusammenhanges zwischen Strafschuld und der Schuld im Sinne der ethischen Wertanschauungen der Zeit und des Volkes die Beachtlichkeit der subjektiven Stellungnahme des Täters zur übertretenen Norm abzuleiten. Dieser Methode muß sofort entgegengehalten werden, daß sie einen fertigen, aus der (Sozial-)Ethik entnommenen Schuldbegriff von außen her an das Strafrecht heranträgt, daß sie also auf die Frage: was ist Schuld im Sinne des Strafrechts? eigentlich keine Antwort geben kann. Es ist eine *petitio principii*, zu sagen: das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit gehört deshalb zum Schuldbegriff, weil ohne das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit eine Schuld überhaupt nicht möglich ist. Daß es eine Reihe von Delikten gibt, bei denen sich die moralischen Anschauungen der Rechtsgenossen besonders auffallend mit dem Strafrecht einverstanden erklären, ein solcher Nachweis genügt keineswegs, um von der absoluten Übereinstimmung der beiden Schuldbegriffe zu überzeugen. Liepmann, Einl. S. 136, hat auf den Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Polizeiuunrecht gerade in dieser Frage aufmerksam gemacht, — wie auch schon Windelband, Über Willensfreiheit, S. 216.²⁾ Die Wichtigkeit dieses Unterschiedes, der übrigens mit dem Unterschied zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht, soweit die Schuld in Frage steht, vielleicht im

¹⁾ Auch Frank, Kommentar 5.—7. Aufl., S. 131 sagt, daraus, daß die Schuld Vorwerfbarkeit sei, folge noch nicht, daß man aus seinem Verhalten nur demjenigen einen Vorwurf machen könne, der dessen Rechtswidrigkeit gekannt habe.

²⁾ Vgl. auch Stob, Z. 24, S. 320 Anm.

wesentlichen kongruent, aber nicht notwendig identisch ist, wird in künftigen Strafgesetzbüchern nicht unbeachtet bleiben dürfen. Das vorliegende positive Recht aber kümmert sich nicht darum, und es wird daher nötig sein, der „eigenen Spur vergessen“, dessen Regeln aufzusuchen.¹⁾

Kohlrausch hat S. 28 darauf hingewiesen, daß es ganz allgemein, also auch für die Schuld im Sinne der ethischen Anschauungen des Volkes zunächst nur eine Behauptung ist, wenn Merkel und M. E. Mayer erklären: ohne Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit keine Pflichtwidrigkeit. Pflichtwidrig und bewußt pflichtwidrig ist keineswegs notwendig dasselbe.

Kohlrausch unternimmt daher eine ganz neue Beweisführung, die das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit als für den Schuldbegriff (nicht etwa bloß für den Vorsatz) notwendig erweisen soll, und die schon ihrer Originalität wegen geeignet ist, Bedenken zu erregen gegen die plausible Argumentation: solange nicht die Notwendigkeit eines solchen Bewußtseins bewiesen ist, gehört es nicht in die Begriffsbestimmung, ist es nicht begriffsnotwendig. Kohlrausch geht folgendermaßen vor (S. 32): Wenn man fragt, warum ging das Strafrecht von der Erfolgshaftung zur Schulhaftung über, oder genauer: welches können die Gründe dafür sein? so sind nur zwei Antworten möglich: weil der Täter gewußt hat, was er tat und deshalb sozialgefährlich ist, — oder aber, weil er nur beim Vorliegen des fraglichen Bewußtseins wissen konnte, daß er nicht so handeln durfte. Da aber das geltende Strafrecht nur die Einzeltat bewertet, so ist die letzte Antwort die richtige, und damit das Erfordernis der Pflichtvorstellung erwiesen und die Schuld abhängig von dem Vorhandensein und der Intensität der Pflichtvorstellung.

Über die Trennung von Schuld und sozialer Gefährlichkeit, wie sie Kohlrausch vornimmt, ist schon gesprochen worden.

Gegen die eben erwähnte Argumentation wird von Goldschmidt, G.A. 51, S. 340 ff. und von Beling, Verbrechen, S. 192 geltend gemacht, daß nicht die Pflichtvorstellung, sondern der Mangel des Pflichtgefühls Grundlage der Schuld ist. Von der

¹⁾ Lucas, Subjekt. Versch. S. 121, meint, daß das gesamte Strafrecht generisch gleich ist und Unterschiede nur durch die Erheblichkeit der Rechtsverletzung oder Bedrohung begründet werden können. Er nennt die Frage nach der Trennung von Kriminal- und Polizeirecht für das geltende Recht wenigstens eine Doktorfrage. Es kann aber trotzdem nicht darauf eingegangen werden.

