

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Mit Kommentar

von

Dr. jur. et phil. Ernst Schwarz,
Altona.



Springer-Verlag
Berlin Heidelberg GmbH
1914.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Mit Kommentar

von

Dr. jur. et phil. Ernst Schwarz,
Altona.



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1914.

Druck der Universitäts-Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Straube)
Berlin und Bernau.

ISBN 978-3-662-24365-7 ISBN 978-3-662-26482-9 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-26482-9

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1914

Vorwort.

Dieses Werk will weder ein Lehrbuch in Kommentarform noch ein Repertorium der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung sein, näher gesprochen, es will sich zwischen die bekannten Werke von Frank und Olshausen stellen. Bei aller Anerkennung ihres Wertes wird vielfach empfunden, daß der Olshausensche Kommentar zwar niemals in Stich läßt, aber einen nicht bloß für den Sitzungsdienst unbehaglichen Umfang gewonnen hat, dagegen das Frank'sche Werk zumal im besonderen Teil für den praktischen Gebrauch zu mager ist. Ein Werk wie das vorliegende kommt daher einem Bedürfnis entgegen, so daß nicht das Ob, sondern das Wie in Frage steht, nämlich wie weit es mit der Vereinigung der Vorzüge die Vermeidung jenes Fehlers der genannten beiden Kommentare zu erreichen vermag.

Durch das Bemühen, dieses Ziel zu erreichen, ist dem Werke sein Charakter gegeben. Was die Literatur betrifft, so sind fast ausschließlich die bekannteren und gebräuchlichen Grundrisse, Lehr- und Handbücher und die Kommentare von Frank, Olshausen, Oppenhoff-Delius, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze also diejenigen Bücher zitiert, welche sich mehr oder weniger in den Händen der Praktiker befinden und daher stets verglichen werden können. Wer weitere Nachrichten über die Spezialliteratur wünscht, findet sie bei v. Liszt, für den allgemeinen Teil in dem Bindingschen Grundriß viel reichlicher als in einem Kommentar möglich und ratsam ist. Eine entsprechende Beschränkung ist bezüglich der Spruchpraxis geübt. Zitiert werden nämlich nur die Entscheidungen des Reichsgerichts und zwar mit geringen Ausnahmen nur die von den Räten selbst veröffentlichten, deren Sammlung die meisten Praktiker wiederum im Eigenbesitz oder doch nahe zur Hand haben. Dabei ist nicht beabsichtigt, eine erschöpfende Statistik aller Entscheidungen zu geben, also die Register der Sammlung erheblich zu machen; gleichwohl ist eher zuviel als zuwenig zitiert.

Ich habe mich bemüht, sowohl den Autoritäten der Theorie als auch dem Reichsgericht gegenüber die Selbständigkeit des eigenen Urteils zu wahren. Wie in meiner ganzen schriftstellerischen Tätigkeit, bin ich auch hier beflissen gewesen, ein gutes Deutsch zu schreiben und mich nicht bloß gefällig und klar, sondern auch bestimmt auszudrücken, damit der Leser, wenn auch gewiß noch im Zweifel, ob meine Ansicht richtig, es doch niemals darüber ist, was denn eigentlich meine Ansicht sei. Wenn ich mich hierbei mehrere Male eines scharfen

Ausdrucks bedient habe, so hat mich der Denkspruch geleitet, den mein weiser Göttinger Lehrer H. A. Zachariae vor vierzig Jahren in das mir von ihm geschenkte Exemplar seines deutschen Staats- und Bundesrechts eintrug: „Ob „meine Ansicht nach rechts oder links gefällt, ist mir im ganzen ziemlich gleichgültig, aber für das, was Recht ist, bin ich immer zu haben.“

Daß ich mich von Erörterungen de lege ferenda regelmäßig freigehalten habe, wird man hoffentlich um so mehr billigen, als eine unbefangene und von Liebe zur Sache durchdrungene Erklärung des geltenden Rechts zugleich eine Beurteilung desselben ist, welche erkennen läßt, was der Verfasser, wenn er Reformvorschläge geben wollte, wirklich in Vorschlag bringen würde. So ist, um ein Beispiel zu geben, die Erklärung des § 43 von dem Gedanken getragen, daß ein neues Strafgesetzbuch eine positive Bestimmung über den sog. untauglichen Versuch und zwar unter Abweisung der subjektivistischen Theorie des Reichsgerichts enthalten muß. Hier im Vorwort möge mir aber gestattet sein, meiner Ansicht über das künftige Recht unverhohlenen Ausdruck zu geben. Das Erscheinen dieses Kommentars fällt in eine bewegte Zeit. Der Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches ist ausgearbeitet. Eine Kommission ist einberufen gewesen, um ihn durchzuarbeiten, und hat die Lesung des eigentlichen Gesetzbuches bereits vollendet. Eine zweite Kommission ist mit dem Entwurf eines Einführungsgesetzes beschäftigt. Wann ihr Entwurf an den Bundesrat zurückgeht, wann er dem Reichstag vorgelegt wird, ob überhaupt und wann dieser ihn annimmt, wann, falls er angenommen wird, das neue Gesetz in Kraft tritt, das ist gar nicht vorherzusagen, jedenfalls wird aber das zweite Dezennium dieses Jahrhunderts darüber zu Ende gehen. Wenn man bedenkt, daß ein Strafgesetzbuch ein eminent politisches Gesetz ist, und daß der Reichstag einem fortschreitenden moderierenden Zuge unterliegt, ist es nicht ausgeschlossen, daß der Reichstag Änderungen vornimmt, z. B. die Bestimmungen über die Todesstrafe, die Majestätsbeleidigung streicht, welche der Bundesrat für unannehmbar hält. Aber m. E. ist überhaupt die ganze Art und Weise, in der bis jetzt gearbeitet wird, nicht zu billigen, denn sie leidet an einer Beschränkung, in welcher sich keineswegs der Meister zeigt. Zunächst müssen, wenn das neue Strafgesetzbuch vollständig sein soll, die zahlreichen, zum Teil schlecht formulierten Nebengesetze, soweit sie nicht bei dieser Gelegenheit überhaupt über Bord fallen, in das neue Gesetz eingearbeitet werden. Ebenso nötig wie ein neues Strafgesetzbuch — vielleicht noch nötiger! — ist ein umfassendes Strafvollzugsgesetz. Dieses ist schon im Jahre 1870 und seitdem wiederholt vom Reichstag verlangt, vom Reichsjustizamt versprochen worden, aber bis auf die jüngste Zeit anscheinend bei beiden in Vergessenheit geraten gewesen. Gleichwohl wird es, wenn nicht von vornherein die Arbeit eine halbe sein soll, zugleich mit dem neuen Strafgesetzbuch erlassen werden müssen, dieses nur gleichzeitig mit ihm in Kraft treten dürfen, denn wenn wir es nicht bei dieser Gelegenheit bekommen, so erhalten

wir es in absehbarer Zeit überhaupt nicht. Das gleiche gilt von der Regelung der Sicherstellung der wegen geistiger Defekte Freigesprochenen und von der einheitlichen Regelung des Begnadigungswesens; auch diese sind wiederholt gefordert, wiederholt versprochen und werden, wenn nicht jetzt, ebenfalls in absehbarer Zeit nicht erfolgen. Weiter muß die Neugestaltung der Strafprozeßordnung, wenn irgend möglich, gleichzeitig mit der des materiellen Rechts stattfinden, denn Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung bilden erst zusammen das Strafrecht, und ein sachlicher Grund, jedes Gesetz gesondert für sich neu zu ordnen, liegt nicht vor. Endlich ist, wofern nicht ein wahres Justitium eintreten soll, gar nicht zu umgehen, daß zugleich das auf dem zurzeit geltenden aufgebaute und es überall voraussetzende Militärstrafgesetzbuch dem neuen Strafgesetzbuch entsprechend und gleichzeitig mit ihm in Kraft tretend umgearbeitet wird, zumal eine Umarbeitung schon wegen seines mit dem Rechtsempfinden weitester Volkskreise unvereinbaren Charakters geboten ist. Somit ist, wenn etwas wahrhaft Gutes und Vollständiges geschaffen werden soll, eine Reform in großem Stil geboten. Wird dadurch der Tag, an welchem ein neues Strafgesetzbuch in Kraft tritt, um vier oder sechs oder wie viele Jahre hinausgeschoben, so wird dafür ganze Arbeit gemacht, wir erhalten ein sorgfältig erwogenes und vollständiges Gesetzbuch und sind hoffentlich auf die nächste Generation vor der herkömmlichen kümmerlichen Novellenfabrikation geschützt.

Bis dieser Tag eintritt, möge dieses Werk seinen Beitrag zu einer Anwendung des geltenden Rechts leisten, welche von der Idee der lauterer Gerechtigkeit getragen ist und wie von jeder Härte so von jeder Sentimentalität sich freihält.

Mittona.

E. S.

Abkürzungen.

- Berner = Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.
 Binding Grundr. = Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1907.
 Binding Handb. = Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Band 1885.
 Binding Lehrb. = Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl. 1902, 2. Bd. 1. Abt. 1904, 2. Abt. 1905.
 Birkmeyer Encycl. = Birkmeyer, Strafrecht, in Birkmeyer, Encyclopädie, 2. Aufl. 1904.
 Fingcr = Fingcr, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Band 1904.
 Frank = Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5.—7. Aufl. 1908.
 Geyer = Geyer, Grundriß zur Vorlesungen über Gemeines Deutsches Strafrecht, 1. Bd. 1884, 2. Bd. 1885.
 Hälschner = Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1. Bd. 1881, 2. Bd. 1884 bis 1887.
 Herz-Grnst = Herz und Grnst, Strafrecht der Militärpersonen, 1905.
 H.-P. = v. Holzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, Bd. 1—3 1871—1874, Bd. 4 1877.
 v. Lilienthal = v. Lilienthal, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht, 2. Aufl. 1900.
 v. Liszt = v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16—17. Aufl. 1908.
 Löning = Löning, Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht, 1885.
 Löwe-Hellweg = Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Hellweg, 12. Aufl. 1907.
 Merkel = Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889.
 Meyer-Mllfeld = Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, bearbeitet von Mllfeld, 6. Aufl. 1907.
 Olshausen = Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 8. Aufl. 1909—1910.
 Oppenhoff-Delius = Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, bearbeitet von Delius, 14. Aufl. 1901.
 Rüdorff-Stenglein = Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, bearbeitet von Stenglein, 4. Aufl. 1892.
 Schüße = Schüße, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.
 Schüße Anh. = Waniec und Willnow, Anhang zum Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Schüße, 1877.
 v. Schwarze = v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1884.
 Wachenfeld Hk. = Wachenfeld, Strafrecht, in v. Holzendorff-Kohler, Encyclopädie, 6. Aufl. 1904.
 v. Wächter = v. Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881.
 v. Wächter Weil. = v. Wächter, Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1881.
 Zweigert = Zweigert, Die Strafbestimmungen der Konkursordnung. Anhang zu Olshausen.
 R. G. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 1—45, 1880 ff.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I.

1. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Vom 31. Mai 1870	1
2. Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Vom 15. Mai 1871	14
3. Gesetz, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen. Vom 30. August 1871. Art. I—V, XI, XII, XIV	15
4. Verordnung, betreffend die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland. Vom 22. März 1891. Art. I, III	17
5. Gesetz, betreffend die Ergänzung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Vom 10. Dezember 1871	18
6. Gesetz, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben. Vom 26. Februar 1876	18
7. Gesetz, betreffend die Einführung der Konkursordnung. Vom 10. Februar 1877. § 3	19
8. a) Gesetz, betreffend den Wucher. Vom 24. Mai 1880	20
b) Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher. Vom 19. Juni 1893.	20
9. Gesetz, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs. Vom 13. Mai 1891	21
10. Gesetz, betreffend die Abänderung des § 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Vom 26. März 1893	22
11. Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse. Vom 3. Juli 1893. § 11	22
12. Gesetz, betreffend die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuchs. Vom 12. März 1894. Art. II, III	23
13. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Vom 18. August 1896. Art. 34	24
14. Gesetz, betreffend die Abänderung des § 316 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs. Vom 27. Dezember 1899	25
15. Gesetz, betreffend Änderungen und Ergänzungen des Strafgesetzbuchs. Vom 25. Juni 1900	25
16. Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen. Vom 12. Mai 1901. §§ 1, 108	26
17. Gesetz, betreffend die Bestrafung der Majestätsbeleidigung. Vom 17. Februar 1908	26
18. Vereinsgesetz. Vom 19. April 1908. §§ 23, 25	27
19. Maß- und Gewichtsordnung. Vom 30. Mai 1908. § 23	28
20. Gesetz, betreffend Änderung des Strafgesetzbuchs. Vom 19. Juni 1912	28

II.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Vom 15. Mai 1871.

Einleitende Bestimmungen. §§ 1—12	32
-----------------------------------	----

Erster Teil.

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen.

Erster Abschnitt. Strafen. §§ 13—42	65
Zweiter Abschnitt. Versuch. §§ 43—46	108
Dritter Abschnitt. Teilnahme. §§ 47—50	126
Vierter Abschnitt. Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern. §§ 51—72	156
Fünfter Abschnitt. Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. §§ 73—79	230

Zweiter Teil.		Seite
Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung.		
Erster Abschnitt. Hochverrat und Landesverrat. §§ 80—93		255
Zweiter Abschnitt. Beleidigung des Landesherren. §§ 94—97		270
Dritter Abschnitt. Beleidigung von Bundesfürsten. §§ 98—101		276
Vierter Abschnitt. Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten. §§ 102—104		278
Fünfter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. § 105—109		282
Sechster Abschnitt. Widerstand gegen die Staatsgewalt. §§ 110—122		289
Siebenter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung. §§ 123—145		322
Achter Abschnitt. Münzverbrechen und Münzvergehen. §§ 146—152		360
Neunter Abschnitt. Meineid. §§ 153—163		366
Zehnter Abschnitt. Falsche Anschuldigung. §§ 164, 165		386
Elfter Abschnitt. Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen. §§ 166—168		390
Zwölfter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand. §§ 169, 170		400
Dreizehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit. §§ 171—184		404
Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. §§ 185—200		437
Fünzehnter Abschnitt. Zweikampf. §§ 200—210		466
Sechzehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider das Leben. §§ 211—222		475
Siebenzehnter Abschnitt. Körperverletzung. §§ 223—233		492
Achtzehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit. §§ 234—241		511
Neunzehnter Abschnitt. Diebstahl und Unterschlagung. §§ 242—248a		526
Zwanzigster Abschnitt. Raub und Erpressung. §§ 249—256		559
Einundzwanzigster Abschnitt. Begünstigung und Hehlerei. §§ 257—262		568
Zweiundzwanzigster Abschnitt. Betrug und Untreue. §§ 263—266		586
Dreiundzwanzigster Abschnitt. Urkundenfälschung. §§ 267—280		607
Vierundzwanzigster Abschnitt. (Bankerott) Konkursordnung. §§ 239—244		633
Fünfundzwanzigster Abschnitt. Strafbarer Eigennuß und Verletzung fremder Geheimnisse. §§ 284—302		656
Sechsendzwanzigster Abschnitt. Sachbeschädigung. §§ 303—305		695
Siebenundzwanzigster Abschnitt. Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen. §§ 306 bis 330		701
Achtundzwanzigster Abschnitt. Verbrechen und Vergehen im Amte. §§ 331—359		729
Neunundzwanzigster Abschnitt. Übertretungen. §§ 360—370.		764

I.

1. Einführungsgezet zum Strafgezetbuch für den Norddeutschen Bund.

Vom 31. Mai 1870.

(Bundes-Gezetbl. Nr. 16 S. 195, ausgeg. Berlin 8. Juni 1870.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen pp. verordnen im Namen des Norddeutschen Bundes, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates und des Reichstages, was folgt:

1. Das GG. ist zugleich mit dem StGB. am 8. Juni 1870 publiziert. Da ein anderer Anfangstermin nicht bestimmt ist, so ist es nach Art. 2 der Verfassung des Norddeutschen Bundes am 22. Juni 1870, also vor dem StGB. selbst in Kraft getreten, eine zeitliche Differenz, welche für § 5 von Bedeutung ist; vgl. § 5 N. 1.

2. Das GG. gilt weiter in Hessen südlich des Main vom 1. Jan. 1871, in Baden, Württemberg und Bayern (ohne § 4) vom 1. Jan. 1872, in Helgoland vom 1. April 1891 an. Vgl. Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 15. Nov. 1870 Art. 80 II (Bundes-Gezetbl. S. 627) und Protokoll d. d. Versailles 15. Nov. 1870 (ebenda 650), Vertrag mit Württemberg v. 25. Nov. 1870 Art. 2 N. 6 (ebenda 654), Gef., betr. die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern, v. 22. April 1871 § 7 (ebenda 87), Verordn., betr. die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland, v. 22. März 1891 (Art. I 9, Art. III, unten Nr. 4).

Für Elsaß-Lothringen ist das besondere GG. v. 30. Aug. 1871 ergangen (unten Nr. 3).

3. Durch Gef., betr. die Verfassung des Deutschen Reichs v. 16. April 1871 § 2 (Bundes-Gezetbl. 63) ist das GG. zum Reichsgesetz erklärt: „Wo in denselben von dem Norddeutschen Bunde, dessen Verfassung, Gebiet, Mitgliedern oder Staaten, Indigenat, verfassungsmäßigen Organen, Angehörigen, Beamten, Flagge usw. die Rede ist, sind das Deutsche Reich und dessen entsprechende Beziehungen zu verstehen“.

§ 1.

Das Strafgezetbuch für den Norddeutschen Bund tritt im ganzen Umfange des Bundesgebietes mit dem 1. Januar 1871 in Kraft.

1. Das StGB. ist in Kraft getreten im Norddeutschen Bunde und in Hessen südlich des Main am 1. Jan. 1871, in Baden, Württemberg und Bayern am 1. Jan. 1872, in Elsaß-Lothringen am 1. Okt. 1871, in Helgoland am 1. April 1891. Vgl. die § 1 N. 2 genannten Gesetze.

2. In Neutral-Moresnet ist auf Grund des zwischen Preußen und den Niederlanden — jetzt Belgien — geschlossenen Grenzvertrages v. 26. Juni 1816 (Preuß. Gesetzsamm. 1818 Anhang 77) noch heute der Code pénal in seiner bis 20. Nov. 1815 gewonnenen Gestalt in Geltung: RG. 10./9. 98 E. 31 259, 18./12. 05 E. 38 289, 2./1. 12 E. 45 332.

3. In den Konjulgerrichtsbezirken — Bulgarien, Agypten, Korea, Marokko, Persien, Siam, Türkei, Zanzibar — und in den Schutzgebieten — Deutsch-Neuguinea (Kaiser-Wilhelmsland, Bismarck-Archipel, Salomons-Inseln, Karolinen, Palau, Mariannen), Marjhall-, Brown- und Providence-Inseln, Samoa, Kiautschou, Kamerun, Togo, Deutsch-Südwestafrika, Deutsch-Ostafrika — gelten für die der Konjular- und der Kolonialgerichtsbarkeit unterworfenen Personen grundsätzlich „die dem Strafrecht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze“, an erster Stelle also das StGB. Vgl. Gef. über die Konjulgerrichtsbarkeit v. 7. April 1900 § 19 (RGBl. 213) und Schutzgebietsgesetz v. 25. Juli 1900 § 3 (RGBl. 812).

§ 2.

Mit diesem Tage tritt das Bundes- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz-(Forst-)Diebstahl.

Bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Konkurs bleiben ferner diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nichts bestimmt.

1. Abj. 2 ist, soweit er sich auf die Vorschriften über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts bezieht, durch Vereinsgesetz v. 25. April 1908 § 23 aufgehoben (unten Nr. 18).

Abj. 3 ist durch die Strafbestimmungen der Reichs-Konfuzsordnung mit dem 1. Okt. 1879 weggefallen.

2. § 2 betrifft das Verhältnis des StGB. zu dem bei seinem Inkrafttreten bestehenden Strafrecht des Norddeutschen Bundes und der Einzelstaaten. Er hebt in Abj. 1 alle strafrechtlichen Bestimmungen des älteren Rechts auf, welche Gegenstände betreffen, auf die das StGB. sich bezieht, welche gegenständlich mit dem StGB. zusammenfallen. Er hebt aber nur das Strafrecht im engeren Sinne auf und läßt alle älteren Bestimmungen unberührt, welche sich nicht auf das materielle Strafrecht beziehen: Binding Handb. I 324, Olshausen N. 7b; RG. 20./11. 84 C. II 321. Er unterscheidet nicht, ob die der Aufhebung unterliegenden Bestimmungen dem Gesetzes- oder dem Gewohnheitsrecht angehören, sich in den großen strafrechtlichen Kodifikationen oder in Spezialgesetzen, in bürgerlichen, prozessualen usw. oder in strafrechtlichen Gesetzen vorfinden, ob sie in Gesetzen oder nur in Verordnungen niedergelegt sind.

Die Vorschrift des Abj. 1 ergibt sich übrigens ohnehin aus dem theoretisch wie praktisch feststehenden Rechtsatz *lex posterior derogat legi priori*, ist somit überflüssig: Binding Handb. I 281 und Grundr. 75, Rüdorff-Stenglein 47 und N. 2, anscheinend auch Frank N. I 1; a. M. Olshausen N. 3a.

3. Nach Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung hat das Reich die gemeinsame Gesetzgebung über das Strafrecht, und nach Art. 2 übt es das Recht der Gesetzgebung mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Somit ist durch das StGB.

a) das gesamte bei seinem Inkrafttreten bestehende Strafrecht der Einzelstaaten, soweit es gegenständlich mit ihm zusammenfällt, aufgehoben, und ist

b) für die Zukunft jedes mit ihm gegenständlich zusammenfallende einzelstaatliche Strafgesetz null und nichtig, da die Einzelstaaten insoweit das Recht der Strafgesetzgebung verloren haben.

Dagegen sind nicht aufgehoben und sind für die Zukunft nicht null und nichtig diejenigen einzelstaatlichen Strafgesetze, welche mit dem StGB. nicht gegenständlich zusammenfallen. Vgl. Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein 39 und N. 6; RG. 1./5. 80 C. 2 33, 7./12. 08 C. 42 100.

Der § 2 wiederholt die Bestimmung der Reichsverfassung mit Bezug auf das bestehende Strafrecht, ist also auch in dieser Beziehung überflüssig und selbstverständlich. Derselben Ansicht sind Binding Grundr. 75, v. Liszt 96, Olshausen N. 3b; auch Rüdorff-Stenglein 47 und N. 3 erklärt, daß § 2 „jedes selbständigen legislativen Inhalts entbehrt“. Dagegen wird sie bestritten von Frank N. I 2, denn wenn das Landesrecht nicht ausdrücklich aufgehoben sei, werde es eben nur seiner bindenden Kraft beraubt, erhalte diese aber sofort wieder, wenn das Reichsrecht wieder aufgehoben werde. Frank meint also, daß ohne die ausdrückliche Aufhebung das Landesrecht nur suspendiert, gewissermaßen in Quieszenz versetzt sei. Diese Ansicht läßt sich jedenfalls auf Art. 2 der Reichsverfassung nicht stützen.

Auf die Frage, wieweit das Reich zur Strafgesetzgebung zuständig ist, hat die Antwort zu lauten: gerade soweit, als es zuständig sein will. Es ist eben zuständig für das ganze strafrechtliche Gebiet ohne irgendeine Ausnahme, ist zuständig auch zum Erlaß polizeilicher Straf-

vorschriften, zum Erlaß von Strafbestimmungen mit örtlichen Ausnahmen und selbst von örtlich begrenzten Strafbestimmungen: Binding Handb. I 276 und Grundr. 74, Meyer-Altfeld 84, Olshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein 44 N. 19; RG. 6./2 02 C. 35 277. Die auf eine Fassung des in Art. 4 N. 13 der Reichsverfassung gebrauchten Wortes „gemeinsam“ gestützte Behauptung Hälschens I 90, das Reich sei „nicht berechtigt, strafrechtliche Normen mit partikulärer Geltung in diesem oder jenem Bundesstaate zu erlassen“, steht ganz vereinzelt da.

4. Das StGB. ist Reichsrecht. Das Reichsrecht ist zwingendes, nicht bloß subsidiäres Recht; Reichsrecht bricht Landesrecht. Es beseitigt alles mit ihm gegenständlich zusammenfallende Landesrecht, mag es ihm widersprechen oder mit ihm übereinstimmen. Jeder Versuch der territorialen Gesetzgebung, das neue Gemeine Recht aufzuheben, abzuändern, zu wiederholen, zu interpretieren, ist nichtig und der Richter hat ihm den Gehorsam zu versagen. Die Rechtsgültigkeit der Reichsgesetze zu prüfen, ist das Amt des Kaisers, der sie unter der Verantwortlichkeit des Reichskanzlers ausfertigt und verkündigt. Wird dadurch das Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 17 der Reichsverfassung bejaht, so ist gegenüber diesem Ergebnisse der verfassungsmäßig allein möglichen Prüfung jede Nachprüfung durch den Richter ausgeschlossen. Dagegen steht der Richter dem Landesstrafrecht völlig frei gegenüber. Wird in den Verfassungsurkunden mehrerer Bundesstaaten, insbesondere in der Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat v. 31. Jan. 1850 Art. 106, bestimmt, daß Gesetze und Verordnungen verbindlich seien, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekanntgemacht worden, und daß die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter landesherrlicher Verordnungen nicht den Behörden, sondern nur den Kammeren zustehe, so ist diese Bestimmung gegenüber dem Art. 2 der Reichsverfassung ohne bindende Kraft. Vgl. Berner 247 N. 1, Binding Handb. I 286, Frank N. VII und § 8 N. I, Hälschner I 92, Meyer-Altfeld 87, Olshausen N. 18, Rüdorff-Stenglein 49, v. Wächter 66; Hänel Deutsches Staatsrecht I 252, Laband Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II 106, Schwarz Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat 332.

5. § 2 hebt das ältere Strafrecht auf, insoweit es „Materien“ betrifft, die Gegenstand des StGB. sind.

Das aus dem französischen Recht (Code pénal art. 484) in das einheimische Strafrecht übernommene fremdsprachliche Wort bezeichnet ursprünglich den Stoff im Gegensatz zur Form und hat in allen es verwendenden Sprachen die Bedeutung von Gegenstand. Aufgehoben sind also alle strafrechtlichen Bestimmungen des älteren Rechts, welche mit dem StGB. gegenständlich zusammenfallen, und zwar ist diese gegenständliche Gemeinschaft im weitesten Sinne zu nehmen: Rechtsätze, Rechtsinstitute auf der einen, strafbare und nicht strafbare Handlungen auf der anderen Seite.

Dies wird durch die Entstehungsgeschichte des StGB. erwiesen.

Als man an die Aufgabe herantrat, für den Norddeutschen Bund ein gemeinsames StGB. zu schaffen, bejaß der weitans größte Bundesstaat Preußen schon seit zwei Dezennien ein sorgfältig vorbereitetes und in vielen Beziehungen vortreffliches einheitliches Gesetzbuch in dem StGB. für die Preussischen Staaten vom 14. April 1851. Der Umfang seines Geltungsgebietes und seine innere Vortrefflichkeit geboten unweigerlich, es dem neuen Gesetze zugrunde zu legen. Ein weniger bekanntes Gesetz als Grundlage zu wählen, erschien auch wegen der aus politischen Gründen für nötig erachteten Eile unthunlich. Endlich waren die drei Männer, welche den Entwurf eines neuen StGB. ausarbeiteten, preussische Juristen; die beiden jüngeren — Rüdorff und Kubo — hatten niemals in einem anderen Strafrecht praktisch gearbeitet, und der ältere — Friedberg — war als Mitglied des Justizministeriums schon bei der Entstehung des preussischen StGB. mit tätig gewesen und hatte während der einzigen längeren Periode seiner praktischen Tätigkeit, als Oberstaatsanwalt in Greifswald, ebenfalls nur im preussischen StGB. gearbeitet. So entstand der Entwurf zu dem neuen Gesetze als eine Fortbildung des preussischen Gesetzes unter Abstoßung der französischrechtlichen Elemente, Milderung der Strafen, Berücksichtigung der staatsrechtlichen Neugestaltung Norddeutschlands. Wie die Bambergenis die mater Carolinae, ist das preussische StGB. die mater Wilhelminae.

Nun bestimmt das Gej. über die Einführung des StGB. für die Preussischen Staaten v. 14. April 1851 in Art. II:

„Mit diesem Zeitpunkte (Art. I) werden außer Wirksamkeit gesetzt: alle Strafbestimmungen, die Materien betreffen, auf welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch sich bezieht; namentlich der zwanzigste Titel des zweiten Teils des WM., das Rheinische Strafgesetzbuch, die gemeinen Deutschen Kriminalgesetze und das in dem Fürstentume Hohenzollern-Sigmaringen rezipierte Großherzogl. Badische Strafgesetzbuch, nebst allen dieselben ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen.

„Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Strafgesetze, insoweit sie Materien betreffen, in Hinsicht deren das gegenwärtige Strafgesetzbuch nichts bestimmt, nament-

„sich die Gesetze über die Bestrafung der Post-, Steuer- und Zoll-Kontrabentanten, über den Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts, über die Bestrafung des Holzdiebstahls, über die Widerseßlichkeit bei Forst- und Jagdvergehen und gegen Zollbeamte.“

Der Ausdruck Materie kehrt wieder in Art. VIII:

„Wenn in Materien, über welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch keine Bestimmungen enthält (Art. II), die Gesetze eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren androhen so ist die Handlung ein Verbrechen.“

„Ist die Handlung mit einer Freiheitsstrafe usw., so ist die Handlung ein Vergehen.“

„Besteht die Strafe nur usw., so ist die Handlung eine Übertretung.“

Materie ist hier also unverkennbar Gegenstand in dem oben angegebenen Sinne. In Art. VIII kann man ohne weiteres für „wenn in Materien“ sagen: „wenn für Handlungen“; denn hier ist Materie offenbar für Handlung gesetzt.

Der erste, Friedberg'sche, Entwurf des neuen StGB. setzte für Materie Gegenstand, strich den Hinweis auf das — in das StGB. selbst aufgenommene — Delikt der Widerseßlichkeit und benannte an Stelle des vor 1850 in Preußen geltend gewesenenes Strafrechtes das 1870 geltende Strafrecht der verschiedenen Bundesstaaten; im übrigen war er eine Wiederholung des Preussischen Artikels II. Er lautete:

„Artikel II.

Mit diesem Zeitpunkte werden außer Wirksamkeit gesetzt:

„alle Strafbestimmungen, welche Gegenstände betreffen, auf welche das gegenwärtige Strafgesetzbuch sich bezieht, insbesondere

„1. für das Königreich Preußen das Strafgesetzbuch vom 14. April 1851; usw.“

„Mitaufgehoben werden zugleich alle, jene Gesetze ergänzenden, abändernden und erläuternden Bestimmungen.“

„Artikel III.

„Dagegen bleiben in Kraft die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze, insoweit sie Gegenstände betreffen, rücksichtlich deren das gegenwärtige Strafgesetzbuch nichts bestimmt, namentlich die Vorschriften über die Bestrafung von Personen, welche den Preß-, Post-, Steuer- und Zollgesetzen zuwiderhandeln, die Gesetze über den Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechtes sowie über die Bestrafung des Holzdiebstahls.“

In den dem Entwurf beigegebenen Motiven war der Ersetzung des Wortes Materie durch das deutsche Wort Gegenstände nicht gedacht.

Die von dem Bundesrat zur Beratung des Entwurfes einberufene Kommission von sieben Juristen, von welchen vier, darunter Friedberg, dem Preussischen Staat angehörten, wobei Kubo und Rüdorff als Schriftführer fungierten, gab dem ersten Entwurf folgende Gestalt:

„§ 2.

„Mit diesem Zeitpunkte werden außer Wirksamkeit gesetzt:

„1. für das Königreich Preußen usw.“

„§ 3.

„In Kraft bleiben die besonderen Bundes- und Landesstrafgesetze über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, namentlich die Vorschriften über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd- und Feldpolizeigesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechtes und über den Holzdiebstahl.“

Motive wurden diesem zweiten Entwurfe nicht beigegeben, aber seine Abweichungen vom ersten Entwurf waren, abgesehen von der Erweiterung der Aufzählung der besonderen Vorschriften, nach Rüdorff's Zeugnis nur redaktioneller Natur: Rüdorff-Stenglein N. 3. Außerdem erhielt der § 3 als zweiten Absatz den dritten Absatz des jetzigen § 2.

Von dem Bundesrat wurde ein neuer, dritter Entwurf aufgestellt. Dieser enthielt nur drei Abweichungen von dem zweiten, darunter aber eine hierher gehörende, indem die Aufzählung der bestehenden Modifikationen gestrichen und die beiden §§ 2, 3 in den einen § 2 zusammengefaßt wurden. Begründet wurde diese Abänderung nicht, und ebensowenig wurde der nunmehrige § 2 im Reichstag einer Erörterung unterzogen.

Als Resultat ergibt sich, daß § 2 von den früheren Entwürfen nur insofern abweicht, als die kodifizierten Gesetze und das frühere Gemeine Recht nicht formell aufgehoben sind. Dagegen ist

die Bedeutung des Wortes Materie in allen Vorarbeiten bis zum preußischen Strafgesetzbuch zurück gleich Gegenstand. Das bisherige Recht ist aufgehoben, soweit es mit dem neuen gegenständlich zusammenfällt, diese gegenständliche Gemeinschaft im weitesten Sinne genommen: Rechtsätze und Rechtsinstitute auf der einen, strafbare und nicht strafbare Handlungen auf der anderen Seite. Es ist nicht aufgehoben, soweit es Gegenstände betrifft, rücksichtlich deren das gegenwärtige Strafgesetzbuch nichts bestimmt. — Kaiser H. IV 44 N. 2 und ihm nachfolgend Dischhausen N. 3 räumen ein, daß im ersten Entwurf Gegenstand mit Materie gleichbedeutend gewesen und nur gewählt sei, um das Fremdwort zu vermeiden, bestritten aber die Identität für das jetzige Gesetz, weil bei seiner Festhaltung ein unverzeihlicher Pleonasmus vorliegen würde: „Gegenstände, welche Gegenstand des StGB. sind.“ Dies ist der einzige unmittlere Grund, den sie gegen die Identität vorbringen. Er wird durch die bedauerliche, aber unbestreitbare Tatsache widerlegt, daß unsere Reichsgesetze an solchen Pleonasmen reich sind, ohne daß es notwendig oder statthaft oder überhaupt möglich ist, den dicht beieinander stehenden gleichen Ausdrücken einen verschiedenen Sinn unterzulegen. Um das nächste Beispiel zu wählen: Art. 4 Eingang und Nr. 13 der Reichsverfassung lauten: „Der Gesetzgebung des Reiches unterliegen die gemeinsame „Gesetzgebung über das Strafrecht“ — Gegenstand der Gesetzgebung die Gesetzgebung!

Hiermit stimmt überein Binding Grundr. 75. Ebenso v. Liszt 96: „Materie, d. h. „Gegenstand des StGB. sind die einzelnen für strafbar oder für nicht strafbar erklärten Handlungen“, denn, wie er selbst in N. 1 einräumt, erlangen zwar die s. g. allgemeinen Lehren nur in der Beziehung auf das einzelne Delikt Bedeutung, aber folgerichtig ist eine bestimmte Handlung nur dann ein Delikt, wenn sich mit ihrem besonderen Tatbestande der allgemeine objektive und subjektive Tatbestand verbindet. Wie v. Liszt auch Wachenfeld H. II 251: „Materie = Gegenstand „eine einzelne mit Strafbestimmungen umkleidete Lebenserscheinung“. Endlich ist hierher zu nehmen Rüdorff-Stenglein 47, nach welchem die Worte „Materien, welche Gegenstand des StGB. „sind“, „nur das bezeichnen wollen, was nach allgemeinen wissenschaftlichen Grundätzen als der „wesentliche Inhalt der Einzelbestimmungen des Gesetzbuchs nach ihrem Umfang und ihrem „kriminallitischen Charakter, kurz als ihr legislativer Gehalt anzusehen ist.“ Gegenüber dieser ebenso naheliegenden wie einfachen Erklärung holen andere Autoren weiter aus. So Finger I 152: „Rechtsätze, die zu einer Einheit um deswillen zusammengefaßt werden können, weil sie „sich auf denselben strafrechtlich relevanten Tatbestand beziehen“. Frank N. II 1: „durch innere Verwandtschaft zusammenhängende Gegenstände der Strafgesetzgebung“. Meher-Alfeld 85 N. 8: „ein Komplex von Handlungen, welche in der Grundform der Begehung gleichartig sind.“ Dischhausen N. 3: „ein Rechtsinstitut oder wenigstens ein Kreis zusammengehöriger Rechtsätze, „also eine gewisse Einheit — nicht einzelne Rechtsätze —, zu der einerseits die einzelnen daraus „fließenden oder sich abzweigenden Rechtsätze, andererseits alle Rechtsätze, die entweder einer „anderen Rechtsmaterie angehören oder wenigstens einer anderenweilen Regelung der Materie „entpringen, als fremdartige in einem begrifflichen Gegenstand stehen.“ — Ob mit solchen komplizierten Definitionen der Praxis gedient ist, mag dahingestellt bleiben, aber es trifft sich merkwürdig, daß Dischhausen selbst N. 8 es für richtig (im Positiv) erklärt, unter den besonderen Vorschriften des Abs. 2 solche Vorschriften zu verstehen, welche „Gegenstände betreffen, rücksichtlich „deren das StGB. nichts bestimmt.“

Als strafrechtliche Spezialisierung des Art. 2 der Reichsverfassung hat § 2 mit seinem Begriff Materie eine über das StGB. hinausgehende Bedeutung. Mit Recht hat daher das Reichsgericht eine das Streikpostenstehen mit Strafe bedrohende kaiserliche Verordnung v. 21. April 1900 auf Grund Gew.Ord. § 152 für ungültig erklärt, allerdings ohne Präjudiz für die Zulässigkeit von Polizeiverordnungen auf Grund StGB. § 366 Nr. 10: RG. 11./2. 01 C. 34 121.

6. Ist hiernach das ältere Recht insoweit aufgehoben, als es Materien betrifft, über welche das StGB. bestimmt, so läßt sich doch die Frage, was als solche Materie anzusehen ist, nicht nach einem allgemeinen Prinzip beantworten. Bei der Beantwortung sind die allgemeinen Interpretationsregeln zu befolgen, wobei die Überschriften zu den einzelnen Abschnitten nicht entscheidend sind, sondern nur eine Handhabe bieten; vgl. v. Wächter, Weil. 236, 237. Wird auf die Entstehungsgeschichte der einzelnen Bestimmung zurückgegangen, so darf, was einzuschärfen das Reichsgericht wunderbarer Weise einmal genötigt gewesen ist, die Ansicht nur des einen der beiden an der Gesetzgebung beteiligten rechtsrechtlichen Körperschaften nicht als den Ausschlag gebend erachtet werden: RG. 27./3. 84 C. 10 221. Unbedingt muß aber an zwei Gesichtspunkten festgehalten werden. Zunächst daran, daß die Schaffung des StGB. ein rechtspolitischer Akt im großen Stil ist: durch das StGB. sollte auf dem Gebiete des Strafrechts Einheit geschaffen werden. Nach diesem Gesichtspunkt ist im Zweifel für das Reichsrecht und gegen das Landesrecht zu entscheiden. Sodann, und dies ist im Grunde nur eine Folge des ersten Gesichtspunktes, genügt es, um die Landesgesetzgebung von einem bestimmten Gebiete auszuschließen, daß die Reichsgesetzgebung beabsichtigt hat, sich deselben seinem ganzen Umfange nach zu bemächtigen. Hat es also eine

zusammengehörige Gruppe von Rechtsverhältnissen zu einem Abschnitt in der Absicht zusammengefaßt, das ganze in dieser Weise abgegrenzte Rechtsgebiet erschöpfend und abschließend zu regeln, so bleibt für die Tätigkeit der Landesgesetzgebung auf diesem Gebiete kein Raum mehr und zwar auch dann nicht, wenn jene Absicht nicht erreicht ist: RG. 27./3. 84 C. 10 221, 25./3. 97 C. 30 31, 7./12. 08 C. 42 100. Infolge solcher Regelung der ganzen Materie sind alle auf diese bezüglichen, der Vergangenheit angehörigen Strafbestimmungen als beseitigt anzusehen und ist der Landesgesetzgebung auch für die Zukunft die Befugnis entzogen, strafgesetzliche Vorschriften bezüglich solcher zu erlassen. Die Landesgesetzgebung darf daher ein Verhalten, welches unter eine im StGB. geregelte Materie fällt, nicht unter einem anderen Gesichtspunkt normieren, z. B. eine Körperverletzung nicht unter dem Gesichtspunkt einer Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit: Frank N. II 2; RG. 7./2. 89 C. 19 13. Es kommt nicht auf den Namen, nicht auf die Einreihung unter eine bestimmte Rubrik, sondern nur darauf an, ob die Handlung, abgesehen von der Form ihrer Begehung, den Tatbestand einer im StGB. mit Strafe bedrohten Handlung enthält.

Als eine in dem StGB. erschöpfend geregelte Materie sind zunächst die in dem ganzen ersten Teil einschließlich der von ihm nur äußerlich getrennten Einleitung enthaltenen Bestimmungen jedoch mit Ausnahme des Strafvollzuges, anzusehen: Berner 42 und Hälsscher I 109, auch RG. 27./3. 84 C. 10 221, wogegen Olshausen N. 4a und Frank N. VI nur zugeben, daß „auch der „Allgemeine Teil des StGB. Materien enthält, und zwar solche, die das StGB. erschöpfend regelt,“ letzterer aber ersichtlich die besonderen Vorschriften des Abj. 2 im Auge hat, also mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt. Meyer-Allfelds Widerspruch 85 Nr. 4 klingt zuerst allgemein, bezieht sich aber schließlich ebenfalls nur auf die der Landesgesetzgebung freigegebenen Materien. Auch v. Liszt 96 N. 1 widerspricht, wie bereits oben bemerkt, nur scheinbar, da die allgemeinen Bestimmungen nur in Beziehung auf das einzelne Delikt Bedeutung erlangen, z. B., wie Frank a. a. O. zutreffend exemplifiziert, die Bestimmungen über Teilnahme und Versuch nur den Einfluß gewisser Modifikationen des Tatbestandes auf die Strafbarkeit fixieren.

Bei dem Besonderen Teile liegt die Sache anders, indem nicht in allen seinen Abschnitten zusammenhängende Materien in erschöpfender und abschließender Weise geregelt, vielmehr hier und da auch einzelne Vorschriften, welche nur einen losen Zusammenhang haben, aus mehr äußerlichen Rücksichten zu einem Abschnitt zusammengefaßt sind. Als erschöpfend gelten allgemein die Abschnitte 1 bis 4, 8 bis 23 und 26. Als nichterschöpfend gelten allgemein die Abschnitte 25 und 29; die in ihnen nicht vorgeesehenen Handlungen sind nicht stillschweigend für straflos erklärt, sondern der Landesgesetzgebung freigegeben. Vgl. z. B. Hälsscher I 112, v. Liszt 97, Meyer-Allfeld 85, Olshausen N. 4b, Rüdorff-Stenglein Abschnitt 25, 29 Nr. 5, RG. 27./3. 84 C. 10 220, wogegen Berner 42 nur den Abschnitt 29 für nicht abgeschlossen, alle übrigen Bestimmungen des Besonderen Teils für erschöpfend hält.

7. Wenn das StGB. bezüglich einer bestimmten, in ein abgeschlossenes Gebiet gehörenden Handlung schweigt, so hat dies regelmäßig die Bedeutung, daß die Handlung straflos sein soll: dann ist die Landesgesetzgebung ausgeschlossen (s. g. konkludentes oder qualifiziertes Schweigen). Das Schweigen kann aber auch bedeuten, daß die Regelung der Landesgesetzgebung überwiegen ist: dann hat die Landesgesetzgebung freie Hand, sie kann die Handlung mit Strafe belegen oder ihrerseits ebenfalls straflos lassen. Vgl. Finger I 152, v. Sillenthal 16, v. Liszt 97, Meyer-Allfeld 84, Olshausen N. 5, v. Wächter Beil. 240 ff. Welche Bedeutung dieser indirekten Regelung der Materie beizulegen sei, läßt sich nur durch Einzelauslegung entscheiden. Allgemein läßt sich lediglich der Grundsatz aufstellen, daß, wenn das StGB. eine Handlung nur als dolose bestraft, die kulpose Begehung, und wenn es sie nur in verschärfter Form bestraft, die mildere Form auch von der Landesgesetzgebung straflos zu lassen ist.

Nach dem Vorgang anderer Schriftsteller sollen folgende zwei Fälle hier besonders betrachtet werden.

a) Der Rückfall ist von dem StGB. im bewußten Gegensatz zu dem früheren Strafrecht nicht in dem Allgemeinen Teil als allgemeiner, sondern nur im Besonderen Teil als straffschärfender Umstand bei mehreren Delikten genannt: §§ 244, 250 Nr. 5, 261, 264, 362 Abj. 2. Folglich darf die Landesgesetzgebung ihn nicht als allgemeinen Grund der Strafschärfung verwenden, wohl aber, wie es auch die Reichsgesetzgebung im MilStGB. und in zahlreichen Nebengesetzen getan hat, als besonderen Strafschärfungsgrund. Weiter geht die Beschränkung aber nicht, und „deshalb „ist es der Landesgesetzgebung unbenommen, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen „der Rückfall bei einzelnen Zuwiderhandlungen gegen Landesstrafgesetze mit erhöhter Strafe „zu belegen sei“: Olshausen N. 6a; a. M. Binding Handb. I 313.

b) Die Selbsthilfe ist im StGB. als besondere Deliktsart nicht genannt. Der Richter hat daher die Strafbestimmungen über andere Delikte anzuwenden, wenn die Selbsthilfe im einzelnen Falle deren Merkmale annimmt. Nun bedroht aber das StGB. alle schwereren Formen, in denen die Selbsthilfe auftreten kann, schon als besondere Delikte: §§ 113, 123, 124, 137, 201,

240, 303, läßt also alle leichteren Formen an sich straflos. Diese leichteren Formen sind daher auch von der Landesgesetzgebung straflos zu lassen: v. Liszt 98, Meher-Altfeld 586, Dshausen N. 6b, Schütze 409 N. 5; RG. 3./10. 82 C. 7 63. Dagegen sind Binding Handb. I 318, Frank N. III 1 und Oppenhoff-Delius N. 20 der Ansicht, daß die Materie der Selbsthilfe im StGB. überhaupt nicht geregelt und daher der Landesgesetzgebung unter Einhaltung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs überlassen sei.

8. Abs. 2 bestimmt, daß die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechtes in Kraft bleiben.

Nach der oben N. 5 gegebenen Entstehungsgeschichte bedeutet das Wort „besondere“ in den beiden ersten Entwürfen nach dem Vorgange des GB. zum preussischen StGB. den Gegensatz zu dem früheren Gemeinen Strafrecht und den kodifizierten Strafgesetzbüchern. Nachdem durch die endgültige Formulierung des § diese gegenfällliche Bezugnahme beseitigt ist, sind unter den besonderen Vorschriften diejenigen zu verstehen, welche Gegenstände betreffen, rüchfichtlich deren das StGB. nichts bestimmt, mögen sie in dem früheren Gemeinen Recht, in den Strafgesetzbüchern oder in Spezialgesetzen enthalten sein. Die bisherigen Vorschriften bleiben somit bestehen, neue können gegeben werden. Vgl. Binding Grundr. 75, Finger I 151, Frank N. IV, Heinze §§ II 11, v. Liszt 98, Dshausen N. 8, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 12; RG. 2./6. 80 C. 1 443.

Ist also Abs. 2 nur die negative Formulierung des Abs. 1 und insofern überflüssig, so erhebt sich unabweislich die Frage, weshalb gleichwohl mehrere dieser besonderen Vorschriften namentlich aufgeführt sind. Dies kann in unverbindlicher, lediglich exemplifizierender Weise geschehen sein, ohne Präjudiz für die vom Richter zu treffende Entscheidung, ob die genannten Vorschriften gegenständig mit dem StGB. zusammenfallen oder nicht zusammenfallen. Dies ist die Ansicht von Kayser §§. IV 45, Rüdorff-Stenglein N. 3 und wesentlich auch von Finger I 151 N. 176. Dagegen spricht aber nicht nur, daß das StGB. kein Lehrbuch, sondern ein Gesetz ist, nicht hermeneutische Belegungen erteilt, sondern befiehlt, dafür spricht vorzüglich der Umstand, daß unter den genannten Vorschriften sich auch eine über den Holzdiebstahl, also über eine Materie befindet, welche unbestreitbar im StGB. geregelt ist. Die obige Ansicht kann daher nicht richtig sein, die Aufzählung muß als eine authentische Auslegung des Ausdrucks „besondere Vorschriften“ betrachtet werden, wonach die speziell genannten Vorschriften des Landesstrafrechtes auch dann geltendes Recht sind, wenn sie in Wirklichkeit gegenständig mit dem Reichsrecht zusammenfallen, z. B. Bestechung, Betrug (Defraude), Diebstahl (Wegnahme in gewinnjüchtiger Absicht), Sachbeschädigung (auch kulpose), Widerstand. Vgl. Binding Handb. I 293 ff., 337, 344, 345, 346 N. 9, 348, Grundr. 76, Lehrb. I 286, Frank N. IV, Hälschner I 100, Heinze §§. II 11, v. Silienthal 16, v. Liszt 98, Merkel 6, 9, Meher-Altfeld 86 N. 11, Dshausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 6, Schütze 12, v. Wächter Weil. 234; RG. 19./10. 80 C. 2 354, 4./4. 81 C. 4 50, 12./4. 86 C. 14 124. Macht die Landesgesetzgebung von ihrer Befugnis keinen Gebrauch, so greift das Reichsrecht Platz, welches also insoweit nur subsidiäre Geltung hat: Frank N. IV, Hälschner II 311. Macht es von ihr Gebrauch, so kommt das Reichsrecht nur soweit zur Anwendung, als in dem Landesgesetz ein ausdrücklicher Vorbehalt zu seinen Gunsten gemacht ist, und unter dieser Voraussetzung ist zwischen dem Landesgesetz und dem Reichsgesetz auch Idealkonkurrenz möglich: Dshausen N. 11; RG. 28./10. 80 C. 2 405, 4./4. 81 C. 450, 13./7. 86 C. 14 293, 21./11. 98 C. 31 354. Ebenmäßig ist die Landesgesetzgebung frei in der Abgrenzung der einzelnen Delikte gegenüber den allgemeinen Deliktsgesetzen: Dshausen N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 9.

Nach Art. 2 der Reichsverfassung verliert natürlich die Landesgesetzgebung ihre Befugnis, sobald die betreffende Materie durch die Reichsgesetzgebung geregelt wird. Dies ist geschehen bezüglich des Preß-, Post-, Vereins- und in weitem Umfange bezüglich des Steuer- und Zollwesens.

9. Wie oben N. 6 ausgeführt wurde, sind die in der Einleitung und in dem ersten Teil des StGB. enthaltenen Bestimmungen als eine erschöpfend geregelte Materie anzusehen. Daher ist die Frage unabweisbar, ob auch abgesehen von den in GB. §§ 5 bis 7 enthaltenen Einschränkungen die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete, es möge sich um bereits bestehende oder um neue Gesetze handeln, an jene Bestimmungen gebunden ist.

Zunächst herrscht darüber kein Streit, daß die allgemeinen Bestimmungen des StGB. zur Anwendung zu kommen zu haben, wenn das Landesgesetz selbst gar keine bezüglichlichen Bestimmungen enthält. Ebenso haben sie nach GB. § 3 dann zur Anwendung zu kommen, wenn das Landesgesetz, sei es generell, sei es speziell, auf die in dem früheren territorialen Strafrecht, insbesondere den Strafgesetzbüchern enthaltenen allgemeinen Vorschriften lediglich verweist: Dshausen N. 11; RG. 28./5. 91 C. 21 22, auch 1./12. 98 C. 31 362. Dagegen wird vielfach darüber gestritten, ob die Landesgesetzgebung befugt ist, speziell solche Vorschriften zu erlassen, welche von den im StGB. enthaltenen allgemeinen Bestimmungen abweichen. Hierüber sind drei Ansichten aufgestellt.

Die erste Anficht behauptet die Geltung der allgemeinen Bestimmungen ausnahmslos für alle Landesgefetze: Binding Handb. I 308 und Grundr. 76, Hälfchner I 109. Nach der zweiten Anficht ift die Landesgefetzgebung völlig frei: v. Lilienthal 16, v. Liszt 96 R. 1, Meyer-Altfeld 85, Oppenhoff-Delius R. 2 und Einleitende Bestimmungen R. 2, Rüdorff-Stenglein R. 10, v. Schwarze R. 1, 2; RG. I./5. 80 C. 2 33, 27./1. 81 C. 4 1, 28./6. 94 C. 26 13, 10./1. 96 C. 28 105, 25./3. 97 C. 30 31. Ebenfo ift die Gefetzgebung vieler Bundesftaaten, insbefondere Preußens von der Anficht getragen, daß ihre „befonderen Vorſchriften“ von den allgemeinen Bestimmungen des StGB. nur inſoweit beherrſcht werden, als ſie nicht auch in dieſer Richtung abweichende Bestimmungen enthalten. Endlich geht die dritte Anficht in bunter Mannigfaltigkeit dahin, daß gewiſſe allgemeine Vorſchriften des StGB. unweigerlich bindend, andere dagegen nicht bindend ſeien: Berner 274, Singer I 156, Frank R. VI, Kahjer hS. IV 46, Merkel 7, Oſthauſen R. 13, Wächterfeld hR. II 251, v. Wächter Weil. 239.

Die erſte Anficht, de lege ferenda unbedingt zu empfehlen, ift unhaltbar, weil die in den „befonderen Vorſchriften“ enthaltenen allgemeinen Bestimmungen einen Teil jener Vorſchriften bilden und Abſ. 2 keinen Unterſchied macht, ſomit lege non diſtinguente nec noſtrum eſt diſtinguere. Konſequenterweise muß man nach Meyer-Altfelds 86 prägnantem Ausdruck annehmen, daß das Reichsrecht, wie es eine von ihm ergriffene Materie in allen ihren Beziehungen beherrſchen will, ſo eine von ihm freigegebene Materie in jeder ihrer Beziehungen freigegeben hat. Aber die zweite Anficht läßt ſich nicht rein durchführen, und man wird ſonach mit Notwendigkeit zu der dritten Anficht gedrängt. Es kann ſüglich gar nicht daran gezeiwelt werden, daß eine Anzahl der allgemeinen Vorſchriften auch für die Landesgefetzgebung zwingendes Recht ift, ſo daß dieſe in ihrem ganzen Bereiche an das Reichsrecht gebunden ift, z. B. StGB. §§ 2, 55. Als allgemeiner Grundſatz läßt ſich nur hinſtellen, daß ſie die von der Reichsgefetzgebung gezogene Linie nicht nach oben überſchreiten darf. Will die Interpretation weitergehen, ſo verliert ſie allen feſten Boden unter den Füßen, zumal wenn es ſich um Zahlen handelt, welche ja immer ein willkürliches Moment in ſich tragen. Wenn Frank unter Oſthauſens Zuſtimmung behauptet, daß es ſich abgeſehen vom Verſuch und der Teilnahme um „Rechte der Untertanen gegenüber der Strafgewalt des Staates“ handle, ſo ift dieſes ſchon deshalb irrig, weil das StGB. überall keine Rechte der Untertanen begründet, ſondern Gebote an die Organe der ſtaatlichen Strafgewalt ausſpricht. Wirkliche ſubjektive Rechte der dem Geſetze unterworfenen Perſonen kennt das öffentliche Recht überhaupt nicht; was man als ſolche bezeichnet, ſind nur Selbſtbeſchränkungen der Staatsgewalt.

10. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ſind u. a.

a) aufgehoben:

die Strafvorſchrift über Aufſtellung einer zu hohen Brandſchadensliquidation in böſlicher Abſicht im preuß. Gef., betr. Mobilienverſicherungswesen, v. 8./5. 37 § 28: 4./12. 80 C. 3 84; die ſächſiſche Generalverordnung, betr. Verbot des Ausſpielenz, v. 18./2. 1784, und die Verordnung der ſächſiſchen Landesregierung v. 15./7. 1826, ſoweit ſie das öffentliche Recht überaus beweglicher Sachen mittels eines nicht als Glückſpiel zu betrachtenden Spiels beſtrafen: 3./5. 88 C. 18 1;

die Strafvorſchriften über Uneignung von Fallwild: 4./2. 89 C. 19 49;

die Strafvorſchriften über Selbſthilfe: 3./10. 82 C. 7 63;

die Strafvorſchriften über das Glückſpiel: 18./9. 09 C. 42 430;

b) in Kraft geblieben:

die Strafvorſchrift über die Überverſicherung im preuß. Gef., betr. Mobilienverſicherungswesen, v. 8./5. 37 § 20: 7./2. 89 C. 19 13;

über das Querklettern: 28./12. 83 C. 9 357, 23./6. 99 C. 32 243, 15./12. 99 C. 30 14;

über das uneheliche Zusammenleben: 7./5. 00 C. 33 273;

über das Abhalten von Bietern bei öffentlichen Verſteigerungen, vgl. unten Abſchn. 25R.

§ 3.

Wenn in Landesgefetzen auf ſtrafrechtliche Vorſchriften, welche durch das Strafgeſetzbuch für den Norddeutſchen Bund außer Kraft geſetzt ſind, verwieſen wird, ſo treten die entſprechenden Vorſchriften des letzteren an die Stelle der erſteren.

1. Dieſe Beſtimmung findet ſich erſt im zweiten Entwurf und gibt nach der im Reichstage abgegebenen Erklärung des Kommiſſionsvorſitzenden Dr. Leonhardt nur eine Interpretationsregel, die nach allgemeinen Grundſätzen als ſelbſtverſtändlich angehen werden könnte, jedenfalls aber als geſetzliche Beſtimmung etwaige Zweifel beſeitigt. Sie bezieht ſich ihrem Wortlaut nach

nur auf das Landesrecht, nicht auch auf die fröheren Bundesgefetze. Gleichwohl muß sie auch auf diese angewendet werden, weil sich andernfalls mehrfach, z. B. im Vereinszollgefetz v. 1. Juli 1869 § 149, eine Lücke finden würde: Binding Handb. I 282, Dishaufen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 12./10. 88 C. 18 91; a. M. anscheinend Frank N. II. Gefetz ist hier im weitesten Umfang zu nehmen, ist also nicht auf das Strafrecht beschränkt. Ihre hauptsächlichste Anwendung findet die Bestimmung bei den nach § 2 Abs. 2 in Kraft gebliebenen besonderen strafrechtlichen Vorschriften des Landesrechts.

2. Das Verweisen kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Ersteres von der Benennung einer bestimmten speziellen strafrechtlichen Vorschrift an bis zur allgemeinen Bezugnahme auf das geltende Strafrecht. Stillschweigend besonders bezüglich der allgemeinen Bestimmungen: Binding Handb. I 288 N. 11, Frank N. I, Hälschner I 102, 109, Meyer-Walfeld 87 Nr. 7, Dishaufen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 13./10. 83 C. 9 137.

3. Wenn in einem Landesgefetz, insbesondere in einer der besonderen Vorschriften des § 2 Abs. 2, eine durch das StGB. demnächst außer Kraft gefetzte strafrechtliche Vorschrift wiederholt wurde, so ist sie ein Teil des Landesgefetzes und bleibt mit diesem geltendes Recht, weil das Reichsrecht eine von ihm freigegebene Materie in jeder ihrer Beziehungen freigegeben hat. Wird auf die ältere strafrechtliche Vorschrift nur verwiesen, so ist diese Vorschrift in der hier in Frage stehenden Beziehung gleichfalls ein Teil des Landesgefetzes, ist es jedenfalls dann, wenn, was oft der Fall ist, die Verweisung speziell und mit bestimmter Bezeichnung der in Bezug genommenen Gefetzesstelle geschieht. Gleichwohl bestimmt § 3, der also keineswegs eine selbstverständliche Interpretationsregel gibt, für diesen zweiten Fall, daß die entsprechenden Bestimmungen des StGB. an die Stelle der angezogenen landesrechtlichen Vorschriften treten. Das Wort „entsprechend“ findet sich auch im Gef. v. 30. Aug. 1871 Art. IV (unten Nr. 3) und im Gef. v. 26. Febr. 1876 Art. I (unten Nr. 7) und bedeutet hier „übereinstimmend“. Ebenso findet sich in Art. I des letzteren Gefetzes: „nachstehende, den bisherigen Ziffernzahlen entsprechende Bestimmungen“, was ein schiefher Ausdruck dafür ist, daß die Ziffernzahlen der neuen Bestimmungen mit denen der abgeänderten übereinstimmen. Wird nun in § 3 von den „entsprechenden Bestimmungen“ gesprochen, so ist die — vgl. Dishaufen N. 4 — dafür gegebene Erklärung: „ihrem wesentlichen Inhalte nach zum Erfolge geeignet“ ungenügend. Zu verstehen sind darunter diejenigen Bestimmungen des StGB., welche mit den in den Landesgefetzen in Bezug genommenen Bestimmungen gegenständiglich zusammenfallen. Sie zu ermitteln, ist Sache der Interpretation im einzelnen Fall, und lassen sie sich nicht ermitteln, so bleiben die älteren Bestimmungen in Kraft.

§ 4.

Bis zum Erlasse der in den Artikeln 61 und 68 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vorbehaltenen Bundesgefetze sind die in den Paragraphen 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Teile des Bundesgebietes, welchen der Bundesfeldherr in Kriegszustand (Art. 68 der Verfassung) erklärt hat, oder während eines gegen den Norddeutschen Bund ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

1. Die Bestimmungen der Reichsverfassung lauten:

„Artikel 61 Abs. 2.

„Nach gleichmäßiger Durchführung der Kriegsorganisation des Deutschen Heeres wird ein umfassendes Reichs-Militärgefetz dem Reichstage und dem Bundesrate „zur verfassungsmäßigen Beschlußfassung vorgelegt werden.

„Artikel 68.

„Der Kaiser kann, wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist, einen jeden Theil desselben in Kriegszustand erklären. Bis zum Erlaß eines die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer solchen Erklärung regelnden Reichsgefetzes gelten dafür die Vorschriften des Preussischen Gefetzes vom 4. Juni 1851 (Gefetz-Samml. für 1851 451 ff.).“

2. Das „umfassende Reichs-Militärgefetz“ ist am 2. Mai 1874 (RGBl. 45), bereits vorher aber, nämlich am 20. Juni 1872 (RGBl. 173), das Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst einem GG. vom gleichen Tage ergangen. Der nur eine Übergangsbestimmung enthaltende

§ 4 ist dadurch insoweit außer Wirksamkeit gesetzt, als die in ihm genannten Delikte während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatz begangen werden. Als Kriegsschauplatz ist der ganze Flächenraum zu betrachten, auf welchem kriegerische Operationen stattfinden, einerlei ob Inland oder Ausland. In Anwendung kommen nunmehr MilStGB. §§ 57 bis 59 und 134, und zwar nach § 160 für Ausländer wie für Deutsche, in den nicht durch jene Bestimmungen gedeckten Fällen aber nicht mehr § 4, sondern das Gemeine Recht. Vgl. Frank N. I, v. Liszt 114, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Oppenhoff-Delius N. 1.

3. Das in Art. 68 vorgesehene Reichsgesetz ist noch nicht erlassen. Daher findet § 4 Anwendung, wenn die in ihm genannten Delikte in einem von dem Kaiser in Kriegszustand erklärten Teil des Reichsgebiets begangen werden. Für die Voraussetzungen, die Form der Verkündung und die Wirkungen der Erklärung gelten die Vorschriften des preussischen Gesetzes v. 4. Juni 1851 in Verbindung mit Art. 68. Hieraus folgt:

a) Die Erklärung kann mit bindender Wirkung für den Richter nur vom Kaiser ausgehen.

b) Voraussetzung ist die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit in dem Bundesgebiet. Ob diese Voraussetzung zutrifft, hat nicht der Richter, sondern unter Verantwortlichkeit des Reichskanzlers der Kaiser zu ermesen, dessen Erklärung, obgleich nur ein Verwaltungsakt, auf Grund Art. 68 die Kraft eines Reichsgesetzes hat.

c) Die die Erklärung enthaltende kaiserliche Verordnung ist gemäß B.D. v. 26. Juli 1867 (Bundes-Gesetzbl. 24) im RGBl. zu publizieren. Nach Reichsverf. Art. 17 ist sie im Namen des Reichs zu erlassen und zu ihrer Gültigkeit von dem Reichskanzler gegenzuzeichnen. In gleicher Weise hat die Aufhebung des Kriegszustandes zu erfolgen, falls er nicht für eine bestimmte Zeit erklärt ist. Die Verkündung ist nach § 3 des preussischen Gesetzes v. 4. Juni 1851 außerdem bei Trommelschlag oder Trompetenschall, also mündlich und öffentlich zu bewerkstelligen und zwar am Aufenthaltsort des Kaisers, denn da die Erklärung von dort ausgeht, so ist sie dajelbst in der vorgeschriebenen Form zu verkündigen: Olshausen N. 7.

d) Die Wirkung ist die, daß die in § 4 genannten Delikte statt mit lebenslänglichem Zuchthaus mit dem Tode bestraft werden. Nur aber sie, nicht auch andere in dem preussischen Gesetze genannte Delikte: Finger I 463 N. 599, v. Liszt 114 N. 1, Olshausen N. 8, Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 2. Bezüglich dieser Wirkung herrscht aber Streit.

Die Strafe des lebenslänglichen Zuchthauses ist nämlich nur in den §§ 87 (bei ausgebrochenem Kriege) und 90 ausschließlich, in den anderen Paragraphen aber wahlweise angedroht. Dieses Wahlrecht ist dem Richter nicht genommen, er kann trotz § 4 auf eine zeitige Strafe erkennen und muß nur dann die Todesstrafe verhängen, wenn er außerhalb des Kriegszustandes auf lebenslängliches Zuchthaus erkennen würde: Finger I 455, Frank N. III, John H. III 58, v. Liszt 254 N. 5, Oppenhoff-Delius N. 7. Dagegen nehmen Hälschner II 763, Olshausen N. 9 und Rüdorff-Stenglein Nr. 5 an, daß es keinen Unterschied begründe, ob das lebenslängliche Zuchthaus absolut oder nur effektiv angedroht sei; es sei eben angedroht und daher müsse stets auf den Tod erkannt werden. Aber die Behauptung, daß die betreffenden Paragraphen lebenslängliches Zuchthaus androhen, ist nur halb richtig und ist daher unrichtig; damit entfällt der einzige Grund für die letztere Behauptung. Wäre sie richtig, so müßte, was Olshausen allerdings insonsequenterweise bestritt, in den Fällen der §§ 81, 88 auch dann auf Tod erkannt werden, wenn die strafbar befundene Handlung nicht aus einer ehelichen Gejinnung entsprungen ist (StGB. § 20), denn lebenslängliches Zuchthaus ist und bleibt ja angedroht.

Keine Meinungsverschiedenheit herrscht darüber, daß für den Fall mildernder Umstände das lebenslängliche Zuchthaus nicht angedroht ist, also nicht auf Todesstrafe erkannt werden kann.

4. In Bayern gilt § 4 nicht. Das Gef., betr. die Einführung Norddeutscher Bundesgesetze in Bayern, v. 22. April 1871 (Bundes-Gesetzbl. 87) bestimmt in § 7:

„Das Strafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 und das Einführungsgefetz zu demselben treten am 1. Januar 1872 in Geltung.

„An Stelle der Vorschriften des § 4 des gedachten Einführungsgefetzes hat es für

„Bayern bis auf weiteres bei den einschlägigen Bestimmungen des Militärstrafrechts,

„sowie bei den sonstigen gesetzlichen Vorschriften über das Standrecht sein Bewenden.“

Die „einschlägigen Bestimmungen des Militärstrafrechts“ sind auch für Bayern durch die entsprechenden Bestimmungen des MilStGB. ersetzt. Die „sonstigen gesetzlichen Vorschriften über das Standrecht“, nämlich die Art. 441–456 des bayerischen StGB. v. 16. Mai 1813 Teil II, modifiziert durch Art. 3 Nr. 12 des bayerischen Ausführungsgefetzes zur StW. v. 18. Aug. 1879, sind jetzt ersetzt durch das Gef. über den Kriegszustand v. 5. Nov. 1912 (Gesetz- und Verordnungsbl. f. d. Königreich Bayern 1912 Nr. 71, 1161), dessen Art. 3 lautet:

„Die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323, 324 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen werden mit dem Tode bestraft, wenn sie in einem in Kriegszustand erklärten Orte oder Bezirke begangen werden.“

Für Schaß-Votbringen ist ergangen das Gef. über die Vorbereitung des Kriegszustandes in Schaß-Votbringen v. 30. Mai 1892 (RGBl. 667).

§ 5.

In landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, darf nur Gefängnis bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Ämter angedroht werden.

1. Durch § 5 wird die territoriale Strafgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete eingeschränkt.

Zunächst wird die Androhung anderer als der hier genannten Strafen verboten. Dieses Verbot bezieht sich der Verbotsnatur gemäß nicht auf die bereits bestehenden, sondern nur auf neue Gesetze, was auch aus der Entstehungsgeschichte des § 5 und der ergänzenden Bestimmung in § 6 Abs. 2 erhellt. Alle schwereren Straffälle sind der Landesgesetzgebung für die Zukunft entzogen, und wo sich das Bedürfnis einer anderen oder schwereren Strafe herausstellt, muß die Reichsgesetzgebung eingreifen. Übereinstimmend Berner 43, Frank §§ 5, 6 N. I, v. Liszt 99, Merkel 8, Meves H. S. III 930, Meyer-Allfeld 86, Dlschhausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 12, wogegen Binding Handb. I 298, Finger I 159, Hälschner I 104, 110, Heinze H. S. II 15, Kayser H. S. IV 52, v. Wächter Beil. 246 die Bestimmung auch auf die älteren Landesgesetze beziehen.

Die zeitliche Grenze zwischen dem älteren und dem neueren Recht ist der Tag, an welchem das StGB. in Kraft getreten ist, oben Eingang N. 1: Frank §§ 5, 6 N. I, Dlschhausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1; a. M. Meyer-Allfeld 86, Rüdorff-Stenglein N. 4, welche den Tag annehmen, an welchem das StGB. selbst in Kraft getreten ist.

2. Die meisten Schriftsteller, selbst solche, die, wie z. B. v. Liszt, die Unabhängigkeit der Landesgesetzgebung von den allgemeinen Bestimmungen des StGB. behaupten, nehmen gleichwohl an, daß die Bestimmungen über das Strafenystem, also die §§ 13—42 unbedingt bindendes Recht seien: z. B. Binding Handb. I 296, v. Liszt 98, 251 N. 1, Merkel 7. Diese Ansicht, nach welcher u. a. die reichsgesetzlichen Mindest- und Höchstbeträge der einzelnen Strafarten die Landesgesetzgebung unbedingt binden würden, wird von der Landesgesetzgebung nicht als richtig anerkannt. Es ist mit Dlschhausen N. 4 und § 2 N. 14, auch StGB. Teil I Abschn. 1 N. 1 Abs. 3, und Oppenhoff-Delius N. 3 — letzterer behauptet allerdings § 6 N. 7 die Bindung an die Strafgebühren — anzunehmen, daß die Landesgesetzgebung von den über die betr. Strafen im StGB. gegebenen Vorschriften insoweit abweichen darf, als dadurch der Charakter der Straftat nicht berührt wird, also z. B. keine Haft mit Arbeitszwang, wohl aber bei Übertretungen Geldstrafe unter einer Mark androhen darf. Wie für die neuere, gilt dies auch für die ältere Gesetzgebung, welche von der Beschränkung des § 5 überhaupt nicht getroffen wird. Daß zwar die älteren, nicht aber die neueren Landesgesetze hinsichtlich der Strafhöhe frei seien, behauptet auch Frank §§ 5, 6 N. I 3.

3. Das StGB. bezieht sich wie das StGB. selbst nur auf die eigentliche, die kriminelle Strafe. Nicht also auf die polizeilichen Maßnahmen und Privatgenugtuungen (unten Teil I. Abschn. 1 N. 3 III legt. Abs.), die Zwangs- oder Exekutiv-, Ordnungs-, Disziplinar-, sog. konventionell-strafe, Erfüllungszwang, Verpflichtung zum Schadenersatz, rein polizeiliche Maßregeln. Auf diesem weiten Gebiete ist die Landesgesetzgebung völlig frei. Vgl. z. B. Meyer-Allfeld 7, Dlschhausen N. 6, 7, Rüdorff-Stenglein N. 7 und speziell über die Haftung dritter Personen für die von dem Schuldigen verwirkte Geldstrafe: Binding Handb. I 489, v. Liszt 248 Nr. 5, Meyer-Allfeld 188 N. 20. — Nach Hälschners vereinzelter Ansicht I 111 „läßt sich der Fassung des Gesetzes gegen „über unmöglich behaupten, daß irgendein Gebiet der Landesstrafgesetzgebung, so insbesondere „die Disziplinar-Gesetzgebung, von der Norm des § 5 eximiert sein sollte“.

4. Die Aufzählung der Strafen ist abschließender Natur.

Nur die Einziehung einzelner Gegenstände, nicht die von ganzen Vermögen und von Rechten, z. B. Gewerbeberechtigungen, darf angedroht werden: Binding Handb. I 301, Dlschhausen N. 4a, Oppenhoff-Delius StGB. § 40 N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 9; a. M. Heinze H. S. II 14. Siehe unten StGB. § 40 N. 9.

Die Entziehung öffentlicher Ämter ist gleichbedeutend mit dem Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, nicht aber mit der Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, welche daher nicht angedroht werden darf. Für den Begriff des öffentlichen Amtes ist StGB. § 31 einschließlic des Abj. 2 (Ulshausen StGB. § 31 Nr. 11) maßgebend, jedoch mit Beschränkung auf die in demjenigen Bundesstaate bekleideten Ämter, welcher das die Entziehung androhende Gesetz erlassen hat. Binding Handb. I 302, Ulshausen 4b, Rüdorff-Stenglein Nr. 10.

Der Verweis ist nicht genannt, darf also nicht angedroht, sondern nur auf ihn gemäß § 6 und StGB. § 57 Nr. 4 erkannt werden, wenn das Landesgesetz keine ausdrückliche verneinende Bestimmung enthält, vgl. oben § 2 Nr. 10: Binding Handb. I 303, Birkmeyer 1139, Finger I 158 Nr. 168, Frank Nr. I 2, Ulshausen Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 11; a. M. Stahjer Hb. IV 53, Meyer-Alsfeld 307 (anscheinend), v. Wächter Weil. 244.

§ 6.

Vom 1. Januar 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in Landesgesetzen anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindefarbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein Bewenden..

1. In neuen Landesgesetzen dürfen schon nach § 5 nur solche Strafen angedroht, also vom Richter ausgesprochen werden, welche im StGB. enthalten sind. Die Bestimmung des § 6 enthält eine bindende Anweisung für den Richter, welche sowohl bei dem älteren Reichs- als auch dem älteren Landesrecht und, wenn ein neues Landesgesetz gegen § 5 verstößen sollte, auch bei diesem zu befolgen ist, wogegen die neue Reichsgesetzgebung selbstverständlich auch bezüglich der Strafarten freie Hand hat: Frank Nr. II 1, Meyer I 162, Meyer-Alsfeld 87, Ulshausen Nr. 1, Oppenhoff-Deilus Nr. 3, Schütze 12.

2. Die Ausführungen zu § 5 Nr. 3 greifen auch hier Platz: Ulshausen Nr. 4; RG. 18./2. 87 G. 15 303, 25./11. 95 G. 28 45. Daher kann auf polizeiliche Maßnahmen — z. B. gegen Kinder unter zwölf Jahren: Binding Handb. I 324, Ulshausen Nr. 1 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 4 Abj. 2 — und auf Privatgenugtuungen, welche als Folge eines Delikts vom Richter ausgesprochen werden können oder müssen, auch dann erkannt werden, wenn sie dem StGB. unbekannt sind.

3. Für die Frage, ob und inwieweit der Richter, abgesehen von den Strafarten selbst, an die in dem StGB. über die einzelnen Strafarten enthaltenen näheren Bestimmungen gebunden ist, gilt das zu § 5 Nr. 2 Bemerkte.

4. Der Richter hat nicht auf die wörtliche Bezeichnung, sondern auf das Wesen, den Charakter der Strafe zu sehen. Wenn die älteren Gesetze von Ordnungsstrafe, Geldbuße, Geldsumme, auf welche zu erkennen sei, sprechen, so sind darunter Geldstrafen zu verstehen: RG. 9./10. 84 G. 11 139. Wenn von polizeilichem Gefängnis, so ist auf Haft zu erkennen: RG. 27./11. 85 G. 13 93. Ebenso ist wegen der großen Übereinstimmung zwischen dem Strafsystem des preussischen und des Reichsstrafgesetzbuchs auf Haft zu erkennen, wenn in einem preussischen Gesetz Gefängnis bis zu sechs Wochen angedroht ist: RG. 27./11. 85 G. 13 93. Übereinstimmend hiermit ist in dem Einführungs-Gej. für Elsaß-Lothringen Art. V Abj. 2 angeordnet, daß, wenn eine Strafe bis zu sechs Wochen Gefängnis angedroht wird, die Handlung eine Übertretung, also auf Haft zu erkennen ist. Vgl. Frank Nr. II 1, Ulshausen Nr. 3 Abj. 2, auch StGB. § 1 Nr. 12, Rüdorff-Stenglein StGB. § 1 Nr. 8, § 2 Nr. 5.

5. Wenn die angedrohte Strafart nicht durch eine der Strafarten des StGB. gedeckt wird und auch die Landesgesetzgebung von der ihr in § 8 erteilten Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, so kann der Richter überhaupt nicht auf Strafe erkennen, sondern muß freisprechen: Finger I 158, Frank Nr. II 1, Meyer-Alsfeld 87, Ulshausen Nr. 3 Abj. 1, Oppenhoff-Deilus § 8 Nr. 7. Hälshner I 107 behauptet, daß für die vor der beginnenden Geltung des StGB. verübten Delikte die zur Zeit der Tat geltenden Gesetze, sofern sie die milderen sind, auch bezüglich ihrer Strafarten volle Anwendbarkeit behalten. Binding Handb. I 107 hält den Richter für legitimiert, die von der Landesgesetzgebung verabsäumte Strafumwandlung selbst vorzunehmen und auf die der abgeschafften landesrechtlichen Strafe an Gehalt annähernd gleichkommende reichsrechtliche Strafe zu erkennen.

6. Wenn in einem Landesgesetze, wie in den Forststrafgesetzen von Preußen, Sachsen und Baden — auch in den Schutzgebieten gibt es Arbeitszwang ohne Einschließung — anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindefarbeit entweder ausschließlich oder wahlweise

mit einer anderen Strafe angedroht ist, „fo behält es hierbei sein Bewenden“; der § 5 ist also infoweit ergänzt, und der Richter hat trotz Abf. 1 auf folche, dem StGB. unbefannte, Arbeit zu erkennen. Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut nur auf die bereits bestehenden: v. Liszt 99, wird aber mit Recht in favorem rei auch auf künftig zu erlassende Gefetze bezogen, wenn die betr. Landesgesetzgebung diese Strafart bisher schon gekannt hat: Binding Handb. I 304, Hälschner I 106, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5; ebenso die Landesgesetzgebung.

7. Gefängnis ist nach Olshausen N. 7 im Sinne StGB. § 16 zu verstehen, wogegen es, wenn das Maximum sechs Wochen beträgt, im Sinne von Haft nehmen Binding Handb. I 304 N. 24, Hälschner I 600 N. 2, Rüdorff-Stenglein StGB. § 18 N. 2. Wie die Ausführungen in N. 4 ergeben, ist die letztere Ansicht die richtige.

§ 7.

Vom 1. Januar 1871 ab verjähren Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Entrichtung der Branntweinsteuer, der Biersteuer und der Postgefälle in drei Jahren.

Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Zeit, in welcher die Strafverfolgung der gedachten Zuwiderhandlungen verjährt, ohne Unterschied, ob ein Vergehen oder eine Übertretung vorliegt, und ob der zu entrichtende Betrag in die Reichs- oder in eine sonstige Klasse fließt. In Betracht kommen alle Vorschriften, welche zum Schutz und zur Sicherung des Ertrages der Steuer gegeben sind und die Hinterziehung auch nur mittelbar verhindern sollen. Abgesehen von der Verjährungszeit der Strafverfolgung, kommen grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen des StGB., insbesondere die über die Verjährung der Strafvollstreckung, zur Anwendung, da „Verjährung der Zuwiderhandlung“ nur ein inkorrekter Ausdruck ist: Binding Handb. I 829 N. 19, Hälschner I 296 N. 3, Olshausen StGB. § 66 N. 4 Abf. 1; RG. 15./10. 86 C. 14 382.

§ 8.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Übergangsbestimmungen zu treffen, um die in Kraft bleibenden Landesstrafgesetze mit den Vorschriften des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in Übereinstimmung zu bringen.

1. Die Bestimmung des § 8 ist in ihrer Allgemeinheit genommen eine überflüssige und rechtlich bedeutungslose. Sie erteilt der Landesgesetzgebung nicht erst eine Befugnis, die sie ohne jenen Vorbehalt nicht gehabt hätte, und legt ihr ebensowenig irgendeine Pflicht auf. Die Landesgesetzgebung konnte auf solche Übergangsbestimmungen verzichten, wenn sie es darauf ankommen lassen wollte, daß sich dann manche ihrer in Kraft gebliebenen Gefetze wegen § 6 als unanwendbar erwiesen.

Für das Geltungsgebiet des preußischen StGB., also Preußen, Lauenburg und das von Preußen verwaltete Fürstentum Waldeck, sind wegen der durchgehenden Übereinstimmung des preußischen Strafsystems mit dem des Reichs keine Übergangsbestimmungen erlassen und haben sich auch später nicht als erforderlich erwiesen. Alle anderen Bundesstaaten haben in größerem und geringerem Umfang von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht, am beachtenswertesten und sorgfältigsten Bayern.

2. Die in N. 1 ausgesprochene Ansicht über die Bedeutung des § 8 ist überwiegend angenommen. Rüdorff-Stenglein 49 hält den § 8 für erforderlich, weil einem legislativen Vorgehen der Landesgesetzgebung nach dem Inkrafttreten des StGB. § 5 entgegengestanden haben würde, — ein Grund, dessen Wichtigkeit auch ohne die Existenz des § 8 evident ist. Nicht vereinbar damit ist es, wenn derselbe Autor 63 § 5 N. 5 behauptet, daß wegen der stringenten Vorschrift des § 6 die Landesgesetzgebung nach Maßgabe des § 8 sogar nach dem Insebtreteten des StGB. die Befugnis habe, die Strafarten des StGB. auf ihre höheren Strafarten anwendbar zu machen: dies steht in Widerspruch mit dem Begriff „Übergangsbestimmungen“ und ist auch von keiner Landesgesetzgebung tatsächlich für richtig erachtet worden. Nach Olshausen N. 1 ist dem § 8 die Bedeutung beizulegen, daß er der Landesgesetzgebung gestattet hat, in den an sich aufrecht erhaltenen Landesgesetzen, welche in einer dem StGB. unbefannten Strafart eine härtere Strafandrohung enthalten, als nach § 5 für zukünftige Landesgesetze zulässig ist, nunmehr behufs Herbeiführung der Übereinstimmung mit dem StGB. härtere bzw. andere Strafen anzudrohen, als in § 5 erwähnt werden, falls sie nur nicht dem StGB. unbekannt sind, — eine Verbindung

der §§ 5, 6, für welche die Existenz des § 8 ebenfalls nicht erforderlich ist. Wiederum eine andere Auffassung hat Frank N. I.: „Die Stelle enthält vielmehr eine den Richter bindende Ausnahme von dem Satze, daß Reichsrecht Landesrecht bricht. Die Landesgesetzgebung kann zwar nicht einzelne Gesetze aufrechterhalten, die nach GG. § 2 beseitigt sind, sie kann auch nicht das Reichsrecht interpretieren oder gar beschränken, wohl aber kann sie mit einem nach § 2 in Kraft bleibenden, also älteren Landesgesetze Strafordrohungen verbinden, die das Reichsstrafgesetzbuch nicht kennt. Es wird mithin § 6 modifiziert. Gält sich die Landesgesetzgebung nicht innerhalb der durch § 6 gesteckten Grenzen, so wird der Einzelstaat zwar dem Reiche staatsrechtlich verantwortlich, der Richter aber bleibt an das Landesgesetz gebunden, bis dessen förmliche Aufhebung eingetreten ist.“ Also Bindung des Richters durch ein dem Reichsrecht widersprechendes Landesgesetz! Vgl. hierzu oben § 2 N. 5, auch v. Wächter Beil. 250.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Bundesinnsiegel.

Gegeben Schloß Babelsberg, den 31. Mai 1870.

(L. S.)

Wilhelm.

Graf v. Bismarck-Schönhausen.

2. Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Vom 15. Mai 1871.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 24 S. 127, ausgeg. Berlin 14. Juni 1871.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen hiermit im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates und des Reichstages, was folgt:

Einziger Paragraph.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 erhält unter der Bezeichnung als „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“ vom 1. Januar 1872 an die heiliegende Fassung.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Innsiegel.

Gegeben Berlin, den 15. Mai 1871.

(L. S.)

Wilhelm.

Fürst v. Bismarck.

§. 128 ff. folgt das „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“, ohne verordnenden Eingang, Schluß und Unterschrift. Dieser Text ist die gesetzliche Grundlage und zwar auch für die Bekanntmachung vom 26. Februar 1876 (unter Nr. 6), das Datum des StGB. also der 15. Mai 1871. §. 204/205 findet sich ein Inhaltsverzeichnis („Inhalt“).

3. Gesetz, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen.

Vom 30. August 1871.

(Gesetzbl. f. Elsaß-Lothringen Nr. 14 S. 255, ausgeg. Berlin 4. Sept. 1871.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates, für Elsaß und Lothringen, was folgt:

Die Art. VI—X, XII Abs. 1—3, XIII, XV, XVI sind aufgehoben.

Artikel I.

Das anliegende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich tritt in Elsaß-Lothringen mit dem 1. Oktober 1871 in Kraft.

Die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs, in welchen von Bundesstaaten oder deren Beziehungen die Rede ist, finden auch auf Elsaß-Lothringen und dessen entsprechende Beziehungen Anwendung.

Artikel II.

Mit dem 1. Oktober 1871 treten alle Strafbestimmungen, insoweit sie Materien betreffen, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften über die durch das Strafgesetzbuch nicht berührten Materien, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizeigesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts, über den Holz- (Forst-) Diebstahl und über Schulverfäumnisse.

1. Gesetz über die Auslegung des Artikels II des Gesetzes vom 30. August 1871, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen. Vom 29. März 1888. (Reichs-Gesetzbl. Nr. 16 S. 127, ausgeg. Berlin 31. März 1888, in Kraft getreten 14. April 1888.)

Wir Friedrich, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, für Elsaß-Lothringen was folgt:

Einziger Paragraph.

Zur Beseitigung der Zweifel, welche über die Auslegung des Artikels II des Gesetzes vom 30. August 1871, betreffend die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen (Gesetzbl. S. 255), entstanden sind, wird hiermit bestimmt:

Zu den besonderen Vorschriften, welche durch Artikel II Absatz 2 in Kraft erhalten sind, gehören:

Artikel 8 des Gesetzes, betreffend die Bestrafung und Verfolgung der Vergehen, welche durch die Presse oder auf anderem Wege öffentlich begangen worden sind, vom 22. März 1822 (Bulletin des lois série 7 No. 12399), und

Artikel 6 Nr. 2 und 3 des Dekrets, betreffend die Bestrafung der durch die Presse verübten Verbrechen und Vergehen, vom 11. August 1848 (Bulletin des lois série 10 No. 621).

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen
Innigegel.
Gegeben Charlottenburg, den 29. März 1888.

L. S.)

Friedrich.
Fürst v. Bismarck.

2. Die im CG. § 5 aufgestellten Beschränkungen gelten für die Elsaß-Lothringische Landes-
gesetzgebung nicht: RG. 22./4. 09 G. 42 302.

Artikel III.

Wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird,
so treten die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle der ersteren.

Artikel IV.

Die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Straf-
gesetzbuchs für das Deutsche Reich mit lebenslänglichem Zuchthause bedrohten
Verbrechen sind mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Teile des Reichs,
welcher in Kriegszustand erklärt ist, oder während eines gegen das Reich aus-
gebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

Artikel V.

Vom 1. Oktober 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in den Landesgesetzen Todesstrafe, travaux forcés, déportation
oder réclusion angedroht sind, ist auf Zuchthaus, wenn détention angedroht ist,
auf Festungshaft, wenn dégradation civique angedroht ist, auf Gefängnis mit
oder ohne Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, wenn emprisonnement
oder prison angedroht ist, auf Gefängnis, falls aber die angedrohte Strafe die
Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, auf Haft zu erkennen.

Wenn in den Landesgesetzen anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst-
oder Gemeindefarbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein
Bewenden.

Artikel XI.

Die in § 1 des Strafgesetzbuchs aufgestellte Einteilung der strafbaren Hand-
lungen in Verbrechen, Vergehen, Übertretungen greift auch Platz für diejenigen
strafbaren Handlungen, auf welche andere Strafgesetze als das gegenwärtige
Strafgesetzbuch anzuwenden sind. Ist die Strafe in diesen Gesetzen als eine
willkürliche bezeichnet, so ist die Handlung eine Übertretung.

Artikel XII.

(Abs. 4.) Ob ein Verweis mündlich oder schriftlich zu erteilen, bleibt dem
richterlichen Ermessen überlassen.

Artikel XIV.

Sinsichtlich der Bestrafung der Schulversäumnisse bleibt es bei dem bestehenden Verfahren.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Bad Gastein, den 30. August 1871.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst v. Bismarck.

4. Verordnung, betreffend die Einführung von Reichsgesetzen in Helgoland.

Vom 22. März 1891.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 8 S. 21, ausgeg. Berlin 25. März 1891, in Kraft getreten 1. April 1891.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen auf Grund der Bestimmung in § 6 des Gesetzes, betreffend die Vereinigung von Helgoland mit dem Deutschen Reich, vom 15. Dezember 1890 (Reichs-Gesetzbl. S. 207) im Namen des Reichs, was folgt:

Artikel I.

Die nachstehenden Reichsgesetze nebst den zu ihrer Ergänzung, Abänderung und Ausführung erlassenen gesetzlichen und sonstigen Bestimmungen treten auf der Insel Helgoland in Kraft.

IX. Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 und das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der durch die Bekanntmachung vom 26. Februar 1876 festgestellten Fassung:

Artikel III.

Diese Verordnung tritt am 1. April 1891 in Kraft.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Berlin im Schloß, den 22. März 1891.

(L. S.)

Wilhelm.
von Boetticher.

5. Gesetz, betreffend die Ergänzung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vom 10. Dezember 1871.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 49 S. 442, ausgeg. Berlin 14. Dezember 1871, in Kraft getreten 28. Dezember 1871.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates und des Reichstages, was folgt:

Einziger Artikel.

Hinter § 130 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich wird folgender neuer § 130 a eingestellt:

(Siehe unten StGB. § 130 a.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 10. Dezember 1871.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst v. Bismarck.

6. Gesetz, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben.

Vom 26. Februar 1876.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 6 S. 25, ausgeg. Berlin 6. März 1876, in Kraft getreten 20. März 1876.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

Die §§ 4, 55, 64, 70 Nr. 2 und 3, 88, 95, 102, 103, 104, 113, 114, 117, 130 a, 135, 140, 144, 145, 176, 177, 178, 183, 194, 200, 208, 223, 228, 232, 240, 241, 247, 263, 275 Nr. 2, 292, 296, 303, 319, 321, 360 Nr. 3, 4, 7 und 12, 361 Nr. 6, 363, 366 Nr. 3, 8, 9 und 10, 367 Nr. 5, 8 und 10, 369 und 370 des Strafgesetzbuchs in der durch die Gesetze vom 15. Mai 1871 und 10. Dezember 1871 fest-

gestellten Fassung werden durch nachstehende, den bisherigen Zifferzahlen entsprechende Bestimmungen ersetzt:

(Siehe unten StGB. §§ 4 ff.)

Artikel II.

Hinter die §§ 49, 103, 223, 296, 353 und 366 des Strafgesetzbuchs werden die folgenden neuen §§ 49 a, 103 a, 223 a, 296 a, 353 a und 366 a, hinter die Nr. 8 des § 361 wird die neue Nr. 9 eingestellt:

(Siehe unten StGB. §§ 49 a ff.)

Artikel III.

Bei den Handlungen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen sind, wird das Erfordernis des Antrages auf Verfolgung, sowie die Zulässigkeit der Zurücknahme nach den bisherigen Gesetzen beurteilt.

Artikel IV.

Wo in dem Strafgesetzbuche der Betrag einer Geldstrafe oder einer Buße in der Talermährung ausgedrückt ist, tritt der entsprechende Betrag in Reichsmährung an die Stelle.

Artikel V.

Der Reichskanzler wird ermächtigt, den Text des Strafgesetzbuchs, wie er sich aus den in den Artikeln I., II. und IV. festgestellten Änderungen der Fassung ergibt, unter Weglassung der §§ 287 und 337 durch das Reichs-Gesetzblatt bekannt zu machen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Berlin, den 26. Februar 1876.

(L. S.)

Wilhelm.

Fürst v. Bismarck.

Auf Grund der in Art. V erteilten Ermächtigung ist das „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“ in der neuen Fassung von dem Reichskanzler unterm 26. Febr. 1876, Reichs-Gesetzbl. Nr. 6 S. 40, bekannt gemacht. S. 119/120 findet sich ein Inhaltsverzeichnis („Inhalt“).

7. Gesetz, betreffend die Einführung der Konkursordnung.

Vom 10. Februar 1877.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 10 S. 390, ausgeg. Berlin 5. März 1877, in Kraft getreten 1. Okt. 1879.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 3.

Aufgehoben werden:

3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuchs.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Berlin, den 10. Februar 1877.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst v. Bismarck.

8. a) Gesetz, betreffend den Wucher.

Vom 24. Mai 1880.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 10 S. 109, ausgeg. Berlin 31. Mai 1880, in Kraft getreten 14. Juni 1880.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel 1.

Hinter den § 302 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich werden die folgenden neuen §§ 302 a, 302 b, 302 c, 302 d eingestellt:

(Siehe unten StGB. §§ 302 a ff.)

Artikel 2.

Der § 360 Nr. 12 des Strafgesetzbuchs in der durch das Gesetz vom 26. Februar 1876 festgestellten Fassung wird durch nachstehende Bestimmung ersetzt:

(Siehe unten StGB. § 369 Nr. 12.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Berlin, den 24. Mai 1880.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst v. Bismarck.

b) Gesetz, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher.

Vom 19. Juni 1893.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 24 S. 197, ausgeg. Berlin 24. Juni S. 1893, in Kraft getreten 8. Juli 1893.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

In dem Strafgesetzbuch werden die §§ 302 a und 302 d folgendermaßen abgeändert, und werden hinter dem § 302 d folgender § 302 e und in dem § 367 hinter Nr. 15 folgende Nr. 16 eingestellt:

(Siehe unten StGB. §§ 302 a ff.)

Urfundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Kiel, den 19. Juni 1893, an Bord M. Y. „Hohenzollern“.

(L. S.)

Wilhelm.
Graf von Caprivi.

9. Gesetz, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs.

Vom 13. Mai 1891.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 15 S. 107, ausgeg. Berlin 22. Mai 1891, in Kraft getreten 5. Juni 1891.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel I.

Der § 276 des Strafgesetzbuchs erhält folgenden zweiten Absatz:

(Siehe unten StGB. § 276 Abs. 2.)

Artikel II.

Die §§ 317 und 318 des Strafgesetzbuchs werden durch nachstehende, den bisherigen Zifferzahlen entsprechende Bestimmungen ersetzt:

(Siehe unten StGB. §§ 317, 318.)

Artikel III.

Hinter § 318 des Strafgesetzbuchs wird folgender § 318 a eingeschaltet:

(Siehe unten StGB. § 318 a.)

Artikel IV.

Die Nr. 4 des § 360 des Strafgesetzbuchs erhält folgenden zweiten Absatz:

(Siehe unten StGB. § 360 Nr. 4.)

Artikel V.

Der § 364 des Strafgesetzbuchs erhält folgenden zweiten Absatz:

(Siehe unten StGB. § 364 Abs. 2.)

Artikel VI.

Sinter § 367 Nr. 5 des Strafgesetzbuchs wird folgende Nr. 5 a eingeschaltet:
(Siehe unten StGB. § 367 Nr. 5a.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem
Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Neues Palais Potsdam, den 13. Mai 1891.

(L. S.)

Wilhelm.
von Caprivi.

10. Gesetz, betreffend die Abänderung des § 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Vom 26. März 1893.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 10 S. 133, ausgeg. Berlin 29. März 1893, in Kraft getreten
12. April 1893.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats
und des Reichstags, was folgt:

Einziger Paragraph.

Der § 69 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich wird durch nach-
stehende Bestimmung ersetzt:

(Siehe unten StGB. § 69.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem
Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Berlin Schloß, den 26. März 1893.

(L. S.)

Wilhelm.
Graf von Caprivi.

11. Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse.

Vom 3. Juli 1893.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 27 S. 205, ausgeg. Berlin 14. Juli 1893, in Kraft getreten
28. Juli 1893.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats
und des Reichstags, was folgt:

§ 11.

Die §§ 89, 90 des Strafgesetzbuchs erhalten folgende Fassung:

(Siehe unten StGB. §§ 89, 90.)

Urkundlich Unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Neues Palais, den 3. Juli 1893.

(L. S.)

Wilhelm.
Graf von Caprivi.

12. Gesetz, betreffend die Änderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz und die Ergänzung des Strafgesetzbuchs.

Vom 12. März 1894.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 9 S. 259, ausgeg. Berlin 20. März 1894, in Kraft getreten 1. April 1894.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel II.

In dem § 361 des Strafgesetzbuchs wird hinter Nr. 9 folgende Nr. 10 eingestellt:

(Siehe unten StGB. § 361 Nr. 10.)

Ferner ist in dem letzten Absatz des § 361 des Strafgesetzbuchs (Reichs-Gesetzblatt 1876 S. 112) Zeile 2 von unten hinter Nr. 9 zu setzen „und 10“.

Artikel III.

Dieses Gesetz tritt am 1. April 1894 in Kraft.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Berlin Schloß, den 12. März 1894.

(L. S.)

Wilhelm.
von Boetticher.

13. Einführungsgej. zum Bürgerlichen Gejezbuch.

Vom 18. August 1896.

(Reichs-Gejezbl. 1896 Nr. 21 S. 404, ausgeg. Berlin 24. Aug. 1896, in Kraft getreten 1. Jan. 1900.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Artikel 34.

Das Strafgejezbuch wird dahin geändert:

I. Im § 34 Nr. 6 werden die Worte „Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrats“ erjezt durch die Worte:

„Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats oder Kurator.“

II. An die Stelle des § 55 treten folgende Vorschriften:

(Siehe unten StGB. § 55.)

III. An die Stelle des § 65 treten folgende Vorschriften:

(Siehe unten StGB. § 65.)

IV. Als § 145 a wird folgende Vorschrift eingestellt:

(Siehe unten StGB. § 145 a.)

V. Im § 171 Abj. 1 und Abj. 3 werden die Worte „aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist“, erjezt durch die Worte:

„aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.“

VI. An die Stelle des § 195 tritt folgende Vorschrift:

(Siehe unten StGB. § 195.)

VII. Im § 235 werden die Worte „ihren Eltern oder ihrem Vormunde“ erjezt durch die Worte:

„ihren Eltern, ihrem Vormunde oder ihrem Pfleger.“

VIII. Im § 237 werden die Worte „ihrer Eltern oder ihres Vormundes“ erjezt durch die Worte:

„ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers.“

IX. Im § 238 werden die Worte „für ungültig erklärt worden ist“, erjezt durch die Worte:

„für nichtig erklärt worden ist.“

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Injiegel.

Gegeben Neues Palais, den 18. August 1896.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst zu Hohenlohe.

14. Gesetz, betreffend die Abänderung des § 316 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs.

Vom 27. Dezember 1899.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 53 S. 729, ausgeg. Berlin 30. Dez. 1899, in Kraft getreten
13. Jan. 1900.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats
und des Reichstags, was folgt:

Einziger Artikel.

Im § 316 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs werden hinter den Worten „mit
Gefängnis bis zu Einem Jahre“ die Worte eingeschaltet:

„oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark.“

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem
Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Neues Palais, den 27. Dezember 1899.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst zu Hohenlohe.

15. Gesetz, betreffend Änderungen und Ergänzungen des Strafgesetzbuchs.

Vom 25. Juni 1900.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 23 S. 301, ausgeg. Berlin 30. Juni 1900, in Kraft getreten
14. Juli 1900.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp.
verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats
und des Reichstags, was folgt:

In dem Strafgesetzbuche werden die §§ 180, 181, 184 und 362 durch nach-
stehende, unter den gleichen Zahlen aufgeführten Bestimmungen ersetzt und die
folgenden §§ 181 a, 184 a und 184 b neu eingestellt:

(Siehe unten StGB. §§ 180 ff.)

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem
Kaiserlichen Insigne.

Gegeben an Bord M. Y. „Hohenzollern“, Kiel, den 25. Juni 1900.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst zu Hohenlohe.

16. Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vom 12. Mai 1901.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 18 S. 139, ausgeg. Berlin 23. Mai 1901, in Kraft getreten nach Kaiserl. Verordn. v. 24. Nov. 1901, Reichs-Gesetzbl. Nr. 46 S. 489, am 1. Jan. 1902.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Privatunternehmungen, welche den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstande haben, — als Versicherungsunternehmungen im Sinne dieses Gesetzes sind solche Personenvereinigungen nicht anzusehen, die ihren Mitgliedern Unterstützungen gewähren, ohne ihnen einen Rechtsanspruch darauf einzuräumen.

§ 108.

(Abs. 1, 2)

Die Vorschrift der Nr. 9 des § 360 des Strafgesetzbuchs ist, soweit sie sich auf Versicherungsunternehmungen im Sinne dieses Gesetzes bezieht, aufgehoben.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Hohkönigsburg, den 12. Mai 1901.

(L. S.)

Wilhelm.
Graf von Bülow.

17. Gesetz, betreffend die Bestrafung der Majestätsbeleidigung.

Vom 17. Februar 1908.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 7 S. 25, ausgeg. Berlin 26. Febr. 1908, in Kraft getreten 11. März 1908.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Für die Verfolgung und Bestrafung der in den §§ 95, 97, 99, 101 des Strafgesetzbuchs bezeichneten Vergehen gelten nachstehende Vorschriften:

Die Beleidigung ist nur dann auf Grund der §§ 95, 97, 99, 101 strafbar, wenn sie in der Absicht der Ehrverletzung, böswillig und mit Überlegung begangen wird. Sind in den Fällen der §§ 95, 97, 99 mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf Eine Woche ermäßigt werden.

Im Falle des § 95 kann neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter erkannt werden.

Die Verfolgung verjährt in sechs Monaten.

Ist die Strafbarkeit nach Abs. 2 ausgeschlossen, so finden die Vorschriften des vierzehnten Abschnitts des Strafgesetzbuchs Anwendung.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Berlin im Schloß, den 17. Februar 1908.

(L. S.)

Wilhelm.
Fürst von Bülow.

18. Vereinsgesetz.

Vom 19. April 1908.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 18 S. 151, ausgeg. Berlin 19. April 1908, in Kraft getreten 15. Mai 1908.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 23.

Aufgehoben werden
der § 2 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich vom 31. Mai 1870 (Bundes-Gesetzbl. S. 195, Reichs-Gesetzbl. 1871 S. 127), soweit er sich auf die besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts bezieht.

§ 25.

Dieses Gesetz tritt am 15. Mai 1908 in Kraft.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Athenion auf Corfu, den 15. April 1908.

(L. S.)

Wilhelm.
von Bethmann-Hollweg.

19. Maß- und Gewichtsordnung.

Vom 30. Mai 1908.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 33 S. 349, ausgeg. Berlin 11. Juni 1908, in Kraft getreten nach Kaiserl. Verordn. v. 24. Mai 1911, Reichs-Gesetzbl. Nr. 51 S. 244, am 1. April 1912.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 23.

Durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats wird der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem diese Maß- und Gewichtsordnung ganz oder teilweise in Kraft tritt.

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes treten außer Geltung:

§ 369 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 des Strafgesetzbuchs.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Potsdam, den 30. Mai 1908.

(L. S.)

Wilhelm.

von Bethmann-Hollweg.

20. Gesetz, betreffend Änderung des Strafgesetzbuchs.

Vom 19. Juni 1912.

(Reichs-Gesetzbl. Nr. 37 S. 395, ausgeg. Berlin 21. Juni 1912, in Kraft getreten 5. Juli 1912.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen pp. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Das Strafgesetzbuch wird dahin geändert:

1. Der § 123 erhält nachstehende Fassung:

§ 123.

Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienste oder Verkehre bestimmt sind, widerrechtlich ein-

bringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird wegen Hausfriedensbruchs mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Ist die Handlung von einer mit Waffen versehenen Person oder von mehreren gemeinschaftlich begangen worden, so tritt Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre ein.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

2. a) Im § 114 Abs. 2 werden vor dem Worte „ein“ die Worte eingeschaltet:

„oder Geldstrafe bis zu zweitausend Mark“.

b) In den §§ 136, 137, im § 239 Abs. 1, im § 288 Abs. 1, im § 327 Abs. 1 und im § 328 Abs. 1 werden vor dem Worte „bestraft“ eingeschaltet:

im § 136 die Worte:

„oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark“,

im § 137 und im § 328 Abs. 1 die Worte:

„oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark“,

im § 239 Abs. 1, im § 288 Abs. 1 und im § 327 Abs. 1 die Worte:

„oder mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark“.

• 3. Der § 235 erhält folgende Fassung:

§ 235.

Wer eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern, ihrem Vormund oder ihrem Pfleger entzieht, wird mit Gefängnis bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

Geschieht die Handlung in der Absicht, die Person zum Betteln oder zu gewinnfüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, so tritt Zuchthaus bis zu zehn Jahren ein.

4. Als § 223 a Abs. 2 wird folgende Vorschrift eingestellt:

Gleiche Strafe tritt ein, wenn gegen eine noch nicht achtzehn Jahre alte oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die der Fürsorge oder Obhut des Täters untersteht oder seinem Hausstand angehört, oder die der Fürsorgepflichtige der Gewalt des Täters überlassen hat, eine Körperverletzung mittels grausamer oder böshafter Behandlung begangen wird.

5. a) Als § 248 a wird folgende Vorschrift eingestellt:

§ 248 a.

Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

- b) Die Nr. 5 des § 370 erhält folgende Fassung:

5. wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauch entwendet oder unterschlägt.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

6. Als § 264 a wird folgende Vorschrift eingestellt:

§ 264 a.

Wer aus Not sich oder einem Dritten geringwertige Gegenstände zum Schaden eines anderen durch Täuschung (§ 263 Abs. 1) verschafft, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

7. Im § 369 Nr. 1 wird das Wort „Schlosser“ durch das Wort „Personen“ ersetzt.

8. Der § 355 des Strafgesetzbuchs erhält folgende Fassung:

Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeſchen verfälschen oder in anderen als in den im Geſetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalt Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem anderen wiſſentlich eine ſolche Handlung geſtatten oder ihm dabei wiſſentlich Hilfe leiſten, werden mit Gefängnis beſtraft.

Den einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen werden Nachrichten gleichgeachtet, die durch eine zu öffentlichen Zwecken dienende Fernsprechanlage vermittelt werden.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insignel.

Gegeben Kiel, den 19. Juni 1912.

(L. S.)

Wilhelm.
von Bethmann Hollweg.

II.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

(Bundes-Gesetzbl. 1870 Nr. 16 S. 197, Reichs-Gesetzbl. 1871 Nr. 24 S. 127, 1876 Nr. 6 S. 40. Von den in Betracht kommenden drei Daten: 31. Mai 1870, 15. Mai 1871, 26. Februar 1876 ist das zweite das richtige. Der unten folgende Text ist, unter Berücksichtigung der späteren Abänderungen, der der Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 26. Febr. 1876, Reichs-Gesetzbl. Nr. 6 S. 40. Die wegen der starken Nachfrage notwendig gewordenen späteren Neuauflagen dieser Nr. enthalten mehrfache Druckfehler, z. B. in § 319 „sogleich“ statt „zugleich“, in § 320 „der“ statt „die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft“.)

Einleitende Bestimmungen.

§ 1.

Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfünfzig Mark bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.

1. a) Diese aus dem französischen Recht stammende, zuerst von dem bayerischen StGB. von 1813, dann dem oldenburgischen von 1814, endlich dem preussischen übernommene Dreiteilung der Delikte ist von dem StGB. als redaktionelles Hilfsmittel beibehalten, um die Formulierung des Gesetzes namentlich im Allgemeinen Teil klarer und einfacher zu gestalten und für die prozessuale Regelung der Kompetenz eine bequeme Handhabe zu schaffen. Der erste Zweck ist erreicht. Der zweite ist auf halbem Wege aufgegeben, indem die Übertretungen den Amtsgerichten, die Vergehen diesen und den Strafkammern, die Verbrechen den Strafkammern, den Schwurgerichten und dem Reichsgericht überwiesen sind.

Das System der Dreiteilung ist zunächst ein einfaches, nämlich Verbrechen: Todesstrafe und Zuchthaus, Vergehen: Gefängnis, Übertretung: Haft. Es wird modifiziert für Verbrechen und Vergehen durch die Festungshaft, für Vergehen und Übertretungen durch die Geldstrafe, wobei die Höhe der angedrohten Strafe maßgebend ist. Hierzu kommt als außerordentliche Strafe für die Jugendlichen bei Vergehen und Übertretungen der Verweis (§ 57 Nr. 4).

Diese sieben Strafen sind Hauptstrafen. Alle andern Strafen sind Nebenstrafen, welche mit der singulären Ausnahme der §§ 37, 233 nicht selbständig, sondern nur in Verbindung mit einer der Hauptstrafen verhängt werden dürfen. Für die Frage, ob ein Verbrechen usw. vorliegt, sind die Nebenstrafen bedeutungslos: Berner 75, Merkel 49, Lisshausen N. 6.

Daß die Einteilung trotz ihrer unbestreitbaren praktischen Bequemlichkeit rein äußerlich und zudem widerspruchsvoll ist, liegt auf der Hand. Um ein sich sofort darbietendes Beispiel zu wählen: Festungshaft bis zu fünf Jahren und Gefängnis bis zu fünf Jahren (§ 16 Abs. 1) werden gleichgestellt, obgleich nach § 21 fünf Jahre Gefängnis gleich sieben und einem halben Jahr Festungshaft werden.

b) Die Bestimmung des § 1 ist positiver Natur. Wenn die Wissenschaft des Strafrechts sich um tiefer liegende Unterscheidungen bemüht: Verletzungs- und Gefährdungs-, kriminelle und Polizeidelikte usw. — siehe z. B. Franke II, Meyer-Malfeld 24 Nr. 2, Lisshausen N. 1 —, so sind mehrere

dieser Einteilungen für die Praxis von zweifelhaftem Wert. Die dem Strafgesetzbuch ganz unbekannte Unterscheidung zwischen kriminellen und Polizeidelikten ist jedenfalls dann zu verwerfen, wenn mit ihr die Behauptung verbunden wird, daß bei den letzteren prinzipiell auch die bloße Fahrlässigkeit strafbar sei, vgl. unten Abschn. 29 N. 3.

Eine Unterscheidung ist allerdings schon hier näher ins Auge zu fassen. Unter Handlung verstehen wir die von einem bewußten Willen getragene, sich als die Realisierung eines Entschlusses darstellende Einwirkung auf die Außenwelt, durch welche entweder ein neuer Zustand geschaffen oder ein bestehender Zustand aufrecht erhalten wird. Entweder wird nun durch die Handlung ein verbietendes Gesetz verletzt: Kommissivdelikt, oder durch ein Nichttun ein gebietendes: Omissivdelikt. Die Kommissivdelikte, welche also regelmäßig eine Tätigkeit voraussetzen, können ausnahmsweise auch durch Unterlassung begangen werden, wenn durch die Tätigkeit die Entstehung eines neuen Zustandes verhindert worden wäre und zugleich eine Pflicht zum Tätigwerden bestand. Diese letzteren Delikte, die Kommissivdelikte per omissionem, nennt man im Gegensatz zu den eigentlichen, reinen, echten Omissivdelikten auch wohl uneigentliche, gemischte, unechte Omissivdelikte. Übrigens kann auch bei den eigentlichen Omissivdelikten der Schuldige sich durch eine positive Tätigkeit in eine Lage versetzen haben, welche ihm die Erfüllung des Gebots unmöglich macht. Vgl. Werner 118, Binding Handb. I 460, Finger I 272, 293, Frank N. II 2, IV, Hälschner I 235, v. Liszt 132, Merkel 38, 111, Meyer-Malfeld 161, Schütze 101, v. Wächter 195.

2. Bei der Frage nach der Deliktsgattung hat als Kriterium diejenige Straftat und bei Festungshaft und Geldstrafe dasjenige Strafmaß zu gelten, mit welchen die einzelnen Handlungen in ihrem schwersten Falle bedroht sind, also die angeordnete ordentliche Maximalstrafe: RG. 17./9. 09 E. 42 397. Hieraus ergibt sich:

a) Entscheidend ist die angeordnete, nicht die vom Gericht verhängte Strafe.

b) Entscheidend ist der allgemeine Charakter der Handlung, nicht aber die lediglich auf der Person des Täters beruhenden subjektiven Gründe, welche für die Verhängung der — geringeren — Strafe maßgebend sind, an erster Stelle die Jugend (§ 57); „der Mord bleibt eine Verbrechen, „auch wenn er wegen des jugendlichen Alters des Täters nur mit Gefängnis bestraft werden kann“; Werner 75, Frank N. I 2 a, v. Liszt 119, Meyer-Malfeld 29, Olshausen N. 4 und 8b, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 22./11. 80 E. 3 52.

c) Ebenmäßig nur eine Erweiterung des regelmäßigen Strafrahmens nach unten hin und daher einflußlos auf die Qualifizierung ist die im Besonderen Teil bei vielen Delikten erfolgte Zulassung der sog. mildernden Umstände. Wenn das Gesetz aber besondere Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe aufstellt, so ist für die Qualifizierung der jedesmaligen konkreten Handlung die besondere schärfere oder mildere Strafandrohung maßgebend, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Handlung innerhalb des normalen Deliktsbegriffes bleibt, z. B. §§ 243, 313 Abs. 2, oder zu einem delictum sui generis erhoben wird, z. B. §§ 291, 370 Nr. 5: siehe Zitate zu b), Frank N. I 2 b und c und Olshausen N. 7. Hierher gehört auch, wie allgemein anerkannt wird, der im StGB. bei vier Delikten (Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betrug), im Mil. StGB. (§§ 13, 70, 71, 114, 122) und in zahlreichen Nebengesetzen mit verhärfeter Strafe bedrohte Rückfall, bezüglich dessen Frank a. a. O. zutreffend auf StPD. § 140 verweist.

Auch die Strafmilderungen bei Versuch und Beihilfe sind und zwar allgemeine Erweiterungen des regelmäßigen Strafrahmens nach unten hin, wie überwiegend in Theorie und Praxis angenommen wird, soweit auf die Qualifizierung ohne Einfluß. Dagegen meinen Frank N. I 4, Olshausen N. 8a und Oppenhoff-Delius N. 7, daß Versuch und Beihilfe von der vollendeten Tat bzw. der Täterschaft objektiv verschiedene Deliktformen und daher grundsätzlich die gegen sie, nicht aber die gegen die vollendete Tat bzw. die Täterschaft gerichteten Strafandrohungen entscheidend seien. Danach würden die Verbrechen und Vergehen bezüglich ihrer Einreihung in das Deliktssystem in vier selbständigen Formen zu erfassen sein: vollendetes Delikt, Beihilfe zum vollendeten Delikt, versuchtes Delikt, Beihilfe zum versuchten Delikt. Wie sich diese Ansicht damit vereinigen läßt, daß die Begriffe Versuch und Beihilfe ihre strafrechtliche Bedeutung nur durch ihre Ausfüllung mit dem Tatbestande eines besonderen Delikts erhalten, also dem besonderen Delikt gegenüber ohne strafrechtliche Selbständigkeit sind, ist schwer zu erkennen. Übrigens irrt sich Olshausen, wie aus § 44 Abs. 4 Satz 2 hervorgeht, wenn er annimmt, daß die Meinungsverschiedenheit für die im StGB. selbst bedrohten Delikte bedeutungslos sei.

d) Das Prinzip, daß für die Einteilung nicht die im einzelnen Fall zu erkennende, sondern die allgemein angeordnete Strafe maßgebend ist, wird in mehreren Fällen durchbrochen, so daß die Qualifizierung eines einzelnen Delikts zweifelhaft sein kann. Für das StGB. selbst — vgl. übrigens auch §§ 145a, 208 — kommen in Betracht die §§ 111 Abs. 2, 257 Abs. 3, bei denen die Straftat wegen der eventuellen Strafandrohung nur nach dem Einzelfalle bestimmt werden kann: Olshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 13, wogegen Binding Handb. I 515 N. 18 stets Vergehen annimmt.

Ferner wird in einer sich stetig vergrößernden Reihe von Nebengefetzen die angedrohte Geldstrafe bald ganz individuell — z. B. SecmD. § 95, 96: „Geldstrafe bis zum Betrage einer Monatsheuer“ —, bald als das Mehrfache oder als die Quote eines bestimmten Simplums bezeichnet. Während in dem ersten Falle die Entscheidung nicht zweifelhaft sein kann, wird in den beiden letzteren über die Klassifizierung gestritten. Das Simplum kommt aber nur als Multiplikandus oder Dividendus in Frage, aus welchem sich erst durch den Multiplikator oder Divisor die angedrohte und zugleich verhängte Strafe ergibt. Somit entscheidet sich die Frage, ob Vergehen oder Übertretung vorliegt, in jedem Einzelfalle nach der Höhe der verhängten Strafe, soweit nicht schon das Simplum bei den Multiplikanden in die Vergehensklasse, bei den Dividenten in die Übertretungsklasse hineinschlägt. Hiermit stimmt die gemeine Meinung überein: v. Liszt 119, Meyer-Malfeld 28 N. 50, Dshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 17./9. 09 E. 42 397. Dagegen nehmen Binding Handb. I 156 und Grundriß 257, Finger 126, Frank N. I 3 stets ein Vergehen an, weil (wenn) der denkbare höchste Betrag angedroht sei und dieser 150 M. übersteige. Wie es sich verhält, wenn die Strafe als Quote des Simplums bezeichnet ist, wird von den Anhängern dieser zweiten Meinung nicht angegeben. Konsequent müssen sie auch hier stets eine Übertretung annehmen.

o) Ist ein Delikt mit mehreren Strafen bedroht, so ist die schwerste Strafe entscheidend. Dies gilt sowohl bei alternativen Strafandrohungen als auch wenn die eine Strafe ausdrücklich — „an Stelle“ — als Ersatz der andern bezeichnet ist, z. B. Geldstrafe bis zu 300 M. — Haft (GewD. § 147). Wenn umgekehrt an Stelle einer 150 M. nicht übersteigenden Geldstrafe Gefängnis angedroht wird, so wollen irrigerweise Binding Handb. I 154 N. 15 und Oppenhoff-Delius N. 5 nur eine Übertretung annehmen, weil die Androhung des Gefängnisses nur eine bedingte sei.

3. § 1 bezieht sich nicht auf eine Mehrheit von Straftaten, sondern nur auf die einzelne Straftat. Bei der Realkonkurrenz sind daher schon aus diesem Grunde die einzelnen angedrohten Strafen, nicht die vom Richter verhängte Gesamtstrafe maßgebend: Berner 75, Dshausen N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 2 a. E.

4. Wie zu GG. § 2 N. 10 ausgeführt worden, ist die Bestimmung des § 1 für die Landesgesetzgebung nicht absolut zwingender Natur. Vielmehr ist diese auf dem ihr zur strafrechtlichen Regelung überlassenen Gebiete befugt, die von ihr mit Strafe bedrohten Handlungen abweichend von § 1 zu klassifizieren: Dshausen N. 2; RG. 28./6. 86 E. 14 247. Ein argumentum e contrario enthält die ausdrückliche Bestimmung im GG. f. Elsaß-Lothringen Art. XI. Für diejenigen in Kraft gebliebenen besonderen Vorschriften des Landesstrafrechts, deren Strafandrohungen nicht gemäß GG. § 8 mit denen des StGB. in Übereinstimmung gebracht sind, ist nicht nach der Bezeichnung, sondern nach dem Wesen der angedrohten Strafe zu prüfen, unter welche der drei Deliktgattungen die strafbare Handlung fällt: RG. 27./11. 85 E. 13 93, 4./1. 94 E. 25 54; vgl. N. 4 zu GG. § 6.

§ 2.

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

1. Das Strafgesetz existiert wie jedes Gesetz erst durch die Publikation. Es tritt in Geltung, Kraft und Wirksamkeit entweder mit dem Tage, welcher nach den allgemeinen darüber geltenden gesetzlichen Bestimmungen als der Tag der beginnenden Verbindlichkeit zu betrachten ist, oder mit dem im besonderen Falle, und zwar regelmäßig in ihm selbst, bezeichneten Tage. Dadurch aber daß es publiziert worden und in Wirksamkeit getreten, ist noch nicht die Frage entschieden, auf welche Handlungen es Anwendung findet, ob nur auf die seit dem Tage seiner Geltung oder ob auch auf die schon vor diesem Tage verübten, aber noch nicht strafrechtlich abgefolgten. Zu § 2 Abs. 1 erhält diese Frage ihre grundsätzliche Beantwortung, an welche sich sofort in Abs. 2 eine bestimmte positive Ausnahme reiht.

Der in Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz, daß jedes Strafgesetz nur auf die während seiner Geltung begangenen Handlungen Anwendung findet, ist von jeher als eine Forderung der Gerechtigkeit betrachtet worden, deren Richterfüllung zwar nicht selten gewesen ist, aber immer eine schwere Erschütterung des Rechtsgefühls zur Folge hatte. Er findet sowohl auf die Reichs- wie auf die Landesgesetzgebung Anwendung und ist von der ersteren, obgleich sie in ihrer Souveränität nicht gehindert ist, von ihm abzuweichen, bisher beobachtet worden. Dshausen N. 2 erkennt an, daß er seiner Fassung nach auch bei Landesgesetzen Platz greife, behauptet aber unter Hinweis auf die Praxis des früheren Preussischen Obertribunals, daß die Landesgesetzgebung nicht be-

hindert sei, für die ihr vorbehaltenen Gebiete abweichende Bestimmungen zu treffen. Der Olschhausen'schen Ansicht ist auch Hälschner I 124. Vgl. oben *GG.* § 2 N. 9.

Die Bestimmung des Abs. 2 ist dagegen kein gesetzgeberisches Axiom, sondern eine positive Ausnahme, so daß die Landesgesetzgebung nicht an sie gebunden ist. Derselben Ansicht ist neben Olschhausen auch Rüdorff-Stenglein N. 3, der seine zunächst allgemein klingende Behauptung der Bindung somit auf Abs. 1 beschränkt.

2. Nach Abs. 1 kann eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Negativ formuliert: keine Handlung kann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Strafgesetze sollen keine rückwirkende Kraft haben, sondern die Strafbarkeit jeder Handlung nach demjenigen Gesetz bemessen werden, während dessen Geltung sie begangen ist: Berner 250, Frank N. III, Hälschner I 124, v. Liszt 94, Meyer-Altfeld 94, Olschhausen N. 3 Abs. 1.

3. Die Strafe muß gesetzlich bestimmt sein, *nulla poena sine lege*: Berner 250 N. 2 („durch die ganze gebildete Welt gilt diese Garantie gegen Willkür“), Binding Handb. I 205, Frank N. I, Olschhausen N. 3 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 1. Das Wort Gesetz ist im weitesten Sinn zu nehmen und umfaßt jede Strafdrohung in geschriebener Form, mag sie in einem eigentlichen Gesetze oder in einer auf Grund gesetzlicher Ermächtigung von der zuständigen Behörde erlassenen Verordnung enthalten sein: Binding Handb. I 204 und Grundr. 68, Olschhausen N. 6; *RG.* 28./6. 10. U. 44 33. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Bildung eines eine Strafe androhenden Rechtsfalles auf dem Wege des Gewohnheitsrechts ausgeschlossen ist. A. M. Hälschner I 85 und Schütze 9, ersterer mit der Begründung, daß die gewohnheitsrechtliche Bildung von Strafbestimmungen durch das gesetzliche Verbot nicht würde verhindert werden, wenn Zustände eintreten sollten, die eine derartige Rechtsbildung gebieterisch fordern. Wie Hälschner sich die Sache denkt, ist gar nicht einzusehen. Zur Bildung des Gewohnheitsrechts ist der *usus*, die *consuetudo* erforderlich, irgendeine Anwendung der — sich bildenden — Straffassung muß dabei die erste in der Reihe der mehreren Anwendungen sein, und gleich diese erste Anwendung ist dem Richter — die Bildung des Rechtsfalles wäre ja nur durch Gerichtsgebrauch möglich — durch Abs. 1 unterzogen.

Dagegen ist die Frage, ob dem Gewohnheitsrecht auch die derogatorische Kraft genommen sei, sehr bestritten. Während Berner 254, v. Holtendorff *H.* 18, v. Lilienthal 10, v. Liszt 87, Schütze 51, Wachenfeld *H.* II 250 leugnen, daß ein Strafgesetz auf gewohnheitsrechtlichem Wege, also durch *desuetudo* aufgehoben werden könne, wird es behauptet von Binding Handb. I 210 und Grundr. 71, Finger I 111, Frank N. I 1, Hälschner I 85, Meyer-Altfeld 89, Olschhausen N. 5. Gegen diese zweite, die Zulässigkeit der *desuetudo* behauptende Ansicht spricht das Zugeständnis, daß, solange das Staatswesen des Deutschen Reiches eine geordnetes, die Aufhebung strafrechtlicher Bestimmungen durch Gewohnheitsrecht praktisch kaum denkbar sei; denn nicht bloß kaum denkbar, sondern undenkbar ist eine *opinio necessitatis* in der Richtung, ein Gesetz zu einer Zeit nicht anzuwenden, zu der seine sichere und gesetzes-treue Anwendung im Interesse der Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung ganz besonders nötig ist. Wird ferner darauf hingewiesen, daß der ganze Abs. 1 durch *desuetudo* beseitigt werden könne, so wäre dies nur möglich, wenn zuvor eine gar nicht näher zu bestimmende, jedenfalls aber größere Anzahl einzelner Straffassungen durch *desuetudo* beseitigt wäre. Man wird also auf die Frage zurückgeführt, ob einzelne Straffassungen durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben werden können und diese Frage muß mit der ersten Ansicht verneint werden. Zunächst begründet der Umstand, daß ein Gesetz in Vergessenheit gerät, kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht, weil es an der *opinio necessitatis* fehlt. Daher läßt sich, wie Frank zutreffend bemerkt, die *desuetudo* nur in der Art ausdenken, daß die maßgebenden Behörden ein Strafgesetz längere Zeit hindurch in der Meinung seiner rechtlichen Ungültigkeit nicht angewendet haben, obgleich tatsächlich Veranlassung zu seiner Anwendung gegeben gewesen wäre. Aber weshalb ist nach ihrer Meinung das Strafgesetz ungültig? Will es durch Gewohnheitsrecht beseitigt ist? Das kann ja aber nur auf Grund jener Meinung geschehen, welche also nicht erst nachträglich hinzukommen darf. Oder beseitigt durch ein Gesetz? Dann beruht die der Übung zugrunde liegende Überzeugung auf einem Irrtum, ist also nicht die wahre Überzeugung der Urbenen, es fehlt wiederum die *opinio necessitatis*. Aus diesem Dilemma herauszukommen ist unmöglich. Zudem wird von der hier bekämpften Ansicht anscheinend übersehen, daß die Strafgesetze des Deutschen Reiches nicht durch eine, wenn auch weitverbreitete, territoriale, sondern nur durch eine Reichsgewohnheit beseitigt werden können, was „praktisch kaum denkbar“ ist.

Hat das Gewohnheitsrecht überhaupt keine rechtliche Kraft mehr, kann es weder neue Straffassungen erzeugen noch bestehende aufheben, so ermangelt auch der Gerichtsgebrauch der bindenden Kraft. Die Entscheidungen des Reichsgerichts haben über den einzelnen Fall hinaus

für den Instanzrichter nur die Bedeutung einer hohen wissenschaftlichen Autorität. Der Unter-richter hat, wenn er sich mit der reichsgerichtlichen Praxis in Widerspruch setzt, zu erwarten, daß sein Urteil endgültig cassiert wird und der einzige Erfolg für den Angeklagten in der Pein des längeren Wartens und in der Mehrung der Kosten besteht, aber als gewissenhafter Mann hat er daran festzuhalten, daß non ex omni, sed legibus iudicandum est.

4. Für die Interpretation des Strafgesetzes gelten die allgemeinen wissenschaftlichen Regeln. Sie erschließt den Rechtsatz aus den Worten, deren sich der Gesetzgeber bedient hat, und ist danach eine legalische, grammatische, logische. Sie erschließt ihn zu gleicher Zeit aus den Elementen, aus denen der gesetzgeberische Gedanke selbst hervorgegangen ist, nämlich der historischen Entstehung und Ausbildung des Gedankens, seinem dogmatischen Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssystem, seinem legislativen Zweck für die zukünftige Gestaltung des Lebens. Ergeben sich hierbei Lücken im Strafgesetze, so hat der Richter sie auf dem Wege der Analogie auszufüllen, also durch die Übertragung des Rechtsatzes aus der ihm eigentümlichen Sphäre auf Fälle einer anderen Sphäre, denen derselbe Rechtsgedanke zugrunde liegt. Jedoch mit der Beschränkung des Abs. 1, nicht also um einen Strafanpruch zu begründen, auch nicht wenn der Rechtsatz sich als ein singulärer darstellt, wie z. B. § 53 Abs. 3, endlich nur als Gesetzes-, nicht auch als Rechtsanalogie, also nur in bezug auf einen einzelnen Rechtsatz, nicht auf eine Gruppe von Rechtsätzen oder gar auf die dem positiven Strafrecht zugrunde liegenden Prinzipien überhaupt. Mit dieser dreifachen Beschränkung ist aber die Analogie unentbehrlich; man denke z. B. an die Verjährung der in § 70 verzeigten Strafe des Verweises. Vgl. Werner 273, Binding Handb. I 214, Grundr. 70, Lehrb. I 21, Finger I 183, Frank N. I 2, v. Lilienthal 12, v. Liszt 88, Mertel H. IV 83, Meyer-Alsfeld 92, Olshausen N. 4 Abs. 2, Oppenhoff-Debus N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 28./12. 80 E. 3 150, 17./9. 85 E. 12 372, 11./12. 85 E. 13 171, 16./12. 93 E. 25 47. Die Rechtsanalogie wollen zulassen Birtmeyer Enghl. 1145 und v. Wächter 76; vgl. auch Windscheid Band. I § 23. Gegen die ganze Unterscheidung ist Schütze 47.

Das Gesetz tritt in Existenz erst mit seiner Verkündung. Bis auf dem Wege der Gesetzgebung dieses Ziel erreicht ist, liegt nur ein Gesetzentwurf vor. Die sog. Materialien lassen erkennen, was die gesetzgebenden Faktoren haben sagen wollen. Sie sind für die Auslegung von nicht geringem Wert, wenn das, was in dem Gesetze gesagt ist, damit übereinstimmt, aber dieser Wert ist immer nur ein wissenschaftlicher, und sie sind für die Auslegung nur von negativer Bedeutung, wenn die Übereinstimmung fehlt. Ebenso Binding Handb. I 471 und v. Liszt 89. Diese von dem Reichsgericht nicht immer streng beobachtete Regel ist auch bei den Druckfehlern und den Redaktionsversehen entsprechend einzuhalten. Druckfehler, zu denen auch die Rechenfehler gehören, sind zu berichtigen, ohne daß es eines Eingreifens der Gesetzgebung bedarf; v. Liszt a. a. O. verlangt eine neue, berichtigende Kundmachung. Anders steht es um die Redaktionsversehen. Gesetz ist nicht der Sinn, den der Gesetzgeber mit seinen Worten verbinden wollte, sondern den er mit ihm verbunden hat. Daher hat, wenn infolge eines Versehens des Gesetzgebers, also wider dessen Willen, ein Satz in das Gesetz aufgenommen ist, nicht der gewollte, sondern der in das Gesetz aufgenommene und mit ihm publizierte Satz als Rechtsatz zu gelten. Eine Berichtigung dieses Versehens darf nur von dem Gesetzgeber auf dem verfassungsmäßigen Wege der Gesetzgebung vorgenommen werden, jede andere Berichtigung, auch wenn sie in dem Gesetzblatte steht, ist ohne gesetzlichen Charakter, daher für den Richter unverbindlich. Übereinstimmend Binding Handb. I 460 und Grundr. 67, Mertel H. IV 76, v. Liszt 89.

5. Die Strafe muß bestimmt sein. Sie ist es nicht, wenn, was in älteren Gesetzen gar nicht selten vorkommt, ihre Zurechnung für jeden einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen ist: angemessen, nachdrücklich, mit ziemlicher Strafe, auch wohl „gehörig“ u. ä. Wenn die Landesgesetzgebung es unterlassen hat, gemäß GG. § 8 die Übereinstimmung mit dem StGB. herbeizuführen, so kann die Handlung nicht mit einer Strafe belegt werden. Vgl. Binding Handb. I 178, 208 und Grundr. 66, Meyer I 89, Olshausen N. 7. Für Elsaß-Lothringen vgl. GG. v. 30. Aug. 1871 Art. XI.

6. Die Strafe muß bestimmt sein, also diejenige Strafe, welche jetzt verhängt werden soll. Nach GG. § 6 darf nur auf die im StGB. enthaltenen Strafarten und außerdem auf Forst- und Gemeindefeldarbeit erkannt werden. Ist in territorialen Strafgesetzen eine andere Strafart angedroht, ohne daß die Landesgesetzgebung von GG. § 8 Gebrauch gemacht hat, so kann die Handlung auch hier nicht mit Strafe belegt werden. Vgl. oben GG. § 6 N. 4.

7. Die Strafe muß endlich bestimmt sein, bevor die Handlung begangen wurde. Begangen ist die Handlung mit dem Abschluß der letzten auf ihre Vollenbung gerichteten Tätigkeit: Hälbner I 153, Olshausen N. 8, Oppenhoff-Debus 22 und § 3 N. 10, Rüdorff-Stenglein § 3 N. 4; RG. 25./9. 84 E. 11 245. Wenn Frank § 3 N. 11 und Meyer-Alsfeld 118 lehren, daß jede Ausführungshandlung in Betracht komme, übersehen sie dabei, daß vor dem Abschluß der letzten Tätigkeit die Begehung erst begonnen, die Handlung also, welche natürlich auch eine bloße Verhinderung und

als solche strafbar sein kann, noch nicht begangen ist. Bei den Unterlassungsdelikten, auch den Kommissivdelikten per omissionem, erklärt auch Meyer-Alsfeld 165 diejenige Zeit für entscheidend, zu welcher der Täter, um die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, spätestens hätte tätig werden müssen. Bedient sich der Täter zur Ausführung der Handlung fremder Kräfte, Naturkräfte oder Menschen, so ist die so vermittelte Tätigkeit ihm als Subjekt der strafbaren Handlung zuzurechnen und umfaßt seine Tätigkeit auch jene Kraftäusserungen: v. Liszt 138, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius § 3 N. 7; RG. 19./5. 84 C. 10 420. Nur auf die Zeit der Tätigkeit kommt es an, nicht auf die Zeit, zu welcher der zum objektiven Tatbestande gehörende Erfolg eingetreten ist, da der Erfolg zwar mit der Tätigkeit in Kausalzusammenhang steht, nicht aber ein Teil der Tätigkeit selbst, sondern ihr Ziel ist: Frank N. III, v. Liszt 137, Meyer-Alsfeld 117, Olshausen N. 8 Oppenhoff-Delius N. 22, Rüdorff-Stenglein N. 8; a. M. Binding Handb. I 246. Für die Fälle der Teilnahme ist die Zeit der Teilnahmeanhandlung selbst, nicht die des Delikts oder der Teilnahmeanhandlung und des Delikts maßgebend: Meyer-Alsfeld 193, Olshausen N. 8.

Diese Regeln finden Anwendung auch auf die Dauer-, Kollektiv- und fortgesetzten Delikte (siehe hierüber unten zu § 73). Die Dauerdelikte sind strafbar, wenn auch nur ein Teil des Dauerzustandes sich unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortsetzt: Frank N. III, Olshausen N. 8a. Bei den Kollektiv-, insbesondere den gewohnheitsmäßigen, und bei den fortgesetzten Delikten unterliegen der Bestrafung nur die in die Zeit des neuen Gesetzes fallenden Einzelhandlungen, wogegen die vorher begangenen Handlungen wohl als Beweisgrund für die Gewohnheitsmäßigkeit usw., nicht aber als Elemente der Schuld und Strafe in Betracht kommen: Frank N. III, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 24./1. 82 C. 5 369. Insbesondere das fortgesetzte Delikt kommt als die jeweilig gegebene strafbare Handlung erst mit Begehung der letzten noch zu ihm gehörigen Handlung zum Abschluß: RG. 6./5. 10 C. 43 355. A. M. Meyer-Alsfeld 118 und Olshausen N. 8 bezüglich der Kollektivdelikte, welche als solche zu bestrafen seien, wenn auch nur eine nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes vorgenommene Handlung den kollektiven Charakter an sich trage.

8. Nach Abj. 1 ist die Frage, ob eine Handlung strafbar, und welche Strafe über sie zu verhängen ist, nach demjenigen Gesetze zu beantworten, während dessen Geltungszeit die Handlung begangen wird. Dieser Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt nach der ihm in Abj. 1 gegebenen Formulierung sowohl wenn eine bisher nicht strafbare Handlung nunmehr für strafbar erklärt, als auch wenn eine bisher schon strafbare Handlung durch das neue Gesetz mit einer anderen Strafe bedroht wird. Diese andere Strafe kann eine gleichwertige, sie kann aber und wird regelmäßig eine strengere oder mildere sein. Für den letzten Fall, daß sie also eine mildere ist, wird in Abj. 2 der Grundsatz des Abj. 1 durchbrochen und die Rückwirkung des milderen oder, wie es in Abj. 2 mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer wiederholten Abänderung des Gesetzes in der Zwischenzeit heißt, des mildesten Gesetzes angeordnet.

9. Abj. 1 enthält einen Grundsatz nur für Strafgesetze. Wenn Abj. 2 eine Beschränkung des Abj. 1 enthält und sich dabei des Ausdruckes „mildeste Gesetz“ bedient, so ist es unzweifelhaft, daß er sich ebenfalls nur auf Strafgesetze bezieht: Olshausen N. 14, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 25./2. 95 C. 27 98, 15./2. 01 C. 34 157.

Somit kommt Abj. 2 nicht in Anwendung, wenn nicht das Strafgesetz selbst verändert wird, sondern der Wechsel nur seine — nicht in ihm selbst formulierten — rechtlichen Voraussetzungen, also die Voraussetzungen der Strafbarkeit, nicht aber die Tatbestandsmerkmale, trifft: Olshausen N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 9./2. 81 C. 4 4, 14./6. 87 C. 16 171, 29./12. 91 C. 22 290, 25./2. 95 C. 27 98, 28./6. 98 C. 31 225, 1./3. 00 C. 33 184. Insbesondere trifft dies zu bei den sog. Blankettstrafgesetzen; so findet Abj. 2 keine Anwendung, wenn z. B. im Falle des § 145 die zurzeit geltenden kaiserlichen Verordnungen durch neue ersetzt werden. Ebenso trifft es zu, wenn die von dem Strafgesetz vorausgesetzten zivilistischen Begriffe geändert werden, z. B. wenn die Jahre der Minderjährigkeit herabgesetzt, der Begriff der öffentlichen Urkunde umgestaltet wird. Hiernach findet Abj. 2 nur dann Anwendung, wenn das Strafgesetz selbst verändert wird, ohne daß es dabei auf den Grund der Abänderung ankommt: Olshausen N. 16; RG. 20./5. 90 C. 20 407, 1./3. 00, 8./3. 00 C. 33 184, 187, 7./12. 00 C. 34 37. Frank N. V will unterscheiden, ob das formell außerhalb des Strafrechts stehende Gesetz materiell einen Bestandteil des Strafgesetzes bildet oder nicht, zieht zur Unterstützung der ersten Alternative die Unterscheidung zwischen Norm und Strafdrohung heran und kommt folgerichtig bezüglich der Blankettgesetze zur Bejahung der Anwendbarkeit des Abj. 2. Wie sich an der Hand der Frankischen Ansicht der Praktiker zurechtfinden soll, ohne auf weitere nur mit einem Rest aufgehende Fragen zu stoßen, ist nicht zu ersehen. Auch die Ansicht von Meyer-Alsfeld 97 kann nicht genügen, wonach Abj. 2 dann anzuwenden ist, wenn mit der Änderung eine Erweiterung oder Einschränkung des bisherigen Rechtsschutzes Hand in Hand geht, gleichviel, ob das Schutzobjekt oder eine andere Voraussetzung des Schutzes geändert wird. Hierbei bleibt nämlich regelmäßig die Frage offen, wessen Recht geschützt ist. z. B. bei der erlaubten Selbst-

Hilfe das Recht dessen, der sich selbst hilft, oder dessen, gegen den der Akt der Selbsthilfe sich wendet.

10. Der Richter hat also dasjenige Gesetz anzuwenden, welches für den Beschuldigten das günstigste Resultat ergibt. Zur Anwendung hat entweder das ältere oder das neuere Gesetz zu kommen. Es ist unzulässig, irgendwelche Bestimmungen, welche den verschiedenen Gesetzen angehören, zu kombinieren, denn das hieße ein Gesetz anwenden, welches überall nicht existiert. Dabei sind nicht bloß die Gesetzesparagrafen, welche den Tatbestand und die Strafe normieren, sondern auch alle weiteren Bestimmungen zu vergleichen, welche auf den konkreten Fall überhaupt Anwendung finden können. „Handelt es sich also nicht bloß um die Vergleichung zweier Spezialgesetze, welche beide auf das Ganze einer und derselben Strafgesetzgebung bezogen und ihr untergeordnet sind, sondern um die Vergleichung von Strafzügen, welche verschiedenen Gesetzgebungen, verschiedenen Strafgesetzbüchern angehören oder als Spezialgesetze der sie in ihrer Anwendung bedingenden Herrschaft verschiedener Strafgesetzbücher untergeordnet sind, so würde es unzulässig sein, wollte man bei der Anwendung der einzelnen Strafbestimmung die allgemeinen strafrechtlichen Normen einer anderen als der Strafgesetzgebung, der sie selbst angehört, als „maßgebend betrachten“: Hälschner I 25. Daber hat die Vergleichung nicht in abstracto zu geschehen, was unter Umständen zu gar keinem Resultate führt, sondern, wie schon bemerkt, mit Hinsicht auf den konkreten Fall nach Maßgabe der verwirkten Strafe. Somit ist nicht lediglich zu prüfen, ob z. B. der einfache Diebstahl nach dem älteren oder nach dem neueren Gesetz mit milderer Strafe bedroht ist, sondern als das mildeste Gesetz ist dasjenige anzuwenden, nach welchem dieser bestimmte Mensch wegen dieses bestimmten Diebstahls zu der mildesten Strafe verurteilt, eventuell also freigesprochen werden kann: Berner 253, Frank N. IV, v. Liszt 95, Meyer-Altfeld 95, Liszhausen N. 17, 21, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 50; RG. 6./2. 80 E. 1 191, 8./3. 00 E. 33 187.

11. Läßt sich überhaupt nicht feststellen, welches Gesetz das mildeste ist, so ist unter Beobachtung des GG. § 6 nach der Regel des Abf. 1 das ältere Gesetz anzuwenden: Binding Handb. I. 265, Finger I 142 N. 161, Hälschner I 25 Meyer-Altfeld 94, Liszhausen N. 11 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schütze 51, v. Schwarze HH. II 27. Dasselbe gilt, wenn beide Gesetze gleich sind; a. M. in diesem Falle Binding Handb. I 251, Geyer I 90, Liszhausen N. 11 Abf. 1. Die Ansicht, daß es im letzteren Fall nicht darauf ankomme, welches von beiden Gesetzen man anwende, ist formell nicht zu billigen und untersteht materiell dem Bedenken, daß sich an die Verletzung eines bestimmten Strafgesetzes auch noch andere Folgen knüpfen können als nur die Strafe.

12. Der Richter soll nicht nur das bei der Begehung und das bei der Aburteilung herrschende Gesetz, sondern auch die etwaigen Zwischengesetze vergleichen, um aus allen das mildeste zu ermitteln. Das mildeste Gesetz von allen erdenkbaren Gesetzen ist aber dasjenige, bei dessen Anwendung die Handlung überhaupt nicht gestraft werden kann: Berner 253, Frank N. IV, Liszhausen N. 18, Oppenhoff-Delius N. 17.

Ist die Handlung in dem neuen Gesetz überhaupt straffrei gelassen, so hat, wenn die Untersuchung nicht schon vorher eingestellt werden kann, Freisprechung zu erfolgen.

Das mildeste Gesetz ist dasjenige, welches in den §§ 55–57 an die Stelle des 12. das 14. Lebensjahr setzt.

Ferner ist dasjenige Gesetz das mildeste, nach welchem die Verfolgung durch die Stellung eines Antrages oder einer Ermächtigung bedingt ist: Berner 253, Frank N. IV, v. Liszt 95, Liszhausen N. 20, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 10, v. Wächter 80. Hierfür läßt sich auch die Analogie des § 5 Nr. 3 und Gef. v. 26. Febr. 1876 Art. III verwerten. Ist eine Untersuchung bereits eingeleitet, so darf das Hauptverfahren nicht eröffnet werden, und was es schon eröffnet, so ist das Verfahren durch Urteil einzustellen. A. M. wegen der prozessualen Natur des Strafantrages Finger I 142, auch Binding Handb. I 253, 597.

Geno ist das mildeste Gesetz dasjenige, nach welchem die Strafverfolgung verjährt ist, und zwar auch dann, wenn nach ihm die Strafe ohne die Verjährung härter ausfallen müßte als nach dem anderen Gesetz: Berner 253, Frank N. IV, Hälschner I 28, v. Liszt 95, Meyer-Altfeld 95, Liszhausen N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 11, v. Wächter 80; RG. 26./6. 99 E. 32 247. Folgerecht ist auch dasjenige Gesetz das mildeste, welches sich rückichtlich der Fristen oder Bedingungen der Verjährung als das dem Täter günstigste darstellt.

Aus der Zeitbestimmung „bis zur Aburteilung“, d. h. bis die Handlung strafprozessuallich, also gegebenenfalls durch das Urteil der höchsten Instanz erledigt ist, ergibt sich, daß Abf. 2 auf rechtskräftig feststehende Strafen keine Anwendung findet. Somit ist bezüglich der Frage nach der Verjährung der Strafvollstreckung nach der Regel des Abf. 1 stets dasjenige Gesetz anzuwenden, während dessen Geltung die Handlung begangen ist: Hälschner I 29, Heinze HH. II 21, Liszhausen N. 13, Oppenhoff-Delius N. 21. Dagegen nehmen die Anwendbarkeit des Abf. 2 auch auf die Strafvollstreckung an Berner 253, 326, Binding Handb. I 266, Finger I 142, Frank N. VI, v. Liszt 95,

Meyer-Altfeld 98 N. 27, Rüdorff-Stenglein N. 14, Schütze 212 N. 30 (in Widerspruch mit 51), unter mannigfachen Abweichungen voneinander wegen der Begründung ihrer Ansicht und wegen des Beginnes der Verjährungszeit. Jedenfalls läßt sich diese zweite Ansicht nicht mit Frank auf § 70 stützen, denn die Beantwortung der Frage, ob der dort gebrauchte Ausdruck „rechtskräftig erkannt Strafen“ auch die vor dem Geltungsbeginn des StGB. vollstreckbar gewordenen Strafen umfaßt, ergibt sich nur aus Abj. 2, und daher kann der Umfang der Ausnahmebestimmung des Abj. 2 nicht aus § 70 ermittelt werden.

13. Abj. 1 setzt einen Wechsel in der Gesetzgebung, also mindestens zwei Gesetze, ein älteres und ein jüngeres voraus. Wird das ältere durch das jüngere nicht abgeändert, sondern lediglich aufgehoben, so ist dies aufhebende Gesetz das mildere, und die Handlung bleibt unbeftraft. Der völligen Aufhebung des Gesetzes steht die vorübergehende, die Suspension gleich: Meyer-Altfeld 96, Olshausen N. 16; a. M. Hälschner I 123 und Oppenhoff-Delius N. 7. Wenn das Gesetz sich aber von vornherein eine beschränkte Gültigkeitsdauer beilegt, entweder für eine bestimmte Zeit oder für die Geltung eines anderen Gesetzes oder für die Dauer eines bestimmten Zustandes; so liegen keine verschiedenen aufeinanderfolgenden Strafgesetze vor, die Voraussetzung des Abj. 2 ermangelt, die Verurteilung auf Grund des Gesetzes ist also auch zulässig, nachdem es bereits außer Geltung getreten ist: Merkel 273, Meyer-Altfeld 96, Olshausen N. 16, Oppenhoff-Delius N. 8; RG. 15./1. 91 C. 21 294 (Sozialistengesetz), 7./4. 99 C. 32 110, 16./2. 00 C. 33 185, 8./3. 00 C. 33 189, 7./12. 00 C. 34 37; a. M. Binding Handb. I 237, 258, Grundr. 73 (je nachdem nur die Norm oder das Strafgesetz selbst aufgehoben wird, also im Resultat wie v. Liszt), Finger I 147, Frank N. V, Hälschner I 123, v. Liszt 94 N. 3 („wenn das Gesetz überhaupt nur die unter einer bestimmten Sachlage begangenen Handlungen mit Strafe belegen wollte, wenn also die Begehung während einer bestimmten Zeit Tatbestandsmerkmal ist“).

14. Bei der Vergleichung der verschiedenen Gesetze kommen die nichtstrafrechtlichen Nachteile, insbesondere die Buße, nicht in Betracht: Olshausen N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 8; a. M. bezüglich der polizeilichen Maßregeln Frank N. IV. Auf sie kann, da eine Kombination der verschiedenen Gesetze unzulässig ist (oben N. 10), nur erkannt werden, wenn das sie aussprechende Gesetz Anwendung findet: Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.; a. M. Binding Handb. I 244 N. 11 und Oppenhoff-Delius N. 26. Ebenjowenig kommt die Möglichkeit der Umrechnung der Untersuchungshaft in Betracht, denn diese Umrechnung ist keine Strafmilderung, sondern die volle Strafe wird nur in modifizierter Weise verbüßt: Binding Grundr. 277, Olshausen N. 24; a. M. Oppenhoff-Delius N. 20.

15. Bei der Vergleichung der Strafen kann sich ergeben, daß ein Gesetz eine dem StGB. unbekannte Strafart androht, ohne daß die Landesgesetzgebung gemäß GG. § 8 eine Übergangsbestimmung getroffen hat. Ergibt die Prüfung, daß die in der unbekannten Strafart angedrohte Strafe die mildere ist, so muß nach GG. § 6 die Handlung straffrei bleiben: Finger I 141 N. 161, v. Liszt 96, Meyer-Altfeld 96, Olshausen N. 22 Abj. 1; oben N. 6. Ist eine Bestrafung nach allen in Betracht kommenden Gesetzen möglich, so entscheidet zuerst die Vergleichung der Hauptstrafen; führt dies zu keinem Resultat, so sind die Nebenstrafen zu vergleichen. Die Todesstrafe ist die schwerste, die Geldstrafe die leichteste Strafart der ordentlichen Hauptstrafen, der Verweis wiederum leichter als die letztere. Somit ist für das Verhältnis der Geldstrafe zur Freiheitsstrafe die Ansicht Rüdorff-Stengleins N. 7 Abj. 3, daß die letztere immer die schwerere sei, richtig. Führt die Vergleichung der Hauptstrafen nicht zu einem Resultat, so kommen als ihr Plus die Nebenstrafen in Betracht, wobei jedoch zu beachten ist, daß die dem deutschen Strafrecht bekannnten Nebenstrafen untereinander an Wert gleichstehen. Vgl. hierzu unten Besonderer Teil Erster Abschnitt N. 3 I. Bei der Vergleichung der Freiheitsstrafen, abgesehen von der Haft, untereinander ist, weil es sich um die Aburteilung einer konkreten Straftat handelt (oben N. 10) der in § 21 vorgeschriebene Maßstab anzuwenden. A. M. wegen der Nebenstrafen Frank N. IV 6, unbestimmt Olshausen N. 22 Abj. 2.

16. Was endlich die Zeit „der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung“ betrifft, so finden die oben N. 7 gegebenen Ausführungen über die Frage, wann die Handlung begangen ist, auch hier Anwendung, wie fast allgemein anerkannt wird: Olshausen N. 12a. Für die Anwendbarkeit des Abj. 2 ist daher nur Raum, wenn der Wechsel der Gesetzgebung eintritt, nachdem die strafbare Handlung, z. B. ein fortgesetztes Delikt, bereits abgeschlossen war, wogegen die Vorschrift keine Bestimmung enthält, wie es zu halten sei, wenn sich die Gesetzgebung ändert, während der Täter in der Begehung begriffen ist: RG. 6./5. 10 C. 43 355. Die Frage, was unter „Aburteilung der Handlung“ zu verstehen ist, wird von der Theorie und Praxis überwiegend beantwortet: bis dahin, wo der Strafrichter ein Urteil über die Handlung abgegeben habe, und das tun nur der erste und der Berufungsrichter, nicht jedoch der Revisionsrichter, der lediglich über die Revisionsangriffe zu entscheiden habe: Binding Handb. I 252, Hälschner I 126, Olshausen N. 12b, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 15./2. 92 C. 22 347, 14./3. 08 C. 41 177. Dagegen nehmen Werner

252, Meyer-Alfeld 98 und Schütze 51 an, die Zeit der „Aburteilung“ dauere, solange die Gerichte mit dem Urteil zu tun hätten, also bis zur Erledigung eventuell in der dritten Instanz. Diese zweite Ansicht ist schon oben N. 12 Abs. 5 für die richtige erklärt. Handlung ist Straftat, die Straftat ist abgeurteilt, d. h. durch Urteil erledigt erst mit dem letzten überhaupt gefällten Urteil, es möge in appellatorio oder in revisorio, im ordentlichen oder im Wiederaufnahmeverfahren gefällt sein. Erst durch die Rechtskraft des Urteils wird die Unwendbarkeit des nachher in Kraft getretenen milderen Strafgesetzes ausgeschlossen; wenn also das mildere Gesetz erst in der Revisionsinstanz ergeht, so hat der Revisionsrichter es zur Anwendung zu bringen. Das Revisionsurteil, es mag nun als abänderndes einen anderen Inhalt haben oder als bestätigendes den Inhalt des bestätigten Urteils wiederholen, tritt nicht neben, sondern durchaus an Stelle des letzteren, welches durch das Revisionsurteil so vollständig beseitigt wird, daß auch im Fall der Bestätigung alle an die Existenz des Urteils geknüpften Folgen vom Tage des Revisionsurteils datieren. Die Anhänger der irrigen Ansicht mildern allerdings deren Schärfe, indem sie zugeben, daß eine Aburteilung der Handlung wieder eintrete, wenn das Urteil einschließlich der Feststellungen in der Revisionsinstanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen sei. Und wenn ein Schwurgerichtsurteil unter Aufrechterhaltung des Wahrpruchs der Geschworenen vernichtet und die Sache zurückverwiesen wird? Wenn das Urteil auch in der Revisionsinstanz bestätigt, also rechtskräftig geworden ist, aber im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben und in dieser Zwischenzeit ein milderes Strafgesetz erlassen wird, so muß das mildere Gesetz angewendet werden, denn wenn Abs. 2 auf rechtskräftig feststehende Strafen keine Anwendung findet, so greift er doch sofort Platz, wenn das rechtskräftige Urteil durch den Wiederaufnahmebeschluß beseitigt wird.

17. Ein Wechsel der Gesetzgebung nach demnächst rechtskräftig werdender oder bereits rechtskräftig gewordener Verurteilung ist auch dann einflußlos, wenn das neue Gesetz die Handlung für straflos erklärt; hier kann nur die Begnadigung helfen. N. N. für den Fall der Straflos-erklärung v. Wächter 81.

§ 3.

Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Täter ein Ausländer ist.

1. Während § 2 das zeitliche, bestimmen die §§ 3 bis 8 das räumliche Herrschaftsgebiet des deutschen Strafrechts: das Gebiet des Deutschen Reichs im Gegensatz zum Ausland. Die §§ 3 bis 7 beziehen sich auf alle Strafgesetze des Deutschen Reichs, § 8 nur auf das StGB., § 7 auch auf die Landesgesetze. Vgl. Oshausen N. 1, der mit Zug die Ansicht von Binding, Haub. I 401 und Ringer I 164 N. 196 zurückweist, nach welcher die §§ 3 bis 7 sich nur mit dem Gegensatz von Reichsrecht und ausländischem Recht befassen.

2. Für das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafrechts sind vier Prinzipien aufgestellt worden:

a) Das Welt- oder Universalrechtsprinzip. Nach ihm soll jeder Staat alle irgendwo und von irgendwem in der Welt begangenen Delikte bestrafen, auch wenn seine besondere Rechtsordnung an der Bestrafung nicht interessiert ist, z. B. wenn ein Engländer in New York einen Franzosen bestiehlt. Konsequenz müßte jeder Staat mit seiner Polizei- und Militärgewalt überall da Ruhe und Ordnung zu stiften gehalten sein, wo die lokale Staatsgewalt nicht anstreicht oder überhaupt nicht vorhanden ist. Dieses Prinzip ist praktisch gar nicht durchführbar und an sich eine reine Utopie. Es hat daher, ausgenommen etwa v. Schwarze Hb. II 45, keine Anhänger mehr.

b) Das Personalitätsprinzip. Nach ihm sind nur die Angehörigen des eigenen Staates, diese aber auch dann zu strafen, wenn sie das Delikt im Auslande begehen. Dieses Prinzip beruht auf dem an sich völlig zutreffenden Gedanken, daß der Staatsangehörige durch das bloße Faktum des Aufenthaltes im Auslande nicht von der Beobachtung der inländischen Gesetze entbunden ist, läßt sich aber ebenfalls praktisch nicht durchführen und hat das schwere Bedenken gegen sich, daß es den im Inlande delinquirenden Ausländer grundsätzlich straflos läßt.

c) Das Schutz- oder Realprinzip. Nach ihm werden nur die an inländischen Rechtsgütern begangenen Delikte bestraft, aber ohne Unterschied, ob sie im Inlande oder Auslande, von Inländern oder Ausländern begangen werden. Auch dieses Prinzip ist praktisch nicht durchführbar und läßt zu dem die Rechtsgüter des Auslandes grundsätzlich schutzlos, wofern es nicht zu der verwerflichen Korrektur greift, wie den im Inlande ergriffenen Ausländer, so auch den Inländer an den in seinen Rechtsgütern geschädigten ausländischen Staat anzuliefern.

d) Das Territorialitätsprinzip. Nach ihm wird ohne Unterschied, ob der Täter ein Inländer oder Ausländer (subditus temporarius) ist, wegen aller im Inlande begangenen Delikte gestraft und bleiben alle im Auslande begangenen unbestraft.

Der Gesetzgeber des Deutschen Reichs hat das Territorialitätsprinzip adoptiert. Dies ist jetzt überwiegend anerkannt, auch vom Reichsgericht wiederholt ausgeprochen: RG. 24./6. 84 C. 11 20, 14./1. 87 C. 15 221. Wenn Vermer 256 und Binding Handb. I 402, 437, Grundr. 81 eine Mischung, v. Wächter 88 eine verkümmertes Personalitätsprinzip vorzufinden glauben, so ist allerdings zuzugeben, daß den drei anderen Prinzipien erhebliche KonzeSSIONen gemacht sind, zumal in zahlreichen Spezialgesetzen. Gleichwohl muß nicht bloß für das StGB., sondern überhaupt für die Reichsgesetzgebung als der grundsätzliche Standpunkt der des Territorialitätsprinzips bezeichnet werden: Meyer-Allfeld 106. Somit wird das StGB. in räumlicher Beziehung von dem Grundgesetz beherrscht, daß es auf alle im Gebiet des Deutschen Reichs begangenen Handlungen Anwendung findet, wogegen wegen der im Auslande begangenen Delikte — „in der Regel“ § 4 Abs. 1 — keine Verfolgung eintritt. Und zwar hat der deutsche Richter auf die im Reichsgebiet begangenen Delikte stets, auf die im Auslande begangenen „in der Regel“ das deutsche Recht anzuwenden: Olshausen N. 11; RG. 7./5. 00 C. 33 271, 10./5. 02 C. 35 254.

2. Die §§ 3 bis 6 beziehen sich auf das Gemeine Recht, sie haben zwingende Geltung für das StGB. und ebenso für das ältere Reichsrecht, sofern dieses nicht zu den nach GG. § 2 in Kraft gebliebenen besondern Vorschriften gehört. Dagegen hat der Gesetzgeber des Deutschen Reichs bezüglich des späteren Strafrechts natürlich völlig freie Hand, so daß es jedesmal eine Frage der Interpretation ist, ob die Grundsätze der §§ 3 bis 6 anzuwenden sind. Ebenso ist die Landesgesetzgebung bezüglich der ihr zur strafrechtlichen Regelung belassenen Materien selbständig. Daß — vgl. hierzu Häßlchner I 178 ff. — jeder deutsche Staat das Recht hat, jedes innerhalb seines Gebietes verübte Delikt zu strafen, gleichviel ob es von einem Angehörigen des eigenen oder von dem eines anderen Bundesstaates oder von einem Ausländer verübt wurde, und auch dann zu strafen, wenn es sich um Anwendung nicht des Reichs-, sondern des Landesstrafrechts handelt, braucht nicht erst auf § 3 und dessen analoge Anwendung gegründet zu werden, da dieses Recht aus der staats-, reichs- und völkerrechtlichen Stellung des Bundesstaates von selbst folgt. Nun aber beziehen sich die §§ 3 bis 8 mit der einen Ausnahme des § 7 nur auf das Reichsrecht, nicht auf das Landesrecht und berühren gar nicht die Frage, inwiefern nach den Gesetzen eines Bundesstaates die in seinem Gebiete oder außerhalb desselben verübten Delikte zu verfolgen sind. Soweit es sich daher um die strafrechtliche Verfolgung nach Landesgesetzen handelt, haben die landesrechtlichen Bestimmungen fortdauernde Geltung und ist die Landesgesetzgebung zum Erlaß neuer gesetzlicher Bestimmungen befugt: Olshausen N. 17, Müddorf-Stenglein N. 10. Enthält das Territorialrecht überhaupt keine derartigen Bestimmungen, oder verweist es lediglich auf die Bestimmungen der früheren Gesetzgebung, so kann eine Bestrafung der im Auslande begangenen Verfehlungen gegen das territoriale Strafgesetz nicht erfolgen; vgl. GG. § 2 Nr. 10, StGB. § 4 Nr. 4.

3. Das Gebiet des Deutschen Reichs besteht

a) aus den in Art. 1 der Reichsverfassung genannten Bundesstaaten und dem Reichslande Elsaß-Lothringen. Neutral-Moresnet (vgl. GG. § 1 Nr. 2) steht zwar nicht im ausschließlichen, aber doch immer im Eigentum des Bundesstaates Preußen und ist daher wie alle unter der Landeshoheit des Reichs bzw. eines Bundesstaates und zugleich unter der eines ausländischen Staates stehenden gemeinschaftlichen Gebiete Reichsgebiet. Daß dasselbst nicht das StGB., sondern der Code pénal gilt, tut nichts aus, da der Code mit dieser lokalen Beschränkung ein Strafgesetz des Deutschen Reiches ist. Übereinstimmend Finger I 166 Nr. 201, Meyer-Allfeld 102 Nr. 23, Olshausen § 8 Nr. 2a, Oppenhoff-Delius GG. § 1 Nr. 3; RG. 10./8. 98 C. 31 259. V. W. Binding Handb. I 407 Nr. 5 und Grundr. 82, v. Liszt 104 Nr. 3; RG. 18./12. 05 C. 38 289 („Diese Fläche ist ein staatsrechtliches Zwittergebilde, „das bis zum endgültigen Austrag der widerstreitenden Gebietsansprüche für jeden beteiligten „Staat weder zum eigentlichen In- noch Ausland gehört“).

b) In den Konsulargerichtsbezirken und den Schutzgebieten gelten grundsätzlich die dem Strafrecht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze, an erster Stelle also das StGB.: vgl. GG. § 1 Nr. 3. Die in diesen Gebieten begangenen strafbaren Handlungen Deutscher und Schutzbefohlener sind daher nach den deutschen Strafgesetzen zu bestrafen, ohne daß es — in den Fällen des § 4 Nr. 3 — der Feststellung bedarf, die im Auslande begangene Tat eines Deutschen sei auch durch die Gesetze des Tatortes bedroht: RG. 25./7. 94 C. 26 97. Es fragt sich aber, ob diese Gebiete im Sinne des StGB. In- oder Ausland sind. Nach der einen Ansicht sind und bleiben sie so lange Ausland, als sie nicht durch einen Akt der Reichsgesetzgebung (n. aijerliche Verordnung) für Inland, für Reichsgebiet erklärt sind: Frank § 8 Nr. 1, Olshausen § 4 Nr. 20 c, Wachenfeld Nr. II 253. Es wäre somit kein Hochverrat, wenn ein Schutzgebiet gewaltsam vom Deutschen Reiche losgerissen werden soll (§ 81 Nr. 3), wohl aber Vergehen nach § 140 Nr. 2, wenn ein Dffizier des Beurlaubtenlandes ohne Erlaubnis nach Windhuk auswandert. Für Inland halten jene Gebiete, indem sie das Geltungsgebiet der Strafgesetze des Deutschen Reichs mit dem Reichsgebiet identifizieren, Binding Grundr. 81 und Lehrb. II 441, Finger I 167, v. Liszt 104, Meyer-Allfeld 102 Nr. 25, Oppenhoff-Delius § 4 Nr. 2. Dieser zweiten Ansicht muß beigetreten werden. Allerdings sind die Schutzgebiete nicht durch

besonderes Gesetz dem Reiche einverleibt, aber wenn § 1 des Schutzgebietesgesetzes sagt: „Die Schutzgewalt in den deutschen Schutzgebieten übt der Kaiser im Namen des Reichs aus“, so kann man nicht sagen, daß sie Ausland sind, denn Ausland ist für Deutschland nur dasjenige Land, welches entweder einer nichtdeutschen oder gar keiner Staatsgewalt unterworfen ist. Durch den Aufenthalt in den Schutzgebieten geht die Reichsangehörigkeit nicht verloren, und umgekehrt kann Ausländern, welche in den Schutzgebieten sich niederlassen, die Reichsangehörigkeit verliehen werden. Man kann in den Schutzgebieten seiner aktiven Dienstpflicht genügen, in Afrika ist auch ein militärisches Kontrollbureau eingerichtet. Endlich ist es ein haltloser Widerspruch, daß für das StGB. dasjenige Gebiet, in welchem es ebenso wie in dem unbefristeten Reichsgebiet gilt, Ausland sein soll. Hiermit stimmt jetzt auch das RG. überein: 28./4. 11 C. 44 403.

c) Die Grenzen dieses Gebietes sind sowohl nach unten in den Erdraum als auch nach oben in den Luftraum rechtlich nicht abgesteckt, reichen hier daher so weit, wie die tatsächliche Herrschaftsgewalt des Reiches sich erstreckt. Bei den Grenzflüssen entscheidet in Ermangelung bestimmter internationaler Abmachungen die Mitte des sog. Talweges, obgleich die Tendenz immer mehr dahin geht, die Mitte des Stromes, des fließenden Wassers entscheiden zu lassen, während bei Brüden an der geographischen Mitte festgehalten wird: RG. 3./1. 84 C. 9 370. Bei Flüssen, welche in das Ausland austreten, wird die Grenze durch die gerade Linie gebildet, welche die an beiden Ufern liegenden trockenen Grenzen verbindet. Ebenso verhält es sich bei Grenzseen, wosfern nicht ein Kondominat angenommen wird; wegen des Bodensees vgl. RG. 22./4. 80 C. 2 17. Von besonderer internationaler Wichtigkeit ist die Grenze nach den öffentlichen Meeren. Vgl. Heffter-Greifen Völkerrecht 8. Aufl. 167, 168 N. 2, v. Liszt Völkerrecht 9. Aufl. § 9, Perels Öffentl. Seerecht 2. Aufl. 17, 32. Unter Meeresküste ist die Linie zu verstehen, bis zu welcher noch Strandbatterien errichtet werden können, welche auch bei höchstem regulären Wasserstande einer Gefährdung durch die Flutwelle nicht ausgesetzt sind. Von dieser Meeresküste ab erstreckt sich das Staatsgebiet noch so weit, als sich das Küstenmeer erstreckt, dessen Ausdehnung wiederum zwar in jeder Periode für alle Küstenmeere dieselbe, aber nicht eine feststehende, sondern von der größten Tragweite der Geschütze jeder Zeitepoche abhängige ist, soweit dabei auf eine hinreichende Treffsicherheit gerechnet werden kann. Bei den Wattenmeeren bilden die sie nach der See abgrenzenden Inseln die Linie, von der aus die Landesgrenze des Küstenmeeres zu berechnen ist. Die neuere völkerrechtliche Theorie und Praxis strebt nach einer sichereren Begrenzung und findet diese in der gleichmäßigen Entfernung von drei Seemeilen (5550 m), in der Regel von der tiefsten Ebbelinie aus berechnet. Die internationale Konvention v. 6. Mai 1882, betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer (Ges. v. 30. April 1884, RGBl. 25), bestimmt für ihre Anwendung — nicht, wie Hälschner II 983 annimmt, allgemein —, daß zu den Küstengewässern das Gebiet bis zu drei Seemeilen Entfernung von der Niedrigwasserlinie der ganzen Längenausdehnung der Küste und der davor liegenden Inseln und Bänke gehört; in den Buchten wird das Gebiet von einer die Bucht nach näherer Bestimmung durchschneidenden Linie gemessen. Vgl. auch Art. I des internationalen Vertrages v. 16. Nov. 1887/14. Febr. 1893 zur Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See, und dazu Ges. v. 4. März 1894 (RGBl. 1894 151, 427).

Daß die auf privatrechtlichem Wege erworbenen ausländischen Grundstücke, insbesondere also die für den Dienst der internationalen Missionen bestimmten, nicht zum Inlande gehören, ist unbestreitbar: RG. 26./11. 80 C. 3 70. Wenn durch von dem Reich oder einem Bundesstaat mit einem ausländischen Staat geschlossene Verträge vereinbart wird, daß ein bestimmtes ausländisches Grundstück bezüglich des Überganges und der Verzollung der von dem ausländischen Staate nach Deutschland gehenden Waren rechtlich so anzusehen sei, als ob es auf deutschem Zollgebiete läge, so finden die deutschen Zollstrafgesetze auf die auf jenem Grundstück begangenen Zolldelikte gerade so Anwendung, wie wenn das Grundstück ein inländisches wäre: RG. 19./3. 86 C. 13 410, 19./11. 88 C. 18 241. Endlich gelten alle Schiffe als ein sich fortbewegender — schwimmender — Teil des Inlandes und unterstehen daher auf dem offenen Meer, der hohen See den inländischen Strafgesetzen: RG. 21./10. 92 C. 23 266; vgl. StPD. § 10. Handelschiffe in ausländischen Gewässern stehen unter der Herrschaft des ausländischen Rechts, aber es ist eine sich immer mehr ausbreitende völkerrechtliche Gewohnheit, daß die Verstrafung der auf dem Schiffe unter den Schiffsbewohnern sich ereignenden strafbaren Handlungen dem einheimischen Staate überlassen wird: Berner 262. Dagegen gelten alle Staatschiffe auch in den ausländischen Gewässern als Teil desjenigen Staates, dem sie angehören, wenn sie lediglich die Küstengewässer durchfahren, oder wenn ihre Annäherung gestattet ist, oder wenn sie auch ohne solche Gestattung in das ausländische Gewässer im Fall der Seenot einfahren. Und zwar sind Staatschiffe die Kriegsschiffe, Truppentransportschiffe sowie die Schiffe, auf welchen fremde Souveräne oder deren Gesandte sich befinden, die Kriegschiffe schlechthin, die anderen Schiffe nur, wenn sie

ausschließlich zu der gedachten Benutzung dienen. Vgl. Dshausen N. 14a § u. Zit., Rüdorff=Stenglein N. 7, auch v. Liszt a. a. D.

4. Eine Reihe Persönlichkeiten besitzt aus staats- bzw. völkerrechtlichen Gründen die strafrechtliche Immunität. Vgl. Werner 263, Binding Handb. I 669, 687, Birkmeyer Enzykl. 1145, Finger I 431, v. Liszt 112, Meyer-Wilfeld 108, Merkel 282, Dshausen N. 19 b a, 21, Schütze 56, Wachenfeld H. II 252. Dahin gehören:

a) die Träger der Souveränität innerhalb der Reichsverfassung, also die Landesfürsten (nicht die Bürgermeister der freien Städte) und die Regenten. Eine bloß tatsächliche Verhinderung der Ausübung der Regierung ist belanglos;

b) die fremden Souveräne und Regenten einschließlich des Papstes und die Präsidenten fremder Republiken für sich und ihre Begleiter, jedoch unter der Bedingung, daß zwischen beiden Staaten Friede herrscht und ihnen der Eintritt in das Inland nicht untersagt ist. Die dritte mehrfach behauptete Bedingung, daß sie nicht in inländische Dienste getreten sind, kann nicht für zulässig erachtet werden, da der Träger der Staatspersönlichkeit auf die strafrechtliche Immunität gar nicht verzichten kann, der Eintritt in einen inländischen Staatsdienst also nur *reservato jure* erfolgt;

c) ausländische Truppenteile, denen der Eintritt in das Inland gestattet ist;

d) die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten Missionen einschließlich der Familienmitglieder, des Geschäftspersonals und solcher Bediensteten, welche nicht Deutsche sind (GWG. §§ 18 Abs. 1, 19);

e) die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaate beglaubigten Missionen und

f) die Mitglieder des Bundesrates, diese beiden Kategorien ebenfalls einschließlich der genannten dritten Persönlichkeiten, jedoch mit Beschränkung der Immunität auf diejenigen Bundesstaat, bei welchem sie beglaubigt sind bzw. in dessen Gebiet der Bundesrat seinen Sitz hat (GWG. § 18 Abs. 2, 19);

g) die im Deutschen Reiche angestellten Konsult, sofern in Verträgen des Deutschen Reichs mit anderen Mächten entsprechende Vereinbarungen getroffen sind (GWG. § 21).

Wird nun gefragt, was denn eigentlich unter der Immunität zu verstehen sei, so bedeutet sie in den Fällen d bis g nach der ausdrücklichen Vorschrift des GWG. die Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit, so daß während der Dauer der Immunität die Strafverfolgung nicht begonnen oder fortgesetzt werden kann, die Verjährung also ruht (§ 69). In den Fällen a bis c liegt nach der Ansicht mehrerer Schriftsteller, insbesondere Dshausens, der Unterschied vor, daß die Personen sub a) strafrechtlich „unverantwortlich“, die sub b) und c) von der inländischen Gerichtsbarkeit befreit seien. Es wird aber allseitig zugestanden, daß in allen drei Fällen nur ein höchstpersönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt, welcher die Möglichkeit strafbarer Teilnahme seitens Dritter — ebenso die Möglichkeit der Begünstigung und Fehlerei — bestehen läßt; vgl. unten § 50 N. 2. Somit reduziert sich der Unterschied — abgesehen von dem einstweiligen Ausschluß der Strafverfolgung — auf die Behauptung, daß zwar in den Fällen b) und c), nicht aber im Falle a) Notwehr gegen die privilegierte Person zulässig ist. Wie diese Behauptung, so ist überhaupt insoweit die ganze Unterscheidung unbegründet. Da die Fälle b) und c) nach völkerrechtlichen Grundsätzen zu bemessen sind, muß es an dieser Stelle genügen, die hier verworfene Ansicht mit Bezug auf die sub a) genannten Personen näher zu widerlegen.

Zunächst ist gar nicht zu bestreiten, daß auch ein deutscher Bundesfürst eine Handlung begehen kann, welche den objektiven und subjektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt. Ein Mord hört darum nicht auf, ein Delikt zu sein, weil er von einem Bundesfürsten begangen ist. Wird der Bundesfürst gleichwohl nicht bestraft, so bleibt er nicht deswegen straffrei, weil er kein Delikt begangen hat, sondern weil er keinen Richter über sich hat: er ist von jeder deutschen Gerichtsbarkeit befreit. Klar wird dies, wenn man sich den Fall denkt, daß er das Delikt begangen hat, als er noch Privatmann war. Auch in diesem Fall kann er, sowie er den Thron bestiegen hat, nicht bestraft werden. War er bereits verurteilt, so kann das Urteil nicht vollstreckt werden, und war die strafrechtliche Verfolgung noch nicht begonnen oder noch nicht bis zum Urteil vorgeschritten, so ist das Verfahren mit dem Augenblick der Thronbesteigung mangels Zulässigkeit der Strafverfolgung entweder überhaupt nicht einzuleiten oder sofort einzustellen und erst dann aufzunehmen, wenn der Monarch vom Thron, sei es freiwillig, sei es unfreiwillig, heruntergestiegen ist. Es ist allerdings ein anerkannter staatsrechtlicher Grundsatz, daß die Immunität des Monarchen bezüglich der von ihm während der Regierungszeit begangenen Handlungen auch über die Regierungszeit hinaus dauert, aber dieser Grundsatz beruht lediglich auf Utilitätsrücksichten und ist rationell nicht zu begründen, läßt daher keine analoge Ausdehnung auf die vor der Thronbesteigung begangenen Delikte zu. Vgl. Frank N. V 2.

Diejenigen Ausländer, welche nach den Gesetzen ihres Heimatlandes berufen sind, über Krieg und Frieden zu entscheiden usw., sind, auch wenn sie nicht zu den sub b) ff. genannten Personen gehören, insoweit völkerrechtlich gedeckt, ihre einschlagenden Handlungen sind

nicht rechtswidrige, sondern amts- und pflichtmäßige, somit keine Delikte: RG 18./6. 87 E. 16 165. Entsprechend stehen Grenzüberschreitungen, welche auf Grund dienstlicher Verbindungen zwischen Beamten benachbarter Staaten erfolgen, jederzeit unter stillschweigender Zusicherung sicheren Geleits (der Fall Schnäbele 1887).

5) Bei der Beantwortung der Frage, wo im konkreten Fall die Handlung begangen sein muß, damit sie im Inlande begangen und somit nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs abzuurteilen ist, haben zunächst die bloß vorbereitenden Handlungen — im Gegensatz zu den ausführenden — auszuscheiden, sofern sie nicht nach dem positiven Recht als *delicta sui generis* zu konstruieren sind: Frank N. IV, Meyer-Altfeld 118.

Der Ort, an welchem der zum objektiven Tatbestand gehörende Erfolg, z. B. beim Mord der Tod, beim Betruge die Vermögensbeschädigung, eingetreten ist, kommt ebenjowenig in Betracht wie bei der Frage nach der zeitlichen Herrschaft der Zeitpunkt, zu welchem der Erfolg eintritt, maßgebend ist (oben § 2 Nr. 7). Dies wird jetzt allgemein anerkannt: RG. 25./9. 84 E. 11 245, 4./1. 08 E. 41 35. Nach Berner 255 „ist auch der Ort des Erfolges Begehungsort, sofern er mit dem Willen des Täters in Verbindung steht, d. h. sofern der Täter den Erfolg an diesem, von seinem Aufenthaltsort entfernten Orte herbeiführen wollte. Löst sich aber der Ort des Erfolges vom Willen des Täters ab, so ist er nicht mehr Ort der begangenen Handlung. Man muß also den Ort, wo der Erfolg absichtlich herbeigeführt wird, von demjenigen Orte unterscheiden, wo der Erfolg zufällig eintritt.“ Übereinstimmend hiermit erklärt RG. 13./3. 80 E. 1 274 für den Begehungsort „allein denjenigen, an welchem die von dem Angeklagten erzielte Wirksamkeit mit seinem Willen in die Erscheinung getreten ist.“ Diese Ansicht, gegen welche Frank N. IV 2 zutreffend die Frage aufwirft, warum sich die Ortsbestimmung eines objektiven Vorganges nach subjektiven Momenten richten soll, ist später vom RG. selbst aufgegeben: RG. 24./6. 84 E. 11 20. Wenn z. B. der mittels Schießgewehrs Angegriffene seinen Standpunkt derartig ändert, daß ihn die Kugel im Inlande trifft, während der Schießende ihn im Auslande zu treffen beabsichtigte, so ist die Tat, wenn der Täter sich im Inlande befand, im Auslande, wenn er sich im Auslande befand, sowohl im Auslande als auch im Inlande begangen: Lisshausen N. 5 Abs. 2. Es liegen also, was Berner leugnet, in dem letzteren Falle mehrere Orte der begangenen Handlung vor, ein inländischer und ein ausländischer. Überhaupt ist die Frage, ob eine strafbare Handlung im Inlande oder im Auslande begangen ist, keineswegs stets nach der einen Alternative, sondern nicht selten dahin zu beantworten, daß sie sowohl im Inlande als auch im Auslande begangen ist, z. B. Lotterien ausländischer Lotterien-Unternehmungen auch im Inlande veranstaltet sind, wenn dem Publikum die Beteiligung durch Einrichtungen innerhalb des Reichs ermöglicht wird: Binding Handb. I 416, Lisshausen N. 2 Abs. 2; RG. 14./6. 83 E. 9 10, 19./5. 84 E. 10 420, 11./2. 86 E. 13 337, 18./3. 89 E. 19 147, 30./12. 89 E. 20 169, 6./5. 97 E. 30 98, 18./9. 09 E. 42 430. Auf solche sowohl im Inlande als auch im Auslande begangenen Handlungen finden nach der Regel des § 3 ausschließlich die Strafgesetze des Deutschen Reichs Anwendung, wie wenn die Handlung ausschließlich im Gebiete des Deutschen Reichs begangen wäre: v. Liszt 138 Nr. 5, Lisshausen N. 2 Abs. 3; RG. 24. 6. 84 E. 11 20. Ist hiernach die Handlung im Inlande nur bis zum Versuch gediehen und erst im Auslande vollendet, so ist, falls die Handlung nach dem deutschen Recht strafbar ist, der Täter von dem deutschen Richter nach dem deutschen Recht wegen des vollendeten Delikts zu strafen, mag dieses auch nach dem ausländischen Recht straflos sein: Meyer-Altfeld 171. In diesem Fall wollen Binding Handb. I 417 Nr. 7, 422 Nr. 26 und Oppenhoff-Delius N. 11 nur wegen Versuchs, Hälschner I 154 überhaupt nicht strafen. Hälschners Motivierung „weil, wenn die vollendete Tat eine erlaubte ist, der Versuch nicht strafbar sein kann“, ist zutreffend gegenüber Binding und Oppenhoff-Delius, aber an sich irrig, weil Hälschner dabei vergißt, daß die Frage, ob die vollendete Handlung eine erlaubte, im Gebiete des § 3 nur nach dem deutschen Strafrecht zu beantworten ist.

Somit kommt als Ort der Begehung derjenige Ort in Betracht, an welchem die zwischen den etwaigen Vorbereitungshandlungen und dem etwaigen Erfolge liegenden, also die Ausführungshandlungen begangen sind. Dies ist klar, wenn das Delikt nur aus Einem Akte besteht, sich also in Einer Ausführungshandlung erschöpft. Besteht es aus mehreren Einzelakten, so stehen die mehreren Ausführungshandlungen einander gleich, so daß das Delikt überall da begangen ist, wo eine Ausführungshandlung vorgenommen ist: Frank N. IV, v. Liszt 138 Nr. 5, Merkel 276, Meyer-Altfeld 118, Lisshausen N. 3 Wenn Finger I 328, 330, Hälschner I 153 und Oppenhoff-Delius N. 10 — letzterer ist N. 10 a bezüglich des fortgesetzten Delikts der richtigen Ansicht! —, Rüdorff-Stenglein N. 4 die letzte Ausführungshandlung als maßgebend ansehen, so spricht gegen sie der unlegare Umstand, daß ein Krüher oder Später allerdings bei der Frage nach der Zeitlichkeit, dagegen bei der Frage nach der räumlichen Herrschaft nur das Nebeneinander denkbar ist. Nach der allgemeinen Regel ist der Begehungsort auch bei den Dauer-, Kollektiv- und fortgesetzten Delikten festzustellen. Endlich gilt die Regel wie für die *kommissiv*, so auch für die *echten* und *unechten* —, *Lmissivdelikte*, indem die letzteren überall da begangen sind, wo die

unterlassene Handlung vorzunehmen dem Täter mit rechtlicher Wirkung möglich war: v. Liszt 137 Nr. 1, Dshausen N. 4 c, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4. Nach Finger I 330, Frank N. IV und Meyer-Altfeld 165 kommt derjenige Ort in Betracht, an welchem der Täter, um die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, spätestens hätte tätig werden müssen — die oben gerügte Verwechslung von Zeit und Raum —, wobei Frank den Aufenthaltsort des Verpflichteten gleichstellt, wie es in gewisser Weise auch Binding Handb. I 423 tut.

Über den Begehungsort bei Preßdelikten siehe StPD. § 7.

6. Wie § 1 N. 1 bemerkt wurde, verstehen wir unter Handlung die von einem bewußten Willen getragene, sich als die Realisierung eines Entschlusses darstellende Einwirkung auf die Außenwelt. Nun erhebt sich die — ersichtlich auch für das in § 2 geregelte zeitliche Herrschaftsgebiet des Gesetzes bedeutsame — Frage, ob zu der Handlung nur die Tätigkeit als solche gehört oder auch die Wirkungen der Tätigkeit. Die überwiegende Ansicht steht auf dem Standpunkt der sog. Aufenthaltstheorie, indem sie die zweite Alternative verneint und die Handlung für begangen erklärt an dem Orte, an welchem der Täter während seiner persönlichen Tätigkeit sich aufhält — und ebenso begangen zu der Zeit dieser persönlichen Tätigkeit: Finger I 328, Frank N. IV 3, Hälschner I 152, v. Liszt 137, Merkel 276, Meyer-Altfeld 117, Schütze 56 N. 3, v. Wächter 69. Danach ist das Delikt im Auslande begangen, wenn der Täter auf dem ausländischen Boden stehend in das Inland hineintrifft, schlägt, stößt, schießt usw., sofern er es nur vermeidet, mit seinem Körper das Gebiet des Deutschen Reichs zu berühren. Dagegen rechnen zu der Handlung auch die Wirkungen der Tätigkeit Binding Handb. I 416, Dshausen N. 5, 8—10, Oppenhoff-Delius N. 6, 7, Wachenfeld Hk. II 257 und von den Prozessualisten Löwe-Hellweg § 7 N. 1, insbesondere aber in einer großen Reihe von Entscheidungen das Reichsgericht, z. B. 13./3. 80 E. 1 274, 15./3. 80 E. 1 279, 3./2. 81 E. 3 316, 14./6. 83 E. 9 10, 19./5. 84 E. 10 420, 24./6. 84 E. 11 20, 11./2. 86 E. 13 337, 18./3. 89 E. 19 147, 23./12. 89 E. 20 146, 17./6. 92 E. 23 155, 14./6. 94 E. 25 424, 6./5. 97 E. 30 98. Diese zweite Ansicht ist für die richtige zu erachten.

Natürlich ist der Ort, an welchem der zum Tatbestande gehörige Erfolg eingetreten ist, auch bei dieser zweiten, richtigen Ansicht bedeutungslos. Aber als Erfolg ist, weil dieser nicht ein Teil, sondern die Folge der Ausführungshandlung ist, nur diejenige Veränderung in der Außenwelt anzusehen, welche, obgleich durch die Tätigkeit verursacht, doch von dem letzten Ausführungsakte räumlich und zeitlich getrennt sein kann, wie z. B. bei der Tötung der Tod, bei dem Betruge die Vermögensbeschädigung. Sodann kommt das oben § 2 N. 7 zum zeitlichen Herrschaftsgebiet Bemerkte auch hier zur Geltung. Bedient sich nämlich der Täter zur Ausführung des Delikts fremder Kräfte, Naturkräfte oder Menschen, so ist die durch diese vermittelte Tätigkeit, die näheren oder sog. Zwischenwirkungen, ihm als Subjekt der strafbaren Handlung zuzurechnen und umfaßt seine Tätigkeit auch jene Kraftäußerungen. Wer über die Grenze in das Inland hineintrifft, schlägt, schießt, telegraphiert, mit der Post einen Brief sendet, benutzt als Mittel die Schallwellen der Atmosphäre, die dem Hammer immanente Schwerkraft, die Expansivkraft der Gase, die Triebkraft der Elektrizität, die in dem Transport vereint wirkende Kraft der Menschen, der Tiere, des Dampfes. Benutzt er lediglich einen anderen Menschen als Werkzeug, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob er als Selbsttäter oder als Anstifter tätig ist. In keinem Fall aber kann, wenn man nicht den Begriff willkürlich und gegen die Natur der Sache erweitern will, das zusammengefaßte Resultat jener Kraftäußerungen als Erfolg aufgefaßt werden. Eben das und nichts anderes tut aber die hier verworfene erste Ansicht.

7. Täter im Sinne des § 3 ist jeder, der eine strafbare Handlung begangen hat, nicht bloß, wie Rüdorff-Stenglein N. 3 und Schütze 53 N. 3 annehmen, der Täter im Gegensatz zum Anstifter und Gehilfen. Der in N. 6 aufgestellte Grundsatz gilt auch beim Versuch und bei der Teilnahme. Daher ist der Versuch überall begangen, wo der Täter, sei es mit, sei es ohne Benutzung fremder Kräfte, den Entschluß, ein Delikt zu verüben, durch eine Handlung betätigt hat, welche einen Anfang der Ausführung dieses Delikts enthält. Mittäterchaft ist auch da begangen, wo nur einer der Mittäter seinen Tatanteil begehrt: RG. 24./6. 84 E. 11 20, Anstiftung und Beihilfe nicht bloß da, wo die Teilnahmetätigkeit verübt wird: RG. 14./6. 83 E. 9 10, 12./4. 86 E. 14 124, sondern auch da, wo sie zur Wirksamkeit gelangt: Dshausen N. 10b, Rüdorff-Stenglein N. 5. Bei der Anstiftung und Beihilfe ist jedoch die Strafbarkeit abhängig von der der Haupttat und deshalb durch die Feststellung des Ortes, an welchem jene Deliktformen räumlich fixiert sind, nicht auch die Frage nach ihrer Strafbarkeit beantwortet. Daher ist die im Inlande geleistete Teilnahme an einer im Auslande verübten Haupttat nur dann strafbar, wenn die Haupttat nach den inländischen Gesetzen strafbar ist, in welchem Falle die deliktischen Gesetze auf die Teilnahmehandlung ausschließlich Anwendung finden, wie wenn die Haupttat selbst im Gebiete des Deutschen Reichs begangen wäre: Binding Handb. I 425, Meyer-Altfeld 187, 193, Dshausen N. 16, 18; RG. 14./6. 83 E. 9 10, 12./4. 86 E. 14 124. Wird umgekehrt im Auslande eine Teilnahme an einer im Inlande begangenen, nach den inländischen Gesetzen strafbaren Haupttat

geleistet, so kann allerdings, weil die Teilnahmehandlung trotz ihrer akzessorischen Natur eine selbständige Verschuldung ist, nach dem Territorialitätsprinzip regelmäßig nicht gestraft werden; so auch Frank N. IV und RG. 29./4. 89 C. 19 192.

§ 4.

Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung statt.

Jedoch kann nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs verfolgt werden:

- 1) ein Deutscher oder ein Ausländer, welcher im Auslande eine hochverräterische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder ein Münzverbrechen, oder als Beamter des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen im Amte anzusehen ist;
- 2) ein Deutscher, welcher im Auslande eine landesverräterische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder eine Beleidigung gegen einen Bundesfürsten begangen hat;
- 3) ein Deutscher, welcher im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist.

Die Verfolgung ist auch zulässig, wenn der Täter bei Begehung der Handlung noch nicht Deutscher war. In diesem Falle bedarf es jedoch eines Antrages der zuständigen Behörde des Landes, in welchem die strafbare Handlung begangen worden, und das ausländische Strafgesetz ist anzuwenden, soweit dieses milder ist.

1. Während § 3 positiv bestimmt, daß die Strafgesetze des Deutschen Reichs auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen Anwendung finden, ohne Unterschied, ob der Täter ein Deutscher oder ein Ausländer ist, bringen § 4 Abs. 1 und § 6 die negative Seite des Territorialitätsprinzips zum Ausdruck, daß nämlich der inländische Staat im Auslande begangene Delikte grundsätzlich nicht bestraft, wegen ihrer „in der Regel keine Verfolgung stattfindet“.

Von dieser Regel werden folgende Ausnahmen gemacht:

a) Nach § 6 sind die im Auslande begangenen Übertretungen dann zu bestrafen, wenn ihre Bestrafung durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

b) Nach § 4 Nr. 3 kann ein Deutscher wegen derjenigen im Auslande begangenen Handlungen bestraft werden, welche nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Begehungsortes mit Strafe bedroht sind.

c) Nach § 4 Nr. 1, 2 kann ein Deutscher wegen bestimmter im Auslande begangener Verbrechen und Vergehen auch dann bestraft werden, wenn die Handlung durch die Gesetze des Begehungsortes nicht mit Strafe bedroht ist.

d) Nach § 4 Nr. 1 kann ein Ausländer wegen bestimmter im Auslande begangener Verbrechen und Vergehen auch dann bestraft werden, wenn die Handlung durch die Gesetze des Begehungsortes nicht mit Strafe bedroht ist.

Durch diese Ausnahmen sind den drei anderen Strafrechtsprinzipien KonzeSSIONEN gemacht, nämlich dem Weltrechtsprinzip in bezug auf die von Inländern oder Ausländern im Auslande begangenen Münzverbrechen, dem Personalitätsprinzip in bezug auf die anderen von Inländern im Auslande begangenen Delikte, dem Schutzprinzip in bezug auf die von Ausländern im Auslande begangenen hochverräterischen Handlungen und Amtsdelikte.

Weitere Ausnahmen finden sich StGB. §§ 102, 140 Nr. 1, 298, MilStGB. §§ 7, 160, 161 und in mehreren Nebengesetzen.

2. Die Frage, ob der Täter ein Deutscher ist, ist nach dem Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. Juli 1913 zu beantworten. Nach diesem ist Deutscher, wer die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaat oder die unmittelbare Reichsangehörigkeit besitzt, wobei Schaß-Vorbringen als Bundesstaat, die Schutzgebiete als Zuland gelten. Die Angehörigkeit muß vorhanden sein in den Fällen der Nr. 2 zu der Zeit, zu welcher das Delikt begangen wird, in den Fällen der Nr. 3 entweder zu der Zeit, zu welcher das Delikt begangen wird, oder zur Zeit der Verfolgung. Somit ist die Verfolgung auch dann zulässig, wenn der bisher inländische Täter nach Begehung des Delikts Ausländer geworden ist. Wenn die überwiegende Ansicht — siehe Oshausen N. 8 — dahin geht, daß auch in den Fällen der Nr. 3 die Zeit der Tat entscheide, so ist dies, wie Nr. 3 Abs. 2 zeigt, nicht zutreffend (verb. „noch nicht“). Hälschner I 171 und Merkel 279 verlangen die Angehörigkeit sowohl zur Zeit der Tat als auch zur Zeit der Verfolgung, so daß ihr inzwischen eingetretener Verlust den Täter der Verfolgung entzieht. Endlich in den Fällen der Nr. 1 kommt es auf die Reichsangehörigkeit überhaupt nicht an.

3. Nach StPD. § 152 ist die Staatsanwaltschaft, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Nach GG. 3. StPD. § 5 werden die prozessrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die Strafprozessordnung nicht berührt. Zu diesen prozessrechtlichen Vorschriften gehört die Bestimmung des Abs. 2, daß nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs — nicht verfolgt werden muß, sondern — verfolgt werden „kann“. Somit ist die Verfolgung, abgesehen von dem etwa erforderlichen Antrag des Verletzten, lediglich in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt, wogegen dem Gerichte in dieser Beziehung keine Bestimmung zusteht: Binding Handb. I 426 N. 4, Meyer-Milfeld 106, Oshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Wächter 90; RG. 8./11. 10 C. 44 117. Ist die fakultative Fassung des Gesetzes mehrfach ein radikaler Bruch mit dem Geiste aller Strafgesetze genannt worden, so ist bei solchem Tadel übersehen, daß das Gesetz nur den durch die besondere schwierige Natur des konkreten Falles, z. B. bezüglich der Beschaffung des Beweismaterials, gebotenen Erwägungen, nicht aber dem Zufall des Beliebens und der Willkür Raum gewähren will. Übrigens gilt das Opportunitätsprinzip schlechthin nur für die in § 4, nicht aber auch für die nicht in diesem Paragraphen vorgesehenen weiteren Ausnahmen vom Territorialitätsprinzip, indem bei diesen bald das Legalitäts-, bald das Opportunitätsprinzip Platz greift. Vgl. Binding Grundr. 82. Nach einer vereinzelt Ansicht statuiert Abs. 2 eine Ausnahme nicht sowohl von der staatlichen Strafpflicht als von der Straflosigkeit, die sich aus dem Territorialitätsprinzip des § 3 eigentlich ergeben würde.

4. Wie zu § 3 Nr. 2 ausgeführt ist, beziehen sich die §§ 3—6 nur auf das Reichsrecht, nicht auch auf das Landesrecht und berühren nicht die Frage, inwieweit nach den Gesetzen eines Bundesstaates die außerhalb seines Gebietes begangenen landesrechtlichen Delikte zu verfolgen sind. Soweit es sich daher um die strafrechtliche Verfolgung nach Landesgesetzen handelt, haben die landesrechtlichen Bestimmungen fortdauernde Geltung und ist die Landesgesetzgebung zum Erlaß neuer gesetzlicher Bestimmungen befugt, vorausgesetzt, daß sie innerhalb der ihr durch GG. § 2 gesteckten Zuständigkeit bleibt: Binding Handb. I 401, Franke § 6 N., Oshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 4. Dasselbe gilt als von einem Teil des Landesrechts auch von den Jurisdiktionsverträgen der einzelnen Bundesstaaten, welche also insoweit ungültig sind, als sie sich auf Reichsrecht beziehen; a. M. Binding Handb. I 405 N. 10 und Rüdorff-Stenglein N. 3. Dagegen sind landesrechtliche Abweichungen vom Legalitätsprinzip nur gemäß GG. 3. StPD. § 3, also nur insoweit statthaft, als die Landesgesetzgebung befugt ist, ein von der StPD. abweichendes Verfahren vorzuschreiben.

Beziehen sich die §§ 3 bis 6 nur auf das Reichsrecht, nicht aber auch auf das Landesrecht, so muß mit Finger I 164 N. 196 beim Schweigen der Landesgesetzgebung überhaupt Straflosigkeit der außerhalb ihres Geltungsgebietes begangenen landesrechtlichen Delikte angenommen werden. Die überwiegende Ansicht — vgl. Oshausen N. 3 u. Zit. — hält allerdings dafür, daß in solchem Falle die reichsrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden seien. Es ist aber gar nicht einzusehen, wie durch die Analogie das räumliche Herrschaftsgebiet eines Gesetzes erweitert werden kann. Denn diese Erweiterung ist, wie gerade die Existenz des § 4 beweist, nur durch einen Auspruch des positiven Rechts möglich und kann durch wissenschaftliche Operationen zwar justifiziert, nicht aber, wenn man nicht in das alte Naturrecht zurückfallen will, geschaffen werden. Wie die Existenz des § 4 beweist: würden, wenn § 4 die Ausländer gar nicht erwähnte, die Anhänger der Analogie die Bestimmung Nr. 1 auch auf Ausländer anwenden wollen? Die Frage, ob die Anwendung der Analogie überhaupt mit § 2 Abs. 1 vereinbar ist, soll hier nur aufgeworfen werden.

5. Zu Nr. 1.

Die Verfolgung ist immer zulässig. Es kommt weder auf den Ort der Begehung noch auf die Nationalität der Täters noch darauf an, ob die Handlung, wenn im Auslande begangen, nach den Gesetzen des Begehungsortes strafbar ist.

Die hochverräterischen Handlungen gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat umfassen nicht bloß die nach §§ 80 bis 82, sondern alle nach §§ 80 bis 86 strafbaren Handlungen: Binding Handb. I 248, Lehrb. II 424 Nr. 1, Frank §§ 4, 5 Nr. III 2 a, Hälschner II 734, Meyer-Walfeld 103 Nr. 30, Olshausen Nr. 10 a, Oppenhoff-Delius Nr. 17, Rüdorff-Stenglein Nr. 5; RG. 18./6. 87 C. 16 165.

Die Münzverbrechen sind die durch §§ 146, 147, 149 bedrohten Verbrechen, wogegen die Verfolgung der Münzvergehen nur nach Nr. 3 zulässig ist. Weil die Allgemeinheit wie die kommerzielle und juristische Bedeutung des Geldverkehrs und Geldgebrauchs mit einem in die Landesgrenzen der einzelnen Staaten gelegten Unterschiede nicht zu vereinigen sein würde, beschränkt sich die Verfolgbarkeit dieser Verbrechen nicht auf die gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat begangenen. Somit kann der Ausländer auch wegen der im Auslande begangenen Fälschung ausländischen Geldes im Inlande verfolgt werden.

Den Begriff des Beamten gibt § 359. Als Verbrechen und Vergehen im Amte kommen nicht nur die des Abschn. 28, sondern alle in einem Reichsgesetz mit Strafe bedrohten in Betracht. Wenn Binding Handb. I 432, Hälschner II 1035, Olshausen Nr. 10 c — wücher Rüdorff-Stenglein Nr. 8 — annehmen, daß als Verbrechen und Vergehen im Amte auch alle diejenigen Verbrechen und Vergehen zu gelten haben, bei denen die Beamteneigenschaft irgendwie als strafbegründend oder strafscharfend hervorgehoben ist, so kann diese Ausdehnung, da der Ausdruck des Gesetzes offenbar der Überschrift des Abschn. 28 entnommen ist, auch seine nächste Spezialisierung in dem zu jenem Abschn. gehörenden § 353 a gefunden hat, nicht für richtig erachtet werden: Frank §§ 4, 5 Nr. III b, Oppenhoff-Delius Nr. 20. Wer Beamter ist, bestimmt sich nach § 359. Auch der Ausländer kann inländischer Beamter im Auslande sein, z. B. als Konsul.

6. Zu Nr. 2.

Die Verfolgung ist zulässig nur gegen einen Deutschen, wobei es weder auf den Ort der Begehung noch darauf ankommt, ob die Handlung, wenn im Auslande begangen, nach den Gesetzen des Begehungsortes strafbar ist.

Die landesverräterischen Handlungen gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat sind die in §§ 87 bis 92 mit Strafe bedrohten. Unter den Beleidigungen sind auch die Tätlichkeiten zu verstehen. Der Ausdruck Bundesfürst ist die Zusammenfassung von Kaiser, Landesherr und anderen Bundesfürsten. Oppenhoff-Delius' Nr. 22 Anm. 1, daß unter den Bundesfürsten auch die Mitglieder der bundesfürstlichen Häuser — und die Regenten — zu verstehen seien, ist mit Binding Lehrb. I 172, Olshausen Nr. 11 b und Rüdorff-Stenglein Nr. 9 nicht für zutreffend zu erachten. Hiernach kommen nur die §§ 94, 95, 98, 99 in Betracht.

7. Zu Nr. 3.

Wegen aller übrigen, nicht schon in Nr. 1, 2 genannten, im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen ist die Verfolgung nur zulässig gegen einen Deutschen, und zwar muß, wie schon oben Nr. 2 erörtert wurde, der Täter die Reichsangehörigkeit spätestens zu der Zeit besitzen, zu welcher das Urteil gefällt wird. Zu der ersten Bedingung der Reichsangehörigkeit tritt aber die zweite hinzu, daß die Handlung nach den Gesetzen des Ortes, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist.

Die ausländische Strafe muß zunächst eine eigentliche Strafe im Sinne des deutschen Rechts, darf also nicht bloß eine disziplinarische sein, wogegen erheblich ist, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte die Tat im Auslande strafbar ist: RG. 9./1. 82 C. 5 424. Sie muß ferner nach § 2 Abs. 1 gesetzlich bestimmt sein, bevor die Handlung begangen wurde. Unter welche Deliktsgattung die Handlung fällt, ob sie also auch nach ausländischem Recht ein Verbrechen oder Vergehen, ist gleichgültig: Olshausen Nr. 14, Oppenhoff-Delius Nr. 24. Es ist ferner nicht erforderlich, daß die von dem ausländischen Recht gesetzte Bedingung der Verfolgbarkeit bereits erfüllt ist: RG. 28./11. 07 C. 40 402; daher beginnt die Verjährung der inländischen Strafverfolgung nicht erst mit dem Tage, an welchem das im ausländischen Recht begründete Hindernis der Strafverfolgung beseitigt, z. B. das vorher erforderliche Urteil des belgischen Zivilgerichts über die Verichtigung des Zivilstandes eines Kindes bei Personenstandsunterdrückung rechtskräftig geworden ist. Dabei hat die Vergleichung des ausländischen Rechts nicht in abstracto zu geschehen, vielmehr ist unter Handlung das jeweilige geschichtliche Ereignis, das tatsächliche Vorkommen zu verstehen. Für ihre Verfolgbarkeit im Inlande ist nur erforderlich, daß die nach beiden Rechten sich ergebenden strafrechtlichen Tatbestände in dem Verhältnis der Idealkonkurrenz des § 73 zueinander stehen, nicht aber auch, daß die für die Strafbarkeit maßgebenden Merkmale nach beiden Rechten völlig übereinstimmen: RG. 14./1. 87 C. 15 221. Jedoch müssen in dem Urteil die Tatbestandsmerkmale nicht nur des inländischen, sondern auch des ausländischen Rechts

festgestellt werden. Auf die ausländischen Grundsätze über das Zusammentreffen strafbarer Handlungen ist hierbei keine Rücksicht zu nehmen: RG. 11./5. 09 C. 42 330. Auf welchem Wege er sich die Kenntnis des ausländischen Rechts verschafft, ist in Ermangelung einer diesbezüglichen gesetzlichen Vorschrift in das Ermessen des Richters gestellt. Eine unrichtige Anwendung des ausländischen Rechts begründet nach StPD. § 376 und GG. 3. StPD. § 7 das Rechtsmittel der Revision: RG. 21./2. 84 C. 10 285. Ist die Handlung begangen worden an einem Orte, an welchem überhaupt keine Strafgesetze existieren, also in unzivilisierten Gegenden, auf staatenlosen Gebieten, so kann, weil die zweite Bedingung der Strafbarkeit entfällt, überhaupt nicht gestraft werden: Berner 262 N. 1, Singer I 170, Frank §§ 4, 5 N. III 3b_a, Geyer I 96, Hälschner I 167 N. 1, Olshausen N. 15, Oppenhoff-Delius N. 24a, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 59 N. 14, v. Schwarze HS. IV 69; a. M. Binding Handb. I 436, v. Liszt 107, Meyer-Malfeld 104.

8. Wenn ein Ausländer im Auslande eine Handlung begeht, welche nicht zu den in Nr. 1 vorgeesehenen Delikten gehört, aber nach den Gesetzen des Begehungsortes strafbar ist, und nach der Verübung auf das Reichsgebiet übertritt, so wird er dem ausländischen Staate auf Verlangen ausgeliefert oder mangels eines Auslieferungsvertrages ausgewiesen. Ist er inzwischen aber inländisch geworden, so kann er weder ausgeliefert noch ausgewiesen werden. Er würde also straffrei bleiben. Erfüllt aber seine Handlung nach deutschem Recht den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens, so kann er nach Nr. 3 Abs. 2 unter der Bedingung bestraft werden, daß die zuständige Behörde desjenigen Landes, in welchem die Handlung begangen worden, seine Bestrafung beantragt. Zuständig ist diejenige Behörde, welche im internationalen Verkehr den auswärtigen Staat vertritt: Binding Handb. I 438, Frank §§ 4, 5 N. III a. C., Meyer-Malfeld 105, Olshausen N. 18, Oppenhoff-Delius N. 31; RG. 30./9. 87 C. 16 216. Der Antrag ist nicht der Antrag des Verletzten §§ 61 ff. — siehe § 5 Nr. 3! —, sondern ist das Verlangen schlechthin: Frank und Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 32, Schütze 170 N. 12, wogegen Binding Grundr. 92 ff. die §§ 61 ff. auch auf diesen Antrag bezieht. Ist der Antrag gestellt, so ist die letzte Bedingung der Strafbarkeit erfüllt, der Richter hat zum Urteil zu schreiten, hat aber dabei zu prüfen, ob die Handlung nach inländischem oder nach ausländischem Recht milder zu bestrafen ist, und, wenn die Prüfung zur Bejahung der zweiten Alternative führt, das ausländische Recht anzuwenden. Hierbei kommen die Ausführungen § 2 Nr. 9 ff. in entsprechende Beachtung. Dies ist der einzige Fall, in welchem der deutsche Richter ausländisches Strafrecht anzuwenden hat. Anders ist seine Stellung gegenüber dem ausländischen Zivilrecht, welches, soweit es nicht inländischem zwingenden Rechte gegenübertritt, von ihm ebenso strikte anzuwenden ist wie das inländische. Daher sind die privatrechtlichen Wirkungen eines im Auslande abgeschlossenen Vertrages nach dem ausländischen Zivilrecht zu beurteilen, und diese Beurteilung ist auch für die Anwendung des inländischen Strafrechts maßgebend, soweit diese überhaupt von der Entscheidung einer privatrechtlichen Vorfrage abhängig ist: RG. 1./4. 95 C. 27 135.

§ 5.

Im Falle des § 4 Nr. 3 bleibt die Verfolgung ausgeschlossen, wenn

- 1) von den Gerichten des Auslandes über die Handlung rechtskräftig erkannt und entweder eine Freisprechung erfolgt oder die ausgesprochene Strafe vollzogen,
- 2) die Strafverfolgung oder die Strafvollstreckung nach den Gesetzen des Auslandes verjährt oder die Strafe erlassen, oder
- 3) der nach den Gesetzen des Auslandes zur Verfolgbarkeit der Handlung erforderliche Antrag des Verletzten nicht gestellt worden ist.

1. Die Vorschrift des § 5 ist eine Einschränkung des § 4 Nr. 3, bezieht sich also nur auf die im Auslande, nicht auf die im Inlande begangenen Delikte. Eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des § 5 ist mit Rücksicht auf die Eigenschaft desselben als einer Ausnahmvorschrift unzulässig. Daher sind die im Auslande erfolgten Vorgänge bezüglich eines im Inlande begangenen Delikts, z. B. die Freisprechung durch ein ausländisches Gericht, nicht geeignet, den inländischen Strafanpruch zu tilgen. Ist auf Grund eines ausländischen Urteils die Strafe verbüßt, so kann der inländische Richter dies nur bei der Strafzumessung berücksichtigen. Für alle im Inlande begangenen Delikte ist eben das strenge Territorialitätsprinzip des § 3 maßgebend, allerdings unter Berücksichtigung des § 7.

2. Zunächst muß geprüft werden, ob die Handlung von dem deutschen Strafrecht, wie überhaupt, so insbesondere als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht ist. Ist das Resultat der Prüfung ein verneinendes, so darf eine Verfolgung nicht eintreten; denn der inländische Richter darf natürlich eine nach seinem Rechte straflose Handlung nicht bestrafen, mag sie auch nach ausländischem Rechte strafbar sein. Ist das Resultat ein bejahendes, so ist weiter zu prüfen, ob die Handlung auch durch die Gesetze desjenigen Ortes mit Strafe bedroht ist, an welchem sie begangen wurde, und eventuell, ob die zuständige Behörde desjenigen Staates, in welchem die Handlung begangen wurde, die Bestrafung beantragt hat. Ist auch das Resultat dieser weiteren Prüfung ein bejahendes, so ist die Verfolgung gleichwohl unzulässig, wenn einer der in § 5 formulierten Ausschließungsgründe vorliegt.

Ist über diesen Ausschluß der Verfolgung kein Zweifel, wenn der Ausschließungsgrund schon zur Zeit des Beginnes der Verfolgung, also bis zu dem Augenblick existent geworden ist, in welchem der Staatsanwalt die öffentliche Klage erhebt, so kann es doch zweifelhaft sein, ob die Ausschließung eintritt, also das Verfahren einzustellen bzw. durch freisprechendes Urteil zu beendigen ist, wenn der Ausschließungsgrund nach erhobener Klage eintritt, z. B. das Delikt nach den Gesetzen des Begehungsortes inzwischen verjährt. Nach der einen Ansicht ist, wenn die Verfolgung einmal in zulässiger Weise begonnen hat, eine nachträglich eintretende Änderung ohne Einfluß: Finger I 171 N. 214, v. Liszt 107, Olshausen N. 1; RG. 8./2. 92 C. 22 341. Nach der zweiten Ansicht schließt auch der spätere Eintritt der Ausschließungsbedingungen die inländische Verfolgung aus; so mit mehreren Abweichungen im einzelnen Binding Handb. I 445 N. 15, Frank §§ 4, 5 N. III 3b β , Hälschner I 168, Meyer-Allfeld 104, Oppenhoff-Delius N. 5, 14, Rüdorff-Stenglein Nr. 1. Dieser zweiten Ansicht muß deshalb beigetreten werden, weil das Gesetz nicht den Beginn der Verfolgung, sondern die Verfolgung überhaupt ausschließt und zu dieser auch die Verurteilung gehört. Ferner auch deshalb, weil das mildere Gesetz — § 4 Nr. 3 Abs. 2 — dasjenige ist, nach welchem z. B. die Verjährung inzwischen ablaufen kann.

Wenn endlich § 5 von den Gerichten und Gesetzen des Auslandes spricht, so kann unter Ausland derjenige Staat verstanden werden, welchem der Täter angehört oder in dessen Gebiet er die Handlung begangen hat oder er nach der Begehung sich aufhält. Die erste Alternative scheidet deswegen aus, weil eine fremde Nationalität nicht in Betracht kommen kann, vielmehr der Täter, um der deutschen Strafgewalt zu unterstehen, zur Zeit der Begehung des Deliktes oder zur Zeit der Verfolgung Deutscher sein muß. Ebenso die dritte, weil der Täter, um von einem deutschen Gerichte abgeurteilt zu werden, sich im Bereich der deutschen Zwangsgewalt befinden muß. Bleibt somit nur die zweite Alternative übrig, so läßt sich zwar nicht verkennen, daß nach ihr der Täter unter Umständen für die eine Handlung mehrere Male büßen muß, nämlich wenn er wegen ihrer bereits in dem Aufenhaltsstaate verurteilt und die Strafe vollstreckt worden ist. Aber dies ist auch nach dem strengen Territorialitätsprinzip möglich — vgl. Nr. 1! —, und für die zweite Alternative spricht der Umstand, daß in § 4 Nr. 3, also in einer Bestimmung, deren nur äußerlich getrennter Teil § 5 ist, nur die Gerichte und Gesetze desjenigen Staates ins Auge gefaßt sind, in welchem der Begehungsort liegt. Übereinstimmend Binding Handb. I 144, Frank §§ 4, 5 N. III 3b β , Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, 7; a. M. Meyer-Allfeld 104 N. 34, Rüdorff-Stenglein N. 2. Welcher Ort der Begehungsort, in welchem ausländischen Staate die Handlung begangen worden, ist nach den Ausführungen § 3 N. 5ff. zu bestimmen. Ist danach die Handlung in mehreren Staaten begangen, so konkurrieren deren Gerichte und Gesetze dergestalt miteinander, daß die Verfolgung nach allen ausgeschloffen sein muß: Olshausen N. 2, jedoch abweichend bezüglich des Strafantrages des Verletzten Nr. 7b.

3. Nr. 1.

a) Von einem ausländischen Gericht muß erkannt sein. Gerichte sind diejenigen Behörden, denen nach den Organisationsbestimmungen des ausländischen Staates die Handhabung der staatlichen Strafgewalt zusteht, mögen sie nach deutschem Staatsrecht Gerichte oder Polizei- und Verwaltungsbehörden sein: Frank N. III 3b β , Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3. Wenn Binding Handb. I 144 N. 11 und Olshausen N. 3 dies, und zwar sogar für den Fall bestreiten, daß die Entscheidung nach den ausländischen Gesetzen den Polizei- und Verwaltungsbehörden ausschließlich zusteht, so ignorieren sie nicht bloß die entsprechenden Bestimmungen der deutschen StPO. und die geschichtliche Tatsache, daß früher auch in Deutschland die Strafrechtspflege vielfach in den Händen der Polizei lag, sondern kommen in Verlegenheit, wenn sie die Frage in begründeter Weise beantworten sollen, welche Behörden dem Begriffe eines Gerichts nach deutscher Auffassung entsprechen. Sie antworten (Olshausen N. 3a): in der Ausübung ihrer Amtstätigkeit gleichzeitlich unabhängige Behörden, welche nach Rechtsgrundlagen entscheiden. Dann gibt es z. B. in Preußen keine Gerichte, denn die preussischen Gerichte sind in ihrer Rechtspflege vielfach durch das Institut des Kompetenzkonfliktes und des Konfliktes bei gerichtlicher Verfolgung der Beamten beschränkt. Oder gehört dazu die Unabgabbarkeit

der Richter? Auch diese hat in Deutschland früher in vielen Territorien gefehlt, ohne daß die Existenz der Gerichtsbehörden bezweifelt werden konnte, und wenn z. B. in Frankreich durch Gesetz die Abjegbarkeit und Kündbarkeit der Richter eingeführt wird, hören dadurch die französischen Gerichte nicht auf zu existieren.

b) Das ausländische Gericht muß über dieselbe Handlung erkannt haben. Der Täter soll nicht für dieselbe Handlung zweimal voll bestraft werden. Ob dieselbe Handlung vorliegt, ist — vgl. auch § 4 Nr. 7 — an der Hand der Regel *no bis in idem* zu bestimmen, wobei es nicht darauf ankommt, ob dem ausländischen Richter sämtliche Umstände der Tat, z. B. erschwerende Momente vorgelegen haben, welche die Tat zu einer qualifizierten machen würden. Ebenso kommt es, wie schon früher bemerkt ist, nicht darauf an, für welches Delikt der ausländische Richter die Handlung erachtet hat, ob z. B. für Diebstahl, während nach deutschem Recht Unterschlagung vorliegt. So Hälschner I 167, Olshausen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4.

c) Es muß ein rechtskräftiges Erkenntnis des ausländischen Gerichts vorliegen. Für die äußerliche Formulierung des Erkenntnisses, ob in Beschluß- oder in Urteilsform, ist das ausländische Strafrecht maßgebend; für den deutschen Richter ist nicht die Form, sondern der Inhalt des ausländischen Richterpruchs von Interesse; a. M. Olshausen Nr. 3c. Ebenso entscheidet ausschließlich das ausländische Strafrecht darüber, ob das Erkenntnis rechtskräftig ist.

d) Das Urteil des ausländischen Gerichts muß entweder freisprechen oder verurteilen. Die dem gegenwärtigen deutschen Recht unbekannt vorläufige Freisprechung, *absolutio ab instantia*, ist eine Freisprechung, wenn auch mit Vorbehalt: Olshausen § 4a; a. M. Binding Handb. I 445, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4. Keine Freisprechung ist es dagegen, wenn das Verfahren lediglich eingestellt ist: Binding, Olshausen, Oppenhoff-Delius a. a. D., Hälschner 167.

e) Ist Freisprechung erfolgt, so ist die inländische Verfolgung ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn nach dem deutschen Recht eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Freigesprochenen zulässig sein würde; denn diese setzt ein rechtskräftiges Urteil voraus, durch dessen Vorhandensein wiederum die inländische Verfolgung ausgeschlossen ist: Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4. Ist Verurteilung erfolgt, d. h. eine Strafe ausgesprochen, einerlei ob eine ordentliche oder sog. außerordentliche: Hälschner I 168, Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Delius N. 9, v. Schwarze N. 5, so genügt dies nicht zum Ausschluß der Verfolgung, sondern die erkannte Strafe muß auch vollzogen sein. Dies ist sie aber nur, wenn sie ganz verbüßt ist, widrigenfalls unter Berücksichtigung des § 7 eine Verfolgung im Inlande zulässig bleibt: Binding Handb. I 144, Fingier I 171 N. 215, Meyer-Alfeld 104, Olshausen N. 4b; RG. 15./11. 87 C. 16 319. Ist der Rest jedoch verjährt oder erlassen, so steht dies der Vollstreckung gleich: Binding und Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 4. Die sog. vorläufige Entlassung (§ 23) ist ein bedingter Erlaß des Restes der Strafzeit, wobei sich spätestens beim Ablauf des Zeitrestes entscheidet, ob der Rest der Strafe erlassen ist. Bei der Aussetzung der Strafvollstreckung im Fall der bedingten Begnadigung kann die inländische Verfolgung sofort beginnen, muß aber eingestellt werden, sowie die Begnadigung eine unbedingte geworden ist.

f) Eine Ausnahme von Nr. 1 enthält § 37.

4. Nr. 2.

a) Die Strafverfolgung ist ausgeschlossen, wenn die Strafverfolgung oder die Strafvollstreckung nach den Gesetzen des Auslandes, d. h. des Begehungsortes verjährt ist. Konkurrieren mehrere Gesetzgebungen, so muß die Verjährung nach allen eingetreten sein. Natürlich ist die Verfolgung auch dann ausgeschlossen, wenn Strafverfolgung und Strafvollstreckung nach dem inländischen Recht — §§ 66 ff. — verjährt sind.

b) Der Erlaß der Strafe kann erfolgt sein als Ergebnis der vorläufigen Entlassung oder als Begnadigung. Die letztere — die Restitution kommt hier nicht in Betracht — ist ein Befehl seitens der gesetzlich zuständigen Stelle an die Organe der Strafgewalt, entweder das Verfahren überhaupt nicht einzuleiten und das bereits eingeleitete einzustellen: Abolition, oder die erkannte Strafe nicht zu vollziehen: Begnadigung im engeren Sinn, oder nicht einzuleiten, einzustellen, nicht zu vollziehen bezüglich einer ganzen Klasse von Personen: Amnestie. Der Erlaß muß nach dem Gesetze des Auslandes erfolgt sein. Unter der ausländischen Gesetzgebung ist auch hier die des Staates des Begehungsortes zu verstehen, da für § 5 nur dieser Staat in Betracht kommt. Wenn das Verfahren nicht in dem Staate des Begehungsortes, sondern in einem anderen Staate stattgefunden hat, und in diesem zweiten Staate der Erlaß ausgesprochen ist, so liegt in der inländischen Verfolgung unteugbar eine Härte gegen den Täter, welche aber den deutschen Richter von der Beobachtung des Gesetzes nicht entbindet. Er hat nach Olshausens treffender Bemerkung Organe eines anderen Staatswesens zum Erlasse nicht für befugt zu erachten.

c) Ist nur ein Teil der erkannten Strafe verbüßt oder erlassen, so ist die Verfolgung zulässig, aber § 7 zu berücksichtigen.

5. Nr. 3.

Ob ein Antrag erforderlich, wer der Verletzte, ob der Antrag rechtzeitig gestellt, ob überhaupt eine Antragsfrist vorgeschrieben, ist nach den Gesetzen des ausländischen Staates zu beurteilen: Binding Handb. I 445, Frank §§ 4, 5 N. III 3 b β, Dischhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein Nr. 6; RG. 9./4. 95 G. 27 161. Da es sich um das Einschreiten einer deutschen Behörde handelt, muß nach Dischhausen und RG. a. a. O. der Antrag an diese, und zwar in der vom deutschen Recht vorgeschriebenen Form gerichtet werden. Aber diese Beschränkung findet weder in dem Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte der Bestimmung oder in der Natur der Sache einen Inhalt. Somit ist, zum mindesten in erster Linie, ein Antrag gemeint, der im Auslande bei den Behörden des Tatortes gestellt ist: so Frank a. a. O. und unter ausdrücklicher Aufgebung seiner früheren Ansicht RG. 22./4. 1911 G. 44 433. Die gültige Zuruücknahme eines gestellten Antrages steht der Nichtstellung gleich: Dischhausen N. 8, Oppenhoff-Delius N. 19, wobei über die Frage nach der Gültigkeit konsequenter Weise nicht das deutsche, sondern das Recht des Tatortes entscheidet: RG. 22./4. 1911 G. 44 433.

§ 6.

Im Auslande begangene Übertretungen sind nur dann zu bestrafen, wenn dies durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

1. Die systematische Stellung des § 6 ist bereits oben § 4 N. 1 angegeben. Während § 3 positiv bestimmt, daß die Strafgesetze des Deutschen Reichs auf alle im Gebiete desselben begangenen Delikte Anwendung finden, bringen § 4 Abs. 1 und § 6 die negative Seite des für das Strafrecht des Deutschen Reichs adoptierten Territorialitätsprinzips zum Ausdruck, daß nämlich das Inland im Ausland begangene Delikte grundsätzlich nicht bestraft. Und zwar spricht § 4 Abs. 1 dies für die Verbrechen und Vergehen, § 6 für die Übertretungen aus, wobei die Ausnahmen von der Regel für jene durch § 4 Abs. 2, für diese durch § 6 selbst gegeben werden. Hieraus ergibt sich, daß auch § 6 sich nur auf das Reichsrecht, auf die durch das Reichsrecht mit Strafe bedrohten Übertretungen, die von dem Reich erlassenen besonderen Gesetze, die von dem Reich mit dem Ausland geschlossenen Verträge bezieht. Die Frage, ob Handlungen, welche lediglich von der territorialen Gesetzgebung als Übertretungen bedroht werden, von den Justizbehörden des Bundesstaates auch dann zu bestrafen sind, wenn sie außerhalb des Bundesstaates begangen worden, ist nach der territorialen Gesetzgebung zu beantworten und, wenn diese überhaupt schweigt, zu verneinen. Siehe §§ 3 N. 2, 4 N. 4. Auf der anderen Seite ergibt sich aus der staatsrechtlichen Stellung des Reiches zu den einzelnen Bundesstaaten, daß die Gesetzgebung der letzteren bezüglich der reichsrechtlichen Übertretungen nicht zuständig ist, weder durch Erlaß besonderer Gesetze noch durch Abschließung von Verträgen. A. M. Hälschner I 166, 179, v. Liszt 106, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Wächter 89.

2. Die Frage, ob die im Auslande begangene Handlung sich als eine Übertretung darstellt, ist lediglich nach dem inländischen Gesetz zu beurteilen: RG. 17./12. 88 G. 18 299.

3. Das Opportunitätsprinzip ist für die Verfolgung der Übertretungen allgemein nicht zugelassen. Ebenmäßig ist § 5 auf die Übertretungen nur insoweit anzuwenden, als dies in den besonderen Gesetzen und Verträgen angeordnet ist.

§ 7.

Eine im Auslande vollzogene Strafe ist, wenn wegen derselben Handlung im Gebiete des Deutschen Reichs abermals eine Verurteilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen.

1. Die Unabhängigkeit und Selbständigkeit jeder Staatsgewalt überhaupt schließt die der staatlichen Strafgewalt notwendig in sich. Überall, wo eigene Strafbefugnisse begründet sind, ist der Staat nicht verpflichtet, ausländische Akte der Justizhoheit oder der Gerichtsbarkeit als verbindlich anzuerkennen, wenn und insoweit er sich nicht durch Vertrag verpflichtet hat. Daher kann auch da, wo das Strafrecht verschiedener Staaten in betreff derselben verbrecherischen Tat begründet ist, der eine Staat durch die Regel *no bis in idem* an sich nicht gehindert werden, ungeachtet der im anderen Staate bereits wegen derselben Tat stattgefundenen Verfolgung, Aburteilung und Bestrafung sein Strafrecht zur Anwendung zu bringen, insoweit er sich nicht selbst, wie in § 5 geschehen ist, in dieser Hinsicht gesetzlich beschränkt hat. Nur versteht sich als

eine Forderung der Gerechtigkeit, welche auch hier eine volle doppelte Strafe wegen desselben Delikts verwirft, von selbst, daß die im Auslande bereits erduldeten Strafe, ähnlich wie bei unverschuldeter erlittener Abeln, auf die nach dem inländischen Gesetze zu erkennende Strafe angerechnet wird.

Das preussische Strafgesetzbuch enthielt in dieser Beziehung eine Lücke. Dagegen bestimmte das bayerische von 1861 Art. 13 Abs. 2:

„Erfolgt von dem zuständigen bayerischen Gerichte ein verurteilendes „Erkenntnis, so ist hierbei auf die Strafe, welche der Schuldige wegen der nämlichen „Handlung bereits im Auslande erlitten hat, in der Art Rücksicht zu nehmen, daß die „nach den bayerischen Gesetzen verwirkte Strafe zwar im Urtheil ausgesprochen, aber „nach Umständen für theilweise oder gänzlich erstanden erklärt wird.“

Diese Bestimmung ist in § 7 aufgenommen. Der deutsche Richter hat also die nach dem deutschen Recht verwirkte Strafe auszusprechen und auf diese von ihm erkannte Strafe die im Auslande vollzogene Strafe in Anrechnung zu bringen. Soweit die Anrechnung erfolgt, gilt die erkannte Strafe als verbüßt. Gerade so wie im Fall der Anrechnung der Untersuchungshaft nach § 60, nur daß dort die Anrechnung fakultativ, in § 7 aber obligatorisch ist.

2. Zunächst muß die Handlung dieselbe sein. Vgl. hierzu oben § 4 R. 7 und § 5 R. 3b, Dshausen N. 4b.

3. Wo die Handlung begangen, ist gleichgültig. Der § 7 bezieht sich auf alle möglichen Fälle, nicht bloß auf die der §§ 4, 6, sondern auch auf die des § 3: v. Liszt 108, Meyer-Malfeld 105, Dshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4. Somit kommt er auch dann zur Anwendung, wenn die Handlung im Inlande begangen, der Täter in das Ausland geflüchtet und daselbst abgeurteilt ist. Vgl. § 5 R. 1.

4. Die Strafe muß vollzogen sein. Es ist aber nicht erforderlich, daß sie vollständig vollzogen ist, eine teilweise Vollziehung genügt, der Schuldige hat in diesem Fall, nach dem obigen bayerischen Ausdruck, bereits Strafe erlitten: Dshausen N. 1.

5. Die Strafe muß im Auslande vollzogen sein. Dies ist zu verstehen als der Gegenfaß zu der Verurteilung im Deutschen Reich, durch einen deutschen Richter. Daher muß die Vollziehung erfolgt sein auf Grund des Urteils eines ausländischen Gerichts. Die Anrechnung findet also statt, wenn die Vollziehung im Inlande gemäß Ersuchen der ausländischen Behörde erfolgt, nicht aber, wenn ein im Inlande ergangenes Urteil im Auslande durch die ausländische Behörde vollstreckt wird oder ein deutsches Gericht im Auslande das Urteil gefällt hat: Dshausen Nr. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5.

6. In welchem Umfange die Aufrechnung zu erfolgen hat, ist von dem Gesetz, obgleich es die in § 60 gebrauchten Worte „ganz oder teilweise“ hier nicht verwendet, in das Ermessen des Richters gestellt. Die Anrechnung kann auch soweit erfolgen, daß die inländische Strafe durch die ausländische Vollziehung vollständig aufgerechnet wird, somit im Inlande eine Strafe überhaupt nicht mehr zu vollziehen ist: Geyer I 96, Dshausen N. 5.

7. Ebenso ist in das richterliche Ermessen die Art und Weise gestellt, wie die Aufrechnung zu erfolgen hat. Besteht zwischen der im Auslande vollzogenen und einer dem inländischen System angehörenden Strafe ein Verhältnis, nach welchem zwischen beiden kein oder kein über die Verschiedenheit der Bezeichnung hinausgehender Unterschied vorhanden ist, so ist damit die Art der Anrechnung vorgezeichnet. Fehlt es hieran, so hat der inländische Richter die Art der Anrechnung nach seinem Ermessen mit der Einschränkung zu bestimmen, daß er nach Schätzung des im Auslande erlittenen Strafübels und bei Umsetzung desselben in ein dem inländischen Strafsystem zu entnehmendes Äquivalent den aus der Vergleichung des ausländischen mit dem inländischen Strafsystem sich ergebenden Maßstab nicht außer acht lassen darf. Hierbei werden regelmäßig die §§ 21, 29 als regulatives Prinzip dienen. Bestimmte Regeln, deren Verletzung sogar mit der Revision verfolgbar sein würde, wie Berner 261 sie aufstellt, gibt es nicht. Vgl. Binding Handb. I 442, 443, Frank N. I, Hälschner I 168, Dshausen N. 5, Dppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 4; RG. 17./12. 01 C. 35 41. Hat der ausländische Richter auf eine Gesamtstrafe erkannt, ohne Einzelstrafen festzusetzen, so muß diese Strafe auf die einzelnen Straffälle nach dem subsidiären Ermessen des inländischen Richters verteilt werden: RG. a. a. O. Sind endlich die Strafen incommensurabel, wie Todesstrafe, lebenslängliche Freiheitsstrafe, Verweis, so kann die Anrechnung nicht stattfinden und einer evidenten Ungerechtigkeit ist nur im Gnabenwege zu begegnen, keineswegs aber darf der Richter eine willkürliche Strafe festsetzen: Binding Handb. I 443, Frank N. I, Dshausen N. 6 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Finger I 456.

8. Der inländische Richter erkennt nicht auf ein Strafquantum, welches sich ergibt, wenn von der verwirkten Strafe das im Auslande vollzogene Quantum abgezogen wird, sondern erkennt auf die volle verwirkte Strafe und bestimmt zugleich, ein wie großes Quantum derselben

durch Anrechnung der im Auslande vollzogenen Strafe verbüßt ist. Ergibt sich ein Rest unter dem gesetzlichen Mindestbetrag der Straftat, so ist dies unbedenklich, weil die gesetzliche Festsetzung eines Minimums der Straftat den Richter nur hindert, auf eine geringere Strafe zu erkennen, nicht aber, einen Teil der erkannten Strafe als bereits vollzogen in Abzug zu bringen. Somit findet ebensowenig wie im Fall des § 60 die Umwandlung eines Zuchthausrestes von weniger als Einem Jahre in Gefängnis statt: Binding Handb. I 443 N. 6, Hälschner I 168, v. Liszt 279, Olshausen N. 6 und § 14 N. 4, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze § 14 N. 2. Wunderbarerweise bekennt sich Rüdorff-Stenglein § 14 N. 2 Abs. 2 zur entgegen-gesetzten Ansicht, womit dann wieder seine Ausführung zu § 15 N. 2 Abs. 4 kontrastiert.

9. Auch wenn die im Inland erkannte Strafe mit der im Auslande vollzogenen völlig auf-gerechnet wird, bleibt sie eine Bestrafung im Inlande, was insbesondere beim Rückfall zu beachten ist: Olshausen N. 7.

10. Auch in § 7 steht das Gebiet des Deutschen Reichs im Gegensatz zum Auslande. Er unterscheidet nicht, ob die inländische Verurteilung auf Grund eines Reichs- oder eines Landes-gesetzes erfolgt, und verlangt daher Anwendung in dem einen wie in dem anderen Fall: Hälschner I 179, Olshausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 2. Jener erste Gegensatz ist aber festzuhalten, und daher ist § 7 unanwendbar, wenn die frühere Verurteilung in einem anderen Bundesstaate erfolgt ist. In diesem Fall ist eine erneute Verurteilung überhaupt nur unter der Einschränkung des ne bis in idem statthast: Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Hälschner I 180 und Oppenhoff-Delius N. 10.

§ 8.

Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet.

1. Diese Definition gilt zunächst nur für das StGB. und ist von Bedeutung überall, wo in demselben von Inland oder Auslande, inländisch oder ausländisch gesprochen wird. Für die anderen Reichsgesetze ist deren Bestimmung maßgebend, muß aber in Ermangelung solcher Bestimmung die Definition des § 8 ebenfalls Anwendung finden, nicht bloß, weil sie, nach Hälschners Ausdruck, dem Sinn und Geiste der Reichsverfassung entspricht, sondern weil sie dann eben unent-behrlich ist. Dagegen gilt sie nicht für die territorialen Strafgesetze. Bei diesen ist stets festzu-stellen, ob sie unter Auslande den Gegensatz zum Reichsgebiet oder zum Gebiete des einzelnen Bundesstaates verstehen. Vgl. Binding Handb. I 401 N. 3, Frank N. III, Hälschner I 165 N. 3, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius § 8 N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Wächter 87 (zu allgemein): RG. 24./2. 80 C. 1 219. Ausländer ist jeder, welcher nicht — ausschließlich oder ebenfalls — die Reichsangehörigkeit besitzt, ausländisch alles, was nicht inländisch ist, während auswärtig bald den Gegensatz zum Deutschen Reich, bald zum einzelnen Bundesstaat bedeutet: Binding Handb. I 413, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1. Nach Binding Lehrb. I 453 bezeichnet auswärtig im StGB. überall, wo es unzweideutig gebraucht wird, die nichtdeutsche Regierung oder Macht und kann über seinen Sinn nur in § 353a gestritten werden. Endlich ist Inland im Sinne des § 8 jeder einzelne Teil des Reichsgebietes mit unbegrenzter Zurück-datierung, nicht also, wie Binding Handb. I 407, v. Liszt 104, Meyer-Mfeld 101 annehmen, erst von dem Tage ab, an welchem das StGB. in ihm in Kraft getreten ist. Es handelt sich, wie RG. 28./4. 11 C. 44 403 ausgeführt wird, in § 8 nur um eine aus dem Staats- und Völker-recht entlehnte deklaratorische Vorschrift, welche durch die spätere Reichsgesetzgebung überholt werden konnte und, jedenfalls durch die Einführung des StGB. in den Schutzgebieten, überholt worden ist.

2. Wegen der Frage, welche Gebiete zum Deutschen Reich gehören, vgl. § 3 N. 3.

§ 9.

Ein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung nicht überliefert werden.

1. Das Prinzip der Nichtauslieferung der Nationalen ist für alle Territorialstaaten maß-gebend, wobei die Zeit entscheidet, zu welcher die tatsächliche Überlieferung an die ausländische Regierung stattfinden soll. Es ist in allen von dem Deutschen Reich geschlossenen Auslieferungs-verträgen stillschweigende oder meistens ausdrücklich ausgesprochene Voraussetzung, und wenn in von den einzelnen Bundesstaaten geschlossenen Verträgen die Nichtauslieferung der An-gehörigen dieses Staates ausgesprochen wird, so ist darunter seit Geltung des StGB. die Reichs-

angehörigkeit zu verstehen. In den mit dem Kongostaat am 25. Juli 1890 (RGBl. 1891 91) und den Niederlanden am 21. September 1897 (RGBl. 747) geschlossenen Verträgen ist das Prinzip der Nichtauslieferung auch auf die Schutzgenossen ausgedehnt. Das Prinzip selbst ist ein absolutes: ein Deutscher darf unter keinen Umständen, auch nicht mit seiner Zustimmung, ausgeliefert werden.

2. Über das Verhältnis des § 9 zu § 4 Nr. 3 vgl. § 4 Nr. 8.

3. Der § 9 bezieht sich nach seinem unzweideutigen Wortlaut nur auf die kriminelle Verfolgung und Bestrafung und ist nach den Motiven nur in Beziehung auf das eigentliche Strafrecht in das StGB. aufgenommen worden. Das Prinzip selbst reicht aber über das Strafrecht hinaus. Ein Deutscher darf an das Ausland überhaupt nicht ausgeliefert werden, also auch dann nicht, wenn es sich um eine Ordnungs- oder Disziplinarstrafe, um Ausübung der Zwangsgewalt, z. B. zur Erzwingung eines Zeugnisses, Leistung des Offenbarungseides, Zurückführung des aus dem ausländischen Militärdienst desertierten Deutschen u. ä. handelt.

4. Für den strafrechtlichen Verkehr der einzelnen Bundesstaaten untereinander sind die Bestimmungen des StGB. Abschn. 13 „Rechtshilfe“ maßgebend.

§ 10.

Auf deutsche Militärpersonen finden die allgemeinen Strafgesetze des Reichs insoweit Anwendung, als nicht die Militärgesetze ein Anderes bestimmen.

1. Das materielle militärische Strafrecht ist enthalten in dem Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 20. Juni 1872. Die anonyme Berichtigung zu § 95 Abs. 1 (RGBl. 1873 138), daß „infolge eines Druckereiversehens“ zwischen „Festungshaft“ und „nicht“ die Worte „bis zu fünf Jahren, im Felde Gefängnis oder Festungshaft“ ausgefallen seien, entspricht, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes beweist, keineswegs der Wahrheit. Vgl. Binding Grundr. 67, Laband Staatsrecht des Deutschen Reichs 4. Aufl. II 55 Nr. 1.

2. Die militärischen Verbrechen und Vergehen — militärische Übertretungen kennt das Militärstrafrecht nicht — sind entweder besondere Militärdelikte oder, weil von Militärpersonen begangen, mit besonderer Strafe bedrohte allgemeine Delikte: *delicta militaria propria* und *inpropria*. Der Bestimmung des § 10 entsprechend verordnet MilStGB. § 3:

„Strafbare Handlungen der Militärpersonen, welche nicht militärische Verbrechen oder Vergehen sind, werden nach den allgemeinen Strafgesetzen beurteilt.“

Hierin liegt eine Erweiterung des § 10 insofern, als der Ausdruck in § 3 „allgemeine Strafgesetze“ auch das Territorialrecht umfaßt: Herz-Ernst § 3 Nr. 3, Dshausen N. 1, Rudorff-Stenglein N. 3. Auf die nach den allgemeinen Strafgesetzen zu beurteilenden Delikte kommen nur die Strafarten jener zur Anwendung, ohne daß eine Umwandlung in die Strafarten des MilStGB. stattfindet. Ebenmäßig faun das Militärgericht wegen der vor dem Eintritt in den Militärdienst begangenen Delikte nur auf die in den allgemeinen Strafgesetzen angedrohten Strafen erkennen.

Eine besondere Frage wird von Dshausen N. 5 berührt. Nämlich, welches Strafgesetzbuch wird angewendet, das allgemeine oder das militärische, wenn die strafbare Handlung zur Zeit, als die Vorschriften des einen auf den Täter Anwendung hatten, begonnen und, als er unter die Herrschaft des anderen gelangt war, vollendet wurde? Dshausen will das MilStGB. als das härtere anwenden, weil der deutsche Gesetzgeber, der beide Strafgesetzbücher neben einander gestellt, die Handlung von einem Gesichtspunkt aus, nämlich meist dem des MilStGB., als eine härter zu bestrafende auffasse und dieser einen Gesichtspunkt jedenfalls auch Platz greife. Das ist allerdings richtig, aber ebenso richtig ist, daß auch der andere Gesichtspunkt, also der mildere, Platz greift. Dshausen, der sich hierbei auf die Analogie des § 3 beruft und zugleich die Analogie der §§ 2 Abs. 2, 4 Nr. 3 abweist, vielleicht aber von der Bindingschen Lehre über die Alternativität der Strafgesetze geleitet wird, geht dabei von dem Beispiel aus, daß das Delikt während der militärischen Dienstzeit begonnen und nach Ablauf derselben beendet wird. Er wird seine Ansicht auch für den umgekehrten Fall aufrecht halten: vor Beginn und vor Ablauf. Gewiß bleibt er bei seiner Ansicht auch beim dritten und vierten Fall, wenn nämlich das Delikt vor der Dienstzeit begonnen und erst nach Ablauf derselben beendet wird, und umgekehrt, Fälle, welche bei der kurzen Dauer mancher Dienstleistungen sehr wohl möglich sind.

Nun ist es, da die beiden großen Strafgesetzbücher sich zeitlich und räumlich decken, nicht statthaft, die in den §§ 2—4 niedergelegten Grundsätze über die zeitliche und räumliche Herrschaft der Strafgesetze direkt anzuwenden, aber eine analoge Anwendung ist möglich und, weil möglich, zulässig. Gegen Dshausen spricht aber das schwere Bedenken, daß er die Analogie verwendet, um eine härtere Bestrafung zu ermöglichen, und spricht noch mehr der Umstand, daß das Delikt im konkreten Falle stets im Inlande begangen ist, somit der Begehungsort gar nicht

weiter in Betracht kommt, dagegen sich stets über einen kürzeren oder längeren Zeitraum erstreckt, somit die analoge Anwendung des § 3 am nächsten liegt. Die letztere entspricht auch allein dem Prinzip in dubio pro reo. Hiernach wird die Beantwortung der Frage nicht in abstracto zugunsten des einen oder des anderen Strafgesetzbuchs erfolgen, sondern dasjenige von beiden zur Anwendung kommen, unter dessen Herrschaft der Täter stand, als die konkrete Handlung, sei es als Versuch, sei es als Vollendung, zum Abschluß kam. Nach Oshausen müßte sie z. B., wenn sie zu ihrem Abschluß eines ganzen Jahres bedurft hat und der Täter innerhalb desselben zu einer eintägigen Kontrollerversammlung einberufen wurde, nach dem MilStGB. abgeurteilt werden.

3. MilStGB. § 2 lautet:

„Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden „auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung.“

Die Anwendung ist nur eine „entsprechende“. Überall da, wo besondere militärische Interessen, vornehmlich die Bedürfnisse der Disziplin in Betracht kommen, sind der Gleichstellung des bürgerlichen und Militärstrafrechts Grenzen gezogen. So erleiden z. B. StGB. §§ 52, 54 durch MilStGB. § 49 eine Einschränkung dahin, daß die Verletzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ebenso zu bestrafen ist wie die Verletzung der Dienstpflicht aus Vorsatz. Dagegen würde es in direktem Widerspruch gegen MilStGB. § 2 stehen, wenn man dem Untergebenen gegenüber einem rechtswidrigen Angriff des Vorgesetzten die Notwehr nur als Abwehr, nicht auch als Gegenwehr gestatten oder gar ganz versagen wollte. Es fragt sich aber überhaupt, welche Bestimmungen von § 2 cit. gemeint sind.

Zunächst kann nicht in Frage gestellt werden, daß § 2 nicht bloß die in der Einleitung und im ersten Teil des Reichsstrafgesetzbuchs enthaltenen allgemeinen Vorschriften, sondern auch die im zweiten, Besonderen Teil gegebenen Bestimmungen allgemeiner Natur auf die militärischen Delikte angewendet wissen will. Zweifelhaft kann dagegen sein, ob von den allgemeinen Bestimmungen des zweiten Teils nur diejenigen, welche für alle Verbrechen und Vergehen Geltung haben, oder auch solche in Betracht kommen sollen, welche für besondere Arten von Verbrechen und Vergehen gelten. Für die Bejahung der zweiten Alternative spricht schon der Wortlaut des § 2, weil dieser ohne jeden Vorbehalt von „allgemein in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen sprechenden Bestimmungen“ spricht, und dieser Charakter auch denjenigen Vorschriften nicht zu versagen ist, welche nur für besondere Arten von Delikten gemeinsam gegeben sind oder bei verschiedenen Gattungen wiederkehren. Unverkennbar aber tritt zutage, was der Gesetzgeber in dieser Beziehung gewollt hat, wenn das Verhältnis des MilStGB. zum bürgerlichen StGB. und die Geschichte seiner Ausgestaltung ins Auge gefaßt wird. Schon bei der Ausarbeitung des Entwurfes ist es ausweislich der Motive leitender Gedanke gewesen, das Militärstrafrecht in bezug auf den systematischen Aufbau des Gesetzes dem bürgerlichen StGB. zu assimilieren, es mit den leitenden Gedanken desselben und dadurch mit den Anforderungen der Strafrechtswissenschaft in Einklang zu bringen, und zwar insoweit, als die besonderen Bedürfnisse des Heeres und die als oberstes Gesetz geltende Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin damit vereinbar erschienen. In nach erhöhtem Grade war der Reichstag bemüht, das MilStGB. überall an das StGB. anzulehnen. Dieses Bestreben verlich dem Entwurf eine solche Gestalt, daß in der dritten Lesung unwiderprochen gesagt werden konnte, das allgemeine bürgerliche Strafgesetz sei nun die Grundbasis des Rechtszustandes auch für das Heer. Das MilStGB. stellt sich daher nicht als ein in sich abgeschlossenes selbständiges Gesetz dar, sondern ist ein Ergänzungsgesetz, welches zwar den militärischen Bedürfnissen entsprechend mit derogatorischer Kraft Sonderbestimmungen trifft, sonst jedoch den gemeinschaftlichen Boden des allgemeinen Strafrechts nicht verläßt. Vgl. RG. 27./3. 84 C. 10 330; Reichsmilitärgericht 17./5. 01 C. 1 134, 24./5. 01 C. 1 154.

Übrigens weicht das MilStGB. nicht bloß bezüglich der delicta militaria, sondern bezüglich aller strafbaren Handlungen mehrfach von dem im allgemeinen Teil des StGB. enthaltenen Bestimmungen ab. Insbesondere gilt dies von dem Territorialitätsprinzip der §§ 4—6. Nach MilStGB. § 7 sind nämlich alle strafbaren Handlungen, welche von Militärpersonen im Auslande, während sie dort bei den Truppen oder sonst in dienstlicher Stellung sich befinden, und nach § 161 sind alle nach den Gesetzen des Deutschen Reichs strafbaren Handlungen, welche von einem Ausländer oder Deutschen in einem von deutschen Truppen besetzten ausländischen Gebiete gegen deutsche Truppen oder Angehörige derselben oder gegen eine auf Anordnung des Kaisers eingesetzte Behörde begangen werden, ebenso zu bestrafen, wie wenn sie im Inlande begangen wären.

4. Nach dem Vorgetragenen geht das MilStGB. als besonderes Gesetz dem StGB. vor, mag es einen gleichen Tatbestand aufstellen oder einen solchen, welcher einen engeren Tatbestand des StGB. in sich schließt: Oshausen N. 4. Ebenso geht die Militärstrafgerichtsordnung v.

1. Dez. 1898 (RGBl. 1189) der bürgerlichen StVD. vor. Verstöße hiergegen können noch in der Revisionsinstanz gerügt werden. Über das Verhältnis der bürgerlichen zu den Militärgerichten bestimmt das Einführungsgef. zur Militärstrafgerichtsordnung v. 1. Dez. 1898 in § 14:

„Hat eine Aburteilung des Angeklagten sowohl durch ein Militärgericht, wie durch ein bürgerliches Gericht in einer denselben Gegenstand betreffenden Strafsache stattgefunden, so gilt von den ergangenen Urteilen dasjenige, welches zuerst die Rechtskraft erlangt hat.

„Ist in einer bei einem Militärgericht anhängigen Untersuchung durch nicht mehr ansehbare Entscheidung die Unzuständigkeit der Militärgerichte ausgesprochen worden, weil die Sache zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte gehöre, so dürfen die letzteren sich in der Sache nicht mehr deshalb für unzuständig erklären, weil die Militärgerichtsbarkeit Platz greife.

„Das Entsprechende gilt für die Militärgerichte, wenn seitens bürgerlicher Gerichte durch nicht mehr ansehbare Entscheidungen die Unzuständigkeit ausgesprochen ist, weil die Sache zur Zuständigkeit der Militärgerichte gehöre.“

Weitere Zuständigkeitsbestimmungen finden sich MilStGD. §§ 2—11.

5. Nach MilStGB. § 4 sind unter Militärpersonen die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten zu verstehen, welche zum deutschen Heer oder zur Kaiserlichen Marine gehören. Nach der VD., betr. die Einführung der deutschen Militärstrafgesetze in den afrikanischen Schutzgebieten, v. 26. Juli 1896 (RGBl. 669) gehören zu dem Heer im Sinne des MilStGB. auch die Kaiserlichen Schutztruppen. Eine sehr beachtenswerte Erweiterung gegenüber dem § 10 StGB. ist dadurch gegeben, daß unter gewissen Voraussetzungen auch Nichtmilitärpersonen dem MilStGB. unterstehen.

Siehe nach unterstehen dem MilStGB. (vgl. Herz-Ernst 9, 13, 260, v. Liszt 664):

I. Militärpersonen:

A. Die Militärpersonen des aktiven Dienststandes:

a) Die Offiziere vom Tage ihrer Anstellung bis zum Tage ihrer Entlassung. Zu den Offizieren gehören die Sanitätsoffiziere, die Marineingenieure, die Torpedoringenieure, die Feuerwerks-, Zeug- und Torpedooftiziere, die Festungsbaupersonale;

b) die Kapitulanten vom Beginn bis zum Ablauf oder bis zur Aufhebung der Kapitulation. Befindet sich der Kapitulant beim Ablauf der Kapitulationszeit wegen eines Delikts der allgemeinen Strafgesetze in militärischer Untersuchungshaft, und hat der Gerichtsherr die Anklageverfügung noch nicht erlassen, so ist der Kapitulant der bürgerlichen Behörde zur Erledigung des Straffalles zu übergeben;

c) die freiwilligen und die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, sowie die Einjährig-Freiwilligen von dem Zeitpunkt ihrer definitiven Einstellung in einen Truppenteil an, sämtlich bis zum Ablauf des Tages ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienst;

d) die Militärbeamten hinsichtlich des im Felde von ihnen begangenen Hochverrats, Landesverrats, Kriegsverrats, Gefährdung der Kriegsmacht und Delikte gegen Personen und Eigentum, ferner wegen der Fahnenflucht, der unerlaubten Entfernung und der strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung. Wegen aller anderen Delikte unterstehen sie dem Beamtenstrafrecht bzw. den allgemeinen Strafgesetzen. Und zwar sind Militärbeamte alle im Heer und in der Marine für das Bedürfnis des Heeres oder der Marine dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstande gehörenden und unter dem Kriegsminister oder Staatssekretär des Reichsmarineamts als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben, ohne Unterschied, ob sie einen Dienstfeld geleistet haben oder nicht. Die Zivilbeamten der Militärverwaltung gehören zwar zum aktiven Heer, unterstehen aber, falls sie nicht unter II C fallen, dem bürgerlichen Strafrecht und Gericht; wird ihnen in Kriegszeiten ein Militärrang verliehen, so erhalten sie dadurch die Eigenschaft von Militärbeamten;

e) die in Invalidenanstalten aufgenommenen Invaliden. Von den anderen Invaliden scheiden die dauernd ganzinvaliden Unteroffiziere und Mannschaften aus allen militärischen Verhältnissen aus, setzen die im Garnijondienste verwendeten Halbinvaliden damit den aktiven Militärdienst fort, gehören die zeitig Ganzinvaliden und die Halbinvaliden für die Dauer ihrer Dienstpflicht zum Beurlaubtenstande;

f) die Kaiserlichen Schutztruppen.

B. Die Personen des Beurlaubtenstandes.

Nach MilStGB. § 6 unterliegen sie den Strafvorschriften dieses Gesetzes in der Zeit, in welcher sie sich im Dienste befinden. Außerhalb dieser Zeit finden auf sie nur diejenigen Vorschriften Anwendung, welche ausdrücklich auf Personen des Beurlaubtenstandes für anwendbar erklärt sind: MilStGB. §§ 42, 68, 69, 101, 113, 126 und Reichsmilitärgef. v. 2. Mai 1874 § 60

Nr. 3. Voraussetzung ist die seitens einer zuständigen Behörde erfolgte Einberufung zu einem militärischen Dienst auf Grund der dem Einberufenen obliegenden Wehrpflicht. Nur von dieser Einberufung, nicht von ihrem Zweck, ist die Zugehörigkeit zum aktiven Heer (Marine) abhängig. Die Einberufenen gehören nach Reichsmilitärgesetz § 38 B 1 vom Beginn des Tages an, zu welchem sie einberufen sind, nicht erst von der Gestellung an: RG. 21./4. 92 C. 23 81, bis zum Ablauf des Tages der Wiederentlassung zum aktiven Heer (Marine). Die Zugehörigkeit ist unabhängig von der persönlichen Anwesenheit des Einberufenen an dem zum Dienst bestimmten Orte und unabhängig von der tatsächlichen Ausführung von Dienstleistungen. Die dem Einberufungsbefehl nicht folgenden Personen des Beurlaubtenstandes sind daher strafrechtlich so anzusehen, als ob sie tatsächlich im Dienste wären, und gehören zum aktiven Heer (Marine) von dem Tage an, zu welchem sie einberufen sind, bis zu dem Tage einschließlich, an welchem ihre Entlassung hätte erfolgen müssen. — Eine Einberufung zum Dienst ist auch die Einbeorderung zu einer Kontrollversammlung. Folglich sind, so argumentiert aus Militärgesetz § 38 das RG. 30./6. 85 C. 12 319, 21./9. 86 C. 14 328, 11./2. 10 C. 43 81 und ebenso in einer Reihe Entscheidungen das Reichsmilitärgericht, die Einbeordneten nicht bloß während der kurzen Dauer der eigentlichen Versammlung, sondern während des ganzen Tages von Mitternacht zu Mitternacht dem militärischen Strafgesetzbuch unterworfen. Diese Rechtsprechung unterliegt aber großen Bedenken. Denn abgesehen davon, daß nach dem früher für den größten Teil des Reichs maßgebenden preussischen Militärrecht — MilGOrdn. II § 7 — die Einbeordneten nur während der Dauer der Versammlung unter den Militärgeetzten standen, und daß eine Abänderung durch § 38 des Reichsmilitärgesetzes anscheinend gar nicht beabsichtigt ist, so ist es den Einberufenen unbenommen, sofort nach Schluß der Versammlung zu ihrem bürgerlichen Gewerbe und Berufe zurückzukehren und in dem alten Geleise auch an diesem Tage sich fortzubewegen. Der Vorgesetzte, der sich von seinem Untergebenen traktieren läßt oder bei ihm eine Anleihe macht, der Gemeinde, der abends nach neun Uhr ohne Urlaub noch außerhalb des Hauses und gar im Wirtshaus weilt, machen sich nicht strafbar, die Betrunktheit gilt nicht als Betrunktheit im Dienst u. ä. Die genannten Urteile beziehen sich nur auf den Fall einer persönlichen Geltendmachung des Untergebenen gegen den Vorgesetzten, und die urteilenden Richter scheinen den Fall, daß z. B. die Untergebenen sich gegenseitig raufen, gar nicht in Erwägung gezogen zu haben, Macht sich aber — da die Entscheidungen von Richtern getroffen sind, mag hier als Richter exemplifiziert werden! — macht sich der Richter strafbar, der noch an demselben Tage Termin abhält und gegen eine militärisch höher gestellte Persönlichkeit (Protokollführer, Partei, Zeuge) die richterliche Amtsgewalt gebraucht, militärisch strafbar? Nach der strengen Konsequenz der reichsgerichtlichen Judikatur ganz gewiß, aber eine Rechtsprechung, die zu so horrenden Konsequenzen führt, kann in Ermangelung einer unzweideutigen positiven Bestimmung nicht für zutreffend erachtet werden.

Zum Beurlaubtenstande gehören:

- a) die Offiziere, Ärzte, Beamten und Mannschaften der Reserve, Landwehr und Seewehr, die Mannschaften der Ersatzreserve und Marineersatzreserve;
- b) die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten und Freiwilligen. Ihre Zugehörigkeit zum aktiven Heer (Marine) beginnt aber erst mit dem Zeitpunkte der Verpflegung durch die Militärverwaltung, so daß sie bis dahin dem MilStGW. regelmäßig nicht unterstehen;
- c) die bis zur Entscheidung über ihr ferneres Militärverhältnis zur Disposition der Ersatzbehörden entlassenen Mannschaften;
- d) die vor erfüllter aktiver Dienstpflicht zur Disposition der Truppenteile (Marineteile) beurlaubten Mannschaften;
- e) die nach Aufruf des Landsturms davon betroffenen Landsturmpflichtigen und die nach freiwilliger Meldung in die Listen des Landsturms eingetragenen Personen bis zu dem Tage, zu welchem sie einberufen sind oder an welchem sie freiwillig eintreten;

C. alle in Kriegzeiten zum Heeresdienste aufgebotenen oder freiwillig eingetretenen Offiziere, Ärzte, Militärbeamten (mit der Beschränkung zu A d) und Mannschaften, welche nicht unter A a—c fallen, vom Tage, zu welchem sie einberufen sind, bzw. vom Tage des freiwilligen Eintritts an bis zum Ablauf des Tages der Entlassung;

D. die Feld- und Landgendarmen, wenn sie nach der Gesetzgebung ihres Staates (Preußen, Baden, Hessen, Elsaß-Lothringen, Mecklenburg-Schwerin, Waldeck, Schaumburg-Lippe, Lippe) zu den Personen des Soldatenstandes gehören. Gendarmerieoffiziere unterstehen ausnahmslos dem MilStGW.;

II. folgende nicht zu den Personen des Soldatenstandes gehörende Personen:

A. die Offiziere à la suite der Armee oder eines Kontingents — zu unterscheiden von den ohne Gehalt beurlaubten, à la suite ihrer Truppenteile gestellten Offizieren — und die Sanitäts-offiziere à la suite des Sanitätskorps, wenn und solange sie zu vorübergehender Dienstleistung

zugelassen sind und in bezug auf Handlungen gegen die militärische Unterordnung, welche sie in Militäruniform begehen;

B. die mit Pension zur Disposition gestellten Offiziere, insofern gegen sie wegen gemeiner Delikte auf Verlust des Offiziertitels und des Rechts zum Tragen der Uniform erkannt werden kann;

C. während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges alle Personen, welche sich in irgend einem Dienst- oder Vertragsverhältnisse bei dem kriegführenden Heere befinden oder sonst sich bei demselben aufhalten oder ihm folgen;

D. die zu dem kriegführenden Heere zugelassenen ausländischen Offiziere; ihr Gefolge fällt unter C;

E. die Kriegsgefangenen;

F. Ausländer und Deutsche während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges wegen auf dem Kriegsschauplatz begangener Delikte nach MilStGB. §§ 57–59, 134 und wegen aller gegen deutsche Truppen oder Behörden in einem von deutschen Truppen besetzten ausländischen Gebiete verübten Delikte;

G. die nicht zu den Personen des Soldatenstandes gehörenden Angestellten eines Schiffes, d. h. eines Fahrzeuges der Marine, auf welchem ein militärischer Befehlshaber nebst Besatzung eingeschifft ist. Andere an Bord eines Schiffes dienstlich befindliche Personen, solange das Schiff sich im Kriegszustande befindet, was auch dann der Fall ist, wenn es außerhalb der heimischen Gewässer allein fährt.

§ 11.

Kein Mitglied eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats darf außerhalb der Versammlung, zu welcher das Mitglied gehört, wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes gethanen Äußerung zur Verantwortung gezogen werden.

1. Die Bestimmung des § 11 beruht auf der Erwägung, daß die gegenüber der die materiellen Machtmittel in Händen haltenden Exekutive zur custodia jurium atque legum patriae berufenen Personen ebenso wie die Staatsbeamten die Vermutung legaler Pflichtmäßigkeit für sich haben, somit allen ihren verbrecherisch sein könnenden Äußerungen ein Grund zur Verneinung des Dolus zur Seite steht, der, einen Schritt weiter gegangen, jeden Angriff seitens der Staatsregierung als unzulässig erscheinen läßt, weil auch der geringste geeignet ist, die für die Ausübung des Berufs des Volksvertreters erforderliche freie Überzeugung zu beeinträchtigen oder doch in den Verdacht der Beeinträchtigung zu bringen. Die Bestimmung hat eine langwierige Geschichte, welche für die Beantwortung der Frage, wie weit die Grenzen der Immunität gezogen sind, wertvoll ist. Die Stände der deutschen Territorialstaaten im 17. und 18. Jahrhundert beanspruchten keine Immunität, sondern wollten nur dagegen geschützt sein, durch willkürlich zusammengesetzte Kommissionen abgeurteilt oder gar ohne Urteil und Recht, lediglich via facti drangaliert zu werden. Dagegen bestimmte Art. 9 der englischen Bill of Rights von 1689:

„The freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament“,
und Art. 52 des französischen Gesetzes v. 13. Juli 1791:

„Aucun représentant de la nation ne pourra être poursuivi devant les tribunaux, ni recherché en aucune manière ni en aucun temps, pour raison de ses opinions, ni pour tout ce qu'il aura dit, écrit ou fait, dans l'exercice de ses fonctions de représentant; il n'en est comptable qu'au corps législatif.“

Dies wurde in der für die Verfassungsgeschichte der deutschen Bundesstaaten, insbesondere Preußens, wichtigen belgischen Verfassung Art. 44 dahin formuliert:

„Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions“,

und ging von dieser in die preußische Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850 als Art. 84 Abs. 1 über:

„Sie“ — Art. 83: „die Mitglieder beider Kammern“ — „können für ihre Abstimmungen in der Kammer niemals, für ihre darin ausgesprochenen Meinungen nur innerhalb der Kammer auf den Grund der Geschäftsordnung (Art. 78) zur Rechenschaft gezogen werden.“

Der frühere Deutsche Bund hatte sich nicht für zuständig gehalten, gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der territorialen Volksvertreter zu erlassen. Dagegen tat dies in sehr bestimmter

Weise die Frankfurter Reichsverfassung v. 28. März 1849 § 120. Ihre Anordnung ging sodann wörtlich in die Verfassung des Norddeutschen Bundes Art. 30 und von dieser in die Reichsverfassung Art. 30 über:

„Kein Mitglied des Reichstages darf zu irgend einer Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes getanen Äußerungen gerichtlich oder „disziplinarisch verfolgt oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung „gezogen werden.“

Inzwischen hatte der höchste Gerichtshof Preußens, das zum 1. Okt. 1879 aufgehobene Obertribunal, in einer seinem juristischen Ansehen wenig förderlichen Entscheidung vom 29. Jan. 1866 den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß die Immunität sich nur auf die ausgesprochenen Meinungen als Resultate des Denkvermögens beziehe, nicht auch auf die Behauptung und Verbreitung von Thatsachen (Entscheidungen 55 20). Das preußische Abgeordnetenhaus protestierte am 10. Febr. 1866 gegen diese Entscheidung und erklärte jedes auf Grund derselben ergehende Verfahren und Verurteilung für ungültig, was gegenüber der Souveränität der Gerichte trotz der evidenten Trügheit der Entscheidung unwirksam bleiben mußte. Es war aber eine bewußte Folge dieses Vorganges, daß bei der parlamentarischen Beratung des StGB., dessen Entwürfe keine diesbezügliche Bestimmung enthielten, durch Beschluß des Reichstages der Art. 30 der Reichsverfassung durch Aufnahme des § 11 auf alle EinzelLandtage ausgebeht wurde.

2. Der § 11 bedient sich zwar nur der Bezeichnungen Kammer, Landtag, aber versteht darunter jede Versammlung, welche den Bundesstaat vertritt und die — staatliche, nicht kirchliche — gesetzgebende Gewalt, um die Worte der preußischen Verfassungsurkunde Art. 62 zu gebrauchen, gemeinschaftlich mit dem Monarchen ausübt, so daß ihre und des Monarchen Übereinstimmung zu jedem Gesetz erforderlich ist. Nicht darunter zu verstehen sind solche Versammlungen, welche zwar den Staat vertreten, aber, wie z. B. Landesynoden, nicht an der staatlichen Gesetzgebung, oder zwar an der staatlichen Gesetzgebung beteiligt sind, aber, wie z. B. Provinziallandtage, nicht den Staat vertreten, denn alle diese Versammlungen sind zwar ebenfalls Korporationen des öffentlichen Rechts, aber ihrem eigentlichen Wesen nach nur Organe der Selbstverwaltung. Dagegen gehören zu den gesetzgebenden Versammlungen des § 11 die Bürgerschaften der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen.

Nach der hamburgischen Verfassung von 1879 Art. 6 Abs. 1 „steht die höchste Staatsgewalt“ — das *κρίσιον* — „dem Senate und der Bürgerschaft gemeinschaftlich zu“, aber nach Abs. 2 „wird die gesetzgebende Gewalt von Senat und Bürgerschaft, die vollziehende vom Senat, die richterliche von den Gerichten ausgeübt“, und nach Art. 19 „ist der Senat, als Inhaber der vollziehenden Gewalt, die oberste Verwaltungsbehörde; er übt die Aufsicht aus über sämtliche Zweige der Verwaltung; auch steht ihm die Oberaufsicht zu über sämtliche Justizbehörden“. Art. 6 Abs. 1 könnte ohne Schaden gestrichen werden, denn dem Senat ist die alleinige und ausschließliche Ausübung der Regierungsbefugnisse zugesichert, und wenn man trotzdem die Bürgerschaft als Inhaber auch der vollziehenden Staatsgewalt bezeichnen will, so ist doch die nackte Inhaberschaft ohne das Recht der Ausübung ein tatsächlich ganz inhaltloses Recht. Mit der hamburgischen stimmen die Verfassungen von Lübeck und Bremen, beide von 1875, überein; die letztere nennt in ihrem § 57 den Senat geradezu „die Regierung des bremischen Staats“. Vgl. v. Melle, Das hamburgische Staatsrecht 1891 36 ff. Aber mag man das Wort „gesetzgebende Versammlung“ pressen wollen, so wird doch die gesetzgebende Gewalt von den Bürgerschaften mit ausgeübt, und mit Binding Handb. I 674, Meyer-Alfeld 109 N. 6, v. Schwarze N. 2 wegen jenes Plus dieses Minus für irrelevant zu erklären, ist schon logisch verfehlt. Übereinstimmend Finger I 433, Frank N. I, v. Liszt 112, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1. Als ein zum Deutschen Reich gehöriger Staat im Sinne des § 11 war nach CG. f. Elsaß-Lothringen Art. 1 auch das Reichsland Elsaß-Lothringen anzusehen, sein durch Kaiserlichen Erlaß vom 29. Okt. 1874 eingesetzter Landesausschuß war in den Gesetzen vom 1. Mai 1874 und 4. Juli 1879 ausdrücklich für eine gesetzgebende Versammlung erklärt; somit kam den Mitgliedern des Landesausschusses die Immunität des § 11 zu. Dasselbe hat von den Mitgliedern des jetzigen Elsaß-Lothringischen Landtages zu gelten. Auf den Bundesrat, die Senate der freien Städte, die Ministerien findet § 11 nach dem erkennbaren Grunde des Gesetzes keine Anwendung. Wenn ein Vertreter der Regierung in der Versammlung zugleich Mitglied der Versammlung ist, so ist zwischen beiden Funktionen zu unterscheiden, was bei Abstimmungen ohne weiteres gegeben, bei Äußerungen oft schwierig, aber keineswegs mit Binding Handb. I 674 ein Grund ist, die Immunität für beide Funktionen zu beanspruchen: Olshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 22.

3. Abstimmungen finden nur in der Versammlung oder einer ihrer Abteilungen statt und erfolgen stets in Ausübung des Berufes. Schwieriger gestaltet sich die Frage bei den Äußerungen. Zunächst ist die „Versammlung“ weder identisch mit der Gesamtheit aller Mitglieder noch

mit den Geschäftsräumen. Die Äußerung kann getan werden innerhalb wie außerhalb des Plenums, einer Abteilung, einer Kommission, innerhalb wie außerhalb des Landtagsgebäudes, z. B. von dem Sprecher einer von der Kammer abgeordneten Deputation, von einem Staatskommissar gegenüber dem Vertreter der Regierung, von dem Mitgliede einer nach § 82 der preussischen Verfassungsurkunde errichteten Untersuchungskommission bei einer ihm als Einzelnem überwiesenen Untersuchungshandlung u. a. Die Äußerung kann überhaupt jeglicher lokalen Begrenzung entbehren, wenn sie nämlich eine schriftliche ist und das sie enthaltende Schriftstück gar nicht zum mündlichen Vortrag gelangt. Entscheidend ist lediglich der Umstand, ob die Äußerung in Ausübung oder nicht in Ausübung des Berufes der Mitgliedschaft erfolgt. Ein im Reichstage gestelltes Amendement: „als berufsmäßige Äußerungen gelten nur solche, welche innerhalb der für die Versammlungen eines Landtags oder einer Kammer bestimmten Räume gefallen sind“, wurde fast einstimmig abgelehnt.

Unter Äußerung ist jedes Aussprechen von Worten, nicht bloß die Mitteilung von Resultaten des Denkvermögens, sind nicht bloß ganze Reden, einzelne Sätze, sondern auch einzelne Worte, z. B. Zwischenrufe, überhaupt jede hörbare Tätigkeit der Sprechorgane, z. B. Pfeifen, zu verstehen. Der Begriff ist überhaupt nicht auf mündliche beschränkt. Auch schriftliche Äußerungen, wie sie der Beruf eines Landtagsmitgliedes häufig fordert, fallen darunter. Ebenso symbolische, z. B. Händeklatschen, und ebenso nur pantomimische Kundgebungen. So kann z. B., falls die Unterlassung einer nicht durch das Gesetz, sondern nur durch die Sitte oder die politische Parteilichkeit gebotenen Ehrenbezeugung überhaupt strafbar ist, der Tatbestand einer — ohne den § 11 strafbaren — Majestätsbeleidigung nicht bloß darin gefunden werden, daß ein Landtagsmitglied den Monarchen beschimpfende Worte ausspricht, sondern auch schon darin, daß es bei dem am Beginn und am Schlusse der Session üblichen Hoch auf den Monarchen sitzen bleibt oder nicht mitruft oder vorher hinausgeht oder erst nachher den Sitzungssaal betritt. Hierin ist zugleich eine Abstimmung enthalten, denn durch sein Eigenbleiben, sein Stillschweigen, sein Hinausgehen stimmt das Mitglied über den in der Aufforderung des Präsidenten enthaltenen Antrag ab, sich zu erheben und ein Hoch auszubringen; wenn es nur zustimmen, sich auch nicht der Abstimmung enthalten dürfte, hätte es ja gar kein Recht der Abstimmung. Ebenso Bindung Handb. I 675 (abweichend bezüglich der pantomimischen Kundgebungen), Finger I 436, Frank Nr. II, III, Oshausen Nr. 3a, Oppenhoff-Delius Nr. 4, Rüdorff-Stenglein Nr. 1.

Die Immunität ist aber dadurch bedingt, daß das Landtagsmitglied die Äußerung in Ausübung dieses seines Berufes getan hat. In der Ausübung, nicht bloß gelegentlich der Ausübung. Die Äußerung muß getan werden, während das Mitglied sich an den dem Landtage gesetzlich obliegenden Verrichtungen beteiligt, und muß einen Teil dieser seiner Beteiligung bilden. Ob und wie weit dies stattgehabt hat, läßt sich nur für den konkreten Fall bemessen. Präjuntiv genießen alle innerhalb der Versammlung — dies Wort im weitesten Sinne genommen — gefallenen Äußerungen den Schutz des § 11. Dagegen wird der Schutz verjagt nicht bloß, wenn die Äußerung gefallen ist vor oder nach der Session, sondern auch wenn sie zwar während der Session fällt, aber nur zur Vorbereitung auf die parlamentarische Tätigkeit, z. B. in einer sog. Fraktions-sitzung, Berichterstattung an die Wähler, Wahlrede, auch, wofür nicht § 12 Flag greift, durch Wiederholung des Inhaltes einer Kammerrede außerhalb der Kammer: RG. 20./10. 80 C. 2 365. Es ist klar, daß hiernach ein in der Versammlung zwischen mehreren Mitgliedern gepflogenes Zwiegespräch allerdings strafbar sein kann.

4. Wenn die Voraussetzung des § 11 vorliegt, muß jedes Verfahren, welches ein Ziehen zur Verantwortung bezweckt, unterbleiben, nicht bloß das strafrechtliche, sondern auch das disziplinar- und zivilrechtliche. Soweit es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder handelt, gelten die Abstimmungen und Äußerungen als außerhalb der Versammlung gar nicht vorhanden. Dies ist die allgemeine Ansicht. Wenn Finger I 433 Nr. 571, Frank Nr. IV, Oppenhoff-Delius Nr. 6 und Rüdorff-Stenglein Nr. 2 annehmen, daß die zivilrechtliche Verfolgung zulässig sei, so ist das irrig. Zwar ist zuzugestehen, daß sich das StGB. lediglich auf die eigentliche oder kriminelle Strafe bezieht, oben CG. § 5 Nr. 3, und hiernach würde § 11 nur Schutz gegen eine Kriminalverfolgung gewähren. Aber der Abgeordnete soll nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes nicht bloß von Strafe, sondern von Verantwortung, nach dem strengeren Ausdruck des § 12 „von jeder Verantwortlichkeit“ frei sein. Wie die Geschichte dieses bezüglich der Äußerungen allerdings nicht unbedeutlichen, aber zur Durchführung des reinen Begriffes einer Volksvertretung, also aus staatsrechtlichen Gründen notwendigen Privilegiums deutlich erweist, ist die Unverantwortlichkeit im weitesten Sinne zu nehmen. Die Abgeordneten können außerhalb der Versammlung nach dem Wortlaut der dem StGB. nächsten großen Verfassungsgesetze, nach der preussischen Verfassungsurkunde „niemals zur Rechenschaft gezogen“, nach der Frankfurter Reichsverfassung, der Norddeutschen Bundesverfassung, der Reichsverfassung „zu keiner Zeit gerichtlich oder disziplinarisch oder sonst zur Verantwortung gezogen werden“. Entweder muß

man also die Immunität des § 11 als eine lediglich strafrechtliche auffassen. Hierzu fehlt in den vorbildlichen Verfassungsgesetzen jeder Grund, und dawider spricht der ausdrückliche Wortlaut der drei letzten Verfassungen „disziplinarisch oder sonst“ und noch mehr die Tatsache, daß der Reichstag durch die Aufnahme des § 11 den Abgeordneten der einzelnen Bundesstaaten denselben Schutz gewähren wollte, den die Reichsverfassung den Mitgliedern des Reichstages gewährt, nicht minder auch die handgreifliche Tatsache, daß er ihnen keinen geringeren Schutz gewähren wollte als nach § 12 denjenigen, welche über ihre Tätigkeit Bericht erstatten („von jeder Verantwortlichkeit frei“). Oder man muß nicht bloß, wie allgemein geschieht, die disziplinare, sondern auch die zivilrechtliche Immunität statuieren, sei es, daß man sie in dem „gerichtlich“ oder in dem „oder sonst“ findet. Zudem kann vernünftigerweise gar nicht bestritten werden, daß in der Zulassung einer zivilrechtlichen Entschädigungsklage ein Verantwortlichmachen, ein Zurrechnungsziehen, eine Kritik der richterlichen Gewalt über die inneren parlamentarischen Vorgänge, also dasjenige liegt, wogegen § 11 Schutz gewähren will.

5. Die Immunität ist eine unbeschränkte. Dies gilt nicht bloß von den Abstimmungen. Bei diesen ist der Gegenstand der Abstimmung gleichgültig, sie bleiben außer aller Verantwortlichkeit, mag es sich auch um die Zustimmung zu offenkundigen Illegalitäten, zu den schwersten Verbrechen, z. B. gewaltsamer Absetzung und Hinrichtung des Monarchen, handeln; denn andernfalls würde man dem § 11 den sinnlosen Satz aufbürden, daß die Landtagsmitglieder dann nicht zur Rechenschaft gezogen werden dürfen, wenn materiell kein Rechtsgrund dafür vorhanden ist. Dasselbe gilt von den Äußerungen. Diese hören nicht deshalb auf Äußerungen zu sein, weil das Strafgesetz sie als Tatdelikte charakterisiert, z. B. als Bedrohung mit einem Verbrechen, und bleiben außer aller Verantwortung, einerlei welcher objektive Tatbestand durch sie gegeben, ob der einer der verschiedenen Formen der Teilnahme oder der eines speziellen Deliktes. Wenn Binding Handb. I 675, Finger I 436, Olshausen N. 3 die Äußerung auf den Fall für strafbar erklären, daß sie eine Aufstiftung zu außerhalb — warum nicht auch innerhalb? — der Versammlung zu begehenden Delikten enthält, so wird dies von Meyer-Allfeld 109 N. 7 mit Recht als eine Willkürlichkeit bezeichnet. Olshausen sucht seine Ansicht durch die Unterscheidung zu begründen, das Gesetz verböte nur „wegen“, nicht aber „aus Anlaß“ der Äußerung den Abgeordneten zur Rechenschaft zu ziehen, aber wenn der Abgeordnete nicht „wegen“ seiner Handlung bestraft wird, wofür er denn eigentlich bestraft wird? Oder richtiger, wofür kann und darf er denn eigentlich bestraft werden? Mit gleichem Fug würde die intellektuelle Beihilfe, die Aufforderung des § 49 a, würde schließlich jedes Delikt hereingezogen und derjenige, welchem dies ein verbrecherischer Widerspruch gegen § 11 zu sein schiene, dahin belehrt werden können, der Abgeordnete müsse in das Zuchthaus nicht wegen, sondern in Anlaß seiner Äußerung — in das Zuchthaus käme er allerdings auf jeden Fall.

6. Der Abgeordnete darf wegen seiner Abstimmungen und berufsmäßigen Äußerungen nicht zur Verantwortung gezogen werden. Daher ist jede richterliche Kritik ihrer Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit unter sagt.

Nicht hierher gehört die Notwehr gegen seine Äußerungen: Finger I 435, v. Liszt 113, Olshausen N. 5 a. z. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs, gegen welchen sich die Notwehr richtet, ist nicht aus der Person des Angreifers, sondern aus der des Angegriffenen zu bemessen. Rechtswidrig ist daher jeder Angriff, den sich gefallen zu lassen der Angegriffene nicht verpflichtet ist. Der § 11 befiehlt aber nicht, daß der von einem Abgeordneten durch die Äußerungen Angegriffene sich den Angriff gefallen lassen, die Beleidigungen ohne Gegenwehr einstecken soll, sondern verbietet nur, den Abgeordneten wegen jenes Angriffs zur Verantwortung zu ziehen. Ubrigens würde die Notwehr regelmäßig nur in der Weise stattfinden haben, daß der Angegriffene auf der Stelle in den Sitzungsraum hineinruft. Vgl. § 53 N. 2 c, d Abs. 3.

Dagegen kann die Äußerung nicht auf Grund der §§ 199, 233 zur Aufrechnung gegen eine Beleidigung oder eine Körperverletzung benutzt werden, denn dadurch würde sie rechtlich als eine Beleidigung qualifiziert, also über sie ein gerichtliches Urteil abgegeben und sie unter das StGB. subsumiert: Hälshner II 214, Merkel 283, Olshausen Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 3: RG. 5./3. 81 C. 4 14. Binding Handb. I 676 Nr. 14, Finger I 435, 526, Franck § 199 N. 11 3, v. Liszt 280 N. 4 Meyer-Allfeld 109, 344 halten die Aufrechnung für zulässig, weil der Abgeordnete nicht persönlich zur Verantwortung gezogen, nur seine Handlung als objektive Tatsache einer rechtlichen Beurteilung unterworfen werde. Wie es aber möglich sein soll, eine Handlung für eine Beleidigung zu erklären, ohne dadurch den Handelnden selbst der Beleidigung zu beschuldigen, ist nicht einzusehen. Auch trifft es unmittelbar die Person, wenn der Abgeordnete, weil er ebenfalls beleidigt habe, genötigt wird, seinerseits eine Beleidigung, eine Mißhandlung einzusetzen.

Andererseits wird nicht der Abgeordnete zur Rechenschaft gezogen, sondern nur die Tatsache, daß seine Äußerung gefallen ist, berücksichtigt, wenn das Gericht eine beleidigende Äußerung gegen den Abgeordneten nach § 193 deshalb straflos läßt, weil sie eine Erwiderung auf eine von dem Abgeordneten getane Äußerung bildet und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen ohne

die Absicht zu beleidigen gedient hat: Merkel 283, Olshausen N. 5 a γ, Rüdorff-Stenglein N. 3. Ebenso kann die Tatsache, daß die Äußerung gefallen ist, Gegenstand des Beweises werden, wenn ein Dritter, welcher jene Tatsache behauptet hat, wegen dieser Behauptung seinerseits auf Grund § 186 verklagt wird und nunmehr den Wahrheitsbeweis antritt: Olshausen N. 5 a β; gegenteilig RG. 5./3. 81 C. 4 14. Noch viel weniger ist die Berufung auf § 11 zulässig, wenn die Kammerrede zur Überführung des Abgeordneten bezüglich einer von ihm selbst außerhalb der Versammlung oder nicht durch Äußerungen begangenen strafbaren Handlung benutzt: RG. 20./10. 80 C. 2 365, oder wenn der Abgeordnete zur Ablegung seines Zeugnisses in einem Strafverfahren genötigt wird, welches auf Grund einer von ihm im Landtage getanen Äußerung gegen einen Andern eingeleitet ist: Olshausen N. 7, 5b, Rüdorff-Stenglein N. 3, 4.

7. Aus dem Vorgetragenen ergibt sich die Richtigkeit des in Nr. 4 gebrauchten Ausdrucks, daß, soweit es sich um die Verantwortlichkeit der Landtagsmitglieder handelt, die Abstimmungen und Äußerungen als außerhalb der Versammlung gar nicht vorhanden gelten. Über die Mitglieder hinaus geht die Immunität nicht. Nur sie selbst sind nach § 11 von jeder Verantwortung frei, wogegen etwaige Teilnehmer der Strafverfolgung unterliegen: v. Ritz 112, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5. Will man dies als einen höchstpersönlichen Strafausschließungsgrund bezeichnen, so darf nicht dabei vergessen werden, daß überhaupt jegliche richterliche Kognition ausgeschlossen ist, den Gerichten keine Jurisdiktionsbefugnis zusteht, § 11 somit über den Standpunkt eines bloßen Strafausschließungsgrundes hinausgeht: RG. 5./3. 81 C. 4 14. Sobald die Voraussetzung des § 11 feststeht, ist von jedem Strafverfahren abzusehen, das bereits eingeleitet sofort einzustellen, und zwar in allen Stadien des Verfahrens, selbst nach ausgesprochener Verurteilung, von Amts wegen: Olshausen N. 1, 6. Ein Verzicht auf die Immunität seitens des Abgeordneten ist unmöglich.

8. Ob ohne das Privilegium eine Verurteilung nach Reichs- oder nach Landrecht einzutreten haben würde, ist irrelevant. Die Bestimmung des § 11 hat absolut bindenden Charakter, und abweichende territoriale Vorschriften sind ungültig: Olshausen N. 1.

§ 12.

Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.

1. Diese mit § 11 in engstem Zusammenhang stehende Vorschrift hat, um v. Ritzs 156 Worte zu gebrauchen, den Zweck, „die uneingeschränkte Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen und damit die fortwährende Wechselwirkung zwischen der Volksvertretung und der Meinung der Wähler zu sichern“. Sie ist zwar nicht strafrechtlich, wohl aber staatsrechtlich und politisch umso wichtiger, als die Geschichte des parlamentarischen Lebens in Deutschland zeigt, daß die Unterstützung durch die Presse für eine gedeihliche Tätigkeit der Volksvertretungen gar nicht zu entbehren ist.

Der Entwicklungsgang ist ähnlich wie bei § 11. Zwar enthielt weder die Frankfurter Reichsverfassung v. 18. März 1849 noch die preussische Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850 eine diesbezügliche Bestimmung, wohl aber wurde der Art. 84 der letzteren durch das frühere preussische Preßges. v. 12. Mai 1851 § 38 dahin ergänzt:

„Berichte von den öffentlichen Sitzungen beider Kammern, insofern sie wahrheitsgetreu erstattet werden, bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.“ Diese Vorschrift ging unter Anschluß an die neuen staatsrechtlichen Verhältnisse als Art. 22 Abs. 2 in die Verfassung des Norddeutschen Bundes und in die Reichsverfassung über:

„Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen „des Reichstages“ bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.“ Die Entwürfe zum StGB. schwiegen, aber von dem Reichstag wurde im Anschluß an die Beratung des § 11 bei der dritten Lesung die Vorschrift der Reichsverfassung unter Wegfall der Beschränkung auf die öffentlichen Sitzungen auf alle Einzellandtage ausgedehnt.

2. § 12 bezieht sich auf dieselben gesetzgebenden Versammlungen wie § 11: vgl. § 11 N. 2. Unter den Verhandlungen ist die gesamte Tätigkeit zu verstehen, welche von den Versammlungen während ihres gesetzmäßigen Zusammenseins in Wahrnehmung ihres öffentlich-rechtlichen Berufes ausgeübt wird. Soweit diese Tätigkeit in Rede und Gegenrede erfolgt, fällt unter den Begriff der Verhandlung auch die Tätigkeit der nicht zu der Versammlung als deren Mitglieder gehörenden, aber an der Debatte sich beteiligenden Regierungsvertreter. Während nach den oben genannten Gesetzen nur die Berichte über die Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen geschützt sind, hat § 12 diese Beschränkung fallen lassen. Somit sind auch die wahrheitsgetreuen Berichte

über die Verhandlungen in den nichtöffentlichen Sitzungen geschützt: Frank N. I, Kahser Hb. IV 565, Meyer-Altfeld 110, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 2. N. N. ohne zureichende Gründe Berner 264, Binding Handb. I 681, Finger I 439, anscheinend auch Hälschner II 184, v. Liszt 156 (ist bei ihm das Wort „öffentliche“ verkehrtlich statt in Zeile 7 in Zeile 8 geraten?). Wenn ferner Frank N. I, Hälschner II 184, Mertel 283, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1 der Ansicht sind, daß unter den Verhandlungen nur die Plenarverhandlungen zu verstehen seien, so spricht der Wortlaut des § 12 mit keinem Buchstaben dafür, kann ferner Art. 22 Abs. 2 der Reichsverfassung deshalb nicht als Argument herangezogen werden, weil dieser nur von den öffentlichen Sitzungen spricht und die Nicht-Plenarverhandlungen des Reichstags nicht öffentliche sind, und liegt viel näher die Heranziehung des in unmittelbarem Zusammenhang mit § 12 stehenden § 11, welcher eine Beschränkung auf die Plenarverhandlungen nicht enthält, vgl. § 11 N. 3. Abs. 2. Daher muß mit Berner 264 und Meyer-Altfeld 110 angenommen werden, daß § 12 nicht bloß auf die Plenar-, sondern auch auf die Kommissions-, Bureau-, Ausschuß- und Enquete-Sitzungen u. ä. Anwendung findet.

3. Wenn das Gesetz die Berichte „von jeder Verantwortlichkeit frei“ spricht, so ist das zwar ein schlechtes Deutsch, weil die Verantwortlichkeit nicht den Bericht, sondern nur den Bericht-erstatteer treffen kann, hat aber die schwerwiegende Bedeutung, daß nicht bloß der Bericht-erstatteer von jeder straf-, disziplinar- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit in dem Sinne der zu § 11 Nr. 6 gegebenen Ausführungen frei, sondern daß die Erstattung des Berichts überhaupt keine strafbare Handlung ist, einerlei von wem der Bericht erstattet wird, somit weder eine Teilnahme im strafrechtlichen Sinne möglich, noch ein Verfahren nach § 42 zulässig ist: Finger I 440, Frank N. III, Meyer-Altfeld 110, Olshausen N. 2, 7, übereinstimmend auch bezüglich der Unzulässigkeit des Verfahrens nach § 42 Binding Handb. I 685 N. 16 und v. Liszt 156. Ob der Bericht mündlich oder schriftlich, öffentlich oder nicht öffentlich erstattet wird, ist gleichgültig: Binding Handb. I 683, Finger I 440, Frank N. II, Meyer-Altfeld 110, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 7. Erfolgt die Veröffentlichung in öffentlicher Druckschrift, z. B. in einer Zeitung, so ist, weil § 12 sich nur auf den Inhalt des Berichts bezieht, der Tatbestand eines Preßdeliktes ausgeschlossen, wogegen allerdings durch Zuwiderhandeln gegen die preßpolizeilichen Vorschriften ein Preßpolizeidelikt möglich ist: Frank N. III, Olshausen N. 2; RW. 25./11. 95 C. 28 45. Wegen der Notwehr vgl. § 53 N. 2 d Abs. 3.

4. Erforderlich ist, daß der Bericht wahrheitsgetreu ist. Ob dies der Fall, ist eine Tatsache, wobei sich aber der Richter durch nachstehende Erwägungen leiten lassen wird.

Wie bereits zu N. 2 bemerkt wurde, ist unter Verhandlungen die gesamte Tätigkeit zu verstehen, welche von dem Landtage, der Kammer während ihres gesetzmäßigen Zusammenseins in Wahrnehmung ihres öffentlichrechtlichen Berufes ausgeübt wird. Der Begriff erschöpft sich also nicht in Abstimmungen und Reden, obgleich er auf diese beiden Arten der Tätigkeit seine Hauptanwendung findet. Der Bericht muß eine wahrheitsgetreue Wiedergabe der Verhandlung enthalten und zwar entweder der ganzen Verhandlung oder eines in sich abgeschlossenen Teiles derselben, ist aber nicht wahrheitsgetreu, wenn er nur eine einzelne, den Gegenstand der Verhandlung nicht erschöpfend, sondern nur einseitig behandelnde Rede aus dem Fluße der Verhandlung herausgreift oder gar nur einzelne Sätze einer Rede wiedergibt: Binding Handb. I 682, Frank N. II 1, Kahser Hb. IV 565, Olshausen N. 6 Abs. 2; RW. 5./1. 86 C. 15 32. Auf der anderen Seite deckt sich der Begriff „Verhandlungen“ nicht mit dem der „Sitzung“ eines Hauses, die einerseits eine gemischte Tagesordnung enthalten, andererseits vor Erschöpfung eines Gegenstandes ihr Ende erreichen kann: RW. 6./11. 88 C. 18 207.

Der Bericht ist wahrheitsgetreu, wenn er die Verhandlung so wiedergibt, wie sie in ihrem wesentlichen Verlaufe stattgefunden hat. Wahrheitsgetreu ist nicht identisch mit wortgetreu. Wäre es dies, so könnten regelmäßig nur die offiziellen stenographischen Berichte wahrheitsgetreu zu sein beanspruchen. Entscheidend ist, ob in dem Bericht, er möge ein wortgetreuer oder ein abgekürzter sein, eine Darstellung der Verhandlung so, wie diese wirklich stattgehabt hat, enthalten ist, wonach bald ein nicht wortgetreuer abgekürzter Bericht wahrheitsgetreu, bald die wortgetreue Wiedergabe einer ganzen, jedoch aus dem Zusammenhang gerissenen Rede wahrheitswidrig sein kann: Binding Handb. I 682, 683, Frank N. II 2, Meyer-Altfeld 110, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2; RW. 6./11. 88 C. 18 207.

5. Geschützt sind nur die Berichte. Soweit die Berichterstattung über die Mitteilung des Verhandelten hinaus sich in einer Besprechung, Kritik, in sog. Résumés ergeht, liegt kein Bericht vor, ist also die Freiheit von der Verantwortlichkeit nicht gegeben: Olshausen N. 6; RW. 5./11. 86 C. 15 32.

6. Wie die des § 11 hat auch die Bestimmung des § 12 absolut bindenden Charakter, und abweichende territoriale Vorschriften sind ungültig: Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

Erster Teil.

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen.

1. Das frühere preussische Strafgesetzbuch v. 14. April 1851 zerfiel in drei Teile, nämlich „Von der Bestrafung der Verbrechen und Vergehen im allgemeinen“, „Von den einzelnen Verbrechen und Vergehen und deren Bestrafung“, „Von den Übertretungen“; der dritte Teil wiederum in vier Abschnitte, deren erster „Von der Bestrafung der Übertretungen im allgemeinen“ handelte. Der erste, Friedberg'sche, Entwurf unseres StGB. hatte dieselbe Einteilung. Der zweite, von der Bundesrats-Kommission stammende Entwurf ließ sie fallen und gab dem Gesetz die gegenwärtige Systematisierung. Diese Abänderung ist in den Motiven zu dem dem Reichstage vorgelegten dritten Entwurf in folgender Weise begründet:

„Indem der Entwurf die „Übertretungen“ in den Kreis der Handlungen aufnahm, deren Bestrafung im Strafgesetzbuche vorzusehen sei, wollte er dem Gedanken, daß „hierbei nicht ein von dem übrigen Strafrechte generisch sich unterscheidendes Gebiet „behandelt werde, noch dadurch einen schärferen und entschiedeneren Ausdruck geben, daß er die allgemeinen Bestimmungen, welche in bezug auf die Verbrechen und Vergehen aufzustellen waren, auf die Übertretungen ausdehnt und demgemäß jenen „allgemeinen Teil“ auf alle strafbaren Handlungen, sowohl auf Verbrechen, Vergehen „und Übertretungen erstreckt. Nur wo die Natur der geringer strafbaren Handlungen Ausnahmen von den sonstigen allgemeinen Bestimmungen nötig macht, ist dies an den einschlägigen Stellen berücksichtigt worden, z. B. bei den Bestimmungen über die Weisheit, über den Versuch, über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. Der Entwurf hat demgemäß auch die Vorschriften des preussischen Strafgesetzbuchs „über die Übertretungen in §§ 332 bis 339 in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs selbst aufgenommen und hierbei zugleich die in der Praxis hervorgetretenen Lücken „und Zweifel ergänzt und berichtigt, auch den dritten Teil des preussischen Gesetzbuchs, „welcher von den Übertretungen handelt, mit seinen einzelnen Titeln, als einen besonderen Teil, gestrichen und die in diesen einzelnen Titeln enthaltenen Strafbestimmungen in „einem Abschnitte des besonderen Teils unter der Überschrift „Übertretungen“ zusammengefaßt.“

Hieraus ergibt sich, daß nicht bloß die positivrechtlichen Bestimmungen des allgemeinen Teils, sondern auch die allgemeinen Lehren des ungesetzten Rechts, insbesondere die Grundsätze über Dolus und Culpa, auch auf die Übertretungen Anwendung finden, wofen nicht das Gesetz ihre Anwendung in unverkennbarer Weise auf die Verbrechen und Vergehen beschränkt.

2. Darüber, daß die Bestimmungen des ersten Teils mit Ausnahme der über den Strafvollzug als eine erschöpfend geregelte Materie anzusehen sind, vgl. GG. § 2 N. 6. Ferner darüber, ob auch, abgesehen von den im GG. §§ 5—7 enthaltenen Einschränkungen, die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete an sie gebunden ist, vgl. GG. § 2 N. 9. Endlich über ihr Verhältnis zum Militärstrafrecht siehe § 10 N. 3.

Erster Abschnitt.

Strafen.

1. Die Materie der Strafen ist, obgleich nicht ausschließlich in diesem ersten Abschnitt, von dem StGB. dergestalt erschöpfend geregelt, daß mit den einzelnen Strafarten andere strafrechtliche Folgen als die in dem StGB. selbst vorgesehenen von der Landesgesetzgebung nicht verknüpft werden dürfen: Disshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3. Ebenso gibt Disshausen N. 1 Absf. 3 zu, daß die Landesgesetzgebung abweichende Bestimmungen über die Strafarten selbst nur insoweit treffen darf, als dadurch nicht der Charakter der betr. Strafart beeinträchtigt wird. Allgemeine Übereinstimmung herrscht darüber, daß die Vorschriften über den Strafvollzug, die übrigens richtiger in die sie ja auch in einigen Punkten ergänzende StPD. gehören, nicht erschöpfend sind, also die landesrechtliche ergänzende wie ausführende Tätigkeit freilassen. Die Vollstreckung der von dem Reichsgericht in erster und einziger Instanz erkannten Strafen erfolgt auf Grund einer zwischen dem Reich und Preußen getroffenen Vereinbarung von letzterem.

2. Die Strafe soll dem Schuldigen wehe tun, ihn materiell und ideell schädigen, nicht jede Schädigung ist aber Strafe. Die Übel, welche das StGB. androht, sind teils Strafen, teils polizeil-

liche Maßregeln, teils Entschädigungen (Privatgenugtuungen). Die Tragweite dieser Unterscheidung wird von Frank N. 1 in ebenso treffender wie präziser Weise wie folgt formuliert:

- a) Ist eine gewisse Deliktsfolge Strafe, so kann sie von der Landesgesetzgebung nur dann angedroht werden, wenn sie auch dem StGB. bekannt ist — siehe N. 1.
- b) Nur die als Strafe, nicht aber die als Entschädigung zu qualifizierenden Maßregeln können im Gnadenwege erlassen werden.
- c) Nur die als Entschädigung, nicht aber die als Strafen zu qualifizierenden Maßregeln können im Wege der Vereinbarung unter den Beteiligten erlassen werden.
- d) Nur die Strafen unterliegen der Vollstreckungsverjährung.
- e) Bei Idealfonkurrenz mehrerer Delikte absorbiert die strengere Strafe zwar die mildere, aber nicht die außerhalb der Strafe liegenden Deliktsfolgen.

Wird nun aber gefragt, welche der von dem StGB. angedrohten Übel unter die eine oder die andere der drei Kategorien fallen, so weichen jedenfalls die theoretischen Kriminalisten so sehr voneinander ab, daß aus ihnen eine sichere Beantwortung der Frage gar nicht gewonnen werden kann. So erklären mehrere von ihnen die Überweisung an die Landespolizeibehörde für eine polizeiliche Präventivmaßregel. Nun ist es zwar richtig, daß bei ihr — ebenso bei der Polizeiaufsicht — der Richter den polizeilichen Zwecken dienstbar gemacht wird und auf der anderen Seite die Polizeibehörde von ihrem eigenen Standpunkt aus zu ermeßen hat, ob sie die Überweisung realisieren will, aber jeder Praktiker weiß, daß die Nachhaft an Härte nahezu mit der Zuchthausstrafe konkurriert und neben ihr die Strafe der gerichtlichen Haft an Bedeutung völlig zurücktritt. — Von den in der Praxis stehenden kriminalistischen Autoren scheint z. B. Rüdorff-Stenglein N. 2 die ganze Unterscheidung trotz ihrer Wichtigkeit gar nicht zu kennen.

Unter den Strafen unterscheidet das StGB. wiederum Haupt- und Nebenstrafen. Die ersteren können für sich allein, die letzteren nur in Verbindung mit jenen verhängt werden. Auch diese Unterscheidung wird von Rüdorff-Stenglein a. a. O. gar nicht erwähnt.

3. Die von dem StGB. dem Schuldigen angedrohten Übel sind:

I. Strafen:

- a) Hauptstrafen: Todesstrafe § 13, Zuchthausstrafe § 14, Gefängnisstrafe § 16, Festungshaft § 17, Haft § 18, Geldstrafe § 27, Verweis § 57 Nr. 4;
- b) Nebenstrafen: Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte § 32, Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter §§ 35, 128, 129, 358, Zulässigkeit von Polizeiaufsicht § 38, Einziehung einzelner Gegenstände §§ 40, 152 (bei Verurteilung einer bestimmten Person), Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte §§ 81, 83, 84, 87—91, 94, Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter § 95, dauernde Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden § 161, Überweisung an die Landespolizeibehörde §§ 181a, 362, dauernde Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste § 319, Verfallerklärung des als Vorteil Empfangenen oder dessen Wertes § 335.

Die obige Reihenfolge der Hauptstrafen entspricht ihrem gegenseitigen Schwerverhältnis: RG. 10./11. 87 C. 16 301. Die Todesstrafe ist die schwerste, der Verweis die leichteste Strafart. Festungshaft bzw. Geldstrafe sind stets, also unabhängig von dem auf das einzelne Delikt gesetzten Maximal- und Minimalbetrag, leichter als Gefängnisstrafe bzw. Haft: RG. 2./11. 88 C. 18 174. Wenn Binding Handb. I 264, Oshausen § 2 N. 23, Oppenhoff-Delius § 2 N. 5 unter Hinweis auf §§ 1, 21 das Strafquantum entscheiden lassen wollen, so übersehen sie, daß § 1 nur eine terminologische, nicht aber eine sachliche Bedeutung hat, und daß es sich um das qualitative Verhältnis der Strafarten, nicht aber um das quantitative Verhältnis der bei den einzelnen Delikten vom Gesetz angedrohten oder von dem Richter durch Umwandlung für die konkrete Straftat zu fixierenden Strafen handelt. Gegen ihre Ansicht spricht auch die vom Gesetz in den §§ 13 ff. eingehaltene, unverkennbar eine absteigende Richtung verfolgende Aufzählung.

Die Nebenstrafen sind ein Plus der Hauptstrafen, auf deren Wertverhältnis ohne Einfluß und unter sich selbst in thesi gleichwertend.

Eine von Rechts wegen eintretende Folge der Verurteilung zum Zuchthaus ist nach § 31 die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem deutschen Heere und der kaiserlichen Marine sowie die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter.

II. Polizeiliche Maßnahmen:

Unbrauchbarmachung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen §§ 41, 42, Einziehung von Gegenständen ohne Verurteilung einer Person §§ 42, 152, Überweisung an die Familie oder Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt § 56, Einziehung von Gegenständen ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht §§ 152, 295, 296a, 360 Abs. 2, 367 Abs. 2, Verweisung aus dem Bundesgebiete § 284 (siehe auch §§ 38, 362).

III. Privatgenugtuungen:

Befugnis des Verletzten, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekanntzumachen §§ 165, 200, Buße §§ 188, 231, Bekanntmachung des verfügenden Teils des Urteils auf Antrag des Beleidigten in den öffentlichen Blättern § 200.

Eine von Rechts wegen eintretende richterliche Maßnahme ist nach §§ 165 Abs. 2, 200 Abs. 3 die Erteilung einer Ausfertigung des Urteils auf Kosten des Schuldigen.

Da polizeiliche Maßnahmen und Entschädigungen (Privatgenugtuungen) keine Strafen sind, ist den Landesgesetzgebungen in bezug auf ihre Anordnung oder Zulassung auch außerhalb der besonderen Vorschriften des GG. § 2 Abs. 2 reichsgesetzlich keine Schranke gesetzt: RG. 18./2. 87 C. 15 305.

4. Das MilStGB. hat folgendes Strafenystem (vgl. Binding Grundr. 248):

I. Hauptstrafen:

a) Todesstrafe (bei militärischen Verbrechen nur, wenn sie im Felde begangen sind),

b) Zuchthausstrafe,

c) Freiheitsstrafen:

Gefängnis,

Festungshaft,

Arrest (strenger, mittlerer, gelinder, Stubenarrest (Kammerarrest), letzterer ein einfacher oder geschärfter.

II. Nebenstrafen:

Entfernung aus dem Heere oder der Marine (Schutztruppe), Dienstentlassung, Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes, Degradation vom Unteroffizier zum Gemeinen, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, Amtsverlust.

Geldstrafe und Haft sind für militärische Delikte nicht angedroht, wohl aber ist wegen bürgerlicher Delikte auch gegen Militärpersonen auf diese Strafen zu erkennen. Der Arrest ist eine ausschließlich militärische Strafart, welche gegen Zivilisten wegen Anstiftung, Beihilfe, Begünstigung zu militärischen nur mit Arrest bedrohten Delikten, abgesehen von den Fällen MilStGB. §§ 155 bis 161, 166, nicht erkannt und vollstreckt werden darf, sondern bis zu sechs Wochen durch Haft, bei höheren Strafen durch Gefängnis oder Festungshaft zu ersetzen ist: Herz-Ernst MilStGB. § 16 Nr. 6, Völkhausen § 48 Nr. 32 b, Oppenhoff-Delius § 48 Nr. 4; RG. 1./4., 4./4. 87 C. 15 396, 382, 5./12. 87 C. 16 433, 8./4. 95 C. 27 157, 20./6. 06 C. 39 158.

Auch gegen einen inzwischen aus allen militärischen Dienstverhältnissen entlassenen Angeklagten kann wegen militärischer Delikte nur auf die Strafarten des MilStGB. erkannt werden, also nicht auf Geldstrafe und nicht auf Haft, sondern auf Arrest.

5. In den Schutzgebieten kommen als zulässige Strafen für die Eingeborenen in Betracht:

a) in den afrikanischen Schutzgebieten: Todesstrafe, Kettenhaft, Gefängnis mit Zwangsarbeit, Geldstrafe, körperliche Züchtigung;

b) in den Südseegebieten: Todesstrafe, Gefängnis mit Zwangsarbeit, Zwangsarbeit, Geldstrafe;

c) im Kiautschougebiet: Todesstrafe, Freiheitsstrafe mit und ohne Zwangsarbeit, Geldstrafe, körperliche Züchtigung, als Nebenstrafe Ausweisung.

Die körperliche Züchtigung ist gegen Frauen überall ausgeschlossen.

6. Wegen der Landesgesetzgebung vgl. GG. § 6 Abs. 2 (Forst- und Gemeindearbeit).

§ 13.

Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken.

1. Die Todesstrafe ist angedroht §§ 80, 211 und GG. § 4. Außerdem im Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. Juni 1884 § 5, Gef. betr. die Bestrafung des Menschenraubes und des Sklavenhandels, v. 28. Juli 1895 § 1 und MilStGB. §§ 58, 60, 63, 71—73, 84, 95, 97, 107, 108, 133, 141, 159. In allen Fällen kann neben der Todesstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Gegen Jugendliche ist nach § 57 Nr. 1 die Todesstrafe unzulässig. Bei der Bestrafung militärischer Delikte, deren Begehung übrigens erst nach vollendetem siebenzehnten Lebensjahre möglich ist, ist nach MilStGB. § 50 die Erkennung der angedrohten Strafe von dem Alter des Schuldigen unabhängig; das gleiche gilt bezüglich derjenigen Zivilpersonen, welche gemäß MilStGB. §§ 145—161, 166 den Militärgesetzen im Kriegszustand unterworfen sind.

2. Durch welches Werkzeug die Enthauptung zu vollziehen ist — Fallbeil, Beil, Schwert — ist der landesrechtlichen Bestimmung überlassen. Mehrere hierher gehörige Bestimmungen sind enthalten StPD. §§ 485, 486.

Das MilStGB. hat als Vollstreckungsmodus Erschießen und Enthaupten. Ersteres bei der Vollstreckung im Felde, letzteres, und zwar durch Ersuchen derjenigen Staatsanwaltschaft, in deren Amtsbezirk sich der Verurteilte befindet, bei der Vollstreckung in Friedenszeiten, MilStGB. §§ 453, 454.

In den Schußgebieten ist nach Bd., betr. die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schußgebieten, v. 9. Nov. 1900 § 9 (RGBl. 1005) die Todesstrafe je nach der Bestimmung des Gouverneurs (Landeshauptmanns) im einzelnen Falle durch Enthaupten, Erschießen oder Erhängen zu vollstrecken.

3. Nach § 32 kann neben der Todesstrafe auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

§ 14.

Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe ist funfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Jahr.

Wo das Gesetz die Zuchthausstrafe nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

1. Lebenslängliche Zuchthausstrafe ist angedroht ausschließlich §§ 87, 90; wahlweise mit lebenslänglicher Festungshaft §§ 81, 88, 94; wahlweise mit Zuchthausstrafe von 10—15 Jahren §§ 178, 214, 215, 220, 229, 251, 307, 312, 315, 322—324, Gesf. betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, v. 14. Mai 1879 § 13, Gesf. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen, v. 9. Juni 1884 § 5.

2. In allen anderen Fällen, auch wo ihr Betrag nicht genannt wird, z. B. §§ 249, 281, 306, ist die Zuchthausstrafe eine zeitige. Die Zeit liegt zwischen Einem und funfzehn Jahren inkl. und darf gemäß § 19 Abs. 2 nur nach vollen Monaten erkannt werden. Diese zeitliche Begrenzung ist auch für die älteren Landesgesetze — für die zukünftigen siehe GG. § 5 — maßgebend. Wenn also die älteren Landesgesetze mehr als funfzehn Jahre androhen, so wird der Betrag auf funfzehn reduziert. Ist ihr Betrag weniger als Ein Jahr, ohne daß die Landesgesetzgebung von GG. § 8 Gebrauch gemacht hat, so ist die Strafe nach dem in § 21 angegebenen Verhältnis in Gefängnis umzuwandeln. Vgl. Dshausen N. 2.

3. Abs. 2 bezieht sich jedoch nur auf den Fall, daß es sich um ein einzelnes Delikt handelt. Handelt es sich um mehrere Delikte, so kann unter Einem Jahre nicht erkannt werden. Bei der Realkonkurrenz § 74 ist auch der Höchstbetrag funfzehn Jahre. Dagegen kann nach § 28 Abs. 3 bei der Umwandlung einer neben der Freiheitsstrafe, also kumulativ erkannten Geldstrafe, und ebenso kann bei einer Verurteilung wegen mehrerer Delikte, wenn weder § 74 noch § 79 ausschließlich Platz greifen, also wenn auf eine Gesamtstrafe überhaupt nicht oder nur wegen eines Teils der mehreren Delikte zu erkennen ist, der Gesamtbetrag sämtlicher Strafen über funfzehn Jahre hinausgehen. Anderenfalls würde dem Verbrecher, der bereits zu funfzehn Jahren Zuchthaus verurteilt ist, Straflosigkeit für die alsdann noch abzuurteilenden Delikte gewährt werden: Meyer-Malfeld 289 N. 21, Dshausen N. 3; RG. 5./4. 81 E. 4 53. N. M. Geyer I 151.

4. Wenn es sich nicht darum handelt, welche Strafe zu erkennen, sondern darum, ein wie großes Strafquantum noch zu vollstrecken ist — vgl. §§ 7, 60, auch StPD. § 482 —, so kann die noch zu vollstreckende Strafe unter Ein Jahr herabgehen: oben § 7 N. 8 und Dshausen N. 4.

5. Wegen Jugendliche ist nach § 57 Nr. 1, 3 die Zuchthausstrafe unzulässig. Anders nach dem MilStGB., vgl. oben § 13 N. 1.

6. Wegen der an die Verurteilung sich von Rechts wegen knüpfenden Ehrenfolgen vgl. § 31. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte kann nach § 32 erkannt werden.

§ 15.

Die zur Zuchthausstrafe Verurteilten sind in der Strafanstalt zu den eingeübten Arbeiten anzuhalten.

Sie können auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt, insbesondere zu öffentlichen oder von einer Staatsbehörde beaufsichtigten Arbeiten verwendet werden. Diese Art der Beschäftigung ist nur dann zulässig, wenn die Gefangenen dabei von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden.

1. Hiernach ist die Zuchthausstrafe diejenige Freiheitsstrafe, mit welcher
- a) Arbeitszwang ohne notwendige Berücksichtigung der Persönlichkeit und der Verhältnisse des Sträflings verbunden ist, und zwar
 - b) Zwang auch zur Außenarbeit, ohne daß die Zustimmung des Sträflings erforderlich ist, jedoch mit Rücksicht auf den entehrenden Charakter der Zuchthausstrafe nur unter Trennung des Sträflings von anderen freien Arbeitern.

Eine Freiheitsstrafe ohne diesen Arbeitszwang ist keine Zuchthausstrafe. Jede Abweichung verändert den Charakter der Strafart und ist daher der Landesgesetzgebung nicht gestattet.

2. Andere Bestimmungen über die Zuchthausstrafe enthält die Reichsgesetzgebung bisher nicht.

Der Reichstag hat am 4. März 1870 den Bundeskanzler aufgefordert, eine Vorlage des Bundesrats herbeizuführen, durch welche die Vollstreckung der Freiheitsstrafen geregelt und die Einsetzung einer Bundesbehörde angeordnet wird, welcher die oberste Aufsicht über die sämtlichen Angelegenheiten der Strafanstalten und der Besserungsanstalten obliegen soll. Die Erfüllung dieses mehrfach wiederholten Wunsches ist ebenso wiederholt versprochen, aber zur Einlösung dieses Versprechens, geschweige zur Durchführung eines bestimmten einheitlichen Vollzugssystems bisher so gut wie gar nichts geschehen.

Die Bundesstaaten haben sich lediglich über mehrere „Grundsätze“ geeinigt, „welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen“. Diese Grundsätze sind mit Datum vom 28. Okt. 1897 im Zentralblatt für das Deutsche Reich 1897 Nr. 44 S. 308 publiziert worden. Sie entbehren jeglicher gesetzlichen Bindung und sind zudem so dürftig, daß tatsächlich das Ermessen der territorialen Anstaltsverwaltung entscheidet; insbesondere fehlt jeder Rechtsschutz nicht bloß gegen die Art und Weise der Vollstreckung, sondern sogar gegen Disziplinarstrafen, indem nur Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde statthaft ist. Durch St.P.D. § 490 ist ein richterlicher Schutz nur gegeben, wenn über die Auslegung des Strafurteils oder über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen oder wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden, z. B. der zur Strafverbüßung Herangezogene seine Identität mit dem Verurteilten bestreitet; vgl. Löwe-Hellweg zu § 490. Die hierin liegende Härte macht sich insbesondere denjenigen zu Gefängnisstrafe Verurteilten fühlbar, welche den gebildeten Ständen angehören. Schon das braunschweigische Strafgesetzbuch v. 10. Juli 1840 bestimmte, daß Gefängnissträflinge wider ihren Willen nicht zu solchen Arbeiten gebraucht werden dürfen, in deren Verrichtung nach ihren bürgerlichen Verhältnissen eine Erschwerung der Strafe liegen würde, und daß sie, wenn sie die Kosten der Strafvollziehung selbst bestreiten, sich die mit der Gefängnisordnung verträglichen Arbeiten selbst wählen dürfen, deren Ertrag alsdann ihnen verbleibt. In Preußen ist, so unglaublich es klingen mag, die Verwaltung aller Zuchthäuser und vieler Gefängnisse dem Justizminister entzogen und dem Minister des Innern, also dem Chef der Polizeibehörde übertragen.

§ 16.

Der Höchstbetrag der Gefängnisstrafe ist fünf Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Die zur Gefängnisstrafe Verurteilten können in einer Gefangenenanstalt auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise beschäftigt werden; auf ihr Verlangen sind sie in dieser Weise zu beschäftigen.

Eine Beschäftigung außerhalb der Anstalt (§ 15) ist nur mit ihrer Zustimmung zulässig.

1. Die Gefängnisstrafe, die Normalstrafe für die Vergehen, ist stets eine zeitige. Ihr Mindestbetrag ist Ein Tag, und zwar nach § 19 Abs. 2 ein voller Tag. Der regelmäßige Höchstbetrag von fünf Jahren steigt bei Jugendlichen auf funfzehn, bei der Realkonturrenz auf zehn Jahre, §§ 57 Nr. 1, 3, 74. Ebenso kann der Betrag dadurch steigen, daß nach § 28 Abs. 1 eine neben der Freiheitsstrafe, also kumulativ erkannte Geldstrafe wegen ihrer Uneinbringlichkeit umzuwandeln, und dadurch, daß bei einer Verurteilung wegen mehrerer Delitte weder § 74 noch § 79 ausschließlich Platz greifen, also auf eine Gesamtstrafe überhaupt nicht oder nur wegen eines Teils der mehreren Delitte zu erkennen ist, vgl. § 14 Nr. 3.

Für die Landesgesetzgebung ist der Mindestbetrag Ein Tag, der Höchstbetrag für die älteren Landesgesetze fünf, für die zukünftigen nach GG. § 5 zwei Jahre. Wenn die älteren Landesgesetze mehr als fünf Jahre androhen, ist der Betrag auf fünf Jahre zu reduzieren; wenn auf weniger

als Einen Tag, ohne daß von GG. § 8 Gebrauch gemacht ist, kann die Strafe überhaupt nicht erkannt werden; vgl. § 14 N. 2 und Dtschausen N. 2, 3.

Für die militärischen Straftaten ist der Höchstbetrag fünfzehn Jahre, der Mindestbetrag 43 Tage, MilStGB. §§ 16, 17; RG. 12./10. 97 C. 30 277.

2. Der Arbeitszwang ist fakultativ. Die Landesgesetzgebung hat also freie Hand und ist nur insoweit gebunden, als

a) die Beschäftigung den Fähigkeiten und Verhältnissen des zur Arbeit Gezwungenen angemessen sein muß,

b) der Gefangene in Ermangelung des Zwanges solche Beschäftigung verlangen kann, c) seine Beschäftigung außerhalb der Anstalt nur mit seiner Zustimmung zulässig ist.

Werden diese Beschränkungen nicht eingehalten, so hat der Gefangene nur die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde.

Nach MilStGB. § 15 werden Personen des Soldatenstandes zu militärischen Zwecken beschäftigt und können Unteroffiziere und Gemeine auch ohne ihre Zustimmung außerhalb der Anstalt beschäftigt werden.

3. Der Ausdruck „Gefangenanstalt“ ist kein technischer. In welchen Räumen die Gefängnisstrafe vollstreckt werden soll und wie sie diese Räume bezeichnet, ist Sache der Landesgesetzgebung. Allerdings entspricht es mehr einer korrekten Durchführung der Vollstreckung, wenn die Räume für die verschiedenen Strafarten auch äußerlich getrennt sind. Selbst wenn man die Vereinigung von Gefängnis und Haft in den amtsgerichtlichen Gefängnissen mit einer zwingenden Gewalt der tatsächlichen Verhältnisse nicht rechtfertigen, aber entschuldigen will, so kann es doch nicht gebilligt werden, wenn Zuchthaus- und Gefängnisstrafe oder gar wie in Württemberg (Sohenasparg) Zuchthausstrafe und Festungshaft in demselben Gebäude vollstreckt werden. Eine Gefangenanstalt ist auch der akademische Karzer: Frank N. III, Meyer-Alfeld 290, Dtschausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4. Vgl. preuß. Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der Studierenden, v. 29. Mai 1879 § 6 (Ges.-Samml. 389). Dazu bemerkt v. Liszt 261 N. 6: „Dem Reichsrechte gegenüber, welches keine besonderen Strafvollzugsanstalten für einzelne Stände kennt, ist die Rechtskraft dieses Gesetzes äußerst zweifelhaft.“ Das MilStGB. §§ 20, 23 kennt eine besondere Strafvollzugsanstalt für einen einzelnen Stand, nämlich beim Stubenarrest (bei der Marine Kammerarrest) gegen Offiziere.

4. Neben der Gefängnisstrafe kann nach §§ 32, 35 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bzw. Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter erkannt werden.

§ 17.

Die Festungshaft ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Festungshaft ist fünfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Wo das Gesetz die Festungshaft nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

Die Strafe der Festungshaft besteht in Freiheitsentziehung mit Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise der Gefangenen; sie wird in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen.

1. Die Festungshaft ist angedroht als lebenslängliche, jedoch wahlweise mit lebenslänglichem Zuchthaus §§ 81, 88 Abs. 1, 94; als zeitige ausschließlich §§ 102, 201—203, 205, wahlweise mit zeitigem Zuchthaus §§ 83—86, 88 Abs. 3, 89, 96, 98, 100, 105, 106 und wahlweise mit Gefängnis §§ 49a, 95, 97, 99, 101, 103, 104, 107, 345. Eine ausgedehnte Anwendung findet sie im Militärstrafrecht.

2. Sie ist wie die Zuchthausstrafe überall, wo das Gesetz sie, ohne ihren Betrag zu nennen, androht, eine zeitige. Der Minimalbetrag ist Ein Tag, und zwar nach § 19 Abs. 2 ein voller Tag. Im übrigen finden die Ausführungen § 16 N. 1 entsprechende Anwendung. Im Militärstrafrecht ist auch der Mindestbetrag der Festungshaft 43 Tage.

3. Früher auch Staatsgefängnis, im preussischen Strafgesetzbuch Einschließung genannt, ist sie eine custodia honesta, auf welche, wenn sie wahlweise mit Zuchthaus angedroht ist, der Richter verständigerweise dann erkennen wird, wenn die strafbar befundene Handlung nicht aus einer ehrlösen Gesinnung entsprungen ist. Ihre Aufnahme in das Strafsystem des StGB. beruht nach den Motiven zum StGB. auf der Erwägung, daß es einem allseitig anerkannten

Bedürfnis entspricht, für gewisse Delikte eine Strafart anwenden zu können, welche ihrer ganzen Natur nach zwar als eine Strafe und somit als eine Sühne der begangenen Rechtsverletzung sich darstellt, aber in bezug auf die durch die Strafe gebotenen Beschränkungen in der persönlichen Freiheit des Verurteilten auf das geringste Maß zurückgeht und in der öffentlichen Meinung nicht mit den Folgen für den guten Ruf des Verurteilten verbunden ist wie die übrigen Freiheitsstrafen. Diesen Charakter einer custodia honesta sucht das Gesetz dadurch erkennbar zu machen, daß es den Gefangenen außer der durch die Natur der Sache bedingten Entziehung der Freiheit selbst keine andere Beschränkung als die einer Beaufsichtigung in ihrer Beschäftigung und Lebensweise auferlegt. Wie weit die Beaufsichtigung zu gehen hat, ist Sache des Strafvollzuges; in Arbeitszwang oder absolute Hinderung eigener Beschäftigung darf sie auf keinen Fall ausarten. Gegen ein Übermaß der Beaufsichtigung hat der Gefangene nur die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde.

4. Die Festungshaft soll regelmäßig in Festungen vollzogen werden. Besitzt der vollstreckende Staat nicht selbst Festungen, auf Grund diesbezüglicher Vereinbarung in der Festung eines anderen Bundesstaates, z. B. für Schwarzburg-Sondershausen in Magdeburg. In diesem Fall jedoch und auch, wenn die Vollstreckung in einer Festung aus anderen Gründen für unangebracht erachtet werden muß, ist die Vollstreckung „in anderen dazu bestimmten Räumen“ zugelassen. Ob solche Gründe vorliegen, hat die territoriale Vollstreckungsbehörde zu bemessen, wogegen die Bestimmung der Räume derjenigen Behörde obliegt, welche nach der Landesgesetzgebung zu solcher Bestimmung befugt ist. Die Bestimmung der Räume für die Verbüßung der Festungshaft muß eine ausschließliche und meist eine allgemeine, nicht bloß für den einzelnen Fall getroffen sein. Raum ist nicht identisch mit Gebäude, vgl. oben § 16 Nr. 3. Die Festungshaft des MilStGB. wird in besonders dazu eingerichteten Räumen einer Festung vollstreckt, welche die Bezeichnung „Festungshaus-Gefangenenanstalt“ führen.

5. Neben der Festungshaft kann in den Fällen der §§ 81, 83, 84, 87—90, 94 auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, nach MilStGB. § 34 gegen Offiziere bei Festungshaft von mehr als Einem Jahre auf Dienstentlassung erkannt werden.

§ 18.

Der Höchstbetrag der Haft ist sechs Wochen, ihr Mindestbetrag Ein Tag.
Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung.

1. Die Haft, die leichteste Freiheitsstrafe, ist die Normalstrafe für die Übertretungen. Im StGB. ist sie außerdem angedroht für die Vergehen der §§ 140 Nr. 2, 185, 186 und bei der Umwandlung einer uneinbringlichen Geldstrafe in Freiheitsstrafe nach § 28.

2. Sie ist stets eine zeitige. Ihr Mindestbetrag ist Ein Tag, und zwar nach § 19 Abs. 2 ein voller Tag. Ihr Höchstbetrag ist sechs Wochen, bei der Konkurrenz nach § 77 drei Monate. Im übrigen finden die Ausführungen § 16 Nr. 1 entsprechende Anwendung. Wenn in älteren in Kraft bleibenden territorialen Strafgesetzen Gefängnis bis sechs Wochen angedroht ist, so ist dies nach StGB. § 6 Nr. 7 im Sinne von Haft zu nehmen. Hierfür spricht auch die Zuertennung von Haft statt Arrest im Fall der Nr. 4.

3. Die Haft ist einfache Freiheitsentziehung, wodurch jedoch eine Beaufsichtigung und eventuell eine Beschränkung der Beschäftigung und Lebensweise an der Hand der Hausordnung nicht ausgeschlossen ist. Gegen ein Übermaß hat der Gefangene nur die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde.

Bei der sog. geschärften Haft ist nach § 362 Abs. 1 Arbeitszwang zulässig.

Mit Zustimmung des Gefangenen ist eine Beschäftigung in den Anstaltsarbeiten und zwar auch als Außenarbeit statthaft, weil er sich, soweit es die Hausordnung zuläßt, seine Beschäftigung selbst wählen kann: Frank Nr. I, Oppenhoff-Delius Nr. 3. A. M. Hälshner I 600 Nr. 2, Meyer-Allfeld 295, Döshausen Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 2.

4. Dem MilStGB. ist die Strafe der Haft für militärische Straftaten unbekannt, wogegen das StGB. wiederum den Arrest nicht kennt. Der Zivilrichter hat auf Haft zu erkennen, wenn ein Zivilist wegen Teilnahme an einem militärischen Delikt zu bestrafen ist, dessen Strafe gegen eine Militärperson in Arrest besteht, oben Nr. 4.

§ 19.

Bei Freiheitsstrafen wird der Tag zu vierundzwanzig Stunden, die Woche zu sieben Tagen, der Monat und das Jahr nach der Kalenderzeit gerechnet.

Die Dauer einer Zuchthausstrafe darf nur nach vollen Monaten, die Dauer einer anderen Freiheitsstrafe nur nach vollen Tagen bemessen werden.

1. Die Zeitdauer der Strafe ist stets dieselbe beim Tage, nämlich vierundzwanzig Stunden, und bei der Woche, nämlich sieben Tage. Sie schwankt bei den Monaten zwischen 28 und 31, bei den Jahren zwischen 365 und 366 Tagen. Zu berechnen ist sie stets vom Beginnstage ab, so daß die Strafe bei den Monaten und Jahren an demselben Monatsstage abläuft, an welchem sie begonnen ist, und wenn dieser Tag im letzten Monat fehlt, an dem letzten Monatsstage. Ist die Verbüßung einer einmonatigen Strafe am 28. Januar begonnen, so endigt sie mit dem 28. oder 29. Februar, und wenn am 31. Januar, endigt sie ebenfalls mit dem 28. oder 29. Februar. Der Beginnstag steht immer fest. Wenn die Vollstreckung einer dreijährigen Freiheitsstrafe am 15. Januar 1910 beginnt, also mit dem 15. Januar 1913 endigt und inzwischen eine sechstägige Unterbrechung erleidet, so werden diese sechs Tage dem 15. Januar 1913 zugezählt, so daß die drei Jahre mit dem 21. Januar 1913 abgelaufen sind. Entsprechend ist zu verfahren, wenn, nachdem bereits ein Teil der zuerst erkannten Strafe verbüßt ist, die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe nach § 79 erfolgt. Ist der Schuldige zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt, hat er die Strafe am 15. Januar 1910 angetreten und wird er, nachdem er bereits drei Jahre verbüßt hat, zu einer Gesamtstrafe von fünf Jahren Zuchthaus verurteilt, so sind nach dem Maßstabe des § 21 — 4 Zuchthaus = 6 Gefängnis = 9 Festung — von der fünfjährigen Zuchthausstrafe zwei Jahre verbüßt, und die Gesamtstrafe endigt mit dem 15. Januar 1916.

Ist hiernach der Tag die letzte Rechnungseinheit, so ist an seiner vollen Dauer mit vierundzwanzig Stunden stets festzuhalten. Umgekehrt ist aber nicht über die vierundzwanzig Stunden hinauszugehen, die Strafe endigt mit derselben Stunde, mit welcher sie begonnen ist, es findet die sog. *computatio naturalis a momento ad momentum* statt. Wenn nach der Hausordnung die Anstalt während eines bestimmten Teiles des Tages, etwa von sieben Uhr abends bis sieben Uhr morgens, geschlossen ist und die Verbüßung während dieser Zeit endigt, so ist der Gefangene von demselben Augenblick an kein Gefangener mehr, untersteht somit nicht mehr der Disziplinargewalt. Will er als freier Mann sich der Hausordnung nicht fügen, so bleibt nichts anderes übrig, als ihn sofort, und wenn es auch mitten in der Nacht ist, zu entlassen.

Die Frage, wann die Vollstreckung beginnt, ist in der StP.O. beantwortet. Nach § 481 ist das Strafurteil vollstreckbar, sowie es rechtskräftig geworden ist. Befindet sich der Verurteilte auf freiem Fuß, so beginnt die Vollstreckung mit dem Zeitpunkt, zu welchem er in die zur Verbüßung der Strafe bestimmte Anstalt aufgenommen ist. Befindet er sich in Untersuchungshaft, so ist nach § 482 „auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe unverfürt diejenige Untersuchungshaft anzurechnen, welche er erlitten hat, seit er auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat, oder seitdem die Einlegungsfrist abgelaufen ist, ohne daß er eine Erklärung abgegeben hat“. Erklärungen von einer anderen Seite haben diese Wirkung nicht, auch dann nicht, wenn z. B. das Rechtsmittel nach StP.O. § 338 Abs. 2 zu Gunsten des Verurteilten eingelegt ist.

2. Die Vorschrift des Abs. 2, welcher die Landesgesetzgebung auf dem ihr nach GG. § 2 Abs. 2 überlassenen Gebiete nicht unterworfen ist, bezieht sich, wie schon mehrere Male erwähnt worden, nicht auf das Anrechnen einer erkannten Strafe, sondern auf das Erkennen der Strafe.

a) Die Zuchthausstrafe darf nur nach vollen Monaten bemessen werden. Da es sich in ihnen um ein Anrechnen handelt, scheiden die Fälle der §§ 7, 60 aus; vgl. § 7 Nr. 8, § 14 Nr. 4. Ebenso wie in diesen beiden Fällen handelt es sich nicht um ein Erkennen, sondern um ein Anrechnen im Falle StP.O. § 482, so daß auch hier das Erfordernis der vollen Monate entfällt. Dagegen wird die Bestimmung in Wirklichkeit durchbrochen durch die Vorschriften des § 28 Abs. 3 über die Umwandlung einer Geldstrafe in Zuchthausstrafe und §§ 74, 79 über die Bildung einer Gesamtstrafe durch Erhöhung der als Einsatzstrafe dienenden Zuchthausstrafe. Anderenfalls müßte der Richter die überschießenden Tage entweder streichen oder auf einen vollen Monat erhöhen. Zu solcher Korrektur seines Urteils gelegentlich der Zurückführung einer anderen Strafe auf Zuchthausstrafe kann er mangels jeder gesetzlichen Grundlage nicht für befugt erachtet werden. Übereinstimmend Frank Nr. III, Meyer-Willeld 291 und 362 Nr. 25, Elshausen Nr. 6a, Rüdorff-Stenglein Nr. 3 und § 21 Nr. 2, v. Schwarze § 21 Nr.; RG. 13./4. 81 O. 4 161; a. M. Finger I 535, Schütze 71, v. Schwarze § 2.

b) Die Bestimmung, daß die Dauer der Freiheitsstrafe nur nach vollen Tagen zu bemessen ist, wird von dem Gesetz nur für die „anderen Freiheitsstrafen“ gegeben, muß aber auch in denjenigen Fällen zur Anwendung kommen, in welchen ausnahmsweise die Zuchthausstrafe mit einzelnen Tagen abschließt. Wie Elshausen richtig bemerkt, ist der volle Tag dergestalt die letzte Rechnungseinheit in dem Strafsystem des StGB., daß eine geringere Dauer der Freiheitsstrafe nicht mehr als Kriminalstrafe erscheint. Überall also, wo — beim Verjuch, der Beihilfe, der Real-

Konkurrenz — der Bruchteil eines Tages überschießt, ist auf ihn nicht zu erkennen. Wenn die Landesgesetzgebung die Strafe unter Einen Tag setzt, so ist dies unzulässig, der Richter daher nicht in der Lage, auf Strafe zu erkennen: „Dies Verfahren entspricht der Natur der Sache, und die dagegen „erhobenen Einwendungen gründen sich auf eine nur äußerliche Konsequenz“ (Worte Berners). Übereinstimmend Berner 289, Birkmeyer Enzyklopädie 1048, v. Liszt 281 N. 1, Meyer-Milfeld 291, Oshausen N. 6b, 7, Rüdorff-Stenglein N. 4—6 und § 21 N. 2, v. Schwarze § 21 N., v. Wächter 100; RG. 13./2. 82 E. 5 442, 9./6. 87 E. 16 159, 4./6. 97 E. 30 141. Dagegen wollen Frank § 74 N. III 2 bei der Realkonkurrenz und RG. 13./2. 82 E. 5 442 bei dem Versuch und der Beihilfe den Bruchteil eines Tages nicht außer Anschlag lassen, sondern auf einen vollen Tag erhöhen, was ebenso unzulässig ist wie bei der Zuchthausstrafe die Erhöhung der überschießenden Tage auf einen vollen Monat.

Wenn es sich nicht um die Bemessung, sondern um die Anrechnung handelt, so entfällt Abs. 2 auch bezüglich der Tage und kann auf die im Ausland vollzogene (§ 7), auf die erkannte (§ 60) Strafe auch der Bruchteil eines Tages angerechnet werden. Ob es angemessen ist — § 60 spricht fakultativ —, eine Zeitdauer nach Stunden und Minuten zu bestimmen, ist eine Frage für sich. RG. 18./5. 08 E. 41 318.

3. Darf nach der Regel des Abs. 1 bei der Zuchthausstrafe nicht auf den Bruchteil eines Monats, bei den anderen Freiheitsstrafen nicht auf den eines Tages erkannt werden, so ist auch jede Verurteilung unzulässig, welche indirekt auf Bruchteile eines Monats, eines Tages führt, z. B. ein und vier fünfstel Jahr Zuchthaus, ein halber Monat Gefängnis, wogegen die Bemessung nach solchen Teilen eines Jahres, die mit vollen Monaten bzw. Tagen abschließen, statthaft ist: Frank N. I, Oshausen N. 5; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 3. Das Reichsgericht hat geschwankt. Es hat 21./12. 83 E. 10 22, 15./4. 98 E. 31 106 und 18./3. 10 E. 43 320 an der Unzulässigkeit eines Monatsbruchteils festgehalten und die Bemessung nach Tagen verlangt, wobei, wenn es sich um die Berechnung von Strafen nach Bruchteilen handele, der Monat gleich dreißig Tagen zu rechnen sei.

§ 20.

Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.

1. Die Wahl ist gestattet in den §§ 81, 83—86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105, 106. Es heißt aber nicht wie in § 8 „dieses Strafgesetz“, sondern „das Gesetz“. Daher ist dieser Grundsatz für den Richter bindend auch außerhalb des StGB. überall da, wo die Wahl zwischen den beiden Strafen gestattet ist; für das Militärstrafrecht vgl. MilStGB. §§ 2, 62. Dies mit Oshausen N. 3 auf zukünftige Gesetze zu beschränken, ist kein Grund ersichtlich. Ebenjowenig ist zu unterscheiden zwischen Reichs- und Landesgesetzen.

2. Daß die Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen, ist als strafe erhöhender Umstand durch den Richter der Schuldfrage, im Schwurgericht also durch die Geschworenen festzustellen, welchen hierüber von Amts wegen eine Nebenfrage vorzulegen ist: Oppenhoff-Delius N. 1, Oshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1. Ist die ehrlose Gesinnung nicht festgestellt, so darf nur auf Festungshaft, nicht aber auf Zuchthaus erkannt werden. Ist sie festgestellt, so ist dadurch nur die Möglichkeit, nicht die Pflicht zur Aufserlegung von Zuchthaus gegeben. Erkennt der Richter auf Zuchthaus, so hat er es nach § 32 wiederum in seiner Hand, den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auszusprechen oder nicht. Frank N. I, Oshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Trotz jener Möglichkeit würde es mit dem Charakter der Festungshaft als einer custodia honesta schwer vereinbar sein, wenn der Richter auch bei festgestellter ehrloser Gesinnung auf Festungshaft erkennen wollte, vgl. § 17 N. 3. Binding Grundr. 244 will in berichtigender Auslegung das „darf nur“ in „muß“ verwandeln; das geht entschieden zu weit.

3. Ist dem Richter die Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis gelassen, so ist die Wahl der Zuchthausstrafe nicht durch die Feststellung der ehrlosen Gesinnung bedingt, die ehrlose Gesinnung ist lediglich Strafzumessungsgrund. Aber mit Frank N. II wird der Richter zwar nicht jedesmal, wenn jene Gesinnung erweislich vorliegt, aber ohne ihr Vorliegen nur ausnahmsweise auf Zuchthaus erkennen.

§ 21.

Achtmonatliche Zuchthausstrafe ist einer einjährigen Gefängnisstrafe, achtmonatliche Gefängnisstrafe einer einjährigen Festungshaft gleich zu achten.

1. Die Freiheitsstrafen des StGB. sind nach absteigender Schwere Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft. Die Umwandlung nach dem in § 21 bestimmten Geltungsverhältnis findet statt in den Fällen der §§ 28, 44, 49, 74, 79, 157, 158, wozu noch StVD. §§ 398 Abs. 2 und § 399 Nr. 5 treten. Eine Umwandlung von Haft in eine andere Freiheitsstrafe findet nicht statt. Ebenjowenig kennt das StGB. trotz seines allgemeinen Maßstabes eine Umwandlung von Festungshaft in Gefängnis. Auf Festungshaft ist somit neben Gefängnis und auf Haft stets „gefondert“ zu erkennen, §§ 75, 77. Kommt es, abgesehen von der Umwandlung, auf die größere oder geringere Schwere an, so gilt die obige Skala, so in §§ 111 Abs. 2, 257 Abs. 1 und besonders bei der Ideal Konkurrenz § 73. Wird im Wiederaufnahmeverfahren bei zum Teil bereits verbüßter Strafe auf Haft erkannt, so gilt in Ermangelung des Wertmessers die verbüßte Gefängnisstrafe und Festungshaft der Haft an Schwere gleich; war die teilweise schon verbüßte Strafe Zuchthaus, so ist die Haft gleich der Festungshaft zu bewerten, so daß vier Tagen Zuchthaus gleich neun Tagen Haft sind. Im letzteren Fall will Oshausen N. 1 die Haft der Gefängnisstrafe gleichsetzen, was mit dem von ihm angerufenen Grundsatz in dubio pro reo nicht vereinbar ist.

2. Der Maßstab $4 = 6 = 9$ kommt auch dann zur Anwendung, wenn es sich um die Umwandlung einzelner Tage handelt. Ein sich hierbei ergebender Tagesbruch ist nach § 19 N. 2b außer Ansaß zu lassen.

3. Der § 21 gibt lediglich das Geltungsverhältnis der einzelnen Freiheitsstrafen an. Die Vorschriften, wonach der Mindestbetrag bei Zuchthaus Ein Jahr (§ 14), bei anderen Freiheitsstrafen Einen Tag (§§ 16—18) betragen soll, werden hiervon nicht berührt. Ebenjowenig erteilt § 21 eine Vorschrift, wann die Umwandlung einzutreten hat. Insbesondere kennt das StGB. die Regel nicht, daß, wann nach der Zuerkennung einer Zuchthausstrafe der Täter von neuem delinquent, die hierfür verurteilte Gefängnisstrafe oder Festungshaft in Zuchthaus umzuwandeln ist. Der § 79 bezieht sich nur auf den Fall, daß die jetzt abzuurteilende strafbare Handlung vor der früheren Verurteilung begangen ist.

4. Die Unterjuchungshaft gilt im Fall der Murechnung als ein bereits verbüßter Teil der erkannten Strafe. Somit findet § 21 im Fall des § 60 keine Anwendung; Oshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 3./1. 87 G. 15 143.

5. Im Militärstrafrecht tritt nach MilStGB. § 17 Abs. 2 an die Stelle der Zuchthausstrafe von kürzerer als einjähriger Dauer Gefängnis von gleicher Dauer.

§ 22.

Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe können sowohl für die ganze Dauer, wie für einen Teil der erkannten Strafzeit in der Weise in Einzelhaft vollzogen werden, daß der Gefangene unaußgeseßt von anderen Gefangenen gesondert gehalten wird.

Die Einzelhaft darf ohne Zustimmung des Gefangenen die Dauer von drei Jahren nicht übersteigen.

1. Die Bestimmung des Abs. 1 ist nicht in dem Sinn zu verstehen, daß der Richter wie bei der Polizei-Aufsicht (§ 38) die Zulässigkeit auszusprechen oder gar direkt auf Vollziehung der Strafe in Einzelhaft zu erkennen hat. Es handelt sich hier nicht um eine generisch härtere Strafe, sondern nur um eine Weise der Strafvollstreckung, deren Anwendung auf Grund territorialer Gesetze und Verwaltungsvorschriften in den Händen der Anstaltsverwaltung liegt: Binding Handb. I 273, 297 und Grundr. 248, Oshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 1. Dem Richter steht eine Einwirkung reichsrechtlich in feiner Weise zu.

2. Die Einzelhaft ist nur bei der Zuchthaus- und Gefängnisstrafe zugelassen, mithin unzulässig bei der Festungshaft und Haft: Binding Handb. I 297 und Grundr. 248, Frank N., v. Liszt 261 N. 5, Meyer-Alsfeld 294, Appenhorff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 3. Wenn nach Meyer-Alsfeld 294 N. 65 „nicht ausgegeschlossen ist, daß auch Festungshaft und Haft regelmäßig „nur nicht grundjählich und unaußgeseßt, in Einzelhaft vollzogen werden können“, so beruht diese Ansicht auf einer Verwechslung von Einzelhaft und Einzelzelle. Ist die Einzelhaft prinzipiell unzulässig, so kann sie auch nicht, wie Binding Grundr. 248 meint, bei der Festungshaft mit Zustimmung des Sträflings eintreten.

3. Die Einzelhaft besteht darin, daß der Gefangene während eines Teils der Strafzeit, nicht aber während der ganzen, unaußgeseßt von anderen Gefangenen gesondert gehalten wird. Nicht von anderen Personen überhaupt, sondern von den anderen Gefangenen, von diesen aber unaußgeseßt, also nicht bloß in der Zelle, sondern auch in Schule, Kirche, Spazierhof. Läßt sich diese strenge Isolierung nicht durchführen, z. B. im Lazarett, so muß die Einzelhaft unterbrochen

werden. So auch v. Liszt 260 und Dshausen N. 2; a. M. auf Grund der schon gerügten Verwechslung Binding Handb. I 297, Meyer-Alfeld 294 N. 65, Oppenhoff-Delius N. 1.

4. Zur Erstreckung der Einzelhaft über drei Jahre hinaus ist die Zustimmung des Gefangenen erforderlich. Daß diese drei Jahre in einem ununterbrochenen Zusammenhange verlaufen, ist nicht geboten. Die Vorschrift des Abs. 2 kann aber mit Dshausen N. 3 nicht auf den Fall, daß mehrere Freiheitsstrafen auf Grund verschiedener selbständiger Urteile in ununterbrochenem Zusammenhange verbüßt werden, sondern nur auf Freiheitsstrafen bezogen werden, welche durch Ein Urteil oder nach Maßgabe des § 79 bzw. StPD. § 492 erkannt sind.

5. Einen Anspruch auf die Verbüßung in Einzelhaft hat der Sträfling nicht, vielmehr entscheidet das Ermessen der Anstaltsverwaltung auf Grund der bestehenden territorialen Vorschriften.

§ 23.

Die zu einer längeren Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Verurteilten können, wenn sie drei Viertel, mindestens aber Ein Jahr der ihnen auferlegten Strafe verbüßt, sich auch während dieser Zeit gut geführt haben, mit ihrer Zustimmung vorläufig entlassen werden.

1. Die vorläufige Entlassung, auch Beurlaubungs-system genannt, ist dem sog. irischen Strafvollzuge entlehnt und stellt sich als ein Durchgangsstadium dar, um den Übergang aus dem Zustande voller Unfreiheit zu dem der vollen Freiheit durch einen Zwischenzustand beschränkter Freiheit zu vermitteln. Sie ist kein Gnadenakt, sondern an die Zustimmung des zu Entlassenden gebunden, der kein Recht auf die Entlassung, andererseits aber auch kein Recht auf Wiederaufnahme nach einmal geschehener Entlassung hat. Sie ist ebenso wie die Einzelhaft ein Akt der Strafvollstreckung. Dem Richter steht eine Einwirkung nur auf Grund des in StPD. § 490 gegebenen Beschwerderechts zu, also bei der Anrechnung der Zeit §§ 24 Abs. 2, 26, auch bezüglich des Tages der Festnahme durch Verfügung der zuständigen Behörde nach § 25.

2. Die vorläufige Entlassung ist nur bei zeitiger Zuchthaus- und Gefängnisstrafe zulässig, bei der Festungshaft — die Haft scheidet schon wegen ihrer zu geringen Dauer aus — auch nicht mit Zustimmung des Sträflings.

3. An sich in das pflichtmäßige Ermessen der Justizverwaltung gestellt, ist sie an folgende Bedingungen geknüpft:

a) Die Strafe muß eine längere sein, und zwar muß sie mehr als Ein Jahr betragen. Die von Berner 218 adoptierte Ansicht, daß sie mindestens sechzehn Monate betragen müsse, ist haltlos, obgleich nur diejenige Strafe, welche mindestens sechzehn Monate beträgt, um ein Viertel, dagegen diejenige, welche weniger, nur auf Ein Jahr verkürzt werden darf: Binding Grundr. 246, Frank §§ 23—26 N. II 2, Hälschner I 598, Meyer-Alfeld 298 N. 98, Dshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 3. Die Ansicht Bindings Grundr. 247, daß bei Zuchthaus mindestens dreizehn Monate verbüßt sein müßten, ist eine durchaus unzulässige Heranziehung des § 19 Abs. 2.

b) Während die §§ 7, 60 von der „zu erkennenden Strafe“, von der „erkannten Strafe“ sprechen, spricht § 23 von der „auferlegten Strafe“. Daraus wird allgemein gefolgert, daß bei der Berechnung des Jahres, der drei Viertel, nicht die bereits erlittene und angerechnete, sondern nur diejenige Zeit in Betracht komme, welche der Verurteilte noch zu verbüßen hat, denn nach Rüdorff-Stenglein Ausdruck „soll zweifellos die längere Verbüßung der Strafe bei guter Führung „eine Garantie für Wirkung der Strafe bilden“: Binding Grundr. 246, Finger I 473, Frank N. II 2, Dshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1, anscheinend auch Hälschner I 598 N. 2; a. M. Geyer I 152. Trotz seiner isolierten Stellung hat Geyer recht. Der § 23 spricht nicht nur von der auferlegten, sondern auch von der verbüßten Strafe, und verbüßt ist die Strafe, soweit im Auslande vollzogene Strafe und die Untersuchungshaft angerechnet wird. Daher kann ein Gegenjaß von auferlegen und erkennen nur dann angenommen werden, wenn entweder sich eine feste, konsequent durchgeführte Terminologie des StGB nachweisen läßt, diese läßt sich aber nicht nachweisen. Der wenn der Gegenjaß durch den allgemeinen Sprachgebrauch gegeben ist, und das ist er in keiner Weise, die erkannte Strafe ist auferlegt und die auferlegte erkannt, ein sachlicher Unterschied ist sprachlich nicht gegeben, es ist gleichgültig, ob es in dem Urteil heißt: der Angeklagte wird verurteilt zu, wider den Angeklagten wird eine Strafe von . . . erkannt, dem Angeklagten wird eine Strafe von . . . auferlegt. Der Richter erzählt auch nicht lediglich in den Urteilsgründen, der Angeklagte verdiene zehn Jahre, ihm würden aber zwei Jahre Untersuchungshaft angerechnet, und verurteilt ihn dann in dem Urteilstenor zu acht Jahren, sondern verurteilt ihn in dem Tenor zu zehn Jahren mit dem Zujaß, daß auf diese

zehn Jahre zwei Jahre der erlittenen Untersuchungshaft angerechnet würden. Mit gleichem Fug wie aus dem „aufgelegt“ in § 23 könnte man sachlich relevante Folgerungen ziehen aus dem „belegt“ in § 2 Abs. 1, „aufgelegt“ in § 24 Abs. 1, „festgesetzt“ in § 24 Abs. 2. Daß die obigen Autoren in ihrem eigenen Sprachgebrauch den angeblichen Unterschied nicht machen, versteht sich fast von selbst. Oder was meint z. B. Olshausen § 38 N. 7 mit der „aufgelegten“ Nebenstrafe?

c) Der Verurteilte muß sich während der verbüßten Zeit „gut geführt“ haben.

d) Er muß mit der vorläufigen Entlassung einverstanden sein. Diese Bedingung erklärt sich aus den ihm bei der Entlassung auferlegten Verpflichtungen, deren Erfüllung ihm möglicherweise peinlicher ist als die Verbüßung des letzten Viertels seiner Strafzeit.

§ 24.

Die vorläufige Entlassung kann bei schlechter Führung des Entlassenen oder, wenn derselbe den ihm bei der Entlassung auferlegten Verpflichtungen zuwiderhandelt, jederzeit widerrufen werden.

Der Widerruf hat die Wirkung, daß die seit der vorläufigen Entlassung bis zur Wiedereinlieferung verflossene Zeit auf die festgesetzte Strafdauer nicht angerechnet wird.

1. Der Widerruf ist generell zulässig, wenn der Entlassene sich während der Berufungsfrist „schlecht führt“. Er ist außerdem zulässig, wenn der Entlassene den ihm auferlegten Verpflichtungen zuwiderhandelt. Ob und welche Verpflichtungen sie ihm auferlegen will, hat die Justizverwaltung zu ermeßen. Der Verurteilte selbst hat keinen Einfluß darauf, als daß er, wenn ihm die Verpflichtungen nicht gefallen, die ihm zugedachte Vergünstigung der Entlassung ablehnen kann. Sie müssen ihm also bei, d. h. vor seiner tatsächlichen Freilassung bekannt gemacht sein. Nachträglich gesetzte Verpflichtungen sind nicht bindend. Ob der Widerruf begründet ist, hat lediglich die Justizverwaltung zu entscheiden. Da die Entscheidung von der obersten Justizaufsichtsbehörde ausgeht, hat der Verurteilte ein Beschwerderecht nur bei dem Landesherrn bzw. in den Hansestädten bei dem Senat.

2. Nach Abs. 2 beginnt die Verbüßung der Restzeit mit der Wiedereinlieferung sei es in dieselbe, sei es in eine gleichwertende Strafanstalt. Stellt der Verurteilte sich freiwillig, so beginnt sie mit seinem freiwilligen Eintritt. Wird er zwangsweise zurückgeführt, so beginnt sie mit dem zwangsweisen Eintritt, mit seiner „Wiedereinführung“, ebenso wie im Falle StPD. § 489. Die Einrechnung der Transporttage, vorgeschrieben z. B. in Preußen, entspricht nicht dem Gesetze. Vgl. Olshausen N. 2, Oppenhoff-Deilus N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, Wahlberg GH. II 485-Fingers I 474 Ansicht, daß der Tag der nachträglichen Festnahme entscheide, hat keinen gesetzlichen Anhalt und ist auch insonsequent, weil, wenn sie richtig wäre, der Tag der Festnahme überhaupt, also auch der einstweiligen des § 25, als Beginn der Verbüßung gelten müßte.

§ 25.

Der Beschluß über die vorläufige Entlassung, sowie über einen Widerruf ergeht von der obersten Justiz-Aufsichtsbehörde. Vor dem Beschluß über die Entlassung ist die Gefängnisverwaltung zu hören.

Die einstweilige Festnahme vorläufig Entlassener kann aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohls von der Polizeibehörde des Orts, an welchem der Entlassene sich aufhält, verfügt werden. Der Beschluß über den endgültigen Widerruf ist sofort nachzusehen.

Führt die einstweilige Festnahme zu einem Widerrufe, so gilt dieser als am Tage der Festnahme erfolgt.

1. Zuständig ist die oberste Justiz-Aufsichtsbehörde desjenigen Staates, dessen Gericht das Strafurteil erlassen hat, nicht desjenigen Staates, in welchem das Urteil auf Requisition vollzogen wird: Geher I 152, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; bei den Gerichten des Reichs, also dem Reichsgericht (in erster und letzter Instanz) und den Konsulargerichten der Reichsanzler,

bei den Gerichten der Schutzgebiete der Gouverneur (Landeshauptmann); endlich im Fall der nachträglichen Festsetzung einer Gesamtstrafe die oberste Justiz-Aufsichtsbehörde desjenigen Staats, dessen Gericht die Gesamtstrafe erkannt hat. Im Militärstrafrecht ist in Preußen der Kriegsminister zuständig, auch wenn die Strafvollstreckung nach MilStGB. § 15 auf die bürgerlichen Behörden übergegangen ist.

2. Mit „Gefängnisverwaltung“ ist der Vorstand derjenigen Anstalt gemeint, in welcher die Strafe verbüßt wird. Die Vorschrift, daß sie vor dem Beschlusse über die Entlassung zu hören sei, „ist trotz ihrer Fassung nur als instruktionelle zu betrachten, deren Verabsäumung die Gültigkeit der vorläufigen Entlassung nicht beeinträchtigt“: Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1.

3. Abs. 3 sieht die Möglichkeit vor, daß die festgesetzte Strafzeit zwischen der einstweiligen Festnahme und dem Widerruf abläuft, § 26. Tag ist in dem präziseren Sinne von Zeitpunkt zu verstehen.

§ 26.

Ist die festgesetzte Strafzeit abgelaufen, ohne daß ein Widerruf der vorläufigen Entlassung erfolgt ist, so gilt die Freiheitsstrafe als verbüßt.

1. Die Strafe gilt nicht als verbüßt, wenn vor Ablauf der festgesetzten Strafzeit entweder ein Widerruf oder eine einstweilige Festnahme stattfindet, vorausgesetzt, daß die letztere einen, wenn auch nach Ablauf der Strafzeit erfolgten, Widerruf zur Folge hat. Ein erst nach dem Ablauf der Zeit ergehender Widerruf ohne eine vor dem Ablauf stattgehabte einstweilige Festnahme ist wirkungslos, mag auch der Grund zu ihr in die Zeit vor dem Ablauf fallen. Entscheidend ist die Tatsache des Widerrufs, nicht seine Bekanntmachung an den Verurteilten: Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 1. Glaubt der Verurteilte, daß der Widerruf verspätet sei, so hat er ein Beschwerderecht nach StPD. § 420.

2. Die vorläufige Entlassung ist ein bedingter Erlaß des Strafrestes. Von der Begnadigung, welche auch an Bedingungen geknüpft werden kann, unterscheidet sie sich dadurch, daß wohl sie, nicht aber jene durch die Zustimmung des Verurteilten bedingt ist. Eine Vorbereitung der Begnadigung ist der sog. bedingte Strafaußschub, über welchen mit Ausnahme von Mecklenburg-Strelitz, beiden Neuf und Elsaß-Lothringen sämtliche Bundesstaaten sich vom 1. Januar 1903 an über die maßgebenden Grundzüge geeinigt haben.

§ 27.

Der Mindestbetrag der Geldstrafe ist bei Verbrechen und Vergehen drei Mark, bei Übertretungen Eine Mark.

1. Die Geldstrafe ist abgesehen von der außerordentlichen Strafe des Verweises die mildeste Hauptstrafe, wie an dieser Stelle auch Olshausen N. 1 anerkennt; vgl. oben Erster Abschnitt N. 3 I. Sie ist stets eine Hauptstrafe, was besonders für die Bestrafung des Versuchs und der Beihilfe von Wichtigkeit ist. Dies ist allgemein anerkannt für diejenigen Fälle, in welchen sie allein oder wahlweise neben einer Freiheitsstrafe angedroht ist. Ist sie kumulativ angedroht, so erklären Hälschner I 589, 600, 684 und v. Lilienthal 50 sie für eine Nebenstrafe. Aber die Annahme, daß eine Strafe, welche in dem Allgemeinen Teil des StGB. als Hauptstrafe aufgeführt und behandelt ist, in dem Besonderen Teil bald im Einklange mit dem System als Hauptstrafe, bald unter Abstreifung dieses Charakters als Nebenstrafe behandelt sein sollte, bedarf zu ihrer Begründung jedenfalls eines unzweideutigen gesetzlichen Ausdrucks. An einem solchen fehlt es, und daher muß angenommen werden, daß die Geldstrafe den Charakter, welcher ihr im allgemeinen beigelegt ist, auch in den besonderen Fällen behalten hat: Berner 228, v. Liszt 251 N. 2, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; RW. 14./5. 89 C. 19 234.

Aus ihrer Stellung im Strafenysteme folgt nicht, daß die Geldstrafe da, wo sie alternativ mit Freiheitsstrafe angedroht ist, in allen Fällen als die mildere in der Art zu betrachten sei, daß auf Freiheitsstrafe erst dann zu erkennen wäre, wenn das gesetzliche Maximum der Geldstrafe als unzulänglich erscheint: Hälschner I 601, Merkel S. S. II 554, Oppenhoff-Delius N. 5.

2. Einen allgemeinen Höchstbetrag hat das StGB. nicht festgesetzt. In seiner ursprünglichen Fassung kennt es ein Maximum von 6000 M., ist aber dann in § 302 d, o auf 15 000 M. gesteigert und läßt in § 145 a je nach der Größe des Dividendus eine noch höhere Summe zu. Die höchste bestimmte bezifferte Strafe findet sich z. B. mit 100 000 M. in dem Gef., betr. die Bestrafung des Sklavenraubes und Sklavenhandels, v. 28. Juli 1895 § 3. Hiernach ist auch die Landesgesetzgebung in der Festsetzung des Maximums nicht beschränkt.

3. Als Minimum bestimmt § 27 drei bzw. Eine Mark. Dieses Minimum ist auch bei der beim Versuch und der Beihilfe stattfindenden Reduktion auf ein Viertel des Minimums festzuhalten: Finger I 477 N. 618, 536 N. 691, Frank N. II, v. Liszt 262, Meyer-Malfeld 301 N. 6, Dshausen N. 5a a, Oppenhoff-Delius § 44 N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 28./6. 88 C. 18 125.

Für die Einzeldelikte des StGB. ist der Minimalbetrag bindend. Es fragt sich aber, ob er es auch für die Spezialgesetzgebung ist, so daß diese unter drei bzw. eine Mark nicht herabgehen darf.

Bei den Verbrechen und Vergehen ist die Frage zu verneinen, denn der Unterschied zwischen drei und ein ist nur ein qualitativer, ohne das Wesen der Strafe zu berühren, wie ja eben § 27 selbst zeigt. Daher ist es zulässig, daß sowohl die an sich ja souveränen Reichs- als auch auf dem ihr überlassenen Gebiete die Landesgesetzgebung unter drei Mark herabgeht: Dshausen N. 5a β.

Anders steht es um die Frage, ob auch unter Eine Mark herabgegangen werden kann. Die Reichsgesetzgebung ist auch hier natürlich souverän. Wird die Frage bei der Landesgesetzgebung verneint, so ist die Folge, daß der Richter auf mindestens Eine Mark erkennen muß und, wenn ein geringerer Betrag absolut angedroht ist, überhaupt nicht auf Strafe erkennen kann. Es läßt sich nicht bestreiten, daß die Analogie des Einen Tages bei den Freiheitsstrafen naheliegt, vgl. § 19 N. 2b. Daher erklären Berner 229, Binding Handb. I 301, Grundr. 257, Frank N. II, Hälschner I 600 und Rüdorff-Stenglein N. 2, daß die Landesgesetzgebung an das Minimum der Einen Mark gebunden sei. „Das Minimum von Einer Mark gehört zum allgemeinen Charakter „der Geldstrafe, welche bei einem geringeren Maße zu einer Spielerei werden würde; es muß „also stets festgehalten werden“ (Berner a. a. D.). Das ist rein subjektiv; für einen Bettler sind fünfzig Pfennige keine Spielerei. Vielmehr ist zu erwägen, daß der Teil eines Tages und der Teil einer Geldsumme sich rationell gar nicht miteinander vergleichen lassen; dies zeigt sich auch in der allgemeinen Wertschätzung beider Strafen, indem nur die allerwenigsten Menschen die Geldstrafe für eine eigentliche Strafe halten, von der man nicht gern spricht: gewöhnlich ist nicht der kriminelle, sondern der finanzielle Standpunkt der entscheidende. Auf keinen Fall wird das Wesen der Strafart dadurch geändert, daß der Geldbetrag unter Eine Mark sinkt. Nach den Ausführungen zu C. § 5 N. 2 ist daher die Landesgesetzgebung in dieser Beziehung nicht beschränkt. Allerdings ist die Umwandlung des geringeren Betrages in eine Freiheitsstrafe durch § 29 Abs. 1 ausgeschlossen, wofür sie nicht in dem Landesgesetz ausdrücklich — mit Einem Tage als Minimalbetrag — vorgeschrieben ist. Hiermit stimmen überein Finger I 477 N. 618, Meyer-Malfeld 300 N. 6, Dshausen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 1 und C. § 6 N. 7; RG. 9./6. 87 C. 16 159.

4. Binding Grundr. 257 hält allgemein, Oppenhoff-Delius N. 3 bei Verbrechen und Vergehen die Mark für die kleinste Einheit der Geldstrafe, wonach „auf Bruchteile einer Mark nie erkannt werden dürfe“. Danach müßte bei Verbrechen und Vergehen die Summe durch drei teilbar sein und dürfte stets nur auf volle Mark abgerundet werden. Aus § 27 folgt dies nicht und ist z. B. mit den 1000 M. der §§ 113, 223 unvereinbar, da dieser Betrag nicht ohne Rest durch drei aufgeht. Übereinstimmend Dshausen Nr. 6.

5. Dem Militärstrafrecht ist für militärische Delikte die Geldstrafe unbekannt. Wo die bürgerlichen Strafgesetze Geldstrafe und Freiheitsstrafe wahlweise androhen, darf daher nach MilStGB. § 29 auf Geldstrafe nicht erkannt werden, wenn durch die strafbare Handlung zugleich eine militärische Dienstpflicht verletzt worden ist.

§ 28.

Eine nicht beizutreibende Geldstrafe ist in Gefängnis und, wenn sie wegen einer Übertretung erkannt worden ist, in Haft umzuwandeln.

Ist bei einem Vergehen Geldstrafe allein oder an erster Stelle, oder wahlweise neben Haft angedroht, so kann die Geldstrafe in Haft umgewandelt werden, wenn die erkannte Strafe nicht den Betrag von sechshundert Mark und die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe nicht die Dauer von sechs Wochen übersteigt.

War neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt, so ist die an deren Stelle tretende Gefängnisstrafe nach Maßgabe des § 21 in Zuchthausstrafe umzuwandeln.

Der Verurteilte kann sich durch Hinterlegung des Strafbetrages, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt ist, von der letzteren freimachen.

1. Die Geldstrafe ist wie jede Strafe „eine höchstpersönliche Leistung des der Rechtsver„legung Schuldigen“ (Binding Normen I 284). Aus diesem, allerdings im § 30 ignorierten, Grundsatz folgt, daß die Geldstrafe nur von dem Verurteilten selbst, sei es persönlich, sei es durch einen von ihm beauftragten Dritten, nicht aber für ihn durch Dritte aus eigenen Mitteln, z. B. auf dem Wege einer öffentlichen Kollekte, gezahlt werden kann, und daß die solidarische Haftung mehrerer Mitschuldigen oder gar die subsidiäre Haftung eines Dritten, Nichtschuldigen — beide finden sich in mehreren Nebengesetzen — grundsätzlich unzulässig ist: Berner 229, Frank N. I, Hälschner I 644, Meyer-Altfeld 302, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 12; a. M. v. Schwarze N. 8.

2. Die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangenen Entscheidung erfolgt nach StP.D. § 495 nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte. Sie erfolgt in das gesamte bewegliche wie unbewegliche Vermögen des Schuldigen, der zur Angabe der Befriedigungsmittel nötigenfalls im Wege des Manifestationsverfahrens angehalten ist, so jedoch, daß, wenn er die Leistung des Offenbarungseides verweigert, nicht zur Erzwingung des Eides durch Haft zu schreiten, sondern ohne weiteres sein Unvermögen anzunehmen ist. Das Unvermögen schon für festgestellt zu erachten, wenn er ohne bares Geld ist, ist nicht zulässig: Frank N. I, Meyer-Altfeld 341, Olshausen N. 4. Ist über das Vermögen des Schuldigen das Konkursverfahren eröffnet, so kann die Geldstrafe zwar nach Konk.D. § 63 Nr. 3, im Konkursverfahren selbst nicht geltend gemacht, wohl aber die Beitreibung in das nicht zur Aktivmasse gehörende, insbesondere in das während des Konkursverfahrens erworbene Vermögen versucht werden: Olshausen a. a. O.

3. Erst wenn alle diese Mittel fruchtlos angewendet worden sind, ist die Uneintreibbarkeit, die Uneinbringlichkeit, das Unvermögen erwiesen und muß zur Vollstreckung der für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe erkannten Freiheitsstrafe geschritten werden. Der Richter hat nicht wahlweise auf Geldstrafe oder Haft, sondern auf eine dieser Strafen zu erkennen und für den Fall, daß die Geldstrafe nicht beizutreiben, sofort die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe festzusetzen. Hat er dies unterlassen, so ist nach StP.D. § 491 die Geldstrafe nachträglich in die entsprechende Freiheitsstrafe umzuwandeln. Die näheren Bestimmungen gibt § 28.

4. Die Regel des § 28 ist die, daß die Geldstrafe, wenn sie wegen einer Übertretung erkannt ist, in Haft, wenn wegen einer anderen Deliktsgattung, in Gefängnis umzuwandeln ist. Den Maßstab für diese Umwandlung gibt § 29.

Von dieser Regel gibt das Gesetz sofort zwei Ausnahmen, wonach die Regel nur bei den Übertretungen und bei solchen Nicht-Übertretungen rein durchgeführt ist, welche lediglich mit Festungshaft bedroht sind.

Auch nämlich, wenn es sich um ein Vergehen handelt, ist der Richter nach Abs. 2 befugt, statt des regelmäßigen Gefängnisses in denjenigen Fällen die Haft festzusetzen, in welchen

- a) Geldstrafe allein: §§ 145, 145a, 276, 285, oder
- b) an erster Stelle: §§ 103a, 110, 111, 130, 131, 134, 135, 140 Nr. 1, 2, 184b—186, 230, 257, 292, 293, 296, 296a, 297, 299, 300, 303, 320, 330, 334, 352, oder
- c) wahlweise neben Haft angedroht ist: §§ 140 Nr. 2, 185, 186.

Je doch ist die Wahl auch in diesen Fällen ausgeschlossen, es tritt also die Regel der Gefängnisstrafe wieder in Kraft, wenn die erkannte Strafe nicht den Betrag von 600 M. (Olshausen N. 6 hat den lapsus calami „erreicht“) und die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe nicht die Dauer von sechs Wochen übersteigt.

Diese Bestimmungen gelten auch, wenn mehrere uneinbringliche Geldstrafen zusammentreffen. Nach § 78 sind nicht die mehreren Geldstrafen zusammenzuwerfen, sondern für jede einzelne Geldstrafe die entsprechende Freiheitsstrafe festzusetzen und danach unter Berücksichtigung der in § 78 Abs. 2 vorgesehenen Einschränkung die zu substituierende Freiheitsstrafe zu bestimmen: Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 9./7. 81 C. 4 367, 27./1. 82 C. 5 372, 2./3. 05 C. 38 1.

„Die Worte „an erster Stelle“ entsprechen insofern dem System nicht, als die wahlweise „Androhung von Geldstrafe und Gefängnis bei der Geldstrafe die milderen Fälle im Auge hat, „emerlet, ob die speziellen Strafandrohungen Geld oder Gefängnis an erster Stelle enthalten. „Weshalb z. B. in den Fällen der §§ 110, 111, 130, 131 diese Befugnis stattfindet, während sie „in den Fällen der §§ 113, 121 Abs. 2, 123 Abs. 1, 132, 240, 241, 286 ausgeschlossen ist, ist in der „Tat nicht einzusehen, — sed ita lex scripta“ (Rüdorff-Stenglein Nr. 6).

Die zweite Ausnahme von der Regel, daß bei den Nicht-Übertretungen die Umwandlung in Gefängnis erfolgt, enthält Abs. 3. Ist nämlich neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt, so ist die Geldstrafe zunächst zwar in Gefängnis, dieses aber nach dem in § 21 bestimmten Wertverhältnis 4 : 6 in Zuchthaus umzuwandeln, wobei, wie zu § 19 N. 2 erörtert ist, die umgewandelte Strafe unter Einem Monat betragen kann, aber mit einem vollen Tage abschließen muß, der überschüssende Bruchteil eines Tages also zu streichen ist. Daß bei der Umwandlung in dieser Weise verfahren worden, muß aus dem Urteil bzw. der späteren umzuwandelnden Entscheidung ersichtlich sein: RG. 2./4. 94 C. 25 233. Ob die Geldstrafe wegen desselben Verbrechens wie die Zuchthausstrafe oder im Fall der Realkonkurrenz wegen eines anderen Delikts, sei dieses Verbrechen oder Vergehen, auferlegt ist, ist irrelevant: Frank N. II 2, Rüdorff-Stenglein N. 9.

5. Ist wegen Uneinbringlichkeit der Geldstrafe zur Vollstreckung der Freiheitsstrafe geschritten, so verbleibt es bei dieser, und es kann auch dann nicht wieder auf die Geldstrafe zurückgegriffen werden, wenn sich herausstellt, daß diese allerdings eintreibbar ist: Berner 290, Hältschner I 644, Dischhausen N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 10; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3. Dagegen kann sich nach der ausdrücklichen Bestimmung des Abs. 4 der Verurteilte noch nach Beginn der Vollstreckung der Freiheitsstrafe von der Verbüßung des Restes jederzeit durch Erlegung des adäquaten Teils der Geldstrafe freimachen. Die Rückwandlung des Restes der Freiheitsstrafe in Geldstrafe geschieht nach demselben Maßstab, welcher bei der Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe angelegt war. Würde sich hiernach der Bruchteil eines Tages ergeben, so ist nur der volle Tag zu vollstrecken und der auf den Bruchteil fallende Teil des Geldes an den Schuldigen zurückzuzahlen oder anderweit zu verrechnen.

Entsprechend ist, wenn zwar nicht der ganze Betrag der Geldstrafe, wohl aber ein Teil hat eingetrieben werden können, ein adäquater Teil der Freiheitsstrafe zur Vollstreckung zu bringen. Also wenn auf 1800 M. oder drei Monat Gefängnis 1200 M. gezahlt sind, noch Ein Monat: Frank N. IV, Geyer I 182, Dischhausen § 29 N. 7, Rüdorff-Stenglein § 29 N. 5; RG. 3./11. 84 C. 11 132.

6. Sind Freiheits- und Geldstrafe rationell inkommensurable Größen, so wird die letztere durch die Umwandlung in eine Freiheitsstrafe in ihrem Wesen nicht berührt. Somit ist die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiet an den Umwandlungsmodus des § 28 nicht gebunden. Sie kann sowohl die Umwandlung in eine Freiheitsstrafe ganz unterjagen, als auch bei Vergehen die unbedingte Umwandlung in Haft, bei Übertretungen die in Gefängnis befehlen, für welche drei Modalitäten sie auch die strafrechtliche Spezialgesetzgebung des Reichs auf ihrer Seite hat. S.: Merkel S. IV 84 N. 4, Dischhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 1./5. 80 C. 2 34, 3./1. 88 C. 17 39. N. M. Binding Handb. I 301. Nach Frank N. III darf die Landesgesetzgebung von § 28 nur zu Gunsten des Verurteilten abweichen, also wohl die Umwandlung völlig ausschließen, aber keinen Umwandlungsmodus zulassen, der zu einer schwereren oder längeren Freiheitsstrafe führt. Dischhausens fernere Ansicht a. a. O., daß die Landesgesetzgebung, weil sie Geldstrafen unter Einer Mark androhen dürfe, auch die ersatzweise Festsetzung von nach Stunden bemessenen Freiheitsstrafen anordnen könne, steht mit seiner eigenen richtigen Ansicht § 19 N. 6 b, daß auch die Landesgesetzgebung geringere als eintägige Freiheitsstrafe nicht androhen darf, in Widerspruch, denn angedroht ist auch die Ersatzstrafe. Gegen Dischhausen auch Rüdorff-Stenglein § 29 N. 8 und RG. 9./6. 87 C. 16 159.

§ 29.

Bei Umwandlung einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens erkannten Geldstrafe ist der Betrag von drei bis zu fünfzehn Mark, bei Umwandlung einer wegen einer Übertretung erkannten Geldstrafe der Betrag von Einer bis zu fünfzehn Mark einer eintägigen Freiheitsstrafe gleichzuachten.

Der Mindestbetrag der an Stelle einer Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe ist Ein Tag, ihr Höchstbetrag bei Haft sechs Wochen, bei Gefängnis Ein Jahr. Wenn jedoch eine neben der Geldstrafe wahlweise angedrohte Freiheitsstrafe ihrer Dauer nach den vorgedachten Höchstbetrag nicht erreicht, so darf die an Stelle der Geldstrafe tretende Freiheitsstrafe den angedrohten Höchstbetrag jener Freiheitsstrafe nicht übersteigen.

1. Der § 29 gibt den Maßstab für die in § 28 angeordnete Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe. Bei Verbrechen und Vergehen ist für je 3 bis 15, bei Übertretungen für je 1 bis 15

Mark Ein Tag zu substituieren. Beträgt die Geldbuße bei Verbrechen und Vergehen 300 M., so kann sie in eine Freiheitsstrafe von 20 bis 100, und beträgt sie bei Übertretungen 150 M., in eine von 10 bis 42 Tagen umgewandelt werden. Innerhalb dieser Grenzen hat das Ermessen des Richters freien Spielraum, wenn auch regelmäßig die Persönlichkeit und die Vermögensverhältnisse des Schuldigen in Betracht kommen werden. Insbesondere ist, wie Rüdorff-Stenglein N. 7 zutreffend bemerkt, nur § 29 entscheidend und der Rahmen der im Besonderen Teil enthaltenen Einzelbestimmungen nur insoweit zu beachten, als nach Abs. 2 die substituierte Freiheitsstrafe nicht über das Höchstmaß des Einzelgesetzes hinausgehen darf. Daß die Freiheitsstrafe nach Tagen bemessen werde, ist nicht erforderlich, sie kann, wie § 78 zeigt, auch nach Monaten und Jahren ausgesprochen werden, wofür nur der gesetzliche Maßstab eingehalten wird; daher ist, weil die Zahl der Monatstage zwischen 28 und 31 schwankt, die Vergehensstrafe von 90 M. nicht in einen Monat umzuwandeln: Frank N. I, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 27./11. 82 C. 11 272; a. M. Oppenhoff-Delius N. 5. Ein Tag braucht nicht notwendig einer bestimmten, nach Mark abgerundeten und keine Bruchteile enthaltenden Summe Geldes zu entsprechen; es genügt, daß bei der Umwandlung Einem Tage nicht mehr als 15 und nicht weniger als 3 bzw. 1 Mark gleichgeachtet sind, und dabei ist die Angabe des zugrunde gelegten Maßstabes im Urteil nicht erforderlich: RG. 27./11. 84 C. 11 272.

Entgegen der Entstehungsgeschichte des Abs. 1 — siehe Olshausen N. 1 — hat Kubo in seinem an sonderbaren Einfällen reichen, in der Praxis ganz unbeachtet gebliebenen Kommentar zum StGB. behauptet, daß die Angabe des Minimalbetrages ohne Bedeutung und Ein Tag immer gleich 15 M. zu setzen sei. Danach würde der Richter z. B. im Falle des § 360 auf sechs Wochen erkennen, aber nur in zehn Tage umzuwandeln dürfen. Wunderbarer Weise hat sich Binding Grundr. 289 von Kubo verführen lassen.

Abs. 1 paßt schlecht zu der Bestimmung in § 28 Abs. 2, wonach auch bei Vergehen die Umwandlung in Haft erfolgen kann. Man muß Olshausen N. 2 darin beitreten, daß dies im konkreten Fall zu einem mißlichen Ergebnis führen kann, aber die einmal geltenden Sätze über die Umwandlung leiden überhaupt darunter, daß die einzelnen Strafbestimmungen im Besonderen Teil vielfach systemlos sind; vgl. z. B. § 365. Nach Abs. 1 kann bei einer Geldstrafe von fünfzehn Mark bei der Übertretung bis zu fünfzehn, beim Vergehen nur bis zu 5 Tagen umgewandelt werden: Binding Grundr. 280. Wie Binding mit Recht rügt, ergibt sich aus Abs. 2 bei hohen Strafen sogar eine sehr starke Strafmilderung: setzt man bei 10 000 M. Geldstrafe 10 M. gleich Einem Tag, so fallen von den 1000 Tagen volle 635 weg. Zudem ist bei der jetzigen Fassung des Gesetzes der schon bei der Entstehung des StGB. im Reichstage erhobene Vorwurf gar nicht zu widerlegen, daß die Paragraphen über die Strafumwandlung von Freiheitsstrafe in Geld für die gut situierten Klassen von Personen überhaupt nicht gemacht seien.

2. Abs. 1 wird in Abs. 2 restringiert.

Zunächst wird der allgemein gültige Minimalbetrag der Freiheitsstrafe von Einem Tage auch hier festgehalten. Es ist unzulässig, den Bruchteil eines Tages zu substituieren. Geht der Tagesbetrag der Geldstrafe nicht glatt in ihre festgesetzte Höhe auf, so darf nur in so viel Tage umgewandelt werden, als volle Tage in der Summe enthalten sind. Der überschüssende Gelbbetrag fällt zu Gunsten des Angeklagten aus, und ist in dem Urteil irrtümlicherweise auf den Bruchteil eines Tages umgewandelt, so kann dieses Bruchteil nicht vollstreckt werden: Frank N. II, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 9./6. 87 C. 16 159.

Sodann wird der Höchstbetrag fixiert: bei Haft sechs Wochen, bei Gefängnis Ein Jahr. Über diesen Betrag darf nicht hinausgegangen werden, und der trotz der Maximalsezung von 15 M. für Einen Tag nicht gedeckte Betrag der Geldstrafe fällt aus.

Dies absolute Maximum wird in Satz 2 bei wahlweiser Androhung wiederum dahin reduziert, daß die subsidiäre Freiheitsstrafe den Höchstbetrag der neben der Geldstrafe wahlweise angeordneten Freiheitsstrafe nicht übersteigen darf. So kann z. B. eine nach § 300 auferlegte Geldstrafe von 1500 M. nur in Gefängnis von drei Monaten umgewandelt werden. Dagegen ist es zulässig, unter den Mindestbetrag der Freiheitsstrafe zu gehen, wofür dieser überhaupt nur mehr als Ein Tag ist (§ 140): Berner 231, Rüdorff-Stenglein N. 7. Wenn als ordentliche Strafe nur Freiheitsstrafe, bei dem Vorhandensein mildernder Umstände aber nur Geldstrafe angedroht und unter Annahme mildernder Umstände erkannt ist, so darf auch bei Umwandlung dieser Geldstrafe der Höchstbetrag nicht überschritten werden, der bei Nichtannahme mildernder Umstände zulässig gewesen wäre: Frank N. III, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 3./10. 84 C. 11 132n. Ist in der ersten Instanz auf Freiheitsstrafe und wird in der zweiten unter Aufhebung des ersten Urteils zufolge Rechtsmittels des Angeklagten auf Geldstrafe erkannt, so steht der Grundsatz der relativen Rechtskraft nicht entgegen, die Geldstrafe höher zu bemessen, als der früheren Freiheitsstrafe nach dem Umrechnungsmaßstab des § 29 entsprechen würde, jedoch darf die für den Fall

des Unvermögens substituierte Freiheitsstrafe nicht höher bzw. schärfer bemessen werden als die ursprünglich erkannte Freiheitsstrafe: RG. 12./7. 80 C. II 205.

3. Die Höchstbeträge von sechs Wochen bzw. Einem Jahr sind nur einzuhalten, wenn es sich um die Umwandlung einer Geldstrafe handelt. Bei Realkonkurrenz gelten die Höchstbeträge des § 78 Abs. 2. Der Höchstbetrag der für ein einzelnes Delikt nach § 28 Abs. 3 festzusetzenden Zuchthausstrafe ist acht Monate.

4. Nach einem, übrigens von dem Gerichtshof selbst nicht bekanntgegebenen, Urteil des RG. v. 7./2. 80, welchem Dshausen N. 9 und Rüdorff-Stenglein N. 3 beitreten, sind die Grundsätze des § 29 auch bei einer Umwandlung im Gnadenwege nach der preußischen Kriminalordnung v. 11. Dez. 1805 § 590 zu befolgen.

5. Wegen der Landesgesetzgebung vgl. § 28 N. 6. Sie ist auch gegenüber dem § 29 mit der Maßgabe freigestellt, daß der Minimalbetrag der Freiheitsstrafe Ein Tag ist.

§ 30.

In den Nachlaß kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war.

1. Die Geldstrafe ist keine Zivilschuld, sondern eine Strafe. Hieraus folgt (siehe Meyer-Altfeld 302):

- a) Die Zahlung seitens eines Dritten liberiert den Verurteilten nicht, § 28 N. 1;
- b) von der Geldstrafe sind keine Verzugszinsen zu zahlen;
- c) der Verurteilte kann nicht mit einer Gegenforderung kompensieren;
- d) mehrere Mitschuldige haften nicht solidarisch und
- e) dritte Mitschuldige nicht subsidiär, § 28 N. 1;
- f) mit dem Tode des Verurteilten erlischt wie jedes Strafverfahren auch die Vollstreckung der Geldstrafe.

Der § 30 bezieht sich auf die Folge sub f).

2. Liegt bei dem Tode des Verurteilten noch kein rechtskräftiges Urteil vor, so ist das Verfahren zu Ende, ohne daß es eines förmlichen Einstellungsbefchlusses bedarf. Dies gilt auch beim schwurgerichtlichen Verfahren, wenn der Tod eintritt, nachdem die Geschworenen und bevor der Gerichtshof seinen Spruch abgegeben hat.

Das Urteil ist rechtskräftig, wenn es nicht mehr durch Berufung oder Revision angefochten werden kann. Amtsrichterliche Strafbefehle, polizeiliche Strafverfügungen und Strafbescheide der Verwaltungsbehörden werden rechtskräftig durch den unbenuzten Ablauf der Einspruchsfrist. Den beiden letzteren ist allerdings in der StPD. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils nicht beigelegt, und daher wird diese von Frank N. II und Rüdorff-Stenglein N. 3 bestritten, aber sie sind tatsächlich Surrogate des rechtskräftigen Urteils und diesem in der hier fraglichen Beziehung gleichzuachten: Binding Handb. I 813, Dshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 6: RG. 27./6. 03 C. 36 313. Das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten hemmt nach StPD. § 400 die Vollstreckung nicht, doch kann das Gericht einen Aufschub sowie eine Unterbrechung der Vollstreckung anordnen.

3. Die Strafe ist nach dem prägnanten Ausdrucke Bindings Normen I 284 „ausnahmslos eine höchstpersönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen“. Eine Vollstreckung der Geldstrafe in den Nachlaß ist auch auf Grund eines rechtskräftigen Urteils rationell gar nicht zu rechtfertigen. Alle Rechtfertigungsversuche widersprechen dem Begriff der Strafe und nehmen den ganz unmissigen zivilistischen Standpunkt ein, sind auch mehr oder minder getünchelt, so z. B. wenn Planck Strafverfahren 623 Nr. 14 meint, die Strafvollstreckung liege eigentlich in der Auferlegung der Obligation zur Zahlung und schon hierdurch, also noch zu Lebzeiten des Verurteilten, sei dessen Vermögen verringert. Aber — Hälschner I 731 — „durch das Urteil „erlangt der Staat das Recht, am Verurteilten die Strafe zu vollstrecken, und diese Vollstreckung „hat allerdings bei der Geldstrafe die Folge, daß der Fiskus das Strafgeld erwirbt, dagegen erwirbt „der Staat durch das Strafurteil nicht einen von der Strafvollstreckung unabhängigen privaten rechtlichen Anspruch auf eine Geldsumme. Erlischt mit dem Tode des Verurteilten die rechtliche „Möglichkeit der Strafvollstreckung, so auch jeder Rechtsanspruch des Fiskus auf die Strafsumme, die nur der Verurteilte schuldet, nicht seine Erben“. Die Analogie der Buße und der Einziehung darf nicht herangezogen werden, denn die Buße ist keine Strafe, sondern eine in den Formen des Strafprozesses zugewilligte Privatgenugtuung, und bei der Einziehung geht mit der Rechtskraft des Urteils das Eigentum an dem eingezogenen Gegenstande sofort an den Staat über.

Die Bestimmung des § 30 ist hiernach eine positive Ausnahmevorschrift. Mit dem Augenblick des Todes hört die Geldstrafe auf eine Strafe zu sein, sie wird jetzt eine Zivilschuld, welche gültig

auch von einem Dritten geleistet werden kann, und für welche die Erben nicht mit ihrem eigenen Vermögen, sondern nur mit dem Nachlaß, also nicht über dessen Betrag hinaus, mehrere Miterben allerdings möglicherweise solidarisch haften. Eine Umwandlung in eine Freiheitsstrafe ist natürlich gegen die Erben auch im Falle der Uneinbringlichkeit ausgeschlossen.

4. Durch das Wort „kann“ wird nur die Bedingung der rechtskräftigen Verurteilung angedeutet, keineswegs aber die Vollstreckung dem amtlichen Ermessen anheimgegeben: Binding Handb. I 813, Meyer-Allfeld 261, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4.