Intensität der Pflichtvorstellung zu reden, ist ja schon unmöglich, es kann sich höchstens um die Intensität des Gefühlswertes einer Vorstellung handeln. Ferner weist *Beling* darauf hin, daß *K.* an moralische Pflichtvorstellungen denkt, wenn er *Nero* und *Cesare Borgia* für schuldlos erklärt, während es hier nur auf juristische Pflichtvorstellungen ankomme. Doch wird das *K.* deshalb nicht treffen, weil er offenbar davon ausgeht, daß der ethische und der rechtliche Schuldbegriff von gleicher Struktur sind, demnach die Pflichtvorstellung immer die gleiche formale Bedeutung für die Konstituierung der Schuld haben muß, mag es sich nun um moralische oder juristische Pflichtvorstellungen handeln.

Aber noch aus einem anderen Grunde als den eben erwähnten dürfte der schwierige Nachweis auch *Kohlrausch* nicht gelungen sein. Die ganze Methode seiner Beweisführung kann eingestandenermaßen schwerlich zu zwingenden Gründen gelangen. Zudem aber birgt die Fragestellung: warum ging man von der Erfolgshaftung zur Schuldhafung über? eine Reihe von unbewiesenen Behauptungen in sich. S. 31 wird gesagt: nach wie vor enthält die Pönalisierung einer Tat ein Werturteil; geändert hat sich aber das Objekt der Beurteilung; nicht an den Erfolg, sondern an das Verhalten des Täters wird jetzt der Maßstab herangetragen. So selbstverständlich das scheint, so wenig selbstverständlich ist es. Es wird nämlich stillschweigend vorausgesetzt, daß man in den Fällen der Erfolgshaftung für den Erfolg als solchen, nicht für einen Willen strafen wollte. Freilich liegt, wie schon eingangs erwähnt, nach der großen Mehrzahl der Autoren dem Gegensatz zwischen Schuld und Erfolgshaftung ein fundamentaler Unterschied im Objekt des Unwerturteiles zu Grunde, und namentlich die historischen Darstellungen der Entwicklung des Strafrechts in den Lehrbüchern gehen von diesem Gedanken aus. Es ist aber keineswegs absurd, anzunehmen, auch in den krassesten Fällen der Erfolgshaftung sei ein böser Wille, auf den der Erfolg zurückgeführt wurde, das gewesen, was von der Strafe getroffen werden sollte. Nach dieser Auffassung läge die Eigentümlichkeit der Periode der Erfolgshaftung darin, daß der böse Wille präsumiert (nicht fingiert) wurde, sobald der Erfolg gegeben war, was tatsächlich ja heute auch noch häufig genug vorkommt. Ist dem aber so, dann war nicht der Erfolg, sondern der böse Wille das Objekt des Unwerturteils, und dieses

hat sich nicht geändert. Manches, das sich dem modernen Menschen als ungeheuerlich darstellt, findet seine Erklärung in dem Animismus der Naturvölker (Bierling, III. S. 246 f.); die Verantwortlichmachung von unbeteiligten Gliedern einer Sippe — von Löffler, Schuldformen S. 33, 35 als besonders schwerer Fall von Erfolgshaftung hingestellt — wird verständlich, wenn man erwägt, wie sehr die Gruppe damals objektiv und subjektiv (dem Verletzten) als ein einheitliches Individuum erscheinen mußte. (Vgl. Kohler, Enzykl. I, S. 57, Simmel, Soziale Differenzierung, 2. Abh.). Ferner soll hier ein Ausspruch Wildas (Germ. Strafr., S. 146) erwähnt werden, nach dem auch im ältesten germanischen Strafrecht der widerrechtliche Wille den Begriff des Verbrechens bestimmte. Es soll ferner daran erinnert werden, daß ein Rechtshistoriker wie Brunner (Deutsche Rechtsgeschichte, II. S. 545, ähnlich: absichtslose Missetat, S. 815 f.) von Fällen der Verantwortlichmachung, die nach Kohlrausch als Erfolgshaftung zu bezeichnen wären, folgendes sagt: „Zwischen beiden Gruppen von Ausnahmefällen (der besondern Berücksichtigung der bösen Absicht und des Ungefährwerkes) lagerte die breite Masse der Übeltaten, bei welchen aus dem schädigenden Tatbestande ohne weiteres auf das Dasein des verbrecherischen Willens geschlossen wurde.“ Wenn das der Fall ist, das Objekt des Unwerturteiles also auch hier nicht der Erfolg, sondern der Wille des Täters ist, dann bedeutet der Ausdruck Erfolgshaftung keinen Gegensatz zur Schuldhaftung; und zwar auch dann nicht, wenn man Schuld nicht im Sinne der Nominaldefinition auffaßt, sondern darunter immer Willenschuld versteht. Die Erfolgshaftung dürfte dann eigentlich der Schuldhaftung nicht entgegengesetzt werden, sondern das Wort Erfolgshaftung wäre eine sehr treffende, aber mißverständliche Bezeichnung für eine besondere Methode des Schuldbeweises. Die Fragestellung von Kohlrausch, auf der sich seine ganze Deduktion aufbaut: warum änderte sich das Objekt des Unwerturteils? wäre danach unbrauchbar; denn es steht noch gar nicht fest, ob sich das Objekt des Werturteiles überhaupt geändert hat. Ganz abgesehen davon, daß man nach Makarewicz (Philos. S. 33) immer nur nach dem Wie, nicht nach dem Warum fragen soll, wäre folgende Fragestellung vielleicht richtiger: Warum glaubte man in der bloßen Verursachung eines schädlichen Erfolges nicht mehr ein unwider-