5. Nach der positiven, nicht umzudeutenden Bestimmung des Gesetzes verwandelt sich die Geldstrafe im Augenblick des Todes des rechtskräftig Verurteilten in eine auf den Nachlaß ruhende Zivilschuld. Strafschuld und Zivilschuld sind grundsätzlich verschieden. Wie trotz dieser grundsätzlichen Umgestaltung Olshausen N. 5 behaupten kann, daß die Bestimmung des § 30 „keine „für den Charakter der Geldstrafe im Sinne des StGB. wesentliche Vorschrift enthalte, mit dem „Wesen der Geldstrafe nichts zu tun habe“, ist schwer zu verstehen. Vielmehr ist das direkte Gegenteil der Fall, und daher ist mit Fraut N. III und gegen Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 2, 7 und Rüdorff-Stenglein N. 5 die Landesgesetzgebung auch auf dem ihr reservierten strafrechtlichen Gebiete zu von § 30 abweichenden Bestimmungen nur insoweit für befugt zu erachten, als diese mit dem Charakter einer Strafe vereinbar sind. Sie darf also zwar die Geltung des § 30 überhaupt ausschließen, nicht aber bestimmen, daß ein bei dem Ableben des Verurteilten noch nicht rechtskräftiges Urteil in den Nachlaß vollstreckt werde. Im Widerspruch hiermit hat RG. 30./5. 11 C. 45 52 ausgesprochen, daß landesgesetzlich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben für Steuerhinterziehungen des Erblassers angeordnet und der Weg des Strafprozesses — StPD. §§ 459 ff. — für die Geltendmachung dieser Verantwortlichkeit vorgeschrieben werden könne, insbesondere auch für den Fall, daß die Hinterziehung erst nach dem Eintritt des Erbfalls entdeckt wurde.

§ 31.

Die Verurteilung zur Zuchthausstrafe hat die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem Deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine, sowie die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter von Rechtswegen zur Folge.

Unter öffentlichen Ämtern im Sinne dieses Strafgesetzes sind die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie der Geschworenen- und Schöffenamt dienste mitbegriffen.

1. Das StGB. kennt nicht den Verlust der bürgerlichen Ehre, sondern nur den Verlust bestimmter bürgerlicher Ehrenrechte. Die Verurteilung zur Zuchthausstrafe zieht nicht mehr den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt, sondern nur die dauernde Unfähigkeit zum Wehrdienste sowie zur Bekleidung öffentlicher Ämter nach sich. Neben der Todes- und der Zuchthausstrafe und in den zulässigen Fällen neben einer auf mindestens drei Monate lautenden Gefängnisstrafe kann — in einigen Fällen muß — auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, jedoch bei zeitiger Freiheitsstrafe nicht auf Lebenszeit, sondern von zwei bis zu zehn bzw. einem bis fünf Jahren. Neben Festungshaft findet der Verlust nur einzelner Ehrenrechte, neben Haft und Geldstrafe überhaupt kein Ehrverlust statt.

Hierbei ist das StGB. von der Auffassung ausgegangen, daß nicht die Strafe (Strafart), sondern die Tat mit ihren Beweggründen es ist, welche über die Ehrlosigkeit des Täters entscheidet (*le crime fait la honte et non pas l'échafaud*). Es hat aber seine Auffassung nicht durchgesetzt. Auch abgesehen von dem obligatorischen, nicht individualisierten Arbeitszwang des § 15 Abs. 2 kann der entehrende Charakter der Zuchthausstrafe nach §§ 20, 31 keinem Zweifel unterliegen. Hiernit stimmt die sittliche Auffassung des Volkes überein, welches keineswegs jedes von dem Gesetzgeber mit Zuchthausstrafe bedrohte Delikt für aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen, wohl aber die Zuchthausstrafe für eine entehrende Strafe erachtet.

Die Bestimmungen der §§ 31 ff. sind legislativ verfehlt. Zunächst verjagen sie zum großen Teil bei weiblichen und nichtbedeutenden Delinquenten. Sodann ist die Zahl der mit Ehrverlust bedrohten Delikte zu groß. Die Ehrenstrafen sind richtiger auf die Todes- und Zuchthausstrafe, und zwar mit der Maßgabe zu beschränken, wenn die Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen war, was trotz der unverkennbaren Präsumtion des Gesetzes keineswegs immer der Fall ist. Die Zulässigkeit der Ehrenstrafen auch beim Gefängnis leidet an dem Widerspruch, daß das Minimum der Hauptstrafe — drei Monate — nicht bloß im Vergleich mit dem Minimum

der Zuchthausstrafe — Ein Jahr —, sondern an sich zu niedrig gegriffen ist, und daß, wenn mildernde Umstände angenommen sind, vernünftigerweise nicht gleichwohl eine Ehrelosigkeit der Gesinnung angenommen werden kann. Im einzelnen übersieht der Gesetzgeber, daß der Dienst in Heer und Marine regelmäßig eine Pflicht, die Bekleidung eines öffentlichen Amtes regelmäßig ein Recht ist. Hierbei ist es zum mindesten nicht unbedenklich, daß mit Einem Jahr Zuchthaus die dauernde Befreiung von jeglicher Wehrpflicht erkaufte werden kann. Weiter fehlt die scharfe Bestimmung, was ein öffentliches Amt ist; sie ist um so wünschenswerter, als das Gesetz zwischen Amt und Beamten (§ 359) unterscheidet und bezüglich beider prinzipienlos exemplifiziert. Endlich sind die in § 34 aufgezählten einzelnen Ehrenrechte zum Teil solche, deren Abspredung Dritten zum Nachteil gereichen kann (Nr. 5, 6), und das eine, nämlich Nr. 1, ist geradezu eine Farce, denn welcher männliche, geschweige weibliche Private trägt in Deutschland die Landeskofarbe?

2. Im Gebiete des militärischen Strafrechts gehört der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu den allgemeinen, bereits im StGB. vorgeesehenen Ehrenstrafen. Außerdem kennt das MilStGB. §§ 30 ff. eine Anzahl besonderer Ehrenstrafen gegen Personen des Soldatenstandes. Ihre Verhängung hat, abgesehen von den Fällen der §§ 33, 36, 42, zur Voraussetzung, daß die strafbare Handlung begangen wurde in der Zeit, in welcher der Täter den militärischen Strafgesetzen unterworfen war. Bürgerliche Delikte, neben denen auf eine militärische Ehrenstrafe erkannt wird, werden dadurch nicht zu militärischen Delikten.

Die besonderen Ehrenstrafen sind in absteigender Schwere folgende:

a) Entfernung aus dem Heere oder der Marine.

Sie findet gegen alle Personen des Soldatenstandes statt.

Auf sie muß gegen Unteroffiziere und Gemeine neben Zuchthaus stets, neben dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte dann erkannt werden, wenn die Dauer dieses Verlustes drei Jahre übersteigt.

Gegen Offiziere muß auf sie erkannt werden neben Zuchthaus oder dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ohne Rücksicht auf die Dauer derselben und außerdem in allen Fällen, in welchen gegen Unteroffiziere oder Gemeine die Veretzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes geboten ist.

Auf sie kann erkannt werden neben Gefängnis von längerer als fünfjähriger Dauer und außerdem gegen Offiziere in allen sieben erwähnten Fällen der Veretzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes.

Sie hat

a) den Verlust der Dienststelle und der damit verbundenen Auszeichnungen sowie aller durch den Militärdienst erworbenen Ansprüche, soweit diese durch Richterspruch aberkannt werden können, wozu nach dem jetzt geltenden Recht Pension und Pensionserhöhung nicht gehören,

β) den dauernden Verlust der Orden und Ehrenzeichen,

γ) die Unfähigkeit zum Wiedereintritt in das Heer und in die Marine

von Rechtswegen zur Folge.

Gegen pensionierte Offiziere ist statt ihrer auf Verlust des Offizierstitels zu erkennen. Mit diesem Verluste treten zugleich die sub β, γ, bezeichneten Folgen sowie die Verwirkung des Rechts, die Offizieruniform zu tragen, von Rechtswegen ein.

Gegen Offiziere (Sanitätsoffiziere) à la suite der Armee kann die Entfernung aus dem Dienste nur auf dem Dienstwege oder durch ehrengerichtliches Verfahren erfolgen;

b) Dienstentlassung.

Sie findet nur gegen Offiziere statt.

Auf sie muß erkannt werden neben Erkennung auf Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nach den Vorschriften des StGB. und wo gegen Unteroffiziere Degradation geboten ist.

Auf sie kann erkannt werden neben Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer und wo gegen Unteroffiziere Degradation zulässig ist.

Sie hat den Verlust der Dienststelle und aller durch den Dienst als Offizier erworbenen Ansprüche, soweit dieselben durch Richterspruch aberkannt werden können, und zwar nicht den Verlust des Diensttitels, wohl aber die Verwirkung des Rechts, die Offizieruniform zu tragen, von Rechtswegen zur Folge.

Gegen pensionierte Offiziere, welche das Recht zum Tragen der Offizieruniform haben, ist statt auf Dienstentlassung auf Verlust dieses Rechts zu erkennen.

An die Stelle der Dienstentlassung tritt bei den Militärbeamten der Amtsverlust. Auf ihn kann erkannt werden neben Freiheitsstrafe von mehr als einjähriger Dauer und bei Verurteilung wegen Diebstahls, Unterschlagung, Raubes, Erpressung, Hehlerei, Betruges und Urkundenfälschung. Wo ferner bei einer Reihe von im Felde begangenen Delikten bei Personen des Soldatenstandes die Veretzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes zulässig oder geboten

ist, tritt an ihre Stelle bei Militärbeamten der Amtsverlust. Im übrigen sind die Pflichtverletzungen der Militärbeamten nach den allgemeinen für Beamte geltenden Vorschriften zu beurteilen.

c) Veretzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes.

Sie findet nur gegen Unteroffiziere und Gemeine statt.

Auf sie muß erkannt werden neben dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, wenn die Dauer dieses Verlustes drei Jahre nicht übersteigt.

Auf sie kann erkannt werden bei wiederholtem Rückfall und bei Verurteilung wegen eines der oben bei den Militärbeamten genannten speziellen Delikte. Ferner bei der dritten und, wenn außer einer gerichtlichen Strafe mehrmalige Disziplinarstrafen des höchsten Grades vollstreckt worden sind, bei der zweiten Verurteilung wegen eines militärischen Vergehens, wofern nicht seit der zuletzt bestrafte Handlung sechs Monate verstrichen sind.

Sie hat den dauernden Verlust der Orden und Ehrenzeichen von Rechts wegen zur Folge. Auch darf der Verurteilte die Militärkofarbe nicht tragen und Versorgungsansprüche, soweit sie durch Richterpruch aberkannt werden können, nicht geltend machen.

d) Degradation.

Sie findet nur gegen Unteroffiziere statt.

Auf sie muß erkannt werden neben Gefängnis von längerer als einjähriger Dauer, Veretzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes und Aberkennung der Fähigkeit zur Velleidung öffentlicher Ämter.

Auf sie kann erkannt werden neben Gefängnis von einjähriger oder kürzerer Dauer, bei wiederholtem Rückfall und bei Verurteilung wegen eines der oben bei den Militärbeamten genannten speziellen Delikte.

Wird gegen eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung auf Zuchthaus, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder Unfähigkeit zur Velleidung öffentlicher Ämter erkannt, so treten diejenigen militärischen Ehrenstrafen, auf welche bei einer solchen Verurteilung nach dem oben Mitgetheilten erkannt werden muß, von Rechtswegen ein.

3. Die Ehrenfolge des § 31 tritt von Rechtswegen mit der Rechtskraft des Urteils ein, sie ist eine Folge der Verurteilung, es ist daher, wofern nicht das besondere Verfahren des § 37 und MilStGB. § 42 Abs. 2 stattfindet, nicht auf sie zu erkennen. Folgerecht ist es gleichgültig, ob die Strafe wirklich verbüßt wird oder nicht und aus welchem Grunde sie nicht verbüßt wird (Aufrechnung durch die im Ausland erfolgte Bestrafung und durch die Untersuchungshaft, Verjährung, Begnadigung). Wird der Verurteilte entweder überhaupt oder zu einer der Art nach milderen Strafe begnadigt, so bleiben die Ehrenfolgen bestehen, falls nicht die Begnadigung ausdrücklich auch auf sie erstreckt wird (sog. Rehabilitation). Wird die Todesstrafe im Gnadenwege in Zuchthausstrafe umgewandelt, so hat zwar diese Umwandlung nicht den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge, weil auf diese auch neben der Todesstrafe besonders erkannt sein muß, wohl aber tritt die Ehrenfolge des § 31 von selbst ein, weil nach der unverkennbaren, in den Motiven bestimmt ausgesprochenen Tendenz des Gesetzes die Bestrafung mit Zuchthaus mit der Velleidung einer militärischen Dienststelle und eines öffentlichen Amtes unverträglich und es unzulässig ist, anzunehmen, daß die durch Gnade angeordnete Strafe irgendwie eine andere als die gesetzlich bestimmte Bedeutung habe: Hälssner I 622, Dörschhausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein § 32 N. 3; dagegen hängt nach Frank N. I die Beantwortung dieser Frage von der staatsrechtlichen Vorfrage ab, ob und inwieweit ein Gnadenverlaß dem richterlichen Urteil gleichsteht. Nach der Ansicht v. Liszt's 286 kann die Ehrenfolge des § 31 überhaupt nicht im Gnadenwege erlassen werden.

4. Die Unfähigkeit ist eine dauernde. Velleidet der Verurteilte bereits eine militärische Dienststelle oder ein öffentliches Amt, so tritt deren Verlust ebenfalls mit der Rechtskraft des Urteils ein. Erfolgt eine Rehabilitation, so wird durch sie in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Spezialbestimmung nur die Unfähigkeit aufgehoben, wogegen zur Wiedererlangung der Dienststelle, des Amtes ein zweiter Akt erforderlich ist: Werner 344, Rüdorff-Stenglein N. 6. Ob mit jenem Verlust auch der der pekuniären Rechte verbunden ist, richtet sich wiederum nach der speziellen Gesetzgebung. Die dies allgemein bejahende Ansicht von Rüdorff-Stenglein N. 5 ist z. B. bezüglich des Pensionsanspruchs der Reichsbeamten irrig. Umgekehrt meint Hälssner I 622 allgemein, daß der durch die bisherige Amtsführung erworbene Pensionsanspruch nicht verloren geht.

5. Der zur Zuchthausstrafe Verurteilte ist zu jedem Dienst in dem deutschen Heer und der kaiserlichen Marine unfähig. Der vor seiner Einstellung Verurteilte wird nicht eingestellt, der bereits Eingestellte scheidet mit der Rechtskraft des Urteils ohne weiteres aus. Weil die Ehrenfolge eine dauernde, ist der Ausgeschiedene zum Wiedereintritt unfähig.

Nach MilStGB. § 31 Abs. 1 muß die Entfernung aus dem Heer oder der Marine in dem Urteil ausgesprochen werden. Dies ist deshalb vorgeschrieben, weil sie obligatorisch oder fakultativ

auch neben anderen Strafen stattfindet. Wird sie bei diesen anderen Strafen nicht ausgesprochen, so tritt sie und die Unfähigkeit zum Wiedereintritt nicht ein. Wird der Ausspruch neben der Zuchthausstrafe verhängt, so treten beide gemäß StGB. § 31 gleichwohl ein, weil die Zuchthausstrafe zu den militärischen Freiheitsstrafen im Sinne des MilStGB. überhaupt nicht gehört und auf sie mit Ausnahme des MilStGB. § 31 die Bestimmungen des bürgerlichen Strafrechts Anwendung finden, auch ihre Vollstreckung durch die bürgerlichen Behörden erfolgt; a. M. Olshausen N. 4.

6) Was als öffentliches Amt anzusehen sei, ist vom Gesetz nicht allgemein, sondern nur exemplifizierend angegeben. Zu dem „im Sinne dieses Strafgesetzes“ vgl. § 359 N. 1 Abs. 3. Mit Laband Staatsrecht 4. Aufl. I 338 ist unter einem öffentlichen Amte ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis staatlicher Geschäfte zu verstehen. Olshausen N. 7 akzeptiert die Labandsche Definition, verläßt sie aber sofort, weil „der ungezwungene Gegensatz“ des öffentlichen Amtes der des privaten Amtes sei, somit nicht der Gegensatz des Privat- und des Staatsrechts, sondern der des Privat- und des öffentlichen Rechts vorliege. Daraus, daß das öffentliche Recht nicht mit dem Staatsrecht identisch ist, folgert er sodann, daß nicht bloß die Ämter des Staatsrechts, sondern die Ämter jedes öffentlichen Rechts, insbesondere die Kirchenämter, zu den öffentlichen Ämtern im Sinne des § 31 gehören. Diese Ansicht ist — man möchte fast sagen, bedauerlicherweise — nicht als richtig anzuerkennen. Zu den öffentlichen Ämtern gehören vielmehr konform der Labandschen Definition nur die unmittelbaren und mittelbaren Reichs- und Staatsämter und nach der positiven Bestimmung des Abs. 2 auch die Advokatur, die Anwaltschaft, das Notariat, der Geschworenen- und der Schöffendienst. Hierüber hinauszugehen, verleitet allerdings die Erwägung, daß das öffentliche Recht, einerlei welcher Rechtsdisziplin es angehört, soweit es sich innerhalb eines bestimmten Staates betätigt, der staatlichen Gewalt untersteht, und daß diese bestimmt, ob und wie weit sie den nichtstaatlichen Institutionen einen privaten oder öffentlichen Charakter zugesetzen will. Aber das ist nicht entscheidend für die Frage, ob das StGB. an solche Bestimmung gebunden ist. Diese Frage muß verneint werden: ebenjowenig wie das StGB. mit seinen Bestimmungen in die staatsrechtliche Sphäre eingreifen will — „im Sinne dieses Strafgesetzes“ —, gestattet es ein Eingreifen der staatsrechtlichen Bestimmungen in seine Sphäre. Somit kommt nicht unmittelbar oder durch das Medium des Staatsrechts das öffentliche Recht, zu welchem übrigens auch das Strafrecht selbst gehört, sondern das StGB. als maßgebend in Betracht. Zudem vermag Olshausen keinen rationalen Grund dafür anzugeben, daß er von vorher ein öffentliches Amt weiter nimmt als Staatsamt, denn auch dieses bildet einen „ungezwungenen Gegensatz“ zum Privatamt, und zu dem öffentlichen Recht gehört ebenfalls das Staatsrecht. Hiermit stimmt die gemeine Meinung in Literatur und Praxis überein, wenn sie den Begriff des öffentlichen Amtes nicht lediglich in dem weiteren Sinne des Gegensatzes zu einem Privatamt nimmt, sondern darunter nur diejenige Stellung versteht, vermöge deren jemand dazu berufen ist, im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates als Organ der Staatsgewalt für die Zwecke des Staates tätig zu sein: RG. 13./3. 84 C. 10 199, 27./11. 03 C. 36 434.

Somit scheiden als nicht öffentliche die von Anstalten und Korporationen öffentlich-rechtlicher Natur verliehenen Ämter aus. Dies gilt auch von den Kirchenämtern geistlichen und nichtgeistlichen Charakters, bezüglich deren und der kirchlichen Beamten das StGB. selbst nie die Ausdrücke Amt, Beamter verwendet. Vgl. hierzu Binding Lehrb. II 378 ff., auch z. B. Finger I 482 N. 624, Hälschner I 608 N. 4, v. Liszt 266 N. 2, Merkel 232, Schütze 524, wogegen Meyer-Wallfeld 288 N. 18, Frank II 2 und mehrere Kirchenrechtslehrer das Landesrecht entscheiden lassen. Eine Ausnahme bilden die Militär-, Marine- und die Strafanstaltsgeistlichen, deren Amt zugleich ein öffentliches im Sinne des § 31 ist. Das mit dem Kirchenamt etwa verbundene Staatsamt, z. B. das Schulinspektorat, fällt ebenfalls unter § 31. Beide Ausnahmen bestreitet Binding 379 N. 4, obgleich die Militär- und Marinegeistlichen nach der Klasseneinteilung der Militärbeamten des Reichsheeres und der Marine zu den Militärbeamten gehören. Nicht dagegen gehören zu den öffentlichen Ämtern die Hofämter, z. B. das Hausministerium mit seinen Unterabteilungen wie das Heroldsamt, da hier lediglich ein kontraktliches Verhältnis zum Landesherrn vorliegt.

Das Gesetz benennt die Nationalität nur bei Heer und Marine, aber auch unter den öffentlichen Ämtern sind nicht die von dem Auslande, sondern die von dem Reiche und unmittelbar oder mittelbar von einem Bundesstaat verliehenen zu verstehen: Binding Lehrb. II 375 und Olshausen N. 8 sowie RG. an den a. D. Vgl. § 33 N. 3.

Bezüglich der Wirkung des Verlustes der Fähigkeit gilt das N. 5 Abs. 1 Gesagte auch hier.

7. Die Zuchthausstrafe ist eine Materie im Sinne GG. § 2 Abs. 1. Daher ist die Landesgesetzgebung nicht befugt, weitere strafrechtliche Ehrenfolgen als die in § 31 genannten an die Verurteilung zu knüpfen. Dagegen steht es ihr frei, auf anderen Gebieten als dem des Strafrechts mit der Verurteilung Rechtsverwirkungen eintreten zu lassen, sie mögen nun dem Privat- oder dem Staatsrecht angehören. Übrigens sind die z. Z. geltenden Rechtsverwirkungen fast sämtlich

nicht an die Verurteilung zu Zuchthaus, sondern an den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte geknüpft. Natürlich sind auch kaufmännische und andere Korporationen befugt, in ihren Statuten zu bestimmen, daß die Verurteilung zur Zuchthausstrafe den Verlust der Mitgliedschaft zur Folge hat.

§ 32.

Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben der Gefängnisstrafe nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnisstrafe wegen Annahme milderer Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Die Dauer dieses Verlustes beträgt bei zeitiger Zuchthausstrafe mindestens zwei und höchstens zehn Jahre, bei Gefängnisstrafe mindestens ein Jahr und höchstens fünf Jahre.

1. Während die Ehrenfolgen des § 31 kraft Gesetzes eintretende Rechtsverwirfungen — nach dem zivilistischen Ausdruck *pars et sequela* — der wider den Schuldigen verhängten Zuchthausstrafe sind, muß der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich in dem Urteile als Nebenstrafe neben der Hauptstrafe: Tod, Zuchthaus, Gefängnis ausgesprochen sein, widrigenfalls er nicht eintritt. Ist bei der Gefängnisstrafe die Bedingung des Abs. 1 oder sind bei Zuchthaus- und Gefängnisstrafe die in Abs. 2 gesetzten zeitlichen Maxima und Minima nicht eingehalten, so hat es infolge der Rechtskraft des Urteils dabei sein Bewenden. Ist bei zeitiger Freiheitsstrafe gar keine Zeitdauer angegeben, so tritt unzweifelhaft § 33 in Wirksamkeit, wogegen § 34 nach Olshausen N. 12 überhaupt nicht, nach Oppenhoff-Delius N. 10 für die ganze Lebensdauer, nach Rüdorff-Stenglein N. 9 mit den zeitlichen Minimalbeträgen Anwendung findet. Die dritte Ansicht wird damit begründet, daß weder das Urteil zu ignorieren noch nach dem Satze in *dubio pro reo* eine über das Minimum sich erstreckende Dauer, noch weniger aber die ungesetzliche Dauer auf Lebenszeit zu vermuten ist, scheidet aber an der ausdrücklichen Bestimmung des § 34, daß die in ihm genannten Wirkungen nur „während der im Urteile bestimmten Zeit“ sich geltendmachen, wonach sie folgerecht gar nicht zur Existenz kommen, wenn in dem Urteile eine Zeit überhaupt nicht bestimmt wird. Bei der Todesstrafe und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe ist die Dauer nach Abs. 2 stets eine lebenslängliche, so daß es eines Ausspruches über sie nicht bedarf, obgleich der Mangel eines Ausspruches eine Inkorrektheit ist: Frank N. III, Olshausen N. 12.

2. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte — Olshausen N. 1 erklärt den Gebrauch des Ausdrucks Ehrverlust in dem Urteile für gesetzwidrig! — muß erkannt werden in den Fällen der §§ 153—155 (161 Abs. 1), 181, 302d, 302e.

In allen anderen Fällen ist die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte eine fakultative — „fann“.

Diese fakultative Aberkennung ist unbedingt zugelassen neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe. Nach den Motiven ist sie neben der Todesstrafe zugelassen, um den Unterschied zwischen den entehrenden und den nicht entehrenden Fällen der todeswürdigen Verbrechen hervortreten zu lassen, und hat sie praktische Wirkung nicht nur für den Zeitraum zwischen dem Tage, an welchem das Urteil rechtskräftig wird, und dem Tage der Hinrichtung, sondern auch in den Fällen einer Begnadigung, weil durch die Ausübung der Gnade bei der Milderung der Strafe nicht etwas würde hinzugefügt werden dürfen, was wieder als Verschärfung angesehen werden könnte. Die Richtigkeit dieses letzten Grundes ganz beiseite gelassen — jede Freiheitsstrafe mit Ehrverlust ist der Art nach leichter als Todesstrafe ohne solchen — hat die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wegen der mit ihr auf anderen Rechtsgebieten gesetzlich oder statutarisch verbundenen Rechtsverwirfungen auch neben der Todesstrafe ihre Bedeutung.

Sie ist nur bedingt zugelassen bei der Gefängnisstrafe. Bei dieser muß die Dauer der Strafe, d. h. die der erkannten, nicht der zu vollstreckenden (§§ 7, 60), drei Monate erreichen. Dieses Erfordernis ist ein absolutes und gilt auch für diejenigen Fälle, in denen sie obligatorisch ist: Olshausen N. 5; RG. 6./5. 89 C. 19 203. Wird im Falle der Realkonkurrenz eine Gesamtstrafe von mehr als drei Monaten Gefängnis verhängt, so darf nach § 76 Abs. 1 auf Ehrverlust nur dann erkannt werden, wenn diejenige einzelne Gefängnisstrafe, wegen deren der Ehrverlust erfolgt,

mindestens drei Monate beträgt. Falls die Zusatzstrafe nur einen Tag beträgt, so kann, was Hälschner befreitet, auf Ehrverlust erkannt werden, obgleich — vgl. § 19 Nr. 2 b — die Gesamtstrafe drei Monate nicht übersteigen darf: Hälschner I 619 Nr. 1, Olshausen Nr. 5.

Weiter muß entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zugelassen haben: §§ 49a, 108, 109, 133 Abs. 2, 142, 143, 150, 156—160 (161 Abs. 2), 164, 168, 173, 175, 180, 181a, 183, 184, 242, 246 (248), 253 (256), 258 Abs. 1 Nr. 3, 259 (262), 263, 266, 267, 274, 275, 277—279 (280), 284, 289, 294, 302—302c, 304, 329, 333, 350, KontD. § 240 Nr. 1, 2.

Oder die Gefängnisstrafe muß wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen werden: §§ 115 Abs. 2, 116 Abs. 2, 118, 125 Abs. 2, 146, 147, 149, 171, 174, 176, 177, 179, 181 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 213, 217, 218, 239 Abs. 2, 3, 243, 244, 249, 250, 252, 255, 258 Abs. 1 Nr. 2, 261, 264, 265, 268, 269, 270, 272, 273, 308, 311, 332, 334, 340 Abs. 2, 346, 347 Abs. 1, 351, KontD. §§ 239, 242. Diese Alternative liegt nicht vor, wenn schon als ordentliche Strafe Zuchthaus wahlweise neben Gefängnis angedroht ist, z. B. §§ 224, 226, da die in § 228 angedrohte Strafe von nicht unter Einem bzw. drei Monaten Gefängnis nicht an die Stelle von Zuchthaus, sondern von Zuchthaus oder Gefängnis tritt: Finger I 485, Frank II II 2 b, Olshausen Nr. 6, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 2 Abs. 5: RG. 5./6. 94 C. 25 408.

Bei Versuch, Anstiftung und Beihilfe ist die Aberkennung obligatorisch oder fakultativ, je nachdem sie es bei dem vollendeten, angestifteten, geförderten Delikt ist (§§ 45, 48 Abs. 2, 49 Abs. 2).

Gegen Jugendliche darf auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlicher Ehrenrechte nicht erkannt werden (§ 57 Nr. 5).

Im Militärstrafrecht sind nach MilStGB. § 46 bei dem Versuch militärische Ehrenstrafen immer nur zulässig, mögen sie auch bei dem vollendeten Delikt geboten sein. Das Gleiche gilt nach StGB. § 49 Abs. 2, MilStGB. § 2 bei der Beihilfe. Wird gegen eine Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung auf Zuchthaus, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter erkannt, so treten diejenigen militärischen Ehrenstrafen, auf welche bei einer solchen Verurteilung die Militärgerichte würden erkennen müssen, nach MilStGB. § 42 von Rechtswegen ein.

3. Abs. 2 bezieht sich nur auf zeitliche Freiheitsstrafen. Bei der Verurteilung zum Tode und zum lebenslänglichen Zuchthaus ist der Ehrverlust ohne Zeitbegrenzung, also dauernd, auf Lebenszeit auszusprechen: Frank Nr. III, Meyer-Alsfeld 315, Olshausen Nr. 9. Die Zeitmaße sind dergestalt bindend, daß das Maximum auch bei einer Gesamtstrafe nicht überschritten werden darf: Berner 303, Geyer I 190, Hälschner I 690 Nr. 4, Mertel StB. II 584, Meyer-Alsfeld 362, Olshausen § 76 Nr. 2, Oppenhoff-Delius § 76 Nr. 4. Dabei ist jedoch für die Dauer nicht die Art der Einzelstrafe, sondern die der Gesamtstrafe maßgebend.

Zunächst der zeitlichen Grenzen ist das richterliche Ermessen frei, so daß, was freilich nicht praktisch wäre, die Dauer sogar nach Tagen gerechnet werden darf.

4. Die Materie der bürgerlichen Ehrenrechte ist Gegenstand des StGB. Vgl. § 33 Nr. 2.

§ 33.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte, ingleichen den dauernden Verlust der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen.

1. Die §§ 33—36 regeln die Wirkungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Dabei bezeichnet § 33 diejenigen bereits erworbenen Rechte, welche dauernd verlorengehen, § 34 diejenigen Rechte, welche zu erwerben bzw. auszuüben der Verurteilte für die gemäß § 32 Abs. 2 bestimmte Zeit unfähig wird, und § 36 normiert den zeitlichen Eintritt des Ehrverlustes und die Berechnung der Zeitdauer. In § 35 wird der Richter allgemein ermächtigt, neben der Gefängnisstrafe statt auf den Ehrverlust überhaupt auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zu erkennen, wovon die §§ 128, 129, 358 spezielle Anwendungen enthalten. Außerdem kennt das StGB. und zwar nicht bloß neben der Gefängnisstrafe, sondern auch neben der sonst von den Ehrenstrafen nicht berührten Festungshaft, als fernere, im Allgemeinen Teil genannte Ehrenstrafe in den §§ 81, 83, 84, 87—91, 94, 95 den Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, zwar nicht als „dauernden Verlust“, sondern als „Verlust“ schlechthin, ohne daß jedoch aus dieser sprachlichen Differenz sachliche Folgerungen gezogen werden dürfen. Ebenso erscheint nur im Besonderen Teil die in § 319 für die §§ 315

bis 318 angedrohte, gleichfalls als dauernd aufzufassende Unfähigkeit. Endlich kann die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete nach CG. § 5 künftig nur den Verlust öffentlicher Ämter androhen.

2. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist eine von dem StGB. behandelte Materie. Daher ist die Landesgesetzgebung nicht befugt, die §§ 33—36 in irgendeiner Beziehung abzuändern. Auf dem ihr nach CG. § 2 Abs. 2 zur selbständigen Regelung verstatteten Gebiete ist ihr, wie soeben bereits bemerkt wurde, durch CG. § 5 die Befugnis zur Festsetzung von Ehrenfolgen mit der einzigen Ausnahme der Entziehung öffentlicher Ämter für die Zukunft genommen. Die bei dem Inkrafttreten des StGB. bereits bestehenden Gesetze sind insoweit aufgehoben, als der in ihnen angedrohte Ehrverlust ein in irgendeiner Beziehung weiterer ist als der des StGB., denn der letztere ist so fest bestimmt, daß jede Erweiterung eine nach CG. § 6 unzulässige Strafact schaffen würde. Dahin gehört insbesondere der Verlust des Adels oder auch nur der Fähigkeit, während der in § 34 festgesetzten Zeit den Adel zu führen, da das Adelsprädikat nicht ein Titel, sondern ein Teil des Namens ist. Vgl. Olshausen N. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 4—6. Dagegen behauptet Frank §§ 33, 34 N. I, daß abweichende landesgesetzliche Bestimmungen sowohl bestehen geblieben wären als auch — trotz CG. § 5! — neu eingeführt werden könnten. „Denn wenn „das Landesrecht an sich, d. h. ohne Rücksicht auf strafrechtliche Bestimmungen des Reichs, die „Befugnis hat, gewisse Materien, z. B. die Rechtsverhältnisse des Adels, zu regeln, so hat es auch „die Befugnis, den Einfluß der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf diese Materie „zu bestimmen, z. B. den Verlust des Adels daran zu knüpfen. Dies wird durch das Eingreifen „des StGB.s nicht anders. Der Sinn der §§ 33, 34 ist nicht der, daß das Reich dem der Ehrenrechte verlustig Erklärten seine sonstige Rechtsstellung garantiert, sondern nur der, daß die von „Reichs wegen eintretenden Nachteile bestimmt werden. Im übrigen bleibt dem Landesrecht „die Bahn frei, sofern es sich um eine ihm sonst unterstehende Materie handelt.“ Bei dieser Argumentation verschiebt Frank den Begriff der Materie. Der Adel ist, um an diesem Beispiel festzuhalten, ein dem Privat- bzw. Staatsrecht angehörendes Rechtsinstitut, dessen Regelung allerdings der Landesgesetzgebung anheimfällt, aber die Bestimmung, daß der Adel zur Strafe verlorengelange, ist eine strafrechtliche, und darum handelt es sich hier. Auch die in einem Bundesstaat bestehende Thronfolge ist durch das bundesstaatliche Staatsrecht geregelt, aber ihre gewaltthame Änderung ein durch das StGB. mit Strafe bedrohter Hochverrat; würde Frank wegen jenes Grundes den Bundesstaat für befugt erachten, diesen Hochverrat abweichend von StGB. § 81 zu bestrafen? Oder, um bei dem Ehrverlust zu bleiben, als Wirkung des Ehrverlustes die Verbannung aufzustellen?

Die gleiche Stellung nimmt die Reichsgesetzgebung bezüglich ihrer beim Inkrafttreten des StGB. bereits bestehenden Gesetze ein. Daher ist § 3 Nr. 4 Abs. 2 des Reichs-Wahlgesetzes v. 31. Mai 1869 (Bundes-Gesetzbl. 145):

„Ist der Vollgenuß der staatsbürgerlichen Rechte wegen politischer Vergehen oder „Verbrechen entzogen, so tritt die Berechtigung zum Wählen wieder ein, sobald die „außerdem erkannte Strafe vollstreckt oder durch Begnadigung erlassen ist“ für beseitigt zu erachten: Binding Grundr. 252, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein §§ 33—36 N. 5. Die neuere Reichsgesetzgebung ist natürlich souverän.

Dagegen werden durch die §§ 33—36 nicht berührt die zahlreichen nichtstrafrechtlichen, also auch nicht von dem Strafrichter auszusprechenden Rechtsverwicklungen privat- oder staatsrechtlicher Natur, welche insbesondere die Reichsgesetzgebung angeordnet hat: Frank §§ 33, 34 N. I, Olshausen N. 3, 4, Rüdorff-Stenglein N. 9. Ebensonenig greift das StGB. in die Autonomie der Korporationen, insbesondere in die Befugnisse derselben ein, die Bedingungen der Mitgliedschaft in ihren Statuten festzusetzen; vgl. § 32 N. 7.

3. Die Bestimmung, daß der Verlust der genannten Rechte usw. ein dauernder ist, bedeutet nur, daß das Recht usw. definitiv verloren ist und nicht mit Ablauf der dem Ehrverlust gesetzten Zeit dem Beurteilten ohne weiteres wieder zufällt. Der dauernde Verlust ist also nicht gleichbedeutend mit der Unfähigkeit, nach Ablauf der Zeit das Recht usw. wieder zu erwerben, ist nicht wie im Falle des § 31 eine Unfähigkeit in tempus vitae, wie aus der zeitlichen Beschränkung in § 34 Nr. 3, 4 hervorgeht.

Die Frage, ob öffentliche Ämter auch ohne Strafurteil entzogen werden können, gehört in das Staats- und Verwaltungsrecht. Die Entziehung im Disziplinarwege ist sowohl im Reich als auch in sämtlichen Bundesstaaten zulässig. Die Inhaber mancher Ämter stehen sogar auf Kündigung. Daß die nicht notwendig mit einem Amt verbundenen Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen durch einseitigen Akt des Verleihenden, z. B. des Landesherrn, ad voluntatis suae beneplacitum, zurückgenommen werden können, muß bestritten werden, da durch die ohne Vorbehalt erfolgte Verleihung ein wohl erworbenes Recht begründet ist, welches wider den Willen des Beliehenen nur gesetzlicherweife aufgehoben werden kann.

Der Staat kann nur diejenigen publizistischen Rechte nehmen, die er selbst gegeben hat, und ist nicht in der Lage, den Urteilen seiner Gerichte Gültigkeit auch für das Ausland zu verleihen. Die Rechte, um deren Verlust es sich handelt, müssen im inländischen Rechte wurzeln. Sind sie von dem Ausland verliehen, so gehen sie durch das Urteil nicht verloren: Werner 240, Binding Grundr. 251 und Lehrb. II 375, Frank §§ 33, 34 Nr. II 2, v. Liszt, 266 Nr. 2, Olshausen Nr. 8, Oppenhoff-Delius Nr. 11, wogegen Hälschner I 609, Meyer-Alfeld 314 Nr. 17 und Rüdorff-Stenglein Nr. 2 den Verlust behaupten; Binding ausgenommen, schweigen diese Autoren freilich von den Ämtern. Wenn die erste Ansicht von ihren Befennern dahin modifiziert wird, daß die Führung der Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen im Inlande auf die Zeit des Ehrverlustes zu ruhen habe, so hat diese Mittelfansicht am Gesetz keinen Anhalt und kann auch nicht durch die Fiktion begründet werden, daß die höhere Genehmigung zur Führung als stillschweigend zurückgenommen zu gelten habe, eine Genehmigung, welche ohnehin nicht in allen Bundesstaaten erforderlich ist. Eine rechtliche Bedeutung hat diese Frage für §§ 132, 360 Nr. 8.

4. Was die einzelnen Rechte betrifft, deren Verlust § 33 anordnet, so sind zunächst die öffentlichen Wahlen nicht der Gegenstand zu den geheimen, sondern zu den Wahlen in privaten Angelegenheiten: sie sind Wahlen in öffentlichen Angelegenheiten (§ 34 Nr. 4). Für öffentliche Angelegenheiten, diesen Begriff im weitesten Sinne genommen, wie er z. B. im Vereinsrecht in Anwendung kommt, sind alle diejenigen zu erachten, welche die Interessen von Staat, Kirche und Gesellschaft, also wenn auch möglicherweise zugleich mit, doch nicht ausschließlich Privatinteressen berühren: RG. 25./1. 93 G. 22 337, 24./2. 08 G. 41 121. Ist es klar, daß dieser Begriff für § 33 zu weit geht, so würde er auf der anderen Seite zu eng gefaßt sein, wenn man ihn wie den Begriff des öffentlichen Amtes nur auf die Sphäre des Staates beschränken wollte, vielmehr gehören hierher alle diejenigen Angelegenheiten des öffentlichen Rechtes, an welchen mit aktivem oder passivem Wahlrecht sich zu betätigen auch der Nichtbeamte berufen ist: Frank Nr. II. 1, Olshausen Nr. 6 und § 33 Nr. 5, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 5; RG. 24./2. 08 G. 41 121. Folglich gehören auch die Wahlen in kirchlichen Angelegenheiten hierher, wenn nach dem betr. Landesrecht die Kirche eine öffentliche Korporation und nicht lediglich ein Privatverein ist, mögen ihm im letzteren Falle auch die Rechte einer juristischen Person zustehen. So die allgemeine Ansicht, auch die Olshausens, wenn er Nr. 6 Abs. 2 die Frage, welche Angelegenheiten und somit welche Wahlen öffentliche seien, nach dem Reichs- und Landesrecht entschieden werden läßt, wogegen Binding Grundr. 252 und Lehrbuch II 381 seiner Ansicht von den öffentlichen Ämtern getreu die kirchlichen Wahlen ausschließt. Wegen der öffentlichen Ämter vgl. § 31 Nr. 6.

Wegen der öffentlichen Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen vgl. die Ausführungen zu § 360 Nr. 8. Die Würden sind öffentlich, wenn sie vom Staat oder unter seiner Autorität von einer Korporation des öffentlichen Rechts verliehen sind. Zu ihnen gehören insbesondere die akademischen Titel und Würden: Binding Grundr. 252, Finger I 482, Hälschner I 609, v. Liszt 266 Nr. 2, Meyer-Alfeld 314 Nr. 17, Olshausen Nr. 7, Oppenhoff-Delius Nr. 8, Rüdorff-Stenglein Nr. 4. Ebenso die Ehrenbürgerrechte: Binding, Hälschner, Olshausen a. a. O. Darüber, daß der Adel nicht zu den Titeln gehört, vgl. auch oben Nr. 2.

§ 34.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urteile bestimmten Zeit

- 1) die Landesfahne zu tragen;
- 2) in das Deutsche Heer oder in die Kaiserliche Marine einzutreten;
- 3) öffentliche Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen;
- 4) in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben;
- 5) Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein;
- 6) Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats oder Kurator zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundtschaftliche Behörde oder der Familienrat die Genehmigung erteile.

1. Hier werden diejenigen Rechte aufgeführt, welche während der im Urteil bestimmten Zeit zu erwerben bzw. auszuüben der Verurteilte unfähig ist. Ist die Hauptstrafe Zuchthausstrafe, so tritt die Unfähigkeit der Nr. 2 und bezüglich der öffentlichen Ämter die der Nr. 3 als dauernde und von Rechtswegen ein.

2. Nr. 1. Die Unfähigkeit, die Landesfahnen zu tragen, bezieht sich auf alle Landesfahnen, zu deren Tragung der Verurteilte kraft seiner Staatsangehörigkeit berechtigt sein würde, mag er auch die Berechtigung erst nach der Beurteilung erworben haben: Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4. Diese Unfähigkeit mit Werner 241, Binding Grundr. 252, v. Liszt 266 N. 3, Meyer-Alfeld 314 N. 16, Oppenhoff-Delius N. 1 im Wege der Analogie auf die Reichsfahnen zu beziehen, ist unzulässig, weil letztere weder ein Anzei der Landesfahnen noch, wie Berner meint, die allen deutschen Ländern gemeinsame Fahnen, auch die Begründung eines Rechtsverlustes durch analoge Anwendung nach § 2 Nr. 4 ausgeschlossen ist. Zudem ist eine Reichsfahnen nicht für alle Deutschen, sondern nur als militärisches Abzeichen für die Elsaß-Lothringischen Armeekorps, für die Marine und die Schutztruppen eingeführt.

3. Nr. 2. Bezüglich der Wirkungen nach geschehenem Eintritt vgl. § 31 Nr. 2.

4. Nr. 3. Wegen der öffentlichen Ämter vgl. § 31 Nr. 6, wegen der Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen § 33 Nr. 4 und die Ausführungen zu § 360 Nr. 8.

5. Nr. 4. Vgl. § 33 Nr. 4 und Olshausen N. 5. Oppenhoff-Delius N. 5 identifiziert hier wegen der Heranziehung der „anderen politischen Rechte“ die öffentlichen Angelegenheiten mit Staatsangelegenheiten. Ebenso schließt Rüdorff-Stenglein N. 6 die kirchlichen Angelegenheiten aus, obgleich er sie § 33 Nr. 5 zu den öffentlichen Angelegenheiten rechnet.

6. Nr. 5. Gemeint sind nicht Beweis-, sondern Solemnitäts-, also solche Zeugen, deren Zuziehung bei der Errichtung gewisser Urkunden zu deren Gültigkeit erforderlich ist. Daraus folgt, daß die Urkunde ungültig ist, wenn dem Zeugen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind. Diese Konsequenz ist jedoch durch das geltende bürgerliche Recht in weitem Umfang aufgehoben, indem nach ihm das Verbot, der bürgerlichen Ehrenrechte verlustig gegangene Zeugen zur gerichtlichen und notariellen Aufnahme von Urkunden, auch Testamenten, und zur Eheschließung zu verwenden, in ein instruktionelles „soll“ umgewandelt ist. Der Akt ist ungültig, wenn die Zeugen nicht zugegen sind, wird aber nicht dadurch ungültig, daß den zugezogenen Zeugen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind. Vgl. BGB. §§ 1318, 2237 und Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 173.

7. Nr. 6 (teilweise neue Fassung, vgl. oben I 13). Diese öffentlichen Offizien des Familienrechts sind nach Maßgabe des geltenden bürgerlichen Rechts zu verstehen. Daher ist zu vergleichen bezüglich des Vormundes BGB. §§ 1773, 1896, des Gegenvormundes §§ 1792, 1798, des Pflegers §§ 1909—1914, des Beistandes der Mutter § 1687, des Mitgliedes eines Familienrats § 1858. Kurator ist der jetzige Pfleger: RG. 30./6. 08 C. 41 385. Weil die ganze Bestimmung nur eine familienrechtliche Bedeutung hat, kann der Ausdruck auf einen Konkursverwalter u. ä. nicht bezogen werden. Olshausen N. 7 meint, daß er mit Rücksicht auf die — jetzt schon verstrichene — Übergangszeit beibehalten sei.

Auch die aus dieser Anordnung sich ergebende Konsequenz ist dadurch aufgehoben, daß das Verbot, den der Ehrenrechte verlustig Gegangenen zur Vormundschaft zu berufen, nach BGB. §§ 1780, 1781 ein lediglich instruktionelles ist. Das Gleiche gilt für die übrigen Personen: BGB. §§ 1792, 1915, 1694, 1865, ausgenommen jedoch wunderbarerweise den Pfleger eines Minderjährigen §§ 1909, 1916.

§ 35.

Neben einer Gefängnisstrafe, mit welcher die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt hätte verbunden werden können, kann auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter hat den dauernden Verlust der bekleideten Ämter von Rechtswegen zur Folge.

1. Diese Nebenstrafe ist eine Abzweigung von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und daher wie diese nur eine fakultative Ehrenstrafe. Sie ist generell in diesem § 35, speziell in den §§ 128, 129, 331, 339—341, 352—355, 357 (358) angedroht. Nicht zu verwechseln ist sie mit der in § 319 für die §§ 315—318 angedrohten Unfähigkeit und mit dem Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte in den §§ 81, 83, 84, 87—91, 95. In diesen beiden Spezialfällen ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nicht

angedroht. Daher findet Abs. 1 auf sie keine Anwendung und kann auf die Nebenstrafe auch dann erkannt werden, wenn die erkannte Gefängnisstrafe unter drei Monaten bleibt.

Nach Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878 § 6 kann die Zulassung zur Rechtsanwaltsordnung auch nach Ablauf der Zeit verjagt werden, „wenn der Antragsteller infolge strafgerichtlichen Urteils die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf Zeit verloren hatte“.

Die Nebenstrafe des § 35 ist nach §§ 45, 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 auch bei Versuch, Anstiftung und Beihilfe, dagegen nach § 57 Nr. 5 nicht gegen Jugendliche zulässig.

Die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ist keine militärische Strafe. Im übrigen vgl. § 32 Nr. 2 letzten Abs.

2. Die Unfähigkeit des § 35 ist in dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte einbegriffen. Daher darf auf sie nur unter denselben Voraussetzungen erkannt werden, unter welchen auf den allgemeinen Ehrverlust erkannt werden kann, insbesondere also nur bei einem Minimum von drei Monaten Gefängnis, und sie darf ferner nicht neben dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt ausgesprochen werden, weder allgemein noch mit Verteilung der fünf Jahre auf beide: RG. 12./12. 90 C. 21 264, 14./6. 97 C. 30 159. Die Hauptstrafe darf nur Gefängnis sein. Die Nebenstrafe darf daher neben der Zuchthausstrafe selbst dann nicht verhängt werden, wenn diese im Fall der Realkonkurrenz als Gesamtstrafe festgesetzt ist und wegen eines der einzelnen Delikte ohne das reale Zusammentreffen die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter gemäß § 35 statthaft wäre. Wird das Urteil hinsichtlich desjenigen Deliktes, welches zur Festsetzung der Zuchthausstrafe geführt hat, aufgehoben, so ist nach Aufhebung der Gesamtstrafe bei der anderweiten Straffestsetzung die Anwendung des § 35 nicht ausgeschlossen.

3. Wegen Abs. 2 vgl. § 31 Nr. 6 und § 33 Nr. 3. Die Bestimmung ist, wie schon oben bemerkt wurde, allgemeiner Natur.

4. Der § 35 wird dann zur Anwendung kommen, wenn der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt, obgleich seine gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, als zu hart erscheint, denn natürlich ist dieser im Vergleich zu der vereinzelt Unfähigkeit des § 35 die härtere Strafe. In der Regel wird, wie die Motive zutreffend bemerken, die Bestimmung ihre Wirksamkeit auf Beamte finden, indessen ist ihre Anwendung auch gegen Nichtbeamte möglich, nicht bloß gegen Amtsbewerber, sondern vermöge des in § 31 erweiterten Begriffs des öffentlichen Amtes auch gegen diejenigen, welche, ohne Beamte zu sein, ein öffentliches Amt betreiben.

§ 36.

Die Wirkung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt, sowie der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter insbesondere tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein; die Zeitdauer wird von dem Tage berechnet, an dem die Freiheitsstrafe, neben welcher jene Aberkennung ausgesprochen wurde, verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

1. Die Ehrenstrafen sind echte Strafen, treten daher in Wirksamkeit erst, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist. Wird das rechtskräftig gewordene Urteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben, so erhält der Freigesprochene die ihm im aufgehobenen Urteil abgesprochene Fähigkeit ohne weiteres zurück, wogegen die nach § 33 verlorenen Rechte, Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen eben verloren sind und neu erworben bzw. verliehen werden müssen, falls nicht nach den neben dem StGB. bestehenden gesetzlichen Bestimmungen auch sie dem Freigesprochenen ohne weiteres wieder anwachsen.

Dies gilt von allen Ehrenstrafen. Ist somit die Bestimmung über den Beginn der Wirkung bezüglich der Bekleidung öffentlicher Ämter nicht auf § 35 beschränkt, so muß man die Berechnung der Zeitdauer ebenmäßig auf alle Fälle beziehen, in welchen die Unfähigkeit zu jener Bekleidung angedroht ist: v. Liszt 268, Olshausen Nr. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 7.

2. Die Ehrenstrafe des § 31 tritt, wie § 31 Nr. 3 ausgeführt wurde, mit der Rechtskraft des Urteils von Rechtswegen ein; sie ist keine Folge der Strafvollstreckung, sondern der Verurteilung; es ist daher gleichgültig, ob die Hauptstrafe verbüßt wird oder nicht, und aus welchem Grunde sie nicht verbüßt wird. Dagegen muß der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter im Urteil ausdrücklich ausgesprochen sein. Gleichwohl kann man auch bei ihnen nicht von einer Strafvollstreckung sprechen, vielmehr treten sie mit der Rechtskraft des Urteils von selbst ein, unabhängig davon, ob die Hauptstrafe verbüßt wird oder nicht. Weil somit die Wirkung der Ehrenstrafe unabhängig ist von der Verbüßung der Hauptstrafe, auf der anderen Seite aber die eigentümliche Bedeutung dieser Strafe gerade erst dann sich geltend macht, wenn der Verurteilte der Freiheit wiedergegeben ist, soll die im Urteil festgestellte Zeit-

dauer erst von dem Tage an berechnet werden, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt ist, und der Verbüßung wird nicht bloß der Erlaß im Gnadenwege, sondern sogar die auf die oblivio temporis gegründete Strafverjährung gleichgestellt. Nur ausnahmsweise ist die Zeit von der Rechtskraft des Urteils an zu berechnen, nämlich wenn in den Fällen der §§ 7, 60 die erkannte Strafe durch die im Auslande bereits verbüßte bzw. durch die in Anrechnung gefommene Untersuchungshaft konsumiert wird, und unbedingterweise im Fall des § 37: Hälschner I 612, Olshausen N. 3, 6.

Wird hiernach die bis zur Verbüßung, Verjährung, Begnadigung verstrichene Zeit nicht einberechnet, so dauern die Wirkungen der Ehrenstrafen tatsächlich länger, als sie nach der im Urteil erhaltenen Zeitbestimmung scheinbar dauern sollen. Bei den schweren Strafen wird zudem die Verjährung durch eine konstante staatsanwaltliche Praxis regelmäßig ausgeschlossen.

Bei der Todesstrafe und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe ist die Zeitdauer der Ehrenstrafe eine lebenslängliche. Eine Zeitberechnung kann daher nur eintreten, wenn jene Strafen im Gnadenwege in zeitliche Freiheitsstrafen abgeändert werden. In diesem Falle tritt die abgeänderte Strafe an die Stelle der von dem Richter erkannten, so daß die Ehrenstrafe als neben jener ausgesprochen zu gelten hat.

In jedem Fall muß aber die Ehrenstrafe neben einer Freiheitsstrafe erkannt sein, denn wenn die Hauptstrafe in Geldstrafe besteht, kann auf die Ehrenstrafe überhaupt nicht erkannt werden. Dies gilt auch für die der Geldstrafe wegen Unvermögens des Verurteilten substituierte Freiheitsstrafe. Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4.

Ist gegen denselben Schuldigen durch mehrere selbständige Urteile auf Verlust der Ehrenrechte erkannt und die im ersten Urteil ausgesprochene Zeit noch nicht abgelaufen, wenn die im zweiten Urteil ausgesprochene zu laufen beginnt, so verlaufen beide Zeiten zum Teil gleichzeitig: Hälschner I 612, Olshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 5.

3. Die Zeit beginnt zu laufen nicht mit, sondern von dem Tage an, an welchem die Hauptstrafe verbüßt usw. ist, so daß der Tag, an welchem die Hauptstrafe erledigt worden ist, nicht eingerechnet wird: Frank N. II, Meyer I 166, Meyer-Allfeld 315 N. 24, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 8.

Ist die Ehrenstrafe gemäß § 76 neben der Beurteilung zu einer Gesamtstrafe ausgesprochen, so beginnt, weil die Einzelstrafen keine selbständige Bedeutung mehr haben, die Frist vom Tage der Verbüßung usw. der Gesamtstrafe: Olshausen § 76 N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8.

4. Die Freiheitsstrafe ist bei der vorläufigen Entlassung verbüßt, wenn die festgesetzte Strafzeit abgelaufen ist, während bei einem Widerruf die Zwischenzeit nicht eingerechnet wird: Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6; vgl. oben § 26 N. 1.

5. Wenn die Begnadigung sich nicht ausdrücklich auch auf die Ehrenstrafe bezieht, bleibt diese bestehen, weil sie, wenn auch formell eine Nebenstrafe, doch inhaltlich eine selbständige Strafe ist. Es kann auch mit Grund gar nicht bezweifelt werden, daß ein Erlaß der Hauptstrafe unter Aufrechterhaltung der Nebenstrafe und umgekehrt zulässig ist: v. Liszt 286 und Meyer-Allfeld 276 N. 32, wogegen Berner 344 die Rehabilitation für zulässig erst nach verbüßter oder erlassener Hauptstrafe erklärt. Erstreckt sich die Begnadigung auch auf die Ehrenstrafe, so ist ihre Wirkung gleichwohl eine beschränkte, vgl. N. 1 Abj. 1 und Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 9. Ist durch den Gnadenerlaß die Freiheitsstrafe nur gekürzt, so ist das Ende der gekürzten Strafzeit der Zeitpunkt, von dem ab die Frist zu berechnen ist.

Wird allgemein der Rest der Strafzeit ohne genaue Bestimmung des Zeitpunktes erlassen, so tritt nach Olshausen N. 8 und Oppenhoff-Delius N. 3a der Erlaß nicht mit dem Datum, sondern erst mit der Vollziehung des Gnadenaktes, „der tatsächlichen Entlassung aus der Strafkast“, ein; was unter dieser tatsächlichen Entlassung zu verstehen sei, bleibt dabei unklar. Richtiger hält man an dem Satz des früheren Gemeinen Rechts fest, daß ein rescriptum gratiae im Zweifel vom Augenblick seiner Erzielenz an wirksam ist.

§ 37.

Ist ein Deutscher im Auslande wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann, so ist ein neues Strafverfahren zulässig, um gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten auf jene Folge zu erkennen.

1. Nach den §§ 4, 5 kann in Abweichung von dem Territorialitätsprinzip ein Deutscher, welcher im Auslande eine nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehende Handlung begangen hat, bestraft werden, wenn die Handlung auch durch die Gesetze des Begehungsortes mit Strafe bedroht ist und, falls er bei Begehung der Handlung noch nicht Deutscher war, seitens der zuständigen Behörde des Landes, in welchem das Delikt begangen wurde, die Bestrafung beantragt ist. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, so ist die hiernach zulässige Strafverfolgung gleichwohl ausgeschlossen, wenn das Delikt von den ausländischen Gerichten rechtskräftig abgeurteilt und im Fall der Verurteilung die ausgesprochene Strafe vollzogen ist, oder wenn Strafverfolgung oder Strafvollstreckung nach den ausländischen Gesetzen verjährt sind, oder wenn die Strafe erlassen, oder wenn der nach den ausländischen Gesetzen erforderliche Strafantrag des Verletzten nicht gestellt ist. Wenn hiernach die inländische Verfolgung nicht ausgeschlossen ist und nunmehr wirklich eintritt, so hat nach § 7 der inländische Richter eine im Auslande vollzogene Strafe auf die von ihm zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen. Ist die Verfolgung ausgeschlossen, so ist nach § 37 ein neues Strafverfahren zulässig, um die von den deutschen Gesetzen vorgesehenen Ehrenfolgen auszusprechen. Ist hiernach die Bestimmung des § 37 eine am letzten Ende auf § 4 Nr. 3 zurückführende Ausnahmevorschrift, so kommt sie zur Anwendung nur, wenn im übrigen eine Verfolgung im Inlande ausgeschlossen ist.

2. Subjekt ist ein Deutscher, welcher im Auslande bestraft worden ist. Somit muß der Schuldige die Reichsangehörigkeit bereits zur Zeit seiner Bestrafung im Auslande besessen haben, und es genügt nicht, daß er sie erst nach seiner Bestrafung erlangt hat: Finger I 486, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. Binding Handb. I 448 und zweifelhaft Frank N. II. Daß er die Reichsangehörigkeit auch zu der Zeit besitzen muß, zu welcher § 37 zur Anwendung kommt, was Frank N. II für zweifellos erklärt, ist nicht erforderlich, da der einmal begründete Strafanpruch nicht dadurch aufgehoben wird, daß der Schuldige nachträglich Ausländer wird. Wenn ferner Binding Handb. I 447, Frank N. II und Olshausen N. 3 die Reichsangehörigkeit auch zu der Zeit verlangen, zu welcher das Delikt begangen wurde, so hat diese Ansicht an § 37 keinen Anhalt, und gegen sie spricht, daß die Verfolgung nach § 4 Nr. 3 auch zulässig ist, wenn der Täter bei Begehung der Handlung noch nicht Deutscher war; übereinstimmend, obgleich aus einem völlig unjuristischen Grunde, Berner 246.

3. Der Täter muß im Auslande „bestraft“ sein. Der Ausdruck bestrafen bedeutet sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch wie in dem des StGB. nicht zur Strafe verurteilen, sondern die erkannte Strafe vollziehen. Gleichwohl muß man mit Olshausen N. 2 hier bestrafen nicht als vollziehen, sondern als verurteilen im Gegensatz zu freisprechen verstehen; denn § 5 nennt die Vollziehung der Strafe nicht im Gegensatz zur Verurteilung, sondern im Gegensatz zur Verjährung und Begnadigung, und wenn die erkannte Strafe weder — ganz oder teilweise — vollzogen noch verjährt noch erlassen ist, so findet nicht § 37, sondern ein Strafverfahren zur Verurteilung auf eine Hauptstrafe statt. Ist aber bestrafen nicht als vollziehen, sondern als verurteilen zu verstehen, so findet § 37 auch dann Anwendung, wenn die Strafe verjährt oder erlassen ist: Finger I 486, Frank N. I, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1; a. M. Binding Handb. I 448, Hälschner I 169, v. Liszt 269 Nr. 6, Rüdorff-Stenglein N. 1. Die hier befolgte Ansicht muß umsomehr für richtig erachtet werden, als nach § 36 die Zeitdauer des Ehrverlustes im Fall der Nichtverbüßung erst von dem Ablauf der Verjährung an berechnet wird und ein ausländischer Gnadenakt mit der spezifisch deutschrechtlichen Natur unserer Ehrenstrafen unvereinbar ist.

Dagegen ist das Verfahren aus § 37 ausgeschlossen, wenn die Strafverfolgung nach § 67 verjährt ist, wobei die Bestrafung im Ausland oft als Unterbrechung wirkt: Olshausen N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 2.

4. Die Anwendung des § 37 ist nicht geboten, sondern für zulässig erklärt, wird also, wie aus dem nahen Zusammenhang mit § 4 Nr. 3 folgt, nicht von dem Legalitäts-, sondern von dem Opportunitätsprinzip beherrscht: Olshausen N. 6, zweifelhaft Rüdorff-Stenglein N. 3; vgl. oben § 4 Nr. 3. Bei den Antragsdelikten (§§ 102, 179, 236, 247, 263, 289, 302) ist die Stellung des Strafantrages erforderlich.

5. Die Bestrafung muß wegen eines Verbrechens oder Vergehens erfolgt sein, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlicher Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann.

Es muß sich also zunächst um ein Delikt handeln, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs — StGB. § 1 — ein Vergehen oder Verbrechen ist: Olshausen N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 2.

Mit dem Delikt muß — obligatorisch oder fakultativ — der Ehrverlust verbunden sein. Und zwar nach den Gesetzen des Deutschen Reichs. Das Verfahren des § 37 ist also nicht anwendbar

im Falle GG. § 5, wofern nicht, was für zulässig zu erachten ist, die Landesgesetzgebung eine dem § 37 entsprechende Bestimmung erlassen hat: Binding Handb. I 447, Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Delius N. 4; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7.

Das Delikt muß den Verlust der Ehrenrechte überhaupt oder einzelner Ehrenrechte zur Folge haben oder haben können. Die Ehrenfolge tritt entweder von Rechtswegen ein (§ 31) oder nur auf Grund ausdrücklichen Ausspruches im Urteil, indem auf die Nebenstrafe entweder erkannt werden muß (§ 161, 181, 302d) oder darf. Die bürgerlichen Ehrenrechte sind aufgezählt in den §§ 33, 34, und nur die hier genannten Fälle kommen für § 37 als einzelne in Betracht, nicht aber die Nebenstrafen der §§ 161, 319: Finger I 488, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 12 und bezüglich § 319, nicht aber § 161 auch Binding Handb. I 449 und Frank N. III. Hiernach umfaßt der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt die Gesamtheit der in den §§ 33, 34 genannten Rechte usw., der Verlust einzelner bürgerlicher Ehrenrechte die dauernde Unfähigkeit zum Wehrdienst und zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§ 31), die zeitliche Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§ 35, 128, 129, 358) und den Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte (§§ 81, 83, 84, 87–91, 94, 95).

6) Der Zweck des neuen Strafverfahrens ist lediglich der, auf diese Folgen zu erkennen, also den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder den einzelner Ehrenrechte zu verhängen. Es darf daher nicht stattfinden gegen jugendliche Delinquenten, weil gegen diese nach § 57 Nr. 5 auf Ehrverlust überhaupt nicht erkannt werden darf: Binding Handb. I 448, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2. Da in dem Urteil nur die Ehrenstrafe ausgesprochen wird, nicht aber eine Hauptstrafe, so streift sie den formellen Charakter als Folge von Rechts wegen oder als Nebenstrafe ab und erscheint insoweit selbst als Hauptstrafe.

7) Die Ehrenstrafe wird ausgesprochen gegen den in diesem Verfahren für „schuldig Erklärten“. Daher ist der Richter zwar an das Faktum der ausländischen Verurteilung insoweit gebunden, als er nicht wie im Falle des § 7 auf eine Hauptstrafe erkennen darf, ist aber im übrigen von der ausländischen Prozedur völlig frei, wie wenn überhaupt niemals im Auslande ein Strafverfahren stattgehabt hätte, vielmehr die Straftat vor ihm zum ersten Male zur Aburteilung käme. Das Resultat kann also auch sein, daß ohne Eingehen auf die Frage der Ehrenstrafe auf Freisprechung erkannt wird. Erfolgt eine Verurteilung, so muß die Ehrenstrafe erkannt werden, wenn sie nach § 31 eine Folge der Verurteilung, oder wenn nach §§ 161, 181, 302d der Ehrverlust obligatorisch ist, wogegen der Richter in den fakultativen Fällen, bei der Gefängnisstrafe natürlich unter Beobachtung des 32 Abs. 1, auf die Ehrenstrafe erkennen kann, aber nicht erkennen muß. In der Begründung muß die Schuld des Angeklagten festgestellt und zugleich die Hauptstrafe angegeben sein, auf welche zu erkennen sein würde, wenn das Verfahren auf sie gerichtet wäre. Die Schuldfrage wird also vollständig wieder aufgerollt und ist mit der für die Schuldfrage erforderlichen Stimmenzahl und von dem Richter der Schuldfrage, im Schwurgericht von den Geschworenen zu beantworten. Vgl. Binding Handb. I 448, 449, Olshausen N. 8, 12, Rüdorff-Stenglein N. 3.

8) Da die Ehrenstrafe nicht neben einer Freiheitsstrafe verhängt wird, ist ihre Zeitdauer von der Rechtskraft des sie aussprechenden Urteils an zu berechnen: Olshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 7; vgl. oben § 36 N. 2 Abs. 1.

9) Erfolgt die Verurteilung einer Person des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung wegen Diebstahls, Unterschlagung, Raubes, Erpressung, Hehlerei, Betruges oder Urkundenfälschung, jedoch nicht zu Zuchthaus, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, so kann nach MilStGW. § 42 Abs. 2 ein besonderes Verfahren des Militärgerichts zur Entscheidung darüber angeordnet werden, ob auf Dienstentlassung oder Degradation zu erkennen ist. Hierbei ist nach der Rechtsprechung des Reichs-Militärgerichts das Militärgericht an die in dem Urteil des Zivilgerichts enthaltene tatsächliche Feststellung und Qualifizierung der Tat gebunden.

§ 38.

Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntnis die Befugnis, nach Anhörung der Gefängnisverwaltung den Verurteilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen.

Diese Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

1. Nach den Motiven ist die von Frankreich übernommene, daselbst aber 1885 abgeschaffte Stellung unter Polizei-Aufsicht für bestimmte Kategorien besonders gemeingefährlicher Delinquenten fakultativ als Präventivmittel beibehalten. Um ihr den Charakter eines solchen Präventivmittels erkennbar beizulegen und zugleich einer Anwendung über das Bedürfnis hinaus, also namentlich für alle diejenigen Fälle vorzubeugen, in denen der Bestrafte durch sein Verhalten und durch die Verhältnisse, in die er später tritt, Garantie für seine künftige gute Führung bietet, ist von dem Richter auf Grund der aus den Verhandlungen geschöpften Kenntniss der Individualität des Verbrechers nur die Zulässigkeit der Stellung unter Polizei-Aufsicht auszusprechen, die Stellung selbst aber von der Entscheidung der Polizeibehörde abhängig gemacht. Somit ist unzweifelhaft zwar diese Stellung eine polizeiliche Präventivmaßregel, die Erklärung ihrer Zulässigkeit aber eine Strafe und nicht, wie Binding Handb. I 873 und Grundr. 264, Frank §§ 38, 39 N. I, Gener J 158 annehmen, selbst ein polizeiliches Präventivmittel. Als Strafe untersteht sie daher der Begnadigung, für welche hier die Ausführungen zu § 36 Nr. 5 entsprechende Anwendung finden. Warum es, wie viele, z. B. Oshausen Nr. 7 und Rüdorff-Stenglein Nr. 13, meinen, unzulässig sein soll, daß der Inhaber des Gnadeurechts bei einer Begnadigung von einer härteren Strafe, neben welcher die Zulässigkeit nicht ausgesprochen war, die Zulässigkeit auspricht, ist nicht einzusehen.

2. Die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht ist nicht eine von Rechts wegen eintretende Folge, sondern es muß auf sie erkannt werden, und zwar nicht selbständig, sondern neben einer anderen Strafe. Sie ist zwar wie die Ehrenstrafe eine Nebenstrafe, aber, da sie in den §§ 33, 34 nicht genannt ist, keine Ehrenstrafe; folglich findet § 37 auf sie keine Anwendung.

3. Sie darf nicht ausgesprochen werden neben der Todesstrafe und neben einer Geldstrafe, sondern nur neben einer Freiheitsstrafe, auf welche also erkannt sein muß: Oshausen Nr. 5; vgl. § 36 Nr. 2 Abs. 4.

Sie darf nur ausgesprochen werden in den von dem Gesetz vorgeesehenen Fällen, nämlich in den Fällen der §§ 49a, 115 Abs. 2, 116 Abs. 2, 122 Abs. 3, 125, 146, 147, 180, 181, 181a, 184, 248, 256, 325 und in mehreren Nebengesetzen. In den §§ 115 Abs. 2, 116 Abs. 2, 125, 146, 147, 248, 256, 325 kann die Zulässigkeit nicht ausgesprochen werden, wenn wegen mildernder Umstände auf Gefängnisstrafe erkannt wird, was auch dann gilt, wenn diese Gefängnisstrafe bei Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 in Zuchthausstrafe umgewandelt wird: Oshausen Nr. 3; RW. 23./11. 05 C. 38 215, 22./2. 06 C. 38 353.

Sie darf endlich ausgesprochen werden bei Versuch, Anstiftung und Beihilfe (§§ 44 Abs. 2, 45, 48 Abs. 2, 49 Abs. 2); v. Liszt 264, Meyer-Alfeld 311, Oshausen Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 2 (nur Versuch). Dagegen darf sie nach § 57 Nr. 5 nicht ausgesprochen werden gegen Jugendliche.

In allen Fällen ist sie nur fakultativ, nicht obligatorisch, ist sie unabhängig von einer Minimaldauer der erkannten Freiheitsstrafe oder von einer gleichzeitigen Aberkennung der Ehrenrechte: Berner 222 Nr. 3, Oshausen Nr. 6, Rüdorff-Stenglein Nr. 3.

4. Durch die Erklärung der Zulässigkeit seitens des Richters erhält die Landespolizeibehörde die Befugnis, den Verurteilten unter Polizei-Aufsicht zu stellen. Landespolizeibehörde ist die höhere Polizeibehörde im Gegensatz zur Ortspolizeibehörde. Nur um dies schärfer auszudrücken und um eine Gleichmäßigkeit der Gesetzesprache herbeizuführen, ist das Beiwort „höhere“ hinzugezogen. Wer diese höhere Landespolizeibehörde ist, bemißt sich nach dem Verwaltungsorganismus der einzelnen Territorien; in Preußen z. B. ist es der Regierungspräsident. Vgl. Binding Lehrb. II 744 Nr. 1, Frank Nr. III, Meyer-Alfeld 311, Oshausen Nr. 8 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 5. Eine Delegation auf eine niedere Behörde ist gegenüber der bestimmten Bezeichnung des Gesetzes unzulässig: Frank Nr. III, Oshausen Nr. 9, Rüdorff-Stenglein Nr. 5. Im konkreten Fall ist nicht, wie Finger I 490 meint, diejenige Behörde zuständig, in deren Bezirk der Sitz des Gerichts ist, sondern diejenige, in deren Bezirk der Observat zu der Zeit, zu welcher die Polizei-Aufsicht angeordnet wird, seinen Wohnsitz oder ständigen oder, in Ermangelung eines solchen, seinen jeweiligen Aufenthalt hat: Frank Nr. III, Oshausen Nr. 8 Abs. 2, wogegen Meyer-Alfeld 311 nur den Wohnsitz nennt. Für den Fall eines Wechsels zwischen mehreren Bundesstaaten hat der Bundesrat am 16. Juni 1872 folgenden Beschluß gefaßt (Rüdorff-Stenglein Nr. 6):

„Bezüglich solcher Personen, gegen welche in einem Bundesstaat auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt worden ist, kann, falls sie sich in einem anderen Bundesstaat begeben, die Stellung unter Polizei-Aufsicht auch von derjenigen Landespolizeibehörde ausgesprochen werden, in deren Bezirke sie Aufenthalt nehmen.“

„Jede Landespolizeibehörde, von welcher die Stellung eines Verurteilten unter Polizei-Aufsicht angeordnet wird, hat hiervon, sofern derselbe in einem andern Bundesstaat verurteilt worden, oder heimatsangehörig ist, oder seinen Aufenthalt hat, jeder, der hierbei beteiligten Landespolizeibehörden des andern Bundesstaates Mitteilung zu machen.“

Der Bundesrat ist also offenbar der Ansicht, daß jede Landespolizeibehörde zuständig ist, in deren Bezirk der Obervat verurteilt wurde oder seinen Wohnsitz oder seinen ständigen oder jeweiligen Aufenthalt hat, womit Frant N. III übereinstimmt. Wichtig ist diese Zuständigkeitsfrage wegen § 361 Nr. 1–5.

5. Durch die richterliche Erklärung der Zulässigkeit wird die Landespolizeibehörde nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, die Polizei-Aufsicht anzuordnen. Wegen des Umfangs, in welchem sie von ihrer Befugnis Gebrauch macht, ist sie lediglich an das Gesetz gebunden, ohne daß der Richter in der Lage ist, ihr hierüber, insbesondere wegen der Zeitdauer der Aufsicht, etwas vorzuschreiben: Oshausen N. 10 Abs. 2. Diese Befugnis ist nicht der Verjährung des § 70 unterstellt, da die ihr gesetzte Zeitdauer im Fall der Verjährung der Hauptstrafe erst mit Ablauf dieser Verjährung zu laufen beginnt, erlischt aber durch einen fünfjährigen Nichtgebrauch. Welchen Gebrauch sie von den fünf Jahren macht, steht im Ermessen der Behörde. Sie kann von der Stellung ganz absehen, kann eine kürzere oder längere Zeit bestimmen, die kürzere verlängern oder die längere verkürzen, aber mit Ablauf der fünf Jahre endigt jede von ihr bestimmte Zeit kraft des Gesetzes. Berner 224, Frant N. III, IV, Hälshner I 627, Meyer-Alsfeld 312, Oshausen N. 10 Abs. 1, 3, Oppenhoff-Delius N. 15, 17, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abs. 1.

6. Während bei den Ehrenstrafen die Wirkung früher beginnt als die Berechnung der Zeitdauer, fällt bei der Polizei-Aufsicht beides zusammen: die fünf Jahre werden von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe, neben welcher auf die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht erkannt ist, verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Die desfalls. Ausführungen zu § 36 finden, wie allgemein anerkannt wird, hier ebenfalls Anwendung. Wie dort ist auch hier die Zeit ausnahmsweise von der Rechtskraft des Urteils an zu berechnen, nämlich wenn in den Fällen der §§ 7, 60 die erkannte Strafe durch die Verbüßung im Auslande bzw. durch die Anrechnung der Unterjuchungshaft konsumiert wird. Frants Ansicht Nr. IV, daß bei der vorläufigen Entlassung die Polizei-Aufsicht schon vor Ablauf der festgesetzten Strafzeit verhängt und ausgeübt werden darf, beruht auf einer unzulässigen Identifizierung der Polizei-Aufsicht mit der in §§ 24, 25 vorausgesetzten polizeilichen Beaufsichtigung.

7. Wegen Anhörung der Gefängnisverwaltung vgl. § 25 Nr. 2. Sie ist auch hier keineswegs, wie Frant N. III und Hälshner I 627 Nr. 2. meinen, so wesentlich, daß ihre Unterlassung die Verhängung der Polizei-Aufsicht ungültig macht. Wollte man dies annehmen, so wäre die Vorschrift allgemein als wesentliche zu betrachten, also auch dann einzuhalten, wenn der Obervat die Freiheitsstrafe gar nicht verbüßt hat, was doch auch Frant und Hälshner nicht wollen. Übereinstimmend Oshausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 7.

8. Die Polizei-Aufsicht ist ein reiner Verwaltungsakt. Ist sie angeordnet ohne urteilsmäßige Zulässigkeit, so kann der Obervat sie straflos ignorieren. Im übrigen ist nur die Beschwerde im Verwaltungswege gegeben, sofern sie sich nicht auf den Inhalt des Strafurteils stützt, also St. W. § 490 Maß greift: Frant N. VI, Oshausen N. 14, wogegen Rüdorff-Stenglein N. 9 die Verwaltungsbeschwerde nur bei Überschreitungen bezüglich der Handhabung statuiert und Oppenhoff-Delius N. 19 immer gerichtliche Entscheidung fordert.

9. Die Polizei-Aufsicht ist eine Materie im Sinne GG. § 2. Daher hat sie, wo sie in den älteren Gesetzen angedroht ist, nur die Wirkungen der §§ 38, 39. In den neueren Landesgesetzen darf sie nach GG. § 5 nicht angedroht werden. Oshausen N. 2 und § 39 Nr. 7, Rüdorff-Stenglein N. 11.

§ 39.

Die Polizei-Aufsicht hat folgende Wirkungen:

- 1) Dem Verurteilten kann der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden;
- 2) die höhere Landespolizeibehörde ist befugt, den Ausländer aus dem Bundesgebiete zu verweisen;
- 3) Hausjuchungen unterliegen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, in welcher sie stattfinden dürfen.

1. Nr. 1. Wie die Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergibt, sind unter Orten nicht bloß ganze Ortschaften, sondern auch bestimmte Stadtteile, Plätze, Straßen, sogar Lokale, z. B. Gastwirtschaften, zu verstehen. Die Orte müssen aber einzelne bestimmte, also individuell bezeichnete, nicht unter einem Sammelnamen zusammengefaßt sein. Die Unterjagung kann eine dauernde und eine vorübergehende sein, sich auf bestimmte Tage der Woche, auf bestimmte Gelegenheiten, z. B. Volksfeste, und auf bestimmte Tageszeiten beziehen. Sie darf aber nicht zu einer Konjunktierung

werden, d. h. so weit gehen, daß der Aufenthalt schließlich nur an einem einzelnen Ort gestattet ist. Vgl. Berner 224, Frank N. V 1, Hälschner I 627, Meyer-Walfeld 311, Oshausen N. 1, 2, Oppenhoff-Delius N. 3, 4, 7, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schüpe 79 N. 4, v. Schwarze N. 2.

Die Frage, ob der Aufenthalt auch an dem eigenen Heimatsort unterjagt werden darf, wodurch dem Ohservaten unter Umständen die Möglichkeit eines geordneten Erwerbes und der lokale Unterhaltungswohnort genommen würde, wird von Frank, Meyer-Walfeld a. a. O., Oshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3 bejaht, aber richtiger mit Berner 225, Hälschner I 627 und Rüdorff-Stenglein N. 2 verneint, da in Konsequenz der Bejahung es schließlich auch zulässig sein müßte, den Aufenthalt in der eigenen Wohnung zu verbieten.

2. Nr. 2. Deutsche können weder aus dem Reichsgebiet noch aus dem Gebiet desjenigen Bundesstaats ausgewiesen werden, dem sie angehören. Gegen Ausländer kann gemäß der staatsrechtlich begründeten Befugnis der Polizeibehörden die Ausweisung zu jeder Zeit und ohne zeitliche Beschränkung, jedoch nur aus dem Staate der Polizeibehörde erfolgen. Dagegen kann der Ohservat auf Grund der Nr. 2 nicht aus einem einzelnen Bundesstaate, sondern nur aus dem Reich und nur unter Einhaltung der in § 38 bestimmten fünf Jahre ausgewiesen werden, wobei die Polizeibehörden anderer Bundesstaaten den an sie zu diesem Zweck gerichteten Requisitionen Folge zu leisten haben. Mit Ablauf der fünf Jahre verliert die Ausweisung ihre Kraft, sofern sie nicht ohnehin schon auf eine kürzere Zeit ausgesprochen ist, was gegen Hälschner I 628 für zulässig erachtet werden muß. Die in einem Zirkularschreiben des ehemaligen Reichskanzleramtes v. 8. Okt. 1873 ausgesprochene Ansicht, daß die Ausweisung, wenn unbeschränkt erfolgt, durch den Ablauf der fünfjährigen Frist ihre Wirksamkeit nicht verliere, entbehrt der gesetzlichen Grundlage: Frank N. V 2, Oshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Schüpe 72, anscheinend auch Berner 225.

Nach einem Beschluß des Bundesrats v. 27. April 1873 (Rüdorff-Stenglein N. 6) sind sämtliche auf Grund der §§ 39, 284, 362 erfolgenden Ausweisungen eines Ausländers aus dem Reichsgebiet seitens der ausweisenden Behörden unter abschriftlicher Beifügung des Tenors des rechtskräftigen gerichtlichen Urteils dem Reichskanzleramt zum Zweck der Veröffentlichung durch das Zentralblatt für das Deutsche Reich anzuzeigen.

3. Nr. 3. hat wie Nr. 2 Wirkung für das ganze Reichsgebiet. Vgl. StrP.D. §§ 102, 103, 104, 106, 115.

4. Oshausen N. 6 ist der Ansicht, daß die Wirkungen der Polizei-Aufsicht sofort mit der Anordnung eintreten, nicht erst mit der Bekanntmachung der Anordnung an den Ohservaten. Er selbst beschränkt dies bezüglich der Nr. 1, 2, wie es ja auch in der Natur der Sache liegt, aber auch bezüglich der Nr. 3 ist seine Ansicht nicht zu billigen, weil eine rechtliche Verpflichtung, ohne irgendeine Bekanntgebung sich die nächtliche Haussuchung gefallen zu lassen, nicht angenommen werden kann. Auch in dem ähnlichen Falle des § 361 Nr. 5 muß die Stellung unter polizeiliche Aufsicht der Ohservatin bekanntgegeben sein.

5. Zu Nr. 1, 2 vgl. § 361 Nr. 1, 2.

§ 40.

Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören, eingezogen werden.

Die Einziehung ist im Urteile auszusprechen.

1. Die Einziehung des § 40 wird in dem Urteile neben einer Hauptstrafe ausgesprochen. Nach den Motiven ist sie nicht als eine Vermögensstrafe aufzufassen, sondern soll zur Sicherung des Strafzweckes dienen und insbesondere zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen mitwirken. v. Liszt 248 hält sie, weil es ihr Zweck nicht sei, ein Interesse des Schuldigen zu verletzen, für eine Verwaltungsmaßregel, und Berner 231 erkennt zwar ihren Strafcharakter an, vindiziert ihr aber für die Zukunft den Charakter einer Sicherung oder Prävention. Die gemeine Meinung lehnt diese Ansicht mit Recht ab. Ebenso wie die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht ist die Einziehung des § 40 eine Strafe, und zwar ist sie nach Rüdorff-Stenglein N. 4 „eine das Vermögen treffende Nebenstrafe, woran der präventive Zweck, den sie unter Umständen an sich trägt, nichts ändert“, nach Hälschner I 631 N. 4 „in erster Linie Vermögensstrafe“.

Allerdings ist die allgemeine Regel, welche § 40 ausspricht, in dem Besonderen Teil des StrGB. und in verschiedenen Nebengesetzen stark durchlöchert. Wo die Einziehung ausgesprochen wird ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters oder Teilnehmers, ist sie gegenüber dem Dritten

keine Strafe, sondern eine polizeiliche Präventivmaßregel, eine Enteignung ohne Strafcharakter: Binding Handb. I 499 und Grundr. 260, 261, Birkmeyer Enzykl. 1142, Frank N. I, Mertel 228, Meyer-Altfeld 318, Olshausen N. 1, 10, Wachenfeld Hk. II 283; RG. 24./5. 87 E. 16 114. In diesem Fall ist daher die Schwere der Strafe nicht durch die Einziehung bedingt, was bei der Konkurrenz in Betracht kommt.

2. Die Einziehung kann nur ausgesprochen werden, wenn in demselben Urteil zugleich auf eine Hauptstrafe erkannt wird. Diese Hauptstrafe muß verhängt sein wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens. Die Einziehung ist also unzulässig bei den fahrlässigen Vergehen — fahrlässige Verbrechen kennt das Strafrecht nicht — und bei allen Übertretungen. Die Regel wird aber dadurch durchbrochen, daß in den §§ 360 Abs. 2, 367 Abs. 2, 369 Abs. 2 und ebenso in mehreren Nebengesetzen die Einziehung bei gewissen Übertretungen angedroht ist. Da das Gesetz nicht unterscheidet, findet die Einziehung auch bei dem bloß verjuchten Delikt statt: Frank N. II 2, Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 7./10. 87 E. 16 268. Falls es sich aber um ein Vergehen handelt, kann die Einziehung nur erfolgen, wenn die Bestrafung dieses Verjuchtes von dem Gesetze ausdrücklich angeordnet ist, § 43 Abs. 2, weil anderenfalls überhaupt kein Delikt vorliegt. Hiermit stimmt überein Frank N. III 2, wogegen Binding Grundr. 260 und Olshausen N. 9 mit RG. 20./5. 95 E. 27 243 und 6./3. 03 E. 36 145 annehmen, daß die Einziehung auch dann statthaft sei, wenn mangels einer ausdrücklichen Bestimmung der Verjuch des Vergehens nach § 43 Abs. 2 straflos ist. Ihre Ansicht wäre richtig, wenn die Einziehung auch ohne gleichzeitige Verhängung einer Hauptstrafe ausgesprochen werden könnte, was aber selbst in denjenigen Ausnahmefällen unzulässig ist, in welchen sie ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers verhängt wird. Ist eine strafbare Handlung auf Grund der §§ 51—54 nicht vorhanden, so entfällt damit auch nach der Ansicht des RG. 15./10. 96 E. 29 130 die Anwendbarkeit des § 40: Frank N. II 1.

Die Einziehung ist in § 40 nur für zulässig erklärt, also in das richterliche Ermessen gestellt. Auch diese Regel ist dadurch durchbrochen, daß in den §§ 152, 295, 296a, 331—334 (335) und in mehreren Nebengesetzen die Einziehung obligatorisch ist.

Endlich soll sie in dem Urteil und zwar in dessen Tenor ausgesprochen sein. In demselben Urteil, durch welches die Hauptstrafe ausgesprochen wird, also auch das objektive Verfahren des § 42. Ein nachträglicher richterlicher Akt — das sog. Nachtragsurteil des früheren preussischen Strafrechts — ist ausgeschlossen: Olshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 25./5. 83 E. 8 349 und 28./5. 86 E. 14 161.

3. Eingezogen werden „Gegenstände“, d. h. Sachen, nicht Vermögensrechte: Binding, Grundr. 259, Meyer-Altfeld 317, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. ohne Grund Heinze S. 5. II 14. Wie Olshausen a. a. O. bemerkt, gelangen mit den betreffenden Gegenständen auch — d. h. ohne daß es im Urteil ausgesprochen zu sein braucht — deren Zubehörstücke zur Einziehung, da diese hier, wie überall, wo Ausnahmen nicht besonders begründet sind, das Schicksal der Hauptsache teilen.

Grundstücke gehören ebenfalls zu den einziehbaren Gegenständen, wenn die im Gesetze ausgesprochenen Voraussetzungen der Einziehung bei ihnen zutreffen, was aber nur schwer anzunehmen steht.

4. Diese Gegenstände, um deren Einziehung es sich handelt, müssen entweder durch das Delikt hervorgebracht sein, sog. *scelere producta*. Hervorgebracht bedeutet durch das Delikt geschaffen, z. B. gefälschte Münzen, so daß weder diejenigen Gegenstände hierher gehören, welche der Täter durch das Delikt unmittelbar erlangt hat, z. B. das gestohlene Geld, die vom Buchmacher gewonnenen Wetteinsätze, noch diejenigen Gegenstände, welche er mittels der *scelere producta* erwirbt, z. B. die mit dem gestohlenen Gelde gekaufte Uhr. Vgl. Frank N. III 1, Meyer-Altfeld 317, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 10./7. 06 E. 39 78. Eine Ausnahme enthält § 296a (die Fische).

5. Oder sie müssen zur Begehung des Delikts gebraucht oder bestimmt, also als Mittel zur Verübung des Delikts, als sog. *instrumenta sceleris*, entweder wirklich gebraucht oder für den Gebrauch bestimmt gewesen sein.

a) Zunächst handelt es sich nicht um diejenigen Gegenstände, welche zwar während des Delikts gebraucht sind, aber nicht als Mittel gedient haben. Wenn RG. 10./11. 10 E. 44 140 für genügend erklärt, wenn der Gegenstand während der Verübung in irgendeiner Weise auch nur benutzt worden ist, z. B. der Dieb eine Waffe bei sich geführt hat (§ 243 Nr. 5), so wird durch diese Gleichstellung des „bei Begehung“ mit „zur Begehung“ dem Ausdruck des Gesetzes geradezu Gewalt angetan. Weiter scheiden diejenigen Gegenstände aus, welche nur zur Vorbereitung des Delikts dienen, z. B. die Feile, mittels deren der Dieb den falschen Schlüssel anfertigt, der Wagen, auf welchem er sich an den Ort des Delikts begibt.

Ebenso scheiden aus diejenigen Gegenstände, welche erst nach begangener Tat gebraucht werden, z. B. um die Spuren des Delikts zu verwischen und dadurch die Entdeckung des Täters zu verhüten

oder um seine Flucht zu ermöglichen: Berner 232, Frank N. III 2, Olshausen N. 9. Wenn Meyer-Alfeld 317 N. 4, Olshausen a. a. D. und Rüdorff N. 8 mit RG. 19./6. 85 E. 12 305 zu den einzuziehenden Gegenständen auch die zur Fortschaffung des durch die strafbare Handlung erlangten Gutes gebrauchten und bestimmten Transportmittel zählen, so ist dies allgemein genommen ebenso irrig wie die gegenteilige Ansicht von Finger I 497 und Frank N. III 2; es kommt eben in jedem einzelnen Fall darauf an, zu welchem Zeitpunkt die strafbare Handlung ihren faktischen Abschluß erreicht hat. Die von Rüdorff-Stenglein a. a. D. gebrauchte Motivierung: „Dagegen „ist es gleichgültig, in welchem Stadium der Tat der Gegenstand zur Begehung der Tat benutzt „wird, umjomehr, da Begünstigung und Hehlerei gleichfalls strafbare Handlungen sind“, schlägt nicht durch, weil es sich eben fragt, ob der Transport noch zum Delikt gehört, und weil Begünstigung und Hehlerei selbständige Delikte, nicht bloß „Stadien“ eines anderen Deliktes sind.

Endlich sind nicht Mittel diejenigen Gegenstände, an welchen das Delikt verübt wird, z. B. die gestohlene Sache: Meyer-Alfeld 317, Olshausen N. 9: RG. 8./3. 94 E. 25 165. Eine Ausnahme macht Olshausen zutreffend bei denjenigen Gegenständen, in bezug auf welche eine Zollbeurteilung begangen ist.

b) Bestimmung zum Gebrauch ist der weitere Begriff, da jeder gebrauchte Gegenstand zur Begehung bestimmt ist, aber nicht jeder zur Begehung bestimmte auch wirklich gebraucht wird. Wenn z. B. ein Weinfälschungsmittel zur Begehung bestimmt ist, ein Teil aber nicht seiner Bestimmung entsprechend zur Begehung verwendet wird, so kann der ganze nicht verwendete Rest eingezogen werden, weil durch die Verwendung bloß eines Teils nicht die Bestimmung des übrigen Quantums aufgehoben ist: RG. 30./10. 07 E. 40 361. Hat der unberechtigt Jagende neben den nach § 295 eingezogenen Gegenständen noch andere zur Ausübung der Jagd bestimmt, aber nicht bei sich geführt, so kann die Einziehung auf Grund § 40 erfolgen: RG. 6./5. 09 E. 42 315. Daraus, daß der Gegenstand zur Begehung des jetzt zur Aburteilung gekommenen Deliktes gebraucht oder bestimmt gewesen sein muß, folgt, daß bloße Vorbereitungs-handlungen, z. B. die kaufmännische Anfündigung von zum unsittlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen, nicht genügen. Ebenso folgt, daß die Bestimmung zu künftigen Delikten die Einziehung nicht rechtfertigt: RG. 20./5. 95 E. 27 243. Die Einziehung ist aber zulässig, wenn das Delikt als ein Fortsetzungsdelikt, als ein Kollektivdelikt zwar noch nicht beendet, wohl aber in einzelnen Ausführungsakten bereits verwirklicht ist: Olshausen N. 9; RG. 20./5. 95 E. 27 243, 6./5. 09 E. 42 315. Daher kann die von Olshausen a. a. D. gebilligte Entscheidung des RG. 30./9. 02 E. 35 391, nach welcher Gelder der Einziehung unterliegen, die ein Buchmacher auf den Reuplay in der Absicht mitbringt, mit ihnen den bei ihm Wettenden die Gewinne auszusahlen, auch unter der jedenfalls unsicheren Voraussetzung, daß die Auszahlung der Gewinne zum Tatbestande des Deliktes gehört, nur unter der Bedingung für richtig erachtet werden, daß mit dem Buchmachen bereits begonnen ist. Es muß also mindestens ein Versuch verübt sein: RG. 10./11. 10 E. 44 140. Eine Ausnahme enthält § 295 (Gewehr, Jagdgerät, Hunde).

6. Die einzuziehenden Gegenstände müssen jemandem gehören, der an dem Delikte, bei dessen Aburteilung die Einziehung als Nebenstrafe ausgesprochen wird, als Täter oder Teilnehmer beteiligt ist. Teilnehmer ist der Mittäter, Anstifter, Gehilfe, also im Sinne der §§ 47—49: RG. 24. 5. 87 E. 16 114. Ist dies unzweifelhaft, so erhebt sich doch die Frage, ob die Einziehung auch dann ausgesprochen werden darf, wenn der Eigentümer, obgleich an dem Delikt beteiligt, in das Strafverfahren gar nicht einbezogen ist. Diese Frage muß gegen Meyer-Alfeld 314 N. 7 mit Olshausen Nr. 13, Oppenhoff-Delius Nr. 12 und Rüdorff-Stenglein N. 7, vgl. auch Böme-Wellweg §§ 477—479 N. 1 A a α, verneint worden: die Einziehung darf nur in demjenigen Urteil ausgesprochen werden, welches gegen den Eigentümer ergeht. Ob es nötig ist, diese Ansicht auf § 295 („dem Verurteilten“) zu stützen, mag dahingestellt sein, denn ihre Richtigkeit ergibt sich daraus, daß nach der Regel des § 40 die Gegenstände dem Täter oder Teilnehmer gehören müssen, daß die Einziehung in diesem Normalfall eine Strafe ist, und daß eine Strafe nur gegen den Angeklagten, nicht aber gegen einen an dem Strafvergehen gar nicht beteiligten Dritten ausgesprochen, geschweige vollzogen werden kann. Allerdings tritt die Einziehung in den §§ 152, 295, 296a, 335, 360 Abs. 2, 367 Abs. 2, 369 Abs. 2 und in einer Anzahl Nebengesetze ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters oder Teilnehmers ein, aber hier ist sie, wie bereits N. 1 bemerkt wurde, gegen den Unschuldigen keine Strafe, sondern eine Enteignung ohne Strafcharakter, und die genannten Vorschriften gehören zu denen, welche dem Staate die Zurückdrängung fremden Rechts ohne die Pflicht ermöglichen, den in seinem Privatrecht Beeinträchtigten zu entschädigen: Binding Handb. I 496, Grundr. 261. Hat der Verurteilte den Gegenstand durch eine strafbare Handlung erlangt, so tritt keine Einziehung ein, sondern der Gegenstand ist dem Eigentümer gemäß StP.D. § 111 zurückzugewähren: RG. 2./7. 88 E. 18 43.

Daß der Gegenstand gerade demjenigen Beteiligten gehört, der ihn gebraucht hat, ist ebenso wenig erforderlich, wie daß der Eigentümer von dem Gebrauch durch den anderen Beteiligten

genutzt hat: Frank N. IIb, Olshausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 12. Es genügt also, wenn er nur überhaupt einem der Beteiligten gehört. Allein gehört oder gemeinschaftlich mit einem Dritten sei auch dieser ein Nichtbeteiligter. Daher kann z. B. bei einem Studentenduell der gesamte, wenn auch der Verbindung des Pankanten gehörende, Pankapparat eingezogen werden: Olshausen N. 10. Dagegen will Frank N. II 2 unterscheiden: „Ob die Einziehung auch zulässig ist, wenn „der Gegenstand im Miteigentum des Täters oder Teilnehmers und einer dritten Person steht, „hängt von der privatrechtlichen Auffassung des Miteigentums ab. Für das BGB. wird die Frage „zu bejahen sein. Dagegen ist die Zulässigkeit der Einziehung dann zu verneinen, wenn die Sache „im Gesamteigentum einer bei der Tat beteiligten und einer dritten Person steht. Deshalb „unterliegen nunmehr grundsätzlich die Duellwaffen einer Korporation nicht der Einziehung“. Ist das richtig, so hat die Staatsanwaltschaft mit der Anklage gegen die Duellanten die Anklage gegen die Vorsteher der Korporation wegen Beihilfe — Leihe der Waffen — zu verbinden, und dann kann die Einziehung ausgesprochen werden, weil der einzuziehende Gegenstand einem Teilnehmer gehört.

Der Zeitpunkt, in welchem der einzuziehende Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer gehören muß, wenn die Einziehung zulässig sein soll, ist nicht der der Begehung der Tat, sondern der des — rechtskräftigen — Urteils, wobei zur Verhütung von Manipulationen in der Zwischenzeit nach StPD. § 94 die Beschlagnahme dient: Finger I 497, Frank N. II 2, Hälschner I 631, Heine H. S. II 512, Meyer-Alfeld 317 N. 7, Olshausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 24./5. 87 C. 16 114.

7. Die in dem Urteilstenor auszusprechende Einziehung bewirkt, daß der Fiskus Eigentümer des eingezogenen Gegenstandes wird. Das Urteil hat somit keine deklaratorische Bedeutung, daß nämlich der Fiskus zu irgendeiner früheren Zeit, etwa mit Begehung des Delikts, Eigentümer geworden sei, denn zu diesem Gewordensein fehlt es an dem Rechtsgrund; will man diesen aber in dem Urteil finden, so hat dieses keine deklaratorische, sondern konstitutive Bedeutung. Nach Frank N. IV 3 bedeutet das Urteil nur, daß der Täter oder Teilnehmer verpflichtet ist, das Eigentum auf den Fiskus zu übertragen. Auch dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn wenn der Verpflichtete der Verpflichtung nicht nachkommt, den Gegenstand nicht freiwillig herausgibt? Frank erklärt, dann würde gemäß StPD. § 495 und ZPD. § 897 die Sache durch den Gerichtsvollzieher weggenommen, und mit dem Augenblick der Ablieferung an die vollstreckende Behörde gehe das Eigentum an den Fiskus über. Er unterstellt also der rein prozeßualischen Bedeutung des § 495 eine materiell rechtliche. Für diejenigen Fälle, in welchen die Einziehung ausgesprochen wird ohne Rücksicht auf das Eigentum des Verurteilten, also dem Dritten gegenüber keine Strafe, sondern eine polizeiliche Präventivmaßregel ist, weiß er sich nur dadurch zu helfen, daß er den nur von der Vermögensstrafe sprechenden § 495 „analog“ anwendet. Auch dann analog, wenn der verurteilte Eigentümer nach Rechtskraft des Urteils die Sache einem Dritten übergeben hat? Nach der Zivilprozeßordnung ist gegen diesen Dritten ohne seine Zustimmung eine Vollstreckung nicht möglich. Hat schon vor der Rechtskraft eine Beschlagnahme stattgefunden, so wird nach Frank der Eigentumsübergang durch die Rechtskraft des Urteils vollzogen, weil nach ZPD. § 894 das rechtskräftige Urteil die zum Eigentumsübergang erforderliche Willenserklärung des Schuldners ersetzt. Hierbei übersieht Frank jedoch, daß § 894 sich nur auf Zivilurteile bezieht, während es sich bei der Einziehung um ein Strafurteil handelt. Mit Frank stimmen mehr oder minder überein Oppenhoff-Delius N. 16, v. Schwarze 88 und RG. 8./7. 90 C. 11 54, aber das Resultat ist immer das gleiche, nämlich daß bei dieser Ansicht ausreichende Mittel zur Durchführung des Urteils nicht gegeben sind. So wird man mit Binding Grundr. 259, Finger I 497, Meyer-Alfeld 318, Olshausen N. 4 und Rüdorff-Stenglein N. 7 notwendig zu der Ansicht gedrängt, daß das Urteil konstitutive Bedeutung hat, also, falls nicht wie z. B. im Vereinszollgesetz § 156 (Übergang des Eigentums mit der Beschlagnahme) ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist, das Eigentum mit der Rechtskraft des Urteils auf den Fiskus übergeht. Die Vollstreckung erfolgt, wenn die Sache nicht freiwillig herausgegeben wird, durch die zwangsweise Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers zum Zweck der Ablieferung an den Fiskus. Sie ist ohne weiteres zulässig gegen jeden nach eingetretener Rechtskraft im Besitz des Gegenstandes befindlichen Dritten, einerlei auf Grund welchen Rechtstitels er besitzt. Wie Binding es ausdrückt: „Einziehung ist „gesetzlicher Eigentumsverlust vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Strafurteils und gesetzlicher „Eigentumserwerb vom gleichen Zeitpunkt an für die Staatskasse“. Und wenn Rüdorff-Stenglein und das RG. a. a. L. das einschlägige Zivilrecht für maßgebend erachten, so ist mit Meyer-Alfeld a. a. L. dagegen zu bemerken, „daß der Eigentumserwerb auf dem Wege der Zwangsentziehung „von besondrerer Art ist und nur aus den darauf bezüglichen besonderen Bestimmungen beurteilt „werden kann, die vom BGB. unberührt gelassen worden sind“.

Nach das Urteil konstitutive Bedeutung, so ist die Einziehung gegen den Nachlaß des nach eingetretener Rechtskraft verstorbene Verurteilten ohne weiteres vollstreckbar. Ist das Urteil

nicht rechtskräftig geworden, so ist § 42 anzuwenden. Oshausen N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 11. Falls nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind, wie z. B. im Gef. über die Presse § 16 Abs. 2, so erfolgt die Einziehung zu Gunsten der Staats- oder Reichskasse.

Das Eigentumsrecht verjährt nach den Grundjahren des Zivilrechts, die Vollstreckung, soweit der Einziehung Strafcharakter zukommt, mit der Vollstreckung der Hauptstrafe nach § 70: Meyer-Allfeld 271, Oshausen § 70 N. 5d.

8. Wie bereits N. 6 ausgeführt ist, kann die Einziehung, soweit sie Strafe ist, nur gegen den Angeklagten, nicht aber gegen einen bei dem Strafverfahren gar nicht beteiligten Dritten ausgesprochen werden. Die Feststellung, daß die Sache dem Schuldigen gehöre, ist gegen den Dritten ohne Wirksamkeit, sie kann ihm nicht im Wege der Vollstreckung des Strafurteils weggenommen werden, und befindet sie sich schon im Gewahrsam des Staates, so hat der Dritte eine Klagerede auf Herausgabe. Übrigens wird die Feststellung zweckmäßiger dem Vollstreckungsverfahren vorbehalten.

In den Ausnahmefällen, in welchen auf Einziehung zu erkennen ist, auch wenn nicht der Angeklagte, sondern ein Dritter der Eigentümer, also die Einziehung eine polizeiliche Präventivmaßregel ist, ist die Einziehung allerdings auszusprechen, aber der allgemeine Grundsatz gilt auch hier, daß ein Urteil nur gegen denjenigen vollstreckt werden kann, gegen welchen es ergangen ist. Ist die Sache nicht im Besitz des Dritten, sondern bereits in dem des Staates, so kann der Dritte als Einziehungsinteressent dem Verfahren beitreten. Ist er im Besitz, also eine Vollstreckung notwendig, so muß er um die letztere zu ermöglichen, zu dem Verfahren zugezogen werden. Ist die Zugiehung veräußert, so muß nachträglich ein besonderes Verfahren zu dem Zwecke stattfinden, damit auch ihm gegenüber die Einziehung ausgesprochen werde.

Vgl. hierzu Löwe-Hellweg §§ 477—479 N. 1.

Auszusprechen ist die Einziehung also stets, unabhängig davon, ob bei der Urteilsfällung ihre Vollstreckbarkeit vorliegt, und die Substitution des Geldwertes ist, abgesehen von § 335 und anderen besonderen Bestimmungen, auch für den Fall der Unvollstreckbarkeit unzulässig: Oshausen N. 14 und RG. 7./12. 82 E. 7 311, 2./7. 88 E. 18 43.

9. Die Strafe der Einziehung ist bei allen vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen zulässig, mögen sie nach Reichs- oder nach Landesrecht abgeurteilt werden. Sie ist eine Materie im Sinne CG. § 2 Abs. 1, und daher sind die Vorschriften des älteren Reichs- und Landesrechts mit dem Inkrafttreten des StGB. außer Kraft getreten: RG. 7./12. 82 E. 7 311. Auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete kann die Landesgesetzgebung nach CG. § 5 die Einziehung einzelner Gegenstände androhen, soweit diese *scelere producta* oder *instrumenta sceleris* sind, und die Einziehung muß im Urteil ausgesprochen werden; an die übrigen Vorschriften des § 40 ist die Landesgesetzgebung nicht gebunden. Daß die neuere Reichsgesetzgebung besondere Vorschriften aufstellen darf, versteht sich, wie überall, so auch hier von selbst. Vgl. Oshausen N. 3 und Rüdorff-Stenglein N. 6.

§ 41.

Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urteile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die im Besitze des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhändlers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare.

Ist nur ein Teil der Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar, so ist, insofern eine Auscheidung möglich ist, auszusprechen, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Teil der Platten und Formen, auf welchem sich diese Stellen befinden, unbrauchbar zu machen sind.

1. Während die Einziehung des § 40 das Eigentum des Täters oder Teilnehmers voraussetzt und nur in Ausnahmefällen von der Person des Eigentümers abieht, ist die Unbrauchbarmachung des § 41 allgemein auch gegen solche Dritte durchzuführen, welche an dem Strafverfahren in keiner Weise beteiligt sind, die Schrift usw. vielleicht erst nach eingetretener Rechtskraft des Urteils und ohne Kenntnis von dessen Existenz in Besitz bekommen haben. Auch wird der Gegenstand nicht dem privaten Eigentum entzogen, sondern unbrauchbar gemacht, außerstande

gesetzt, als körperliche Manifestation des Delikts zu dienen, gewissermaßen strafrechtlich unschädlich gemacht. Hieraus ergibt sich, daß die Unbrauchbarmachung nicht eine Strafe, sondern eine polizeiliche Präventivmaßregel ist, deren Anordnung lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Richter übertragen ist. Übereinstimmend Finger I 499, Frank N. I, Hälschner I 632, v. Liszt 248, Meyer-Altfeld 319, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein § 40 N. 12; RG. 28./5. 86 E. 14 361. Dagegen halten Binding Grundr. 262, Oppenhoff-Delius N. 1 und RG. 25./9. 84 E. 11 119 auch die Unbrauchbarmachung für eine Nebenstrafe. Wenn RG. 30./9. 81 E. 5 101 und 20./4. 88 E. 17 311 wie bei der Einziehung unterscheiden will, je nachdem die Schrift usw. einem Beteiligten oder einem Dritten gehört, so ist demgegenüber mit Olshausen und Rüdorff-Stenglein auf den einheitlichen Charakter der Maßregel hinzuweisen, welche zwar zufällig auch den Verurteilten treffen kann, aber ohne daß nach der ganz allgemein lautenden, nicht unterscheidenden gesetzlichen Bestimmung dadurch ihr Charakter geändert wird.

Die beiden §§ 40, 41 stehen nicht im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz. Die von ihnen angeordneten Maßregeln unterscheiden sich ihrem Wesen nach voneinander, und der Anwendungsbereich der einen Vorschrift deckt sich keineswegs mit dem der anderen. Beide Maßregeln können daher keineswegs die eine durch die andere ersetzt, wohl aber, sofern die Voraussetzungen zusammentreffen, in der Weise verbunden werden, daß für einzelne Exemplare einer Schrift usw. die Einziehung, für andere Exemplare derselben Schrift usw. die Unbrauchbarmachung angeordnet wird: Binding Grundr. 262, Frank N. 1, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 22, Rüdorff-Stenglein § 40 N. 12; RG. 20./4. 88 E. 17 311, 6./3. 03 E. 36 145.

2. Ebenso wie die Einziehung setzt die Unbrauchbarmachung voraus, daß sie ausgesprochen wird in einem Urteil, durch welches ein an der Straftat als Täter oder Teilnehmer Beteiligten verurteilt wird. Ein nachträglicher Akt ist auch hier ausgeschlossen. Wird keine Strafe verhängt, so darf auch die Unbrauchbarmachung nicht angeordnet werden: RG. 12./7. 80 E. 2 220, 16./2. 81 E. 4 87. Vgl. hierzu § 40 N. 2. Dies muß gegen Olshausen N. 6 und Rüdorff-Stenglein N. 13 auch bei der Erklärung der Straffreiheit des § 199 angenommen werden, denn hier wird nicht eine Strafe verhängt und zugleich für abgeholten erklärt, sondern zwar ein Schuldig ausgesprochen, aber zugleich erklärt, daß eine Strafe nicht verhängt werde.

3. Abgesehen von der oben berührten Übereinstimmung sind die beiden Maßregeln der §§ 40, 41 wesentlich verschieden.

a) Zunächst ist die Unbrauchbarmachung nicht in das richterliche Ermessen gestellt, sondern bindend vorgeschrieben. Ihre Voraussetzungen gegeben, kann nicht bloß, sondern muß der Richter auf sie erkennen. Er darf sie weder aus Gründen der Zweckmäßigkeit ablehnen noch durch die Einziehung ersetzen: RG. 31./1. 96 E. 28 122, und sein Ausspruch ist unabhängig von der Stellung eines Antrages der Staatsanwaltschaft.

b) Weiter findet die Unbrauchbarmachung nicht bloß bei einem vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen, sondern bei allen Delikten, vorsätzlichen wie fahrlässigen, und auch bei Übertretungen statt: Hälschner I 632, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 4.

c) Hierbei kommen die Schrift, Abbildung, Darstellung nicht als *instrumenta sceleris* oder als *scelere producta* in Betracht, sondern ihr Inhalt muß strafbar sein, sie müssen sich als Einkleidung einer strafbaren Handlung darstellen, und auf Grund dieser inhaltlichen Strafbarkeit muß die Verurteilung des Angeklagten erfolgt sein. Hieraus ergibt sich, daß der volle objektive und subjektive Tatbestand eines bestimmten Delikts vorliegen muß: Binding Grundr. 262, 263, Finger I 501, Meyer-Altfeld 319, Olshausen N. 5; RG. 17./6. 97 E. 30 194. Wenn Frank N. II 3 unter Hinweis auf eine Anzahl sich allerdings recht unpräzise ausdrückender reichsgerichtlicher Entscheidungen für genügend erklärt, daß der Inhalt der Schrift usw. ein objektiv strafbarer sei, wonach die Unbrauchbarmachung auch dann stattzufinden hätte, wenn es an dem Verschulden fehlt, so verwirrt er die Bestimmung des § 41 mit der des § 42 und übersieht, daß das Gesetz sich mit dem Ausdruck „Strafbarkeit des Inhalts“ einem allgemeinen und gar nicht mißverständlichen Sprachgebrauch anschließt, niemals aber eine Schrift oder sonstigen Gegenstand, sondern nur den Menschen für strafbar erklärt, dessen Strafbarkeit bei § 41 in der Kundgebung des Inhalts der Schrift besteht. Auf der anderen Seite muß der Inhalt strafbar sein, also den objektiven Tatbestand eines Delikts ergeben. Daher genügt es nicht, wenn es sich um Nachdruck oder Nachbildung handelt oder bloß ein formeller Verstoß gegen das Gesetz vorliegt, z. B. auf einer Zeitung der Name des Redakteurs fehlt: Berner 234, Frank N. II 2, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5. Solange die Schrift usw. sich im ausschließlichen Besitz des Urhebers befindet und noch keine Schritte geschehen sind, um sie Dritten zugänglich zu machen, liegt keine strafbare Handlung in bezug auf den Inhalt, kein strafbarer Inhalt im Sinne des § 41 vor: Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 7./10. 87 E. 16 268. Ist die Schrift nicht inhaltlich strafbar, wohl aber zur Begehung einer strafbaren Handlung gebraucht oder bestimmt, so ist nicht § 41, sondern § 40 anzuwenden: Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 5.

d) Endlich bewirkt die Einziehung den Übergang des Eigentums auf den Fiskus, wogegen die Unbrauchbarmachung zwar möglicherweise zu einer vollständigen Vernichtung des Gegenstandes führt und dadurch jedes Recht an ihm aufhebt, aber niemals einen Übergang des Eigentums bewirkt. Der Eigentümer behält das Eigentum an den stofflichen Resten der unbrauchbar gemachten Sache, und diese sind ihm bzw. dem bisherigen Besitzer zurückzugeben. Binding Grundr. 262, Singer I 500, Frank N. I, Dshausen N. 1, 7; RG. 20./4. 88 E. 17 311.

4. Das Gesetz nennt Schrift, Abbildung, Darstellung. Diese Zusammenstellung findet sich bald mehr, bald weniger übereinstimmend mehrfach im StGB.: §§ 85, 110, 184, 186, 187, 200, und eine Vergleichung ergibt, daß Darstellung der allgemeinere Begriff ist. Wie aus Abs. 2 hervorgeht, muß die Verbreitung beabsichtigt sein, aber die Schrift kann auch eine Handschrift sein, ist nicht notwendig eine Druckschrift im Sinne des Pressegesetzes. Die Bestimmung ist überhaupt nicht auf Pressezeugnisse beschränkt, sondern findet Anwendung auf Darstellungen aller Art: Frank N. II 1, John Hh. III 98, Dshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 11. Mit Recht erklärt daher RG. 16./2. 06 E. 38 345 die durch den Stift des Phonographen auf den Walzen oder Platten bewirkten Einprägungen für eine „Schrift oder Darstellung“ im Sinne des § 41.

5. Ihrem Charakter als polizeiliche Präventivmaßregel entsprechend und sich dadurch als solche kennzeichnend trifft die Unbrauchbarmachung nicht lediglich die im Besitz des verurteilten Täters oder Teilnehmers befindlichen, sondern alle Exemplare ohne Begrenzung der Zahl und ohne Rücksicht darauf, ob die Personen, in deren Besitz sie gefunden werden, sich in Beziehung auf sie einer strafbaren Handlung schuldig gemacht haben oder nicht. Unbrauchbar zu machen sind auch die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen. Diese Bestimmung ist evident, wenn bereits Abzüge, Abdrücke stattgefunden haben und weitere Abzüge, Abdrücke beabsichtigt werden. Sie ist aber keineswegs mit Oppenhoff-Delius N. 11 auf diese beiden Fälle zu beschränken, sondern ist, die Strafbarkeit des Inhalts überhaupt vorausgesetzt, auch dann anzuwenden, wenn trotz der Präparierung der Platten und Formen zum Zwecke der Vervielfältigung noch keine Abzüge oder Abdrücke stattgefunden haben, oder zwar stattgefunden haben, aber die Platte noch nicht abgegliffen, die Form, z. B. der Letternsatz, noch nicht auseinandergenommen ist, also die Fähigkeit, in der vorliegenden Gestalt eine Vervielfältigung zu ermöglichen, noch nicht aufgehoben ist. So mit Recht Dshausen N. 8. Auch hierdurch tritt der Präventivcharakter der Unbrauchbarmachung klar zutage.

Dagegen erfordert der Präventivzweck nicht, daß die Exemplare und die Formen und Platten auch dann unbrauchbar gemacht werden, wenn eine Verbreitung bzw. Vervielfältigung nicht zu erwarten steht. Daher beschränkt Abs. 2 die Unbrauchbarmachung zunächst auf alle diejenigen Exemplare, welche sich im Besitz des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers und Buchhändlers befinden. Besitzer ist nach der Besitzlehre des geltenden Rechts derjenige, welcher selbst oder durch einen Dritten die tatsächliche Gewalt über den Gegenstand ausübt, nicht bloß der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitzer; besessen werden auch die zur Post gegebenen und die von dem Sortimenten den Kunden zur Ansicht übergebenen Exemplare: Frank N. IV 2, Dshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 4. Dagegen ist es nicht mit Dshausen a. a. O. für erforderlich zu erachten, daß die Exemplare sich im Besitz der genannten Personen zur Zeit der Urteilsfällung — des Eintritts der Rechtskraft des Urteils — befinden, indem vielmehr der Augenblick entscheidet, in welchem die Gegenstände zur Realisierung der Unbrauchbarmachung von der vollstreckenden Behörde in Besitz genommen werden. — Unter den Begriff des Herausgebers fällt auch der Redakteur einer periodischen Druckschrift: Frank N. IV 1, Kayser Hh. IV 580, Dshausen N. 10 a, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 6. Verleger ist derjenige, bei dem die Schrift tatsächlich erscheint: Kayser Hh. IV 576, Dshausen N. 10 b. Buchhändler ist nach StGB. § 1 Nr. 8 derjenige, welcher die Verlags- und die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels gewerbsmäßig betreibt.

Folgerecht sind ausgeschlossen auch bei den genannten Personen diejenigen Exemplare, welche sich nicht im Geschäft, sondern im Privatbesitz befinden, was nicht bloß beim Verfasser, sondern auch beim Verleger und Sortimenten möglich, sogar bei den Druckern nicht ganz selten ist. Allerdings darf diese Ausnahme nur auf einzelne Exemplare bezogen und nicht für vorliegend erachtet werden, wenn der Verleger die ganze Auflage oder einen erheblichen Teil derselben für seinen Privatbesitz erklären wollte; inwieweit ist Dshausens N. 9 abweichender Ansicht beizustimmen.

6. Ferner sind nach Abs. 2 unter den „alle Exemplare“ des Abs. 1 auch diejenigen zu verstehen, welche öffentlich ausgesetzt sind oder öffentlich angeboten werden, Maßnahmen, bei welchen schon nach der Natur der Sache nicht eine Beschränkung auf den Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem das Urteil rechtskräftig wird. Regelmäßig werden sich die ausgelegten oder angebotenen Exemplare im — unmittelbaren oder mittelbaren — Besitz einer Person befinden, so daß es auf die Auslegung oder Aushängung nicht ankommt, wenn eine der speziell genannten

Personen in Betracht kommt. Was unter öffentlich zu verstehen, ist Sache der tatsächlichen Beurteilung. Nach dem von dem StGW. festgehaltenen allgemeinen Sprachgebrauch geschieht eine Handlung öffentlich, wenn sie unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden kann, während sie nicht öffentlich geschieht, wenn sie nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmt ist und, von Zufälligkeiten abgesehen, auch nur von diesen wahrgenommen werden kann. Die in den Räumen einer geschlossenen Gesellschaft ausliegenden oder angebotenen Exemplare unterliegen daher der Unbrauchbarmachung nicht, auch dann nicht, wenn Gäste eingeführt werden können: Frank N. IV 3, Lshausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 16, v. Schwarze N. 4; a. M. anscheinend Rüdorff-Stenglein N. 7. Leihbibliotheken bieten Bücher öffentlich an: Berner 234, Frank, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 17. Da das Ausstellen und Anschlagen ein Auslegen ist, so ist die Unbrauchbarmachung auch gegen Rollenfilme anzuwenden, welche mittels eines Kinetographen der Wahrnehmung des die Vorstellung besuchenden Publikums vorgeführt werden: RG. 2./10. 06 C. 39 183.

7. Das Urteil lautet allgemein dahin, daß alle Exemplare der Schrift usw. sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind. Eine ausdrückliche Beschränkung auf die in Abs. 2 bezeichneten Exemplare ist nicht erforderlich, da die Beschränkung im Gesetz selber ausgesprochen ist und das „alle Exemplare“ von der vollstreckenden Behörde nur im Sinne des Abs. 2 verstanden werden darf: Lshausen N. 13; RG. 30./9. 81 C. 5 101, 20./4. 88 C. 17 311. Überhaupt ist die Frage, ob gewisse konkrete Exemplare unter die in Abs. 2 aufgeführten Gattungen gehören, im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden. Ebenso genügt es, wenn der Richter die Unbrauchbarmachung allgemein anordnet, ohne die Art und Weise ihrer Ausführung zu bestimmen. Bestimmt er sie, so ist seine Anordnung maßgebend, bestimmt er sie nicht, die Art und Weise der Vollstreckung dem Ermessen der vollstreckenden Behörde überlassen, welche sich dabei von dem Gedanken leiten zu lassen hat, daß die Präventivmaßregel die Grenzen ihres Zweckes nicht überschreiten, die Unbrauchbarmachung nicht ohne zwingenden Grund zur Vernichtung werden soll. Ist nur ein Teil der Schrift usw. strafbar und eine Auscheidung möglich, so genügt es, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Teil der Platten und Formen unbrauchbar gemacht werden, auf welchem sich diese Stellen befinden. Um hierbei den Vollstreckungszeifer in der gebührenden Schranke zu halten und das Vermögen zumal dritter, unbeteiligter Personen nicht unnütz zu schädigen, soll in diesem Falle der Richter nach Abs. 3 die Auscheidung der strafbaren Stellen ausdrücklich aussprechen. Es ist klar, daß die Stellen, welche an sich keiner Beanstandung unterliegen würden, mit den Stellen strafbaren Inhalts in so innigem Zusammenhang stehen können, daß eine Auscheidung nicht möglich ist, somit die ganze Schrift usw. unbrauchbar gemacht werden muß. Ob aber die Auscheidung möglich, ist eine tatsächliche Frage, und daher kann die darauf bezügliche urteilsmäßige Bestimmung nicht im Wege der Revision abgeändert werden: RG. 16./2. 81 C. 4 87. Wohl aber ist es rechtsirrig und mit der Revision anfechtbar, die Unbrauchbarmachung des ganzen Exemplars, z. B. der ganzen Zeitungsnummer, auszusprechen, obgleich nur der Inhalt eines gesondert für sich bestehenden Teiles, z. B. eines Beiblattes, strafbar ist.

§ 42.

Ist in den Fällen der §§ 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden.

1. Die §§ 40, 41 setzen voraus, daß eine bestimmte Person als Täter oder Teilnehmer durch dasselbe Urteil verurteilt wird, in welchem der Richter die Einziehung bzw. Unbrauchbarmachung anordnet. Die Aufgabe der Polizei, die Ordnung und Sicherheit im Staate aufrechtzuerhalten, läßt es als geboten erscheinen, durch Einziehung die Verübung weiterer strafbarer Handlungen und durch Unbrauchbarmachung die fortgehende rechtswidrige Wirksamkeit einer Schrift, Abbildung, Darstellung strafbaren Inhalts auch dann zu verhindern, wenn die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist. Wenn § 42 die Anordnung dieser Maßnahmen als selbständige, d. h. unabhängig von einem gegen den Schuldigen eingeleiteten und mit einer Verurteilung endigenden strafprozessualen Verfahren, in die Hand des Richters legt, so hören doch die Maßnahmen weder durch diese Übertragung noch durch den ferneren Umstand auf, polizeiliche Präventivmaßregeln zu sein, daß der Richter hierbei an die in StPD. §§ 477 bis 479 über dies sog. objektive Verfahren gegebenen strafprozessualen Vorschriften gebunden ist: Binding Handb. I 497 und Grundr. 263, Hälschner I 633, v. Liszt 248, Meyer-Malfeld 320, Lshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Die landesgesetzliche Be-

fugnis der Polizeibehörden, außerhalb der Voraussetzungen des § 42 ohne Anordnung des Richters Einziehungen und Unbrauchbarmachungen vorzunehmen, bleibt unberührt: Hälschner I 633, Olshausen N. 2.

2. Handelt es sich hierbei allerdings um eine polizeiliche Präventivmaßregel, so ist der Richter gleichwohl bei ihrer Anordnung an die Voraussetzungen der §§ 40, 41 mit der einzigen Einschränkung, daß die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, dergestalt gebunden, daß das objektive Verfahren nur stattfinden darf, wenn die gedachten Voraussetzungen sämtlich vorliegen. Der Richter hat ausdrücklich festzustellen, daß alle Voraussetzungen zutreffen, daher die Anwendung des § 42 abzulehnen, wenn nach speziellen Vorschriften die Einziehung oder Unbrauchbarmachung ohne sie zugelassen und nicht zugleich auch das objektive Verfahren vorgeschrieben ist: Frank N. II 1, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 11./5. 82 C. 6 296, 21./12. 82 C. 7 428. Liegen die Voraussetzungen beider Paragraphen vor, so können Einziehung und Unbrauchbarmachung auch hier nebeneinander stattfinden, vgl. § 41 N. 1 Abs. 2.

3. Bei der Einziehung des § 40 muß zunächst der volle objektive wie subjektive Tatbestand eines vollendeten oder verdachten vorläufigen Verbrechens oder Vergehens vorliegen: RG. 7./10. 87 C. 16 268, 8./3. 94 C. 25 165. Die Anwendbarkeit des § 42 ist somit ausgeschlossen, wenn es an dem erforderlichen Deliktswort fehlt: RG. 8./3. 94 C. 25 165, oder wenn der Täter wegen Unzurechnungsfähigkeit außer Verfolgung gesetzt wurde: RG. 15./10. 96 C. 29 130, oder ihm der Schutz des § 193 zugewilligt ist: RG. 19./2. 97 C. 29 401. Sie ist ausgeschlossen, wenn die einzuziehenden Gegenstände *scelere producta* oder *instrumenta sceleris* eines fahrlässigen Vergehens oder einer Übertretung sind: Finger I 503, Frank N. II 1, Geyer I 162, Hälschner I 633, Meyer-Allfeld 320, Olshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 7 (ebenso § 369 N. 10, *contra* aber §§ 360 N. 30, 367 N. 40); RG. 7./10. 87 C. 16 269, 11./2. 89 C. 19 45. Die Ansicht von Oppenhoff-Delius N. 2 und v. Schwarze N. 5, daß das objektive Verfahren bei denjenigen Übertretungen zulässig sei, bei welchen die Einziehung besonders vorgeschrieben ist, läßt sich mit dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes nicht vereinigen. Ferner muß der Täter oder Teilnehmer des Delikts mit dem Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes identisch sein; daher ist dem Verfahren des § 42 durch die Freisprechung eines der Täterschaft oder Teilnehmerchaft Beschuldigten dann ein wirksames Hindernis bereitet, wenn der sonst der Einziehung unterworfenen Gegenstand dem Freigesprochenen gehört: RG. 11./2. 89 C. 19 45, 15./2. 92 C. 22 351. Endlich ist das objektive Verfahren ausgeschlossen, wenn der Täter oder Teilnehmer zwar verurteilt, aber der Ausspruch der Einziehung unterblieben ist: Rüdorff-Stenglein N. 10; RG. 25./5. 83 C. 8 349; vgl. § 40 N. 2 letzten Abs.

4. Der § 41 findet, um die Worte von Meyer-Allfeld 319 zu gebrauchen, Anwendung, „wenn durch die Kundgebung des Inhalts einer Schrift, Abbildung, Darstellung auf Seite irgend-einer Person der volle objektive und subjektive Tatbestand eines bestimmten Delikts erschöpft wird“. Deshalb müssen — vgl. N. 2 — nach Olshausens N. 3 Worten „sämtliche Voraussetzungen des § 41 vorliegen, wenn das objektive Verfahren soll Platz greifen können.“ Somit muß auch die subjektive Verschuldung gegeben sein, entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit; die gar nicht miß-zuverstehende Bestimmung des § 41 setzt eine strafbare Handlung voraus, und dazu gehört auch die subjektive Verschuldung: vgl. § 41 N. 3c. Eine bloß objektiv strafbare Handlung ist „ein Un-ding“: Binding Grundr. 262. Darüber, daß zur Anwendung des § 42 alle objektiven Tatbestands-merkmale des besonderen in Frage kommenden Delikts erforderlich sind, kann füglich gar nicht gestritten werden, weil sonst nicht einmal die Verfolgung irgendeiner Person auch nur denkbar sein würde. Ebenso erforderlich ist aber auch, daß der subjektive Tatbestand vorliegt, weil auch ohne ihn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person gar nicht denkbar ist. Hiermit stimmen überein: Binding Grundr. 263 und Hälschner I 634. Dagegen nehmen Finger I 504, Frank N. II 2 und § 41 N. II 3, Meyer-Allfeld 320, Olshausen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 4 und in konsequenter Praxis das RG. an, daß zur Anwendung des § 42 auf die Fälle des § 41 der subjektive Tatbestand nicht gegeben zu sein braucht, das objektive Verfahren also zulässig ist, wenn wegen mangelnden subjektiven Tatbestandes nachweislich niemand sich strafbar gemacht hat, sei es, daß ein subjektives Verschulden aus allgemeinen Gründen zu verneinen ist, sei es, daß ein besonderer Strafausschließungsgrund vorliegt. In dem Wortlaut des § 42 findet diese Ansicht, deren Konsequenz schließlich auch die Überflüssigkeit jeglicher Verschuldung im Falle des § 41 an sich sein würde — vgl. § 41 N. 3 — keine Stütze. Ebenjowenig an dem Wortlaut des § 41, wie Olshausen N. 5a anzunehmen scheint, denn wenn § 41 anders als § 40 von der Ver-schuldung schweigt, so bedeutet dieses Schweigen nicht, daß es auf ein Verschulden überhaupt nicht ankommt, sondern daß zum Verschulden schon die Fahrlässigkeit genügt.

5. Wenn das Gesetz das objektive Verfahren davon abhängig macht, daß die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, so ist das Verfahren ausgeschlossen,

wenn bei einer Beteiligung Mehrerer an dem Delikt auch nur Einer verfolgt oder verurteilt und in dem gegen ihn ergehenden Urteil die Maßnahmen der §§ 40, 41 verfügt werden können. Ist die Verfolgung gegen diesen Einen eingeleitet und ein Urteil gefällt, die Einziehung des § 40 aber deshalb unmöglich gewesen, weil nicht der Angeklagte, sondern einer der anderen nicht verfolg-
baren Beteiligten Eigentümer des Gegenstandes ist, so ist das objektive Verfahren statthaft; Oshausen N. 7 und RG. 9./2. 11 C. 44 315. Hierbei kann die Verfolgung oder Verurteilung — letztere ist natürlich immer als rechtskräftige zu denken — unausführbar sein aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen. Diese Unterscheidung hat aber an dem Gesetz keinen Anhalt und jeder innere Grund zu ihr fehlt. Daher findet § 42 Anwendung, wenn die Verfolgung oder Verurteilung aus irgendeinem Grunde, sei es ein tatsächlicher, sei es ein rechtlicher, unausführbar ist, wofür nur nicht der objektive oder subjektive Tatbestand durch den Grund getroffen wird: Finger I 502 N. 655, Frank N. II 2, Meyer-Altfeld 320, Oshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 16./2. 81 C. 4 87, 25./9. 84 C. 11 119, 15./10. 86 C. 14 382, 4./7. 89 C. 19 371, 17./6. 97 C. 30 194. Dagegen beziehen Binding Grundr. 263, Geyer I 162, Hälschner I 634 und wiederum Rüdorff-Stenglein § 61 N. 31. die Unausführbarkeit nur auf tatsächliche Verhältnisse. Zu den rechtlichen Gründen gehört auch die Verjährung der Strafverfolgung, zumal, nach Meyer-Altfelds Ausdruck, „die polizeiliche Natur der Maßregel des § 42 die Statthaftigkeit ihrer Verhängung mit der straftilgenden Wirkung der Verjährung sehr wohl vereinbar erscheinen läßt“: Werner 234, Merkel 229, Meyer-Altfeld 320, Oshausen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 15./10. 86 C. 14 382, 19./2. 11 C. 44 315; a. M. Binding Handb. I 834 N. 4 und Grundr. 263, Finger I 503, Frank N. I, Hälschner I 634. Ist die Strafvollstreckung verjährt, so ist § 42 deshalb ausgeschlossen, weil jene durch die Existenz eines Urteils bedingt ist, somit die Voraussetzung des § 42 ermangelt. Zweifelhaft kann sein, ob in den Antrags- und Ermächtigungsfällen der Mangel des Antrags, der Ermächtigung eine Unausführbarkeit im Sinne des § 42 ist, aber das strafrechtliche Einsehen ist an Antrag und Ermächtigung dergeßalt gebunden, daß es ohne den einen und die andere unzulässig ist, somit bei jenem Mangel auch das objektive Verfahren: Binding Grundr. 263, Finger I 502 N. 654, Frank N. I, Hälschner I 634, Merkel 229, Meyer-Altfeld 320, Oshausen N. 6b, Rüdorff-Stenglein N. 5, § 41 N. 13, § 61 N. 31; RG. 25./9. 84 C. 11 119, 15./10. 86 C. 14 382; a. M. Werner 234, Oppenhoff-Delius N. 1.

6. Verfolgung und Verurteilung stehen sich als Subjekte des Bedingungsmaßes gleich. Ist die Verfolgung unmöglich, so ist es auch die Verurteilung, wogegen die letztere unmöglich sein kann, obgleich die erstere, d. h. das ganze Verfahren bis zum Urteil, stattgefunden hat. Verurteilung ist rechtskräftige Verurteilung. Somit findet § 42 Anwendung, wenn der Verfolgte nach Fällung des Urteils, aber vor Eintritt der Rechtskraft stirbt: Oshausen N. 8.

7. Wenn das Gesetz bestimmt, daß die Maßnahmen der §§ 40, 41 selbständig erkannt werden können, so bedeutet dies zunächst den Gegensatz zu ihrer Verhängung in und durch dasselbe Urteil, welches den Angeklagten des besondern in Frage stehenden Delikts schuldig erklärt.

Meyer-Altfeld 321, Oshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2, Löwe-Hellweg §§ 152 N. 5b, 477 N. 4b und RG. 5./4. 83 C. 8 238, 24./5. 87 C. 16 114 erklären den Ausdruck „können“ dahin, daß für die Staatsanwaltschaft hier nicht das Legalitäts-, sondern das Opportunitätsprinzip maßgebend sei, und daß ebennmäßig ausschließlich in ihrer Hand die Entscheidung darüber liege, ob die Verfolgung und Verurteilung ausführbar sei oder nicht. Diese Ansicht entbehrt des zureichenden Grundes. Allerdings ist nach StP.D. § 447 ein Antrag der Staatsanwaltschaft nötig, „sofern die Entscheidung nicht in Verbindung mit einem Urteil in der Hauptsache selbst erfolgt“, aber wie dies auf den soeben gedachten Gegensatz hinausläuft, so wird dadurch nichts Neues bestimmt, weil das Gericht seine Tätigkeit ohne Antrag der Staatsanwaltschaft überhaupt nicht beginnen kann, einerlei um welches Verfahren es sich handelt. Der Hinweis auf das „kann“ in § 4 Abs. 2 trifft nicht zu, denn dieses „kann“ erhält seine nähere Erklärung durch den Abs. 1, welcher in § 42 keine entsprechende Aufnahme gefunden hat, bezieht sich zudem auf das Verfolgen, also auf die staatsanwaltliche, während sich das „können“ des § 42 auf das Erfennen, also auf die richterliche Tätigkeit bezieht. Für die weitere Ansicht, daß die Entscheidung über die Ausführbarkeit oder Nichtausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung, also die Entscheidung über eine für das ganze Verfahren notwendige Voraussetzung dem Richter entzogen sei, spricht kein Buchstabe des Gesetzes. Somit deutet, ebenso wie in § 30 das „kann“, das „können“ des § 42 nur die Bedingung des objektiven Verfahrens an, und die Staatsanwaltschaft hat, wenn die Verfolgung oder Verurteilung ihr unausführbar erscheint, stets die Erklärung der Einziehung und Unbrauchbarmachung im objektiven Verfahren zu beantragen. Diese Erklärung kann, wenn die Unausführbarkeit evident ist, in unmittelbarem Anschluß an das Urteil in der Hauptsache erfolgen, oder die Staatsanwaltschaft kann von vornherein gemäß StP.D. § 477 das besondere Verfahren beantragen. Vgl. Finger I 504, Oshausen N. 9 Abs. 2, N. 10; RG. 24./2. 99 C. 32 53, 26./5. 05 C. 38 100.

Nach Oppenhoff-Delius N. 9 hat der Richter nunmehr bei seiner Entscheidung völlig freie Hand, ob er auf die Einziehung usw. erkennen oder nicht erkennen will, aber auch diese Ansicht beruht auf einer irrigen Auffassung des „können“. Vielmehr ist der Richter streng an das Gesetz gebunden, kann nach § 40 und muß nach § 41 die Maßnahme verfügen, nur daß bei § 40 trotz seiner fakultativen Anordnung auch die obligatorischen Bestimmungen bei den besonderen Delikten einzuhalten sind, weil in dem plus des Muß auch das minus des Kann steckt und nicht anzunehmen ist, das Gesetz habe das objektive Verfahren für die schärferen Fälle der Einziehung anzuschließen wollen. Übereinstimmend Meyer-Alfeld 321 N. 32, Lisshausen N. 9 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 31./1. 96 C. 28 122.

Zweiter Abschnitt.

Verfuch.

Der Versuch ist eine Materie im Sinne CG. § 2 Abf. 1. Auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete ist die Landesgesetzgebung frei, so daß die Bestimmungen des StGB. hier nur dann und so weit Geltung haben, als diese nicht besondere Bestimmungen enthält. Die Landesgesetzgebung ist daher nicht gehindert, den Versuch gleich schwer wie die Vollendung, auch den Versuch von Übertretungen und ebenso bloße Vorbereitungs-handlungen zu bestrafen. Vgl. Finger I 156, 309 N. 394, Frank § 2 N. VI, v. Liszt 96 N. 1, 205 N. 11, Mertel 135, Lisshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein § 44 N. 7.

§ 43.

Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

1. Dem römischen Recht „fehlt für den Versuch der Begriff wie das „technische Wort“ (Mommen). Das ältere deutsche Recht kennt die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung nicht und bestraft die Versuchshandlungen überhaupt nicht oder als selbständige Delikte. Die PGD. Art. 178 gibt die erste gemeinrechtliche Grundlage:

„Wenn so sich jemandt ehner mißethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der mißethatt dienstlich sein mögen, understeht, unnd doch an volnbringung der selben mißethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhinbert, „würde, solcher böser will, darauß etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen. „Aber inn ehnem fall hertter dann in dem andern angesehen gelegenheit und gestalt „der sacht.“

Zu Anschluß hieran hat die Rechtsentwicklung daran festgehalten, daß die Versuchshandlungen einen Anfang der Ausführung des Delikts enthalten müssen und das verjuchte Delikt milder zu bestrafen ist als das vollendete. Dagegen bestimmt der Code pénal (Redaction von 1832) Art. 2:

„Toute tentative de crime, qui aura manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manquée son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le „crime même.“

Übereinstimmend lautet das preußische StGB. in § 31:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche „einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, „von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne „Erfolg geblieben ist“

und stellt in § 32 Versuch und Vollendung unter dieselbe Strafe. Zu bewußtem Gegenjatz hierzu ist das deutsche StGB., indem es zugleich den Schluß des preußischen § 31 aus dem Tatbestande des Versuches entfernt und als Strafauhebungsgrund nach § 46 verweist, zu der sachlich allein

begründeten Rechtsauffassung zurückgekehrt, daß das versuchte Delikt milder zu beurteilen und demgemäß mit einer geringeren Strafe zu treffen ist als das vollendete.

Es wird darüber gestritten — vgl. Olshausen N. 2 —, ob § 43 eine Definition des Begriffes Versuch gibt oder nur bestimmt, wann eine Handlung als Versuch zu betrachten und zu bestrafen ist, die Feststellung des Begriffes aber der Wissenschaft überläßt. Das letztere ist die Ansicht von Hälschner I 341, v. Liszt 208 und Olshausen N. 2, wogegen Binding Handb. I 306, Fingler I 309 N. 394, Meyer-Allfeld 167 N. 12 und anscheinend auch Berner 138 in § 43 eine Legaldefinition finden. Der Streit ist mehr akademischer Natur, denn der Versuch ist begrifflich Anfang der Ausführung = Mangel der Vollendung, und ein eigentlicher Zweifel macht sich erst geltend bei der Frage, wann die Ausführung anfängt.

2. Damit eine Handlung eine strafbare sei, muß der subjektive und der objektive Tatbestand gegeben sein. Subjekt ist ein Mensch, schlechthin oder von einer gewissen Qualität, welcher allgemein zurechnungsfähig ist und dem die konkrete Handlung als Betätigung seines Willens zugerechnet werden kann. Objekt ist der juristische Zielpunkt einer von dem Subjekt ausgehenden Tätigkeit. Beide werden verbunden durch die von dem Subjekt auf das Objekt gerichtete Tätigkeit. Sind diese drei Erfordernisse erfüllt, so ist die Handlung eine vollendete. Ist das Erfordernis des Subjekts oder des Objekts nicht erfüllt, so ermangelt der von dem Gesetz geforderte Tatbestand, und eine strafbare Handlung liegt nicht vor, ohne daß es auf die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung ankommt. Beim Subjekt: der Täter ist geisteskrank oder handelt bei einem nur vorzüglich begehbaren Delikt, z. B. Diebstahl, ohne Vorsatz. Beim Objekt: die weggenommene oder unterschlagene Sache gehört dem Wegnehmer oder Unterschlagener. Ebenso ist es keine Unterschlagung im Amte, wenn der Täter die unterschlagenen Gelder nicht in amtlicher Eigenschaft empfangen hat. Anders verhält es sich mit der die Verbindung zwischen Subjekt und Objekt herstellenden Tätigkeit. Damit der juristische Zielpunkt erreicht werde, bedarf es stets einer bald größeren, bald kleineren Kette von Tätigkeiten. Ist diese Kette abgelaufen und der vom Gesetz verlangte Erfolg eingetreten, so ist das Delikt vollendet. Ist die Kette noch nicht abgelaufen, so ist zwar mit der Ausführung begonnen, das Delikt aber nicht vollendet, sondern erst versucht. Somit unterscheiden Vollendung und Versuch sich nur quantitativ. Letzterer hat keine juristische Bedeutung nur als noch nicht vorhandene, sondern erst im Entstehen begriffene Vollendung der zum Begriff des Delikts gehörenden Tätigkeit. Abgesehen von diesem Mangel, muß der Versuch alle Erfordernisse des in Frage stehenden Delikts erfüllen, der subjektive wie objektive Tatbestand des Delikts gegeben sein, widrigenfalls entweder überhaupt kein Versuch oder nicht ein Versuch des gewollten Delikts vorliegt. Hieraus folgt, daß, wenn die Vollendung absolut unmöglich ist, auch der Versuch als die beginnende Vollendung unmöglich ist, und daß, denselben Gedanken nach der Straffseite gewendet, der Versuch nur dann strafbar ist, wenn die vollendete Handlung strafbar sein würde.

Der Unterschied zwischen dem vollendeten und versuchten Delikt liegt hiernach nicht darin, daß bei dem letzteren etwas anderes vorhanden ist als bei dem ersteren, sondern daß bei ihm weniger geschieht als bei jenem. Der Versuch ist ein unbeendigter, wenn der Täter nicht an das Ende der auf die Vollendung gerichteten ausführenden Tätigkeit gelangt ist; ein beendigter, wenn er an das Ende der ausführenden Tätigkeit gelangt ist, dem vom Gesetz verlangten Erfolg aber nicht herbeigeführt hat; ein fehlgeschlagener, wenn der durch die ausführende Tätigkeit in Bewegung gesetzte Naturkausalismus sich erfolglos abgerollt hat, ohne daß der Erfolg durch den Täter selbst abgewendet worden ist; Berner 146 ff. Unter Erfolg ist aber nicht die vom Täter als Endzweck seiner gesamten Tätigkeit ins Auge gefaßte Befriedigung eines wirklichen oder vermeintlichen Bedürfnisses, z. B. beim Betrüge die Erlangung eines Vermögensvorteils, zu verstehen, sondern „das durch die Handlung verursachte Ereignis, das nach dem gesetzlichen Deliktsbegriff zum objektiven Tatbestande gehört“; Frank N. I 2.

3. Entschluß ist die innere Selbstbestimmung, durch welche der Wille sich für eine Handlungsweise entscheidet. Wenn § 43 von dem Entschluß ausgeht und außerdem von dem „beabsichtigten“ Verbrechen oder Vergehen spricht, so erhellt hieraus, daß das Gesetz einen Versuch nur beim vorsätzlichen, nicht auch beim fahrlässigen Delikt und ihn selbst wiederum nur als einen vorsätzlichen, nicht als einen fahrlässigen mit Strafe bedroht. Es ist somit ohne praktischen Wert, wenn Binding Grundr. 130, Frank N. II 1 und Meyer-Allfeld 171 meinen, daß auch bei fahrlässigen Delikten der Versuch jedenfalls „denkbar“ sei. Der Entschluß muß darauf gerichtet sein, eine sich als Verbrechen oder Vergehen darstellende Handlung zu begehen, also alle diejenigen Tatbestandsmomente zu realisieren, welche in ihrer Zusammenfassung den objektiven Tatbestand eines besonderen Vergehens oder Vergehens bilden. Diese Richtung des Entschlusses auf alle Tatbestandsmerkmale wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Verwirklichung eines Merkmals vom Eintritt gewisser tatsächlicher Voraussetzungen abhängig gemacht wird, z. B. der Gebrauch der gefälschten Urkunde oder Ein-

tritt einer Zahlungsverpflichtung: RG. 27./5. 87 E. 16 133. Nicht erforderlich ist, daß sich der Täter der Eigenschaft des Delikts als eines Verbrechens oder als eines Vergehens der bestimmten Art oder gar der Strafbarkeit oder deren Maßes bewußt sei: Meyer-Allfeld 171, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 12. Da das StGB. den von der Wissenschaft aufgestellten Unterschieden im Begriff des Vorwurfs, je nachdem der Erfolg mehr oder weniger bestimmt gemollt ist, regelmäßig keinen Einfluß auf die Frage der Verschuldung und Verantwortung der Tat beilegt, so ist der subjektive Tatbestand dann gegeben, wenn der Wille den eingetretenen Erfolg irgendwie — direkt, eventuell, alternativ — umfaßt. Daher genügt, was allerdings Frank N. II 1 und v. Wächter 209 bestreiten, bei dem Versuch der eventuelle Dolus, und zwar muß der Aburteilung das schwerste der in Frage kommenden Delikte, stets aber nur eines derselben zugrunde gelegt werden: Binding Grundr. 127 und Normen II 410, Fingcr I 309, Geher I 130, Hälschner I 334, v. Liszt 201 N. 2, Meyer-Allfeld 171, Olshausen N. 5 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 12, Schütze 134; RG. 22./12. 84 E. 12 64, 28./3. 87 E. 16 25, 29./3. 89 E. 19 90. Ist der Entschluß von vornherein nur auf einen Versuch gerichtet, so kann, weil die Strafbarkeit des Versuchs den auf das vollendete Delikt gerichteten Entschluß voraussetzt, die Handlung, auch wenn sie objektiv einen Anfang der Ausführung enthält, nicht als Versuch gestraft werden: v. Liszt 228, Meyer-Allfeld 172; RG. 29./5. 88 E. 17 377.

4. Nach der positiven Bestimmung des Gesetzes ist der Versuch eines Verbrechens stets, der einer Übertretung nie, der eines Vergehens nur in denjenigen Fällen strafbar, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bezieht: §§ 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 264 a, 289, 303—305, 339, 350, 352. Die Strafbarkeit des Versuchs versteht sich also nicht von selbst, sondern tritt nur ein, weil und insoweit sie im positiven Recht begründet ist. Es ist aber klar, daß in dem Versuch eines bestimmten Delikts ein anderes vollendetes Delikt stecken kann (sog. qualifizierter Versuch), dessen Strafbarkeit von der des Versuchs unabhängig ist, wofür nicht das vollendete Delikt einen notwendigen Bestandteil des versuchten bildet, in welchem Fall nur wegen Versuchs zu strafen ist. Vgl. § 46 N. 1.

5. Es wird darüber gestritten, ob die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung überall anwendbar ist.

a) Sie wird in größerer oder geringerer Übereinstimmung bestritten z. B. von Hälschner I 355, v. Liszt 205, Schütze 134, v. Schwarze H. II 286 bei allen Delikten, welche nicht in der Herbeiführung eines Erfolges, sondern nur in der Vornahme einer bestimmten Handlung bestehen — v. Liszt nennt sie reine Tätigkeitsdelikte —, und bei denjenigen, bei welchen, wie z. B. bei mündlichen Beleidigungen, mit dem Beginn der Ausführung sofort der volle Tatbestand des Delikts gegeben ist. Aber auch unangesehen den Umstand, daß bei den letzteren Delikten der Versuch regelmäßig nicht mit Strafe bedroht ist, setzt sich, wie oben N. 2 ausgeführt wurde, jede auf ein bestimmtes Endziel gerichtete Tätigkeit in Wirklichkeit aus einer bald größeren, bald kleineren Kette von Tätigkeiten zusammen, so daß ein Beginn der Ausführung allerdings möglich ist: Meyer-Allfeld 169. Sicherlich liegt, um das angegebene Beispiel zu gebrauchen, der Beginn der Ausführung vor, wenn, bevor die beleidigende Äußerung zu Ende gesprochen ist, der Sprecher durch einen Schlag auf den Mund mundtot gemacht wird.

b) Weiter wird die Anwendbarkeit bezweifelt bei den Unterlassungsdelikten (vgl. § 1 N. 1 b). Zwar nicht bei den unechten, den sog. *delicta commissiva per omissionem*, denjenigen Verbotsfällen, in welchen absichtlich und pflichtwidrig der Eintritt eines Erfolges nicht abgewendet wird, wohl aber bei den echten Unterlassungsdelikten. Bei diesen wird, wie schon früher insbesondere von Zachariä, mit Recht die Möglichkeit des Versuchs gelehrt von Frank N. VI 1, Hälschner I 354, Oppenhoff-Delius N. 15, Schütze 134, v. Schwarze 95 und H. II 285, dagegen behauptet von Binding Grundr. 130, Fingcr I 316, v. Liszt 204, Meyer-Allfeld 169, 170, N. 23, Olshausen N. 27 b. Dabei meint Binding allerdings, daß der Versuch nach Analogie des Rücktritts vom Versuch nicht strafbar sei, wogegen die Erwägung spricht, daß ein Beharren bei der Unterlassung mit dem Aufgeben der Unterlassung auch dann nicht verglichen werden kann, wenn die Unterlassung durch irgendeinen, nicht vom Unterlasser bewirkten Umstand unschädlich gemacht wird. Fingcr und v. Liszt halten einen nicht beendigten Versuch für undenkbar, weil eine Rechtswidrigkeit des Tuns nicht vorliege, solange die Vornahme des geforderten Tuns noch möglich sei, aber es kommt nicht darauf an, ob das geforderte Tun noch vorgenommen werden kann, sondern ob es bereits vorgenommen ist. Die Bestreitung der Möglichkeit des Versuchs wird am treffendsten von Hälschner motiviert: „Sofern das Gesetz eine bestimmte Tätigkeit bei Strafe gebietet, erscheint das Delikt als vollendet durch den Ungehorsam gegen das Gebot, durch das passive Verhalten des zu einem Tun gesetzlich Verpflichteten, und es kann hier von einem Versuch zu unterlassen nicht die Rede sein, weil die Absicht zu unterlassen nur durch das Unterlassen selbst, nicht aber durch irgendeine diesem vorangehende Tätigkeit in der dem Wesen des Versuchs entsprechenden Weise kundgetan werden kann.“ Es würde also die Kehreite zu den reinen Tätigkeits-

delikten der *N. a* vorliegen. Hingegen ist aber zu erwidern, daß bei den Omissivdelikten regelmäßig eine nach der juristischen Ausgestaltung des jeweiligen Delikts und nach den Umständen des konkreten Falles zu bemessende Zeit offensteht, bis zu deren Ablauf die Unterlassung in Tätigkeit umgewandelt werden kann, so daß die Vollendung erst mit dem ungenügten Ablauf der Zeit eintritt, und daß der Unterlasser sich durch positive Tätigkeit in die Unmöglichkeit versetzt haben kann, dem Gebote zu gehorchen, gleichwohl aber durch dritte Einwirkung diese Unmöglichkeit gehoben und der Unterlasser durch diese Einwirkung gewissermaßen zum Gehorsam genötigt wird. Meyer-Alsfeld a. a. O. nennt als Beispiel: Einer der Versammelten, die vom zuständigen Beamten aufgefordert sind, sich zu entfernen (§ 116), klammert sich an einen Laternenpfahl, um nicht weggeschoben zu werden, die Menge reißt ihn aber doch vor der dritten Aufforderung mit fort. Bei dieser unvereinbaren Divergenz der Ansichten ist es ein Glück, daß das StGB. in keinem Falle der Gebotsverletzung den Versuch mit Strafe bedroht.

c) Aus der unbestreitbaren Wahrheit, daß der Versuch des Versuchs ein Un Ding ist, wird von Finger I 315, v. Liszt 205, v. Wächter 200 gefolgert, daß, wenn das Gesetz ausnahmsweise Versuchs- oder Vorbereitungs-handlungen mit der Strafe der Vollendung belegt oder als selbständige Delikte unter besondere Strafe stellt, der Versuch dieser Straftaten ausgeschlossen sei. Binding Lehrb. I 11 und Grundr. 136 unterscheidet in lästiger Neuterminologie, aber in — wie stets — scharfsinniger Weise die von ihm sogenannten lupierten Erfolgs-, verkümmerten zweifachen und reinen Versuchsdelikte, beraubt jedoch selbst in der weiteren Ausführung diese Unterscheidung der praktischen Brauchbarkeit. Endlich Olshausen N. 28 und mit ihm Berner 141 (wegen der Vorbereitungs-handlungen) und Frank N. VI 2 halten den Versuch für nicht möglich, wenn die Handlung ausdrücklich als Versuchs- oder Vorbereitungs-handlung mit Strafe bedroht ist, dagegen für möglich, wenn sie sich nur begrifflich als Versuchs- oder Vorbereitungs-handlung darstellt. Diese Unterscheidung ist völlig zutreffend und ohne Schwierigkeit durchzuführen. Wenn z. B. § 80 bestimmt: „Der Mord und der Versuch des Mordes . . . werden mit dem Tode bestraft“, so ist ein Versuch dieses Mordversuchs ausgeschlossen, denn das Gesetz hebt den Versuch nicht hervor, um ihn zu einem *delictum sui generis* zu machen, sondern um ihn in Abänderung des § 44 ebenso hart zu bestrafen wie den vollendeten Mord. Das gleiche Resultat wäre gegeben, wenn § 80 von dem Versuche schwiege und die Ausnahme in § 44 Abs. 1 gemacht wäre. Abgesehen von einem solchen lediglich redaktionellen Herausheben aus dem Versuch betreffenden Abschnitt des Allgemeinen Teils muß angenommen werden, daß, wenn das Gesetz einen bestimmten Tatbestand aus der Lehre vom Versuch herausgelöst und zu einem selbständigen Delikt erhoben hat, es sich nicht mehr um einen Deliktsversuch, sondern um ein selbständiges und juristisch völlig ausgestaltetes Delikt handelt, auf welches, falls es seiner Natur nach überhaupt einen Versuch zuläßt, die allgemeinen Lehren vom Versuch Anwendung finden: Meyer-Alsfeld 170; RG. 29./4. 84 E. 10 324. Das gleiche gilt von den Vorbereitungs-handlungen. Diese sind — vgl. unten N. 7 — nur strafbar, wenn sie im Besonderen Teil entweder ausdrücklich als solche oder nur tatsächlich unter Strafe gestellt sind. Geschieht dies ausdrücklich, so liegt lediglich eine Ausnahme von der Regel der Straflosigkeit vor, und ein Versuch ist undenkbar, weil dieser begrifflich auf die Vollendung, nicht aber auf die bloße Vorbereitung des Delikts gerichtet ist.

d) In einer Reihe von Fällen wird das „Unternehmen“ mit Strafe bedroht. Für die hochverräterischen Delikte ist der Begriff in § 82 besonders bestimmt, wonach es sich um die Zurückziehung der Vollendung in das Stadium des erst versuchten Delikts handelt. In den anderen Fällen umfaßt das Unternehmen die gesamte auf die Realisierung des objektiven Tatbestandes gerichtete Tätigkeit einschließlich der Versuchs-, jedoch ausschließlich der Vorbereitungs-handlungen, so daß das Maß der Entfernung dieser Tätigkeit von der Vollendung nur als Strafzumessungsgrund in Betracht kommt. Vgl. unten §§ 82, N. 2, 105 N. 3.

e) In einer Reihe von Paragraphen — 118, 178, 206, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307 Nr. 1, 309, 312, 314—316, 321 Abs. 2, 324, 326—328, 340 Abs. 2 — wird zunächst ein bestimmtes Grunddelikt unter Strafe gestellt, sodann aber auf den Fall des Eintritts eines entweder durch Fahrlässigkeit oder ohne eine Verschuldung des Täters bewirkten besonderen Erfolgs eine schwerere Strafe angedroht. Es wird darüber gestritten, ob bei diesen qualifizierten Delikten ein Versuch möglich sei. Da er sich nur auf die Ausführung des Grunddelikts beziehen kann, mit dessen Vollendung sich die Frage nach dem Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges ohne weiteres Zutun des Täters entscheidet, so scheiden schon aus diesem Grunde diejenigen Fälle aus, bei denen das Grunddelikt selbst nur als ein fahrlässiges mit Strafe bedroht ist: §§ 309, 314, 316, 326. Von den nachbleibenden Paragraphen scheiden wieder diejenigen aus, in welchen sowohl das Grund- als auch das qualifizierte Delikt ein Vergehen und der Versuch nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt ist: §§ 206, 327, 328. In den übrigen Fällen liegt ein Versuch des qualifizierten Delikts dann vor, wenn der Erfolg eingetreten ist, ehe das Grunddelikt vollendet war: z. B. im Falle des § 251 tritt die schwere Körperverletzung oder der Tod ein, ehe der Raub selbst vollendet ist.

Die Möglichkeit des Versuchs nehmen ebenfalls an Binding Lehrb. I 17, 52, Finger I 317, Frank N. VI 3, v. Liszt 204, Olshausen N. 5 Abf. 2, wogegen Meyer-Walfeld 170 und RG. 11./18. 83 E. 9 67 sie leugnen. Wegen diese letztere Ansicht, nach welcher der Eintritt des Erfolges nur als Strafzumessungsgrund für das Grunddelikt in Betracht kommen würde, wendet Binding a. a. O. 17 mit Recht ein, daß weder die Vollendung des Grunddelikts noch die zeitliche Priorität derselben vor der schärfsten Folge vom Gesetz als wesentliche Erfordernisse der Schärfung betrachtet werden. Die vereinzelt geäußerte Ansicht, daß in diesem Falle das qualifizierte Delikt vollendet sei, nimmt Vollendung an, ehe der gesamte objektive Tatbestand vorliegt, ist somit haltlos.

f) Endlich in denjenigen Fällen, in denen die Strafbarkeit durch einen außerhalb des Tatbestands liegenden Umstand bedingt ist, ist wie die Vollendung selbst, so auch der Versuch unmöglich, solange die Bedingung nicht eingetreten ist: Finger I 317, Frank N. V 4, v. Liszt 192, 204, Meyer-Walfeld 170, Olshausen N. 5 Abf. 3; vgl. auch Binding Lehrb. I 429.

6. Der Entschluß muß durch Handlungen betätigt sein, welche einen Anfang der Ausführung enthalten. Das Delikt ist ausgeführt, wenn der gesamte objektive Tatbestand einschließlich des vom Gesetze geforderten Erfolges vorliegt. Somit muß durch den Versuch als die beginnende Vollendung ein Teil des objektiven Tatbestandes realisiert werden, einerlei wie groß oder wie klein dieser Teil sei, so daß es genügt, wenn die den Anfang der Ausführung enthaltende Handlung selbst nur erst begonnen ist: RG. 20./11. 80 E. 3 136, 15./2. 82 E. 6 46, wogegen andererseits der Plural „Handlungen“ nicht dahin zu verstehen ist, daß mit mehreren Handlungen begonnen sein muß: RG. 2./10. 82 E. 7 54, 18./10. 82 E. 7 118, 9./11. 85 E. 13 41; vgl. Olshausen N. 14. Nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes, welcher, wenn man ihn ohne vorgefaßte Meinung betrachtet, gar nicht anders verstanden werden kann, muß die Handlung einen Anfang der Ausführung „enthalten“, es muß also tatsächlich, objektiv die Ausführung begonnen sein. Im Widerspruch hiermit hat das RG. zuerst in der vielberufenen Entscheidung vom 24./5. 80 E. 1 439 und seitdem konsequent sich zu der Ansicht bekant, daß es genüge, wenn der Täter seine Handlung für einen Beginn der Ausführung, nämlich für geeignet halte, den zur Vollendung der Handlung gehörenden Erfolg herbeizuführen. Diese sog. subjektive Theorie, welche das Meinen und Fürwahrhalten des Täters dem wirklichen Vorhandensein eines objektiven Faktums gleichstellt und vom RG. trotz späterer Abschwächung für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs festgehalten wird — siehe unten N. 11 —, hat in der Theorie wenige namhafte Anhänger gefunden, zu denen allerdings Hälschner I 344 ff. und v. Wächter 210, 211 ff. gehören, und ebensowenig in der untergerichtlichen Praxis, wenngleich die Untergerichte vielfach in Verkennung ihrer pflichtmäßigen Selbständigkeit sich der Judikatur des RG. accommodieren.

7. Ist ein Anfang der Ausführung nur durch eine solche Tätigkeit gegeben, welche eine zum gesetzlichen Tatbestande des Delikts gehörende Handlung selbst betrifft, so scheiden die sämtlichen Vorbereitungsaktionen, also alle diejenigen Handlungen aus, welche zwar nicht zum Tatbestande des beabsichtigten Delikts gehören, aber bereits dessen Begehung bezwecken, indem sie bestimmt sind, die Ausführung der Tat zu ermöglichen oder zu erleichtern: RG. 20./11. 80 E. 3 136. Daher kann von einem Anfang der Ausführung nicht gesprochen werden, wenn die Handlung noch keinen weiteren Erfolg gehabt hat, als daß die Herbeischaffung der Mittel oder Werkzeuge zur Begehung der Straftat selbst oder zur Realisierung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals bezieht oder erreicht ist: RG. 17./12. 85 E. 13 213. Die genaue Bestimmung der Grenzlinie zwischen Versuch und Vorbereitung ist deshalb wichtig, weil die Vorbereitungsaktionen, soweit sie nicht im Besonderen Teil unter Strafe gestellt werden, straflos sind: RG. 26./3. 09 E. 42 266 (sehr ausführlich). Eine Einigung über den Begriff der Vorbereitungsaktionen ist aber noch nicht gelungen. Olshausen N. 12 schließt sich ebenfalls der unlegendar klaren und einfachen Auffassung des RG. an. Frank N. II 2 nimmt als Anfang der Ausführung alle Tätigkeitsakte, welche vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Ausführungshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen, und nennt als hauptsächlichste Fälle der Vorbereitung das Beschaffen der Mittel, deren Zubereitung, das Komplottieren, das Aufkundschaften von Gelegenheit, die Reise zum Tatort, die Vornahme von Handlungen, die zur Sicherung der Begehung oder zur Vereitelung ihrer Bestrafung dienen sollen. Nach Hälschner I 342 ist die Handlung dann keine Vorbereitungs-, sondern eine Versuchshandlung, wenn aus ihr selbst sich das Ziel ergibt, auf das sie nach der Absicht des Täters gerichtet ist. Nach v. Liszt 135, 203 ist Ausführungshandlung diejenige Tätigkeit, die im Einzelfalle der vom Gesetze unter Strafe gestellten Tätigkeit entspricht. Meyer-Walfeld 173 erklärt für einen Anfang der Ausführung diejenige Tätigkeit, welche ihrer allgemeinen Beschaffenheit nach zu denjenigen Veranstaltungen gehört, deren eine oder andere unumgänglich notwendig ist, damit der Erfolg herbeigeführt werde. Aus der oben N. 2 gegebenen Erörterung läßt sich als Ausführungshandlung jede unmittelbar auf die Herstellung des objektiven Tatbestandes abzielende Tätigkeit bezeichnen. Die Schwierigkeit erhebt sich aber im konkreten Fall, denn nach

Berners 143 zutreffender Bemerkung liegt es in der Natur der Anfänge, sich dem Auge des Beobachters leicht zu entziehen. Ist also die Grenzlinie zwischen Vorbereitung und Versuch keine feste, so ist es in der Regel eine Frage lediglich tatsächlicher Natur, ob eine Handlung in den Kreis jener oder dieses fällt, wobei allerdings eine Nachprüfung des Revisionsrichters, ob der Vorderrichter bei seiner Feststellung von einer richtigen Auffassung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ausgegangen, nicht ausgeschlossen ist: RG. 20./11. 80 C. 3 136. Schließlich kommt es auf das jeweilige Delikt selbst an, und die Rechtsprechung wird sich bescheiden müssen, je nach der verschiedenen Natur der verschiedenen Delikte die Grenzlinien der beginnenden „Ausführung“ des einzelnen Delikts der Absicht der Gesetzgebung und dem Rechtsbedürfnisse folgend tunlichst zu bestimmen: RG. 15./10. 83 C. 9 84. Immer bleibt aber die Vorbereitungshandlung wichtig für die Beurteilung der Schuldfrage, da sie eine Manifestation des auf die Verübung des Delikts gerichteten Willens ist und in vielen Fällen die Richtung anzeigt, in welcher sich die ausführende Handlung selbst bewegt.

8. Wie in Nr. 2 in Anlehnung an die schon vor zwei Menschenaltern von H. A. Zacharia aufgestellte und während vierzig Jahre akademischer Lehrtätigkeit vorgetragene Verjuchtslehre ausgeführt wurde, teilt der Verjuch, abgesehen von der mangelnden Vollendung, alle Erfordernisse des in Frage stehenden Delikts. Er fordert daher zunächst den gesamten subjektiven Tatbestand, den auf das bestimmte Delikt gerichteten Dolus und, wenn das Gesetz eine bestimmte Qualifikation des Täters voraussetzt, z. B. die Beamtenqualität, das Vorhandensein dieser Qualifikation. Er fordert weiter eine zur Vollbringung des Delikts unternommene, ihrer äußeren Beschaffenheit nach gesetzwidrige Handlung, so daß kein Verjuch vorliegt, wenn es der dolosen Handlung objektiv an dem Eintritt einer für die tatsächliche Möglichkeit oder das Dasein des Delikts wesentlichen Bedingung fehlt. Als die beginnende Vollendung ist er unmöglich, wenn die Vollendung absolut unmöglich ist, und er ist nur dann strafbar, wenn die vollendete Handlung strafbar sein würde.

An dem Eintritt einer für die tatsächliche Möglichkeit oder das Dasein des Delikts wesentlichen Bedingung fehlt es objektiv insbesondere dann, wenn das zur Verübung gewählte Mittel aktiv oder das Objekt des Delikts passiv absolut untauglich ist. Der Verjuch an einem absolut untauglichen Objekt ist, weil mit dem Objekt in unersehbbarer Weise ein wesentlicher Teil des objektiven Tatbestandes fehlt, überhaupt kein Verjuch.

Hierbei darf aber der Verjuch an einem untauglichen Objekt nicht mit Berner 92, 144 und Schaper Hb. II 121 mit dem Putativ- oder Wahndelikt verwechselt werden, denn bei dem Verjuch will der Täter eine Handlung begehen, welche von dem Gesetz mit Strafe bedroht ist, während er bei dem Putativdelikt eine Handlung begeht oder begehen will, welche von ihm für strafbar gehalten wird, in Wirklichkeit aber nicht unter Strafe gestellt ist. Da das Gesetz nicht lediglich den bösen Willen, sondern nur den bösen Willen in Verbindung mit einer rechtswidrigen Handlung strafft — das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit —, so ist das Putativdelikt eben nur ein vermeintliches, aber kein wirkliches Delikt. Vgl. v. Wächter 219.

Wird nun gefragt, wann ein Objekt absolut untauglich ist, so hat die Antwort zu lauten: dann, wenn es nach seiner Qualität schlechtthin unfähig ist, in der vom Täter beabsichtigten Weise auf sich einwirken zu lassen. Oder, wie Olshausen N. 20 ausführlicher antwortet: „wenn der Gegenstand, gegen den im konkreten Falle die den verbrecherischen Entschluß betätigende Handlung sich richtet, unter keinen Umständen geeignet ist, die Vollendung des beabsichtigten Delikts zuzulassen, weil letzteres seinem gesetzlichen Tatbestande nach ein Objekt verlangt entweder anderer Art oder mit anderen Eigenschaften versehen als wie der das Ziel der konkreten Handlung bildende Gegenstand.“ Als Beispiel werden mit Vorliebe genannt der Verjuch der Tötung einer Leiche, die der Täter für eine lebende Person hält, der Verjuch der Abtreibung, wenn eine Schwangerschaft nicht besteht, der Verjuch des Diebstahls an der eigenen Sache. Es ist klar, daß diese absolute Untauglichkeit nicht vorliegt, wenn der Gegenstand durch eine besondere Vorkehrung gegen die Verletzung geschützt ist oder sich nicht an Ort und Stelle befindet. Der Untauglichkeit steht aber das Fehlen des Objekts gleich, sei es, daß die Tätigkeit gegen irgendein Objekt nicht gerichtet ist, sei es, daß das Objekt, gegen welches sie sich richtet, nicht existiert. In allen diesen Fällen ist die Ausführung und daher auch der Anfang der Ausführung unmöglich. Mit diesem Resultat stimmen überein Berner 92, 144, Binding Handb. I 693 und Grundr. 131, Ringer I 304, Franke N. III Abf. 3, Geher I 132, Löning 50, Merkel 126, 132, Meyer-Alfeld 176, Olshausen N. 20, 21, Oppenhoff-Delius N. 10, Schaper, Hb. II 121, Schütze 136. Rudorff-Stenglein N. 4 referiert nur und erklärt es für unmöglich, den Streit anders als auf gesetzlichen Wege zum Austrag zu bringen. Wenn man die konkreten Fälle ins Auge faßt und erwägt, daß anerkanntermaßen das Fehlen des Objekts der Untauglichkeit gleichsteht, so ergibt sich, daß die Untauglichkeit bald eine physische — der zu tödende Leichnam —, bald eine juristische — die zu fehlende eigene Sache — ist, und wird zu der Ansicht gedrängt, daß der untaugliche Verjuch

auf der einen Seite mangels der Rechtswidrigkeit überhaupt nicht strafbar sein kann, auf der anderen Seite ein Mangel am objektiven Tatbestande vorliegt, somit überhaupt kein Versuch, am wenigsten ein strafbarer gegeben ist. Z. B. bei der Bigamie, wenn bei Eingehung der zweiten Ehe der erste Ehegatte bereits gestorben, oder beim Meineid, wenn die beschworene vermeintlich falsche Tatsache wahr ist. Derselben Ansicht ist Frank a. a. O. und im Grunde auch Dikshausen, wenn er — siehe oben — von dem anderen Objekt spricht, welches das Delikt seinem gesetzlichen Tatbestande nach verlangt.

9. Eine für die faktische Möglichkeit des Delikts wesentliche Bedingung ist ausgefallen, wenn das zur Verübung gewählte Mittel absolut untauglich, das zur Ausführung des Delikts bestimmte und angewendete Mittel unter keinen Umständen keinen Umständen geigneten Objekte die gewollte Wirkung hervorzubringen. Weil die Vollendung absolut unmöglich, ist auch der Versuch als die beginnende Vollendung unmöglich. Nur relativ untauglich, also mit dem Versuch vereinbar, ist das Mittel, wenn es an sich zur Hervorbringung der gewollten Wirkung geeignet ist und auch richtig angewendet, aber durch die vorliegenden konkreten Umstände an der Hervorbringung der Wirkung gehindert wird. Eine relative Untauglichkeit ist es auch, wenn die Untauglichkeit des Mittels ihren Grund nicht in der Qualität, sondern in der Quantität hat, das Mittel ein quantitativ unzulängliches ist: Meyer-Alsfeld 176 N. 28, Dikshausen N. 24, Oppenhoff-Delius N. 9. Nach Meyer-Alsfeld 176 ist der Versuch ohne Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit strafbar, wenn das vom Täter zur Tat bestimmte Mittel tauglich gewesen wäre und diese Bestimmung in einer Handlung des Täters sich bereits geäußert hat, infolge eines Irrtums oder eines sonstigen Umstandes aber ein anderes, und zwar untaugliches Mittel verwendet wird. Als Beispiele figurieren daselbst N. 28: Der Täter will Gift geben, verwechselt dies aber mit Natron, das er in einer ähnlichen Dose aufbewahrt, oder es wird ihm das bereitgehaltene Gift von anderer Seite mit einem harmlosen Pulver vertauscht, oder er erhält statt des verlangten Giftes eine ungefährliche Substanz, oder er will auf sein Opfer mit einem zuvor geladenen, ohne sein Wissen aber entladenen Gewehr schießen, oder die Ladung ist zu schwach, die Dosis Gift zu gering. Der Unterschied zwischen dieser und der subjektiven Theorie — N. 11 — ist jedenfalls ein minimaler; abgesehen von den beiden letzten Beispielen liegt in Wirklichkeit strafloser Versuch mit absolut untauglichem Mittel vor.

10. Die bei der Besprechung des untauglichen Objekts genannten Autoren halten ebensmäßig an der Straflosigkeit des Versuchs mit einem untauglichen Mittel fest. Nur Frank N. III Abf. 5 ff. ist „aus überwiegenden Gründen“ für die Strafbarkeit, weil nämlich von einem Mangel am Tatbestande, wofür nicht das Gesetz wie in § 229 ausnahmsweise ein bestimmtes Mittel fordere, nicht die Rede sein könne, und weil bei jedem Versuch das Mittel nach seiner Beschaffenheit oder nach der Art der Anwendung ein untaugliches sei. Aber abgesehen davon, daß die beiden scheidet Franks Ansicht, welche in die sonst von ihm selbst bekämpfte subjektive Theorie einmündet, an der gar nicht wegzuzuschneidenden Tatsache, daß eine Ausführung, welche von vornherein unmöglich ist, gar nicht begonnen werden kann. Hälschner I 348 bestreitet überhaupt die Unterscheidung von Objekt und Mittel. „Gewiß hat“, so sagt er, „jedes Delikt ein bestimmtes, bares Objekt, hat jedes Delikt ein unter dem Schutz des Strafgesetzes stehendes rechtliches Gut zum Gegenstande, dem gegenüber die Handlung des Täters als Mittel der Verletzung erscheint. Hier aber handelt es sich nicht darum, sondern lediglich um das kausale Verhältnis von Ursache und Wirkung, Bedingungen und Erfolg. Mittel ist in diesem Verhältnisse alles, was in der Mitte liegt zwischen Willensbestimmung und Erfolg, was ihr kausales Verhältnis vermittelt. Dazu gehört wesentlich auch das Objekt des Delikts. Es ist eine der vielen Bedingungen des Erfolges, ist selbst Mittel für diesen. Es ist der lebende Mensch ebenso wie das ihm beigebrachte Gift Mittel, um jenen Erfolg in die Erscheinung treten zu lassen, welchen wir Tötung nennen.“ Diese Argumentation ist, auch abgesehen von der irrigen Gleichstellung von Mittelbegriff und Werkzeug, schon deshalb falsch, weil dasjenige, dessen Gelingen für ein bestimmtes Geschehen notwendig ist, zwar notwendige Voraussetzung, als Objekt im Strafrecht ein Tatbestandsmerkmal, aber niemals Mittel ist. Der bloße Gedanke: der Ermordete Mittel zu seiner Ermordung! ist geradezu skurril. Auf demselben Wege kann man den Täter oder gar das Strafgesetz selbst als Mittel zum Delikt bezeichnen; denn wenn es keinen Täter gibt, kann das Delikt nicht begangen werden, und wenn das Gesetz keine Handlung unter Strafe stellt, gibt es überhaupt kein Delikt mehr. Die Hälschnerische Deduktion steht auch in Widerspruch damit, daß ihr Autor als Anhänger der subjektiven Theorie jeden Versuch, auch den mit absolut untauglichen Mitteln, für strafbar erklärt; denn wenn ein Mittel absolut ungeeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, ist es auch ungeeignet, das kausale Verhältnis zwischen Willensbestimmung und Erfolg zu vermitteln. Allerdings bestreitet Hälschner 349 überhaupt den Unterschied zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit. Denn wenn relativ untauglich ein Mittel sein solle, welches unter Umständen Erfolg

haben könne, wenn man also bei ihm unbedenklich andere Umstände an die Stelle der gegebenen setze, so liege kein Grund vor, bei dem angeblich absolut untauglichen Mittel an den gegebenen Umständen festzuhalten, vielmehr dürfe man auch hier sagen, wenn dies oder das anders gewesen wäre, so wäre es ein ganz taugliches Mittel gewesen. Aber Hälschner ignoriert, daß bei der relativen Untauglichkeit Umstände möglich sind, unter welchen das Mittel Erfolg haben kann, dagegen bei der absoluten Untauglichkeit unter keinen Umständen der Erfolg möglich ist, somit die Unterschiebung ermöglichender Umstände alles andere eher ist als ein Festhalten an gegebenen Umständen. Mit dem Eintreten von Umständen zu operieren, deren Eintreten absolut unmöglich ist, ist in jeder Beziehung unstatthaft.

11. Die PGD. Art. 178 verlangt, daß der Täter sich „einer mißthat uudersteht mit etlichen „scheinlichen werden, die zu volnbringung der mißthat dienlich sein mögen.“ Schon nach ihr ist also der Versuch nicht strafbar, wenn er sich in Handlungen äußert, welche zur Verübung des Delikts völlig ungeeignet sind. Daher hat sich die gemeinrechtliche Theorie und Praxis im Laufe der Zeit überwiegend für die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuches ausgesprochen. Nach den Motiven zu unserem StGB. ist die gesetzliche Regelung der Streitfrage unterblieben, weil man weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft darüber bereits zu einem Abschluß gelangt und sogar die Vorfrage streitig sei, was überhaupt unter Tauglichkeit und Untauglichkeit von Mitteln oder Gegenständen verstanden werden müsse. Aber wie die PGD. etwas zur Vollbringung Dienstliches, so verlangt § 43 einen Anfang der Ausführung. Mit dieser Bestimmung müßte für eine unbefangene, konsequente und juristische Auslegung die Streitfrage ganz entschieden sein. Gleichwohl hat das Reichsgericht von Anfang an jeden Versuch für strafbar erklärt, und ihm sind Hälschner I 344 ff., v. Wächter 210 ff. und bezüglich der untauglichen Mittel Frank N. III Abj. 5 ff. gefolgt.

Es sind zwei Theorien aufgestellt worden, eine sog. objektive und eine sog. subjektive. Beide halten daran fest, daß ein auf die Vollendung gerichteter böser Wille vorliegt. Die objektive Theorie geht davon aus, daß erst durch das vollendete Delikt ein vollendete Verbrechen werde. Wollte man also eine Handlung, welche keine Vollendung sei, als Versuch strafen, so müßte durch sie ein Rechtsgut gefährdet werden, widrigenfalls nur eine straflose Vorbereitungshandlung vorliege. Dies gelte für jeden Versuch, und somit sei auch der untaugliche Versuch nur unter der Voraussetzung strafbar, daß die Versuchshandlung im Moment ihrer Verübung nach Maßgabe aller vorliegenden Umstände auf Grund vernünftiger Erfahrung eine Gefahr für das angegriffene Rechtsgut als gegeben erscheinen lasse. Diese Voraussetzung treffe aber bei dem absolut untauglichen Versuch nicht zu; er sei unfähig und daher überhaupt kein Versuch. Wie es Meyer-Uffeld 175 knapp und klar ausdrückt: „Nur der gefährliche Versuch ist ein solcher im Sinne des „StGB., also ein strafbarer Versuch. Gefährlich ist aber die auf die Verwirklichung des verbrecherischen Willens abzielende Tätigkeit, wenn sie auf irgendeiner Stufe ihrer Entwicklung „eine Richtung genommen hat, in welcher sie erfahrungsgemäß zur Verletzung des angegriffenen „Rechtsgutes führen konnte, sollte sie auch durch Umstände, die damals weder allgemein noch „speziell dem Täter bekannt waren, im weiteren Verlaufe von dieser Richtung abgelenkt worden „sein.“ Dagegen läßt sich aber einwenden, daß es viele Delikte gibt, bei welchen sich das verletzte Rechtsgut in die allgemeine staatliche Ordnung, die allgemeine Friedensordnung verflüchtigt, daß § 43 für den Begriff des Versuchs die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts keineswegs verlangt, und daß es überhaupt nicht, wie v. Liszt 201 will, notwendig im Wesen des Versuchs liegt, eine objektive Gefahr herbeigeführt zu haben. Die objektive Theorie hält fest an der Unterscheidung zwischen der absoluten und der relativen Untauglichkeit und an der Straflosigkeit jener, aber dieses Resultat wird, wie aus dem Obigen ersichtbar, auch ohne sie erreicht. Und wie stark muß die Gefährdung sein, genügt jede, wenn auch noch so kleine, oder muß sie von einer gewissen, im Grunde genommen gar nicht näher zu bestimmenden Stärke sein? Die objektive Theorie gibt hierauf keine sichere Antwort, die sich ja auch im allgemeinen nicht geben läßt, sie gibt aber auch keine sichere Antwort für den konkreten Fall. So erklärt Meyer-Uffeld 176 den Versuch der Abtreibung für straflos, wenn eine Schwangerschaft gar nicht besteht, wogegen v. Liszt 209 diesen Versuch für strafbar hält, wenn das Vorhandensein einer Schwangerschaft nicht völlig ausgeschlossen erscheint.

Das Reichsgericht hat sich von vornherein zu der subjektiven Theorie bekannt. Man könne, so argumentiert es in seiner Entscheidung vom 24./5. 80 G. I 439, die Worte des § 43 in einer doppelten Weise auslegen. Man könne sie einerseits von solchen Handlungen verstehen, welche imstande sind, den zur Vollendung des Verbrechens gehörenden Erfolg herbeizuführen (Anfang der Vollendung des Verbrechens), andererseits von solchen, welche der Täter für geeignet hält, diese Wirkung zu äußern (Anfang der Ausführung des Täters). Beide Auslegungen müßte man nach dem Wortlaut des Gesetzes für gleichberechtigt halten und somit die Entscheidung lediglich aus den inneren Gründen für die Strafbarkeit überhaupt entnehmen. Man könne darüber

kein Zweifel aufkommen, daß im Verjuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung sei, gegen welche das StGB. sich richtet. Auch bei dem untauglichen Verjuch „hat der Täter das „getan, was er als zur Verwirklichung seines verbrecherischen Entschlusses geeignet angesehen „hat, und hat damit seine Aufsehnung gegen die Rechtsordnung betätigt. Sein Irrtum über die „Tauglichkeit seiner Handlung kann auf deren Strafbarkeit keinen Einfluß haben. Daß das „beabsichtigte Verbrechen bei dem Verjuche stehenblieb, hat jedesmal in einem Irrtum des „Täters seinen Grund, weil er die das Ausbleiben des Erfolges bewirkenden Umstände bei seinem „Plane zur Verwirklichung des gefaßten Entschlusses nicht richtig in Anschlag gebracht hat. Gleich- „gültig muß es aber bleiben, in Beziehung auf welche tatsächlichen Voraussetzungen, die nötig „waren, um das Verbrechen zustande zu bringen, er geirrt hat, ob das der Vollendung entgegen- „getretene Hindernis im Verlaufe der Handlung eingetreten oder bereits bei deren Beginn vor- „handen war, ob die vom Täter nicht in Rechnung gezogenen Kausalitätsfaktoren außer ihm „liegende Verhältnisse oder Tätigkeiten sind, oder ob er sich über die Wirksamkeit seiner eigenen „Handlungen geirrt, ob über die Wirksamkeit eines gebrauchten Mittels seiner Art oder Menge „nach oder seiner Anwendung nach, ob über das als Mittel gebrauchte Objekt selbst oder über „die ihm beigegebenen oder übersehenen Qualitäten.“ Somit ist der Verjuch des Kindesmordes an einem togeborenen Kinde, der Abtreibung bei nicht vorhandener Schwangerschaft, des Ver- „truges wider eine noch gar nicht existierende Genossenschaft strafbar. Vgl. RG. 10./6. 80 C. 1 451, 18./10. 82 C. 7 118, 30./3. 83 C. 8 198, 27./2. 88 C. 17 158, 9./7. 88 C. 18 82, 14./3. 01 C. 34 217, 25./10. 06 C. 39 316.

Diese Rechtsprechung, wonach jeder Verjuch strafbar ist, kann in keiner Weise gebilligt werden. Zunächst verlangt das Gesetz in eindeutiger Weise, daß die Verjuchshandlung einen Anfang der Ausführung enthalte, jetzt also ein objektives Erfordernis voraus, erklärt es aber mit keinem Buchstaben für genügend, wenn der Täter — irrigerweise — meint, daß seine Handhabung eine Ausführung enthalte. Es ist ferner nicht wahr, daß im Verjuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet, sondern das Gesetz weiß das kanonistische „in maleficio voluntas pro opere reputatur“ (C. 25 D. I de poenitentia) bestimmt zurück und wendet sich nur gegen denjenigen verbrecherischen Willen, der sich durch einen Anfang der Ausführung betätigt. In dem untauglichen Verjuch ist aber in Wahrheit kein Anfang der Ausführung enthalten, was auszuführen unmöglich ist, auszuführen man nicht anfangen kann. Zudem ist der Dolus beim Verjuch kein anderer als bei der Vorbereitung und bei der Vollendung. Das Reichsgericht müßte also konsequenterweise auch die Vorbereitungshandlung strafen, während auf der anderen Seite unverständlich bliebe, weshalb das Gesetz den Verjuch nicht bei allen Delikten und warum es ihn überhaupt milder als die Vollendung straft. Es kommt noch hinzu, daß, da beim untauglichen Verjuch die Ausführung oder Nichtausführung des Delikts von dem Willen des Täters ganz unabhängig und bei der Unmöglichkeit des Erfolges eine Abwendung desselben ebenfalls unmöglich ist, der Strafaufhebungsgrund des § 46 Nr. 2 bei dem untauglichen Verjuch ganz verjagen würde. Auch abgesehen hiervon führt die ethisierende, den Schwerpunkt der ganzen Lehre vom Tatbestande verkennende Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der heillosen Konsequenz, daß auch der Verjuch mit sympathischen und abergläubischen Mitteln für strafbar erachtet werden muß, wie der geistige Vater der subjektiven Theorie, v. Buri, einmal offen ausgesprochen hat. Das wäre allerdings nicht neu. Schon das Strafrecht der römischen Kaiserzeit hat die mala sacrificia unter die lex Cornelia de sicariis gestellt, bereits im siebzehnten Jahrhundert hat ein angesehenener Leipziger Gerichtshof unter einem sehr berühmten Präsidenten nach dem gleichen Rezept die Zauberer und Hexen in langen Scharen auf den Scheiterhaufen geschickt. Frank Nr. III a. C. bestreitet diese Konsequenz: denn zum „rechten Dolus“ gehöre das Bewußtsein, den Naturkausalismus zu benutzen, und in derartigen Fällen sei er nicht vorhanden; auch wolle der Täter meist nicht selbst die Tat begehen, sondern nur eine überirdische Macht dazu bestimmen. Aber auf ein Bewußtsein kommt es ja gar nicht an, sondern nur auf ein Meinen, und der Täter hält die überirdische Macht für ein in seinen Händen williges Werkzeug. Das Reichsgericht hat sodann durch Urteil v. 21./6. 00 C. 33 321, ohne darin einen Widerspruch zu finden, entschieden, daß solche Handlungen, welche, wie Beschwörungen oder Sympatiemittel, völlig außerhalb sowohl der physischen als auch der psychischen Kausalität liegen, nicht strafbar seien. Aber durch diese inkonsequente Abgleichung wird seine Rechtsprechung nicht besser. Sie ist nicht bloß, wie Werner 144 sie nennt, den Worten des Gesetzes schurkhaft zuwider, völlig unjuristisch, oder, wie Binding Grundr. 131, eine Vergewaltigung des Gesetzes, sondern, objektiv genommen, ein durchaus unzulässiges Experimentieren an dem Geschick unerer irrefeleiteter Mitmenschen. Wenn es sich nicht gerade um die Rechtsprechung unjeres höchsten Gerichtshofes handelte, möchte man beinahe sagen, daß hier das juristische Interesse aufhört und nur ein pathologisches übrigbleibt. Allerdings sind Unfertigkeit, Unzulänglichkeit, Untauglichkeit stets mit dem Verjuch verbunden, der Begriff des Verjuchs ist in seiner kon-

treten Betätigung stets ein schlüpfriger, insbesondere bei den Mitteln die Unterscheidung zwischen Untauglichkeit und Unzulänglichkeit oft sehr schwierig. Aber die Grenze existiert in jedem einzelnen Falle, und wenn gleichwohl ein Zweifel bleibt, so hat er dem Beschuldigten zugute zu kommen. Hierbei wird der Richter sich auf Grund seiner allgemeinen wie juristischen Bildung ohne Voreingenommenheit von einer gefunden, besonnenen Erfahrung leiten lassen und stets der Warnung des alten Pandektenjuristen eingedenk bleiben, daß die interpretatio facti plerumque vel prudentissimos fallit.

Durch Urteil v. 3./12. 08 G. 42 92 ist das RG. nach v. Wächters Vorgang weiter gegangen, indem es den Versuch gestraft hat, weil der Täter irrtümlich ein Tatbestandsmerkmal angenommen hatte, dessen Vorhandensein die Tat strafbar machen würde. Es stellt somit dem untauglichen Objekt und dem untauglichen Mittel den irrig angenommenen Tatbestand zur Seite. Das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals genügt hiernach nicht mehr zur Freisprechung, sondern es ist auch zu untersuchen, ob der Täter nicht etwa das fehlende sich als vorhanden eingebildet hat. Vgl. § 59 R. 13 b.

Schließlich hat das Reichsgericht seine Theorie auch auf den freiwilligen Rücktritt des § 46 ausgedehnt. Für die Beurteilung der Frage, ob beendigter oder nicht beendigter Versuch vorliege, sei das Vorhandensein objektiver Merkmale unwesentlich. Es komme vielmehr darauf an, von welchen Vorstellungen der Handelnde geleitet gewesen, insbesondere also auf die Frage, welche Handlungen er zur Verwirklichung des vollendeten Tatbestandes nach der gegebenen Sachlage für geeignet und für ausreichend gehalten habe, ob er also sämtliche Handlungen, die nach diesen seinen Vorstellungen zur begrifflichen Vorstellung der Tat von seiner Seite erforderlich sein würden, vorgenommen habe oder nicht. Im ersteren Falle läge, sofern die Vollendung infolge irgendeines objektiven Hindernisses nicht eingetreten wäre, beendigter Versuch vor, im dem anderen nicht beendigter. RG. 21./12. 09 G. 43 137, 10./10. 11 G. 45 183. Die Konsequenz dieser Rechtsprechung würde sein, daß bei dem Versuch irgendein objektiver Tatbestand überhaupt nicht vorhanden zu sein braucht, es vielmehr genügt, wenn der Handelnde „sich vorstellt“, bereits irgendetwas getan zu haben!

12. Die Bestrafung des Versuchs ist nicht durch den Nachweis bedingt, daß das beabsichtigte Delikt nicht zur Vollendung gekommen ist. Zwar hat § 43 seinem Wortlaut nach die Nichtvollendung der geplanten Tat in die Begriffsbestimmung des Versuchs aufgenommen. Damit ist aber nicht ein Tatbestandsmerkmal des versuchten Delikts geschaffen, ohne dessen Feststellung eine Verurteilung unmöglich wäre, so daß in Fällen, in denen nicht mit Bestimmtheit nachgewiesen werden kann, ob eine an sich strafbare Ausführungshandlung fehlgeschlagen ist oder von Erfolg begleitet war, Freisprechung erfolgen müßte. Vielmehr soll der Versuch gegen die Vollendung abgegrenzt und namentlich zum Ausdruck gebracht werden, daß die Bestrafung der Versuchshandlung nicht neben der Bestrafung des vollendeten Delikts stattfinden soll, auch in den Fällen nicht, in denen die Herbeiführung des Erfolgs in verschiedenen Ausführungshandlungen unternommen wurde, von denen nur eine zur Vollendung geführt hat. RG. 15./6. 08 G. 41 352.

§ 44.

Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein, neben welcher auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann.

Ist das vollendete Verbrechen mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so tritt Festungshaft nicht unter drei Jahren ein.

In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermäßigt werden. Ist hiernach Zuchthausstrafe unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängnis zu verwandeln.

1. Während das preussische StGB. im Anschluß an den Code pénal Versuch und Vollendung unter dieselbe gesetzliche Strafe stellt, ist das deutsche StGB. zu der sachlich allein begründeten

Rechtsauffassung zurückgekehrt, daß das verjuchte Delikt milder zu beurteilen und daher mit einer geringeren Strafe zu treffen ist als das vollendete. Vgl. § 43 N. 1.

Somit darf der Richter niemals auf den Höchstbetrag der auf das vollendete Delikt angedrohten Strafe erkennen. Ist diese Strafe der Tod oder eine lebenslängliche Freiheitsstrafe, so ist das Maximum der entsprechenden zeitigen Freiheitsstrafe, an Stelle der Todes- das Maximum der Zuchthausstrafe, zugleich das Maximum der Verjuchtsstrafe, also fünfzehn Jahre Zuchthausstrafe oder Festungshaft. Ist die Strafe des vollendeten Delikts eine zeitige Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe, so muß die Verjuchtsstrafe mindestens eine volle Einheit der betr. Strafart, also mindestens Einen Monat Zuchthaus, Einen Tag Festungshaft, Einen Tag Gefängnis, drei Mark geringer sein. Sind Freiheitsstrafe und Geldstrafe kombiniert angedroht, so wird der gesetzlichen Vorschrift genügt, wenn die Ermäßigung auch nur bei einer von beiden Strafen eintritt.

Hiernach ist mit dem durch die spezielle Gesetzesbestimmung für das vollendete Delikt gegebenen Strafrahmen durch § 44 der Strafrahmen für das verjuchte Delikt gegeben. Wenn das Gesetz mildernde Umstände zuläßt, so ist für den Fall ihres Vorliegens ein besonderer Strafrahmen geschaffen, welcher auch beim Verjuch maßgebend ist. Hierbei darf aber die Ausnahme mildernder Umstände nicht auf die Nichtvollendung der Handlung gestützt werden, weil sonst wegen bloß vorhandenen Verjuchs eine doppelte Strafermäßigung eintreten würde: Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 20./3. 82 C. 6 98 (zunächst auf § 57 bezüglich). Bei der Bewegung innerhalb des Strafrahmens hat der Richter daran festzuhalten, daß für die Strafzumessung nicht das Strafmaß, welches für das Delikt im Fall seiner Vollendung angemessen gewesen wäre, sondern die von dem Gesetze auf das vollendete Delikt angedrohte Strafe maßgebend ist: RG. 13./6. 02 C. 35 382. Ein Verstoß hiergegen wäre regelmäßig eine Vermessung der Strafe auf unsicherer Grundlage, weil der Richter nur gegenüber einer absolut bestimmten Strafart ermessen kann, welche Strafe im Falle der Vollendung verhängt sein würde, dagegen ihm in allen anderen Fällen die tatsächlichen Umstände unbekannt bleiben, welche die nicht eingetretene Vollendung begleitet haben würden, während von diesen gerade das Maß der Strafe abhängt. Vgl. Frank N. 1, 1, Olshausen N. 1, 4, Rüdorff-Stenglein N. 2.

2. Abs. 2 und 3 sprechen nur von der lebenslänglichen Freiheitsstrafe, obgleich lebenslängliche Zuchthausstrafe nur in den §§ 87, 90 ausschließlich, in den §§ 81, 88, 94 wahlweise mit lebenslänglicher Festungshaft und in allen anderen Fällen wahlweise mit zeitiger Zuchthausstrafe — von zehn bis fünfzehn Jahren — angedroht ist. Bei diesen alternativen Strafandrohungen stehen dem Richter wie für das vollendete so auch für das nur verjuchte Delikt zwei Strafrahmen zur Verfügung, zwischen welchen er zu wählen hat. Wenn er z. B. bei § 214 die Strafart von lebenslänglichem Zuchthaus wählt, so geht die Verjuchtsstrafe nach Abs. 2 von drei bis fünfzehn Jahren, wogegen sie nach Abs. 4 von zwei Jahren sechs Monaten bis vierzehn Jahre elf Monate reicht, wenn das Strafmaß von Zuchthaus nicht unter zehn Jahren zugrunde gelegt wird: Frank N. II, 1, Meyer-Walfeld 180 N. 48, Olshausen N. 4, v. Wächter 223; RG. 24./11. 87 C. 16 400, 27./2. 00 C. 33 181. Nach Hälschner I 357 und Oppenhoff-Delius N. 8 soll der Richter zunächst entscheiden, welche Strafart im konkreten Falle zu wählen sein würde, falls das Delikt vollendet worden wäre, um sodann nach den Bestimmungen des Gesetzes das für den Verjuch zu verhängende Maß dieser Strafart festzustellen, — was nach dem Obigen unmöglich ist. Nach Rüdorff-Stenglein N. 3 und § 214 N. 4 hat sich der Richter aus den sämtlichen sonstigen Umständen der Handlung für eine Strafart zu entscheiden, was, da nur an die dem Richter bekannten Umstände gedacht werden kann, wohl nur ein wegen seiner Kürze verfehltter Ausdruck für die richtige Ansicht ist.

Nach § 38 Abs. 1 kann auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht nur in durch das Gesetz vorgesehenen Fällen erkannt werden. Wenn nun Abs. 2 für den Verjuch eines mit dem Tode oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechens die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht allgemein freigibt, so kann bei einer alternativen Strafandrohung von lebenslänglichem und zeitigem Zuchthaus auf die Zulässigkeit nur dann erkannt werden, wenn der Richter den Verjuchrahmen von drei bis fünfzehn Jahren wählt: Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 24./11. 87 C. 16 400. Frank N. II 2 und Oppenhoff-Delius N. 9 erklären die Spezialbestimmungen im Besonderen Teil für maßgebend, halten also an § 38 Abs. 1 fest. Ihr Grund, daß sonst das verjuchte Delikt unter Umständen strenger bestraft werden könnte als das vollendete, schlägt nicht durch, da der Strafrahmen nicht durch die ev. für das vollendete Delikt erkannte, sondern durch die vom Gesetze angedrohte Strafe gebildet wird.

3. Die Ausführungen über die alternativen Strafandrohungen in N. 2 finden auch Anwendung, wenn nach Abs. 3 das Minimum der Verjuchtsstrafe für ein Delikt zu bestimmen ist, dessen Vollendung mit zeitiger Freiheits- oder mit Geldstrafe bedroht ist. Ist das gesetzliche Minimum überhaupt nur Ein Tag oder drei Mark, so muß auch für den Verjuch mindestens auf

diesen Betrag erkannt werden: Binding Grundr. 137; RG. 28./6. 88 C. 18 125. Ist das Minimum Ein Monat, so ist das Viertel, unter welches nicht herabgegangen werden darf, sieben Tage bis sieben Tage achtzehn Stunden. Wegen der Unteilbarkeit des Tages darf auf die achtzehn Stunden nicht erkannt werden, der Richter hat somit die Stunden zu streichen oder auf mindestens acht Tage zu erkennen: Frank N. I 2, v. Liszt 275 N. 2, Olshausen N. 6. Die Ansicht von Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 13./2. 82 C. 5 442, daß der Monat stets gleich dreißig Tagen zu rechnen, und ihre Folgerung, daß, weil auf halbe Tage nicht erkannt werden dürfe, das Minimum acht Tage sei, ist nicht zutreffend. Vgl. § 19 N. 2 b.

4. Wenn unter Anwendung des Abs. 4 sich eine Zuchthausstrafe von weniger als Einem Jahr ergibt, so ist sie nach dem in § 21 angegebenen Verhältnis in Gefängnisstrafe zu verwandeln, so daß in einem solchen Falle keine Gefängnisstrafe erkannt werden darf, welche nicht der gemäß § 19 nach Monaten bemessenen Zuchthausstrafe nach dem in § 21 gegebenen Verhältnis entspricht. Die Zahl der Gefängnismonate kann also nur betragen $4\frac{1}{2}$, 6, $7\frac{1}{2}$, 9, $10\frac{1}{2}$, 12, $13\frac{1}{2}$, 15, $16\frac{1}{2}$. Hierbei sind die vollen Monate nach dem Kalender zu berechnen, der anschließende halbe Monat aber je nach dem Monat seines Beginnes auf vierzehn oder fünfzehn Tage zu bemessen. Dies gilt auch für die Real Konkurrenz eines verjuchten Verbrechens mit einem Vergehen. Wird wegen des verjuchten Verbrechens die Strafe auf Zuchthaus unter Einem Jahr festgesetzt, so ist diese Strafe im Verhältnis des § 21 in Gefängnisstrafe zu verwandeln und in dieser Form als Einsaßstrafe zu verwenden, mag auch die Gesamtstrafe achtzehn Monate Gefängnis (gleich Einem Jahr Zuchthaus, § 21) übersteigen. Daß die Verwandlung im Urteilsstenor vorgenommen werde, ist nicht erforderlich. Wohl aber müssen die Urteilsgründe ergeben, daß der Richter bei der Bestimmung der Gefängnisstrafe von einer vorgängigen Bemessung der für verwirrt erachteten Zuchthausstrafe ausgegangen ist.

5. Eine Abweichung von der Regel des Abs. 1 ist in § 80 enthalten.

Zu Abweichung von Abs. 4 Satz 2 tritt nach MilStGB. § 17 Abs. 2 beim Versuch eines militärischen Delikts an die Stelle einer auf eine kürzere als einjährige Dauer zu ermäßigenden Zuchthausstrafe Gefängnisstrafe von gleicher Dauer.

§ 45.

Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens oder Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, oder auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann, so gilt Gleiches von der Verjuchtsstrafe.

1. Die Einleitenden Bestimmungen und die Bestimmungen des Allgemeinen Teils finden auch auf das verjuchte Delikt Anwendung. Dies gilt auch von der mit der Verurteilung zur Zuchthausstrafe von Rechtswegen eintretenden Ehrenfolge des § 31, von den Voraussetzungen für die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und die Ertennung auf Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht und von der inhaltlichen Bedeutung und Wirkung dieser Nebenstrafen. In § 44 Abs. 2 ist allgemein bestimmt, daß neben der Verjuchtsstrafe für die im Falle der Vollendung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann. In allen übrigen Fällen können die für die einzelnen Verbrechen oder Vergehen auf das vollendete Delikt zugelassenen oder gebotenen Nebenstrafen auf das verjuchte Delikt nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ausgesprochen werden. Diese ausdrückliche gesetzliche Bestimmung erteilt § 45, jedoch nur bezüglich der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und bezüglich der Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht.

2. Je nachdem neben der Strafe des vollendeten Delikts die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, ist sie zulässig oder geboten neben der Strafe des verjuchten Delikts. Somit müssen in jedem einzelnen Falle die Voraussetzungen des § 32 vorliegen, insbesondere also die Dauer der Gefängnisstrafe drei Monate erreichen; a. M. Schütze 139 N. 28. Aus dem allgemeinen Charakter des § 35 ergibt sich dessen Anwendbarkeit auch auf die Verjuchtsstrafe. Dagegen dürfen den im Besonderen Teil für das vollendete Delikt gegebenen Strafandrohungen weitere Nebenstrafen als der Ehrverlust und die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht nicht entnommen werden: Frank N., Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 12. 11. 85 C. 13 76. Darüber, daß die Geldstrafe niemals eine Nebenstrafe ist, vgl. § 27 N. 1.

3. Auch bezüglich der Polizei-Aufsicht gelten beim Versuch dieselben Grundätze wie bei dem vollendeten Delikt. Abgesehen vom Fall des § 44 Abs. 2 muß also die Zulässigkeit bei dem besondern Delikt ausdrücklich vorgesehen sein. Wenn in den Fällen der §§ 115 Abs. 2, 116 Abs. 2,

125, 146, 147, 248, 256, 325 die besondere Bedingung gesetzt ist, daß auf Zuchthaus erkannt wird, so gilt dies auch für die Versuchsstrafe, so daß, wenn die unter Einem Jahre verwirkte Zuchthausstrafe gemäß § 44 Absf. 4 in Gefängnis verwandelt wird, die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht nicht ausgesprochen werden darf: Binding Grundr. 137, Dischausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Wächter 223; RG. 30./10. 84 E. 11 159.

4. Die Dauer der in § 45 zugelassenen Nebenstrafen ist, da § 44 eine Milderung nicht vorsieht, bei dem versuchten Delikt dieselbe wie beim vollendeten: Dischausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4.

5. Gegen Jugendliche darf nach § 57 Nr. 5 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlicher Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht auch beim versuchten Delikt nicht erkannt werden.

6. Bei militärischen Delikten sind nach MilStGB. § 46 die neben der Strafe des vollendeten Delikts zulässigen oder gebotenen Ehrenstrafen neben der Versuchsstrafe nur zulässig, aber nicht geboten.

§ 46.

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

- 1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
- 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.

1. Wie bereits zu § 43 N. 4 bemerkt worden, kann eine Handlung, welche den Versuch eines bestimmten Delikts bildet, den Tatbestand eines anderen bereits vollendeten Delikts enthalten. Man spricht hier nach Feuerbachs Vorgang mit einseitiger Betonung des Versuchsmomentes von einem qualifizierten Versuch. Nun läßt sich zweierlei denken. Entweder will der Täter beide Delikte begehen, wenn auch das eine vielleicht nur eventuell, wobei ihm das vollendete als Mittel zur Verübung des versuchten dienen soll, z. B. Brandstiftung als Mittel zum Raube; dann liegt Idealkonkurrenz eines versuchten mit einem vollendeten Delikte vor und beide Delikte sind nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Idealkonkurrenz zu bestrafen. Oder der Täter hat nur das unvollendet gebliebene Delikt gewollt, aber der Tatbestand des nicht gewollten vollendeten gehört entweder zu den gesetzlichen Merkmalen des gewollten unvollendeten oder wird als das dem gewöhnlichen Hergang entsprechende Mittel vom Gesetz als regelmäßig vorhanden angenommen: dann liegt eine sog. Gesetzeskonkurrenz durch Konsumtion vor (unten § 73 N. 7 d a), nur das versuchte Delikt als solches ist zu strafen und der Umstand, daß die Versuchshandlung einen beschädigenden Erfolg hat, welcher von dem weitergehenden Willen des Täters abgesehen als vollendetes Delikt zu strafen sein würde, kommt nur bei der Strafzumessung in Betracht. Vgl. Berner 149, 157, Hälshner I 363, v. Liszt 212, Dischausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 140, v. Wächter 201; RG. 29./10. 86 E. 15 12. Nach der Ansicht von Finger I 323 und Meyer-Alfeld 183 liegt stets Idealkonkurrenz vor; Frank N. IV und Oppenhoff-Delius N. 4 sprechen sich nicht bestimmt aus.

Diese Frage, ob Ideal- oder ob Gesetzeskonkurrenz, hat ihre praktische Bedeutung auch auf den Fall des Rücktritts vom Versuch, denn bei Idealkonkurrenz bleibt das im Versuch stehende vollendete Delikt strafbar, bei der Gesetzeskonkurrenz fällt mit der Strafe für die versuchte Haupttat auch die Strafe für das in ihr stehende vollendete Delikt weg. Man sollte es doch nicht bezweifeln werden, daß, wer eine an sich strafbare Handlung, auch ihre gesetzlichen Merkmale, wer eine durch ein Mittel auszuführende Handlung, auch das Mittel will. Von einer Konjunktion des vollendeten durch das versuchte Delikt kann aber, wie Meyer-Alfeld 183 N. 65 zutreffend bemerkt, deshalb nicht gesprochen werden, weil für das weitergehende, nur versuchte Delikt die Strafbarkeit ebendurch den Rücktritt entfällt. Wie kann denn eine gar nicht eintretende Strafbarkeit konjunktierend wirken? Somit bleibt im Fall des Rücktritts vom Versuch stets ein strafbarer Rest, wird der Mörder, der durch seine Tätigkeit den Tod abwendet, zwar nicht wegen Mordversuchs, wohl aber, wenn er den Andern zum Krüppel geschossen hat, wegen vollendeter Körperverletzung bestraft.

2. Der in dem qualifizierten Versuch stehende Versuch eines Verbrechens oder eines solchen Vergehens, bei welchem das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, ist nach § 43 strafbar. Aber nach

§ 46 bleibt der Versuch straflos, wenn der Täter zurücktritt. Der Versuch ist entweder ein fehlergeschlagener, wenn der durch die ausführende Tätigkeit in Bewegung gesetzte Naturkausalismus sich erfolglos abgerollt hat, ohne daß der Erfolg durch den Täter selbst abgelenkt worden ist; in diesem Falle ist ein Rücktritt nicht mehr möglich: Merkel 134, Olshausen N. 6; RG. 27./2. 88 E. 17 158. Oder er ist ein nicht beendigter, wenn der Täter nicht an das Ende der auf die Vollendung gerichteten ausführenden Tätigkeit gelangt ist. Oder er ist ein beendigter, wenn der Täter an das Ende der ausführenden Tätigkeit gelangt ist, den Erfolg aber nicht herbeigeführt hat. Auf den nicht beendigten Versuch bezieht sich die Nr. 1, auf den beendigten die Nr. 2 des § 46. Vgl. Berner 146 ff Hälsschner I 361, 362 N. 1, 2, v. Liszt 203, Meyer-Malfeld 178, 181 N. 54, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 8, v. Wächter 221; RG. 12./11. 86 E. 15 44, 27./2. 88 E. 17 158, 27./9. 94 E. 26 77, 23./3. 06 E. 38 402.

3. Die PGD. Art. 178 erachtet es als zum Wesen des strafbaren Versuchs erforderlich, daß der Täter an der Vollendung des Delikts wider seinen Willen gehindert worden sei, und ihm folgt das preußische StGB. in § 31 (vgl. § 43 N. 1), wogegen das Reichs-StGB. in § 46 keine negativen Begriffsmerkmale des Versuchs aufstellt: Werner 151, Olshausen N. 27; RG. 17./6. 81 E. 4 290, 15./3. 86 E. 14 19. Der legislative Grund der Straflosigkeit ist nach der Ansicht insbesondere Zachariás der, daß der den Versuch bedingende böse Wille durch den freiwilligen Rücktritt annulliert werde. Hiergegen wendet Hälsschner I 360 mit Recht ein, daß durch das freiwillige Abstehen des Täters weder das Geschehene ungegeschehen gemacht noch ihm die Bedeutung entzogen werden kann, eine Handlung zu sein, durch welche die verbrecherische Absicht zum Ausdruck, das verbrecherische Wollen zur, wenn auch unvollständigen Handlung gelangte. Das Wesen des Versuchs bleibt also unberührt von der Frage, ob die Handlung wider den Willen oder vermöge des Willens des Täters im Versuch stecken geblieben ist, der Versuch bleibt das, was er ist, nämlich ein Delikt, auch trotz des Rücktritts. Wenn § 46 bestimmt: „der Versuch bleibt straflos“, so heißt dies nicht, daß der Versuch durch den Rücktritt seinen Deliktcharakter verliert, sondern daß der Täter, obgleich er eine Straftat begangen hat und die Strafe an und für sich verwirkt ist, wegen seines Rücktritts nicht bestraft werden soll, und fragt man nach dem Grunde dafür, so ist er, wie auch die Motive ausdrücklich aussprechen, ein kriminalpolitischer, indem dem Täter ein Anreiz zum Rücktritt gegeben, ihm sozusagen eine goldene Brücke gebaut werden soll: Hälsschner I 361, v. Liszt 210, Merkel 135 (eine „Prämie“), Meyer-Malfeld 181; RG. 29./4. 84 E. 10 324, 15./3. 86 E. 14 19. Der Grund, aus welchem der Täter nicht gestraft werden soll, ist somit ein höchst persönlicher Strafaufhebungsgrund, welcher über die Person des Rücktretenden hinaus keine Wirkung hat: RG. 17./6. 81 E. 4 290, 15./3. 86 E. 14 19, 25./11. 87 E. 16 347. Wie sie Binding Grundr. 139 — allerdings unter Aufgebung seiner Ansicht — nennt: eine persönliche Prämie allein für den Rücktretenden.

4. Die Bestimmung der Nr. 1 hat den nicht beendigten Versuch zum Gegenstand, d. h. denjenigen, dessen Ausführung zwar begonnen, aber nicht beendigt, sondern vor der vollendeten Ausführung, bei mehreren Teilakten vor der Ausführung des Schlusstatens, aufgegeben ist. Sowie der Versuch beendigt ist, ist der Rücktritt nicht mehr möglich. Er ist also bei einem fortgesetzten Delikt ausgeschlossen, wenn schon die einzelnen Handlungen, aus welchen dieses besteht, einen beendigten Versuch bilden: RG. 21./9. 06 E. 39 220. Wann der Versuch als beendigt zu gelten hat, ist Sache des einzelnen Falles.

a) Der Rücktritt muß aus eigener Bewegung des Täters, muß freiwillig geschehen. Der Täter sagt sich: ich kann zwar die begonnene Ausführung vollenden, aber ich will nicht. Wenn das Gesetz, statt die auf den subjektiven Entschluß gerichtete Form zu wählen, das Erfordernis der Freiwilligkeit in einer auf das Objektive gerichteten Form ausspricht, so trägt es dadurch der Schwierigkeit des Beweises Rechnung: Werner 151. Der Rücktritt gilt stets als ein freiwilliger, wenn er nicht erweislich durch Umstände erwirkt wurde, welche von dem Willen des Täters unabhängig waren. Prozessualisch genügt also zur Entlastung des Beschuldigten das Faktum des Rücktrittes, ohne daß der Beschuldigte ein Nichtvorhandensein hindernder Umstände zu behaupten braucht.

b) Der Rücktritt ist dann ein freiwilliger, wenn der Täter nicht durch Umstände an der Vollendung der begonnenen Ausführung gehindert wird. Ergibt sich hieraus, daß die Umstände, um überhaupt auf seinen Entschluß einwirken zu können, ihm bekannt sein müssen, so liegt der Grund der Straflosigkeit nicht vor, wenn die Umstände die Vollendung nicht bloß hindern, sondern unmöglich machen. Z. B. beim Diebstahl ist es ein freiwilliger Rücktritt, wenn der Täter die vorgefundenen Sachen wegen ihres geringen Wertes, oder weil sie ihm aus irgend einem anderen Grunde nicht zusagen, liegen läßt, dagegen ein unfreiwilliger, wenn er überhaupt keine Sachen vorfindet, denn in diesem letzteren Falle kann er den Diebstahl nicht vollenden, auch wenn er wollte. Frank N. II, Meyer-Malfeld 182, Olshausen N. 11 b, Oppenhoff-Delius N. 7.

c) Die hindernden Umstände sind von dem Willen des Täters unabhängig, wenn ihre

hindernde Eigenschaft nicht ausschließlich auf dem eigenen, jederzeit abänderbaren Willen des Täters beruht. Sie können Einwirkung seitens eines anderen Menschen und können Naturgewalt sein. Selbstgeleszte und sofort zu beseitigende Hindernisse kommen nicht in Betracht. In jedem Falle aber sind die Umstände nur dann von juristischer Bedeutung, wenn sie nicht lediglich den Beweggrund zum Rücktritt geben, sondern einen gewissen Zwang auf den Willen des Täters ausüben, indem sie die Erreichung des Erfolges als nicht angängig oder allzu schwierig erscheinen lassen. Somit ist das besondere Motiv, aus welchem der Täter vom Versuch zurücktritt, ob Neue, physischer Ekel, Absicht einer Wiederholung des Versuchs bei anderer Gelegenheit usw., gleichgültig, und es genügt, daß der Entschluß, die begonnene Ausführung zu vollenden, wegen des hindernden Umstandes aufgegeben ist: RG. 28./4. 81 C. 4 113, 8./7. 87 C. 16 182, 13./6. 93 C. 24 222, 31./1. 02 C. 35 102, 16./2. 05 C. 37 402, 11./5. 11 C. 45 6. Und weil es schließlich auf den Entschluß ankommt, so ist überhaupt jeder Umstand hinreichend, welcher in dem Täter die Überzeugung erweckt: ich kann nicht, obgleich ich will. Hiernach steht der Freiwilligkeit des Rücktrittes nicht nur das wirkliche, sondern auch das vermeintliche Hindernis entgegen, und der Rücktritt ist nur dann ein freiwilliger, wenn der Umstand weder ein objektives Hindernis bildet noch auch subjektiv von dem Täter für ein solches erachtet wird: Binding Grundr. 139, Finger I 321, Frank N. II, Hälschner I 361, v. Liszt 211, Mertel 134, Meyer-Alsfeld 183, Oshausen N. 11, v. Wächter 220; RG. 17./6. 81 C. 4 290, 8./7. 87 C. 16 182.

d) Der Täter gibt die Ausführung der beabsichtigten Handlung auf, wenn er das von ihm zur Ausführung Unternommene vollständig fallen läßt, auf die von ihm gewollte konkrete Gestaltung der Tat endgültig verzichtet. Er gibt sie also nicht auf, wenn er nur eine freiwillige oder durch die Natur des Delikts, z. B. einer allmählichen Vergiftung, bedingte Pause macht oder den Versuch nur unterbricht, um ihn alsbald unter Benutzung des bereits geschaffenen Zustandes fortzusetzen, oder wenn er nur mit dem Mittel der Ausführung, mit dem Werkzeug, wechseln will. Dagegen ist nicht erforderlich, daß er seinen Entschluß überhaupt, endgültig fallen läßt: Berner 148 Finger I 328, Frank N. II Abf. 2, Hälschner I 361, v. Liszt 211, Meyer-Alsfeld 183, Oshausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 5, Müdorff-Stenglein N. 7, v. Schwarze 110 und S. S. II 306. N. N. sind Binding Grundr. 139, Mertel 134, Wachenfeld Sm. II 269.

e) Das RG. hat die Freiwilligkeit des Rücktrittes z. B.

bejaht beim Aufgeben des Diebstahls wegen Geringfügigkeit der vorgefundenen Gegenstände: 13./6. 93 C. 24 222;

verneint:

wenn der Täter von weiteren Versuchshandlungen absteht, weil er irrtümlich glaubt, der gewollte Erfolg sei bereits eingetreten: 17./6. 81 C. 4 290;

weil eine allgemeine, das versuchte Delikt nicht besonders erwähnende Demütiation vorliegt: 12./11. 86 C. 15 44;

weil das angewendete Mittel sich als wirkungslos erweist: 13./1. 87 C. 15 281;

weil das bereits in den Mund genommene Abreibungsmittel wegen seines widrigen Geschmacks ausgespönnen wird: 31./1. 02 C. 35 102;

weil Umstände vorliegen, welche eine alsbaldige Entdeckung befürchten lassen, z. B. ein Dritter kommt hinzu, beim nächtlichen Diebstahl beginnt der Haushund zu bellen, das Läutewerk des angebohrten Geldschrankes beginnt zu läuten u. ä.: 8./7. 87 C. 16 182, 16./2. 05 C. 37 402. Wie Frank N. II und v. Liszt 211 in diesem Fall die Freiwilligkeit des Rücktrittes behaupten können, ist schwer zu verstehen. Die Entscheidung des RG. vom 16./2. 05 paßt allerdings schlecht auf den konkreten Fall; denn wenn eine Entdeckung besorgt werden kann, weil das Rantlo bei der geringen Anzahl der vorhandenen Objekte des Diebstahls sofort zu bemerken wäre, darf von einer Freiwilligkeit des Rücktrittes überall, wo nur ein einziges Objekt zur Stelle ist, überhaupt nicht mehr gesprochen werden.

5. Der Rücktritt von dem nicht beendigten Versuch besteht darin, daß der Täter die Vollendung der begonnenen Ausführung aufgibt, von der Tätigkeit zur Untätigkeit übergeht. Dieser Rücktritt ist bei dem beendigten Versuch nicht möglich. Sobald die ausführende Tätigkeit den letzten Punkt auf dem Wege zur Vollendung erreicht hat, ist das Übergehen zur bloßen Untätigkeit wirkungslos, denn nunmehr rollt der Naturkausalismus ohne Nachhilfe des Täters von selbst fort, bis der Erfolg entweder erreicht oder verfehlt, das Delikt vollendet oder der Versuch fehlgeschlagen ist. Dagegen ist es möglich, daß der Handelnde auch nach Erreichung dieses Punktes durch positives Eingreifen den Naturkausalismus hemmt und dadurch den Erfolg abwendet. Dieser tätige Rücktritt, bei zahlreichen Delikten nach der Natur der Sache unbedenkbar, z. B. beim Meineid: RG. 15./1. 92 C. 22 363, bei der durch Bedrohung verübten Erpressung: RG. 27. 9. 94 C. 26 77, wird in Nr. 2 als fernerer Strafausschließungsgrund statuiert.

a) Der tätige Rücktritt ist weder möglich, wenn der Eintritt des Erfolges bereits ausgeschlossen ist, der Fall des sog. fehlgeschlagenen Versuches, noch wenn der Erfolg bereits eingetre-

treten, das Delikt also vollendet ist, mögen auch die weiteren Wirkungen des Erfolges noch ausstehen. Nur in drei Fällen — §§ 158, 163, 310 — wird nach eingetretenerm Erfolge die sog. tätige Reue als Grund der Strafmäßigung bzw. Straflosigkeit anerkannt. Wenn Olshausen N. 16 b meint, daß der Erfolg im Sinne der Nr. 2 die noch ausstehende unmittelbare Wirkung mitbegreife, so ist dies nur insoweit richtig, als ein Erfolg ohne eine sich ohne Zwischenglieder ihm anschließende, gewissermaßen immanente Wirkung überhaupt nicht denkbar ist.

b) Auch der Rücktritt beim beendigten Versuch muß, was das Gesetz wiederum in objektiver Formulierung verlangt, ein freiwilliger, der Täter eben zu dem Zwecke, den Erfolg abzuwenden, tätig geworden sein: RG. 23./3. 06 C. 38 402. Es ist somit kein freiwilliger Rücktritt, wenn z. B. bei einer durch Verabreichung von zwei Dosen Gift beabsichtigten Vergiftung der Täter beim zweitenmal versehentlich ein Gegenmittel gibt. Zum Rücktritt gehört ein auf ihn gerichteter Vorfaß. Olshausen N. 15, 17.

Dieses Erfordernis der Freiwilligkeit wird von dem Gesetze in der Formulierung aufgestellt, daß der Täter den Erfolg durch seine eigene Tätigkeit abgewendet haben muß, durch ein eigenes, zuzurechnendes, unmittelbares oder mittelbares wirkliches Tun, welches in die Entwicklung der durch die Versuchshandlung in Bewegung gesetzten Kräfte derart hemmend eingreift, daß dadurch der Eintritt des zur Vollenbung gehörigen verbrecherischen Erfolges verhindert wird: RG. 21./9. 06 C. 39 220. Der Versuch bleibt also strafbar, wenn der Erfolg nicht durch eigene Tätigkeit, sondern durch die eines Anderen oder durch ein Naturereignis abgewendet wird, mag auch der Täter bereits zu demselben Zwecke tätig geworden sein. Zum Begriff der eigenen Tätigkeit ist jedoch nicht erforderlich, daß der Täter durch unmittelbare persönliche Tätigkeit den Erfolg verhindert, sondern eine eigene Tätigkeit liegt auch dann vor, wenn er fremde Kräfte heranzieht, damit diese zugleich mit ihm oder allein den Eintritt des Erfolges abwenden. Zu weit geht Olshausen N. 18, wenn er einen Rücktritt auch in dem Fall annimmt, daß die fremde Tätigkeit nicht vom Versuchenden in Aussicht genommen ist, sondern auf eigener Entschließung des Mitwirkenden beruht; denn dann müßte schließlich ein Rücktritt auch dann angenommen werden, wenn der von dem Versuch Betroffenen den Erfolg abwendet, der Vergiftete ein Gegenmittel einnimmt. Vgl. Werner 152, Jinger I 321, Frank N. III 1, Hälschner I 362, v. Liszt 211, Meyer-Malfeld 183, Olshausen N. 18, Dppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 3./5. 80 C. 1 375, 12./11. 86 C. 15 44. Bei dem untauglichen Versuch ist der Erfolg niemals bereits ausgeschlossen und niemals noch denkbar, daher ein beendigter Versuch ganz unmöglich, so daß, wenn man ihn für strafbar halten wollte, man auch den tätigen Rücktritt für unmöglich halten müßte. Frank a. a. D., seiner Halbsheit bezüglich des untauglichen Versuchs getreu, erklärt es für „eine unvermeidliche Konsequenz, daß bei beendigtem Versuch mit absolut untauglichem „Mittel ein Rücktritt ausgeschlossen erscheint.“ Was er sich hierbei unter „beendigtem Versuch“ denkt, ist umso unklarer, als er einige Zeilen früher ganz richtig für die Möglichkeit des Rücktritts verlangt, daß „noch die Möglichkeit besteht, daß der Erfolg eintritt“, d. h. daß die Möglichkeit des Erfolges zu einer Zeit einmal bestanden hat.

c) Entsprechend dem Rücktritt vom nicht beendigtem Versuch gilt der Rücktritt vom beendigten stets als ein freiwilliger, wenn er nicht erweislich erfolgt ist, nachdem die Handlung entdeckt war. Prozeßualisch genügt also zur Entlastung des Beschuldigten, daß dieser den Erfolg abgewendet hat, ohne daß er die Nichtentdeckung zu behaupten braucht. Ist aber die Entdeckung bewiesen, so ist damit auch bewiesen, daß der Rücktritt kein freiwilliger war, und die Straflosigkeit entfällt: Frank N. III 2, Geyer I 133, Olshausen N. 19; RG. 12./3. 80 C. I 306, 3./5. 80 C. I 375, 23./3. 06 C. 38 402.

d) Die Handlung darf nicht entdeckt sein. Ist sie es, so ist die Straflosigkeit ausgeschlossen, sollte auch der Täter noch unbekannt sein: RG. 8./12. 80 C. III 93. Das Erfordernis ist ein rein objektives. Es kommt also nicht darauf an, ob der Täter bei der Abwendung des Erfolges Kenntnis von der Entdeckung hat, und auf der anderen Seite wird die Straflosigkeit dadurch nicht ausgeschlossen, daß er irrtümlicherweise glaubt, die Handlung sei entdeckt: Binding Grundr. 129, Frank N. III d, Meyer-Malfeld 182, Olshausen N. 26, Rüdorff-Stenglein N. 13. Und zwar ist Handlung nicht lediglich das äußere Geschehen, sondern die Tat in ihrer Eigenschaft als strafbare Handlung: Frank N. III 2 c, Meyer-Malfeld 182, Olshausen N. 24. Ist somit nicht erforderlich, daß die näheren Modalitäten, die einzelnen Handlungen, die Person des Täters entdeckt sei, so schwächt doch das RG. 8./12. 80 C. 3 94 den Begriff der Entdeckung zu sehr ab, indem es die Handlung schon dann für entdeckt erklärt, wenn ihre Wirkungen dergestalt zur Kenntnis eines nicht beteiligten Dritten gekommen, daß aus ihnen auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung geschlossen werden könne, wenn auch dieser Dritte die gedachte Folgerung noch nicht gezogen hätte; ähnlich auch Jinger I 322 N. 413.

e) Das Erfordernis des Entdecktwerdens setzt nach der gewöhnlichen Ansicht voraus, daß die Handlung bis dahin heimlich vorgenommen wurde. Diese Ansicht ist in dieser allgemeinen

Fassung aber irrig, denn entdeckt werden kann auch eine Handlung, welche unter freiem Himmel und auf offenem Felde geschieht. Vielmehr bezieht sich das Entdecken, die Handlung mag noch so offen oder noch so heimlich verübt werden, darauf, daß die Handlung in einer den Erfolg der Handlung oder die Sicherheit des Täters bedrohenden Weise von einem Anderen wahrgenommen wird. Daher ist sie nur dann für entdeckt zu erachten, wenn jemand Kenntnis erhält, von welchem den Umständen nach eine Verhinderung des Erfolgsintritts oder die Herbeiführung einer Strafverfolgung zu erwarten ist. Sie ist nicht entdeckt, wenn der Wahrnehmende ein Teilnehmer an der Handlung, ein Genosse des Täters, ein einverständener nächster Angehöriger ist. Hiermit stimmen mehr oder weniger überein Berner 152, Frank N. III 1, 2 b, v. Liszt 212, Meyer-Alsfeld 182, Olshausen N. 21, Oppenhoff-Delius N. 14; RG. 3./5. 80 E. 1 375; a. M. Finger I 323 N. 415. Natürlich entdeckt derjenige die Handlung nicht, welcher von dem Täter zur Unterstützung bei der Abwendung des Erfolgs zugezogen wird: Frank N. III 2 b, Merkel 135, Meyer-Alsfeld 182. Im übrigen genügt die Wahrnehmung seitens eines beliebigen Anderen, also auch etwa eines nicht einverständenen Angehörigen: RG. 8./12. 80 E. 3 94, und ist es nicht erforderlich, daß der Andere eine zur strafrechtlichen Verfolgung autorisierte Behörde sei. Auf welche Weise endlich der Andere die Handlung wahrnimmt, ist gleichgültig, so daß, was Olshausen N. 22 bestreitet, ein Entdecken auch dann vorliegt, wenn der Andere durch den Täter selbst Kenntnis erhält, sei es absichtlich, sei es z. B. durch Sprechen im Schlafe. Allerdings wird die Selbstanzeige vielfach bezwecken, den Anderen zur Mitwirkung bei der Erfolgsabwendung heranzuziehen, so daß trotz der Entdeckung Straflosigkeit eintritt, wenn die Mitwirkung geleistet und der Erfolg abgewendet wird.

f) Genügt zur Entdeckung die Wahrnehmung jedes Beliebigen, so kann die Tat entdeckt werden — und wird es vielfach — auch von demjenigen, gegen welchen das Delikt sich richtet: Frank N. III 2 a, Geher I 134, v. Liszt 212, Olshausen N. 20, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 12./1. 80 E. 1 306, 27./9. 94 E. 26 77. Die Wahrnehmung muß aber wirklich stattfinden, und es genügt nicht, wie das RG. a. a. O. annimmt, daß die Kenntnisnahme, z. B. beim Expressionsverfuch, zum Tatbestand der Straftat gehört. Das RG. nimmt sogar an, daß in solchem Fall ein Entdecken überhaupt, also auch seitens eines Dritten, ausgeschlossen sei. Daß es kein Entdecken ist, wenn der Angegriffene von dem Täter Kenntnis erhält, um den Erfolg abzuwenden, geht schon aus dem sub e) Vorgetragenen hervor. Meyer-Alsfeld 182 hält die Kenntnis der verletzten bzw. bedrohten Person nie für Entdecken.

g) Wie weit die Kenntnis des Anderen reichen muß, damit die Handlung als entdeckt zu gelten hat, ist Tatfrage. Im allgemeinen muß sie so weit gehen, daß sie eine Verhinderung der Tat oder eine Strafverfolgung nach sich ziehen kann: RG. 3./5. 80 E. 1 375. Werden die Grenzen nach beiden Seiten gezogen, so genügt weder ein bloßer Verdacht, noch ist die Wahrnehmung aller Modalitäten der Verübung erforderlich: Olshausen N. 25.

6. Wie oben N. 3 ausgeführt wurde, wird durch den Rücktritt der Versuch keineswegs seines Deliktcharakters entkleidet, sondern nur ein höchst persönlicher Strafaufhebungsgrund geschaffen, welcher über die Person des Zurücktretenden hinaus keine Wirkung hat. Hieraus ergibt sich, daß der Rücktritt des Täters (Mittäters) nur diesem, nicht aber auch dem Mittäter, Anstifter und Gehilfen zugute kommt. Hiermit stimmt die Mehrzahl der Autoren und die reichsgerichtliche Praxis überein: Finger I 319, Frank N. V, Geher I 134 und S. S. II 370, Hälschner I 362, v. Liszt 212, Merkel 134, Meyer-Alsfeld 189, 190, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze 108; RG. 13./1. 81 E. 3 249, 6./6. 82 E. 6 341, 15./3. 86 E. 14 19, 25./11. 87 E. 16 347. Wenn dagegen Berner 165, Binding Grundr. 138 und 158, Olshausen N. 2, Schüge 141 aus dem Rücktritt des Täters die Straflosigkeit aller Teilnehmer folgern, so sind ihre Gründe nicht für durchschlagend zu erachten. Denn der Ausdruck des Gesetzes, daß der Versuch als solcher straflos bleibt, hat keine juristische Bedeutung jedenfalls zunächst für den qualifizierten Versuch, und die, für den Mittäter zudem gar nicht zu verwendende, Akzessorietät der Teilnahme wirkt die Tatsache, daß der Versuch trotz des Rücktritts eine Straftat ist, nicht um. Olshausen argumentiert, der Umstand, daß es sich materiell um Strafaufhebungsgründe handle, stehe ihrer objektiven Wirkung nicht entgegen, aber abgesehen von der hierin stehenden *petitio principii* scheidet seine Unterscheidung zwischen materiell und objektiv an dem unbestreitbaren Grundsatze, daß Strafaufhebungsgründe, wenn nicht das Gesetz, wie z. B. in § 204, positiv das Gegenteil bestimmt, stets nur zu Gunsten desjenigen wirken, in dessen Person sie vorliegen. Endlich Bindings Meinung, der freiwillige Rücktritt gestalte sich zur Resolutivbedingung für das Delikt, überieht, daß das während des Schwehens der Bedingung Geschaffene durch den Eintritt der Bedingung nicht ungeschaffen gemacht wird. Zudem scheitern diese Gegengründe sämtlich daran, daß die Straflosigkeit nicht auf strafrechtlichen, sondern auf strafpolitischen Erwägungen beruht, und daß kein strafpolitischer Grund ersichtlich ist, weshalb die goldene Brücke auch für Andere erbaut sein soll als für den, welcher wirklich zurücktritt, nämlich den Täter.

Wird nun aber gefragt, wer unter dem Täter im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei, so ist eine doppelte Antwort möglich. Das Wort „Täter“ kann nämlich entweder in dem engeren technischen Sinne verstanden werden, im Gegensatz zu dem Anstifter und Gehilfen, oder in dem weiteren, also mit Einschluß jener beiden. Aus § 46 ist die Entscheidung nicht zu gewinnen, und der Sprachgebrauch des StGB. ist ein schwankender. Z. B. in § 50 wird das Wort im technischen, in §§ 3, 4 Nr. 3 Abs. 2 im weiteren Sinne gebraucht. Somit muß nach der Regel in dubio pro reo und zudem, worauf Frank N. V treffend hinweist, nach einem unabweisbaren Analogieschluß das Wort in dem weiteren Sinne genommen werden, wonach es nicht bloß den Täter, sondern auch den Anstifter und Gehilfen umfaßt: RG. 1./12. 05 C. 38 223. Allerdings weichen hier die Ansichten wiederum unter sich ab. Übereinstimmung herrscht nur darüber, daß, wie der Rücktritt des Täters nicht die Straflosigkeit der Teilnehmer, so der Rücktritt des einen Teilnehmers nicht die Straflosigkeit des Täters und der anderen Teilnehmer bewirkt.

Es ist unbestritten und auch vom Reichsgericht anerkannt, daß es weder einen strafbaren Versuch der Anstiftung noch einen strafbaren Versuch der Beihilfe gibt. Ist aber der Versuch nicht strafbar, so kann er auch nicht durch einen Rücktritt straflos werden. D. h. zu einer Anwendung auf den Anstifter und Gehilfen ist für den § 46 kein Platz. Nun sind jedoch Anstiftung und Beihilfe keine selbständigen Delikte, sondern akzessorische Deliktformen, welche ihren vollen Inhalt und Strafrahmen erst durch das Delikt erhalten, zu welchem angestiftet und Beihilfe geleistet wird. Daher bezieht man den Rücktritt des Anstifters und Gehilfen auf das Hauptdelikt und versteht darunter dasjenige Verhalten, welches, wenn vom Täter mit Bezug auf das Hauptdelikt geübt, den Versuch des Täters nach § 46 straflos machen würde. Die einzige Grundlage für diese erweiterte Anwendung des § 46 wird durch die Interpretation des Wortes „Täter“ gegeben. Olshausen N. 7 a, getreu seiner Ansicht, daß durch den Rücktritt der Versuch vernichtet werde, läßt durch den Rücktritt des Täters auch für den Anstifter und Gehilfen Straflosigkeit eintreten. Mit ihm stimmen überein Berner 165, Schütze 141 N. 4 und bezüglich des nicht beendigten Versuchs jetzt auch RG. 14./6. 06 C. 39 37, letzteres mit der nicht zutreffenden Einschränkung, daß ein Gehilfe, welcher als Werkzeug des Täters den ganzen äußeren Tatbestand ausführen solle, als Täter zu beurteilen sei, als mittelbarer Täter, dessen Verhalten, weil es dem Willen des Täters entspreche, auch diesem zugute komme. Die allgemeine Ansicht und ebenso in seiner früheren Rechtsprechung das Reichsgericht halten daran fest, daß das Wort „Täter“ im allgemeinsten Sinne zu nehmen ist, der Rücktritt nur ein persönlicher Strafaufhebungsgrund, der Rücktritt der Teilnehmer also nur durch ihr eigenes Verhalten möglich ist; hiernit stimmt wieder überein RG. 15./4. 09 C. 42 294. Allerdings gehen, wie bemerkt, die Ansichten sofort wieder auseinander. Nach der einen genügt es, sobald die Tat in das Stadium des strafbaren Versuchs eingetreten ist, nicht, daß Anstifter und Gehilfe ihre Willensänderung bloß erklären, sondern sie müssen den Eintritt der Folgen ihrer Mitwirkung tatsächlich verhindern: Finger 1 320, 324 N. 417, 352; RG. 13./1. 81 C. 3 249, 6./6. 82 C. 6 341, 15./3. 86 C. 14 19, 25./11. 87 C. 16 347, 1./12. 05 C. 38 223. Nach einer zweiten Ansicht ist, da die Tätigkeit des Anstifters und Gehilfen, wenn sie überhaupt strafbar sein sollte, stets abgeschlossen sein müsse, ein Rücktritt vom nicht beendigten Versuch nicht möglich, also stets eine auf Abwendung des Erfolges gerichtete Tätigkeit erforderlich, somit nur der Strafaufhebungsgrund der Nr. 2 gegeben: v. Liszt 212, Meyer-Alsfeld 190 N. 31, Oppenhoff-Delius N. 1. Endlich Rüdorff-Stenglein N. 4 erklärt allgemein, daß derjenige Teilnehmer straflos ist, bei welchem einer der Gründe des § 46 vorliegt, und diese Ansicht, mit welcher auch Merkel 134, 135 übereinstimmt, ist bei der im letzten Grunde rein tatsächlichen Natur des Rücktrittes die richtige.

7. Wenn das Gesetz ausnahmsweise den Versuch entweder ausdrücklich mit der Strafe der Vollendung belegt oder als selbständiges Delikt unter besondere Strafe stellt, fragt es sich, ob ein Versuch dieser Straftaten möglich sei. Wer diese Frage verneint, bestreitet auch die strafaufhebende Wirkung des Rücktritts: v. Liszt 44, v. Liszt 212, Merkel 376. Wie aber oben § 43 N. 5 e ausgeführt ist, muß, wenn das Gesetz einen bestimmten Tatbestand aus der Lehre vom Versuch herausgelöst und zu einem selbständigen Delikt erhoben hat, angenommen werden, daß es sich um ein selbständiges und juristisch völlig ausgestaltetes Delikt handelt, auf welches, falls es seiner Natur nach überhaupt einen Versuch zuläßt, die allgemeinen Lehren vom Versuch, also auch die des § 46 Anwendung finden. Gleichwohl wird überwiegend in diesem Fall die Möglichkeit eines Rücktritts bestritten, so von Frank N. VI 2, Meyer-Alsfeld 183, Olshausen N. 5 a. Warum ein Rücktritt von einem Versuch deshalb unmöglich sein soll, weil er ausdrücklich als solcher mit der Strafe der Vollendung belegt ist, z. B. in § 80, ist nicht einzusehen: Frank N. VI 1, Meyer-Alsfeld 183 N. 66.

Das Gleiche muß angenommen werden, wenn Vorbereitungshandlungen nicht ausdrücklich als solche mit Strafe belegt, sondern formell zu selbständigen Delikten erhoben sind: ein Versuch und somit ein Rücktritt ist möglich. Ist durch die Stellung unter Strafe kein selbständiges

Delikt geschaffen, so wollen Frank N. VI 1, John, N. S. III 90, Olschauen N. 6 b nach dem hier allerdings zutreffenden argumentum a maiore ad minus ebenfalls einen Rücktritt mit straf-aufhebender Wirkung zulassen.

Wo das Gesetz unter Unternehmen die gesamte auf die Realisierung des objektiven Tatbestandes gerichtete Tätigkeit einschließlich der Versuchshandlungen versteht — oben § 43 N. 5 d —, ist wie kein Versuch, so auch kein Rücktritt vom Versuch möglich: Meyer-Wilfeld 183, Olschauen N. 5 a, Oppenhoff-Deilus N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 29./4. 84 E. 10 324. N. M. Binding Lehrb. 14 und Grundr. 135, Frank § 105 N. III und öfters, Sälzner II 926, v. Wächter 200.

Dritter Abschnitt.

Teilnahme.

1. Die Teilnahme ist eine Materie im Sinne GG. § 2 Abs. 1. Auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete ist die Landesgesetzgebung frei, so daß die Bestimmungen des StGB. für das Landesrecht nur dann und soweit Geltung haben, als dieses nicht besondere Bestimmungen enthält, ausgenommen den § 49a, welcher ein selbständiges Delikt betrifft und systematisch in den Besonderen Teil gehört. Dasselbe gilt von der schon an sich omnipotenten Reichsgesetzgebung. Vgl. Frank GG. § 2 N. VI und dritter Abschn. N. X, Olschauen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 13, ebenso alle diejenigen Autoren, welche — siehe GG. § 2 N. 10 — die Bestimmungen des Allgemeinen Teils nicht für absolut bindend erachten; RG. 12./11. 80 E. 2 439, 27. 1. 81 E. 4 1, 21./12. 81 E. 5 275, 10./2. 82 E. 5 435, 27./4. 83 E. 8 294, 3./5. 04 E. 37 138.

2. Soweit hiernach Ausnahmen von den Bestimmungen dieses Abschnittes in zulässiger Weise getroffen worden, sind sie ihrem Ausnahmeharakter gemäß strikte zu interpretieren, also nicht ohne zwingenden Grund auszudehnen. Als Ausnahmen innerhalb des StGB. selbst werden — vgl. v. Liszt 230, Meyer-Wilfeld 192 — folgende genannt:

a) Diejenige Person, zu deren Schutz die konkrete Strafandrohung bestimmt ist, kann wegen keiner der verschiedenen Formen der Teilnahme bestraft werden, so die Entführte nicht wegen Beihilfe zur Entführung (§ 237), die Gefangene nicht wegen Anstiftung des Gefängnisbeamten zu der mit ihr verübten Unzucht (§ 174), der Bewohrte nicht wegen Anstiftung zu dem gegen ihn begangenen Mord (§ 302a). Hierüber herrscht in Theorie und Praxis Übereinstimmung; vgl. auch Frank N. VI a. E., Olschauen N. 9b; RG. 30./11. 88 E. 18 273.

b) Wenn das Gesetz Teilnahmehandlungen als selbständige Handlungen unter Strafe stellt — v. Liszt a. a. O. fügt richtig hinzu: während die Haupthandlung straflos bleibt —, kann der Haupttäter nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zu der Teilnahmehandlung bestraft werden. 3. B. der Gefangene stiftet einen Anderen an, ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein (§ 120). Diese Ausnahme wird darauf gestützt, daß, wer wegen des Plus der Täterschaft straflos sei, nicht wegen des Minus der Anstiftung und Beihilfe strafbar sein könne, vgl. Binding Handb. I 360, Lehrb. II 591. Gleichwohl ist sie in der behaupteten Allgemeinheit, abgesehen sich auch Frank dritter Abschn. N. VI 2 zu ihr bekennet, unrichtig, wie gerade das angezogene Beispiel ergeben wird. Noch irriger ist es, wenn behauptet wird, daß, falls das Gesetz eine bestimmte Form der Teilnahme überhaupt oder in einer bestimmten Begehungsart straflos lasse, in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Anordnung auch alle anderen Formen oder Begehungsarten straflos seien. Vgl. Olschauen N. 9.

3. Unser Abschnitt bezieht sich nur auf die von den Beteiligten gewollte sog. eigentliche oder zufällige Beteiligung an solchen Delikten, welche begriffsmäßig auch von einer Person allein begangen werden können, den *concursum facultativum*. Nun gibt es aber Delikte, welche nach ihrem gesetzlichen Tatbestande das Zusammenwirken Mehrerer verlangen, so daß die Beteiligung der Mehreren durch den Begriff des Delikts gegeben ist, also eine notwendige Teilnahme, ein *concursum necessarium*, vorliegt. Bei dieser notwendigen Teilnahme kann das Zusammenwirken ein einseitiges sein, z. B. beim Aufruhr (§ 115), oder ein gegenseitiges, z. B. beim Ehebruch (§ 172). Wie die zufällige muß auch die notwendige Teilnahme eine gewollte sein, z. B. beim Ehebruch jeder Teil den Beischlaf wollen. Dagegen ist es nicht, wie v. Liszt 218 verlangt, erforderlich, daß alle Mitwirkenden ein Verschulden trifft, ein Verlangen, nach welchem der Begriff der notwendigen Teilnahme in den allgemeinen Begriff der Mittäterschaft aufgelöst würde. Dies kann bei einzelnen Delikten, z. B. wiederum dem Aufruhr, der Fall sein, bei anderen, z. B. wiederum dem Ehebruch, nicht. Auch bei der notwendigen Teilnahme ist durch die Beteiligung Dritter eine zufällige Teilnahme möglich, aber beide sind bei diesem Zusammentreffen zu scheiden. So müssen, was bei der eigentlichen Teilnahme nicht erforderlich ist, bei der notwendigen die Mittäter regelmäßig örtlich und zeitlich zusammen handeln und sind die möglichen Stadien der

Tätigkeit — Vorbereitung, Versuch, Vollendung — für alle Beteiligten die gleichen: Olshausen N. 11. Die Rechtspredung des Reichsgerichts bezieht sich auf den Zweikampf; siehe daher unten zu § 205.

Wenn nun das Gesetz von zwei Personen die eine für strafbar erklärt und daraus zu schließen ist, daß die andere überhaupt nicht strafbar sein sollte, so kann die letztere natürlich auch nicht wegen Teilnahme an der Tätigkeit der ersteren strafbar sein; darin haben v. Liszt 230 und Meyer-Alfeld 192 recht. Es fragt sich aber, wann solcher Schluß zu ziehen sei. Meyer-Alfeld 154 erklärt es für eine Eigentümlichkeit der notwendigen Teilnahme, daß, wenn das Gesetz nur die Tätigkeit auf der einen Seite mit Strafe bedrohe, die notwendige Mitwirkung der anderen Seite straflos sei. Diese Ansicht ist die allgemeine, wird aber anscheinend von Olshausen a. a. O. nicht geteilt, hat auch wiederholte Entscheidungen des Reichsgerichts gegen sich und läßt sich nicht bei allen Fällen der notwendigen Teilnahme durchsetzen. Frank N. VII zieht daraus, daß „sich aus der Straflosigkeit „des Segens einer Urjache (der Täterjchaft) die Straflosigkeit des Segens einer bloßen Bedingung „ergibt“ — das obige Plus und Minus —, die weitere Folgerung, daß der notwendige Mitbeteiligte, der nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, auch dann straflos bleibt, wenn er mehr tut, als gerade zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist. Die Richtigkeit dieser Folgerung kann wiederum nicht allgemein anerkannt werden und wird in ihrer speziellen Anwendung auf die Konkursdelikte vielfach bestritten, auch vom Reichsgericht. Olshausen a. a. O. enthält sich des eigenen Urteils, wogegen sein die Konkursdelikte kommentierender Mitarbeiter Zweigert auf Franks Seite steht.

4. Wenn das Gesetz eine bestimmte Eigenschaft des Täters, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stand oder Beruf, oder ein bestimmtes Verhältnis zum Gegenstande des Delikts voraussetzt, das sog. Ständes- oder Sonderdelikt, delictum proprium, kann nur derjenige ein Täter des Delikts sein, bei welchem die Voraussetzung zutrifft. Dasselbe gilt von dem Mittäter, da die Mittäterjchaft nur eine Form der Täterjchaft ist; vgl. § 47 N. 5. Dagegen braucht die Voraussetzung nicht zuzutreffen bei dem Anstifter und Gehilfen, denn, nach Franks dritter Abschn. N. III prägnanter Begründung, fordert das Gesetz zur Strafbarkeit der Anstiftung und der Beihilfe nicht mehr als eine strafbare Haupttat, ohne Gewicht darauf zu legen, weshalb sie strafbar ist.

Die Frage ist besonders bestritten hinsichtlich der Teilnahme von Zivilpersonen an militärischen Delikten. Sie ist auch hier zu bejahen, denn das MilStGB. regelt in seinem vierten Abschnitt in dem einzigen § 47 nur einen ganz speziellen Fall, nämlich wenn durch die Ausführung eines Befehls in Dienstjachen — nicht eines Dienstbefehls — ein Strafgesetz verletzt wird, und befiehlt in § 2, daß diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des Deutschen Strafgesetzbuchs in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, auf militärische Verbrechen und Vergehen — militärische Übertretungen kennt das MilStGB. nicht — entsprechende Anwendung finden. Die Mittäterjchaft von Zivilpersonen an militärischen Delikten ist ausgeschlossen und nur Anstiftung und Beihilfe sind möglich, wobei die als militärische Verbrechen und Vergehen bedrohten Handlungen zugleich Verbrechen und Vergehen im Sinne des StGB. sind. Dem bürgerlichen Teilnehmer an einem militärischen Delikt kann die Vorschrift des § 50 nicht lediglich deshalb zugute kommen, weil er eine Zivilperson ist und daher nicht selbst jenes Delikt würde begehen können; daher wird eine Zivilperson, welche einen Soldaten zum Angriff auf einen Vorgesetzten anstiftet, aus MilStGB. § 97, StGB. § 48, dagegen, wenn zu dem nach MilStGB. § 138 strafbaren Kameradeniebstahl, gemäß StGB. § 50 nach StGB. §§ 242, 48 bestraft, weil MilStGB. § 138 die Strafbarkeit des gemeinen Diebstahls im Hinblick auf die persönliche Eigenschaft des Täters als Soldaten erhöht. Umgekehrt ist der Soldat, welcher eine Zivilperson zum Diebstahl gegen seinen Kameraden anstiftet, gemäß StGB. § 50 aus MilStGB. § 138, StGB. § 48 zu bestrafen. Wo bei Anwendung der auf solche Weise ineinander greifenden Bestimmungen des bürgerlichen und militärischen StGB. gegen Militärpersonen auf Arrest bis zu sechs Wochen zu erkennen sein würde, ist gegen Zivilpersonen auf Haft zu erkennen. Vgl. Binding Grundr. 77, Frank N. III, Herz-Ernst 55, v. Liszt 232, Meyer-Alfeld 191, Olshausen N. 10; RG. 8./5. 80 C. 2 153, 25./10. 80 C. 2 383, 1./4. 87 C. 15 396, 4./4. 87 C. 15 382, 5./12. 87 C. 16 433, 5./4. 94 C. 25 234, 8./4. 95 C. 27 158, 30./12. 98 C. 31 407, 24./4. 06 C. 38 417; a. M. Finger I 364.

5. Täterjchaft und Teilnahme, ebenso die verschiedenen Formen der Teilnahme unter sich, sind subsidiär. Anstiftung und Beihilfe kommen ohnehin nur für die Tat eines Anderen in Betracht. Somit kann der Täter nicht Anstifter und Gehilfe zu seiner eigenen Tat sein. Anstiftung und Beihilfe geleistet von dem einen Mittäter dem anderen Mittäter geht in der Täterjchaft auf; RG. 13./11. 94 C. 26 198, 1./7. 01 C. 34 304, 9./12. 02 C. 36 25, 13./10. 08 C. 42 6. Entsprechend ist niemand zugleich als Anstifter und Gehilfe zu demselben Delikte strafbar, als Gehilfe also nur, wenn er nicht Anstifter ist; RG. 1./5. 80 C. 2 145. Bei einer mehrfachen Be-

teiligung einer Person an demselben Delikte kommt nur diejenige besondere Form der Beteiligung in Betracht, welche am strafbarsten ist: RG. 31./5. 95 C. 27 273, 4./10. 00 C. 33 401. Vgl. Bindig Grundr. 172, Frank § 73 Nr. VII, v. Liszt 230, Meyer-Alfeld 193. Das Nähere unten §§ 48 Nr. 1b, 49 Nr. 1 Abj. 3, 73 Nr. 7c d.

§ 47.

Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Täter bestraft.

1. a) Das Gesetz unterscheidet Täter, Mittäter, Anstifter, Gehilfen.

Täter ist derjenige, der in seiner Person den subjektiven und objektiven Tatbestand des Delikts erfüllt. Er ist entweder Alleintäter, wenn ein Einzelner, oder Mittäter, wenn Mehrere mit dem Täterwillen in bewußtem Zusammenwirken das Delikt begehen, nach dem Ausdruck des Gesetzes: wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen.

Anstifter ist derjenige, welcher den Täter zu dem von diesem begangenen Delikt vorsätzlich bestimmt (§ 48).

Gehilfe ist derjenige, welcher dem Täter zur Begehung des Delikts vorsätzlich Hilfe leistet (§ 49).

Die Täterschaft ist in ihren beiden Formen selbständig und in ihrer Strafbarkeit unabhängig davon, ob eine Anstiftung bzw. Beihilfe zu ihr stattfindet oder nicht stattfindet. Dagegen setzen Anstiftung und Beihilfe die Täterschaft eines Anderen voraus und werden nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer Beziehung zu der Haupttat gestraft, sind akzessorischer Natur. Die Haupttat kann zur Vollendung gediehen oder im Stadium des Versuchs steckengeblieben sein.

Der dritte Abschnitt trägt die Überschrift „Teilnahme“. Die gesetzliche Terminologie ist keine feste. Täter ist bald derjenige, welcher eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung begeht, so in § 47. Bald der Alleintäter im Gegensatz zum Mittäter, Anstifter, Gehilfen, so in § 50. Bald der Teilnehmer versteht das Gesetz bald den Mittäter, Anstifter und Gehilfen, so § 50, bald nur den Anstifter und Gehilfen, z. B. § 143, bald jeden, der sich an dem Delikt beteiligt, an ihm mitwirkt, also den Täter im weitesten Sinne des Wortes, z. B. §§ 63, 243 Nr. 6. Der Alleintäter wird nie als Teilnehmer bezeichnet. Da die Mittäterschaft nur eine Form der Täterschaft ist, werden in diesem Kommentar unter Teilnehmer nur Anstifter und Gehilfe verstanden. Auch das StGB. gibt eben durch § 47 deutlich zu erkennen, daß es die Mittäterschaft, obgleich es sie in § 50 als Teilnahme bezeichnet, nicht als eigentliche Teilnahme behandelt wissen will: Wachenfeld H. II 273.

b) Verschiedentlich ist versucht, den Unterschied zwischen der Täterschaft (Allein- und Mittäterschaft) und der Teilnahme im engeren Sinn auf eine rationelle Formel zurückzuführen. Nach z. B. Frank Dritter Abschn. Nr. II und § 1 Nr. III besteht die Täterschaft in dem Setzen einer Ursache, die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) in dem Setzen einer bloßen Bedingung, woraus folge, daß der Täterschaft das Gebiet der physisch vermittelten, der Teilnahme das der psychisch vermittelten Kausalität angehöre. Auch ohne diese Folgerung, nach welcher die tätige Beihilfe nur psychisch wirkt, auf ihren Wert für die praktische Anwendung des Strafgesetzes näher anzusehen, ist die Formel für irrig zu erklären. Bedingung ist, wie jeder Jurist weiß oder wissen sollte, die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die als gewollt bezeichnete Wirkung nur bei Vorhandensein eines künftigen, ungewissen Umstandes eintreten soll. Diese Bedingung „jest“ also der Teilnehmer in und durch den Teilnahmeakt? Und wenn das Wort Bedingung nicht in diesem Sinne zu verstehen ist, in welchem ist es dann zu verstehen? Hierauf wird geantwortet: jeder Zustand und jedes Ereignis, bei dessen Mangel die durch die strafbare Handlung bewirkte Veränderung des gegenwärtigen Zustandes nicht eingetreten wäre, heißt Bedingung, und die hervorragendste der mehreren Bedingungen, die Bedingung *αρχαία*, heißt Ursache. An dieser Antwort ist klar, daß zwischen Ursache und Bedingung kein qualitativer, sondern ein quantitativer Unterschied besteht, welcher sich wegen der Relativität aller Größenverhältnisse jeder sicheren Bestimmung entzieht. Das mag — dieser seinerzeit von Kant bekämpfte Gemeinplatz läßt sich hier gar nicht abweisen — für die Theorie ganz gut sein, taugt aber nichts für die Praxis. Auch die anstiftende und helfende Tätigkeit ist Ursache d. h. Realgrund zum Zustandekommen des gesetzlichen Tatbestandes, sie ist nur keine wesentliche, das Delikt kann begangen werden auch ohne sie. Will man sie wegen dieser Nichtwesentlichkeit, Nichtnotwendigkeit Bedingung nennen, so ist das ein bloßer Name. Ein inhaltlicher Unterschied zwischen Ursache und Bedingung ist, wie schon vor vielen Jahren v. Buri ausgesprochen hat, gar nicht vorhanden. Vgl. die Überlichten bei Frank § 1 Nr. III und v. Liszt 129 ff.

2. Der Täter ist derjenige, der in seiner Person den subjektiven und objektiven Tatbestand des Delikts erfüllt. Als Alleintäter begeht er die strafbare Handlung als seine eigene und alleinige Handlung, ohne sich mit einem Anderen zur gemeinschaftlichen Verübung desselben Delikts verbunden zu haben. Die Täterschaft ist entweder eine unmittelbare, wenn nämlich der Täter die ausführende Tätigkeit selbst entfaltet. Oder sie ist eine mittelbare — Schütze nennt sie fingierte — wenn er den objektiven Tatbestand durch einen Anderen als sein Mittel, Werkzeug realisieren läßt, ohne daß dieser Andere mit dem zum Delikt erforderlichen Dolus handelt, also entweder ganz schuldlos ist oder sich nur einer Fahrlässigkeit schuldig macht. Es ist mittelbare Täterschaft, wenn der Täter den Anderen durch unwiderstehliche Gewalt oder lebensgefährliche Drohung zur Begehung des Delikts nötigt (§ 52) oder die geistige Willenslosigkeit (§ 51), den Nothstand (§ 54), die Unkenntnis, den Irrtum des Anderen zur Begehung des Delikts benützt. Eine Benützung der Unzurechnungsfähigkeit, also eine mittelbare Täterschaft, liegt auch dann vor, wenn der Täter den unzurechnungsfähigen Anderen für zurechnungsfähig hält und somit das Delikt als Mittäter zu begehen glaubt. In diesem Fall nimmt Frank Dritter Abschn. N. II 1 gegen Finger I 336, Hälschner I 398 und v. Liszt 219 N. 2 fahrlässige Täterschaft an, obgleich der Täter das Delikt gewollt hat und eine Anstiftung nicht vorliegt. Endlich wird mittelbare Täterschaft vielfach dann angenommen, wenn jemand als legitimer Vorgesetzter in öffentlichen Verhältnissen durch seinen formell gültigen und zum Gehorsam verpflichtenden Befehl eine strafbare Handlung hervorruft: Finger I 337, Frank Dritter Abschn. N. IV Abf. 1, v. Liszt 152, 220, Meyer-Alfeld 220, Wachenfeld H. R. II 271, wogegen Berner 102, Binding Handb. I 791, Hälschner I 401, Olshausen § 52 N. 12 b eine Verpflichtung zu solchem blinden Gehorsam bestreiten. Diese Bestreitung ist eine begründete. Wenn in einzelnen Bundesstaaten das Gebot eines absoluten, von der Prüfung der Rechtsgültigkeit des Befehls absehbenden Gehorsams bestehen sollte, so ist das Gebot gegenüber dem reichsrechtlichen Strafgesetz natürlich wirkungslos. Es kann aber überhaupt nicht als ein allgemein geltender Grundsatz anerkannt werden, daß der Untergebene dem formell rechtsverbindlichen Befehl, ohne sich selbst verantwortlich zu machen, selbst dann unbedingt Folge leisten dürfe und müsse, wenn er einzieht, daß es auf eine strafbare Handlung ankommt: RG. 4./7. 82 G. 6 433. Für die Reichsbeamten bestimmt § 10 des Reichsbeamtengesetzes das Gegenteil. Ebenso für die Militärpersonen MilStGB. § 47. Das MilStGB. unterscheidet Befehl in Dienstfachen und Dienstbefehl — wobei es sich allerdings in schwerer Weise widerspricht, vgl. MilStGB. § 58 Nr. 7. Befehl in Dienstfachen ist der Befehl eines militärischen Vorgesetzten, welcher eine Dienstfache betrifft, wobei unter Dienstfache der Zubegriff alles dessen zu verstehen ist, was der militärische Dienst nach seinem innern Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint. Dienstbefehl ist Befehl in Privatsachen. Wird durch Ausführung eines Dienstbefehls ein Strafgesetz verletzt, so finden lediglich die Vorschriften des bürgerlichen StGB. Anwendung; der Untergebene ist also Täter, der Vorgesetzte ist Anstifter. Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstfachen ein Strafgesetz verletzt, so ist nach MilStGB. § 47 der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilt hat, stets, der Untergebene aber nur dann straflos, wenn er weder den ihm erteilten Befehl überschritten noch gewußt hat, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte. Somit ist der Untergebene zum Gehorsam nur dann und insoweit verpflichtet, wenn ihm die gedachte Kenntnis mangelt und soweit der Befehl recht. Eine unbedingte Gehorsamspflicht hat er nach MilStGB. § 92 nur, wenn eine Übertretung in Frage steht. Vgl. hierzu Herz-Ernst zu MilStGB. § 54. Eine gleiche absolute Gehorsamspflicht wird begründet durch Seemannsordnung § 85 Abf. 2. Von diesen beiden positivrechtlichen Ausnahmen abgesehen gilt für das ganze Rechtsleben das Prinzip, daß der Gehorsam gegen das Strafgesetz dem Gehorsam gegen den Vorgesetzten vorgeht. In § 48 ist positiv bestimmt, daß derjenige ein Täter ist, der sich durch einen Mißbrauch des Ansehens oder „andere Mittel“ zur Begehung des Delikts bestimmen läßt.

Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist in Theorie und Praxis so allgemein anerkannt, daß es nicht erst besonderer Belege bedarf. Es sind jedoch mehrere Punkte strittig.

a) Zunächst muß auch bei der mittelbaren Täterschaft der objektive Tatbestand dergestalt vorliegen, daß die Mittelsperson, wenn sie ein Verschulden, insbesondere wegen Dolus träge, strafbar wäre. Es ist also eine mittelbare Täterschaft, wenn der Täter einen Geisteskranken zum Beischlaf mit des Geisteskranken, nicht aber wenn er ihn zum Beischlaf mit des Täters Mutter veranlaßt: Frank Dritter Abschn. N. IV Abf. 2. Wenn bezüglich dieses Beispiels v. Liszt 219 N. 3 und Meyer-Alfeld 153 N. 9 an der mittelbaren Täterschaft festhalten, weil, wie v. Liszt meint, sonst der sich des menschlichen Werkzeugs Bedienende straflos bleibe, so verlangen sie, gerade wie das Reichsgericht beim untauglichen Versuch, die Bestrafung des bösen Willens ohne seine Realisierung in dem objektiven Tatbestand.

b) Eine mittelbare Täterschaft wird angenommen, wenn das Delikt eine bestimmte Absicht

fordert und diese bei dem benutzten Werkzeug mangelt, während sie beim Benutzenden vorhanden ist, z. B. die Abseignungsabsicht beim Diebstahl, die gewinnjüchtige Absicht beim Betrüge. Dieser Ansicht muß man mit v. Liszt 220 und RG. 18./3. 98 C. 31 80, 11./6. 06 C. 39 37 gegen Frank Dritter Abchn. N. IV Abj. 3 und Wachenfeld Hst. II 272 zustimmen, denn der subjektive Tatbestand wird bei der mittelbaren Tätererschaft nicht in der Person des Benutzten, sondern in der des Benutzenden verlangt. Dies wird ganz unzweifelhaft, wenn der Benutzte ein geistig Willensloser ist, der die Absicht gar nicht haben kann.

c) Weiter wird behauptet, mittelbare Tätererschaft liege nur dann vor, wenn die Mittelsperson von dem Täter zu seinen Zwecken benutzt werde, nicht aber, wenn umgekehrt dieser die Zwecke der Mittelsperson unterstütze; z. B. ein Geisteskranker will jemanden ermorden und der andere hindert das Opfer am Entfliehen. Aber es kommt nur darauf an, ob der Andere den Täterdolus hat, denn die Benutzung wird durch die Unterstützung regelmäßig gefördert. Die mittelbare Tätererschaft wird also keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß der Täter der Mittelsperson in irgendeiner Weise Beistand leistet. Übereinstimmend Frank Dritter Abchn. N. IV 1 und v. Liszt 220 N. 8.

d) Die mittelbare Tätererschaft wird vielfach überall da bestritten, wo der mittelbare Täter das Delikt nicht als unmittelbarer Täter, als physischer Urheber, begehen kann, weil die erforderlichen Eigenschaften und Verhältnisse bei ihm nicht vorliegen, vgl. S. 127 N. 4. Kann eine Frau bei der Notzucht, ein Nichtbeamter beim Amtsdelikt, eine Nichtpartei, ein Nichtzeuge bei den Eidesbeklitten mittelbarer Täter sein? Oder, um ein entlegeneres Beispiel zu wählen: kann, abgesehen vom Falle des § 91, ein Ausländer mittelbarer Täter des militärischen Landesverrats sein? Wie schon S. 127 N. 4 bemerkt worden, ist in diesen Fällen jede Tätererschaft ausgeschlossen, die Allein- wie die Mittätererschaft, also die Alleintätererschaft nicht bloß als unmittelbare, sondern auch als mittelbare, so daß jede Bestrafung ausgeschlossen ist, falls nicht Anstiftung oder Beihilfe vorliegen oder der Tatbestand eines anderen Deliktes, z. B. der Nötigung, gegeben ist. Übereinstimmend Binding Lehrb. I 200 und Grundr. 146, Löning 13, Olshausen Dritter Abchn. N. 5. N. M. sind mehr oder weniger Finger I 337, Frank Dritter Abchn. N. IV 2, Hälschner II 229, v. Liszt 219 N. 3, Meyer-Alfeld 153 N. 9, Oppenhoff-Delius § 177 N. 3, Müdorff-Stenglein — bezüglich der Mittätererschaft, also unausgesprochen wohl auch wegen der mittelbaren Tätererschaft — bejaht bei der Notzucht § 177 N. 2 und verneint bei den Amtsdelikten 28. Abchn. N. 3a. Frank a. a. O. hält die Notzucht nicht für ein Sonderdelikt und will bei den Sonderdelikten das Gebiet der mittelbaren Tätererschaft auch auf den Fall erstrecken, daß die Mittelsperson zurechnungsfähig ist und vorzüglich handelt, ohne den Täterdolus zu bezeugen. Aber in diesem Falle ist sie, mag sie auch der Täter als sein Werkzeug betrachten, Gehilfe nach § 49: Olshausen N. 17, Oppenhoff-Delius N. 4; vgl. auch RG. 18./3. 98 C. 31 80, 19./11. 07 C. 40 390.

Als Resultat ergibt sich somit dieses. Bei der Tätererschaft muß sich in der Person des Täters der subjektive wie der objektive Tatbestand des Deliktes vereinigen. Dies gilt sowohl von der unmittelbaren wie von der mittelbaren Tätererschaft. Bei der letzteren wird der objektive Tatbestand als äußeres Gehehniß von der Mittelsperson geschaffen, aber diese ist das nichtdolose Werkzeug des Täters. Sie kann auf Grund eines unentschuldbaren Irrtums wegen Fahrlässigkeit strafbar sein, aber die Haftung wegen Dolus trifft nicht sie, sondern den Täter. Diesem wird der objektive Tatbestand zugerechnet, wie wenn er ihn durch unmittelbare eigene Tätigkeit geschaffen hätte, und zwar soweit zugerechnet, als das Werkzeug eben als solches tätig gewesen ist, einerlei ob das Delikt vollendet worden oder im Stadium des Versuchs steckengeblieben ist. Ein Rücktritt vom Versuch kann daher nur von dem Täter ausgehen, nicht von der Mittelsperson, gerade so wie wenn diese nicht ein lebendiger Mensch, sondern ein Tier oder ein lebloses Werkzeug wäre. Vgl. v. Liszt 220 N. 8.

3. Die mittelbare Tätererschaft ist nicht bloß möglich bei der Alleintätererschaft, sondern auch bei der Mittätererschaft. Die Mittätererschaft bezeichnet den Gegenatz zur Alleintätererschaft, liegt also vor, wenn das Delikt von Mehreren gemeinschaftlich begangen wird: Olshausen N. 1; RG. 11./7. 87 C. 16 173. Jeder Mittäter wird umangeesehen das Maß seiner Beteiligung gerade so bestraft, wie wenn er das gemeinschaftlich ausgeführte Delikt als Alleintäter begangen hätte, aber der Begriff der Mittätererschaft ist genau festzuhalten, um ihn von der eigentlichen Teilnahme, insbesondere der Beihilfe, zu unterscheiden, und weil die Mittätererschaft mehrfach — §§ 119, 123 Abj. 3, 223a, 293 — strafe erhöhender Umstand ist: Olshausen N. 8.

4. Die Mittätererschaft ist möglich bei allen Formen strafbarer Handlungen: Verbrechen, Vergehen, Übertretung, beim Versuch und bei der Vollendung, bei der Anstiftung und bei der Beihilfe. Ob man mit Binding und Meyer-Alfeld, weil Anstifter und Gehilfe nicht Täter im engeren, technischen Sinne sind, wohl eine gemeinschaftliche Anstiftung und Beihilfe, nicht aber eine Anstiftung und Beihilfe in Mittätererschaft anerkennen will, macht sachlich keinen Unterschied, da jedenfalls ein Analogon der Mittätererschaft vorliegt: Binding Grundr. 173, Finger I 344,

Frank N. VI. Meher-Alfeld 194, 201, Olshausen N. 22, § 48 N. 5, § 49 N. 24, Rüdorff-Stenglein § 48 N. 16, § 49 N. 5; RG. 7./12. 85 C. 13 121, 16./4. 86 C. 14 92, 4./2. 10 C. 43 293. In den nachstehenden Erörterungen ist jedoch der Vereinfachung wegen die Mittäterschaft als Gemeinschaftlichkeit der Täterschaft im engeren Sinne genommen.

Strafbare Handlung ist die vom Gezeß mit Strafe bedrohte Handlung. Zudem die Mittäterschaft sich stets auf ein bestimmtes Delikt bezieht, ist ihr Umfang nur soweit begrenzt, als eben dieses Delikt den objektiven Tatbestand erstreckt. Somit kann die äußere Tätigkeit der einzelnen Mittäter, für sich allein betrachtet, eine verschiedene sein, indem sie entweder unter verschiedene Strafgesetze fällt, z. B. beim Raube der eine Mittäter die Drohungen anwendet (§ 240), der Andere die Sache wegnimmt (§ 242), oder je einen verschiedenen Mißthatbestand desselben Strafgesetzes darstellt, z. B. beim gemeinschaftlichen Widerstand nach §§ 117, 119 der eine Widerstand leistet, der Andere tödlich angreift. Olshausen N. 2; RG. 8./1. 96 C. 28 98.

5. Der Mittäter ist nur in § 50 genannt, und zwar zusammen mit dem Hülfster und Gehilfen im Gegensatz zum Täter. Gleichwohl ergibt sich aus der besonderen Natur des § 50 in Verbindung mit § 47, daß, wie schon wiederholt bemerkt wurde, die Mittäterschaft nur eine besondere Form der Täterschaft, der Mittäter ein echter und wahrer Täter ist: Frank N. II 86, v. Liszt 222. Daher muß der Vorsatz jedes einzelnen Mittäters auf das Resultat der Gesamtwirkung aller Mittäter als auf sein eigenes, wenngleich nicht durch seine Kräfte allein, sondern durch diese unter Benutzung der Kräfte der übrigen Mittäter zu realisierendes Werk gerichtet sein, jedem Mittäter der Dolus des Täters, verbunden mit dem Bewußtsein des Zusammenwirkens mit den übrigen Mittätern, innewohnen: RG. 18./3. 86 C. 14 28, 19./12. 94 C. 26 345. Da dies von jedem einzelnen Mittäter gilt, muß der Vorsatz des einzelnen Mittäters darauf gerichtet sein, durch die eigene Tätigkeit zugleich die Straftat des anderen Mittäters zur Vollendung zu bringen, und wo dies, wie z. B. im Fall des § 156, nicht möglich ist, ist auch keine Mittäterschaft möglich. RG. 24./3. 04 C. 37 92.

Somit liegt Mittäterschaft nur dann vor, wenn der Täterdolus vorhanden ist. Dies Kriterium ist deshalb wichtig, weil sich beim äußeren Tun der Unterschied zwischen Mittäter und Gehilfen leicht vermischt. Die Mitwirksamkeit bei der gemeinschaftlichen Ausführung kann hinsichtlich ihrer äußeren Beschaffenheit auch diejenige eines Gehilfen sein. Aber während der Gehilfe nur eine fremde Tat, diejenige des Täters, unterstützen will, nur einen von demjenigen des Täters abhängigen Willen, niemals selbst den Täterdolus haben darf, also seinen Willen demjenigen des Täters dergestalt unterwirft, daß er es ihm anheimstellt, ob die Tat zur Vollendung kommen soll oder nicht, will der Mittäter seine eigene Tat zur Vollendung bringen, erkennt er einen den seinigen beherrschenden Willen nicht an, ist sein Wille vielmehr von der gleichen Beschaffenheit wie derjenige aller übrigen Mittäter, und soll daher nach seiner Auffassung das Delikt zwar unter deren Mitwirkung zur Existenz gebracht werden, ohne daß er jedoch ihren Willen als maßgebend für den seinigen betrachtet: RG. 7./1. 81 C. 3 181, 27./11. 88 C. 18 273, 11./1. 04 C. 37 58, 13./10. 08 C. 42 6.

Daraus, daß der Vorsatz jedes einzelnen Mittäters auf das Resultat der Gesamtwirkung aller Mittäter als auf sein eigenes gerichtet ist, folgt weiter, daß die Tätigkeit jedes einzelnen Mittäters, soweit nicht ein Erzeß vorliegt, allen anderen Mittätern zuzurechnen ist. Also daß der einzelne Mittäter für dieses Resultat ebenso haftet, wie wenn er es als Alleintäter herbeigeführt hätte. Bei dem Morde ist er Mörder, auch wenn der Tod nicht die Folge der einzelnen, sondern das Gesamtergebnis aller Tätigkeiten ist, die einzelne Tätigkeit also, abgesehen von der Mittäterschaft, nur Versuch des Mordes wäre. Dasselbe gilt, wenn eine einzelne der mehreren Tätigkeiten den Tod bewirkt, die anderen Tätigkeiten aber weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit letale Wirkung haben. Es beruht auf einer unzutreffenden Hereinziehung des Kausalitätsbegriffes, wenn Hälßner I 427 im letzteren Fall nur denjenigen, welcher die tödliche Wunde zufügt, wegen vollendeten, die übrigen Mittäter wegen versuchten Mordes strafen will. Folgerecht ist die Mittäterschaft nicht bedingt durch den Umfang der einzelnen Tätigkeit, ist also auch dann gegeben, wenn die einzelnen Akte, in welche die Handlung zerfällt, planmäßig auf die einzelnen verteilt werden, denn diese Rollenverteilung ist ein Teil der Ausführung des Delictes. Olshausen N. 3.

6. Die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe ergibt sich bei der Beantwortung der Frage, welche Mitwirkung als Mittäterschaft anzusehen ist. Man unterscheidet eine subjektive, eine objektive und eine vermittelnde Theorie. Vgl. Frank N. II.

Nach der subjektiven Theorie kommt es, eben den Täterdolus vorausgesetzt, auf die Art und Weise, den Umfang, die örtliche und zeitliche Begrenzung der Täterschaft gar nicht an. Diese Theorie, welche von v. Buri am energischsten durchgeführt und z. B. von Rüdorff-Stenglein N. 2 angenommen ist, ist deshalb unhaltbar, weil § 47 die Mitwirkung bei der Ausführung, d. h. bei der Schaffung des objektiven Tatbestandes fordert. Somit scheiden alle diejenigen Tätig-

keiten aus, welche vor dem Beginn der Ausführung liegen. Soll eine Mittäterschaft beginnen, so muß eine Täterschaft entweder schon begonnen haben oder gleichzeitig beginnen.

Eben darauf, daß der objektive Tatbestand durch die gemeinsame Tätigkeit geschaffen werden müsse, beruht die objektive Theorie. Nach ihr muß eine wenn auch noch so geringe Ausführungshandlung — oder auch Tatbestandshandlung — vorliegen und sind ausgeschlossen alle diejenigen Handlungen, welche sich ihrer Natur nach nur als unterstützende Handlungen darstellen, insbesondere die sog. Vorbereitungs-handlungen, indem diese in das Gebiet der Beihilfe gehören. Zu dieser Theorie bekennen sich, mit mehreren Abweichungen untereinander, Berner 160, Finger I 339, Frank N. II, Meyer I 138 und H. II 408, IV 168, Hälschner I 377, 420, v. Lilienthal 45, v. Liszt 221, Löning 93, 99, Meriel 144, Meyer-Alfeld 197, Oppenhoff-Delius N. 13, Schüze 148, Wachenfeld H. II 272. Hierbei werden die unbrauchbaren Begriffe Ursache und Bedingung hereingezogen, ohne daß auch nur Einigkeit über ihren Unterschied herrscht. Frank, der allgemein — siehe oben N. 1 — die Mittäterschaft in dem Gesen einer Ursache, die Beihilfe in dem einer Bedingung findet, konstruiert hier einen Unterschied der Bedingungen, derart, daß die mehrwertigen Bedingungen der Mittäterschaft, die minderwertigen der Beihilfe zugewiesen werden, und erklärt für minderwertig einmal diejenigen Bedingungen, welche nicht gleichzeitig Ursachen sind, und ferner diejenigen Bedingungen, welche zwar Ursachen sind, aber nicht mindestens einen Anfang der Ausführung enthalten. — Wenn, wie oben erörtert wurde und auch die Anhänger der objektiven Theorie nicht bestreiten, jedem einzelnen Mittäter die Tätigkeit aller übrigen Mittäter zuzurechnen ist, kommt es nicht darauf an, ob seine eigene Tätigkeit an sich eine ausführende oder nur eine vorbereitende ist. Spricht schon dies gegen die Richtigkeit der objektiven Theorie, so noch mehr der Umstand, daß sie gar nicht durchzuführen ist. Wo hört die Vorbereitung auf und wo beginnt die Ausführung? Darüber wird wegen der schlüpfrigen Natur des Begriffes der bloßen Vorbereitung der erfahrenste Praktiker oft im Zweifel sein. Sobald mit der Ausführung begonnen ist, erhebt sich mit verdoppelter Schwierigkeit die weitere, oft gar nicht mit Sicherheit zu beantwortende Frage, wer von den Beteiligten die Ausführungshandlungen vorgenommen hat, also mehr als ein bloßer Gehilfe ist. Auf dem Boden der objektiven Theorie wird man vielfach nur Gehilfen ohne Haupttäter ermitteln können. Die unbefangenen Anhänger der objektiven Theorie müssen schließlich mit Meyer-Alfeld 198 bekennen, daß es stets darauf ankommt, ob der Täter mit dem betreffenden Vorjah handelt, weil es ein breites Gebiet von Handlungen gibt, die je nach Umständen Mittäterschaft oder Beihilfe sein können.

Auf diese Weise wird man mit dem Reichsgericht, welches allerdings nicht immer konsequent geurteilt hat, und mit Olshausen dahin gedrängt, beide Theorien, die subjektive und die objektive, zu vereinigen. Der Mittäter muß das Delikt ebenso wollen, wie wenn er der Meintäter wäre, aber sich des Zusammenwirkens mit den übrigen Mittätern bewußt sein. Der objektive Tatbestand wird durch die gemeinsame Tätigkeit aller Mittäter geschaffen. Jeder Mittäter muß tätig sein. Die Mittäterschaft fordert objektiv Mitwirkung bei der Ausführung, jeder Mittäter muß an der Ausführung durch seine eigene irgendwie beschaffene Tätigkeit teilnehmen. Bloßes Mitwissen, bloße Teilnahme an dem Planen der Straftat genügt nicht. Ebensovienig die bloße Anwesenheit an dem Orte des Delikts. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Tätigkeit eines Einzelnen sich auf intellektuelle Unterstützung beschränkt, wie auf Zugesen sein und Sichereithalten, um im Bedarfsfalle die als die eigene gewollte Tat des Anderen zu unterstützen. Zeitlich ist Mittäterschaft vor der Täterschaft nicht möglich, mit der Ausführung der strafbaren Handlung muß entweder schon begonnen sein oder gleichzeitig begonnen werden. Auf das größere oder geringere Maß der Tätigkeit des einzelnen Mittäters kommt es nicht an. Ebensovienig auf die Art und Weise der Tätigkeit. Vielmehr kann die Wirksamkeit eines Mittäters zur gemeinschaftlichen Ausführung hinsichtlich ihrer äußeren Beschaffenheit auch diejenige eines Gehilfen sein, wie Wachstehen beim Diebstahl, Weglocken des zu Bestehenden. Es ist nicht erforderlich, daß der einzelne Mittäter bei der Ausführung der Deliktshaupthandlung dergestalt mitwirkt, daß sein Handeln die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen zum Inhalt und Gegenstand hat, sondern es genügt jede dem Abschluß der Straftat vorangehende und auf ihre Ausführung abzielende, zu ihrer Vorbereitung, Förderung, Unterstützung bestimmte Tätigkeit: Olshausen N. 4, 5, 6; RW. 12./5. 80 C. 2 160, 7./1. 81 C. 3 181, 17./5. 81 C. 4 177, 7./5. 83 C. 9 3, 16./10. 83 C. 9 75, 18./3. 86 C. 14 28, 10./1. 87 C. 15 295, 19./12. 94 C. 26 345, 7./1. 95 C. 26 351, 9./3. 96 C. 28 304, 11./1. 04 C. 37 55. Liegt hiernach die Mittäterschaft auch dann vor, wenn auf jeden einzelnen Beteiligten nur ein Stück der Gesamttätigkeit fällt, so ist doch nicht erforderlich, daß die verschiedenen Mittäter räumlich und zeitlich zusammenhandeln. Der Wille des Mittäters muß eben darauf gerichtet sein, daß die strafbare Tat durch die zusammenwirkende Tätigkeit ins Werk gesetzt werde, und dies kann auch bei fortsetzenden Handlungen zutreffen: Frank N. III Abj. 1, Olshausen N. 12; RW. 17./12. 81 C. 5 306, 11./1. 83 C. 8 42.

7. Es ist möglich, daß jeder der Mittäter den gesamten objektiven Tatbestand erfüllt, z. B. bei der gemeinschaftlichen Brandstiftung jeder das Haus in Brand steckt. In diesem Fall haftet jeder Mittäter auch unangesehen die Bestimmung des § 47 als Täter. Ihre wesentliche Bedeutung hat die Bestimmung für den Fall, daß der Tatbestand das Resultat des Zusammenwirkens ist, ohne daß jeder einzelne Mittäter — vielleicht keiner von allen — den ganzen Tatbestand erfüllt. Soll gleichwohl jeder einzelne Mittäter als Täter strafbar sein, so kann dies rationeller Weise nur geschehen, wenn er weiß, daß er mit den anderen Mittätern gemeinschaftlich tätig ist, und daß er durch ihre Mittätigkeit das gesteckte Ziel erreicht, also wenn er diese Mittätigkeit zur Erreichung seines Zweckes benutzt. Das Zusammenwirken bei der Mittäterschaft muß bei allen Mittätern ein bewußtes, also gewolltes sein, widrigenfalls eine Mehr- oder Nebentäterschaft (unten N. 13), nicht aber eine Mittäterschaft vorliegt. Dieses bewußte und gewollte Zusammenwirken kann auf ausdrücklicher Vereinbarung oder auf stillschweigendem Einverständnis beruhen, und die Verständigung braucht dem gemeinschaftlichen Handeln nicht voranzugehen. Somit kann schon ein augenblickliches und stillschweigendes, noch während der Ausführung sich bildendes Einverständnis durch Zeichen, Gebärden oder Blick genügen, sofern sich nur jeder einzelne Mittäter des Mitwirkens der anderen bewußt ist. Hierüber herrscht mit einer vereinzelt Ausnahme Übereinstimmung, vgl. z. B. Frank N. III Abs. 1, v. Liszt 221, Merkel 142, Meyer-Malfeld 196, 198, Olshausen N. 7, 9, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 9./10. 80 C. 3 7, 17./12. 81 C. 5 306, 7./5. 86 C. 14 119, 30./6. 92 C. 23 196.

Unter Komplott versteht man die Verabredung Mehrerer, ein bestimmtes Delikt gemeinschaftlich zu begehen, ohne daß mit der Ausführung auch nur begonnen ist; vgl. v. Wächter 251, 253. Ist die Verabredung auf die Begehung mehrerer nach Zahl und Individualität unbestimmt gelassener Delikte gerichtet, so spricht man von einer Bande. Die bloße Teilnahme an einer Verabredung ist für die Beantwortung der Frage, ob Mittäterschaft oder Anstiftung oder Beihilfe vorliegt, bedeutungslos. Als bloße Vorbereitungs-handlungen sind Komplottieren und Bandieren straflos, sie sind aber mehrfach zu einem straf erhöhenden Umstand oder zu einem selbständigen Delikt erhoben; vgl. §§ 83, 243 Nr. 6, 250 Nr. 2, MitStGB. §§ 59, 72, 103, 135 Abs. 2, Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 § 146, Ges., betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze v. 1. Juli 1869 Art. 4, Sprengstoffgesetz v. 9. Juni 1884 § 6, Spionagegesetz v. 3. Juli 1893 § 5, Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 §§ 101, 105. Zusammenröthen endlich ist das räumliche Zusammensein Mehrerer zu gemeinsamem rechtswidrigen Handeln (§§ 115, 122, 124, 125; MitStGB. §§ 55 Nr. 3, 106).

8. Ist die Mittäterschaft ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken, so ist sie nur bei vorjählichen, nicht aber bei fahrlässigen Delikten möglich: Werner 162 (? vgl. 159), v. Liszt 122, Olshausen N. 3, 10, Oppenhoff-Delius N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 148; RG. 5./12. 83 C. 10 8. Diejenigen Täter, welche fahrlässig handeln, scheiden aus der Mittäterschaft aus, diese beschränkt sich auf die vorsächlichen Täter, und wenn die Zahl der letzteren auf nicht mehr als Einen herabsinkt, ist eine Mittäterschaft überhaupt nicht mehr vorhanden und an ihre Stelle tritt die Mehr- oder Nebentäterschaft. Für möglich halten die Mittäterschaft auch bei Fahrlässigkeitsdelikten Binding Grundr. 147, 152, 169, Frank N. III und Dritter Abschn. N. 5, Hälschner I 442 (für denkbar, nicht für strafbar), Merkel 143, Meyer-Malfeld 196 (wie Hälschner), v. Wächter 248. Diese Ansicht ist aber in sich widerspruchsvoll, denn die Mittäterschaft beruht auf dem bewußten Willen, während die durch die Fahrlässigkeit erzeugte Wirkung nicht gewollt ist. Wenn, um das Beispiel von Binding 147 zu nehmen, zwei Bergtouristen gemeinsam einen Felsblock den Abhang herunterrollen und dieser auf der Straße unten einen ohne ihr Wissen vorbeikommenden Wanderer erschlägt, so ist dieses Resultat von keinem der beiden Touristen, also auch nicht von beiden gemeinschaftlich gewollt, die Mittäterschaft bricht unterwegs ab. Oder, um ein anderes Beispiel zu wählen: Zwei Bauarbeiter, A. und B., tragen auf einem Baugerüste einen Balken, lediglih durch die Fahrlässigkeit des A. entgleitet der Balken ihren Händen, stürzt auf die Straße und erschlägt einen Menschen. Ein Zusammenwirken findet nur bei dem Tragen des Balkens statt, also bei einer straflosen Handlung, gleichwohl nehmen Binding und Gen. Mittäterschaft an, und da bei der Mittäterschaft jeder Mittäter für die Folgen haftet, muß nach ihnen der ganz unschuldige B. wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden. Wollten Binding usw. dies nicht, so bestreiten sie dadurch die Anwendbarkeit ihres Grundsatzes auf diesen Fall und damit wiederum die Mittäterschaft.

9. Die Mittäterschaft bezieht sich auf ein bestimmtes Delikt. Auf dieses bestimmte Delikt muß der Täter dolus, das Einverständnis und die gemeinschaftliche Ausführung gerichtet sein.

a) Wenn das Gesetz den Dolus dahin spezialisiert, daß es nicht bloß die Vorjählichkeit, sondern auch eine bestimmte Absicht verlangt, z. B. beim Betrug (§ 263) die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so ist allerdings nicht erforderlich, daß alle Mittäter in der Person desjenigen, welchem der Vermögensvorteil verschafft werden

soll, übereinstimmen, wohl aber, daß alle die Absicht haben, irgend jemandem den Vermögensvorteil zu verschaffen. Daher scheidet derjenige aus der Mittäterschaft aus, welcher jene Absicht nicht hat: Olshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. Frank N. VI Abs. 2.

Es ist weiter möglich, daß der Dolus des einen Mittäters umfassender ist als der des anderen. In diesem Falle bricht die Mittäterschaft an dem Punkte ab, in welchem der Vorsatz des einen sich mit dem des anderen zu decken aufhört, also das Einverständnis endigt. Folgerichtig ist jeder als Mittäter nur soweit strafbar, als das Einverständnis reicht, und darüber hinaus beginnt die Alleintäterschaft; z. B. zwei Personen töten in Mittäterschaft eine dritte, die eine mit, die andere ohne Überlegung; in diesem Falle ist jene wegen Mordes, diese wegen Totschlags strafbar: RG. 9./1. 91 C. 21 267. Oder zwei Mittäter entwenden Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge, der eine zum alsbaldigen Verbrauche (§ 370 Nr. 5), der andere, um einen Vorrat zu sammeln (§ 242): RG. 13./2. 85 C. 12 8. Oder sie bringen einem Anderen Gift bei, der eine, um die Gesundheit zu beschädigen (§ 229), der andere, um zu töten. Oder bei dem einen liegen mehrere selbständige Handlungen (§ 74), bei dem anderen ein fortgesetztes Delikt vor (§ 73): RG. 14./12. 00 C. 34 47. Vgl. Berner 516, Frank N. III, v. Liszt 222, Meier-Wolfeld 197, Olshausen N. 14a, Oppenhoff-Delius N. 11.

b) Wie weit das Einverständnis reicht, ob also eine gemeinschaftliche Ausführung vorliegt, ist mit Olshausen N. 14b und Rüdorff-Stenglein N. 2, 3 für Sache der Prüfung im einzelnen Falle zu erklären. Keineswegs ist erforderlich, daß die Mittäter alle einzelnen Modalitäten der strafbaren Handlung im voraus vereinbart haben. Haben sie es, so ist gleichwohl möglich, daß sich alle Mittäter darüber einig sind, nach Lage der Sache dürfe oder müsse der einzelne über die Vereinbarung hinausgehen, z. B. bei der Ausführung des Diebstahls eine Handlung vornehmen, welche den Diebstahl zu einem schweren macht, wie Behältnisse erbrechen (§ 243 Nr. 2): Olshausen N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 7./5. 86 C. 14 119, 6./3. 96, C. 28 245. Zudem genügt, wie N. 7 bemerkt wurde, schon ein augenblickliches und stillschweigendes, auch während der Ausführung sich bildendes Einverständnis. Auf der anderen Seite darf das Einverständnis nicht präsumiert und ebensowenig lediglich aus dem bloßen Wissen gefolgert werden. Ebensowenig wie aus dem Wissen folgt das Einverständnis daraus, daß der von einem Anderen einseitig geschaffene Zustand benutzt wird, mag auch die Benutzung gleichzeitig geschehen und der Benutzende die Tätigkeit des Anderen mit in Rechnung ziehen: Olshausen N. 8 Abs. 2, 14b, 18.

Hieraus ergibt sich, daß für jeden Erzeß, d. h. für jede nicht durch das Einverständnis gedeckte Tätigkeit eines Mittäters dieser allein als Täter haftet. Hält die Tätigkeit sich innerhalb des Rahmens des Einverständnisses, so liegt auch dann kein Erzeß vor, wenn sie einen Erfolg hat, für welchen auch der Alleintäter ohne Rücksicht auf ein Verschulden haftet, also bei den sog. Erfolgsdelikten. Wenn A. und B. den C. gemeinschaftlich mißhandeln und A. die Gelegenheit benützt, den C. zu bestehlen, so haftet B. nicht für den Diebstahl, wohl aber haften beide nach § 224, wenn C. auch nur durch einen Schlag des einen von ihnen das Sehvermögen auf einem Auge verliert. Frank N. III, Olshausen N. 15; RG. 7./5. 86 C. 14 119, 9./1. 91 C. 21 267.

c) Endlich erfordert der Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Ausführung, daß die Mittäter bei der Ausführung des bestimmten Delikts mitwirken. Damit eine Mittäterschaft vorliegt, muß, wie schon N. 6 bemerkt ist, die Ausführung entweder bereits begonnen haben oder gleichzeitig beginnen. Wenn das Reichsgericht einmal für nicht prinzipiell ausgeschlossen erklärt, daß eine vor der Tat geleistete intellektuelle Beihilfe als Mittäterschaft erscheinen könne, wenn sie verabredungsgemäß mit dem Täterwillen geleistet wurde, so fügt es doch zugleich hinzu, daß „in der Regel“ eine vor Beginn und nach Beendigung der Tat wenn auch infolge vorher gegebener Zusage geleistete Hilfe Beihilfe, nicht Mitwirkung bei der Ausführung sei: 10./1. 87 C. 15 295. Es hat keine Mittäterschaft angenommen in einem Falle, in welchem zwei Personen die gemeinschaftliche Ausführung vereinbart hatten, jedoch nur die eine bei Ausführung des im Versuchsstadium gebliebenen Vertrages durch Verpietelung falscher Tatsachen wirksam geworden war: 17./5. 81 C. 4 177.

10. Die Mittäterschaft ist möglich bei allen Delikten, welche durch mehrere Personen begangen werden können.

a) Sie ist daher nicht möglich bei denjenigen Delikten, welche nur von dem einzelnen Täter selbst begangen werden können, insbesondere bei den Eidesdelikten: Bindung Grundr. 146, Frank N. VIa; RG. 24./3. 04 C. 37 92.

b) Bei den Unmisseten ist Anstiftung und Beihilfe, nicht aber Mittäterschaft möglich, weil zwar die Unterlassung auf Verabredung beruhen, also im Einverständnis begangen werden, die Ausführung der Unterlassung aber nur durch den einzelnen Unterlassenden geschehen kann. Bei den eigentlichen Kommissdelikten ist stets eine Mitwirkung erforderlich, indem ein bloßes Wissen, Willigen, Benutzen — N. 9b — nicht genügt: RG. 15./1. 80 C. 1 45, 6./12. 80 C. 3 142, 13./1., 17./1. 81 C. 3 268, 270, 273. Die Kommissdelikte per omissionem stehen den eigentlichen

Kommissivdelikten auch in dieser Beziehung gleich. Vgl. Meyer-Malfeld 198, Olshausen N. 18, 19, Oppenhoff-Delius N. 2a.

c) Bei den Ständes- oder Sonderdelikten, *delicta propria*, ist, wie schon N. 2d und S. 127 N. 4 bemerkt wurde, nur derjenige ein Mittäter, bei welchem die vom Gesetz vorausgesetzte bestimmte Eigenschaft des Täters, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stand oder Beruf, oder ein bestimmtes Verhältnis zum Gegenstand des Delikts vorliegt. Nur derjenige kann sich an ihnen als Mittäter beteiligen, der sie auch als Missetäter, sei es als unmittelbarer oder als mittelbarer, begehen kann. Daher kann ein Nichtbeamter nicht Mittäter an einem Amtsdelikt sein, ein Zivilist nicht Mittäter an einem militärischen Delikt, eine Frauensperson nicht Mittäter bei der Notzucht oder bei dem Mißbrauche einer Frauensperson zum außerehelichen Beischlaf. Auf diese Nichtmittäter finden die §§ 48, 49 Anwendung. Vgl. Binding Handb. I 185, 333 und Grundr. 174, Frank N. VIa, Geyer, Hs. II 408, IV 169, v. Liszt 222, Meyer-Malfeld 198, Olshausen N. 20, Oppenhoff-Delius N. 17, Schuppe 336 N. 10; RG. 26./2. 97 C. 29 419, 5./10. 06 C. 39 193. Hälschner I 438 hält es nicht unbedingt für ausgeschlossen, daß jemand als Mittäter eines Delikts erscheint, das er als allein handelnder Täter nicht zu verüben vermöchte, und läßt dies davon abhängen, ob der gesetzliche Tatbestand des Delikts es als möglich erscheinen läßt, daß er eine Tätigkeit verübe, aus der sich ein wesentliches Moment im Tatbestande des Delikts ergibt; als Beispiel nennt er die Frau, welche die Genotzüchtigte überwältigt und festhält, damit der Täter die Notzucht vollziehen könne. Damit stimmt überein Meyer-Malfeld 191 N. 38, indem er dasselbe Beispiel heranzieht, mit der Formulierung, soweit, wie bei zusammengesetzten Verbrechen, Mitwirkung bei einem Teile des Tatbestandes zur Mittäterschaft genüge, sei eine Eigenschaft, die nur bezüglich des andern Teils erforderlich, für den lediglich beim ersten Teil Mitwirkenden nicht notwendig. Frank N. a. a. D. schließt sich an, da er die Notzucht nicht für ein Sonderdelikt hält. Wie es möglich ist, daß z. B. bei der Notzucht die Frau den Tätersdolus habe, ist dabei ganz unfaßbar.

11. Die Mittäterschaft ist Gemeinschaftlichkeit der Ausführung. Die Beteiligung an der Verabredung bzw. an einer Vorbereitungshandlung ist, wosfern nicht Komplott bzw. Vorbereitungshandlung zu einem *delictum sui generis* erhoben sind, keine Mittäterschaft. Vielmehr beginnt diese, wie schon wiederholt bemerkt worden, frühestens mit dem Beginn der Ausführung, für den einzelnen Mittäter aber, weil durch bloßes Wissen oder Benutzen eines vorher Geschehenen keine Mittäterschaft begründet wird, erst in dem Augenblick, in welchem er selber tätig wird. Dies gilt sowohl, wenn das Delikt vollendet, als auch, wenn es im Versuch steckengeblieben ist. Jeder Mittäter ist wie für das vollendete so auch für das versuchte Delikt nur dann verantwortlich, wenn er sich an der begonnenen Ausführung des beschlossenen Delikts beteiligt. Werden mehrere Versuche desselben Delikts gemacht, so ist er folgerecht auch nur für denjenigen Versuch verantwortlich, an welchem er sich beteiligt, somit nicht verantwortlich für die vorhergegangenen, strafrechtlich bereits konsumierten Versuche: Frank N. V Abs. 1, Olshausen N. 21; RG. 7./5. 83 C. 9 3.

Für die Frage nach dem Rücktritt von dem nicht beendigten wie von dem beendigten Versuch ist maßgebend, daß die Mittäterschaft nur eine Form der Täterschaft und der Rücktritt ein höchstpersönlicher Strafaufhebungsgrund ist. Der Rücktritt kommt somit nur dem zurücktretenden Mittäter zugute, nicht auch den anderen nicht zurücktretenden Mittätern. Bei dem beendigten Versuch muß der Zurücktretende das Ergebnis seiner Mitwirkung so vollständig aufheben, daß eine Benutzung desselben durch die nicht zurücktretenden Mittäter nicht möglich ist: Finger I 325 N. 417, Frank N. V Abs. 2, Hälschner I 435, Meyer-Malfeld 190, Olshausen N. 27.

Sowohl bei der Nichtbeteiligung am Versuch als auch beim Rücktritt kann eine Verantwortlichkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe bestehenbleiben: Frank und Hälschner a. a. D., Olshausen N. 27.

12. Jeder Mittäter wird als Täter, d. h. dergestalt bestraft, wie wenn er die strafbare Handlung als Missetäter begangen hätte, nur daß natürlich, falls es sich nicht um eine absolute Strafe handelt, das Maß seiner Mitwirkung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist. Somit kann der eine Mittäter wegen eines Strafaufhebungsgrundes — siehe N. 11 Abs. 2 — straflos ausgehen, können sich bei ihm strafmildernde und straf erhöhende Umstände geltend machen, kann — bei den relativen Antragsdelikten, § 61 N. 1 — seine Verfolgung in Ermangelung des erforderlichen Strafantrages ausgeschlossen sein, können mildernde Umstände angenommen werden, endlich auf die verschiedenen Mittäter, weil sich das gegenseitige Einverständnis nicht vollständig deckt — N. 9a —, verschiedene Strafgesetze Anwendung finden, z. B. auf den einen § 223, auf den anderen § 223a: RG. 9./1. 91 C. 21 267. Vgl. Olshausen N. 25; RG. 13. 10. 08 C. 42 6.

13. Der § 47 bezieht sich nur auf die mit gegenseitigem Bewußtsein Zusammenwirkenden. Wenn mehrere dasselbe Delikt gleichzeitig oder nacheinander an demselben Objekt begehen,

ohne sich zu der Begehung bewußt verbunden zu haben, mögen sie auch voneinander wissen, so spricht man von einer Mehrtäterschaft oder mit v. Liszt von einer Nebentäterschaft. In diesem Falle ist jeder Alleintäter ohne Verantwortung für die Tätigkeit der anderen. Z. B. zwei Personen schießen auf einen Dritten, um ihn zu töten. Wenn beide fehlschießen oder die Schußwunden nur durch ihr Zusammentreffen tödlich sind oder nur die eine tödlich ist, aber nicht festgestellt werden kann, wer sie beigebracht hat, so sind beide Täter wegen Versuchs zu strafen. Kann der Urheber des tödlichen Schusses ermittelt werden, so wird er wegen Vollendung, der andere wegen Versuchs, und sind beide Wunden tödlich, so wird, weil der Tod auch ohne den anderen Schuß eingetreten wäre, jeder wegen Vollendung gestraft. Diese Mehr- oder Nebentäterschaft liegt auch vor, wenn der eine vorsätzlich, der andere fahrlässig, oder wenn beide fahrlässig handeln: RG. 5./12. 82 C. 10 8. Vgl. Frank N. VII, v. Liszt 222, Meyer-Malfeld 195 N. 2, Olschhausen N. 7, 10, v. Wächter 233, 349. Vgl. den Kaufhandel § 227.

§ 48.

Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wesentlich angestiftet hat.

1. Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung eines Anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung. Infolge der Anstiftung entschließt sich der Angestiftete, das Delikt zu begehen, und in Ausführung dieses Entschlusses begeht er es. Abgesehen von denjenigen Ausnahmefällen, in welchen schon die bloße Aufforderung strafbar ist (§§ 49a, 85, 110, 111, 112, 141, 159, 160), setzt die Anstiftung zu ihrer Strafbarkeit die Tätigkeit eines Anderen voraus und wird gestraft nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer Beziehung zu der Haupttat, ist also kein selbstständiges Delikt, sondern akzessorischer Natur, wobei die Haupttat zur Vollendung gediehen oder im Stadium des Versuchs stedengeblieben sein kann.

a) Die ältere Auffassung der Anstiftung als — intellektueller — Urhebererschaft der angestifteten Straftat ist dem StGB. fremd: Frank N. I, v. Liszt 223, Meyer-Malfeld 179, Olschhausen N. 1, 4; RG. 29./4. 86 C. 14 102. Der Anstifter — und ebenso der Gehilfe — ist lediglich Teilnehmer, aber niemals Täter; beide sind nach dem Ausdruck von Schuppe 151 „beteiligte Mithäter“. Folglich muß, um die Strafbarkeit des Anstifters zu begründen, der subjektive wie objektive Tatbestand der Haupttat gegeben sein. Zunächst kommt hier die objektive Beschaffenheit der durch den Angestifteten verschuldeten Rechtsverletzung in Betracht, wie sie durch Inhalt, Richtung, Gegenstand und Erfolg seiner Tätigkeit qualifiziert ist. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß bei denjenigen Delikten, deren Tatbestand an und für sich durch ein bestimmtes persönliches Verhältnis des Täters bedingt ist oder welche durch das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses eine besondere Qualifizierung erleiden, auch diese Momente bei der Bestimmung der Strafbarkeit des Anstifters in Betracht zu ziehen sind, denn auch sie sind für die Frage, welches Strafgesetz auf das vom Haupttäter verübte Delikt anzuwenden sei, von Bedeutung. Eine Konsequenz dieser akzessorischen Natur der Anstiftung im Verhältnis zum maßgebenden Einfluß der Handlung des Täters ist die Möglichkeit der Anstiftung zum *delictum proprium*, obgleich bei dem Anstifter die besonderen Eigenschaften, Zustände usw. nicht vorliegen, wogegen in solchem Falle jede Täterschaft, die Allein- wie die Mithäterschaft, ausgeschlossen ist. Vgl. C. 127 N. 4 und § 47 N. 2d, 10e. Ist der Andere handlungsunfähig, so ist zu unterscheiden. Weiß es nämlich der Anstiftende, so ist der Andere nur sein Werkzeug, gleich einem Tier, und der Anstifter ist mittelbarer Täter. Weiß der Anstifter es nicht, so liegt weder Anstiftung noch mittelbare Täterschaft vor, sondern jener ist unmittelbarer Alleintäter.

b) Die Abhängigkeit der Anstiftung von der Haupttat tritt besonders zutage, wenn mehrere Teilnahmeakte vorliegen. Mehrere Anstiftungen derselben Person zu demselben Delikt sind nur Eine Anstiftung: RG. 9./12. 81 C. 5 227. Anstiftung und Mithäterschaft können nicht in Konkurrenz treten: RG. 13./11. 94 C. 26 198, 31./5. 95 C. 27 273, 13./10. 08 C. 42 6. Ebenso nicht Anstiftung und Beihilfe derselben Person bei demselben Delikt, wobei die Anstiftung als die schwerere Form der Teilnahme allein in Betracht kommt: RG. 1./5. 80 C. 2 145. Ebenjowenig darf Konkurrenz von Anstiftung zur Tat mit Anstiftung zur

Beihilfe bei demselben Delikt angenommen werden: RG. 4./10. 00 C. 33 401. In diesen Fällen handelt es sich nur um Eine Haupttat, im zweiten Fall um die Haupttat des Anstifters selbst. Sind dagegen infolge einer einzigen Anstiftung mehrere selbständige Delikte begangen, sei es, daß die Anstiftung nur an Eine Person gerichtet gewesen ist, welche sodann die mehreren Delikte ausführte, sei es gleichzeitig an mehrere Personen, von denen jede für sich das ange-stiftete Delikt begangen hat, so ist reale Konkurrenz so vieler Anstiftungen anzunehmen, als nach dem Willen des Anstifters Delikte verübt werden sollten und verübt worden sind: RG. 21./12. 80 C. 3 145, 9./12. 81 C. 5 227, 30./3. 83 C. 8 153. Vgl. Abschn. V N. 5, § 49 N. 1 Abs. 3, § 73 N. 7 c d. Wegen der Verjährung vgl. § 67 N. 1 Abs. 5, 4 Abs. 2.

c) Die Bezeichnungen physischer und intellektueller Urheber passen lediglich für den unmittelbaren und mittelbaren Täter. Mit der mittelbaren Täterschaft hat die Anstiftung unbestreitbare Ähnlichkeit, muß aber scharf von ihr unterschieden werden, widrigenfalls derjenige, welcher sich zur Begehung eines Delikts eines Menschen bedient, in vielen Fällen straflos sein würde: Binding Grundr. 168, Hälschner I 368, 398, v. Liszt 219, Meyer-Walfeld 201, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 14.

2. Die Anstiftung ist die Bestimmung zu einer strafbaren Handlung, also zu einer solchen Handlung, welche von dem Gesetz mit Strafe bedroht ist. Diese Strafthat ist die materielle Voraussetzung. Ihre Existenz muß, wenn eine Verurteilung erfolgen soll, festgestellt werden und zwar gegen den Anstifter, so daß es, wenn der Angestiftete in einem früheren Strafverfahren schuldig befunden ist, nicht genügt, auf das frühere Urteil zu verweisen, im schwurgerichtlichen Verfahren also durch den Ausspruch der Geschworenen: Olshausen N. 2, 36, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 9./7. 81 C. 4 367, 4./1. 87 C. 15 178, 25./10. 89 C. 20 12.

a) Während Versuch und Beihilfe bei einer Übertretung nie, der Versuch eines Vergehens nur in den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen strafbar sind, ist die Anstiftung bei Verbrechen, Vergehen und Übertretung strafbar.

b) Der Anstifter ist strafbar, auch wenn der Haupttäter aus besonderen Gründen straflos bleibt, z. B. als Exterritorialer, vgl. auch §§ 173 Abs. 4, 247 Abs. 3, 257 Abs. 2: Olshausen N. 2 und Abschn. III N. 6.

c) Der Anstifter ist strafbar, obgleich die Handlung, wenn von ihm selbst begangen, keine strafbare Handlung sein würde: Olshausen N. 20 Abs. 2; vgl. oben § 47 N. 2d.

d) Das Gesetz hat zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung nur gefordert, daß der Anstifter durch seine anstiftende Tätigkeit vorzüglich einen Anderen zur Begehung eines Delikts bestimmt, nicht aber, daß bezüglich seiner diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche vorhanden sein müssen, um die strafbare Handlung als Täter begehen zu können. Daher ist, wie schon N. 1a bemerkt wurde, Anstiftung zu einem delictum proprium seitens jedes beliebigen Anderen möglich: Berner 171, Frank III. Abschn. N. III, v. Liszt 232, Merkel 148, Meyer-Walfeld 191, Olshausen N. 20, Schütze 154 N. 18, v. Wächter 257 N. 8; RG. 30./3. 82 C. 6 126, 22./6. 82 C. 6 414, 19./10. 85 C. 13 152, 29./4. 86 C. 14 102. Die Ansicht, daß die Anstiftung zu einem Amtsdelikt straflos sei, entbehrt jeder Begründung: Rüdorff-Stenglein § 50 N. 6 Abs. 2.

e) Anstiftung zur Anstiftung und Beihilfe wird regelmäßig mittelbare Anstiftung, mittelbare Beihilfe sein. Binding Grundr. 173, v. Liszt 229, Meyer-Walfeld 194 nehmen stets mittelbare Teilnahme an; Berner 163, Geher I 137 und H. S. II 377, 388, Hälschner I 393, v. Wächter 256 zwar eine Anstiftung zur Beihilfe, dagegen Anstiftung zur Anstiftung nur als mittelbare Anstiftung; Zinger I 349 hält sogar Teilnahme an der Teilnahme überhaupt für straflos. Wenn man bedenkt, daß das Gesetz allgemein eine strafbare Handlung fordert und daß Anstiftung und Beihilfe strafbare Handlungen sind, so wird man die Anstiftung zur Anstiftung und Beihilfe für immerhin möglich erachten müssen: Frank N. II 2, Merkel 150, Olshausen N. 23, Eppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schütze 151 N. 4. Hierbei ist die primäre Anstiftung nur dann strafbar, wenn die sekundäre Erfolg gehabt hat, und die Anstiftung zur Beihilfe ist nach § 49 straflos, wenn die Beihilfe sich auf eine Übertretung bezieht.

Daraus, daß die Haupttat von einem Anderen begangen werden muß, folgt, daß die Anstiftung zur Beihilfe zu einem von dem Anstifter selbst begangenen Delikt keine Anstiftung im Sinne des § 48 ist: Olshausen Nr. 23 Abs. 2; RG. 31./5. 95 C. 27 273, 3./1. 11. C. 44 208. Vgl. unten § 73 N. 7 c d.

f) Da die Mittäterschaft nur eine Form der Täterschaft, so ist Anstiftung zur Mittäterschaft strafbar, jedoch wie bei der Meintäterschaft auch dann nur als Eine Anstiftung, wenn mehrere Anstiftungshandlungen vorliegen: Binding Grundr. 171, Frank N. III 2, Olshausen N. 22 und § 73 N. 18b. Vgl. unten § 73 N. 7 c d.

g) Anstiftung ist nur möglich zu einem vorsätzlichen, nicht zu einem fahrlässigen Delikt. Wer einen fahrlässig Handelnden zu seiner Tätigkeit bestimmt, hat den Erfolg als einen vorsätz-

lich verursachten zu verantworten und zwar im Sinne des Gesetzes nicht als Anstifter, sondern als Täter, der sich des fahrlässigen Handelns als seines Werkzeuges bedient, als mittelbarer Täter, vgl. § 47 N. 2 Abs. 1. Hiermit stimmen überein Frank N. II a. E. und Abschn. III N. V, Geyer S. S. II 340, Hälschner I 393, 446, v. Liszt 223, 226, Merkel 147, Meyer-Malfeld 187, Schütze 153; RG. 20./6. 92 E. 23 175. Bei Delikten, welche, wie z. B. Stempelsteuerbefrauden, weder Vorlag noch Fahrlässigkeit erfordern, ist daher Anstiftung nur dann möglich, wenn der Täter im konkreten Fall vorzüglich gehandelt hat: RG. 13./3. 92 E. 22 427, 2./11. 97 E. 30 292, 28./4. 11 E. 44 429.

Berner 159, Binding Grundr. 171, Oshaujen N. 18, Rüdorff-Stenglein Abschn. III N. 9, v. Wächter 255 N. 2 halten die Anstiftung für möglich, also für strafbar, auch bei fahrlässigen Delikten, aber ihre Gründe sind nicht für zutreffend zu erachten. Die Anstiftung ist eine Form der Teilnahme. Der Anstifter erzeugt, indem er wirksame Beweggründe bietet, den verbrecherischen Gedanken im Angestifteten, welcher denselben sich aneignet und zu Entschluß und Tat gestaltet; dies will das Gesetz durch das Wort „bestimmen“ ausdrücken, wie die Motive zu § 48 klar erkennen lassen, und es befindet sich hierbei im Einklang mit der deutschen Sprache. Der Anstifter selbst nimmt aber durch diese Einwirkung auf den Willen des Täters an dessen Willensbetätigung, der strafbaren Handlung, teil. Somit kann keineswegs mit Hälschner zugegeben werden, daß der Wortlaut des § 48 der Anstiftung zu fahrlässigen Delikten nicht entgegenstehe. Oshaujen und Rüdorff-Stenglein benutzen als Argument den unbestreitbaren Umstand, daß der Angestiftete sich der Anstiftung nicht bewußt zu sein braucht, aber dieser Einwand schlägt nicht durch; denn ebenso wie der Täter zu dem Entschlusse durch das Verhalten eines Anderen bewegt werden kann, ohne daß dieser ihn anstiften will, kann er zu seinem Entschlusse durch das Verhalten des Anderen bewegt werden, ohne zu wissen, daß dieser ihn durch das Verhalten anstiften will. Es kommt nur darauf an, ob der Täter den Entschluß gefaßt hat, also dolos handelt; hat er aber nicht den Entschluß gefaßt, handelt er also fahrlässig, so liegt nicht Anstiftung und Haupttat, sondern mittelbare Täterchaft vor, vor deren Verwechslung mit der Anstiftung Binding, Oshaujen und Rüdorff-Stenglein selbst warnen, oben N. 1b. Dieselbe Verwechslung begeht Binding, wenn er darauf hinweist, daß das Gesetz als Mittel der Anstiftung die Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums nennt, denn der Irrtum kommt, wie auch Oshaujen N. 11c anerkennt, nur als Irrtum in Betreff des Beweggrundes in Betracht, und wenn er sich auf ein Tatbestandsmoment bezieht, liegt wiederum nicht Anstiftung, sondern mittelbare Täterchaft vor; vgl. unten N. 9c. Wenn endlich Oshaujen darauf hinweist, der Ausnahme einer mittelbaren Täterchaft stehe häufig der Umstand entgegen, daß dem Anstifter die zur Täterchaft erforderlichen persönlichen Eigenschaften, z. B. eines Beamten, fehlen, so ist das nach dem geltenden Recht allerdings richtig, vgl. oben N. d, wird aber aufgewogen durch den Umstand, daß, wenn es eine Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt gibt, diese Anstiftung bei allen denjenigen Delikten straflos bleibt, bei denen nicht die culpa, sondern nur die dolose Begehung strafbar ist. Übrigens wäre zu wünschen, daß die Anhänger der hier bekämpften Ansicht einmal einen konkreten Fall der Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt in zureichender Weise konstruieren möchten; das Beispiel v. Wächters — N. stiftet den D. an, ein gefährliches Feuer neben dem Hause des P. zu machen, durch welches das Haus ergriffen wird — ist wirklich zu dürftig.

h) Da der Versuch die beginnende Vollendung ist und ein Delikt nicht begangen werden kann, ohne daß mit dem Begehen begonnen wird, will der Anstifter auch das bloß verjuchte Delikt und ist strafbar, wenn der Versuch des Deliktes mit Strafe bedroht ist. Ist dies unbestreitbar, so wird umso mehr darüber gestritten, ob es eine Anstiftung zum Versuch, d. h. ob es eine solche gibt, bei welcher der Wille des Anstifters von vornherein bloß auf den Versuch der Haupttat abzielt. Werner 164, Zinger I 351, Frank N. III Abs. 1, v. Liszt 228, Rüdorff-Stenglein N. 12, Schütze 153, Wachenfeld Hst. II 274, v. Wächter 255 N. 3, sowie das Reichsgericht 14./6. 81 E. 4 252, 17./2. 87 E. 15 315, vgl. auch E. 16 251 und 17 177, verneinen die Frage, während Geyer S. S. II 349, IV 161 und Meyer-Malfeld 188 zwischen einer formellen und sachlichen Verletzung unterscheiden. Dagegen wird die Frage von Binding Grundr. 149 N. 2 und Oshaujen N. 21 bejaht.

Zunächst ist daran zu erinnern, daß, wenn der Entschluß des Täters von vornherein nur auf einen Versuch gerichtet ist, die Handlung, auch wenn sie objektiv einen Anfang der Ausführung enthält, nicht als Versuch gestraft werden kann: oben § 43 N. 3; somit muß jedenfalls der Täter die Vollendung des Deliktes wollen. Dies spricht für die Verneinung der Frage; denn wenn der Täter nicht gestraft werden kann, falls sein Entschluß nur auf einen Versuch gerichtet ist, so liegt die Folgerung nahe, daß in gleichem Fall auch der Anstifter straflos bleibt. Keineswegs aber folgt hieraus, daß, falls der Täter selber die ganze Tat will, eine Anstiftung, welche nur einen Versuch will, unmöglich ist. Daß eine Anstiftung, welche nur den Versuch, nicht aber die Vollendung will, durchaus denkbar ist, kann in der Tat gar nicht bestritten werden, wie das Beispiel

des agent provocateur beweist. Und daß sie durch das geltende Recht nicht ausgeschlossen ist, geht daraus hervor, daß § 48 allgemein eine strafbare Handlung des Täters verlangt. Somit ist eine Anstiftung zum Versuch nur dann rechtlich ausgeschlossen, wenn der Angestiftete selbst nur den Versuch will und das Gesetz den Versuch des konkreten Delikts nicht mit Strafe bedroht. Ob der Anstifter nur den Versuch oder das vollendete Delikt gewollt hat, ist Sache der tatsächlichen Feststellung. Man wird jedoch, wie Olshausen a. a. O. richtig bemerkt, nur dann eine Anstiftung bloß zum Versuch annehmen können, wenn der Anstifter es in der Hand hatte, die Haupttat nicht über die Grenzen des Versuchs hinauskommen zu lassen; anderenfalls liegt bezüglich der vollendeten Tat mindestens Eventualdolus des Anstifters vor. Alles dies gilt auch von dem agent provocateur. Es kommt bei ihm nur darauf an, ob er den Anstifterdolus hat. Er kann deshalb straflos sein, weil eine Einwilligung des Verletzten in die provozierende Tätigkeit vorliegt, vorausgesetzt, daß durch Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Haupttat aufgehoben wird. Dagegen kann er sich nicht, wie Binding meint, auf einen Befehl berufen; denn dieser hebt, wie oben § 47 N. 2 Abs. 1 ausgeführt ist, die Verschuldung nicht auf. Vgl. Olshausen N. 14 Abs. 3 und die dort Zitierten.

3. Der Anstifter muß vorsätzlich, wissenschaftlich handeln. Unter Wissen versteht das StGB. das Bewußtsein der Ursächlichkeit, also das Wollen. Die fahrlässige Anstiftung ist als Anstiftung straflos. Hierüber herrscht keine Meinungsverschiedenheit: Berner 159, Binding Grundr. 171, Finger I 344, Frank N. III, Hälschner I 394, 445, v. Lilenthal 46, v. Liszt 223, 226, Merkel 150, Meyer-Walfeld 200, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 153, v. Wächter 255 N. 2; RG. 14./6. 81 E. 4 252, 17./2. 87 E. 15 315. Die Frage, ob die fahrlässige Anstiftung als fahrlässige Täterchaft strafbar ist, hängt davon ab, ob zwischen ihr und der Haupttat ein Kausalnexus stattfindet, was mit Olshausen a. a. O. und Hälschner I 396 dann zu verneinen ist, wenn die Haupttat vorsätzlich begangen ist. Ist die Haupttat eine fahrlässige, so ist eben jeder für sein Tun selbständig verantwortlich; Finger a. a. O., Geher H. II 341, Olshausen a. a. O., während Hälschner a. a. O. die Haftbarkeit auch hier für ausgeschlossen erachtet. Will man die fahrlässige Anstiftung als mittelbare Täterchaft konstruieren, was natürlich nur zulässig ist, wenn die Mittelsperson ohne Vorsatz handelt, so ist die mittelbare Täterchaft auch als kulpose denkbar. In jedem Fall aber ist eine kulpose Anwendung der Bestimmungsmittel so schwer zu fassen, daß die ganze Frage sogar wie gar keinen praktischen Wert hat.

4. Der Dolus des Anstifters, daß der Angestiftete den Entschluß fasse, ist nicht genügend, sondern der Anstifter muß auch wollen, daß der Angestiftete zur Begehung der Straftat bestimmt werde, also nicht bloß den Entschluß fasse, sondern ihn ausführe: RG. 14./6. 81 E. 4 252, 17./2. 87 E. 15 352. Der Dolus muß sich daher auf die Verübung der Straftat durch den Angestifteten nach ihrem ganzen Umfange hinsichtlich der subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken. Der Anstifter muß wissen, zu welchem Delikte er bestimmt. Wenn das Gesetz eine bestimmte Absicht, z. B. Eigennutz bei der Kuppelerei, erfordert, so muß er wissen, daß der Täter diese Absicht hegt: RG. 9./7. 81 E. 4 368, 25./10. 89 E. 20 12. Bei der Anstiftung zu einem delictum proprium muß er wissen, daß der Angestiftete die besondere Eigenschaft hat, z. B. Beamter ist. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder gar der Strafbarkeit der Haupttat ist bei ihm ebensowenig erforderlich wie bei dem Täter selbst. Das Motiv, z. B. Eigennutz, Nachsicht u. ä. bildet nur einen Strafzumessungsgrund: RG. 14./6. 81 E. 4 252, 25./10. 89 E. 20 12.

5. Der Anstifter muß wissen, zu welchem Delikt er anstiftet, er muß dieses Delikt wollen. Und zwar muß er gerade dasjenige Delikt wollen, welches der Täter demnächst begeht. Die Anstiftung kann sich also nur auf ein bestimmtes Delikt beziehen, nicht aber auf strafbare Handlungen überhaupt oder auf eine gewisse Art von Straftaten: Frank N. III 3, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 29./11. 79 E. 1 110. Aber das Gesetz erfordert nicht, daß der Anstifter auch die einzelnen Umstände der Verübung bestimmt; für diese ist er verantwortlich, soweit sie nicht außerhalb seines erkennbaren Willens liegen. Daß er die konkrete Tat nur in ihren Hauptmerkmalen wollen kann, folgt schon daraus, daß diese Tat stets in der Zukunft liegen muß, daher nicht genau bestimmt sein kann. Für die Frage, ob eine bestimmende Einwirkung auf den Willen des Täters stattgefunden hat, muß es hiernach darauf ankommen, was dem Anstiftenden als das Wesentliche erschienen ist: Gestaltungen der Tat, welche für ihn nicht wesentlich gewesen sind, können jene Einwirkung nicht ausschließen. Von den einzelnen Umständen können häufig Ort, Zeit und Art der Verübung als unwesentlich erscheinen. Auch die Person, gegen welche das Delikt sich richten soll, kann dem Anstifter unwesentlich sein, insbesondere wenn es ihm nur auf die Erlangung einer Sache bestimmter Art ankommt oder ein dauernder Erwerb durch verbrecherische Tätigkeit eines Anderen in einer im voraus näher ins Auge gefaßten Art und Weise beabsichtigt ist. Es kommt also auch der dolus eventualis in Betracht. Frank N. III 3, Meyer-Walfeld 203, Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 10; RG. 8./1. 95 E. 26 361, 14./5. 01 E. 34 327. Da das fortgesetzte Delikt ein einheitliches Delikt ist, so ist auch zu ihm Anstiftung

möglich: RG. 5./3. 88 C. 17 227, 8./1. 95 C. 26 361, wogegen keine Anstiftung vorliegt, wenn der Täter bloß in der Fortsetzung der bereits begonnenen Tätigkeit bekräftigt wird; so auch Oshausen a. a. D. gegen RG. 13./11. 00 C. 34 5.

6. Der Anstifter bestimmt einen Anderen zur Verübung des bestimmten Delikts und weiß es, daß er ihn anstiftet. Es fragt sich, ob er sich an eine individuell bestimmte Person wenden muß, oder ob es genügt, daß er sich an einen nicht abgegrenzten Kreis von Personen richtet, von denen alsdann eine sich zu dem Delikt bestimmen läßt. Das Gesetz spricht nicht gegen die zweite Alternative, und sie wird daher von Frank N. III 2 und § 111 R. I, Geyer S. S. IV 151, Meyer-Altfeld 200 und Oshausen N. 8 bejaht. Dagegen verlangen eine individuell bestimmte Person v. Liszt 566, Oppenhoff-Delius N. 22a, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 239 N. 26 und ebenso RG. 21./12. 80 C. 3 145, indem sie im Fall der zweiten Alternative die Anwendung des § 111 verlangen. Aber aus § 111 läßt sich ein Gegen Grund deshalb nicht entnehmen, weil dieser Paragraph die in § 110 näher formulierte Öffentlichkeit verlangt, so daß § 48 jedenfalls dann Maß greift, wenn diese Öffentlichkeit nicht vorliegt. Vgl. hierüber unten zu § 111. Rüdorff-Stenglein N. 9 beschränkt seine Ansicht übrigens durch die Zulassung des Eventualdolus, indem er Anstiftung annimmt, wenn der Anstifter sich zwar an eine bestimmte Person wendet, aber mit dem Bewußtsein, daß die Anstiftung auch auf andere einwirken kann, und wenn auch die Verübung durch irgendeinen dieser anderen seinem Willen entspricht.

7. Wie bei der Täterschaft ist auch bei der Anstiftung Mittäterschaft möglich, ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken Mehrerer zum Zwecke der Anstiftung, wobei jeder die Anstiftung als eigene Tat will, und zwar kann sie auch hier eine sukzessive sein, siehe oben § 47 N. 4 Abs. 1, N. 7a. C. Zweifelhaft ist es, ob die Anstiftung auch in Mehr- oder Nebentäterschaft begangen werden kann, wenn also auf den Vorstoß zur Tat von verschiedenen Personen, welche nicht gemeinschaftlich handeln, selbständig hingewirkt wird. Handeln die Mehreren sukzessive, so ist nur derjenige der Anstifter, welcher den Täter zum Delikt bestimmt hat, während die ihm Vorgehenden keinen Erfolg hatten, die ihm Nachfolgenden bereits einen fertigen Entschluß vorfinden: RG. 7./12. 85 C. 13 121, 16./4. 86 C. 14 92. Trifft dies nicht zu oder sind die Mehreren gleichzeitig tätig, in welchem letzteren Falle allerdings regelmäßig eine Mittäterschaft vorliegen wird, so ist es allerdings möglich, daß der Entschluß zur Tat durch die Gesamtheit der Einwirkungen, z. B. durch die Gesamtheit der in Aussicht gestellten Vorteile oder Nachteile, hervorgerufen wird, also nicht gefaßt würde, wenn die Tätigkeit des einen der Mittäter gefehlt hätte: Finger I 344 N. 441, Geyer I 138 und S. S. II 377, Hälschner I 397, Meyer-Altfeld 201, Oshausen N. 5 Abs. 2, Schütze 153; RG. 16./4. 86 C. 14 92. Rüdorff-Stenglein N. 16 hält eine Anstiftung in Mehrtätigkeit für unmöglich.

8. Während der Anstifter wissen muß, daß er anstiftet, ist ein Bewußtsein der Anstiftung seitens des Angestifteten nicht erforderlich: Geyer S. S. IV 151, Oshausen N. 13, Oppenhoff-Delius N. 38, Rüdorff-Stenglein N. 4.

9. Der Anstifterdolus umfaßt die gesante Anstiftungshandlung. Zu dieser gehört das Anstiftungsmittel. Der Anstifter muß durch ein von ihm gewähltes Mittel angestiftet haben und durch dieses Mittel der Angestiftete zu dem Delikt bewogen worden sein. Das Gesetz nennt zwar mehrere Mittel speziell und schließt an diese spezielle Ausführung die Generalklausel „durch andere Mittel“. Der Nachweis der Anstiftung ist aber dadurch bedingt, daß das von dem Anstifter zu dem Zweck der Anstiftung angewendete konkrete Mittel festgestellt wird: Oshausen N. 9, 10, Oppenhoff-Delius N. 48, Rüdorff-Stenglein N. 6. Die in einer Reihe Entscheidungen ausgesprochene Ansicht des Reichsgerichts, daß in der den Geschworenen vorzulegenden Frage mindestens Ein in § 48 speziell genanntes Mittel neben der generellen Klausel „oder durch andere Mittel“ aufgeführt sein müsse, ist nicht bloß mit Rüdorff-Stenglein a. a. D. als eine allzu formalistische zu bezeichnen, sondern jedenfalls dann unzutreffend, wenn die Beweisaufnahme überhaupt keines der speziell genannten Mittel ergeben hat. Es liegt eben nur eine der Natur der Sache nach nicht zu ershöpfende Exemplifikation vor. Warum diese aus dem preussischen StGB. hierher übernommen, in § 49 aber weggelassen ist, ist aus den Motiven nicht zu ersehen. Hat sie sich hier in der Praxis gut bewährt — so behaupten die Motive! —, so würde sich ihre Fortlassung noch besser bewähren in einer Praxis, die vor allen Dingen den strafrechtlichen Grundgedanken der Anstiftung, also nicht deren bloße Beispiele, im Auge behalten soll (Schütze 152 N. 7).

a) Drohung ist die Ankündigung, daß der Anstifter dem Andern oder einem Dritten, an dessen Wohlverhalten der Bedrohte interessiert ist, ein Übel zufügen werde. Daß die Drohung ernstlich gemeint sei und der Drohende das Übel wirklich zufügen könne, ist nicht erforderlich, wofür nur der Bedrohte an ihren Ernst und an die Möglichkeit ihrer Realisierung glaubt. Eine Drohung ist auch die Ankündigung, ein bereits bestehendes Übel nicht beseitigen zu wollen, wofür nur der Drohende rechtlich verpflichtet ist, zur Beseitigung des Übels tätig zu werden: RG. 25. 6. 86

§. 14 264. Wird mit der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens gedroht, so liegt zugleich Nötigung nach § 240 vor. Ist die Drohung mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib und Leben des Bedrohten selbst oder eines Angehörigen verbunden — § 52 —, so verwandelt sich die Anstiftung in mittelbare Täterschaft: *RG.* 8./12. 98 *Ö.* 31 395. *Frank N.* II 1a, *Olshausen N.* 11a. Es ist aber nicht erforderlich, daß die Handlung, mit welcher gedroht wird, eine an sich unrechtmäßige oder gar strafbare sei, vielmehr genügt, daß mit irgendeinem Nachteil zum Zwecke der Anstiftung gedroht wird: *RG.* 12./2. 80 *Ö.* 1 205, 11./6. 81 *Ö.* 4 279, 11./12. 94 *Ö.* 26 305, 20./10. 99 *Ö.* 32 335 (beziehen sich zunächst auf § 253).

b) Der Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt hat zur Voraussetzung, daß der Angestiftete zum Anstifter sich tatsächlich in einem Verhältnis der Unterordnung, sei es ein rechtlich oder sittlich begründetes oder nicht, befindet, vermöge dessen der Wille des Anstifters dem Angestifteten als maßgebende Autorität erscheint, die in der Form des Auftrags, Befehls, Bitte u. ä. gebraucht wird, um den Angestifteten zur Verübung einer strafbaren Handlung zu bestimmen: *Hälschner I* 401. Ist die körperliche Gewalt eine unwiderstehliche — § 52 —, so verwandelt sich auch hier die Anstiftung in mittelbare Täterschaft, was *Werner* 164 bei jeder Gewalt annimmt. *Delicta sui generis* behandeln § 357 und *MilStGW.* §§ 115, 116.

c) Durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Firtums kann eine Anstiftung nur verübt werden, insofern sich der Firtum des Täters auf das ihn zur Tat bestimmende Motiv bezieht, während bei einer Beziehung auf ein Tatbestandsmoment wiederum mittelbare Täterschaft gegeben ist: *Frank IIc*, *Hälschner I* 402, v. *Liszt* 223, *Meyer-Alsfeld* 201, *Olshausen N.* 11c. *Oppenhoff-Delius N.* 33; *RG.* 20./6. 92 *Ö.* 23 175.

d) Auch bei den „anderen Mitteln“ darf die Einwirkung nicht eine solche sein, daß dadurch die Schuld des Anderen oder die Rechtswidrigkeit seiner Handlung ausgeschlossen wird. Als solche anderen Mittel sind von dem Reichsgericht anerkannt: Überredung, 5./4. 94 *Ö.* 25 234, und Zusage der Begünstigung vor Begehung der Tat, 10./1. 87 *Ö.* 15 295. Wegen des Befehls siehe oben § 47 *N.* 2 *Abf.* 1.

10. Die Anstiftung reicht nur so weit, als der Anstifterdolus reicht, liegt also nur so weit vor, als das begangene Delikt sich mit demjenigen, zu welchem der Anstifter bestimmen wollte, deckt.

a) Der Angestiftete hat weniger getan, als der Anstifter wollte. Wodann haftet der Anstifter nur für die wirklich begangene Straftat. 3. B. das Delikt ist im Stadium des Versuchs stehengeblieben: *RG.* 15./3. 86 *Ö.* 14 19, 12./12. 05 *Ö.* 38 248. Oder es wird das einfache Delikt begangen, 3. B. einfacher Diebstahl, während der Anstifter das schwerere wollte, 3. B. Einbruchsdiebstahl. *Vgl.* *Frank N.* III 4a, *Olshausen N.* 17a, b *Abf.* 2, *Schütze* 154. *Binding* *Grundr.* 157 und *Hälschner I* 415 wollen den Anstifter wegen Versuchs des von ihm gewollten Delikts bestrafen, was ein Rückfall in die vom Gesetz zurückgewiesene Urhebertheorie ist.

b) Der Angestiftete hat mehr getan als der Anstifter wollte, 3. B. einen Einbruchsdiebstahl begangen statt eines einfachen. Der Anstifter haftet nur für das von ihm gewollte Minus. Wegen dieses Erzeßes *vgl.* die Ausführungen über den Erzeß bei der Mittäterschaft oben § 47 *N.* 9b.

c) Hat die Tätigkeit des Angestifteten einen von dem Anstifter nicht gewollten Erfolg gehabt, so haftet bei den sog. Erfolgsdelikten der Anstifter nur dann nicht für diesen Erfolg, wenn der Angestiftete den Erfolg durch einen Erzeß herbeigeführt hat, 3. B. durch die dem Anstifter unbekanntem Benutzung eines gefährlichen Werkzeuges: *Werner* 534, v. *Liszt* 227, *Meyer-Alsfeld* 189, *Olshausen N.* 17b, *Oppenhoff-Delius N.* 44, *Rüdorff-Stenglein* § 224 *N.* 13. *Vgl.* oben § 47 *N.* 9b *Abf.* 2.

d) Wie schon der Wortlaut des Gesetzes erweist, liegt keine Anstiftung vor, wenn der Täter ein anderes Delikt begeht, als der Anstifter gewollt hat. Daher ist nicht verantwortlich, wer zu einem Diebstahl angestiftet hat, wenn der Angestiftete einen Betrug begeht, wofür nur nicht der Anstifterdolus eventuell auch auf die Begehung eines Betruges gerichtet war: *Frank N.* III 4c, *Meyer-Alsfeld* 403, *Olshausen N.* 15b *α.* Wie oben *N.* 5 ausgeführt wurde, kommen unwesentliche Abweichungen nicht in Betracht und kann nach Lage des Falls dem Anstifter sogar die Person desjenigen, gegen welchen das Delikt sich richtet, gleichgültig sein. Hat er aber eine bestimmte Person im Auge gehabt und wird durch einen sog. error in objecto nicht diese bestimmte Person, sondern eine andere verlegt, 3. B. statt des von ihm gewollten *N.* der *B.* getötet, so ist er für diese von ihm nicht gewollte Tötung des *B.* nicht verantwortlich: *Jinger* I 348, v. *Liszt* 227, *Löning* 96, *Olshausen N.* 15b *β.* Dagegen nehmen in diesem Fall eine Anstiftung an *Werner* 163, *Frank N.* III 4d, *Geyer S. S.* II 453, *Hälschner I* 418, v. *Hölkendorff S. S.* III 414, *Meyer-Alsfeld* 203, *Oppenhoff-Delius N.* 44, *Rüdorff-Stenglein N.* 9, v. *Wächter* 171 *N.* 16. Sie lassen jedoch unbeachtet, daß der Anstifter zur Tötung des *B.* nur angestiftet hat, falls ihm gleichgültig war, ob *N.* oder *B.* getötet werde. Man nehme einmal an, daß *N.* ein Feind, *B.* der Vater des Anstifters ist! Zu beachten ist stets, daß nur Eventualdolus die nicht ausgeschlossenen Erfolge umfaßt.

11. Anstiftung ist Bestimmung zu einem Delict. Hat die Tätigkeit des Anstifters nicht bewirkt, daß der Andere zu dem Delict bestimmt wurde, so liegt nur ein Versuch der Anstiftung vor. Der Anzustriftende — vgl. Hälschner I 403 — läßt sich entweder zum Entschlusse nicht bestimmen oder ist ohnehin schon entschlossen — der *omnimodo paratus* —, kann also nicht mehr angestiftet werden — zu unterscheiden natürlich von der Anstiftung, in dem gefaßten Entschlusse zu beharren! —, oder gelangt überhaupt nicht zu der beabsichtigten Tätigkeit oder überschreitet in seiner Tätigkeit nicht die Grenze der straflosen Vorbereitung. Da er somit zu der strafbaren Handlung nicht bestimmt worden ist, so ist der Versuch der Anstiftung straflos. Hierüber herrscht Übereinstimmung; vgl. auch R. 9./6. 84 C. 11 56.

Weil der Versuch der Anstiftung straflos ist, gibt es keinen strafaufhebenden Rücktritt vom Versuch der Anstiftung. Wird gleichwohl von einem solchen Rücktritt gesprochen, so geschieht dies, wie schon zu § 46 N. 6 ausgeführt wurde, mit Bezugnahme auf den Täter und dessen Straftat. Steht nämlich die Straftat noch im Stadium des Versuches, so muß der Anstifter, wenn der Versuch noch nicht beendet ist, durch seine Tätigkeit bewirken, daß der Täter von der Ausführung zurücktritt, also den von ihm im Täter erzeugten Entschlusse aufheben, wogegen er, wenn der Versuch bereits beendet ist, durch seine Tätigkeit zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Delictes gehörigen Erfolges abwenden muß. Wenn alsdann bei dem nicht beendigten Versuch der Täter gleichwohl weiter handelt, so geschieht dies auf Grund eines anderen Entschlusses, für welchen der Anstifter nicht verantwortlich ist. Hiernach ist auch die Wirkung des Widerrufs zu beurteilen. Vgl. Werner 166, Frank N. V 3, Geyer N. S. II 372, Hälschner I 412, v. Liszt 229, Wertel 134, Meyer-Altfeld 190, Olshausen N. 33, Oppenhoff-Delius N. 51, Rüdorff-Stenglein N. 21, Schütze 155; R. 20./2. 90 C. 20 259. Der Rücktritt des Täters ist auf die Strafbarkeit des Anstifters ohne Einfluß.

12. Nach Abs. 2 ist die Strafe des Anstifters nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wesentlich angestiftet hat. Daß der Täter nicht hat ermittelt werden können, ist kein Hindernis. Die Person des Angestifteten ist für den Tatbestand der Anstiftung, abgesehen davon, daß überhaupt jemand angestiftet gewesen sein muß, gleichgültig; ebenso der Umstand, ob gegen den Täter gerichtlich eingeschritten werden kann oder nicht.

a) In Betracht kommt nur diejenige Handlung, zu welcher wesentlich, d. h. vorsätzlich angestiftet ist. Nur das diese Handlung mit Strafe bedrohende Gesetz kommt in Anwendung, nicht aber dasjenige Gesetz, welches auf den Täter wegen eines von diesem verübten Verzeßes anzuwenden ist.

b) In Betracht kommt diejenige Handlung, zu welcher der Anstifter angestiftet hat, nicht diejenige, zu welcher er anstiften wollte. Ist also die Straftat im Versuch stecken geblieben, so erfolgt die Bestrafung nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Versuch und erfolgt überhaupt nicht, wenn der Versuch des Delictes straflos ist.

c) Festzusetzen ist die Strafe nach dem Gesetze, durch welches die angestiftete Handlung mit Strafe bedroht wird, nicht nach der Strafe, welche der Täter wirklich erleidet. Der Anstifter ist also auch dann zu bestrafen, wenn der Täter aus persönlichen Gründen, z. B. als Exterritorialer, oder wegen Rücktritts vom Versuch straflos bleibt; vgl. oben N. 2b.

d) Hieraus ergibt sich, daß wie bei der Mittäterschaft, so auch bei der Anstiftung trotz der Anwendung desselben Strafgesetzes die Strafe des Anstifters von der des Angestifteten verschieden sein kann. Vgl. oben § 47 N. 12.

e) Wenn das anzuwendende Gesetz Nebenstrafen androht, so können diese auch über den Angestifteten verhängt werden. Allerdings nur, soweit die Anwendung nach der Natur der Nebenstrafe überhaupt möglich ist; gegen einen Nichtbeamten kann nicht auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter erkannt werden. Dies gilt insbesondere von den militärischen Nebenstrafen. Wegen der militärischen Hauptstrafe des Arrestes siehe oben S. 67 N. 4. In den Schutzgebieten ist die Erkennung der körperlichen Züchtigung gegen Nichteingeborene unzulässig.

§ 49.

Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wesentlich Hülfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wesentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

1. Beihilfe — das Wort findet sich als technisch in § 257 —, die zweite Form der Teilnahme, ist die vorsätzliche Ermöglichung oder Erleichterung der Straftat eines Anderen. Abgesehen von denjenigen Ausnahmefällen, in denen Beihilfe zu einem Nichtdelikt als *delictum sui generis* mit Strafe bedroht ist (§§ 120, 121, 141, 180, 181, 285, 347, 355), setzt sie zu ihrer Strafbarkeit die strafbare Tätigkeit eines Anderen voraus und wird gestraft nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer Beziehung zu der Haupttat, ist also kein selbständiges Delikt, sondern akzessorischer Natur, wobei die Haupttat zur Vollendung gediehen oder im Stadium des Versuchs steckengeblieben sein kann.

Die Ausführungen zu § 48 N. 1a gelten auch für die Beihilfe.

Ebenso tritt die Abhängigkeit der Beihilfe von der Haupttat zutage, wenn mehrere Teilnahmeakte vorliegen. Mehrfache Beihilfen derselben Person zu demselben Delikt sind nur eine Beihilfe: RG. 7./7. 84 C. 11 37. Anstiftung und Beihilfe derselben Person zu demselben Delikt stehen in Gelezeskonkurrenz, wobei die Anstiftung als die schwerere Form der Teilnahme allein in Betracht kommt. Weiß der Gehilfe, daß der Täter zur Verübung einer Mehrheit von Handlungen bestimmter Art mit der ihm gewährten Hilfe entschlossen ist, so leistet er zu allen demnächst mit seiner Hilfe ausgeführten Delikten Beihilfe und zwar nicht bloß durch eine Handlung, sondern durch so viele selbständige Handlungen, als selbständige Delikte begangen worden: RG. 9./4. 81 C. 4 92, 7./7. 84 C. 11 37. Vgl. Abschn. III N. 5, § 48 N. 1b, § 73 N. 7c d. Wegen der Verjährung vgl. § 67 N. 1 Abs. 5, 4 Abs. 2.

2. Die Beihilfe ist von der Mittäterschaft, Anstiftung und Begünstigung verschieden.

a) Von der Mittäterschaft unterscheidet sie sich, wie oben zu § 47 N. 5, 6 ausgeführt ist, dadurch, daß der Mittäter das Delikt als sein eigenes, wenn auch nicht lediglich durch seine Kräfte zu realisierendes will, somit die Ausführung auf seinen eigenen Willen stellt, während der Gehilfe nicht selber Täter sein, sondern nur eine fremde Tat unterstützen will, deren Ausführung er auf den Willen des Täters stellt, so daß er auch dann Gehilfe bleibt, wenn er eine Beihilfe leistet, ohne welche, ihm bewußt, das Delikt nicht ausgeführt werden kann: RG. 12./5. 80 C. 2 160, 7./1. 81 C. 3 181; a. M. Berner 169. Weil die Beihilfe nur zur Tat eines Anderen geleistet wird, geht die einem Mittäter geleistete Beihilfe als zur Begehung der eigenen Tat geleistet rechtlich in diese ebenso auf wie die Anstiftung des Mittäters in der gemeinsam begangenen Haupttat, und Mittäterschaft und Beihilfe können, wenn sie sich auf dieselbe Haupttat beziehen, nicht ideell konkurrieren: RG. 9./12. 02 C. 36 280.

b) Von der Anstiftung unterscheidet sich die Beihilfe dadurch, daß bei ihr der Täter ohnehin schon zur Tat entschlossen ist und der Gehilfe den schon vorhandenen Deliktswillen nur in irgendeiner Weise unterstützt oder fördert, wogegen der Anstifter den Deliktswillen erst erzeugt: RG. 18./6. 86 C. 13 265.

c) Von der — nahe verwandten — Begünstigung unterscheidet die Beihilfe sich dadurch, daß sie zur, jene nach Begehung des Deliktes stattfindet. Die helfende Tätigkeit des Gehilfen muß stattgefunden haben, bevor diejenigen Handlungen und Umstände abgeschlossen vorliegen, welche in ihrer Gesamtheit die juristische Vollendung der Tat, zu welcher Beihilfe geleistet wurde, darstellen: RG. 7./3. 91 C. 22 2. Fällt die Tätigkeit des Gehilfen in eine spätere Zeit, so kommt nicht Beihilfe, sondern gegebenenfalls Begünstigung in Frage: RG. 25./1. 83 C. 8 177. Hier- nach ist, was Finger I 338 und Oshausen N. 5 bestreiten, Beihilfe so lange möglich, bis der zum Tatbestande gehörige Erfolg eingetreten ist: Meyer-Alsfeld 205, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 13. Bei solchen Delikten, z. B. dem betrügerischen Bankrott, deren Tatbestand mehrere gleichwertige Einzelakte umfaßt, kann die Beihilfe auch nach Vollendung eines Aktes zwischen diesem und dem nachfolgenden Akte geleistet werden: RG. 17./1. 84 C. 9 430. Beihilfe zur Begehung ist nicht mehr möglich, wenn bereits begangen ist, wohl aber ehe sie begangen wurde. Sie kann geleistet werden vor der Tat mit Beziehung auf sie, zu ihrem Zwecke, zu ihrer Vorbereitung: RG. 25./11. 87 C. 16 350, ja — als Beihilfe durch Tat — schon vor der Entschlie- ßung des Täters, indem der Gehilfe für den Fall, daß der Täter sich erst nach entschließen werde, Veranstaltungen trifft, welche die später stattfindende Ausführung der Tat erleichtern: RG. 26./3. 96 C. 28 287. Die Strafbarkeit des Gehilfen ist hierbei suspensiv bedingt, tritt erst ein, wenn die Haupttat das Versuchsstadium erreicht hat: Binding Grundr. 165.

Das Reichsgericht hat in Beobachtung dieser Grundsätze Beihilfe angenommen:

im Falle des § 137 bei Hilfeleistung, ehe die durch Pfändung begründete Verfügungsgewalt der Behörde durch Fortschaffen der Sache vom Grundstück aufgehoben wurde: 18./1. 81 C. 3 255;

im Falle des § 169 bei Hilfeleistung zu der durch Herbeiführung der Taufe des Kindes auf einen falschen Namen sich fortsetzenden Veränderung des Personenstandes: 8./11. 92 C. 23 292;

im Falle des § 141 (*delictum sui generis*) in der vor der Desertion erfolgenden Verlehrung oder Auskunst über die Schritte, welche nach Ausführung der Desertion vom Deserteur zur Sicherung vor Verfolgung und Bestrafung vorzunehmen sind: 20./1. 81 C. 3 280.

Ist die Begünstigung vor Begehung der Tat zugesagt worden, so ist sie nach § 257 Abs. 3 als Beihilfe zu bestrafen. Trifft mit dieser Begünstigungsbeihilfe die Beihilfe des § 49 zusammen, so wird nur eine Beihilfe, nicht aber eine Mehrheit selbständiger Beihilfen in Realkonkurrenz angenommen. Wird die Begünstigung während der Begehung zugesagt, so kann dies, wenn überhaupt, nur als Beihilfe durch Rat bestraft werden.

Vgl. Olshausen N. 4, 5, 6.

3. Die Beihilfe wird zur Begehung einer strafbaren Handlung geleistet. Diese ist die Voraussetzung und ihre Existenz muß festgestellt werden. Vgl. oben § 48 N. 2 Abs. 1 und RG. 28./1.89 C. 18 419.

a) Während die Anstiftung bei jeder strafbaren Handlung, ist die Beihilfe nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Übertretungen strafbar.

b) Der Gehilfe ist strafbar, auch wenn der Haupttäter aus besonderen Gründen straflos bleibt, z. B. wegen seines Irrtums über ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, § 59. Die Beihilfe, welche einem Unzurechnungsfähigen gewährt wird, ist, weil keine strafbare Haupttat vorliegt, straflos, gleichviel, ob der Gehilfe die Unzurechnungsfähigkeit gekannt hat oder nicht: RG. 9./6.84 C. 11 56.

c) Der Gehilfe ist strafbar, obgleich die Handlung, wenn von ihm selbst begangen, nicht strafbar sein würde.

d) Das Gesetz verlangt nicht, daß bei dem Gehilfen diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche vorhanden sein müssen, um das Delikt als Täter begehen zu können. Daher ist wie die Anstiftung so auch die Beihilfe zu einem delictum proprium seitens jeden beliebigen Dritten möglich: Berner 171 N. 1, Olshausen N. 20, Rüdorff-Stenglein N 21 und oben § 48 N. 2d; RG. 6./4.95 C. 27 157. Die Ansicht v. Schwarzes, daß die Beihilfe zu einem Amtsdelikt straflos sei, entbehrt jeder Begründung: Rüdorff-Stenglein § 50 N. 6 Abs. 2.

e) Es ist streitig, ob es eine Beihilfe zur Anstiftung und Beihilfe gibt. Der Umstand, daß bei der Beihilfe zur Beihilfe eine doppelte und, wenn die Haupttat im Stadium des Versuches stecken geblieben ist, sogar eine dreifache Reduktion der Strafe stattfinden muß, ist ein rein tatsächlicher, der trotz der Verwickeltheit der Strafsetzung und der schließlichen Geringfügigkeit der Strafe nicht für maßgebend erachtet werden kann, wie Berner 167 und Rüdorff-Stenglein N. 4 wollen. Wenn § 48 von dem „Anderen“, § 49 von dem „Täter“ spricht, so ist nach der Entstehungsgeschichte des § 48 diese Verschiedenheit des Wortlautes nur eine redaktionelle, also ebenfalls nicht maßgebend. „Täter“ ist eben derjenige, dem die Hilfe geleistet wird: Olshausen N. 2. Dagegen halten Berner 167, Finger I 358 und v. Wächter 257 an dem „Täter“ fest und erklären trotz mehrfacher Ungenauigkeit im Ausdruck Beihilfe sowohl zur Anstiftung als auch zur Beihilfe für straflos.

Daß die Beihilfe zur Anstiftung eine mittelbare Anstiftung sein kann, aber nicht notwendig ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Für eine mittelbare Beihilfe erklären sie Binding Grundr. 163, 173, v. Liszt 229, Meyer-Alfeld 194, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 156 N. 3, und sie werden für viele Fälle Recht haben. Aber es ist möglich, daß der Dolus des Gehilfen darauf gerichtet ist, nicht dem Angestifteten zur Begehung der Haupttat, sondern dem Anstifter zur Anstiftung Hilfe zu leisten. Die Beihilfe kann sich dem Anstifter gegenüber durch Einwirkung auf seinen Entschluß, Bestärkung seines Vorhabens, Gewährung der Mittel zur Anstiftung oder durch Mitwirkung bei Werbung des Täters äußern, und jede Unterstützung des Anstifters in seiner Anstiftungshandlung vom ersten Stadium der Entschließung bis zu dem letzten der Bestimmung des Angestifteten zur Straftat erscheint begrifflich als Beihilfe zur Anstiftung: Frank N. I Abs. 4 und § 48 N. II 2, Olshausen N. 22 b a, Oppenhoff-Delius § 48 N. 6; RG. 8./7.86 C. 14 318.

Anderes verhält es sich mit der Beihilfe zur Beihilfe. Hält man daran fest, daß jede strafbare Teilnahme eine strafbare Haupttat voraussetzt, daß strafbare Beihilfe objektiv nur unter der Voraussetzung einer verübten oder doch versuchten Haupttat und subjektiv nur unter der Voraussetzung eines auf die Unterstützung solcher Haupttat gerichteten Vorsatzes unterstellt werden kann, so folgt hieraus ohne weiteres, daß Beihilfe zur Beihilfe für sich allein, also ohne jede Verbindung mit einer Haupttat gedacht, einen Widerspruch abgibt. Denkbare und im praktischen Leben nicht selten sind Fälle, in denen dem Gehilfen ein zweiter Gehilfe zur Seite steht, der letztere äußerlich ausschließlich mit dem ersteren in Verbindung steht, ihm auch innerlich die Person des Haupttäters gleichgültig ist. Muß aber, um den Gehilfenvorsatz zu fassen, dem zweiten Gehilfen bewußt sein, daß und was der erste Gehilfe subjektiv und objektiv zu delinquieren gewillt ist, so schließt dieses Bewußtsein auch notwendig das deliktische Verhältnis des ersten Gehilfen zum Haupttäter und die Beziehung der sekundären Beihilfe zur Haupttat ein. Mit anderen Worten: Beihilfe zur Beihilfe ist nur ein verfehelter Ausdruck für die Form einer mittelbaren Beihilfe zur Haupttat und kann nur in dieser Form strafrechtlich in Betracht kommen; es findet also bei der Strafsetzung

nur eine einmalige Reduktion statt. Dadurch erledigt sich ebenfalls das Bedenken von Berner und Rüdorff-Stenglein. Vgl. Binding Grundr. 163, Hälschner I 383, v. Liszt, Meyer-Malfeld a. a. D., Olshausen Nr. 22b β, Schütze a. a. D., v. Schwarze 140; RG. 7./4. 81 C. 4 60, 17./11. 92 C. 23 300. Frank a. a. D. hält Beihilfe zur Beihilfe für möglich.

f) Wie die Anstiftung, so ist auch die Beihilfe zur Mittäterschaft möglich: Olshausen Nr. 22a; oben § 48 Nr. 2f.

g) Beihilfe ist nur möglich zu einem vorsächlichen, nicht zu einem fahrlässigen Delikt. Wer einem fahrlässig Handelnden vorsächlich Hilfe leistet, hat den Erfolg als einen vorsächlich verursachten zu verantworten, und zwar im Sinne des Gesetzes nicht als Gehilfe, sondern als Täter, der sich des fahrlässig Handelnden als seines Werkzeugs bedient, als mittelbarer Täter. Es gilt hier voll das oben zu § 48 Nr. 2g bezüglich der Anstiftung Ausgeführte. Übereinstimmend Frank Nr. I Abf. 3, Hälschner I 374, 381, v. Liszt 226, Mertel 147, Meyer-Malfeld 187, 205 Nr. 7, Rüdorff-Stenglein Nr. 27, Schütze 157; RG. 5./12. 83 C. 10 8, 1./11. 87 C. 16 277, 2./7. 95 C. 27 316. Nr. 11. Berner 159, Binding Grundr. 152, 172, Olshausen Nr. 18.

h) Wenn die Haupttat im Stadium des Versuchs stecken geblieben ist, so wird der Gehilfe wegen der zu diesem Versuch geleisteten Hilfe bestraft. Die weitere Frage, ob es eine Beihilfe zum Versuch, d. h. ob es eine solche gibt, bei welcher der Wille des Gehilfen von vornherein bloß auf eine Beihilfe zum Versuch abzielt, ist, anders als die entsprechende Frage bei der Anstiftung oben § 48 Nr. 2h, zu verneinen. Der Täter selbst will die Vollendung, da er ohne diesen Willen auch den Versuch nicht wollen kann. Daraus folgt, daß strafbare Beihilfe nur denkbar ist, wenn auch der Gehilfe will, daß der Täter die Tat vollende, nicht auch dann, wenn er nur will, daß die Tat nur versucht, aber nicht voll ausgeführt werde, wenn er also die Vollendung des Delikts nicht will, daselbe durch seine Tätigkeit vielleicht gerade verhindern will. So die gemeine Meinung, auch Olshausen Nr. 21 und RG. 17./2. 87 C. 15 315, 28./3. 87 C. 16 25, 29./5. 88 C. 17 377, wogegen Binding Grundr. 149 Nr. 2 die Beihilfe zum Versuch für denkbar und Hälschner I 386 ff. die Beihilfe zum Versuch für versuchte Beihilfe und wie diese für strafbar erklärt.

i) Werden durch die Haupttat verschiedene Strafgesetze verletzt, so hängt es von den Umständen ab, auf welchen der mehreren Tatbestände sich die Beihilfe bezieht, aber wegen der Einheitlichkeit der Haupttat liegt auch dann nur Eine Beihilfe vor, wenn sie mit Bezug auf alle Tatbestände geleistet ist: RG. 31./3. 11 C. 44 409.

k) Die Beihilfe zu einem fortgesetzten Delikt kann sich auch auf eine einzelne Ausführungshandlung beziehen. Diese Einzelhandlung ist von den übrigen Ausführungshandlungen zu lösen und in objektiver und subjektiver Richtung zu prüfen, welche Handlung der Gehilfe unterstützte und welche er unterstützen wollte.

l) Wie bei der Anstiftung — oben § 48 Nr. 7 — ist auch bei der Beihilfe Mittäterschaft möglich: Olshausen Nr. 24, Rüdorff-Stenglein Nr. 5.

4. Wie der Anstifter muß auch der Gehilfe wissentlich, d. h. mit dem Bewußtsein der Ursächlichkeit, also willentlich, vorsätzlich handeln. Er muß wissen, daß der Täter eine bestimmte Straftat ausführen will, und ihm hierbei mit dem Bewußtsein Hilfe leisten, daß durch seine Tätigkeit die Vollbringung der vom Täter beabsichtigten Tat gefördert wird: RG. 24./3. 87 C. 16 25, 29./5. 88 C. 17 377, 30./10. C. 32 354. Die Hilfeleistung setzt daher die Beziehung der unterstützenden Tätigkeit des Gehilfen auf ein konkret bestimmtes Delikt voraus: RG. 29./11. 79 C. 1 110, 26./6. 84 C. 11 87, 18./1. 86 C. 13 265, 15./2. 98 C. 31 35. Diese Beziehung ist gegeben, wenn der Gehilfe die Haupttat selbst nach ihren gesetzlichen Merkmalen kennt und eine Tat dieser bestimmten Art seinerseits fördern will, wogegen nicht erforderlich ist, daß er von den Modalitäten der Ausführung der Tat, z. B. von dem Ort, der Zeit, dem Beschädigten usw. Kenntnis hat: RG. 9./4. 81 C. 4 95, 7./10. 90 C. 21 93, 15./2. 98 C. 31 35. Die Individualität des Täters gehört nicht zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Tat, und selbst da, wo gewisse persönliche Eigenschaften derselben auf den rechtlichen Charakter und die Strafe der Tat Einfluß haben, kommt es regelmäßig nur auf diese Eigenschaften, die vielen Personen anhaften können, nicht aber noch weiter auf die Individualität desjenigen an, dem sie im konkreten Fall angehaftet haben; folgerecht braucht der Gehilfe überhaupt nicht gewußt zu haben, wer der Täter sei: RG. 26./6. 84 C. 11 87. Wenn der Gehilfe gar nicht weiß, daß die Haupttat eine widerrechtliche ist, so ermangelt er des Dolus und macht sich daher einer strafbaren Handlung nicht schuldig. Weiß er es, so kommt es auf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der eigenen Tätigkeit wie überall im Strafrecht so auch hier nicht an.

Auch hier genügt jedoch der Eventualdolus, wenn nämlich der Gehilfe helfen will bei einer unbestimmten Mehrheit von Straftaten gewisser Art oder ohne Rücksicht darauf, wer der Täter ist, oder ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualifikation der Tat: Olshausen Nr. 15 Abf. 2; RG. 9./4. 81 C. 4 95, 26./6. 84 C. 11 87.

Wie die fahrlässige Anstiftung — oben § 48 Nr. 3 — ist auch die fahrlässige Beihilfe, wenn überhaupt denkbar, so jedenfalls straflos. Für denkbar erklären sie Binding Grundr. 153, 163, Fingert I 356, Frank N. II, Mertel 137, Meyer-Alsfeld 204, Olshausen N. 13 Abs. 2.

Die Kenntnis desjenigen, welchem Hilfe geleistet wird, von der Hilfeleistung ist nicht erforderlich: RG. 23./9. 80 E. 2 261, 5./12. 83 E. 10 8. Auf der anderen Seite hebt ein etwaiges Einverständnis zwischen dem Gehilfen und dem Täter den Unterschied zwischen Beihilfe und Täterschaft nicht auf: Mertel 149.

5. Daraus, daß der Gehilfe dem Täter Beihilfe geleistet haben muß, ergibt sich, daß zwischen der Tätigkeit des ersteren und der des letzteren eine Verbindung stattfinden muß. Die vom Täter verschmähte oder zwar angenommene, aber nicht benutzte Hilfeleistung ist daher straflos: Geher I 140 und S. S. IV 167, Olshausen N. 7, Schütze 157 N. 7; RG. 29./6. 05 E. 38 156. Ist diese Verbindung hergestellt, so liegt eine Beihilfe nur dann vor, wenn tatsächlich die bewußte Mitwirkung des Gehilfen physisch oder physisch eines derjenigen Elemente abgegeben hat, aus denen die Tat so, wie sie konkret ausgeführt worden ist, nach der objektiven und subjektiven Seite hin sich zusammensetzt, wenn also der Gehilfe irgendetwas zur Erzeugung des Tatbestandes des Delikts beigetragen hat; die Hilfeleistung muß also zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges geeignet sein, ohne jedoch daß durch sie der Erfolg herbeigeführt oder auch nur gefördert zu sein braucht: Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 23./9. 80 E. 2 261, 20./4. 82 E. 6 169, 10./5. 83 E. 8 267, 18./1. 86 E. 13 265. Dagegen verlangen Fingert I 355, Frank N. IV, Geher S. S. IV 167, v. Liszt 225, Mertel 147, Meyer-Alsfeld 207, Schütze 157, daß der Erfolg gefördert worden sei, weil die wirkungslose Beihilfe nur ein — strafloser — Versuch sei, wobei jedoch die versuchte physische als vollendete physische Beihilfe erscheinen könne. Dieser zweiten Ansicht gegenüber läßt sich mit Rüdorff-Stenglein a. a. D. auf die subjektive Ausdrucksweise des Gesetzes („Hilfe geleistet hat“) hinweisen.

Wird nun aber gefragt, welche Handlungen hilfeleistender Natur sind, so ist schon oben N. 2a und zu § 47 N. 5, 6 der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe dahin festgestellt worden, daß der Mittäter selber Täter sein und das Delikt als sein eigenes ausführen, der Gehilfe aber nicht selber Täter sein, sondern das Delikt als ein fremdes unterstützen will. Daher bleibt der Mittäter auch dann Täter, wenn seine Tätigkeit an sich betrachtet nur eine vorbereitende, dagegen der Gehilfe stets Gehilfe bleibt, wenngleich seine Tätigkeit eine ausführende ist. Er trägt, wie oben gesagt wurde, „irgend etwas“ zur Erzeugung des Tatbestandes des Delikts bei, einerlei, ob seine Handlungen ausführende oder nur vorbereitende sind, denn sowohl durch jene als durch diese kann die Ausführung des Delikts gefördert werden: RG. 7./1. 81 E. 3 181, 10./5. 83 E. 8 267. Hiermit stimmen überein Binding Grundr. 164, Meyer-Alsfeld 205, Olshausen N. 9, 16, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Wächter 245 und Beilage I 2, Meyer-Alsfeld und v. Wächter allerdings mit der in vielen Fällen gar nicht durchführbaren Einschränkung, daß eine Handlung, durch welche ihrer Natur nach das Wesen der betreffenden Deliktsart erfüllt wird, z. B. die Zufügung des tödlichen Stiches beim Mord, also die früher sog. Haupttat, nur vom Täter, nicht aber vom Gehilfen begangen werden könne. Meyer-Alsfeld 206 N. 12 begründet seine Einschränkung damit, daß ohne sie derjenige, welcher mit dem sich unterordnenden Willen die Haupthandlung vornimmt, als Gehilfe, derjenige, der ihn dazu bestimmt hat, als Täter anzusehen, und daß, wenn ohne solches Bestimmen der eine ausschließlich im Interesse des anderen gehandelt hat, konsequenter Weise, da ein Täter nicht vorhanden, der handelnde „Gehilfe“ straflos zu lassen ist. Aber für den Begriff der Beihilfe ist es gleichgültig, durch wen der Gehilfe bestimmt wird und in wessen Interesse er handelt, und wenn ein Täter nicht vorhanden ist, so ist der „Gehilfe“ eben selber Täter. Dagegen ist der Ansicht, daß der Gehilfe nie eine ausführende, stets nur eine vorbereitende Tätigkeit entwickeln dürfe, Werner 161, 168, Frank N. I, Hälschner I 379, v. Liszt 210, 225 („niemals ausführende Handlungen, meist vorbereitende Handlungen“ — welche dritte Art von Handlungen meint v. Liszt?), Mertel 142, Schütze 156, 159 N. 13. Wenn also fünf Personen bei Begehung eines Diebstahls tätig sind, N. den Wachtund beseitigt, B. Wache steht, C. und D. aus dem Nebengebäude eine Leiter holen und aufsetzen, E. unter Benutzung der Leiter die Sachen herausschafft, alle fünf mit vereinten Kräften die gestohlenen Sachen fortbringen und alsdann unter sich verteilen, so sind nach dieser zweiten Ansicht E. allein der Täter, die vier anderen nur Gehilfen und zugleich nach § 259 Partierer! Wollen Werner usw. dies nicht zugeben, so geben sie damit zu, daß es nicht auf die äußere Beschaffenheit der helfenden Tätigkeit, sondern auf den subjektiven Dolus ankommt. Zudem ist die Unterscheidung zwischen ausführender und bloß vorbereitender Tätigkeit oft unmöglich. Endlich muß man bei der Beihilfe durch Tat, um diese von der Anstiftung zu unterscheiden, ausschließlich die Beschaffenheit des Vorjages entscheiden lassen, ohne daß dabei für die Unterscheidung zwischen einer ausführenden und einer nur vorbereitenden Tätigkeit eine Möglichkeit vorhanden ist.

6. Die ältere Theorie hat eine ganze Reihe von Spielarten der Beihilfe aufgestellt, vgl. z. B. Schütze 158 N. 11, auch Meyer-Alsfeld 207. Die noch von dem Preuß. StGB. § 35 festgehaltene Unterscheidung von wesentlicher und nichtwesentlicher Hilfe, zu welcher ersteren insbesondere diejenige gehören sollte, ohne welche die Tat gar nicht hätte begangen werden können, ist ausweislich der Motive von unserem StGB. absichtlich fallengelassen und kann nur als Strafzumessungsgrund in Betracht kommen: RG. 10./5. 83 E. 8 267, 8./1. 86 E. 13 265. Bener 169 meint umgekehrt, der Hauptgehilfe „darf als Mittäter behandelt werden“. Die von Meyer-Alsfeld a. a. O. festgehaltene Unterscheidung von positiver und negativer Beihilfe, je nachdem die Unterstützung durch Tun oder Unterlassen gewährt worden, ist, wie schon Schütze a. a. O. bemerkt, wertlos, denn die negative Beihilfe kommt nur in Betracht als eine besondere Unterscheidungsform der Omissivdelikte per commissionem, oben § 1 N. 1b. Bloßes Unterlassen ist weder Tun noch Raten. War aber durch eine vorhergehende oder begleitende Tätigkeit des Unterlassenden ein Handeln geboten, oder wurde durch das Unterlassen eine rechtlich bestehende Verpflichtung zur Tätigkeit verletzt, z. B. ein Privatwächter unterläßt die Verhinderung eines Diebstahls, so ist das Unterlassen eine Beihilfehandlung durch Tat: Frank N. I 2, Hältschner I 384, v. Liszt 225, Olshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 21./10. 84 E. 11 153. Unterlassene Anzeige kann jedoch nur dann als Beihilfe gestraft werden, wenn die Anzeigepflicht unabhängig von § 139 begründet ist: v. Liszt a. a. O.

Das StGB. unterscheidet nur zwischen Beihilfe durch Rat und durch Tat (intellektuelle und physische Beihilfe). Erstere besteht in einer psychischen Einwirkung auf den Täter, sei es um ihn in seinem Entschlusse zu befestigen und zu bestärken: RG. 8./9. 95 E. 27 157, wozu auch der Fall gehört, daß dem Täter vor Begehung der Tat eine Begünstigung zugesichert wird (§ 257 Abs. 3), sei es um ihn rücksichtlich der Ausführung der Tat durch Anleitung, Belehrung usw. zu unterstützen. Die Beihilfe durch Tat wird durch irgendwelche mittels physischer Kräfte verübte Mitwirkung geleistet. Eine scharfe Unterscheidung beider Arten der Beihilfe ist nicht möglich. Jedes Versprechen oder Gewähren physischer Beihilfe wird immer zugleich einen psychischen, den Täter in seinem Vorhaben bestärkenden Einfluß ausüben, und dies selbst dann, wenn ihm eine Unterstützung zuteil wird, ohne daß er weiß, daß sie ihm absichtlich gewährt wurde. Auf der anderen Seite kann die intellektuelle Beihilfe auch auf materiellem Wege geleistet werden, z. B. der Gehilfe beweist dem Giftmörder an einem Hunde, daß das Gift stark genug ist, um sofort zu töten. Vgl. Hältschner I 382, Meyer-Alsfeld 207, Olshausen N. 10, 11, 12, Rüdorff-Stenglein N. 9. Da das Gesetz nicht spezialisiert, so bedarf es zur Beurteilung nicht der Feststellung eines bestimmten Mittels der Beihilfe und ist die Feststellung „durch Rat oder Tat“ genügend: Meyer-Alsfeld a. a. O., Olshausen N. 10.

7. Die Beihilfe reicht nur so weit, als das Wissen, d. h. der Dolus des Gehilfen reicht, liegt also nur so weit vor, als das begangene Delikt sich mit demjenigen deckt, bei welchem der Gehilfe helfen wollte. Wenn der Gehilfe z. B. die Unwahrheit der behaupteten Tatsache nicht kennt, haftet er bei der Beleidigung nur aus § 186, nicht aus § 187: RG. 7./7. 84 E. 11 118. Vgl. Olshausen N. 15b. Es gilt hier dasselbe, was bei der Anstiftung; vgl. daher § 48 N. 10. Wenn der Täter nicht das Delikt, zu welchem der Gehilfe zu helfen meint, sondern ein anderes begehrt, so ist nach Hältschners I 391/392 Ansicht der Gehilfe nicht straflos, sondern nach derjenigen Strafe zu bestrafen, welche den Täter treffen würde, wenn er des Versuches des vom Gehilfen gemeinten Deliktes schuldig würde. Die Irrigkeit dieser Ansicht ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 48, weil der Gehilfe zu dem begangenen Delikt keine wissenschaftliche Hilfe geleistet hat.

8. Wie oben N. 2c bemerkt wurde, kann die Beihilfe geleistet werden, ehe der Täter mit der Ausführung des Deliktes begonnen hat. Schreitet der Täter nicht zur Ausführung, so liegt nur ein Versuch der Beihilfe vor. Der Versuch der Beihilfe ist straflos. So die O.M., auch RG. 16./6. 84 E. 11 56, 7./7. 84 E. 11 37; a. M. Hältschner I 386 ff., 389, vgl. auch 391/392.

Daß der Täter nicht zur Ausführung schreitet, kann auch durch eine vom Gehilfen selbst ausgehende Tätigkeit bewirkt werden. Die Rückgängigmachung der physischen Beihilfe ist von dem Täter selbst abhängig, wenn dieser nämlich sich durch den entgegengegesetzten Rat zum Abstecken von der Ausführung bewegen lassen will. Die Rückgängigmachung der physischen Beihilfe kann nach der Beschaffenheit des Hilfeaktes auch unabhängig von dem Willen des Täters erfolgen, z. B. indem der Gehilfe dem Täter den diesem übergebenen falschen Schlüssel wieder wegnimmt. Vgl. Finger I 359, Olshausen N. 30 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 28.

Hat der Täter mit der Ausführung begonnen, so ist sein Rücktritt nur für ihn selbst wirksam, nicht aber auch für den Gehilfen. Ein Rücktritt des Gehilfen selbst ist nur in derselben Weise möglich wie bei dem Anstifter, vgl. oben § 48 N. 11.

9. Die Strafe des Gehilfen ist nach Abs. 2 nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissenschaftlich Hilfe geleistet hat. In dieser Beziehung greifen die zur Anstiftung gegebenen Ausführungen Platz, § 48 N. 12. Die Strafe ist

aber nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundjätzen zu ermäßigen. Hierbei ist Folgendes zu beachten:

a) Die maßgebenden Grundjätze finden sich in den beiden §§ 44, 45, wonach — § 45 N. 2 — den im Besonderen Teil für das vollendete Delikt gegebenen Strafandrohungen weitere Nebenstrafen als Ehrverlust und Zulässigkeit der Polizeiaufsicht nicht entnommen werden dürfen. So auch beim Versuch Brand und Diebstahl, welche aber N. III 2 bzw. N. 27 bei der Beihilfe das Gegenteil lehren, und sodann zu § 161 die Frage, ob auch bei Versuch und Beihilfe auf Eidesunfähigkeit erkannt werden kann, wiederum der richtigen Ansicht entsprechend verneinen.

b) Die Beihilfe zu einem Vergehen ist auch dann strafbar, wenn der Versuch des Vergehens nicht mit Strafe bedroht ist.

c) Ist die Haupttat im Stadium des Versuches steckengeblieben, so findet eine doppelte Reduktion statt: RG. 25./10. 80 C. 2 383. Vgl. die Berechnung bei Rüdorff-Stenglein N. 18.

d) Wie die Strafe des Anstifters kann auch die des Gehilfen im konkreten Falle höher sein als die des Täters: RG. a. a. D.

§ 49a.

Wer einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, wenn das Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen erbietet, sowie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

1. Im Jahre 1873 erbot sich ein belgischer Kesselschläger Duchesne dem Jesuitenprovinzial von Belgien und dem Erzbischof von Paris zur Ermordung des Fürsten Bismarck gegen Zahlung von 40 000 Fr. Belgien wurde durch Deutschland zum Erlaß eines Gef. v. 7. Juli 1875 veranlaßt (loi contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes, abgedruckt mit Entwurf, Motiven und Kommissionsbericht als Anlage zu den Motiven des § 49a, der Text auch bei Geyer H. S. IV 144). Diesem Vorgange ist Deutschland in der Strafgesetznovelle v. 26. Febr. 1876 durch § 49a gefolgt.

Ein materiell wie formell schlechtes Gelegenheitsgesetz (siehe die Kritik bei Geyer a. a. D. 143 und Hälschner I 409), faßt § 49a vier Delikte unter dieselbe Strafbestimmung zusammen, nämlich

- a) die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens,
- b) die Annahme der Aufforderung,
- c) das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens,
- d) die Annahme des Erbietens,

und zwar zur Begehung sowohl als Missetäter als auch als Mittäter, Anstifter und Gehilfe. Der Versuch der Aufforderung usw. ist straflos.

Die Worte „die gleiche Strafe trifft“ sind, wie Nishausen N. 21 Abj. 2 richtig bemerkt, in dem Sinne des auch sonst (z. B. §§ 113, 143, 147, 218) gebrauchten Ausdrucks zu verstehen: dieselbe Strafvorschrift, Strafbestimmung tritt ein, findet Anwendung. Somit gilt die beschränkende Bestimmung des Abj. 1 „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht“ auch für Abj. 2.

2. Die nur versuchte, also erfolglose Anstiftung ist straflos. Obgleich der konkrete Anlaß zu dem gesetzgeberischen Vorgehen, das Erbieten des Dudesne, kein Anstiftungsversuch war, so ist doch die ganze Entstehungsgeschichte des § 49a von dem Gedanken getragen, daß die versuchte Anstiftung bestraft werden müsse, und in Befolgung dieses Gedankens hat § 49a seine Stelle in dem Abschnitt über die Teilnahme gefunden. Daher ist die Ansicht aufgestellt worden, daß die Strafbarkeit der Aufforderung eine neue Ausnahme von der Straflosigkeit der versuchten Anstiftung sei, im übrigen aber den gesetzlichen Bestimmungen über die Anstiftung unterstehe; die drei anderen Delikte des § 49a werden für „gewisse Vorbereitungshandlungen“, „der Aufforderung verwandte Deliktformen“ erklärt: Frank N. I, Merkel 150, 152, v. Wächter 256 N. 6. Dagegen nehmen vier selbständige Delikte an, deren strafrechtliche Regelung richtiger im Besonderen Teil des Gesetzbuchs erfolgt sein würde, Berner 172 (allerdings sehr widerspruchsvoll), Binding Lehrb. II 862, v. Liszt 567, Meyer-Alsfeld 209 N. 1, Dshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Nach Hälschner I 409 „stellt sich § 49a als ein aus jedem Zusammenhange mit dem System des StGB. sich lösendes Ausnahmegesetz insofern dar, als es die versuchte Anstiftung zum Verbrechen zwar in der Form der Aufforderung, nicht aber in anderer, „möglicherweise viel wirksamerer Form für strafbar erklärt“. Endlich Schütze Anhang 7 findet „den inneren Zusammenhang mit den §§ 47—49“ in dem Dolus, welcher allemal darauf gerichtet sei, mit einem Anderen an einem Delikte mitzuwirken, wonach sich dann in § 49a „eine erweiterte — S. 9: „eine neue“ — allgemeine Form der Teilnahme“ darstelle; „diese Anschauung“ — so kritisiert sie Binding a. a. D. N. 1 — „ist so abwegig, daß ich nicht näher darauf eingehe“.

Die zweite Ansicht Berners u. Gen. ist die richtige. Es handelt sich um vier selbständige Delikte, welche systematisch in den Besonderen Teil, etwa hinter § 112, gehören. Die Annahme der Aufforderung und des Erbietens sind weder Mittäterschaft noch Anstiftung noch Beihilfe (§ 50) zu dem Verbrechen, zu welchem aufgefordert und erboten wird, und das Erbieten ist die Erklärung des Erbietenden, im Falle der Annahme des Erbietens, also beim Eintritt einer Bedingung, das Delikt selbst begehen zu wollen. Bezüglich des Erbietens ist Berners a. a. D. Konstruktion — Beihilfe zur Anstiftung — geradezu töricht. Nur bei der Aufforderung kann der Begriff der Anstiftung herangezogen werden, aber um sich sofort als unbrauchbar zu erweisen, denn die Anstiftung setzt zu ihrer Strafbarkeit voraus, daß das Delikt, zu welchem angestiftet wurde, überhaupt, sei es auch nur als Versuch, begangen wird, und die erfolglose Anstiftung ist gerade deshalb straflos, weil das Delikt, zu welchem angestiftet wurde, nicht mindestens versucht ist. Dagegen die Aufforderung, und ebenso das Erbieten, setzen, wie von Niemandem bestritten wird, zu ihrer Strafbarkeit gerade voraus, daß das Verbrechen, zu welchem aufgefordert und sich erboten wird, nicht begangen wird, und, wenn es begangen wird, so liegt nicht mehr eines der vier Delikte des § 49a vor, sondern das aufgeforderte, das erbotene Delikt, wobei der Auffordernde und der Annahmehrer des Erbietens je nach Lage des Falles als Mittäter oder Anstifter oder Gehilfe strafbar sind. Aus dieser Selbständigkeit der Delikte des § 49a ergeben sich auch spezielle Folgen. So kann z. B. der omni modo paratus nicht angestiftet, wohl aber aufgefordert werden, und findet § 50 wohl auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen, nicht aber auf die Delinquenten des § 49a Anwendung.

Ebenso sind die vier Deliktformen des § 49a delicta sui generis im Verhältnis zueinander. Der Auffordernde und der die Aufforderung Annahmehrende, der Erbietende und der das Erbieten Annahmehrende sind im Verhältnis zueinander nicht Mittäter, Anstifter, Gehilfen, sondern jeder ist Täter. Insbesondere ist die Strafbarkeit des Auffordernden, des Erbietenden nicht davon abhängig, daß die Aufforderung, das Erbieten angenommen wird. Hierbei spielt jedoch eine eigentümliche Kontroverse hinein. Wer nämlich von den vier Beteiligten unzurechnungsfähig ist, bleibt natürlich — § 51 — straflos, weil auf seiner Seite keine strafbare Handlung vorliegt. Es ist aber bestritten, ob auch der zurechnungsfähige Beteiligte straflos ist, wenn der andere Teil unzurechnungsfähig ist. Dies wird — in verschiedenem Grade — von Frank N. II 1, v. Liszt 568, Meyer-Alsfeld 210, Dshausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 9 bejaht, von Binding Lehrb. 842 N. 5, 862 N. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 8 verneint. Die Frage ist zu bejahen. Ist der Auffordernde, der Offertent unzurechnungsfähig, so liegt nicht bloß kein ernstliches, sondern überhaupt kein Auffordern oder Erbieten vor; beide sind Wörter und Gesten von keiner anderen juristischen Bedeutung als die artikulierten Sprechlaute und Bewegungen eines Automaten, eines Papageis; folglich ist auch keine Annahme möglich. Ist dagegen der Aufgeforderte, der Oblat unzurechnungsfähig, so kann er die Aufforderung, das Erbieten, deren Empfangsbedürftigkeit nach der richtigen Auslegung des § 49a nicht bestritten werden kann, gar nicht empfangen; es ist so, wie wenn man in ein Schallrohr hineinruft: das Metall wirft den Schall wohl zurück, aber nimmt ihn nicht in sich auf.

3. Die Strafandrohung des § 49a ist durch die Bedingung beschränkt: „soweit nicht das „Gesetz eine andere Strafe androht“. Daß diese andere Strafe eine strengere sei, wie v. Liszt

568 N. 13 will, wird von § 49a nicht verlangt: Binding Lehrb. II 870, Meyer-Alfeld 210, Dshausen N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 3. Somit gehen zunächst die einschlägigen Bestimmungen des StGB. selbst vor: §§ 85, 101, 111, 112, 159, 332, 333, 334, 357, allerdings mit recht unerfreulichen Resultaten, indem z. B. die Aufforderung zum Morde nach § 49a mit Gefängnis, die zum Meineide nach § 159 mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft wird. Ferner gehen, da § 49a nicht von dem StGB., sondern allgemein von dem „Gesetz“ spricht, die einschlägigen Sondergesetze des Reichs vor, z. B. Seemannsordnung § 101 (105). Ebenso ist die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete nicht gehindert, eine andere Strafe anzudrohen: v. Liszt 568, Dshausen N. 19, Oppenhoff-DeLius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 3./12. 83 C. 9 261; a. M. Binding Lehrb. II 870.

Der § 49a ist also eine subsidiäre Vorschrift, welche nur das erfolglose Auffordern usw. zu irgendwelchen Verbrechen im allgemeinen mit Strafe bedroht. In den Fällen der anderen Paragraphen, in welchen die erfolglose Aufforderung der dort bezeichneten besonderen Delikte mit Strafe bedroht wird, ist seine Anwendung ausgeschlossen. Es liegt hier eine sog. Gesetzeskonkurrenz vor, nicht Idealkonkurrenz. Dies gilt auch bezüglich des § 333: Binding Handb. I 356 N. 4 und Lehrb. II 870 N. 3, Frank N. II 2 Abs. 2, Geyer II 194, Hälschner II 1046. A. M., weil es sich hier nicht um die Aufforderung zu einem Verbrechen, sondern um die zur Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht handele, auf deren deliktische Qualifikation das Gesetz kein Gewicht lege: Dshausen N. 20, Oppenhoff-DeLius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, 14; RG. 3./3. 81 C. 3 390, 3./12. 83 C. 9 261, 26./2. 85 C. 12 54.