legliches Sympton für das zu erkennen, was man mit der Strafe eigentlich treffen wollte? Warum änderte man die Methode des Beweises? und als Antwort könnte sich nur ergeben: weil die psychologische Betrachtung des menschlichen Tuns eine andere wurde, weil sich der Kalkül verfeinerte. Man könnte nun weiter nach den Gründen dieser Verfeinerung forschen, das würde aber eine kulturhistorische, keine juridische Untersuchung mehr sein.¹⁾

Ein weiteres Argument für die Notwendigkeit des Bewußtseins einer Unerlaubtheit, das namentlich von Basedow (Die strafrechtliche Verschuldung) lebhaft verteidigt, daß aber auch z. B. von Dohna, G.S. 65, S. 324 f. benutzt wird, muß als ein verhältnismäßig neues hier erwähnt werden, da es den Schuldbegriff betrifft, nicht etwa bloß ein solches Bewußtsein für den Vorsatz beweisen will. Basedow will die Entscheidung über die Schuldfrage abhängig machen von dem Schuldbewußtsein, einem Verantwortlichkeits- und Reuegefühl des Täters. Schwerlich aber wird jemand für das geltende Recht behaupten wollen, es müsse heute, da im allgemeinen gerade die verstocktesten Verbrecher am härtesten gestraft werden, jeder freigesprochen und für nichtschuldig erklärt werden, der glaubhaft macht, er fühle sich nicht schuldig. B. verlangt denn selbst auch keineswegs Schuldbewußtsein des Täters, sondern nur das Bewußtsein der Normwidrigkeit, weil dieses regelmäßig das Schuldbewußtsein begründe. Damit sinkt die ganze Argumentation in sich zusammen. Zunächst bedurfte es des Beweises, warum das Schuldbewußtsein überhaupt zur Schuld nötig ist. Ferner: wenn bei einem Täter trotz des Bewußtseins der Normwidrigkeit das Schuldbewußtsein sich nicht einstellt, und er dennoch wegen dieses Bewußtseins der Normwidrigkeit für schuldig erklärt wird, dann war es überflüssig, das Schuldbewußtsein herbeizuziehen. Zudem: wenn bei einem zurechnungsfähigen Menschen dieses Schuldbewußtsein trotz des Bewußtseins der Normwidrigkeit nicht eintritt, obwohl es normalerweise eintreten müßte, dann ist ein solcher Mensch eben nicht mehr zurechnungsfähig, und eine Bestrafung wäre nach

¹⁾ Dem Argument, das Kohlrusch, S. 92 f., aus der teleologischen Natur des Begriffes Erfolg — deren Nachweis gegenüber der herrschenden Erfolgsdefinition sein Verdienst ist — entnimmt, mißt K. selbst keine zwingende Bedeutung bei. Auch würde es die Schuld bei unbewußter Fahrlässigkeit, von der K. niemals spricht, kaum zu begründen vermögen.

geltendem Rechte ausgeschlossen. Aber gerade **Kohlrausch** hat **Basedow** gegenüber auf die sehr zahlreichen Ausnahmen hingewiesen und auf den hartgesottenen Sünder, „der sich zwar der antisozialen Bedeutung der Normwidrigkeit, ja der Strafbarkeit seines Tuns bewußt ist, bei dem aber jenes ‚eigentümlich erregende Gefühlsmoment‘ jenes ‚Schuldbewußtsein‘ nicht mehr mit dem bewußt normwidrigen Handeln verbunden ist“. (S. 29.) Interessant ist ferner die von bedeutenden Psychiatern (z. B. von **Schäfer**¹⁾) gemachte Beobachtung, daß gerade Geisteskranke ein sehr stark entwickeltes Schuldbewußtsein haben können. Und endlich: in welchem Momente sollte auch das Schuldbewußtsein des Täters erforderlich sein? Im Augenblick der Begehung der Tat kann es unmöglich verlangt werden, denn dann wären wohl die meisten Affektverbrechen und erst recht alle unbewußt fahrlässigen Delikte eo ipso straflos. Es aber nachträglich noch zu beachten, zu sagen, der Täter muß sich bewußt sein, böse gehandelt zu haben, (**Dohna**, G.S. 65, S. 320) das hieße, das Recht des Staates, zu strafen, abhängig machen von einem nachträglichen, mehr oder weniger zufälligen Akt des Täters, sodaß der Verbrecher sehr töricht handelte, wenn er Schuldbewußtsein äußerte. Man wird vielleicht moralisch nur unter dieser Voraussetzung von Schuld reden können; aber daß der Zweck des Gefängnisgeistlichen der ist, durch Erweckung des Reuegefühls beim Gefangenen dem Staate das Recht zur Bestrafung zu verschaffen, daran hat wohl noch kein Jurist im Ernst gedacht. Dem Schuldbewußtsein Strafschuld konstituierende Bedeutung beilegen, das heißt, wie **Klee** S. 79 treffend sagt, eine mehr oder weniger zufällige Begleiterscheinung zur Voraussetzung der Schuld machen, ein naturale zum essentielle.