4. Das Verbrechen, zu welchem aufgefordert usw. wird, ist, da das StGB. kulpose Verbrechen überhaupt nicht kennt, stets ein doloses. Folgerecht ist auch die Aufforderung usw. selbst, wie sich schon aus ihrem Begriff ergibt, nur als dolose denkbar. Und zwar geht der Dolus dahin, daß eine Handlung begangen werde, welche das StGB. mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedroht. Zu welchem Verbrechen aufgefordert wird, ist gleichgültig. Da aber bei den sog. Erfolgsdelikten der Erfolg weder direkt noch eventuell gewollt sein kann, findet § 49a auf sie keine Anwendung: Dshausen N. 8 Abs. 1.

a) Soll die Handlung im Auslande begangen werden, so muß sie sowohl nach dem inländischen als auch nach dem ausländischen Recht strafbar sein, aber ihre Qualifikation als Verbrechen ist nach dem inländischen Recht zu bemessen: Binding Lehrb. II 863 N. 2, v. Liszt 567 N. 10, Meyer-Alfeld 209 N. 4, Dshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 4./1. 04 C. 37 45. Oppenhoff-DeLius N. 10 meint, daß das Delikt auch nach ausländischem Recht ein Verbrechen sein müsse. Nur wenn § 4 Nr. 1 oder 2 zutrifft, genügt es, wenn die Handlung nur nach inländischem Recht strafbar ist: Frank N. II 1.

b) Ob die Handlung im konkreten Fall ein Verbrechen ist, bestimmt sich vom Standpunkt desjenigen aus, der die Handlung begehen soll, also des Aufgeforderten oder des Erbieters: Binding Lehrb. II 863, Dshausen N. 19; RG. 29./8. 99 C. 32 267. Daher ist die Aufforderung zur gemeinschaftlichen Ausführung eines nur auf Seiten des Auffordernden als Verbrechen sich darstellenden Diebstahls, die Aufforderung des Vaters an seine noch nicht achtzehn Jahre alte Tochter zur Verübung gemeinschaftlicher Blutschande (§ 173 Abs. 1, 4) nicht strafbar. Dagegen ist es, weil § 50 auf § 49a keine Anwendung findet, gleichgültig, ob die Handlung nur infolge persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse desjenigen, welcher sie begehen soll, ein Verbrechen ist: Binding Lehrb. II 863 N. 4, Frank II 1, Meyer-Alfeld 209 N. 4, Dshausen N. 19, Oppenhoff-DeLius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 29./8. 99 C. 32 267, während sie allerdings nach § 59 demjenigen nicht zugurechnen sind, der sie nicht kennt: Dshausen, Oppenhoff-DeLius, Rüdorff-Stenglein, RG. a. a. D.

c) Ob das Verbrechen überhaupt oder über den Versuch hinaus möglich ist, begründet keinen Unterschied, wofern nur nicht eine absolute, auch den Versuch ausschließende Unmöglichkeit vorliegt: Binding Lehrb. II 864, Dshausen N. 8 Abs. 2. Dies hat trotz seines subjektiven Standpunktes beim Versuch auch das RG. anerkannt, indem es die Aufforderung zur Begehung eines Mordes mittels Hilfe des Teufels oder durch Sympathiemittel nicht für eine Aufforderung im Sinne des § 49a erklärt: RG. 21./6. 00 C. 33 321.

d) Ebenjowenig begründet es einen Unterschied, ob Aufforderung und Erbietsen an eine Bedingung geknüpft sind, wofern nicht die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen. Bedingte Annahme ist Ablehnung, verbunden mit einer neuen Proposition, wobei der bedingt annehmende Aufgeforderte zum Erbieter, der bedingt annehmende Oblat zum Auffordernden wird. Gegen Dshausen N. 8 Abs. 2 und RG. 13./11. 94 C. 26 199, 21./1. 95 C. 26 420 meint Binding Lehrb. II 863, daß, wenn das Verbrechen, zu welchem aufgefordert werde, ein bedingtes sei, die Aufforderung erst mit Eintritt der Bedingung strafbar werde, aber seiner Anmicht liegt eine Verwechslung zwischen der Aufforderung als primären Straftat und derjenigen — sekundären — Straftat zu Grunde, zu welcher aufgefordert wird.

e) Auch darauf kommt es nicht an, an wem oder gegen wen das Verbrechen verübt werden soll, so daß es auch gegen den Auffordernden oder den Gegenpart des Erbietenden begangen werden kann: Olschhausen N. 8 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 11, auch Binding Lehrb. II 863. Allerdings wird sich hier oft die Erwägung entgegenstellen, ob bei Zustimmung des persönlichen Deliktsubjektes ein Delikt überhaupt oder insbesondere ein Verbrechen vorliegt; vgl. z. B. § 216.

f) Daß, wie Binding Lehrb. II 863 meint, auch die Teilnahme an dem Verbrechen ein Verbrechen im Sinne des § 1 sein müsse, wird vom Gesetze nicht verlangt. Daß der Auffordernde das Delikt selbst begehen will, also den anderen Teil zur Teilnahme — Mittäterchaft und Beihilfe — auffordert, schließt die Anwendbarkeit des § 49a nicht aus: Geyer S. S. IV 153, Merkel 151, Olschhausen N. 9 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 11; a. M. Binding Lehrb. II 842 und ihm nachfolgend Meyer-Alsfeld 210 N. 10. Dagegen wird der Auffordernde — und überhaupt jede der unter § 49a fallenden Personen —, wenn er demnächst das Verbrechen selbst begeht oder sich an der Begehung beteiligt, wegen des nunmehrigen Wegfalls des § 49a nicht mehr aus diesem, sondern als Täter oder Teilnehmer bestraft: Frank N. II 2, III 1, Olschhausen a. a. D.

g) Es ist nicht erforderlich, daß das Verbrechen wörtlich oder ausdrücklich oder gar mit seinem juristischen Namen bezeichnet wird, sondern es genügt, daß die Aufforderung, das Erbieten in bewußter und für den Anderen erkennbarer Weise auf eine Handlung gerichtet ist, welche den objektiven Tatbestand eines Verbrechens ergibt: RG. 9./12. 92 C. 23 352. Die Strafbarkeit und die Verbrechenseigenschaft der Handlung braucht keiner der Beteiligten zu kennen, insbesondere die letztere ist (Worte Bindings), „ein objektives Strafbarkeitsmerkmal, das sich in dem „Bewußtsein des Täters nicht zu spiegeln braucht“: Binding Lehrb. II 865, Frank N. III Abs. 2, Meyer-Alsfeld 210, Olschhausen N. 8 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 31./1. 90 C. 20 198.

h) Das erste Delikt ist die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen.

a) Die Aufforderung ist die an einen Anderen gerichtete Willenserklärung, durch welche der Auffordernde in dem Anderen den Entschluß zur Begehung des Verbrechens hervorrufen will. Die Erklärung kann mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, z. B. durch Gesten, erfolgen: Binding Lehrb. II 843, Meyer-Alsfeld 210, Olschhausen N. 5 Abs. 1. Wie schon N. 4g bemerkt wurde, muß sie für den Anderen erkennbar sein. Es ist aber nicht nötig, daß der Aufgeförderte die Aufforderung als solche erkannt und aufgefaßt habe; vielmehr genügt es, wenn die ihm als Aufforderung in Frage kommende Erklärung erkennbar den Willen des Auffordernden zum Ausdruck brachte, das Verbrechen solle durch den Anderen begangen werden. Daher liegt keine Aufforderung vor, wenn der Aufgeförderte die Sprache, in der sie geschieht, gar nicht versteht, denn wer die Worte nicht versteht, kann auch den in ihnen ausgedrückten Willen nicht erkennen: Frank § 110 N. III, Geyer S. S. IV 153, Merkel 151; a. M. Binding Lehrb. II 843, Olschhausen § 110 N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 14; RG. 4./6. 97 C. 30 142. Daher ist ebenfalls von der Aufforderung ausgeschlossen jede Art einer listigen Tätigkeit (die in § 48 als Mittel der Anstiftung genannte Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums), durch welche der Auffordernde, seine Absicht vor dem Anderen verheimlichend, diesem dennoch die ihm zum gewünschten Entschlusse treibenden Motive zu suggerieren sucht: Binding und Olschhausen a. a. D., Hälßchner I 407, Merkel 151. Ob „bloße Anreizungen“ (Merkel a. a. D.) genügen, ist Sache tatsächlicher Auslegung: Olschhausen a. a. D.; RG. 26./6. 05 C. 38 133.

b) Welche Wirkung die Aufforderung auf den Aufgeförderten ausübt, ist für die Strafbarkeit der Aufforderung gleichgültig. Die Strafbarkeit der Aufforderung erfüllt sich ausschließlich in der Person des Auffordernden. Die Aufforderung ist somit strafbar, wenn der Wille des Auffordernden darauf gerichtet ist, das Verbrechen solle ausgeführt werden, und er der Meinung war, die von ihm zu diesem Behufe geäußerte Tätigkeit werde sich wirksam erweisen, bzw. die von ihm dem Aufgeförderten gewährten Vorteile würden ihren Eindruck auf denselben nicht verschleuen: Olschhausen N. 5 Abs. 3; RG. 16./4. 83 C. 8 229, 24./3. 87 C. 15 359, 13./12. 10 C. 44 172. Sie ist also auch dann strafbar, wenn der Aufgeförderte zur Verübung des Verbrechens bereits entschlossen ist, nicht erst durch die Aufforderung zum Entschlusse bestimmt wird, der omni modo paratus: Binding Lehrb. II 862, Hälßchner I 408, Olschhausen a. a. D.; a. M. Frank N. II 2b.

c) Schon aus dem Erfordernis des Dolus ergibt sich, daß die Aufforderung eine ernstlich gemeinte sein muß, ernstlich in dem Sinne, daß der Andere zur wirklichen Verübung der Tat bestimmt werden soll. Dies wird allgemein anerkannt: Binding Lehrb. II 862, Frank N. I 1, Hälßchner I 411, v. Liszt 568, Meyer-Alsfeld 210, Olschhausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 9, 10. Ist die Aufforderung nicht ernstlich gemeint, so ist sie auch dann nicht strafbar, wenn der Aufgeförderte sie für ernstlich gemeint hält: RG. 31./3. 80 C. I 338. Umgekehrt ist sie strafbar, wenn der Aufgeförderte sie für nicht ernstlich hält, während der Auffordernde sie ernstlich gemeint hat. Wenn Binding a. a. D. meint, der ernstgemeinten Aufforderung

siehe diejenige gleich, die nach des Auffordernden Absicht den Eindruck der Ernsthaftigkeit machen solle, und Lisshausen a. a. O. diese Meinung für zu weit gehend erachtet, so ist das wohl mehr ein Streit mit Worten: wer es will, daß seine Aufforderung als ernstgemeinte aufgefaßt werde, will ja den verbrecherischen Entschluß bei dem Anderen hervorrufen, oder aus welchem anderen Grunde soll sie als ernstgemeinte gelten?

d) Daß die Person des Auffordernden dem Aufgeforderten bekannt sei, ist nicht nötig; somit genügen bei der schriftlichen Aufforderung anonyme oder pseudonyme Schriftstücke: Binding Lehrb. II 862, Lisshausen N. 11 Abf. 3; RG. 29./1. 03 C. 36 228.

e) Ebenso braucht der Aufgeforderte weder dem Auffordernden bekannt, noch auch nur eine individuell bestimmte Person zu sein. Die Aufforderung kann sich richten an eine größere oder geringere Menschenmenge oder allgemein, z. B. durch eine Zeitungsannonce, an das Publikum. Richtet sie sich aber öffentlich an eine Menschenmenge, so liegt das Delikt des § 111 Abf. 2 vor, wobei der Auffordernde wunderbarerweise mit einer erheblich leichteren Strafe bedroht ist. Wenn Lisshausen § 110 N. 11 Abf. 2 die Aufnahme der Annonce in die Zeitung als ein nach § 110 strafbares Verbreiten usw. von Schriften ansieht und daher § 110 angewendet sehen will, so überieht er, daß wohl § 111, nicht aber § 110 von einer Aufforderung zu einer strafbaren Handlung spricht.

6. Das zweite Delikt ist die Annahme der Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen. Sie kann mündlich, schriftlich und durch schlüssige Handlungen erfolgen: Binding Lehrb. II 866, Hälschner I 409. Endlich muß auch sie ernstlich gemeint sein: Geyer, S. IV 154, Hälschner a. a. O., Lisshausen N. 7 Abf. 2; RG. 13./12. 10 C. 44 172. Ob in der Nichtablehnung eine Annahme liegt, ist Sache der tatsächlichen Erwägung. Annahme unter einer Bedingung ist Ablehnung, verbunden mit einer Aufforderung.

7. Das dritte Delikt ist das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen. Es erfolgt durch die an einen Anderen gerichtete Erklärung, ein bestimmtes Verbrechen unter der Bedingung begehen zu wollen, daß der Andere das Erbieten annimmt. Es ist also gewissermaßen eine Aufforderung an den Oblaten, seinerseits den Offizianten aufzufordern. Daher findet, wenn es öffentlich vor einer Menschenmenge oder durch Verbreiten usw. von Schriften usw. stattfindet, § 111 Anwendung. Die Ausführungen unter N. 5 finden auch hier Anwendung.

8. Das vierte Delikt ist die Annahme des Erbietens zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen. Die Ausführungen unter N. 6 und insofern auch unter N. 5 finden auch hier Anwendung.

9. Das Erfordernis der Ernsthaftigkeit ist ein unumgängliches. Ist das Auffordern, das Erbieten schriftlich, also in räumlicher Fixierung erfolgt, so ist nicht bloß seine Existenz ohne weiteres beweisbar, sondern auch eine wichtige Handhabe für den Beweis der Ernstlichkeit gegeben. Ist die Erklärung eine nicht schriftliche, also mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgt, so ist das Zeugnis nicht bloß wie jedes Zeugnis ein mehr oder minder subjektives, sondern es steckt in ihm regelmäßig ein Urteil, nämlich ein Urteil über die Ernstlichkeit oder Nichternstlichkeit. Das gleiche gilt von der Annahme. Um den Beweis der Ernstlichkeit zu erleichtern, zugleich um böswilligen Denunziationen und leeren Klatschereien einen Damm entgegenzusetzen, ist der dritte Absatz zugefügt.

a) Zunächst müssen die sämtlichen, oben erörterten Voraussetzungen der Strafbarkeit vorliegen. Insbesondere das Erfordernis der Ernstlichkeit. Auch bei den schriftlichen und bei den an die Gewährung von Vorteilen geknüpften nichtschriftlichen Erklärungen hat der Richter die Ernstlichkeit festzustellen: Lisshausen N. 12 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff N. 4 Abf. 2, Schüge Anhang 10. Wenn Hälschner I 411 dies dahin formuliert, daß die auf solche Art der Willenserklärung basierte Präsumtion ihrer Ernstlichkeit den Gegenbeweis, sie sei gleichwohl nicht ernstlich gemeint gewesen, nicht ausschließe, so überieht er, daß das Strafrecht weder Präsumtionen noch eine Verteilung der Beweislast kennt.

b) Das lediglich mündliche Auffordern und Erbieten sowie die Annahme eines solchen ist nur dann strafbar, wenn das Auffordern und Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft ist. Das „lediglich mündlich“ bedeutet nur den Gegenatz zur Schriftlichkeit, umfaßt also auch die konkludenten Handlungen: Binding Lehrb. II 868, Frank N. II 3, Mener-Altsfeld 209, Lisshausen N. 11 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 12./11. 80 C. 3 30. Dagegen meint v. Liszt 568, den Gegenatz bilde nicht nur das schriftliche, sondern jedes auf irgendeine Weise verstärkte Auffordern und Erbieten, welches die Ernstlichkeit des Entschlusses unzweifelhaft erkennen lasse, z. B. bei Verstärkung durch Einhändigung von Begehungsmitteln. Diese Ansicht verwechselt das „lediglich“ mit „nur“ und ist unbedingt irrig: Binding a. a. O., Lisshausen N. 14 Rüdorff-Stenglein N. 13; RG. a. a. O. und 24. 1. 84 C. 6

45. Geyer, *H. S.* IV 157, Hälschner I 411, Schütze Anhang 10 stellen die konkludenten Handlungen der Schriftlichkeit gleich.

Das in Schrift oder anderen bleibenden Zeichen, z. B. Telegramm, ausgedrückte Auffordern und Erbieten ist ohne diese Bedingung strafbar.

Die Strafbarkeit der Annahme ist an keine bestimmte Form der Erklärung geknüpft. Die Annahme muß nach der Ansicht Bindings Lehrb. II 868/869 mit der Aufforderung, dem Erbieten korrespondieren, also, wenn diese nicht schriftlich sind, auch eine Annahme der Vorteile sein. Aber die Annahme wird nicht dadurch zu einer Ablehnung, daß die Aufforderung angenommen, die Vorteile aber zurückgewiesen werden; auch genügt zum Gewähren schon ein Versprechen, Stellen in Aussicht: Meyer-Altfeld 211 R. 15, Dshaujen R. 16 Abf. 2. Verlangt beim Erbieten der Differenz Vorteile, so ist es nur dann angenommen, wenn auch die Gewährung des verlangten Vorteils vom Annehmenden bewilligt wird: Meyer-Altfeld a. a. O. R. 16.

c) Das Gesetz verlangt nicht Vermögensvorteile, sondern Vorteile irgendwelcher Art, also die Gewährung von etwas, wodurch die Lage des Anderen als eine vorteilhaftere erscheint, einerlei, ob der Vorteil ein materieller oder ideeller ist. Dies ist die gemeine Ansicht, vgl. Dshaujen R. 15 Abf. 1, wogegen Binding Lehrb. II 720, 869 und Frank R. II 3 eine, wenn auch nur vorübergehende, so doch objektiv meßbare Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage verlangen. Daß der Vorteil den persönlichen Verhältnissen des ihn Gewährenden und der Schwere des zu verübenden Verbrechens proportional sei, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 869 R. 2, Meyer-Altfeld 210, Dshaujen R. 15 Abf. 3; RG. 2./1. 86 C. 6 2, 23./2. 82 C. 6 67, 24./3. 87 C. 15 359. Somit ist kein Gewähren von Vorteil das Versprechen, für das Nichtentdecktwerden sorgen oder zur Flucht behilflich sein zu wollen: RG. 27./8. 91 C. 22 94, oder die Verabreichung der Mittel zur Ausführung des Verbrechens, z. B. die Einhandigung von falschem Gelde zur Vorausgabung: Dshaujen R. 15 Abf. 4, Rüdorff-Stenglein R. 13; RG. 12./11. 80 C. 3 30, 24./1. 84 C. 6 45, siehe R. b. Wohl aber ist ein Vorteil im Sinne der Vorschrift das Versprechen, der Andere solle ein besseres Leben haben, dürfe des Morgens später zur Arbeit kommen: RG. 24./3. 87 C. 15 359; das Versprechen der Ehe: RG. 25./11. 80 C. 3 63; der durch Weichlaßgestattung erzielte sinnliche Genuß: RG. 5./11. 83 C. 9 166. Der Vorteil kann sogar seinem Betrage oder seinem Gegenstande nach ein unbestimmter sein, z. B. Versprechen, „etwas dafür zu geben“: RG. 2./1. 82 C. 6 2.

Derjenige Vorteil, den der andere erst durch die Begehung oder Mitbegehung des Verbrechens realisieren soll, ist kein Vorteil im Sinne des § 49a, vielmehr wird ein für die Verübung des Verbrechens in Aussicht gestellter selbständiger, von der Verübung des Verbrechens unabhängiger Gewinn erfordert: Binding Lehrb. II 869, Merkel 151, Meyer-Altfeld 210 R. 6, Dshaujen R. 17; RG. 24./1. 84 C. 10 3, 27./8. 91 C. 22 94, 29./8. 99 C. 32 267.

Ob der Vorteil nach den konkreten Verhältnissen geeignet ist, auf den Willen des Anderen einzuwirken, kann zwar für die Entscheidung darüber, ob die Aufforderung, das Erbieten ernstlich gemeint war, von Wichtigkeit sein, ist aber für das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des Vorteils unerheblich: Dshaujen R. 12 Abf. 2; RG. 2./1. 82 C. 6 2, 24./1. 87 C. 15 359.

d) Gewähren ist Geben, Versprechen, Stellen in Aussicht. Es liegt auch dann vor, wenn der Gewährende gar nicht beabsichtigt, die Vorteile wirklich zu verschaffen, oder wenn er sogar weiß, das Verschaffen sei unmöglich, denn der Ausdruck „Gewähren“ bedeutet nicht das Darbieten einer objektiven Sicherheit dafür, daß der Vorteil demnächst auch werde realisiert werden: Binding Lehrb. II 869, Meyer-Altfeld 210, Dshaujen R. 16, Rüdorff-Stenglein R. 11; RG. 25./11. 80 C. 3 63, 24./1. 84 C. 10 3, 24./3. 87 C. 15 359. Bei der Aufforderung geht die Gewährung von dem Auffordernden aus, bei dem Erbieten von dem Differenten: RG. 21./1. 95 C. 26 420 (ein von Binding Lehrb. II 870 R. 1 und Geyer *H. S.* IV 158 bestrittener „allerdings „schwer zu konstruierender Fall“) oder von dem Ublaten: Meyer-Altfeld 211, Dshaujen R. 16; RG. 21. 1. 95 C. 26 420. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Gewährende eine dritte Person ist, die, wenn mit Bewußtsein handelnd, Teilnehmer an dem Delikt des § 49a wäre: RG. 2./7. 80 C. 2 153. Ebenso kann die Person, welcher gewährt werden soll, unbestimmt sein: Dshaujen R. 16 Abf. 2.

10. An den Delikten des § 49a können Dritte sich als Mittäter, Anstifter, Gehilfen beteiligen: Binding Lehrb. II 862, Frank R. IV, Geyer *H. S.* IV 160, v. Riez 568, Merkel 152, Meyer-Altfeld 210 R. 12, Dshaujen R. 18 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein R. 15, v. Schwarze R. 4, 10; a. M. Schütze Anhang R. 11. Dagegen ist eine Aufforderung zur Aufforderung nicht möglich, weil die Aufforderung auf die Verübung eines Verbrechens abzielt, selbst aber nur ein Vergehen ist.

11. Die Delikte des § 49a sind Vergehen, die Bestrafung des Versuchs ist vom Gesetz nicht angeordnet, somit nach § 43 Abf. 2 der Versuch straflos und strafbar nur das vollendete Delikt.

Die Erklärung der Aufforderung, des Erbietens, der Annahme, wie möge eine ausdrückliche oder symbolische sein, ist eine empfangsbedürftige und muß, weil der Dolus sich auch auf dieses

Tatbestandsmoment erstreckt, mit dem Willen des Erklärenden, unter kauzalener Zurückführung der Kenntnisaufnahme auf die Tätigkeit des Erklärenden, zur Kenntnisaufnahme des anderen Teils gelangt sein, widrigenfalls das Delikt nicht vollendet ist: Binding Lehrb. II 865, 866, 867, Frank N. VI, Geber S. S. IV 153 (a. M. wegen der Annahme), Hälschner I 408, 409, v. Liszt 568, Meyer-Walfeld 210, Olshausen N. 6 Abs. 2, 7 Abs. 1, Müddorf-Stenglein N. 8; MG. 4./6. 97 E. 30 142, 29./1. 03 E. 36 228. Die Kaufalität ist durchbrochen, wenn die — schriftliche — Erklärung etwa von einer Behörde aufgegriffen und von dieser mitgeteilt wird. Verhindert der Erklärende selbst die Kenntnisaufnahme, so liegt nur ein strafloser Versuch vor.

Ist die Kenntnisaufnahme erfolgt, so ist das Delikt vollendet und kann durch keine Gegenwirkung des Erklärenden rückgängig gemacht werden: Berner 173, Olshausen N. 6 Abs. 2.

Wenn das Verbrechen, auf dessen Verübung die Erklärung abzielt, sei es auch nur als versuchtes, begangen wird, so wird der Erklärende nicht mehr auf Grund des § 49a, sondern je nachdem als Täter, Anstifter, Gehilfe bestraft. Wenn im Stadium des Versuches ein Rücktritt des Täters nach § 46 erfolgt, durch welchen der Täter straflos wird oder nur wegen des durch die Versuchshandlung begangenen Vergehens oder Übertretung strafbar bleibt, so wirkt dies nur für den Verübenden persönlich, nicht aber für den anderen Teil, dessen Strafbarkeit nach § 49a wiederum aufwacht: Frank N. II 2c, Hälschner I 409, Oppenhoff-Delius N. 4. Ist der Annehmende der zurücktretende Versucher, so ist er nach Binding Lehrb. II 865 und Olshausen N. 2 Abs. 1 auch frei von der Strafe des § 49a, weil das Strafloswerden der Täterhandlung auch im Sinne des § 46 das Strafloswerden der Vorbereitung der Täterschaft bedeute. Hiergegen wendet Hälschner I 409 mit Recht ein, daß die Annahme weder eine Verübung noch eine Vorbereitung des Verbrechens und zudem als Delikt mit der erfolgten Erklärung vollendet sei.

12. Der § 49a bezieht sich nur auf die Verübung von Verbrechen. Daher hat die Landesgesetzgebung bezüglich der Verübung von Vergehen und Übertretungen allgemein freie Hand: Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 19. Wenn Binding Lehrb. II 861 N. 3 dies nach dem Auslegungsgrundsatz bestreitet, daß überall da, wo das Reichsgesetz nur die qualifizierte Form mit Strafe bedroht, die mildere straflos zu bleiben hat (vgl. GG. § 2 N. 8 Abs. 1), so überzieht er, daß Vergehen und Übertretung nicht mildere Formen des Verbrechens, sondern wie dieses Deliktsgattungen sind.

13. Die Verjährung der Strafverfolgung erfolgt nach § 67 Abs. 2 in fünf Jahren und beginnt für jedes der vier Delikte mit dem Tage seiner Vollendung.

§ 50.

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.

1. Das Strafrecht kennt eine Reihe Delikte, bei welchen entweder die Strafbarkeit überhaupt oder die Größe der Strafbarkeit durch die — besonderen, wie Binding Grundr. 174 richtig hinzufügt, — persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse des Täters bedingt ist. Die Eigenschaften, d. h. die Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen, sind im Gegensatz zu den Verhältnissen, d. h. den Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend-einem Dinge, dauernder Natur, was jedoch nicht identisch ist mit lebenslänglicher Dauer: MG. 20./5. 81 E. 4 184. Derjenige Täter, welcher diese Eigenschaft besitzt, in diesem Verhältnis steht, ist je nachdem strafbar oder nicht strafbar und im ersteren Falle bald mehr bald weniger strafbar. Dies gilt für jeden Täter, den unmittelbaren wie mittelbaren, Allein- wie Mittäter.

Bei den einzelnen Delikten sind die gesetzlichen Strafdrohungen nur gegen den Täter gerichtet, berücksichtigen nur seine persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. Nun können sich aber an einem Delikt auch Mittäter beteiligen, nämlich die Teilnehmer der §§ 48, 49, der Anstifter und Gehilfe. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme folgt, daß die Eigenschaften und Verhältnisse, welche beim Täter vorliegen, auch dem Teilnehmer zuzurechnen, d. h. bei der Frage nach seiner Strafbarkeit in Berücksichtigung zu ziehen sind, mögen sie auch beim Teilnehmer selbst nicht vorhanden sein, dagegen wie nicht dem Täter, so auch nicht dem Teilnehmer zuzurechnen sind, wenn sie nur beim — zweiten — Teilnehmer vorliegen. Z. B. wenn jemand die Mutter anstiftet, ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt zu töten, wären beide nach § 217, wenn aber die Mutter den Dritten anstiftet, beide nach §§ 211 oder 212 zu bestrafen. Dieses Beispiel zeigt aber klar, daß bei strenger Durchführung der Akzessorität in zahlreichen Fällen

gegen den Grundsatz der Gerechtigkeit verstoßen wird, jeden lediglich nach dem Grade seiner eigenen Verschuldung zu strafen, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet. Daher greift die Bestimmung des § 50 mit einer gewichtigen Einschränkung ein.

Zu beachten ist dabei die fehlerhafte Terminologie des Gesetzes. Denn obgleich unter den „Teilnehmern“ auch der Mittäter genannt ist, darf die Bestimmung nur auf die Teilnehmer im engeren Sinne, auf Anstifter und Gehilfen, bezogen werden. Die Mittätererschaft ist nur eine Form der Täterschaft, der Mittäter ist echter Täter, bei ihm müssen daher sämtliche Eigenschaften oder Verhältnisse vorhanden sein, welche für die Strafbarkeit und deren Maß vorausgesetzt werden. Inkorrekt ist auch der Ausdruck „zuzurechnen“, weil das Gesetz nicht die Zurechnung zur Schuld, sondern die Berücksichtigung dieser Strafbarkeitsmerkmale bei der Bestrafung vorschreibt: Bindung, Grund. 173.

2. Die akzessorische Natur der Teilnahme wird festgehalten bei denjenigen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, durch welche die Strafbarkeit an sich bedingt, durch welche sie also begründet oder ausgeschlossen ist. Liegen diese bei dem Täter vor, so sind sie auch dem Teilnehmer, dessen Wissenschaft vorausgesetzt, zuzurechnen, wogegen sie weder dem Täter noch dem Teilnehmer zuzurechnen sind, wenn sie sich nur bei dem letzteren vorfinden. Daher liegt strafbare Anstiftung zu einem Amts-, einem Militärdelikt auch dann vor, wenn der Anstifter kein Beamter, keine Militärperson ist. Vgl. RG. 29./4. 86 C. 14 102, 19./6. 91 C. 22 51, 5./4. 94 C. 25 234, 10./3. 03 C. 36 148; oben Abschn. III R. 4, § 47 2d, 10c, § 48 R. 1a, 2d, § 49 R. 3d. Ist der Strafausschließungsgrund ein höchstpersönlicher, rein individueller, ohne den Deliktscharakter der Handlung zu berühren, verhindert er also unbeschadet desselben nur die Ausübung des staatlichen Strafrechts, z. B. die Monarchenqualität, so wirkt er auch nur bezüglich desjenigen Beteiligten, bei welchem er sich vorfindet, mag dieser Täter oder Teilnehmer sein: Frank R. II, Abschn. IV R. 4, v. Liszt 190, Meyer-Malfeld 192, Olshausen R. 3; vgl. oben § 3 R. 4 Abs. 2. Ebenso wirken die Strafaufhebungsgründe, z. B. der Rücktritt vom Versuch § 46, falls nicht das Gesetz, wie z. B. in § 204, ausdrücklich das Gegenteil bestimmt, nur zugunsten desjenigen, in dessen Person der Grund zutrifft: v. Liszt 283, Meyer-Malfeld a. a. D.

3. Wenn aber das Gesetz die Strafbarkeit des Delikts nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände, welche also nicht konstitutive, sondern strafändernde sind, nach der den Grundsatz der Akzessorietät insoweit aufhebenden Bestimmung des § 50 wie nur dem Täter, so auch nur demjenigen Anstifter oder Gehilfen zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen. Werden die möglichen Fälle an der Hand des obigen, auch von den Motiven herangezogenen Grundsatzes geprüft, daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll, so ist mit Bindung Grundr. 175 aus § 50 der ungesetzte Rechtsatz zu abstrahieren: wo das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters erhöht oder vermindert, soll eine entsprechende Straferhöhung oder Strafminderung bei dem Anstifter oder bei dem Gehilfen eintreten, wenn in deren Person die gleichen Tatumstände vorliegen, und zwar auch dann, wenn diese Umstände beim Täter fehlen. Wie die Strafe des Täters unberührt bleibt von den in der Person des Teilnehmers vorhandenen Umständen, so sind die Teilnehmer, bei welchen die Umstände vorliegen, nach demjenigen Gesetze zu bestrafen, nach welchem der Täter zu beurteilen wäre, wenn sie bei ihm vorlägen, wogegen die Umstände, wenn sie nur beim Täter vorliegen, auf die Strafe der Teilnehmer und zwar selbst dann einflußlos sind, wenn diese darum gewußt haben. Wie also die Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, nach § 217, der fremde Allein- oder Mittäter nach §§ 211 oder 212, so wird die an der Tötung teilnehmende Mutter nach §§ 217 und §§ 48 oder 49, der fremde Teilnehmer nach §§ 211 oder 212 und §§ 48 oder 49 bestraft: RG. 8./5. 80 C. 2 153.

4. Wegen mehrerer der im StGB. benannten besonderen Tatumstände herrscht Streit. So nehmen Berner 171, 310, 516, Olshausen R. 3, Schütte 147 R. 12 an, daß jugendliches Alter (§ 57) und Rückfälligkeit (§§ 244, 250 Nr. 5, 261, 264), Bindung Grundr. 174, daß Rückfälligkeit nicht hierher gehören. Nach der gemeinen, jedenfalls richtigen Ansicht gehören beide hierher: Frank R. II 1 (Rückfall), v. Liszt 231, Merkel 138, Meyer-Malfeld 191 R. 40, Rüdorff-Zeiglein R. 2 Abs. 2, v. Wächter 253, 257 R. 8; RG. 23./9. 80 C. 2 261, 20./5. 81 C. 4 184, 9./1. 93 C. 23 378. Ebenso nimmt Bindung a. a. D. gegen die gemeine Ansicht und die Praxis des Reichsgerichts (z. B. 20./5. 81 C. 4 184, 18./4. 94 C. 25 266, 22./6. 94 C. 26 3; vgl. unten § 73 R. 4d) an, daß die Eigenschaft des gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Handelns nicht eine persönliche, sondern eine Handlungseigenschaft sei.

Nicht zu den persönlichen Eigenschaften, weil der Dauer ermangelnd, gehört der verbrecherische Wille. Der Teilnehmer bedarf daher beim Betrüge nicht der gewinnüchtigen Absicht, deren Vorhandensein beim Täter er allerdings kennen muß: Rüdorff-Zeiglein R. 4. Auch die über-

legung, welche bei der Majestätsbeleidigung (§§ 95, 97, 99, 101) und beim Mord (§ 211) erfordert wird, ist, ohnehin nicht von dauernder Natur, keine Eigenschaft, sondern eine die Gründe für und gegen die Handlung abwägende geistige Tätigkeit. Sie muß daher zwar beim Täter, nicht aber beim Teilnehmer vorhanden sein, welchem sie wiederum nur zuzurechnen ist, wenn er ihr Vorhandensein beim Täter kennt: Binding Lehrb. I 28 und Grundr. 174, Geyer S. 5. IV 162, Merkel 307 („eine anstößige Konsequenz davon, daß ein subjektives Moment zu einem Artrmerkmal erhoben ist“), Meyer-Allfeld 192 N. 41, Olshausen N. 5a, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4. Dagegen Berner 288, 516 (auf Grund seiner unklaren Dolustheorie), Fingler I 363, Hälschner I 439 N. 1 und v. Liszt 232 ziehen die Überlegung unter § 50. Endlich Frank § 211 N. II hält beim Todschatz an der strengen Akzessorietät der Teilnahme fest, wogegen beim Morde diejenigen Teilnehmer, welche mit Überlegung, nach § 211, welche ohne Überlegung gehandelt hätten, nach § 212 zu bestrafen seien.

Die sog. „mildernden Umstände“ sind ein von § 50 unabhängiger Strafzumessungsgrund, bei dessen Anwendung die besonderen Tatumstände des § 50 in keiner anderen Weise in Betracht kommen als alle sonstigen für die Strafzumessung maßgebenden tatsächlichen Umstände: Olshausen N. 2b, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 3, 4.

5. Auf die Delikte des § 49a und auf die Begünstigung findet, da diese nicht Formen der Teilnahme sind, § 50 keine Anwendung.

Vierter Abschnitt.

Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern.

1. Die Überschrift ist zu eng, weil der Abschnitt auch Schuldausschließungsgründe, zu weit, weil er nicht alle Gründe der Ausschließung und Milderung umfaßt.

Man unterscheidet nämlich:

- a) Schuldausschließungsgründe, d. h. solche Umstände, wegen deren trotz des Vorhandenseins des objektiven Tatbestandes eine Handlung im strafrechtlichen Sinne gar nicht vorliegt, also ein strafrechtlicher Anspruch des Staates gar nicht entsteht;
- b) Strafausschließungsgründe, d. h. solche Umstände, welche die Realisierung des entstandenen strafrechtlichen Anspruchs verhindern;
- c) Strafaufhebungsgründe, d. h. solche Umstände, welche den entstandenen Strafanpruch vernichten;
- d) Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, d. h. solche Umstände, bei welchen ein Überschreiten des vom Gesetz aufgestellten ordentlichen Strafmaßes nach oben oder nach unten — qualifiziert, privilegiert — geboten oder zulässig ist.

In diesem Abschnitt werden mehrere Schuld- und Strafausschließungsgründe sowie ein Strafmilderungsgrund dem Charakter des ersten Teils entsprechend behandelt, soweit sie bei allen Delikten in Betracht kommen können.

2. Der einzige allgemeine Strafmilderungsgrund des StGB. ist das jugendliche Alter. Außerdem hat das StGB. aus dem Preuß. StGB., welches wiederum dem Französischen Strafrecht gefolgt war, die „mildernden Umstände“ herübergenommen, indem es bei zahlreichen Einzeldelikten für den Fall „mildernder Umstände“ eine mildere Bestrafung vorsieht, sie teils befehlend, teils zulassend. Die Auswahl der Einzeldelikte und das gezeigte mildere Strafmaß macht einen geradezu willkürlichen Eindruck. Das System der mildernden Umstände, wenn man überhaupt bei dieser „absoluten Fronte auf alle gesetzlichen Straftätere“ (Rößlin), bei diesem „vom Auslande importierten Krankheitsstoff“ (Schütze) von einem System sprechen kann, hat mit Recht — siehe die kurze Zusammenfassung der Hauptgründe bei Schütze 183 N. 9 — die allgemeine Stimme gegen sich. Für die Beibehaltung sind Berner 286 und Meyer-Allfeld 339, welcher letztere allerdings einräumt, daß die mildernden Umstände der Sache nach nichts anderes als Strafzumessungsgründe sind.

Was als mildernde Umstände anzusehen, ist dem Ermessen des Richters überlassen. Sie können daher auch in solchen Tatsachen gefunden werden, die vor der verübten Tat liegen, und in solchen, die ihr nachgefolgt sind. Jedoch dürfen irgendwelche Rücksichten, die für das Maß der Verschuldung und deshalb auch für den Tatbestand des zu strafenden Deliktes völlig indifferent sind, niemals als mildernde Umstände betrachtet werden: Hälschner I 649. Richter ist der Richter der Tatfrage, im schwurgerichtlichen Verfahren also die Geschworenen, wobei die Frage ganz allgemein zu stellen und nicht dahin zu beschränken ist, ob bei Verübung der Tat mildernde Umstände vorgekommen seien: RG. 24./2. 90 C. 20 266.

Für die Strafzumessung ist zu beachten, daß für eine Reihe von Delikten das Gesetz einen den Mindestbetrag der ordentlichen Strafe übersteigenden Höchstbetrag der bei der Ausnahme

mildernden Umstände zu erkennenden Strafe feststellt. Reichlich scharf bezeichnet Rüdorff-Stenglein S. 33 dies als „simulös“, weil jeder verständige Richter unter dem Mindestbetrag der ordentlichen Strafe bleiben werde.

Vgl. Oshausen N. 13–18 und Rüdorff-Stenglein S. 31–33.

§ 51.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

1. Zurechnungsfähigkeit im strafrechtlichen Sinne ist die Fähigkeit, zwischen Begehung und Unterlassung einer strafbaren Handlung zu wählen, und Zurechnung ist das Urteil, daß jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung zurechnungsfähig gewesen, daher für das von ihm Getane verantwortlich ist. Diese Fähigkeit ist nur dann vorhanden, wenn der Täter sowohl die Beschaffenheit und Folgen seiner Handlung zu erkennen als auch sich für die Begehung und Nichtbegehung der Tat aus Gründen zu entscheiden vermag. Er muß, nach dem üblichen zusammenfassenden Ausdruck, Willensfreiheit besitzen. Erst wenn der Besitz der Willensfreiheit feststeht, ist an die zweite Frage heranzutreten, ob der Täter vorzüglich oder fahrlässig gehandelt hat. Ist er nicht im Besitz der Willensfreiheit, so ist er für seine Tat nicht verantwortlich. Im strafrechtlichen Sinne liegt dann überhaupt keine Handlung vor. Vgl. unten N. 7.

Das Gesetz hat die Formel „Ausschließung der freien Willensbestimmung“ als die relativ beste gewählt. „Das Recht des Staates“, so heißt es in den auf ein Gutachten der Preuß. Wissenschaftlichen Deputation für Medizinalwesen gestützten Motiven, „das Recht des Staates, gegen den Verbrecher nicht bloß Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen, sondern ihn zu strafen, beruht auf dem allgemeinen menschlichen Urteil, daß der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gemäß zu handeln. Es kann daher nicht bedenklich sein, diesem allgemeinen Urteile, in welchem die strafrechtliche wie die sittliche Zurechnung ihren Grund hat, in dem Strafgesetzbuch Ausdruck zu geben, wenn es sich darum handelt, die Zurechnungsfähigkeit oder ihre Ausschließung näher zu normieren. Es darf namentlich nicht befürchtet werden, daß dadurch die verschiedenen metaphysischen Auffassungen über die Freiheit des Willens im philosophischen Sinne in die Kriminalabhandlungen gezogen werden, denn es ist damit klar ausgesprochen, daß im einzelnen Falle nur untersucht werden soll, ob derjenige normale Zustand geistiger Gesundheit vorhanden sei, dem die Rechtsanschauung des Volkes die strafrechtliche Verantwortlichkeit tatsächlich zuschreibt, während diese letztere Tatsache selbst durch das Gesetz festgestellt und jeder weiteren Erörterung im einzelnen Falle entzogen ist. Sache des leitenden Richters ist es, die hierdurch gezogene feste Grenze nicht überschreiten zu lassen.“

Das Gesetz folgt also der gewöhnlichen Überzeugung, wenn es dem Menschen, so wie er regelmäßig ist, Willensfreiheit zuschreibt, und lehnt es ab, sich in den alten Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus einzumischen. Vgl. Merkel 72 ff. Die Frage nach der Willensfreiheit hat in der rationalen Psychologie den Sinn: worin liegt der letzte Grund, der den menschlichen Willen und dadurch das menschliche Handeln bestimmt? Der Indeterminismus antwortet: in dem menschlichen Willen selbst; der Determinismus: außerhalb des Willens in einer in bezug auf den Willen äußeren Kausalität. Der konsequente Determinismus vollendet sich zum Fatalismus, nach dessen Ansicht alles, was ist und was geschieht, also auch die menschlichen Willensäußerungen auf eine unabänderliche Weise von irgend einem alles bestimmenden Grunde der Welt ursprünglich vorherbestimmt oder prädestiniert sind. Beide Ansichten gehen von unbestreitbaren psychologischen Tatsachen aus, und keine vermag die andere zu widerlegen, weil jede das Grundprinzip der anderen bestrittet. Ja, man muß sogar einräumen, daß der Determinismus stärker ist; denn er ist, wenn konsequent ausgebildet, in sich vollkommen klar und ohne Widerspruch. Wenn er alle Handlungen der Menschen aus ihren inneren geistigen Zuständen mit derselben allgemeingesetzlichen Notwendigkeit hervorgehen läßt wie die physischen Wirkungen aus ihren blinden Ursachen, so gibt es nur eine einzige Tatsache, welche uns zu der zwar nicht beweisbaren, aber starken und unmittelbaren Überzeugung führt, daß es sich mit den Handlungen anders verhalte als mit diesen Wirkungen, nämlich das Gefühl der Reue und der Selbstverdammung.

Daß derjenige, dem die ganze Verwandlung des menschlichen Lebens in ein verdienst- und schuldloses Ziel determinierter Kräfte gefällt, theoretisch nicht zu widerlegen ist, gilt auch bezüglich der Anwendung des Determinismus auf das Strafrecht. Daß der Determinismus

mit dem Strafrecht ganz unvereinbar, die Bestrafung eines durch ein aus längster Hand unwiderrstehliches Geschick zur Verübung der Straftat unausweichlich Gezwungenen die höchste Ungerechtigkeit ist, bestreiten die Deterministen natürlich ebenso lebhaft wie den Vorwurf, daß sie selber an ihre Lehre nicht glauben. Um so gerechtfertigter ist jedoch der Vorwurf. Wenn ein Mörder an den Deterministen mit der Behauptung herantritt: „Ich bin vom Schicksal bestimmt, dich zu töten, und du bist verpflichtet, dieser Schicksalsbestimmung zu gehorchen“, so wird der Determinist die Bestimmung und die Verpflichtung bestreiten, er wird erwidern, daß ihm seinerseits vom Schicksal bestimmt sei, sich gegen den Mörder zu verteidigen, und wird dadurch dem Indeterministen das zwar plumpe, aber in diesem Falle völlig zutreffende *argumentum ad hominem* in die Hand geben, welches Loge in seinen Vorlesungen über die praktische Philosophie mit Vorliebe gebrauchte. Wenn es nämlich von irgendeinem Urgrund alles Daseins bestimmt ist, daß der Mörder seinen Nebenmenschen ermordet, so ist es nicht weniger bestimmt, daß der Staatsanwalt ihn anklagt, der Richter ihn verurteilt, der Scharfrichter ihn köpft. Damit ist für das Strafrecht der Determinismus beseitigt.

Was endlich die Lehre des Italieners Lombroso betrifft, so vgl. außer Bindings Grundr. Vorrede die vortrefflichen kleinen Schriften von Birkenmeyer: Was bleibt nach v. Liszt von dem Strafrecht übrig? München 1906, und von Frank, Vergeltungs- und Schutzstrafe. Die Lehre Lombrosos, Tübingen 1908. Sie ist keineswegs neu. Schon Holbach erklärt 1770 in seinem berühmten *Système de la Nature*: „Die Bösen sind Wahnsinnige, und gegen diese haben die anderen das „Recht sich zu verteidigen“. Und Voltaire, indem er die unverrückbare Festigkeit und Ewigkeit von Tugend und Sitte mit eindringlichster Schärfe betont, repliziert in der Schrift *Il faut prendre parti*: „Laster bleibt Laster wie Krankheit Krankheit; der Übeltäter hat die Folgen seiner Untat „zu tragen wie der Kranke die Folgen seines Leidens“. Bei gänzlichem Mangel an Verständnis für die Aufgaben des Strafrechtes sehen Lombrosos Schriften, nach denen auch die Tiere Verbrechen begehen können, philosophisch nicht höher als die Schriften der Deutschen Büchner, Vogt, Häckel und ähnlicher philosopheluden Materialisten. Auch ohne mit Kant zu behaupten, daß „der „Fußsteig der Freiheit der einzige, auf welchem es möglich ist, von der Verunreinigung bei unsem „Tun und Lassen Gebrauch zu machen; daher wird es der subtilsten Philosophie unmöglich, die „Freiheit hinwegzuvernünfteln“, oder mit Fichte, daß „das Sittenverderbnis großenteils aus dem „angenenommenen Satz der Notwendigkeit aller Handlungen entspringt“, wird man die Lombrososche Lehre schon deshalb verwerfen müssen, weil sie auf einer Verwechslung des praktischen Begriffs der Freiheit mit dem metaphysischen beruht. Im praktischen Leben versteht man unter Freiheit die Unabhängigkeit des Willens von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit, in der Metaphysik dagegen das Vermögen, einen Zustand von selbst anzufangen, dessen Kausalität also nicht wiederum unter einer anderen Ursache steht, welche sie der Zeit nach bestimmte. Das Strafrecht gehört aber nicht der Metaphysik, sondern dem praktischen Leben an.

2. Der erste, Friedbergche, Entwurf enthielt als § 46 nur die Bestimmung:

„Eine Handlung ist als Verbrechen oder Vergehen nicht zu betrachten, wenn die „freie Willensbestimmung des Täters zur Zeit der Tat ausgeschlossen war.“

Gegen diese Formulierung wurde das Bedenken erhoben, daß sie seitens ungebühter Gerichtsärzte eine namentlich in foro ganz unstatthafte Auffassung erleiden und die freie Willensbestimmung leicht schon durch jede Leidenschaft, jeden Affekt u. dgl. als ausgeschlossen angesehen werden könne. Daher wurde schließlich die jetzige Fassung gewählt.

Hieraus ergibt sich folgendes:

a) Die freie Willensbestimmung muß ausgeschlossen sein. Ist sie nur gemindert, so liegt eine strafbare Handlung vor. Die sog. verminderte Zurechnungsfähigkeit bildet nur einen Strafzumessungsgrund oder fällt in besonderen Fällen als „mildernder Umstand“ ins Gewicht: Berner 91, Frank N. I Abs. 6, Liszhausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 92.

b) Sie muß ausgeschlossen sein durch einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit.

c) Sie muß ausgeschlossen sein zur Zeit der Tat.

d) Ist sie ausgeschlossen, so liegt eine Handlung im strafrechtlichen Sinne nicht vor.

3. Die Bewußtlosigkeit muß eine solche sein, daß die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist. Dies ist erforderlich, aber auch genügend. Das Gesetz verlangt nicht völlige Abwesenheit des Bewußtseins. Der völlig Bewußtlose ist nicht einmal fähig, sich willkürlich zu bewegen. Daß bloße Äußerungen des körperlichen Organismus nicht strafbar sind, versteht sich so sehr von selbst, daß das Gesetz es nicht erst auszusprechen braucht. Vielmehr ist unter Bewußtlosigkeit jede geistige Äußerung des Handelns das Bewußtsein soweit untergegangen, daß dem Geist die Erkenntnis des Inhalts und Wesens vorgenommener Handlungen, sei es überhaupt, sei es in bestimmter Richtung, mangelt: RG. 16./1. 82 C. 5 338. Somit sind unter Bewußtlosigkeit die maunigfachen, gewöhn-

sich auf vorübergehenden körperlichen Zuständen beruhenden Erscheinungen der Sinnesstörung (Halluzination, Berausung, Schlaf- und Traumleben, Hypnose, höchste Steigerung der Affekte) zu verstehen. Der Normalfall für die Praxis ist die Betrunktheit. Diese, medizinisch eine akute Alkoholvergiftung, also eine krankhafte Störung, schließt die Zurechnungsfähigkeit in unantastbarer Weise aus, wenn sie einen Grad erreicht, welcher die Sinnesstätigkeit völlig aufhebt und völlige Bewußtlosigkeit herbeiführt. Bei einem geringeren Grade ist daran festzuhalten, daß einerseits nicht jeder Zustand der Trunkenheit die Zurechnungsfähigkeit aufhebt, andererseits aber die Unzurechnungsfähigkeit nicht erst mit der Sinnlosigkeit beginnt. Wenn der Trunkene zwar das Bewußtsein und den Gebrauch seiner Verstandskräfte nicht völlig verloren hat, aber sein Wille die Verstandesoperationen nicht mehr zu beherrschen vermag, diese darum der gesetzlichen Ordnung und des Zusammenhanges entbehren, so liegt im Sinne des Gesetzes ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand der Bewußtlosigkeit vor: Berner 88, Frank N. II 1, Hälschner I 210, v. Liszt 169 N. 8, Merkel 64, Meyer-Altfeld 127/128 („in ihren höheren Graden“), Olshausen N. 7b, Wächter 136. Ob die Trunkenheit eine verschuldete oder unverschuldete, ist gleichgültig. Auch im Militärstrafrecht ist nach MilStGB. § 49 Abs. 2 zwar bestimmt, daß bei strafbaren Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung sowie bei allen in Ausübung des Dienstes begangenen strafbaren Handlungen die selbstverschuldete Trunkenheit des Täters keinen Strafmißderungsgrund bildet, keineswegs ist aber, wie Merkel 64 und Meyer-Altfeld 128 N. 16 meinen, die Anwendung des § 51 ausgeschlossen, welcher ja von einem Strafmißderungsgrund gar nicht handelt: Herz-Ernst 66. N. 9. Wegen die Berücksichtigung des Affekts, soweit er nicht auf krankhaften Zuständen beruht, erklären sich Hälschner I 209 und Schütze 97, weil der Affekt das Bewußtsein zu verdunkeln geeignet sei, die sittliche Pflicht gegenüberstehe, den Affekt mittels der Kraft des freien Willens zu beherrschen. Sie übersehen aber, daß es nur auf die Tatsache der Ausschließung der freien Willensbestimmung, nicht auch darauf ankommt, ob der Ausschließung vom Täter hätte vorgebeugt werden sollen.

4. Zu den Zuständen krankhafter Störung der Geistesstätigkeit gehören an erster Stelle die eigentlichen Geisteskrankheiten (Blödsinn, Wahnsinn). Der Begriff der krankhaften Störung der Geistesstätigkeit ist aber umfassender als der der Geisteskrankheit, indem unter ihm auch gewisse die Geistesstätigkeit nur vorübergehend beeinträchtigende Krankheitszustände fallen, welche nicht ohne Zwang unter die Geisteskrankheiten subsumiert werden können, wie Fieberdelirien, Dämmerungszustände auf epileptischer Grundlage, Vergiftungszustände infolge Genußes mancher Narcotika, die seelischen Zustände der Gebärenden und Neuentbundenen u. ä.: RG. 30./11. 81 E. 7 425. Trotz des Ausdrucks „Störung“ fallen natürlich auch angeborene Geisteskrankheiten unter das Gesetz: Frank N. II 2, Meyer I 103, Olshausen N. 8 Abs. 2. Unter Umständen wird ebenfalls ein gewisser Zustand der Alterschwäche (Altersblödsinn) hierher zu rechnen sein: Singer I 223, Olshausen A. D.

Es gibt, wie Hälschner I 214 mit Recht bemerkt, unzählige zurechnungsfähige Menschen, deren körperlicher Zustand irgendwie krankhaft ist und einen störenden, hemmenden Einfluß auf die Geistesstätigkeit ausübt. Aber das Gesetz verlangt, daß die freie Willensbestimmung nicht lediglich beeinträchtigt, sondern daß sie ausgeschlossen ist. Bei den eigentlichen Geisteskrankheiten ist der Schluß stets gegeben. Und zwar ist der Geisteskrante auch dann allgemein unzurechnungsfähig, wenn die geistige Störung sich äußerlich nur nach einer bestimmten Richtung kundgibt und der Kranke im übrigen zurechnungsfähig zu sein scheint, denn wie das seelische Leben trotz der verschiedenen Formen seiner Tätigkeit ein einheitliches, so ist eine anscheinend nur partielle in Wirklichkeit eine Störung des ganzen Seelenlebens; hierin sind Strafrecht und Psychiatrie sich gegenwärtig völlig einig. Ein Bedenken waltet nur ob bezüglich der sog. lichten Zwischenräume. Berner 86, Meyer-Altfeld 129, Olshausen N. 11b und Rüdorff-Stenglein N. 7 nehmen während dieser lucida intervalla Zurechnungsfähigkeit, v. Schwarze N. 3 und Schütze 94 Unzurechnungsfähigkeit an. In der Tat muß Unzurechnungsfähigkeit angenommen werden, denn die Voraussetzung, daß der Kranke inzwischen geistig gesund gewesen, läßt sich niemals mit Sicherheit feststellen, die demnächst wieder eintretenden Äußerungen Störung sprechen gegen sie, und im Zweifel muß nur ein Nachlassen der krankhaften Erscheinungen angenommen werden. Dem gegenwärtigen Zivilrecht ist der Begriff der lichten Zwischenräume fremd.

5. Andere Zustände als Bewußtlosigkeit und krankhafte Störung der Geistesstätigkeit sind in § 51 nicht genannt. Wegen seines unzweideutigen Wortlautes ist es ausgeschlossen, seine Bestimmung im Wege der Analogie auf andere geistige Zustände zu erstrecken, vielmehr kommen diese nur dann in Betracht, wenn sie auf einer krankhaften Störung der Geistesstätigkeit beruhen: Meyer I 103, v. Liszt 168, Merkel 58 und S. S. II 82, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 6: RG. 14./12. 86 E. 15 97. Vgl. jedoch Abs. 5.

Ein Mensch ist entweder zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig, seine freie Willensbestimmung ist entweder ausgeschlossen oder nicht ausgeschlossen, ein Mittelglied gibt es nicht,

das StGB. kennt weder relative noch partielle Unzurechnungsfähigkeit. Ist die freie Willensbestimmung nicht ausgeschlossen, so greift § 51 nicht Platz. Die Schwachmünnigen, überhaupt alle Menschen von bloß anormaler geistiger Veranlagung, nach dem heutigen Modeausdruck die geistig Minderwertigen, sind an und für sich zurechnungsfähig, zwischen ihnen und den geistig Vollwertigen besteht nur ein quantitativer Unterschied. Daher ist es unstatthaft, sie ohne das Hinzutreten anderer geistiger oder gemüthlicher Zustände, z. B. hochgradiger Affekte, für straflos zu erklären. Ihr Zustand darf nur bei der Ausnahme mildernder Umstände und bei der Strafzumessung in Betracht kommen.

Entsprechend ist der Begriff der sog. Monomanie zurückzuweisen. „Die Annahme“, so sagt Salschner I 214, „daß es Menschen gibt, die, obwohl ihre Geistesfähigkeit eine sonst durchaus normale ist, dennoch an einer Monomanie leiden, an einer in bestimmter Richtung sich kundgebenden, durch die Unwiderstehlichkeit eines Triebes bewirkten Unfreiheit des Willens, darum in dieser bestimmten Art ihrer Willensbetätigung als zurechnungsunfähig zu betrachten seien, muß eben schon darum als grundlos betrachtet werden, weil die angebliche Unwiderstehlichkeit des Triebes sich nicht erfahrungsmäßig feststellen läßt. Es handelt sich in solchen Fällen einer angeblichen Monomanie entweder um die irrige Schlussfolgerung, daß die Tat, weil man ihr Motiv nicht zu erkennen vermag, die eines Zurechnungsunfähigen sein müsse, oder darum, daß sie aus einer keineswegs nur den Willen alterierenden, aber bisher unerkannt gebliebenen oder schnell vorübergegangenen Geisteskrankheit hervorging.“ Meptomanie, Pyromanie, Mordmonomanie haben früher in der strafrechtlichen Theorie und Praxis eine große Rolle gespielt, aber die neuere Psychiatrie erklärt eine solche reine Alteration der Willensfähigkeit bei sonstiger geistiger Gesundheit für unmöglich.

Denselben Standpunkt hat der Richter einzunehmen gegenüber der Berufung auf das sog. moralische Irresein (*folie morale, moral insanity*). Es soll dies der Zustand eines Menschen sein, in welchem zwar die logischen Prozesse ungestört vor sich gehen, die äußere Besonnenheit erhalten ist, Wahnbildern und Sinnestäuschungen fehlen, gleichwohl aber die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben ist, weil der Mensch unfähig ist, sich durch sittliche und rechtliche Motive bestimmen zu lassen. Jedoch aus einem solchen Zustande folgt noch nicht, daß der Mensch für sein Wollen und Handeln unverantwortlich sei. Er bleibt trotz der Macht, welche er der Selbstsucht, der Leidenschaft, dem Laster über sich eingeräumt hat, verantwortlich, weil diese Macht das Produkt seiner eigenen freien Willensbestimmung ist, und weil das gewohnheitsmäßige unsittliche, rechtswidrige Handeln an sich kein ausreichender Beweis dafür ist, daß die für ihn freilich abgeschwächte Möglichkeit sittlicher Willensbestimmung ganz aufgehoben sei. Auch hier fehlt die Zurechnungsfähigkeit nur dann, wenn der Zustand einer die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung der Geistesfähigkeit vorliegt. Liegt er nicht vor, so gilt hier der Satz: „Du sollst, denn du kannst“, so gebieterisch, daß er sich umkehrt in den Satz: „Du kannst, denn du sollst“. Der Richter muß um so fester bleiben, als anderenfalls die Bestimmung des § 51 leicht zu einem Privileg für begüterte Übeltäter wird. Immer zahlreicher werden die Fälle, daß vermögende Mitglieder der Bevölkerung, an deren völliger geistiger Gesundheit bis dahin weder sie selbst noch Andere gezweifelt haben, bei einem Konflikt mit dem Strafgesetz sich schleunigst für geisteskrank erklären, in ein Sanatorium begeben und vor dem Richter auf moralisch Irresein berufen. Wenn die Psychiater in bewußter oder unbewußter Adoption der Lombrosischen Lehre, daß jeder Übeltäter ein Geisteskranker sei, wobei freilich zweifelhaft bleibt, ob die Narren wie Verbrecher oder die Verbrecher wie Narren zu behandeln sind, bei solchen Personen das Bestehen von Geisteskrankheit behaupten, so muß gegen diese in den letzten Jahren öfter zutage getretene Erscheinung das gesunde Empfinden des Richters ein Gegengewicht bilden. Es ist übrigens eine alte Erfahrung, daß wirkliche Geistesranke ihren Zustand stets bestreiten. Selbstverständlich können alle nicht unter § 51 fallenden Zustände als Strafmindigungsgrund oder als mildernder Umstand berücksichtigt werden.

Die analoge Ausdehnung des § 51 wird allgemein behauptet von Berner 85, Binding Handb. I 221 und Meyer-Milfeld 127. Geht dies zu weit, so muß man doch zugeben, daß die Zurechnungsfähigkeit deshalb ermangeln kann, weil der Täter ohne Erziehung und Unterricht, vielleicht gar getrennt von der menschlichen Gesellschaft aufgewachsen ist oder einem wilden Naturstamm angehört. Hat der Staat die Aufgabe, für eine solche intellektuelle und sittliche Erziehung und Unterricht der Kinder zu sorgen, daß diese demnächst mit der Fähigkeit eigener Verantwortung in das staatliche und gesellschaftliche Leben eintreten, so würde er mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn er jene Fähigkeit als vorhanden voraussetzen wollte, obgleich dem Kinde kein Recht auf Erziehung und Unterricht verümmert ist. Solche Menschen ermangeln, auch ohne daß ein Zustand der Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesfähigkeit vorliegt, der freien Willensbestimmung. Offenbar hat der Gesetzgeber an solche Fälle gar nicht gedacht, aber sie gehören ebensosehr unter § 51 wie die gleichfalls vom Gesetzgeber nicht genannten unwillkürlichen

Bewegungen eines völlig Bewußtlosen. Hiermit stimmen überein Birkmeyer Enzykl. 1124, Finger I 219, Frank § 58 N. II, Hälschner I 224, v. Lilienthal 33, v. Liszt 167, Löning 28, Merkel 59, Wachenfeld S. N. II 262, v. Wächter 133, anscheinend auch Schütze 97 N. 28. A. M. Dischhausen N. 10.

6. Wenn das Gesetz verlangt, daß die freie Willensbestimmung zur Zeit der Begehung der Tat ausgeschlossen sei, also jedenfalls während des letzten abschließenden Aktes des Tätigseins, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Wirkung oder des Erfolges: Dischhausen N. 3, oben § 2 N. 7, so ist dieses Erfordernis im Grunde genommen selbstverständlich, weil es sich um den subjektiven Tatbestand in bezug auf eine bestimmte Tat handelt. Diese Beziehung war in § 51 ursprünglich ausdrücklich durch die hinter dem Worte „Willensbestimmung“ stehenden Worte „in Beziehung „auf die Handlung““ verlangt, aber diese Worte sind in der dritten Lesung als teils müßig teils irrelevant gestrichen worden. Die richterliche Entscheidung über das Dasein eines allgemeinen Erfordernisses greift niemals über den vorliegenden Fall hinaus, und wer zur Zeit der Handlung unzurechnungsfähig war, beging dieselbe unter der Herrschaft dieses Zustandes; damit ist jede weitere Frage über die Beziehung zur Tat abgebrochen: Schütze 93.

Daß die freie Willensbestimmung zur Zeit der Begehung der Handlung ausgeschlossen sein muß, ist jedoch von Wichtigkeit für die Fälle der sog. *actiones liberae in causa* s. ad libertatem relatae, wenn nämlich der Täter im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit ein Delikt begeht und er sich in den Zustand versetzt hat, entweder um das Delikt zu begehen, oder obgleich er bei gehöriger Aufmerksamkeit den bevorstehenden Zustand als Ursache eines rechtswidrigen Erfolges hätte erkennen können. Der Hauptfall ist der der selbstverschuldeten Trunkenheit. Z. B. ein Bahnwärter betrinkt sich, um sich zur Verrichtung seines Dienstes unfähig zu machen (§ 315); ein sogar schon mehrfach deswegen Bestrafter betrinkt sich, obgleich er weiß, daß er im Rausch dazu neigt, unzüchtige Handlungen zu begehen (§ 183). Je nachdem liegt ein doloses oder kulposes Delikt vor. Es kommt nämlich nicht darauf an, ob der Täter in dem Augenblicke, in welchem der rechtswidrige Erfolg eintritt, handlungsfähig ist, sondern darauf, ob er zurechnungsfähig war, als er die Handlung vornahm, welche den Erfolg gehabt hat. Je nachdem er den später eingetretenen Erfolg seiner Handlung wollte oder zwar nicht wollte, aber doch als möglich voraussehen konnte, hat er ihn vorsätzlich (direkter oder eventualdolus) oder aus Fahrlässigkeit verursacht, und er ist dieserhalb verantwortlich, mag er auch zu der Zeit, als der Erfolg eintrat, in einem Zustande sich befunden haben, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Vgl. Berner 89, Binding Grundr. 104, Finger I 225, Frank N. IV (Druckfehler: III), Geyer S. S. IV 106, v. Liszt 164, Merkel 92, Meyer-Alsfeld 129, Dischhausen N. 11a, v. Wächter 137; RG. 8./3. 92 C. 22 413. Bei den Kommissivdelikten per omissionem und den Omissivdelikten liegt stets Vorfaß vor. Hälschner I 223 befreit, indem er Vorfaß und Entschluß zeitlich trennt, allgemein die Zurechnung, gibt aber schließlich „die Möglichkeit, daß jemandem das, was er im Zustande „verschuldeter Unzurechnungsfähigkeit tat, als vorsätzlich verübt zuzurechnen sei, immerhin in „beschränktem Maße und unter ganz besonderen Bedingungen zu“. Schütze 93 bestreitet im Text allgemein und in N. 13 bei den reinen Kommissivdelikten den Vorfaß, denn „ist die Trunkenheit eine vollständige, so kann der Täter seinen Vorfaß nicht ausführen; führt er denselben aus, „so ist dies ein Indizium dafür, daß die Trunkenheit eine vollständige nicht war“, ein Dilemma, dessen Ungehörigkeit sich daraus ergibt, daß das Gesetz unter Trunkenheit eine sinnlose überhaupt nicht versteht, oben N. 3. Endlich v. Schwarze 224 nimmt überall nur Fahrlässigkeit an. Die preussische Praxis zur Zeit der Herrschaft des Preuß. StGB. war unter v. Savignys Einfluß überhaupt für Straflosigkeit.

7. Sind die Voraussetzungen des § 51 gegeben, so liegt überhaupt keine Handlung im strafrechtlichen Sinne vor. Dies ist die allgemeine Ansicht, zu welcher sich auch das Reichsgericht anhaltend bekannt hat: RG. 16./6. 84 C. 11 56, 10./6. 90 C. 21 14, 17./1. 02 C. 35 73, 7./12. 06 C. 40 21. Folglich gibt es auch keine Anstiftung und keine Beihilfe zu dem nur scheinbaren Delikt. Dies gilt unbedingt bei dem Gehilfen, mag dieser den Zustand des Täters gekannt haben oder nicht; oben § 49 N. 3b. Dagegen gilt der Mittäter, auch wenn er den Zustand nicht kannte, als mittelbarer Täter; vgl. oben § 47 N. 2 Abs. 1. Das gleiche gilt von dem Anstifter, wenn er den Zustand kannte. Auch Hehlerei (§ 259) ist ausgeschlossen: RG. 17./1. 02 C. 35 73.

Dischhausen N. 12, 13 ist anderer Ansicht. Er meint, die Worte „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“ besagen nur, daß die Handlung für den Täter keine strafbare, und es hänge lediglich von der Lage des Einzelfalles ab, ob sie überhaupt keine Handlung im Rechtssinne sei. Daher sei die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme nur dann zu verneinen, wenn die Haupttat wegen Mangels des subjektiven Erfordernisses, also bei dolosen Straftaten des mangelnden Dolus wegen, des Charakters einer Handlung im Rechtssinne überhaupt entbehere. Aber Dischhausen überzieht bei dieser Ansicht, daß die Zurechnungsfähigkeit ebenfalls ein Moment des subjektiven Tatbestandes und zwar das erste Moment ist, und daß an die Frage, ob der Täter vor-

fählich oder fahrlässig gehandelt hat, erst dann heranzutreten ist, wenn die Zurechnungsfähigkeit feststeht. Vgl. oben N. 1 Abs. 1; auch Frank N. III Abs. 2, der jedoch 3. Abschn. N. IV Abs. 1, § 48 N. II letz. Abs., § 49 N. I Abs. 3 gemäß seiner Ursachen-Bedingungstheorie die einem Unzurechnungsfähigen geleistete Anstiftung und Beihilfe für Mittäterschaft erklärt. — Unter Täter im Sinne des § 51 und überhaupt des ganzen vierten Abschnitts ist der Täter im weitesten Sinne zu verstehen: Allein- und Mittäter, Anstifter, Gehilfe. Rüdorff-Stenglein N. 2 nimmt nur den Täter im engeren Sinne, den physischen, an, fügt aber hinzu: „die Anwendbarkeit der im § 51 „und überhaupt dem Abschnitt IV enthaltenen allgemeinen Grundsätze auf den Teilnehmer „(Anstifter, Gehilfen) folgt aus den Schlußbestimmungen der §§ 48, 49 von selbst“. Das ist schließlich nur ein Wortstreit.

8. Der Strafrichter darf voraussetzen, daß der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft besitzt, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein gemäß zu handeln. Er wird daher nur in gegebener Veranlassung zur Prüfung der Frage schreiten, ob die freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen ist. Als solche Veranlassung wird schon ein geringer Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit, niemals aber bei krankhaften Störungen der Geistesstätigkeit die bloße Behauptung des Täters selbst dienen, da die wirklich geistig Gestörten regelmäßig ihren Zustand bestreiten. Hat der Richter Anlaß, an der Freiheit der Willensbestimmung zu zweifeln, so wird er nicht stets bei dem Zustand der Bewußtlosigkeit, wohl aber bei dem einer krankhaften Störung der Geistesstätigkeit Sachverständige zuziehen. Die Sachverständigen haben lediglich zu begutachten, ob einer der beiden im § 51 genannten Zustände vorgelegen hat. Die Stellung des Richters zu dem Beweisstoff, welchen ihm über die ursächlichen Vorfällen das Gutachten liefert, ist hier dieselbe wie in anderen Fällen des Sachverständigenbeweises: die Frage, ob durch den von dem Sachverständigen konstatierten Zustand die freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen, ist eine rechtliche Frage, somit nur von dem Richter zu prüfen und zu entscheiden. Wird sie verneint, so muß in dem Urteil festgestellt werden, daß der Täter sich nicht in einem Zustand der Bewußtlosigkeit usw. befunden hat, und es genügt nicht, daß lediglich für nicht festgestellt erklärt wird, er habe sich in solchem Zustande befunden. Da es sich um ein Merkmal des subjektiven Tatbestandes handelt und dieser zweifelsfrei gegeben sein muß, hat bei einem Zweifel an der Willensfreiheit Freisprechung zu erfolgen: RG. 23./10. 90 E. 21 130. Vgl. Oshausen N. 16 und die dort Zitierten.

9. Schon bei der Beratung des StGB. im Jahre 1870 hat der Reichstag den Bundeskanzler aufgefordert, im Wege einer Vorlage die Regelung eines Verfahrens herbeizuführen, durch welches Personen, die wegen ihres Geisteszustandes oder als Taubstumme für straflos erklärt worden sind, im Falle der Gemeingefährlichkeit einer wirksamen Aufsicht überwiesen werden können. Einen Erfolg hat diese Aufforderung noch nicht gehabt. Ein Mittel, Personen von krankhafter und gefährlicher Veranlagung schon im Vorwege unschädlich zu machen, ist durch die gegenwärtige Gesetzgebung überhaupt nicht gegeben.

10. Es liegt eine Materie im Sinne GG. § 2 Abs. 1 vor. Die Landesgesetzgebung ist auf dem ihr vorbehaltenen Gebiete insoweit gebunden, als unter den Voraussetzungen des § 51 stets eine Freisprechung erfolgen muß, aber insoweit frei, als sie eine Ausschließung der freien Willensbestimmung auch auf Grund anderer Zustände annehmen darf.

§ 52.

Ein strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist.

Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzuzählen Verwandte und Verschwägerter auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.

1. Das Gesetz stellt hier zwei nicht gleiche Tatbestände zusammen. Wenn nämlich der Täter unter dem Einflusse einer von einem Anderen ausgehenden physischen Gewalt oder unter dem Drucke einer Drohung handelt, so gilt er in dem einen wie in dem anderen Falle als unzurechnungsfähig, ist also für die in dieser Lage begangene, den objektiven Tatbestand eines Delikts erfüllende Handlung nicht verantwortlich. Von dem Notstande des § 54 unterscheidet sich die Notlage des § 52 dadurch, daß sie keine unverschuldete zu sein braucht und von einem Menschen, nicht von einer Sache oder der Naturgewalt herbeigeführt sein muß. Wenn Binding Handb. I 769, Birtmeyer

Enzfl. 1157, Hälschner I 493, 496 und v. Liszt 150 im Wege der Analogie auch für § 52 das Erfordernis des Nichtverschuldethabens aufstellen, so liegt dazu um so weniger Anlaß vor, als die Analogie nicht dazu dienen darf, einen Strafanspruch zu begründen (oben § 2 Nr. 4). Übereinstimmend Merkel 165 (166), Meyer-Altfeld 236, Olshausen N. 14, § 54 N. 7 Abs. 1.

Nicht bloß die Drohung, sondern auch die Gewalt, also beide den Ausschluß einer strafbaren Handlung bewirkenden Momente, müssen von einem Menschen ausgehen. Daß dieser zurechnungsfähig sei, ist nicht erforderlich. Wenn Olshausen N. 2 Abs. 2 und § 54 N. 4 dies gleichwohl behauptet, weil wohl § 54, nicht aber § 52 eine auf juristisch zufälligen Ereignissen beruhende Gefahr voraussetze und hierin der positive Unterschied zwischen beiden Notstandsfällen beruhe, so übersteht er den soeben gedachten Unterschied, daß zwar im Falle des § 54, nicht aber in dem des § 52 die Lage des Täters eine verschuldete sein muß.

2. a) Gewalt ist jede zur Überwindung des Widerstandes bestimmte physische Einwirkung auf den Genötigten, sei es mit, sei es ohne Benutzung eines Werkzeugs und in ersterem Falle einerlei, welches Werkzeug, welches Mittel angewandt wird, wofen es nur wie die überlegene physische Gewalt wirkt. Eine Vergewaltigung ist somit auch die Betäubung durch narkotische Mittel, mag der Nötiger das Narkotikum zwangsweise eingefloßt oder den Genötigten durch List zum Einnehmen bewegen haben: Binding Lehrb. I 83, 313, Frank N. I 1, Geyer II 56, S. S. IV 389, Merkel 311 („Paralytierung physischer Kräfte“), Meyer-Altfeld 408, 467, Rüdorff-Stenglein § 240 N. 5; a. M. Geyer S. S. III 617 N. 2, Hälschner II 243, 369, 529, v. Liszt 347 (das Betäubungsmittel muß gewollt sein), Merkel 165, Olshausen §§ 234 N. 5 Abs. 2, 240 N. 2, 249 N. 4a, Oppenhoff-Delius § 234 N. 6 (List oder Gewalt, also wie v. Liszt), Rüdorff-Stenglein § 249 N. 4, Schütze 417 N. 9, 452 N. 14. Für die Bejahung der Frage ist der Umstand entscheidend, daß ein Narkotikum stets physisch wirkt.

b) Die Gewalt ist entweder eine ausschließlich physische Einwirkung, *vis absoluta*: dem Genötigten wird eine Feder in die Hand gedrückt und er schreibt mit gebaltener und geführter Hand. Oder er wird durch physische Einwirkung in seiner Entschließung bestimmt, *vis compulsiva*: er wird so lange geprügelt, bis er nachgibt. Bei der ersteren ist der Wille aufgehoben, bei der zweiten, obgleich noch ein Widerstand, sei es auch nur durch passives Verhalten, möglich ist, unterworfen, also unfrei. So Berner 548, Meyer-Altfeld 409, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 114 N. 12, v. Wächter 357 Nr. 3, während Berner 105, Frank I Abs. 2, Geyer S. S. II 343, Hälschner I 274, Merkel 165 und Olshausen N. 3 annehmen, daß das Gesetz nur die absolute Gewalt im Auge hat. Wäre die letztere Ansicht richtig, so wäre § 52 insoweit überflüssig, denn daß bei Anwendung absoluter Gewalt von einer strafbaren Handlung des Genötigten keine Rede sein kann, versteht sich von selbst. Nur die *vis compulsiva* kann daher § 52 im Auge haben: Schütze a. a. D., Hälschner und Olshausen a. a. D. räumen selbst ein, daß bei ihrer Ansicht eine inkorrekte Ausdrucksweise des Gesetzes vorliege, und — Olshausen N. 4 — daß die absolute Gewalt „sowohl eine direkte wie auch eine indirekte sein kann“, wonach sich der Begriff *vis compulsiva* in den der Bedrohung — mit einem künftigen Übel — auflöst. Als einen solchen indirekten Fall benennen die Freiheitsentziehung Binding Lehrb. I 83, Frank N. I 1, Hälschner und Schütze a. a. D., Olshausen N. 4, § 249 N. 4a und RG. 30./10. 85 C. 13 49 („wenn sie auch „nur indirekt gegen eine Person gerichtet ist und darauf abzielt, den Widerstand derselben zu „brechen oder auszuschließen“). Zu beachten ist, daß mehrere Autoren unter der Bezeichnung *vis compulsiva* die Drohung verstehen.

c) Die Gewalt muß eine unwiderstehliche, d. h. eine solche sein, welcher der Gezwungene nach dem Maße seiner Kräfte und unter den obwaltenden Umständen nicht widerstehen kann. Wenn Olshausen N. 5 Abs. 1 meint, daß des Gezwungenen subjektive Auffassung als solche nicht entscheidend sei, so ist dies irrig, indem es genügt, wenn durch die an sich nicht unwiderstehliche Gewalt gleichwohl auf den Gezwungenen dergestalt psychisch eingewirkt wird, daß er in entschuldbarer Weise nicht widerstehen zu können glaubt, zumal ihm regelmäßig nicht lange Zeit zur Überlegung gelassen wird. Auch ist zu beachten, daß eine durch die Gewalt bewirkte Affektsteigerung den Zustand der Bewußtlosigkeit im Sinne des § 51 bewirken kann. Zudem kann in der nicht unwiderstehlichen Gewalt eine Drohung enthalten sein: Berner 105, Hälschner I 274, Olshausen N. 5 Abs. 2.

3. Drohung ist wie bei der Anstiftung (§ 48 Nr. 9a) die Ankündigung, ein Übel zuzufügen oder ein bereits bestehendes Übel, zu dessen Beseitigung der Drohende verpflichtet ist, nicht beseitigen zu wollen. Daß die Drohung ernstlich gemeint sei, ist nicht erforderlich, wohl aber muß sie dem Genötigten als ernstgemeint erscheinen und der Drohende das Bewußtsein dieser Eigenschaft seiner Drohung haben. Ist nach den obwaltenden Umständen die naheliegende Möglichkeit und dadurch die begründete Beforgnis vorhanden, daß die Drohung werde ausgeführt werden, so ist der Zustand der Gefahr eingetreten. Will man diese nahe Möglichkeit mit Hälschner II 598, v. Liszt 124 und RG. 14./6. 82 C. 6 396, 11./12. 85

£. 13 169, 18./5. 86 £. 14 135 als Wahrscheinlichkeit bezeichnen, so ist dagegen nichts zu erinnern, weil Wahrscheinlichkeit nicht, wie Dtschausen N. 7, meint, eine Mehrheit von Fällen bezeichnet, sondern nur bedeutet, daß die Mehrzahl der Chancen für ein bestimmtes Resultat in diesem konkreten Fall gegeben ist: Unwahrscheinlichkeit, Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit. Dagegen führt die Ansicht des RG. 10./11. 80 £. 2 431, 30./3. 83 £. 8 198, daß, wenn eine Handlung im konkreten Fall das betr. Rechtsgut nicht verlege, auch eine objektive Gefährdung desselben nicht vorhanden sei, zu der Konsequenz, daß es eine objektive Gefahr ohne die Folge einer Rechtsverletzung gar nicht gibt: besteht eine objektive Gefahr, so führt sie mit Notwendigkeit zur Rechtsverletzung; führt sie nicht zur Rechtsverletzung, so ist sie nur eine vermeintliche, subjektive, nicht aber eine wirkliche, objektive Gefahr. Diese Ansicht, welche die Steigerung der Gefahr je nach der Unwahrscheinlichkeit, Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Verletzung überzieht, steht jedenfalls mit dem positiven Recht in unvereinbarem Widerspruch.

a) Die Drohung muß mit einer Gefahr für Leib oder Leben verbunden sein. Somit scheidet die Gefahr für andere Güter, wie Freiheit, Ehre, Vermögen usw., aus, sofern nicht mit ihr wenigstens mittelbar eine Gefahr für die Leibliche Unversehrtheit verbunden ist: Hälschner I 497, v. Liszt 150, Meyer-Altfeld 235, Dtschausen N. 8; a. M. Binding Handb. I 770 N. 37 und v. Wächter 140, welche jede andere Gefahr allgemein ausschließen.

b) Eine Gefahr für den Leib liegt dann vor, wenn die Ausführung der Drohung geeignet ist, eine wenn auch nur vorübergehende Beschädigung der Leiblichen Unversehrtheit oder Gesundheit zu bewirken: RG. 29./9. 96 £. 29 77. Allerdings erhebt sich sofort die Frage, ob jede Beschädigung für genügend zu erachten ist. Eine Ohrfeige, ein Stockhieb? Auch diese haben regelmäßig eine längere oder kürzere Zeit anhaltende Anschwellung des getroffenen Körperteils zur Folge! Wenn man den Grundgedanken berücksichtigt, auf welchem § 52 beruht — siehe unten N. 4 —, so wird man gegen Hälschner I 500 und Schütze 114 N. 9 mit Werner 105 und Rüdorff-Stenglein N. 5 annehmen müssen, daß der Begriff der Leibesgefahr eine gewisse Relativität in sich trägt, sodas eine Handlung von geringerer Strafbarkeit durch eine geringere Leibesgefahr entschuldigt werden kann, als eine Handlung von höherer Strafbarkeit. Allerdings kann, nicht aber muß, denn die durch Alter, Geschlecht, Beruf, soziale Stellung bedingte Individualität des Genötigten macht sich bei der Beurteilung geltend; anders werden die Stockprügel von dem Faktorarbeiter, anders von dem Offizier, anders von dem robusten Mann, anders von der gebildeten älteren Dame empfunden. Hiernach ist es Sache des richterlichen Ermessens in jedem einzelnen Falle, den Grad der Erheblichkeit der angedrohten Leibesgefahr gegen die Erheblichkeit der von dem Bedrohten bewirkten Rechtsverletzung abzuwägen. Somit liegt eine Leibesgefahr vor, wenn mit einer schweren Körperverletzung des § 224 gedroht wird, wogegen Finger I 422, Frank N. I 2a und RG. a. a. O. zu weit gehen, wenn sie in jedem Fall eine schwere Körperverletzung — Frank sagt: erheblichere — verlangen. Auf der anderen Seite ist nicht zuzustimmen, wenn Binding Handb. I 770 (verlangt aber Grundr. 195 Proportionalität zwischen der Gefahr und der Handlung), Birkmeyer Einzbl. 1157, v. Liszt 150, Meyer-Altfeld 235 jede Körperverletzung im Sinne des § 223 genügen lassen; „um nicht“, so sagt v. Liszt, „gegen eine geringfügige Körperverletzung „zu schützen, darf ich einen unbeteiligten Dritten töten“. Es ist klar, daß hiernach in einer Drohung in geschlechtlicher Beziehung, z. B. mit Notzucht, eine Leibesgefahr liegen kann: Finger I 427, Hälschner I 497, Merkel 165, Dtschausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schaper S. S. II 170 N. 2, Schütze 452 N. 15. Die Freiheitsentziehung kann wie als unwiderrstehliche Gewalt (N. 2b) so als Leibesgefahr erscheinen: Finger I 427, Dtschausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., ist es aber nicht, wie Hälschner I 497 meint, schon an sich, nicht in jedem Fall.

c) Ob die Gefahr — in zeitlicher wie in räumlicher Beziehung — eine gegenwärtige, ist Sache des richterlichen Ermessens im konkreten Fall. Dagegen ist nicht mit Frank N. I 2 b zu verlangen, daß der Genötigte den Eintritt des angedrohten Übels als unmittelbar bevorstehend ansieht. Das schädigende Ereignis braucht überhaupt nicht unmittelbar bevorzustehen; es genügt, wenn das Übel mit der Drohung zeitlich in einem so nahen Zusammenhang steht, daß der Wille des Täters durch die Furcht vor der Verwirklichung der Drohung beherrscht wird: Dtschausen N. 10. Um dies durch ein konkretes Beispiel zu veranschaulichen: ein im strengen Winter wildernder Bauer nötigt eine ihm im Walde begegnende Frau zur Weibhilfe durch die Drohung, andernfalls nach seiner Heimkehr ihren bei ihm dienenden schwer kranken und bettlägerigen Vater auf die StraÙe werfen zu wollen.

d) Eng zusammen mit dem Erfordernis der Gegenwartigkeit hängt das weitere, daß die Gefahr auf andere Weise nicht abwendbar sein muß. Sie ist unabwendbar, wenn die verlangte Handlung dem Genötigten nach dem ihm möglichen Ermessen als das einzige Mittel zur Rettung erscheint. Durch wen sie abgewendet werden kann, ob durch den Genötigten selbst oder den Angehörigen oder einen Dritten, ist gleichgültig, wofem nur der Genötigte von der Möglichkeit der Abwendung durch einen von diesen beidem Kenntnis hat; wenn Dtschausen N. 11 Abj. 1 nur

die beiden ersten, Frank N. I 2c sogar nur den Genötigten nennt, so ist diese Beschränkung nicht begründet. Nicht notwendig ist die verlangte Handlung nicht bloß dann, wenn Flucht möglich ist: Binding Handb. I 776, Finger I 427, Frank N. I 2c, Meyer-Altfeld 237, Olshausen N. 11 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, sondern auch dann, wenn sie durch eine objektiv minder strafbare Handlung abgewendet werden kann als die verlangte, oder wenn die Voraussetzungen der Notwehr vorliegen und der Genötigte die Notwehrhandlung vollziehen kann: Finger a. a. O. N. 561, Frank N. II 2, Meyer-Altfeld a. a. O., Olshausen a. a. O. Abs. 3. Eine unabwendbare Gefahr liegt auch dann nicht vor, wenn der Drohende und der Gefährdete dieselbe Person sind, z. B. der Angehörige mit Selbstmord droht, denn hier ist zur Abwendung der Gefahr nichts weiter erforderlich, als daß der Angehörige den Entschluß zum Selbstmorde aufgibt, und das kann er jederzeit, so daß eine Nötigung in Wirklichkeit gar nicht vorliegt: Olshausen N. 12 Abs. 2; a. M. Finger I 426 N. 559 und RG. 19./6. 05 C. 38 123.

Wie schon durch die obigen Worte „nach dem ihm möglichen Ermessen“ angedeutet wurde, läßt sich die Frage, ob die Gefahr in anderer Weise abgewendet werden konnte, nicht lediglich nach der objektiven Sachlage, sondern nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Subjektivität des Genötigten bemessen, von welchem sehr oft die auf dem Richterstuhl mögliche föhle Erwägung aller Umstände nicht zu erwarten ist. Hiermit stimmen überein Finger I 427, Olshausen N. 13, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5. Hat der Genötigte die Abwendbarkeit nicht gekannt, so kann er, falls ihn hierbei ein Verschulden trifft und das Delikt auch als fahrlässiges strafbar ist, nach § 59 Abs. 2 wegen Fahrlässigkeit bestraft werden.

4. Wenn der Täter durch unwiderstehliche physische Gewalt zu der Handlung gezwungen wird, so ist er nur ein willenloses Werkzeug des Zwingenden, und dieser ist der wirkliche, der sog. mittelbare Täter (§ 47 N. 2); die Sache liegt gerade so wie bei dem Bemühten oder geistig Gestörten des § 51. Handelt er unter dem Druck einer vis compulsiva oder Drohung, so ist es möglich, daß er infolge des Druckes unzurechnungsfähig ist, und dann liegt ebenfalls schon nach § 51 keine Handlung im strafrechtlichen Sinne vor. Oder er behält seine Zurechnungsfähigkeit: dann will er allerdings die Tat begehen und will nicht das angedrohte Übel existenz werden lassen, aber zur Übernahme des Übels, also zur Nichtbegehung der verlangten Tat wäre ein sittlicher Heroismus und dem gefährdeten Angehörigen gegenüber ein sittlicher Algorismus erforderlich, welchen das Gesetz vernünftigerweise, wenn überhaupt, so doch nur in denjenigen Fällen verlangt, in welchen es sich um die Erfüllung einer absoluten Dienstpflicht handelt. Das Gesetz stellt daher — und dadurch gewinnt § 52 seine strafrechtliche Bedeutung! — den konpulsiven Zwang und die qualifizierte Drohung in dieser Beziehung dem absoluten Zwange völlig gleich. Der Täter gilt auch hier als willenloses Werkzeug, er ermangelt in gleicher Weise der Zurechnungsfähigkeit, der Drohende ist der wirkliche, mittelbare Täter. Liegt aber eine Handlung im strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht vor, so ist gemäß der Natur des akzessorischen Verhältnisses die Annahme einer Anstiftung und einer Beihilfe sowohl bei der durch Gewalt als bei der durch Drohung erzwungenen Handlung ausgeschlossen; Anstiftung zu der durch vis absoluta erzwungenen Tat ist zudem begrifflich gar nicht denkbar. Hiermit stimmen überein außer den Motiven Werner N. 95, Binding Grundr. 183 (Überschrift „Gründe der Nichtentziehung des Strafrechts“), Frank N. III, Hälschner I 495/96, v. Liszt 143 I, Meyer-Altfeld 233 N. 6, Rüdorff-Stenglein § 54 N. 10 (unklar § 52 N. 7), Wachenfeld, HR. II 270, 272, von Wächter 137; RG. 22./12. 98 C. 31 395, anscheinend auch 12./4. 82 C. 6 186. Dagegen nehmen bei der vis compulsiva und bei der Bedrohung nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund an, erklären die Teilnehmer also für strafbar: Binding Handb. I 766, Vir-meyer Enzykl. 1131, 1156, Finger I 418, Frank § 54 N. III, Olshausen N. 14, Schütze 112. Olshausen folgert seine Ansicht konsequent aus seiner oben § 51 N. 7 mitgeteilten Auslegung der Worte „eine strafbare Handlung liegt nicht vor“, worin ihm Schütze 112 N. 7 beitrifft.

Die Grundsätze über die Gewalt greifen stets Platz. Dagegen darf sich der Täter auf Bedrohung dann nicht berufen, wenn er selbst oder seine Angehörigen rechtlich verpflichtet ist, die Gefahr zu bestehen. Für das geltende Recht kommen in Betracht MitStGB. §§ 49 Abs. 1, 84—87 und Seemannsordnung § 41.

5. Der Begriff „Angehöriger“ ist in Abs. 2 in einer für das ganze StGB. — vgl. §§ 54, 213, 232, 247, 257, 258, 263, 292, 303 — maßgebenden Weise festgestellt. Vorhandensein muß das Angehörigkeitsverhältnis zu der Zeit, zu welcher die Handlung begangen wird, d. h. die Willensbetätigung, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Wirkung oder Erfolges, vgl. § 51 N. 6.

a) Bei den Verwandten auf- und absteigender Linie kommt es auf die eheliche oder uneheliche Geburt nicht an, indem BGB. § 1589 Abs. 2 strafrechtlich keine Anwendung findet. A. M. nur Rüdorff-Stenglein N. 8 Abs. 2.

b) Schwägerchaft ist das Verhältnis des einen Ehegatten zu den — ehelichen wie unehelichen — Verwandten des anderen Ehegatten, also in der auf- und absteigenden Linie Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Stiefeltern und Stiefkinder: RG. 13./12. 86 C. 15 78; StGB § 1590.

Vorausgesetzt, daß die Ehe eine gültige ist; a. M. Frank N. IV 2. Für die Kinder aus einer nichtigen Ehe kommt BGB. § 1699 in Betracht. Der Ehegatte eines Adoptivkindes ist mit den Adoptiv-
eltern — und also auch mit deren leiblichen Kindern — nicht verschwägert, da durch die Adoption
eine leibliche Verwandtschaft nicht begründet wird; BGB. § 1757 steht dem nicht entgegen. Nach
BGB. § 1590 Abs. 2 dauert die Schwägerschaft fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet
wurde, aufgelöst ist, sei es durch Tod: RG. 1./12. 01 E. 5 200, 22./4. 84 E. 10 302, oder durch Richter-
spruch: v. Liszt 150 N. 4, Dshausen N. 19 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 18; RG. 5./5. 94 E. 25
337, 8./9. 01 E. 34 418. Meyer-Walfeld 235 N. 18 meint, daß die Schwägerschaft endigt, wenn
die Ehe durch Richterspruch aufgehoben wird, was jeglichen gesetzlichen Anhalt es ermangelt.

c) Das Adoptivverhältnis ist als streng juristischer Begriff nach BGB. §§ 1741 ff. zu be-
urteilen. Die Angehörigkeit besteht nur zwischen den Eltern und Kindern, nicht auch in bezug
auf weitere Verwandte auf- und absteigender Linie und endigt durch die gemäß BGB. § 1768
stattfindende Aufhebung des Adoptivverhältnisses.

d) Das Pflegeverhältnis ist dem geltenden Zivilrecht nicht bekannt, somit nicht recht-
licher, sondern tatsächlicher Natur. Es ist ein Verhältnis, welches, dem zwischen leiblichen Eltern
und Kindern nachgebildet, nach der Auffassung der Sitten und des Lebens wie dieses ein dauerndes
familienrechtliches Abhängigkeits- und Schutzverhältnis darstellt: Werner 106, Binding Handb. I 787
N. 94, Frank N. IV 2, Geher II 31, Hälschner II 237, v. Liszt 150 N. 4, Meyer-Walfeld 235 N. 18,
Dshausen N. 21, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abs. 6, Schaper S. S. II 171;
RG. 4./12. 82 E. 7 307, 11./2. 84 E. 10 95, 22./6. 85 E. 12 292, 11./12. 85 E. 13 148, 29./3. 95
E. 27 129 (nicht der Lehrling trotz häuslicher Gemeinschaft), 25./2. 96 E. 28 230, 15./2. 01 E. 34 161,
15./10. 03 E. 37 1, 26./3. 08 E. 40 198, 26./3. 08 E. 41 196. Mit der tatsächlichen Beendigung
des Pflegeverhältnisses endigt die Angehörigkeit. Gleichwohl wollen Werner 106, Dshausen
N. 21 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 18 und RG. 11./12. 85 E. 13 148 die Angehörigkeit für eine
darüber hinaus dauernde, also lebenslängliche auf seiten des Pflegekindes annehmen, eine schon
wegen ihrer Halbheit unrichtige Ansicht.

e) Ehegatten sind die in einer nach den Bestimmungen des BGB. formell bestehenden,
wenn auch anfechtbaren oder nichtigen Ehe lebenden Personen. Das Angehörigkeitsverhältnis
hört auf mit der Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Nichtigkeitserklärung. Die Aufhebung
der ehelichen Gemeinschaft hat, wie aus BGB. § 1586 hervorgeht, diese Wirkung nicht: Dshausen
N. 22.

f) Geschwister sind diejenigen, welche durch eheliche oder uneheliche Abstammung mindestens
Einen Elternteil gemeinsam haben. Zusammengebrachte Kinder sind nicht untereinander Ange-
hörige, obgleich sie zum Stiefparens im Angehörigkeitsverhältnisse stehen: Binding Handb. I 787
N. 96, Frank N. IV 6, Dshausen N. 23b, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 8
Abs. 4. Zu den Angehörigen gehören auch die Ehegatten der Geschwister. Hierüber hinaus geht
aber das Verhältnis nicht, indem weder die Nachkommen der Geschwister Angehörige des Onkels
oder der Tante: Dshausen N. 23a, noch die Ehegatten der Geschwister unter sich Angehörige
sind: Frank a. a. D., Dshausen N. 23b, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abs. 4; RG. 13./12. 86 E. 15 78.
In dem Angehörigkeitskreise der Geschwister und deren Ehegatten ist das Verhältnis ein gegen-
seitiges, indem wie ich ein Angehöriger des Bruders meiner Frau, so der Bruder meiner Frau
ein Angehöriger meiner selbst ist: Binding Handb. I 787, Frank N. IV letzter Abs., Meyer-Walfeld 235
N. 18, Dshausen N. 23 Abs. 4; a. M. Geher, S. S. IV 93.

g) Verlobte sind Personen, welche sich gegenseitig ein beiderseits ernstlich gemeintes auf
Verheiratung abzielendes Versprechen gegeben haben: RG. 28./1. 84 E. 10 117, 30./12. 01 E. 35 49.
Das Verlöbniß ist an keine Form gebunden, und die Verpflichtung, demnächst die Ehe wirklich einzugehen,
ist nach BGB. § 1297 nicht gerichtlich erzwingbar. Somit setzt das Verlöbniß nur die all-
gemeine Geschäftsfähigkeit — BGB. § 104 — voraus: RG. 16./11. 05 E. 38 242. Ihm ist strafrecht-
lich die Anerkennung zu verweigern, wenn es dem Gesetz oder den guten Sitten zuwiderläuft, wobei
es gleichgültig ist, ob dies an sich oder nur deshalb anzunehmen ist, weil das Verlöbniß mit einer
unerlaubten oder un sittlichen Bedingung verbunden ist: RG. 12./5. 93 E. 24 155. Ein bedingtes
Eheversprechen begründet überhaupt kein Verlöbniß: RG. 1./4. 86 E. 14 7.

6. Wegen der Stellung der Landesgesetzgebung siehe § 54 N. 9.

§ 53.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch
Notwehr geboten war.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einem gegen-
wärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.

Die Überschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.

1. Die Selbsthilfe, die eigenmächtige Geltendmachung eines Rechtes, ist entweder eine aggressive, indem zur Verwirklichung eines Anspruches oder zur Verhinderung einer Rechtsstörung in die Rechte des Verpflichteten eingegriffen wird. Die Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen diese aggressive Selbsthilfe eine rechtswidrige nicht ist, werden durch das bürgerliche Recht gesetzt. Oder sie ist eine defensive, die eigenmächtige Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes. Diese, die Notwehr im eigentlichen Sinne, wird im § 53 geregelt. Danach ist Notwehr diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.

Die Notwehr ist nicht eine Pflicht, sondern ein Recht. Im Fall der Notwehr ist es daher demjenigen, der zu ihrer Ausübung berechtigt ist, unbenommen, sie nicht auszuüben. Aus welchem Beweggrunde er von ihr Gebrauch macht, ist gleichgültig. Macht er von ihr Gebrauch, so ist seine Handlung, wenn sie durch die zur Abwehr des Angriffes erforderliche Verteidigung geboten ist, auch dann keine rechtswidrige, wenn durch sie der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung gegeben wird, sondern ist eine rechtlich erlaubte, eine strafbare Handlung also nicht vorhanden. Die Rechtswidrigkeit aber entfällt, weil die Güter des Angreifers dem Angegriffenen gegenüber, soweit als das Erfordernis der Verteidigung reicht, nicht unter rechtlichem Schutz stehen, denn das Recht würde andernfalls für das Unrecht Partei ergreifen und in direktem Widerspruch mit seiner Aufgabe, die legitimen Interessen zu schützen, diese vielmehr in den hier in Betracht kommenden Fällen schutzlos stellen.

Wie der Verteidiger selbst, so sind auch die Teilnehmer an der Verteidigung schuld- und also straflos. Sie sind es nicht bloß wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme, sondern auch deshalb, weil die Notwehr auch zur Verteidigung eines Anderen ausgeübt werden darf, sie also zur Begehung der Haupttat selbst befugt sein würden: Schütze 109 N. 5.

2. Bei der Notwehr ist zu unterscheiden der Stand der Notwehr an sich, also die Erfordernisse des Rechts zur Notwehr, und ihre Ausübung, d. h. die Frage, wie man bei der Ausübung sich zu verhalten hat.

Die Erfordernisse sind ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf den Verteidiger oder einen Anderen. Daß sie erfüllt sind, braucht der Täter nicht zu wissen, da die Schuld- und Strafausschließungsgründe auch ohne Kenntnis wirken; weiß er es nicht, so liegt ein sog. Putativdelikt vor: Lisshausen § 59 N. 24b, v. Wächter 180; a. M. Hälshner I 271, Rüdorff-Stenglein § 59 N. 15.

a) Erforderlich ist ein Angriff, ein positives angriffsweises Vorgehen, nicht ein reines Unterlassen, insbesondere nicht ein bloßes Nichtleisten, indem gegen dieses, gegen die Nichterfüllung eines Anspruches unter den Voraussetzungen des § 229 BGB. Selbsthilfe statthaft ist: Binding Handb. I 736, Frank N. I, Hälshner I 485 N. 1, v. Liszt 144 N. 2, Mertel 162, Meyer-Altfeld 228, Lisshausen N. 5 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 6./6. 89 C. 19 298.

b) Der Angriff muß von einem Menschen ausgehen. Die vielfach, z. B. von Frank N. I und Lisshausen N. 5, beliebte Formulierung „von einem lebenden Wesen“ ist nicht zutreffend. Bei einer Gefährdung durch die Naturgewalt und durch eine leblose Sache liegt ein Notstand nach § 54 und BGB. § 228 vor. Geht die Gefährdung von einem Tier aus — ein Fall der Notwehr liegt vor, wenn ein Mensch sich des Tieres als Werkzeug bedient —, so ist in gleicher Weise zu unterscheiden, ob der Notstand des § 54 vorliegt oder eine nach § 228 statthafte Schutzhandlung. Die Schutzhandlung setzt jedoch, um nicht rechtswidrig zu sein, voraus, daß der durch sie verursachte Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Ist das Tier ein nicht in fremdem Eigentum stehendes jagdbares Wild, so ist GG. z. BGB. Art. 69 zu berücksichtigen. Vgl. Finger I 387, v. Lilienthal 41, v. Liszt 144 N. 3, Meyer-Altfeld 227, Lisshausen N. 6 Abs. 1; RG. 17./6. 01 C. 34 295, 30./4. 03 C. 36 230. Wenn Binding Grundr. 190 und Frank N. I dem § 228 die Bedeutung für das Strafrecht abprechen, weil er sich auf die Verpflichtung zum Schadenersatz beziehe, so übersehen sie, daß ein Zivilgesetzbuch nur zivilistische, nicht kriminalistische Folgen zu normieren hat, dagegen das StGB. die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer Handlung nur unter Heranziehung des gesamten geltenden Rechts treffen kann, § 228 aber bei vorhandener Verhältnismäßigkeit die Rechtswidrigkeit verneint. Allerdings ist das Endergebnis ein wenig befriedigendes: „Das Kind, das mein Eigentum bedroht, darf ich ohne weiteres, den Hund nur „bei überwiegendem Interesse niederstießen“ (v. Liszt a. a. D.).

c) Angriff ist nicht auf das körperliche Anfaßen beschränkt, sondern bedeutet jeden Eingriff in die Rechtssphäre einer anderen Person: Leben, Leib, Freiheit, Vermögensrecht (Eigentum und Besitz), Hausfriede, Familienrecht, Ehre, Namensrecht, Personenstand, staatsbürgerliche Rechte.

Auch gegen Verbal- und symbolische Injurien ist die Notwehr gestattet, nicht bloß falls die Verteidigung der Vollendung des Delikts zuvorkommen kann, also unterbrechend, sondern auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Angriff nicht notwendig mit der Vollendung des Delikts beendet ist: Hälschner 485. Es ist überhaupt gleichgültig, um welches Gut es sich handelt, vorausgesetzt nur, daß es ein Gut ist, also einen Wert hat, wozu auch der Affektionswert gehört, soweit ein solcher im konkreten Fall vernünftigerweise angenommen werden kann. Ein Angriff mit Bezug auf ein noch nicht erworbenes, wenn auch in sicherer Aussicht stehendes Rechtsgut genügt nicht, es muß sich gegen einen bestehenden Zustand richten: v. Liszt 145. Das RG. hat die Notwehr für zulässig erklärt gegen eine Pfändung: 13./1. 81 C. 3 222; einen Angriff der Ehefrau auf Sachen des Ehemannes während eines Scheidungsprozesses: 20./4. 83 C. 8 210, was unbedenklich mit Meyer-Alsfeld 227 R. 14 auf die an sich straflosen Diebstähle und Unterschlagungen seitens eines Wzendenten oder eines Ehegatten ausgedehnt werden kann (§ 247 Abs. 2); gegen Beleidigungen: 24./11. 90 C. 21 C. 168, 14./12. 96 C. 29 240. Vgl. Werner 110—112.

d) Der Angriff muß ein rechtswidriger sein. Ob er dieses, ist lediglich vom Standpunkt desjenigen, wider dessen Recht sich der Angriff richtet, also von dem des Angegriffenen aus, zu beurteilen, und rechtswidrig ist jeder Angriff, den der Angegriffene nicht von Rechts wegen über sich ergehen zu lassen braucht. Ob der Angreifer strafbar oder nicht strafbar, ob ein Schuldaufhebungs- oder ein Schuldausschließungsgrund für ihn gegeben ist, ob der Angriff objektiv den Tatbestand eines Delikts erfüllt oder nicht (v. Liszt 145 nennt als Beispiel die nicht strafbare Gebrauchsanmaßung), das ist auf die Frage der Rechtswidrigkeit ohne Einfluß.

Die Notwehr ist somit auch dann zulässig, wenn der Angreifer nach §§ 51, 55 unzurechnungsfähig ist oder nach §§ 52, 54 vom Gesetz als unzurechnungsfähig fingiert wird oder in unvermeidbarem Irrtum handelt: Binding-Handb. I 735 und Grundr. 190, Wirmeyer-Enzpf. 1120, Finger I 385, 387, Frank R. I 2b, v. Liszt 144, Merkel 163, Meyer-Alsfeld 227, Dshausen R. 6 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein R. 10; RG. 19./2. 95 C. 27 44. Speziell wegen des Notstandes vgl. unten § 54 R. 2b. Dagegen bestreiten Hälschner I 479, Oppenhoff-Debus R. 6, v. Schwarze 228, Schütze 113 die Notwehr gegen einen Unzurechnungsfähigen und lassen die Abwehr gegen seinen Angriff nur unter den Voraussetzungen und Beschränkungen des § 54, also als Notstandsakt zu. Nach ihnen würde, falls es sich nicht um eine unverschuldete Gefahr für Leib und Leben handelt, nur BGW. § 228 Anwendung finden, wobei allerdings der unzurechnungsfähige Mensch als „fremde Sache“ erschiene, obgleich ein lebender Mensch niemals Sache ist.

Die Notwehr ist ferner zulässig gegen Angriffe seitens derjenigen Personen, welche strafrechtliche Immunität besitzen, § 3 R. 4. Ebenso gegen die von Landtagsmitgliedern in Ausübung ihres Berufes getanen Äußerungen, § 11 R. 6, und gegen die wahrheitsgetreuen Berichte über die Landtagsverhandlungen, § 12 R. 3, was beides nach Reichsverf. Art. 30, 22 auch von dem Reichstag gilt. Wenn Binding Handb. I 738 und Dshausen R. 6 Abs. 2 gegen den Souverän keine Notwehr zulassen, weil damit der Grundsatz der Unverletzlichkeit beseitigt sein würde, so ist, abgesehen davon, daß Unverletzlichkeit, Heiligkeit, von Gottes Gnadentum überhaupt keine juristischen Begriffe sind, dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß trotz des bekannten „majestas ossibus principis inhaeret“ der Verfassungsstaat der Gegenwart keine sklavische Untertänigkeit kennt und, wie Dshausen § 3 R. 19b_a selbst einräumt, die Immunität des Monarchen keineswegs ein Schuld-, sondern nur ein Strafausschließungsgrund ist. Dies wird völlig klar, wenn man einen drastischen Fall nimmt. Wenn ein Bundesfürst eine bei ihm zu Besuch weilende Tochter des Kaisers zu vergewaltigen versucht, so ist nach Binding und Dshausen das in seiner jungfräulichen Ehre angegriffene Mädchen auf die passive Resistenz, also schließlich auf das Davonlaufen beschränkt, aber eventuell mit lebenslanglichem Zuchthaus zu bestrafen (§ 94), wenn es zwecks seiner Verteidigung dem Angreifer das Angeicht zertrübt oder mit einem Stock auf ihn einschlägt. Als einmal ein Landesherr — der letzte Kurfürst von Hessen — seinen Kammerdiener geprügelt und dieser sich aktiv verteidigt hatte, lehnte das Kaiserliche Obergericht die Einleitung eines Strafverfahrens wegen begründeter Notwehr ab. Übereinstimmend gegen die Binding-Dshausen'sche Ansicht Finger I 386, Frank R. I 2, v. Liszt 144, Meyer-Alsfeld 227 R. 14, v. Wächter 176.

Dagegen ist keine Notwehr gegeben, wenn der Angriff kein rechtswidriger, sondern ein solcher ist, den der Angegriffene von Rechts wegen über sich ergehen lassen muß. Also: wenn die Obrigkeit innerhalb des ihr zustehenden Wirkungskreises: RG. 27./2. 95 C. 25 150; wenn Eltern, Vormünder, Lehrer usw. in Ausübung ihres Züchtigungsrechts handeln; wenn ein Akt der Notwehr oder Selbsthilfe vorliegt. Stets muß ein solcher Angriff sich innerhalb der von dem Gesetz gesteckten formellen wie materiellen Schranken bewegen, widrigenfalls er ein rechtswidriger ist: Werner 108, Binding Lehrb. II 751, 765 R. 2, 777, Finger I 387, Frank § 113 R. III, v. Liszt 144, Merkel 163, Meyer-Alsfeld 227, Dshausen R. 8, Rüdorff-Stenglein R. 8, Schütze 109, v. Wächter 176. Es kann aber bei einem rechtswidrigem Angriff das natürliche Recht der Verteidigung durch kein wie immer gestaltetes öffentliches oder privatrechtliches Subjektionsverhältnis ausgeschlossen

werden. Hieran ist auch festzuhalten gegenüber der schimpflichen Behauptung, daß das Militärstrafrecht eine Notwehr des Untergebenen gegen den Vorgesetzten nicht anerkenne. Auch die von der Anerkennung der Notwehr ausgehenden Erörterungen bei Herz-Ernst 63 können nicht gebilligt werden, indem nach ihnen z. B. eine nicht lediglich in Abwehr bestehende Notwehr des Untergebenen nur bei Gefahr für Leib und Leben, dagegen bei Beleidigungen, auch bei tätlichen („leichte Berührungen“) regelmäßig nur ein Beschwerderecht gegeben sein soll. Wenn baselbst ein „strenger“ Maßstab bei Prüfung der Frage verlangt wird, ob die Tat in ihrer konkreten Gestaltung durch Notwehr geboten war, so wird dadurch der Weg eröffnet, im vermeintlichen Interesse der Disziplin die Notwehr im konkreten Fall stets zu bestreiten. Die Frage, wer sich schwerer gegen die militärische Disziplin vergeht, ob der Vorgesetzte, welcher chelos genug ist, seine überlegene Stellung zu Mißhandlungen seines Untergebenen auszunutzen, oder der Untergebene, welcher sich zuletzt aus Verzweiflung zur Wehr setzt, diese Frage scheint für die Theorie und Praxis des Militärstrafrechts gar nicht zu existieren.

Daß es eine Notwehr gegen die durch das Interesse der Sicherheit des Angegriffenen selbst gebotenen Handlungen gibt, ist zu verneinen, wenn die Sicherstellung zu den Obliegenheiten des Handelnden, z. B. der Polizei, der Eltern und Erzieher u. ä., gehört; vgl. auch § 221. Die Notwehr ist ferner dadurch ausgeschlossen, daß Angriff und Verteidigung nur als Bestandteile eines vom Gesetze unter Strafe gestellten Gesamtvorganges, insbesondere des Zweikampfes, erscheinen; Meyer-Alsfeld 228. Dagegen ist sie möglich bei der Retorjion der §§ 199, 233, und bei der Beteiligung des § 227 kann der wegen dieser Beteiligung Strafbare wegen der einzelnen Verletzung durch Notwehr entschuldigt sein; Meyer-Alsfeld 228 N. 24; MG. 27./11. 80 C. 3 236.

Da die Verteidigung des Angegriffenen keine rechtswidrige, kann sich ihr gegenüber der Angreifer, wofern nicht — N. 4 — der Angegriffene einen Notwehrrezeß begeht, seinerseits auf Notwehr nicht berufen.

e) Der Angriff muß ein gegenwärtiger sein. Ist er es nicht, so liegt ein sog. extensiver Erzeß vor, bei welchem die Berufung auf Notwehr nicht entschuldigt; unten N. 4 Abs. 1.

Will man dies Erfordernis in räumlicher Beziehung auffassen, so ist die Notwehr ausgeschlossen, wenn der Angegriffene von dem Angreifer so weit entfernt ist, daß er tatsächlich von dem Angriff gar nicht getroffen wird. Dies trifft naturgemäß nur bei solchen Angriffen zu, welche in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Leiblichkeit oder auf die Vermögensstücke bestehen. Die Gegenwartigkeit würde also nicht gegeben sein, wenn der mit einem Säbelsieb drohende Angreifer durch einen unter Umständen geringen Zwischenraum von dem Angegriffenen getrennt ist und bleibt, wogegen eine Verbalinjurie soweit gegenwärtig ist, wie die Stimme des Rufenden schallt.

Seine Hauptbedeutung hat das Erfordernis der Gegenwartigkeit in zeitlicher Beziehung, indem die Notwehr einerseits durch die, einen solchen Angriff nicht enthaltende, auf die Zukunft sich beziehende Bedrohung des Rechtsguts, andererseits durch die Vollenbung der Rechtsverletzung begrenzt wird.

Der Angriff muß begonnen haben. Die bloße Drohung, angreifen zu wollen, genügt nicht. Sie berechtigt nur zu Sicherungsmaßregeln, wogegen zur Übung der Notwehr nur der wirkliche, nicht der bloß mögliche Angriff berechtigt. Weil der Angriff aber nicht notwendig schon in seinem Beginn einen Eingriff in die Rechtssphäre des Angegriffenen enthält und auf der anderen Seite eine zeitlich verlaufende Handlung ist, welche in ihrem Beginn in der Regel als eine Drohung erscheinen wird, so wird im konkreten Fall zu unterscheiden sein, ob die Drohung sich wirklich nur auf die Zukunft bezog oder der Beginn eines gegenwärtigen Angriffes, darum selbst ein solcher war. In dem letzteren Falle ist der Bedrohte unbedenklich berechtigt, dem sich weiter entwickelnden Angriffe durch einen Akt der Notwehr zuvorzukommen. Somit ist der Angriff begonnen, wenn er in jedem Augenblick erwartet werden kann, wenn er unmittelbar bevorsteht. So Berner 108, Binding Handb. I 746, Frank N. 11, Hälschner I 477, v. Lizst 145, Meyer-Alsfeld 228, Dischhausen N. 9a a, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schüge 110, v. Wächter 176. A. M. anscheinend Merkel 162. Daß nicht eine wirkliche Verletzung, eine *laesio inchoata*, erforderlich, drückt schon RG. Art. 140 mit den Worten aus: „ist auch mit seiner gegenwehrt bis er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig“, „als“ — so fügt die Bambergensis hinzu — „etliche unversündige leut meyner“. Dem Angriff zuvorzukommen, ist oft bessere Notwehr, als ihn zurückzuschlagen (Berner a. a. O.), oder nach der Feherrege: die beste Parade ist der Hieb.

Der Angriff muß ferner noch nicht beendet sein. Er ist beendet, wenn er völlig durchgeführt oder freiwillig aufgegeben oder selbtschlagen ist: RG. 14./12. 96 C. 29 240, wofern in den letzten beiden Fällen eine Fortsetzung nicht zu befürchten steht. Die Vollenbung der verletzenden Handlung ist aber unabhängig von dem größeren oder geringeren Umfange, in welchem die Verletzung zur Ausführung kommt. Darum dauert für den Angegriffenen die Gefahr und die Berechtigung zur Notwehr auch dann noch fort, wenn die Verletzung strafrechtlich als eine vollendete erscheint, der Angreifer aber seine verletzende Tätigkeit noch weiter fortsetzt. Nicht das vollendete Verbrechen,

sondern die vollbrachte Beschädigung bildet die Grenze für die Notwehr, und vollbracht erscheint sie, sowie der Angreifer von seiner rechtsverletzenden Tätigkeit völlig absteht. Dies gilt insbesondere von der strafbaren Besitzentziehung. Solange der auf der Tat ertappte Dieb durch Weigerung der Herausgabe, durch Widerstand oder Flucht sich im Besitz zu behaupten sucht, wird auch eine Gewalttätigung zum Zwecke der Wiedererlangung der gestohlenen, geraubten Sache als berechtigte Notwehr erscheinen. Erst dann kann nicht mehr von Notwehr die Rede sein, wenn der Dieb die gestohlene Sache in Sicherheit gebracht hat. So Binding Handb. I 746, Finger I 398, Frank N. I, 1 Hälschner I 478, Merkel 163, Meyer-Altfeld 228, Olshausen N. 9 a β, Rüdorff-Stenglein N. 11, Schütze 110 N. 13. Dagegen hält v. Liszt 144 Notwehr gegen den flüchtigen Dieb nur solange für zulässig, als der Gewahrjam des Inhabers „noch nicht völlig gebrochen ist“; andernfalls sei nur die Selbsthilfe des BGB. gestattet. Da er aber 426 unter dem diebischen Wegnehmen das Brechen des fremden und Begründen des eigenen Gewahrjams versteht, so ist der Unterschied von der obigen Ansicht nur ein scheinbarer.

f) Nicht erforderlich ist, daß der Angegriffene den Angriff nicht verschuldet hat. Auch wenn er ihn bewußt provoziert, hat er das Recht der Notwehr, denn daß der Angriff von dem Angegriffenen irgendwie veranlaßt wurde, kann, sofern nur die Veranlassung nicht selbst in einem rechtswidrigen Angriffe besteht, die Rechtswidrigkeit des Angriffes selbst dann nicht tilgen, wenn der Provokant unter dem Deckmantel der Notwehr dem anderen an den Leib kommen will: Finger I 387, Frank N. I letzter Abf., Hälschner I 480 N. 2, Merkel 163, Meyer-Altfeld 228, Olshausen N. 7. Die gegenteilige Ansicht von Dppenhoff-Vellus N. 7 und Rüdorff-Stenglein N. 10 beruft sich vergebens auf das bekannte *volenti non fit iniuria*, denn weder will der Provokant verletzt werden, noch wird der Angriff auf ihn durch die Provokation zu einem berechtigten, und es wäre eine wunderliche Art, die Provokation zu strafen, wenn man den Provokanten schutzlos jeder Gewalt preisgeben wollte.

Noch weniger ist erforderlich, daß der Angriff ein unvorhergesehener, der Angegriffene also von dem Angreifer überumpelt worden ist.

g) Die Notwehr ist statthaft nicht bloß im eigenen Interesse, sondern auch in dem eines Anderen. Der Andere braucht kein Angehöriger im Sinne des § 52 Abf. 2 zu sein. Auf seine Zustimmung, oder auch nur auf seine Kenntnis der Nothilfe kommt es nicht an. Wie der einzelnen physischen Person, so kann auch einer juristischen Person Nothilfe geleistet werden, zumal dem Staate, jedoch nur soweit dieser Subjekt eines der in N. b genannten Rechte ist, nicht aber lediglich im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit: Binding Handb. I 733, Meyer-Altfeld 226, Olshausen N. 10. Handelt es sich um den Bestand des Staates, so ist die Verteidigung keine Notwehr, sondern Erfüllung einer allgemeinen Staatsbürgerpflicht.

3. Für die zweite Frage, wie man sich bei der Ausübung der Notwehr zu verhalten hat, also welches Mittel der die Notwehr Übende gegen den Angreifer anzuwenden befugt ist, kommt in Betracht

a) das notwendige Verhältnis dieses Mittels zur drohenden Gefahr.

In dieser Hinsicht entscheidet lediglich die Not. An sich ist die Anwendung eines jeden Mittels, also einer jeden Gewalt gegen den Angreifer, aber auch nur desjenigen Mittels und derjenigen Gewalt gerechtfertigt, welche zur Abwendung des Angriffes und zur Erhaltung des bedrohten Gutes notwendig sind, oder die der die Notwehr Übende in der konkreten Lage, in der er sich durch den Angriff befand, für erforderlich halten durfte: Binding Handb. I 751, Finger I 392, Rüdorff-Stenglein N. 13, v. Wächter 177 Beil. Nr. I, 179. Wenn dagegen mehrere Autoren, z. B. Frank N. II Abf. 2, Meyer-Altfeld 229 und Olshausen N. 11 unter Berufung auf mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts die Erforderlichkeit der Verteidigung als eine objektive nehmen, bei welcher es auf die subjektive Auffassung des Angegriffenen nicht ankomme, so kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Abgesehen davon, daß sie in Widerspruch steht mit Abf. 3, da die subjektive Auffassung des Täters durch Bestürzung, Furcht oder Schrecken, welche ja subjektive Zustände sind, beeinflusst sein kann, verlangt sie allgemein eine abmessende Überlegung, welche weder jedesmal möglich noch jedesmal für den Überlegenden ungefährlich ist (*deliberante Roma Saguntum perit*), und verzieht den allein angemessenen Standpunkt des Richters, welcher ohnehin leicht in den Fehler verfällt, von seiner gesicherten Stellung aus in ruhiger Abwägung aller Eventualitäten den Angegriffenen als weniger bedroht anzusehen, als dieser in Wirklichkeit war oder zu sein glauben konnte. Wenn zur Abwendung des Angegriffenen keine Gewalt erforderlich ist, so ist der Fall der Notwehr natürlich nicht vorhanden. Ob sie aber notwendig war und wie weit, „hat der Richter ganz vom Standpunkt des Bedrängten aus zu beurteilen, also nach dem, was einem Angegriffenen in „seiner Lage und unter dem ihm erkennbaren Umständen nach Wahrscheinlichkeit zur Abwehr „nötig erscheinen mußte, und dabei zu beachten, daß in einer solchen Lage nicht alle Umstände „sich übersehen lassen und man zu raschem Handeln genötigt ist, auch in der Überzeugung, in die „ein Angriff versetzt, nicht alles gehörig überlegt werden kann“: v. Wächter 179. Vgl. auch Berner 113, 114.

Hiernach hat das Gesetzeswort „erforderlich“ keine juristische Bedeutung nur in bezug auf den Erzeß in der Notwehr. Jedes Mittel, durch welches der Angriff abgewendet werden kann, von der Bedrohung mit einer an sich strafbaren Handlung bis zur Vernichtung der Existenz des Angreifers, ist unter der einzigen Bedingung statthaft, daß dem die Notwehr übenden ein anderes gleich wirksames, aber schwächeres Mittel nicht sofort zu Gebote steht, sei es weil es überhaupt nicht zur Hand ist, sei es weil er von dem Zurhandsein nichts weiß. Und zwar unmittelbar zu Gebote steht, indem der Verteidiger nicht erst nach einem weniger scharfen Mittel zu suchen braucht, wenn ein anderes wirksames Mittel zur Hand ist. Die frühere Ansicht, daß die Notwehrhandlung nur subsidiär, also nur dann erlaubt sei, wenn die Möglichkeit ausgeschlossen ist, sich durch Anrufung der Obrigkeit oder durch Flucht zu schützen, ist völlig unbegründet, wie schon aus dem Gehege selbst folgt, wenn man mit Olshausen die im Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung an die Stelle des im Abs. 1 gebrauchten Ausdruckes setzt: Binding Handb. I 732, Birkmeyer Erzähl. 1120, Finger I 390, Frank N. II letzter Abs., Hälschner I 478, v. Liszt 146, Meyer-Altfeld 239, Olshausen N. 2. Mehr oder minder anderer Meinung sind Geyer I 82 und S. S. IV 95 N. 7, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 110, wegen der Anrufung der Obrigkeit auch Rüdorff-Stenglein N. 2. Am allerwenigsten ist der Angegriffene verpflichtet, die Flucht zu ergreifen. „Der Staat, welcher Davonlaufen „fordern wollte, würde Staatsbürger wünschen, die Memmen sind“ (Schütze 110 N. 14). Abgesehen von der Unsicherheit dieses Mittels — der Entfliehende kehrt dem Angreifer den Rücken zu, ist also dem Angriff von hinten ausgesetzt —, spricht dagegen der sprachliche und daher logische Widerspruch: wer davonläuft, wehrt nicht den Angriff ab, sondern entzieht sich ihm, und Entfliehen ist nicht eine Verteidigungshandlung, sondern das Gegenteil der Verteidigung. Die hierin liegende Schonung der Person des Angreifers wird zu einer Ungerechtfertigkeit gegen die Person des Angegriffenen, wenn sie mit RG. 13./5. 87 E. 16 69 mit dem Ehrbegriff vereinigt und nur demjenigen das Nichtdavonlaufen nachgesehen wird, der zu einem mit einem Ehrgefühl feinerer Art erfüllten Stande gehört. Dies führt zurück zu der heillosen Rechtspredung früherer Jahrhunderte, nach welcher der Ubelige, der Offizier seine Waffe sofort, der Kaufmann sie aber erst nach dreimaligem Fluchtversuch gebrauchen durfte.

Wird mehrfach, z. B. von Binding Handb. I 750, Finger I 394, Meyer-Altfeld 230, Olshausen N. 12d und RG. 13./5. 87 E. 16 89, erklärt, daß die Notwehr nicht bloß in Form der Abwehr, sondern auch in der eines Gegenangriffs statthaft sei, so ist dies im Grunde schon durch die Existenz des § 53 gegeben, weil eine bloße Abwehr niemals strafbar sein kann.

Wie aus dem Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs hervorgeht, ist das Recht der Notwehr nicht begründet gegen zukünftige Übel und Verletzungen. Das Veranlassen von Verbeugungs- oder Schutzmaßregeln, wie Legen von Selbstgeschossen, Fußangeln, Fußseilen usw., ist, abgesehen vom Falle des § 367 Nr. 8, an sich nicht strafbar. Daher hat, wer ein Grundstück betritt, auf welchem, wie er weiß, solche Veranstaltungen getroffen sind, etwaige Verletzungen sich selbst zuzuschreiben, wogegen, wenn er es nicht weiß, der Veranstalter für etwaige Verletzungen nach den allgemeinen Regeln haftet. Wird jedoch das Grundstück in Ausübung eines rechtswidrigen Angriffs betreten, so kann lediglich in Frage kommen, ob nicht in der Wahl dieses bestimmten Verteidigungsmittels gegen diesen bestimmten Angriff ein Erzeß in der Notwehr vorliegt. Vgl. Finger I 390, Frank N. IV, v. Liszt 145, Meyer-Altfeld 228, Olshausen N. 12c, Rüdorff-Stenglein N. 12, Schütze 110 N. 11.

Endlich erhebt sich noch die Frage, ob in Ausübung der Notwehr Rechte unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit verletzt werden dürfen. Überwiegend wird diese Frage verneint: die Verteidigung müsse sich gegen den Angreifer selbst richten, die Verletzung der einem Dritten gehörenden Angriffsmittel falle noch unter den Begriff der Notwehr, die Verletzung des Dritten selbst sei aber nur als Notstandshandlung nach § 54 straflos: Finger I 393, Hälschner I 485, v. Liszt 146, Meyer-Altfeld 231, Olshausen N. 12 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 11. In einem konkreten Fall war ein am Gottesdienst teilnehmender Gemeindebeamter von dem Geistlichen von der Kanzel herab beleidigt worden, hatte sich erhoben, „Ruhe“ gerufen und die Kirche verlassen, und war — es klingt geradezu ungläubhaft! — nach § 167 angeklagt worden. Das Reichsgericht hat 24./11. 90 E. 21 168 Notwehr angenommen, weil das Recht dem Unrecht nirgends zu weichen brauche, der Angegriffene den Ort nicht wählen könne, dieser ihm vielmehr durch den Angriff aufgedrängt werde, das Verlassen der Kirche — d. h. Fliehen — kein Mittel der Notwehr sei. Diese Notwehrung ist völlig richtig, bejagt aber für die vorliegende Frage zu wenig. Man muß eben mit Binding Grundr. 189 und Frank N. II Abs. 1 die Frage allgemein bejahen; denn das Gesetz erklärt die Notwehr schlechthin für straflos und, wie Binding richtig bemerkt, das notwendige Mittel zur erlaubten Handlung anzuwenden, ist stets erlaubt, so sehr erlaubt, daß der Dritte, der dem Angegriffenen hindernd in den Weg tritt, dadurch den Angreifer tatsächlich unterstützt. Daß zur Notwehr auch die fremde Sache mit dem Risiko ihrer Beschädigung gebraucht werden darf, erkennt RG. ausdrücklich an: 5. 5. 92 E. 23 116. Daß die Bejahung der Frage für den Dritten zu bitteren Kon-

sequenzen führen kann, ist unzweifelhaft, aber die Verneinung würde zu solchen für den Angegriffenen führen.

b) Für die Frage, welches Mittel der die Notwehr Ausübende anzuwenden befugt ist, muß die übrigens gegenwärtig ganz vereinzelte Ansicht, daß der Wert des gefährdeten Gutes für das Maß der Verteidigung bestimmend, eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen beiden erforderlich sei, zurückgewiesen werden; vgl. Wächter 177 Beilage II. Jedes Gut, wofern es überhaupt nur einen Wert hat, darf bis aufs äußerste verteidigt werden. Ein irgendwie fester, objektiver Maßstab ist zudem nicht bloß deshalb unmöglich, weil der Wert eines und desselben Gegenstandes bei gleicher Örtlichkeit zeitlich und bei gleicher Zeitlichkeit örtlich verschieden sein kann, sondern weil die persönliche Lage und Verhältnisse des Angegriffenen beständig in Betracht kommen. Zwanzig Mark sind für den reichen Bankier eine Bagatelle, für den ländlichen Tagelöhner der Lohn einer saueren Arbeitswoche, aber der Bankier darf die Bagatelle mit gleicher Energie verteidigen wie der Tagelöhner den Wochenlohn. Die Proportionalität müßte zudem nach beiden Seiten erwogen werden. Wer den mit der gestohlenen Uhr entfliehenden Dieb in Ermangelung eines leichteren Mittels niederschießt, handelt auch proportional völlig berechtigt, denn für ihn ist die Uhr 150 M., das Leben des Diebes gar nichts wert, wogegen der Dieb die Uhr seinem Leben gleich wertet, da er ja für sie sein Leben aufs Spiel setzt. Hier mit Meyer sogar von einer Totschlaggermoral zu sprechen, ist geradezu abgeschmackt.

4. Wie N. 2e ausgeführt wurde, kann von keiner Notwehr gesprochen werden, wenn der rechtswidrige Angriff noch nicht begangen oder wenn er schon beendet ist. Richtig betrachtet liegt bei dem extensiven Erzeß in Wirklichkeit der Fall der Notwehr gar nicht vor. Werden gleichwohl Notwehrhandlungen vorgenommen, der sog. extensive Notwehrexzeß, so macht der Handelnde sich strafbar und der auctor rixae kommt eventuell selbst in den Stand der Notwehr. Wenn der Angriff bereits begonnen hat und noch nicht beendet ist, so liegt allerdings der Stand der Notwehr vor, aber der sie Ausübende hat das erforderliche Maß der Verteidigung gemäß den sub 3a gegebenen Ausführungen einzuhalten. Hält er des nicht ein — man spricht in diesem Fall von einem intensiven Notwehrexzeß —, so macht er sich wiederum strafbar, und der auctor rixae darf sich wiederum als nummehriger Angegriffener nach den Grundsätzen über die Notwehr verteidigen.

Der intensiv Erzedierende — natürlich kann auch der in Notwehr gedrängte auctor rixae erzedieren — ist als vorsätzlicher Täter strafbar, wenn er die Grenzen der Verteidigung vorsätzlich überschreitet, als fahrlässiger, wenn er dies infolge eines schuldhaften Irrtums tut. Im letzteren Falle kommt es wiederum darauf an, ob das betreffende Delikt fahrlässig begangen werden kann.

Hier greift nun Abs. 2 des Gesetzes ein, welcher sich, wie aus dem Obigen hervorgeht und gegen Hälscher I 484 allgemein anerkannt wird, nur auf den intensiven Notwehrexzeß bezieht. Er kann somit nur dann Anwendung finden, wenn festgestellt wird, daß ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorgelegen hat: RG. 2. 12. 90 C. 21 189. Wird dies festgestellt, so liegt allerdings ein rechtswidriger Erzeß vor, aber der Erzedent soll gleichwohl mit Strafe verschont werden, wenn er in, d. h. aus — Merkel 164, Olshausen N. 16, Dppenhoff-Delius N. 16, v. Schwarze N. 16 — Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. Ob er dies dolos oder culpa getan hat, ist gleichgültig: Frank N. II Abs. 4, Meyer-Alfeld 230, Olshausen N. 16; RG. a. a. O.; a. M. Binding Handb. I 753. Unter Handeln in Bestürzung ist ein Handeln ohne Überlegung, ein Handeln in Verwirrung zu verstehen, nicht ein Handeln in dem Gefühl der Angst vor der Wiederholung des Angriffs, welches Gefühl unter dem Begriff Furcht fällt.

Abs. 2 ist eine Ausnahmenvorschrift und schon aus diesem Grunde nicht auf andere Geisteszustände auszudehnen, welche nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen. Dies ergibt auch die Entstehungsgeschichte, indem die in dem Friedberg'schen Entwurf folgenden Worte „oder anderen ähnlichen Geisteszuständen“ später gestrichen sind. So die g. M.

Das Gesetz sagt nicht, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden, sondern daß der Erzeß nicht strafbar sei. Er ist somit ein persönlicher Strafausschließungsgrund, der nur demjenigen Teilnehmer zugute kommt, der die Grenzen der Verteidigung aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken überschritten hat: Finger I 392, v. Liszt 146, Meyer-Alfeld 187 N. 14 und 230 N. 38, Olshausen N. 18, Dppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 16 Abs. 2, Schütze 111 N. 18. Bleibt der Erzeß trotz der Straflosigkeit des Erzedenten eine rechtswidrige Handlung, so ist gegen ihn wiederum die Notwehr des auctor rixae gestattet.

5. Während ein Irrtum über den Begriff der Notwehr strafrechtlich nicht zu beachten ist: RG. 6./6. 89 C. 19 298, wird durch den tatsächlichen Irrtum, daß ein zur Notwehr berechtigender gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliege (sog. Putativnotwehr), die Strafbarkeit des Handelnden, soweit es sich um ein vorsätzliches Delikt handelt, wegen mangelnden Dolus ausgeschlossen, wobei es unerheblich ist, ob der Irrtum ein unverschuldeter, unvermeidlicher war oder nicht, wo-

gegen es bei einem fahrlässigen Defekt darauf ankommt, ob die irrtümliche Annahme selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist: Merkel 164, Meyer-Allfeld 230 N. 34, Olshausen § 59 N. 25d Abf. 2, 3, v. Wächter 180; RG. 9./4. 81 E. 4, 98, 2./12. 90 E. 21 189. Die Frage der putativen Notwehr im einzelnen Falle zu prüfen und hiernach in dem Urteil die Feststellung vorzunehmen, ist der Richter nur dann verpflichtet, wenn ihm hierzu entweder die Behauptungen des Angeklagten oder die durch die Beweisaufnahme geschaffene Sachlage Veranlassung gibt. Zur Annahme der Putativnotwehr bedarf es jedoch nicht der positiven Überzeugung von ihrem Vorhandensein, sondern der Schutz des § 53 Abf. 1 kommt dem Angeklagten schon dann zugute, wenn der Richter nicht die Überzeugung von ihrer Unbegründetheit gewinnen kann. Der Strafausschließungsgrund des Abf. 3 greift aber nicht Platz, weil eine Überschreitung der der Notwehr gesteckten Grenzen nur dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen der Notwehr vorliegen: RG. 2./12. 90 E. 21 189. Der erschießende Täter ist jedoch straflos, wenn er die gewählte Art der Verteidigung infolge eines tatsächlichen Irrtums für geboten erachtete.

6. Die Materie der Notwehr ist in dem StGB. in erschöpfender, auch die Landesgesetzgebung bindender Weise geregelt. Landesgesetzliche Vorschriften, nach welchen die in Notwehr verübten Tötungen und Verletzungen zur Anzeige gebracht werden müssen, gehen neben § 53 her, ohne seine Bestimmungen irgendwie zu berühren, sind daher nicht aufgehoben und auch künftig zulässig: Berner 114, Olshausen N. 20; a. M. Meyer-Allfeld 231 N. 44.

7. Im schwurgerichtlichen Verfahren werden Nebenfragen weder über die Notwehr noch über ihre Überschreitung gestellt, sondern deren Vorlegung durch die Beantwortung der Hauptfrage zum Ausdruck gebracht.

§ 54.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

1. Das Gesetz verweist allerdings auf die Notwehr, aber diese und der Notstand sind begrifflich verschieden. Denn während die Notwehr die Verteidigung gegen den von einem Menschen ausgehenden rechtswidrigen Angriff ist, beruht der Notstand auf einem natürlichen, also juristisch zufälligen Ereignis, dessen gefährliche Folge nur durch Verletzung eines fremden Rechtes abgemindert werden kann. Die Worte „außer dem Falle der Notwehr“ sind überflüssig, und es kann nur irreführen, wegen ihrer mit Frank N. I den Notwehrstand für einen gleichzeitigen Notstand zu erklären. Vgl. Binding Handb. I 768, Olshausen N. 2.

2. Dagegen hängt der Notstand des § 54, abgesehen davon, daß der ein unverschuldeter sein und auf einem natürlichen Ereignis beruhen muß, so eng mit der Notlage des § 52 zusammen, daß der Gesetzgeber korrekter gehandelt haben würde, wenn er den Inhalt des § 54 in den § 52 aufgenommen hätte.

a) Wie in der Notlage (§ 52 N. 4), so gilt auch im Notstande der Täter als unzurechnungsfähig: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“. Auch wenn man mit z. B. Meyer-Allfeld 232, 233 N. 6 annimmt, die Notstandshandlung sei straflos nicht wegen einer fingierten Unzurechnungsfähigkeit des Täters, sondern weil die objektive Rechtswidrigkeit ihrer selbst ermanle, wie bei der Notwehr, so ist der Notstand nicht lediglich ein straf-, sondern ist ein schuldabschließender Umstand. Diejenigen Autoren, welche in der Notlage des § 52 nur einen Strafausschließungsgrund sehen, tun dies auch bezüglich des Notstandes des § 54: Binding Handb. I 766, 784 ff., Birtmeyer Einzftl. 1131, 1156, Jinger I 421, 425, Frank N. III, Olshausen N. 3, Schütze 112.

Wie die Notstandshandlung selbst, so ist auch die Teilnahme an ihr keine strafbare Handlung. Diejenigen, welche in dem Notstand nur einen Strafausschließungsgrund sehen, erklären die Teilnahme natürlich für strafbar: oben § 52 N. 4 und Olshausen N. 5 b: „Straflos ist Teilnahme an einer „Notstandshandlung nur dann, wenn sie von einem von dem im Notstand Befindlichen herangezogenen Angehörigen geleistet wird, weil dieser auch selbständig zur Notstandshandlung berechtigt ist.“

b) Da im Notstande nicht ein Unrecht zurückgewiesen, sondern in eine bestehende Rechtssphäre eingegriffen wird, kann der Inhaber dieses bedrohten Rechtes seinerseits in Notwehr und Notstand kommen. Diese Kollision kann nicht juristisch, sondern nur tatsächlich gelöst werden: der Stärkere siegt. Übereinstimmend die Mehrzahl der Autoren, siehe Olshausen N. 5a. Bestritten wird dies von v. Liszt 144, 148 und Meyer-Allfeld 238. Dabei gründet v. Liszt seine Ansicht auf der unhaltbaren Annahme eines allgemeinen Notrechts. Meyer-Allfeld argumentiert mit dem richtigen Grundsatz, daß die im Notstand begangene Handlung keine rechtswidrige ist, sagt

die Rechtswidrigkeit aber — 227 — in dem Sinne auf, daß dem Angreifer selbst nicht etwa ein Unrechtausschließungsgrund zur Seite stehen darf. Dies ist aber — vgl. oben § 53 N. 2a — nicht zutreffend, denn bei der Notwehr ist die Rechtswidrigkeit des Angriffs lediglich vom Standpunkt desjenigen zu beurteilen, wider dessen Recht sich der Angriff richtet. Wäre gegen eine zulässige Notstandshandlung keine Notwehr statthaft, so müßte konsequent auch ein Notstand gegen die Notstandshandlung unstatthaft sein, was Meyer-Alsfeld selbst bestritt. Wenn endlich das RG. 5./5. 92 C. 23 116 Gegenwehr gegen einen zur Rettung aus einem Notstand auf das Eigentum ausgeführten Angriff nur zuläßt bei Verhältnismäßigkeit des Wertes des Eigentums und der dem im Notstand Befindlichen drohenden Gefahr, so widerspricht dies dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß bei der Notwehr eine Verhältnismäßigkeit zwischen dem gefährdeten Gute und dem Maße der Verteidigung nicht erforderlich ist: oben § 53 N. 3b.

3. Von der Notlage des § 52 unterscheidet sich der Notstand des § 54 dadurch, daß er nicht von einem Menschen, sondern von einem Naturereignis herbeigeführt und ein unverschuldeter sein muß.

Bezüglich der anderen Erfordernisse stimmen beide Fälle überein, so daß auf die Ausführungen zu § 52 N. 3, 5 verwiesen werden kann.

a) Der Notstand muß durch ein Naturereignis herbeigeführt sein, entweder durch eine Sache, wozu auch das Tier gehört, oder eine Naturkraft. Hierdurch unterscheidet sich der Notstand von der Notlage, bei welcher die Gefahr auf der Einwirkung seitens eines Menschen beruht. Übereinstimmend Berner 105, Zinger I 426, Frank N. II, Hälsschuer I 493, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius § 52 N. 3, v. Wächter 138. Dagegen will v. Liszt 150 N. 7, indem er auch die Notlage als eine unverschuldete verlangt, keinen Unterschied zwischen Notlage und Notstand anerkennen, und auf der anderen Seite wollen Binding Handb. I 777 und Geyer I 106 auch abgesehen von der Drohung des § 52 einen durch widerrechtlichen Angriff herbeigeführten Notstand annehmen. Wenn endlich Olshausen a. a. O. und § 52 N. 2 — anscheinend auch Schüße 113 — zu den Naturereignissen auch die Handlungen eines Unzurechnungsfähigen rechnet, so ist dem entgegenzuhalten, daß ein Mensch niemals Sache oder Naturkraft ist. Vgl. § 52 N. 2b.

b) Die sub a) formulierte Unterscheidung ist von juristischer Bedeutung dadurch, daß nicht für die Notlage, wohl aber für den Notstand das Erfordernis der Unverschuldenheit gilt. Der Notstand darf von dem im Notstande Handelnden nicht in zurechenbarer Weise, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt sein. Was außer diesem Verschulden liegt, ist faktuell und kann dem Handelnden nicht zugerechnet werden. Hierbei mit Olshausen N. 7b zwischen unmittelbarem und mittelbarem Verschulden zu unterscheiden, liegt um so weniger Grund vor, als, wie Olshausen selbst einräumt, die Berufung auf Notstand auch bei mittelbarem Verschulden ausgeschlossen ist: Rudorff-Stenglein N. 7. Verschulden des Notstandes ist nicht identisch mit Verschulden der Gefahr, die schließlich zum Notstand führt; unverschuldet muß „die Lage sein, vermöge deren der Täter sich „über seinen Angehörigen aus der Gefahr nur durch Verletzung eines fremden Rechtsgutes retten kann. Wer z. B. mit einem Kahn vom Lande abstößt, obwohl er das Nahen eines Sturmes wahrnimmt, hat, wenn er sich schließlich nur durch Auswerfen eines Genossen retten kann, zwar die „Gefahr, nicht aber diesen Notstand vorsätzlich herbeigeführt“: Zinger I 422, Meyer-Alsfeld 236 N. 23, Olshausen N. 7 Abf. 1; RG. 3./7. 03 C. 36 334. Hierbei kommt es, wenn es sich um die Rettung eines Angehörigen handelt, nur auf das Verschulden des Nichtverschulden des Täters, also desjenigen an, der die Notstandshandlung begeht, wogegen das Verschulden oder Nichtverschulden des Angehörigen gleichgültig ist: Zinger I 423, Hälsschuer I 497, Meyer-Alsfeld 237 N. 26, Olshausen N. 7b, Oppenhoff-Delius N. 4, Rudorff-Stenglein N. 6. Binding Handb. I 788 will den Notstand auch beim Verschulden des Angehörigen ausschließen, weil dieser bei eigenem Verschulden sich selbst nicht straflos retten dürfe, was Frank I 3 mit der Einschränkung billigt, daß die Unkenntnis von dem Verschulden des Angehörigen jedenfalls den Vorfall des Täters ausschließt.

4. Welches Recht durch die Notstandshandlung verletzt wird, ob ein privates oder ein Recht der Allgemeinheit, ist gleichgültig: RG. 31./3. 08 C. 41 214. Noch viel weniger kommt es darauf an, ob das Rechtsgut, welches geschützt werden soll, ein wertvolleres ist als dasjenige, welches zum Schutze jenes verletzt werden soll. Somit ist zur Rettung aus einer Lebensgefahr sogar die Tötung eines Anderen gestattet. Allerdings charakterisieren die Motive den Notstand als die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere Recht dem größeren weichen müsse, und entsprechend lassen Berner 106, Oppenhoff-Delius N. 7 und Schaper H. J. 133 nur den Schutz eines höheren Rechts gegen ein geringeres zu. Dies hat aber keinen Ausdruck im Gesetz gefunden und im mangels jeglichen objektiven Maßstabes für die Abwägung kollidierender Rechte nicht durchführbar: dem Täter ist das eigene Recht stets das höhere. Übereinstimmend Zinger I 425, Frank N. II Abf. 3, Hälsschuer I 500, v. Liszt 150, Meyer-Alsfeld 238, Olshausen N. 6 Abf. 2, Rudorff-Stenglein N. 5, Schüße 114 N. 9.

5. Daß der im Notstande Handelnde verlegend in die Rechtsordnung eingreift, ist stillschweigende Voraussetzung des § 54; nirgends aber findet sich die Beschränkung, daß § 54 keine Anwendung erleidet, wenn in öffentlich-rechtliche Verhältnisse verlegend eingegriffen wird. Daß eine Anordnung der Behörde oder eine Amtshandlung zwangsweise durchgeführt werden, so folgt allerdings von selbst daraus, daß Widerstand gegen den rechtmäßigen Zwang nicht als berechtigt gelten kann. Anders aber, wenn es sich um dauernde Zustände handelt, die zwar aus behördlicher Anordnung erwachsen sind, deren spezielle Ausgestaltung aber nicht vorausbestimmt werden konnte oder sollte. Tritt in ihrem Verlaufe eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben ein, so ist eine Notstandshandlung nicht strafbar. RG. 31./3. 08 O. 41 214.

6. Der Täter darf sich auf den Notstand dann nicht berufen, wenn er selbst — oder sein Angehöriger — rechtlich verpflichtet ist, die Gefahr zu bestehen. Für das geltende Recht kommen in Betracht MitStGB. §§ 49 Abs. 1, 84—87 und Seemannsordnung § 41. Eine analoge Ausdehnung dieser Ausnahmen ist nicht für zulässig zu erachten. Vgl. Frank N. IV und Olshausen N. 9b.

7. Bei irrtümlicher Annahme des Notstandes greifen die § 53 N. 5 gegebenen Ausführungen über die Putativnotwehr Platz. Eine analoge Anwendung von § 53 Abs. 3 auf den Notstand ist ausgeschlossen.

Vgl. ferner wegen der Kenntnis des Notstandes § 53 N. 2 Abs. 2.

8. Eine Berufung auf Notstand ist nur bei Gefahr für Leib und Leben zugelassen, und zwar muß die Gefahr für den Täter selbst oder einen Angehörigen bestehen, wogegen die Gefahr eines Nichtangehörigen nicht in Betracht kommt. Es ist aber kein vernünftiger Grund denkbar, warum es z. B. strafbar sein soll, zur Rettung eines schwerkranken, verhungernen, erfrierenden, also im Notstand befindlichen Fremden das Eigentum eines Anderen anzutasten. Gebräuchlich hat der Gesetzgeber bei dem Ausschluß der Gefahr für das Eigentum übersehen, wie auch hier die Gefahr sich zu einer Höhe steigern kann, daß ein sittlicher Heroismus nötig ist, sie zu tragen, während Rettung aus ihr durch Antastung eines fremden Gutes möglich wäre. Im StGB. hat der Gesetzgeber seinen Rigorismus nur in den Fällen der §§ 248a, 264a, 313 Abs. 2 gemildert. Außerhalb des StGB. ist in vereinzelten Fällen, z. B. Seemannsordnung § 87, ein die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließender Notstand anerkannt. Mit mehreren Autoren z. B. Berner, Binding, v. Liszt — auch Olshausen ist nicht ganz frei davon — ein sog. Notrecht zu konstruieren, welches sich auf Gefährdung eines jeden Rechtsgutes beziehen und dem gegenüber als einem Rechte eine Notwehr nicht gegeben sein soll, kann gegenüber den, wenn auch beschränkten, doch ganz unzweideutigen Bestimmungen des StGB. nicht für zulässig erachtet werden.

Im zwar nicht genügender, doch immerhin dankenswerter Weise hat hier das BGB. eingegriffen und eine Reihe Handlungen des Charakters der Rechtswidrigkeit entkleidet, so daß eine strafbare Handlung nicht vorliegt, nicht bloß ein Straf-, sondern ein Schuldaußschließungsgrund gegeben, also auch Strafbarkeit wegen Teilnahme ausgeschlossen ist. Hierüber sind Theorie und Praxis einig. Im Falle des Notstandes ist die Notwehr ausdrücklich ausgeschlossen. Im Falle der Selbsthilfe muß die Notwehr durch die Klausel „wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist“ deshalb für ausgeschlossen gelten, weil danach der Selbsthelfer als Organ der Obrigkeit erscheint und Selbsthilfe gegen die Obrigkeit nicht erlaubt ist: RG. 26./1. 92 O. 22 300. Folgerecht kann eine Handlung, welche mit obrigkeitlicher Genehmigung nicht hätte vorgenommen werden dürfen, nicht durch Berufung auf erlaubte Selbsthilfe gerechtfertigt werden: RG. 3./5. 00 O. 33 248. Vgl. Olshausen N. 10. Auch oben § 53 N. 2a.

Die hier einschlagenden Bestimmungen des BGB. sind folgende:

„§ 228.

„Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatze verpflichtet.

„§ 904.

„Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

„§ 229.

„Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, der der Furcht verächtlich

„ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“

„§ 230.

„Die Selbsthilfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist.“

„§ 231.

„Wer eine der im § 229 bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, daß die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadenersatz verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.“

Zu § 228 tritt aus dem GG. z. BGB. ergänzend hinzu

„Artikel 69.

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei. . . .“

9. Die Materie der Notlage und des Notstandes ist in den §§ 52, 54 in Verbindung mit den einschlagenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts so erschöpfend behandelt, daß, abgesehen von Jagd und Fischerei, die Landesgesetzgebung zur weiteren Regelung auch auf dem ihr vorbehaltenen Gebiete nicht befugt ist. Speziell wegen der Selbsthilfe vgl. oben GG. § 2 Nr. 8b.

§ 55.

Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.

1. Die in diesem Paragraphen ausgesprochene absolute Strafmündigkeit bezieht sich ohne Unterschied auf alle Handlungen, welche äußerlich genommen den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung ergeben: Begehung wie Unterlassung, Vollendung wie Versuch, Allein- wie Mittätertschaft, Anstiftung und Beihilfe. Jede Strafverfolgung, d. h. jede Verfolgung im strafrechtlichen Sinne ist ausgeschlossen, wenn der Täter bei ihrer Begehung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat. Nach BGB. §§ 187, 188 ist der Tag der Geburt der erste Tag und die Zeit ist voll mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Zahl dem Geburtstage entspricht; fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so ist die Zeit voll mit dem Ablauf des letzten Tages dieses Monats: RG. 16./12. 01 G. 35 37. Im Zweifel ist zugunsten des Täters Verüben vor Ablauf des zwölften Lebensjahres anzunehmen: Meyer-Ullfeld 124, Olschhausen Nr. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 8, Schütze 95 Nr. 21, v. Schwarze Nr. 3. Innerhalb dieses Zeitraums muß die Handlung begangen sein, also der letzte abschließende Akt des Tätigseins in ihn fallen, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Wirkung oder des Erfolges; hierüber herrscht keine Meinungsverschiedenheit: Frank Nr. I Abj. 2, Meyer-Ullfeld 134, Olschhausen Nr. 4. Vgl. im übrigen die Ausführungen § 2 Nr. 7.

2. Während in den Fällen der §§ 51—54 „eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist“, heißt es hier: der Täter „kann strafrechtlich nicht verfolgt werden“. In diese prozessuale Formulierung knüpft sich die Streitfrage, ob der absolut Strafmündige für unzurechnungsfähig gilt oder nur persönlich unverfolgbar ist. Für den Täter selbst läuft es auf dasselbe hinaus, ob man das von ihm verübte Delikt als ein begrifflich nicht existierendes, als die strafrechtlich indifferente Handlung eines geistlich Unzurechnungsfähigen, oder als die nur wegen der persönlichen Eigenschaften des Delinquenten kriminell nicht verfolgbare Straftat definieren will. Die praktische Bedeutung liegt auf dem Gebiete des Zusammenwirkens einer geistlich strafmündigen Person in den äußeren Formen strafbarer Teilnahme mit anderen, strafmündigen Personen.

Die richtige Ansicht, welcher auch die Mehrzahl der Autoren folgt, geht dahin, daß der Strafmündige des § 55 als unzurechnungsfähig zu gelten hat, wie die unter § 51 fallenden Personen. Für diese Ansicht sprechen nicht bloß die Motive und die historische Tradition, sondern auch der Zusammenhang der Bestimmungen des § 55 mit denen des § 56 über die Bestrafung

des Täters im Alter von zwölf bis achtzehn Jahren. Diese letzteren Personen dürfen nur unter der Bedingung bestraft werden, daß sie bei Begehung der Handlung die zur Erkenntnis der Strafbarkeit dieser Handlung erforderliche Einsicht besitzen haben. Fragt man, weshalb diese Bedingung nicht auch bei den Personen unter zwölf Jahren gesetzt ist, so kann die Antwort nur lauten: weil sie nach Erachten des Gesetzgebers die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung erforderliche Einsicht überall nicht besitzen. Und warum besitzen sie sie nicht? Weil sie unzurechnungsfähig sind. Liegt somit kein Delikt vor, so ist auch eine strafbare Teilnahme ausgeschlossen; die Beteiligung ist nur als mittelbare Täterschaft strafbar und bleibt straflos, wenn sie sich ausnahmsweise als mittelbare Täterschaft nicht konstituieren läßt. Daß hiernach auch die Begünstigung der §§ 257, 258 straflos ist, ergibt sich von selbst. Wer eine von einem absolut Strafmündigen entwundene Sache seines Vorteils wegen an sich bringt, macht sich je nach Lage des Falles einer Unterschlagung, nicht aber der Partiererei des § 259 schuldig. Hiernit stimmen überein Berner 80/81, Binding Grundr. 99, Wirkmeyer Einzfl. 1124, Finger I 215, 334 N. 425, 342 N. 437, Frank N. I, Geyer I 137, Hälschner I 219, v. Röszt 165 N. 5, 166, Merkel 56, Meyer-Walfeld 125, 130 N. 29, 153 N. 5, 186 N. 13, Wachenfeld N. II 262, v. Wächter 133, 134. Ebenso bekennet sich die gesamte medizinisch-psychiatriche Literatur zu dieser Ansicht.

Diese Ansicht wird von Olshausen, Oppenhoff-Delius, Rüdorff-Stenglein, Schütze und dem Reichsgericht bestritten. Gesetzgebung und Rechtsprechung hätten sich mit der Tatsache des täglichen Lebens abzufinden, daß fortgesetzt Kinder unter zwölf Jahren mit Erwachsenen gemeinschaftlich delinquieren. Es könne nicht die Rede davon sein und würde allen Grundfäßen des Strafrechts widersprechen, wollte man die Straflosigkeit des Kindes zur Straflosigkeit des gesamten Deliktes erweitern. Es würde aber nicht minder zu unzureichenden und für zahlreiche Fälle schlechthin untauglichen Konsequenzen führen, wollte man prinzipiell das Kind stets nur als Werkzeug in der Hand des Erwachsenen ansehen und von diesem Gesichtspunkte aus die Mitwirkung des ersteren als die eigene, unmittelbar zuzurechnende Handlung des Erwachsenen qualifizieren. Tatsächlich werde in einzelnen Fällen der verbrecherische, bewußte Wille des Kindes und sein bewußtes Handeln die wesentlichsten Elemente des Tatbestandes einer Straftat so vollständig erfüllen, die Mitwirkung des Strafmündigen sich so zweifellos nur in der Form akzessorischer Beistandleistung, strafgesetzlicher Beihilfe vollziehen, daß die Annahme, das Kind sei nur Mittel in der Hand des Teilnehmers gewesen, als widersinnig schlechthin auszuschließen sei. Deshalb müsse angenommen werden, daß der § 55 lediglich eine auf die Person des Strafmündigen beschränkte Unverfolgbarkeit begründe, daß er potentiell auch bei den Strafmündigen das Dasein strafbaren Willens und strafbaren Handelns im weiteren Sinne nicht ausschließe, und daß deshalb auch strafbare Teilnahme an der Straftat solcher Personen begrifflich zulässig sei. Vgl. Olshausen N. 5, 6, Oppenhoff-Delius Abschn. IV 3, Rüdorff-Stenglein N. 3 und Abschn. IV 1b, Schütze 95, 160 N. 18; RG. 12./4. 82 C. 6 186, 6./6. 82 C. 6 336, 29./4. 89 C. 19 192.

Man könnte gegen diese Begründung zunächst einwenden, daß sie rein tatsächlicher Natur und mehr am Plage ist de lege ferenda, und daß mit ihrer Hilfe auch eine strafbare Teilnahme an den Handlungen der in den §§ 51, 52, 54 genannten Personen konstruiert werden kann, — was zwar nicht das Reichsgericht, wohl aber Olshausen tut. Aus der Formulierung „kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden“, aus diesem von der Ausdrucksweise der §§ 51—54 abweichenden Wortlaut mit Olshausen zu schließen, daß keineswegs habe ausgedrückt werden sollen, die Handlung des absolut Strafmündigen sei überhaupt keine Handlung im Rechtsinne, ist nur dann für statthaft zu erachten, wenn man annimmt, der von der Ausdrucksweise des § 55 abweichende Wortlaut der §§ 51—54 spräche dafür, daß die Handlungen der hier genannten Personen überhaupt keine Handlungen im Rechtsinne, eine strafbare Teilnahme also ausgeschlossen sei, und dies nimmt Olshausen eben nicht an; dieser Grund trifft also nicht zu. Nun ist der Mensch zwar von Anfang seines Daseins an potentiell zurechnungsfähig, wird aber tatsächlich zurechnungsfähig erst im Laufe einer Reihe von Jahren. Wenn ein vierjähriges Kind eine Tätigkeit entwickelt, deren Folge der Tod eines Menschen ist, so wird niemand dem Kinde die Tat zurechnen, aber anders liegt die Sache schon, wenn das Kind erst zwölf Jahre alt ist. Ist nun hier bloß der doppelte Weg möglich: entweder das Kind kommt in jedem konkreten Fall vor den Strafrichter und wird von diesem auf seine Zurechnungsfähigkeit untersucht, oder der Gesetzgeber unterjagt ein für allemal, den Täter vor Erreichung eines bestimmten Lebensalters vor den Richter zu ziehen? Nein, er unterjagt, einen Menschen, und wenn er auch noch so alt ist, wegen derjenigen Delikte zu bestrafen, welche er vor dem vollendeten zwölften Lebensjahr begangen hat. Da es also auf das Alter, in welchem er zur Verantwortung gezogen wird, nicht ankommt, so kann der nebenher allerdings beachtenswerte Zweck, das peinliche Schauspiel eines Kindes auf der Anklagebank zu vermeiden, nicht den Grund bilden, sondern der rationale Grund ist die ein für allemal als festgesetzt anzunehmende Unzurechnungsfähigkeit. Endlich leidet die ganze Argumentation an dem bereits oben § 51 N. 7 hervorgehobenen Fehler: auch das Kind ist möglicherweise des

Dolus fähig, ist es aber des Dolus fähig, so kann es ein Delikt begehen, es ist doch, wenn es sich um die Beteiligung eines Dritten handelt, in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob es dolos gehandelt hat, das Kind kommt somit trotz alledem vor das Tribunal, zwar nicht als Angeklagter, wohl aber als Zeuge und zugleich Augenzeinsobjekt. Hierdurch wird die Sache auf den Kopf gestellt: während von Vorjah oder Fahrlässigkeit, also von der Zurechnung zur Schuld erst gesprochen werden kann, wenn zuvor die Zurechnungsfähigkeit feststeht, wird von dem Reichsgericht, Dshausen usw. die Zurechnungsfähigkeit aus den Momenten der Zurechnung gefolgert.

3. Durch Satz 2, 3 wird die Landesgesetzgebung ermächtigt, die zur Besserung und Beaufsichtigung des absolut Strafunmündigen erforderlichen Maßregeln zu treffen. Sie ist in dieser Beziehung mit der einzigen Beschränkung völlig frei, daß die Unterbringung in eine Familie, Erziehungs- oder Besserungsanstalt nur auf Grund eines vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses erfolgen darf. Die Voraussetzung dieser Unterbringung ist, daß die Landesgesetzgebung überhaupt von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht, also die erforderlichen Maßregeln allgemein getroffen hat. Über die Dauer der Unterbringung enthält § 55 keine Bestimmung. Es liegt nahe, mit Hälschner, Dshausen und Schütze-Anhang in Heranziehung der in § 56 Abs. 2 getroffenen Bestimmung das vollendete zwanzigste Lebensjahr als das Marimalalter anzunehmen, aber geboten ist diese Heranziehung nicht, und daher muß man mit Frank dasjenige Lebensjahr annehmen, über welches hinaus die Amtsgewalt des Vormundschaftsgerichts, soweit sie zeitlich beschränkt ist, überhaupt nicht reicht, also das vollendete einundzwanzigste Lebensjahr; hiermit stimmt das preussische Gesetz v. 2. Juli 1900 überein. Vgl. Frank II, Hälschner I 220, Dshausen R. 8—12, Oppenhoff-Delius R. 9—17, Schütze-Anhang 6, v. Schwarze R. 7, 8.

Vgl. § 361 Nr. 4, 9, BGB. §§ 1666, 1838, GG. 3. BGB. Art. 135.

4. Der § 55 gilt für die Landesgesetzgebung auch auf dem ihr überlassenen Gebiete: Frank GG. § 2 Nr. VI, Mertel 56, Dshausen GG. § 2 Nr. 13 letzter Abs.

§ 56.

Ein Angeeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

In dem Urteile ist zu bestimmen, ob der Angeeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr.

1. Mit dem vollendeten zwölften Lebensjahr beginnt die Zurechnungsfähigkeit. Von diesem Zeitpunkt an betrachtet das Gesetz sie als den normalen Zustand, dessen ausdrückliche Feststellung in jedem Falle nicht Erfordernis des Strafurteils ist, indem umgekehrt die Unzurechnungsfähigkeit als die Ausnahme einer besonderen Feststellung durch den Richter bedarf.

Wenn einer der in den §§ 51—54 vorgesehenen Umstände vorliegt, bei deren Vorliegen eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, so kann eine Bestrafung überhaupt nicht eintreten und ist für die Anwendung des § 56 kein Platz. Erst wenn einer jener Umstände nicht vorliegt und der Täter bei Begehung der strafbaren Handlung zwar das zwölfte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet gehabt hat, tritt § 56 in Kraft. Hat der Täter das Delikt nicht begangen, so ist er wie jeder andere Täter freizusprechen. Hat er es begangen, so ist zu prüfen, ob er bei der Begehung die zur Erkenntnis der Strafbarkeit dieses Delikts erforderliche Einsicht besessen hat. Hat er sie besessen, so ist er wie jeder andere Täter zu verurteilen, und daß jugendliche Alter kommt lediglich bei der Bemessung der Strafe gemäß § 57 in Betracht. Hat er sie nicht besessen, so ist er freizusprechen, aber in dem Urteil zugleich die in Abs. 2 vorgeschriebene Bestimmung zu treffen.

2. Wegen der kalendarischen Berechnung des Alters und wegen des Begangenseins des Delikts vgl. § 55 Nr. 1.

3. Der Angeeschuldigte muß, um freigesprochen zu werden, die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht nicht besessen haben, wogegen seine Verurteilung zu erfolgen hat, wenn er sie besaß.

Der Code pénal art. 66 hat den Ausdruck „discernement“. Diesen Ausdruck hat das Preuß. StGB. § 42 mit „Unterscheidungsvermögen“ verdeutscht. Wenn unser StGB. wiederum einen anderen Ausdruck gewählt hat, so ist es nach der Motiven nicht in der Absicht einer materiellen Änderung, sondern nur geschehen, um einen den Laien nicht geläufigen, überdies aber mehrfacher Deutung fähigen und in der Praxis auch verschiedenen ausgelegten Ausdruck mit einer deutlicheren und bestimmteren Bezeichnung zu vertauschen.

a) Das Gesetz befiehlt die Freisprechung, wenn die Einsicht nicht vorhanden gewesen ist. Im Falle einer Verurteilung muß, wie schon aus § 57 hervorgeht, in positiver Fassung festgestellt werden, daß die Einsicht vorhanden gewesen ist, und zwar muß diese Feststellung mit den Worten des Gesetzes erfolgen, so daß es nicht statthaft ist, an Stelle der Einsicht das „Unterscheidungsvermögen“ festzustellen: Oshausen N. 3; RG. 12./1. 81 C. 3 198, 2./12. 92 C. 23 351, 3./10. 96 C. 29 98, 15./2. 00 C. 33 166.

b) Der Jugendliche muß, um verurteilt zu werden, fähig gewesen sein, die Strafbarkeit seiner Handlung zu erkennen, d. h. zu erkennen, daß seine Pflicht die Unterlassung der Handlung forderte und er durch die Begehung sich einer Kriminalstrafe aussetzte. Dagegen fordert das Gesetz nicht dasjenige Maß sittlicher Bildung, welches nötig ist, um das Verhalten nach dem als recht Erkannten einzurichten; auch der sittlich verwahrloste Jugendliche wird bestraft, falls er nur die Einsicht der Strafbarkeit besessen hat. Noch viel weniger wird gefordert, daß er die Einsicht zur Erkenntnis des Deliktbegriffs besessen oder die Höhe der vom Gesetz angedrohten Strafe gekannt hat. RG. 18./1. 82 C. 5 394, 14./12. 86 C. 15 97.

c) Er muß fähig gewesen sein, die Strafbarkeit der begangenen konkreten Handlung zu erkennen. Somit genügt nicht die Einsicht, daß Diebstahl strafbar sei, sondern er muß einzukenne imstande gewesen sein, daß dieser von ihm begangene Diebstahl strafbar ist. Um ein konkretes Beispiel zu nennen: Ein Knabe von zwölf Jahren vermag regelmäßig zu erkennen, daß es strafbar ist, die Kabinette des Nachbarn zu bestehlen, nicht aber regelmäßig, daß es strafbar ist, über die Planke in des Nachbarn Garten zu klettern und Äpfel zu entwenden.

Hat er mehrere strafbare Handlungen begangen, also im Falle der Realkonkurrenz, so kann die Einsicht bezüglich des einen Delikts gefehlt haben, bezüglich des anderen vorhanden gewesen sein: RG. 18./1. 82 C. 5 394.

Hat er durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, also im Falle der Idealkonkurrenz, so hat seine Verurteilung gemäß § 73 nach demjenigen der mehreren Gesetze zu erfolgen, welches die schwerste Strafe androht: v. Liszt 167, Oshausen N. 5 Abf. 2. Wenn Finger I 217 N. 299, Frank N. II, Meyer-Alfeld 358, Oppenhoff-Delius N. 4 und RG. 18./12. 84 C. 11 387 dies bestreiten, so verwechseln sie die vom Gesetz geforderte Einsicht mit derjenigen Einsicht, welche nötig ist, um den Deliktbegriff zu erkennen, oder gar mit der Kenntnis der Höhe der vom Gesetz angedrohten Strafe.

Hat er ein qualifiziertes Delikt verübt, z. B. einen schweren Diebstahl nach § 243, so ist er ebenmäßig nicht wegen des einfachen, sondern wegen des qualifizierten Delikts zu bestrafen. Die Möglichkeit der Erkenntnis des Einflusses, welchen das Gesetz einem einzelnen bestimmten Tatbestandsmerkmal auf die Strafbarkeit eingeräumt hat, ist nur dann erforderlich, wenn die Strafbarkeit durch das Dasein dieses Merkmals überhaupt bedingt, ohne dasselbe aber die Tat straflos ist. So Frank N. II, Oshausen N. 5 Abf. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 18./1. 82 C. 5 394; a. M. Hälshner I 222, v. Schwarze N. 3.

d) Das Gesetz erfordert nicht, daß der Jugendliche die Strafbarkeit gekannt, sondern daß er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hat. Es wird also die Fähigkeit zum Erkennen, die zur Erlangung der Erkenntnis erforderliche Reife verlangt: Finger I 245, v. Liszt 166, Oshausen N. 6; RG. 18./1. 82 C. 5 394, 14./12. 86 C. 15 97, 1./2. 00 C. 33 108.

4. Der Strafrichter darf von der Voraussetzung ausgehen, daß bezüglich der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Angeeschuldigten ein normaler Zustand obwaltet, und hat an die Frage, ob ein Schuld- oder Strafausschließungsgrund vorliegt, erst dann heranzutreten, wenn ihm dazu durch die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse oder durch die Lage der Sache Veranlassung gegeben wird. Bei den relativ Strafunmündigen des § 56 hat er jedoch die Frage, ob der Angeeschuldigte die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht besessen hat, auch ohne Anregung von anderer Seite von Amts wegen einer Prüfung zu unterziehen. Wird somit den relativ Strafunmündigen unbestreitbar ein prozeßuales Privilegium erteilt, so ist es dagegen bestritten, ob das Erfordernis der Einsicht auch ein materielles Privilegium enthält, oder ob unter jener Einsicht die Zurechnungsfähigkeit zu verstehen ist. Auch hier ist gerade wie im Falle des § 55 nach der strafrechtlichen Seite hin die Antwort für den Täter irrelevant: er bleibt, wenn er die Einsicht nicht besessen hat, von Strafe frei, und die praktische Bedeutung liegt auf dem Gebiete des Zusammenwirkens des relativ Strafunmündigen in den äußeren Formen strafbarer Teilnahme mit anderen strafmündigen Personen. Vgl. § 55 N. 2.

Daß das Erfordernis der Einsicht identisch sei mit dem der Zurechnungsfähigkeit, somit bei dem Mangel der Einsicht überhaupt keine strafbare Handlung vorliege und folgerichtig eine strafbare Teilnahme ausgeschlossen sei, nehmen an Berner 81, Binding Grundr. 99, 274, Birtmeyer Einzfl. 1124, Fingcr I 217, Geyer I 137, Hälschner I 221 ff., v. Liszt 166, Merkel 57, Meyer-Altfeld 124, 126, 130, Wachenfeld H.R. II 262, v. Wächter 134. Nach ihnen ist die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht ein wesentliches Moment der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, nicht aber etwas von ihr Verschiedenes, und wenn der Jugendliche wegen Mangels dieser Einsicht freigesprochen wird, so wird er es nur darum, weil er unzurechnungsfähig ist, nicht aber darum, weil er als Zurechnungsfähiger eine strafbare Handlung begangen hat, welche das Gesetz ausnahmsweise straflos läßt (Hälschner 222/223 bei N. 1). Binding nennt in seinen Vorlesungen den Besitz der Einsicht einen „schlechten Ausdruck für Zurechnungsfähigkeit“.

Dagegen nehmen einen persönlichen Strafausschließungsgrund an Frank N. III, Dshausen N. 8, Oppenhoff-Delius Abschn. IV 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 und Abschn. IV 1b, Schütze 96; RG. 28./5. 94 G. 25 397, 12./5. 98 G. 31 161. Wenn Dshausen und das Reichsgericht auch hierbei eine strafbare Teilnahme nur für den Fall annehmen, daß der Jugendliche dolos gehandelt hat, so muß ihnen zugestimmt werden: hat der Jugendliche dolos gehandelt, so ist der Beteiligte Mittäter, Anstifter oder Gehilfe, hat er kulpos, so ist der Beteiligte mittelbarer Täter. Der von Fingcr, Frank v. Liszt und Meyer-Altfeld gegen das Reichsgericht erhobene Vorwurf, in seiner Rechtsprechung gechwankt zu haben, wird von Dshausen N. 8 zutreffend zurückgewiesen.

Für die Freigabe der ersten und die Richtigkeit der zweiten Ansicht spricht zunächst die selbständige Formulierung des § 56, welche von der des § 55 zu ersichtlich abweicht („ist freizusprechen“), als daß man den § 56 nur für eine Fortsetzung des § 55 erachten kann. Will man hierauf kein Gewicht legen, so ist es doch entschieden irrig, daß die Einsicht der Strafbarkeit ein wesentliches Moment der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit ist, denn dann müßte jeder Täter, nicht bloß der Jugendliche, unzurechnungsfähig sein, wenn ihm jene Einsicht fehlt, was noch niemand behauptet hat und auch niemals behauptet werden kann, nicht einmal von denjenigen, welche das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für ein subjektives Tatbestandsmoment erklären. Den Ausschlag gibt jedenfalls folgende Erwägung. Wer sich zu der Ansicht bekennt, es sei unrichtig, zwischen der Zurechnungsfähigkeit und der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht zu unterscheiden, muß die volle Konsequenz seiner Ansicht ziehen. Nun ist der Mensch entweder zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig, seine freie Willensbestimmung ist entweder ausgeschlossen oder nicht ausgeschlossen, ein Mittelglied gibt es nicht, das Strafrecht kennt weder relative noch partielle Unzurechnungsfähigkeit. Aber die Anhänger der hier bekämpften ersten Ansicht räumen ein, daß der Jugendliche nicht allgemein, sondern nur in bezug auf seine strafbaren Handlungen, und wiederum nicht in bezug auf seine strafbaren Handlungen, sondern nur in bezug auf diese bestimmte Handlung unzurechnungsfähig sein muß, in bezug auf andere gleichzeitig begangene Handlungen, überhaupt in bezug auf die ganze sonstige Außenwelt zurechnungsfähig sein kann. Hälschner I 222 hält es sogar für möglich, daß die Zurechnungsfähigkeit vorhanden ist bezüglich des Simulums der Strafbarkeit, nicht vorhanden ist bezüglich der an ein die Tat qualifizierendes Moment geknüpften erhöhten Strafbarkeit. Es liegt also ein Widerspruch vor, welcher allein schon genügt, die erste Ansicht trotz des Gewichts ihrer Anhänger als irrig zu erweisen.

5. Wird der Jugendliche wegen Mangels der Einsicht freigesprochen, so ist nach Abs. 2 in dem Urteil zu bestimmen, ob er seiner Familie überwiesen, oder ob er in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll.

a) Die Vorschrift ist nicht wie in § 55 fakultativer, sondern zwingender Natur, somit unabhängig von einem Antrage der Staatsanwaltschaft. Die Bestimmung muß in dem bestimmenden Teil des Urteils, also im Tenor getroffen werden, und es genügt nicht, wenn sie in den Gründen enthalten ist. Noch viel weniger kann die Bestimmung der Überweisung an die Familie darin gefunden werden, daß in den Gründen ausgesprochen wird, die Unterbringung in eine Anstalt habe nicht stattgefunden: Berner 82, Rüdorff-Stenglein N. 8; a. M. Frank N. IV, Dshausen N. 9 Abs. 2 und RG. 30./9. 82 G. 7 180, 28./5. 00 G. 33 298. Weil vom Gesetz befohlen, muß die Bestimmung auch gegen denjenigen Angeeschuldigten getroffen werden, welcher zur Zeit des Urteils das achtzehnte Lebensjahr bereits überschritten hat. Weil die Bedingung der Bestimmung ein freisprechendes Urteil ist, so kann die Überweisung oder Unterbringung nicht angeordnet werden, wenn im Fall der Idealkonkurrenz eine Verurteilung auch nur auf Grund eines der konkurrierenden Gesetze erfolgt, und muß ausgesprochen werden, wenn im Fall der Realkonkurrenz auch nur bezüglich eines der konkurrierenden Delikte wegen Mangels der Einsicht freigesprochen wird: Dshausen N. 10, 11. Die Bestimmung hat konform den Worten des Gesetzes zu erfolgen. Ob der Freigesprochene in eine Erziehungsanstalt oder ob er in eine Besserungsanstalt zu bringen, und die Festsetzung der Zeitdauer ist nicht Sache des Richters, sondern der Verwaltungsbehörde: Dshausen N. 9 Abs. 1, 12, Rüdorff-Stenglein N. 7 und RG. 30./9. 82 G. 7 180. Das Gesetz be-

stimmt lediglich das Maximum der Zeitdauer, nämlich bis zum vollendeten zwanzigsten Lebensjahre. Daher ist die Bestimmung gegenstandslos und kann füglich fehlen, wenn der Freigesprochene bei Fällung des Urteils das zwanzigste Lebensjahr bereits vollendet hat: Oshausen N. 13, muß aber im Fall einer Realkonfurrenz auch dann getroffen werden, wenn wegen eines der konkurrierenden Delikte die Verurteilung zu einer über das vollendete zwanzigste Lebensjahr hinausreichenden Freiheitsstrafe erfolgt: Oshausen N. 11; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7. De logo ferenda ist übrigens auf die Ungleichmäßigkeit hinzuweisen, daß die volle Strafmündigkeit mit dem vollendeten achtzehnten Lebensjahr eintritt und der Freigesprochene gleichwohl noch weitere zwei Jahre in der Anstalt festgehalten werden darf.

b) Die Bestimmung kann nur in einem Urteil stattfinden, nicht in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschlusse: Franck N. I, Oshausen N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. v. Schwarze N. 8.

c) Es ist freitig, ob die Sache in jedem Fall vor den erkennenden Richter gebracht werden muß, oder ob der Staatsanwalt die Erhebung der Anklage, das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens deshalb ablehnen darf, weil das Unterscheidungsvermögen nicht vorhanden sei. Nimmt man mit der richtigen Ansicht an, daß der Mangel der Einsicht nur ein Strafausschließungsgrund ist, so ist der Jugendliche hinreichend verdächtig, also die Voraussetzung für Erhebung der Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens gegeben, beide aber zugleich notwendig, um für den Fall einer Freisprechung wegen jenes Mangels die in Abs. 2 vorgeschriebene Bestimmung durch den erkennenden Richter zu ermöglichen. Es liegt hier eine durch GG. 3. StBd. § 5 aufrecht erhaltene prozessuale Vorschrift vor. Berner 82, Franck N. II, Oshausen N. 18, Oppenhoff-Delius N. 8.

6. Nach MilStGB. § 50 ist bei militärischen Verbrechen und Vergehen die Erkennung der angedrohten Strafe von dem Alter des Täters unabhängig, kommen also §§ 56, 57 nicht in Anwendung. Diese Bestimmung findet auch auf diejenigen Zivilpersonen Anwendung, welche nach MilStGB. §§ 155—161 den Militärgesetzen in Kriegszeiten unterworfen sind. Militärische Delikte können übrigens erst nach vollendetem siebzehnten Lebensjahre begangen werden.

7. Der § 56 gilt für die Landesgesetzgebung auch auf dem ihr überlassenen Gebiete: Franck N. V, Oshausen N. 7.

Die Strafbestimmungen des Preuß. Fürsorgeerziehungsgef. v. 2. Juli 1900 finden auf die Zwangserziehung des Abs. 2 keine Anwendung: RG. 2./1. 06 C. 38 258.

§ 57.

Wenn ein Angeeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß, so kommen gegen ihn folgende Bestimmungen zur Anwendung:

- 1) ist die Handlung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so ist auf Gefängnis von drei bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen;
- 2) ist die Handlung mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so ist auf Festungshaft von drei bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen;
- 3) ist die Handlung mit Zuchthaus oder mit einer anderen Strafart bedroht, so ist die Strafe zwischen dem gesetzlichen Mindestbetrage der angedrohten Strafart und der Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe zu bestimmen.

Ist die so bestimmte Strafe Zuchthaus, so tritt Gefängnisstrafe von gleicher Dauer an ihre Stelle;

- 4) ist die Handlung ein Vergehen oder eine Übertretung, so kann in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden;

- 5) auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht ist nicht zu erkennen.

Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüßung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.

1. Ist festgestellt, daß der Jugendliche die strafbare Handlung begangen und bei ihrer Begehung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hat, so gilt das jugendliche Alter als Strafmilderungsgrund, welcher somit nicht in der Handlung, sondern in der Person des Täters liegt, folglich nach § 50 nur denjenigen Teilnehmern zugute kommt, welche ebenfalls im jugendlichen Alter stehen.

Die Jugendlichkeit ist der einzige allgemeine Strafmilderungsgrund, den das StGB. kennt. Aus diesem allgemeinen Charakter ergibt sich, daß die sog. mildernden Umstände, welche bei einzelnen Delikten zugelassen sind, auch bei dem verurteilten Jugendlichen als vorliegend angenommen werden dürfen. Dabei erhebt sich die Frage, ob als mildernder Umstand die Jugendlichkeit selbst in Betracht gezogen werden darf. Für die Bejahung erklären sich Binding Grundr. 274, Finger I 518, Meyer-Alfeld 331, Olshausen N. 3, Wächter 278 N. 4. Ob dies erforderlich ist, kann es nie aber finden, so wird kein vernünftiger Richter die von Binding mit Recht für „höchst seltsam“ erklärte Behauptung aufstellen, daß die Altersverschiedenheit jugendlicher Delinquenten juristisch irrelevant sei. Es widerstrebt aber, wie mit Merkel Olshausen selbst zugibt, dem Geiste des Gesetzes, den nämlich Umstand zweimal als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen, also die für Delinquenten jeglichen Alters zugelassenen mildernden Umstände wegen der Jugendlichkeit des Täters anzunehmen und auf die hieraus gewonnene Strafmaßung wiederum die Strafmilderung des § 57 anzuwenden. Somit kommt man zu dem Resultat, daß bei der Verurteilung des Jugendlichen das jugendliche Alter nicht als sog. mildernder Umstand gelten darf: Werner 282, Frank N. I, Geher I 172 und S. S. IV 104, Merkel S. S. IV 220, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze 247; RG. 20./3. 82 E. 6 98. Tatsächlich kann es gleichwohl geschehen, wenn nämlich die Geschworenen die Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände bejaht haben, weil der Grund der Bejahung aus dem Wahrpruch nicht ersichtlich ist. Wenn endlich Hälschner I 536 und Oppenhoff-Delius N. 10 meinen, daß in allen Fällen, in welchen das Gesetz bei mildernden Umständen eine weiter reichende Ermäßigung der ordentlichen Strafe als die in § 57 angeordnete eintreten läßt, auch diese dem mildernden Umstand des jugendlichen Alters zugute kommen müsse, so läuft diese Ansicht darauf hinaus, daß, wenn der Jugendliche bei Annahme mildernder Umstände besser davonkommt, der Richter auf diese zu erkennen hat; dies widerspricht dem Umstande, daß die Annahme mildernder Umstände bei keinem Spezialdelikt geboten, sondern überall nur zugelassen ist.

2. Der allgemeine Strafmilderungsgrund der Jugendlichkeit macht sich nach zwei Seiten hin geltend.

a) Ausgeschlossen als Strafen sind Tod, Zuchthaus, Festungshaft und Gefängnis von mehr als fünfzehn Jahren, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt und einzelner bürgerlicher Ehrenrechte, Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht. Hinzutreten ist die in Abschn. I nicht genannte Strafe des Verweises.

Die in § 161 Abs. 1 gebotene Aberkennung der Eidesfähigkeit wird hiervon nicht berührt, vgl. § 161 N. 3.

Über fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe darf auch bei Realkonkurrenz nicht hinausgegangen werden: Olshausen § 74 N. 18 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 10./11. 87 E. 16 282.

b) An die Stelle der Todes- und lebenslänglichen Zuchthausstrafe bzw. der lebenslänglichen Festungshaft tritt nach Nr. 1, 2 Gefängnis bzw. Festungshaft von drei bis zu fünfzehn Jahren. Ist die Handlung mitzeitigem Zuchthaus oder mit einer anderen Strafart bedroht, so tritt nach Nr. 3 eine Ermäßigung ein, indem auf ein Strafquantum zu erkennen ist, welches mehr als den Mindestbetrag der angedrohten Straftat und weniger als die Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe beträgt. Der Mindestbetrag der Straftat ist Ein Jahr Zuchthaus, Ein Tag Gefängnis, Festungshaft, Haft, drei Mark bei Verbrechen und Betgehen, Eine Mark bei Übertretungen. Der mögliche Höchstbetrag bei Freiheitsstrafen ist sieben Jahre sechs Monate Zuchthaus oder Festungshaft zwei Jahre sechs Monate Gefängnis, drei Wochen Haft. Besteht die Geldstrafe in einem Vielfachen oder in einer Quote eines bestimmten Simultums, so ist die Hälfte

der nach dem festen Maßstabe des betr. Gesetzes ermittelten Strafsomme die Grenze nach oben: v. Liszt 275, Olshausen N. 8 Abs. 1; RG. 24./3. 80 C. 1 334, 5./12. 87 C. 16 417. An die Stelle der hiernach gefundenen Zuchthausstrafe tritt nach Nr. 3 Abs. 2 Gefängnis von gleicher Dauer; die Bestimmungen der §§ 21, 16 Abs. 1 über die Inrechnung bzw. die Maximaldauer des Gefängnisses kommen nicht zur Anwendung.

3. Die Strafmilderungen des § 57, durch welche natürlich der Charakter des Delikts als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung nicht berührt wird, finden Anwendung mit Bezug auf jede mögliche ordentliche oder außerordentliche, ursprüngliche oder — bei Versuch und Beihilfe — abgeleitete Strafandrohung. Zunächst ist zu ermitteln, welche Strafe den Täter getroffen haben würde, wenn er ein Strafmündiger gewesen wäre, und die sich aus dieser Ermittlung ergebende Strafe alsdann nach § 57 umzuwandeln bzw. zu ermäßigen: Fingier I 326 N. 418 und 519, Frank N. II 2, Geher I 173 und S. S. IV 105, v. Liszt 276, Meyer-Walfeld 331, 338, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 20./3. 82 C. 6 98, 12./6. 82 C. 7 1. Hiermit stimmen Binding Grundr. 275 und v. Wächter 278 N. 14, 223 N. II 2 bei milderen Umständen, nicht bei Versuch und Beihilfe, Berner 281 nur bei Versuch und Beihilfe überein, wogegen Schütze 180 N. 21 bei Versuch und Beihilfe zuerst § 57 anwenden und die so gefundene Strafe nach den §§ 44, 49 reduzieren will. Der erste Weg ist, obgleich der Jugendliche auf dem zweiten billiger davonkommt, der richtige, weil die Strafe der Strafmündigen, um sie gemäß § 57 ermäßigen zu können, zuvor feststehen muß.

Bei alternativen Strafandrohungen stehen dem Richter für die Reduktion zwei Strafrahmen zur Verfügung, zwischen welchen er zu wählen hat. Ist z. B. alternativ lebenslängliches und zeitiges Zuchthaus angedroht, so kann die Reduktion sowohl nach dem Prinzip der Nr. 1 als auch nach dem der Nr. 3 erfolgen und das Ermessen des Gerichtes nach unten und nach oben soweit greifen, als dies nach Nr. 1 bzw. Nr. 3 gestattet ist: Berner 281, Binding Grundr. 275, Fingier I 517, Olshausen N. 6 (Zeile 10/11 „bis Z. 6 Mt.“ lapsus calami statt „5 Z.“), Oppenhoff-Delius N. 9; RG. 27./2. 00 C. 33 181. Ohne Grund nehmen Hälschner I 535 N. 2 und v. Schwarze N. 6 an, daß der Mindestbetrag der milderen Strafe in jedem Falle die Grenze nach unten bilde.

4. Der Verweis ist trotz seines disziplinarischen Charakters nicht lediglich ein Disziplinarmittel, sondern eine Strafe: so die g. M. und RG. 21./9. 88 C. 16 116; a. M. Löning 55. Er ist die leichteste Hauptstrafe und zugleich die einzige Hauptstrafe an der Ehre, die das heutige gemeine Strafrecht kennt: Binding Grundr. 250. Er ist zulässig nur bei Vergehen und Übertretungen, und nur „in besonders leichten Fällen“ darf auf ihn erkannt werden. Mit diesem Ausdruck wird die lediglich objektiv mildere Seite des Delikts gekennzeichnet, und daß „ein besonders leichter Fall“ vorliege, darf nicht wiederum auf die Jugend gestützt werden, vielmehr müssen die Milderungsgründe in der Tat selbst liegen: Birkmeyer Einz. 1153, Frank N. II 3, Hälschner I 536, Olshausen N. 13, Oppenhoff-Delius N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 10, v. Schwarze N. 11. Die Frage, ob ein solcher Fall vorliegt, ist ein Strafzumessungsgrund, über welchen sich der Richter nicht mit Notwendigkeit besonders auszusprechen hat: RG. 10./2. 82 C. 6 25.

Ist der Verweis eine Strafe, so ist er in allen Beziehungen als solche aufzufassen und zu behandeln. Soweit es sich um prozeßuale Fragen handelt, ist auf die St. P. O. zu verweisen. Nur folgendes soll hier kurz vermerkt werden:

a) Der Verweis kann nicht erteilt werden, bevor das Urteil rechtskräftig geworden ist. Deshalb kann weder die Verkündung des Urteils als Erteilung gelten noch die Erteilung mit der Verkündung verbunden werden, wenn nicht sofort von allen Beteiligten auf das Rechtsmittel verzichtet wird;

b) die Form, in welcher der Verweis zu erteilen, insbesondere ob mündlich oder schriftlich, hat diejenige Behörde zu bestimmen, welcher die Strafvollstreckung obliegt. Sache des erkennenden Richters ist diese Bestimmung ebensowenig, wie z. B. die, ob die Freiheitsstrafe als Einzelhaft zu vollziehen sei (§ 22); vgl. jedoch für Elsaß-Lothringen das GG. v. 30. Aug. 1871 Art. XII;

c) die Erteilung des Verweises liegt nicht dem erkennenden Gericht, sondern der Strafvollstreckungsbehörde ob, nach dem geltenden Recht also der Staatsanwaltschaft und dem Amtsrichter.

Wegen der bunten Mannigfaltigkeit der Ansichten über diese im Grunde sehr leicht zu beantwortenden Fragen vgl. Olshausen N. 14, 15, 16.

5. Abs. 2 enthält eine Anweisung nicht für den Richter, sondern für die Strafvollstreckungsbehörde. Mit Binding Grundr. 275, Oppenhoff-Delius N. 21 und Olshausen N. 18 ist anzunehmen, daß die Bestimmung nur dann zur Anwendung kommt, wenn der wegen des im jugendlichen Alter begangenen Delikts Verurteilte auch zur Zeit der Verurteilung noch im jugendlichen Alter sich befindet. Olshausen setzt N. 19 das jugendliche Alter wegen § 56 Abs. 2 mit Recht bis zum vollendeten zwanzigsten Lebensjahre, Binding bis zum vollendeten achtzehnten.

6. Die Landesgesetzgebung ist auf dem ihr überlassenen Gebiete art § 57 nur soweit gebunden, als der Jugendliche stets milder zu bestrafen ist. In neuen Gesetzen darf nach GG. § 5

Verweis nicht angedroht werden. Vgl. hierzu GG. § 5 N. 4 letzten Abf. Daß sie über die Form, in welcher der Verweis zu erteilen, bindende Bestimmungen treffen kann, ergibt sich aus dem Schweigen des StGB.

§ 58.

Ein Taubstummer, welcher die zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer von ihm begangenen Handlung erforderliche Einsicht nicht besaß, ist freizusprechen.

1. Taubstumm ist, wer weder hören noch sprechen kann. Eine Ansicht geht dahin, daß im Sinne des Gesetzes taubstumm nicht schon derjenige sei, welcher des Gehörs und der Sprache ermangelte, sondern nach dem Sprachgebrauche des Lebens nur derjenige, welcher des Gebrauches jener beiden Sinnesorgane von Geburt an oder wenigstens seit so früher Zeit beraubt sei, daß dadurch seine geistige Entwicklung in entscheidender Weise gehemmt worden; wer später den Gebrauch jener Organe verliere, sei taub und stumm, aber nicht taubstumm: Frank N. I, Meyer-Altfeld 127, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1. Aber diese Ansicht entbehrt des gesetzlichen Anhalts, und der angerufene Sprachgebrauch des Lebens ist alles andere eher als ein allgemeiner; es kommt eben nur darauf an, ob der Täter, welcher weder hören noch sprechen kann, bei Begehung des Delikts die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen hat: Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 2.

In den Schulen für Taubstumme werden die Schüler oft so weit gebracht, daß sie die Worte vom Munde absehen, sich pantomimisch verständlich machen, sogar artikulierte Worte sprechen können. Aber dadurch hört der Taubstumme ebensowenig auf ein solcher zu sein wie der Blinde, welcher infolge eines gesteigerten Gefühls- und Taftvermögens sich mit der Sicherheit eines Sehenden zu bewegen vermag.

2. Der Taubstumme steht dem Jugendlichen des § 56 gleich. Bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre ist er geschützt durch § 55, von da bis zum vollendeten achtzehnten durch § 56, 57, von da durch § 58. Sobald er also das Alter der Jugendlichen erreicht hat, kann er nur verurteilt werden, wenn er die Einsicht besessen hat. Über dieses Erfordernis und seine Bedeutung wegen der Teilnahme vgl. § 56 N. 3, 4. Das Vorhandensein der Einsicht muß auch hier ausdrücklich festgestellt sein, widrigenfalls eine Verurteilung nicht erfolgen darf: Werner 85, Hälschner I 224, v. Liszt 167, Meyer-Altfeld 124, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 97 und RW. 2./12. 92 G. 23 251; a. M. Oppenhoff-Delius N. 2 und v. Schwarze N. 3. Die Einsicht muß bei Begehung des Delikts vorhanden gewesen sein; in § 58 ist dies Erfordernis durch das Imperfektum „besaß“ gestellt.

3. Wird der Taubstumme freigesprochen, so kann die Überweisung und Unterbringung des § 56 nicht angeordnet werden, bei einem Alter von mehr als achtzehn Jahren nicht, weil § 58 nichts über sie besagt, bei einem geringeren Alter nicht, weil sich nicht mit Bestimmtheit feststellen läßt, ob der Mangel der Einsicht auf der Jugend oder auf dem organischen Fehler beruht. Wird der mehr als achtzehn Jahre zählende Taubstumme verurteilt, so tritt die Strafmilderung des § 57 nicht ein, sondern es ist die ordentliche Strafe zu verhängen, wobei jedoch der niemals restlos aufgehende Einfluß des organischen Fehlers auf die Fähigkeit, die Außenwelt zu erkennen und zu verstehen, innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes, ev. als mildernder Umstand, zu berücksichtigen ist: Werner 85, Olshausen N. 4, Schütze 97 N. 28.

4. Vgl. § 51 N. 5 letzten Abf.

5. Für die Landesgesetzgebung gilt das zu § 51 N. 10, § 57 N. 5 Bemerkte.

6. Vgl. § 51 N. 9.

§ 59.

Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

1. Handlung ist die von einem bewußten Willen getragene, sich als die Realisierung eines Entschlusses darstellende Einwirkung auf die Außenwelt, durch welche entweder ein neuer Zustand geschaffen oder ein bestehender Zustand aufrechterhalten wird. Ist diese Einwirkung mit Strafe

bedroht, so ist die Handlung ein Delikt. Sie kann in einem Handeln und in einem Unterlassen bestehen, je nachdem die Einwirkung vom Gesetz verboten oder geboten ist: Kommissiv-, Omissivdelikt; vgl. § 1 N. 1b.

Hieraus folgt, daß Subjekt einer strafbaren Handlung nur ein Mensch sein kann, und daß Gedanken, Neigungen, Gesinnungen, überhaupt innere Vorgänge des seelisch-geistigen Lebens nicht strafbar sind.

Die von Lombroso und seiner Schule aufgeführte Lehre früherer Jahrhunderte, daß auch ein Tier ein Delikt begehen könne, kommt für das Strafrecht der Gegenwart nicht in Betracht.

Eine Kollektivperson (juristische Person, Genossenschaft, Gesellschaft) kann keinen Willen haben und daher auch nicht handeln. Dies ergibt sich bei den Stiftungen von selbst, gilt aber nicht weniger für die Personengesamtheiten. Wie sich auch immer das Zivilrecht mit der Fiktion der juristischen Persönlichkeit abfinden mag, so ist doch für das Strafrecht die juristische Person ebensowenig ein Mensch wie für die Zoologie die Vogelscheuche ein Vogel. Nur das Einzelindividuum kann wollen und handeln. Wird die juristische Person vor den Richterstuhl geladen, so bleibt die Anklagebank leer. Werden statt ihrer die als ihre Organe fungierenden oder bei der Gesamtpersönlichkeit die zurzeit das persönliche Substrat bildenden Individuen geladen, so ist jedes einzelne Individuum nur für seine eigene Handlung verantwortlich, nicht auch für die Handlungen der anderen, mag auch zivilistisch der Wille der Majorität als Wille der Gesamtheit gelten. Eine nicht lediglich in Zahlung einer Geldsumme bestehende Strafe gegen die juristische Person zu vollstrecken ist, ohne die Einzelindividuen anzufassen, unmöglich. Auf der anderen Seite ist es nicht statthaft, für Delikte, welche ein Vertreter namens des willenlosen Vertretenen beschließt und begeht, den letzteren verantwortlich zu machen. Hierüber herrscht jetzt — vgl. freilich v. Liszt 122 N. 3 und Merkel 50 — Übereinstimmung; vgl. auch RG. 26./5. 87 C. 16 121. Wenn das RG. einmal ausgesprochen hat, daß die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete die Bestrafung juristischer Personen vorsehen könne: 8./12. 94 C. 26 300, so ist eine solche Lizenz nur mit Bezug auf Geldleistungen verwendbar, ermangelt aber ebenso wie die in zahlreichen reichs- und landesrechtlichen Strafbenehungen angeordnete Haftung juristischer Personen, Genossenschaften, Sozietäten für die zunächst den Schuldigen treffende Geldstrafe des strafrechtlichen Charakters. Der hierbei zugrunde liegende Gedanke ist ein in das Verwaltungsrecht einschlagender fiskalischer, ist derselbe Gedanke, welcher im Strafprozeß dahin führt, Mitangeklagte für die Auslagen als Gesamtschuldner haftbar zu erklären: v. Liszt 122, 248 N. 5. Ebensowenig ist es strafrechtlicher Natur, wenn das Gesetz dem Staate das Recht einräumt, bei groben Mißbräuchen, die in der Verwaltung einer juristischen Person eingerissen sind, und bei einem das Gemeinwohl gefährdenden Geiste, der in ihr zur Herrschaft gekommen, die juristische Person aufzuheben: Bener 76, v. Wächter 132; vgl. BGB. § 43.

2. Unter Tatbestand eines Delikts versteht man die Gesamtheit der zum Delikt gehörenden Merkmale. Der Tatbestand ist ein objektiver, insoweit er die Tat selbst mit ihren tatsächlichen Merkmalen (Objekt, Mittel, Ort, Zeit, Erfolg), ein subjektiver, insoweit er diejenigen Merkmale umfaßt, welche sich auf den Täter, insbesondere auf seine zum Begriff des Delikts gehörende Willensbestimmung beziehen. Die Merkmale der strafbaren Handlung überhaupt bilden den allgemeinen Tatbestand im Gegensatz zu dem besonderen Tatbestand der einzelnen Delikte.

Zu dem hier im Allgemeinen Teil des StGB. allein in Betracht kommenden allgemeinen Tatbestand gehört eine auf den Willen des Täters zurückzuführende rechtswidrige Tat oder pflichtwidrige Unterlassung. Bei den Begehungsdelikten muß die Tätigkeit so weit, wie es der Begriff des konkreten Delikts verlangt, fortgeschritten, bei den Unterlassungsdelikten die Zeit noch nicht abgelaufen sein, zu welcher der Täter handeln soll. Genügt zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht das rechtswidrige Handeln oder Unterlassen im weiteren Sinne, sondern gehört zu ihm ein bestimmter Erfolg, so muß das Tun oder Unterlassen in seiner bestimmten Beschaffenheit als die Ursache des eingetretenen Erfolges erscheinen, es muß zwischen der Handlung und dem Erfolg Kausalzusammenhang bestehen. Erst wenn dieser Kausalzusammenhang nachgewiesen ist, kann an die Frage herangetreten werden, ob der subjektive Tatbestand gegeben ist, ein zurechenbares Verschulden vorliegt: RG. 28./9. 08 C. 41 421.

3. Die Handlung muß rechtswidrig sein, gegen ein Verbot oder Gebot verstoßen. Die Rechtswidrigkeit ist Begriffsmerkmal des Deliktes, das Delikt eine vom Gesetz mit Strafe bedrohte rechtswidrige Handlung. Hierüber herrscht kein Zweifel; vgl. auch RG. 8./11. 81 C. 5 151, 5./4. 18./6., 24./6. 87 C. 16 15, 150, 165. Das an sich normwidrige Handeln hört jedoch auf objektiv rechtswidrig zu sein, sobald dem Handelnden ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite tritt. Durch eine obrigkeitliche Erlaubnis wird die Rechtswidrigkeit nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um eine polizeiliche Vorschrift handelt und die Behörde von der Vorschrift zu dispensieren Befugnis ist. Ein Vordellwirt z. B. ist auch dann nach § 180 strafbar, wenn die Polizeibehörde ihm das Halten des Vordells gestattet hat: RG. 29./1. 80 C. 1 88.

Eine erschöpfende Aufzählung der Gründe, durch welche die objektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, ist anerkanntermaßen nicht möglich. Daher sollen hier nur die wichtigsten aufgezählt werden. Vgl. Berner 96, Binding Handb. I 689, Frank Abfchn. IV N. III, Häfchner I 467, v. Liszt 151, Merkel 156, Meyer-Alsfeld 215, Osthausen N. 9, 10, Schüpe 103, v. Wächter 172.

a) Amtliche und dienstliche Befugnis, wenn der Täter kraft eines ihm zuständigen Amtes oder Dienstes zur Vornahme der Handlung befugt ist und die vorgeschriebenen wesentlichen Formen einhält. Hierher gehört z. B. der Waffengebrauch bestimmter Kategorien von Beamten, wie Gendarmen, Forst-, Zoll- und Steuerbeamten u. ä. Die Dienstpflicht des Militärs, der Geschworenen und Schöffen. Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen jedoch nur, wenn der Untergebene unbedingt zum Gehorjam verpflichtet ist; vgl. § 47 N. 2 Abs. 1.

b) Allgemeine staatsbürgerliche Berechtigung, z. B. StV.D. § 127, und Verpflichtung, z. B. Anzeigepflicht, StGB. § 139, und Zeugenpflicht.

c) Züchtigungs- oder Disziplinarrecht. Die Grenze bestimmt sich, soweit sie nicht gesetzlich festgelegt ist, nach richterlichem Ermessen. Ein Züchtigungsrecht des Ehemannes gegen die Ehefrau, des Dienstherrn gegen das Gefinde, des Erwachsenen gegen das Kind besteht nicht. Vgl. § 223 N. 5c.

d) Verfolgung eines staatlich anerkannten Zweckes mit den erforderlichen und rechtlich anerkannten Mitteln. Hierher gehört insbesondere das sog. Operationsrecht der Ärzte und anderer sachkundiger Personen. Ein sog. Berufsrecht der Ärzte existiert aber nicht, der Eingriff in die körperliche Integrität ist also rechtswidrig, wenn der Patient selbst oder der zu seiner Fürsorge berufene Dritte ihn unterjagt; vgl. § 223 N. 5b.

e) Die Einwilligung des Verletzten, jedoch nur, wenn — v. Liszt 155 — „die Rechtsordnung dem Träger des Rechtsgutes die Verfügungsgewalt über dieses eingeräumt hat und eine ernstliche Verfügung des geistesgesunden Verfügungsberechtigten vorliegt. Die Rechtsordnung versagt die Verfügungsgewalt, wenn sie dem betreffenden Rechtsgute eine über die Person seines Trägers hinausreichende Bedeutung beilegt. Ob sie dies getan, ist aus dem ganzen Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen, nicht nur aus den Verbrechenstatbeständen zu entnehmen.“ Der Satz des römischen Rechts *volenti non fit iniuria* — I 1 § 5 D. de iniuriis 47, 10 — befragt hierzu nicht, weil es sich eben darum handelt, ob das geltende Recht dem vollen eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Wirkung beilegt. Die Tötung ist auch dann eine rechtswidrige Handlung, wenn der Getötete sie verlangt hat, § 216, und die Sachbeschädigung verliert durch die Einwilligung des Eigentümers den Charakter der Rechtswidrigkeit wohl im Falle des § 303, nicht aber in dem der §§ 304, 305. Ganz und gar nicht kommt es auf die Einwilligung an z. B. bei der widerrechtlichen Unzucht (§ 175), der Kuppelei (§ 180), dem Wucher (§§ 302 ff.). Nicht zu verwechseln mit der Einwilligung ist die nachträgliche Verzeihung, welche zwar rein ethischen Charakters ist, aber bei der Strafzumessung in Betracht gezogen werden kann. Vgl. §§ 64 N. 6, 185 N. 5. Vgl. hierzu v. Wächter 188, wegen der Einwilligung zur Körperverletzung unten § 223 N. 5a, und insbesondere die ausführliche Erörterung von Binding Handb. I 707 ff.

f) Die Selbstverletzung, wenn also die Tat sich gegen den Täter selbst richtet, ist zwar nicht grundsätzlich, wohl aber regelmäßig eine nicht rechtswidrige Handlung. So der Selbstmord, die Selbstverstümmelung (vgl. jedoch § 142), die Beschädigung der eigenen Sache (im Fall § 303, nicht aber §§ 304, 305 und bei den gemeingefährlichen Delikten).

g) Notwehr (§ 53).

h) Notstand und Selbsthilfe des BGB. (§ 54 N. 8). Der Notstand des § 54 würde ebenfalls hierher gehören, wenn man die Straflosigkeit der Notstandshandlung nicht auf die Unzurechnungsfähigkeit des Täters, sondern darauf gründet, daß die Notstandshandlung der objektiven Rechtswidrigkeit entbehrt.

4. Zwischen der Handlung und dem Erfolg muß Kausalzusammenhang bestehen, die Handlung Ursache des Erfolges, der Erfolg Wirkung der Handlung sein. Nun wird aber nicht bloß der Erfolg regelmäßig durch mehrere gleichzeitige Ursachen bewirkt, sondern jede Ursache ist immer die Wirkung einer höheren Ursache, diese zweite Ursache wiederum die Wirkung einer dritten und so immer höher hinauf, bis zuletzt möglicherweise eine Ursache sich ergibt, welche rein autonom wirkt, ohne ihrerseits wieder die Wirkung einer noch höheren Ursache zu sein. Es verhält sich von selbst, daß es gar nicht möglich ist, diese sämtlichen Ursachen zu ermitteln, und weil sie nicht möglich, so ist die Ermittlung zur Feststellung des Kausalzusammenhanges nicht geboten. Vielmehr genügt es, eine einzelne Ursache zu ermitteln, und wenn diese Ursache die Handlung eines Menschen ist, so ist diese Handlung die Ursache des Erfolges, der Kausalzusammenhang also nachgewiesen.

Wird nun gefragt, wie die Handlung beschaffen sein muß, um als Ursache des Erfolges zu erscheinen, so sind hierüber verschiedene Theorien aufgestellt worden. Nach der Kausalitätstheorie ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einer menschlichen Handlung und dem eingetretenen

Erfolge nur dann anzunehmen, wenn letzterer sich als ein notwendiger, ausschließlich durch die Tat herbeigeführter darstellt, wenn er unmittelbar bewirkt wurde. Nach der Übergewichtstheorie verursacht diejenige Handlung den Erfolg, welche zwischen den zum Erfolg drängenden und den vom Erfolg abhaltenden Kräften den ersteren zum Übergewicht über die letzteren verhilft (Bindung), welche im Vergleich mit den übrigen Ursachen des Erfolges überwiegend zu diesem beigetragen hat (Birkmeyer). Beide Theorien sind undurchführbar, weil sowohl die Notwendigkeit, Ausschließlichkeit der ersten, übrigens gegenwärtig allgemein aufgegebenen, als auch das Überwiegen der zweiten nur erkannt werden kann auf Grund Vergleichung, also auf Grund Kenntnis sämtlicher Ursachen, welche ja eben unmöglich ist. Die zweite Theorie, welche, wie überhaupt die ganze neuere Lehre vom Kausalzusammenhang, in unjuristischer Weise den Begriff Bedingung verwendet, ohne ihn scharf und konsequent von dem der Ursache zu unterscheiden, geht in der Bindungsschen Formulierung von der nicht zu beweisenden Voraussetzung aus, daß eine Ursache oder Bedingung, durch welche die dem Erfolge günstigen Umstände das Übergewicht über die ihm widerstrebenden erlangen, überhaupt existiert, und untersteht in der Birkmeyer'schen Formulierung dem nicht zu widerlegenden Einwande, daß ein Grund, weshalb nur die tätige Ursache oder Bedingung berücksichtigt werden soll, nicht zu entdecken ist. Beim Zusammenwirken mehrerer zur Herbeiführung desselben Erfolges ist die Kraftanstrengung der einzelnen sehr oft eine quantitativ verschiedene. „Sollen wir hier überall nur bei demjenigen eine Verursachung annehmen, bei welchem sich die überwiegende Wirksamkeit herausstellt, z. B. bei dem Räubersführer, und sollen wir dort, wo sich hierüber nichts ausmachen läßt, alle Beteiligten freisprechen, weil bezüglich der Verursachung des Erfolges kein Beweis geführt worden ist? Wie dann endlich, wenn Mehrere bei der Herbeiführung des Todes eines Menschen beteiligt sind, aber nur bei einem unter ihnen die Voraussetzungen der Zurechnung gegeben sind, und zwar gerade bei demjenigen, der die mindeste wirksame Bedingung gesetzt hat?“ (Merkel 104.) Endlich eine dritte Theorie, die der adäquaten Verursachung, erkennt nur diejenige Handlung als Ursache an, welche erfahrungsgemäß allgemein und in jedem Falle, nicht bloß wegen individueller Verhältnisse, den Erfolg herbeiführt, so daß der konkrete Verlauf des aus der Erfahrung gewonnenen typischen Bildes adäquat ist. Danach würde jedem Umstände, welcher den Erfolg nur unter Hinzutritt individueller Verhältnisse, z. B. besonderer körperlicher Veranlagung des Getöteten, gehabt hat, die Eigenschaft als Ursache bestritten werden, weil dem typischen Bilde gegenüber ein reiner Zufall vorläge. Das ist natürlich nicht die Meinung, vielmehr räumen die Anhänger dieser Theorie ein, daß im konkreten Fall der Erfolg durch eine Verkettung von Umständen herbeigeführt werden kann, von denen nicht ein einziger den Erfolg in adäquater Weise verursacht. Hieraus ergibt sich auch diese Theorie als undurchführbar.

Auf diese Weise wird man dahin gedrängt, nur zu verlangen, daß die Handlung des Täters sich unter denjenigen Faktoren befindet, auf welche der Erfolg als Ursache zurückzuführen ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie viel oder wenig zu dem Eintritt des Erfolges beigetragen hat, wofür sie nur überhaupt dazu beigetragen hat. Für diese von v. Buri aufgestellte Theorie spricht als entscheidend ihre Durchführbarkeit. Was Wieviel des Beitrages ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, und wenn auch die niedrigste mögliche Strafe als zu hart erscheint, muß die Vergnädigung ausbleiben. Hiermit stimmen überein Berner 509, Ringer I 274 ff., Frank § 1 R. III (nicht ohne Vorbehalt), Hälschner 227, 229, v. Lilienthal 28, v. Liszt 125 ff., Olschhausen Abschn. III R. 2, v. Wächter 225 und 227 Beilage I und ebenso in konsequenter Praxis das Reichsgericht, z. B. 28./9. 81 C. 5 29.

Der Kausalzusammenhang liegt also auch dann vor, wenn der Erfolg ohne die besonderen Umstände, unter welchen die Handlung begangen wurde oder welche zu ihr hinzugetreten sind, nicht eingetreten wäre: RG. a. a. O. Es kommt eben gar nicht darauf an, ob die Tat den betreffenden Erfolg unter allen Umständen gehabt haben würde, sondern nur darauf, ob sie im konkreten Fall unter den gegebenen Umständen diese Wirkung hatte. Der Kausalzusammenhang ist also auch dann gegeben, wenn der Erfolg ohne das gleichzeitige oder nachträgliche Zusammenwirken anderer menschlicher Tätigkeit nicht eingetreten wäre, z. B. nicht ohne das fahrlässige Verhalten des Verletzten selbst oder eines Dritten: RG. 12./4. 80 C. 1 373, 2./5. 82 C. 6 249. Er ist aber aufgehoben, wenn durch eine neue Ursache die wirksame Kraft der Handlung vollständig absorbiert, der Erfolg also ausschließlich durch die neue Ursache herbeigeführt wird, denn in diesem Fall ist lediglich einer anderen Kausalität die Möglichkeit oder Gelegenheit zu ihrer Wirksamkeit gegeben; z. B. jemand entführt ein Mädchen, unterwegs wirft der Wagen um und die Entführte bricht den Hals.

Bei der Beschränktheit der menschlichen Erkenntnis ist es regelmäßig unmöglich und daher auch nicht erforderlich, daß in der Kausalitätskette zwischen der Handlung und dem Erfolge die wirksam gewordenen ursächlichen Zwischenereignisse sich objektiv feststellen lassen, vielmehr genügt es, wenn der Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Erfolge im wesentlichen, also

derartig erkennbar ist, daß an der geschlossenen Einheit der Kette sich kausal bedingender Ereignisse nicht gezwiefelt zu werden braucht: Merkel 84; RG. 29./3. 82 C. 6 146.

Auch die Unterlassung ist eine — negative — Handlung. Somit findet das Vorgetragene ebenmäßig auf die Umiswideltte Anwendung. Wer die ihm obliegende Handlung unterläßt, verursacht denjenigen Erfolg, welcher nicht eingetreten wäre, wenn er die Handlung vorgenommen hätte. Nur wenn Gewißheit oder, was auf dem hier fraglichen Gebiet in der Regel als gleichwertig zu erachten sein wird, ein an Gewißheit angrenzender Grad von Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß der vom Gesetz bezeichnete Erfolg auch bei pflichtmäßigem Handeln eingetreten sein würde, ist der Beweis geliefert, daß die Unterlassung den Erfolg nicht verursacht hat: RG. 20./12. 86 C. 15 151. Ist hiergegen eingewendet worden, daß ein bloßes Nichtstun keine Wirkung haben könne — aus nichts kann nichts werden! —, so ist das Umiswideltt kein bloßes Nichtstun überhaupt, sondern die Nichtvornahme einer bestimmten, vom Gesetz gebotenen und zur Abwendung eines Deliktserfolges erwarteten Tätigkeit. Vgl. Frank § 1 R. IV, v. Liszt 132 ff.

Zu der Lehre vom Kausalzusammenhang vgl. namentlich Hälschner I 227 ff. und v. Wächter 225 ff.

5. Steht es fest, daß der Täter durch seine Tat den im gesetzlichen Begriff des Delikts liegenden Endpunkt und Erfolg herbeigeführt hat, daß zwischen seiner Handlung und dem Erfolg Kausalzusammenhang besteht, so erhebt sich die Frage, ob die Herbeiführung des Erfolges dem Täter zur Schuld zuzurechnen, das Geschehene seinem Willen zur Last gelegt werden kann. Zu der äußeren rechtswidrigen Tat als dem objektiven Tatbestand tritt die gewollte, vorsätzliche, dolose und die nichtgewollte, fahrlässige, kulpose Gesetzesübertretung als der subjektive Tatbestand. Je nachdem Dolus oder culpa vorliegt, ist die Strafbarkeit regelmäßig eine verschiedene. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, zwischen dem dolosen und kulposen Delikt zu unterscheiden. Ein drittes, zwischen Vorfall und Fahrlässigkeit in der Mitte liegendes Verschulden gibt es nicht: die Zurechnung zur Schuld setzt entweder Vorfall oder Fahrlässigkeit voraus. Welches von beiden vorliegt, ist als reine Tatfrage der richterlichen Beurteilung überlassen.

6. Der Vorfall, Dolus, ist das bewußte Wollen der äußeren, objektiv rechtswidrigen Tat, das Wissen und Wollen der sämtlichen gesetzlichen Merkmale des objektiven Tatbestandes. Wissen und Wollen sind unzertrennlich verbunden; wer nicht weiß, was er will, will nicht; mit Recht heißt es von demjenigen, welcher noch keinen festen Entschluß gefaßt hat: er weiß nicht, was er will. Das Dasein dieses die Tat bestimmenden Willens ist das allein Wesentliche, allein Entscheidende des Begriffs.

Man unterscheidet Vorfall, Absicht, Zweck, wobei Absicht der Wille speziell in der Richtung auf den Erfolg, Zweck die angezielte innere Befriedigung ist; dann will man wiederum Zweck und Motiv (Beweggrund) unterscheiden. Z. B. A. will den Tod des B. bewirken (Absicht); er beschließt den B. durch Giftbeibringen zu töten (Vorfall); aus Rachsucht (Motiv); damit die Rachsucht durch die Tötung des B. ihre konkrete Befriedigung findet (Zweck). Das StGW. bedient sich der verschiedenen Ausdrücke, ohne sie scharf voneinander zu trennen, so daß mehrfach bei der Nebewendung „um zu“ darüber gestritten wird, ob es damit Absicht oder Zweck (oder Motiv?) gemeint haben will. In § 47 kommen die drei Ausdrücke absichtlich, vorsätzlich, wissenschaftlich vor. Der Sprachgebrauch des Lebens unterscheidet nicht, und auch die wissenschaftliche Darstellung der Lehre ist, unter dem unbewußten Einfluß des Sprachgebrauchs, nicht immer konsequent; vgl. z. B. Hälschner I 275 ff., 503 ff. Die Unterscheidung ist auch gar nicht erforderlich, denn der Begriff des Wollens reicht immer aus. Für das obige Beispiel genügt die Formulierung: A. will sich rächen und den B. vergiften. Der Zweck, der Beweggrund ist, wo er nicht ausdrücklich zum Tatbestandsmerkmal erhoben ist, für die Zurechnung zur Schuld ohne Bedeutung, kommt aber in Betracht bei der Strafzumessung.

Zu dieser Willenstheorie bekennt sich auch trotz mehrfachen Schwankungen im Ausdruck das Reichsgericht, z. B. 15./4. 87 C. 15 419: „Täter einer vorsätzlichen Straftat ist derjenige, der sämtliche Tatbestandsmerkmale der Straftat weiß und will.“ Ihr tritt gegenüber die sog. Vorstellungstheorie, zu welcher sich z. B. Frank R. I und v. Liszt 169 ff. bekennen. Nach ihr ist der Vorfall die Vorstellung des Erfolges der Willensbetätigung und umfaßt sein Begriff die Vorstellung der Willensbetätigung selbst und der Umstände, unter denen sie vorgenommen werden soll, die Voraussetzungen des Erfolges, endlich die Vorstellung der Kausalität. Man ist vorstellen diejenige Tätigkeit, mittels deren der Geist ein Bild von etwas nicht Gegenwärtigem schafft und dieses Bild vor sich, den Geist, aufstellt, was natürlich nur mit Hilfe der Phantasie möglich ist; wer also nicht genug Phantasie besitzt, kann nicht vorsätzlich handeln, wogegen sich der stärkste Vorfall bei dem Phantasiereichsten findet! Diese Folgerung wird von den Anhängern der Vorstellungstheorie nicht gezogen, indem sie vielmehr in ihren Erörterungen schließlich zum Kennen, zum Wissen umbiegen. Zum Begriff des Vorfalles gehört nach v. Liszt die Kenntnis der Tatumstände, die Kenntnis der antisozialen Bedeutung der Tat, und daß das StGW. sich der Vor-

stellungstheorie angeschlossen, wird daraus gefolgert, daß es überall die Haftung auf das Kennen oder Kennenmüssen abstelle. Somit ist, wie Frank einräumt, der Gegensatz zwischen der Willens- und der Vorstellungstheorie „ein bloß formeller und des Aufhebens nicht wert, das man von ihm gemacht hat“. Vgl. auch Wachenfeld *Hr.* 264. Zu dem Sprachgebrauch steht die Vorstellungstheorie in evidentem Widerspruch: wenn jemand sagt: „ich sehe mir etwas vor“, so wird dies niemand dahin verstehen, daß er sich dieses etwas bloß vorstellt, vgl. Merkel 79. Im StGB wird mit keinem Buchstaben von Vorstellung gesprochen, wohl aber in § 43 vom Entschluß und sehr oft vom Wissen. Wenn v. Liszt 171 *N.* 2 behauptet, daß die Willenstheorie rettungslos an § 59 scheitere, denn es sei unmöglich, zu sagen: der Dieb will, daß die gestohlene Sache eine fremde sei, so wird dies eben von niemand behauptet. Der Dieb will vielmehr die Sache dann nicht stehlen, wenn er weiß, daß sie keine fremde ist.

7. Aus der Begriffsbestimmung des Dolus ergeben sich folgende Sätze:

a) Der Täter muß alle Momente des objektiven Tatbestandes kennen, insbesondere auch diejenigen, deren Vorhandensein die Strafbarkeit erhöht. Befindet er sich auch nur wegen eines einzigen im Irrtum, so ist der Dolus ausgeschlossen. Nicht dagegen braucht er zu kennen die Momente des subjektiven Tatbestandes, denn die Existenz der Schuld ist nicht davon abhängig, daß er sich seiner Schuld bewußt ist. Der Abs. 1 des § 59 spricht somit nur ein aus dem Begriff des Dolus sich ergebendes allgemeines Prinzip aus: *RG.* 15./2. 83 *C.* 8 104.

Der Strafrichter hat die Wahrheit von Amtswegen zu erforschen. Daher hat er die Umstände, welche dem Beschuldigten unbekannt geblieben sind, diesem auch dann nicht anzurechnen, wenn er sich auf Unkenntnis gar nicht berufen hat. Auf der anderen Seite bedarf es einer ausdrücklichen Feststellung der Kenntnis nur dann, wenn entweder die Unkenntnis in der Hauptverhandlung behauptet, oder wenn das Wissen, die Kenntnis, im Gesetz ausdrücklich als Deliktmerkmal bezeichnet wird. Letzteres hat also nicht materielrechtliche, sondern strafprozessuale Bedeutung.

b) Die Strafe ist kein Moment des objektiven Tatbestandes, sondern eine vom Strafgesetz verhängte Folge des Delikts. Daher braucht der Täter die Strafbarkeit seiner Handlung nicht zu kennen: vgl. z. B. *RG.* 25./9. 80 *C.* 2 268. Weder die Strafbarkeit an sich noch das die bestimmte Strafe nach Art und Höhe androhende Strafgesetz noch dessen Geltungsgebiet in räumlicher, zeitlicher, persönlicher und sachlicher Beziehung. Ebenso stehen außerhalb des Tatbestandes diejenigen äußeren Umstände, von deren Vorhandensein das Gesetz, obgleich der gesamte subjektive wie objektive Tatbestand vorliegt, die Existenz einer strafbaren Handlung abhängig macht. Solche Bedingungen der Strafbarkeit — vgl. v. Liszt 191 — sind gesetzt z. B. §§ 102, 103, 139, 170, 172, 210. Nicht minder fallen außerhalb des Tatbestandes die sog. Prozessvoraussetzungen, insbesondere Ermächtigung und Antrag als prozessuale Bedingungen der Strafverfolgung (unten § 61 *N.* 2 Abs. 3).

c) Die Rechtswidrigkeit ist ein Merkmal des Deliktsbegriffs, nicht aber des Tatbestandes. Ebensovienig wie die Kenntnis der Strafbarkeit oder gar des speziellen Strafgesetzes ist die Kenntnis, das Bewußtsein des rechtlichen Gebotes oder Verbotes — der jedem Strafgesetze unausgesprochen zugrunde liegenden Norm: wer stiehlt, wird mit Gefängnis bestraft: du sollst nicht stehlen — Voraussetzung der Verschuldung, sondern die Schuldbarkeit des Vorfalls lediglich durch die objektive Rechtswidrigkeit bedingt. Hiermit stimmen überein Frank *N.* II vorletzter Abs., Geyer I 111, v. Lilienthal 58, v. Liszt 178, Wachenfeld *Hr.* II 265, v. Wächter 146, 153 („war es dem Handelnden gar nicht möglich, zu wissen, daß die gewollte Tat verboten, also Unrecht ist, so ist sie ihm überhaupt nicht zurechenbar; dies ist jedoch höchst selten der Fall“). Das *RG.* hat geschwankt und sogar in demselben Strafenat. Es hat z. B. 22./10. 80 *C.* 2 376 und 17./1. 87 *C.* 15 159 erkannt, daß jedes vorsätzliche Delikt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordere, überwiegend aber und seit einer Reihe von Jahren daran festgehalten, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorfall gehört, sondern die Schuldbarkeit des Vorfalls lediglich durch die objektive Rechtswidrigkeit bedingt ist: *RG.* 29./1. 80 *C.* 1 88, 12./3. 80 *C.* 1 272, 25./9. 80 *C.* 2 268, 6./5. 81 *C.* 4 124, 17./4. 83 *C.* 8 182, 19./2. 85 *C.* 12 275, 17./1. 87 *C.* 15 158, 28./5. 89 *C.* 19 253, 13./5. 90 *C.* 20 293 u. a., zuletzt 25./9. 09 *C.* 43 397. Somit ist der Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nur für die Annahme mildernder Umstände und für die Strafzumessung von Bedeutung.

Allerdings wird dies lebhaft bestritten. Zu den Umständen, welche Gegenstand des subjektiven Verschuldens, seien, so wird behauptet, nicht nur die rein tatsächlichen Verhältnisse zu rechnen, sondern auch die Bedeutung der Tatsachen für die Rechtsordnung insofern, als zum Vorfall das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, zur Fahrlässigkeit mindestens die Möglichkeit gehöre, bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt dieses Bewußtsein zu verlangen: Binding *Grundr.* 116, 125, Birkmeyer *Guzph.* 1127, 1130, Löning 31, Meiner-Wilfeld 133, Liszauer *N.* 16, 30, Rüdorff-Stenglein *N.* 1, Schütze 116. Schütze 90 erklärt überhaupt die Zurechnungsfähigkeit für den Zustand eines möglichen Bewußtseins von der strafrechtlichen Natur der Handlung und

definiert 116 den Dolus als die Willensbestimmung zu einem bewußten Handeln mit dem Bewußtsein von dessen Strafrechtswidrigkeit; wer (117) ungeachtet dieses Bewußtseins die Handlung wolle, wolle auch die Strafrechtswidrigkeit. Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit verlangen Finger I 229, Hälschner I 199, 253, Merkel 67 (contra 84), v. Schwarze N. 13, 14. Die Gründe für diese Ansicht sind unzureichend. Zunächst die Pflichtwidrigkeit kommt strafrechtlich nur insoweit in Betracht, als die pflichtwidrige Handlung eine rechtswidrige ist, was keineswegs immer zutrifft. Was aber die Rechtswidrigkeit anbetrifft, so ist Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, soweit es überhaupt strafrechtlich in Betracht kommen kann, Bewußtsein des Verbotenseins, ist identisch mit der Kenntnis, daß eine Norm existiert, durch welche die Handlung verboten ist. Wie man aber diese verbietende Norm für ein Tatbestandsmoment der von ihr verbotenen Handlung auffassen kann, ist unerfindlich. Der Vorsatz bezieht sich, wie Merkel 85 sich ausdrückt, auf die vom Strafgesetz bezeichnete Tat, nicht aber auf die Beurteilung, welche sie durch dieses Gesetz erfährt, und nicht auf die Eigenschaften, welche ihr hierdurch zuwachsen. Hinzu kommt die Beweisfrage. Der Angeklagte behauptet, ihm habe das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt. Er selbst braucht den Mangel des Bewußtseins nicht zu beweisen, sondern ist freizusprechen, wenn ihm das Vorhandensein nicht bewiesen wird. Dieser Beweis des Vorhandenseins kann nicht direkt, sondern nur indirekt, durch Folgerungen aus anderen Umständen geführt werden, d. h. ohne Rest niemals. So läuft die Behauptung, zum Vorsatz gehöre das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, auf die Behauptung hinaus, für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit einer mit Strafe bedrohten Handlung spreche eine natürliche Vermutung, womit man aber nicht weiterkommt, weil der Angeklagte die Präsuntion durch seine einfache Bestreitung zerstören kann, ohne daß er den geringsten Nachweis für die Wahrheit seiner bestreitenden Behauptung zu führen braucht. Das Endergebnis wäre eine Lahmlegung der Strafjustiz. Für die irriige Ansicht werden noch andere Gründe angeführt, aber alle scheitern daran, daß die Rechtswidrigkeit nicht ein Tatbestandsmoment der verbotenen Tat, sondern das Verbotensein der Tat als solcher ist. Zudem kann die Frage aufgeworfen werden, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit überhaupt von strafrechtlicher Bedeutung ist. Jedenfalls, wenn die Handlung keine verbotene ist, bleibt der Täter straflos, mag er noch so sehr von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfüllt sein (das Putativ- oder Wahndelikt).

Bei einer Reihe von Delikten (z. B. §§ 123, 124, 239, 240, 242, 291, 339) ist, wie schon oben bemerkt wurde, das Erfordernis der Rechtswidrigkeit, Widerrechlichkeit, Unbefugtheit ausdrücklich in die Begriffsbestimmung aufgenommen, also zu einem Moment des Tatbestandes erhoben. Aber in diesen Fällen handelt es sich nicht um die objektive Rechtswidrigkeit, sondern um das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung zu der vom Gesetz abstrakt mit Strafe bedrohten Handlung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht berufen hat, zum Zwecke der Beurteilung ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist. Vgl. Franz N. II letzten Abs., v. Liszt 180, Merkel 84, Meyer-Alfeld 134 N. 15, 213, 214; RG. 22./6. 81 C. 4 328, 15./2. 83 C. 8 104, 17./1. 87 C. 15 158, 12./3. 89 C. 19 87, 26./3. 89 C. 19 209, 13./5. 90 C. 20 393.

Durch die irrtümliche Annahme solcher Tatumstände, bei deren Vorhandensein die Rechtswidrigkeit der Tat ermangeln würde, ist der Dolus ausgeschlossen. Vgl. unten N. 13b Abs. 6.

8. Die Handlung ist entweder eine dolose oder ist es nicht. Arten oder Grade des Dolus gibt es nicht. Weil aber dieselbe vorsätzliche Tätigkeit der Realisierung verschiedener Erfolge zu dienen, also der Täter verschiedenen möglichen Erfolgen seines Tuns gegenüber in Betreff seines Dolus eine verschiedene Stellung einzunehmen vermag, so fragt es sich, welcher der möglichen Erfolge, falls er eintritt, dem Täter als gewollt zuzurechnen ist. Die Theorie hat sich schon seit den Glossatoren bemüht, die verschiedenen Stellungen zu unterscheiden und zu klassifizieren. Hierdurch hat man eine große Anzahl von Arten des Dolus gewonnen — vgl. die Aufzählungen z. B. bei Hälschner I 299, Meyer-Alfeld 143, v. Wächter 157 —, bezüglich deren aber niemals volle Übereinstimmung geherrscht hat, und welche zumeist geeignet sind, die tatsächliche Feststellung zu erschweren.

Vorsatz ist Wissen und Wollen. Wer nicht weiß, was er will, ob rauben oder morden, will zunächst weder das eine noch das andere, will überhaupt noch nicht. Daß der Wille auf ein die verschiedenen Delikte umfassendes Genus gerichtet sein könnte, ist nicht möglich, es muß, damit von einer zurechenbaren Handlung gesprochen werden kann, eine bestimmte Art der Tätigkeit vorgelegt, die Art des zu verübenden Delikts bestimmt sein: Hälschner I 306. Gehört die Wirkung eines bestimmten Erfolges zum Tatbestande des Delikts, so muß der Wille des Täters auf die Herbeiführung dieses Erfolges gerichtet sein. Hatte der Handelnde das Bewußtsein, daß mit oder durch seine Handlung die fragliche Wirkung notwendig eintreten würde, so hat er die Wirkung bestimmt in seinem Willen aufgenommen, sie unbedingt gewollt. Wenn er den Erfolg

in einer gewissen Allgemeinheit will, von welcher der eingetretene Erfolg mitumfaßt wird, so fragt sich, ob er sein Wollen zu begrenzen und dementsprechend seine Tätigkeit einzurichten vermochte oder nicht. Vermochte er es, aber unterließ er es gleichwohl, so hat er den Erfolg in jedem möglichen Umfang in seinen Vorsatz aufgenommen, und der Erfolg ist ihm in dem eingetretenen Umfang als gewollt zuzurechnen. In diesen Fällen von einem *dolus generalis* zu sprechen, wie es bezüglich des zweiten noch Meyer-Wilfeld 145 tut, ist überflüssig. Vgl. Hälshner I 305, 306.

Nun ist es möglich, daß der Handelnde nicht das Bewußtsein hat, der Erfolg würde mit Notwendigkeit eintreten, sondern den Eintritt nur für möglich hält. Er nimmt den Erfolg nicht bestimmt, unbedingt in seinen Willen auf, handelt aber auf die Gefahr hin, den vollen Tatbestand des Deliktes zu verwirklichen, ist also mit dem zunächst nur für möglich gehaltenen Erfolg seiner Handlung auf den Fall seines Eintritts einverstanden. Dann hat er den Erfolg bedingt, eventuell gewollt, es liegt der sog. *Eventualdolus* vor. Aber er hat ihn gewollt, also vorsätzlich gehandelt. Erforderlich ist hierbei immer, daß der Täter an die Möglichkeit des Erfolges tatsächlich gedacht, ihn nur nicht innerlich abgelehnt hat, sondern mit ihm für den Fall seines Eintritts von vornherein — einen *dolus subsequens* gibt es nicht! — einverstanden gewesen ist. Geht er von der Erwartung aus, der Erfolg werde in keinem Falle eintreten, hätte ihn die bestimmte Voraussicht des Eintritts des Erfolges von der Tat abgehalten, oder hat er, einerlei ob entschuldbar oder nicht, an die Möglichkeit des Erfolges nicht gedacht, so liegt nicht *Dolus*, sondern nur *Fahrlässigkeit* vor, es sei denn, daß ihm die Folgen seiner Tat überhaupt gleichgültig gewesen sind. Der *Eventualdolus* ist ein echter *Dolus*. Das StGB. legt einem Unterschied im Begriffe des strafrechtlichen Vorsatzes, je nachdem der Erfolg unbedingt oder bedingt gewollt ist, einen Einfluß auf die Frage der Verschuldung oder Verantwortung der Tat nicht bei, vielmehr ist der subjektive Tatbestand dann zu bejahen, wenn der Wille den eingetretenen Erfolg irgendeine umfaßt. Hiermit stimmt die Theorie — trotz verschiedener Abweichungen namentlich in der Formulierung, vgl. Frank N. III — und die Praxis überein: RG. 31./3. 81 E. 4 38, 8./2. 82 E. 6 22, 8./1. 84 E. 9 417, 3./3. 84 E. 10 234, 28./4. 84 E. 10 337, 6./6. 85 E. 12 297, 24./11. 87 E. 16 363, 14./2. 90 E. 20 235, 13./4. 91 E. 21 420, 7./12. 89 E. 33 4, 29./4. 08 E. 41 256. Es gibt allerdings Delikte, bei welchen der *Eventualdolus* nicht genügt. Hierher gehören diejenigen, bei welchen ein Handeln wider besseres Wissen erforderlich ist, wie jetzt allgemein anerkannt wird, auch vom RG. 18./9. 88 E. 18 88, 10./10. 99 E. 32 302. Im übrigen ist dies bei den einzelnen Delikten selbst festzustellen. Ob endlich der *Dolus* durch einen Zweifel ausgeschlossen wird, läßt sich nur im konkreten Fall bemessen; das Reichsgericht hat früher trotz der Anerkennung der Beweischwierigkeit die Frage allgemein verneint: 24./11. 87 E. 16 363, später aber sich auf den hier eingenommenen Standpunkt gestellt: 13./4. 91 E. 21 490.

Der *Eventualdolus* ist in dem Vorgetragenen in seiner Beziehung auf den Erfolg betrachtet worden. Es ist aber klar, daß er sich auf jedes Moment des objektiven Tatbestandes beziehen kann. Somit ist nicht das ohnehin sehr seltene absolute Wissen der sämtlichen Merkmale des objektiven Tatbestandes erforderlich, sondern ihr Fürmöglichhalten unter der obigen Voraussetzung genügend: Ushajen N. 6 Abs. 1. Hieraus ergibt sich die Unentbehrlichkeit des Begriffs. Der *Eventualdolus* um einen Vergleich zu gebrauchen, ist als Komplement des direkten *Dolus* ebenso unentbehrlich wie im Römischen Recht die *actio Publiciana* als Komplement der *rei vindicatio*.

9. Die zweite Form der subjektiven Verschuldung ist die *Kulpa*, die *Fahrlässigkeit*. Der *Dolus* ist das Wissen und Wollen des gesamten objektiven Tatbestandes. Ermangelt dieses Wissen und Wollen auch nur bezüglich eines einzigen Tatbestandsmomentes, so liegt nicht *Dolus*, sondern *Fahrlässigkeit* vor. Auch die *Fahrlässigkeit* ist ein Willensfehler. Der Gesetzgeber verlangt das Nichtwollen des Deliktes, der *dolose* macht sich des Wollens, der *kulpose* des Nicht-Nichtwollens schuldig, der *Dolus* ist der angreifende, die *Kulpa* der ausbiegende Wille. Wie der *Dolus* der positiven Handlung, so entspricht die *Fahrlässigkeit* der Unterlassung: der Vorsatz setzt sich etwas vor, die *Fahrlässigkeit* läßt etwas fahren. Gemeinsames Erfordernis für beide ist die Rechtswidrigkeit der Handlung und der Kausalzusammenhang zwischen der entwickelten Tätigkeit und dem Erfolg. Gemeinsam auch, daß, wenn auch nur bezüglich eines einzigen Tatbestandsmomentes wie kein *Dolus*, so auch keine *Fahrlässigkeit* vorliegt, eine Zurechnung zur *Fahrlässigkeit* nicht stattfindet, eine strafbare Handlung also überhaupt nicht gegeben ist. Und zwar handelt *fahrlässig*, wer durch einen auf pflichtwidriger Nichtanwendung der nach den obwaltenden Umständen und Verhältnissen gebotenen Sorgfalt beruhenden Willensakt einen voraussehbaren rechtswidrigen Erfolg verursacht.

a) Erforderlich ist ein unworftichtiges Handeln, welches sich in der Nichtanwendung der nach den obwaltenden Umständen gebotenen Sorgfalt kundgibt: RG. 23./3. 97 E. 30 25.

b) Der durch das unworftichtige Handeln verursachte Erfolg muß bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt voraussehbar gewesen sein, der Täter muß die Möglichkeit gehabt haben, die Einsicht von der Beschaffenheit seiner Tat, falls er sie gewinnen wollte, zu gewinnen: RG. 2./12 80

§. 3 208, 29./3. 82 §. 6 146, 2./5. 82 §. 6 249, 30./6. 83 §. 8 66, 22./2. 85 §. 12 317, 14./2. 87 §. 15 345.

Nur voraussehbar, nicht aber vorausgesehen. Wenn der Täter den Erfolg als Wirkung seiner Handlung voraussieht, so handelt er mindestens mit Eventualdolus. Gerade der Irrtum über die Kausalität der Handlung scheidet das fahrlässige Verhalten vom vorfächtlichen: RG. 17./1. 84 §. 9 422, 22./2. 85 §. 12 317, 18./2. 89 §. 15 345. Hierbei darf die Voraussehbarkeit nicht in dem Umfange verlangt werden, daß der Täter den von ihm verursachten Erfolg genau in derjenigen konkreten Gestalt voraussehen konnte, in welcher er tatsächlich eingetreten ist, denn eine so spezialisierte Voraussehbarkeit liegt außerhalb des Bereiches der menschlichen Dinge. Für die fahrlässige Tun verbietende Rechtsnorm ist lediglich der allgemeine Rechtsschutz in seiner generellen, gewisse Rechtsgüter in ihrer kategorischen Gestalt umfassenden Erscheinung von Bedeutung. Ist eine Rechtsverletzung tatsächlich verursacht, so ist für die Frage der Vorhersehbarkeit nur zu untersuchen, ob das eingetretene Ereignis seiner Gattung bzw. seiner allgemeinen Beschaffenheit nach in die Kategorie der voraussehbaren und deshalb vermeidlichen Ereignisse hineinfällt, oder ob es schließlich außerhalb des Bereiches der voraussehbaren und deshalb vermeidlichen Ereignisse geblieben ist. Trifft jene Voraussetzung zu, so gehört der Erfolg dem Bereiche der voraussehbaren Folgen menschlicher Handlungen an, und seine Verursachung ist als auf pflichtwidrigem Verhalten beruhend zur Fahrlässigkeitsschuld zuzurechnen: RG. 14./2. 87 §. 15 345, 18./2. 89 §. 19 51, 4./5. 93 §. 24 417. Hierbei darf aber nicht verlangt werden, daß der Täter alle, also auch die entferntesten, überhaupt noch denkbaren Möglichkeiten in Betracht zieht, denn dann wäre, weil eben alles möglich ist, schließlich jedes Handeln ein fahrlässiges, vielmehr gilt als voraussehbar nur dasjenige, was auf Grund der Erfahrung des täglichen Lebens bei Anwendung der von dem Täter zu verlangenden pflichtmäßigen Sorgfalt vorausgesehen werden kann: RG. 16./11. 96 §. 29 218, 20./2. 02 §. 35 131.

c) Wenn der Täter die pflichtmäßige Sorgfalt angewendet hat und der Erfolg gleichwohl eingetreten ist, so ist dieser nicht vermeidbar gewesen und gehört in das Gebiet des nicht zu verantwortenden Zufalls. Hier entsteht aber die Frage, zu welcher Sorgfalt der Täter verpflichtet ist. Nach der von Hälschner I 311 geteilten subjektiven Ansicht entscheidet die Individualität des Täters: dieser hat diejenige Sorgfalt zu bewahren, mit der er auch sonst im Leben seine Obliegenheiten wahrnimmt. Die objektive Ansicht, zu welcher sich Werner 129, Merkel 87, Schütze 121 und v. Wächter 163 bekennen, gesteht zu, daß es allerdings auf die obwaltenden Umstände und Verhältnisse ankommt, verlangt aber, daß der Täter unter diesen Umständen und Verhältnissen alles das beobachtet, was ein tüchtiger, gewissenhafter, umsichtiger Mensch, also ein „Normalmensch“ beobachtet haben würde: was dieser wegen der möglichen mehr oder weniger üblen Folgen unterlassen haben würde, soll man unterlassen; was dieser wegen solcher Folgen vorausgesehen haben würde, soll man voraussehen; handelt man dagegen, so macht man sich einer Fahrlässigkeit schuldig. Beide Ansichten sind einseitig, und erst ihre Verbindung ergibt das Richtige. Jedermann ist verpflichtet, sein Handeln so einzurichten, daß es nicht für schädigende Ereignisse kausal wird, hat daher diejenige durchschnittliche Sorgfalt zu bewahren, welche unter gleichen Umständen und Verhältnissen von anderen Menschen angewendet zu werden pflegt; niemand kann sich hier, wo es sich um die Schädigung eines Anderen handelt, darauf berufen, daß er bei Wahrung seiner eigenen Interessen ebenso sorglos verfährt. Dagegen kommt es, soweit es sich um die Voraussehbarkeit des Erfolges handelt, auf die Individualität des Täters an, von dem nicht deshalb eine größere Intelligenz verlangt werden kann, weil andere, von Natur besser veranlagte Personen solche besitzen; andernfalls würde man die Fahrlässigkeit nicht als einen Willens-, sondern als einen rationalen Fehler charakterisieren müssen und vor die Frage gestellt werden, ob ein Mensch für seine rationalen Fehler, für das geringere Maß seiner geistigen Begabung, überhaupt verantwortlich ist. Hiermit stimmen überein Finger I 268, Frank N. VI Abs. 3, v. Liszt 183, Meyer-Wilfeld 149, Dörschhausen N. 17b und auch das Reichsgericht, 3. B. 23./3. 97 §. 30 25.

d) Es gibt keine verschiedenen Arten der Fahrlässigkeit, wohl aber kann diese dem Grade nach schwerer und leichter sein. Speziell werden in der Theorie folgende zwei Fälle unterschieden. Entweder ist nämlich der Täter sich der Beschaffenheit seiner Handlung bewußt gewesen, hat sich aber, ohne das durch sie bewirkte Unrecht zu wollen, bei dem Gedanken beruhigt, daß der mit der Handlung nicht notwendig verbundene Erfolg diesmal nicht eintreten werde: der Fall der bewußten oder unmittelbaren culpa (Zweckhaftigkeit, luxuria). Oder er hatte das Bewußtsein nicht, hätte es aber, wenn er wollte, sich verschaffen können: der Fall der unbewußten oder mittelbaren culpa (Unvorsichtigkeit, negligentia). Vgl. Werner 132, Frank N. VI Abs. 5, Hälschner I 315, Merkel 90, Meyer-Wilfeld 150, Schütze 123, v. Wächter 161. Diese Unterscheidung hat das Bedenken gegen sich, daß nach ihrer Formulierung die bewußte Fahrlässigkeit stets als die schwerere Schuldform erscheint, was keineswegs der Fall ist, „denn danach würde der umsichtige Täter, der die ent-

„fernesten Folgen ängstlich zuvor erwägt und nach sorgfältiger, aber zu einem unrichtigen Ergebnis gelangender Prüfung die Kaufsalität ablehnt, ungleich strenger behandelt, als der gedankenlose Bummler“ (v. Liszt): Hälschner I 317, v. Liszt 182 N. 1, Meyer-Altfeld 151. Das StGB. formuliert keine Gnade der Kulpa, will im kulposen Delikt stets jede Kulpa treffen und überläßt allgemein dem Richter, zu ermessen, was noch nach der Seite des Dolus und schon nach der Seite des Zufalls als Fahrlässigkeit zu erachten und unter Einhaltung des gesetzlichen Strafrahmens bald härter, bald milder zu bestrafen ist. Die Vernachlässigung der Aufmerksamkeit, zu welcher der Täter vermöge seines Amtes, Berufs oder Gewerbes besonders verpflichtet ist (§§ 222, 230), begründet nicht, wie mehrere Autoren, z. B. v. Liszt 185, annehmen, einen besonderen Grad der Fahrlässigkeit, sondern wegen Verletzung einer besonderen Pflicht zu Aufmerksamkeit höhere Strafe. Lisshausen N. 17 letzter Abs. findet darin „eine leichtere Annahme von Unvorsichtigkeit“. Meint er damit eine Erleichterung des Beweises? Das wäre eine unzulässige Präsumtion der Fahrlässigkeit.

10. Die Haftung für Dolus ist wie im Zivil-, so auch im Strafrecht eine durchgreifende und allgemeine (dolus semper praestatur). Dies ist allerdings im StGB. nicht direkt ausgesprochen, folgt aber nicht bloß aus § 59, sondern ist durch den Begriff der strafbaren Handlung mit Notwendigkeit gegeben. Dagegen ist die Frage, ob auch die Haftung für Fahrlässigkeit eine allgemeine sei, zu verneinen, denn man müßte anderenfalls ohne zwingenden Grund dem Gesetzgeber die Unbernnunft zutrauen, daß er beide Schuldformen trotz ihrer unbestreitbaren Ungleichwertigkeit wegen ihrer gemeinsamen Grundblage, dem Willensfehler, als gleichwertig betrachte. Nun wird daran nicht gezweifelt, daß überall, wo das Gesetz ausdrücklich nur den Dolus bedroht, nur die dolose, wo auch die Fahrlässigkeit, auch die fahrlässige Begehung strafbar ist. In den überwiegend meisten Strafbestimmungen ist aber die Strafe ohne Unterscheidung angedroht und daher dem Zweifel Raum gelassen.

Zunächst kennt das Gesetz nur dolose, nicht aber kulpose Verbrechen. Sodann gibt es eine Anzahl Vergehen, welche nur als vorsätzliche konstruierbar sind, wie Verleumdung, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue. Bei den anderen Vergehen ist nach der einen Ansicht die Fahrlässigkeit nur dann strafbar, wenn das Gesetz sie entweder ausdrücklich oder in unzweideutiger, nicht mißzuverstehender Weise mit Strafe bedroht: Binding Handb. I 310 ff. und Grundr. 124, Frank N. VIII, Wachenfeld HR. II 266. Dagegen ist es nach einer zweiten Ansicht überall, wo das Gesetz die Schuldform nicht ausdrücklich nennt, Sache der Auslegung, festzustellen, welche das Gesetz hat treffen wollen: Berner 131, Birkenmeier Enzyl. 1129, Hälschner I 325, v. Liszt 184, Merkel 81, Meyer-Altfeld 137, Lisshausen Abschn. IV N. 4, Rüdorff-Stenglein Abschn. XXIX N. 3, v. Wächter 143. Ebenso das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen. In der Entscheidung 19./11. 09 E. 43 70 stellt es folgenden Rechtsgrundsatz auf: „Die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze weisen darauf hin, daß eine Strafe, die die Tat bei Zugrundelegung der Normen des StGB. als Vergehen kennzeichnet, soweit nicht die Natur der Vorchrift in sich selbst die Grundlage für eine andere Beurteilung trägt oder Fahrlässigkeit ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, nur für vorsätzliche Delikte eintritt“. Die zweite Ansicht ist die richtige; sie verbürgt die unbefangene Anwendung der allgemein anerkannten Regeln der Auslegungskunst und verhindert, daß verschiedene Strafbestimmungen, z. B. die des § 330, lediglich ein Dasein auf dem Papier führen; dies räumt auch Binding Lehrb. II 104 ein. Selbstverständlich ist überall, wo ein Zweifel bleibt, die Fahrlässigkeit für straflos zu erachten: RG. 27./5. 81 E. 4 233, 25./11. 97 E. 30 354, 20./12. 07 E. 41 4.

Dies gilt auch für die Übertretungen, auf welche die allgemeinen Bestimmungen unbeschränkte Anwendung finden. Die zumal von dem früheren Preussischen Obergericht aufgestellte Behauptung, bei den Übertretungen komme es nicht auf Dolus oder Kulpa, sondern nur auf die Tat in ihrer äußeren Erscheinung an, hat gegenwärtig keine Anhänger mehr und steht völlig „in der Luft“ (Binding). Bei jeder einzelnen Übertretung ist zu prüfen, ob auch ein fahrlässiges Handeln gegen das Strafgesetz verstößt, was allerdings bei den Unterlassungen in der Regel anzunehmen ist. Die Ansicht Lisshausens a. a. O. und Abschn. XXIX N. 2, welcher z. B. auch Berner a. a. O. und Frank Abschn. 29 N. II sind, daß die Regel nur für das Gebiet des kriminellen Unrechts gelte, dagegen bei den bloßen Polizeidelikten unterschiedslos das dolose und das kulpose Handeln unter dieselbe Strafandrohung gestellt seien, kommt jedenfalls für das StGB. nicht in Betracht, da dieses nur kriminelles Unrecht kennt und ihm die Unterscheidung zwischen kriminellen und Polizeidelikten ganz fremd ist, vgl. § 1 N. 1b. Vgl. unten Abschn. 29 N. 3.

11. In einer Anzahl Nebengesetze, insbesondere Zoll- und Steuergesetze, wird von jedem Nachweis einer Verschuldung abgesehen und das Vorhandensein gewisser äußerer Beziehungen zu dem Geschehen für genügend erklärt. Diese Strafandrohungen gegen ein sog. objektives Unrecht haben trotz ihres kriminellen Gewandes lediglich fiskalischen Charakter. Vgl. Frank N. VIII, Hälschner I 258, v. Liszt 161, Meyer-Altfeld 137, Lisshausen Abschn. IV N. 2.

Anders verhält es sich mit den sog. Erfolgsdelikten. Wie nämlich schon § 43 N. 5o bemerkt wurde, wird bei zahlreichen teils vorsächlichen teils fahrlässigen Delikten — §§ 118, 178, 206, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307 Nr. 1, 309, 312, 314—316, 321 Absf. 2 — 324, 326—328, 340 Absf. 2 — zunächst ein bestimmtes Grunddelikt unter Strafe gestellt, sodann aber auf den Fall des Eintritts eines besonderen Erfolges eine schwerere Strafe angedroht. Bei allen diesen Delikten wird der besondere Erfolg lediglich wegen seines Kausalzusammenhanges mit der Handlung des Grunddelikts, also ohne Rücksicht auf ein subjektives Verschulden mit Strafe bedroht, selbst wenn sein Eintritt vom Standpunkt des Täters aus als Zufall erscheint. Erforderlich ist stets der Kausalzusammenhang: Binding Handb. I 590, Klähsausen Abschn. IV N. 4. Hiermit stimmt die Mehrzahl der Autoren und die Praxis des Reichsgerichts überein, wogegen Berner 122, 533, Binding Handb. I 366, Lehrb. I 18, 28, 46, Hälschner I 326, II 28, 819, Schütze 126, 296 und v. Wächter 347 (vgl. freilich 226) den Zufall ausschließen und mindestens Fahrlässigkeit verlangen; Löning 30, 46 und Merkel 91 sprechen hier von Schuldpräsumtionen. Daß die Konstruierung dieser Erfolgsdelikte, welche sich auch in mehreren Nebengesetzen finden, mit den anerkannten Grundsätzen über die Zurechnung zur Schuld in unheilbarem Widerspruch steht, liegt auf der Hand, aber das Gesetz hat so befohlen.

12. Begeht der Täter das Delikt nur dann dolos, wenn er die sämtlichen Merkmale des objektiven Tatbestandes kennt, so begeht er es nicht dolos, wenn er sich auch nur wegen eines einzigen Momentes in Irrtum befindet. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz erhält durch Absf. 1 seine positive Bestätigung.

a) Täter ist jeder „jemand“, jeder, welcher an der Begehung des Delikts als Allein- oder Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt ist.

b) Der Irrtum ist entweder ein Nichtkennen, Nichtwissen überhaupt, oder ein Irrtum i. e. S., das Kennen, Wissen eines Falschen statt des Wahren. Beide Zustände „stehen juristisch „einander völlig gleich. Es wäre genauer und erschöpfender, überall von Unwissenheit zu sprechen, „da dieser Ausdruck das Wesen jenes mangelhaften Zustandes des Bewußtseins am allgemeinsten „bezeichnet. Dennoch ist bei unseren Schriftstellern häufiger von Irrtum die Rede; auch ist dieser „Sprachgebrauch ohne alles Bedenken, sobald man sich im voraus darüber verständigt hat, alles, „was über den Irrtum gesagt wird, auch für die bloße Unwissenheit gelten zu lassen“ (v. Savigny System III 111, 326). Sowohl das Nichtwissen als auch das Falschwissen muß ein völliges sein; durch eine auch nur mangelhafte Kenntnis wird die Zurechnung begründet: RG. 3./3. 84 E. 10 234.

c) Daraus, daß der Dolus lediglich von der Tatsache des bewußten Willens abhängt, also ausgeschlossen ist, wenn der Wille fehlt, ergibt sich, daß die Frage, ob der Täter dolos gehandelt hat, von den Gründen, auf welchen sein Nichtwollen beruhte, unabhängig ist. Folglich erscheint der Irrtum bei dieser Frage nicht als Entschuldigungsgrund, sondern lediglich als Umstand, aus welchem hervorgeht, daß der zum Delikt erforderliche Wille fehlte, und es kommt, soweit es sich eben um den Dolus handelt, auf eine Entschuldigbarkeit oder Unentschuldigbarkeit des Irrtums nicht an. Hierüber herrscht kein Streit. Vgl. auch RG. 16./4. 80 E. 1 368, 15./3. 82 E. 6 85, 30./6. 82 E. 6 406.

d) Der Irrtum muß zur Zeit der Begehung der Tat vorliegen, also jedenfalls während des letzten abschließenden Aktes der Willensbetätigung, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Wirkung oder des Erfolges. Eine nach der Begehung der Tat vorhandene Kenntnis ist ebenso bedeutungslos wie eine vorher besessene, aber aus Gedächtnisschwäche oder Irrtum wieder verlorengegangene: Klähsausen N. 8; RG. 27./5. 89 E. 19 287, 23./10. 08 E. 42 26.

e) Der § 59 sagt ganz allgemein: „bei Begehung einer strafbaren Handlung“. Er findet also gleichmäßig auf Verbrechen, Vergehen und Übertretungen Anwendung, sie mögen vollendet oder, soweit der Versuch überhaupt strafbar ist, nur versucht sein. Dies wird auch von denjenigen anerkannt, welche an dem Begriff der von ihnen sogenannten Polizeidelikte festhalten: Frank Abschn. XXIX N. 2, Hälschner I 258, v. Liszt 161 N. 6, Klähsausen N. 12; vgl. auch RG. 12./10. 80 E. 2 231, 13./10. 85 E. 12 431, 25./9. 96 E. 29 73. Klähsausen motiviert in einer Weise, welche gegen die Aufstellung der Polizeidelikte als einer besonderen Deliktskategorie spricht: „auch diese erfordern „zum subjektiven Tatbestand eine Schuld des Täters, folglich steht der Anwendung des § 59. „begrifflich nichts entgegen, und sie hat deshalb auch stattzufinden, da das Gesetz selbst bezüglich „derjenigen Handlungen, die mit Rücksicht auf polizeiliche oder andere rechtspolitische Erwägungen „mit Strafe bedroht sind, einen Unterschied nicht macht“.

Dagegen findet § 59 keine Anwendung bei den Strafandrohungen gegen ein sog. objektives Unrecht, weil diese von jedem Nachweise einer Verschuldung absehen und das Vorhandensein gewisser äußerer Beziehungen zu dem Geschehenen für genügend erklären, vgl. oben N. 11 Absf. 1: Frank N. II 130, Klähsausen N. 11; RG. 20./11. 82 E. 7 240, 25./9. 96 E. 29 73.

f) Der Irrtum muß sich auf Tatumstände beziehen. Er schließt also den Dolus aus, wenn er sich auf tatsächliche Um- und Zustände und Verhältnisse bezieht. Er schließt ihn nicht aus, wenn

er sich auf Rechtsbegriffe bezieht, auf die Begriffsmerkmale, deren Gesamtheit dieses bestimmte Strafgesetz bildet: RG. 31./1. 90 C. 20 198. 3. B. bei einer Urkundenfälschung muß der Täter wissen, was er tut, aber er braucht nicht zu wissen, was eine Urkunde ist. Wird dies überwiegend anerkannt — vgl. Frank N. II 1 Abs. 2 —, so wird um so lebhafter darüber gestritten, ob zu den Tatumständen auch die Rechtsätze gehören, ob nur der faktische oder ob auch der Rechtsirrtum den Dolus ausschließt. Für die Beantwortung dieser Frage kann der unbestreitbare Umstand, daß § 59 Abs. 1 seinem Wortlaut nach sich nur auf den faktischen Irrtum bezieht, deshalb nicht in Betracht kommen, weil er ein an sich selbstverständliches, allgemeines Prinzip ausspricht, dessen Geltung auch dann unbestritten sein würde, wenn der § 59 gar nicht existierte: RG. 15./2. 83 C. 8 104. Somit liegt hier recht eigentlich eine Aufgabe der Wissenschaft vor: Hälschner I 266, Meyer-Alfeld 134 N. 13, Olshausen N. 1, Schütze 129 N. 9.

Wenn die Frage, ob der Täter dolos gehandelt hat, von den Gründen, auf welchen sein Nichtwollen beruhte, nicht abhängt, so ist es für die rechtliche Tragweite des Irrtums bedeutungslos, ob dieser auf dem Nichtwissen oder Falschwissen der Tatsachen oder der auf die Tatsachen anzuwendenden Rechtsätze beruht, und weiter bedeutungslos, ob die Rechtsätze dem Strafrecht oder einer anderen Rechtsdisziplin angehören: der Wille fehlt und folglich auch der Dolus. Hiernach würde es auf die Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum nicht ankommen. Wie Binding mit gewohnter Schärfe formuliert: „der § 59 hat mit der gänzlich unbrauchbaren Unterscheidung „von Rechtsirrtum und faktischem Irrtum nichts zu tun“. So Binding Normen I 91, II 607 und Grundr. 107, Birkmeyer Enzykl. 1130, Fingert I 246, Hälschner I 264, Löning 36, v. Liszt 175, Meyer-Alfeld 134 N. 12, Olshausen N. 1, 2, 30. Diese Ansicht, daß der Dolus durch jeden Rechtsirrtum ausgeschlossen werde, ist jedoch in ihrer durchgreifenden Allgemeinheit eben so irrig wie die entgegengesetzte, 3. B. Wachenfelds N. II 265, daß der Dolus durch keinen Rechtsirrtum ausgeschlossen wird. Man muß nämlich zwischen dem strafrechtlichen und dem nichtstrafrechtlichen Irrtum unterscheiden.

Nur durch den letzteren, den auf nichtstrafrechtliche Rechtsätze usw. sich beziehenden Irrtum wird der Dolus ausgeschlossen, nicht aber durch den ersteren. Daß die nichtstrafrechtlichen Rechtsätze usw. zu den „Tatumständen“ des § 59 gehören, wird so überwiegend, auch vom RG., anerkannt, daß es darüber keiner weiteren Ausführung bedarf.

Irrtum ist Nichtwissen oder Falschwissen. Es wird allgemein anerkannt, daß das Nichtwissen des Strafgesetzes den Dolus nicht ausschließt. Das Nichtwissen ist aber gegenüber dem Falschwissen ein Plus, letzteres „nur eine besondere Modifikation der Unwissenheit“ (v. Savigny System III 326 N. a); wenn der Dolus aber nicht durch das Plus ausgeschlossen wird, so wird er es erst recht nicht durch das Minus. Behauptet man den Ausschluß gleichwohl, so heißt das nichts anderes, als daß durch jeden Irrtum im Gebiete des Strafrechts, also durch den Irrtum, infolge dessen der Täter die mit Strafe bedrohte Handlung für eine erlaubte, d. h. objektiv nicht rechtswidrige hält, der Dolus ausgeschlossen wird. Auf diesem Wege kommt man mit Olshausen N. 30 — vgl. auch Hälschner I 265 — zu dem oben N. 7c zurückgewiesenen Erfordernis der Rechtswidrigkeit und mit einem konsequenten Schritt weiter zu dem Erfordernis der Kenntnis der Strafbarkeit und schließlich des Strafgesetzes. Umgekehrt muß es für inkonsequent erachtet werden, wenn diejenigen Juristen, welche, wie 3. B. v. Liszt, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht verlangen, gleichwohl durch den strafrechtlichen Rechtsirrtum den Dolus für ausgeschlossen erklären.

Das Resultat ist also, daß der Dolus durch einen Irrtum bezüglich des Strafgesetzes, um dessen Verletzung es sich handelt, und ebenso bezüglich anderweitiger gesetzlicher Vorschriften, welche als Teil dieses Strafgesetzes anzusehen sind, oder der allgemeinen Regeln des Strafrechts nicht ausgeschlossen wird: RG. 12./3. 89 C. 19 87. Ein strafrechtlicher Irrtum ist 3. B. auch der über die räumliche Tragweite (§ 3) des Strafgesetzes: RG. 8./1. 12 C. 45 365.

Diese Gründe treffen nicht zu, wenn es sich um einen Irrtum bezüglich nichtstrafrechtlicher Rechtsätze handelt, und ein anderweitiger Grund ist nicht zu finden, weshalb das Prinzip, daß es auf den Grund des Irrtums nicht ankomme, in diesem Falle nicht gelten soll, wobei es irrelevant ist, ob der Rechtsatz dem Privat- oder dem öffentlichen Recht angehört. Hiernach sind unter den Tatumständen des Gesetzes auch alle Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstigen rechtlichen Beziehungen zu verstehen, welche durch irgendwelche nicht dem Strafrecht angehörende Rechtsätze begründet werden. Sind es um so mehr, als, wie Frank zutreffend bemerkt, das Strafrecht derartige Gebilde genau ebenso vorfindet und unter seinen Schutz nimmt wie rein tatsächliche Erscheinungen, es sich also um eine Konsequenz des sekundären Charakters des Strafrechts handelt.

Hiernit stimmen überein Berner 121, Frank N. II 1, Rüdorff-Stenglein N. 7, 8, Schaper S. S. II 155, Schütze 128 N. 6, v. Wächter 145, 150 ff. (exemplifiziert überall nur auf nichtstrafrechtliche Rechtsätze). Die Relevanz des nichtstrafrechtlichen Rechtsirrtums wird natürlich auch von denjenigen Autoren angenommen, welche den Dolus bei jedem Rechtsirrtum ausschließen.

Übereinstimmend auch die konstante Praxis des Reichsgerichts. Es ist weder notwendig noch tünlich, die mühelos aus den Generalregistern der Sammlung der reichsgerichtlichen Entscheidungen zu entnehmenden Entscheidungen hier sämtlich aufzuführen; vgl. die umfangreiche und gleichwohl nicht vollständige Aufzählung bei Olshausen N. 2 31a. Bei manchen kann man allerdings sehr zweifelhaft sein, ob das Reichsgericht richtig unterschieden hat. Nur einige wenige Entscheidungen zum nichtstrafrechtlichen Rechtsirrtum mögen hier genannt werden, nach welchen unter § 59 fällt, also den Dolus ausschließt der Irrtum:

§ 97: über staatsrechtliche oder privatfürstenrechtliche Normen, Eigenschaft als Deutscher 23./10. 08 E. 42 26, als Mitglied eines landesherrlichen Hauses 28./9. 91 E. 22 141;

§ 137: über die Vorschrift, daß die Beschlagnahme auch die Pertinenzen eines Grundstücks ergreift, 16./4. 80 E. 1 368;

daß die Beschlagnahme eine an sich gesetzlich unzulässige Maßregel, daher der beschlagnehmende Beamte nicht zuständig sei, 13./6. 84 E. 10 425;

daß die Pfändung durch Zahlung der Schuld aufgehoben sei, 11./12. 94 E. 26 308;

§ 171: bezüglich der zivilrechtlichen Bestimmungen über die Eingehung und Auflösung einer Ehe, 15./10. 83 E. 9 84;

§ 223: bezüglich der verwaltungsrechtlichen Vorschriften über das Züchtigungsrecht der Lehrer, 2./1. 00 E. 33 32, 15./1. 00 E. 33 71, 15./1. 09 E. 42 142;

§ 240: bezüglich der zivilrechtlichen Bestimmungen über Selbsthilfe und Notwehr, 3./10. 82 E. 7 63, 27./2. 94 E. 25 150;

§ 267: über zivilrechtliche Bestimmungen, durch welche die objektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, 2./5. 82 E. 6 251, 21./6. 92 E. 23 180;

§ 292: über die Jagdbarkeit eines wilden Tieres, 3./3. 84 E. 10 234;

§ 300: des Arztes über Inhalt und Tragweite seiner Berufspflichten, 16./5. 05 E. 38 62;

§ 303: des Jagdberechtigten über das Recht, einen im Jagdrevier befindlichen fremden Hund zu töten, 26./3. 89 E. 19 209;

§ 341: über die Kompetenz zur Vornahme einer vorläufigen Festnahme, 15./3. 83 E. 8 104;

§ 345: des Täters über seine Beamteneigenschaft, 9./1. 93 E. 23 374.

g) Die Tatumstände müssen zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Der gesetzliche Tatbestand besteht aber nicht bloß aus den im Strafgesetz ausdrücklich hervorgehobenen Merkmalen, sondern aus allen tatsächlichen Momenten, welche für den Begriff der betreffenden strafbaren Handlung in objektiver und subjektiver Hinsicht wesentlich sind: RG. 3./3. 84 E. 10 234. Zu dem gesetzlichen Tatbestande gehören auch, obgleich sie nach der Unterscheidung des Gesetzes außerhalb seiner liegen, diejenigen Tatumstände, durch welche die Strafbarkeit der strafbaren Handlung erhöht wird. Also mit Ausschluß des höchstpersönlichen Straferhöhungsgrundes des Rückfalls, vgl. Olshausen N. 4b und oben § 50 N. 4 Abs. 1; a. M. bezüglich des Charakters des Rückfalls, jedoch im Resultat übereinstimmend Binding Grundr. 109, 110.

h) Die dem Täter unbekanntem Tatumstände sind ihm nicht zuzurechnen. Somit liegt entweder überhaupt kein Delikt vor, z. B. der Bigamist hält seine frühere Ehe für aufgelöst (§ 171), der die Untreue begehende Vormund weiß nicht, daß seine Handlung dem Mündel zum Nachteil gereicht (§ 266 Nr. 1), oder ein anderes Delikt, z. B. der Dieb weiß nicht, daß er die Sache in seinem eigenen Gewahrsam hat, begeht also keinen Diebstahl (§ 242), sondern eine Unterschlagung (§ 246). Im ersteren Fall ist nicht lediglich die Strafbarkeit ausgeschlossen, sondern es liegt mangels des erforderlichen subjektiven Tatbestandes überhaupt kein Delikt vor, so daß auch keine strafbare Teilnahme stattfindet: Olshausen N. 14 Abs. 1, Oppenhoff-Delius § 48 N. 7; RG. 28./1. 89 E. 18 419. Die Unkenntnis des strafserhöhenden Umstandes schließt die Schuld nur in bezug auf den Umstand selbst aus, so daß die nicht erhöhte Strafe zur Anwendung kommt.

13. Der Irrtum, welcher sich nicht auf die zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden und die strafserhöhenden Tatumstände bezieht, fällt nicht unter die Bestimmung des § 59.

a) Nach dem unabweisbaren *argumentum e contrario* sind die strafmindernden, strauschließenden und straufhebenden Tatumstände dem Täter auch dann zuzurechnen, wenn ihm ihr Vorhandensein unbekannt ist: Olshausen N. 24. Die Ansichten hierüber gehen allerdings weit auseinander. Z. B. Rüdorff-Stenglein N. 15 stimmt nur zu wegen der strafmindernden Umstände, Hälschner I 271 bekennt allgemein, und nach v. Liszt 174 „hat der Vorsatz mit den Straf-, „ausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen oder den in den besonderen Tatbestand aufgenommenen strafminderungsgründen nichts zu tun“. Endlich Schütze 129 N. 10 will unterscheiden, ob der Tatbestand die Handlung nur unter Voraussetzung des Bewußtseins oder auch ohne diese Voraussetzung in das mildere Licht stellt. Mit dieser letzteren Meinung stimmt anscheinend das Reichsgericht überein. Die Bezugnahme darauf, daß § 59 allgemein auch auf die Fälle sinngemäße Anwendung leiden müsse, wo vom Gesetze vorgesehene Tatumstände die Strafbarkeit vermindern, verjage, der Stellung des § 59 im System des StGB. entsprechend, jedenfalls

da, wo, wie z. B. § 157, das Gesetz zur Anwendbarkeit der die verminderte Strafbarkeit bestimmenden Vorschriften nicht die Kenntnis von den betreffenden Tatumständen voraussetze, die mildere Strafe nicht an die Kenntnis solcher Tatumstände, sondern objektiv an die Tatsache ihres Vorhandenseins knüpft: RG. 7./12. 09 C. 43 67. Vgl. auch Binding Grundr. 110 und Finger I 250.

b) Nimmt der Täter irrtümlich nicht vorhandene Tatumstände als vorhanden an, so gilt das Prinzip, daß der Irrtum die Strafbarkeit zwar ausschließen oder vermindern, niemals aber — überhaupt oder in höherem Maße — begründen kann: Frank N. V 3. Die Annahme, daß ein nicht vorhandener gesetlicher Tatbestand dann für vorhanden zu gelten habe, wenn der Täter ihn vorhanden glaube, ist eine des rechtlichen Inhalts entbehrende Fiktion. Die Ansicht von z. B. v. Liszt 200 und v. Wächter 150, 170, 217, daß in diesem Fall ein Versuch des Delikts vorliege, scheidet, wie Frank a. a. O. zutreffend bemerkt, auch daran, daß es bei dem Versuch nicht der Irrtum ist, der die Strafbarkeit begründet, sondern das Gesetz; gleichwohl hat das RG. sich zu ihr befaßt, vgl. § 59 N. 11 vorletz. Abf.

Anerkannt wird das Prinzip allgemein bezüglich des sog. Putativdelikts, vgl. oben § 43 N. 8 Abf. 3, bei welchem der Irrtum sich übrigens nicht auf den Tatbestand, sondern auf die Strafbarkeit desselben bezieht.

Es ist jedoch zu unterscheiden:

Die nicht vorhandenen, aber vom Täter für vorhanden gehaltenen Tatumstände, welche zum gesetlichen Tatbestand gehören, einschließlic derjenigen, welche die Strafbarkeit erhöhen, können dem Täter niemals zugerechnet werden: Olshausen N. 25a, b, wofelbst jedoch für den ersten Fall irrtümlich ein Putativdelikt angenommen wird.

Handelt es sich um nicht vorhandene strafmindernde Umstände, so ist die Handlung dem dolosen Täter nur in dem rechtlichen Werte zuzurechnen, in welchem er sie gewollt hat, wogegen bei fahrlässigen Delikten eine Zurechnung stattfindet, wenn die irrige Annahme auf Fahrlässigkeit beruht: Hälschner I 272, Olshausen N. 25c. Der Irrtum ist aber bedeutungslos, wenn, wie z. B. § 157 Nr. 1, das Gesetz zur Anwendung der die geminderte Strafbarkeit bestimmenden Vorschriften die mildere Strafe objektiv an die Tatsache des Vorhandenseins der betr. Tatumstände knüpft: Binding Grundr. 110, Finger I 250; RG. 7./12. 09 C. 43 67.

Durch die irrtümliche Annahme straf- und schuldaußschließender Umstände wird der Dolus ausgeschlossen: Finger I 422, Geher I 82 und S. S. IV 95, Hälschner I 272, Meyer-Malfeld 135. 230 N. 34, 239 N. 38, Olshausen N. 25d, Oppenhoff-Delius §§ 52 N. 11, 53 N. 10, Schaper S. S. II 171 N. 4; RG. 9./4. 81 C. 4 98, 9./6. 81 C. 4 251, 30./6. 82 C. 6 405, 24./6. 87 C. 16 150, 6./6. 89 C. 19 298, 2./12. 90 C. 21 189, 29./10. 97 C. 27 401, 2./1. 00 C. 33 32, 15./1. 00 C. 33 71, 3./7. 02 C. 36 334.

Dagegen ist bedeutungslos die irrtümliche Annahme straufhebender Umstände, z. B. Ablauf der Verjährungszeit. Ebenso die solcher Umstände, welche in Verbindung mit einer besonderen Tätigkeit des Schuldigen die Aufhebung (§§ 46 Nr. 2, 163 Abf. 2, 310) oder Ermäßigung (§ 158) der Strafe bewirken: Hälschner I 267, Olshausen, N. 25e, Schaper S. S. II 173, Schütze 131.

Endlich ist bedeutungslos der Irrtum bezüglich des Motivs, da dieses regelmäßig für die Zurechnung zur Schuld nicht in Betracht kommt, oben N. 6 Abf. 2. Hierher gehört der sog. Verbrecherwahn, wenn nämlich der Täter zwar weiß, daß seine Tat mit dem bestehenden Recht in Widerspruch steht, er sich aber durch seine sittliche oder religiöse oder politische Überzeugung verleiten läßt, wissentlic sich über das Gesetz zu setzen und das Unerlaubte zu tun. Eine ausdrückliche Bestimmung enthält MilStGB. § 48:

„Die Strafbarkeit einer Handlung oder Unterlassung ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Täter nach seinem Gewissen oder den Vorschriften seiner Religion sein Verhalten für geboten erachtet hat.“

14. Nicht unter § 59 gehören, sondern nur besondere Richtungen des Dolus bezeichnen nachstehende Spielarten der Handlung.

a) Der Irrtum in bezug auf das Objekt der Handlung, insbesondere der sog. error in persona, schließt die Zurechnung zum Dolus in bezug auf das wirklich verletzte Objekt nicht aus, weil der Wille, wenn auch infolge des Irrtums, auf die Verletzung eben dieses Objekts gerichtet war: RG. 29./12. 88 C. 18 337, 25./4. 89 C. 19 179. Nur dann ist der Irrtum von Einfluß, wenn eine juristisch relevante Eigenschaft des Objekts oder deren Mangel in Frage kommt, also die beiden Objekte nicht gleichwertig sind. So liegt, wenn der Täter ein Züchtigungsrecht ausüben will und versehentlich eine nicht seinem Züchtigungsrecht unterworfenen Person züchtigt, keine vorläufige Körperverletzung vor. Ferner wenn er seinen Missetanten zu mißhandeln glaubt (§ 223 Abf. 2), aber einen Dritten mißhandelt: irrtümliche Annahme eines strafehöhenden Umstandes, N. 13b Abf. 4, oder umgekehrt, statt des Dritten seinen Missetanten: Unkenntnis eines strafehöhenden Umstandes. Vgl. Frank N. V 2a, Hälschner 267, Meyer-Malfeld 145, Olshausen N. 26 Zehüge 130; RG. 25./9. 89 C. 19 179.

b) Wenn der Täter die von ihm gewollte Wirkung an einem anderen Objekt hervorgebracht hat, als gegen welches sein Wille an erster Stelle gerichtet war — die sog. aberratio ictus —, so ist ein Doppeltes möglich. Entweder hat er nämlich eventuell auch die Verletzung des anderen Objektes gewollt: dann ist der Fall des Eventualdolus gegeben. Oder es liegt bezüglich des nicht verletzten Objektes ein — ohnehin nur als dolosfer denkbarer — Versuch, bezüglich des verletzten Fahrlässigkeit oder nicht anzurechnender Zufall vor. Vgl. Werner 122, Wirmeyer Enzykl. 1132, Hälschner I 268, Meyer-Allfeld 145, Lisshausen N. 27, Rüdorff-Stenglein § 211 N. 7, Schütze 131, v. Schwarze S. S. II 317, Wachenfeld S. II 265; RG. 28./9. 80 G. 2 335, 14./2. 81 G. 3 384. Finger I 254, Frank N. V 2a, Schaper S. S. II 175, v. Wächter 236 (sehr ausführlich) behandeln die Aberration gerade so wie den error in objecto, nehmen deshalb bei Gleichwertigkeit der beiden Objekte Vorsätzlichkeit bezüglich des verletzten Objektes an.

c) Der Irrtum über den Erfolg ist, soweit nur ein einzelnes Delikt in Frage steht, bedeutungslos. Wenn aber der Täter durch eine andere nachfolgende Handlung als diejenige, welche auf die Vollendung des Deliktes gerichtet war, unwissentlich den Erfolg bewirkt, welchen er durch die erste Handlung bereits bewirkt zu haben glaubte — er glaubt, den Anderen bereits getötet zu haben und wirft ihn in den Fluß, der Andere sündet erst jetzt seinen Tod durch Ertrinken —, so liegt dolosfer Versuch in Verbindung eventuell mit fahrlässiger Vollendung vor: Werner 135, Finger I 263, Frank N. V 3, Hälschner I 270, Meyer-Allfeld 146, Lisshausen N. 28 und § 211 N. 3 Abs. 3, Schütze 126 N. 5. Dagegen nehmen v. Schwarze S. S. II 313 und v. Wächter 231 auf Grund eines sich durch die gesamte Tat hindurchziehenden Vorsatzes, eines dolus generalis im neueren Sinne, ein einheitliches vollendetes Delikt an, eine Ansicht, deren Irrigkeit sich sofort aus der Erwägung ergibt, daß der Glaube, den Erfolg bereits bewirkt zu haben, den Willen, ihn erst zu bewirken, notwendig ausschließt. Nach v. Liszt 177 N. 6 „wird die Handlungseinheit hier freilich meist „gegeben sein“, v. Liszt will also ebenfalls als die Regel ein dolosfes Delikt annehmen.

15. Ist durch den Irrtum der Dolus ausgeschlossen, so liegt, falls das Delikt nur als ein dolosfes begehrbar ist, ein Delikt überhaupt nicht vor, wogegen bei den kulpösen Delikten Abs. 1 nur insoweit Anwendung sündet, als der Irrtum selbst nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Auch diese Bestimmung des Abs. 2 ist ein selbstverständliches, allgemeines Prinzip, da es eben nur die beiden Schuldformen des Dolus und der Kulpā gibt, folglich, soweit überhaupt ein Verschulden stattfindet, die nicht dolose Handlung notwendig eine kulpöse ist. Während aber der Dolus durch den unverschuldeten Irrtum so gut wie durch den verschuldeten ausgeschlossen wird, gereicht bei der Fahrlässigkeit der nicht unverschuldete Irrtum gerade zur Schuld. Soweit Abs. 2 einer Erläuterung bedarf, ist sie in der ganzen bisherigen Ausföhrung bereits enthalten.

16. Die Bestimmungen des § 59 finden auch auf die Reichsznebengefetze Anwendung, soweit diese nicht in unzweideutiger Weise abweichend bestimmen. Der Landesgesetzgebung ist auch auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete jede Abweichung unterjagt: Frank N. 8 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 19.

§ 60.

Eine erlittene Untersuchungshaft kann bei Fällung des Urteils auf die erkannte Strafe ganz oder teilweise angerechnet werden.

1. Nach § 7 ist eine im Auslande vollzogene Strafe, wenn wegen derselben Handlung im Gebiete des Deutschen Reichs abermals eine Verurteilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen. Entsprechend bestimmt Seem.-Ordn. v. 2. Juni 1902 § 110, daß eine erlittene Disziplinarstrafe sowohl in dem Strafbescheide des Seemannsamts wie in dem gerichtlichen Strafurteile bei Abmessung der Strafe zu berücksichtigen ist. Endlich ist nach StPD. § 482 auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe unverfürt diejenige Untersuchungshaft anzurechnen, welche der Angeklagte erlitten hat, seit er auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat, oder seitdem die Einlegungsfrist abgelaufen ist, ohne daß er eine Erklärung abgegeben hat. Diesen Bestimmungen steht die des § 60 selbständig gegenüber, indem sie nicht obligatorisch, sondern fakultativ ist, dient aber demselben Zwecke, nämlich der Vermeidung unbegründeter Härte.

2. Aus dem Umstande, daß zur Zeit der Publikation des StGB. keine einheitliche Strafprozeßgesetzgebung in Deutschland existierte, folgt, daß die Untersuchungshaft des § 60 nicht identisch ist mit der Untersuchungshaft der erst neun Jahre später in Kraft getretenen StPD. Vielmehr ist hier unter Untersuchungshaft jede von einer Behörde zum Zwecke der strafrechtlichen Untersuchung verhängte Freiheitsentziehung zu verstehen, z. B. auch die während eines Auslieferungsverfahrens im Auslande erlittene Sicherheitshaft, nicht aber die vorläufige Festnahme seitens einer Privatperson: Frank N. I Abs. 2, Lisshausen N. 1, Oppenhoff-Dehlius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 188 N. 17; RG. 6./10. 05 G. 38 182.

3. Die Untersuchungshaft muß in derselben Untersuchungssache erlitten sein, in welcher das sie anrechnende Urteil ergeht. Kommen mehrere Delikte zur Untersuchung, so kann nach der Überwiegenden, allerdings schwerlich zu billigen Ansicht die Anrechnung auch dann erfolgen, wenn wegen desjenigen Delikts, wegen dessen die Haft verhängt wurde, das Hauptverfahren überhaupt nicht eröffnet ist oder Freisprechung erfolgt: RG. 21./1. 81 E. 3 264, vorausgesetzt, daß die verschiedenen Delikte Gegenstand der nämlichen Untersuchung gewesen sind, die eingeleitete Untersuchung schon zur Zeit der Verhängung der Untersuchungshaft die mehreren Delikte umfaßt hat: RG. 19./6. 97 E. 30 182, 7./7. 98 E. 31 244, 18./5. 08 E. 41 318. Vgl. Binding Grundr. 278, Finger I 523, Frank N. II 1, Meyer-Alsfeld 344, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3. Mit Recht nimmt dagegen Berner 293 an, daß die Untersuchungshaft erlitten sein muß wegen desjenigen Delikts, welches durch diese Strafe getroffen wird, und ebenso muß man mit Frank a. a. D. die Identität des Verfahrens auch in dem Falle annehmen, wenn der Angeklagte durch gerichtlichen Beschluß außer Verfolgung gesetzt, demnächst aber ein neues Verfahren, vielleicht vor einem anderen Gericht, gegen ihn eingeleitet wird. Das von Frank a. a. D. gegen die obige Voraussetzung gehetzte Bedenken ist allerdings nicht begründet, würde aber auch, wenn es begründet wäre, ohne praktische Bedeutung sein, da jeder Richter bei dem Zuwachs einer zweiten Straftat jedenfalls Supetarrest verhängen wird. Natürlich darf im Fall eines Supetarrestes dieselbe Untersuchungshaft auch dann nicht zweimal angerechnet werden, wenn die mehreren Delikte jedes durch ein anderes Urteil erledigt werden. Dagegen wird eine Identität des Verfahrens nicht geschaffen durch die Anwendung des § 79, sodaß die Untersuchungshaft, welche erlitten ist während der Untersuchung des einen konkurrierenden Delikts, nur auf den der Einzelstrafe dieses Delikts entsprechenden Teil der Gesamtstrafe angerechnet werden darf: RG. 18./5. 08 E. 41 318.

4. Nur die Untersuchungshaft kann angerechnet werden. Die Anrechnung ist also unstatthaft, wenn und insoweit während des Aufenthalts des Verurteilten im Untersuchungsgefängnis eine Freiheitsstrafe gegen ihn vollzogen wurde: Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2. Und zwar muß die Untersuchungshaft vor der Fällung des Urteils erlitten sein, denn die Anrechnung muß bei Fällung des Urteils, d. h. im Urteil selbst, kann aber nicht in einem nachträglichen Beschluß oder beim Strafvollzuge erfolgen, wodurch jedoch eine Vervollständigung des beschlossenen, aber unvollständig publizierten Urteils nicht ausgeschlossen ist: Olshausen N. 3, 6, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 22./11. 81 E. 5 173. Die nach der Fällung des Urteils erlittene Untersuchungshaft anzurechnen, ist Sache des Strafvollzuges. Ist aber der Rechtsmittelweg beschritten, so kann, da das höhere Urteil vollständig an die Stelle des unteren tritt (vgl. oben § 2 N. 16), der Berufungsrichter und, wenn die Strafe in der Revisionsinstanz ausgesprochen wird (StP.D. § 394), der Revisionsrichter die Anrechnung aussprechen: Olshausen N. 3, 15 e. Wird die erkannte Strafe durch die Anrechnung völlig aborbiert, so ist gleichzeitig mit dem Urteil die Untersuchungshaft aufzuheben.

5. Die Anrechnung hat auf die erkannte Strafe zu erfolgen. Der Richter hat daher die an sich verurteilte Strafe auszusprechen und dann zu erklären, ob und inwieweit die Untersuchungshaft auf sie angerechnet werden soll: Frank N. II Abf. 1, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4. Es steht aber nichts im Wege, die Untersuchungshaft zwar nicht in Anrechnung zu bringen, wohl aber bei Bemessung der Strafe zu berücksichtigen: Olshausen N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 6.

6. Während in den N. 1 genannten drei anderen Bestimmungen die Anrechnung obligatorisch ist, stellt § 60 sie völlig in das Ermessen des Richters, sodaß desfallige Anträge prozessualisch nur den Wert von Anregungen haben und im Urteil gar nicht erwähnt zu werden brauchen: RG. 9./5. 02 E. 35 234. Der Richter wird sich hierbei von allen denjenigen Erwägungen leiten lassen, welche überhaupt für die Strafzumessung maßgebend sind. Die Erörterungen von Berner 292, Meyer-Alsfeld 344 und Rüdorff-Stenglein N. 5, wonach es darauf ankommt, ob die Untersuchungshaft von dem Angeklagten verschuldet ist, sind nicht allgemein zutreffend, denn auch wenn sie verschuldet war, wird der Richter sie regelmäßig anrechnen, wenn im Verhältnis zu ihrer Dauer das Maß der erkannten Strafe ein geringes ist. Übermäßig ist es ganz in das Ermessen des Richters gestellt, ob er die Untersuchungshaft ganz oder nur zum Teil anrechnen will. Er darf sie jedoch nicht in weiterem Umfange anrechnen, als sie wirklich erduldet ist, also nicht eine längere Freiheitsstrafe durch eine kürzere Untersuchungshaft für verbüßt erklären: Frank N. II 2, Olshausen N. 11 a, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 3./1. 87 E. 15 143.

7. Für die Frage, auf welche Strafen die Anrechnung zulässig ist, hat als Prinzip zu gelten, daß zwischen der Untersuchungshaft, einer zeitigen Freiheitsentziehung, und der erkannten Strafe Kommenjurabilität stattfinden muß. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß eine Anrechnung auf die Todesstrafe und auf die lebenslänglichen Freiheitsstrafen nicht möglich ist, wohl aber

auf alle zeitigen Freiheitsstrafen, einerlei, welcher Strafart sie angehören. Ebenso ist wegen § 29 die Anrechnung auf die Geldstrafe möglich. Dagegen gehen die Ansichten wegen des Verweises und wegen der anderen durch das Strafrecht dem Schuldigen angedrohten Übel auseinander.

Der Verweis läßt sich nach keinem Quantum irgendeiner Freiheitsstrafe bewerten und ist zudem unteilbar, so daß er nur völlig aufgerechnet, nicht aber durch Anrechnung teilweise verbüßt werden kann. Aus diesen Gründen und weil durch eine völlige Aufrechnung der pädagogische Zweck dieser Strafe ebenso völlig vereitelt würde, ist mit Binding Grundr. 277, Finger I 523, Frank N. II 2, v. Liszt 279, Meyer-Walfeld 344, Olshausen N. 8 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 8 und gegen Werner 293, Oppenhoff-Delius N. 8, Schütze 189 N. 22, v. Schwarze N. 3 die Anwendbarkeit des § 60 auf den Verweis zu verneinen. Wegen der anderen Übel, also wegen der Nebenstrafen, polizeilichen Maßnahmen und Privatgenugtuungen, insbesondere der Buße, wird die Unanwendbarkeit von allen sieben genannten Autoren anerkannt. Jedoch behauptet Olshausen N. 8 Abs. 2 die Anwendbarkeit auf die Einziehung einzelner Gegenstände, soweit solche als Strafe und nicht als polizeiliche Maßregel erscheint, und auf die Verfallerklärung des § 335, wenn der eingezogene Gegenstand bzw. das als Vorteil Empfangene einen schätzbaren Wert hat, worin ihm aber nicht beizutreten ist.

Die Bestimmungen des StGB. über den Mindestbetrag der einzelnen Strafarten — §§ 14 Abs. 2, 16 Abs. 1, 17 Abs. 2, 18, 27 — hindern, wie schon zu § 7 N. 8 und zu den anderen genannten Paragraphen ausgeführt wurde, den Richter, auf eine geringere Strafe zu erkennen, hindern ihn aber nicht, einen Teil der erkannten Strafe als bereits vollzogen in Abzug zu bringen. Dies gilt auch für die Anrechnung des § 60: Meyer-Walfeld 291, Olshausen N. 10 Abs. 2, Stenglein in Rüdorff-Stenglein N. 10 N. *, Schütze 189, v. Schwarze N. 4, Wächter 279: RG. 18./5. 08 E. 41 318. Aus demselben Grunde ist Rüdorffs Ansicht in Rüdorff-Stenglein N. 10 irrig, daß die noch zu verbüßende Zuchthausstrafe wegen § 19 Abs. 2 nach vollen Monaten bemessen werden müsse, vgl. § 14 N. 2 a, und deselben Autors weitere Ansicht, daß der unter ein Jahr herabfindende Rest der Zuchthausstrafe in Gefängnisstrafe umgewandelt werden müsse, zu welcher letzteren Ansicht sich auch Merkel S. S. IV 84 N. 4 bekennt, wogegen sie von Frank N. II 4, v. Liszt 279, Olshausen N. 10 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 13, Stenglein in Rüdorff-Stenglein N. 10 N. *, Schütze 189 und v. Wächter 279 mit Recht bestritten wird.

Ist auf Geldstrafe erkannt, so gibt § 29 den Maßstab für die Anrechnung, und zwar hat die Anrechnung nicht bloß auf die subsidiäre Freiheitsstrafe, sondern auf beide Strafen zu erfolgen: Frank N. II 3, Olshausen N. 118, Oppenhoff-Delius N. 8.

8. Die angerechnete Untersuchungshaft gilt nicht als antizipierte Verbüßung, vielmehr ist für die Berechnung der Dauer der erkannten Freiheitsstrafe immer deren Eintritt entscheidend: RG. 28./9. 96 E. 29 75. Die auf Grund des rechtskräftigen Urteils durch Anrechnung der Untersuchungshaft als verbüßt geltende Strafe steht in jeder Beziehung, z. B. beim Rückfall, einer verbüßten Strafe gleich: Olshausen N. 13; RG. 16./5. 81 E. 4 230, 14./10. 86 E. 14 421. Ist die ganze erkannte Strafe aufgerechnet, so gilt als Zeitpunkt der Verbüßung der erste Tag der Rechtskraft.

9. Die Vorschrift des § 60 ist eine allgemeine, findet also auch in den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien in Ermangelung abweichender Bestimmungen Anwendung: Olshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 12.

§ 61.

Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der zum Antrage Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen drei Monaten zu stellen. Diese Frist beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Täters Kenntnis gehabt hat.

1. Nach dem StGB. tritt die Strafverfolgung einer Handlung nur auf Antrag ein: bei den Verbrechen §§ 102, 179, 236, 243, 244 (247); bei den Vergehen §§ 102, 103, 104, 123, 170, 172, 182, 185—187, 189 (194—196), 223, 230 Abs. 1 (232), 236, 237, 242, 246 (247), 248a, 263, Abs. 4, 264a, 288, 289, 292 Abs. 2, 299—303; bei den Übertretungen § 370 Nr. 5, 6.

Außerdem wird der Strafantrag gefordert in einer Reihe Nebengesetze.

Der in § 4 Abs. 3 geforderte Antrag der ausländischen Behörde hat mit dem Antrage des § 61 nichts gemein; siehe oben § 4 N. 8.

Im Militärstrafrecht ist die Verfolgung militärischer Delikte einschließlich der sog. militärisch qualifizierten Delikte überhaupt und die der gemeinstrafrechtlichen Delikte des Diebstahls, der Unterschlagung, der Körperverletzung und der Delikte gegen die Sittlichkeit dann von dem Antrage unabhängig, wenn diese Delikte von einer Person des Soldatenstandes im Felde begangen werden. MitStGB. §§ 51, 127.

Man unterscheidet — vgl. z. B. Werner 331, Frank N. I, Merkel 238, Olshausen N. 8 — absolute und relative Antragsdelikte, je nachdem der Antrag immer oder nur dann nötig ist, wenn der Täter zu dem Verletzten in einem persönlichen Verhältnis steht (§§ 247, 263, 289, 292). Auch bei den relativen Antragsdelikten bedarf es jedoch eines Strafantrages nicht, wenn mehrere Personen verletzt sind und der Täter nur zu einigen von ihnen in dem persönlichen Verhältnis steht: RG. 29./5. 80 E. 2 73, 1./7. 81 E. 4 346, 30./6. 94 E. 26 43.

Endlich Täter ist jeder an der strafbaren Handlung als Allein- oder Mittäter, Anstifter und Gehilfe Beteiligte (vgl. § 63 N. 1 Abs. 2). Außerdem wird in mehreren Bestimmungen — §§ 63, 64, 247 — der Begünstiger herangezogen.

2. Die Bestimmungen des StGB. über die Materie des Strafantrages sind nicht erschöpfend, sondern werden durch die StPD. in mehreren Beziehungen ergänzt. Somit erhebt sich die Frage, ob der Antrag als Bedingung der Strafbarkeit dem materiellen Recht oder als Bedingung der Verfolgung dem Prozeßrecht angehört.

Für eine Bedingung der Strafbarkeit, der Entstehung des Strafanspruches und daher primär in das materielle Strafrecht gehörend erklären ihn Birkmeyer Enzykl. 1148, Merkel 237. Dagegen für einen außerhalb des Tatbestandes liegenden, zwar nicht die Strafbarkeit, wohl aber die Verfolgbarkeit der Handlung bedingenden Umstand, also für eine reine Prozeßvoraussetzung: Binding Handb. I 610 und Grundr. 92, Dochow S. 5. IV 242, Finger I 189, Frank N. II und Abschn. IV N. VII, v. Liszt 195, Meyer-Alsfeld 244, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, 4, 12, Wachenfeld Hk. II 290 und in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen das Reichsgericht. z. B. 31./12. 79 E. 1 43, 12./7. 80 E. 2 221, 1./7. 81 E. 4 346, 4./4. 82 E. 6 162. „Dies folgt“, so heißt es in der letztgedachten Entscheidung, „sowohl aus der Wortfassung des § 61 StGB. und § 156 StPD. als auch aus den entsprechenden Vorschriften des § 64 Abs. 2 StGB. und § 259 Abs. 2 StPD., wonach beim Mangel des erforderlichen Strafantrages, oder bei einer rechtzeitigen Zurücknahme die Einleitung des Verfahrens geboten ist. Demgegenüber beruht es lediglich auf einer Inkorrektheit bei der Redaktion des StGB., wenn die betreffenden Bestimmungen über den Strafantrag im Abschnitte 4 unter den Gründen, welche die Strafe ausschließen oder mildern ihre Stellung gefunden haben.“ Die Konsequenz dieser zweiten Ansicht ist z. B., daß die Beantwortung der den Antrag betreffenden Fragen nicht zur Schuldfrage gehört und auf die Verletzung der Rechtsnormen über das Erfordernis des Antrages die Revision nach StPD. § 384 nur unter spezieller Motivierung, nach StPD. §§ 380, 398 gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte überhaupt nicht gestützt werden kann; bezüglich der letzteren Konsequenz ist das Reichsgericht allerdings zweifelhaft geworden.

Die allein zutreffende vermittelnde Stellung nehmen ein Geyer I 205, Hälschner I 711, Olshausen N. 1, 2 und Schütze 168, indem nach ihnen das Antragsrecht in das Gebiet des materiellen wie des formellen Rechts eingreift, ohne einem ausschließlich anzugehören, „ein Mischbegriff, in welchem Strafprozeßrecht und materielles Strafrecht zusammenstoßen“ (Schütze 168 N. 6). „Wenn das Gesetz“, so erörtert in völlig klarer Weise Hälschner a. a. D., „die gerichtliche Verfolgung bestimmter Delikte von dem Antrage des hierzu Berechtigten abhängig macht, so ist diese Bestimmung zunächst offenbar prozessualischer Natur. Es handelt sich hier um eine formelle Bedingung der Einleitung des Strafverfahrens, und als solche ist sie wesentlich verschieden von den in der Person des Täters und in der Beschaffenheit der Tat liegenden Bedingungen, welche, mögen sie immerhin notwendige Voraussetzungen des Strafverfahrens sein, damit nicht aufhören, lediglich dem materiellen Strafrechte anzugehören. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die Bestimmungen des Gesetzes über den Strafantrag zugleich als dem materiellen Strafrechte angehörend anzusehen seien, und diesem gehören sie zugleich darum an, weil nicht nur die Einleitung des Strafverfahrens von dem Antrage abhängig ist, sondern von ihm und dem Beharren des Berechtigten bei demselben auch die Verurteilung und Bestrafung, weil es sich nicht bloß um eine formelle Bedingung der Statthaftigkeit des Strafverfahrens handelt, sondern zugleich darum, daß in Ermangelung des Antrages das Delikt straflos bleiben soll. Das Gesetz erklärt das Delikt für an sich strafwürdig und strafbar, macht aber das Verfahren, die Verurteilung und Bestrafung von dem Antrage abhängig, dessen Bedeutung daher die ist, daß das Antragsdelikt eine nur bedingungsweise zu strafende Tat ist, nicht die, daß es nur eine bedingungsweise strafbare wäre. Das Recht des Staates, zu strafen, ist unabhängig vom Antrage durch die Tat selbst gegeben, aber

„der Staat verzichtet ausnahmsweise auf die Ausübung desselben, falls der Antrag mangelte.“ Diese Rücksicht des Strafantrages macht sich auf dem Boden des materiellen Strafrechts mehrfach geltend. So wird durch einen Irrtum über das Erfordernis des Strafantrages der Dolus nicht ausgeschlossen (oben § 59 N. 7 b a. G.). Ferner ist bei einem Wechsel der Gesetzgebung dasjenige Gesetz das mildere, welches die Verfolgung von einem Strafantrag abhängig macht (§ 2 N. 12 Abf. 3). Bei den relativen Antragsfällen sind auch ohne Antrag diejenigen Beteiligten zu bestrafen, bei denen das persönliche Verhältnis zu dem Verletzten nicht vorliegt (§§ 47 N. 12, 48 N. 12 d, 49 N. 9). Wegen des sog. objektiven Verfahrens vgl. § 42 N. 5.

3. Im Fall der Idealkonkurrenz eines Antragsdeliktes mit einem Offizialdelikt oder mehrerer Antragsdelikte miteinander kann wegen desjenigen Antragsdeliktes, bezüglich dessen ein Strafantrag nicht vorliegt, weder Verfolgung noch Verurteilung stattfinden: RG. 27./11. 88 G. 18 273, 15./6. 00 G. 33 339. Allerdings hat das Gericht, auch wenn das Verfahren nur zufolge eines Antrages aus einem bestimmten Gesichtspunkt eröffnet wurde, stets zu prüfen, ob nicht auch ein von Amts wegen zu verfolgender oder ein anderer bisher nicht geltendgemachter, gleichfalls auf Antrag verfolgbarer Tatbestand gegeben ist: RG. 5./10. 99 G. 32 280. Die gleiche Prüfung, ob nicht ein Offizialdelikt begangen ist, liegt dem Gerichte ob, wenn in der Hauptverhandlung entweder sich ergibt, daß der erforderliche Antrag nicht gestellt ist, oder der gestellte zurückgenommen wird. Oshausen N. 57 erklärt mit Recht in diesem Fall ein Absehen von der Beweisaufnahme nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft für statthaft. Ist die Tat unter einem Gesichtspunkte, bezüglich dessen ein Strafantrag nicht erforderlich war, rechtskräftig abgeurteilt, so steht einer neuen Strafklage wegen des Antragsdeliktes, welches früher wegen Mangels des Strafantrages nicht verfolgt werden konnte, auch nach Stellung des Antrages die Rechtsregel „ne bis in idem“ entgegen: RG. 3./3. 81 G. 3 385. Vgl. Oshausen N. 58 a und § 73 N. 36 a, Rüdorff-Stenglein N. 5.

4. a) Das StGB. bezeichnet zum Teil die Personen ausdrücklich, welchen das Recht zusteht, Strafanträge zu stellen (§§ 102–104, 170, 182, 189, 195, 196, 232, 247, 263, 288, 292). Wo dies nicht der Fall, ist nach § 65 der Verletzte der zum Antrag Berechtigte. Verletzt ist aber nicht schon jeder, der ein Interesse an der Aufrechterhaltung des durch die Tat gestörten Rechtszustandes hat, sondern wer als Träger des verletzten Rechtszuges sich darstellt, was sich nur nach der Natur des betreffenden Deliktes bestimmen läßt: Binding Handb. I 615, Witkmeier Enzykl. 1148, Geher I 208, Hälschner I 714, v. Liszt 195, Merkel 240, Meyer-Malfeld 249, Oshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 6 und § 65 N. 1, Wachenfeld H. II 290; RG. 16./4. 80 G. 1 370, 16./4. 89 G. 19 250, 8./12. 90 G. 21 231, 14./1. 07 G. 41 103. Der Verletzte muß in seinen Rechten unmittelbar gekränkt sein; Nachteile, welche nicht durch die Straftat an sich, sondern erst in weiterer Folge aus ihr sich ergeben, können die Eigenschaft des Verletzten nicht begründen: RG. 16./4. 80 G. 1 370. Maßgebend ist die Zeit der Begehung des Deliktes, so daß das einmal begründete Antragsrecht durch Untergang oder Veräußerung des Rechtsobjektes, z. B. Verkauf der beschädigten Sache, nicht verlorengeht: Binding Handb. I 646 N. 31, Oshausen N. 11, Oppenhoff-Delius § 65 N. 6 a. Daß der Verletzte zugleich im Sinne des Zivilrechts beschädigt worden, ist um so weniger erforderlich, als bei mehreren Antragsdelikten die Vollendung von dem Eintritt des Erfolges einer Verletzung unabhängig ist. Noch ersichtlicher wird dies, wenn das Delikt nur versucht ist, weil beim bloßen Versuch ein materieller Schaden regelmäßig gar nicht verursacht wird. Wollte man bei dem Versuch niemand für antragsberechtigt halten, weil niemand im zivilrechtlichen Sinne geschädigt ist, so „kame man zu dem Widerinn, entweder „den Versuch gar nicht zu strafen oder ihn von Amts wegen zu verfolgen, während selbst die „Vollendung nicht von Amts wegen verfolgt wird“: Berner 333, Binding Handb. I 616, Hälschner I 716, Oshausen N. 12.

In den §§ 65, 195, 232 ist neben dem Verletzten gewissen anderen Personen ein selbständiges, also von dem Verhalten des Verletzten unabhängiges Antragsrecht verliehen. Ein solches selbständiges Recht haben je nach ihrer zivilrechtlichen Stellung auch noch sonstige Personen, so der Konkursverwalter neben dem Gemeinschuldner: RG. 26./10. 00 G. 33 433, 4./3. 02 G. 35 149, der Verwalter im Zwangsversteigerungsverfahren neben dem Grundstückeigentümer: RG. 12./12. 92 G. 23 344. Weitere Fälle enthalten Patentgef. § 12 und Warenzeichengef. § 23 Abf. 2.

b) Der Antragsberechtigte ist zwar regelmäßig, aber nicht notwendig immer eine physische Person. In den §§ 102, 103 wird als Antragsberechtigter die auswärtige Regierung genannt. In Betracht kommen allgemein juristische Personen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften u. ä. So ist der Eisenbahnzweigs antragsberechtigt, wenn ein Gegenstand beschädigt wird, der sich in einem Eisenbahnzuge zwecks Beförderung befindet: RG. 23./9. 89 G. 19 378. Eine Firma kann antragsberechtigter Gläubiger im Falle des § 288 sein. Der Antrag ist von derjenigen physischen Person zu stellen, welche nach dem geltenden Gesetze bzw. Statuten die verletzte Kollektivperson zu vertreten berufen ist, z. B. in den Fällen der §§ 102, 103 der Minister der auswärtigen An-

gelegenheiten. Vgl. Binding Handb. I 627, 652 N. 2 und Lehrb. II 498, Olshausen N. 14 und § 65 N. 17. Mit einer kollektiven Personeneinheit in einer solchen Weise verlegt, daß zugleich jedes einzelne Mitglied als Verletzter erscheint, so ist auch jedes einzelne Mitglied antragsberechtigt: Olshausen § 65 N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 25./10. 80 C. 3 12.

c) Das Antragsrecht ist ein höchstpersönliches Recht. Maßgebend für die Fixierung der Person des Antragsberechtigten ist die Zeit der Begehung des Delikts. Das Recht kann daher weder veräußert noch vererbt werden: Werner 334, Doehow S. S. IV 271, Finger I 395, Frank N. V, Hälschner I 716, v. Liszt 198, Merkel 241, Meyer-Malfeld 250, Olshausen N. 20, Oppenhoff-Delius § 65 N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 170 N. 11, v. Schwarze § 64 N. 12; RG. 9./6.84 C. 11 53. Wenn Frank a. a. O. und v. Liszt a. a. O. N. 14 eine Vererbung annehmen, falls der Erbe in das verletzte Rechtsobjekt sukzediert, also ein materielles Rechtsgut verletzt ist, so ist das nicht bloß eine Halbheit, weil sie folgerichtig auch den Übergang des Antragsrechts bei einer Veräußerung unter Lebenden behaupten müßten, sondern steht in Widerspruch mit ihrer Ansicht, daß der Antrag nicht dem materiellen Recht angehöre, sondern lediglich eine Prozeßvoraussetzung sei.

d) Das Gesetz verlangt nicht, daß der Antragsberechtigte den Antrag persönlich stellt. Er kann also in einem gegebenen Fall einen Dritten ermächtigen, für ihn den Strafantrag zu stellen. Dies ist keine Stellvertretung im engeren Sinn, keine Vertretung im Willen, sondern eine Vertretung in der Willenserklärung, der Vertreter übermittelt nur den Willen des Vertretenen, hat rechtlich lediglich die Stellung eines Boten: RG. 12./4. 80 C. 1 387. Die Vollmacht muß wirklich erteilt sein, also der Stellung des Antrages vorausgehen, oder die ohne Vollmacht erfolgte Antragsstellung muß, und zwar innerhalb der Antragsfrist, von dem Verletzten genehmigt werden: RG. 2./7. 85 C. 12 327, 17./11. 03 C. 36 413. Somit kann auf Grund einer sog. vermuteten Vollmacht ein gültiger Antrag nicht gestellt werden: Meyer-Malfeld 255 N. 72, Olshausen N. 15 Abs. 3, Oppenhoff-Delius § 65 N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 14 Abs. 2 (macht eine Ausnahme für die Ehefrau in Abwesenheit des Mannes); RG. 17./6. 82 C. 7 4. Die Form des Auftrages, ob mündlich, schriftlich oder stillschweigend, durch schlüssige Handlungen, ist gleichgültig: Binding Handb. I 659, Meyer-Malfeld 255 N. 72, Olshausen N. 15 Abs. 2; RG. 21./3. 81 C. 3 425, 22./2. 89 C. 19 7. Da der Beauftragte rechtlich die Stellung eines Boten hat, kommt es nur darauf an, daß die durch ihn übermittelte Willenserklärung innerhalb der Antragsfrist bei der zuständigen Stelle einläuft, wogegen der Nachweis, daß der Auftrag wirklich erteilt ist, auch nach Ablauf der Antragsfrist geliefert werden kann: RG. 2./7. 85 C. 12 327. Für die Zurücknahme des Auftrages gelten die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts: RG. 1./5. 80 C. 2 145. Durch den Tod des Auftraggebers erlischt der Auftrag: Meyer-Malfeld 255 N. 71 und Olshausen N. 16 Abs. 2, nicht aber durch Eintritt einer Geisteskrankheit: Olshausen § 65 N. 13.

e) Anders verhält es sich mit der Stellvertretung im Willen, in der Entschließung über die Stellung des Antrages. Weil die Antragsberechtigung ein höchstpersönliches Recht ist, kann der Stellvertreter nur den Willen des Antragsberechtigten übermitteln, nicht aber für diesen wollen. Daher wird die Zulässigkeit der Stellvertretung im Willen verneint von Werner 334, Binding Handb. I 652, Finger I 195 und RG. 20./4. 80 C. 1 387. Gleichwohl geht diese Folgerung zu weit. Allerdings sind hier, wo es sich um eine Frage des öffentlichen Rechts handelt, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Umfang der Vertretungsbefugnis nicht maßgebend, vielmehr kann eine Vollmacht zur Vornahme von Rechtshandlungen, z. B. die des Procuristen, in Verbindung mit den obwaltenden Umständen nur eine zwar an sich prozeßual zur Annahme einer Antragsberechtigung des Bevollmächtigten ausreichende, jedenfalls aber durch den Nachweis, daß der Machtgeber die Stellung des Antrages nicht gewollt hat, widerlegbare Vermutung abgeben. Mit dieser Maßgabe erscheint die Stellvertretung im Willen als unzulässig, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter wie die Ehre und die körperliche Integrität, dagegen als zulässig, wenn Vermögensrechte verletzt sind: Frank N. IV 2 b, Genet I 208, Olshausen N. 17, Oppenhoff-Delius § 65 N. 8; RG. 1./5. 80 C. 2 145, 13./12. 86 C. 15 144, 8./12. 90 C. 21 231.

Dies gilt auch von der sog. Generalvollmacht. Der Vertreter bedarf zur Stellung des Antrages keineswegs immer einer Spezialvollmacht. Auch in einer Generalvollmacht, durch welche ihm die Verwaltung eines ganzen Vermögens oder eines einzelnen Vermögensstückes übertragen wird, kann gültig die Erklärung abgegeben werden, daß der Auftraggeber in allen Fällen, in welchen von seiten Dritter strafbare Angriffe auf das der Verwaltung des Bevollmächtigten unterstellte Vermögen, beziehungsweise strafbare Eingriffe in die damit zusammenhängenden Vermögensrechte geschehen, der Bevollmächtigte ermächtigt sein solle, für den Auftraggeber den Strafantrag zu stellen. Weil aber nach den bestehenden Rechtsgrundrissen der stillschweigend erklärte Wille dem ausdrücklich erklärten gleichsteht, soweit nicht das positive Recht in einzelnen Fällen das Gegenteil anordnet, so muß auch ohne jene ausdrückliche Erklärung der Generalbevollmächtigte zur Stellung des Strafantrages befugt erscheinen, wenn und soweit

im einzelnen Fall angenommen werden kann, daß die Stellung des Antrages dem wirklichen Willen des Vollmachtgebers entspricht. Diese Schlussfolgerung wird regelmäßig bei solchen Handlungen zulässig sein, durch welche die Rechte des Vollmachtgebers in Beziehung auf das dem Bevollmächtigten zur Verwaltung anvertraute Vermögen geschädigt werden, welche also strafbare Eingriffe in diejenigen vermögensrechtlichen Interessen enthalten, mit deren Wahrung der Generalbevollmächtigte betraut ist, weil man nicht annehmen darf, daß der Vollmachtgeber die Ausübung eines Rechts habe untersagen wollen, welches unter Umständen als das einzige, jedenfalls aber als ein sicheres Mittel erscheint, weiteren Vermögensverlusten vorzubeugen und den Erfolg der bereits entstandenen vorzubereiten. Freilich wird dieser Schluß in den Fällen nicht zutreffen, in welchen die Täter in einem Verhältnis zu dem Verletzten stehen, das es zweifelhaft erscheinen läßt, ob auch in diesem Falle die rücksichtslose Ausübung des Antragsrechts dem wirklichen Willen des Verletzten entspricht. Eine Stellvertretung im Willen darf, soweit sie überhaupt statthaft ist, nur da zugelassen werden, wo die vorliegenden Tatsachen einen sicheren Schluß auf den wirklichen Willen des Vertretenen gestatten. Vgl. Meyer-Milfeld 255, Olshausen N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 20./4. 80 E. 1 387, 1./5. 80 E. 2 145, 13./12. 86 E. 15 144, 22./2. 89 E. 19 7.

Faßt man dies zusammen, so ergibt sich der, auch von Olshausen N. 17 akzeptierte, von v. Liszt 196 dahin formulierte Rechtsatz, daß die Vertretung im Willen zulässig ist, „soweit die Wahrnehmung der durch das Antragsdelikt verletzten Interessen (insbesondere die Vermögensverwaltung) einem Dritten übertragen werden kann und im gegebenen Fall übertragen worden ist.“ Eine Geschäftsführung ohne Auftrag befugt niemals zur Stellung des Antrages: Olshausen N. 15 Abf. 3.

5. In welche Form und bei welcher Amtsstelle der Antrag zu stellen ist, bestimmt StP.O. § 156. Danach ist der Antrag anzubringen bei einem Gericht, einer Staatsanwaltschaft oder bei Behörden und Beamten des Sicherheitsdienstes, bei den beiden ersten schriftlich oder zu Protokoll, bei den dritten schriftlich. Wird der Antrag bei einer anderen Behörde gestellt und von dieser an eine zuständige Amtsstelle weitergegeben, so gilt er als bei dieser selbst im Augenblick seines Eintreffens angebracht. Das Nähere gehört nicht hierher.

Für das Militärstrafrecht enthält die entsprechenden Bestimmungen MilStGOrdn. § 151 ff. Von Personen des Soldatenstandes des aktiven Heeres und der aktiven Marine ist der Antrag auf dem Dienstwege, von Militärbeamten bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Beschuldigten anzubringen. Für andere Personen sind die Vorschriften der StP.O. maßgebend, aber es genügt auch das Anbringen bei der vorgesetzten Dienstbehörde. Das Anbringen ist an keine Form gebunden. Ein bei den Behörden des § 156 StP.O. angebrachter Antrag ist von diesen sofort an die vorgesetzte Dienstbehörde des Beschuldigten abzugeben.

6. Der Antrag ist binnen drei Monaten zu stellen. „Es ist bei dieser Vorschrift als selbstverständlich vorausgesetzt worden, daß die dreimonatliche Frist nach dem Kalender zu berechnen sei.“ (Motive). Ausnahmen von der dreimonatlichen Dauer finden sich §§ 198, 232, StP.O. § 428, Seemannsordnung § 96 („bis zur Abmusterung“).

a) Der § 61 hat eine strafrechtlich verfolgbare Handlung zum Gegenstand. Daher kann der Antrag nicht vor Begehung der Tat — z. B. in der Annahme, daß Vorbereitungs-handlungen schon einen Beginn der Ausführung enthalten — und nicht vor Eintritt der Bedingung gestellt werden, an welche die Strafbarkeit — §§ 170, 172, 238 — geknüpft ist: Olshausen N. 56 a.

b) Die Frist beginnt an dem Tage, an welchem der Antragsberechtigte von der Handlung und der Person des Täters Kenntnis erlangt hat. Beide Kenntnisse müssen erlangt sein, damit die Frist zu laufen beginnt, jedoch ist der Antrag nicht ungültig, wenn er gestellt wird, nachdem wohl die Handlung, aber noch nicht der Täter zur Kenntnis gekommen ist, vgl. unten N. 7 b. Der Tag der erlangten Kenntnis ist der erste Tag der Frist, und diese erreicht mit dem Beginn des ihrem Anfangstage entsprechenden Kalendertages ihr Ende, also um Mitternacht vor dem die gleiche Zahl tragenden, und wenn dieser Tag fehlt, vor dem letzten Tage des dritten Monats (WOB. §§ 187, 188). Vgl. RG. 22./12. 79 E. 1 40. Schütze 169 N. 11 hält ganz vereinzelt für den ersten Tag den auf den Tag der erlangten Kenntnis folgenden.

c) Die Kenntnis muß wirklich erlangt sein, die bloße Möglichkeit, sie zu erlangen, genügt nicht: RG. 15./2. 95 E. 27 34, 21./5. 06 E. 38 434. Und zwar erlangt sein von dem Verletzten selbst bzw. demjenigen, welcher kraft Gesetzes antragsberechtigt ist (N. 4 a): Olshausen § 65 N. 19, Oppenhoff-Delius § 65 N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 10; RG. 3./10. 95 E. 27 366, jedoch die Frist durch die Kenntnis eines gewissen Vertreters, auch eines Generalbevollmächtigten, welcher es nicht bezüglich des Willens ist, nicht in Lauf gesetzt wird: RG. 24./3. 82 E. 6 119, 17./11. 03 E. 36 413.

d) Zur Kenntnis ist weder eine bloße Vermutung, ein Verdacht genügend, noch die volle Überzeugung, das Wissen aller Einzelheiten erforderlich, sondern sie besteht darin, daß der An-

tragsberechtigte solche Tatsachen erfahren hat, welche objektiv, nicht bloß nach seinem subjektiven Ermessen, zu einem Schlusse auf die Beschaffenheit der Tat in ihren wesentlichen Beziehungen, insbesondere also auch dahin berechtigten, daß die strafbare Handlung als solche ihn verletzt hat und ihre Verfolgung von seinem Antrage abhängt: *Frank I 198, Meyer-Malfeld 252, Olshausen N. 32, Oppenhoff-Delius N. 28, Rüdorff-Stenglein N. 22; RG. 7./2. 84 C. 10 141, 8./3. 94 C. 25 176, 15./2. 95 C. 27 35, 7./7. 11 C. 45 128.*

e) Handlung ist der gesamte Tatbestand, abgesehen von der Person des Täters. Somit genügt die Kenntnis des objektiven Tatbestandes nicht, sondern es muß die, wenn auch nur durch Schlußfolgerung zu gewinnende, Kenntnis des subjektiven Tatbestandes hinzukommen, damit der Berechtigte die strafbare Handlung als solche, als eine ihn verletzende, erkenne: *Bindung Handb. I 643, Finger I 198, Olshausen N. 33 Abs. 1; RG. 18./2. 82 C. 6 47.* Schriftlich oder mündlich verübte Delikte kennt der Berechtigte nicht durch eine allgemeine Mitteilung, sondern erst von Kenntnis des Wortlautes an. In den Fällen der §§ 301, 302 muß dem Antragsberechtigten zum Bewußtsein gekommen sein, daß eine Ausnutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Minderjährigen in gewinnfüchtiger Absicht vorliegt. Gehört der Erfolg zu den Tatbestandsmerkmalen, so muß auch er bekannt geworden sein, muß es um so mehr, als gerade der Erfolg der strafbaren Willensbetätigung ein für die Frage der Antragstellung wichtiges Moment ist: *Frank N. VIII 1, Olshausen N. 33 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 22.* Ist dagegen der Eintritt eines Erfolges nicht wesentlich, so kommt es auf seine Kenntnis nur soweit an, als dadurch erst das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes in das Bewußtsein des Berechtigten tritt: *Olshausen a. a. O.* Die Frist zur Stellung des Antrages gegen einen Anstifter oder Gehilfen beginnt erst, wenn der Berechtigte von der Haupttat Kenntnis erhalten hat, mag ihm auch die Tätigkeit der Teilnehmer schon seit länger als drei Monaten bekannt gewesen sein: *RG. 30./1. 94 C. 25 106, 10./5. 07 C. 40 329.* Besteht eine und dieselbe Handlung aus mehreren Einzelakten, so muß der letzte Akt bekannt geworden sein, weil erst mit ihm die Handlung existiert. Bei den Dauer- und den Kollektiv- (geschäftsz-, gewerbs-, gewohnheitsmäßigen) Delikten muß der strafbare Zustand bzw. die strafbare Tätigkeit aufgeführt haben: *Bindung Handb. I 631, Olshausen N. 34 Abs. 1, Oppenhoff-Delius § 236 N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 26; RG. 21./1. 10 C. 43 285.* Ebenso ist bei den fortgesetzten Delikten, obgleich jede einzelne Handlung den vollen Tatbestand des Delikts umfaßt, die Kenntnis der „Handlung“ erst durch die Kenntnis der letzten Einzelhandlung gegeben: *Verner 335, Bindung Handb. I 361, Frank N. VIII 2, Meyer-Malfeld 252, Olshausen N. 34 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 26; RG. 18./3. 87 C. 15 370, 4./2. 90 C. 20 226, 22./10. 07 C. 40 319.* Wenn bei einem fortgesetzten Delikt nach der Stellung des Antrages noch weitere Einzelhandlungen stattfinden, werden auch sie von dem Antrage, und zwar selbst dann umfaßt, wenn dieser schon über drei Monate zurückliegt: *Olshausen N. 40 Abs. 3; RG. 5./3. 88 C. 17 227, 1./5. 05 C. 38 39, 22./10. 07 C. 40 319.*

f) Wie bereits oben N. 1 letzter Abs. bemerkt worden, ist Täter jeder an dem Antragsdelikt als Allein- oder Mittäter, Anstifter oder Gehilfe Beteiligte. Daraus, daß in dem mit § 61 eng zusammenhängenden § 63 Täter und Teilnehmer einander gegenübergestellt seien, folgert *Frank N. VIII 3*, daß in § 61 der Begriff des Täters im technischen Sinne genommen werden müsse. Diese Ansicht würde von praktischer Bedeutung für den Fall sein, daß der Antragsberechtigte erst nach und nach von den mehreren an der Handlung beteiligten Personen Kenntnis erhalten hat, ist aber aus § 63 nicht zu entnehmen, da derselbe die Worte „Täter oder Teilnehmer“ nur als eine — überflüssige — Erklärung des Ausdrucks „an der Handlung Beteiligte“ verwendet, ohne daß eine Beschränkung des in § 61 enthaltenen Ausdruckes „Täter“ irgendwie als vom Gesetz gewollt zu finden ist. Daher beginnt, wenn bei dem Delikte mehrere Personen beteiligt sind, wegen der in § 63 ausgesprochenen Unteilbarkeit des Strafanspruches die Antragsfrist hinsichtlich aller Beteiligten mit dem Tage, an welchem der Berechtigte von der Handlung (Haupttat) und von der Person auch nur eines Beteiligten Kenntnis erlangt hat: *RG. 30./1. 94 C. 25 106.*

Die „Kenntnis von der Person“ setzt nicht notwendig das Wissen des Namens voraus, sondern es genügt eine Kenntnis, welche den Antragsberechtigten in den Stand setzt, den Täter in einer für die Strafverfolgungsbehörde erkennbaren Weise individuell zu bezeichnen: *RG. 15./2. 95 C. 27 34.* Bei den relativen Antragsdelikten muß jedoch der Berechtigte auch die das Antragsfordernis begründende Eigenschaft des Täters kennen: *Frank N. VIII 3, Meyer-Malfeld 252, Olshausen § 63 N. 2 b Abs. 2; unten N. 7 b Abs. 2.*

g) Die Strafverfolgung tritt nur ein, wenn der Straf Antrag rechtzeitig gestellt ist. Muß also die Einhaltung der Antragsfrist nachweisbar vorliegen, so ist doch die Frage der Rechtzeitigkeit nicht nach den für die Urteilsfindung maßgebenden Normen des Hauptverfahrens, sondern nach freiem richterlichem Ermessen von Amtswegen zu prüfen, sobald es nur darauf ankommt, ob der Antrag in Wirklichkeit als rechtzeitig anzusehen ist; dies kann auch auf Grund der für glaubwürdig erachteten Erklärung des Berechtigten geschehen. Muß der Berechtigte allerdings

regelmäßig die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit erheblichen Tatsachen angeben, soweit sie nicht schon durch den Tatbestand des konkreten Delikts gegeben sind, so kann doch von einer Beweisspflichtigkeit des Berechtigten hinsichtlich der Rechtzeitigkeit nicht gesprochen werden. Vgl. Binding Handb. I 645, Frank VIII 7, Meyer-Malfeld 253, Olshausen N. 27, Oppenhoff-Delius N. 33; RG. 15./1. 85 C. 11 397, 2./2. 85 C. 12 34.

Schon ehe der Antrag gestellt ist, dürfen nach StP.D. §§ 127 Abs. 3, 130 vorläufige Festnahme und Verhaftung des Täters erfolgen, was mit Olshausen N. 56 b und RG. 13./2. 82 C. 6 37 für singuläre Ausnahme zu erklären und auf keinen Fall mit Meyer-Malfeld 256 N. 75 und Rüdorff-Stenglein N. 32, auch Löwe-Hellweg II. Abschn. I 7 c, auf alle Maßregeln auszudehnen ist, bei welchen Gefahr im Verzuge obwaltet.

h) Der Antrag ist eine Prozeßvoraussetzung, somit die Antragsfrist keine Frist im Prozesse, innerhalb deren ein prozessualischer Akt vorgenommen werden muß. Ist sie aber keine Prozeßfrist, so gibt es gegen ihren Ablauf keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: Binding Handb. I 641, Frank N. VIII 5, Olshausen N. 54, Oppenhoff-Delius N. 32, Rüdorff-Stenglein N. 29. Ist sie unbenutzt abgelaufen, so ist die Strafverfolgung für alle Zeit ausgeschlossen. Es fragt sich aber, ob der bloße Ablauf der drei Monate genügt, oder ob die Unterlassung der Antragstellung auf einem Verhalten des Berechtigten beruhen, ob dieser, nach einem vulgären Ausdruck, die Frist „verbummelt“ haben muß, nach der technischen Bezeichnung: sind die drei Monate ein *tempus continuum* oder ein *tempus utile*? Dafür, daß sei ein *tempus continuum* ist, also nichts darauf ankommt, ob der Berechtigte während ihrer ganzen Dauer die Möglichkeit der Antragstellung besaß, hat sich die Mehrzahl der Autoren ausgesprochen, z. B. Werner 335, v. Liszt 196, Rüdorff-Stenglein N. 11, und ebenso das RG. 23./3. 80 C. 2 62. Gegen diese Ansicht spricht nicht, wie Olshausen annimmt, der vom Gesetz (§§ 61, 62) gebrauchte Ausdruck „unterläßt“, „verjäumt“, wohl aber der Umstand, daß die Frist jedenfalls zur Hälfte ein *tempus utile* ist, da ihr Beginn von einer Kenntnis abhängig gemacht ist. Außerdem kann nicht bestritten werden und wird auch nicht bestritten, daß der Lauf der Frist nicht beginnt, wenn der Berechtigte an der Antragstellung rechtlich verhindert ist, z. B. der gesetzliche Vertreter — § 65 — und der Täter identisch sind, und sistiert wird, wenn er die rechtliche Möglichkeit der Antragstellung verliert, z. B. in Geisteskrankheit verfällt. Nur ein Schritt weiter ist es, wenn die gleiche Wirkung jeder nicht vom Berechtigten selbst verschuldeten tatsächlichen Unmöglichkeit beigelegt, insbesondere also, wenn der Berechtigte durch den Täter selbst an der Einhaltung der Frist gehindert wird. Somit hebt nicht schon die bloße Nichtstellung des Antrages innerhalb dreier Monate nach der Kenntnisaufnahme an sich die Berechtigung auf, sondern die Nichtstellung des Antrages muß auf seinem subjektiven Verhalten — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — beruhen. Hiermit stimmen überein Singer I 202, Frank N. VIII 6, Meyer-Malfeld 253, Olshausen N. 50—52.

Bei einem Wechsel der Gesetzgebung, durch welchen das Antragsersfordernis neu aufgestellt wird, beginnt der Lauf der Frist bezüglich der vorher begangenen Delikte mit dem Tage, an welchem das neue Gesetz in Kraft tritt, also z. B. für die durch das Gesetz v. 19. Juni 1912 (oben S. 28) postulierten Anträge mit dem 5. Juli 1912; a. M. Binding Handb. I 255 N. 17. Eine Verlängerung der Antragsfrist liegt hierin nicht, da ja vorher ein Antragsrecht gar nicht existiert hat. Abrigens kennt das geltende Recht auch sonst Fristverlängerungen, z. B. in § 198.

i) Die Antragsfrist ist wie keine Prozeß-, so auch keine Verjährungsfrist, sondern eine selbständige Präklusivfrist oder, wie man sie auch nennt, eine Rügefrist. Die Verjährungsfrist beginnt, läuft und endet völlig unabhängig von der Antragsfrist, und wenn sie abgelaufen, so ist auch der rechtzeitig gestellte Strafantrag wirkungslos: Werner 335, Binding Handb. I 641 und Grundr. 306, Hältschner I 718, Meyer-Malfeld 251, Olshausen N. 54 b, Rüdorff-Stenglein N. 27, Schütze 169 N. 11; RG. 13./2. 82 C. 6 37.

7. Inhaltlich muß der Strafantrag den Willen des Berechtigten erkennen lassen, daß eine bestimmte bezeichnete Handlung strafrechtlich verfolgt werde. Ist die Bestrafung nicht ausdrücklich beantragt, so ist es Sache der Auslegung, ob ein Strafantrag wirklich vorliegt, insbesondere dann, wenn, wie sehr oft der Fall ist, die Willensäußerung eine Strafanzeige in Verbindung mit der Bitte enthält, „das Weitere zu veranlassen“. Allerdings wird auch bei dieser immerhin unbestimmten Formulierung der Wille, daß eine Verfolgung und demnachstige Beurteilung stattfinde, regelmäßig als vorhanden anzunehmen sein. Nach der Rechtsprechung des RG. ist es ein Strafantrag, wenn der Berechtigte beantragt, kriminalpolizeiliche Erörterungen anzustellen, um den Täter zu ermitteln, selbst wenn durch Beifügung der Worte „um dann gegenüber demselben den Strafantrag zu stellen“, die Richtung des Antrages gegen eine bestimmte Person vorläufig offen gelassen ist: 30./12. 85 C. 12 173, oder wenn in der Eingabe an die Staatsanwaltschaft die „eventuelle Verfolgung anheimgegeben“ wird: 23./9. 89 C. 19 378. Darüber, daß in der Erhebung der Privatklage, mag diese auch wegen Mangels des Sühneattestes *a limine* zurückgewiesen werden, nicht aber in der Ladung zum Sühneveruch ein wirksamer Strafantrag enthalten ist, herrscht

kein Zweifel: Binding Handb. I 649, Ringer I 201 N. 276, Frank N. VI 1, Meyer-Altfeld 253, Olshausen N. 38 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 16; RG. 4./3. 81 C. 3 373, 20./4. 83 C. 8 207. Ebenso in der Erklärung, sich dem Offizialverfahren als Nebenkläger anzuschließen, selbst wenn der Anschluß ausdrücklich nur zur Verfolgung des Bußanspruches erklärt wird, denn die Verurteilung zur Buße hat die Bestrafung zur Voraussetzung; Meyer-Altfeld und Olshausen a. a. O. Mit Meyer-Altfeld 254 N. 57 und Olshausen N. 38 Abs. 4 eine „Ermächtigung“ nicht für genügend zu erachten, ist jedenfalls dann übertriebener Formalismus, wenn der Betreffende präsumtiv den juristischen Unterschied zwischen Antrag und Ermächtigung nicht kennt. Ebenso ist es irrig, wenn Olshausen a. a. O. meint, daß die Aufstellung der öffentlichen Klage durch den verletzten Staatsanwalt kein Strafantrag sei, denn der Wille, daß die Bestrafung eintrete, liegt unverkennbar vor, und der Staatsanwalt ist, wie Olshausen N. 24 selbst einräumt, nicht deshalb zur Ausübung seiner Dienstverrichtungen unfähig, weil er selbst der Verletzte ist: RG. 16./6. 81 C. 4 264. Olshausen hat wohl auch nicht an den Fall gedacht, wenn der Staatsanwalt den in der Klagerhebung stehenden Strafantrag als amtlicher Vorgesetzter stellt (§ 196). Wenn endlich der Wille des Berechtigten nachweisbar nicht auf die Strafverfolgung gerichtet ist, so ist der Antrag trotz seiner formellen Gültigkeit unwirksam: RG. 3./11. 92 C. 23 273.

a) Die Identität der Handlung kommt beim Strafantrag in gleicher Weise in Frage wie zwischen Eröffnung des Hauptverfahrens und Urteil. Keine andere Tat kann, insofern sie Antragsdelikt ist, zur Verfolgung und Aburteilung gelangen als diejenige, wegen welcher der Antrag gestellt ist. Der Antrag muß daher denjenigen tatsächlichen Vorgang bezeichnen, in welchem die Merkmale einer gegen den angeblich Verletzten gerichteten strafbaren Handlung zu finden sind. Hat der Antrag einmal als gestellt zu gelten, so sind Staatsanwaltschaft und Gericht in allen ihren Maßnahmen von dem Antragsteller unabhängig und haben die Handlung aus allen möglichen juristischen Gesichtspunkten zu prüfen, sollte der Antragsteller auch nur aus einem einzigen den Antrag gestellt oder die Handlung in rechtlicher Beziehung überhaupt nicht oder unrichtig gekennzeichnet haben: Olshausen N. 39, 49, Rüdorff-Stenglein N. 17, 23; RG. 8./10. 81 C. 5 97, 17./12. 81 C. 5 268, 22./4. 82 C. 6 309, 2./7. 96 C. 29 58, 6./6. 98 C. 31 168. Wie es in dem Urteil vom 8./10. 81 heißt: „Die Handlung im Sinne des § 61 umfaßt die im Strafantrage bezeichnete Tat nach allen ihren rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen und Gesichtspunkten, wie sich dieselbe nach dem Zubegriffe der in der Untersuchung ermittelten Umstände aus dem Ergebnisse der letzteren gestaltet.“ Ist das Antragsdelikt ein fortgesetztes Delikt, so kommen folgerecht auch die nach der Stellung des Antrages stattfindenden Einzelhandlungen zur Aburteilung, vgl. oben N. 6 e.

b) Der Antrag kann gegen eine individuelle Person oder kann generell gestellt sein. Im ersteren Fall umfaßt er gleichwohl nach § 63 alle, welche an der Handlung beteiligt sind. Stellt sich heraus, daß nicht die bestimmte Person, sondern eine andere der Täter ist, also ein error in persona vorliegt, so kann die letztere ohne neuen Antrag verfolgt werden; denn der Antrag trifft die strafbare Handlung, nicht die Person des in ihm bezeichneten Täters mit ausschließender Wirkung: Binding Handb. I 637 N. 2, Frank N. VI 3 a, Meyer I 210, Olshausen N. 42 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 18, Rüdorff-Stenglein §§ 61 N. 24 Abs. 3, 63 N. 7; RG. 17./12. 81 C. 5 268, 19./9. 82 C. 7 35. Der Antrag ist also auch dann wirksam, wenn er ohne Benennung oder Bezeichnung des Täters nur auf den objektiven Sachverhalt hin gestellt wird: RG. 17./12. 81 C. 5 268, 27./4. 82 C. 6 212, 30./4. 85 C. 12 173. Hiernach kann er gültig schon dann gestellt werden, wenn die Person des Täters noch nicht bekannt geworden, somit die Antragsfrist noch nicht zu laufen begonnen hat; denn wenn das Gesetz die Frist an dem Tage beginnen läßt, an welchem der Täter bekannt geworden, so will es dadurch nicht eine frühere Antragstellung für unwirksam erklären, sondern nur dem Berechtigten die Möglichkeit gewähren, seine Entscheidung über Stellung oder Nichtstellung des Antrages von der Person des Täters abhängig zu machen: Binding Handb. I 655, Ringer I 198 N. 271, Frank N. VI 3 a, VIII 4, Olshausen N. 41; RG. 21./5. 06 C. 38 434. Abweichend hiervon verlangt Merkel 241 eine auf die Bestrafung einer bestimmten Person gerichtete Willenserklärung.

Anders verhält es sich mit den relativen Antragsdelikten. Das besondere persönliche Verhältnis zwischen dem Verletzten und dem Täter, welches bei ihnen den Geizgeber bewegen hat, den Strafantrag für erforderlich zu erklären, läßt es als notwendig erscheinen, daß der Antrag sich in unzweideutiger Weise gegen den in dem persönlichen Verhältnis zu dem Berechtigten stehenden Täter richtet. Dies kann ohne die bestimmte Bezeichnung nur dann angenommen werden, wenn die Verfolgung der Handlung unter allen Umständen, gegen jeden, wer er auch sei, beantragt wird: Binding Handb. I 655 N. 1, Ringer I 197, Frank N. VI 3 b, Olshausen N. 43; RG. 17./12. 81 C. 5 268, 19./9. 82 C. 7 35, 8./3. 94 C. 25 176, 6./6. 98 C. 31 168. Vgl. N. 6 f. Abs. 2.

Der Grundlag, daß der Strafantrag mit rechtlicher Wirksamkeit auch dann gestellt werden kann, wenn die dreimonatliche Frist noch gar nicht zu laufen begonnen hat, macht sich auch dann

geltend, wenn die strafbare Handlung noch im Versuche begriffen ist und erst nachher vollendet wird: RG. 1./5. 05 E. 38 39, 22./10. 07 E. 40 319, 7./7. 11, E. 45 128.

e) Ist der Strafantrag nur der Ausdruck des Willens, daß eine bestimmt bezeichnete Handlung strafrechtlich verfolgt werde, so läßt sich das Vorhandensein dieses Willens dann bezweifeln, wenn dem Antrage Bedingungen, Vorbehalte, Beschränkungen hinzugefügt werden, welche erkennen lassen, daß der Antragsteller, falls ihnen nicht entsprochen werden sollte, die Herbeiführung der Verfolgung überhaupt nicht beabsichtigt: RG. 1./4. 82 E. 6 152. Daraus, daß das Gesetz die Stellung des Strafantrages an eine bestimmte Frist bindet, folgt ebenso wie bei allen anderen an eine Präklusivfrist gebundenen Rechten mit Notwendigkeit, daß innerhalb dieser Frist sicher sein muß, ob der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht: RG. 16./4. 86 E. 14 96.

Was zunächst die Bedingungen betrifft, so gelten die Scheinbedingungen, d. h. diejenigen, deren Eintritt bereits feststeht oder deren künftiger Eintritt notorisch ist, als nicht beigelegt: Oshausen N. 45 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 18. Allerdings kommt es nur darauf an, ob der Berechtigte die Verfolgung will, und dies kann bei einem in der Vergangenheit liegenden Umstand zweifelhaft sein, wenn nämlich die subjektive Ungewißheit des Antragstellers und die Unmöglichkeit, den bereits stattgehabten Eintritt des Umstandes sofort festzustellen, in erkennbarer Weise Ungewißheit darüber bestehen lassen, ob das Antragsrecht ohne Vorbehalt geltend oder seine Geltendmachung von dem Eintritt des Umstandes abhängiggemacht ist. Bei den echten Bedingungen ist zu unterscheiden. Die Suspensivbedingung läßt in einer dem unzweideutigen Sinne des § 61 widerprechenden Weise in der Schwebe, ob die Strafverfolgung nach dem Willen des Berechtigten eintreten soll oder nicht, ein suspensiv bedingter Antrag ist daher kein Antrag: Finger I 201 N 276, v. Liszt 198, Meyer-Alfeld 254, Oshausen N. 45 a, Oppenhoff-Delius N. 23; RG. 16./4. 86 E. 14 96. Dies gilt auch, wenn bei mehreren Tätern die Beschränkung des Antrages auf einen oder mehrere Täter zur Bedingung gemacht ist, also der Antragsteller bei Unzulässigkeit der Beschränkung auch die Bestrafung der anderen Täter nicht will: Meyer-Alfeld 254, Oshausen N. 45 a Abj. 2, Oppenhoff-Delius § 63 N. 2, Rüdorff-Stenglein § 63 N. 1; wegen des gegen eine bestimmte Person gerichteten Antrages siehe oben sub b. Wie den suspensiv bedingten, so halten v. Liszt 198, Meyer-Alfeld 254 und Rüdorff-Stenglein N. 18 auch den resolutiv bedingten Antrag für unwirksam, denn dadurch, daß der Antragsteller erkläre, er wolle für einen bestimmten, künftig eintretenden Fall den Antrag nicht gestellt haben, entstehe eine Ungewißheit über den Willen, welche das Verfolgungsrecht überhaupt nicht zum Entstehen kommen lasse. Aber der resolutiv bedingte Strafantrag ist, in seine Elemente aufgelöst, ein unbedingt gestellter Antrag, verbunden mit einer suspensiv bedingten Zurücknahme desselben, und wie der suspensiv bedingte Antrag selbst, ist auch seine suspensiv bedingte Zurücknahme unwirksam; somit gilt die Resolutivbedingung für nicht gesetzt. Übereinstimmend Oshausen N. 45 b, Oppenhoff-Delius N. 23 und RG. 16./4. 86 E. 14 96. Frank N. VI 4 meint, daß auf einen irgendwie bedingten Antrag hin während des Schwebens der Bedingung keine Verfolgung eingeleitet werden dürfe, aber wenn der Berechtigte innerhalb der Antragsfrist von der Erfüllung der Bedingung Anzeige mache, nunmehr der Verfolgung nichts im Wege stehe. Endlich Bindung Handb. I 655 und Hälschner I 717 N. 2 wollen zwischen gesetzlich zulässigen und unzulässigen Bedingungen, Vorbehalten und Beschränkungen unterscheiden, ohne erkennen zu lassen, welche Bedingungen strafrechtlich zu dieser oder zu jener Kategorie gehören.

Vorbehalte, wie z. B. der der Zurücknahme des Antrags, möglich auch in der allgemeinen Formulierung, daß der Antrag „vorläufig“ gestellt werde, sind wirkungslos, weil der Antrag jedenfalls jetzt unbedingt gestellt ist: Bindung Handb. I 656 N. 3, Meyer-Alfeld 254, Oshausen N. 46, Rüdorff-Stenglein N. 18; RG. 7./12. 80 E. 3 89. N. M. Oppenhoff-Delius N. 23.

Ebenso sind wirkungslos und gelten als nicht gemacht Beschränkungen der Wirksamkeit des Antrags, sei es bezüglich der Tat, sei es bezüglich der Täter, weil diese Wirksamkeit nicht vom Antragsteller, sondern vom Gesetz abhängt: Oshausen N. 47 und RG. 1./4. 82 E. 6 152. Anders ist es, wenn der Vorbehalt als Bedingung anzufassen ist.

8. Ist ein gültiger Strafantrag gestellt, so steht für die Einleitung bzw. Durchführung des Strafverfahrens der Weg offen und tritt die strafprozessualische Vorschrift in Kraft, daß die Staatsanwaltschaft, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, und sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten verpflichtet ist. Gegenüber dem ordnungsmäßig gestellten Strafantrage sind die späteren form- und fristgerechten Nachträge oder selbständigen Strafanträge unter Umständen sachlich gegenstandslos und insofern auf die Statthaftigkeit der Strafverfolgung ohne Einfluß. Auch durch Einleitung eines Privatklageverfahrens wird weder ein vorliegender Strafantrag der Eigenenschaft, einem Zivilverfahren als Grundlage zu dienen, entkleidet, noch das Strafantragsrecht absorbiert. Eine Konsequenz davon ist, daß auch nach erhobener Privatklage die Staatsanwaltschaft die Verfolgung übernehmen kann, StP. § 417.

9. Durch die Bestimmungen des StGB. über den Strafantrag sind unbestritten die entgegenstehenden reichs- und landesrechtlichen Bestimmungen, dagegen die weitergehenden prozessualen Bestimmungen der Territorialrechte erst durch EG. z. StGD. § 6 aufgehoben. Nach der zutreffenden Ansicht von Binding Handb. I 313, Finger I 188 N. 248 und Rüdorff-Stenglein N. 33 sind alle landesgesetzlichen Vorschriften, nicht bloß die entgegenstehenden, beseitigt, und dasselbe nimmt bezüglich der Beleidigung auch RG. 22./12. 03 E. 37 37 an; a. M. bezüglich der nicht entgegenstehenden Olshausen N. 3. Übrigens sind diese territorialen Bestimmungen fast überall in Vergessenheit geraten. Auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete ist die Territorialgesetzgebung in materieller Beziehung völlig selbständig: Binding Handb. I 285, Hältschuer I 714, Olshausen N. 7 Abf. 3, 28 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 33.

§ 62.

Wenn von mehreren zum Antrage Berechtigten einer die dreimonatliche Frist verjäumt, so wird hierdurch das Recht der übrigen nicht ausgeschlossen.

Beim Vorhandensein mehrerer Antragsberechtigten ist das Recht eines jeden einzelnen selbständig, also von dem Recht des anderen und dessen Ausübung unabhängig. Beginn und Ablauf der dreimonatlichen Frist, Tod, Zurücknahme des Antrags seitens des einen berührt das Recht des anderen nicht.

Mehrere Personen können antragsberechtigt sein, weil dieselbe Straftat Mehrere verletzt hat, oder weil, obgleich nur Einer verletzt ist, Mehrere zur Stellung des Antrages berechtigt sind (§§ 65, 182, 195, 196, 232). Die Voraussetzung des § 62 ist das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen mehrerer Antragsberechtigten, wogegen bei einem Personenwechsel der spätere Berechtigte sich die Rechtslage gefallen lassen muß, wie er sie von seinem Vorgänger überkommt. Vgl. § 65 N. 4.

§ 63.

Der Antrag kann nicht geteilt werden. Das gerichtliche Verfahren findet gegen sämtliche an der Handlung Beteiligte (Täter und Teilnehmer), sowie gegen den Begünstigter statt, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist.

1. Der Strafantrag ist der Ausdruck des Willens, daß eine bestimmt bezeichnete Handlung strafrechtlich verfolgt werde. Sind an dieser Handlung mehrere Personen beteiligt, so ist der Antragsberechtigte nicht befugt, die Verfolgung auf einzelne Mitwirkende zu beschränken und andere der Verfolgung zu entziehen. Es gilt das Prinzip der Unteilbarkeit des Antrags.

Das Gesetz setzt eine einzige strafbare Handlung für alle Beteiligten voraus, so daß diejenigen Personen ausscheiden, welche sich eine jede durch eine selbständige eigene Handlung schuldig gemacht haben, mögen auch die sämtlichen Handlungen gleichartiger Natur sein: RG. 7./5. 06 E. 38 430. Liegt diese einzige strafbare Handlung vor, so gelten als Beteiligte Täter, Anstifter und Gehilfen, wobei als Täter nicht bloß die Allein- und Mittäter, sondern auch alle diejenigen Personen gedacht sind, welche ohne den zur Mittäterschaft oder Teilnahme erforderlichen Dolus tatsächlich durch ihr Zusammenwirken den gesetzwidrigen Erfolg, z. B. fahrlässige Körperverletzung, herbeiführen, die sog. Mehr- oder Nebentäter (vgl. § 47 N. 13): Frank N. I, Olshausen N. 5 a, Rüdorff-Stenglein N. 1, 4, 5; RG. 17./2. 96 E. 28 175, 24./3. 98 E. 31 93, 19./11. 89 E. 20 54, 20./2. 00 E. 33 161, 7./5. 06 E. 38 430. Ferner findet § 63 bei den relativen Antragsdelikten (§ 61 N. 1) keine Anwendung auf diejenigen Beteiligten, gegen welche es eines Straf- antrages nicht bedarf, indem gegen sie auch dann strafrechtlich vorzugehen ist, wenn ein Straf- antrag gegen die anderen Beteiligten gar nicht gestellt ist: Binding Handb. I 638, Meyer I 211, Olshausen N. 1 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abf. 1; RG. 19./12. 81 E. 5 274, 8./3. 94 E. 25 176.

Das Prinzip der Unteilbarkeit hat hiernach die Folge, daß der Antrag nur die Handlung, nicht aber die Person des Täters mit ausschließender Wirkung trifft. Wie schon zu § 61 N. 7 b bemerkt wurde, bedarf es also keines neuen Antrages, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, daß nicht die im Antrage bezeichnete Person, sondern eine andere der Täter ist. Ebenmäßig werden auch diejenigen Beteiligten von dem Straf- antrage umfaßt, von deren Mitwirkung der Berechtigte keine Kenntnis hatte. Dies ist unzweifelhaft, aber zweifelhaft ist die Beantwortung der Frage, von welchem Tage an bei einer Mehrheit von Beteiligten die Antragsfrist zu berechnen ist, ob gegenüber allen Beteiligten von demselben Tage ab oder gegenüber jedem

Beteiligten besonders. Weil nach dem Prinzip der Unteilbarkeit der Antragsberechtigte nur darüber zu entscheiden hat, ob die Handlung, nicht auch darüber, welche Personen verfolgt werden sollen, so muß gegen den zuerst bekannt gewordenen Täter der Antrag innerhalb der Antragsfrist gestellt werden, die Frist beginnt also zu laufen an dem Tage, an welchem der Antragsberechtigte von der Handlung und von der Person eines der Beteiligten Kenntnis erhält, und der so gestellte Antrag wirkt gegen, wie umgekehrt die Nichtstellung des Antrages für alle Beteiligten. Hiernit stimmen überein Berner 337, Finger I 202, Geher I 210, v. Liszt 197, Olshausen N. 2 b, Oppenhoff-Delius N. 3 und § 61 N. 31, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 170; RG. 2./1. 84 C. 9 390. Frank § 61 N. VIII 3 ist derselben Ansicht, jedoch mit Beschränkung auf die Täter im technischen Sinn, also hier die Mittäter (vgl. oben § 61 N. 5 f). Die Ansicht von Binding Handb. I 639 und Meyer-Walfeld 252, daß die Frist für alle Beteiligten mit der spätesten Kenntnis eines von ihnen beginne, und ebenso die Annahme, daß sie jedem Beteiligten gegenüber besonders zu berechnen sei, lassen, da der Berechtigte zu irgendeiner Tätigkeit, die Beteiligten zu erforschen, nicht verpflichtet ist, die Durchführung der Unteilbarkeit des Antrages vom Zufall abhängen. Dies gilt auch, wenn die mehreren Beteiligten bei einem relativen Antragsdelikt sich finden, indem auch bezüglich ihrer der Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafanktrages durchgreift, der Antragsberechtigte also nicht den Antrag auf den einen oder den anderen von ihnen beschränken kann, vielmehr der gegen Einen gestellte Antrag alle umfaßt, falls nicht die Beschränkung ausdrücklich als Bedingung formuliert, also der ganze Antrag wirkungslos ist (§ 61 N. 7 c Abs. 2): Berner 337, Binding Handb. I 638, Dochow H. S. IV 267, Finger I 198, Frank N. II 2, Geher I 211, Meyer-Walfeld 255, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 17./1. 88 C. 17 246, 28./4. 96 C. 28 324.

2. Die Bestimmung, daß das Strafverfahren gegen alle Beteiligten stattzufinden habe, ist bis jetzt strafprozessualisch nicht ausgeführt, hat also nur die materielle Wirkung, daß ein solches Strafverfahren ermöglicht ist. Wenn die Staatsanwaltschaft nur gegen einzelne Beteiligte vorgeht, hat der Antragsberechtigte nur die Beschwerde an die vorgelegte Behörde. Erbt der Berechtigte die Privatklage, so hat der Beschuldigte zur Heranziehung der anderen Beteiligten kein anderes Mittel, als daß er die Staatsanwaltschaft zum amtlichen Einschreiten zu veranlassen sucht. Endlich das Gericht hat weder bei der staatsanwaltlichen noch bei der Privatklage das Recht, die Klageerhebung gegen alle Beteiligten zu verlangen, also eventuell die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen; a. M. Dochow H. S. IV 276 und Rüdorff-Stenglein N. 6. Vgl. Olshausen N. 4.

3. Wegen des Begünstigers vgl. unten § 257 N. 12 c, 13.

§ 64.

Die Zurücknahme des Antrages ist nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen und nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zulässig.

Die rechtzeitige Zurücknahme des Antrages gegen eine der vorbezeichneten Personen hat die Einstellung des Verfahrens auch gegen die anderen zu Folge.

1. Während nach der ursprünglichen Fassung des Abs. 1 die Zurücknahme des Antrages allgemein, in mehreren Fällen nur bis zur Erhebung der Anklage, in mehreren bis zum Beginn der Vollstreckung des Urteils zulässig war, hat die Novelle vom 26. Februar 1876 die Regel zur Ausnahme gemacht und als zeitliche Grenze die Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils gesetzt. Die Zurücknahme ist jetzt nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen zulässig. Für das StGB. kommen in Betracht die §§ 102–104, 123, 194, 232, 247, 248 a, 263, 264 a, 292, 303, 370 Nr. 5, 6, die §§ 232 und 303 zudem nur, wenn der Täter ein Angehöriger des Verletzten ist.

2. Den Antrag zurückzunehmen ist grundsätzlich nur derjenige befugt, der ihn gestellt hat, also in erster Reihe der Verletzte. Dem Antragsberechtigten steht gleich der Nachfolger in der Antragsberechtigung, so der Vormund des Geisteskranken bezüglich des von diesem vor der Entmündigung, jeder gesetzliche Vertreter bezüglich des von seinem Vorgänger in der Vertretung gestellten Antrages: Dochow H. S. IV 281, Finger I 204, Hälschner I 719, Meyer-Walfeld 257, Olshausen § 65 N. 21 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 5; a. M. Binding Handb. I 651. Hat ein Anderer eine selbständige Antragsberechtigung neben dem Verletzten — § 61 N. 4 a Abs. 2 —, so kann der Verletzte den von dem ersteren gestellten Antrag nach Beendigung jener

Berechtigung zurücknehmen: Frank N. II 1, Binding a. a. D.; RG. 19./11. 91 E. 22 256; anscheinend derselben Ansicht Finger I 204 und Dshausen a. a. D. Abf. 2, 3. Stellvertretung ist bei der Zurücknahme ebenso zulässig wie bei der Stellung des Antrages; vgl. § 61 N. 4 d, e. Hat der Verletzte selbst den Antrag gestellt, so ist sein Vertreter im Willen nur dann zur Zurücknahme befugt, wenn seine Befugnis eine unbezweifelbare ist. Hat der Vertreter den Antrag gestellt, so kommt es auf den Inhalt der Vollmacht an, und das Recht der Zurücknahme erbt mit Erldigung der Vertretung. Ob der Nachfolger den von seinem Vorgänger gestellten Antrag zurücknehmen darf, bemißt sich ebenfalls nach der Vollmacht. Der Vertretene selbst kann natürlich den von dem Vertreter gestellten Antrag stets zurückziehen. Vgl. Frank N. II 1, Dshausen N. 7 Abf. 2.

Da die Erben nicht in das Antragsrecht sukzedieren — § 61 N. 4 c —, so können sie den vom Erblasser gestellten Antrag nicht zurücknehmen, so die g. M., z. B. Werner 338, Frank N. II 1, Dshausen N. 7 b, Rüdorff-Stenglein N. 9. Wie der Verletzte nicht zur Zurücknahme des von dem selbständig Berechtigten, so ist auch dieser nicht zur Zurücknahme des von dem Verletzten, also z. B. der amtliche Vorgesetzte (§ 196) nicht zur Zurücknahme des von dem Untergebenen gestellten Antrages befugt: Frank N. II 1, Hälßner I 719 N. 4, Dshausen N. 7 a, Oppenhoff-Delius § 196 N. 22; a. M. vereinzelt Dochow S. S. 281 N. 1.

3. Die Zurücknahme ist nur zulässig bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils. Also nur bis zu dem Augenblick, in welchem der Vorsitzende mit der Verkündung beginnt; „daß eine wirksame Zurücknahme noch während der Verkündung zulässig sei, widerspricht dem Ge- „setze und der Würde des Richteramtes“ (Werner): Werner 339, Binding Handb. I 649, Dochow S. S. IV 282, Finger I 204, Geyer I 212, Meyer-Altfeld 257, Dshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 6; nach Oppenhoff-Delius N. 12, 13 bis zum Schluß der Verkündung. Die Zurücknahme ist ferner unzulässig, wenn ein auf Strafe lautendes Urteil ergeht. Hierbei kommt, wie der Artikel „ein“ beweist, das erste auf Strafe lautende Urteil in Betracht, einerlei in welcher Instanz es ergeht: RG. 21./5. 89 E. 19 284. Die Aufhebung in der höheren Instanz, einerlei aus welchem Grund und sei es mit oder ohne Zurückverweisung in die Vorinstanz, sowie im Wiederaufnahmeverfahren ist wirkungslos: Binding Handb. I 649, Geyer I 212, Hälßner I 720, Dshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 12./11. 80 E. 2 420, 4./12. 82 E. 8 175, 21./5. 89 E. 16 284. Dshausen nimmt dies auch für den Fall an, daß das Urteil auf Grund eines von einem Nichtberechtigten gestellten Antrages erfolgt, aber diese Ansicht ist mit Rüdorff-Stenglein für irrig zu erachten, vielmehr kann ein wirksames Urteil nur nach Aufhebung des ersten auf Antrag des Berechtigten ergehen, dieser aber vor Verkündung des neuen Urteils den Antrag zurücknehmen; ist das erste Urteil rechtskräftig geworden, so ist allerdings, da der Beschuldigte nicht zweimal bestraft werden kann, jede weitere Verfolgung ausgeschlossen.

Bei mehreren Tätern ist die Zurücknahme unzulässig, sobald das Urteil auch nur Einem verkündet ist: Frank N. III, Rüdorff-Stenglein N. 2.

Kein auf Strafe lautendes Urteil ist das den Beschuldigten zwar für schuldig, aber für straffrei erklärende (§§ 199, 233): Geyer I 112, Dshausen N. 4 Abf. 1.

Der Erlaß eines amtsrichterlichen Strafbeschlusses, einer polizeilichen Strafverfügung, des Strafbescheides einer Verwaltungsbehörde steht der Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils nicht gleich, sodaß bis zum Ablauf der Einspruchsfrist die Zurücknahme des Antrages zulässig ist: Frank N. I 2, Dshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 10.

Eine besondere Vorschrift findet sich Seem.-Ordn. § 96.

4. Die Frage nach der Form der Zurücknahme wird von Merkel 242 und Rüdorff-Stenglein N. 5 dahin beantwortet, daß sie in den für die Stellung des Antrages vorgeschriebenen Formen erfolgen muß (vgl. § 61 N. 5), also erst wirksam ist, wenn sie in einer dieser Formen an die zuständige Stelle gelangt. Diese Ansicht ist irrig, denn das StGB. enthält überhaupt keine Vorschriften und StPD. § 156 bestimmt nur Formen für die Stellung des Antrages: RG. 26./1. 83 E. 8 79. Somit genügt jede Willensäußerung, welche erkennen läßt, daß der Berechtigte die strafrechtliche Verfolgung nicht mehr will: Werner 338, Binding Handb. I 651, Frank N. II 3, Meyer-Altfeld 257, Dshausen N. 10, 11. Bezüglich der Zusätze, insbesondere der Bedingungen, Vorbehalte und Beschränkungen gilt daselbe wie bei der Stellung des Antrages: Frank N. II 2, Meyer-Altfeld 257, Dshausen N. 11 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; vgl. § 61 N. 7. Dochow S. S. IV 283 meint, daß beigefügte Beschränkungen die Zurücknahme wirkungslos machen.

Oben § 61 N. 7 Abf. 1 ist ausgeführt, daß in der Erhebung der Privatklage die Stellung des Strafantrages enthalten ist. Daraus folgt aber nicht, daß die Zurücknahme der Privatklage auch Zurücknahme des Strafantrages ist, denn Strafantrag und Privatklage sind nicht, wie Binding Handb. I 650 meint, daselbe, vielmehr der Antrag die zu der strafbaren Handlung hinzutretende zweite Bedingung der Strafverfolgung, die Privatklage aber eine zweite Form der Strafverfolgung neben der öffentlichen Klage: Dshausen N. 20; RG. 20./4. 83 E. 8 207,

21./5. 89 **§. 19** 284. Daher kann z. B. der Verletzte selbständig die Bestrafung beantragen, wenn er achtzehn Jahre zählt, die Privatklage aber erst erheben, wenn er großjährig geworden ist, und die gegen mehrere Beteiligten erhobene Privatklage kann gegen einzelne zurückgenommen werden, ohne daß deshalb das Verfahren auch gegen die anderen einzustellen ist. Das Gesetz kennt nur zwei Wege, auf welchen die gedachte Bedingung ausfallen kann, nämlich den ungenutzten Ablauf der Antragsfrist und die Zurücknahme des gestellten Antrages, nicht aber die Zurücknahme der Privatklage. Die letztere kann zugleich Zurücknahme des Antrages sein und ist, dies muß man Frank zugeben, in den meisten Fällen als solche gemeint, insbesondere wenn die Zurücknahme infolge eines Vergleichs im Verhandlungstermin erfolgt, ist es aber nicht notwendig, indem auch andere Gründe vorliegen können, z. B. wie Frank zutreffend bemerkt, die Scheu vor den Kosten. Der Verfasser dieses Kommentars hat während seiner richterlichen Laufbahn einmal wegen der großen Anzahl der zu ladenden Zeugen von dem Kläger einen Kostenvoranschlag von 500 Mark verlangt, worauf der Kläger die Klage zurückzog und nunmehr die Staatsanwaltschaft bewog, von Amtswegen einzuschreiten. Es kommt also auf den einzelnen Fall an. Hiermit stimmen überein Frank **N. II 2**, v. Liszt 198 **N. 13**, Meyer-Wilfeld 257, Olshausen **N. 21**, Oppenhoff-Delius **N. 3**, Rüdorff-Stenglein **N. 11**. **N. N.** sind Binding Handb. I 650, Fingel I 205 und **RG. 20./4. 83 §. 8** 207. Auf jeden Fall muß die Zurücknahme der Privatklage, um zugleich als Zurücknahme des Strafantrages zu gelten, vor Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils erfolgen: Frank **N. II 2**, Olshausen **N. 21 a**, Rüdorff-Stenglein **N. 11**. Daß, wie Hälschner I 720 annimmt, die fingierte Zurücknahme der Privatklage im Falle Ausbleibens des Klägers ebenfalls als Zurücknahme des Antrages zu gelten habe, muß mit Frank **N. II 2** bestritten werden. In allen Fällen, in welchen die Zurücknahme der Privatklage nicht zugleich Zurücknahme des Antrages ist, kann die Offizialtätigkeit der Staatsanwaltschaft eintreten: Frank **N. II 2**, Geyer I 209, Olshausen **N. 21 b**, Oppenhoff-Delius **N. 3**, Rüdorff-Stenglein **N. 11**; das Reichsgericht hält dies nur dann für zulässig, wenn der Strafantrag überhaupt nicht zurückgenommen werden kann: **RG. 20./4. 83 §. 8** 207, 21./5. 89 **§. 19** 284, womit auch Löwe-Hellweg § 431 **N. 1 b** übereinstimmt.

Der Widerruf der Anschlußerklärung als Nebenkläger hindert die Erneuerung des Anschlusses nicht: **RG. 5./1. 83 §. 7** 376, 18./6. 83 **§. 8** 384.

5. Die Frage, bei welcher Amtsstelle die Zurücknahme des Antrages zu erklären sei, läßt sich nicht dahin beantworten, daß jede Behörde zuständig ist; denn weder werden Staatsanwaltschaft und Strafgericht von jeder Behörde vertreten, noch ist jede Behörde verpflichtet, als Briefträger für Eingaben an die Staatsanwaltschaft und das Strafgericht zu dienen. Tut sie es gleichwohl, so gilt die von ihr weitergegebene Zurücknahmeerklärung als im Augenblick ihres Einganges bei einer der beiden genannten Amtsstellen bei dieser selbst abgegeben. Die Frage ist also dahin zu spezialisieren: bei welcher Amtsstelle muß die Zurücknahme erklärt werden, um das sofortige Erlöschen des Antrages zur Folge zu haben. Nach der Natur der Sache muß die Zurücknahme des Antrages mit Wirksamkeit bei jeder Amtsstelle erfolgen können, bei welcher der Antrag gestellt werden kann (vgl. § 61 **N. 5**), und dieser Ansicht sind auch Frank **N. II 4** und unter der Voraussetzung, daß die Zurücknahme nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, Rüdorff-Stenglein **N. 5**. Dagegen muß nach Olshausen **N. 9** und **RG. 26./1. 83 §. 8** 72 die Zurücknahme erfolgen bei derjenigen Amtsstelle, welche zur Zeit der Zurücknahme mit der Sache befaßt ist, und nach Hälschner I 720 bei dieser Stelle oder bei einer solchen, die berufen und verpflichtet ist, hiervon der mit der Sache befaßten Stelle Mitteilung zu machen. Gegen diese beiden Ansichten spricht daß sie eine tatsächliche und amtspragmatische Kenntnis des Zurücknehmenden verlangen, welche sich weder jedesmal findet, noch von dem Gesetz präsumiert wird. Olshausen schwächt auf der einen Seite seine Ansicht dahin ab, daß vor der Eröffnung des Hauptverfahrens der Antrag bei der Staatsanwaltschaft zurückgenommen werden könne, und erweitert sie nach der anderen Seite dahin, daß nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Zurücknahme, um wirksam zu sein, dem Gericht vor Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zur Kenntnis gekommen sein müsse. Die Erweiterung ist unbedingt unzulässig. Ist der Antrag zurückgenommen, so ist das auf Strafe lautende Urteil ebenso irrig, wie wenn sich herausstellt, daß der Angeklagte die Tat gar nicht verübt hat, es ist somit der Rechtsmittelweg eröffnet, und wenn auf ihm aus prozessualischen Gründen die Aufhebung des Urteils nicht erfolgen kann, wird das Wiederaufnahmeverfahren helfen; sollte auch dies versagen, so ist allerdings das letzte Mittel die Wegnädigung. Ebenso Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D.

6. Gestraft wird nicht, weil ein subjektives Recht, sondern weil die objektive Rechtsordnung verletzt ist. Die Einwilligung des Verletzten in die verletzende Handlung verhindert daher nur in denjenigen Fällen die Strafverfolgung, in welchen durch sie die objektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird (§ 59 **N. 3 e**), und als solche Einwilligung gilt auch der vorher ausgesprochene Verzicht auf den Strafantrag: Frank § 61 **N. IX** und Olshausen § 61 **N. 41 b** Abf. 2.

Hiervon abgesehen, ist der Verzicht auf den Antrag völlig wirkungslos, einerlei wann, in welcher Form — einseitig, Vergleich — und bei welcher Amtsstelle er erklärt wird. Das Gesetz kennt, wie schon N. 4 bemerkt wurde, nur zwei Wege, auf welchen die in der Antragstellung liegende Bedingung der Strafverfolgung ausfallen kann, nämlich den unbenutzten Ablauf der Antragsfrist und die Zurücknahme des Antrages. Weder ist der Berechtigte durch den vorherigen Verzicht an der Stellung des Antrages gehindert, noch gilt der nachherige als Zurücknahme des gestellten Antrages. Natürlich kann der Verzicht wie jede unzulässige Zurücknahme des Antrages bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Übereinstimmend Binding Handb. I 647, Frank § 61 N. IX, Meyer I 209, Hältschner I 719, v. Liszt 198, Merkel 241, Meyer-Altfeld 251, Dshausen § 61 N. 49, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 171 N. 17; RG. 13./1. 81 C. 3 221, 7./6. 86 C. 14 202; a. M. v. Schwarze § 61 N. 10 und bezüglich des vor Gericht erklärten Verzichts Finger I 206 und Hältschner I 721.

Anderes als der Strafantrag kann die Privatklage Gegenstand eines Verzichtes, insbesondere eines vergleichsweisen Verzichtes sein, wie die strafprozessualischen Vorschriften über die Notwendigkeit eines Sühneversuchs ergeben. Allerdings wird durch ihn das Recht der Staatsanwaltschaft, auf Grund des gestellten Antrages ihrerseits vorzugehen, nicht ausgeschlossen: Meyer-Altfeld 251 N. 37, Dshausen N. 20 Abs. 2; zweifelhaft Frank § 61 N. IX. Wenn Dshausen a. a. O. den einseitigen Verzicht und den privaten Vergleich anscheinend ausschließt, so liegt dazu kein Grund vor.

Die Verzeihung kann das Motiv zum Verzicht sein, ist aber nicht selbst Verzicht.

7. Die gültige Zurücknahme hat die Wirkung, daß der Antrag bezüglich des bestimmten Delikts als nicht gestellt gilt und das Verfahren eingestellt wird. Dagegen geht das Verfahren weiter bezüglich des idealkonkurrierenden Officialdelikts und eines solchen Antragsbellekts, bei welchem die Zurücknahme des Antrages nicht zulässig ist: Finger I 201 N. 276, Frank N. I 1, Dshausen N. 12 a, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 5./10. 99 C. 32 280. In den Fällen Seemannsordnung § 96 ist die Zurücknahme „bis zur rechtskräftigen Entscheidung“ zulässig.

Eine weitere Folge ist, daß, weil durch die Stellung des Antrages die Antragsberechtigung erschöpft ist, die Zurücknahme nicht widerrufen, ein neuer Antrag nicht gestellt werden kann: Berner 339, Binding Handb. I 651, Dochow S. S. IV 280, Hältschner I 721, v. Liszt 198, Meyer-Altfeld 258, Dshausen N. 12 b, Oppenhoff-Delius N. 26, Rüdorff-Stenglein N. 12, Schütze 171, v. Schwarze N. 7; RG. 13./1. 03 C. 36 64; a. M. Frank N. V.

8. Aus der Untheilbarkeit des Antrages folgt, daß er, wenn auch nur gegen Einen von mehreren Beteiligten gestellt, auch gegen die anderen gestellt und, wenn nur gegen einen zurückgenommen, auch gegen die anderen zurückgenommen ist. Die erste Folge spricht § 63 Satz 2, die zweite § 64 Abs. 2 aus. Zwischen beiden Bestimmungen besteht ein formeller Zusammenhang insofern, als unter den „vorbestimmten Personen“ des § 64 die in § 63 genannten — Täter, Teilnehmer, Begünstigter — zu verstehen sind. Die „anderen“ sind selbstverständlich solche, welche ebenfalls nur auf Antrag verfolgt werden können, bei den relativen Antragsdelikten also nur diejenigen, welche in dem persönlichen Verhältnis stehen: Frank N. IV 1, Dshausen N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 19./12. 81 C. 5 274. Ergibt sich, daß derjenige Einzelne, gegen welchen der Antrag zurückgenommen wird, nicht zu den Beteiligten gehört, so entfällt die Voraussetzung des Gesetzes und das Verfahren nimmt gegen die wirklich beteiligten Personen seinen Fortgang: Dshausen N. 16, Oppenhoff-Delius N. 19, Rüdorff-Stenglein § 63 N. 7. Anders allerdings, wenn die Zurücknahme ohne Rücksicht auf die Beteiligung oder Nichtbeteiligung erfolgt: Frank N. III, Meyer-Altfeld 257 N. 85, Dshausen N. 16. Ob die Zurücknahme in demselben oder in einem früheren Verfahren erfolgt, ist gleichgültig: Dshausen N. 17 b. Ist bereits gegen einen Beteiligten ein auf Strafe lautendes Urteil verkündet, so ist nach Abs. 1 die Zurücknahme überhaupt, also auch gegen die anderen, noch nicht abgeurteilten Beteiligten unwirksam: Binding Handb. I 649 N. 9, Frank N. III, Dshausen N. 17 a, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 15, v. Schwarze N. 6. In denjenigen Fällen, in welchen der Antrag nur gegen einen Angehörigen zurückgenommen werden kann — §§ 232, 303 —, wirkt in Abweichung von der Regel der Untheilbarkeit die Zurücknahme nur innerhalb der beteiligten Angehörigen zugunsten aller, während das Verfahren bezüglich der Nichtangehörigen weitergeht: Binding Handb. I 649 N. 9, Finger I 205, Frank N. IV 2, Hältschner I 721, Meyer-Altfeld 257 N. 86, Dshausen N. 18.

9. Die Bestimmung, daß die Zurücknahme des Antrages nur in den gesetzlich besonders vorgeesehenen Fällen zulässig, ist allgemeiner Natur und gilt für alle Reichs- und Landesstrafgesetze. Im übrigen hat die Landesgesetzgebung auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete freie Hand.

§ 65.

Der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt. Solange er minderjährig ist, hat unabhängig von seiner eigenen Befugnis auch sein gesetzlicher Vertreter das Recht, den Antrag zu stellen.

Ist der Verletzte geschäftsunfähig oder hat er das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist sein gesetzlicher Vertreter der zur Stellung des Antrages Berechtigte.

1. Nur derjenige Verletzte kann selbständig den Strafantrag stellen, der geschäftsfähig und mindestens achtzehn Jahre alt ist. Ermangelt einer dieser beiden Bedingungen, so ist sein gesetzlicher Vertreter der zur Stellung des Antrages Berechtigte. Ist er zwar achtzehn Jahre alt, aber noch minderjährig, so hat sein gesetzlicher Vertreter ein konkurrierendes Antragsrecht.

Die Begriffe Minderjährigkeit und Geschäftsfähigkeit sind durch das BGB. und dessen Einföhrungsgesetz gegeben.

a) Nach BGB. §§ 2, 3 tritt die Volljährigkeit mit der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres ein, jedoch kann ein Minderjähriger, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden. Nach §§ 187 wird der Tag der Geburt eingerechnet. Nach § 188 ist die Zeit voll mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Zahl dem Geburtstage entspricht; fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so ist die Zeit voll mit dem Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

b) Nach BGB. § 104 ist geschäftsunfähig, wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat; wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender; wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Nicht geschäftsunfähig, sondern nur beschränkt in der Geschäftsfähigkeit, also zur Stellung des Strafantrages befähigt ist nach § 114, wer wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist.

c) Gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen, und zwar auch des noch nicht siebenjährigen, ist zunächst nach BGB. § 1626 der Inhaber der elterlichen Gewalt, und zwar an erster Stelle nach § 1627 der Vater, an zweiter nach §§ 1684, 1685 die Mutter, nach § 1773 der Vormund, nach § 1909 der Pfleger.

Gesetzlicher Vertreter des großjährigen geschäftsunfähigen ist nach § 1896 der Vormund, nach § 1906 der vorläufige Vormund, nach § 1909 der Pfleger. Der vorläufige Vormund und sein Mündel haben nach § 115 eine konkurrierende Berechtigung.

Der Ehemann, die uneheliche Mutter, der ihr nach § 1687 bestellte Beistand und der Gegenvormund sind nicht gesetzliche Vertreter.

d) Für die sog. *personae illustres* — Landesherren, landesherrliche Familien, hoher Adel usw. — kommen nach dem Einföhrungsgesetz zum BGB. Art. 57, 58 an erster Stelle die Vorschriften der Hausverfassungen und der Landesgesetze in Betracht.

e) Bei Ausländern entscheidet das Recht des Heimatstaates: Binding Handb. I 628 N. 9, Oshausen N. 4; Internationales Abkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige v. 12. Juni 1902 Artt. 1, 5 (RWB. 1904 S. 240).

f) Entscheidend ist in allen Fällen der Zeitpunkt der Antragstellung, nicht die Zeit, zu welcher das Antragsdelikt begangen ist: Frank N. I Abs. 2, Oshausen N. 3.

2. Hat der Verletzte das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet, so ist nur sein gesetzlicher Vertreter der Antragsberechtigte; die Berechnung ist dieselbe wie bei der Volljährigkeit, oben N. 1 a. Hat er das achtzehnte Lebensjahr vollendet und besitzt er Geschäftsfähigkeit, so ist er selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt, aber für den Rest der Minderjährigkeit hat sein gesetzlicher Vertreter ein konkurrierendes Antragsrecht. Beide Berechtigungen stehen selbständig nebeneinander, und die Geltendmachung der einen schließt die der anderen nicht aus. Die §§ 61—64 mit den zu ihnen gegebenen Erörterungen kommen auf jeden von beiden Berechtigten dergestalt unabhängig von dem Wissen und Verhalten des anderen zur Anwendung, wie wenn er allein der Berechtigte wäre.

Ist der Verletzte geschäftsunfähig, so ist sein gesetzlicher Vertreter der ausschließlich zum Antrag Berechtigte.

3. Sowohl der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen als auch der des Geschäftsunfähigen — ebenso der vorläufige Vormund — haben die Antragsberechtigung aus eigenem Recht, können also den Antrag in eigenem Namen stellen. Da ihre Berechtigung aber nur ein Ausfluß der gesetzlichen Vertretung ist (so Frank), so haben sie es nur in ihrer Eigenschaft als Vertreter, es ist kein materielles, sondern ein formelles Recht, sie üben es aus nicht zur Wahrung ihrer eigenen Interessen, sondern zur Wahrung der Interessen eines von ihnen Vertretenen: Frank N. III, Meyer-Alsfeld 249, Olshausen N. 15; RG. 16./4. 80 C. I 370, 19./11. 91 C. 22 256, 4./12. 93 C. 24 427. Daher endigt ihre Antragsberechtigung in demselben Augenblick, in welchem sie aufhören Vertreter zu sein, einerlei ob der bisher von ihnen Vertretene nunmehr selbst antragsberechtigt wird oder nicht; z. B. der geistesranke Minderjährige wird volljährig: Olshausen N. 15, Oppenhoff-Delius N. 13 a, Rüdorff-Stenglein N. 7. Dies gilt auch, wenn die Vertretung durch den Tod des Vertretenen endigt, zumal das Antragsrecht nicht auf die Erben übergeht: Frank a. a. D., Olshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 16; RG. 3./5. 81 C. 4 145. N. M. für den Fall des Ablebens Binding Handb. I 630 und, in offenbarem Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung, auch mit BGB. §§ 1682, 1683, 1686, 1893, 1908 unvereinbar, RG. 20./2. 02 C. 35 131, 10./4. 05 C. 38 34.

4. Bei einem Neueintritt in die Berechtigung muß der Eintretende sich die Rechtslage gefallen lassen, wie er sie von seinem Vorgänger überkommt.

a) Wenn der Minderjährige das achtzehnte Lebensjahr vollendet, nachdem sein gesetzlicher Vertreter die Frist bereits versäumt hat, so ist die Antragsberechtigung auch für ihn erloschen: Finger I 199, Frank N. IV 1, Meyer-Alsfeld 250, Olshausen N. 20 a α , Oppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 7./12. 81 C. 5 190. N. M. Binding Handb. I 628 N. 11.

Hat die Frist in der Person des Vertreters noch nicht begonnen, so läuft sie für den Minderjährigen voll, und zwar, wenn er die erforderliche Kenntnis schon vorher hatte, vom ersten Tage des neunzehnten Lebensjahres, wenn er sie erst an einem späteren Tage erlangt, von diesem an: Olshausen N. 20 a β .

Hat die Frist schon in der Person des Vertreters begonnen, so hat der Minderjährige noch den Rest der Frist: Frank N. IV 2, Meyer-Alsfeld 250; RG. 4./12. 93 C. 24 427. Dagegen sprechen Finger I 199, Olshausen N. 20 a β und Oppenhoff-Delius N. 17 ihm die vollen drei Monate zu. Sie gründen diese Ansicht darauf, daß das Recht des Minderjährigen ein selbständiges sei, also auch die ganzen drei Monate umfasse, aber dies gilt unbeschränkt zwar auf den Fall, daß beide Berechtigte die Kenntnis erst nach vollendetem achtzehnten Lebensjahr des Minderjährigen erhalten, vermag aber mangels einer entsprechenden positiven Bestimmung nicht den Umstand zu annullieren, daß schon vorher in der Person des den Verletzten unbeschränkt vertretenden gesetzlichen Vertreters der Fristenlauf begonnen hatte. Wenn endlich Frank, Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. D., Meyer-Alsfeld 253 die Frist bis zu dem Tage ruhen lassen, an welchem der Minderjährige die Kenntnis erlangt, so mangelt auch für diese Ansicht der gesetzliche Anhalt.

b) Dieselben Grundsätze gelten für den geschäftsunfähigen Verletzten, wenn er geschäftsfähig, und

c) für den Vertreter, wenn ein Geschäftsfähiger geschäftsunfähig wird.

d) Sie gelten ebenfalls, wenn ein Wechsel in der Person des Vertreters stattfindet: Finger I 200, Frank N. IV 2, Meyer-Alsfeld 253, Olshausen N. 20 b, Oppenhoff-Delius N. 16. Wenn Binding Handb. I 630, v. Liszt 196 N. 7 (nur für den an Stelle des gesetzlichen Vertreters zum Zwecke der Antragstellung ernannten Pfleger), Meyer-Alsfeld 253 und Rüdorff-Stenglein N. 10 die Frist an dem Tage beginnen lassen, an welchem der Vertreter die erforderliche Kenntnis erhält, so ist dies, wie ad a schon bemerkt, irrig.

e) Ist der gesetzliche Vertreter rechtlich an der Antragstellung verhindert, so läuft für den ad hoc bestellten Pfleger die volle Frist von dem Tage seiner, des Pflegers, Kenntnis an, jedoch nicht vor dem Beginn seines Amtes: v. Liszt a. a. D., Olshausen N. 20 c; nach RG. 7./12. 81 C. 5 191 nur, wenn der gesetzliche Vertreter selbst der Täter ist, eine von Rüdorff-Stenglein N 10 mit Recht bekämpfte Unterscheidung.

5. Wegen der Zurücknahme des Antrages siehe oben § 64 N. 2.

6. Die Frage, ob der nach BGB. § 1910 bestellte Pfleger eines Gebrechlichen, Abwesenden, der Leibesfrucht, eines unbekanntem Beteiligten neben bzw. für den Pflegenden den Antrag stellen kann, ist mit Binding Handb. I 222, Frank N. II Abf. 3 (wegen des Gebrechlichen, zweifelhaft wegen des Abwesenden), Meyer-Alsfeld 250 N. 29, Olshausen N. 16 im Wege der Analogie zu bejahen. Dagegen kann der gesetzliche Vertreter einer nicht geschäftsunfähigen, sondern nur

— wegen Geisteschwäche, Verschwendung, Trunksucht — in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person den Strafantrag nicht aus eigenem Recht, sondern nur im Namen und aus dem Rechte des Vertretenen stellen, nach der Weise eines Generalbevollmächtigten: RG. 18./1. 01 C. 34 98; vgl. oben § 61 N. 4 o.

§ 66.

Durch Verjährung wird die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung ausgeschlossen.

1. Die Bestimmung des § 66 bedarf an sich keiner weiteren Erörterung, aber auch hier, wie zu § 61 bei dem Strafantrage, fragt es sich, ob das Institut der Verjährung dem materiellen Recht oder dem Strafprozeß angehört. Bei der Beantwortung der Frage gehen die Ansichten durcheinander und hat die Praxis des Reichsgerichts geschwankt. Eine Übersicht der bunten Theorie und Praxis gibt Olshausen zu § 66 N. 2 ff.

a) Die Verjährung der Strafverfolgung.

Durch diese wird das begangene Delikt weder nach seinem objektiven noch nach seinem subjektiven Tatbestande aufgehoben, d. h. ungeschehen gemacht. Daher ist bei einer Mehrheit von Beteiligten die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit des einen Beteiligten, z. B. des Haupttäters, ohne Einfluß auf die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit des anderen: des Mittäters, Anstifters oder Gehilfen, wie das Gesetz selbst in § 68 Abs. 2 anerkennt: RG. 14./6. 83 C. 9 10. Daß für die zivilistischen Folgen die strafrechtliche Verjährung ohne Wirkung ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Ebenjowenig wird durch sie die Strafe aufgehoben. Weder die erkannte, weil sie ja noch nicht erkannt ist, noch die angedrohte, weil die abstrakte Strafandrohung des Gesetzes, also das Gesetz überhaupt nicht erlischt. „Die Strafe kann überhaupt nicht „verjähren, da sie vor ihrer Vollstreckung noch nichts Reales ist“ (Werner 325). Was durch die Verjährung erlischt, ist das Recht und die Pflicht der Organe der Strafrechtspflege, das Gesetz auf den konkreten Fall anzuwenden.

Wird nun aber gefragt, wodurch dieses Recht, diese Pflicht erlischt, so kann die Antwort keine andere sein als: dadurch, daß der aus dem Delikt erwachene strafrechtliche Anspruch erloschen ist. Die Folge des Eintritts der Verjährung ist nicht sowohl der Wegfall einer prozeßualen Verurteilung für die Statthaftigkeit der Strafverfolgung, als vielmehr der Wegfall des materiellen Rechts des Staates zur Strafverfolgung, des staatlichen Strafanspruches selbst und damit der Strafbarkeit der an sich von dem Gesetze unter Strafe gestellten Tat. Die Gesetzesvorschriften, welche als die Folge des Zeitablaufes den Wegfall dieses Strafanspruches und der Strafbarkeit der Tat anordnen, gehören deshalb als solche dem materiellen Rechte an. Folgerichtig ist bei einem Wechsel der Gesetzgebung dasjenige Gesetz das mildeste, welches die Verjährung überhaupt oder kürzere Fristen, leichter zu erfüllende Bedingungen anordnet, vgl. § 2 N. 12 Abs. 4. Mit dieser Ansicht stimmen überein Werner 319, Finger I 575, Frank N. II, v. Liszt 290, Meyer-Malfeld 262 N. 2, 269, Olshausen N. 4, Schütze 211; RG. 8./10. 83 C. 12 434, 13./3. 08 C. 41 167.

Daraus, daß nach dem Wortlaut des § 66 durch die Verjährung „die Strafverfolgung ausgeschlossen“ ist, mit Frank N. II und Olshausen N. 2, 5 zu folgern, daß die Verjährung auch einen strafprozessualen Charakter habe, liegt kein Grund vor. Abgesehen davon, daß § 66, wie Binding Grundr. 302 richtig bemerkt, ganz überflüssig ist, könnte man mit gleichem Zug jede Bestimmung des Besonderen Teils für strafprozessualisch erklären, denn wenn das Gesetz den Diebstahl nicht mit Strafe bedroht, ist jede Strafverfolgung wegen Diebstahls ausgeschlossen. Keine einzige der aus diesem strafprozessualen Charakter gezogenen Folgerungen berührt übrigens das materielle Strafrecht, alle gehören dem Strafprozeß an. Dies gilt auch bezüglich der Frage, ob, wenn das Delikt verjährt ist, der Richter auf Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder auf Einstellung des Verfahrens — beides läuft auf dasselbe hinaus! — oder auf Freisprechung zu erkennen hat. Bei jeder Formulierung kam der Grund in dem Tenor und muß in der Begründung des Tenors angegeben werden. Die überwiegende Ansicht und auch die bisherige Praxis des Reichsgerichts verlangt Freisprechung. Auf StPD. § 259 Abs. 2 kann man sich nicht dafür berufen, denn Abs. 2 sagt nicht, daß nur in den darin vorgesehenen Fällen die Einstellung auszusprechen sei. Gegen die überwiegende Ansicht spricht nicht bloß der Umstand, daß nach dem Geiste der deutschen Sprache ein Freisprechen nicht bloß ein Frei von Strafe, sondern auch ein Frei von Schuld bedeutet, und daß durch sie im Falle des § 190 Satz 2 dem Angeklagten der Wahrheitsbeweis abgeschnitten ist, worüber allerdings wiederum gestritten wird. Daher ist die Ansicht richtiger, daß nicht freizusprechen, sondern die Verfolgung für unsatthaft zu erklären oder das Verfahren einzustellen ist. Derselben Ansicht sind Frank N. II, Olshausen N. 8, Lppenhoff-Delius N. 8, Müdorff-Stenglein N. 4 und jetzt auch RG. 3./3. 08 C. 41 152, 13./3. 08 C. 41 167. Auch im Militärstrafrecht wird

nach MitStGD. § 314 Abs. 2 wegen des vom Gesetz gebrauchten Ausdrucks „insbesondere“ auf Einstellung des Verfahrens erkannt.

b) Die Verjährung der Strafvollstreckung ist weder eine Verjährung des Delikts, da sie umgekehrt seine rechtkräftige Konstatierung zur Voraussetzung hat, noch eine Verjährung der Strafe, wie die §§ 36, 38 Abs. 3 beweisen, sondern ebenfalls ein Erlöschen des durch die Vollstreckung zu realisierenden staatlichen Strafanspruchs. „Das Recht der Urteilsvollstreckung ist „in der That nichts anderes als das materielle Strafrecht“ (Frank N. II). Hierbei bleibt die Tatsache der Begehung des Delikts und der rechtkräftigen Verurteilung bestehen, kommt also z. B. bei der Beurteilung eines anderen Delikts als eines Kollektivdelikts, als Strafzumessungsgrund bei der Aburteilung eines anderen Delikts, bei der Führung des Wahrheitsbeweises nach § 190 in Betracht.

2. Die Verjährung in beiden Erscheinungsformen ist ein Institut des öffentlichen Rechts, durch welches der staatliche Strafanspruch beseitigt, also Recht und Pflicht der Organe der Strafgerichtsbarkeit zum Einschreiten aufgehoben wird. Daher ist sie in allen Stadien des Verfahrens von Amtswegen zu berücksichtigen, und der Täter kann nicht auf ihre Wirkungen verzichten.