Es bleibt nur noch das einzige positive Argument, das auf jeden Fall eine Antwort geben muß, und tatsächlich eine befriedigende gibt: die Natur der für die Schuldfrage in Betracht kommenden Normen. Ihr imperativischer Charakter wurde schon hervorgehoben, aus ihm scheint mit absoluter Sicherheit der von **Hold von Ferneck** (Rechtswidrigkeit, S. 281/282) ausgesprochene Satz zu folgen: „eine Handlung als pflichtwidrig präzisieren heißt, sie mit der Psyche des von der Norm betroffenen in Verbindung bringen:

¹⁾ Allgemeine gerichtliche Psychiatrie 1910.

der tatsächliche Vorgang, der zu Grunde liegt, wenn man von Pflichtwidrigkeit spricht, besteht darin, daß die individuellen Motive des Verpflichteten im Kampf mit dem vom Rechte gegebenen oder entliehenen Motive die Oberhand behalten haben.“ Es ist aber offensichtlich, daß diese Folgerung für die Schuld bei Fahrlässigkeit nicht beibehalten werden kann. Hier kann von einem Kampf der individuellen mit dem vom Rechte gesetzten Motive nicht die Rede sein. Demnach wird man das Bewußtsein der rechtlichen Unerlaubtheit nicht in den Begriff der Schuld aufnehmen können; Schuld ist nicht bewußt pflichtwidrige Handlung; Schuld ist nicht Auflehnung gegen das Gesetz; es ist nicht genau, wenn Hälschner (Pr. Strafr. S. 216) und ähnlich Bekker (Theorie, S. 240) sagen: das Verbrechen erhält seine Existenz durch den sich auflehrenden Willen. Wer fahrlässig einen Menschen tötet, bei dem kann von einem sich gegen den Befehl des Staates auflehrenden Willen nicht gesprochen werden, ebensowenig wie von einem Kampf mit dem vom Recht gegebenen Motiven oder von Mißachtung des Rechts (Janka, Grundl. S. 51). Der fahrlässig Handelnde wird auch gestraft, wenn feststeht, daß er bei Kenntnis der Folgen seines Tuns die Handlung unterlassen hätte — was wohl in den meisten Fällen fahrlässigen Handelns der Fall sein wird. Sagt man aber, das Spezifische der Schuld des fahrlässig Handelnden liege eben darin, daß er sich des Befehles nicht bewußt geworden sei, obwohl dieser bekannt und wirksam hätte sein müssen, die Schuld liege in der Unkenntnis trotz der Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit, — so muß man zugeben, daß die Schuld bei dieser Unkenntnis eine wesentlich andere ist als da, wo trotz der Kenntnis des Befehles gehandelt wird. Man täuscht sich selbst, wenn man sagt: nur bei Kenntnis des Befehles kann der Befehl verletzt werden: bei fahrlässigem Handeln besteht die Verletzung eben darin, daß der Befehl nicht gekannt war. So sagt z. B. Finger, Lehrb. S. 261: „da der strafrechtliche Vorsatz nur eine Art strafrechtlicher Schuld ist, so ist für diesen Vorsatz, wie für Schuld allgemein, das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit Voraussetzung“. S. 266/67 aber erklärt er die Fahrlässigkeit als die „pflichtwidrige Unaufmerksamkeit oder Gleichgültigkeit“. Von einer solchen müßte er konsequent nur dann reden, wenn auch hier das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit gegeben ist, denn die Fahrlässigkeit ist für ihn ja geradesogut

wie der Vorsatz eine Art der strafrechtlichen Schuld. — Allfeld, Rechtsirrtum, S. 30 sagt: „die Schuld bei der Fahrlässigkeit liegt in dem Unterlassen der pflichtgemäßen Umschau nach den Folgen der Handlung“. Soll die Schuld hier die gleiche formale Struktur haben wie beim Vorsatz, so hätte es auch hier zu einem Kampf der Motive kommen müssen. Die beliebte Hilfskonstruktion eines Befehles zur Aufmerksamkeit, einer obligatio ad diligentiam,¹⁾ läßt im Stich, und zwar aus dem Grunde, weil auch dieser Befehl bewußt übertreten sein müßte, der Täter sich also bewußt in Unaufmerksamkeit versetzt haben müßte. Bei unbewußter Fahrlässigkeit wird man selten davon sprechen können; aber es darf nicht übersehen werden, daß eine Reihe von Gelehrten anerkannt haben, daß eine solche Konsequenz aus ihrem Schuldbegriff nötig ist. Deshalb nimmt bekanntlich Feuerbach²⁾ culpa nur dann an, wenn der Täter das Bewußtsein der „Verbindlichkeit zu gehörigem Fleiß“ hatte.