3. Die Materie der Verjährung ist in dem StGB. erschöpfend behandelt, so daß die Landesgesetzgebung nur auf dem ihr zur selbstständigen Regelung überlassenen Gebiete zu abändernden Bestimmungen befugt ist, in Ermangelung solcher allerdings die rechtsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen: Oshausen N. 3, Dppenhoff-Delius § 68 N. 1, 41, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze 282, Schütze 209; RG. 24./3. 81 C. 4 216. Dagegen sind Binding Handb. I 313, Grundr. 302 und Frank N. III, CG. § 2 N. VI der Meinung, daß „alle partikularrechtlichen „Abweichungen von den Sätzen der §§ 66—72 nichtig sind“.

§ 67.

Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt,
wenn sie mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht
sind, in zwanzig Jahren;
wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren
als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in funfzehn Jahren;
wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht sind, in zehn
Jahren.

Die Strafverfolgung von Vergehen, die im Höchstbetrage mit einer längeren
als dreimonatlichen Gefängnisstrafe bedroht sind, verjährt in fünf Jahren,
von anderen Vergehen in drei Jahren.

Die Strafverfolgung von Übertretungen verjährt in drei Monaten.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen
ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges.

1. Die drei ersten Absätze behandeln die Dauer, der vierte den Beginn der Verjährungsfrist.

Für die Bestimmung der Verjährungszeit wird rein bei den Übertretungen, mit einer weiteren Unterscheidung nach der Höhe der angedrohten Strafe bei den Verbrechen und Vergehen die in § 1 getroffene Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen zugrunde gelegt. Weil das Gesetz in § 1 die Klassifikation der Delikte nicht von der im konkreten Falle verwirkten, sondern lediglich von der für das Delikt angedrohten höchsten Strafe abhängig macht (vgl. § 1 N. 2a), so bestimmt sich auch die Verjährungsfrist nach der für das betreffende Delikt angedrohten Strafe, ist also in allen Fällen deren Maximum maßgebend: Berner 320, Binding Handb. I 843 und Grundr. 302, Frank N. I 1, Hälshner I 696, v. Liszt 291, Merkel 245, Meyer-Wisfeld 265, Oshausen N. 2, Dppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 209, Wachenfeld N. II 292, v. Wächter 209.

Hieraus ergibt sich, daß die Annahme mildernder Umstände, weil diese als eine Erweiterung des regelmäßigen Strafrahmens nach unten hin wohl auf die richterliche Bemessung der im konkreten Fall verwirkten, nicht aber auf die Höhe der vom Gesetz angedrohten ordentlichen Strafe von Einfluß sind, bei der Bestimmung der Verjährungsfrist nicht in Betracht kommt. N. N. sind Berner 320, Schütze 209 N. 17 und v. Schwarze N. 3.

Aus demselben Grunde kommt nicht in Betracht das jugendliche Alter (§ 57), indem bei diesem lediglich ein auf der Person des Täters beruhender subjektiver Grund für die Verhängung der

milderen Strafe maßgebend ist. Zudem kann hier der Richter auf eine Strafe — den Verweis — erkennen, welche bei keinem Delikt „angedroht“ ist. Hiermit stimmen überein Frank N. I 2, Geyer I 196, Hälschner I 697, Heinze S. 5. II 616, v. Liszt 291, 119, Mertel 245, 49, Meyer-Altfeld 265, Olshausen N. 2d, Oppenhoff-Delius N. 1 und § 1 N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Wächter 306; RG. 22./11. 80 C. 3 52. N. M. sind Berner 320, Binding Handb. I 843 und Grundr. 303, Finger I 578, Schütze 209 N. 17.

Dagegen sind die vom Gesetz aufgestellten besonderen Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe maßgebend. Dahin gehört auch der Rückfall, wie allgemein anerkannt wird; a. M. nur Hälschner I 697.

Auch die Strafmilderungen bei Versuch und Beihilfe sind allgemeine Erweiterungen des regelmäßigen Strafrahmens nach unten hin, so daß für die Dauer der Verjährungsfrist der nicht verminderte Strafrahmen entscheidet, diese Dauer sich bei dem Versuch nach dem vollendeten, bei der Beihilfe nach dem Hauptdelikt bemißt. Diese Konsequenz wird jedoch nur von v. Liszt 291 gezogen, wogegen die herrschende Lehre, sich selbst widersprechend, — Frank, Olshausen und Oppenhoff-Delius von ihrem Standpunkt aus allerdings ebenfalls konsequent, vgl. § 1 N. 2c Abs. 2 — die Verjährungsfrist nach der milderen Strafe des § 44 bemißt. Die sich hieraus ergebende zeitliche Differenz ist freilich, was v. Wächter 306 als Grund für die herrschende Ansicht anführt, mit der Ausnahme keine erhebliche oder überhaupt keine, daß, wo Tod oder lebenslängliches Zuchthaus auf die vollendete Tat gesetzt sind, für den Versuch nach § 67 Abs. 1 nicht 20 Jahre, sondern 15 Jahre die Frist bilden.

Vgl. zu diesen Erörterungen die Ausführungen § 1 N. 2.

Im Fall der Idealkonkurrenz (§ 73) wird die Verfolgbarkeit der Tat aus einem der mehreren rechtlichen Gesichtspunkte nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie, aus einem der anderen Gesichtspunkte betrachtet, verjährt ist: Olshausen § 73 N. 36b, Oppenhoff-Delius N. 21, Rüdorff-Stenglein § 73 N. 23, v. Wächter 308; RG. 23./6. 82 C. 6 371, 30./11. 94 C. 26 261, 3./1. 07 C. 39 353.

„Liegt Realkonkurrenz vor, so bestimmt sich die Verjährungsfrist nicht nach dem Höchstbetrag der zulässigen Gesamtsstrafe, sondern jedes Verbrechen hat seine besondere, lediglich nach „seiner eigenen Schwere zu bemessende Verjährungszeit“ (Binding Grundr. 303).

2. Die Aufzählung in Abs. 1—3 gibt in mehreren Punkten zu Bedenken Anlaß.

Zunächst weil die lebenslängliche Festungshaft nicht genannt ist. Das StGB. droht sie nur wahlweise mit lebenslänglichem Zuchthaus an, so daß bei den betreffenden Delikten (§§ 81, 88, 94) die Verjährungsfrist eine zwanzigjährige ist. Es ist aber möglich, daß sie in Nebengesetzen ausschließlich angedroht wird, und sie wird es im MilStGB.; deshalb muß eine bestimmte Entscheidung getroffen werden. Diese lautet dahin, daß die lebenslängliche Festungshaft eine Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer ist, somit die Verjährungsfrist funfzehn Jahre beträgt: Finger I 576, Hälschner I 697 N. 2, v. Liszt 291, Meyer-Altfeld 264 N. 19, Olshausen N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 3. Dagegen nehmen Binding Handb. I 844 und Grundr. 302 und Herz-Ernst 68 N. 1 (widerspricht sich 312 N. 2) eine zwanzigjährige Dauer an, weil Abs. 1 N. 2 nur von zeitiger Freiheitsstrafe spreche, — was ja eben das *thema probandum* ist; zutreffender wäre die analoge Heranziehung von § 70 Nr. 1. Berner 320 meint nur, „der Gesetzgeber würde auch hier wohl die Frist von 20 Jahren angeordnet haben“, wenn er nämlich die lebenslängliche Festungshaft nicht vergessen hätte.

Ferner ist nicht genannt das im MilStGB. vorkommende lebenslängliche Gefängnis. Auch bei diesem muß man gegen Binding und Herz-Ernst a. a. O. die funfzehnjährige Dauer annehmen.

Zu den „anderen“ Vergehen des Abs. 2 gehören auch die mit Festungshaft bedrohten Vergehen, so daß die Verjährungsfrist stets drei Jahre beträgt, mag auch die angedrohte Strafe drei Monate übersteigen. Ebenso die allein oder neben einer drei Monate nicht übersteigenden Gefängnisstrafe mit Geldstrafe bedrohten Vergehen, auch wenn die der Geldstrafe im Nichtbeitreibungsfalle zu substituierende Gefängnisstrafe mehr als drei Monate betragen kann: Binding Handb. I 845, Frank N. I 5, Geyer I 195, v. Liszt 291, Meyer-Altfeld 264 N. 20, Olshausen N. 4b; RG. 27./1. 80 C. 1 167. Finger I 576 will den Höchstbetrag der zu substituierenden Freiheitsstrafe zugrunde legen.

Über die Verjährung der Buße siehe unten zu § 188 N. 2o.

Abs. 3 gilt auch für diejenigen landesrechtlichen Übertretungen, welche mit Geldstrafe von mehr als 150 M bedroht sind (§ 1 N. 2e, 4); RG. 4./1. 94 C. 25 54.

Die Verfolgung der Majestätsbeleidigung in den Fällen der §§ 95, 97, 99, 101 verjährt nach dem Gesetz v. 17. Febr. 1908 — oben I 17 C. 26 — in sechs Monaten.

Die Bestimmungen des § 67 werden ergänzt durch:

„Gesetz über die Presse. Vom 7. Mai 1874 (RGBl. 65).

„§ 22.

„Die Strafverfolgung derjenigen Verbrechen und Vergehen, welche durch die Verbreitung von Druckschriften strafbaren Inhalts begangen werden, verjährt in sechs Monaten.

Durch diese Vorschrift wird unter der gegebenen Voraussetzung die regelmäßige Verjährungszeit bei vielen Delikten abgekürzt. Der Tatbestand des Delikts muß aber durch den Inhalt der Druckschrift begründet sein. Dies ist nur bei solchen Delikten möglich, deren Tatbestand durch den Inhalt des gedruckten Wortes erschöpft wird, z. B. den Delikten der §§ 85, 95, 97, 99, 101, 102, 110, 112, 130, 166, 185, 186. Somit sind solche Delikte ausgeschlossen, deren Tatbestand erst durch den Eintritt eines weiteren, von der Wirkung des gedruckten Wortes abhängigen Erfolges vollendet wird, wie z. B. Nötigung und Erpressung. RG. 28./2. 99 C. 32 69, 3./4. 00 C. 33 230.

Wegen der Verjährung gewisser Defrauden vgl. CG. § 7.

2. Nach Abs. 4 beginnt die Verjährung mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges. Der Tag, an welchem die Handlung begangen wird, ist der erste Tag, wird also mitgerechnet, und die Frist erreicht ihr Ende mit dem Beginn des ihrem Anfangstage entsprechenden Kalendertages, also um Mitternacht vor dem die gleiche Zahl tragenden, wenn dieser Tag aber in dem Schlußmonat fehlt, vor dem letzten Tage des Monats (BGB. §§ 187, 188).

Ist dies klar, so ist um so bestrittener die Frage, was unter „Handlung“ zu verstehen sei, ob lediglich die äußere Betätigung des Willens oder die strafbare Handlung in ihrer Totalität mit Ausnahme des — erst später eintretenden — Erfolges. Nach der einen Ansicht ist unter Handlung eben nur die Tätigkeit selbst anzusehen, mit Ausschluß der sog. Zwischenwirkungen (vgl. oben § 3 Nr. 6): Frank N. II, Finger I 579, Hälschner I 698, v. Liszt 291, Meyer-Wilfeld 265. Dagegen geht die andere, insbesondere vom Reichsgericht approbierte Ansicht dahin, daß unter Handlung die Rechtsverletzung in ihrer objektiven Gestalt zu verstehen ist, also sämtliche Umstände vorhanden sein müssen, mit deren Zusammentreffen das Delikt in seinem gesetzlichen Begriffsmerkmalen vorliegt: Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 30./12. 81 C. 5 282, 5./12. 90 C. 21 228, 30./11. 94 C. 26 261, 3./4. 00 C. 33 230, 28./11. 07 C. 40 402, 29./1. 09 C., 42 171. Gestützt wird diese zweite Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des Abs. 4 und auf die Terminologie des StGB., nach welcher unter Handlung regelmäßig die strafbare Handlung zu verstehen ist. Nach ihr beginnt bei solchen Handlungen, welche erst durch den Eintritt eines Erfolges zu strafbaren werden — z. B. fahrlässige Brandstiftung, RG. 30./11. 94 C. 26 261 — die Verjährungsfrist mit dem Eintritt dieses Erfolges, wogegen unter Erfolg im Sinne des Abs. 4 nur derjenige zu verstehen ist, welcher lediglich für die Vollendung oder zur Begründung eines strafserhöhenden Umstandes erfordert wird.

Gegen diese von dem RG. in dem Urteil v. 30./12. 81 ausführlich begründete Ansicht spricht aber ihre Künstlichkeit, während die erste Ansicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes gemäß ist. Auf den Erfolg kommt es also niemals an, er mag näher oder entfernter sein, sondern nur auf die Tätigkeit, und wenn beide zeitlich auseinanderfallen, beginnt die Verjährungsfrist nicht erst mit dem verursachten Erfolg, sondern mit der verursachenden Tätigkeit.

3. Die Verjährungsfrist beginnt — unangesehen den Erfolg — an dem Tage, an welchem die Handlung begangen, also die Tätigkeit abgeschlossen ist, einerlei ob es sich um Vollendung oder um Versuch handelt: RG. 2./11. 83 C. 9 152. Setzt die Handlung sich aus mehreren Einzelakten zusammen, so müssen alle Akte, bei den qualifizierten Delikten der qualifizierende Umstand vorliegen: RG. 11./5. 82 C. 5 294. Ebenso müssen diejenigen besonderen Umstände eingetreten sein, welche, auch ohne zu der Handlung oder zu dem Erfolge zu gehören, Vorbedingungen für die Existenz gewisser Delikte bilden, so beim Bankrott die Konturserkennung oder Zahlungseinstellung: Olshausen N. 11b und die dortigen Zitate, auch Binding Lehrb. I 427 ff. Bei den Unterlassungsdelikten beginnt die Frist, wenn die gebotene Handlung schließlich vorgenommen ist, also die Unterlassung aufgehört hat, oder wenn die Zeit abgelaufen ist, innerhalb deren sie vorgenommen werden konnte und sollte, bei den Kommissivdelikten per omissionem, wenn die Unterlassung endigt oder der Erfolg eintritt, durch welchen die Beendigung herbeigeführt wird: Binding Handb. I 840 und Grundr. 306, Finger I 581, Geher I 19, Hälschner I 699, Heintze H. H. II 617, v. Liszt 292, Meyer-Wilfeld 266, Olshausen N. 13, Oppenhoff-Delius N. 8, 8a.

Bei den Antrags- und Ermächtigungsdelikten ist die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs nicht bloß durch eine an sich strafbare Handlung, sondern auch durch den Antrag und die Ermächtigung bedingt, so daß vor deren Stellung und Erteilung ein Verfolgungsrecht nicht besteht. Gleichwohl beginnt nach der positiven Bestimmung des § 69 Abs. 2 die Verjährungsfrist an dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, also vor entstandenem Verfolgungsrecht. Vgl. Binding Grundr. 306.

Bei den Dauerdelikten beginnt die Frist mit dem „endlichen Abbruch der verbrecherischen „Tätigkeit“ (Binding Grundr. 305), wie allgemein anerkannt wird: 2./11. 83 C. 9 152. Ebenso

bei den Kollektivdelikten mit dem letzten Akt der geschäfts-, gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Tätigkeit: RG. 4./6. 83 C. 8 390; eine „stückweise Verjährung“ nehmen an Binding Handb. I 836 und Grundr. 305, Heinze S. 5. II 617, v. Wächter 309. Bei dem fortgesetzten Delikt ergeben die einzelnen Akte jeder für sich den vollen Tatbestand des Delikts, werden aber begrifflich zu einem Delikt zusammengefaßt, dessen Verjährung mit der Vollenbung des letzten Aktes beginnt; so die allgemeine Ansicht und RG. 19./6. 82 C. 6 412, 4./6. 83 C. 8 390, 3./3. 84 C. 10 203, 25./5. 86 C. 14 145, 2./4. 94 C. 25 206, 26./2. 06 C. 38 387; a. M. Heinze und v. Wächter a. a. O.

4. Bei der Mittäterschaft ist die Tätigkeit jedes einzelnen Mittäters, soweit nicht ein Erzeß vorliegt, allen anderen Mittätern zuzurechnen. Folgerichtig beginnt die Verjährungsfrist für alle Mittäter mit Beendigung des letzten Aktes der gemeinschaftlichen Tätigkeit, einerlei welcher Mittäter diesen Akt setzt: Binding Handb. I 839 und Grundr. 303, Olshausen N. 16 b, Oppenhoff N. 10, Schütte 209; a. M. Frank N. II Abf. 3, Hälschner I 700, Meyer-Malfeld 193, 266.

Anstiftung und Beihilfe sind, von positiv-gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, strafrechtlich indifferente Akte und werden zu strafbaren Handlungen erst durch die Handlung des Haupttäters, mit deren Verübung daher ihre Verjährung beginnt, nur daß, wenn der Gehilfe eintritt, nachdem der Haupttäter gehandelt hat, die Verjährung erst mit Beendigung der letzten Beihilfehandlung anfängt. So Binding Handb. I 480 und Grundr. 306, Geyer I 197 und S. 5. II 375, 402, Heinze S. 5. II 617, Olshausen N. 16 c, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütte 209, v. Schwarze N. 5 (nicht betr. der Beihilfe), v. Wächter 308 (ebenso); RG. 30./12. 81 C. 5 282, 26./10. 97 C. 30 300. N. M. Finger I 579, Frank N. II Abf. 3, Hälschner I 700, v. Liszt 292, Meyer-Malfeld 266.

5. Die Bestimmungen über den Beginn der Verjährungsfrist, welche sich in mehreren anderen Gesetzen finden, werden natürlich von § 67 nicht berührt. Vgl. z. B. MilEtGB. § 76 und Seemannsordnung § 121.

§ 68.

Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung.

Die Unterbrechung findet nur rücksichtlich desjenigen statt, auf welchen die Handlung sich bezieht.

Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

1. Die Verjährungsfrist ist ein *tempus continuum* in dem Sinne, daß sie ohne Rücksicht auf die tatsächliche Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung beginnt und läuft. Das Gesetz kennt nur die Unterbrechung und das Ruhen der Verjährung.

In § 68 wird die Unterbrechung geregelt. Im Gegensatz zu dem bloßen Ruhen wird die Verjährung unterbrochen, wenn durch eine vor ihrem Ablauf eintretende Tatsache ihr Lauf mit der Wirkung gehemmt wird, daß der bis dahin abgelaufene Teil der Verjährungszeit nicht mehr in Betracht kommt. Hierbei untersteht die neue Verjährung den gleichen Vorschriften wie die ursprüngliche, beginnt insbesondere trotz des Wortlautes „nach der Unterbrechung“ nicht, wie Binding Handb. I 853, Heinze S. 5. II 625 N. 16, v. Wächter 311 wollen, am nächsten Tage, sondern an demselben Tage, an welchem die richterliche Handlung beendet ist: Finger I 585, Frank N. IV, Meyer-Malfeld 268 N. 48, Olshausen N. 21 a, Rüdorff-Stenglein N. 17; RG. 25./5. 82 C. 6 381, 19./10. 85 C. 13 57. Jede neue Verjährung kann ebenfalls unterbrochen werden: Binding Handb. I 853, Hälschner I 702 N. 4, Meyer-Malfeld 268, Olshausen N. 21 b, v. Wächter 311; a. M. Berner 323. Es ist also möglich, daß die Verjährungsfrist niemals abläuft, und wirklich wird dieses Ziel von der Praxis jedenfalls bei den schwereren Delikten erstrebt, noch mehr allerdings bei der Verjährung der Strafvollstreckung. Wenn Frank N. I behauptet, daß diese Art der Gesetzesanwendung mit der Würde der Justiz wenig verträglich, hinterhältig, unaufrichtig sei, so sind solche beleidigenden Äußerungen mindestens sehr übereilt.

Wie die Verjährung selbst — § 66 N. 3 —, so ist auch ihre Unterbrechung in allen Stadien des Verfahrens von Amtswegen zu berücksichtigen, ohne daß einen Prozeßbeteiligten eine Weislast trifft: Olshausen N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 19; RG. 8./10. 85 C. 12 434, 19./10. 85 C. 13 57.

2. Die Unterbrechung erfolgt durch eine Handlung des Richters, welche wegen dieser Tat gegen den Täter gerichtet ist, also in einem Strafverfahren stattfindet. Hiernach ist unter dem Richter nur der Richter in seiner Eigenschaft als Strafverfolgungsbehörde, der Strafrichter zu verstehen, so daß z. B. durch eine von dem Zivilrichter auf Eruchen der Staatsanwaltschaft aus den Zivilprozeß-, Vormundschafts-, Grundakten usw. erteilte Auskunft die Verjährung

nicht unterbrochen wird: Werner 322, Binding Grundr. 307, Finger I 582, Frank N. II 1, Hälschner I 700, Meyer-Altfeld 267, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schüge 210, v. Wächter 311; RG. 8./12. 96 C. 29 234. Gemeint ist ferner der inländische, d. h. ein solcher Richter, dem das Richteramt von dem Reich oder einem Bundesstaat einschließlich Etsch-Verträgen übertragen ist, mag auch sein Amtssitz im Auslande sein: Meyer-Altfeld 267/268, Olshausen N. 6. Daher wird im Falle des § 37 die Verfolgung im Inlande zwar durch den Ablauf der Verjährungsfrist verhindert, nicht aber die Verjährung durch die ausländische Verurteilung unterbrochen. Da das Reichsgebiet strafrechtlich als ein einheitliches gilt, wird durch die Handlung eines Territorialrichters die Verjährung auch dann unterbrochen, wenn die Aburteilung in einem anderen Bundesstaate erfolgt: Heinze S. S. II 613, Olshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schüge 211 N. 28, v. Wächter 310; a. M., wenn es sich um ein Territorialgesetz handelt, Binding Handb. I 849, Finger I 582 N. 737, Hälschner I 701. Der Handlung des Richters steht es gleich, wenn in seinem Auftrage oder auf sein Ersuchen die betreffende Handlung von einer nichtrichterlichen Behörde, insbesondere den ihm unterstellten Organen, vorgenommen wird: Binding Handb. I 850, Frank N. II Abs. 1, Meyer-Altfeld 267, Olshausen N. 6 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 9, v. Wächter 310; a. M. Oppenhoff-Delius N. 15. Um so mehr gilt dies, wenn die ersuchte Behörde selbst ein Richter, und zwar auch dann, wenn sie ein ausländischer Richter ist: Binding, Meyer-Altfeld, Olshausen, Oppenhoff-Delius, v. Wächter a. a. O.; RG. 11./5. 86 C. 14 134.

3. Richter im Sinne des § 68 ist nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen im einzelnen Falle entweder eine einzelne Person oder das Gericht als solches.

Daß die unterbrechende Handlung in einem gerichtlichen Strafverfahren erfolge, ist nicht erforderlich; auch eine auf Requisition einer Verwaltungsbehörde vorgenommene richterliche Handlung unterbricht die Verjährung: RG. 11./5. 86 C. 14 134, 14./1. 89 C. 18 401.

Nur die Handlung des Richters bewirkt die Unterbrechung. Die Verjährung wird also nicht unterbrochen durch Handlungen der Staatsanwaltschaft, durch Stellung eines Strafantrages, Erteilung einer Ermächtigung, Erhebung der Privatklage, Handlungen polizeilicher oder sonstiger Administrativbeamter. Hieron gibt es jedoch mehrere gesetzliche Ausnahmen.

Zunächst wirken die Strafverfügungen der nach den landesgesetzlichen Bestimmungen zu ihrem Erlaß befugten Polizeibehörden (StP.D. § 453) und die Strafbescheide der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle (StP.D. § 459) auf die Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung, wenn sie den gesetzlichen Vorschriften über ihren Inhalt genau entsprechen.

Ebenso wird nach Seemannsordnung § 123 die Verjährung durch den Strafbescheid des Seemannsamtes unterbrochen.

Sie wird ferner nach dem Ges. v. 10. Juni 1869, betr. die Wechselstempelsteuer, §§ 17, 20 unterbrochen durch jede auf Verfolgung der Hinterziehung gegen den Angeeschuldigten gerichtete Handlung eines wenigstens im allgemeinen zuständigen Beamten.

Im Bereiche der militärischen Strafgerichtsbarkeit ist nach CG. z. MilStGW. § 10 eine richterliche Handlung im Sinne des § 68 jede Handlung, welche von dem Gerichtsherrn, dem untersuchungsführenden und dem die Anklage vertretenden Richtersoffizier, Kriegsgewichtsrat oder Oberkriegsgewichtsrat, sowie in den Fällen CG. z. MilStGW. § 3 von Disziplinarvorgesetzten wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtet wird.

Andere Ausnahmen oder Erweiterungen kennt das Gesetz nicht. Daher wird eine Verwaltungsbehörde nicht schon dadurch, daß sie Strafgerichtsbarkeit besitzt, zu einem Richter im Sinne des § 68, so daß jeder ihrer richterlichen Akte die Verjährung unterbräche: Frank II Abs. 1, Meyer-Altfeld 267, Olshausen N. 5a; RG. 7./2. 98 C. 31 9, 9./12. 98 C. 31 370. A. M. sind Binding Handb. I 850, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 1, v. Wächter 310.

4. Der Richter muß Strafrichter, also überhaupt zur strafrechtlichen Verfolgung von strafbaren Handlungen und insbesondere zur Vornahme einer Handlung der betreffenden Art zuständig sein. Dies ist erforderlich, aber auch genügend, indem der Richter für den Einzelfall weder sachlich noch örtlich zuständig zu sein braucht. Dies wird für die örtliche Zuständigkeit durch StP.D. § 20 außer Zweifel gestellt, weil nach dieser Bestimmung die einzelnen Untersuchungshandlungen eines örtlich unzuständigen Gerichtes nicht schon dieser Unzuständigkeit wegen ungültig sind. Was die sachliche Zuständigkeit anbetrifft, so ergibt die Entstehungsgeschichte des § 68 aus Preuß. StGB. § 48, daß die richterliche Gewalt als eine einheitliche gedacht ist, ohne daß es auf die Verschiedenheit der sachlichen Befugnis ankommt, mit welcher die verschiedenen strafrechtlichen Gerichtskörper ausgestattet sind. Auch würde sich bei der gegenseitigen Annahme das von Niemandem als richtig anerkannte Resultat ergeben, daß, wenn das erkennende Gericht selbst sich am Schlusse der Hauptverhandlung für unzuständig erklärt oder zwar für zuständig erklärt, aber das Urteil in der höheren Instanz auf Grund der Unzuständigkeit aufgehoben wird, durch die langwierige und umfangreiche

richterliche Tätigkeit die Verjährung gleichwohl nicht berührt würde. Das geltende Prozeßrecht steht nicht auf diesem Standpunkt, denn durch den an die Unzuständigkeitsklärung sich anschließenden Verweisungsbeschluß des unzuständigen Gerichts wird das Hauptverfahren vor dem zuständigen Gericht eröffnet, vgl. StPD. §§ 270, 388, 395. Es kommt noch hinzu, daß die Zuständigkeitsfrage häufig erst im Laufe des Strafverfahrens und nach Vernehmung des Beschuldigten beantwortet werden kann. Hiermit stimmen überein Berner 322, Zinger I 585, Frank N. II 1, Hälschner I 701, Meyer-Walfeld 268, Olshausen N. 17, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schübe 211, v. Schwarze N. 8; RG. 12./1. 85 E. 11 364, 11./3. 86 E. 13 408, 27./5. 88 E. 18 153; a. M. Heinze S. 5. II 623 und wegen der sachlichen Zuständigkeit Binding Handb. I 849 und Grundr. 307, v. Wächter 311.

5. Die Verjährung wird durch jede wegen der begangenen Tat gegen den Täter gerichtete richterliche Handlung unterbrochen, aber nur durch die Handlung selbst, nicht durch ihre Wirkungen, so daß mit dem Abschluß der Unterbrechungshandlung der Lauf der neuen Verjährungsfrist sofort beginnt und möglicherweise abgelaufen ist, ehe die Handlung ihre Wirkung äußert, z. B. wenn der Richter den Verhandlungstermin wegen einer Übertretung über drei Monate hinaus, setzt und in die Zwischenzeit keine weitere Unterbrechungshandlung fällt: RG. 25./5. 83 E. 8 310. Dagegen dauert die durch die Anordnung der Untersuchungshaft bewirkte Unterbrechung solange wie die Untersuchungshaft, weil der Beschuldigte während der Haft unter der beständigen Aufsicht des Richters steht, somit der richterliche Akt sich durch die Haft in äußerlich erkennbarer Weise perpetuiert: Binding Handb. I 853, Heinze S. 5. II 625, Olshausen N. 14, Oppenhoff-Delius N. 15, v. Wächter 310. Das Gleiche hat aus demselben Grunde zu gelten von der auf Anordnung oder mit Bestätigung des Richters erfolgten Beschlagnahme, solange diese nicht ausdrücklich aufgehoben ist. In welcher äußeren Veranlassung die Handlung erfolgt, oder ob es überhaupt nötig ist, daß gerade der Richter die konkrete Handlung vornimmt, z. B. die Vermittlung der Korrespondenz zwischen Staatsanwaltschaft und Polizeibehörde wegen Erledigung von Vernehmungen, ist gleichgültig: RG. 12./1. 85 E. 11 364, 18./6. 08 E. 41 356. Daß der Schuldige von der Handlung Kenntnis erlange, wie Rüdorff-Stenglein N. 9 anzunehmen scheint, ist natürlich nicht erforderlich. Wohl aber muß die Unterbrechungshandlung als solche nach außen in die Erscheinung treten, wenn man nicht schließlich das bloße Studium der Untersuchungsakten für genügend erachten will; auch die Niederschreibung eines Beschlusses in den Akten ohne die für die Bekanntmachung erforderliche Anordnung wäre eine unwirksame Stillübung. Ebenjowenig bewirken eine Unterbrechung solche richterlichen Handlungen, welche lediglich den inneren Dienst betreffen, wie Frank N. II 2c und Olshausen N. 15a mit RG. 26./10. 97 E. 30 300 annehmen. Daß Reproduktionsverfügungen nicht unterbrechende Wirkung haben, räumen Frank a. a. D., Olshausen N. 9a und RG. 6./2. 91 E. 21 308 selbst ein. Das frühere Preussische Obertribunal hat sogar einmal erklären müssen, daß das Aufsetzen des Eingangsvermerkes kein Unterbrechungssakt ist.

In jedem Fall muß die richterliche Handlung eine an sich gesetzlich zulässige sein. Daher wird durch eine vor Stellung des Strafantrages vorgenommene Handlung die Verjährung nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen unterbrochen (oben § 61 N. 6g): Binding Handb. I 852 N. 20 und Grundr. 307, Geher I 200, Olshausen N. 16a, Oppenhoff-Delius N. 11, v. Wächter 311; RG. 13./2. 82 E. 6 37; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7, nämlich daß gemäß § 68 auch vor Stellung des Antrages die Unterbrechung durch jede Handlung erfolgen könne. Eine Unterbrechung der Verjährung vor Erteilung der Ermächtigung ist vom Gesetz nicht zugelassen. Ebenso ist unwirksam eine entgegen Reichsverf. Art. 31, GG. z. StPD. § 6 N. 1 gegen ein Mitglied des Reichstages oder einer territorialen gesetzgebenden Versammlung gerichtete Handlung: Frank N. II 1, Olshausen N. 16b; RG. 24./7. 92 E. 23 184, 9./6. 93 E. 24 205. Da nach GG. § 19 Abs. 2 die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaate beglaubigten Missionen der Gerichtsbarkeit dieses Staates nicht unterworfen sind und daselbe von den Mitgliedern des Bundesrates gilt, welche nicht von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiet der Bundesrat seinen Sitz hat, so kann trotz der Einheitlichkeit des deutschen Strafrechtsgebietes — oben N. 2 — eine Unterbrechung der Verjährung nicht durch den Richter dieses, sondern nur durch den des Heimatsstaates erfolgen.

Hat endlich der Lauf der Verjährungsfrist überhaupt noch nicht begonnen — vgl. § 67 N. 3 —, so kann eine schon jetzt vorgenommene richterliche Handlung nicht unterbrechend wirken, d. h. korrekter gesagt, den Beginn des Laufes der Frist nicht verzögern: Binding Handb. I 834 N. 5, Olshausen N. 16.

6. Wenn das Gesetz verlangt, daß die richterliche Handlung gegen die begangene Tat gerichtet sei, so kann ihre rechtliche Wirkung von der Bezeichnung oder Verüchtigung eines einzelnen für die Strafbarkeit in Betracht zu ziehenden rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunktes nicht abhängiggemacht werden, vielmehr ist unter der begangenen Tat das konkrete, historische Vor-

kommnis, die Rechtsverletzung in ihrer objektiven Gestalt zu verstehen, wodurch der Verdacht der Strafbarkeit hervorgerufen ist: RG. 16./3. 93 E. 24 77, und dieses muß genügend gekennzeichnet sein, während es der juristischen Qualifizierung, insbesondere der Benennung des verletzten Strafgesetzes nicht bedarf: RG. 26./10. 97 E. 30 300. Es ist somit gleichgültig, ob die gleichwohl gegebene juristische Qualifizierung zutrifft, sobald eine Unterbrechung auch dann gegeben ist, wenn das erkennende Gericht später anders qualifiziert: RG. 22./1. 97 E. 29 344. Dies gilt auch dann, wenn die Änderung der rechtlichen Beurteilung einen Gesichtspunkt betrifft, aus welchem wegen Mangels des Strafantrages oder wegen eines anderen prozessualen Hindernisses die Strafverfolgung der gleichen Tat bis dahin unstatthaft war, sofern nur der Richter auf Grund der seitherigen Qualifikation in zulässiger Weise mit der Strafverfolgung befaßt war und die Tat selbst die gleiche geblieben ist: RG. 8./10. 00 E. 33 426. Denn durch jede richterliche Handlung, welche sich auf den Gesamtvorgang bezieht, wird die Verjährung der sämtlichen idealkonkurrierenden Delikte unterbrochen, somit auch die des mit einem Offizialdelikt konkurrierenden Antragsdelikts, selbst wenn bezüglich desselben ein Antrag nicht gestellt ist: Frank N. II 2a, Dshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. cit. und 22./1. 97 E. 29 344. Ob bei der Realkonkurrenz die mit Rücksicht auf das eine der konkurrierenden Delikte erfolgte richterliche Handlung ebenfalls auf die Verjährung der anderen Delikte unterbrechend wirkt, läßt sich nicht mit Dshausen N. 13 allgemein beantworten, sondern es kommt auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles an, vgl. RG. 7./12. 86 E. 15 307. Binding Handb. I 851 und Grundr. 307 und Finger I 584 meinen, daß sowohl bei der Ideal- wie bei der Realkonkurrenz die Handlung stets nur auf dasjenige einzelne Delikt wirkt, gegen welches sie erkennbar gerichtet ist.

Bei den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen — ebenso bei den fortgesetzten — Delikten wird, weil wegen derer einheitlichen Natur die Strafverfolgung alle Einzelfälle umfaßt, die Verjährung wegen aller, also auch wegen derjenigen Einzelfälle unterbrochen, welche dem Richter unbekannt geblieben sind. Nach dem Obigen ist es irrelevant, wenn wegen solcher Delikte die Voruntersuchung eröffnet wird und der erkennende Richter nachher die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit nicht anerkennt. So auch Dshausen N. 11 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 9. Gleichwohl hat das Reichsgericht wegen der dem Richter unbekanntem Einzelfälle die Unterbrechung verneint: RG. 28./4. 06 E. 38 426.

7. Wie aus der Fassung „wegen der begangenen Tat gegen den Täter“ in Verbindung mit Abs. 2 klar hervorgeht, ist das StGB. im Gegensatz zu dem Preussischen StGB. zu dem deutschrechtlichen Grundsatz zurückgekehrt, daß die richterliche Handlung, um die Verjährung zu unterbrechen, gegen eine bestimmte Person gerichtet sein muß, also eine nur auf objektive Feststellungen, auf Erforschung eines noch unbekanntem Täters hinauslaufende gerichtliche Verfügung, somit auch das auf Einzigeung gemäß § 42 gerichtete objektive Verfahren nicht genügt: Hierüber, daß eine bestimmte Person als der begangenen Tat mindestens verdächtig behandelt werden muß, herrscht in Theorie und Praxis Übereinstimmung; vgl. Werner 323, Binding Handb. I 852, Frank N. II 2b, v. Liszt 293, Merkel 245, Meyer-Altfeld 268, Dshausen N. 7, Oppenhoff-Deilus N. 37, Rüdorff-Stenglein N. 9. Allerdings ist die Frage, ob eine bestimmte Person ins Auge gefaßt ist, nicht allein aus dieser Handlung selbst zu entnehmen, sondern im Zusammenhang mit den sonstigen Vorgängen zu bemessen; es ist also eine Tatfrage. Liegt ein Antrag der Staatsanwaltschaft auf Vornahme von Untersuchungshandlungen gegen eine bestimmte Person vor, so sind in Ermangelung einer entgegenstehenden Intention des Richters alle insofern vorgenommenen richterlichen Handlungen als gegen diese Person gerichtet anzusehen, selbst wenn sie zunächst nur den objektiven Tatbestand zum Gegenstand haben: Dshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 11. Hierbei ist, wie Abs. 2 zum Überfluß ergibt, als Täter jeder als Allein- und Mittäter, Anstifter und Gehilfe Beteiligte zu verstehen; somit ist die Ansicht irrig, die Verjährung werde gegen die Teilnehmer nur dann unterbrochen, wenn die unterbrechende Handlung gegen den Haupttäter gerichtet und die Haupttat unmittelbar Gegenstand der Verfolgung sei: vgl. z. B. Frank N. II 2b, Dshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 13; RG. 12./12. 07 E. 41 17, ja sogar der für den wirklichen Täter subsidiär haftende Dritte: RG. 7./6. 83 E. 8 362. Immer ist aber die Handlung nur dann gegen eine bestimmte Person als Täter gerichtet, wenn sie vorgenommen wird, um diese Person strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen; sie muß ein gegen sie gerichteter Akt der Strafverfolgung sein: Binding Handb. I 852, Frank N. II 2c, Dshausen N. 9 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 10. Daher wird die Verjährung nicht dadurch unterbrochen, daß der Täter als Zeuge geladen und vernommen wird, hierbei die Tat eingesteht und deshalb unbeeidigt bleibt: RG. 24./11. 79 E. 2 231. Keine Unterbrechung der Verjährung, weil, wie Dshausen N. 9a mit Recht sagt, das Gegenteil der Verfolgung, ist die Einstellung des Verfahrens wegen Mangels des Strafantrages oder der Ermächtigung.

Als gegen den Täter gerichtet sind nicht nur solche Handlungen anzusehen, welche darauf abzielen, eine Veränderung in der Lage der Untersuchung zum Nachteil des Beschuldigten herbei-

zuführen, sondern überhaupt alle richterlichen Handlungen, welche, veranlaßt durch die Tat und durch die Stellung des Beschuldigten als Täters derselben, auf die Einleitung oder die Fortführung der Untersuchung oder auf die Entscheidung der Sache abzielen. Z. B. :

die Aufhebung einer Hauptverhandlung behufs ihre besseren Vorbereitung durch Herbeischaffung neuer Beweismittel;

eine Verfügung des Vorsitzenden, welche die Ermöglichung der Anberaumung einer anderen Hauptverhandlung bezweckt: RG. 23./10. 93 C. 24 340;

eine Anfrage über den Stand der Sache, von deren Beantwortung die Fortsetzung des Verfahrens abhängt: RG. 16./12. 79;

die Vernehmung des Beschädigten über den objektiven und subjektiven Tatbestand des betr. Delikts, mag sie auch nicht so sehr durch den Zweck der Überführung des Täters als durch nebensächliche Gründe, wie Fortschaffung der Wervate u. ä., veranlaßt sein: RG. 12./1. 85 C. 11 364; die Aufnahme von Entlastungsbeweisen, insbesondere die Vernehmung von Entlastungszeugen: Binding Handb. I 852, Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 29, Rüdorff-Stenglein N. 10, v. Wächter 310;

ein mit der Verweigerung an das zuständige Gericht verbundener Unzuständigkeitsbeschuß (vgl. oben N. 4);

ein Beschuß auf vorläufige Einstellung des Verfahrens nach StP.D. §§ 203, 208: RG. 6./2 91 C. 21 308, 7./3. 95 C. 27 81.

8. Wie zu § 66 N. 2a ausgeführt wurde, wird durch die Verjährung nicht das Delikt, sondern der aus der Begehung des Delikts erwachsene staatliche Strafanspruch aufgehoben. Wie somit die Verjährung nur für eine bestimmte Person mit Bezug auf das von ihr begangene Delikt wirkt, so findet auch die Unterbrechung nur gegen diejenigen von mehreren an dem Delikt beteiligten Personen statt, auf welche sich die richterliche Handlung bezieht. Dies spricht Abj. 2 aus. Wird also gelegentlich durch die gegen den bestimmten Täter geführte richterliche Handlung zugleich die Beteiligung eines Dritten aufgedeckt, so ist durch jene Handlung die Verjährung gegen diesen nicht unterbrochen: Olshausen N. 19 Abf. 1 und RG. 24./3. 81 C. 4 216; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 11. Allerdings ist es auch hier wiederum eine Tatfrage, ob sich die Unterbrechung auf einzelne oder auf alle Beteiligten bezieht, denn es ist möglich, daß eine richterliche Handlung sich auch ohne ausdrückliche Benennung sachlich, also gewissermaßen stillschweigend gegen alle Beteiligten wendet: Berner 323, Binding Handb. I 851, Finger I 584, Frank N. III, Olshausen N. 19 Abf. 1. Dagegen kann es nicht gebilligt werden, wenn RG. 10./7. 03 C. 36 350 eine Unterbrechung gegen alle Beteiligten darin findet, daß gegen den flüchtigen Mitangeklagten ein Haftbefehl erlassen wird, um die gleichzeitige Hauptverhandlung gegen alle Beteiligten zu ermöglichen; auch Frank N. III hält dieses Urteil für bedenklich.

9. Zu Abj. 3 vgl. oben N. 1. Durch eine Wiederaufhebung des unterbrechenden Aktes, sei es von dem unterbrechenden Richter selbst, sei es durch eine andere Instanz, wird die Unterbrechung nicht rückgängig gemacht: RG. 26./10. 97 C. 30 300. Dies gilt auch von der Zurückziehung der polizeilichen Strafverfügungen und der Strafbescheide der Verwaltungsbehörden.

§ 69.

Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß, so ruht die Verjährung bis zu dessen Beendigung.

Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach dem Strafgesetz erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert.

1. Wie zu § 68 N. 1 bereits bemerkt wurde, ist die Verjährungszeit dergestalt ein *tempus continuum*, daß sie ohne Rücksicht auf die tatsächliche Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung beginnt und läuft, und zwar einerlei, ob ein etwaiges Hindernis in der Person des Richters oder des Täters (z. B. Krankheit, Flucht) oder anderswo liegt. Das Gesetz kennt nur Unterbrechung und Ruhen der Verjährung. Von letzterer handelt § 69.

Die Unterbrechung setzt voraus, daß der Lauf der Frist bereits begonnen hat, und bewirkt, daß der insoweit stattgehabte Ablauf annulliert wird und die volle Frist nach Beendigung der

Unterbrechung aufs neue läuft. Bei dem Ruhen sind zwei verschiedene Richtungen zu unterscheiden. Nämlich entweder liegt das die Verjährung hemmende Hindernis bereits vor, ehe sie ihren Lauf beginnen konnte: in diesem Falle fängt sie erst nach Wegfall des Hindernisses zu laufen an. Oder das Hindernis tritt ein, nachdem die Verjährung bereits begonnen hat: mit diesem Eintritt steht die Verjährung in der Art still, daß, sobald das Hindernis weggefallen ist, sie ihren Lauf von dem Tage an fortsetzt, an welchem sie bei Eintritt des Hindernisses stehen geblieben war, also der bis zu diesem Eintritt abgelaufene Teil zur Verjährungszeit hinzugerechnet wird.

Wie die Unterbrechung kann auch das Ruhen während derselben Verjährung mehrere Male eintreten.

2. Abf. 1 Satz 1 spricht den allgemeinen Grundsatz aus, daß die Verjährung während der Zeit ruht, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Unter der gesetzlichen Vorschrift ist nur eine solche des inländischen Rechts zu verstehen: RG. 28./11. 07 C. 40 402. Eine Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift vermag natürlich das Ruhen nicht auszuschließen: Oshausen N. 8.

Zu den hier in Betracht kommenden Fällen darf überhaupt keine Verfolgungshandlung vorgenommen werden, ist also auch eine Unterbrechungshandlung unmöglich, sodaß, falls die Verjährung nicht ruht, die kürzeren Verjährungsfristen, z. B. die sechsmonatliche der Freßdelikte, nicht selten ablaufen würden. Gerade dies ist der Grund gewesen, den ursprünglich auf den zweiten Satz des ersten Absatzes beschränkten Text des § 69 durch das Gesetz v. 26. März 1893 (oben S. 22) zu erweitern.

Aus dem StGB. selbst gehören hierher die §§ 164 Abf. 2, 191.

Nach Reichsverf. Art. 31 kann ohne Genehmigung des Reichstages kein Mitglied desselben während der Sitzungsperiode wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung zur Untersuchung gezogen oder verhaftet werden, außer wenn es bei Ausübung der Tat oder im Laufe des nachfolgenden Tages ergriffen wird, und ist auf Verlangen des Reichstages jedes Strafverfahren gegen ein Mitglied für die Dauer der Sitzungsperiode aufzuheben. Hat das Strafverfahren vor Beginn der Sitzungsperiode noch nicht begonnen, so ruht die Verjährung, auch wenn eine Genehmigung zur Strafverfolgung nicht nachgesucht ist, wogegen bei einem bereits vorher begonnenen Strafverfahren ein Ruhen erst dann eintritt, wenn der Reichstag die Aufhebung des Strafverfahrens verlangt: RG. 15./2. 95 C. 27 11, 17./10. 95 C. 27 385, 25./10. 06 C. 33 410. Die Sitzungsperiode dauert bis zur förmlichen Schließung, umfaßt also auch die Zeit der Vertagung: RG. 25./2. 92 C. 22 379.

Nach GG. z. StPD. § 6 Abf. 2 Nr. 1 gehören hierher die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, nach welchen gegen Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung während der Dauer einer Sitzungsperiode eine Strafverfolgung eingeleitet oder fortgesetzt werden kann. Vgl. z. B. Preuß. Verf. v. 31. Jan. 1850 Art. 84. Diese landesgesetzlichen Vorschriften haben aber nur innerhalb des betr. Territoriums Geltung, so daß die Verjährung nicht ruht, falls in einem anderen Bundesstaat ein Gerichtsstand begründet ist: Franke N. II 1.

Weiter gehören hierher die sog. Exterritorialen; oben § 3 N. 4.

Nach MilStGD. § 9 bleiben die zum Dienst einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes und die denselben gleichstehenden Personen wegen der vor dem Tage, zu welchem sie einberufen wurden, begangenen Delikte unter der Zivilgerichtsbarkeit, aber während der Dauer der Dienstleistung darf ohne Zustimmung des Gerichtsherrn der höheren Gerichtsbarkeit die Untersuchungshandlung nicht verfügt, auch eine Hauptverhandlung nur abgehalten werden, wenn der Angeklagte von der Verpflichtung, in ihr zu erscheinen, entbunden ist. Diese Vorschrift ist zwingend, die Militärbehörde kann auf ihre Zuneigung nicht verzichten, die Hauptverhandlung muß von Amts wegen ausgesetzt werden, sobald das Gericht von der Einberufung zum Dienst Kenntnis erhält. Für die Dauer einer hiernach erforderlich werdenden Aussetzung des Verfahrens ruht die Verjährung. Vgl. Herz-Ernst zu § 9 cit.

Wird gegen einen Strafbescheid des Seemannsamtes der Einspruch außerhalb des Hafens bei dem Kapitän eingelegt, so ruht nach Seemannsordn. §. 124 die Verjährung bis zum Eingange des Einspruchs beim Seemannsamt.

3. Eine spezielle Anwendung des in Satz 1 ausgesprochenen allgemeinen Prinzips enthält Satz 2. Dieser setzt nach seinem Wortlaut eine Vorfrage voraus, welche entschieden sein muß, bevor die Strafverfolgung eintreten oder fortgesetzt werden kann, weil erst durch ihre Erledigung diejenige Grundlage gewonnen wird, auf welcher die Untersuchung begonnen oder fortgesetzt werden kann: RG. 25./5. 82 C. 6 381.

An erster Stelle muß das Verfahren ein inländisches sein: RG. 28./11. 07 C. 40 402.

Es darf nicht identisch sein mit demjenigen Strafverfahren, um dessen Beginn oder Fortsetzung es sich handelt. Das „andere“ Verfahren kann ein administratives oder richterliches, ein Zivil- oder striminalverfahren sein.

Da nur solche Vorfragen in Betracht kommen, deren Erledigung das Gesetz in einem anderen Verfahren befiehlt („muß“), so ruht die Verjährung nicht, wenn das Gesetz es nur zuläßt, eine in einem anderen Verfahren ergehende Entscheidung abzuwarten, und von dieser Befugnis Gebrauch gemacht wird, z. B. im Falle StPD. § 261 Abs. 2: Binding Handb. I 843 N. 35, Frank N. II 2, Meyer-Mitsch 267 N. 36, Olshausen N. 3 Oppenhoff-Dehlius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 25./5. 82 G. 6 381, 7./2. 98 G. 31 9. Daher ist der Richter verpflichtet, eventuell durch unterbrechende Handlungen den Ablauf der Verjährung zu verhindern.

Wenn das andere Verfahren beendet ist, hängt ganz von seinem Charakter ab. Ist es ein gerichtliches und die Entscheidung ein Urteil, so tritt die Beendigung mit der Rechtskraft des Urteils ein. Kommt es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zur Entscheidung, stirbt z. B. während des Entscheidungsprozesses wegen Ehebruchs (§ 172) eine der Parteien, so endigt das Verfahren mit dem Aktenschluß. Weil damit eine Bedingung der Strafverfolgung wegfällt, kann das noch nicht begonnene Strafverfahren nicht beginnen und ist das bereits begonnene einzustellen: vgl. Olshausen N. 7; auch von Wächter 312. Nach Schütze 210 N. 24 „bezeichnet die Beendigung den letzten Akt des stattgefundenen Vorfrageverfahrens“, woraus sich für das genannte Beispiel das von Schütze selbst wohl schwerlich gebilligte Resultat ergeben würde, daß der Ehebrecher wegen des Ehebruchs anzuklagen und zu bestrafen wäre, obgleich die Ehe nicht wegen seines Ehebruchs geschieden, sondern durch den Tod des anderen Teils aufgehoben ist.

Aus dem StGB. kommen hier in Betracht die §§ 164, 170, 172, 186, 187 (191), 236—238.

Für die Landesgesetzgebung siehe GG. z. StGB. § 11 Abs. 2.

4. Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, ob bei mehreren an dem Delikt Beteiligten die Verjährung nur gegenüber einem oder gegenüber allen ruht. Mit Binding Grundr. 207 und Frank N. III ist in analoger Anwendung von § 68 Abs. 2 anzunehmen, daß das Ruhen nur gegenüber denjenigen Beteiligten eintritt, bei welchen eines der in § 69 genannten Hindernisse der Strafverfolgung vorliegt.

5. Bei den Antrags- und Ermächtigungsdelikten sind Antrag und Ermächtigung Bedingung für die Verfolgbarkeit des Delikts. Da diese durch die Verjährung erlischt, so würde eine Verjährung erst nach erfolgtem Antrag oder Ermächtigung beginnen. Dadurch würde, wenn die Voraussetzungen für die Verjährung des Antragsrechtes ermangeln, und weil das Ermächtigungsrecht nicht verjährt, unter Umständen das Delikt überhaupt nicht verjähren, also wie die Unterbrechung, so auch das Ruhen der Verjährung unmöglich sein. Nach § 67 Abs. 4 beginnt aber auch bei den Antrags- und Ermächtigungsdelikten der Lauf der Verjährung an dem Tage, an welchem die Handlung begangen wurde, ist also von dem Antrag und der Ermächtigung unabhängig. Dieser bisherige unbefristete Rechtszustand wird gegenüber der allgemeinen Bestimmung des Abs. 1 Satz 1 durch Abs. 2 aufrecht erhalten. Vgl. Frank N. IV, Olshausen N. 9.

§ 70.

Die Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen verjährt, wenn

- 1) auf Tod oder auf lebenslängliches Zuchthaus oder auf lebenslängliche Festungshaft erkannt ist, in dreißig Jahren;
- 2) auf Zuchthaus oder Festungshaft von mehr als zehn Jahren erkannt ist, in zwanzig Jahren;
- 3) auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder auf Festungshaft von fünf bis zu zehn Jahren oder Gefängnis von mehr als fünf Jahren erkannt ist, in funfzehn Jahren;
- 4) auf Festungshaft oder Gefängnis von zwei bis zu fünf Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als sechstausend Mark erkannt ist, in zehn Jahren;
- 5) auf Festungshaft oder Gefängnis bis zu zwei Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt ist, in fünf Jahren;
- 6) auf Haft oder auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt ist, in zwei Jahren.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem das Urteil rechtskräftig geworden ist.

1. Das geltende Strafrecht kennt wie keine Delikte, bei denen die Verfolgung, so auch keine, bei denen die Strafvollstreckung unverjährbar ist. Die Dauer der Verjährungszeit richtet sich nach der verwirkten, also in dem Urteil und was diesem gleichsteht, erkannten Strafe, und zwar auch dann, wenn die Strafe teilweise tatsächlich oder durch Anrechnung (§§ 7, 60) vollstreckt oder im Gnadenwege herabgesetzt ist: Geuer I 201, Heinze S. 5. II 616 Nr. 7, Meyer-Altfeld 270, Olshausen Nr. 8, Oppenhoff-Delius Nr. 12, 13, Rüdorff-Stenglein Nr. 7. Bindung Handb. I 856 und Grundr. 309, 310 nimmt gegen den unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes an, das die Dauer der Verjährungszeit sich nach dem verbleibenden Strafrest richtet.

2. Das Gesetz enthält mehrere Inkorrektheiten bzw. Lücken.

a) Wie aus dem „bis zu fünf Jahren“ in Nr. 4, „bis zu zwei Jahren“ in Nr. 5 hervorgeht, ist unter „von fünf“ in Nr. 3 „von mehr als fünf“, unter „von zwei“ in Nr. 4 „von mehr als zwei“ zu verstehen: Bindung Handb. I 857 und Grundr. 309, Finger I 588, Geuer I 200, Meyer-Altfeld 269 Nr. 59, Olshausen Nr. 3b, Oppenhoff-Delius Nr. 8.

b) In Nr. 3 ist übersehen, daß das StGB. eine Gefängnisstrafe von mehr als zehn Jahren kennt (§ 57 Nr. 1). Es muß aber auch in diesem Fall bei der Verjährungszeit von fünfzehn Jahren bleiben, und man darf nicht mit Bindung Grundr. 309 nach Analogie von Nr. 2 eine zwanzigjährige Verjährung annehmen: Olshausen Nr. 3c.

c) Der Verweis ist vergessen. Da die Ausnahme seiner Unverjährbarkeit ausgeschlossen und er die leichteste Hauptstrafe ist, so verjährt er mit den im Gesetz genannten mitbesten Strafen nach Nr. 6 in zwei Jahren. Dies wird auch allgemein angenommen, z. B. Frank Nr. III 2, Olshausen Nr. 4, Rüdorff-Stenglein Nr. 5 Abf. 4.

d) Das Militärstrafrecht kennt lebenslängliches Gefängnis und als zeitige Strafe Gefängnis bis zu fünfzehn Jahren. Da militärstrafrechtlich Festungshaft und Gefängnis gleichwertige Strafen sind, ist die Verjährungszeit bei lebenslänglichem Gefängnis dreißig, bei mehr als zehnjährigem zwanzig Jahre. Gleicher Ansicht bezüglich des lebenslänglichen Bindung Grundr. 309 und Herz-Ernst 68 Nr. 1.

3. Das Gesetz nennt allerdings nur die Hauptstrafen. Dies geschieht aber nicht, um die Verjährung der Nebenstrafen (siehe oben Abschn. I Nr. 3 Ib) auszuschließen, sondern um nach der Höhe der Hauptstrafen eine Skala für die Verjährung der „erkannten Strafe“ aufzustellen. Somit verjähren die einer Vollstreckung bedürftenden Nebenstrafen gleichzeitig mit der Hauptstrafe: Berner 320, Bindung Handb. I 854 und Grundr. 308, Frank Nr. III 1, v. Liszt 294, Merlet 246, Meyer-Altfeld 271, Olshausen Nr. 5a, Oppenhoff-Delius § 71 Nr. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 5.

Daß die Überweisung an die Landespolizeibehörde (§§ 181a, 362) verjährt, wird von Bindung Handb. I 854, Grundr. 308 und Rüdorff-Stenglein Nr. 5 Abf. 2 bestritten, weil sie keine Strafe sei (Rüdorff-Stenglein führt sie 104 gleichwohl unter den „Strafarten“ auf), ebenso von Wirtmeyer Enzykl. 1159. Aber die Verweisung ist nur zulässig „nach verbüßter Strafe“, also nicht nach verjährter, d. h. sie verjährt gleichzeitig mit der Hauptstrafe: Finger I 589, Frank Nr. III Abf. 1, Meyer-Altfeld 271, Olshausen Nr. 5b.

Dagegen sind der Natur der Sache nach unverjährbar diejenigen Nebenstrafen, welche mit der Rechtskraft des Urteils sofort in Wirksamkeit treten, also einer Vollstreckung nicht bedürfen. Die hier in Betracht kommenden Nebenstrafen sind: Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32), Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§§ 35, 128, 129, 358), Zulässigkeit von Polizeiaufsicht (§ 38), Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte (§§ 81, 83, 84, 87—91, 94), Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter (§ 95), dauernde Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden (§ 161), dauernde Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste (§ 319). Zu beachten ist jedoch, daß die Dauer (§ 36) bzw. der Beginn (§ 38 Abf. 3) von der Verjährung der Hauptstrafe ab berechnet wird. Vgl. Bindung Handb. I 854 und Grundr. 308, Finger I 589, Frank Nr. III 1, Hälschner I 703, Meyer-Altfeld 271, Olshausen Nr. 5c, Rüdorff-Stenglein Nr. 5, Schütze 213, Wachenfeld Sm. II 293.

Keine Strafen sind und fallen daher nicht unter die Verjährung des § 70 die polizeilichen Maßnahmen und die Privatgenugtuungen (Abschn. I Nr. 3 II, III): Bindung Handb. I 854 und Grundr. 308, Olshausen Nr. 6 Abf. 1, Oppenhoff-Delius § 71 Nr. 7. Sie unterliegen einer Verjährung nur dann, wenn diese anderweitig durch das öffentliche oder Privatrecht angeordnet ist. Daher verjährt die Vollstreckung der Buße nach BGB. § 218 in dreißig Jahren: Berner 236, Dohow S. 5. III 376, Frank Nr. III Abf. 1, v. Liszt 270, Böning 84, Meyer-Altfeld 305, Olshausen Nr. 6 Abf. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 2. Dagegen halten Bindung Handb. I 854, Hälschner I 704 und Rüdorff-Stenglein Nr. 5 Abf. 3 — alle drei vor dem Jahre 1900 — die Buße überhaupt für

unverjährbar. Endlich das RG. erkennt zwar wiederholt an, daß die Buße bürgerlich-rechtlicher Natur ist, läßt aber den Bußanspruch gleichzeitig mit dem Strafanpruch, die Buße gleichzeitig mit der Strafe verjähren: 17./1. 11 E. 44 294.

Wegen der Verjährung der Einziehung siehe oben § 40 N. 7 Abs. 4.

4. Die Gesamtstrafe bei der Realkonkurrenz (§ 74) ist eine einheitliche, ist als solche zu vollstrecken und verjährt als solche, ohne daß es auf die Einzelstrafen ankommt, aus denen sie gebildet ist: Binding Handb. I 885, Hälschner I 703, v. Liszt 294, Mertel 246, Meyer-Walfeld 270, Dischhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 6, v. Schwarze N. 4. Dagegen will Franf § 74 N. IV die Verjährung nach den Einzelstrafen berechnen. Die in demselben Urteile wegen mehrerer selbständiger Delikte, sei es mit (§§ 75, 77, 78), sei es ohne Realkonkurrenz, kumulativ ausgesprochenen verschiedenen Strafen verjähren jede für sich: Finger I 588, Weyer I 201, Meyer-Walfeld 270 N. 61, Dischhausen N. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 6. Dagegen Hälschner I 703, Oppenhoff-Delius N. 6 (abgesehen von § 78) und Wachenfeld H. II 293 halten die erkannte schwerste Strafe für maßgebend, und Binding Handb. I 855 und Grundr. 309, Finger I 589 und Oppenhoff-Delius a. a. O. legen im Falle des § 78 die Gesamtsumme zugrunde.

5. Ein Strafurteil ist erst vollstreckbar, wenn es rechtskräftig geworden ist. Daher beginnt, was Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, auch die Verjährung der Strafvollstreckung erst an dem Tage, an welchem das Urteil rechtskräftig geworden ist. Dem Urteile stehen, wie natürlich der verwaltenden Behörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle gleich. Wenn wider dieselbe Person mehrere Freiheitsstrafen erkannt sind, so kann die eine verjähren, während die andere vollstreckt wird: Meyer-Walfeld 270 und Dischhausen N. 9; a. M. Weyer I 201 und Binding Handb. I 855, Grundr. 309. Wird nachträglich eine Gesamtstrafe festgesetzt (§ 79 und StPD. § 492, auch MilStGD. § 461), so beginnt eine neue Verjährung für diese Gesamtstrafe mit dem Tage der Rechtskraft des neuen Urteils: Dischhausen N. 10.

Die Berechnung der Verjährungsfrist ist dieselbe wie bei der Verjährung der Strafverfolgung. Vgl. § 67 N. 2 Abs. 1.

§ 71.

Die Vollstreckung einer wegen derselben Handlung neben einer Freiheitsstrafe erkannten Geldstrafe verjährt nicht früher, als die Vollstreckung der Freiheitsstrafe.

1. Ist auf Geldstrafe erkannt, so ist ihre Höhe maßgebend und nicht die Höhe der im Falle Unvermögens an ihre Stelle tretenden Freiheitsstrafe. Ist wegen derselben Handlung auf Geld- und Freiheitsstrafe erkannt, also kumulativ, so verjährt nach § 71 die Vollstreckung der Geldstrafe, wenn ihre Verjährungsfrist an sich kürzer ist, gleichwohl nicht früher als die der Freiheitsstrafe. Wenn also wegen Betruges (§ 263) auf Einen Monat Gefängnis — Verjährungsfrist fünf Jahre — und hundert Mark Geldstrafe — zwei Jahre — erkannt ist, so verjährt auch die Geldstrafe erst in fünf Jahren.

Das Gesetz trifft keine Bestimmung für den Fall, daß die Verjährungsfrist für die Vollstreckung der Geldstrafe die längere ist. Z. B. wegen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Wuchers (§ 302a) wird Gefängnisstrafe von Einem Jahr — Verjährungsfrist fünf Jahre — und Geldstrafe von fünfzehntausend Mark — zehn Jahre — verhängt. „Ausgehend von dem Grundsatze der einheitlichen Verjährung der Vollstreckung der wegen einer und derselben Handlung erkannten „Strafen“ (Dischhausen) ist die Mehrzahl der Autoren der Ansicht, daß in diesem Fall umgekehrt die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nicht früher verjährt als die der Geldstrafe: Berner 326, Binding Handb. I 855 und Grundr. 309, Birmeyer Enzykl. 1159, Mertel 246, Dischhausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 326. Diese Ansicht entbehrt der gesetzlichen Begründung. Denn der angerufene Grundsatz gilt nicht für mehrere Hauptstrafen, sondern für Haupt- und Nebenstrafe (§ 70 N. 3 Abs. 3), und will man sich auf § 71 stützen, so ist die Umkehrung unzulässig und es müßte auch in diesem Falle die für die Vollstreckung der Freiheitsstrafe bestimmte Verjährungsfrist die maßgebende sein. Das Gesetz sagt aber nur, daß die Vollstreckung der Geldstrafe nicht früher, befiehlt aber nicht, daß sie nicht später verjähre, und befiehlt nicht, daß, wenn die Geldstrafe die schwerere, die Freiheitsstrafe nicht früher verjähre als die Geldstrafe. Daher ist mit Franf N. I und Meyer-Walfeld 270 N. 62 an der allgemeinen Bestimmung des § 70 festzuhalten und für jede der beiden Strafen die Verjährung besonders zu berechnen.

Bei der Gesamtstrafe ist die Verjährung eine einheitliche (§ 70 N. 4). Daher verjährt, wenn neben der Gesamtfreiheitsstrafe wegen eines der konkurrierenden Delikte auf Geldstrafe erkannt ist, diese gleichzeitig mit der Freiheitsstrafe.

2. Die Bestimmung des § 71 findet keine Anwendung, wenn wegen mehrerer selbständigen Handlungen zugleich auf Freiheits- und Geldstrafe erkannt ist (§ 70 N. 4): Binding Handb. I 855, Frank N. II, Olshausen N. 2 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1.

§ 72.

Jede auf Vollstreckung der Strafe gerichtete Handlung derjenigen Behörde, welcher die Vollstreckung obliegt, sowie die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme des Verurteilten unterbricht die Verjährung.

Nach der Unterbrechung der Vollstreckung der Strafe beginnt eine neue Verjährung.

1. Strafvollstreckungsbehörden sind nach StPD. § 483 die Staatsanwaltschaft und der Amtsrichter. Durch gerichtliche Handlungen wird die Verjährung der Vollstreckung niemals unterbrochen. Wenn das Gericht eine bei der Vollstreckung notwendig werdende Entscheidung erläßt (StPD. §§ 490—494), so ist der unterbrechende Akt nicht die Entscheidung, sondern die hierbei stattfindende Mitwirkung der Vollstreckungsbehörde, insbesondere ihr Antrag auf Entscheidung: Frank N. III, Olshausen N. 1 Abf. 2, v. Schwarze N. 1; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 1.

Im Militärstrafrecht erfolgt nach MilStGD. § 451 die Vollstreckung durch denjenigen Gerichtsherrn, dessen Gerichtsbarkeit der Verurteilte unterstellt ist. In denjenigen Fällen, in welchen die Auflage und deren Durchführung den bürgerlichen Behörden obliegt, erfolgt die Vollstreckung mittels Ersuchens des Gerichtsherrn, vgl. MilStGD. §§ 2, 3, 4, 7, 8. Wegen anderer Vollstreckungsbehörden vgl. Ges. über das Postwesen § 46 und GG. z. StPD. § 6.

2. Während bei der Unterbrechung der Verfolgungsverjährung der unterbrechende Richter nur überhaupt, nicht aber auch im konkreten Fall sachlich und örtlich zuständig zu sein braucht (§ 68 N. 4), muß nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes die Vollstreckungsbehörde zur Vollstreckung der im konkreten Fall erkannten Strafe zuständig sein: Frank N. II 1, Hälschner I 704 N. 1, Heinze S. S. II 623, Meyer-Wilfeld 270, Olshausen N. 2, Schütze 212, v. Schwarze N. 1. Dagegen ist Rüdorff-Stenglein N. 1 der Ansicht, daß es auf die örtliche Zuständigkeit nicht ankommt. Er hat Recht für den Fall, daß Gefahr im Verzuge obwaltet, GG. § 144 Abf. 2, aber im übrigen wird seine Ansicht durch GG. § 144 Abf. 1 und StPD. § 16 widerlegt. Wenn er die Frage aufwirft, ob man eine von der unzuständigen Staatsanwaltschaft vollzogene Strafe für unvollzogen erklären will, so handelt es sich hier nicht um die Vollstreckung der Strafe, sondern um die Unterbrechung der Verjährung. Soweit der Verurteilte die Strafe verbüßt hat, braucht er sie natürlich nicht zum zweiten Male zu verbüßen, aber jene Verbüßung wirkt nicht unterbrechend für die Verjährung des etwaigen Strafrestes.

Bezüglich der Handlungen untergeordneter oder ersuchter Organe gilt das Gleiche wie bei der Verfolgungsverjährung (§ 68 N. 2 Abf. 1). Somit wird die Vollstreckungsverjährung wie durch die eigenen Handlungen der Vollstreckungsbehörde, so auch durch die in ihrem Auftrage oder auf ihr Ersuchen von den ihr unterstellten Organen und von anderen Behörden vorgenommenen Vollstreckungshandlungen unterbrochen: Binding Handb. I 858, Frank N. II 2, Meyer-Wilfeld 270 N. 67, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4 (mit Abweichungen N. 7—9, z. B. daß die ersuchte Behörde ihrerseits an sich zur Vollstreckung zuständig sein muß), Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 1; vgl. das obligatorische Ersuchen des Gerichtsherrn oben N. 1 Abf. 2.

3. Die Verjährung wird durch jede Handlung unterbrochen, welche sich mit der Strafvollstreckung beschäftigt, ohne sich endgültig von ihr abzuwenden. An erster Stelle also die Vollstreckung selbst. Ferner bei Freiheitsstrafen die Ladung zum Eintritt der Strafe, Vorführungsbefehl, Haftbefehl, Steckbrief. Bei Vermögensstrafen die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, auch, falls die Substituierung einer Freiheitsstrafe unzulässig, die Ladung zur Ableistung des Offenbarungseides. Immer muß die Handlung auf die Vollstreckung der Strafe gerichtet sein, sie direkt bezwecken, was unter Umständen Tatfrage ist. Gerichtet sein, sich nicht bloß auf die Vollstreckung beziehen. Keine Unterbrechung ist daher ein Begnadigungsbericht, einerlei ob er sich für oder gegen die Begnadigung ausspricht: Olshausen N. 5 Abf. 1; Frank N. III nur dann keine, wenn die Begnadigung befürwortet wird. Keine Unterbrechung ferner die Bewilligung eines Aufschubes oder einer Unterbrechung der Strafe, falls nicht gleichzeitig die Zeitdauer bestimmt wird, was bei Geldstrafen durch die Bewilligung einer Zahlungsfrist ohne weiteres gegeben ist: Geber I 201, Olshausen N. 5 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abf. 1, Schütze 212; a. M. Binding Handb. I 859.

Nicht auf die Vollstreckung der Strafe gerichtet sind diejenigen Handlungen, welche sich auf Vollstreckung einer Buße oder die Einziehung von Kosten, welche Vermögensnachteile überhaupt keine Strafen sind, oder auf die Verwirklichung der Folgen einer mit der Rechtskraft des Urteils ipso jure in Kraft tretenden Nebenstrafe beziehen (§ 70 N. 3 Abs. 3, 4), weil diese Nebenstrafen unverjährbar sind, also von Unterbrechung einer Verjährung, z. B. durch Abnahme der Orden oder des Amtspatentes bei Aberkennung der Ehrenrechte, nicht gesprochen werden kann.

4. Verhaftung ist die mit Festnahme die ohne schriftlichen richterlichen Haftbefehl erfolgende Freiheitsberaubung. Nach StPD. § 489 ist jedoch die Vollstreckungsbehörde befugt, behufs Vollstreckung einer Freiheitsstrafe einen Vorführungs- oder Haftbefehl oder Steckbrief zu erlassen. Der Steckbrief ist ein öffentliches Ersuchen an alle Polizei- und Sicherheitsbeamten, den Verurteilten im Verletzungsfalle festzunehmen. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes kann beim Vorliegen eines Vorführungs- oder Haftbefehls auch ohne Auftrag oder Ersuchen jeder Beamte, falls er auf Grund seiner amtlichen Befugnisse überhaupt zur Festnehmung zuständig ist, die Festnahme mit der Wirkung vornehmen, daß dadurch die Verjährung der Vollstreckung unterbrochen wird. Hiermit stimmen überein Frank N. IV, Merkel 247, Meyer-Alsfeld 270 N. 68, Olshausen N. 7 Abs. 1, wogegen Binding Handb. I 859 N. 19 und anscheinend Rüdorff-Stenglein N. 3 jeden Polizei- und Sicherheitsbeamten auch ohne Auftrag oder Ersuchen, ohne Vorführungs-, Haftbefehl oder Steckbrief zur Festnahme zuständig halten. Es ist hiernach klar, daß Privatpersonen, weil niemals zur Festnahme behufs Vollstreckung zuständig, durch eine gleichwohl tatsächlich vorgenommene Festnahme, durch welche zudem der Verurteilte in den Stand der Notwehr versetzt würde, die Verjährung nicht unterbrechen. So Berner 327, Binding Handb. I 858, Frank N. IV, Meyer-Alsfeld 270 N. 68, Olshausen N. 7 Abs. 2, Oppenhoff-Dehnus N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 3. A. M. Heinze S. S. II 624, Schütze 212 (gleichviel durch wen“), v. Schwarze N. 2, v. Wächter 312 („durch wen die Festnahme auch geschehen mag“).

5. Durch die auf die Vollstreckung gerichtete Handlung wird die Verjährung nur bezüglich derjenigen Strafe unterbrochen, auf deren Vollstreckung die Handlung gerichtet ist, wobei wegen der Einheitlichkeit der Strafe die Unterbrechung bezüglich der Hauptstrafe auch die Verjährung der Nebenstrafe unterbricht und umgekehrt: Frank N. V, Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4.

6. Abs. 2 ist sprachlich falsch. Nach seinem Wortlaut würde eine neue Verjährung nur beginnen, wenn eine — bereits begonnene — Vollstreckung unterbrochen wird. Die Worte „der Vollstreckung der Strafe“ sind also entweder zu streichen — vgl. § 68 Abs. 3 —, oder zwischen „der“ und „Vollstreckung“ die Worte „Verjährung der“ einzuschieben.

Die abgelaufene Verjährung bewirkt, daß der Vollstreckungsanspruch für alle Zukunft erloschen, die Vollstreckung gegen den Verurteilten ausgeschlossen ist. Die Wirkung der Unterbrechung, gleichviel ob diese demnächst zur realen Vollstreckung führt, ist dieselbe wie die der Unterbrechung der Strafverfolgung: Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 5. Vgl. daher § 68 N. 1.

7. Ein Ruhen der Vollstreckungsverjährung kennt das Gesetz nicht, so daß die Verjährungsfrist auch dann fort- und abläuft, wenn eine Vollstreckung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist, z. B. der Verurteilte wird geisteskrank, wird Exterritorialer: Geyer I 201, Meyer-Alsfeld 270, Olshausen N. 11, Oppenhoff-Dehnus N. 18, 19, Schütze 210 Num. 24.

Wenn gegen denselben Verurteilten mehrere Freiheitsstrafen zu vollstrecken sind und die eine Vollstreckung in kürzerer Zeit verjährt als die andere, so ist es möglich, daß die Vollstreckung der kürzeren während der der längeren verjährt. Um dies zu verhindern, nimmt Binding Handb. I 855 und Grundr. 309 ein Ruhen an, aber diese Annahme ist unnötig, denn die Vollstreckungsbehörde hat, wenn die leichtere Strafe nicht zuerst zur Verbüßung kommt, genügende Mittel, die Verjährung zu unterbrechen.

Fünfter Abschnitt.

Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen.

1. Ein Zusammentreffen von Delikten liegt dann vor, wenn von demselben Täter mehrere Strafgesetze verletzt werden und zwar entweder durch Eine (Idealkonkurrenz) oder durch mehrere selbständige Handlungen (Realkonkurrenz). Teils wegen der besonderen Vorrichtungen über die Festungshaft, Haft und Geldstrafe, teils weil es sich nur um den Einfluß handelt, den der Umstand auf die Bestrafung ausübt, daß mehrere verwirkte Strafen gleichzeitig oder kontinuierlich zu vollstrecken sind, halten Geyer I 184 und Hälschner I 654 für richtiger, nicht von einer Delikt-, sondern von einer Strafenkonkurrenz zu sprechen, aber sie lassen dabei unbeachtet, daß das Zu-

zusammentreffen der Delikte selbst es ist, von welchen ein Einfluß auf die Höhe der Strafe geübt wird: Meyer-Ullfeld 353, Olshausen N. 2 Abf. 1.

2. Mehrfach ist die Möglichkeit der Idealkonkurrenz bestritten worden. Häfchner I 672 und Merkel 269 und H. S. II 579 sprechen der Unterscheidung der idealen und realen Konkurrenz „jeden rechtlichen Wert“ ab und erkennen nur die letztere an. Dem der Umstand, daß der Täter die mehreren Delikte gleichzeitig und nicht zu verschiedenen Zeiten verübte, daß er nur einmal und nicht mehrmals tätig war, könne nicht bewirken, daß die mehreren Delikte zu Einem würden; der Umstand, daß die Absicht und Handlung des Täters nur Eine waren, könne nicht hindern, daß ein jedes der mehreren Delikte an sich als strafbare Handlung erscheine, die Absicht sei auf jedes derselben gerichtet gewesen, und ein jedes sei, wenn auch durch eine und dieselbe Tätigkeit, verübt. Die Frigheit dieser Begründung liegt auf der Hand. Die Tatsache, daß Eine zusammenhängende, von Einem auf Eine Straftat gerichteten oder in schuldhafter Weise nicht von ihr abbiegenden Willen getragene Tätigkeit vorliegt, wird durch eine mehrfache strafrechtliche Bedeutung der Tätigkeit nicht aufgehoben, und die mehreren Delikte werden keineswegs zu Einem Delikt zusammenschmolzen, sondern die Verurteilung erfolgt wegen aller, wobei in der aus dem strengeren Gesetz entnommenen Strafe die wegen des leichteren Deliktes mitenthaltend ist.

Von anderer Seite, insbesondere von v. Liszt 241, wird umgekehrt bei dem ideellen Zusammentreffen wie Eine Handlung, so auch nur Ein Delikt angenommen und an die Stelle des Delikts die Gesetzeskonkurrenz gesetzt. „Die unvermeidliche Lidenhaftigkeit unjurer Gesetzgebung“, so sagt v. Liszt, „bringt es mit sich, daß wir in zahlreichen Fällen keinen Paragraphen finden, welcher der Handlung nach allen ihren Seiten gerecht würde. Hier bleibt nach geltendem Recht „nur ein, freilich gewaltfamer und wenig befriedigender Weg übrig: wir wenden jenes Strafgesetz „an, welches uns durch die Spannweite seiner Strafrahmen die volle Würdigung der Handlung „wenigstens annäherungsweise gestattet. So ist die Notzucht der eigenen Tochter, die sowohl „unter § 173 als unter § 177 StGB. fallen würde, nach dem letzten Paragraphen zu bestrafen. Diese Aushilfsregel und nicht mehr spricht § 73 StGB. aus.“ Dazu N. 4: „Die herrschende Ansicht „— eine Handlung, mehrere Verbrechen — steht nicht nur im offensichtlichen Widerspruche zu „Sinn und Wortlaut des § 73; sie führt auch strafprozessualisch, da sie mehrere Strafansprüche „annehmen muß, geradezu zu Ungeheuerlichkeiten.“ Wie aber die nach v. Liszts eigenem Eingeständnis herrschende Ansicht in Widerspruch zu § 73 stehen kann, ist um so weniger einzusehen, als bei der Gesetzeskonkurrenz nicht mehrere Delikte begangen sind, sondern nur Ein Delikt, während § 73 nicht bloß in dem von dem „Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen“ handelnden fünften Abschnitt steht, sondern wörtlich den Fall betrifft, daß durch Eine Handlung mehrere Delikte begangen sind. Somit läuft v. Liszts Ansicht auf den Satz hinaus, es sei unmöglich, daß Eine Handlung trotz ihrer konkreten Mannigfaltigkeit den objektiven Tatbestand mehrerer Delikte erfülle, und dies ist ebenso irrig, wie es die umgekehrte Behauptung sein würde, es sei unmöglich, daß der objektive Tatbestand eines Delikts sich aus mehreren Handlungen zusammensetze. Der Vergleich von Frank N. II: „ein Würfel hat sechs quadratische Flächen, obwohl jede Kante bei zwei Quadraten mitgezählt wird“, hinkt allerdings wie die meisten Vergleiche.

3. Die Deliktikonkurrenz ist eine Materie im Sinne GG. § 2. Die abweichenden Bestimmungen des älteren Reichsrechts sind jedoch in Kraft geblieben und dies sogar dann, wenn die durch Spezialgesetze mit Strafe bedrohten Handlungen mit denen des StGB. zusammentreffen, was namentlich bei Steuergesetzen der Fall ist: Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 20; RG. 3./5. 87 E. 16 58, 8./10. 09 E. 42 427. Auf dem ihr zur selbständigen Regelung überlassenen Gebiete ist auch in dieser Beziehung die Landesgesetzgebung souverän, so daß eine Idealkonkurrenz mit dem Reichsrecht nur möglich ist, wenn in dem Landesgesetz ein ausdrücklicher Vorbehalt zu Gunsten des StGB. gemacht ist: Olshausen GG. § 2 N. 10 Abf. 6 und Abschn. V N. 1; RG. 28./10. 80 E. 2 405, 4./4. 81 E. 4 50, 13./7. 86 E. 14 293. Binding Handb. I 314 meint, daß die Landesgesetzgebung nur die Befugnis habe, Konkurrenzfälle landesrechtlicher Delikte zu selbständigen Delikten zu erheben, und Rüdorff-Stenglein § 73 N. 20 ist der Ansicht, daß das Landesrecht durch Abschn. V überhaupt nicht derogiert sei, letzterer nur subsidiäres Recht gemäß GG. § 3 enthalte.

§ 73.

Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung.

1. Von Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen (concursum delictorum, Zusammenfluß, Häufung, Konkurrenz von Delikten) wird gesprochen, wenn eine und dieselbe Person mehrere Delikte begangen hat, bevor eines von ihnen abgeurteilt ist. Die Konkurrenz ist entweder

eine ideale (formale, eintätige), wenn durch Eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt werden; von ihr handelt § 73. Oder sie ist eine reale (materiale, mehrtätige), wenn durch mehrere getrennte, für sich bestehende, selbständige Handlungen entweder daselbe Strafgesetz mehrere Male (Wiederholung) oder mehrere Strafgesetze verletzt werden, wobei die mehreren Handlungen gleichzeitige oder sukzessive sein können; von ihr handeln §§ 74 ff. Bei der Idealkonkurrenz müssen, weil nur Eine Handlung gegeben ist, die mehreren Verletzungen in Einem Urteil abgeurteilt werden. Dagegen ist bei der Realkonkurrenz der Gesetzgeber allerdings zunächst von der Voraussetzung ausgegangen, daß die mehreren Delikte in demselben Verfahren abgeurteilt werden, hat aber in § 79 seine Bestimmungen auch für anwendbar erklärt, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen eines vor der früheren Verurteilung begangenen Delikts erfolgt, so daß in diesem Falle dasjenige Maß der Strafe nicht überschritten werden darf, welches den Täter bei gleichzeitiger Aburteilung aller Delikte getroffen haben würde. Ob Täterschaft (Ein- oder Mittäterschaft), Anstiftung oder Beihilfe, Versuch oder Vollendung vorliegt, ist gleichgültig. Konkurrieren können alle strafbaren Handlungen, vorsätzliche und fahrlässige, Begehungs- und Unterlassungs-, einfache, Dauer-, Kollektiv- und fortgesetzte Delikte, und zwar unter sich wie miteinander; auch kann dieselbe Handlung ein selbständiges Delikt und zugleich Teilnahme an Einem oder mehreren anderen Delikten sein. Die Bestimmungen über die Idealkonkurrenz finden auf Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, die über die Realkonkurrenz in vollem Umfange nur auf Verbrechen und Vergehen Anwendung.

2. Die Deliktiskonkurrenz hat ihre strafrechtliche Bedeutung durch ihren Einfluß auf die Höhe der Strafe. In dieser Beziehung lassen sich drei Prinzipien unterscheiden, nämlich (vgl. Berner 295 ff., Hälschner I 675 ff., v. Wächter 281 ff.):

- a) Das Absorptionsprinzip, nach welchem nur das auf das schwerste Delikt bezügliche Strafgesetz zur Anwendung kommt (poena major absorbet minorem);
- b) das Kumulationsprinzip, nach welchem sämtliche durch die verschiedenen Delikte verwirkten Strafen verbunden zur Anwendung kommen (quot crimina tot poenae);
- c) das mittlere Prinzip, bei welchem entweder die Bedeutung der zu kumulierenden Strafe gewürdigt und auf eine die kumulierten Strafen mildernde Strafe erkannt (Milderungsprinzip), oder die Strafe des schwersten Delikts (Einschäftsstrafe) zugrunde gelegt, aber eine Schärfung vorgenommen wird (Gesamistrafе, poena major cum asperatione).

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für die Idealkonkurrenz zum Absorptionsprinzip, für die Realkonkurrenz zu einem beschränkten Kumulationsprinzip bekannt.

3. Die Deliktiskonkurrenz ist nur auf die Höhe der Strafe von Einfluß und bewirkt keineswegs, daß die konkurrierenden Delikte mit Ausnahme eben des einen, dessen Strafgesetz der Strafbestimmung zugrunde gelegt ist, straflos sind, vielmehr ist in dieser einen bestimmten Strafe zugleich die Strafe für die anderen Delikte enthalten. Der Richter hat, und zwar in dem verfallenen Teil des Urteils: RG. 2./3. 95 G. 27 86, wegen aller Delikte, deren gesetzliche Merkmale festgestellt sind, das Schuldig auszusprechen, zu verurteilen, was von Wichtigkeit ist für die Frage des Rückfalls: Binding Grundr. 291, v. Liszt 242, Meyer-Malfest 358, Olshausen N. 24b, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 18; RG. 17./5. 81 G. 4 179, 15./10. 88 G. 18 193. A. M. Hälschner I 683, Merkel 266 und S. S. IV 229, v. Schwarze N. 7.

4. Während die Realkonkurrenz mehrere Handlungen voraussetzt, wird bei der Idealkonkurrenz die Verletzung der mehreren Strafgesetze durch Eine Handlung bewirkt. Handlung ist hier nicht identisch mit strafbarer Handlung, sondern bedeutet das natürliche Tun oder Unterlassen, welches seinen strafrechtlichen Charakter dadurch erhält, daß es von einem entweder auf die Verletzung des Strafgesetzes abzielenden oder nicht von ihr abbiegenden Willen — Vorjas, Fahrlässigkeit — getragen wird: Binding Handb. I 574, Meyer I 185, Olshausen N. 1; RG. 7./1. 11 G. 44 223.

Für die Frage, ob Eine oder mehrere Handlungen vorliegen, ist allein die Identität der Handlung entscheidend, d. h. in erster Linie die Einheit des natürlichen Tuns und Lassens und des sie leitenden Willens. Diese natürliche Handlungsidentität wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Handlung sich als Eingriff in verschiedene Rechtsgüter darstellt. Andererseits schließt die Gleichzeitigkeit der Verletzung mehrerer Strafgesetze nicht ohne weiteres die Selbständigkeit der die Verletzung der Strafgesetze hervorbringenden Akte der Willensbetätigung aus. Dieselbe Person kann im gleichen Zeitpunkt zur Erreichung verschiedener Zwecke zwei voneinander unabhängige körperliche Tätigkeiten zur Ausführung bringen; beispielsweise liegt ein solches Verhältnis dann vor, wenn jemand denjenigen, welchen er mißhandelt, gleichzeitig wörtlich beleidigt. RG. 28./4. 99 G. 32 137.

Eine Handlung kann mehrere Tätigkeitsakte, niemals aber Ein Tätigkeitsakt mehrere Handlungen enthalten. Wenn also schon vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus nur eine einzige Körperbewegung, z. B. nur Ein Stoß, Ein Schlag vorliegt, kann eine Mehrheit rechtlich

selbständiger Handlungen überhaupt nicht in Frage kommen, liegt vielmehr nur Eine oder nach dem pleonastischen Ausdruck des Gesetzes eine und dieselbe Handlung vor: RG. 11./7. 90 E. 21 63, 12./2. 95 E. 27 19. Auf der anderen Seite kann, wie bemerkt, Eine Handlung mehrere Tätigkeitsakte enthalten, z. B. wenn bei der Mißhandlung mehrere Schläge versetzt werden. Hierbei ist für die Annahme, daß die mehreren Handlungen nur Eine Handlung ausmachen, die Einheit des Vorsatzes nicht allein entscheidend, sondern neben ihr sind die Gleichzeitigkeit und Kontinuität, die Gleichartigkeit der Begehungsform der Handlungen (mehrere Stöße, mehrere Schläge, Stoß und Schlag), die Identität des Objektes, gegen welche die verschiedenen Akte sich richten, geeignet, die mehreren Tätigkeitsakte ihrer Selbständigkeit (§ 74) zu zu entkleiden und zu einer und derselben Handlung im Sinne des § 73 zu verbinden: RG. 10./12. 83 E. 9 344, 28./1. 84 E. 10 53. Erstrecken sich die mehreren Tätigkeitsakte über einen gewissen Zeitraum, so ist es, wenn durch die sie zusammenfassende Eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt werden, also Idealkonkurrenz vorliegt, gleichgültig, wenn die juristische Einheit des einen Delikts zeitlich früher verwirklicht wird als die des anderen: Meyer-Allfeld 356, Olshausen N. 20; RG. 3./12. 79 E. 1 111, 23./2. 94 E. 25 147, 11./1. 98 E. 30 396, 28./4. 99 E. 32 137, 12./10. 99 E. 32 384.

Ob eine und dieselbe Handlung im Sinne des § 73 oder eine Mehrheit selbständiger Handlungen im Sinne des § 74 oder eine wieder unter den einen noch unter den anderen Paragraphe fallende fortgesetzte Handlung vorliegt, kann im konkreten Falle zweifelhaft sein. Bei unlösbarem Zweifel ist das dem Angeschuldigten Günstigere, also ein fortgesetztes Delikt anzunehmen: Schläge 192. Steht fest, daß nur Eine Handlung vorliegt, so ist der Umstand, daß diese eine Handlung mehrere ihrer Art nach verschiedene Erfolge gehabt hat, auf die Handlungsidentität ohne Einfluß; z. B. „der geschleuderte Stein tötet einen Menschen, verletzt einen zweiten, zertrümmert eine Scheibe“ (v. Liszt): Binding Handb. I 579, Frank N. 111 1, Hälschner I 657 N. 1, v. Liszt 233, 234 N. 3, Meyer-Allfeld 353 N. 2, Olshausen N. 2 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 11./7. 90 E. 21 63. Die Ansicht (v. Buri), daß Handlung Kausalität, eine Handlung nur bei Einer Kausalität als Eine Handlung, somit eine Handlung mit mehreren Kausalitäten als mehrere Handlungen zu betrachten sei, identifiziert in irriger Weise und mit ungehöriger Heranziehung des Kausalitätsbegriffs die Handlung mit dem Erfolg.

5. Das Recht folgt der natürlichen Auffassung, wo dieses trotz einer Mehrheit von Tätigkeitsakten Eine Handlung annimmt. Es nimmt daher in mehreren Fällen Eine Handlung und Eine Gesetzesverletzung an, wo anscheinend mehrere selbständige Handlungen vorliegen, durch welche dasselbe Delikt mehrere Male begangen und ein sog. wiederholtes Delikt, also Realkonkurrenz gegeben sein würde, während nach der rechtlichen Auffassung weder Ideal- noch Realkonkurrenz zutrifft. Hierher gehören die Dauer-, die Kollektiv- und das fortgesetzte Delikt.

a) Die Dauerdelikte.

Bei diesen liegt ein kontinuierliches Verhalten des Täters vor, welches in jedem Moment den Begriff des Delikts aufs neue, also ununterbrochen verwirklicht, einen rechtswidrigen Zustand nicht nur herbeiführt, sondern aufrecht erhält, so daß das Delikt solange begangen wird, wie der rechtswidrige Zustand fortbauert: Frank § 74 N. V 2b/3, z. B. Gefangenhalten eines widerrechtlich Eingesperrten (§ 239). „Ob eine strafbare Handlung ein Dauerdelikt sei, läßt nur „auf Grund des besonderen Tatbestandes in Verbindung mit der Norm, welche durch die Strafandrohung geschützt werden soll, bzw. unter Ermittlung des gesetzgeberischen Gedankens sich „feststellen“ (Olshausen § 67 N. 15, daselbst auch eine Übersicht über die Praxis des Reichsgerichts bezüglich des StGB. und der Spezialgesetze des Reiches und der Bundesstaaten). Dauerdelikte sind insbesondere die echten Omissivdelikte (§ 1 N. 1b), wofern nicht die Vornahme der Handlung zu einer bestimmten Zeit geboten, somit nur die entsprechende zeitweilige Unterlassung mit Strafe bedroht ist: Binding Handb. I 840 und Grundr. 306, Hälschner I 699, Meyer-Allfeld 346, Olshausen N. 5c. Die nach Verkündung des verurteilenden Erkenntnisses ferner geübte strafbare Tätigkeit ist ein neues Delikt.

Von diesen Dauerdelikten, bei welchen also kein Zusammenreffen von Delikten, sondern Ein Delikt vorliegt, unterscheidet v. Liszt 235 unter Zustimmung von Meyer-Allfeld und Olshausen a. a. D. die Zustandsdelikte, bei welchen, wie bei der Bigamie oder der Körperverletzung mit dauerndem Siechtum (§ 224), durch die einmal abgeschlossene Handlung ein dauernder rechtswidriger Zustand herbeigeführt werde. Er gibt aber selbst zu, daß dieser dauernde Zustand strafrechtlich nicht weiter in Betracht kommt, seine Aufrechterhaltung gehört, wie Frank a. a. D. bemerkt, nicht mehr zum Delikt. Daher ist es nicht erforderlich, die alte Unterscheidung zwischen augenblicklichen und fortdauernden Delikten durch eine weitere Unterabteilung zu spezialisieren.

b) Die Kollektivdelikte.

Bei diesen werden mehrere sukzessive Tätigkeitsakte in ihrer Gesamtheit als Ausfluß einer auf die mehrfache Begehung bezüglichen Willensrichtung, einer Gewerbs-, Geschäfts-, Gewohnheitsmäßigkeit, mit Strafe bedroht. Diese Art der Verübung gehört bald dergestalt zum Tat-

bestand des Deliktes, daß durch sie erst die Strafbarkeit begründet wird, ohne sie also die betr. Handlung nicht strafbar ist, z. B. §§ 144, 150, 180, 284, 302^a, 361 Nr. 6, bald ist sie ein erschwerender Umstand gegenüber der einfachen Begehung, z. B. §§ 260, 294, 302d. In dem Vereinszollgei. v. 1. Juli 1869 wird umgekehrt die Nichtgewerbsmäßigkeit als Milderungsgrund verwendet.

Bei dem gewerbsmäßigen Delikt (§§ 260, 284, 294, 302d, 202^a, 361 Nr. 6) will der Täter eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit üben, aus dem fortgesetzten Betriebe der gleichen Straftat sich eine Einnahmequelle verschaffen, die Einzelhandlungen müssen aus seinem einheitlichen Willen, bei jeder sich bietenden günstigen Gelegenheit sich einen Erwerb zu verschaffen, hervorgegangen sein: Binding Handb. I 549, Frank § 74 Nr. V 2b^a, Hälsschner I 545, v. Liszt 238, Merkel, S. 5. III 749, Meyer-Walfeld 350, Olshausen § 260 Nr. 2; RG. 20./5. 81 C. 4 184, 24./1. 82 C. 5 369, 29./9. 85 C. 12 388. Eine lediglich fortgesetzt auf Erzielung eines Vermögensvorteils gerichtete Absicht ist hiermit nicht identisch und genügt nicht, sondern es muß eine auf ein fortgesetztes Handeln zum Zwecke des Erwerbes gerichtete Absicht vorhanden sein: RG. 22./6. 94 C. 26 3. Ist Einnahmequelle nicht identisch mit der einmaligen Erlangung eines Vermögensvorteils, so ist doch andererseits die Absicht, sich ein dauerndes Einkommen zu verschaffen, nicht erforderlich: Meyer-Walfeld 350 Nr. 28. Auf das Motiv kommt es nicht an, also auch darauf nicht, ob durch die Handlung einem bestimmten realen Bedürfnis abgeholfen werden soll: RG. 10./4. 00 C. 33 237. Endlich ist es kein allgemeines Kriterium der Gewerbsmäßigkeit, daß sich der Betrieb an einen individuell nicht bestimmten Personenkreis, an das Publikum wendet, wie Merkel S. 5. IV 431 will, obgleich dies bei einzelnen gewerbsmäßigen Delikten — vgl. § 361 Nr. 6 — allerdings der Fall sein kann: Olshausen § 260 Nr. 2 Abf. 3.

Geschäftsmäßigkeit (§ 144) und Gewerbsmäßigkeit sind nahe verwandt, aber nicht identisch. Der Sprachgebrauch unterscheidet beide wie Schaffen und Erwerben. Man ist geschäftig, beschäftigt, hat und betreibt ein Geschäft, wogegen man das Gewerbe betreibt, macht ein gutes Geschäft, nicht aber ein gutes Gewerbe, ist ein Geschäftsmann, aber ein Gewerbetreibender und Erwerbsbefähigter, verkauft sein Geschäft mit Inventar und Kundschaft, nicht aber sein Gewerbe. Mehr und mehr neigt sich der Sprachgebrauch dahin, bei Geschäft an den kaufmännischen, bei Gewerbe an den handwerksmäßigen Betrieb zu denken. Auch wird das Wort „Geschäftsmann“ nicht selten in übertragenem Sinne gebraucht, um den exakten Praktiker gegenüber dem gelehrten Theoretiker zu bezeichnen; von einem tüchtigen Anwalt, auch wohl Richter, sagt man, er sei ein tüchtiger Geschäftsmann, aber nie, er sei ein tüchtiger Gewerbetreibender. So wird nach und nach der Begriff der Geschäftsmäßigkeit von der auf Erwerb gerichteten Absicht getrennt und auf die Bereitschaft zu regelmäßiger Wiederkehr der gleichen Verübung beschränkt. Wie Olshausen § 144 Nr. 1 es formuliert: der Ausdruck in § 144 „es sich zum Geschäft machen“ „bedeutet nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, daß jemand auf eine gewisse Angelegenheit „seine Zeit oder Mühe, wenigstens zum Teil, dauernd oder wiederholt, aufwenden will, ohne daß „er einerseits dies in einer auf Erwerb gerichteten Absicht, also gewerbsmäßig, zu tun braucht, „und ohne daß es andererseits so häufig geschehen zu sein braucht, daß es ihm bereits zur Gewohnheit, also gewohnheitsmäßig geworden ist.“ Hiermit stimmen sachlich im ganzen überein: Binding Lehrb. II 911, Frank § 74 Nr. V 2b^a, Hälsschner I 546 und II 850, v. Liszt 238, Meyer-Walfeld 350, Oppenhoff-Delius Nr. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 2, Schütze 299 Nr. 40. John S. 5. III 210 und Merkel 351 bestreiten jeden Unterschied zwischen Geschäfts- und Gewohnheitsmäßigkeit, verlangen also auch für erstere die Absicht, sich eine Erwerbsquelle zu verschaffen.

Für die gewohnheitsmäßigen Delikte (§§ 150, 180, 181^a, 260, 302d, 302^a) ist der Begriff der Gewohnheit entscheidend als des durch die wiederholte Begehung einer bestimmten Handlung hervorgerufenen Ganges zu deren weiteren Begehung. Unter Gewohnheitsmäßigkeit ist daher in subjektiver Beziehung eine dauernde Eigenschaft zu verstehen. Ein vielleicht nur vorübergehender Gang, eine bloße Geneigtheit genügt nicht, es muß ein durch Übung ausgebildeter, selbsttätig wirkender Gang vorliegen. Hierüber herrscht in Theorie und Praxis Übereinstimmung. Vgl. Olshausen § 260 Nr. 3 und RG. 24./1. 82 C. 5 369, 1./12. 99 C. 32 394, 13./12. 06 C. 39 308.

Zu diesen Kollektivdelikten ist folgendes zu vermerken, wobei unter der Gewerbsmäßigkeit stets auch die Geschäftsmäßigkeit in entsprechender Weise zu verstehen ist.

a) Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit gehören zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, welche nach § 50 nur demjenigen Täter oder Teilnehmer zuzurechnen sind, bei welchem sie vorliegen: RG. 9./1. 93 C. 23 378, 18./4. 94 C. 25 266. Deshalb muß der Gehilfe eines gewerbsmäßigen Täters selbst gewerbsmäßig, also mit der Absicht handeln, aus seiner Tätigkeit für sich selbst eine Einnahmequelle zu schaffen: RG. 22./6. 84 C. 26 3. Vgl. Olshausen § 50 Nr. 4 I f., § 260 Nr. 4 und oben § 50 Nr. 4 Abf. 1.

β) Für die Feststellung der Gewerbsmäßigkeit sind nicht mehrere Fälle erforderlich, sondern kann schon ein einzelner Fall genügen, in welchem sich der Wille dokumentiert, eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu üben: Binding Handb. I 550, Frank § 74 Nr. V 2b^a, Meyer-

Misfeld 350, Olshausen § 260 R. 5a, Rüdorff-Stenglein § 260 R. 2, Schüge 462 R. 17, v. Wächter 461; RG. 29./9. 85 C. 12 388, 14./3. 95 C. 27 138. M. M. Hälschner I 545, 546 N. 3. Dagegen setzt die Gewohnheitsmäßigkeit eine Mehrzahl von Fällen gleichartigen Handelns und eine in ihnen hervortretende Neigung zu diesem Handeln voraus, so daß ein einzelner Fall zu ihrer Annahme nicht genügt: RG. 24./1. 82 C. 5 369, 18./4. 94 C. 25 266, 14./3. 95 C. 27 138, 14./2. 08 C. 41 108. Vgl. Olshausen § 260 R. 5. Da bei dem fortgesetzten Delikt mehrere Einzelfälle vorliegen, von denen jeder den Deliktbegriff erfüllt, so kann nach RG. 2./7. 01 C. 34 310 Ein fortgesetztes Delikt zur Annahme eines gewohnheitsmäßigen Deliktes ausreichen, was Olshausen a. a. O. billigt, während Binding Grundr. 143 mit Recht einwendet, daß dadurch der ganze Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit über den Haufen geworfen werde.

γ) Daraus, daß die Gewohnheitsmäßigkeit eine Mehrzahl von Fällen voraussetzt, folgt nicht, daß der Richter nur dann wegen eines gewohnheitsmäßigen Deliktes verurteilen dürfe, wenn er gleichzeitig mehrere Fälle abzuurteilen hat, vielmehr genügt es wie für die Strafbarkeit des gewerbmäßigen, so auch des gewohnheitsmäßigen Deliktes, daß dem Richter nur Ein Fall vorliegt, wofür nur der gewohnheitsmäßige Charakter anderweit nachgewiesen werden kann: Olshausen § 260 R. 6b, Oppenhoff-DeLius § 150 N. 4; a. M. Binding Handb. I 550, Hälschner I 545, Merkel S. S. III 225. Nach v. Liszt 239 „steht dann allerdings ein Kollektivdelikt überhaupt nicht vor, und die höhere Strafbarkeit des Einen, allein zur Aburteilung stehenden Verbrechens rechtfertigt sich nur durch den auf Wiederholung gerichteten Entschluß oder durch den „durch Wiederholung erzeugten Hang“; das ist in Wirklichkeit nur eine sprachliche Differenz.

δ) Zu dieser Nachweise können bei allen Kollektivdelikten herangezogen werden zunächst frühere bereits abgeurteilte Fälle, nicht bloß wenn sie zur Verurteilung geführt haben: RG. 10./12. 79 C. 1 118, sondern auch dann, wenn Freisprechung erfolgt ist, wofür nur der jetzt urteilende Richter eine andere Auffassung gewinnt: RG. 1./6. 00 C. 33 303, 14./2. 08 C. 41 108. Den abgeurteilten Fällen stehen die begnadigten gleich.

Esso bereits verjährte Fälle. Bestritten wird dies von Binding Handb. I 826 N. 7 und v. Wächter 309. Von Binding, weil solche Fälle nach der aus dem Grundgedanken der Verjährung zu entnehmenden Rechtsauffassung unbeweisbar geworden seien; aber es ist nicht einzusehen, warum einer der mehreren Gründe, auf welche das Rechtsinstitut der Verjährung legislativ gestützt wird, den Grundsatz umstoßen soll, daß der Strafrichter, wenn er über die Strafbarkeit einer Handlung befindet, alle einzelnen Voraussetzungen dieser Strafbarkeit zu erörtern und festzustellen hat. Von v. Wächter, weil die Gesamttätigkeit das Delikt nur soweit darstelle, als wegen ihrer eine Strafverfolgung zulässig, was aber bei den verjährten Handlungen nicht der Fall sei; es handelt sich aber bei solcher Berücksichtigung in keiner Weise darum, straflose Handlungen zu strafen, sondern darum, die aus der Mehrheit der Begehungen sich ergebende Charakterbeschaffenheit des Täters festzustellen, weil diese für das Maß der Schuld und Strafbarkeit des jetzt zu strafenden Falles von Bedeutung ist. Allerdings kann ein Gewohnheitsdelikt nur sehr selten angenommen werden, wenn zwischen dem jetzigen und dem letzten Fall ein der Verjährungszeit mindestens gleichkommender Zeitraum liegt.

Desgleichen können herangezogen werden sogar diejenigen Fälle, welche straflos bleiben, weil sie stattgehabt haben entweder im Auslande: Hälschner I 546, v. Liszt 239 N. 7, Merkel S. S. III 225, Olshausen § 260 R. 7c, Oppenhoff-DeLius § 260 R. 2, Rüdorff-Stenglein § 260 R. 2 Abf. 3, oder unter der Herrschaft einer Gesetzgebung, welche sie nicht mit Strafe bedrohte: v. Liszt a. a. O., Meyer-Misfeld 350, Olshausen § 260 R. 7d; RG. 24./1. 82 C. 5 369 (Gewerbmäßigkeit) und 13./7. 81 C. 4 390, 23./1. 82 C. 5 397 (Gewohnheitsmäßigkeit). M. M. wegen der Gewohnheitsmäßigkeit Franck § 302d N. und RG. 24./1. 82 C. 5 369, aus einem Grunde, welcher sich durch die bei den verjährten Fällen gegen v. Wächters Ansicht gerichtete Erwägung als irrig erweist. Dieselbe Erwägung läßt es auch als zulässig erscheinen, mit v. Liszt und Olshausen a. a. O. nach Lage der Sache sogar nicht rechtswidrige Handlungen heranzuziehen.

ε) Wird ein gewohnheitsmäßiges Delikt gewerbmäßig betrieben, so nimmt Olshausen N. 21a und § 260 R. 9 wegen des Zusammenstehens zweier Qualifikationsgründe Idealkonkurrenz an. Ganz abgesehen davon, daß regelmäßig ein Fall der sog. gleichartigen Idealkonkurrenz gegeben sein würde, ist es unmöglich, daß ein und derselbe Täter durch dieselben Tätigkeitsakte sich eine Einkommensquelle zu verschaffen bezweckt und nicht bezweckt, und daher ist mit Binding Handb. I 550 anzunehmen, daß die Gewohnheitsmäßigkeit durch die weitergehende Gewerbmäßigkeit aufgezehrt wird.

ζ) Das Kollektivdelikt als Gesamtdelikt umfaßt alle einzelnen Tätigkeitsakte. Daher ist der Richter nicht auf die in der Anklageschrift bzw. dem Eröffnungsbeschlusse hervorgehobenen Fälle beschränkt, sondern hat auch andere, mögen sie sich auch erst seitdem ereignet haben, seiner Beurteilung zu unterziehen. Konsequenter Weise werden sämtliche vor Fällung — nicht vor der Rechtskraft — des erstinstanzlichen Urteils vorgekommenen Einzelfälle ohne Rücksicht auf

die örtliche Zuständigkeit durch die Aburteilung konsumiert und können nach dem Grundsatz ne bis in idem selbst dann nicht zum Gegenstande einer neuen Strafverfolgung gemacht werden, wenn sie zur Zeit der Aburteilung, z. B. wegen Unkenntnis, nicht berücksichtigt wurden: RG. 12./7. 82 C. 7 32, 10./11. 82 C. 7 229, 6./11. 84 C. 11 211, 17./3. 92 C. 23 7, 4./7. 93 C. 24 243, 24./11. 93 C. 24 419. Dies muß auch für den Fall einer Freisprechung gelten, was das Reichsgericht in dem Urteil 4./12. 94 C. 26 299 anerkannt, aber nicht konsequent befolgt hat. Sind nämlich in dem Vorprozesse unter Verneinung des Kollektivcharakters nur Einzelfälle zur Feststellung gelangt, so können nach der Ansicht des Reichsgerichts in dem neuen Verfahren die in dem Vorprozeß nicht erledigten Fälle aus der Zeit vor dem früheren Urteil abgeurteilt werden: RG. 20./9. 92 C. 23 230, und nach einem Urteil vom 19./11. 85 steht der Grundsatz ne bis in idem hier der Verurteilung nur dann im Wege, wenn der später urteilende Richter sämtliche Einzelfälle, auch die des früheren Urteils, für Ausflüsse eines gewerblichen und gewohnheitsmäßigen Handelns ansieht. Wegen später ermittelter Fälle ist eine Verurteilung selbst für den Fall vorangegangener völliger Freisprechung zulässig: RG. 24./11. 93 C. 24 419. Es ist klar, daß diese Entscheidungen mit dem Begriff eines Kollektivdelikts schwer vereinbar sind.

6. Das fortgesetzte Delikt.

Kein Zusammentreffen von Delikten, sondern Deliktseinheit liegt ebenfalls dann vor, wenn von mehreren aufeinanderfolgenden Handlungen jede für sich allein schon den Tatbestand des Delikts enthält, aber zugleich als Fortsetzung der vorhergehenden, somit nicht als selbständige Handlung, sondern alle zusammen als eine und dieselbe Handlung erscheinen, somit die Einzelhandlung nur die stückweise Ausführung eines als einheitlich geplanten Deliktes ist. Von den Kollektivdelikten unterscheidet sich das fortgesetzte Delikt, abgesehen natürlich von der ermangelnden Gewerbs-, Geschäfts- und Gewohnheitsmäßigkeit, schon dadurch, daß es nicht wie diese auf eine gesetzlich bestimmte Anzahl von Delikten beschränkt ist, sondern jedes Delikt in der Erscheinungsform des fortgesetzten Deliktes begangen werden kann.

Es ist eine alte Streitfrage, ob es ein fortgesetztes Delikt gibt. Das StGB. erwähnt es nirgendwo ausdrücklich, aber die Theorie und Praxis hat die Frage bejaht: Berner 306, Binding Handb. I 540 und Grundr. 143, Virkmeier Enzykl. 1154, Zinger I 374, Frank § 74 R. V 1d, Salschner I 660, v. Liszt 236, Merkel 263 und S. S. II 575, Meyer-Alsfeld 347, Olshausen R. 6 bis 11, Dppenhoff-Delius § 74 R. 3, Wachenfeld H. II 1154, v. Wächter 293; das Reichsgericht in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen, zuletzt 31./1. 11 C. 44 392 (vgl. Zinger I 380). Weyer I 184 und anscheinend Schütze 190, 192, 197, siehe jedoch 197 R. 4, bestritten den Begriff eines fortgesetzten Deliktes. Rüdorff-Stenglein §§ 73 R. 5, 74 R. 5 und Abschn. V R. 3 erkennt es an, gibt 243 zu, „daß für gewisse strafbare Verhältnisse, wie andauernder Ehebruch, Unterschande usw. der Begriff nicht wohl entbehrt werden kann, ohne ungerecht zu werden“, behauptet aber gleichwohl, daß der Begriff „dem StGB. gänzlich fremd sei“. Dabei geht man aber zu weit, wenn man behauptet, daß das StGB. von dem fortgesetzten Delikt ganz schweigt. Zunächst ist es mit dem System des StGB. wohl vereinbar, eine Mehrheit von Einzelhandlungen als Eine Handlung dann aufzufassen, wenn unter den Einzelhandlungen ein derartiger tatsächlicher und geistiger Zusammenhang besteht, daß nach der natürlichen Auffassung des Sachverhalts keine Handlung als eine selbständige, sondern nur jede der nachfolgenden Handlungen als die Fortsetzung der vorausgehenden erscheint. Ja das StGB. nötigt dazu bei zahlreichen Delikten, z. B. indem es sich des Plurals bedient, wie „unzüchtige Handlungen“ §§ 174, 176, „Glücksspiele“ §§ 285, 360 Nr. 14, oder durch einen Kollektivbegriff eine Mehrheit gleichartiger Willensbetätigungen sprachlich zu einer Einheit zusammenfaßt, wie Verbreitung, Amtsausübung, Schlägerei, Betteln. Nach Binding Handb. I 560 und Olshausen R. 7b deutet sogar in vielen Fällen die Aufstellung eines sog. Mischtatbestandes, obgleich die mehreren selbständigen Tatbestände im Interesse der Kürze in demselben Paragraphen zusammengefaßt sind, stillschweigend darauf hin, daß die einzelnen Tatbestände trotz ihrer juristischen Selbständigkeit einen solchen Zusammenhang haben, daß die Vornahme des einen Aktes lediglich als Fortsetzung des anderen erscheinen nicht muß, aber kann. Ob es eine Andeutung des fortgesetzten Deliktes ist, wenn in § 74 für die Real Konkurrenz eine Mehrheit „selbständiger“ Handlungen verlangt ist, wird von manchen Juristen, z. B. Merkel 264 und Meyer-Alsfeld 347, behauptet, von anderen, z. B. Rüdorff-Stenglein § 74 R. 4, mit Recht verneint.

Weil das StGB. den Begriff des fortgesetzten Deliktes im technischen Sinne nicht aufstellt hat, ist es Sache der tatsächlichen Feststellung, ob im einzelnen Falle mehrere nach Willens- und Tatseite geschiedene selbständige Handlungen anzunehmen sind, oder ob die ganze Tätigkeit als eine sowohl der äußeren Erscheinung nach zusammenhängende als auch von demselben strafbaren Willen getragene sich charakterisiert, welche demnach als Eine Handlung aufzufassen ist: RG. 17./1. 84 C. 9 426. Wenn der Richter die zweite Alternative bejaht, so ist er nicht, wie Frank § 74 R. V 1d Abs. 1 jagt, ermächtigt, sondern verpflichtet, unter Abweisung der Bestimmungen

über die Realkonkurrenz nur Eine Handlung, nämlich ein fortgesetztes Delikt anzunehmen, dagegen bei Bejahung der ersten Alternative verpflichtet, nach § 74 zu verurteilen. Weil ferner der Begriff des fortgesetzten Deliktes keine im StGB. derartig anerkannte legale Bedeutung hat, daß seine sprachliche Anwendung ohne weiteres verständlich wäre, müssen, um von diesem Begriff Gebrauch zu machen, in Auflösung desselben die tatsächlichen Feststellungen erkennen lassen, daß der Richter eine äußerlich gegebene Mehrheit von Handlungen als einen in Wirklichkeit einheitlichen Willensakt aufgefaßt hat: RG. 10./6. 80 C. 1 450, 21./5. 81 C. 4 187. Es ist also verfehlt, ohne solche Auflösung die Einheit der Handlung mit der „Einheit des gesamten Treibens des Angeklagten“ zusammenzuwerfen, denn ein zusammenhängendes verbrecherisches „Treiben“ besagt nur die Entwicklung einer mannigfaltigen, aber irgendwie persönlich, zeitlich oder örtlich verbundenen verbrecherischen Tätigkeit, und die Mehrheit einer Reihe selbständiger Delikte wird dadurch objektiv keineswegs ausgeschlossen: RG. 21./5. 81 C. 4 287. Wenn die Einzelhandlungen sich nicht unmittelbar aneinanderreihen, sondern zeitlich auseinanderliegen, bedarf zwar nicht die Annahme einer Realkonkurrenz, wohl aber die der Einheit der Handlung einer besonderen Begründung: RG. 28./1. 84 C. 10 53, 21./1. 86 C. 13 285, 20./10. 94 C. 26 175, 29./5. 08 C. 41 340.

Im einzelnen ergeben sich folgende Grundsätze:

a) Das Wesen des fortgesetzten Deliktes beruht, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, auf der Identität des Rechtsgutes, gegen welches sich alle sukzessiven Akte richten, und auf der Möglichkeit einer quantitativ größeren oder geringeren Verletzung dieses Rechtsgutes einerseits, und andererseits darauf, daß der Vorsatz auf eine Gesamtverletzung dieses Rechtsgutes geht.

Erforderlich ist somit zunächst die Einheit nicht des äußeren Gegenstandes, an welchem das Delikt verübt, wohl aber des Rechtsgutes, gegen welches es begangen wird. Denn das Objekt des verbrecherischen Angriffs ist nicht die Rechtsnorm in ihrer abstrakten Allgemeinheit, sondern ein konkretes unter dem strafrechtlichen Schutz der Norm stehendes Rechtsgut. Daher ergibt die Verletzung nur Einer Norm gleichwohl eine Mehrheit von Delikten, wenn eine Mehrheit konkreter Rechtsgüter verletzt erscheint, während die Einheit des Deliktes erfordert, daß nur Ein Rechtsgut verletzt wurde. Welches aber das Rechtsgut ist, gegen welches das Delikt begangen wird, läßt sich nicht allgemein angeben, sondern muß für jede Deliktsart nach Maßgabe des gesetzlichen Tatbestandes bestimmt werden. Die geforderte Einheit des Objekts darf insbesondere nicht dahin gedeutet werden, daß stets ein und derselbe körperliche Gegenstand das Objekt des Deliktes zu bilden hat. Der Diebstahl hört dadurch nicht auf, Einer zu sein, daß der Dieb mehrere Sachen wegnimmt, und das Verbrechen des gewalttätigen Widerstandes gegen die Obrigkeit ist auch dann ein einheitliches, wenn der Widerstand nicht bloß einem, sondern mehreren Beamten geleistet wird. Vgl. Binding Handb. I 531, 542, Frank § 74 R. V 1 d α, Hälschner I 661, Meyer-Malfeld 347, Lischajen N. 8a Abf. 1; RG. 3./10. 82 C. 7 60, 28./1. 84 C. 10 53, 3./3. 84 C. 10 203, 19./12. 87 C. 17 103.

b) Die Einheit des Rechtsgutes wird nicht dadurch aufgehoben, daß mehrere Personen Träger desselben sind; die Einheit des Diebstahls z. B. ist nicht davon abhängig, daß nur Sachen desselben Eigentümers weggenommen werden. Denn während die begrifflich (in abstracto) vorhandene Verschiedenheit der Rechtsgüter der Annahme eines fortgesetzten Deliktes entgegensteht, kann für solche Annahme bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch begriffliche — abstrakte — Gleichheit, d. h. Gleichartigkeit des verletzten Rechtsgutes genügen. Ist das Rechtsgut aber ein höchstpersönliches, ein sog. Individualrecht (Leben, leibliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre), so liegt, weil die individuelle Integrität jeder Person ein mit der Integrität einer anderen Person durchaus unvergleichbares Rechtsgut ist, bei der Verletzung mehrerer Personen nicht ein fortgesetztes Delikt, sondern mehrere Delikte in realer Konkurrenz vor, mögen sie auch in zusammenhängenden aufeinander folgenden Akten begangen werden: Werner 306, Frank § 74 R. V 1 d γ, Hälschner I 661, v. Liszt 234, Meyer-Malfeld 347 R. 9, Lischajen N. 7a, v. Wächter 296; RG. 29./3. 81 C. 4 36, 28./1. 84 C. 10 53, 12./2. 95 C. 27 19, 13./5. 98 C. 31 150, 15./12. 09 C. 43 134.

c) Das fortgesetzte Delikt unterscheidet sich von dem einfachen dadurch, daß der Wille des Täters darauf gerichtet ist, das Eine Verbrechen in größerem Umfange zu verüben, und daß sich aus der fortgesetzten Tätigkeit ein gesteigertes Maß der Rechtsverletzung ergibt. Daher muß das angegriffene Rechtsgut eine Verletzung in quantitativ größerem oder geringerem Umfange, also auch in quantitativen Abschnitten in der Weise zulassen, daß die einzelnen auf die Verwirklichung jedes Teiles gerichteten Tätigkeitsakte die gleiche rechtliche Beschaffenheit haben, indem sie sämtlich im allgemeinen den nämlichen strafbaren Tatbestand erfüllen. An solchen Rechtsgütern, welche nicht in verschiedenem Maße verletzt werden können, sondern durch die vollendete Verletzung vernichtet werden, ist kein fortgesetztes Delikt möglich: Frank § 74 R. V 1 d β, Hälschner I 662, Lischajen N. 8a Abf. 3; RG. 19./12. 87 C. 17 103.

d) Sämtliche Einzelakte müssen auf einem einheitlichen Vorsatz beruhen: Berner 307, Binding Handb. I 545, Frank § 74 N. V d d, Hälschner I 661, Olshausen N. 8a Abf. 2; RG. 4. 12. 86 E. 15 23, 19./12. 87 E. 17 103, 23./5. 91 E. 22 22, 23./11. 91 E. 22 234, 20./10. 94 E. 26 175, 22./6. 97 E. 30 163, 21./9. 06 E. 39 220, 14./2. 08 E. 41 98; a. M. v. Liszt 236, Löning 90, Meyer-Malfeld 148, v. Wächter 294. Der einheitliche Vorsatz ist aber nur Einer der für die Annahme eines fortgesetzten Delikts maßgebenden Faktoren, und es hängt keineswegs ohne Rücksicht auf die objektiven Momente des verbrecherischen Tatbestandes lediglich von der subjektiven Willkür des Handelnden ab, eine Mehrheit von Delikten zu einem Delikt zusammenzufassen, denn nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als Eine Rechtsverletzung zu betrachten sei: Hälschner I 662, Merkel 264; RG. 21./5. 81 E. 4 187, 19./12. 87 E. 17 103, 7./1. 11 E. 44 223. Die Konsequenz des Erfordernisses eines einheitlichen Vorsatzes ist, daß ein fortgesetztes Delikt nur als dolosus möglich ist, womit Berner 308 und Oppenhoff-Delius N. 8 übereinstimmen, wogegen es auch bei fahrlässigen Delikten für möglich halten Binding Handb. I 537, Birtmeyer Einzhfl. 1154, Frank § 74 N. V 1 d d, v. Liszt 236 N. 2, Meyer-Malfeld 348, Olshausen N. 8a Abf. 2, Rüdorff-Stenglein § 74 N. 6; RG. 1./11. 87 E. 16 290. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn Jemand einen gefährlichen Zustand bestehen läßt und infolgedessen sukzessiv mehrere ihm zur Fahrlässigkeit zuzurechnende Erfolge entstehen, denen er in den dazwischenliegenden Zeitabschnitten hätte vorbeugen können. Daß diese Ansicht mit dem Erfordernis des Vorsatzes unvereinbar, gibt auch Olshausen durch die Beschränkung zu, „wenn nur der Tatbestand der fahrlässigen Delikte zum Teil auch Vorsatz erfordert“. Das Reichsgericht hat übrigens später seine Ansicht aufgegeben und ausdrücklich anerkannt, eine fortgesetzte Begehung in dem Sinne, daß mehrere gleichartige, gegen dasselbe Rechtsgut gerichtete Handlungen, deren jede für sich den Tatbestand erfüllt, durch den einheitlichen Vorsatz des Täters, die gewollte Tat in Abschnitten zu begehen, zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden, sei bei einem fahrlässigen Delikt begrifflich ausgeschlossen: 14./2. 08 E. 41 98. Vgl. auch 31./1. 11 E. 44 392.

e) Nicht wesentlich ist, daß der zwischen den Einzelakten begrifflich notwendige Zusammenhang äußerlich in der Gleichartigkeit der Begehungsform, in dem zeitlichen Zusammenfallen oder in der Aufeinanderfolge der Einzelakte hervortritt, da eine fortgesetzte Handlung auch ohne diese Momente vorliegen kann und sie andererseits nicht ausreichen, um die Zusammenfassung zu einer fortgesetzten Handlung zu rechtfertigen: Frank § 74 N. V 1 d d, Olshausen N. 8b; RG. 3./3. 84 E. 10 203, 4./11. 86 E. 15 23. Daß nicht die äußere Gleichartigkeit der Einzelhandlungen, sondern ihre Gleichartigkeit nach Maßgabe der betreffenden Deliktsarten — Meyer-Malfeld 347 — erforderlich ist, zeigt die große Verschiedenartigkeit der Handlungen z. B. bei dem Hoch- und Landesverrat und beim Bankrott. Bei den meisten Delikten wird, wenn zwischen den einzelnen Akten eine je nach den konkreten Umständen größere oder geringere Pause liegt, nicht ein fortgesetztes Delikt, sondern eine Realkontinenz mehrerer selbständiger Delikte gegeben sein, und daher ist, wie bereits oben Abf. 3 bemerkt wurde, dann, wenn die Einzelhandlungen sich nicht unmittelbar aneinander reihen, die Annahme, daß gleichwohl nur Eine Handlung vorliegt, besonders zu begründen; aber ein allgemeines notwendiges Begriffsmerkmal ist die unmittelbare Kontinuität nicht. Allerdings ist gerade in diesen Fällen an dem Erfordernis der Einheitlichkeit des Vorsatzes streng festzuhalten. „Sehr beeinträchtigt wird die Handhabung des Begriffs des „fortgesetzten Verbrechens durch die Neigung der Praxis, generelle Intentionen des Täters, wie z. B. die, ein Kind bei jeder Gelegenheit zu mißhandeln oder eine Klasse bei jedem Geldbedarfe zu bestehlen, mit einheitlichen Vorsätzen zu verwechseln. Tene sind keine taugliche Basis, um „darauf die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens zu gründen“: Binding Grundr. 144.

f) Das Abhängigkeitsverhältnis, welches zwischen den Einzelakten bestehen muß, um ihnen den Charakter selbständiger Handlungen zu nehmen, also die Annahme einer Realkontinenz; auszuschließen, ist nicht schon dadurch gegeben, daß die eine Handlung das Mittel zur Verübung einer anderen oder der Zweck der letzteren ist, oder daß in ihr das Motiv für eine andere Handlung liegt: RG. 2./10. 82 E. 7 60, 4./11. 86 E. 15 23, 19./12. 87 E. 17 103, 28./4. 99 E. 32 137, 12./10. 99 E. 32 384, 29./5. 08 E. 41 340.

g) Aus der Einheitlichkeit des fortgesetzten Delikts folgt nicht, daß die strafbaren Einzelhandlungen nicht in gewissem Grade tatsächlich und rechtlich verschieden gestaltet sein können. Wenn aber eine und dieselbe Handlung unter verschieden schwere Strafandrohungen fällt, so ergibt sich aus der Regelung, die der Fall einer Verletzung mehrerer Strafgesetze durch ein und dieselbe Handlung in § 73 gefunden hat, als ein Grundgedanke des StGB., daß die schwerste Strafandrohung allein maßgebend sein soll. Ist auch nur ein einziger Akt unter einem erschwerten Umstand begangen, für welchen das Gesetz eine besondere, qualifizierte Strafbestimmung getroffen hat, so untersteht die ganze einheitliche Tat dieser Bestimmung: v. Liszt 236, Meyer-Malfeld 348. Daher kann z. B. eine Mehrzahl von Mißhandlungen derselben Person auch dann als ein fortgesetztes Delikt aufgefaßt werden, wenn die einzelnen Körperverletzungen teils in

einfachen Körperverletzungen nach § 223, teils in Körperverletzungen mittels eines gefährlichen Werkzeugs nach § 223a bestehen; das Delikt qualifiziert sich dann als gefährliche Körperverletzung, das Erfordernis des Strafantrages entfällt: RG. 13./5. 98 C. 31 150. Und umgekehrt sind die für einen Einzelakt zutreffenden Strafermäßigungsgründe keineswegs auf das ganze fortgesetzte Delikt zu beziehen, so daß dieses als Ganzes aus dem Gesichtspunkt der mindestensschweren Einzelhandlung zu bestrafen wäre: RG. 4./2. 10 C. 43 219.

h) Die kriminalistische Einheit des fortgesetzten Delikts bewährt sich in allen Fällen, in welchen eine fortgesetzte Handlung als Gegenstand der strafrechtlichen Verfolgung in Frage kommt: Meyer-Altfeld 348, Olshausen N. 9; RG. 22./10. 07 C. 40 319. So bezüglich der zeitlichen Begehung bei einem Wechsel der Gesetzgebung: § 2 Nr. 7 Abs. 2. Bezüglich des Ortes der Begehung: § 3 Nr. 5 Abs. 3. Bezüglich der Antragsfrist: § 61 Nr. 5o. Bezüglich der Verjährungsfrist: § 67 Nr. 3 Abs. 2 und der Unterbrechung der Verjährung: § 68 Nr. 5 Abs. 2. Bei der Notwehr, indem die Frage, ob der Täter sich auf sie berufen kann, auf Grund einer Prüfung des ganzen Sachverhalts zu beantworten ist: Olshausen § 53 Nr. 3 Abs. 2. Ferner wenn es sich um die Berechnung des Wertes handelt: §§ 247, 248a, 264a, 370 Nr. 5. Endlich bei der Teilnahme, bei welcher — daselbe gilt entsprechend von der Begünstigung und Hehlerei — Teilnahme an einer Einzelhandlung stets Teilnahme an dem einheitlichen Delikt ist: v. Liszt 236, Meyer-Altfeld 348, Olshausen N. 18b. Mit dem Begriffe des fortgesetzten Delikts steht es in Widerspruch, wenn das Reichsgericht auf die Einzelakte zurückgreift, weil die lediglich juristische Fiktion fortgesetzter Delikte — in anderen Entscheidungen verweist der Gerichtshof auf die „natürliche Auffassung des Sachverhaltes!“ — wegen des Erfordernisses der Einheitlichkeit des Vorsatzes ausschließlich mit der Person des Haupttäters zusammenhänge, während die Frage, ob Jemand als Teilnehmer oder Begünstigter anzuhängen sei, ausschließlich von seinem Verhältnis zu derjenigen Einzelhandlung aus gewürdigt werden könne, an der er sich beteiligt habe: RG. 5./3. 88 C. 17 227, 17./11. 92 C. 23 300, 13./11. 00 C. 34 5. Wenn das Reichsgericht unter Olshausens a. a. O. und Müddorff-Stengleins § 49 Nr. 12 Billigung 14./12. 00 C. 34 47 urteilt, daß ein Delikt mit Bezug auf Mittäter für den einen durchweg als fortgesetztes, für den anderen aber als wiederholtes Delikt, sei es auch in teilweiser Fortsetzung, angesehen werden könne, weil der Vorsatz des Täters als subjektives Moment überhaupt entscheidend sei, ob eine fortgesetzte oder ob mehrere selbständige Handlungen vorliegen, so wird hierbei die Entscheidung dem Täter in einer Weise zugeschoben, die mit der sonstigen Ansicht des Gerichtshofes — siehe N. d — schwer vereinbar ist. Mit dem Reichsgericht stimmt überein auch Franke § 74 Nr. V letzter Abs., weil der Vorsatz des Dritten nicht notwendig die Gesamtheit der Akte zu umfassen brauche.

Nicht minder macht sich die Einheitlichkeit des fortgesetzten Delikts prozessualisch geltend. Der Zusammenhang zwischen den einzelnen Akten wird durch eine in der Mitte liegende Bestrafung durchbrochen, sobald vorher begangene Handlungen nicht nach der Beurteilung als einheitliche Straftat sich fortsetzen können: RG. 17./3. 90 C. 20 316. Ist Beurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts erfolgt, so ist die Verfolgung anderer vor jener Aburteilung begangener Fortsetzungshandlungen nach dem Grundsatz *no bis in idem* ausgeschlossen, mögen sie auch dem Gericht unbekannt und für die Strafzumessung von Bedeutung gewesen sein: RG. 10./12. 83 C. 9 344. Hat ein früheres Urteil Selbständigkeit der einzelnen Akte angenommen, so ist es nicht zulässig, bei Aburteilung weiterer gleich gelagerter Straftaten Fortsetzung anzunehmen, die früher abgeurteilten in diese Einheitsstat einzuziehen und deshalb die Bestrafung der neuen abzulehnen: RG. 28./10. 86 C. 15 23.

7. Die Idealkonkurrenz verlangt Eine Handlung und mehrere verlesene Strafgesetze. Somit scheiden, weil bei ihnen anscheinend zwar mehrere, in Wirklichkeit aber nur Ein Strafgesetz verletzt ist, folgende Fälle aus:

a) Bei denjenigen zahlreichen Delikten, für welche das Gesetz nicht lediglich Eine bestimmte Strafe androht, sondern je nach den hinzutretenden Umständen entweder eine härtere — Strafschärfungsgründe, qualifiziertes Delikt — oder eine mildere — Strafmilderungsgründe, privilegiertes Delikt — bestiehlt oder zuläßt, wird durch das Zusammenreffen mehrerer Strafschärfungsgründe bei demselben Delikt weder eine Ideal- noch eine Realkonkurrenz, sondern nur eine Modifikation dieses selbigen Delikts begründet. Wenn nämlich mehrere Schärfungsgründe zusammentreffen, z. B. §§ 223a, 224, so kommt nur dasjenige Gesetz zur Anwendung, welches den schwersten Qualifikationsgrund, wenn mehrere Strafmilderungsgründe, dasjenige, welches den mildesten setzt, wobei die anderen Strafänderungsgründe ihre Berücksichtigung bei der Strafzumessung finden. Wenn endlich ein Schärfungs- mit einem Milderungsgrund zusammentrifft, z. B. §§ 213, 215, so hat der Richter je zu prüfen, welcher Grund nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes der gewichtigere ist. Um ein im wirklichen Leben recht häufiges Delikt zu wählen: Mehrere Jugendliche (§ 57) haben sich zur fortgesetzten Entwendung (§ 243 Nr. 6) von Nahrungsmitteln oder Genußmitteln von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge (§ 370 Nr. 5) aus einem

umschlossenen Räume — dem eingefriedigten Obstgarten — mittels Einsteigens (§ 243 Nr. 2) verbunden. In allen diesen Fällen liegt Ein Delikt vor und ist die Subsumtion unter die mehreren Gesetze nur eine scheinbare, indem in Wirklichkeit nur das eine bestimmte Gesetz, in dem genannten Beispiel § 370 Nr. 5, unter notwendiger Berücksichtigung des allgemeinen Milderungsgrundes der Zugehörigkeit in Anwendung zu bringen ist und die übrigen begleitenden Umstände nur für die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens in Betracht kommen; Frank § 370 Nr. V Abj. 3, Olshausen § 370 zu Nr. 51 a und Rüdorff-Stenglein § 370 Nr. 18 nehmen allerdings Ideal- oder sogar Realkonkurrenz an. Ist für die mehreren Strafänderungsgründe die gleiche härtere oder mildere Strafe angedroht, z. B. §§ 214, 215, 157 Nr. 1, 2, so findet nur eine einmalige Schärfung oder Milderung statt. Hiermit stimmen überein z. B. Binding Grundr. 143, Meyer-Walfeld 352, v. Wächter 297. Ebenso Frank Nr. 7 1 b, welcher aber Gesetzeskonkurrenz annimmt. Dagegen Olshausen Nr. 21 a nimmt gemäß seiner eigentümlichen, sich durch sein ganzes Werk hindurchziehenden Vorliebe für die Idealkonkurrenz mit Mertel 271 und S. S. IV 229 Idealkonkurrenz an, weil bei Einheit der Handlung mehrere Strafgesetze verletzt seien. Dabei räumt er ein, daß nicht Delikte, sondern Erschwerungsgründe bzw. Gesetze konkurrieren, eine wirkliche Verbrechenkonkurrenz offenbar nicht vorhanden ist, aber ein Unterschied von der reinen Gesetzeskonkurrenz liege darin, daß keines der zusammentreffenden Gesetze mit seinen Merkmalen die Tat vollständig umspanne.

b) Wenn durch eine und dieselbe Handlung nicht mehrere Strafgesetze, sondern dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt wird, z. B. ein und derselbe Schuß mehrere Personen verwundet, die sog. gleichartige Idealkonkurrenz, so geht die überwiegende Ansicht dahin, daß derartige Fälle, weil nur Eine Handlung vorliege, nach Analogie der Vorschrift des § 73 zu entscheiden seien: Berner 300, Binding Handb. I 221, 578, Birtmeyer Enzykl. 1153, Frank Nr. III 3, Hälschner I 683, Mertel 268 und S. S. II 581, IV 84, 227, Olshausen Nr. 16, v. Wächter 291; RG. 1./7. 80 C. 2 255. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Daß wegen der Einheit der Handlung keine Realkonkurrenz nach § 74 vorliegt, ist unzweifelhaft. Daß aber deswegen § 73 in — direkte oder analoge — Anwendung zu kommen habe, ist nur dann unvermeidlich, wenn überhaupt einer der beiden Paragraphen notwendig Platz greift, und das ist eben gar nicht zu beweisen. Mertel 270 meint, daß „dem Gesetzgeber bei § 73 nur die Fälle der ungleichartigen Idealkonkurrenz „vorgezeichnet haben“. Rüdorff-Stenglein Nr. 5 erklärt rundweg, § 73 wolle „keineswegs eine „Bestimmung darüber geben, ob durch ein und dieselbe Handlung dasselbe Gesetz mehrmals verletzt werden könne“. Und Schüge 198 Nr. 5 sagt zutreffend: „Für die Anwendung des § 73 könnten „sprechen die Worte „eine und dieselbe Handlung“, dagegen aber „mehrere Strafgesetze verletzt“, was unmöglich bedeuten kann: dasselbe Strafgesetz, aber gegen eine Mehrheit von verletzten Personen. Da nun auch § 74 verb. „durch mehrere selbständige Handlungen“ auf diesen „Fall ebensowenig paßt, scheidet derselbe in der Luft.“ D. h. er wird beurteilt in Absehung von jeder Konkurrenz, und die Mehrheit der Erfolge ist nur Strafzumessungsgrund. Es ist auch nicht klar, wodurch sich die Absehung von jeder Konkurrenz von der „analogen“ Anwendung des § 73 unterscheidet, es sei denn, daß nicht bei jener, wohl aber bei dieser die Mehrheit der Erfolge einen obligatorischen Straf erhöhungsgrund bilde, was aber — siehe unten Nr. 12 — selbst bei einer direkten Anwendung des § 73 keineswegs der Fall ist. Soll aber die analoge Anwendung des § 73 darin bestehen, daß nicht eine Häufung von Strafen stattfindet, sondern nur Eine Strafe, so ist es ohnehin selbstverständlich, daß wegen Einer Verletzung Eines Strafgesetzes die in diesem angedrohte Strafe nicht zweimal verhängt werden darf. Hiermit stimmen überein v. Liszt 240 Nr. 1, Meyer-Walfeld 355, Oppenhoff-Delius Nr. 3, Wachenfeld Hl. II 286.

8. Keine wirkliche, sondern nur eine Scheinkonkurrenz mehrerer Strafgesetze ist ferner die sog. Gesetzeskonkurrenz.

Daß durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt werden, ist nur möglich, wenn es sich um verschiedene Gesetze handelt, wenn also der gesetzliche Tatbestand der zusammentreffenden Delikte sich nur teilweise deckt, dergestalt, daß mit der Verwirklichung der besonderen Merkmale des einen Delikts zugleich nur ein oder einige, nicht aber alle besonderen Merkmale des anderen gegeben sind, z. B. bei dem Zusammentreffen der Urkundenfälschung des § 268 und des Betruges des § 263 Wahrheitsentstellung, Täuschung, rechtswidriger Vermögensvorteil. Hier kam der ganze Vorgang nur unter Anwendung des strengeren Gesetzes zur Aburteilung gelangen, und deshalb tritt die Bestimmung des § 73 in Kraft: es liegt Idealkonkurrenz vor. Vgl. Binding Handb. I 571, v. Liszt 241 („wir wenden jenes Strafgesetz an, welches uns durch „die Spannweite seiner Strafrahmen die volle Würdigung der Handlung wenigstens annäherungsweise gestattet“, was aber v. Liszt nicht für Idealkonkurrenz, sondern für scheinbare Verbrechenkonkurrenz, nämlich Gesetzeskonkurrenz erklärt), Mertel 270, Olshausen Nr. 15, v. Wächter 291; RG. 3./5. 80 C. 2 42, 11./12. 84 C. 11 355, 13./1. 87 C. 15 281, 2./1. 88 C. 18 174.

Nun gibt es Gesetze, bei welchen der Tatbestand des einen nicht bloß ein oder mehrere, sondern

sämtliche gesetzlich wesentlichen Merkmale des Tatbestandes eines anderen Gesetzes enthält, beide Gesetze sich also in ihren wesentlichen Tatbestandsmerkmalen bedecken. Nach dem äußeren Wortlaut kann ein bestimmtes Delikt unter jedes von ihnen subsumiert werden, es bewerben sich gewissermaßen mehrere Gesetze um die Beurteilung der Handlung, aber nach dem durch die Interpretation zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers ist das Delikt nur unter dieses eine bestimmte Gesetz zu subsumieren: RG. 23./2. 94 C. 25 147. Diesen Fall der scheinbaren Deliktikonkurrenz nennt man Gesetzeskonkurrenz. Vgl. Werner 274, Binding Handb. I 349 und Grundr. 77, auch Lehrb. I 15, Frank N. VII, Hälschner I 659, 681, v. Liszt 240, Merkel 268, Meyer-Alfeld 350, Liszhausen N. 12—15, Rüdorff-Stenglein N. 11, Schübe 193, v. Wächter 297. Allerdings macht sich auch bei der Gesetzeskonkurrenz der von Schübe 190 N. 2 bezüglich der ganzen Lehre von der Konkurrenz in etwas scharfer Formulierung beklagte Übelstand geltend, daß „in dieser „verworrenen Lehre nahezu jede Frage bestritten ist“.

a) Das zusammengesetzte Delikt.

Es liegt vor, wenn das Gesetz aus zwei an sich rechtswidrigen, gegen verschiedene Rechtsgüter gerichteten Handlungen einen einheitlichen Deliktbegriff bildet (v. Liszt). Z. B. der Raub ist Zusammenfassung von Diebstahl und Nötigung. Binding Handb. I 504 und Lehrb. I 15 definiert es als einheitlich pönalisierte Deliktikonkurrenz und zwar als ein Zusammentreffen von Übertretungen verschiedener Normen, welche isoliert alle straflos oder alle strafbar oder teils straflos, teils strafbar sein können, und nimmt im übrigen Idealkonkurrenz, Gesetzeskonkurrenz aber nur dann an, wenn sich das zusammengesetzte Delikt aus Grunddelikten bildet, die alle auch isoliert strafbar sind. Nach v. Liszt 237 liegt ein Fall der Verbrenenseinheit vor, den er aber bei der Gesetzeskonkurrenz 241 nicht aufführt.

b) Spezialität.

Nach der Rechtsregel *lex specialis derogat legi generali* ist auch im Strafrecht bei dem Zusammentreffen einer besonderen Bestimmung mit einer allgemeinen nur die erstere anzuwenden. In diesem Verhältnis stehen § 206 und §§ 211, 212, 226, §§ 242 und 370 Nr. 5, §§ 267 und 363. Hierbei werden von mehreren Autoren wieder verschiedene Spielarten aufgestellt. Frank N. VII 2a, der hierher auch das zusammengesetzte Delikt zählt, unterscheidet, ob aus dem normalen Tatbestande ein Kreis von Fällen unter Erhebung zu selbständigen Delikten ausgedeutet wird, wobei er als Beispiele die soeben genannten Paragraphen nennt, oder ob der Tatbestand des einen Delikts als Qualifikationsgrund eines anderen Verwendung findet, z. B. §§ 223 und 251. Bei der zweiten Spielart sei allerdings Vorsicht geboten. Denn wenn nur der objektive Tatbestand eines Delikts bei dem anderen als objektiver Strafschärfungsgrund verwendet werde, bei den sog. Erfolgsdelikten (oben § 59 N. 11 Abs. 2), sei Idealkonkurrenz möglich, z. B. §§ 211 und 307 Nr. 1; hierin ist ihm beizustimmen, falls der Erfolg beabsichtigt war. Liszhausen N. 12 exemplifiziert („insbesondere“) den qualifizierten oder privilegierten Tatbestand, z. B. §§ 223, 223a, 242, 243, und „den durch Zutritt eines, nicht als straf erhöhenden oder strafvermindernden Umstand im Sinne der StPD. §§ 262, 264, 266, 295 sich darstellenden, Momentes „gebildeten Tatbestand“, z. B. § 179 gegenüber § 185; wie die zweite sich an die zurzeit geltenden strafprozessualischen Bestimmungen anlehrende Unterscheidung sich im einzelnen auch nur mit annähernder Sicherheit durchführen läßt, ist schwer zu ersehen und daher ihre Brauchbarkeit sehr zweifelhaft. Aus der Praxis vgl. RG. 20./9. 80 C. 2 279, 15./10. 86 C. 14 384 (erklärt irrigerweise die Spezialität für ein allgemeines Merkmal der Gesetzeskonkurrenz), 29./9. 93 C. 24 269, 13./5. 98 C. 31 150.

c) Subsidiarität.

Nach ausdrücklicher oder stillschweigender Anordnung des Gesetzes hat eine Strafbestimmung nur aushilfsweise Geltung, wenn die Handlung nur für den Fall mit Strafe bedroht ist, daß nicht sie selbst aus einem anderen Gesichtspunkt als strafbar erscheint; z. B. §§ 49a, 207, oder daß nicht eine andere oder schwerere Art der Verschuldung vorliegt, z. B. Versuch und Vollendung; Meyer-Alfeld 351.

Binding Handb. I 335, Grundr. 78 erklärt die Subsidiarität dahin, daß „zwei Strafgesetze, „die teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen, nicht im Verhältnis von *lex generalis* und *lex specialis* stehen, und dennoch das eine nur Anwendung finden „will, falls das andere nicht Anwendung findet“. Er unterscheidet zwei Arten der Subsidiarität: falls nicht die Handlung, die das Gesetz selbst definiert, nach Maßgabe eines anderen Gesetzes härter behandelt werden soll, oder falls nicht eine andere als die von ihm definierte Handlung einen weiter gehenden Strafanspruch erzeugt. Einfacher ist mit Frank N. VII 2b und v. Liszt 241 die Einteilung nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anordnung des Gesetzes.

a) Die Subsidiarität ist ausdrücklich angeordnet §§ 43, 49a, 207, 353a. Nach der allgemeinen Bestimmung des § 43 „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist“, ist die Strafbestimmung für den Versuch stets subsidiär der für die Vollendung,

können Versuch und Vollendung mit Bezug auf dasselbe Delikt niemals konkurrieren. Daher ist es mit Binding Handb. I 547 und Frank N. VII 2b („bedenklich“) gegen Olshausen N. 13b 1, 18a und Rüdorff-Stenglein N. 7 für irrig zu erachten, wenn RG. 13./1. 87 E. 15 281 Real-konkurrenz von Versuch und Vollendung in dem Fall angenommen wird, daß der Täter, z. B. ein Dieb, erfolglos Mittel anwendet, welche die Tat als eine schwerere qualifizieren, z. B. Einsteigen (§ 243 Nr. 2), und dann die Tat ohne Anwendung dieser Mittel vollendet.

β) Man unterscheidet Verletzungs- und Gefährdungsdelikte, je nachdem zu dem Tatbestand die Herbeiführung einer Verletzung oder nur einer Gefahr gehört, und versteht dabei unter Gefahr die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines in naher oder entfernter Zukunft nach menschlicher Erfahrung und den Gesetzen der Kausalität zu erwartenden schädlichen Ereignisses, unter Gefährdung die Herbeiführung oder wesentliche Verstärkung dieser Wahrscheinlichkeit. Dabei unterscheidet man wieder die konkreten oder speziellen und die abstrakten oder generellen Gefährdungsdelikte, je nachdem die Gefahr im konkreten Fall nachweisbar vorliegen muß, z. B. § 312, oder die Handlung mit Rücksicht auf ihre Gefährlichkeit unter Strafe gestellt ist, ohne daß diese Eigenschaft zu den im einzelnen Fall festzustellenden Erfordernissen der konkreten Tat gehört, z. B. §§ 322, 324. Vgl. z. B. Frank § 1 N. II 2 S. 17, v. Liszt 124, Merkel 42, Meyer-Malfeld 25. Solche Gefährdungsdelikte finden sich zahlreich in Abschn. XXVII des II. Teiles, ferner z. B. §§ 366 ff. Dasjenige Gesetz, welches die Gefährdung eines Objekts, ist subsidiär demjenigen, welches die Verletzung desselben Objekts mit Strafe bedroht, z. B. § 368 Nr. 5 den §§ 306 ff. Das Anzeigengebot des § 139 ist subsidiär den Verletzungsgeboten, die Strafandrohung wider die unterlassene Anzeige subsidiär den Strafandrohungen wider die Täter oder Teilnehmer an den betreffenden Delikten: Binding Handb. I 359 und Lehrb. II 676, Frank § 139 N. VI 2, v. Liszt 604, Olshausen § 139 N. 6a; RG. 25./9. 80 E. 3 1. Auch hier differieren die Ansichten, so z. B. über das Verhältnis des die Aussetzung bedrohenden § 221 zu den Bestimmungen über die Tötung und Körperverletzung, siehe Olshausen § 221 N. 13a. Mit Recht weist Frank N. VII 2b β darauf hin, daß diese Art der Gesetzeskonkurrenz „nicht ohne erhebliche Einschränkungen durchzuführen“ ist. Zunächst ist zu beachten, daß, wenn das Gesetz eine Handlung wegen ihrer Gefährlichkeit „für unbestimmte Objekte mit Strafe bedroht, das in ihr liegende Gefährdungsdelikt mit dem Verletzungsdelikt konkurrieren kann. Z. B. § 366 Nr. 2 mit § 230. Denn der gemeingefährliche Charakter der Handlung findet in der Bestrafung wegen der Verletzung eines einzelnen Objektes keinen Ausdruck. Sodann kann sich die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten aus der genaueren Regelung ergeben, die sie im Gesetz erfahren. Wenn z. B. § 366 Nr. 6 das Hegen von Hunden auf Menschen ohne Antrag für strafbar erklärt, so muß diese Stelle auch dann anwendbar sein, wenn der Hund gebissen, der Hefende „also eine Körperverletzung begangen hat.“ Bei diesem letzteren Beispiel nimmt Binding Handb. I 360 und Lehrb. I 79 gerade Gesetzeskonkurrenz wegen Subsidiarität an.

γ) Nach der stillschweigenden Anordnung des Gesetzes ist ebenfalls Subsidiarität anzunehmen für das ausnahmsweise eine bloße Vorbereitungshandlung bedrohende Gesetz gegenüber dem die Vollendung bedrohenden, z. B. §§ 201 und 205: Frank N. VII 2ba, Hälschner I 659, Olshausen N. 13b 1; für den als delictum sui generis bedrohten Versuch gegenüber der Vollendung: Hälschner und Olshausen a. a. D., anscheinend auch Frank N. VII 2b Abs. 1; für die Bedrohung der bloßen Vorbereitungshandlung gegenüber dem Versuch: Frank N. VII 2bz, Olshausen a. a. D. und RG. 7./2. 89 E. 19 13.

δ) Desgleichen bei den verschiedenen Formen der Teilnahme. Wird zu der Tat eines Anderen angestiftet oder Hilfe geleistet, so kann von einer idealen oder realen Konkurrenz zwischen der Anstiftung oder Beihilfe und der Haupttat deshalb nicht gesprochen werden, weil der Anstifter, der Gehilfe eine andere Person ist als der Täter: Frank N. VII 2bγ und RG. 13./11. 94 E. 26 199. Wenn aber in bezug auf dieselbe Tat mehrere Schuldformen — Täterschaft (Mittäterschaft), Anstiftung, Beihilfe — zusammentreffen, so liegt weder ideale, noch reale, sondern Gesetzeskonkurrenz vor. Wie v. Liszt dies 230 formuliert: „bei mehrfacher Beteiligung derselben Person „an demselben Delikt wird die leichtere Form der Beteiligung (Beihilfe) durch die schwerere „(Anstiftung) konsumiert, die unselbständige (Teilnahme) aber durch die selbständige (Täterschaft), „der sie subsidiär ist, beseitigt.“ Vgl. Binding Grundr. 172, Frank a. a. D., Hälschner I 659, Meyer-Malfeld 193; RG. 1./5. 80 E. 2 145, 5./5. 84 E. 10 406, 7./7. 84 E. 11 37, 13./11. 94 E. 26 198, 31./5. 95 E. 27 273, 4./10. 00 E. 33 401, 13./10. 08 E. 42 6. Wegen der möglichen Fälle eines Zusammentreffens der verschiedenen Schuldformen vgl. oben fünfter Abschn. N. 5, § 48 N. 1b, § 49 N. 1 Abs. 3 und Olshausen N. 13b 2, 18b. Allgemeine Übereinstimmung herrscht allerdings nur darüber, daß verschiedene Teilnahmehandlungen von derselben Haupttat nicht miteinander in Realkonkurrenz treten können. Oben §§ 48 N. 1b und 49 N. 1 Abs. 3 wird, gestützt auf mehrere reichsgerichtliche Entscheidungen, bei Anstiftung und Beihilfe zu mehreren selbständigen Delikten durch Eine Handlung wegen ihrer akzefforischen Natur Realkonkurrenz ange-

nommen, indem auch bei dem Täter Real Konkurrenz vorliegt. Damit stimmen überein Binding Handb. I 586, Merkel 147, Oppenhoff-Delius § 48 N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 4, wogegen Frank-N. III 3a, v. Liszt 229, Meyer-Altfeld 193, 355 und Lshausen N. 19 IIa Ideal Konkurrenz behaupten. Das Reichsgericht selbst hat früher in seiner Ansicht geschwankt. Wie bei verschiedenen Fragen auf diesem Gebiete wird auch hier eine allseitig für richtig erachtete Antwort nur durch ein legislatives Eingreifen — eine gründliche Um- und Ausarbeitung der Bestimmungen über die Konkurrenz — ermöglicht werden.

d) Konjunktion.

Diese Form der Gesetzeskonkurrenz liegt dann vor, wenn zwei Delikte zwar begrifflich voneinander unabhängig sind, das eine aber so regelmäßig mit dem anderen verbunden ist, daß seine Strafbarkeit im Sinne des Gesetzes als in der des anderen mit berücksichtigt erscheint: Meyer-Altfeld 352. Hierbei lassen sich zwei Fälle unterscheiden, welche verschieden formuliert werden, aber am einfachsten mit v. Liszt 238 sich in folgender Weise formulieren lassen. Allerdings begreift v. Liszt sie neben dem fortgesetzten und den Kollektivdelikten unter der Kategorie der durch das Gesetz zu einer Verbrechenseinheit zusammengefaßten Mehrheit von Handlungen und benennt 241 unter Konjunktion eine Anzahl Fälle der Subjektivität.

a) Die eine Handlung dient als Mittel zur Begehung eines anderen Delikts und gehört entweder zu den gesetzlichen Merkmalen des anderen oder wird als das dem gewöhnlichen Hergang entsprechende Mittel vom Gesetz stillschweigend vorausgesetzt. Frank N. VII 2c α formuliert dies dahin: „wenn das eine Delikt ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium für ein anderes ist.“ Oder, wie v. Wächter 201 sagt: wenn „sein Tatbestand lediglich ein integrierender Teil des Tatbestandes des letzteren ist“. Hier wird nur das zweite Delikt bestraft. Beispiele sind Sachbeschädigung und Einbruchsdiebstahl, Körperverletzung und Tötung. Wenn N. den D. verwundet, um ihn zu töten, D. aber gerettet wird, so ist N. nicht wegen zweier Delikte, einer konsumierten Körperverletzung und einer versuchten Tötung, sondern bloß wegen versuchter Tötung zu bestrafen. Vgl. z. B. RG. 29./9. 93 E. 24 269, 29./11. 07 E. 40 430. Ist das konsumierende zweite Delikt ein Untragsdelikt, der Antrag aber nicht gestellt, so kann das konsumierte erste auch dann nicht bestraft werden, wenn es einen Antrag nicht erfordert: Lshausen N. 14a; RG. 16./4. 89 E. 19 250. Wegen des Rücktritts vom Versuch vgl. oben § 46 N. 1.

β) Die eine Handlung erscheint als Verwirklichung der zum Begriff eines anderen Deliktes erforderlichen Absicht, und diese Verwirklichung wird als dem gewöhnlichen Hergang entsprechend vom Gesetz stillschweigend vorausgesetzt. Wie Frank N. VII 2c β es formuliert: „eine spätere „Handlung ist lediglich Teilausführung einer Schuld, die schon zum Tatbestand eines vorausgehenden Delikts gehört“. Hier wird nur das erste, vorausgehende Delikt bestraft. Z. B. der Dieb, der die gestohlene Sache veräußert oder zerstört oder den gestohlenen Brief erbricht, ist nur wegen Diebstahls, nicht auch wegen Unterschlagung, Sachbeschädigung, Verletzung des Briefgeheimnisses, und wer durch Einziehung Untreue an Forderungen seines Machtgebers begeht, nur wegen Untreue, nicht auch wegen Unterschlagung der eingezogenen Geldbeträge zu bestrafen. Vgl. z. B. RG. 15./1. 02 E. 35 64, 28./9. 09 E. 42 420. Anders wenn der Dieb die gestohlenen Freifahrtsscheine ausfüllt und die ausgefüllten Formulare zu Freifahrten benutzt; hier liegt Real Konkurrenz von Diebstahl, Urkundenfälschung und Betrug vor: RG. 3./12. 09 E. 43 60.

e) Alternativität.

Diese liegt vor, wenn von dem Gesetz eine und dieselbe widerrechtliche Handlung unter mehreren kriminellen Gesichtspunkten gesehen und somit zum Tatbestand mehrerer Regelrechtsätze gemacht wird. Der Tatbestand mehrerer Strafgesetze kann nämlich ganz oder teilweise identisch sein, ohne daß in letzterem Falle eines der beiden Gesetze Regel-, das andere Ausnahmerecht sein will. Im Falle gänzlicher Identität verhalten sich die Tatbestände wie zwei einander deckende, im Falle teilweiser wie zwei einander schneidende Kreise. Für den beiden Kreisen angehörenden Tatbestand existieren dann mehrere ihn alternativ bedrohende Strafgesetze. Sind beide Strafen gleich schwer, so ist es einerlei, welches von beiden Gesetzen angewendet wird. In allen anderen Fällen hat der Richter das im konkreten Falle härtere Strafgesetz seinem Urteil zugrunde zu legen. Ein solches Verhältnis besteht zwischen §§ 80, 103, 104 und §§ 185 ff., 211 ff., 223 ff., 224 ff., zwischen § 265 und §§ 306, 308, 323, zwischen §§ 306 ff. und dem Sprengstoffgeß. v. 9. Juni 1884.

Die wissenschaftliche Ausbildung der Lehre von der Alternativität verdanken wir Binding, siehe Handb. I 349 ff., Grundr. 78, Lehrb. I 169, 369 und II 22, 430. Berner 275 und Meyer-Altfeld 351 haben sich ihm angeschlossen, wogegen Frank (ohne die Alternativität zu erwähnen) und Lshausen überall Ideal Konkurrenz annehmen und v. Liszt 241 unter Alternativität das Gegenteil von Gesetzeskonkurrenz versteht, nämlich daß Delikte, deren Begriffe widerstrebende Merkmale enthalten, wie z. B. Diebstahl und Unterschlagung, sich gegenseitig ausschließen; Rüdorff-Stenglein kennt anscheinend die ganze Lehre gar nicht. Nun läßt sich nicht beitreten, daß die

Alternativität der Gesetze das Ergebnis eines Fehlers der Gesetzgebung ist. Z. B. nach dem an sich unbestreitbaren Wortlaut wird mit dem Tode bestraft, wer einen einfachen Bürger (§ 211), mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft, wer einen Bundesfürsten (§ 81 Nr. 1), mit Festungshaft von einem bis zu zehn Jahren, wer einen nichtdeutschen Landesherren ermordet (§ 102), aber sich bei den §§ 81, 102 an den Wortlaut zu halten, wäre „der leerste Formalismus“ (Berner). Natürlich denkt auch niemand daran, daß das Urteil auf eine andere Strafe als auf Todesstrafe lauten kann. Ist gegen Bindung der Vorwürfe erhoben worden, die Alternativität sei „ein Verlegenheitsbegriff“, so ist dies nur in dem Sinne richtig, als durch sie eine durch den Wortlaut des Gesetzes geschaffene Verlegenheit beseitigt wird. Die Annahme einer Idealkonkurrenz steht in Widerspruch damit, daß, wenn es überhaupt Idealkonkurrenz gibt, die verletzten mehreren Strafgesetze sich in den begrifflichen Merkmalen des ihren Gegenstand bildenden Rechts nicht vollständig decken dürfen. Aber Leben ist Leben, Mord ist Mord, einerlei ob ein Jugendlicher oder Erwachsener mordet, ein Privatmann oder ein Fürst ermordet wird. Um die Unentbehrlichkeit des Begriffs der Alternativität an einer besonderen Bestimmung nachzuweisen! In den §§ 94–101 ist unter „Beleidigung“ die einfache Beleidigung, die üble Nachrede und die Verleumdung zu verstehen. Nach § 101 wird die öffentliche Verleumdung eines Regenten mit Gefängnis von einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, dagegen nach § 187 die eines einfachen Bürgers mit Gefängnis von einem Monat bis zu fünf Jahren. Ohne die Alternativität wäre der Regent, obgleich ihm durch § 101 ein besonderer Schutz gewährt werden soll, eventuell weniger geschützt als der Privatmann. Offenbar wird man dem Willen des Gesetzgebers nur durch die Annahme der Alternativität gerecht.

9. Liegt Idealkonkurrenz vor, so kommt nur das strengste Gesetz zur Anwendung, also dasjenige, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige, welches die schwerste Strafart androht. Sind beide Gesetze von gleicher Strenge, so ist es gleichgültig, welches Gesetz bei der Strafzumessung angezogen wird.

a) Anzuwenden ist dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht. Entscheidend ist die Strafandrohung in *thesi*, nicht aber die in *concreto* verwirkte Strafe: RG. 22./10. 97 C. 30 284, 8./10. 09 C. 42 427. Ist eines der konkurrierenden Delikte im Stadium des Versuches geblieben, so ist die durch §§ 44, 45 speziell für den Versuch angeordnete Strafe in Betracht zu ziehen: v. Liszt 243, Meyer-Malfeld 357 N. 28, Dshausen N. 25. Maßgebend sind an erster Stelle die angeordneten Hauptstrafen, und die Nebenstrafen kommen nur in Betracht, wenn die Hauptstrafen gleich sind: Frank N. IV, Hälschner I 684, v. Liszt 243, Meyer-Malfeld 357, Dshausen N. 29, Rüdorff-Stenglein N. 12.

b) Das die strengste Strafe androhende Gesetz ist ausschließlich anzuwenden und zwar auch dann, wenn bei Gleichartigkeit der Strafarten das Minimum der von ihm angeordneten Strafe geringer ist als das Minimum der Strafandrohung des anderen verletzten Gesetzes; z. B. §§ 156, 263. Wie der Richter in diesem Falle unter das Minimum des milderen Gesetzes herabgehen kann, so darf er ebenmäßig dem strengeren Gesetze eine wahlweise angeordnete mildere Strafe entnehmen, die in dem anderen Gesetze nicht angedroht ist, z. B. bei der Konkurrenz der Delikte der §§ 156, 263 auf Geldstrafe erkennen: Frank N. VI Abf. 2, Meyer I 189, Hälschner I 684 N. 1, v. Liszt 242, Meyer-Malfeld 358, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 8./2. 83 C. 8 284, 10./11. 87 C. 16 301, 2./11. 88 C. 18 174, 18./9. 06 C. 39 155. Vgl. unten N. 12. Ist somit das mildere Strafgesetz nicht zu berücksichtigen, so ist jede Kombination der in den verschiedenen Gesetzen enthaltenen Strafandrohungen, ist es insbesondere unzulässig, neben der in dem strengsten Gesetz angeordneten Hauptstrafe auf eine nur in dem milderen Gesetz angeordnete Nebenstrafe zu erkennen: Frank N. V Abf. 2, Hälschner I 684, v. Liszt 242, Merkel S. S. IV 229, Meyer-Malfeld 357/358, Dshausen N. 30, 31, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 7./4. 81 C. IV 218, 5./1. 82 C. V 420, 17./4. 82 C. 6 180 (erklärt die Publikationsbefugnis des § 200 irriger Weise für eine Nebenstrafe), 3./3. 84 C. 10 206.

c) Die Exklusivität des strengsten Gesetzes ist eine durchgreifende, die von ihm gemachten Ausnahmen sind nur scheinbare. Wenn von den mehreren konkurrierenden Delikten das eine ein Antragsdelikt und der Strafantrag nicht gestellt oder der gestellte zurückgenommen, wenn bei einem Ermächtigungsdelikt die Ermächtigung nicht erteilt, wenn das Delikt nur versucht und der Versuch straflos, wenn die Strafverfolgung nach § 67 verjährt ist, so ist das Delikt, einerlei ob die in ihm angeordnete Strafe die strengere oder mildere, überhaupt nicht verfolgbar, untersteht weder außer noch in der Idealkonkurrenz einer Aburteilung, und das andere Gesetz kommt auch dann zur Anwendung, wenn es das mildere ist: Dochow S. S. IV 276, Frank N. VI 1, Dshausen N. 24a, 36, Oppenhoff-Delius § 67 N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 22, 23, v. Schwarze § 67 Nr. 4, v. Wächter 308 N. 1; RG. 30./11. 88 C. 18 273, 15./6. 00 C. 33 339. Hälschner I 686 meint, daß, wenn das schwerste Delikt ein Antragsdelikt, auch die konkurrierenden Delikte nicht verfolgt und bestraft werden dürfen; siehe dazu oben § 61 N. 3.

Nur eine scheinbare Ausnahme von dem Prinzip der Exklusivität liegt ebenfalls in folgendem. Wie schon N. 3 ausgeführt ist, bezieht sich § 73 nur auf die Bemessung der Strafe, will aber keineswegs das leichtere Delikt überhaupt ausschließen. Daher können diejenigen Deliktsfolgen, welche nicht unter den Begriff der Strafe fallen, auch dann ausgesprochen werden, wenn sie nur in dem milderen Gesetze angedroht sind, also die polizeilichen Maßnahmen und die Privatgenugtuungen, insbesondere die Buße, oben S. 67. Vgl. Binding Grundr. 266, 269, 291, Finger I 540 N. 698, Frank N. VI 2, v. Liszt 242, Meyer-Alsfeld 304 N. 32, 358, Olshausen N. 32, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 22./5. 85 G. 12 223; a. M. Mertel S. G. IV 229.

10. Bei ungleichen Strafarten kommt das die schwerste Strafart androhende Gesetz zur Anwendung. Wie oben 73 N. 3 I dargelegt, ist die Reihenfolge der Strafarten absteigend nach der Schwere: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft, Geldstrafe, Verweis, wobei die Geldstrafe bei jeder Höhe stets milder als eine Freiheitsstrafe und eine etwaige Nebenstrafe auf den Wert der Hauptstrafe ohne Einfluß ist. Gefängnis ist stets schwerer als Festungshaft, auch wenn jene nur einen Tag beträgt, letztere eine lebenslängliche ist — eine unerfreuliche Folge der prinzipienlosen Verworrenheit des geltenden Strafsystems: Frank N. IV 2, Geier I 189, Hälschner I 685, Meyer-Alsfeld 357, Olshausen N. 27 b, Oppenhoff-Delius N. 16, v. Schwarze N. 6; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 13, nach welchem das in § 21 angeordnete Verhältnis in Erwägung zu ziehen ist, und a. M. auch Berner 301, welcher gegen die strikte Anwendung des § 73 protestiert. Bei alternativen Strafandrohungen kommt die schwerste in Betracht. Der Fall, daß bei einem der konkurrierenden Delikte mildernde Umstände angenommen, bei einem anderen verjagt werden, ist deshalb ausgeschlossen, weil diese Frage in bezug auf „eine und dieselbe Handlung“ nur einheitlich entschieden werden kann; Olshausen N. 28; RG. 8./11. 81 G. 5 155, 30./3.86 G. 14 8; a. M. anscheinend Rüdorff-Stenglein N. 21.

11. Bei gleichen Strafarten entscheidet unbedingt das Maximum: Olshausen N. 21 Ia. Und zwar nicht bloß, wenn mit dem Maximum ein geringeres Minimum verbunden ist: Frank N. IV N. 1, Meyer-Alsfeld 357, sondern auch, wenn nicht neben ihm, wohl aber neben dem niedrigeren Höchstbetrage Nebenstrafen geboten oder zugelassen sind. A. M. Hälschner I 684, Mertel S. G. II 583, Rüdorff-Stenglein N. 12 Abs. 2, Schütze 198 N. 6. Vgl. N. 9a, b.

Sind die angedrohten Strafen von gleicher Höhe, so entscheidet bei Freiheitsstrafen zunächst das höhere Minimum. Sind auch die Mindestbeträge gleich, so sind die Nebenstrafen zu berücksichtigen (N. 9a), ob auf sie erkannt werden muß, sodann, ob kann. Sind in den verschiedenen Gesetzen verschiedene Nebenstrafen angedroht, so entscheidet die Anzahl, und wenn auch diese gleich, so sind die Strafen gleich schwer, so daß es gleichgültig ist, welches Gesetz bei der Strafzumessung angezogen wird (N. 9 Abs. 1). Olshausen N. 29 Ia 1 zieht das Schwerkverhältnis der Nebenstrafen heran und stellt hierfür eine Skala auf, aber seine Ansicht entbehrt des gesetzlichen Anhaltes. Erst wenn auch die Verhängung einer Nebenstrafe ausgeschlossen ist, lassen bei gleichem Maximum das größere Minimum entscheiden: Hälschner I 684, Olshausen N. 29 Ib a 2, Schütze 198 N. 6.

Sind die gleichhohen Strafen Geldstrafen, so ist entscheidend, ob sie in Gefängnis oder in Haft zuerst umgewandelt werden müssen, sodann, ob sie können. Olshausen N. 28 Ib 2, Schütze 394 N. 2.

12. Daraus, daß der Strafzumessung nur das die strengste Strafe aussprechende Gesetz zugrunde gelegt werden darf, folgt natürlich nicht, daß der Richter die Verletzung der minder strengeren Gesetze ganz zu ignorieren hat, daß also die Konkurrenz Grund der Straflosigkeit aller konkurrierenden Delikte mit Ausnahme des einen ist, dessen Strafgesetz dem Urteil zugrunde gelegt wird. Somit kann das leichtere Delikt bei der Strafzumessung als Straferhöhungsgrund berücksichtigt werden. Weiter gehen Binding Grundr. 291, Finger I 540, Hälschner I 686, Olshausen N. 34, v. Wächter 292, indem sie in der Idealkonkurrenz einen obligatorischen Straferhöhungsgrund erblicken, so daß der Richter die Idealkonkurrenz des anderen Delikts als einen strafmehrenden Zumessungsgrund zu berücksichtigen verpflichtet ist, und zwar bis zu dem Grade, daß durch die erkannte Strafe auch jedes Delikt für sich genommen abgegolten erscheint. Danach darf der Richter bei Anwendung des schwersten Strafgesetzes weder unter dasjenige Minimum hinuntergehen, welches von dem anderen Gesetze angedroht, noch auf eine mildere alternativ angedrohte Strafart erkennen, welche dem anderen Gesetze unbekannt ist. Diese Ansicht ist aber mit der Exklusivität des strengsten Gesetzes unvereinbar und beruht, wie sehr auch Olshausen dies bestreitet, auf einer unzulässigen Kombination der mehreren Gesetze. Sie kann daher nicht für richtig erachtet werden. Übereinstimmen mit dieser Verwerfung Frank N. VI Abs. 2, Geier I 188, 189, v. Liszt 242, Mertel S. G. IV 229, Meyer-Alsfeld 358 N. 37 und 38, Oppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 17, Schütze 198 N. 7, v. Schwarze N. 7.

13. Ist die Tat in bezug auf eines der konkurrierenden Delikte auf Grund mündlicher Verhandlung zur Aburteilung gelangt, so kann sie nach dem Grundsatz *no bis in idem* nicht aufs neue aus dem Gesichtspunkt eines außer Betracht gelassenen konkurrierenden Delikts verfolgt werden: v. Liszt 242, Olshausen N. 38 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 19; RG. 23./12. 80 C. 3 210, 12./3. 83 C. 8 135, 28./9. 86 C. 15 9.

§ 74.

Gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen, oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht.

Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein.

Das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und funfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder funfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen.

1. Bei der Realkonkurrenz werden von einem und demselben Täter durch mehrere nach der Willens- und Tatseite geschiedene, selbständige Handlungen entweder mehrere Strafgesetze verletzt (ungleichartige Realkonkurrenz) oder dasselbe Strafgesetz mehrmals (gleichartige, Wiederholung). Hierbei gehen die gesetzlichen Bestimmungen zunächst — §§ 74 bis 78 — von der Voraussetzung aus, daß es sich um die Aburteilung der mehreren Delikte in demselben Verfahren handelt, werden aber in § 79 auch auf den Fall für maßgebend erklärt, daß, bevor die wegen einer strafbaren Handlung erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor jener früheren Verurteilung begangen war. Endlich gilt für die ideale Konkurrenz das Absorptions-, für die reale das Kumulationsprinzip (§ 73 N. 2).

Das Kumulationsprinzip ist jedoch nicht rein durchgeführt. Nämlich:

a) Es kommt rein zur Anwendung bei Todesstrafe, lebenslänglicher Freiheitsstrafe, Haftstrafe neben den anderen Freiheitsstrafen, Geldstrafe, Verweis. Auf diese Strafen ist stets voll zu erkennen, sowohl wenn sie unter sich, als auch wenn sie mit anderen Hauptstrafen — zeitiger Freiheits- und Geldstrafe — zusammentreffen. Wenn Merkel dies für eine „Sonderbarkeit“ erklärt, so ist sonderbar nur die Ansicht, der Richter solle in bewußter Rechtswidrigkeit wegen der anderen Delikte nicht verurteilen, weil die Vollstreckung aller Strafen auf Schwierigkeiten stößt. Hälschner spricht sogar von „Widersinn und Lächerlichkeit“, erklärt aber gleichzeitig a. a. O. N. 2 „nebeneinander“ für identisch mit „nacheinander“. Bei dem Zusammentreffen von Todesstrafe mit Geldstrafe wird zuerst die letztere — vgl. jedoch § 30 —, mit Freiheitsstrafe zuerst die Todesstrafe vollstreckt. In dem letzteren Falle wird allerdings die Freiheitsstrafe unvollstreckbar, aber das Gegenteil wäre nur eine Hinausschiebung der Vollstreckung der Todesstrafe entweder auf bestimmte Zeit oder — bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe — auf immer. Übereinstimmend: Berner 302, Binding Handb. I 173 und Grundr. 292, Finger 543, v. Liszt 282, Meyer-Allfeld 361, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 20, Rüdorff-Stenglein Abschn. V N. 2 Abs. 4, Schübe 199 N. 13; a. M. Hälschner I 688, Löning 88, Merkel 266, v. Schwarze N. 12, v. Wächter 284. Diese Autoren übersehen ganz die Möglichkeit, daß im Gnadenweg Tod und lebenslängliche Freiheitsstrafe in eine zeitliche umgewandelt werden.

b) Es kommt nur beschränkt durch das Milderungsprinzip zur Anwendung, wenn Gefängnis und Festungshaft (§ 75), Haft und Haft (§ 77 Abs. 2), und wenn bei Umwandlung mehrerer Geldstrafen Gefängnis mit Gefängnis, Haft mit Haft zusammentreffen (§ 78 Abs. 2).

c) Es wird erjezt durch das Absorptionsprinzip im Fall des § 74.

d) Es fällt überhaupt weg bei der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und der Zulassung von Polizei-Aufsicht, insofern die für diese an sich bestimmte Dauer auch dann nicht überschritten werden darf, wenn sie bei mehreren der zusammentreffenden Delikte ausgesprochen werden können.

Der Begriff der selbständigen Handlung ist derselbe bei der realen wie bei der idealen Konkurrenz, so daß Dauer-, Kollektiv- und fortgesetzte Delikte unter sich, miteinander und mit einfachen Delikten in Realkonkurrenz treten können.

2. Die besonderen Voraussetzungen des in § 74 zur Anwendung kommenden Akkumulationsprinzips sind folgende:

a) Durch das Zusammentreffen der mehreren selbständigen Handlungen werden entweder mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen. Die Übertretungen kommen hier also nicht in Betracht.

b) Durch das Zusammentreffen werden mehrere zeitliche Freiheitsstrafen verwirkt, nämlich Zuchthaus mit Zuchthaus, Gefängnis oder Festungshaft, einzeln oder zusammen, Gefängnis mit Gefängnis, Festungshaft mit Festungshaft, alle diese Strafen in zeitlicher Begrenzung. Für den Fall, daß eine auf Arrest lautende Strafandrohung des Militärstrafrechts gegen bürgerliche Täter anzuwenden ist, vgl. oben Abchn. I N. 4 II, S. 67.

c) Während bei der Idealkonkurrenz die in *thesi* angedrohte, kommt bei der Realkonkurrenz die in *concreto* verwirkte Strafe in Betracht. Somit ist für jede Einzelhandlung die an sich in Betracht kommende Freiheitsstrafe auf Grund der für dieses Delikt angedrohten Strafzahlung festzustellen. Bei der Bestrafung jugendlicher Täter ist nach § 57 zu reduzieren, so daß niemals Zuchthausstrafe verwirkt ist. Anders liegt die Sache, wenn der Angeklagte mehrere Zuchthausdelikte und zwar das eine vor, das andere nach erreicht Strafmündigkeit begangen hat; in diesem Falle wird die Strafe für das erste Delikt zwar nach § 57 festgesetzt, die festgesetzte Strafe aber in Zuchthausstrafe umgerechnet und die Strafe des zweiten Delikts als Einjahrsstrafe dem Abs. 2, 3 gemäß erhöht. Vgl. Olshausen N. 15, § 79 N. 12c Abs. 2.

3. Nachdem die Einzelstrafen festgestellt, ist die verwirkte schwerste Strafe, die sog. Einjahrsstrafe, zu bestimmen. Hierbei ist von den Nebenstrafen abzugehen.

a) Sind sämtliche Strafen gleichartig, so ist lediglich die zeitliche Dauer entscheidend.

b) Sind die Strafen ungleichartig, so ist Einjahrsstrafe die ihrer Art nach schwerste Strafe, an erster Stelle also die Zuchthausstrafe, ohne Rücksicht auf ihre Dauer. Konkurrieren mehrere Delikte eines Jugendlichen, so ist von den mehreren Gefängnisstrafen diejenige die schwerste, welche an die Stelle von Zuchthausstrafe tritt: Rüdorff-Stenglein N. 10 Abs. 1.

4. Aus der so gefundenen Einjahrsstrafe ist durch Zuschlag einer Zusatzstrafe, also durch Verlängerung ihrer Dauer die Gesamtstrafe zu bilden.

a) Bei ungleichen Strafarten sind die leichteren gemäß § 21 in die schwerere, also zuletzt in Zuchthaus umzurechnen.

b) Die Erhöhung ist durch Abs. 3 in der doppelten Weise beschränkt, daß

a) das Maß der Gesamtstrafe den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen darf. Dieses Verbot der Kumulation ist ein absolutes. Besteht die Einjahrsstrafe aus *x*, die andere Strafe aus Einem Tage, so kann, weil auf den Bruchteil eines Tages nicht zu erkennen ist, eine Gesamtstrafe nicht gebildet werden, die Einjahrsstrafe wird allein ausgesprochen, der eine Tag fällt weg; vgl. oben § 19 N. 2. In Abweichung von § 19 Abs. 2 darf, wenn die Einjahrsstrafe Zuchthaus ist, aber bei der Umrechnung der zweiten Einzelstrafe in Zuchthaus kein voller Monat herauskommt, die Gesamtstrafe mit einzelnen Tagen abschließen. Ist der Richter in der Lage, unter Anwendung der Regel des § 19 Abs. 2 eine Gesamtstrafe bilden zu können, ohne daß deren Maß den Betrag der verwirkten Einzelstrafen erreicht, also wenn mehrere je mit Zuchthaus zu bestrafende Verbrechen zusammentreffen, so muß er die Einjahrsstrafe mindestens um einen vollen Monat erhöhen: RG. 29./I. 83 C. 8 26. Vgl. Olshausen N. 16 Abs. 3.

β) Die Erhöhung der Einjahrsstrafe ist weiter dahin beschränkt, daß das Maß der Gesamtstrafe fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder fünfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen darf. Diese Beschränkung hat die Folge, daß, wenn bereits eine der Einzelstrafen die genannte Dauer erreicht, für die übrigen Strafen das Absorptionsprinzip Platz greift.

Von dieser zweiten Beschränkung gibt es jedoch zwei Ausnahmen.

Wie schon zu § 14 N. 3 und § 16 N. 1 bemerkt wurde, kann der zeitliche Maximalbetrag bei Zuchthaus und Gefängnis dadurch überschritten werden, daß eine kumulativ angedrohte Geldstrafe wegen Unerbringlichkeit nach § 28 umgewandelt wird. Dies gilt auch für die Gesamtstrafe: Meyer-Altfeld 361 N. 14, Olshausen N. 17 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 14, v. Schwarze § 78 N. 6.

Wenn von den von einem Jugendlichen verwirkten Einzelstrafen eine nach § 57 Nr. 1 bereits das gesetzliche Maximum von 15 Jahren Gefängnis erreicht, also die Einjahrsstrafe bildet, so hat auch die Gesamtstrafe, welche ja niemals niedriger sein darf als die Einjahrsstrafe, 15 Jahre zu betragen: RG. 10./II. 87 C. 16 282, und wenn § 57 Nr. 3 statt des Zuchthaus Gefängnis von gleicher Dauer androht, so gilt jenes auch für die Fälle, wo mehrere zuchthauswürdige Verbrechen zusammentreffen, so daß ebenfalls auf Gefängnis bis zu 15 Jahren erkannt werden kann. Vgl. Binding Grundr. 292, Finger I 545, Geyer I 190, Hälschner I 536, Olshausen N. 18, Oppenhoff-Delius N. 27, Rüdorff-Stenglein N. 13. Der Betrag von 15 Jahren darf jedoch auch im Fall der Realkonkurrenz der Nr. 1 mit den anderen Nrn. nicht übersteigen werden: RG. a. a. D.

c) Vgl. § 19 N. 2b.

d) Aus der Urteilsbegründung muß, weil sonst die Nachprüfung sowohl im Fall des § 79 als auch in der höheren Instanz ausgeschlossen wäre, ersichtlich sein, aus welchen Einzelstrafen die Gesamtstrafe gebildet ist: Olschhausen N. 11 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 11 und RG. 20./9. 80 E. 2 235, 18./1. 94 E. 25 297, wogegen im Tenor „auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist“, also ohne Bezeichnung der Einzelstrafen; so wird es in der Praxis ausnahmslos verfahren: Olschhausen N. 11 Abf. 1; a. M. Frank N. IV. Die Umwandlung der milderen Einzelstrafen braucht in den Urteilsgründen nicht besonders angegeben zu sein, wenn nur das Maß der Gesamtstrafe klarstellt, daß die gesetzliche Vorschrift des § 21 eingehalten ist: RG. 6./2. 03 E. 36 88. Im übrigen ist gleichgültig, auf welchem Wege der Richter die Gesamtstrafe findet, ob durch Erhöhung der Einfaßstrafe oder, wie v. Wächter 285 will, durch Reduzierung der Summen der Einzelstrafen, ob durch einheitliche Erhöhung der Einfaßstrafe oder durch Zuzählung der für sich geminderten Einzelstrafen: Finger I 544 N. 702, Meyer-Milfeld 362 N. 24, Olschhausen N. 11 Abf. 2; RG. 1./11. 86 E. 15 29. Dagegen verlangt RG. 30./1. 11 E. 44 302 eine „einmalige und einheitliche Erhöhung der Einfaßstrafe“.

5. Durch die Gesamtstrafe werden alle Einzelstrafen abgegolten, sodaß nach dem Grundsatz *no bis in idem* ein Delikt, welches bei der Bildung der Gesamtstrafe unberücksichtigt geblieben ist, nicht nachträglich verfolgt werden kann; vgl. zur Idealkonkurrenz § 73 N. 12. Die Einzelstrafen haben eine selbständige Bedeutung nur, solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, im Fall des § 79 und für die Frage des Rückfalls. Für die Verjährung der Strafvollstreckung kommt lediglich die Gesamtstrafe in Betracht: oben § 70 N. 4.

Die Frage nach dem Verhältnis der Gesamtstrafe zu den Einzelstrafen hat ihre besondere Bedeutung für den Grundsatz der relativen Rechtskraft. Das Reichsgericht hat ursprünglich angenommen, daß die Einzelstrafen nur Rechnungsfaktoren für die Bildung der Gesamtstrafe wären und deshalb mit der Aufhebung der letzteren wegfielen: RG. 12./7. 80 E. 2 202. Danach wäre, wenn ein Urteil infolge Rechtsmittels des Angeklagten aufgehoben würde, zwar auf keine höhere als die frühere Gesamtstrafe zu erkennen, in bezug auf die Einzelstrafen der Richter aber in keiner Weise gebunden, und würde, wenn das Revisionsgericht die Feststellung einzelner strafbarer Handlungen aufhebt, die Gesamtstrafe, weil ein aus unselfständigen Teilen bestehendes Ganze bildend, in sich zusammenfallen. Dieser Meinung sind auch v. Liszt 281 N. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 12. Das Reichsgericht selbst hat später seine Ansicht geändert und den Einzelstrafen eine selbständige rechtliche Bedeutung zugesprochen: RG. 23./4. 81 E. 4 140, 8./5. 93 E. 24 149, 18./4. 94 E. 25 297, mit welcher neueren, jedenfalls richtigen Ansicht auch Frank N. IV und Olschhausen N. 20 übereinstimmen. Wird also auf die Revision gegen ein Urteil, welches wegen mehrerer selbständiger Handlungen eine Gesamtstrafe festgestellt hat, die Feststellung nur wegen einer oder einzelner dieser Handlungen aufgehoben, so bleiben die für die anderen Handlungen verhängten Strafen als solche bestehen, falls nicht die Annahme begründet erscheint, daß die als vorliegend angenommene Konkurrenz schon die Bemessung der Einzelstrafen beeinflusst hat: RG. 18./4. 94 E. 25 297, 30./10. 94 E. 26 167.

§ 75.

Trifft Festungshaft nur mit Gefängnis zusammen, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen.

Ist Festungshaft oder Gefängnis mehrfach verwickelt, so ist hinsichtlich der mehreren Strafen gleicher Art so zu verfahren, als wenn dieselben allein verwirkt wären.

Die Gesamtdauer der Strafen darf in diesen Fällen fünfzehn Jahre nicht übersteigen.

1. Auf den honor des Angeklagten soll Rücksicht genommen werden, wenn neben dem mit der *custodia honesta* der Festungshaft bedrohten Delikt die Verurteilung wegen einer Handlung erfolgt, die nicht „aus einer ehrlösen Gesinnung entsprungen ist“ (§ 20). Hieraus, aus der in § 74 ausgesprochenen Zusammenstellung von Zuchthaus, Festungshaft und Gefängnis, aus § 77 und überhaupt aus dem die Realkonkurrenz allgemein, d. h. soweit nicht ausdrückliche Beschränkungen angeordnet sind, beherrschenden Kumulationsprinzip ergibt sich, daß lediglich das Zusammentreffen der Festungshaft mit Zuchthaus, nicht aber mit Geldstrafen, Verweis oder Nebenstrafe ausgeschlossen sein soll.

2. Wenn Festungshaft mit Zuchthaus zusammentrifft, so findet § 74 Anwendung. Wenn eine Einzelstrafe Festungshaft mit einer Einzelstrafe Gefängnis, so findet Kumulation statt. Wenn mehrere Festungsstrafen mit einer oder mehreren Gefängnisstrafen oder umgekehrt mehrere Gefängnisstrafen mit einer oder mehreren Festungsstrafen zusammentreffen, so ist aus den mehreren gleichartigen Strafen nach § 75 eine Gesamtstrafe — eventuell auch zwei — zu bilden und greift sodann wiederum das Kumulationsprinzip Platz. Nach Abf. 3 aber in beiden Fällen („in diesen Fällen“), also mit oder ohne Bildung einer Gesamtstrafe mit der Beschränkung, daß die Gesamtdauer der Strafen fünfzehn Jahre nicht übersteigen darf. Somit hat, wenn die Gesamtdauer fünfzehn Jahre übersteigt, eine Reduktion einzutreten. In welcher Weise diese vorzunehmen ist, hat das Gesetz nicht bestimmt. Nach der Ansicht von Frank N. II 2, Dischhausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3 hat das Ermessen des Richters nach den Umständen des Falles zu entscheiden. Somit könnte z. B. bei 15 Jahren Festungshaft und 5 Jahren Gefängnis auf 15 Jahre Festungshaft und bei dem umgekehrten Zeitverhältnis auf 15 Jahre Gefängnis erkannt werden, wodurch ohne Grund der Angeklagte entweder besser oder schlechter behandelt wäre, als er es verdient, und außerdem der in § 75 bestimmt aufrecht erhaltene Charakter der Festungshaft als einer custodia honesta beeinträchtigt würde. Daher ist mit Finger I 546, Hälshner I 690, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N., v. Wächter 287 N. 18 die gleichmäßige Reduktion als die richtige anzunehmen, z. B. bei $15 + 5 = 20$ jede Strafe um $\frac{1}{4}$, also auf $11\frac{1}{4} + 3\frac{3}{4}$, bei $15 + 3 = 18$ um $\frac{1}{6}$, also auf $12\frac{1}{2} + 2\frac{1}{2}$ zu ermäßigen.

3. In den Höchstbetrag ist die für den Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe substituierte Gefängnisstrafe nicht einzurechnen (vgl. § 74 N. 4a β Abf. 3).

4. Vgl. § 19 N. 2b.

§ 76.

Die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe schließt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht aus, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist.

Ingleichen kann neben der Gesamtstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden, wenn dieses auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist.

1. Um die Gesamtstrafe festzustellen, ist zunächst für jedes der Einzeldelikte diejenige Strafe zu ermitteln, auf welche zu erkennen sein würde, wenn dasselbe isoliert zu strafen wäre. Ist neben sämtlichen Einzeldelikten die Erkennung einer Nebenstrafe, einer polizeilichen Maßnahme oder einer Privatgenugtuung zulässig oder geboten, so ist sie natürlich auch bei der Gesamtstrafe. Ebenso, wenn die Aberkennung usw. nur bei der Einjahrstrafe zulässig oder geboten ist, denn die Gesamtstrafe besteht rechnerisch in der Erhöhung der Zeitdauer der Einjahrstrafe. Ein Zweifel kann obwalten, wenn die Aberkennung usw. weder bei allen Einzelstrafen noch bei den Einjahrstrafen, sondern nur bei einer der anderen Einzelstrafen zulässig oder geboten ist. Diesen Zweifel löst behand. § 76 für die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht.

2. Da hiernach zunächst die Einzelstrafen in Betracht kommen, so müssen bei diesen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Somit genügt es, um die bürgerlichen Ehrenrechte abzuerkennen, bei Gefängnis nicht, daß die Gesamtstrafe, sondern die Einzelstrafe, neben welcher sie zulässig ist, muß die Dauer von drei Monaten erreichen (nicht: übersteigen, wie Frank N. I 2 sagt). Entsprechend kann im Fall des § 248 die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht nicht darauf gestützt werden, daß die für das Einzeldelikt ermittelte Gefängnisstrafe demnach gemäß § 74 in Zuchthaus umgewandelt wird: Frank a. a. D.

2. Auf den Ehrverlust und die Polizei-Aufsicht kann nur „neben der Gesamtstrafe“, nicht aber neben den in sie aufgegangenen Einzelstrafen erkannt werden: RG. 6./2. 03 C. 36 88. Daher ist es auf der einen Seite zulässig, bei der Entscheidung über diese Nebenstrafen auch diejenigen Einzeldelikte zu berücksichtigen, welche zwar durch die Gesamtstrafe getroffen werden, bei welchen aber neben den für sie festgesetzten Einzelstrafen die Nebenstrafen nicht zulässig sind. Auf der anderen Seite ist auf die Nebenstrafen, auch wenn sie neben mehreren der Einzelstrafen zulässig oder geboten wären, nicht kumulativ, sondern nur einmal zu erkennen, so daß die mehrmalige Veranlassung nur beim Ausmessen der Dauer Berücksichtigung findet. Die Dauer ist somit bei dem Ehrverlust, je nachdem die Gesamtstrafe auf Zuchthaus oder Gefängnis lautet, zwei bis zehn oder ein bis fünf, bei der Polizei-Aufsicht höchstens fünf Jahre, und die Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Gesamtstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Übereinstimmend

Berner 303, Geyer I 190, Hälschner I 690 N. 4, Mertel S. S. II 584, Meyer-Alfeld 362, Olshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 4. Daraus, daß auf die Nebenstrafen neben der Gesamtstrafe erkannt wird, folgt auch, daß, wenn die Gesamtstrafe gemäß § 79 nachträglich gebildet oder abgeändert wird, auch die Nebenstrafen geändert, insbesondere die Dauer des Ehrverlustes verlängert werden kann, auch wenn keiner der später abgeurteilten Fälle an sich dies rechtfertigt: Olshausen N. 2 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze § 79 N. 7; a. M. Finger I 546 N. 705 und anscheinend Frank § 79 N. III Abs. 1. Wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen wegen mehrerer Delikte verurteilten Angeklagten nur hinsichtlich eines derselben angeordnet ist, wodurch auch die in dem früheren Verfahren erkannte Gesamtstrafe ergriffen wird, so ist in dem neuen Verfahren mit der Neubildung der Gesamtstrafe auch eine neue und selbständige Entscheidung über die Nebenstrafe geboten, selbst wenn diese in dem früheren Verfahren mit Rücksicht auf ein Delikt ausgesprochen war, wegen welches die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht angeordnet ist: RG. 8./4. 02.

3. Das Gesetz spricht sich nur über zwei bestimmte Nebenstrafen aus, aber, wie schon aus dem N. 1 Ausgeführten zu entnehmen ist und von der herrschenden Lehre als selbstverständlich angenommen wird — vgl. Frank N. II, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 —, ist seine Bestimmung auf alle anderen Nebenstrafen und Nebenfolgen anzuwenden. Dabei ist — vgl. Olshausen a. a. O. — eine Nebenstrafe dauernden Charakters, z. B. §§ 161 Abs. 1, 319, nur einmal, und von mehreren sich zum Teil deckenden Nebenstrafen, z. B. Ehrverlust und Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§§ 128, 129, 358), nur die umfassendere auszusprechen, falls nicht die weniger umfassende auf eine längere Zeitdauer verhängt wird.

§ 77.

Trifft Haft mit einer anderen Freiheitsstrafe zusammen, so ist auf die erstere gesondert zu erkennen.