Wer Bindings unbewußt rechtswidrigem Willen gegenüber geltend macht, ein unbewußt rechtswidriger Wille könne kein rechtswidriger sein, der muß notgedrungen die Fahrlässigkeit aus dem Strafrecht weisen, oder sie mit Feuerbach in der bewußten Übertretung der obligatio ad diligentiam finden, oder aber sie ist für ihn keine Willensschuld mehr. Damit ist die Ansicht, welche ohne Bewußtsein der Unerlaubtheit keine Schuld kennt, als dem Schuldbegriff des geltenden Rechts nicht entsprechend erwiesen. Sehr deutlich wird das an der Besprechung des zweiten Bandes der Normen durch Geyer, Krit. Vierteljahresschr. 29, S. 402.

¹⁾ Davon sprechen außer den im Text erwähnten zuerst (für das Civilrecht) Hasse, Die culpa des römischen Rechts, 2. Ausg. 1838, S. 12 f. Von neueren: Buri, G.S. 29, Beil. S. 153/54, Bekker, S. 329, Hälschner, Pr. Stfr. 149, 157, D. I. 131, Lucas, Subjektive Versch., S. 108. (Man hat die Pflicht, „nur das mit der Rechtsordnung in Einklang Stehende und das auch in seinen Folgen nicht gegen dieselbe Verstoßende zu wollen.“) Höpfner, Z. 23, S. 650 konstruiert ein „Verbot zu handeln, ohne vorher wie ein bonus pater familias überlegt zu haben, ob das Handeln einen gewissen Erfolg herbeiziehen könnte“. Dohna, G.S. 65, S. 323. van Calker, Eth. Werte, S. 26, Begründung des Vorentw. I, S. 213/14.

²⁾ Lehrb. I. Aufl., § 63, S. 47/48. Außerdem Rev., S. 55, Bibl. 202, 228 f. (Dagegen vgl. Luden, Abh. I, S. 261, Köstlin, Rev., S. 321.) Auch Schaffrath, Grundwissenschaft des Rechts 1842, zieht die Konsequenz, und Hälschner, D. 313, G.S. 21, S. 35, Liepmann, Einl. S. 130, scheinen sie anzudeuten.

Geyer hebt sehr nachdrücklich hervor: „der Wille, welcher etwas will, was dem Rechte widerspricht, aber dabei keine Vorstellung von diesem Widerspruch hat, an sich betrachtet, ist indifferent, schuldlos, denn ein unbewußter Widerspruch und ein gewollter Widerspruch sind Dinge, die sich gegenseitig ausschließen“. (S. 445.) Auf der folgenden Seite wird die Fahrlässigkeit als Willensschuld dadurch erklärt, daß der Täter „die unter diesen Umständen gebotene und für ihn mögliche Aufmerksamkeit nicht angewandt und so, ohne es zu wollen, ein Übel herbeigeführt habe“; es soll nach G. eine ethische Pflicht zur Aufmerksamkeit bestehen. Seine Definition der Fahrlässigkeit kann man ohne weiteres zugeben; ebenso die Pflicht zur Aufmerksamkeit. Hält man aber daran fest, daß nur die bewußte Übertretung eines Gebotes schuldhaft sein kann, dann kann die Fahrlässigkeit nur in der bewußten Übertretung des Gebotes zur Aufmerksamkeit liegen. Auch die Versäumnis der Kenntnis des Gebotes, in der nach Binding, Normen II, S. 76 das Schuldhafte liegen soll, müßte nach einer solchen Auffassung bewußt geschehen. Es würde dem Bewußtsein des Individuums die Entscheidung darüber zugeschoben, ob Schuld vorliegt. Was die Konstruktion einer solchen schuldhaften Veräumnis selbst aber angeht, so hat Heinze, G.S. 13, S. 447 treffend gegen sie bemerkt, es sei nicht einzusehen, warum „die Bestrafung der schuldhaften Versäumnis von der unwissentlichen Übertretung eines anderen Strafgesetzes abhängen“ soll.

Bei der Fahrlässigkeit, wenigstens bei der unbewußten, ist also ein Fall gegeben, wo der Täter für schuldig befunden wird, ohne daß bei ihm im Augenblick seines Handelns oder Unterlassens Kenntnis der Unerlaubtheit vorgelegen hätte. Damit ist aber bewiesen, daß es eine Strafschuld ohne Kenntnis der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwirigkeit usw. gibt. Es gibt Fälle, in denen auf die subjektive Stellungnahme des Täters zur Norm keine Rücksicht genommen wird. Der Schluß, den viele Gelehrte — ihrer Schulddefinition treu — gezogen haben, indem sie die Fahrlässigkeit aus dem Kriminalrecht herausweisen, dieser Schluß ist für das positive Recht, das auch bei der Fahrlässigkeit einen Vorwurf macht, unmöglich. Er hat auch heute wohl kaum noch Anhänger, während er in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, und selbst noch unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches nicht selten vor-

gebracht wurde.¹⁾ Hertz, Unrecht § 14 geht davon aus, daß nur der bewußt rechtswidrige Wille rechtswidrig genannt werden könne; bei der unbewußten Fahrlässigkeit liegt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vor; sie gehört demnach nicht ins Strafrecht; wenn sie gestraft wird, so ist das, wie ausdrücklich betont wird, Strafe ohne Schuld, was aber aus politischen Gründen gerechtfertigt sein soll. Jedoch war das gerade des Beweises bedürftig, daß nur der bewußt rechtswidrige Wille rechtswidrig genannt werden kann; und wenn sich für das geltende Strafrecht ergibt, daß es ohne Bewußtsein der Bosheit einen bösen Willen annimmt, so darf nicht daraus gefolgert werden, das positive Strafrecht habe einen falschen Schuldbegriff, sondern nur, der Schuldbegriff von Hertz entspricht nicht dem positiven Recht. Selbst wenn das geltende Recht eine Vorsatzdefinition gäbe, die etwa der Art. 39 des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 oder der Art. 41 des Hannoverschen, so würde daraus nur folgen, daß zum Vorsatz ein solches Bewußtsein gehört; für den Begriff der Strafschuld wäre noch nichts bewiesen.

Demnach ist es, da die Kenntnis der einzelnen Paragraphen des Strafgesetzbuches von vornherein außer Betracht bleiben kann, nicht notwendig, daß der Täter sich der Norm bewußt war, die inhaltlich dem Strafgesetz zu Grunde liegt, mag man nun diese Norm mit Binding als Rechtsnorm bezeichnen, oder mag man weiter gehen, über das positive Recht hinaus auf den materiellen Inhalt, als dessen Form sich das Gesetz darstellt und etwa mit M. E. Mayer von Kulturform sprechen. Zur Schuld gehört nicht das Bewußtsein von der rechtlichen oder sittlichen Unerlaubtheit der Handlung. Die Frage, wie sie A. Westerkamp stellt: muß sich der Bewußtseininhalt auf die rechtliche oder sittliche Wertung der Handlung erstrecken? ist für die Strafschuld zu verneinen. Wenn Kohlrusch ohne ein solches Bewußtsein überhaupt keine Schuld annehmen will, so ist das, wie Goldschmidt, G. A. 51,

¹⁾ Außer Hertz, Stübel, N. Arch. VIII, S. 295 f., Robhrt, ebenda, S. 379 f., Zerbst, Arch. Cr. R. 1856, S. 214 f.; auch Tittmann I, S. 187 rechtfertigt die Bestrafung der Fahrlässigkeit aus politischen Gründen. Temme, Lehrb. S. 97 („man mag sich drehen und wenden wie man will, die Bestrafung der culpa ist nur aus polizeilichen Rücksichten im Strafgesetzbuch aufgenommen“), vgl. auch H. Groß in seinem Arch. 26, S. 78.

S. 343 schon bemerkt, von vornherein ausgeschlossen; in Frage kommen kann nur die Möglichkeit eines solchen Bewußtseins. Ohne diese Möglichkeit freilich, das wird man mit M e r k e l, Lehrb. S. 67/69 anerkennen müssen, kann man nicht von Schuld reden. Soll der imperativische Charakter der Norm überhaupt eine Bedeutung haben, dann muß zugegeben werden, daß da keine Strafe eintreten kann, wo der Befehl unmöglich vernommen werden konnte. Wäre dem nicht so, dann brauchte der Gesetzgeber keine Rücksicht auf die moralischen Anschauungen seiner Zeit und seiner Kulturepoche zu nehmen, er brauchte seine Gesetze nicht zu publizieren. In Wirklichkeit aber muß ihm daran gelegen sein, daß sein Befehl als Motiv wirken konnte. Handelt es sich demnach um einen zurechnungsfähigen Menschen, der unmöglich wissen konnte, daß ihm ein bestimmtes Tun verboten war, so ist bei ihm auch die Wirksamkeit des Befehles als Motiv von vornherein ausgeschlossen; aber nicht, wie beim Zurechnungsunfähigen wegen der persönlichen Eigenschaften, sondern sozusagen aus äußerlichen Gründen. Es hieße dem Gesetzgeber einen Selbstwiderspruch vorwerfen, wenn er einen solchen Menschen trotz der Unmöglichkeit des Bewußtseins einer Unerlaubtheit strafen soll. Er könnte ebensogut Wolken und Winde strafen wollen, um einen Ausdruck Bindings zu gebrauchen. Wobei allerdings zu bemerken ist, daß Binding hier mit Beziehung auf die Zurechnungsunfähigkeit spricht. Diese geht nicht in der Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit auf; sie wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß diese Möglichkeit nicht vorliegt, sondern: die Zurechnungsfähigkeit ist vorausgesetzt; es handelt sich nun weiter um die Zurechnung der einzelnen objektiv falschen Zwecksetzung zur Schuld; und es soll gesagt werden, diese Zurechnung ist ausgeschlossen, wo die Kenntnis von der Unrichtigkeit der Zwecksetzung ausgeschlossen ist. Das ist eine aus der Natur der Strafrechtssätze sich ergebende Konsequenz.

Aber in dieser Begründung liegt gleichzeitig eine Beschränkung. Die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit ist eine Schuld voraussetzung; aber sie gehört nicht zur Schuld; es wäre ungenau, die Schuld als die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit zu definieren, denn nicht dieses Bewußtsein und ebenso wenig diese Möglichkeit, ist das, was dem Täter vorgeworfen wird. Die Möglichkeit liegt vielleicht darin, daß er in einem bestimmten

Milieu groß geworden ist, oder eine besonders gute Erziehung genossen hat, — alles Dinge, aus denen man niemand einen Vorwurf machen kann. Als Schulddefinition ist jener Ausdruck daher abzulehnen. Die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit ist aber ebensowenig Schulselement; sie gehört nicht zur Schuld, sondern ist eine von außen herangebrachte, allerdings aus dem Wesen der Rechtsnormen sich ergebende Schuldvoraussetzung. Was die Schuld ausmacht, ist und bleibt „faktischer Gegensatz des individuellen Willens zum allgemeinen“. (Wächter, Lehrb. S. 22.) Ob zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit als Begriffsmerkmal gehört, darüber ist noch nichts entschieden.

Das von Köhler (Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, S. 72) gegen die Resultate von M. E. Mayers Rechtsnormen und Kulturnormen (S. 75) in dieser Frage erhobene Bedenken: wenn für Vorsatz und für Fahrlässigkeit und gleicher Weise die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit verlangt würde, so wäre damit ein Fahrlässigkeitsmoment in die Vorsatzdefinition eingeführt — dieses Bedenken trifft das bisher gewonnene Ergebnis nicht. M. E. Mayer stellt die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit nicht außerhalb des Schuldbegriffes, wie das hier geschah, sondern er fordert diese Möglichkeit für die Schuld; ohne das würde „die Geltung des Prinzips, das aufs strengste gewahrt werden soll, „keine Strafe ohne Schuld“ erheblich beeinträchtigt werden“. Er hält Vorsatz und Fahrlässigkeit ausdrücklich als Schuldarten aufrecht, unterscheidet an der schuldhaften, d. h. pflichtwidrigen Handlung zwischen subjektiver und objektiver Pflichtwidrigkeit, und zwar soll jene ganz allgemein gegeben sein, wenn beim Täter die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit vorliegt, während die objektive Pflichtwidrigkeit verschieden ist, je nachdem es sich um Vorsatz oder Fahrlässigkeit handelt. Demnach, so schließt er, ist der gemeinsame Oberbegriff, Schuld, die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit; die differentia specifica der beiden Spezies, Vorsatz und Fahrlässigkeit, liegt in der verschiedenen Bedeutung der Vorstellung des Täters vom objektiv rechtswidrigen Erfolg als Motiv. — Aber dieses Schema der Schuld und der Schuldarten zeigt, daß die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit auch für Mayer eigentlich außerhalb der Strafschuld liegt. Wer handelt, trotz der Möglichkeit eines solchen Bewußtseins, der handelt nach

M. schuldhaft; soll nun der Vorsatz eine Schuldart sein, so genügt es nicht, daß man die durch die Möglichkeit jenes Bewußtseins charakterisierten Handlungen nach irgend einem Gesichtspunkte einteilen kann, der mit jener Charakterisierung nichts zu tun hat. Durch Vorsatz und Fahrlässigkeit wird das Innenleben des Handelnden zum rechtswidrigen Erfolg in Beziehung gesetzt; aber das, was die Schuld begründet, die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit, bleibt bei beiden Schuldarten starr und unverändert. Besteht die Schuld in einem bestimmten Verhältnis der Psyche zur Pflicht, dann müssen die Schuldarten Arten dieses Verhältnisses sein, nicht aber, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, Arten der Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges. Der Vorsatz kann nicht dadurch zu einer Schuldart werden, daß man bei der schuldhaften Handlung die Handlung als vorsätzlich und fahrlässig unterscheiden kann, sondern es ist für die Aufstellung von Schuldarten auf das Bezug zu nehmen, was die Schuldhaftigkeit ausmacht. Daß alle Handlungen, und deshalb auch die schuldhaften, in vorsätzliche und fahrlässige unterschieden werden können, kann den Charakter des Vorsatzes als Schuldart nicht konstituieren. Man kann den Vorsatz nicht dadurch zur Schuldart machen, daß man aus dem Kreise der durch die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit charakterisierten Handlungen einen Ausschnitt nimmt, der bestimmt wird durch die Fälle des vorsätzlichen Handelns; denn durch diese, mit Beziehung auf die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit zufällige Scheidung wird das innerhalb des Segmentes Fallende noch nicht zur Spezies des innerhalb des übrigen Kreises Liegenden. Die unbedingt erforderliche Verschmelzung von Schuld und Vorsatz ist nicht gelungen, der Vorsatz wird vielmehr äußerlich an die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit geklebt.¹⁾

Nach alledem kann die Tatsache des imperativischen Charakters der Norm, für das geltende Recht wenigstens, nicht die Bedeutung haben, daß der Befehl bekannt sein muß, damit Schuld vorliegen kann. Andererseits aber darf diese Tatsache nicht einfach übersehen werden, und es bleibt somit nichts übrig, als ihr dadurch Genüge zu tun, daß man das Bewußtsein einer Normwidrigkeit (im all-

¹⁾ Weiteres zu M a y e r s Terminologie im II. Teile der Arbeit.

gemeinsten Sinne des Wortes) oder vielmehr seine Möglichkeit als Schuld voraussetzung anerkennt, womit deutlich gesagt ist, daß die Schuld selbst nicht in der bewußten Auflehnung des Willens besteht. Das hier gewonnene Resultat findet seinen prägnantesten Ausdruck in dem Satze von Calkers: „das Strafgesetz kann als Beurteilungsnorm nur da zur Anwendung kommen, wo ihm die Möglichkeit gegeben ist, als Befehlsnorm zu wirken.“¹⁾

Weil es genügt, die Bedeutung der Berücksichtigung des fraglichen Bewußtseins für die formale Struktur des Schuldbegriffes erkannt zu haben, und weil es sich nach der vorgetragenen Auffassung dabei immer nur um eine Schuld voraussetzung, nicht um etwas zur Schuld Gehöriges handeln kann, so braucht der Maßstab nicht näher bestimmt zu werden, nach dem sich einerseits die Möglichkeit, und andererseits die Norm- oder Pflichtwidrigkeit berechnet.

Die als Resultat des vorigen Abschnitts gewonnene Schulddefinition wird also nicht berührt. Nicht der „wissende Trotz“ ist das Objekt des Unwerturteiles, sondern der objektiv böse Wille, ein Begriff, dem durch die Verwertung des Zweckbegriffes eine größere Präzision zu geben versucht wurde. Es bedarf jedoch, um vollständig zu sein, der Hinzufügung der in diesem Abschnitt gewonnenen Einschränkung, so daß sich als endgültige Schulddefinition ergibt: Schuld ist die konkrete, den Zwecken des Rechtes nicht entsprechende Zwecksetzung eines zurechnungsfähigen Menschen, bei dem das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit möglich war.

Von dieser Definition aus muß untersucht werden, als was die beiden Begriffe V. und F., so wie sie heute gebraucht werden, zu qualifizieren sind. Auf den materiellen Inhalt des Schuldbegriffes einzugehen, wird nicht erforderlich sein. Freilich, daß man eine Betrachtung dieses materiellen Inhaltes ungebührlich vernachlässigt hat, ist v. Liszt, Lehrb. S. 51, ohne weiteres zuzugeben; daß eine Einigung darüber keineswegs erzielt ist, aber eben-

¹⁾ R. v. D. Allgem. Teil III, S. 188. Vgl. auch Ethische Werte, S. 26. Der Satz wird von Goldschmidt, G.A. 51, S. 342, in der Besprechung von Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, öfters zustimmend erwähnt. Doch stimmt van Calker bezüglich des Schuldbegriffes nicht mit den Ausführungen des Textes überein, schon deshalb nicht, weil auch für ihn V. und F. Schuldarten sind.

falls. Eines jedoch ist zweifellos: es kann sich bei dieser Frage nach dem materiellen Inhalt nur darum handeln, welchen Inhalt die Zwecke haben oder haben sollen, an denen die individuelle Zwecksetzung gemessen wird, d. h. welche Faktoren jene Zwecke inhaltlich zustande bringen. Die Frage wäre keine dogmatische mehr, sondern eine rechtsphilosophische oder kulturhistorische. Auf die Frage, als was die Darstellung des geltenden Strafrechts Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bezeichnen hat, kann eine wissenswerte Antwort gegeben werden, ohne daß alle jene, wohl noch lange kontrovers bleibenden Probleme entschieden sind; — vielleicht ist das, wenn es um ein klares Resultat zu tun ist, sogar notwendig.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 11. Juli 1888 zu Plettenberg in Westfalen als Sohn des Kaufmanns Johann Schmitt, besuchte das humanistische Gymnasium zu Attendorn in Westfalen, wo ich Ostern 1907 das Zeugnis der Reife erlangte. Darauf studierte ich sechs Semester Jurisprudenz, davon zwei in Berlin, eins in München, drei in Straßburg. Die beiden letzten Semester beschäftigte ich mich vorzugsweise mit strafrechtlichen Studien unter der Leitung des Herrn Professor van Calker. Es sei mir gestattet, ihm an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank auszusprechen.