Auf eine mehrfach verwirkte Haft ist ihrem Gesamtbetrage nach, jedoch nicht über die Dauer von drei Monaten zu erkennen.

1. Für die Haft gilt das Kumulationsprinzip. Abs. 1 ist, wenn die Haft wegen Übertretung verhängt wird, entbehrlich, weil § 74 sich nur auf Verbrechen und Vergehen bezieht, hat aber als Ausnahme von § 74 keine Bedeutung für diejenigen Fälle — §§ 140 Nr. 2, 185, 186 —, in denen die Haft wider Vergehen angedroht wird. Treffen mehrere Haftstrafen zusammen, so ist mit der durch Abs. 2 gegebenen Beschränkung zu summieren, daß die Gesamtbetragsstrafe drei Monate nicht übersteigen darf. Ein rationeller Grund für diese Beschränkung ist nicht ersichtlich. In diesen Höchstbetrag ist die für den Fall der Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe substituierte Haftstrafe nicht einzurechnen (vgl. § 74 N. 4a *β* Abs. 3).

§ 78.

Auf Geldstrafen, welche wegen mehrerer strafbarer Handlungen allein oder neben einer Freiheitsstrafe verwirkt sind, ist ihrem vollen Betrage nach zu erkennen.

Bei Umwandlung mehrerer Geldstrafen ist der Höchstbetrag der an die Stelle derselben tretenden Freiheitsstrafe zwei Jahre Gefängnis und, wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Übertretungen erkannt worden sind, drei Monate Haft.

1. Für die Konkurrenz mehrerer Geldstrafen gilt das Kumulationsprinzip, unbeschränkt, soweit es sich um die Geldsummen handelt, mit der zeitlichen Beschränkung des Abs. 2 bei der Substituierung einer Freiheitsstrafe im Fall Uneinbringlichkeit der primären Geldstrafe. In den Urteilsgründen ist für jedes Einzeldelikt die primäre Geldstrafe festzusetzen und zugleich gemäß §§ 28, 29 die subsidiäre Freiheitsstrafe zu bestimmen, sodann der Gesamtbetrag der unverfüzten Geldstrafen und unter Einhaltung der zeitlichen Beschränkung des Abs. 2 der Gesamtbetrag der Gefängnisstrafe bzw. Haft zu ermitteln. Geht als Freiheitsstrafe Zuchthaus nebenher, so ist der Gesamtbetrag des Gefängnisses nach § 28 Abs. 3 in Zuchthaus, nach § 21 zunächst in sechzehn Monate, umzuwandeln. Eine Umwandlung der Haft findet gemäß § 77 nicht statt. Die subsidiären Freiheitsstrafen werden weder unter sich noch mit einer nebenhergehenden Freiheitsstrafe zu

einer Gesamtstrafe verbunden. Geht eine Gesamtstrafe nebenher, so werden die subsidiären Freiheitsstrafen, wie schon mehrfach bemerkt worden ist, in die Gesamtstrafe nicht ein-, sondern ihr als Plus zugerechnet. Vgl. Olshausen N. 1, 4, 5, Rüdorff-Stenglein N. 1, 2, 4, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. 9./7. 81 C. IV 367, 2./3. 05 C. 38 1.

Die Bestimmung des Abs. 2 ist auch bei der Konkurrenz mehrerer selbständiger Zollbeurteilungen anzuwenden. Hierbei kann für mehrere Strafen bis auf zwei Jahre Gefängnis erkannt werden, ohne Rücksicht auf Vereins-Zollgesetz v. 1. Juli 1869 § 162, woselbst eine Maximalstrafe von Einem Jahre nur für das Einzeldelikt bestimmt ist: RG. 3./7. 90 C. 21 44.

Mehrere Autoren sind der Ansicht, daß die Gesamtdauer sämtlicher subsidiären Freiheitsstrafen, auch wenn diese teils Gefängnis-, teils Haftstrafen sind, zwei Jahre nicht überschreiten dürfe: Finger I 548 N. 7, Frank N. I, Oppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 2. Diese Ansicht ist aber weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Wortlaut des Abs. 2 zu begründen und hat sowohl die mit Abs. 2 in enger Verbindung stehenden §§ 28 Abs. 1, 29 Abs. 2 als auch den § 77 gegen sich: Rüdorff-Stenglein N. 3, Olshausen N. 3 Abs. 4.

2. Die Formulierung des § 78 ist fehlerhaft. Abgesehen davon, daß er auch dann Anwendung findet, wenn auf die Geldstrafe neben Todesstrafe und Verweis erkannt ist: Olshausen N. 1 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2 und oben § 75 N. 1, ist übersehen worden, daß die Haft auch bei mehreren Vergehen (§§ 145 Nr. 2, 185, 186) angedroht und in § 28 Abs. 2 bei gewissen Kategorien von Vergehen die Umwandlung von Geldstrafen in Haft allgemein zugelassen ist. Müßte es hiernach in Abs. 2 richtiger heißen: „wenn an die Stelle mehrerer Geldstrafen Haftstrafen treten“, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch in den genannten Fällen der Gesamtbetrag von drei Monaten nicht überschritten werden darf. Übereinstimmend Finger I 548, Frank N. I, v. Liszt 282 N. 3, Meyer-Alsfeld 361 N. 16, Olshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 27./1. 82 C. 5 371, 2./1. 83 C. 7 368. N. N. v. Schwarze N. 2 und von Wächter 288.

§ 79.

Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Beurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Beurteilung begangen war.

1. Deliktikonkurrenz liegt vor, wenn mehrere Delikte in derselben Person zu gemeinsamer Erledigung zusammentreffen. Die Aburteilung der mehreren Delikte erfolgt also in einem und demselben Strafverfahren, und eine Konkurrenz liegt nicht vor, wenn das eine der mehreren Delikte bereits früher abgeurteilt ist. Aber in § 79 ordnet das Gesetz die Befolgung seiner Vorschriften auch für den Fall an, daß, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Beurteilung wegen eines vor der früheren Beurteilung begangenen Delikts in einem anderen Strafverfahren erfolgt, sodaß in diesem Falle dasjenige Strafmaß nicht überschritten werden darf, welches den Täter bei gleichzeitiger Aburteilung aller Delikte betroffen haben würde. Der Richter hat gerade so zu verfahren, wie wenn die früher abgeurteilten und die jetzt zur Aburteilung kommenden Fälle jetzt gleichzeitig seiner Entscheidung unterständen. Er hat also, wenn es sich um die Bildung einer Gesamtstrafe handelt, von sämtlichen früher und jetzt verwirkten Einzelstrafen die schwerste zugrunde zu legen und durch ihre Erhöhung die Gesamtstrafe zu bilden. Hierbei ist es gleichgültig, ob die frühere Beurteilung sich auf mehrere Delikte in Realkonkurrenz bezogen hat oder nur auf Ein Delikt, so daß sich erst jetzt Realkonkurrenz herausstellt. Die Vorschrift des § 79 ist auch dann anzuwenden, wenn nach der noch abzuurteilenden Handlung mehrere Beurteilungen erfolgt sind und dabei übersehen ist, daß Realkonkurrenz mit jener obwaltete: Frank N. II 1, Olshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 13, v. Wächter 289 N. 23; RG. 1./11. 86 C. 15 29. Sie wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der früheren Beurteilung äußere, jetzt aber beseitigte Umstände vorgelegen haben, welche die Erstreckung des Urteils auf das damals schon begangene Delikt verhinderten, z. B. beim Ehebruch die Ehe noch nicht geschieden gewesen ist (§ 172): RG. 6./11. 82 C. VII 298.

Zur Anwendung des § 79 ist also erforderlich:

- a) die Begehung eines oder mehrerer Verbrechen oder Vergehen,
- b) vorgängige Beurteilung wegen eines oder mehrerer solcher Delikte,
- c) darauf — also abgefordert — folgende Beurteilung wegen der jetzt zum Erkenntnis vorliegenden Delikte unter a),
- d) nicht bereits stattgehabte Erledigung der zu b) erkannten Strafe durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß.

Vgl. Binding Grundr. 294, v. Liszt 244, Olshausen N. 2 Abf. 1; RG. 10./1. 81 C. III 213. Liegt bei einer Mehrtheit von Delikten desselben Schuldigen weder ideale noch reale Konkurrenz vor, so werden sämtliche verwirkte Strafen kumuliert, auch wenn durch den Gesamtbetrag das höchste zulässige Maß der Strafart überschritten wird, insbesondere ohne Rücksicht auf die in §§ 74 ff. gesetzten Zeitmaxima: Binding a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 12, oben §§ 14 N. 3, 16 N. 1, 17 N. 1; RG. 5./4. 81 C. 4 53, 29./10. 88 C. 18 333.

2. Die mehreren Urteile müssen in verschiedenen Strafverfahren ergehen, nicht also in demselben Strafverfahren seitens der verschiedenen Instanzen: Olshausen N. 1 Abf. 1. Es ist gleichgültig, ob die verschiedenen Strafverfahren bei demselben Gericht stattfinden oder bei mehreren Gerichten, und in letzterem Falle, ob bei verschiedenen Gerichten desselben oder verschiedener Bundesstaaten: Binding Grundr. 294, Frank N. II 1, Hälßner I 692, Mertel S. S. IV 233, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 10. Sämtliche Gerichte müssen aber inländische, die frühere Beurteilung darf nicht von einem ausländischen Gericht ausgesprochen sein; denn das inländische Gericht kann nicht als Organ einer ausländischen Justizgewalt fungieren, und hier hat noch weniger als bei dem Rückfall (§§ 244, 250 Nr. 5, 261, 264, 362 Abf. 2) das Urteil eines ausländischen Gerichts in Betracht zu kommen, selbst dann nicht, wenn die von dem ausländischen Richter erkannte Strafe sich in ein Verhältnis zu den Strafen des StGB. bringen läßt: Binding Grundr. 294, Hälßner I 692, Mertel S. S. IV 233, Meyer-Allfeld 363, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 5. Hat inzwischen ein Wechsel in der Gesetzgebung stattgefunden, so ist entweder eine in zulässiger Weise erlassene Übergangsbestimmung oder die Übereinstimmung der Strafsysteme der beiden Gesetze entscheidend: Meyer-Allfeld 363, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M., nämlich für unbedingte Anwendung des § 79, Mertel S. S. IV 234, Oppenhoff-Delius N. 12, v. Schwarze N. 10.

3. Die jetzt abzurteilende Handlung muß begangen sein, bevor die Beurteilung wegen des früheren Delikts erfolgt ist. Da es eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Strafurteile nicht gibt, vielmehr alle Urteilsfolgen, soweit sie nicht Sicherungsmaßregeln betreffen, die Rechtskraft des Urteils voraussetzen, so würde Beurteilung als rechtskräftige Beurteilung zu verstehen sein, so daß § 79 nur ausgeschlossen sein würde, wenn das jetzt abzurteilende Delikt nach der Rechtskraft des früheren Urteils begangen wäre. Dieser von dem früheren Preussischen Obergericht besorgten Ansicht ist Schüge 201 N. 19 und 203, und es fällt schwer, sie abzuweisen. Gleichwohl kann ihr nicht beigetreten, vielmehr muß mit der trefflich motivierten reichsgerichtlichen Entscheidung vom 10./1. 81 der Grundsatz aufgestellt werden, daß die Grenze für die zeitliche Anwendung des § 79 nicht erst durch die Rechtskraft, sondern durch die Verkündigung des früheren Strafurteils bestimmt wird, so daß die nach dieser Verkündigung, wenn auch schon vor Eintritt der Rechtskraft, verübten Delikte nicht durch § 79 beherrscht werden, sondern selbständig mit der regelmässigen ordentlichen Strafe zu belegen sind. Dem, von der sonstigen Ausdrucksweise des StGB. abgesehen, schließen die Worte „vor der früheren Beurteilung begangen war“, sich an den Vorderatz „die Beurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt“ unmittelbar an, sind mithin beim Mangel einer angedeuteten Verschiedenheit des Sinnes in der Bedeutung dieses vorhergehenden Satzes aufzufassen. Dieser Satz aber, welcher eben den neuerdings erfolgten Auspruch zum Gegenstand nimmt, bezeichnet selbstredend nur die tatsächliche Fällung des späteren Erkenntnisses, dessen Rechtskraft erst nachher eintritt. Sodann läßt sich die N. 1 gemachte Bemerkung über die Stellung des zweiten Richters mit einer Wendung nach rückwärts auch dahin formulieren, der zweite Richter solle die Sache so ansehen, als ob bereits dem zuerst urteilenden Richter die Tatsache der Konkurrenz und damit der Fall in seiner Totalität, in der Gleichzeitigkeit der Aburteilung sämtlicher Delikte vorgelegen habe. Nun konnte aber der erste Richter nur dann so verfahren, wenn die gleichzeitige Aburteilung für ihn möglich war, und diese Möglichkeit war ausgeschlossen durch die Verübung in einem Zeitpunkte, welcher seinem Urteil nachfolgte. Endlich wird in § 79 nicht ein neues Prinzip aufgestellt, sondern das Gebiet des § 74 durch die Ermöglichung nachträglicher Anwendung erweitert, für § 74 bestimmt aber der Zeitpunkt der Urteilsfällung die notwendige zeitliche Grenze. Hiermit stimmen überein Binding Grundr. 295, Jünger I 550, Frank N. II 1, Hälßner I 692, v. Liszt 244, Mertel S. S. IV 235, Meyer-Allfeld 295, Olshausen N. 6 Abf. 1, Oppenhoff-Delius § 74 N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze 316: RG. 10./1. 81 C. 3 213. Wenn das frühere Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird und demnächst, sei es in der höheren oder in der ersten Instanz, eine neue Beurteilung erfolgt, so ist das erste Urteil vollständig beseitigt und die zeitliche Grenze bildet die Verkündigung des neuen Urteils: Jünger I 551, Meyer-Allfeld 363 N. 29; Oppenhoff-Delius § 74 N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 8 (mit subtilen, in der Praxis unausführbaren Unterscheidungen): RG. 5. 4. 00 C. 33 231. A. M., nämlich daß das aufgehobene Urteil die Grenze bilde, Binding Grundr. 295, Frank N. II 1, Mertel S. S. IV 235 N. 7, Olshausen N. 6 Abf. 2, v. Schwarze N. 5. Ebenso steht der Grundsatz durch, wenn in dem späteren Verfahren mehrere Delikte abzurteilen sind, welche

zum Teil vor, zum Teil nach der früheren Beurteilung, sei es auch im letzteren Fall vor einer schon einmal stattgehabten Nachtragsurteilung, begangen sind, indem auch in diesem Falle nur die vor der ersten Beurteilung liegenden Delikte unter § 79 fallen: Olschhausen N. 15; RG. 5./4. 81 C. 4 53, 29./10. 88 C. 18 333. Wie in diesem Falle eine dazwischenliegende Nachtragsurteilung, ist auch ein dazwischen liegendes Wiederaufnahmeverfahren ohne Einfluß. Endlich ist, wenn die Strafe durch einen Strafbefehl festgesetzt ist, die Zustellung der Verkündigung gleich: Frank N. II 1, Olschhausen N. 6 Abs. 1.

Anderß steht es um die — mit der in Abs. 1 erörterten nicht zu verwechselnde — Frage, ob für die Anwendung des § 79 erforderlich ist, daß das frühere Urteil überhaupt schon rechtskräftig geworden ist, oder der zweite Richter auch dann gemäß § 79 zu verfahren hat, wenn zur Zeit der Fällung seines Urteils das erste Urteil der Rechtskraft entbehrt. Aus dem Schweigen des Gesetzes folgern Merkel S. S. IV 235, Meyer-Alsfeld 363 und Oppenhoff-Delius N. 5, daß auch das nicht rechtskräftige Urteil berücksichtigt werden müsse. Diese Ansicht ist mit dem Umstande, daß der heutige Strafprozeß bedingte Urteile nicht kennt, gar nicht, mit StPD. § 492 sehr schwer vereinbar und führt zu der Möglichkeit, daß in der höheren Instanz Freisprechung wegen des ersten Urteils erfolgt, dadurch aber das zweite prinzipiell hinfällig wird, obgleich es inzwischen vielleicht selbst rechtskräftig geworden ist. Aus diesen Gründen ist die Rechtskraft des früheren Urteils erforderlich: Binding Grundr. 294, Finger I 551, Frank N. II 1, Olschhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 7 (nicht bestimmt), Schütze 201 N. 19, v. Schwarze 316. Ist die Sachlage nicht danach, daß die Rechtskraft abgewartet werden kann, so hat der Richter die Einzelstrafe auszusprechen und die Festsetzung der Gesamtstrafe einer nach StPD. § 492 zu fallenden Nachtragsentscheidung zu überlassen, welche auch eine zur Zeit ihrer Fällung bereits vollständige Verbüßung einer Strafe in Betracht zu ziehen hätte. Oder er hat die Rechtskraft des früheren Urteils abzuwarten, was allerdings nur in Ausnahmefällen zu empfehlen ist und daher fast niemals geschieht. Dagegen hat das RG. — wohl auch Geyer I 190 — es für statthaft erklärt, trotz noch nicht eingetretener Rechtskraft des früheren Urteils, also hypothetisch, eine Gesamtstrafe auszusprechen, wofür nur alle Möglichkeiten auf den Fall des Ausbleibens jener Rechtskraft vorgegeben sind: 6./7. 81 C. 5 1. Völlig unklar bleibt dabei, wie es wird, wenn das frühere Urteil rechtskräftig wird, inzwischen aber die Gesamtstrafe schon verbüßt ist. Am letzten Ende bliebe hierbei nichts übrig, als zunächst nur die über das abgeurteilte Delikt verhängte Einzelstrafe zu vollstrecken, das weitere aber der Zukunft zu überlassen.

4. Die Beurteilung muß erfolgen, bevor die durch das frühere Urteil verhängte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Die Richterledigung ist, weil eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung des § 79, ausdrücklich festzustellen, und die Feststellung kann, weil tatsächlicher Natur, einerlei ob sie bejahend oder verneinend lautet, mit der Revision nicht angefochten werden. Nur die Hauptstrafen kommen der Natur der Sache gemäß in Betracht: Meyer-Alsfeld 364 N. 36, Olschhausen N. 8 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 19; a. M. Merkel S. S. IV 236. Selbstverständlich muß die Strafe vollständig verbüßt oder erlassen sein, um die Anwendung des § 79 auszuschließen. Somit kann keine Gesamtstrafe gebildet werden, wenn nach teilweiser Verwerfung der Revision eine der im ersten Urteil der Vorinstanz ausgeworfenen Einzelstrafen rechtskräftig geworden und bis zum Erlasse des zweiten Urteils völlig erledigt ist, in diesem aber neben der verbüßten Einzelstrafe nur noch Eine weitere Einzelstrafe in Frage kommt: RG. 19./11. 06 C. 39 275.

5. Sind die sämtlichen Voraussetzungen für die Anwendung des § 79 gegeben, so hat der Richter gemäß §§ 74 bis 78 geradezu zu verfahren, wie wenn sämtliche, also auch die schon früher abgeurteilten Delikte erst jetzt von ihm abzuurteilen wären. Unterläßt er dies, ohne durch tatsächliche Umstände gehindert zu sein, so ist das Urteil anfechtbar. Eine solche tatsächliche Hinderung liegt vor, wenn er die frühere Beurteilung nicht gefasst hat. Ebenso wenn die Anwendung des § 79 Feststellungen erfordern würde, welche zurzeit entweder überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßiger hinausschiebung der Urteilsfällung ausführbar wären: RG. 20./2. 83 C. 8 62, 14./5. 01 C. 34 267.

Hierbei ist zunächst für jedes der jetzt erst abzuurteilenden Delikte die Strafe besonders festzustellen, sodann aber sind die §§ 74 bis 78 auf die sämtlichen Strafen, und zwar, wenn die frühere Strafe eine Gesamtstrafe ist, unter Auflösung derselben in die ihr zugrunde liegenden Einzelstrafen, anzuwenden: RG. 1./11. 86 C. 15 29, 30./1. 11 C. 44 302. Der Richter ist an die frühere Entscheidung sowohl hinsichtlich der Schuld festgestellt, als auch hinsichtlich des Strafmaßes nur insoweit gebunden, als dies mit der Anwendung des § 79 verträglich ist: Binding Grundr. 295, Merkel S. S. IV 236, Olschhausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 6, Schütze 202; RG. 22./6. 80 C. 2 198, 20./2. 83 C. 8 62.

a) Ist keine Gesamtstrafe zu bilden, sondern die Strafe des übergangenen Delikts gesondert auszusprechen, also beim Zusammentreffen von Gefängnis mit Festungshaft und von Haft mit Haft

und bei der Umwandlung mehrerer Geldstrafen, so hat der zweite Richter die von ihm zu verhängende Strafe gemäß §§ 75 Abs. 3, 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 zu ermäßigen.

b) Ist eine Gesamtstrafe zu bilden, so ist zu unterscheiden, ob die frühere oder die jetzige Strafe die schwerere ist. Vgl. Binding Grundr. 295/296, Olshausen N. 12.

Ist die frühere Strafe die der Art nach schwerere, also Zuchthaus, so ist die jüngere Festungshaft oder Gefängnis nach § 21 in Zuchthaus umzuwandeln. Die von beiden Strafen der Dauer nach schwerere ist die Einzelstrafe. Ist die frühere von vornherein oder nach geschehener Umwandlung der Dauer nach die schwerere Strafe, so ist sie die Einsafstrafe.

Ist die jüngere Strafe die der Art nach schwerere, so ist die frühere umzuwandeln, wobei wiederum die der Dauer nach schwerere beider Strafen die Einsafstrafe ist. Und ebenso hat die jüngere als Einsafstrafe zu fungieren, wenn sie von vornherein oder nach geschehener Umwandlung der Dauer nach die schwerere ist.

c) Die Vereinigung beider Strafen in dem Tenor würde z. B. mit Frank N. III Abs. 1 dahin lauten können: „daß der Angeklagte wegen Raubes zu zwei Jahren Zuchthaus zu verurteilen und diese Strafe mit der durch Urteil des usw. vom usw. über ihn wegen Betruges verhängten Strafe von Einem Jahre zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren sechs Monaten Zuchthaus zu vereinigen.“ Bei dieser Formulierung ist es nicht erforderlich, die frühere Strafe für weggefallen zu erklären. Ist die ältere Strafe die der Art nach schwerere, so muß es für zulässig erachtet werden und ist üblich, daß der Richter die Gesamtstrafe ausmißt, von ihr die Strafe des früheren Urteils abzieht und im Tenor den Rest als Zusatzstrafe verhängt: Meyer-Altfeld 363, Olshausen N. 12b Abs. 2, d., Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 9, Beschluß des Bundesrates v. 11. Juli 1885 Nr. I (unten N. 6).

d) Da die Gesamtstrafe nur aus Einzelstrafen gebildet werden kann, ist die Aufgabe eine weitergehende, wenn in dem früheren Urteil die Bezeichnung der Einzelstrafen unterlassen ist. In diesem Falle muß der zweite Richter materiell auf das Urteil eingehen und es unter Prüfung der gesamten Sachlage durch die Bestimmung der Einzelstrafen ergänzen: Olshausen N. 13; RG. 20./2. 83 E. 862.

e) Ist schon in dem früheren Urteil auf eine Gesamtstrafe erkannt und nicht durch die Höhe der nunmehrigen Strafe als der schwereren eine Erhöhung geboten, so muß die nunmehr zu erkennende Gesamtstrafe nicht notwendig in einer Erhöhung der früheren Gesamtstrafe bestehen, sondern kann, worüber das Ermessen des Richters entscheidet, in derselben Höhe wie die letztere bestimmt werden: Finger I 553, Frank N. III Abs. 1, Geyer I 191, Meyer-Altfeld 363, Olshausen N. 14, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 9, v. Schwarze 318; RG. 13./5. 82 E. 6 283, 30./1. 11 E. 44 302. Wenn Binding Grundr. 296 meint, die frühere Gesamtstrafe könne als genügend nur beibehalten werden, wenn der zweite Richter annehme, der erste Richter würde sie nicht erhöht haben, hätte sich sein Urteil auf den später abzurteilenden Konkurrenzfall miteingelassen, so überzieht er, daß auch diese Annahme dem Ermessen des zweiten Richters untersteht. Hat der frühere Richter bereits die zulässig höchste Gesamtstrafe oder den zulässig höchsten Gesamtbetrag verhängt, so darf der jetzige Richter keine Erhöhung eintreten lassen: Binding und Olshausen a. a. L.

f) Wegen der Nebenstrafen usw. vgl. oben § 76 N. 2, 3.

g) Hat endlich die Vollstreckung der durch das frühere Urteil verhängten Strafe bereits begonnen, so ist dies in dem zweiten Urteil zum Ausdruck zu bringen. Dies ist, wenn es sich um eine Gesamtstrafe handelt, in verschiedener Weise möglich. Entweder ist die Anrechnung bloß in den Urteilsgründen anzuordnen und das Weitere der Vollstreckungsbehörde zu überlassen: Meyer-Altfeld 364, Olshausen N. 18. Oder in dem Tenor ist ein entsprechender Teil für verbüßt zu erklären: Merkel H. N. IV 236, Rüdorff-Stenglein N. 9. Oder der Richter hat die Wahl, ob er den verbüßten Teil im Tenor in Abzug bringen oder auf die unverfüßte Gesamtstrafe erkennen, zugleich aber im Tenor aussprechen will, daß auf sie die bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils verbüßte Strafe in Anrechnung zu bringen sei: Finger I 553, Frank N. III Abs. 2, Geyer I 191, Meyer-Altfeld 364 N. 38, Oppenhoff-Delius N. 9; RG. 20./2. 83 E. 8 62, 17./5. 83 E. 8 385. Die dritte Meinung ist jedenfalls die empfehlenswerteste. Bei jedem Modus ist eventuell nach § 21 umzurechnen. Wenn Olshausen meint, die Umwandlung habe auch für denjenigen Teil der Gefängnisstrafe zu erfolgen, welcher durch das frühere Urteil durch die Untersuchungshaft für verbüßt erklärt worden, so ist diese Abweichung von § 60 nicht für zulässig zu erachten.

6. Um der Vorschrift des § 79 volle Wirksamkeit zu sichern, bedarf es einer prozessualen Regelung des Falles, daß jemand durch verschiedene Urteile zu Strafen verurteilt, bei dem späteren Urteil aber die Vorschrift des § 79 unbesogt geblieben ist. Diese Regelung wird getroffen durch StPD. §§ 492, 494 Abs. 3, für das Militär-Strafrecht durch MilStGW. §§ 461. Vgl. dazu Dömelweg und Herz-Ernst. Siehe auch StPD. § 208, MilStGW. § 253. Nähere Bestimmungen über die Vollstreckung in dem Fall, daß die Einzelstrafen von Gerichten verschiedener Bundesstaaten erkannt sind, gibt der Beschluß des Bundesrats vom 11. Juni 1885 (Zentralbl. f. d. Deutsche Reich 1885 E. 270).

Zweiter Teil.

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung.

Erster Abschnitt.

Hochverrat und Landesverrat.

1. Die einzelnen Sätze dieses ersten und der drei folgenden Abschnitte erscheinen als die Glieder eines einheitlichen und systematischen Ganzen. Es wird nicht bezweifelt, daß sie eine bestimmte strafrechtliche Materie erschöpfend und jede landesrechtliche Sätze ausschließend behandeln: Binding Handb. I 321, Hälschner I 114, Olshausen N. 2; RG. 17./11. 87 C. 16 340. Aufgehoben ist auch der dem Bundesbeschlusse v. 18. Aug. 1836 nachgebildete Art. 74 der Reichs-Verfassung. Nebenher gehen die Bestimmungen des MilStGB. über den Kriegsverrat, d. h. den im Felde begangenen militärischen Landesverrat. Die Bestimmungen über den Landesverrat sind ergänzt durch das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juli 1893. Auf den Hochverrat beziehen sich §§ 80—86, auf Landesverrat §§ 87—92, auf beide die prozessuale Bestimmung des § 93.

2. Wie oben zu § 73 N. 80 ausgeführt ist, konkurrieren die Strafandrohungen dieses Abschnittes — und ebenso die der drei folgenden Abschnitte — alternativ mit den Strafandrohungen wider den gemeinen Mord, Totschlag usw.

3. Sämtliche hoch- und landesverräterischen Delikte erfordern Vorsatz. Werden (§§ 81, 90, 92) mehrere Delikte unter Einer Strafandrohung zusammengefaßt, so ist für jedes Delikt ein besonderer Vorsatz erforderlich; der sog. animus hostilis gegen den Staat wird vom Gesetz nicht verlangt: Berner 359, Binding Lehrb. II 435, Hälschner II 370, John S. S. III 17, Olshausen §§ 81 N. 3, 89 N. 2.

4. Rgl. § 4 Nr. 1, 2.

§ 80.

Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenen Landesherrn, oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Staats verübt worden sind, werden als Hochverrat mit dem Tode bestraft.

1. Diese Bestimmung betrifft, wie ihre Entstehung und die allerdings nicht korrekten Eingangsworte des § 81 ergeben, nur einen qualifizierten Fall des in § 81 Nr. 1 vorgesehenen hochverräterischen Unternehmens, einen Bundesfürsten zu töten, um für einige der schwersten Fälle des Hochverrats, nämlich die vorsätzliche und mit Überlegung ausgeführte Tötung einer der genannten fürstlichen Personen, die Todesstrafe anzudrohen und zugleich den Versuch mit der Strafe des vollendeten Delikts zu belegen. Die Delikte beider Paragraphen sind nicht, wie Hälschner II 730, 736 annimmt, qualifizierte Verbrechen gegen die Person, für § 80 nicht Qualifizierung des in § 211 bedrohten Mordes, sondern Staatsverbrechen, welche durch Angriffe auf den Monarchen begangen werden: Binding Lehrb. II 435, Finger I 316 Nr. 400, v. Liszt 535, Merkel 375/376, Olshausen N. 5 Abj. 1, v. Wächter 497 N. 3; RG. 5. 12. 81 C. 5 215. Hieraus ergibt sich, daß, wenn der Mord auf Verlangen des Getöteten ausgeführt ist, die Bestrafung nicht aus § 216, sondern aus § 80 erfolgt: v. Liszt a. a. O. N. 2, Olshausen a. a. O. Abj. 2; a. W. Frank N. I (weil die Tötung auf Verlangen, auch wenn mit Überlegung ausgeführt, kein Mord, sondern ein besonderes Delikt) und Binding Lehrb. II 432 (die Tötung des ernsthaft Verlangenden oder gar nur Einwilligenden sei überhaupt kein Hochverrat; nach Binding würde also auch § 81 Nr. 1 keine Anwendung finden). Mit § 211 steht das Delikt des § 80 nicht in Ideal-, sondern in Gesetzeskonkurrenz (Alternativität): Binding Handb. 351 und Lehrb. II 430 Nr. 1 Ia, 433 N. 3, v. Liszt 535, Rudorff-Stenglein N. 7 Abj. 2; a. W. Frank N. I und Olshausen N. 8 Abj. 1. Die vorsätzliche, aber nicht mit Überlegung ausgeführte Tötung ist nach § 81 Nr. 1, die fahrlässige nach § 222 zu bestrafen.

2. Objekt der Tötung ist

a) der Kaiser,

- b) der Landesherr desjenigen Bundesstaates, in welchem der Täter die Staatsangehörigkeit besitzt,
 c) der Landesherr desjenigen Bundesstaates, in welchem der Täter sich zur Zeit der Verübung aufhält. Maßgebend ist hierbei der Aufenthaltsort des Täters, nicht der Begehungsort der Tat und der Aufenthaltsort des Fürsten zur Zeit der Tat: Binding Lehrb. II 432, Frank N. II 3, v. Liszt 535, Dshhausen N. 3e.

Unter den Landesherren sind nur die Bundesfürsten zu verstehen, nicht die Regenten, welche das StGB. überall nur den Mitgliedern eines landesherrlichen, eines bundesfürstlichen Landes gleichstellt, und nicht die Bürgermeister der freien Städte, welche überhaupt keinen besonderen Schutz genießen: Berner 357, Binding Lehrb. II 431, Dshhausen N. 3 Abf. 2, 3; RG. 17./4. 84 C. 10 312.

Der Angegriffene muß die fürstliche Stellung tatsächlich und rechtlich bekleiden. Daher findet § 80 weder Anwendung bei dem Usurpator noch bei demjenigen Fürsten, welcher zwar rechtmäßiger, aber nicht wirklicher Träger der Staatsgewalt ist: Berner 356, Binding Lehrb. II 431.

3. Täter kann im Fall 2 a, c ein Deutscher und Nichtdeutscher, im Fall 2 b nur ein Deutscher sein. Weil auch bei dem Kaiser das Rechtsverhältnis den Schärfsungsgrund bildet und dieses für den Ausländer im Auslande nicht existiert, nimmt Binding an, daß der Ausländer für den Versuch der Todesstrafe nur unterliegt, wenn er den Mordanriff im Reich oder in den Kolonien, nicht aber, wenn er ihn gegen den im Auslande weilenden Kaiser unternimmt: Binding Lehrb. II 433. Bei dieser Ansicht wird aber übersehen, daß die Strafaffnungen wider den Hoch- und Landesverrat nach dem Abstraktionsprinzip gestaltet sind. Wer dieses auch hier verwirft, bestreitet, daß der Staat um seine Existenz kämpft, und landet schließlich bei dem bekannten „*crimen majestatis singularis et unicum criminum eorum, qui crimine vacant*“ (Dahlmann Kleine Schriften und Reden, 1886, S. 124).

4. Das Delikt ist nach dem Begriff des Mordes ein vorsätzliches. Außerdem ist das Bewußtsein erforderlich, daß sich der verbrecherische Angriff gegen eine zu den drei Kategorien gehörende Person richtet. Befindet sich der Täter in dieser Beziehung in — tatsächlicher oder rechtlicher — Irrtum, so kommt § 80 gemäß § 59 nicht in Anwendung. Ein rechtlicher Irrtum ist es z. B., wenn der Täter glaubt, daß der preussische Thronerbe erst durch die Leistung des in Art. 54 der Preuß. Verfassungsurkunde vorgeschriebenen Verfassungszeides König von Preußen und also zugleich Deutscher Kaiser werde. Vgl. Binding Lehrb. II 434, Frank N. III, Hälschner II 735, Dshhausen N. 8 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abf. 1. Weiß der Täter überhaupt nicht, daß der Angegriffene ein Bundesfürst ist, so entfällt sowohl § 80 wie § 81 Nr. 1 und kommen lediglich die Bestimmungen des sechzehnten Abschnittes zur Anwendung. Kennt er die Eigenschaft als Bundesfürst, nicht aber die Zugehörigkeit zu einer der drei Kategorien des § 80, so fällt er unter § 81 Nr. 1. Irrt er sich nur bezüglich der speziellen Kategorie, so ist er nach § 80 zu bestrafen.

5. Der Mordversuch ist mit derselben Strafe bedroht wie der vollendete Mord. Somit liegt eine doppelte Abweichung von § 43 vor, nämlich bezüglich der Strafe durch § 80, bezüglich der Grenzscheide zwischen Versuch und Vollendung durch § 82. Immer ist aber nur der Versuch des hochverrätherischen Mordes mit Strafe bedroht, nicht aber der Versuch zu einem *delictum sui generis* erhoben. Somit kommen die Bestimmungen des Allgemeinen Teils über den Versuch, soweit sie nicht durch jene beiden Abweichungen getroffen werden, zur Anwendung, näher gesprochen, der Rücktritt des § 46 ist auch bei diesem Versuch möglich. Hiermit stimmen überein Berner 362, Frank N. IV, Geyer II 127, Hälschner II 734, Meyer-Alsfeld 538 N. 4, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 233. Dagegen halten den Rücktritt für ausgeschlossen Binding Lehrb. II 448, Finger I 316 N. 400, v. Liszt 212, 536, Merkel 376, Dshhausen N. 6. Die letzteren, weil Versuch und Vollendung gleichgestellt sind (Binding: „das Gesetz kennt nur vollendeten oder vorbereiteten, aber gar keinen verjuchten Hochverrat“, siehe unten § 82 N. 2 Abf. 4). Dshhausen: „kommt dem durch § 80 bedrohten Verbrechen der Charakter des Hochverrats „zu, so muß das für den Fall seiner Begehung durch den „Versuch des Mordes“ folgerichtig seine „Wirkung dahin ausüben, daß hier trotzdem nicht der Versuch eines Verbrechens vorliegt und „demgemäß § 46 keine Anwendung finden kann“. Wenn v. Liszt, wie seine Ausführung 205 zeigt, konsequent bleibt, macht Dshhausen sich eines Widerspruches zu seiner §§ 46 N. 5a, 43 N. 3 Abf. 2 keines Kommentars dargelegten, auch diesseits akzeptierten Ansicht schuldig, wonach der Rücktritt nur dann ausgeschlossen ist, wenn es sich nicht lediglich um Gleichstellung in der Bestrafung, sondern um Aufstellung eines selbständigen Delikts handelt. Wie Frank N. IV treffend sagt: „aus § 80 ergibt sich nur, daß die Versuchstrafe, wenn sie eintritt, der des „vollendeten Delikts gleichsteht. Über die Frage aber, ob der Versuch bestraft wird, entscheiden die „allgemeinen Regeln“.

6. Daraus, daß der Versuch mit der Strafe der Vollendung, also mit dem Tode bedroht ist und nach § 49 Abf. 2 die Strafe des Gehilfen „nach den über die Bestrafung des Versuches aufge-

stellten Grundtaten zu ermäßigen ist“, folgern Geyer II 127, Hälschner II S. 735, v. Liszt 226 N. 10 und 536, daß auch der Gehilfe mit dem Tode zu bestrafen sei. Sie übersehen aber dabei, daß durch die in § 49 sich findende Bezugnahme auf die Grundtate über die Bestrafung des Versuches nicht die Beihilfe dem Versuch hinsichtlich der Strafbarkeit gleichgestellt, sondern nur eine Wiederholung der Strafenkala vermieden werden soll. Somit wird die Beihilfe beim veruchten wie vollendeten Mord mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren unter Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht bestraft: Berner 364, Binding Lehrb. II 448, Frank N. IV, Merkel 376, Meyer-Altfeld 208 N. 25, 538 N. 4, Olshausen N. 7 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 22./12. 84 C. 12 64.

Ebenso findet § 50 Anwendung: Binding Grundr. 174, Hälschner II 735, v. Liszt 535, Olshausen N. 7 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7.

§ 81.

Wer außer den Fällen des § 80 es unternimmt,

- 1) einen Bundesfürsten zu töten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder zur Regierung unfähig zu machen,
- 2) die Verfassung des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats oder die in demselben bestehende Thronfolge gewaltsam zu ändern,
- 3) das Bundesgebiet ganz oder teilweise einem fremden Staate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureißen, oder
- 4) das Gebiet eines Bundesstaats ganz oder teilweise einem anderen Bundesstaate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureißen,

wird wegen Hochverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. Nr. 1. Objekt des Angriffs ist jeder Bundesfürst, so daß die drei Kategorien des § 80 nicht heranzuziehen sind; der Kaiser kommt hier nur als König von Preußen in Betracht. Tötung ist sowohl Mord als auch Todtschlag (§§ 211—216): Binding Lehrb. II 432, Frank §§ 81, 82 N. I 1, Hälschner II 730, John S. S. III 17, v. Liszt 536, Merkel 376, Meyer-Altfeld 539 N. 3, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüge 233. Vgl. jedoch § 73 N. 8e. Bei der Gefangennahme, also der Freiheitsberaubung, kommt es nach Olshausen a. a. O. und Oppenhoff-Delius N. 6 auf die Dauer nicht an, so daß jede meßbare Dauer genügen würde, wogegen Binding Lehrb. II 434 mit Recht eine Dauer verlangt, welche als sichtbares Intervall freier Regierungstätigkeit erscheint. Das Unfähigmachen zur Regierung kann nur mittels einer Gesundheitsbeschädigung, namentlich etwa durch Herbeiführung einer Geisteskrankheit verübt werden. Wenn Binding Lehrb. II 434 dahin auch die tatsächliche Abzweigung wegen angeblicher Regierungsunfähigkeit und die Nötigung zur Abdankung zählt, so beruht dies auf einer zu weitgehenden Gleichstellung der Möglichkeit mit der Fähigkeit. Die Gesundheitsbeschädigung muß geschehen sein, um den Bundesfürsten zur Regierung unfähig zu machen. Angriffe, welche die Unfähigkeit nicht zu bewirken vermögen, fallen unter den Begriff der tätlichen Majestätsbeleidigung oder der Nötigung.

2. Nr. 2. Die Verfassung ist die tatsächliche, in anerkannter Wirksamkeit rechtlich bestehende Verfassung, nicht bloß wenn und soweit sie in einer Verfassungsurkunde fixiert ist: Frank §§ 81, 82 N. I 2, Geyer II 127, Hälschner II 736, v. Liszt 536, Merkel 376, Meyer-Altfeld 359, Olshausen N. 6 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Schüge 234 N. 15; RG. 27./2. 08 C. 41 138 (140). N. N.

John S. S. III 12 und Rüdorff-Stenglein N. 5. Vgl. die staatsrechtlichen Ausführungen von Binding Lehrb. II 455 ff. Die Bestimmungen über die Thronfolge sind ein Teil der Verfassung. Erforderlich ist die Anwendung von Gewalt, sodaß nicht, wie Berner 360 meint, der Mißbrauch der Amtsgewalt, z. B. ein Ministerialdekret, genügt, sondern physische Gewalt zur Anwendung kommen muß, welcher aber die Androhung mit der Anwendung einer unmittelbar paraten physischen Gewalt gleichsteht: Meyer-Wolfelb 539, Olshausen N. 6 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 9, Schütze 235 N. 17. Physische Gewalt, also *vis absoluta* verlangen Geber II 127, John S. S. III 19, v. Liszt 536, Merkel 376. Binding Lehrb. II 439 nimmt „gewaltjam“ für identisch mit „widerrechtlich“, wonach, da eine nicht widerrechtliche Handlung kein Delikt ist, das ausdrückliche Erfordernis überflüssig wäre.

3. Nr. 3, 4. Zu dem Bundesgebiet gehören auch die Schutzgebiete, vgl. oben § 3 N. 3b; Binding Lehrb. S. 441 und trotz seiner Ausführungen zu § 4 N. 20c auch Olshausen N. 7 Abf. 1. Das Unternehmen, einen Bundesstaat in Reichsgebiet umzuwandeln, fällt unter Nr. 2. Daß der Krieg zu den Gewaltmitteln gehört, ist selbstverständlich, wobei jedoch die völkerrechtlich gedeckten Personen sich nicht des Hochverrats schuldig machen: RG. 13./6. 87 E. 16 165. Ein Beispiel bietet die von der Patriotenliga erstrebte, durch Waffengewalt herbeizuführende Losreißung Elsaß-Lothringens von Deutschland: RG. a. a. D.

4. Wegen des Begriffs „Unternehmen“ vgl. § 82 N. 2.

5. Das Maximum der Festungshaft in Abf. 2 beträgt nach § 17 fünfzehn Jahre. Unter Annahme eines Redaktionsverfehlers — das Maximum der Festungshaft war in den Entwürfen und während der beiden ersten reichstägigen Beratungen überhaupt nur zehn Jahre — hier — und ebenso in den §§ 87, 88, 90, 92 ff. — mit Berner 364 N. 2 und Schütze 236 N. 10 ein Maximum von zehn Jahren anzunehmen, geht über die Befugnis der Auslegung hinaus.

Die Ermordung eines Bundesfürsten ist gemäß § 211 mit dem Tode zu bestrafen. Liegt ein Versuch des Mordes oder ein Totschlag oder ein Versuch des Totschlages vor, so kann, weil die §§ 211 ff. die Strafe der Festungshaft nicht androhen, nach den Grundsätzen über die Gesetzeskonkurrenz auch hier nicht auf Festungshaft erkannt werden: Binding Lehrb. II S. 433, 443.

6. Abf. 3. Wegen dieser im Allgemeinen Teil nicht erwähnten fakultativen Nebenstrafe vgl. die Ausführungen zu §§ 31, 33. Zu erkennen ist auf den dauernden Verlust.

7. Vgl. EG. § 4 und wegen des Zuchthauses § 20.

§ 82.

Als ein Unternehmen, durch welches das Verbrechen des Hochverrats vollendet wird, ist jede Handlung anzusehen, durch welche das Vorhaben in mittelbar zur Ausführung gebracht werden soll.

1. Das Verbrechen des Hochverrats ist vollendet, wenn eine der in §§ 80, 81 mit Strafe bedrohten Rechtsverletzungen eingetreten ist. Die Gefährlichkeit dieser Rechtsverletzungen für den ganzen Staat und der unbestreitbare Umstand, daß der Eintritt des Erfolges dem Täter vielfach tatsächlich die Straflosigkeit sichert, führen mit einer gewissen Notwendigkeit dahin, daß die auf den vollendeten Hochverrat gesetzte Strafe auch dann verhängt werden soll, wenn der Hochverrat begrifflich nicht vollendet ist. Dies ist die Bedeutung des § 82, bei dessen Fassung die alte Erfahrung nicht beachtet ist, daß Deliktsgedanken, für deren Bildung das wirkliche oder vermeintliche Staatsinteresse wesentlich maßgebend ist, nicht scharf genug bestimmt werden können. Wenn in § 80 der verjuchte Mord mit der Strafe des vollendeten bedroht ist, ohne zu bestimmen, wann nur Versuch, wann schon Vollendung anzunehmen ist, wird in § 82 allgemein für die hochverräterischen Delikte das Stadium der Vollendung in das des Versuchs zurückgeschoben. Als vollendet gilt der Hochverrat nicht nur, wenn er materiell vollendet, also der Erfolg eingetreten, sondern schon, wenn eine Handlung begangen ist, durch welche der Entschluß, das Verbrechen des Hochverrats zu verüben, unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll.

2. Unter „Unternehmen“ kann verstanden werden Vollendung, Versuch, Vorbereitung.

Daß dies Wort in § 82 nicht in dem Sinne von materieller Vollendung zu verstehen ist, liegt auf der Hand.

Ebenso wenig umfaßt es die Vorbereitung. Das EGB. bedroht allgemein nur die Vollendung und den Versuch, aber nicht die Vorbereitung. Insbesondere hat es niemals auch nur angedeutet, daß unter dem von ihm viel gebrauchten Worte „Unternehmen“ auch die vorbereitenden Handlungen zu verstehen seien; vgl. die ausführliche Erörterung in RG. 26./3. 09 E. 42 266. Es gleichwohl für § 82 anzunehmen, wird durch den Umstand verhindert, daß die vorbereitenden Handlungen in den §§ 83–86 besonders unter Strafe gestellt sind, und zwar in den §§ 83–85 für ganz bestimmte, in § 86 für alle anderen Vorbereitungshandlungen. Aus § 86 geht unzwei-

deutig hervor, daß keine einzige Vorbereitungshandlung unter § 82 fällt: Binding Lehrb. II 445. Die entgegenstehende Ansicht von Frank §§ 81, 82 N. II Abs. 2 und v. Liszt 537 entspricht nicht, wie Frank meint, sondern widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes, nämlich des § 86.

Somit bleibt nur übrig, unter „Unternehmen“ den Versuch zu verstehen. Dies ist auch voll und ohne einschränkenden Vorbehalt die Ansicht von Berner 361, Binding Grundr. 134 und Lehrb. II 443 ff., Merkel 377, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1. Nun ist es zwar sicher, daß diejenige Handlung, welche, obschon das Delikt nicht vollendet ist, gleich dem vollendeten Delikt gestraft werden soll, eine Versuchshandlung sein und allen Erfordernissen einer solchen entsprechen muß, aber eine Handlung, durch welche das Delikt unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, ist nicht identisch mit der Handlung, welche einen Anfang der Ausführung dieses Deliktes enthält. Somit decken die Begriffe Unternehmen und Versuch sich nicht völlig, Unternehmen ist das minus, nämlich eben diejenige Versuchshandlung, durch welche das verbrecherische Vorhaben „unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll“, durch welche der Versuch beendigt wird, so daß nur der zur Konsummation erforderliche Erfolg noch aussteht: Birkmeyer Enzykl. 1191, Geier II 127, Meyer-Malfeld 168, 539, Olshausen N. 1, 2, Schütze 235, v. Schwarze N. 3, Wachenfeld H. N. II 268; RG. 18./6. 87 C. 16 162, 27./2. 08 C. 41 138. Dies ist überhaupt allgemein die Ansicht des Reichsgerichts, welches überall, wo sonst in dem StGB. von dem Unternehmen gesprochen wird, darunter auch den gesamten Versuch versteht, aber die Definition des § 82 nur auf das Verbrechen des Hochverrats bezieht, also Unternehmen und Versuch hier für nicht identisch erklärt. Der Gesetzgeber hätte richtiger gesagt: „Der vollendete Versuch des Hochverrats wird gleich dem vollendeten Hochverrat bestraft.“ Auf dem halben Wege bleiben stehen Hälschner II 744 und John S. S. III 20, nach welchen „nicht alle, sondern nur gewisse Versuchshandlungen der Vollendung gleichgestellt sind“ und die Grenzlinie im konkreten Falle vom Richter zu ziehen ist. Wenn Binding a. a. O. 447 die hier für richtig erachtete Ansicht eine „wertlose, weil notwendig resultatlose Geistesgymnastik“ nennt, so ist sie wegen der Möglichkeit des Rücktritts vom Versuch alles andere eher als wertlos; auch ist eine „Geistesgymnastik“ bei der ganzen Lehre vom Versuch erforderlich.

Olshausen N. 1 Abs. 2 und Wachenfeld H. N. II 268 sehen in dem „soll“ ein subjektives Erfordernis: die Handlung müsse nicht bloß objektiv eine Ausführung enthalten, sondern dies Enthalten vom Täter gewollt sein. Hiergegen bemerkt Binding Lehrb. II 448 zutreffend, daß in dem Worte Unternehmen schon die subjektive Beziehung liege, jedes Unternehmen solle eben etwas erreichen. Die Handlung muß geeignet sein, das Verbrechen unmittelbar zur Ausführung zu bringen, widrigenfalls sie entweder in der Vorbereitung oder im unvollendeten Versuch stecken bleibt; auf die Ansicht des Täters kommt es hier ebenjowenig an wie beim untauglichen Versuch. Mit Recht nennt Rüdorff-Stenglein N. 1 die Olshausen'sche Ansicht einen Rückfall in die subjektive Versuchstheorie.

3. Aus dem Vorgetragenen ergibt sich, daß die Frage, ob ein Versuch des Hochverrats möglich, zu bejahen ist, nämlich vom ersten Beginn der Ausführung bis dahin, wo das „Unternehmen“ beginnt. Verneint wird dies natürlich von denjenigen, welche das Unternehmen völlig mit dem Versuch identifizieren oder sogar die Vorbereitungshandlungen hineinziehen. Gibt es aber einen Versuch des Hochverrats, so ist auch ein Rücktritt von diesem Versuch nach § 46 möglich. Verneint wird die Möglichkeit des Rücktritts von Binding Lehrb. I 14, II 443, Frank §§ 81, 82 N. II, v. Liszt 537, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, dagegen bejaht von Berner 362, Hälschner II 745, John S. S. III 28, Meyer-Malfeld 168 (mit nur scheinbarem Widerspruch 183), Olshausen N. 4b, Schütze 236 N. 20.

4. Über die Bestrafung des Gehilfen siehe oben § 80 N. 6; v. Liszt 537 erklärt auch hier die Herabsetzung der Gehilfenstrafe für unmöglich.

5. Endlich fragt sich, ob sich § 82 auch auf § 80 bezieht. Diese Frage, welche von Bedeutung ist für den Rücktritt vom Versuch, wird von Frank §§ 81, 82 N. II Abs. 1, Hälschner II 745, John S. S. III 24 N. 5 und Olshausen N. 2 Abs. 1 verneint, von Binding Lehrb. II 430 N. 13, 446, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 83 N. 3, 85 N. 3, 86 N. 1 und RG. 5./12. 81 C. 5 215 mit Recht bejaht. Dafür, daß die beiden §§ 80, 81 eng zusammenhängen, spricht nicht bloß ihre Entstehungsgeschichte, sondern für jede unbefangene Auffassung auch ihr Wortlaut, nach welchem sie die nur äußerlich getrennten Teile einer einheitlich zusammenfassenden Bestimmung sind, sprechen insbesondere die Eingangsworte des § 81, deren Parallelismus zu § 80 — wer außer: wer in den Fällen des § 80 — auf der Hand liegt. Olshausen und Frank — zum Teil auch Hälschner — bekennen sich dann wieder zu der richtigen Ansicht. Olshausen § 80 N. 5 gibt zu, daß der Gesetzgeber den Fall des § 80 „lebhaft“ deshalb aus dem allgemeinen Tatbestande des Hochverrats hervorgehoben hat, um für einige der schwersten Fälle des Hochverrats die Todesstrafe beizubehalten; oben § 80 N. 1. Beide Autoren räumen ferner ein, daß die §§ 83—86 trotz des Ausdrucks „Unternehmen“ und des Zitates des § 82 sich auch auf das Delikt des § 80 beziehen: Frank §§ 83

№. I, 84 №. I, 85 №. II, 86 №. I, Dtschhausen §§ 83 №. 3 Abs. 2 („unzweifelhaft“), 85 №. 2, 86 №. 1. Warum aber der Satz (Dtschhausen § 85 №. 2), „daß § 80 nur einen qualifizierten Tatbestand des § 81 Nr. 1 enthält und daß deshalb die Verweisung auf § 82 und damit auf § 81 sinngemäß den § 80 „mitbegreift“, nur für die §§ 83–86, nicht auch für § 82 gelten soll, ist nicht einzusehen. In der Dtschhausenschen Textausgabe (8. Aufl. 1905) findet sich dann wieder zu § 85 die Anmerkung: „Aufforderung zu einer aus § 80 strafbaren Handlung nicht aus § 85 strafbar (Redaktionsverf.)“.

6. Die in § 82 enthaltene Definition des Unternehmens ist, wie schon oben bemerkt wurde, keine generelle, sondern bezieht sich nur auf das Verbrechen des Hochverrats: RG. 9./11. 80 C. 3 26.

§ 83.

Haben Mehrere die Ausführung eines hochverräterischen Unternehmens verabredet, ohne daß es zum Beginn einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so werden dieselben mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter zwei Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. In den §§ 83–86 werden die ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitenden Handlungen mit Strafe bedroht und die Strafen nicht in Anlehnung an die §§ 80, 81, sondern selbständig normiert. Gleichwohl handelt es sich in ihnen, wie die Eingangsworte des § 86 be weisen, nicht um selbständige Einzeldelikte, *delicta sui generis*, sondern um Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat: Binding Lehrb. II 449, Hälschner II 752, John S. S. III 630 (a. M. wegen § 85), Dtschhausen №. 2, Schütze 237 №. 22; a. M. Merkel 377, 378, Rüdorff-Stenglein №. 2, § 83 №. 5. Hieraus folgt:

a) Die Handlung muß auf ein bestimmtes hochverräterisches Unternehmen gerichtet sein, während es nicht erforderlich ist, daß bereits die Modalitäten der Ausführung beschlossen sind; es muß also das Was erhellen, während das Wie (Zeit, Ort, Mittel) bedeutungslos ist: Binding Lehrb. II 450, Frank §§ 85 №. I, 86 №. II, Geyer II 128, Hälschner II 752, v. Liszt 537, Merkel 377, Meyer-Wilfeld 540, Dtschhausen §§ 83, №. 3 Abs. 3, 84 №. 1, 85 №. 3, 86 №. 1, Oppenhoff-Delius § 85 №. 22, Rüdorff-Stenglein §§ 83, №. 3, 85 №. 3, 86 №. 1, Schütze 237; RG. 21./10. 80 C. 5 60, 5./12. 81 C. 5 215, 18./6. 87 C. 16 165, 27./2. 08 C. 41 138.

b) Der Versuch ist, weil begrifflich nicht auf bloße Vorbereitungshandlungen, sondern auf die Vollendung gerichtet, undenkbar (oben § 43 №. 5c). Es ist aber nicht ausgeschlossen, die Vorstufen zu den Vorbereitungshandlungen der §§ 83–85 der generellen Strafaufdrohung des § 86 zu unterstellen: Binding Lehrb. II 450, Frank §§ 83 №. I 2, 84 №. I, 85 №. I, 86 №. I, Hälschner II 752, John S. S. III 30, v. Liszt 205, 538 №. 8 und 12, Meyer-Wilfeld 174, Dtschhausen §§ 83 №. 2a, 85 №. 4, 86 №. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 83 №. 2, 86 №. 3, Schütze 237 №. 22; a. M. für § 85 Rüdorff-Stenglein § 85 №. 5. Dtschhausen § 85 №. 5b ist wohl nur verjehentlich aus früheren Auflagen stehen geblieben.

c) Nach dem *argumentum a majore ad minus* (oben § 46 №. 7) ist ein Rücktritt nach § 46 möglich: Binding Lehrb. II 450, Frank §§ 46 №. VI 1, 83 №. I 3, 84 №. I, 85 №. I, 86 №. I, Hälschner II 753, John S. S. III 33, Dtschhausen №. 2b, Schütze 237 №. 22, v. Schütze 237 №. 2, v. Wächter 497 №. 5, 252 №. 12. M. v. Liszt 212, Meyer-Wilfeld 183 (nur zu § 86 zustimmend), Oppenhoff-Delius §§ 83 №. 7, 85 №. 25, 86 №. 3, Rüdorff-Stenglein § 85 №. 2.

d) Die Strafaufdrohungen der §§ 83–86 kommen, wie zudem in § 85 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt ist, nach den Grundzügen über die Subsidiarität (vgl. § 73 №. 8c γ) dann nicht zur Anwendung, wenn das vorbereitete hochverräterische Delikt versucht oder vollendet ist, d. h. nicht zur Anwendung gegen die an dem Hochverrat selbst schuldhaft Beteiligten: Binding Lehrb. II. 454, Frank §§ 73 №. VII 2b α, 85 №. I 1, 84 №. I, 85 №. I, 86 №. I, Merkel 378, Dtschhausen §§ 73 №. 13b 1 (nicht №. 13a), 83 №. 4.

2. Das hochverräterische Komplott setzt schon begrifflich mehrere, d. h. mindestens zwei Beteiligte voraus (oben § 47 №. 7, Dtschhausen §§ 47 №. 1, 83 №. 3. Rüdorff-Stenglein №. 1), welche als Mittäter oder als Täter und Gehilfe die gemeinsame Begehung eines bestimmten

hochverräterischen Delikts verabreden. Keine Vereinbarung liegt trotz des äußeren Scheines bei dem vor, welcher nicht ernstlich will, z. B. der agent provocateur. Daher ist der Tatbestand des § 83 nicht gegeben, wenn in diesem Fall die Zahl der ernsthaft Willenden auf Einen reduziert ist; für diesen kommt ev. § 86 in Betracht. Ebenso liegt in der bloßen Anstiftung kein Komplottieren: RG. 21./10. 81 C. 5 60. Daß die verabredete Ausführung eine gemeinschaftliche sei, ist nicht erforderlich, so daß die Losziehung unter den Komplottanten entscheiden kann. Vgl. Olshausen N. 3 Abf. 1.

3. Wegen des Zitates des § 82 vgl. § 82 N. 5, wegen des Zuchthauses § 20, wegen der Nebenstrafe des Abf. 3 § 81 N. 6.

§ 84.

Die Strafvorschriften des § 83 finden auch gegen denjenigen Anwendung, welcher zur Vorbereitung eines Hochverrats entweder sich mit einer auswärtigen Regierung einläßt oder die ihm von dem Reich oder einem Bundesstaate anvertraute Macht mißbraucht oder Mannschaften anwirbt oder in den Waffen einrührt.

1. Vgl. § 83 N. 1.

2. Es ist streitig, ob unter der auswärtigen Regierung nur die eines nicht zum Deutschen Reich gehörigen Staates oder auch die eines Bundesstaates zu verstehen ist. Der ersten Ansicht sind Binding Lehrb. II 453, Franf N. II, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, der zweiten Berner 363, Geher II 128, Hälshner II 748, John S. S. III 42, v. Liszt 538 N. 9, Merkel 377, Meyer-Wilfeld 540, Oppenhoff-Delius N. 3, Schüge 238 N. 24, v. Schwarz N. 2. Überwiegende Gründe sprechen für die zweite Ansicht. Auf § 64 des Preuß. StGB. kann man sich nicht beziehen, weil der Deutsche Bund ein Staatenbund war, das Deutsche Reich ein Bundesstaat ist. Aber auch im Deutschen Reich sind die einzelnen Bundesstaaten, wenn auch völkerrechtlich nicht mehr souveräne, doch im Verhältnis zueinander selbständige Staaten welche, wie die zwischen ihnen geschlossenen Staatsverträge, die gegenseitigen Gesandtschaften und Konsulate beweisen, in völkerrechtlichem Verkehr stehen. Für jeden Bundesstaat ist die Regierung aller anderen Bundesstaaten eine andere; wenn man dies „andere“ nicht als „auswärtige“ bezeichnen will, wie ist es dann zu bezeichnen? Es ist auch völlig ausgeschlossen, daß der Hochverrat des § 81 Nr. 4 nur durch Konspiration mit einer nichtdeutschen Regierung begangen werden könne. Sich mit Olshausen auf die §§ 102, 103 zu berufen, ist dadurch ausgeschlossen, daß der Begriff „auswärtige Regierung“ daselbst ausdrücklich als die Regierung „eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats“ bezeichnet ist. Nahe liegt die Frage, warum, wenn in § 84 auswärtig gleich ausländisch ist, nicht wie in dem benachbarten § 87 ausdrücklich die „ausländische Regierung“ genannt ist. Binding wendet ein, daß bei der zweiten Ansicht für den deutschen Täter selbstamerweise eine der deutschen Regierungen ganz grundlos auschiede, nämlich die nichtauswärtige, wobei man aber nicht recht wisse, ob das die des Heimats- oder die des Aufenthaltsstaates des Täters sein solle. Dieser Einwand trifft für den nichtdeutschen Täter von vornherein nicht zu und trifft auch nicht zu für den deutschen, denn auswärtig ist, wie bereits oben gesehen, mit Hälshner II 759 N. 1 vom Standpunkt des bedrohten Staates zu nehmen, also jede andere Regierung als die Regierung desjenigen Bundesstaates, gegen welchen der Hochverrat begangen werden soll. Richtet sich der Hochverrat gegen das Reich, so würden die Delikte der §§ 80 (Kaiser), 81 Nr. 2, 3 vorliegen, aber ist es denn ausgeschlossen, daß diese Delikte durch Konspiration mit einem der Bundesstaaten begangen werden? Die Geschichte Deutschlands zur Zeit des Einheitsstaates spricht jedenfalls gegen solchen Ausschluß. Will man mit Hälshner in diesem Falle annehmen, daß dem Deutschen Reich gegenüber die Regierung eines Bundesstaates keine auswärtige ist, so würde in diesem Fall eine Bestrafung nicht nach § 84, sondern nur nach § 86 möglich sein, also die schwerste Konspiration am leichtesten bestraft werden; dies ist auch die Meinung Bindings a. a. D.

3. Unter Einlassen ist jedes Unterhandeln zu verstehen, einerlei von welcher Seite die Initiative ergriffen ist, wofern es nur nicht bei einseitigen Bemühungen verbleibt, eine Verbindung herbeizuführen: RG. 21./10. 81 C. 5 60. Das Einlassen kann auch erfolgen, um einen Krieg herbeizuführen, wenn dieser als Mittel zum Hochverrat dienen soll: RG. 18./6. 87 C. 16 165. Wenn Franf N. II ein nur scheinbares Eingehen der auswärtigen Regierung auf die Unterhandlungen nicht für genügend hält, so verwechselt er Einlassen mit Verabreden (oben § 83 N. 2). Jedes Einlassen genügt, ohne daß das Zustandekommen einer schließlichen Einigung erforderlich ist. Vgl. hierzu z. B. Binding Lehrb. II 452, Franf N. II, Olshausen N. 2.

4. Unter der anvertrauten Macht ist nicht lediglich militärische Macht zu verstehen: Berner Lehrb. II. 363, Binding Lehrb. II. 453 N. 6, Frank N. III, Hälschner II 749, v. Liszt 538, Lisshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 238 N. 24. Unbedeutend begreift der Ausdruck auch die Amtsgewalt, wogegen Geyer II 128 und Lisshausen N. 4 zu weit gehen, wenn sie auch an die Macht über Sachen (Gelder, Depeschen) denken: Binding, Frank, Oppenhoff-Delius und Schütze a. a. D., Hälschner II 748.

§ 85.

Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zur Ausführung einer nach § 82 strafbaren Handlung auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem bis zu fünf Jahren ein.

1. Vgl. § 83 N. 1 und dafür, daß § 82 die beiden §§ 80, 81 umfaßt, § 82 N. 5. Will man den § 80 nicht hereinziehen, so ist die Aufforderung zur Begehung des schwersten hochverrätherischen Delikts, nämlich eben des § 80, nur nach § 111 strafbar, also mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder Gefängnis bis zu Einem Jahre.

2. § 85 ist nur ein qualifizierter Fall des § 111: Binding Lehrb. II 857 N. 2, Frank N. I, Hälschner II 749, Lisshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. § 111 ist wieder der speziellere Fall des § 110. Somit kann wegen der Aufforderung und ihrer Modalitäten auf die Ausführungen zu § 110 N. 5 verwiesen werden. Daß § 111 von der Aufforderung zur Begehung, § 85 von der zur Ausführung spricht, ist nur eine sprachliche Verschiedenheit ohne sachliche Bedeutung. Die Aufforderung muß sich auf eine bestimmte hochverrätherische Handlung beziehen.

3. Ist die Aufforderung von Erfolg gewesen, so kommen die allgemeinen Regeln über Anstiftung zur Anwendung: Berner 363, Binding Lehrb. II 855, Meriel 378, Rüdorff-Stenglein N. 2: a. M. v. Liszt 538 N. 11.

4. Das Minimum der Festungshaft ist hier gleich dem der Zuchthausstrafe, also, wie sich auch aus Abs. 2 ergibt, Ein Jahr: Binding Lehrb. II 857, Geyer II 129, Hälschner II 752, v. Liszt 538, Lisshausen N. 5a, Oppenhoff-Delius N. 24, Schütze 239. Wegen des Zuchthaus vgl. § 20.

5. Wegen der Einziehung und Unbrauchbarmachung der Schriften usw. vgl. §§ 40—42, wegen der vorläufigen Beschlagnahme Preßgesetz v. 7. Mai 1874 §§ 23 ff.

6. Die Verjährung der Strafverfolgung erfolgt nach § 67 in zehn Jahren, bei Begehung durch Verbreitung von Druckschriften nach Preßgesetz § 22 in sechs Monaten.

§ 86.

Jede andere, ein hochverrätherisches Unternehmen vorbereitende Handlung wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu drei Jahren ein.

1. Der von Lisshausen sowohl in dem Kommentar als auch in der Textausgabe beibehaltene Druckfehler des Textes von 1871 „hochverrätherisches“ findet sich in dem Text von 1876 nicht mehr.

2. Vgl. § 83 N. 1 und dafür, daß unter dem hochverrätherischen Unternehmen die Delikte der beiden §§ 80, 81 umfaßt sind, § 82 N. 5. Will man den § 80 nicht hereinziehen, so ist jede nicht unter die §§ 82—85 fallende Vorbereitung des schwersten hochverrätherischen Delikts, nämlich eben die des § 80, straflos.

3. Wie bei dem Versuch, ist auch hier eine Vorbereitung durch absolut untaugliche Mittel zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ungenügend. Im übrigen genügt jede, auch die entfernteste Vorbereitungshandlung, also die Vorbereitung zur Vorbereitung, z. B. das Herstellen von Plakaten, durch deren Verbreitung das Delikt des § 85 begangen werden soll, das Sammeln von Beiträgen zur Ermöglichung des Deliktes des § 81 Nr. 3: Frank N. II, Lisshausen N. 2,

Rüdorff-Stenglein N. 2—4; RG. 21./10. 81 G. 5 60, 18./6. 87 G. 16 165. Bindig, der das „auswärtig“ des § 84 mit „ausländisch“ gleichsetzt, rechnet hierher auch das Einlassen mit einer inländischen Regierung: Lehrb. II 453; mit der Begründung seiner Ansicht ist dies Zugeständnis allerdings schwer vereinbar.

4. Trifft der Tatbestand des § 86 mit einer der in §§ 83—85 bedrohten Vorbereitungshandlungen zusammen, so liegt ein Fall der Gesetzeskonkurrenz vor und das leichtere Delikt geht in das schwerere auf: RG. 27./2. 08 G. 41 138. Olshausen sieht gewohnte Weise auch hierin einen Fall der Idealkonkurrenz.

5. Das Minimum der Festungshaft in Abs. 1 ist wie in § 85 ein Jahr. Wegen des Zuchthaus vgl. § 20.

§ 87.

Ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einläßt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. Die §§ 87—92 behandeln den Landesverrat und zwar nach der nicht ganz zutreffenden, aber einmal eingebürgerten Bezeichnung die §§ 87—91 den militärischen, § 92 den diplomatischen Landesverrat; auf beide bezieht sich § 93. Der militärische Landesverrat setzt einen gegen das Deutsche Reich gerichteten Krieg voraus, kann daher auch nur gegen das Reich begangen werden; die einzelnen Bundesstaaten haben das *jus belli et pacis* nicht mehr: Bindig Lehrb. II 466, Hälschner II 754, v. Liszt 539 N. 2, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius § 88 N. 2; unklar Schütze 242 N. 37. Täter ist bei dem militärischen des § 88 ein Deutscher, d. h. jeder, welcher die Reichsangehörigkeit, sei es mit, sei es ohne die Angehörigkeit zu einem Bundesstaate oder zu Elsaß-Lothringen, besitzt; bei dem diplomatischen ein Deutscher oder Nichtdeutscher, letzterer jedoch nur, wenn das Delikt im Inlande begangen wird (§ 4 Nr. 2); bei den militärischen der §§ 87, 89, 90 ein Deutscher und nach Maßgabe des § 91 ein Ausländer.

2. Zu dem „sich einlassen“ vgl. § 84 N. 3. Ausländische Regierung ist, da nach § 8 Ausland jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet ist, die Regierung eines nichtdeutschen Staates: Bindig Lehrb. II 466, v. Liszt 540, Meyer-Alsfeld 541, Olshausen N. 4 Abs. 1. Das Sicheinlassen muß als das Mittel dienen, die ausländische Regierung zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, also eine intellektuelle Einwirkung, um sie, nach den Worten Bindings Lehrb. II 466, zu dem Eintritt in den Kriegszustand zu bestimmen, einerlei ob sie den Krieg förmlich erklären oder tatsächlich beginnen oder das Reich zu seiner Erklärung oder seinem Beginn provozieren soll. Dieser Vorsatz, den Krieg herbeizuführen, ist wie erforderlich so auch genügend, indem die Motive nur für die Strafzumessung erheblich sind: Bindig 467, John H. N. III 50, Olshausen N. 4 Abs. 2, Schütze 241. Wie es Bindig näher ausführt: „Jener Vorsatz wird durch den Mangel „aller Verratsabsicht nicht ausgeschlossen. Ein Norddeutscher, der 1867 zur Zeit des Luxemburger „Handels Napoleon III. zum Kriege gegen den Norddeutschen Bund gereizt hätte, weil er den „Krieg für unvermeidlich hielt und überzeugt war, der französische Kaiser würde jämmerlich „geschlagen werden, würde dem § 87 verfallen sein, er wäre denn agent provocateur der deutschen „Regierung gewesen. Denn deren Zustimmung zu solchem Einlassen würde diesem die Rechts- „widrigkeit nehmen. Das Einlassen muß unbefugt sein.“

3. Wenn der Ausbruch des Krieges als Strafschärfungsgrund erscheint, so erhebt sich die Frage, ob zwischen der einlassenden Tätigkeit und dem Ausbruch Kaufalzusammenhang bestehen muß. John H. N. III 50, Schütze 242 N. 36 und v. Schwarze N. 3 bejahen die Frage, Geyer II 129, v. Liszt 540 N. 3, Merkel 379, Meyer-Alsfeld 541, Olshausen N. 5 und Oppenhoff-Delius N. 6 verneinen sie. Hälschner II 756 behauptet, daß das Gesetz keinen Kaufalzusammenhang verlange, verlangt aber gleichwohl die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit einer Mitwirkung, weil nicht einzusehen sei, wie der vom Täter nicht verschuldete Erfolg straf erhöhend wirken könne. Nach Bindig Lehrb. II 467 setzt die Strafschärfung nur voraus, daß der Ausbruch des Krieges der Einlassung

zeitlich derart nachfolgt, daß ein Zusammenhang zwischen beiden noch möglich erscheint; dann werde Zusammenhang vermutet, aber unter Ausschluß des Gegenbeweises. Nach Rüdorff-Stenglein N. 3 braucht der Ausbruch des Krieges nicht nachweislich die Folge der Handlung zu sein, um die strengere Strafe zu begründen. Olshausen a. a. O. verlangt trotz seiner Verneinung unter Zustimmung von Frank, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein einen zeitlichen Zusammenhang, dessen Länge Sache der konkreten Beurteilung sei. Denn unmöglich sei ein nach vorangegangenen Sichereinflüssen später bis zur Aburteilung ausgebrochener Krieg unter allen Umständen als straf erhöhender Umstand anzusehen; innerhalb der langen Verjährungsfrist für die Strafverfolgung könne denkbarerweise ein Krieg so spät nach Verübung des Landesverrats ausgebrochen sein, daß zwischen beiden auch ein zeitlicher Zusammenhang nicht bestehe.

Unverkennbar stehen alle Autoren, welche die Frage verneinen, unter dem unbehaglichen Gefühl, daß nach ihrer Ansicht der Täter möglicherweise schärfer bestraft wird, ohne daß der Krieg durch ihn veranlaßt ist. Dies gilt auch von Olshausen, denn das Gesetz selbst verlangt den zeitlichen Zusammenhang nicht, und wenn er ihn gleichwohl verlangt, so hat er dafür keinen anderen Grund als den, weil „denkbarerweise zwischen beiden auch ein zeitlicher Zusammenhang nicht besteht“. Aber weshalb muß ein zeitlicher Zusammenhang bestehen? Die Antwort auf diese Frage kann nur die sein, weil andernfalls auch kein Kausalzusammenhang angenommen werden kann. Wenn Olshausen darauf beharrt, daß das Gesetz keinen Kausalzusammenhang verlange und daher der Ausbruch des Krieges lediglich objektive Voraussetzung der erhöhten Strafbarkeit sei, so möchte ihm immer entgegengehalten werden, daß § 87 ausdrücklich auch keinen zeitlichen Zusammenhang, daß er überhaupt gar keinen Zusammenhang verlange. Und gleichwohl verlangt er ihn in unverkennbarer Weise, denn er sagt nicht: „wenn ein Krieg ausgebrochen ist“, sondern: „wenn der Krieg ausgebrochen ist“, also eben derjenige Krieg, zu dessen Herbeiführung der Täter sich mit der ausländischen Regierung eingelassen hat. Hiermit ist auch Frank N. II Abs. 3 einverstanden, der jedoch wiederum nur eine allerdings widerlegbare Vermutung für den Kausalzusammenhang annimmt. Somit muß wie überall im Strafrecht Kausalzusammenhang nachweisbar vorhanden sein. Daß dieser Nachweis ein schwieriger sein kann, ist richtig, aber er ist regelmäßig nicht schwerer zu führen als die von Frank zugestandene Widerlegung der Vermutung. Es liegt eben ein sog. Erfolgsdelikt vor, was auch Frank in N. III durch den Hinweis auf seinen § 43 N. VI 3 zugesteht.

4. Ein Versuch ist möglich, so, nach dem üblichen Beispiel, wenn die ausländische Regierung auf das Auerbieten nicht eingeht, den Krieg überhaupt nicht oder aus einem anderen Anlaß beginnt. Wegen des Versuchs des qualifizierten Delikts vgl. oben § 43 N. 5e: Bindung 467 N. 4 hält ihn hier für ausgeschlossen.

5. Erfolgt die landesverräterische Handlung zum Zwecke der Vorbereitung oder Durchführung eines hochverräterischen Unternehmens, so liegt Idealkonkurrenz mit Hochverrat vor: Bindung Lehrb. II 466, Frank N. IV, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 3; RW. 18./6. 87 C. 16 165.

6. Wegen der Nebenstrafe des Abs. 3 vgl. § 81 N. 6.

§ 88.

Ein Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wird wegen Landesverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Ein Deutscher, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, wird, wenn er nach Ausbruch des Krieges in der feindlichen Kriegsmacht verbleibt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wegen Landesverrats mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. Die beiden in § 88 zusammengefaßten Delikte, welche nur von einem Deutschen begangen werden können (§ 91) und einen gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieg voraussetzen, unterscheiden sich durch die Stellung des Täters. Dieser hat entweder nicht schon im Dienste der feindlichen Kriegsmacht gestanden und nimmt erst jetzt Dienste in ihr oder trägt, ohne Dienste zu nehmen, die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen. Oder er steht schon beim Ausbruch des Krieges im Dienste der feindlichen Kriegsmacht und scheidet nicht aus oder scheidet zwar aus, aber trägt gleichwohl gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen die Waffen. Die feindliche Kriegsmacht ist Heer oder Marine, der Dienst in ihr der eines Kom-battanten oder Nichtkombattanten, auf dem Kriegsschauplatz oder außerhalb desselben: Binding Lehrb. II 470, 471, Frank N. I, Geher II 129, Gälchner II 757, Ushausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 1. Wer zur Kriegsmacht gehört, beurteilt sich nicht nach den militärischen Einrichtungen des Feindes, sondern nach denen des Deutschen Reichs: Oppenhoff-Delius N. 1. Die Waffen trägt, wer, ohne formell im Dienste der feindlichen Kriegsmacht zu stehen, auf dem Kriegsschauplatz als Bewaffneter, z. B. als Freischärler, franctirour, tätig wird: Frank N. I, Ushausen N. 3b. Binding a. a. D. meint, daß schon das Erscheinen auf dem Kriegsschauplatz in der Absicht, auf demselben bewaffnet tätig zu werden, genügt, aber durch solche Absicht wird das bloße Erscheinen noch nicht zu einer Tätigkeit, sondern bleibt immer nur Vorbereitung zu derselben.

2. Es ist klar und braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, daß bei beiden Delikten, insbesondere bei dem zweiten, aus allgemeinen Gründen, zumal nach § 52, Strafslosigkeit eintreten kann. Man muß aber einen Schritt weitergehen. Nach dem geltenden Indigenatsrecht ist es möglich, daß eine und dieselbe Person zugleich Deutscher und Angehöriger eines nichtdeutschen Staates ist. Ist er durch die Angehörigkeit zu einem nichtdeutschen Staate verpflichtet, sich an einem Kriege dieses Staates zu beteiligen, ohne daß er die Möglichkeit hat, die Angehörigkeit sofort aufzuheben, so muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber Deutschlands, indem er ihm den Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit unter Verbeibehaltung der inländischen freiläßt, ihn zugleich von der Beobachtung derjenigen Pflichten gegen das Inland entbindet, die mit den Pflichten gegen das Ausland unvereinbar sind. Das Gegenteil wäre eine höchst unbillige Brutalität, welche nicht vermutet werden darf. Allerdings steht diese Ansicht ganz vereinzelt.

3. Bei allen landesverrätherischen Delikten und so auch bei denen des § 88 ist der Versuch wie oben so strafbar.

4. Wegen des Zuchthaus vgl. § 20 und wegen der Nebenstrafe des Abs. 4 § 81 N. 6.

5. Vgl. GG. § 4. Das Waffentragen wird stets auf dem Kriegsschauplatz begangen.

§ 89.

Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachteil zufügt, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. Die beiden §§ 89, 90 sind im I. Entwurf zusammengefaßt gewesen und demnächst nur aus redaktionellen Gründen geschieden, ohne ihren Zusammenhang — § 90 ist nur eine Qualifizierung des § 89 — aufheben zu wollen. Täter kann sein ein Deutscher und während seines Aufenthaltes innerhalb des Bundesgebietes nach § 91 ein Ausländer. Wird, obgleich der Landesverrat allgemein nur vorsätzlich begangen werden kann, hier ausdrücklich Vorsatz verlangt, so hat dies die strafprozessuale Bedeutung, daß der Dolus ausdrücklich festzustellen ist, auch wenn sich der Täter gar nicht auf Fahrlässigkeit berufen hat. Der Vorsatz besteht in dem Willen der konkreten Tat mit dem Bewußtsein, daß durch sie der Feind begünstigt, das Reich oder sein Bundesgenosse ge-

schädigt wird. Ein sog. animus hostilis ist nicht erforderlich, auf den Endzweck kommt es überhaupt nicht an: Frank N. II, § 90 N. I, Geyer II 129, Hälschner II 758, v. Liszt 541, Olshausen N. 2, § 90 N. 2 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 2. Voraussetzung ist ein gegen das Deutsche Reich ausgebrochener Krieg.

2. Das Delikt des § 89 wird dadurch begangen, daß der Täter durch irgendeine, nicht in § 90 speziell bedrohte Handlung entweder der feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachteil zufügt. Beide Alternativen verschmelzen sich sachlich, indem jede Begünstigung der einen zugleich eine Benachteiligung der anderen Seite ist und umgekehrt. Die feindliche Macht ist aber nicht identisch mit der Kriegsmacht des Feindes, sondern bedeutet allgemein die Machtmittel des Feindes, so daß dahin auch die Stärkung seiner finanziellen Mittel gehört, z. B. durch Unterstützung einer Anleihe: Binding Lehrb. II 469, Geyer II 129, Hälschner II 758, v. Liszt 541, Merkel 380, Meyer-Walfeld 541, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 4, Schütze 242, N. 39.

3. Das Delikt ist vollendet mit eingetretenem Vorteil bzw. Nachteil, somit bis zu dem Eintritt dieses Erfolges der Versuch strafbar: Binding Lehrb. II 470, Frank N. III, Hälschner II 758, John H. S. III 52, v. Liszt 541, Olshausen N. 3, Schütze 242 N. 39.

4. Wegen des Zuchthaus vgl. § 20, wegen des Minimums der Festungshaft in Abf. 1 Satz 1 § 85 N. 4, wegen der Nebenstrafe des Abf. 2 § 81 N. 6.

§ 90.

Lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt im Falle des § 89 ein, wenn der Täter

- 1) Festungen, Pässe, besetzte Plätze oder andere Verteidigungsposten, imgleichen Teile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht in feindliche Gewalt bringt;
- 2) Festungswerke, Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine, öffentliche Gelder, Vorräte von Waffen, Schießbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen, sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel in feindliche Gewalt bringt oder zum Vorteile des Feindes zerstört oder unbrauchbar macht;
- 3) dem Feinde Mannschaften zuführt oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht verleitet, zum Feinde überzugehen;
- 4) Operationspläne oder Pläne von Festungen oder festen Stellungen dem Feinde mitteilt;
- 5) dem Feinde als Spion dient oder feindliche Spione aufnimmt, verbirgt oder ihnen Beistand leistet, oder
- 6) einen Aufstand unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht erregt.

In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

1. Wie zu § 89 N. 1 ausgeführt ist, enthält § 90 nur qualifizierte Fälle des § 89. Es ist also kein Landesverrat, wenn die konkrete Handlung, z. B. die Sprengung einer Brücke, die Zerstörung einer Eisenbahn begangen wird, um den Feind zu schädigen (Nr. 2). Wenn Frank N. I

meint, zum Dolus gehöre nicht die Absicht der Förderung bzw. Schädigung, ja in den Fällen der Nr. 4 und 6 brauche eine Förderung bzw. Schädigung nicht einmal objektiv eingetreten zu sein, so ist dies, wofen nicht eine Verwechslung mit dem Endzweck vorliegt, eine unzulässige Dilemmation des Begriffes des Vorsatzes. Wenn der Täter weiß, daß er Deutscher ist, und daß das Reich sich mit diesem bestimmten Staat im Krieg befindet, so kann er sich gar nicht darüber täuschen, daß er den Feind fördert bzw. sein Vaterland schädigt; begehrt er gleichwohl die Handlung, so will er eben die Förderung bzw. Schädigung, wenn es ihm auch vielleicht angenehmer wäre, seinen Endzweck ohne sie zu erreichen, daß aber durch die unter Nr. 4, 6 genannten Handlungen stets der Feind gefördert, Deutschland geschädigt wird, kann füglich gar nicht bestritten werden.

2. Nr. 1. Zu den Festungen gehören auch die von den diesseitigen Truppen besetzten feindlichen. Pässe sind Wegeengen in sonst ungangbarem Gelände. Verteidigungsposten sind zur Abwehr des Feindes besetzte Geländepunkte, besetzte Läger, Feldpositionen u. ä. Da von den Kriegsbedürfnissen in Nr. 2 gehandelt wird, sind „Teile“ und „Angehörige“ identisch, nämlich zur Kriegsmacht gehörende Personen. Will man gleichwohl unterscheiden, so wären „Teile“ die Kombattanten, „Angehörige“ die Nichtkombattanten.

3. Nr. 2. Festungswerke sind Teile von Festungen, z. B. Forts. „Schiffe“ sind die an sich zur Kriegsmarine gehörenden, Fahrzeuge die für die Dauer des Krieges in den Dienst gestellten Kauffahrteischiffe: Windnig Lehrb. II 443, Olshausen N. 3a. Vorrat ist eine erhebliche Menge, welche zur Verforgung für den Bedürfnisfall zusammengebracht ist. „Und“ Transportmittel würde richtiger heißen: „oder“ Transportmittel: Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3. Zu „Eisenbahnen“ vgl. die Ausführungen zu § 315; der Begriff umfaßt außer den Bahnanlagen und den hier besonders genannten Transportmitteln alle übrigen zum Betriebe erforderlichen Geräte: Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3. Es ist nicht anzunehmen, daß der Begriff Eisenbahn in Abweichung von § 315 auch den Betrieb durch lebende Kraft, also Pferdebahnen umfaßt: v. Liszt 541 N. 6, 432, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Binding und Olshausen a. a. D. Nur diejenigen Brücken usw. kommen in Betracht, welche, was im konkreten Fall zu bestimmen ist, für die diesseitige oder die feindliche Kriegsmacht von militärischem Interesse sind: Binding und Olshausen a. a. D.

4. Nr. 3. Mannschaften sind eine Mehrheit von Militär- oder Zivilpersonen, welche entweder schon diszipliniert und bewaffnet sind oder es werden sollen; auch Mannschaften des Feindes gehören hierher. Angehörige ist der weitere Begriff, umfaßt den Einzelnen und die Mehreren, die Kombattanten und die Nichtkombattanten.

Der Tatbestand liegt auch dann vor, wenn die Angehörigen nicht lediglich verletet, sondern zugeführt werden. Hieraus ergibt sich, daß die Verleitung eine erfolgreiche gewesen sein muß, widrigenfalls nur Versuch vorliegt: Binding 473, Frank N. I, Olshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 10./11. 81 C. 5 125.

5. Nr. 4. Operationspläne sind alle allgemeinen oder speziellen Anordnungen für die Leitung der Kriegsmacht.

6. Nr. 5. Nach Art. 29 der durch das Haager Abkommen, betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges, vom 29. Juli 1899 angenommenen Bestimmungen über die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges (RGBl. 1901 S. 423, 436) ist Spion: „wer heimlich oder unter falschem Vorwand in dem Operationsgebiet einer Kriegspartei nachzuspioniert einzieht oder einzuziehen sucht, in der Absicht, sie der Gegenpartei mitzuteilen.“ Nach einem Rundschreiben des Preussischen General-Auditorats v. 25. Juli 1870 ist als Spion zu erachten, wer zur Begünstigung des Feindes heimlich (bei einer Militärperson unter Verbergung dieser Eigenschaft) militärisch wichtige Umstände zu erspähen sucht, z. B. den Zustand des Heeres, des Lagers, der Befestigungen, der Magazine, ferner die Stärke, die Stellungen, Bewegungen der Kriegsmacht oder den Angriff oder die Verteidigung betreffende Umstände. Der Spion bildet also den Gegensatz zu dem, die Abzeichen des Kombattanten tragenden, nach Völkerrecht zu behandelnden Rundschaffter: v. Liszt 541 N. 7. Das entscheidende Moment besteht in der Heimlichkeit oder Täuschung. Jede dem Spion geleistete Beihilfe und Begünstigung wird wie die Spionage selbst bestraft; daher finden die §§ 49, 257 auf die Gehilfen und Begünstiger der Spione keine Anwendung: Binding Lehrb. II 474, v. Liszt a. a. D., Olshausen N. IIIc, Oppenhoff-DeLius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 243.

7. Abs. 2. Im Gegensatz zu den auch die subjektiven Momente umfassenden mildernden Umständen sind die minder schweren Fälle die objektiv leichteren; vgl. § 94 N. 5 Die Bestimmung ist fakultativ und nicht, wie Binding Lehrb. II 472 annimmt, das „kann“ als „soll“, also imperativ zu verstehen.

8. Wegen der Nebenstrafe des Abs. 4 vgl. § 81 N. 6.

9. Vgl. CG. § 4 und wegen des Kriegsverrats MitStGB. §§ 57 bis 59, 160.

§ 91.

Wegen Ausländer ist wegen der in den §§ 87, 89, 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren.

Begehen sie aber solche Handlungen, während sie unter dem Schutze des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten, so kommen die in den §§ 87, 89, 90 bestimmten Strafen zur Anwendung.

1. Der Deutsche ist wegen der in den §§ 87—90 bezeichneten Handlungen immer strafbar, einerlei ob er sich bei der Begehung im Inlande oder Auslande aufhält, § 4 Nr. 2. Der Ausländer ist nach § 88 niemals, weder als Täter noch als Teilnehmer, nach den §§ 87, 89, 90 unter Beobachtung des § 91 strafbar.

2. Der Ausländer wird mit den in den §§ 87, 89, 90 bestimmten Strafen bestraft, wenn er die Handlung begeht, während er sich unter dem Schutze des Deutschen Reichs innerhalb des Bundesgebietes aufhält.

Nicht hierher gehören die völkerrechtlich gedeckten Personen. Insbesondere gehören nicht hierher die Mitglieder der feindlichen Kriegsmacht, diese im weitesten Umfang genommen, also einschließlich der an das reguläre Heer angegeschlossenen, nach den Grundätzen des Völkerrechts kämpfenden Freikorps und der kontraktlich zu Dienstleistungen verpflichteten Personen, wie Fuhrleute, Lieferanten u. ä. Zwar stehen auch sie, wenn sie sich auf deutschem Boden befinden, nicht außerhalb des Schutzes der deutschen Gesetze, das Nichtmitglied, welches an einem Mitgliede z. B. einen Diebstahl verübt, wird nach deutschem Strafrecht bestraft, aber eines Landesverrats können sie sich nicht schuldig machen, da es ja ihre Pflicht ist, Deutschland und seine Bundesgenossen nach Kräften zu schützen: Binding Lehrb. II 462.

Alle anderen Ausländer gehören dagegen hierher, auch die Kriegsgefangenen. Vorausgesetzt, daß sie sich innerhalb des Bundesgebietes, d. h. innerhalb des Territoriums eines der Bundesstaaten oder von Elsaß-Lothringen befinden, vgl. oben § 81 Nr. 3. Und weiter vorausgesetzt, daß sie sich unter dem Schutze des Deutschen Reichs befinden, d. h. außerhalb des von der feindlichen Kriegsmacht okkupierten deutschen Gebietes. Sie sind durch den bloßen Aufenthalt, er möge ein besugter oder — z. B. ein ausgewiesener Ausländer kehrt ohne Erlaubnis zurück — ein unbefugter sein, des Schutzes des deutschen Reichs teilhaftig, ohne daß es, wie John S. S. III 49 meint, ihrer Duldung nach Kenntnisnahme ihres Aufenthalts durch die zuständigen Behörden bedarf; so die gemeine Meinung, vgl. Dshausen N. 1.

3. Befindet sich der Ausländer im Auslande oder zwar im Bundesgebiet, aber nicht unter dem Schutze des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaats, so ist nach Abs. 1 gegen ihn „nach dem Kriegsgebrauch zu verfahren“. Es steht fest, daß der Kriegsgebrauch nur während des Krieges existiert, was ist aber Kriegsgebrauch? Nach dem Kriegsgebrauch werden erschossen der Spion, und zwar auch der zur feindlichen Kriegsmacht gehörige (MilStGB. § 58 Nr. 1), der auf Ehrenwort freigelassene wortbrüchige Kriegsgefangene (MilStGB. § 159), der nicht zur feindlichen Kriegsmacht Gehörige und sich gleichwohl am Kampfe beteiligende. Was sonst Kriegsgebrauch ist, ist nicht zu ermitteln, man findet es nirgends angegeben, vielleicht existiert in den hier fraglichen Beziehungen kein weiterer Kriegsgebrauch. Zudem gilt der Kriegsgebrauch, wie Hälshner II 754 zutreffend bemerkt und auch Frank Nr. 3 zugibt, nur auf dem Kriegsschauplatz, also nur auf dem Flächenraum, auf welchem kriegerische Operationen stattfinden. Hiernach ist es klar, daß man mit Abs. 1 nicht weiterkommt. Somit gelangen die Bestimmungen des MilStGB. zur Anwendung, durch welche der Abs. 1 für megfällig geworden zu erachten ist: Binding Lehrb. II 464, Frank Nr. 3, v. Liszt 539 Nr. 3 („nach den Kriegsgesetzen“), Meyer-Wilfeld 542.

Das MilStGB. bedroht in §§ 57—59 den Landesverrat als „Kriegsverrat“, wenn die Handlung „im Felde“ begangen wird, welcher Begriff in § 9 näher bestimmt wird und insbesondere die Dauer des mobilen Zustandes umfaßt. Die in dem MilStGB. für strafbare Handlungen im Felde gegebenen Vorschriften heißen nach § 9 Kriegsgeetze. Nach § 160 wird der Ausländer, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatz sich einer der in den §§ 57—59 vorgesehenen Handlungen schuldig macht, nach den in diesen Paragraphen gegebenen kriegsrechtlichen Bestimmungen bestraft.

U. M. ist Dshausen N. 2, ohne anzugeben, was man unter Kriegsgebrauch zu verstehen hat. Da aber für den Begriff des Kriegsgebrauchs der deutsche Gebrauch entscheidet und dieser durch die zitierten Bestimmungen des MilStGB. festgestellt ist, wird Dshausen seinen Widerspruch nicht durchführen können. Nach v. Liszt a. a. O. ist, wenn die Kriegsgeetze keine Bestimmungen enthalten,

nach Völkerrecht zu verfahren. Sie enthalten aber ausführliche und zureichende Bestimmungen, welche durch etwaige völkerrechtliche Bestimmungen nicht außer Kraft gesetzt werden können, wofür diese nicht zu deutschen Rechtsfägen erhoben sind. Die völkerrechtlich gedeckten Personen scheiden natürlich aus.

§ 92.

Wer vorsätzlich

- 1) Staatsgeheimnisse oder Festungspläne, oder solche Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten, von denen er weiß, daß ihre Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist, dieser Regierung mitteilt oder öffentlich bekannt macht;
- 2) zur Gefährdung der Rechte des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats im Verhältnis zu einer anderen Regierung die über solche Rechte sprechenden Urkunden oder Beweismittel vernichtet, verfälscht oder unterdrückt, oder
- 3) ein ihm von Seiten des Deutschen Reichs oder von einem Bundesstaate aufgetragenes Staatsgeschäft mit einer andern Regierung zum Nachteil desselben führt, der ihm den Auftrag erteilt hat,

wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter sechs Monaten ein.

1. Subjekt des sog. diplomatischen Landesberrats kann sein der Deutsche und der Ausländer, jedoch findet gegen den Ausländer nach § 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 eine Verfolgung nur statt, wenn er den Landesberrat im Inlande begangen hat. So die gemeine Meinung; nur John H. S. III 53 (vgl. aber 48 N. 2) meint, daß die Nr. 1, 2 nur von einem Deutschen begangen werden können. Besteht die Handlung aus einer länger andauernden, nicht auf einen bestimmten Ort beschränkten Tätigkeit, so ist sie im Inlande begangen, sobald ein Teil der Tätigkeit im Inlande in die äußere Erscheinung getreten ist: RG. 11./2. 86 C. 13 337.

Das Delikt kann sich, wie der Wortlaut unzweideutig ergibt, nicht nur gegen das Reich, sondern auch gegen jeden einzelnen Bundesstaat richten. Somit kann die „andere Regierung“, zu deren Vorteil es begangen wird, sowohl eine ausländische als auch eine inländische und im letzteren Fall sowohl die des Reichs als auch die eines einzelnen Bundesstaates sein: Binding II 474, Hälschner II 761, Merkel 380, Oshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 245 N. 47.

Bezüglich des Vorjages vgl. oben § 89 N. 1. Auch hier kommt es auf den Endzweck nicht an, aber der Täter muß wissen, daß durch seine Handlung das Reich oder der Bundesstaat geschädigt wird. Im Fall der Nr. 1 muß die daselbst näher bezeichnete Kenntnis vorhanden sein. Vgl. Binding Lehrb. II 474, 479, Oshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 19./5. 84 C. 10 420.

2. Nr. 1. Die Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten müssen der anderen Regierung unbekannt sein. Ob sie sonst bekannt sind, ist gleichgültig, aber die Tatsache und der Grad des Bekanntheits sind von Bedeutung für die Frage, ob die Mitteilung an die andere Regierung geeignet ist, das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats zu gefährden, und für das Bewußtsein des Täters, daß dies der Fall sei. Vgl. Oshausen N. 4a und RG. 19./5. 84 C. 10 420. Binding Lehrb. II 477 N. 2 bestreitet die Geheimhaltungspflicht bezüglich einer im Inlande notorischen Tatsache mit Recht insofern, als, was alle wissen oder zu jeder Zeit erfahren können, kein Geheimnis ist, aber zu weitgehend, weil es sich um die Geheimhaltung gegenüber einer noch nicht wissenden anderen Regierung handelt, z. B. der Beginn einer Mobilmachung bei gleichzeitiger Sperrung der Grenze.

Soweit es sich nicht um nichtmilitärische Geheimnisse und nicht um einen Landesberrat gegen einen Bundesstaat handelt, ist die Anwendung der Nr. 1 durch das Gesetz gegen den Berrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juli 1893 (RGBl. 205) als das spezielle Gesetz ausgeschlossen: Frank N. II 2, Oshausen N. 4a Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 2a; RG. 16./12. 93 C. 25 45; die „Festungspläne“ sind also — es gibt nur Reichsfestungen — zu streichen. Nur eine Erweiterung der Nr. 1 nehmen an Binding Lehrb. II 481 ff., v. Liszt 544 N. 3, Meyer-Alfeld 567, N. 3.

3. Nr. 1, 2 sind unter Urkunden, wie die Zusammenstellung mit Aktstücken und Beweismitteln ergibt, alle Schriftstücke zu verstehen, welchen die Kunde von Tatsachen zu entnehmen ist: Hälschner II 522, Oppenhoff-Deilus N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 8./11. 80 C. 2 425. Dagegen nehmen Urkunden im Sinne von § 267, also als Gegenstände, welche als Beweismittel für rechtserhebliche Tatsachen bestimmt sind, Binding Lehrb. II 175 N. 4, 475 (in Nr. 2 sei zwischen „oder“ und „Beweismittel“ das Wort „andere“ ausgelassen), Merkel S. S. IV 444 N. 5, Dischhausen N. 4b an. Es lassen sich aber Schriftstücke denken, deren Geheimhaltung für das Wohl erforderlich ist und die gleichwohl nicht als Beweismittel für rechtserhebliche Tatsachen bestimmt sind. 3. B. ein Monarch gibt einem Prätendenten in einem Privat Schreiben das Ehrenwort, ein bestimmtes Land nicht annectieren zu wollen, und annectiert es gleichwohl; ist das ehrenwörtliche Versprechen eine rechtserhebliche Tatsache, das Schreiben zur Beweismittel dieser Tatsache bestimmt? Zu unterscheiden ist aber sorgfältig, ob die Mitteilung, die Bekanntmachung wirklich gefährdet, oder ob sie nur unerwünscht, indiscret ist, vielleicht nur kompromittiert.

4. Nr. 2. Wegen des Vernichtens, Verfälschens, Unterdrückens vgl. die Ausführungen zu §§ 125, 267, 169. Die vom Gesetzgeber anscheinend vergessene Anfertigung falscher Urkunden — die „fälschliche Anfertigung“ des § 267 — ist straflos: Binding Lehrb. II 475.

5. Die Handlung muß nach Nr. 2, 3 gefährden, benachteiligen. Dies muß dem Täter bewußt sein. Die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke „zur Gefährdung“, „zum Nachteil“ werden von Frank II 2, 3, Dischhausen N. 4c, Oppenhoff-Deilus N. 8, Schütze 245 N. 48 mit Recht nicht auf die Absicht, also subjektiv, sondern auf die Wirkung des vorräthlichen, mithin auch bewußten Handelns, also objektiv bezogen, was bedeutsam ist, weil bei nicht eingetretener Wirkung der Versuchsbegriff anwendbar wird. A. M. Hälschner II 761, John S. S. III 54, Rüdorff-Stenglein N. 6.

§ 93.

Wenn in den Fällen der §§ 80, 81, 83, 84, 87 bis 92 die Untersuchung eröffnet wird, so kann bis zu deren rechtskräftigen Beendigung das Vermögen, welches der Angeeschuldigte besitzt, oder welches ihm später anfällt, mit Beschlagnahme belegt werden.

Die Beschlagnahme, ein prozessualer Akt, ist keine Konfiskation, sondern nur eine Sicherungsmaßregel, um den Angeeschuldigten einstweilen unschädlich zu machen. Sie ist nur fakultativ angeordnet, vollzieht sich in den geltenden prozessualen Formen und setzt die Eröffnung einer förmlichen Voruntersuchung voraus. Spätestens nach rechtskräftiger Beendigung der Untersuchung ist sie aufzuheben. Da sie somit nicht die Bestimmung hat, für den Fall der Verurteilung die Strafvollstreckung zu sichern, kann sie mit Berner 371 N. 1, Hälschner II 762, John S. S. III 56 für regelmäßig entbehrlich und zwecklos erachtet werden, wofür man sie nicht als ein ebenfalls regelmäßig verjagendes Mittel auffassen will, den Täter zur Gestellung vor dem Richter zu nötigen.

Zweiter Abschnitt.

Beleidigung des Landesherrn.

1. Die Überschriften des zweiten und dritten Abschnitts sind unzutreffend, weil die Strafindrohungen nicht bloß Beleidigungen, sondern auch Tathandlungen betreffen und nicht bloß die Landesherren, sondern auch der Kaiser, welcher in Elsaß-Lothringen nicht Landesherr ist: RG. 17./4. 84 C. 10 312, die Mitglieder der bundesfürstlichen Familien und die Regenten den höheren strafrechtlichen Schutz genießen.

2. Gemeinsam ist den Bestimmungen der beiden Abschnitte, daß der Ausländer nur wegen der im Inlande begangenen Delikte bestraft wird, daß Vorjah erforderlich ist, der Grundlag der Alternativität Platz greift und die Landesgesetzgebung bezüglich dieser gesamten Materie ausgeschlossen ist (vgl. Abschn. I N. 1).

§ 94.

Wer einer Tathandlung gegen den Kaiser, gegen seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Tathandlung gegen den Landesherrn dieses Staats sich schuldig macht, wird mit lebenslänglichem Zucht-

haus oder lebenslänglicher Festungshaft, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

1. Tätlichkeit ist jede vorsätzliche und rechtswidrige Einwirkung auf den Körper eines Anderen, also nicht bloß, wie aus der Überschrift dieses und des dritten Abschnitts gefolgert werden könnte, die Realinjurie, sondern allgemein jeder Angriff auf Leben, Leib, Freiheit und Ehre, sofern er in einer körperlichen Einwirkung auf den Angegriffenen besteht, so daß die Tätlichkeit nicht vollendet, sondern nur versucht ist, wenn der Angriff den Körper nicht erreicht: Berner 374, Binding Lehrb. I 171, Frank N. 1, Geyer II 130, Hälschner II 765, John S. S. III 60, v. Liszt 547, Merkel 382, Meyer-Walfeld 543, Olshausen N. 2, 3, 5, Oppenhoff-Deinius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 249. Auch Raub und Erpressung, tätlich verübt an der Person, gehören hierher. Drohung mit Tätlichkeit kann je nach Umständen bald Versuch der Tätlichkeit, bald vollendete Beleidigung (§§ 95, 97, 99, 101) enthalten: Schütze a. a. O. N. 11. Ob die Tätlichkeiten beleidigender oder nichtbeleidigender Natur sind, ist gleichgültig.

Eine Tätlichkeit, welche den Körper nicht berühren soll und tatsächlich auf den Körper nicht einwirkt, ist lediglich als Beleidigung, nicht aber, wie v. Schwarze N. 1 meint, nach § 94 strafbar. v. Liszt a. a. O. und 341 N. 2 hält die fehlgehende, also versuchte Tätigkeit für vollendete tätliche Beleidigung, wonach, da § 94 auch die Realinjurie umfaßt, der Versuch als Vollendung aufzufassen wäre.

2. Wie teils aus der allgemeinen Bestimmung des § 59, teils aus der Fassung des § 94 hervorgeht und allgemein anerkannt wird, ist in subjektiver Beziehung Vorsetz erforderlich, welcher Bewußtsein des kränkenden Charakters der Handlung und Kenntnis der Stellung der verletzten Person voraussetzt. Fehlt diese Kenntnis, so kommt es auf die konkreten Umstände an, ob überhaupt eine strafbare Handlung vorliegt und welche. Ist die Tätlichkeit eine fahrlässige, so ist eine Bestrafung nur nach §§ 230, 232 möglich. In diesem Falle und wenn wegen mangels der Kenntnis überhaupt die Bestimmungen des siebzehnten Abschnitts anzuwenden sind, kann nach § 231 auf eine Buße erkannt werden.

3. Der Verletzte ist der Kaiser, der eigene Landesherr des Täters und der Landesherr desjenigen Bundesstaats, in welchem der Täter sich bei Verübung der Tätlichkeit befindet. Vgl. hierzu oben § 80 N. 2.

4. Alle Angriffe auf das Leben, die persönliche Freiheit und die Regierungsfähigkeit fallen als Hochverrat unter die §§ 80, 81 Nr. 1, alle anderen Angriffe als Majestätsbeleidigung unter die §§ 94, 98; somit findet zwischen diesen beiden Gruppen keine Idealkonkurrenz statt: Berner 374, Binding Lehrb. II 172, Oppenhoff-Deinius N. 6, Schütze 249. Dagegen halten Frank N. III und Olshausen N. 6a, b nur die Idealkonkurrenz mit § 80 für ausgeschlossen.

Nun ist es bei allen in den §§ 94, 96, 98, 100 mit besonderer Strafe bedrohten Delikten möglich, daß die Tätigkeit durch ein gemeinsames Verbrechen verübt wird, welches außer dem Angriff auf die leibliche Persönlichkeit noch ein anderes verbrecherisches Moment enthält, z. B. durch Raub, oder zwar nur einen Angriff auf die leibliche Persönlichkeit, aber einen solchen, der schwerer wiegt als das politische Moment (Berner). In diesen Fällen nehmen Berner 376, Hälschner II 766, John S. S. III 61 N. 1a und Olshausen N. 6d Idealkonkurrenz an. Wenn man aber bedenkt, daß der Gesetzgeber den fürstlichen Personen offensichtlich einen erhöhten Schutz gewähren will, wird man mit Binding Lehrb. I 169, 172 und Meyer-Walfeld 545 annehmen müssen, daß stets nur das die schwerere Strafe androhende Gesetz in Betracht kommt, also niemals Idealkonkurrenz, sondern Gesetzeskonkurrenz nach Alternativität stattfindet. So ist, wenn z. B. ein Mord verübt ist, in allen Fällen der Tätlichkeit die in § 211 angedrohte Todesstrafe, wenn der Tatbestand des § 214 vorliegt, in den Fällen der §§ 96, 98, 100 nicht die dort in § 100 bis auf Einen Monat Festungshaft herabsinkende, sondern stets die in § 214 angedrohte Strafe auszusprechen. In dem zweiten, dritten und vierten Abschnitt waltet, wie Binding mit Recht bemerkt, nicht die Absicht, eigenartige Delikte aufzustellen, sondern die andere, bestimmte Delikte des StGB. mit bestimmter persönlicher Spitze besonderer, meist geschärfter Strafe zu unterwerfen. Es gibt keine Tätlichkeit gegen die fürstlichen Personen, welche sich nicht als ein vom StGB. in genauerer Definition unter Strafe gezogener Angriff auf die Person darstellte, keine Beleidigung derselben, welche nicht Beleidigung im Sinne der §§ 185—187 wäre. Es ist keineswegs die Absicht des Gesetzes, die öffentliche Verleumdung eines einfachen Tagelöhners mit Gefängnis bis fünf Jahren (§ 187),

die eines Regenten aber nur mit Gefängnis bis zu zwei Jahren zu bestrafen (§ 101). Noch deutlicher wird dies bei den Strafanordnungen der §§ 102, 103, 104, welche ohne die Heranziehung der Alternativität geradezu unverständlich sind; so wäre z. B. die Beleidigung des ausländischen Monarchen schwerer zu bestrafen als seine Tötung. Vgl. auch Hälschner II 765, 771, welcher die Alternativität leugnet, aber sachlich übereinstimmt.

5. Während bei den mildernden Umständen die subjektiven wie die objektiven Umstände zur Geltung kommen, ist da, wo ausnahmsweise auch „minder schwere Fälle“ Berücksichtigung finden sollen, diese Berücksichtigung auf objektiv leichtere Fälle beschränkt: Olshausen N. 7 Abj. 1, Schütze 250 N. 15. Nach Frank N. II umfassen die minder schweren Fälle nur solche Milderungsgründe, die in der Tat selbst liegen, während als mildernde Umstände auch nachträglich auftretende oder rein subjektive Momente angesehen werden können. Im Schwurgericht haben nicht die Geschworenen, sondern der Gerichtshof über das Vorliegen eines minder schweren Falles zu entscheiden: Frank N. II, Olshausen N. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 10./2. 82 C. 6 25. Im Militärstrafrecht, welches das System der mildernden Umstände nicht kennt, ist zwischen mildernden Umständen und minder schweren Fällen kein Unterschied.

6. Wegen des Zuchthauses vgl. § 20, wegen der Nebenstrafe § 81 N. 6.

§ 95.

Wer den Kaiser, seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate dessen Landesherrn beleidigt, wird mit Gefängnis nicht unter zwei Monaten oder mit Festungshaft von zwei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Durch das Ges., betr. die Bestrafung der Majestätsbeleidigung, v. 17. Febr. 1908 (oben S. 26), welches am 26. Febr. 1908 publiziert, somit am 11. März 1908 in Kraft getreten und, soweit es milder als die §§ 95, 97, 99, 101, auf die vorher begangenen Majestätsbeleidigungen anzuwenden ist, wird folgendes bestimmt:

- a) Die Beleidigung ist nur dann auf Grund der §§ 95, 97, 99, 101 strafbar, wenn sie in der Absicht der Ehrverletzung, böswillig und mit Überlegung begangen wird;
- b) sind in den Fällen der §§ 95, 97, 99 mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf Eine Woche ermäßigt werden;
- c) der Hinweis auf die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte in § 95 wird gestrichen;
- d) die Verfolgung verjährt in sechs Monaten;
- e) ist die Verfolgung nach a ausgeschlossen, so finden die Vorschriften des vierzehnten Abschnitts Anwendung.

1. Die Beleidigung muß in der Absicht der Ehrverletzung, böswillig und mit Überlegung begangen sein. Diese Erfordernisse sind, wie der Wortlaut des Gesetzes unzweideutig ergibt, kumulative.

Das erste Erfordernis ist die Absicht der Ehrverletzung. Während bei der gemeinen Beleidigung die Vorsätzlichkeit der ehrenkränkenden Kundgebung, verbunden mit dem Bewußtsein, daß sie geeignet sei, die Ehre des Anderen zu verletzen, zur Erfüllung des Tatbestandes genügt, muß bei der Majestätsbeleidigung, welche natürlich ebenfalls nur eine dolose sein kann, der Täter nicht bloß die beleidigende Kundgebung an sich wollen, sondern er muß sie wollen, um zu beleidigen, ist also der Eventualdolus insoweit ausgeschlossen: Olshausen Vorbemerk. N. c. z. Keine Majestätsbeleidigung liegt vor, wenn der Täter nur aus einer anderen Absicht, wogegen nicht erforderlich ist, daß er ausschließlich in der Absicht der Ehrverletzung handelt.

Ferner muß die Beleidigung aus Böswilligkeit begangen werden, nicht aus Mutwillen, nicht um einen schlechten Wit, um ein vielleicht sogar zutreffendes Wortspiel zu machen, sondern um zu kränken, die Autorität herabzuwürdigen, und indem der Täter sich an der Rechtswidrigkeit seiner Tat oder an ihrer beleidigenden Wirkung freut: Binding Lehrb. II 504, 505, Frank 647 N. 1 2, Olshausen Vorbemerk. N. c. 3. Regelmäßig wird hieraus auch die Absicht der Ehrverletzung erhellen, aber diese kann — a. M. Olshausen — vorhanden sein, ohne daß Böswilligkeit vorliegt.

Endlich muß die Beleidigung mit Überlegung begangen werden. Durch dieses Erfordernis, wegen dessen die Ausführungen zu § 211 zu vergleichen sind, werden die unüberlegten, über-

eiten Majestätsbeleidigungen, welche erfahrungsgemäß die Mehrzahl bilden, vor der schweren Strafe der §§ 95 usw. geschützt und die Ermahnung Modestini (I. 7 § 3 D. 48, 4) als bindende Vorschrift eingeschärft: „nec lubricum lingua ad poenam facile trahendum est“. Lisshausen Vorbemerk. Nr. 7 hält die Hinzufügung dieses weiteren Merkmals für überflüssig, da der mit Überlegung Beleidigende auch böswillig beleidige; dies ist aber weder allgemein richtig, noch folgt aus ihm das Umgekehrte.

2. Wenn der Täter nicht weiß, daß der Beleidigte eine der vom Gesetz genannten fürstlichen Personen ist, so kann er nach der allgemeinen Bestimmung des § 59 Abs. 1 wohl wegen gemeiner, nicht aber wegen Majestätsbeleidigung bestraft werden; eine Heranziehung des § 59 Abs. 2 ist dadurch ausgeschlossen, daß die Beleidigung überhaupt Dolus erfordert. Das Gesetz v. 17. Febr. 1908 stellt weiter die in Nr. 1 erörterten drei Erfordernisse auf. Nur wenn alle drei Erfordernisse erfüllt sind, liegt das Delikt der Majestätsbeleidigung vor. Schon hieraus ergibt sich, daß Lisshausen's Ansicht, die Erfordernisse seien identisch, mit dem Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmt. Fehlt auch nur eins der Erfordernisse, so ist die Bestrafung auf Grund der §§ 95, 97, 99, 101 ausgeschlossen und finden die Strafvorschriften über die gemeine Beleidigung Anwendung, insbesondere die Bestimmung des § 194, daß die Verfolgung der Beleidigung nur auf Antrag eintritt und die Zurücknahme des Antrags zulässig ist. In Betracht kommen jedoch nur die Verbal- und symbolische, nicht aber die Realinjurie, welche letztere zu den Tätlichkeiten des § 94 gehört (§ 94 Nr. 1).

3. Vor dem Erlaß des Ges. v. 17. Febr. 1908 ist lebhaft darüber gestritten worden, ob, abgesehen von dem Erfordernis des Strafantrages, die Bestimmungen des vierzehnten Abschnitts auch auf die Majestätsbeleidigung Anwendung finden. Nach der einen Ansicht war die Majestätsbeleidigung ohne jede Bezugnahme auf die in Abschn. 14 behandelte gemeine Beleidigung als ein selbständiges Delikt hingestellt, somit eine Übertragung der betreffs dieser besonders gegebenen Bestimmungen auf jene ausgeschlossen: vgl. Lisshausen Nr. 7 und die dort Zitierten. Nach der anderen Ansicht war die Heraushebung der Majestätsbeleidigung aus Abschn. 14 nur aus systematischen Gründen erfolgt und hatten die dort gegebenen Spezialbestimmungen auch hier zu gelten, sofern sich nicht positiv das Gegenteil beweisen ließ, was eben nur für das Antragserfordernis angenommen wurde: vgl. Frank Nr. III und die dort Zitierten. Durch das den Begriff der Majestätsbeleidigung einengende neue Gesetz ist diese Kontroverse entschieden: die Spezialbestimmungen des Abschn. 14 finden keine Anwendung. Weil aber auch die Majestätsbeleidigung nur dolus begangen werden kann, greifen — abgesehen vom Eventualdolus — die allgemeinen Grundsätze über den Dolus soweit Platz, als sie in Abschn. 14 Anwendung gefunden haben. Dies gilt insbesondere von § 193, soweit dieser die allgemeinen Grundsätze über Dolus zum Ausdruck bringt. Hiermit stimmen überein Lisshausen Nr. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 4 und RG. 4./10. 81 C. 5 46, 21./5. 83 C. 8 338, 7./2. 96 C. 28 171, wogegen RG. 25./1. 89 C. 18 382 die Anwendbarkeit des § 193 bestreitet. Dagegen erklären für straflos alle Handlungen, auf welche § 193 sich überhaupt anwenden läßt, Binding Lehrb. I 170, Frank Nr. III, Geyer II 130, Hälschner II 768, John S. S. III 169, v. Liszt 546 („zwar nicht als solcher, wohl aber in seinem aus allgemeinen Grundätzen sich ergebenden Gehalt“), Voening 128, Merkel 383, Meyer-Alsfeld 544 („soweit die Zulassung der Wahrnehmung berechtigter Interessen allgemeinen Grundätzen entspricht“), Schütze 250 Nr. 13. Auch diese Kontroverse wird durch das neue Gesetz erledigt; denn wenn die von ihm aufgestellten drei Erfordernisse vorliegen, so geht das Vorhandensein einer Beleidigung immer aus den Umständen hervor, unter welchen sie geschah, wogegen, wenn auch nur eins der Erfordernisse fehlt, nicht eine Majestäts-, sondern eine gemeine Beleidigung in Frage steht. Frank 648 Nr. IV Abs. 2 will den § 193 noch zulassen, „soweit er nur deklaratorische Bedeutung hat“, z. B. bei der Rüge seitens eines militärischen Vorgesetzten.

Anders verhält es sich mit dem in § 192 zugelassenen Wahrheitsbeweis. Lisshausen Nr. 7 Abs. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 11, Rüdorff-Stenglein Nr. 4 und RG. 23./6. 80 C. 2 213, 4./10. 81 C. 5 46 erklären ihn für ausgeschlossen, weil jeder ehrenrührige Angriff gegenüber der Unverletzlichkeit des Staatsoberhauptes notwendig ein widerrechtlicher sei. Dagegen halten den Wahrheitsbeweis für zulässig Binding Lehrb. I 170, 171, Frank Nr. III und 648 Nr. IV Abs. 2, Hälschner II 768, John S. S. III 69, v. Liszt 547, Merkel 383, Meyer-Alsfeld 544, Schütze 250 Nr. 13. Der Hinweis auf die Unverletzlichkeit enthält, wie Binding mit Recht bemerkt, einen schwer begreiflichen publizistischen Irrtum, weil die Unverletzlichkeit, von welcher ohnehin nur bei dem Landesherren und Regenten gesprochen werden könnte, nicht auch bei den anderen fürstlichen Personen, außer der Unverantwortlichkeit nur bedeutet, daß der Landesherr der Rechtszwangsgewalt entzogen ist, nicht aber, daß er von allem Vorwurf freibleiben muß. Binding geht aber zu weit, wenn er unter Zustimmung von Meyer-Alsfeld 544 annimmt, daß der wahre Vorwurf, weil er nicht auf die Ehre, sondern auf eine Lücke in ihr treffe, nicht als delictlich betrachtet werden könne; denn auch der wahre Vorwurf kann je nach Form, Ort und Zeit allerdings eine Beleidigung sein.

Nun ist aber der Begriff der Majestätsbeleidigung kein anderer als der der gemeinen, nämlich entweder einfache Beleidigung (§ 185), üble Nachrede (§ 186) oder Verleumdung (§ 187). Soll aber der Tatbestand der Verleumdung angenommen werden, so muß die behauptete Tatsache als unwahr nachgewiesen sein, d. h. die *exceptio veritatis* ist gar nicht zu umgehen. Ebenso muß bei der üblen Nachrede die Tatsache nicht erweislich unwahr sein. Somit würde die Majestätsbeleidigung sich, wenn der Wahrheitsbeweis ausgeschlossen wäre, auf die einfache Beleidigung des § 185 reduzieren, was mit der gleich zu erwähnenden Gesetzeskonkurrenz unvereinbar wäre. Zudem ist, worauf mit Frank N. III das Hauptgewicht zu legen, der Wahrheitsbeweis in Abschn. 14 nicht etwa besonders eingeführt, sondern als Gegenbeweis gegen den Tatbestand der üblen Nachrede und der Verleumdung eine prozessuale Erscheinung. Schon aus diesem letzteren Grunde ist die Anwendung des § 192 auch auf die neue Majestätsbeleidigung zulässig.

Endlich kommen nach den Grundsätzen über die alternative Gesetzeskonkurrenz die Strafbestimmungen des Abschn. 14 zur Anwendung, wenn nach ihnen die Strafe eine härtere ist als die für die Majestätsbeleidigung angedrohte, wie die Vergleichung der §§ 97, 99, 101 mit § 187 ergibt. Siehe oben § 94 N. 4 Abs. 2. Wie oben bemerkt wurde, ergibt sich auch hieraus, daß die drei Formen der Beleidigung auch für die Majestätsbeleidigung gelten.

II. 1. In subjektiver Beziehung muß die Kundgebung dem Willen des Täters entsprechen und dieser sich des ehrverletzenden Charakters seiner Kundgebung bewußt sein: RG. 23./6. 80 C. II 213, 21./5. 83 C. 8 338, ihm auch das Bewußtsein innewohnen, daß die Beziehung seiner Äußerung auf den Kaiser usw. von Anderen, welche sich dem Wortlaut nach gegen Verfahren des Monarchen und deren Verhalten richten, kann eine Majestätsbeleidigung nur dann gefunden werden, wenn aus den Umständen sich ergibt, daß durch sie eine Mißachtung des Lebenden kundgegeben und seine Person als mit einem Makel behaftet hingestellt werden soll: Frank N. IV, Lisshausen N. 6 Abs. 1; RG. 7./2. 96 C. 28 171; die entgegengesetzte Ansicht Bindings Lehrb. I 171 N. 2 ist in ihrer Allgemeinheit zweifellos irrig. Liegt in diesem Fall eine Beleidigung des Lebenden nicht vor, so ist eine Bestrafung nur nach § 189 möglich: Berner 375, Binding Lehrb. I 169, Frank N. IV, Geber II 130, v. Liszt 547, Meyer-Altfeld 543, Lisshausen N. 1. Rüdorff-Stenglein N. 9, Schütze 250 N. 13; übrigens ist wegen Beleidigung eines verstorbenen Landesherrn § 189 bis jetzt nur einmal in Anwendung gekommen (König Johann von Sachsen mit Straf Antrag Alberts).

2. Wegen der Verletzten Personen vgl. § 80 N. 2.

3. Der Begriff der Beleidigung ist der allgemeine, also die vorsätzliche und mit dem Bewußtsein der Ehrenkränkung vorgenommene Kundgebung der Mißachtung einer anderen Person. Dies ist in Theorie und Praxis allgemein anerkannt, und nur Schütze 250 findet in der Majestätsbeleidigung „mehr als den im Abschn. 14 vorausgesetzten Begriff der gemeinen Beleidigung“. Auch die Majestätsbeleidigung ist also, wie zumal aus Abs. 2 des Gej. v. 17. Febr. 1908 hervorgeht, Verletzung der Ehre und ist nicht identisch mit der ohne das Bewußtsein der Ehrenkränkung erfolgenden Verletzung der Höflichkeit, des Anstandes, der Ehrfurcht durch Nichterweisung positiver Bezeigungen der Ehrfurcht (vgl. N. 4): Berner 379, Binding Lehrb. I 170, Frank N. I, John S. S. III 62, Meyer-Altfeld 544, Lisshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 7./12. 07 C. 40 416. Auf der anderen Seite ist trotz der begrifflichen Einheit der Maßstab der Beleidigung bei den fürstlichen Personen ein anderer als bei noch so hochgestellten Privatpersonen, kann also jenen gegenüber eine Kundgebung eine beleidigende sein, die es bei diesen nicht ist: Frank N. I, Hälschner II 766, John S. S. III 61, v. Liszt 546, Lisshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, auch wohl Schütze 250 N. 13; RG. 16./3. 81 C. III 434, 15./12. 92 C. 23 347.

Unzweifelhaft ist es:

ob die ehrenkränkende Kundgebung Regierungshandlungen oder Handlungen des Privatlebens zum Inhalt hat: Berner 375, Frank N. I, Hälschner II 764, Meyer-Altfeld 544, Lisshausen N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. 23./6. 80 C. 2 213;

ob sie Handlungen betrifft, die vor oder nach dem Regierungsantritte geschehen sind: Binding Lehrb. I 171, Frank N. I, Geber II 130, Hälschner II 769, John S. S. III 62, v. Liszt 548, Lisshausen N. 4b, Oppenhoff-Delius N. 8;

ob die Regierungshandlung, auf welche sie sich bezieht, mit oder ohne ministerielle Verantwortlichkeit erfolgt, wofür nur eine Beziehung der Kundgebung auf die Person des Monarchen erweisbar ist: Berner 375, Binding, Frank, Geber und Meyer-Altfeld a. a. S., John S. S. III 63, v. Liszt 547, Lisshausen N. 4c, Oppenhoff-Delius N. 7; RG. 16./3. 81 C. 3 433, 15. 6. 99 C. 32 236.

4. Die Frage, ob die Majestätsbeleidigung auch durch eine Unterlassung begangen werden kann, wird von Olshausen N. 5 bejaht, ist aber richtiger mit Binding Lehrb. I 170 zu verneinen. Somit ist das Nichtestimmen in ein dem Landesherren ausgebrachtes Hoch eine Beleidigung nur, wenn eine entsprechende Rechtspflicht vorliegt, die aber „allerhöchstens nur bei Militärpersonen und bei Hofbeamten angenommen werden kann“ (Frank N. III). Das Reichsgericht hat 7./12. 07. E. 40 416 ausgeführt, daß, wenn Rechtspflichten nicht in Betracht kämen, es einer besonderen Begründung bedürfe, wieweit unter gewissen Umständen mit gewissen Gebräuchen und Übungen eine Verbindlichkeit, sie zu befolgen, verknüpft sein könne, in welchem Falle der Vorsatz einer ehrverletzenden Kundgebung durch die Kenntnis des Täters von dem Gebrauch und das Bewußtsein seiner Verbindlichkeit für ihn bedingt sei. Aber eine Verbindlichkeit, gewisse Gebräuche und Übungen zu befolgen, existiert nur, wenn die Befolgung zur Rechtspflicht erhoben ist. „Im dem unterlassenen Hoch kann eine große Kuppelei, aber keine Beleidigung gefunden werden, auch dann nicht, wenn der Toast kein improvisierter war“ (Binding a. a. O. N. 2).

5. Nach dem Ges. v. 17. Febr. 1908 kann bei Zulassung mildernder Umstände sowohl die Gefängnisstrafe als auch die Festungshaft bis auf Eine Woche ermäßigt, neben dem Gefängnis — nicht neben der Festungshaft — auf die sonst im StGB nicht vorkommende Nebenstrafe des Verlustes der bekleideten öffentlichen Ämter erkannt werden und verjährt die Strafverfolgung in sechs Monaten. Ein Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte findet nicht mehr statt.

6. Die Strafverfolgung verjährt in sechs Monaten.

§ 96.

Wer einer Tätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder gegen den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Tätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder gegen den Regenten dieses Staats sich schuldig macht, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem bis zu fünf Jahren ein.

1. Mitglieder eines landesherrlichen Hauses sind alle vom Stammvater des Hauses durch ebenbürtige Ehen abstammenden Blutsverwandten beiderlei Geschlechts. Zutreten die ebenbürtigen Gemahlinnen der männlichen Mitglieder. Dagegen scheidet aus:

- a) diejenigen weiblichen Mitglieder, welche aus dem landesherrlichen Hause hinausheiraten;
- b) diejenigen, welche unter ausdrücklichem Verzicht auf die an die Mitgliedschaft geknüpften staatsrechtlichen Rechte auscheiden;
- c) diejenigen, welche als Landesherren, Regenten oder Präsidenten einer Republik an die Spitze eines anderen Staates treten.

Diese Grundzüge des gemeinen Privatfürstenrechts können durch die Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten wohl für den einzelnen Bundesstaat selbst, nicht aber mit wirksamer Geltung auch für die anderen Bundesstaaten abgeändert werden: eine allgemeine subsidiäre Geltung solcher abändernden Bestimmungen wird mit RG. 28./9. 91 E. 22 141, 16./9. 92 E. 23 239 von Binding Lehrb. I 173, Frank § 97 N. I, Meyer-Altsch 545 N. 14, Olshausen N. 1a, Rüdorff-Stenglein N. 2 gegen Oppenhoff-Delius N. 2 angenommen. Insbesondere sind etwa entgegengesetzte Bestimmungen der Hausgesetze über den personellen Umfang der hausherrlichen Familiengewalt des Souveräns in keiner Weise beachtlich. Wenn nach dem Hausgesetz des Großherzoglich Mecklenburgischen Fürstenhauses und des österreichischen Kaiserhauses — letzteres ist bis heute nicht publiziert — die weiblichen Mitglieder auch durch ihre Verheiratung aus der Familie heraus die Mitgliedschaft nicht verlieren, so wird doch kein deutlicher Zusatz die montenegrinische Prinzessin Jutta oder die bayerische Prinzessin Gijela für Mitglieder der großherzoglichen Familie Mecklenburg (=Strelitz) oder des österreichischen Kaiserhauses erklären. Ebenso wird die Zulässigkeit des Ausscheidens durch Verzicht nicht bestritten, wogegen die Zulässigkeit eines Ausschlusses im Widerspruch mit dem anerkannten Rechtsatz steht, daß ein Mitglied des landesherrlichen Hauses nur durch staatliches Gesetz, nicht aber durch irgendeine andere Instanz, insbesondere nicht durch den Landesherren oder durch Agnatenbeschluß seiner Mitglied-

schaft, d. h. seines Thronfolgerechts entkleidet werden kann. Endlich wird dasjenige Mitglied, welches an die Spitze eines anderen Staats tritt, dadurch allein seines Thronfolgerechts nicht verlustig, scheidet aber jedenfalls für die Anwendung des § 96 aus der angestammten Familie aus, wobei es trotz der gegenteiligen Ansicht des Reichsgerichts auf die völkerrechtliche Anerkennung seiner neuen Stellung und ebenso auf die Zustimmung des Familienchefs nicht ankommt. So war, wie auch das Reichsgericht anerkennt: 14./3. 08 C. 41 177, der Herzog-Regent von Braunschweig nicht mehr Mitglied des landesherrlichen Hauses Mecklenburg, und ebenso ist der Kaiser von Rußland nicht Mitglied des Hauses Holstein-Gottorp, obgleich er nach dem Großherzoglich Oldenburgischen Hausgesetz sogar Chef des Hauses ist.

Ein kaiserliches Haus gibt es im staatsrechtlichen Sinne nicht. Die Angehörigen des Kaisers, auch die Kaiserin und der Kronprinz, kommen also nur als Mitglieder des landesherrlichen Hauses Preußens in Betracht.

Der Kaiser ist nicht Landesherr von Elsaß-Lothringen. Somit stehen die Mitglieder der preussischen Königsfamilie in Elsaß-Lothringen gegen Tathlichkeiten seitens eines Nichtpreußen nur unter dem Schutz des § 100: Bindeg. Lebr. I 173, Franf § 97 N. II, Gener II 129, Meyer-Mfeld 545 N. 15, Dshausen N. 2 Abf. 3: RW. 17./4. 84 C. 10 312, 26./4. 88 C. 17 334.

2. Der Regent ist bezüglich der Tathlichkeiten und ebenso, abgesehen von § 101, der Beleidigungen den Mitgliedern des landesherrlichen Hauses gleichgestellt, obgleich er staatsrechtlich die volle Stellung des Landesherrn mit einziger Ausnahme des Titels einnimmt. Um diese Monstrosität zu kennzeichnen, bedarf es nicht erst des Hinblicks auf die Möglichkeit, daß das Bundespräsidium durch einen Regenten ausgeübt werde, sondern genügt der Hinweis auf die bis vor kurzer Zeit tatsächlich in Bayern und Braunschweig bestehenden Verhältnisse. Wird, was z. B. in Preußen möglich ist, die Regierung interimistisch durch das Staatsministerium ausgeübt, so haben seine Mitglieder gleichwohl den strafrechtlichen Schutz des Regenten nicht.

3. Im übrigen vgl. § 94 N. 1, 2, 4, 5.

4. Wegen des Zuchthauses vgl. § 20.

§ 97.

Wer ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaat ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder den Regenten dieses Staats beleidigt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

1. Hierzu das Gef. v. 17. Febr. 1908; vgl. § 95 N. I.

2. Wegen der Personen, gegen welche die Beleidigung sich richtet, vgl. § 96 N. 1, 2. Wegen der Beleidigung vgl. die Ausführungen zu § 95. Auf eine Nebenstrafe ist nicht zu erkennen. Die Strafverfolgung verjährt in sechs Monaten.

Dritter Abschnitt.

Beleidigung von Bundesfürsten.

Vgl. die Ausführungen zu Abschn. 2, oben S. 270.

§ 98.

Wer außer dem Falle des § 94 sich einer Tathlichkeit gegen einen Bundesfürsten schuldig macht, wird mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ein.

Objekt des Delictes ist derjenige Bundesfürst, welcher weder der Kaiser noch der Landesherr des Täters oder desjenigen Staates ist, in welchem der Täter bei Begehung des Delictes sich aufhält. Im übrigen vgl. die Ausführungen zu § 94. Wegen des Zuchthauses vgl. § 20.

§ 99.

Wer außer dem Falle des § 95 einen Bundesfürsten beleidigt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

1. Hierzu das Gef. v. 17. Febr. 1908; vgl. § 95 N. I.
2. Objekt des Delictes ist derjenige Bundesfürst, welcher weder der Kaiser noch der Landesherr des Täters oder desjenigen Staates ist, in welchem der Täter bei Begehung des Delictes sich aufhält. Im übrigen vgl. die Ausführungen zu § 95. Auf eine Nebenstrafe ist nicht zu erkennen. Die Strafverfolgung verjährt in sechs Monaten.

3. Die Ermächtigung, welche hier und in den §§ 101, 197 verlangt wird, gehört ebenso wie der Strafantrag sowohl dem materiellen wie dem formellen Strafrecht an (vgl. § 61 N. 2). Beide sind begrifflich dadurch unterschieden, daß der Antrag das Verlangen der Verfolgung enthalten muß, während zur Ermächtigung schon jede Erklärung genügt, nach welcher der Beleidigte mit der Verfolgung einverstanden ist. Zuweit geht jedoch die Ansicht von Frank N. II 1 und Lshausen N. 3b, die Ermächtigung brauche nur zum Ausdruck zu bringen, daß der Beleidigte der Strafverfolgung nicht entgegensteht; die Erklärung des Beleidigten, ihm sei es gleichgültig, ob die Verfolgung eintrete oder nicht eintrete, ist ganz gewiß keine Ermächtigung. Die Ansicht von Meyer-Malfeld 245, daß die Ermächtigung auf das amtliche Einschreiten, der Antrag auf die Bestrafung gerichtet sei, ergibt sich nach dem übereinstimmenden Wortlaut der §§ 61, 99 („die Verfolgung tritt ein“) als irrig, zumal auch die Ermächtigung in die Form eines kategorischen Verlangens der Bestrafung gekleidet werden kann. Ebenfalls ist die Ansicht von Berner 331 und Binding Handb. I 615, daß die Willenserklärung bei der Ermächtigung eingeholt, bei dem Antrag abgewartet werden müsse, irrig, obgleich ihr die tatsächliche Gepflogenheit bisher entspricht.

Dadurch, daß das Gesetz — vgl. § 197 — Antrag und Ermächtigung unterscheidet, ergibt sich, daß die Bestimmungen über jenen auf diese keine Anwendung finden: RG. 15./1. 00 C. 33 66. Eine Form ist für die Ermächtigung nicht vorgeschrieben: RG. 14./12. 82 C. 7 382, 25./1. 89 C. 18 382. Ebenso wenig ist sie an eine Frist gebunden: RG. 25./1. 89 C. 18 382. Das in § 63 gegebene Verbot der Teilbarkeit existiert nicht für sie: Frank N. II 2, Geyer I 212, Meyer-Malfeld 245, Lshausen N. 3c, Schüze 172 N. 26: a. W. Binding Handb. I 635 N. 1, Finger I 191 N. 255. Die Zurücknahme ist, weil nicht ausdrücklich gestattet, unzulässig: RG. 15./1. 00 C. 33 66, wogegen dem Verzicht auch hier die Wirksamkeit abgesprochen werden muß (vgl. § 64 N. 6). Endlich fällt die Unabhängigkeit des Verletzten vom gesetzlichen Vertreter (§ 65) weg: Schüze a. a. O. Gemeinam ist für beide Willenserklärungen § 69 Abs. 2. Ebenso ist die prozessuale Behandlung für beide gleich, so daß, wenn sich in der Hauptverhandlung das Fehlen der Ermächtigung herausstellt, das Verfahren einzustellen ist: Lshausen N. 4.

— Die Bestimmung über die Ermächtigung ist schon in dem ursprünglichen Gesetzentwurf enthalten und nicht erst, wie nach dem Textdruck bei Lshausen anzunehmen, erst durch das Gesetz v. 17. Febr. 1908 eingeführt.

4. Auf eine Nebenstrafe ist nicht zu erkennen. Die Strafverfolgung verjährt in sechs Monaten.

§ 100.

Wer außer dem Falle des § 96 sich einer Tätlichkeit gegen ein Mitglied eines bundesfürstlichen Hauses oder den Regenten eines Bundesstaats schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren ein.

1. Objekt des Delictes ist das Mitglied des fürstlichen Hauses und der Regent desjenigen Bundesstaates, welchem der Täter weder angehört, noch in welchem er sich bei Begehung des Delictes aufhält. Im übrigen vgl. die Ausführungen zu §§ 94, 96. Wegen des Zuchthaus vgl. § 20.

§ 101.

Wer außer dem Falle des § 97 den Regenten eines Bundesstaats beleidigt, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

1. Hierzu das Gef. v. 17. Febr. 1908; vgl. § 95 N. I.

2. Objekt des Delictes ist der Regent desjenigen Staates, welcher weder der eigene des Täters ist, noch in welchem dieser bei Begehung des Delictes sich aufhält. Im übrigen vgl. die Ausführungen zu §§ 95, 99 N. 3. Mildernde Umstände kommen nicht in Betracht, da das Strafminimum schon an sich das nach dem Gef. v. 17. Febr. 1908 bei der Annahme mildernder Umstände zugelassene Minimum ist. Auf eine Nebenstrafe ist nicht zu erkennen. Die Strafverfolgung verjährt in sechs Monaten. Vgl. übrigens § 73 N. 8 letz. Abs.

3. Die Beleidigung von Mitgliedern des bundesfürstlichen Hauses, welches weder das des eigenen Staates des Täters noch desjenigen Staates ist, in welchem der Täter sich bei Begehung des Delictes aufhält, fällt ausschließlich unter Abschn. 14.

Vierter Abschnitt.

Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten.

1. Die Frage, welche Staaten zu den „befreundeten“ gehören, also durch die Bestimmungen dieses Abschnittes — § 103a gehört nicht dahin — geschützt werden, wird in verschiedener Weise beantwortet.

Nach Binding Lehrb. I 174, II 500, mit dem Geyer II 132 übereinstimmend, setzt das freundschaftliche Verhältnis Frieden und diplomatische Beziehungen voraus, wird also durch Krieg oder Abbruch der diplomatischen Beziehungen aufgehoben. Zu den nicht befreundeten Staaten sind auch diejenigen zu zählen, zu denen das Reich noch gar nicht in diplomatische Beziehungen getreten ist; der Abschluß eines Freundschaftsvertrages ist nicht erforderlich.

Oppenhoff-Delius und Müdorff-Stenglein zu Abschn. 4, Schütze 252 N. 7 verlangen Frieden und diplomatische Beziehungen. Nach Oppenhoff-Delius endigt das freundschaftliche Verhältnis durch Krieg und Abbruch der Beziehungen, nach den beiden anderen Autoren durch Krieg.

Nach Traut zu Abschn. 4 sind befreundet alle Staaten, welche zur völkerrechtlichen Gemeinschaft gehören, außerdem aber auch andere, unzivilierte Staaten, welche mit dem Deutschen Reich Freundschaftsverträge geschlossen haben oder in diplomatische Beziehungen getreten sind. Der Krieg hebt das Freundschaftsverhältnis auf.

Nach Hälschner II 774 ist jeder Staat ausgeschlossen, mit dem das Deutsche Reich sich in Krieg befindet oder zu welchem es überhaupt noch nicht in völkerrechtliche Beziehungen getreten ist. Daß es mit dem betr. Staate in diplomatischen Verkehr getreten, ist nicht erforderlich.

Schwarze § 102 N. 4 stimmt mit Hälschner überein.

Nach v. Liszt 551 sind befreundet die Mitglieder der völkerrechtlichen Gemeinschaft zur Zeit des friedlichen völkerrechtlichen Verkehrs. Nur der Schutz des § 104 erstreckt sich über die vollberechtigten Glieder der Völkerrechtsgemeinschaft hinaus auch auf diejenigen Staaten, welche ständige Vertreter bei dem Deutschen Reich oder dessen Gliedstaaten beglaubigt haben.

Merkel 384 erklärt für befreundet alle Staaten, welche dem internationalen Vertragssystem angehören und im Frieden mit uns leben.

Nach Meyer-Alfeld 540 N. 12 bezieht sich die Überschrift nicht auf den diplomatischen Verkehr, sondern nur auf die Tatsache, daß der betr. Staat Völkerrechtssubjekt ist und mit dem Reiche im Frieden lebt.

Lischausen N. 4 verlangt bezüglich derjenigen Staaten, die mit Deutschland auf der weientlich gleichen Kulturstufe stehen, nur, daß sie mit Deutschland nicht im Kriege stehen, mögen auch die diplomatischen Beziehungen zeitweilig abgebrochen sein. Bezüglich der nichtzivilierten Staaten ist entscheidend, ob mit ihnen ein Freundschaftsvertrag geschlossen ist.

Hiernach herrscht darüber mit Recht Übereinstimmung, daß diejenigen Staaten nicht befreundet sind, mit denen Deutschland entweder Krieg führt oder überhaupt nicht in völkerrechtlichem Verkehr, sei es durch diplomatische Beziehungen, sei es durch einen Freundschaftsvertrag, steht. Krieg ist das Gegenteil von Freundschaft, und wenn kein völkerrechtlicher Verkehr existiert,

existiert überhaupt kein Verhältnis, also auch kein freundschaftliches. Sind, ohne daß es bereits zum Krieg gekommen, die diplomatischen Beziehungen abgebrochen, so existiert unzweifelhaft zwar noch kein feindliches, aber auch nicht mehr ein freundschaftliches Verhältnis; beide Staaten stehen zueinander auf gespanntem Fuß und die Feindseligkeiten können jeden Augenblick ausbrechen. Schließlich darf es füglich nicht bezweifelt werden, daß die Anknüpfung diplomatischer Beziehungen mit nichtzivilisierten Staaten zunächst nur die Anbahnung eines völkerrechtlichen Verkehrs bedeutet, wogegen durch den nur unter Anknüpfung diplomatischer Beziehungen möglichen Abschluß eines Freundschaftsvertrags das freundschaftliche Verhältnis begründet wird.

2. Das freundschaftliche Verhältnis muß bestehen sowohl zu der Zeit, zu welcher das Delikt begangen, als auch zu der, zu welcher es abgeurteilt wird. Diese zeitliche Fixierung ist von Bedeutung für den die Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht verlangenden § 104, wenn nach begangener Beleidigung, aber vor erfolgter Aburteilung die diplomatischen Beziehungen mit oder ohne Krieg abgebrochen, also die Gesandten und Geschäftsträger abgerufen werden.

3. Wenn das Freundschaftsverhältnis nicht existiert, oder in den Fällen der §§ 102, 103 die Gegenseitigkeit nicht verbürgt, oder der Antrag nicht gestellt ist, kann eine Bestrafung auf Grund der §§ 102, 103, 104 nicht erfolgen. Nach Birkmeyer Enzylf. 1193 können dann die betr. Delikte überhaupt nicht gestraft werden. Das ist grundfalsch, vielmehr sind dann die in Abschn. 4 genannten Handlungen, wenn sie die Form gemeiner Delikte annehmen, nach den Strafgesetzen für diese Delikte strafbar: Binding Lehrb. II 501, Schütze 253 N. 7. Und zwar, weil die Festungshaft dann unanwendbar wird, schwerer strafbar als bei bestehendem Freundschaftsverhältnis. Diesem eigentümlichen Widerspruch begegnet die Gesetzeskonfurrenz. Sollte nämlich der Angriff, abgesehen von seiner politischen Qualifikation, als Mord, Totschlag usw. schon unter schwererer Strafe stehen als den in Abschn. 4 angedrohten, so sündet, und zwar unabhängig von der Verbürgung der Gegenseitigkeit, nach dem Grundsatz der Alternativität der Strafgesetze das schwerere Strafgesetz Anwendung und das Erfordernis des Antrags fällt, wenn es nicht auch von dem letzteren aufgestellt ist, weg: Binding a. a. D., Meyer-Alfeld 541.

§ 102.

Ein Deutscher, welcher im Inlande oder Auslande, oder ein Ausländer, welcher während seines Aufenthalts im Inlande gegen einen nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staat oder dessen Landesherrn eine Handlung vornimmt, die, wenn er sie gegen einen Bundesstaat oder gegen einen Bundesfürsten begangen hätte, nach Vorschrift der §§ 81 bis 86 zu bestrafen sein würde, wird in den Fällen der §§ 81 bis 84 mit Festungshaft von Einem bis zu zehn Jahren oder, wenn mildernde Umstände vorhanden sind, mit Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in den Fällen der §§ 85 und 86 mit Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft, sofern in dem anderen Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

1. Im Gegensatz zu den §§ 81—86 wird in § 102 zwischen dem Inländer und Ausländer unterschieden.

a) Der Ausländer ist nur strafbar, wenn er das Delikt während seines Aufenthalts im Inlande begeht. Entscheidend ist also in Abweichung von § 3 (vgl. daselbst N. 5, 6) nicht der Begehungsort der Tat, sondern der Aufenthaltsort des Täters. Beteiligt sich der Ausländer im Auslande (§ 8) an dem von einem Inländer im Inland oder Ausland begangenen Delikt, so bleibt er straflos: Binding Lehrb. II 498, Lischajen N. 7a. Da § 102 eine Spezialbestimmung gegenüber §§ 3, 4 enthält, findet § 4 Nr. 3 Abs. 2 keine Anwendung.

b) Der deutsche Täter ist strafbar, einerlei ob er sich bei Begehung eines Delikts im In- oder im Ausland aufhält.

Da, wie bemerkt, § 102 eine Spezialbestimmung enthält, findet § 4 Nr. 3 keine Anwendung. Hieraus ergibt sich zunächst, daß die Verfolgung stets eine obligatorische ist, stets stattfinden muß, nicht bloß stattfinden kann: Binding a. a. D., Geyer II 131, Hälschner II 773/774, John

§. 5. III 44 Nr. 4, v. Liszt 552, Merkel 384, Olshausen Nr. 7b, v. Schwarze Nr. 1; a. M. Oppenhoff Nr. 4 und Schütze 253 Nr. 9.

In weiterer Folge ist die Strafbarkeit nicht dadurch bedingt, daß die Handlung, wenn sie im Auslande begangen wird, durch das ausländische Gesetz mit Strafe bedroht ist: Binding, Geyer, John, Merkel, Olshausen und Schütze a. a. D., Frank Nr. I 1, Hälschner II 773, Oppenhoff-Delius Nr. 1.

Da § 5 nur pars et sequela von § 4 Nr. 3, kommen auch seine Bestimmungen nicht zur Anwendung: Binding Lehrb. II 501, Hälschner, v. Liszt und Olshausen a. a. D.

Dagegen ist, und zwar einerlei ob es sich um einen In- oder Ausländer handelt, eine im Auslande vollzogene Strafe nach § 7 auf die von dem deutschen Richter zu erkennende in Anrechnung zu bringen: Hälschner, Olshausen und Schütze a. a. D., Oppenhoff-Delius Nr. 3; a. M. Binding Lehrb. II 501.

2. Objekt des Delictes ist ein nicht zum Deutschen Reich gehörender Staat oder sein Landesherr. Der Regent und der Präsident einer Republik sind nicht durch § 102 geschützt.

3. Die Strafandrohung des § 102 stellt ein Blankett dar, dessen Ausfüllung dem Auslande überlassen bleibt. Die Strafbarkeit ist nämlich dadurch bedingt, daß in dem anderen Staate, gegen welchen oder gegen dessen Landesherren der Angriff erfolgt, dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist, widrigenfalls eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorliegt. Diese Reziprozität, eine außerhalb des Tatbestandes liegende Bedingung der Strafbarkeit, durch deren Nichtkenntnis der Dolus also nicht ausgeschlossen wird, liegt nicht schon dann vor, wenn der ausländische Staat die Handlung, soweit sie den Tatbestand eines gemeinen Delictes erfüllt, als solches bestraft, sondern er muß den Strafschutz, den er für sich selbst und seinen Herrscher statuiert, bewußt auf das Deutsche Reich, dessen Staaten und Fürsten ausgedehnt haben: Binding Handb. I 593, Lehrb. II 499. Nach dem unabwiesbaren Begriff der Gegenseitigkeit muß der von dem Ausland gewährte strafrechtliche Schutz dem von uns dem ausländischen Staat und seinem Herrscher durch § 102 gewährten im wesentlichen gleich sein. Wenn dagegen Frank Nr. II, Hälschner II 774, Olshausen Nr. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 9 und Rüdorff-Stenglein Nr. 6 fordern, daß die von dem Ausland angedrohte Strafe strenger sein muß, als wenn die Handlung gegen Privatpersonen begangen wird, so muß dieses Erfordernis mit Binding Lehrb. II 499 bestritten werden. Vergleicht man die in § 102 angedrohten Strafen mit den Strafen derjenigen gemeinen Delictes, welche denselben Tatbestand enthalten, so sind auch jene Strafen keineswegs immer leichter als diese. Allerdings greift hier der Grundsatz der Alternativität ein, aber auf ihn bezieht sich das gesetzliche Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht.

Diese Gegenseitigkeit muß verbürgt sein. Bis zur Novelle v. 26. Febr. 1876 hatte der § 102 den Zusatz „nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen“. Nachdem dieser Zusatz weggefallen, kommt es lediglich darauf an, daß die Gegenseitigkeit überhaupt besteht. Wenn Geyer II 231, v. Liszt 552, Meves §. 5. IV 291, Meyer-Malfeld 540, Olshausen Nr. 4b Abs. 1, Oppenhoff-Delius Nr. 7 und RG. 6./5. 05. C. 38 75 annehmen, daß die Gegenseitigkeit auch durch die Gerichtspraxis, also gewohnheitsrechtlich verbürgt, d. h. geschaffen sein kann, so ist die erste Voraussetzung für die Richtigkeit dieser Meinung die, daß in dem betr. Staat der Satz nulla poena sine lege nicht gilt (vgl § 2 Abs. 2), und daß es sich nicht um ein locales, sondern um ein allgemeines Gewohnheitsrecht handelt. Wie sich ein solches Gewohnheitsrecht bilden kann, ist allerdings bei der Seltenheit der Fälle schwer vorstellbar. Hiernach ist es irrig, mit Rüdorff-Stenglein Nr. 7 Abs. 3 die Verbürgung durch den Gerichtsgebrauch überhaupt zu bestreiten. Ein Staatsvertrag genügt nur, wenn er die Richter verpflichtet, also Gesetzeskraft hat. Die bloße Zusicherung der Gegenseitigkeit für die Zukunft seitens eines Organs des betr. Staates genügt nicht: Binding Lehrb. II 500, v. Liszt 552 Nr. 1, Meyer-Malfeld 540 Nr. 14, Olshausen Nr. 4b Abs. 2, Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 6./5. 05. C. 38 75; a. M. Geyer II 132.

Kann die Gegenseitigkeit nicht festgestellt werden, so ist überhaupt keine Anklage zu erheben bzw. freizupprechen. Und zwar muß sie bestehen sowohl zur Zeit der Begehung der Handlung als auch zur Zeit der Urteilsfällung: v. Liszt 552, Olshausen Nr. 3; RG. a. a. D. Nur das Bestehen zur Zeit der Handlung verlangen Binding Lehrb. I 174, II 500 und Frank zu Z. I Abschn. IV Nr. VI. Nach v. Liszt 192 ist die Wirkung der Bedingung, wenn sie nachträglich eintritt, auf den Zeitpunkt der Begehung zurückzubeziehen. Bedroht der ausländische Staat nur die Verübung im Inlande, so besteht keine volle Gegenseitigkeit, tann daher der im Ausland handelnde Deutsche nicht bestraft werden: Binding Handb. I 593, Rüdorff-Stenglein Nr. 6 Abs. 2.

4. Der Antrag steht unter den gewöhnlichen Grundtäten. Antragsberechtigt ist nur die Regierung, also regelmäßig das Ministerium des Auswärtigen desjenigen Staates, gegen den bzw. dessen Landesherren die Handlung gerichtet ist: Binding Lehrb. II 498, Hälschner II 773, Olshausen Nr. 8, Schütze 252 Nr. 8.

§ 103.

Wer sich gegen den Landesherrn oder den Regenten eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, sofern in diesem Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

1. Die Ausführungen § 95 N. 1 3 greifen auch hier Platz. Die Beleidigung umfaßt auch die Realinjurie. Tathandlungen, welche nicht als Realinjurien erscheinen, sind nach §§ 223 ff. zu bestrafen.

2. Wegen der Verbürgung der Gegenseitigkeit und wegen des Antrages vgl. § 102 N. 3, 4. Täter kann ein In- und ein Ausländer sein, wobei § 4 Abs. 1, 2 Nr. 3 und § 5 in Anwendung kommen. Da antragsberechtigt nicht der Beleidigte, sondern die auswärtige Regierung ist, so erlischt das Antragsrecht durch den Tod des Beleidigten nicht: Binding Handb. I 618, Frank N., Lisshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

3. Die — prozeßuale — Frage, ob eine Verfolgung der Beleidigung im Wege der Privatklage zulässig, ist mit Lisshausen N. 5 und Rüdorff-Stenglein N. 4 um so mehr zu bejahen, als, sofern nicht die Voraussetzungen des Gef. v. 17. Febr. 1908 vorliegen, auch die Beleidigung des deutschen Landesherrn und des deutschen Bundesfürsten durch Privatklage verfolgt werden kann.

4. Ist die Gegenseitigkeit nicht verbürgt, so ist nur der Beleidigte antragsberechtigt und kommen die Bestimmungen des Abschn. 14 voll zur Anwendung. Zur Anwendung kommen sie ebemäßig, wenn der Antrag nicht von der Regierung, sondern, was ihm nicht verwehrt werden kann, von dem Beleidigten selbst gestellt wird.

§ 103a.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats oder ein Hoheitszeichen eines solchen Staats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Diese sehr unpassend hierher statt hinter § 135 gestellte Bestimmung entspricht „den herrschenden Ansichten über die gegenseitige Achtung der Nationen“ (Motive), so daß die Überschrift des Abschnitts keine Anwendung auf sie leidet, ein Freundschaftsverhältnis zwischen dem Deutschen Reich und dem fremden Staate nicht zu bestehen braucht: Werner 381, Hälschner II 776, Lisshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Binding II 502, Frank N. I, Meves S. 5. IV 303, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze Anh. 13. Verbürgung der Gegenseitigkeit und Straf-antrag wird nicht gefordert.

2. Abgesehen von der Person des Angegriffenen: der ausländische Staat, nicht aber dessen Landesherr, ist der Tatbestand derselbe wie in § 135, so daß auf die Ausführungen zu letzterem verwiesen werden kann.

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen In- und Ausländer, nicht ob die Autoritäts- oder Hoheitszeichen sich im In- oder Auslande befinden, so daß die §§ 3, 4 volle Anwendung finden: Binding Lehrb. II 502, Frank N. II, Hälschner II 776, Oppenhoff-Delius N. 2. Die Ansicht von Meyer-Wald 556, Lisshausen N. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 2, daß die Zeichen sich im Inlande befinden müssen, ist gar nicht zu begründen.

§ 104.

Wer sich gegen einen bei dem Reich, einem bundesfürstlichen Hofe oder bei dem Senate einer der freien Hansestädte beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträger einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Beleidigten ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

1. Vgl. § 103 Nr. 1. Täter kann auch hier ein In- oder Ausländer sein, wobei § 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, § 5 in Anwendung kommen. Antragsberechtigt ist nur der Beleidigte, nicht die auswärtige Regierung, da die Anwendung des § 196 ausgeschlossen ist: Olshausen Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 3. „Bundesfürstlicher Hof“ ist eine schiele Bezeichnung für „Bundesstaat“; der korrekte Ausdruck wäre gewesen unter Weglassung der Senate: „bei dem Reich oder einem Bundesstaat“.

2. Wegen der Verfolgung im Wege der Privatklage vgl. § 103 Nr. 3; auch v. Liszt 553 Nr. 3 hält sie hier für möglich.

3. Der Staat, den der Gesandte oder Geschäftsträger vertritt, muß ein ausländischer und befreundeter Staat sein, wie aus der systematischen Stellung des § 104 hervorgeht. Daß er ein befreundeter sein müsse, wird gegen Frank N., Meves S. 5. IV 300 und Olshausen Nr. 2 bestritten von Hälschner II 776, weil auch der Vertreter eines feindlichen Staates seine völkerrechtliche Stellung behalte, bis er das Staatsgebiet verlassen habe. Aber es handelt sich hier nicht um die völkerrechtliche Stellung, d. h. um die Immunität, sondern um einen gegen einen dritten Delinquenten gewährten besonderen strafrechtlichen Schutz. Ist das Freundschaftsverhältnis aufgehoben, so kommen die Bestimmungen des Abschn. 14 in Anwendung. Daraus, daß der vertretene Staat ein nicht zum Deutschen Reich gehörender sein muß, folgt auch, daß § 104 auf die Vertreter eines deutschen Bundesstaates bei einem anderen keine Anwendung findet: Frank N. M. Olshausen Nr. 2, der jedoch übersieht, daß die Bundesstaaten in ihrem Verhältnis zueinander keine völkerrechtlich befreundete, sondern bundesstaatlich verbündete sind.

Fünfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte.

1. In den Motiven wird darauf hingewiesen, daß der durch diesen Abschnitt gewährte Schutz nicht über das Bundesgebiet hinausgreift. Dies wird ohnehin angenommen werden müssen. „Spricht“, so sagt Binding Lebr. II 373, „das Strafgesetz eines bestimmten Gemeinwezens, wie das StGB., ohne jede weitere Bezeichnung vom Schutze des Staates, des Staatsvolkes, der Staatsgewalt, der Staatseinrichtungen, der bürgerlichen Rechte, der Behörden und Beamten, spricht es schlechthin von Akten des öffentlichen Lebens, von öffentlichen Angelegenheiten, von öffentlichen Ämtern, so muß bei dem ganz überwiegenden Interesse der Pflege des eigenen Staates, des eigenen Volkes, der eigenen Behörden und Beamten, des inländischen öffentlichen Lebens unbedingt angenommen werden, daß es den inländischen Staat und sein Staatsvolk, die inländischen Behörden und Beamten, die öffentlichen Angelegenheiten des Inlandes allein im Auge hat.“ Übereinstimmend Frank N., Olshausen Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 1, Schütze 257 Nr. 101; a. M. Meyer-Malfeld 535 und in gewisser Weise auch Schütze 260 Nr. 4. Ein ähnliches Gebaren mit Bezug auf das Ausland ist nach dem StGB. nur soweit strafbar, als es zugleich ein anderes, in ihm vorgeesehenes Delikt enthält.

2. Wie wenig zutreffend auch die Überschrift dieses Abschnitts ist, so ist es doch unzweifelhaft, daß in ihm nur die Ausübung gewisser „staatsbürgerlicher Rechte“ berücksichtigt ist. Somit ist in ihm keine Materie im Sinne CG. § 2 geregelt und hat die Landesgesetzgebung in Bezug auf die Ausübung anderer staatsbürgerlichen Rechte freie Hand: Binding Handb. I 322, Hälschner I 114, Olshausen Nr. 3.

§ 105.

Wer es unternimmt, den Senat oder die Bürgerchaft einer der freien Hansestädte, eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter Einem Jahre ein.

1. Objekt des Deliktes sind im Ganzen und in ihren Mitgliedern

- a) der Reichstag;
- b) die Landtage oder Kammern der monarchischen Bundesstaaten und des Reichslandes Elsaß-Lothringen; vgl. oben § 11 R. 2 und Bindig Lehrb. II 818, Frank R. I, Hälschner II 780, Merkel 386, Meyer-Altfeld 546, Elshausen R. 1, Rüdorff-Stenglein R. 2;
- c) die Bürgerchaften der freien Hansestädte;
- d) der Bundesrat: Frank R. I, Hälschner II 780, v. Liszt 549 R. 1, Meyer-Altfeld 545, Elshausen R. 1, Oppenhoff-Delius R. 2, Rüdorff-Stenglein R. 2, Schüze 256 R. 6, v. Schwarze R. 1; RG. 14./12. 82 G. 7 382; a. M. Bindig Lehrb. II 817;
- e) die Senate der freien Hansestädte.

Nach der vereinzelt Ansicht Bindings Lehrb. II 377, 378, 818 gehören zu den gesetzgebenden Versammlungen auch die Kollegien, welche an dem Zustandekommen der Lokalstatuten und Polizeistrafverordnungen der Gemeinden und Gemeindeverbände mitzuwirken haben. Mit demselben Recht könnte man auch diejenigen adeligen Häuser, welche das Recht der sog. Hausgesetzgebung haben, für gesetzgebende Versammlungen erklären.

Geschützt ist die Versammlung als solche, so daß die Sprengung, Nötigung, Entfernung einzelner Mitglieder sich nicht gegen einzelne Kommissionen, sondern gegen das Plenum richten muß: Bindig Lehrb. II 818, 821, Frank R. I, Hälschner II 780 R. 1, Merkel 386, Meyer-Altfeld 546, Elshausen R. 4, Oppenhoff-Delius R. 3, Rüdorff-Stenglein R. 3, v. Schwarze R. 1; a. M. John S. S. III 79 und v. Liszt 549. Richtet sich der Angriff gegen eine Abteilung oder Kommission, so findet §§ 239 oder 240 Anwendung.

2. Das Unternehmen des § 105 muß dahin gehen:

- a) eine der genannten Versammlungen auseinander zu sprengen oder
- b) zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder
- c) Mitglieder aus ihr gewaltsam zu entfernen.

Die Sprengung und Entfernung muß eine gewalttätige sein. Die Gewalt ist entweder eine unmittelbare physische, vis absoluta, oder eine Drohung unter Hinweisung auf die physische Gewalt, vis compulsiva, vgl. § 81 R. 2: Elshausen R. 3 Abj. 2. Die Nötigung kann durch jede Zufügung oder Androhung irgend eines Übels erfolgen. Daß die Gewalt und Nötigung sich unmittelbar gegen die Person richten, wird nicht gefordert.

Nach Hälschner II 781 ist zur Sprengung und Entfernung vis absoluta erforderlich und kann die Nötigung nur durch vis compulsiva geschehen. Nach Geyer II 133 kann die Entfernung durch Drohungen nicht bewirkt werden. Bindig II 819 zieht die §§ 106, 107 zur ergänzenden Erklärung heran und verlangt physische Gewalt oder Bedrohung mit einer strafbaren Handlung; ebenso Frank R. II.

Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit greift entschieden Platz. Die Versammlung muß daher in gesetzlicher Weise verammelt sein, der Beschluß, zu dessen Unterlassung sie genötigt werden soll, zu ihrer Zuständigkeit gehören. Ebenso ist § 105 nicht gegeben, wenn die Ausschliefung eines Mitgliedes nach Verfassung oder Geschäftsordnung zulässig ist und gegen den Widerstrebenden gewaltsam durchgesetzt wird. Der gewaltsam Entfernte macht sich des Hausfriedensbruchs nach § 123 und, wenn die ermittelnden Personen Beamte sind, des Widerstandes nach § 113 schuldig.

3. Das Gesetz bedroht — hier und in den §§ 114, 122, 159, 214, 357 — das „Unternehmen“. In § 82 ist der Begriff des Unternehmens nur für den Hochverrat festgestellt; vgl. § 82 R. 2. M. M., nämlich, daß die Definition des § 82 generell maßgebend sei, sind Oppenhoff-Delius R. 1, Schüze 256 R. 7 und Wachenfeld HSt. II 268.

Die anderen Autoren lehnen die Heranziehung des § 82 ab, sind aber wiederum unter sich verschiedener Ansicht.

Für den Versuch und die Vollendung umfassen erklären das Unternehmen Berner 382, Bindig Lehrb. I 12, II 819, Hälschner II 780, John S. S. III 80, Merkel 386, Rüdorff-Stenglein §§ 43 R. 9, 114 R. 1, v. Schwarze R. 8, Wächter 200. Dagegen umfaßt nach Virkmeyer ErzHf. 1117, Geyer II 312, v. Liszt 203, Meyer-Altfeld 169 und Elshausen R. 2 das Unternehmen alle auf die Verwirklichung des Tatbestandes abzielenden Handlungen einschließlich nicht bloß des Versuchs, sondern auch der Vorbereitungs-handlungen. Dafür, daß auch die Vorbereitungs-handlungen hierher gehören, beruft man sich auf den „allgemeinen Sprachgebrauch“, den Frank mit Recht beitreitet und die nichtjuristische Literatur nicht kennt; vgl. z. B. die Anfangsworte von Niebuhrs römischer und Gerwinus' Literaturgeschichte. Nach Frank R. II „bedeutet Unternehmen nur den planmäßig vorbereiteten und mit Überlegung ausgeführten Versuch“ und nach Bindig Lehrb. II 163 R. 5 „bedeutet Unternehmen nichts anderes als Versuchen“.

Die erste dieser beiden Ansichten ist die richtige. Wie bereits § 43 R. 5d bemerkt worden, umfaßt das Unternehmen die gesamte auf die Realisierung des objektiven Tatbestandes gerichtete Tätigkeit einschließlich der Versuchs-, jedoch ausschließlich der Vorbereitungs-handlungen, so daß

das Maß der Entfernung dieser Tätigkeit von der Vollenbung nur als Strafzumessungsgrund in Betracht kommt. Hiermit, insbesondere mit der Ausschließung der Vorbereitungsbandlungen, stimmt auch der höchste Gerichtshof überein: RG. 4./6. 83 C. 8 354, 4./2. 87 C. 15 259, 16. 6. 96 C. 29 15, 26./3. 09 C. 42 266 (sehr eingehend).

Ist das Delikt somit schon durch jede Verjuchshandlung vollendet, so ist sein Verjuch, welcher ja eben Vollenbung sein würde, nicht denkbar: Berner 140, Binding Lehrb. II 817, Hälschner II 780, Lisshaujen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 8. Folgeredht ist auch ein „Rücktritt vom Verjuch“ ausgeschlossen, den Binding a. a. O. und v. Wächter 200 allerdings für möglich halten. Frank N. III hält auch hier seine Definition fest und läßt die Regel des § 44 gelten, wenn nicht überlegt, nicht planmäßig vorgegangen ist. Daher liegt nach ihm „kein Grund vor, die Anwendbarkeit „des § 46 auszuschließen, und zwar befreit der Rücktritt vom Verjuche auch dann, wenn ein Unternehmen in dem erwähnten Sinne vorliegt“. Also obgleich durch die Handlung das Delikt als nicht bloß versucht, sondern als vollendet zu gelten hat? Vgl. § 46 N. 7.

4. Nach Frank N. IV und Oppenhoff-Delius N. 7 ist Idealkonkurrenz mit § 81 Nr. 2 möglich. Hiergegen mit Recht Binding Lehrb. II 820 und Hälschner II 779.

5. Wegen des Zuchthausjes vgl. § 20.

§ 106.

Wer ein Mitglied einer der vorbezeichneten Versammlungen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zwei Jahren ein.

1. Das Delikt richtet sich unmittelbar nicht gegen die Versammlung als solche, sondern gegen einzelne Mitglieder, wobei allerdings die Grenze zwischen der Hinderung der Versammlung am Beschließen und der Hinderung einzelner Mitglieder am Stimmen, d. h. an der Beteiligung am Beschließen, eine numerische, also nicht allgemein feststellbare ist. Unter Ort ist nicht die Gemeinde, die Stadt zu verstehen, vielmehr will das Gesetz den Verkehr der Mitglieder mit den zur Abhaltung der Sitzungen bestimmten Geschäftslokalitäten, diese in weitestem Umfange genommen, unbehindert stellen, wofern es sich eben um die Mitgliedschaft zur Versammlung handelt, wobei nicht gerade eine Sitzung anberaumt zu sein braucht, zu welcher das Mitglied sich begeben will, vielmehr jeder beruämäßige Zweck genügt: Binding Lehrb. II 826, Hälschner II 782, Lisshaujen N. 2a. Stimmen ist die Ausübung des Stimmrechts, sei es durch Abstimmung, sei es durch Stimmenthaltung, so daß das Delikt begangen werden kann sowohl durch Zwang zur Unterlassung der Stimmabgabe als auch zur Abgabe wider den Willen des Abstimmenden: Binding a. a. O.; nach Merkel 387 gehört die Nötigung zur Ausübung des Rechts nicht hierher, fällt also unter § 240. Ob es sich um die Abstimmung im Plenum oder in einer Kommission handelt, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 827, Geher II 133, Hälschner II 782, John S. S. III 82, Meyer-Wisfeld 546, Lisshaujen N. 2b, Rüdorff-Stenglein N. 6; nur die Abstimmung im Plenum rechnen hierher Merkel 386, Oppenhoff-Delius N. 6 und Schütze 257 N. 9.

Wegen des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit vgl. § 105 Nr. 2 Abj. 3.

2. Die Verhinderung muß erfolgen entweder durch Gewalt, gerade so wie im Falle des § 105, vgl. § 105 Nr. 2 Abj. 1, oder durch die Bedrohung mit einer strafbaren Handlung, also Verbrechen, Vergehen oder Übertretung. Auch hier wird nicht gefordert, daß die Gewalt, die Bedrohung sich unmittelbar gegen die Person des Mitgliedes richten: Binding Lehrb. II 825, Lisshaujen N. 3 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Frank N. I und Oppenhoff-Delius N. 2. Für den Bedrohten kommt es nur darauf an, daß das angebrohte Übel geeignet ist, die von dem Drohenden gewollte Einwirkung auszuüben, nicht darauf, daß er das Gebrohte als strafbare Handlung erkennt: Hälschner Lehrb. II 782 N. 3, John S. S. III 82, Lisshaujen N. 3 Abj. 1; a. M. Oppenhoff-Delius N. 2. Noch weniger ist erforderlich, daß die juristische Qualifikation der strafbaren Handlung erkennbar ist: John, Oppenhoff-Delius und Lisshaujen a. a. O.; a. M. anscheinend Rüdorff-Stenglein N. 3.

Ist der Täter ein Beamter, so genügt es nach § 339, wenn die Handlung durch Mißbrauch oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt begangen wird.

3. Wegen des Zuchthausjes vgl. § 20.

§ 107.

Wer einen Deutschen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte zu wählen oder zu stimmen, wird mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten oder mit Festungshaft bis zu fünf Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Man unterscheidet die Privatrechte und die staatsbürgerlichen Rechte. Die ersteren werden vom Staate mehr anerkannt als geschaffen, mehr geschützt als beherrscht, und zwar auch dann anerkannt und geschützt, wenn sie einem Nichtdeutschen zustehen. Die letzteren sind diejenigen öffentlichen Rechte, welche dem Staatsangehörigen wegen seiner rechtlichen Eigenschaft als Mitglied der Staatsgenossenschaft vom Staate gewährt werden. Sie zerfallen wieder in die staatsbürgerlichen Rechte im engeren Sinn oder eigentlichen politischen, d. h. diejenigen Rechte, welche sich auf die unmittelbare Teilnahme an dem Staats- und Gemeindeleben beziehen, und in die bürgerlichen Rechte. Die staatsbürgerlichen Rechte im engeren Sinn, welche also nur dem Inländer, nicht dem Ausländer zustehen und die Erfüllung gewisser durch die Verfassung oder durch Spezialgesetz näher bestimmter Erfordernisse voraussetzen, gliedern sich in die

- a) Teilnahme an der Volksvertretung (aktives und passives Wahlrecht);
- b) Fähigkeit, bei der Ausübung der Gerichtsbarkeit (als Schiedsmann, Handelsrichter, Schöffe, Geschworener) mitzuwirken;
- c) Fähigkeit zur Erlangung von Staatsämtern;
- d) Teilnahme an den Funktionen der Selbstverwaltung.

Diese staatsbürgerlichen Rechte im engeren Sinn oder politischen Rechte, im Gegensatz zu den öffentlichen Angelegenheiten der §§ 108, 109, sind in § 107 gemeint, welcher sich also auf diejenige wählende und abstimmende Tätigkeit bezieht, die ein Deutscher in Angelegenheiten des Reiches bzw. des Staates und seiner Gebietskörperschaften vornimmt. Kirchliche Angelegenheiten sind zwar öffentliche, nicht aber staatliche, da die Kirchen Korporationen des öffentlichen Rechts, nicht aber staatliche Institute und Verbände sind. Der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten umfaßt zwar auch die staatsbürgerlichen, ist aber der weitere.

Hiermit stimmen überein Berner 383, Binding Lehrb. II 822, Meyer II 133, v. Liszt 550, Merkel 387, Meyer-Wilfeld 552, Rüdorff-Stenglein N. 1, allerdings mit der Maßgabe, daß sie unter den öffentlichen Angelegenheiten der §§ 108, 109 nur die staatsbürgerlichen des § 107 verstehen. Umgekehrt verstehen Oppenhoff-Delius N. 2 und Schütze 257 N. 11 unter den staatsbürgerlichen eben die öffentlichen Angelegenheiten der §§ 108, 109, ziehen also auch die kirchlichen Wahlen hierher. Franf N. I schließt die kirchlichen Wahlen nur da, wo das Territorialsystem nicht gilt, und allgemein die Wahlen in Gemeinde- und sonstigen kommunalen Angelegenheiten aus. Döschaujen N. 2 bezieht § 107 nur auf solche Wahlen, die ein Deutscher in seiner Eigenschaft als Staatsbürger, nicht aber in anderer Eigenschaft, namentlich als Mitglied einer politischen und kirchlichen Gemeinde, vorzunehmen hat. Völlig der hier aufgestellten Ansicht ist Hälschner II 783/784 und jetzt auch das Reichsgericht, dessen Urteil v. 30./1. 08 E. 41 121 von Döschaujen irrig für seine Ansicht angeführt wird. In diesem Urteil wird ebenso wie in dem früheren v. 9./11. 82 E. 7 223 festgestellt, daß § 107 sich auf die „Wahlen in Angelegenheiten des Staats und seiner Gebietskörperschaften“ bezieht, und das frühere Urteil v. 9./11. 82 nur soweit fallengelassen, als dieses unter den öffentlichen Angelegenheiten der §§ 108, 109 eben nur die staatsbürgerlichen des § 107 begreift.

Der Wahlzwang bei Wahlen, welche ausschließlich unter §§ 108, 109 fallen, wird nach § 240 bestraft, also befreundeterweise mit geringerer Strafe als Wahlfälschung und Stimmenjacher bei den gleichen Wahlen.

2. Wahlen und Stimmen sind keineswegs, wie Hälschner II 784 und John S. S. III 84 meinen, identisch, da zwar jedes Wählen auch ein Stimmen ist, nicht aber umgekehrt: Döschaujen N. 4, Binding Lehrb. II 823. Wenn Berner 383 behauptet, es handele sich nur um Wahlen zu, nicht um Wahlen und Abstimmungen in den Vertretungen, sofern letztere nicht selbst wieder als Wahlkörper auftreten, z. B. die Stadtverordneten zur Wahl eines Provinzialvertreters oder Bürgermeisters, so ermangelt diese Behauptung, bei welcher das nicht im Wählen bestehende Stimmen ansehnend ganz eliminiert wird, des gesetzlichen Anhalts: Binding Lehrb. II 824 N. 1.

Das Gesetz will das Recht des Wählens und Stimmens in jeder Beziehung schützen. Eine Verhinderung liegt also vor, wenn der Berechtigte genötigt wird, das Wählen und Stimmen zu unterlassen oder anders zu wählen und zu stimmen als er will, oder zu wählen und zu stimmen, obgleich er nicht wählen und stimmen will: Berner 383, Binding Lehrb. II 826, Oppenhoff-Delius

№. 3, Rüdorff-Stenglein №. 2, Schütze 257 №. 12. Dagegen nehmen Frank №. II, v. Liszt 550, Merkel 387 und Olshausen №. 3 an, daß die Nötigung zur Handlung des Wählens usw. unter § 240 falle.

Wegen der Mittel der Verhinderung vgl. §§ 105 №. 2 Abj. 1 und 106 №. 2.

Ist der Täter ein Beamter, so genügt es nach § 339 auch hier, wenn die Handlung durch Mißbrauch oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt begangen wird.

3. In Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung ist der Mindestbetrag der Festungshaft Ein Tag: Hälschner II 785, Olshausen №. 6, Oppenhoff-Delius №. 6, Rüdorff-Stenglein №. 4, v. Schwarze №. 7. Es ist klar, daß hier ein Versehen des Gesetzgebers vorliegt, aber es ist nicht gestattet, deshalb mit Schütze 359 №. 11 auch bei der Festungshaft als Mindestbetrag sechs Monate zu nehmen.

§ 108.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt oder das Ergebnis verfälscht, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu drei Jahren bestraft.

Wird die Handlung von Jemand begangen, welcher nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeschäfte beauftragt ist, so tritt Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren ein.

Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Die Bestimmung ist insofern fehlerhaft gestaltet, als das einfache Delikt (Abj. 2) dem qualifizierten (Abj. 1) nachgestellt ist. Wer in einer öffentlichen Angelegenheit ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt oder das Ergebnis verfälscht, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, war er mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder Zeichen oder mit der Führung des Wahlprotokolls beauftragt, mit Gefängnis von Einer Woche bis zu drei Jahren bestraft; in beiden Fällen kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Erforderlich ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes bzw. der Bedeutung des Wortes „verfälschen“, Vorwissen, also das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes, was bezüglich der Herbeiführung eines unrichtigen Ergebnisses auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter auf bloße Fahrlässigkeit gar nicht berufen hat.

Das qualifizierte Delikt setzt voraus, daß der Täter eine der in Abj. 1 speziell benannten Tätigkeiten wahrgenommen hat, so daß die Wahrnehmung „einer anderen Verrichtung“ nicht hinreicht: Frank №. II, Olshausen №. 5, Rüdorff-Stenglein №. 3; a. M. Binding Lehrb. II 831, Hälschner II 785, John D. S. III 87 №. 1, 88 №. 3.

2. Wie bereits zu § 107 №. 1 ausgeführt wurde, ist der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten ein weiterer als der der staatsbürgerlichen; indem er alle diejenigen Angelegenheiten umfaßt, welche die Interessen von Staat, Kirche und Gesellschaft, also wenn auch möglicherweise zugleich mit, doch nicht ausschließlich Privatinteressen berühren, z. B. religiöse und kirchliche Angelegenheiten, Universtitäten, Akademien, öffentliche Krankenhäuser, Erbskrankenkassen, Leich- und Sichelverbände usw. Die §§ 108, 109 beziehen sich auf einen Kreis von Wahlen, der zwar diejenigen in Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte im engeren Sinne gleichfalls umfaßt, darüber hinaus aber auch Wahlen in allen anderen Angelegenheiten öffentlicher Art, bei denen das Wahlrecht des Wählers nicht notwendig von seiner Stellung in Staat und Gemeinde abhängt und deren Zweck nicht gerade die Schaffung staatlicher Vertretungskörper sein muß: RG. 25./1. 92 C. 22 337, 30./1. 08 C. 41 121.

3. Unter Wahlhandlung ist nur der eigentliche durch Ausübung des Wahlrechts seitens der Wähler sich vollziehende Wahlakt zu verstehen: RG. 2./6. 90 C. 20 420. Die Wahlhandlung verliert ihren Charakter als solche nicht dadurch, daß Verstöße gegen das Wahlreglement vorgekommen sind, welche die Ungültigkeitserklärung der Wahl nachzuziehen können: Binding Lehrb. II 828 („wofern der Wahl- und Abstimmungsakt nur ernsthaft vorgenommen war“). Olshausen №. 2a; RG. 23./6. 82 C. 6 351. Allerdings können, wie Olshausen zutreffend bemerkt, die Verstöße so stark sein, daß der Akt als Wahlhandlung nicht mehr anzusehen ist.

4. Das Ergebnis der Wahlhandlung ist somit nicht gleichbedeutend mit dem Ergebnis der Wahl, sondern liegt schon vor, sobald der einzelne konkrete Wahlakt, in welchem sich die Wahl-

handlung durch Vornahme der Wahl vollzieht, abgeschlossen ist und als solcher festgestellt werden kann. Es ist richtig, wenn durch die vollzogene Wahl der in gesetzmäßiger Weise erklärte Wille der Wähler überall zum wahren Ausdruck gelangt ist. Es ist unrichtig, wenn die Wahlausübung zwar unter der Form der gesetzmäßig vollzogenen Wahl, aber tatsächlich in ungesetzlicher Weise stattgefunden hat und das dadurch tatsächlich herbeigeführte Stimmenverhältnis ein anderes geworden ist, als es bei ordnungsmäßigem Vollzug der Wahlhandlung gewesen wäre. Ob im Endresultat der Wahl etwas geändert, ob insbesondere eine Änderung in der Person des Gewählten herbeigeführt wurde, ist gleichgültig: RG. 6./10. 81 E. 5 49, 20./10. 82 E. 7 144, 2./6. 90 E. 20 420. Jede vorzäsliche Handlung, welche mit einem unrichtigen Ergebnis der Wahlhandlung in erweislichem Zusammenhang steht, durch welche also das unrichtige Ergebnis als gewollter Erfolg herbeigeführt wird, begründet den Tatbestand: Binding Lehrb. II 830, Oshausen N. 2a; RG. 31./1. 84 E. 10 60. 3. B. eine zur Wählerliste abgegebene falsche Erklärung, auf Grund deren die Eintragung in die Liste und demnächst die Zulassung zur Wahl erfolgt. Oder die Abgabe eines Stimmzettels für einen Anderen unter Mißbrauch dessen Namens, ohne daß es darauf ankommt, daß der Unberechtigte demselben Kandidaten die Stimme gab, dem der Berechtigte sie gegeben haben würde.

Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes ist nicht so sehr die Wahrung der äußeren Form der Wahl, wie vielmehr die sachliche Richtigkeit des Wahlergebnisses. Daher führt auch derjenige ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung herbei, welcher seine ohne sein Zutun erfolgte gesetzwidrige Aufnahme in die Wählerliste zum Wählen benutzt: Binding Lehrb. II 830 N. 3, Franf N. III 1, v. Liszt 551 N. 5, Oshausen N. 2a; RG. 11./6. 04 E. 37 233, 8./11. 04 E. 37 297, 7./2. 05 E. 37 380, 30./1. 08 E. 41 121; a. M. unter Anlehnung an die frühere entgegenstehende Ansicht des RG. Oppenhoff-Delius N. 9 und Rüdorff-Stenglein N. 3. Hierher gehört der Fall, wenn ein Wähler zum Reichstage, der ein doppeltes Domizil hat und in beiden in die Wählerliste eingetragen ist, an beiden Stellen wählt.

5. Die Verfälschung des Ergebnisses einer Wahlhandlung hat ein durch Vollzug der Wahlhandlung bereits gewonnenes, wenn auch noch nicht festgestelltes Ergebnis zum Gegenstande; dieses wird verfälscht, wenn seine Ermittlung und Feststellung in einer der tatsächlich geschehenen Ausübung des Wahlrechts nicht entsprechenden Weise dergestalt geschieht, daß an Stelle des wirklich vorliegenden richtigen Ergebnisses ein anderes unter dem Scheine, daß es das richtige sei, zur Darstellung gelangt; z. B. die tatsächlich abgegebenen Stimmen werden bei Ermittlung des Ergebnisses falsch gezählt, oder an Stelle der Namen der Personen, auf welche die ordnungsmäßig abgegebenen Wahlzettel lauten, werden andere Namen als gewählt verkündet: v. Liszt 551, Oshausen N. 2b; RG. 2./6. 90 E. 20 420.

6. Die Handlung des Täters muß die Existenz eines unrichtigen Ergebnisses der Wahlhandlung zur Folge haben. Tritt dieser Erfolg nicht ein, z. B. weil eine ungültige Stimme sofort als solche erkannt wird, so liegt nur ein — strafloser — Versuch vor: Binding Lehrb. II 830 N. 2, Oshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Auf der anderen Seite ist ein formeller Abschluß der ganzen Wahlhandlung zur Vollendung nicht erforderlich, insbesondere nicht, wie Franf N. III 2 und ähnlich Binding 831 meinen, bei der Verfälschung des Wahlergebnisses die falsche Konstatierung in amtlicher Form: Oshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 2./6. 90 E. 20 420.

7. Bei der falschen Beurkundung, welche auch nach Feststellung des richtigen Ergebnisses erfolgen kann, ist Idealkonkurrenz mit § 348 denkbar: Binding Lehrb. II 831 N. 3, Franf N. IV.

§ 109.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Das Delikt des § 109, also der Stimmentauf oder die Wahlbestechung oder nach Bindings Lehrb. II 832 N. 1 hübscher Bezeichnung der Stimmenwucher ist trotz des vom Gesetz gebrauchten Ausdrucks kein Kaufgeschäft, sondern, wenn man es unter eine der zivilistischen Kontraktformen unterreihen will, nach der früheren Terminologie ein sog. Zumontatkontrakt *do ut facias* oder *facio ut facias*, da weder die Stimme eine Sache, noch der Preis in Geld oder überhaupt in Gaben zu bestehen braucht. Es sind jedoch überhaupt nicht die zivilrechtlichen Grundzüge, sondern die Anschauung des gemeinen Lebens maßgebend: RG. 9./4. 88 E. 17 296. Daß das Geschäft zivilrechtlich (BGB. § 138) unbedingt nichtig, ist für den Tatbestand des Delikts ohne Bedeutung: RG. 3. 4. 82 E. 6 194.

2. a) Subjekt des Delikts ist auf Seite des Käufers jeder Beliebige, nicht bloß der Wahlkandidat, auf Seite des Verkäufers der Stimmberechtigte.

b) Erforderlich ist die ausdrückliche oder aus schlüssigen Handlungen zu entnehmende Vereinbarung, daß der Verkäufer sein Stimmrecht zugunsten eines vom Käufer zu bestimmenden Wahlkandidaten ausüben, der Käufer dem Verkäufer einen Vorteil zuwenden soll: Frank N. I, Geher II 134, Hälshner II 387, v. Liszt 551 N. 6, Meyer-Altfeld 552, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Schüze 258, v. Schwarze N. 5: RG. 3./4. 82 E. 6 194, 9./1. 88 E. 17 101, 9./4. 88 E. 17 296. Mit dieser endlichen Willenseinigung ist das Delikt vollendet, ohne daß es darauf ankommt, ob der als Äquivalent vereinbarte Vorteil wirklich geleistet und ob die Stimme wirklich abgegeben wird. Das bloß einseitige Anbieten stellt nur einen straflosen Versuch dar: Frank, Geher und Olshausen a. a. O., v. Liszt a. a. O. und 463, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 3./4. 82 und 9./1. 88 a. a. O. Nach Binding Lehrb. II 833 und John S. S. III 89 tritt die Vollendung erst mit der Ausübung des Stimmrechts ein, da nach ihrer Ansicht die Strafandrohung nicht so sehr gegen die Bindung des Wahlrechts, sondern gegen die „Berunreinigung des Wahlaktes“ gerichtet ist. Dazu paßt es schlecht, daß auch nach ihrer Ansicht die Straffälligkeit dann eintritt, wenn der Wähler seiner Überzeugung treu und gegen seine Zusage stimmt.

c) Gegenstand der Willenseinigung ist die Wahlstimme. Sie wird nach Olshausens übertrieben zivilistischen Ausdruck „entäußert“. Regelmäßig verpflichtet der Verkäufer sich, seine Stimme zugunsten des vom Käufer bezeichneten Kandidaten abzugeben. Ein Stimmentausch liegt aber auch dann vor, wenn der Wähler sich zur Stimmenthaltung verpflichtet: Berner 385, Binding Lehrb. II 835, v. Liszt a. a. O. (falls nicht der Schlußsatz der N. 6 einen Widerspruch enthält), Merkel 386, Meyer-Altfeld 552. N. N. sind, weil sich der Wähler seiner Wahlstimme durch die Stimmenthaltung nicht „entäußere“, Frank N. III, Geher II 134, Hälshner II 387, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schüze 258 N. 4, mit Unrecht, denn wenn man überhaupt von einem Entäußern sprechen will, so liegt dieses ebenso gut in der Übernahme der Verpflichtung, gar nicht stimmen zu wollen, denn auch das Nichtstimmen ist ein Ausüben des Stimmrechts.

Der Umstand, daß der Wähler den ihm vorgeschriebenen Kandidaten ohnehin gewählt haben würde, steht dem Tatbestande nicht entgegen, weil ja immerhin eine Willenseinigung vorliegt: Binding Lehrb. II 835, Frank N. II, Hälshner II 787, Olshausen N. 3 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 15./11. 83 E. 9 197, 9./4. 88 E. 17 296.

Ist der Verkäufer entschlossen, auf jeden Fall nur nach seiner eigenen Überzeugung zu stimmen, so liegt nach der Ansicht von Frank N. II, Hälshner II 787, Olshausen N. 3 Abs. 4 und Oppenhoff-Delius N. 4 mangels der erforderlichen Willenseinigung das Delikt nicht vor. Aber daß eine *reservatio mentalis* nichts nützt und ein von vornherein bestehender Entschluß, den andern Teil zu betrügen, selbst den zivilistischen Kauf nicht ungültig macht, bedarf keiner weiteren Ausführung. Diese Ansicht, welche, wie Binding Lehrb. II 835 N. 7, mit welchem auch Rüdorff-Stenglein N. 4 übereinstimmt, mit Recht bemerkt, die schlimmsten Stimmgauner straflos läßt, scheidet auf Schritt und Tritt. Wie ist es nämlich, wenn auch der Käufer von vornherein nur denjenigen Kandidaten im Auge hat, für welchen der Verkäufer schon nach eigener Überzeugung gestimmt haben würde — siehe den vorigen Absatz —? Oder wenn der Käufer seinerseits von vornherein entschlossen ist, den als Äquivalent versprochenen Vorteil nicht zu gewähren? Oder wenn der Wähler seine Stimme an Mehrere in entgegengesetzter Richtung verkauft und keinem Käufer gegenüber sein Versprechen ernstlich nimmt? Er müßte also um so strafloser sein, je umfangreicher er den Stimmenschacher triebe!

d) Der Käufer verpflichtet sich zur Leistung eines Äquivalents, zur Gewährung eines dem persönlichen Interesse des Verkäufers dienenden materiellen Vorteils, der nicht notwendig ein Vermögensvorteil zu sein braucht: Binding Lehrb. II 836, Merkel 387, Meyer-Altfeld 552, Olshausen N. 4, Schüze 258: RG. 9./4. 88 E. 17 296; a. M. Berner 384 (Vermögensvorteile), Geher II 134, John S. S. III 89 und v. Liszt 551 N. 6, 258 (Vorteile irgendwelcher Art). Der Vorteil, welcher nicht notwendig aus den eigenen Mitteln des Käufers zu fließen braucht: RG. a. a. O., muß der Preis für die Stimmware sein. Nach dem Ausdruck Bindings Lehrb. II 837 muß er „geboten und genommen werden lediglich für den Wahlvordienst, nicht dafür, daß der „Wahlberechtigte überhaupt, aber ganz frei, von seinem Rechte Gebrauch mache, nicht als Ersatz für Auslagen, der ihm die Ausübung des Wahlrechts erleichtert. Wenn ich Personen, die „zu wählen wünschen, oder die träge zur Wahl sind, die Reisekosten zum Wahlort bezahle, ja „sie überreichlich entschädige, wenn ich Wahlberechtigte bewirte, um sie mir geneigt zu machen, „beide dafür aber nicht in Dienst und Pflicht nehme, so ist von Stimmentausch keine Rede, andernfalls aber allerdings.“ Vgl. auch Olshausen N. 4 und RG. 6. 11. 84 E. 11 218.

3. Es muß sich um die Wahl in einer öffentlichen Angelegenheit handeln. Vgl. § 108 N. 2.

Sechster Abschnitt.

Widerstand gegen die Staatsgewalt.

1. Wo nicht das Gegenteil besonders bestimmt ist, sind im StGB. unter Staats Einrichtungen nur die des Deutschen Reichs und der Bundesstaaten zu verstehen. Dies gilt insbesondere von den Bestimmungen dieses Abschnittes, wie von John S. S. III 91 und Rüdorff-Stenglein N. 1 ausgeführt wird. Hiermit stimmen ferner überein Binding Lehrb. II 374, 815, Birkmeyer Enzykl. 1193, Franke N., Geyer II 137, Hälshner II 790, v. Liszt 534, Mertel 388 (zweifelhaft wegen §§ 110—112), Olshausen N. 1, v. Wächter 505. N. N. sind Werner 385, Meyer-Wilfeld 535 und Schütze 260 N. 4; ebenso Oppenhoff-Delius N. 1 mit der eigentümlichen Einschränkung, daß Abschn. 6 — ebenso 7 — „nur auf solche Mißtaten Anwendung finden, welche gegen die „am Orte der Tat bestehende Staatsgewalt gerichtet sind“, wonach der im Ausland gegen eine deutsche Staatsgewalt gerichtete Widerstand straflos wäre. Das Reichsgericht hat 15./2. 83 G. S. 53 sich zur Ansicht Berners usw. bekannt, sie aber 12./4. 86 G. E. 14 124 verlassen. Somit ist der Widerstand gegen eine ausländische Staatsgewalt straflos, einerlei ob er im Inlande oder Auslande begangen wird. Wird der Widerstand gegen einen mit Erlaubnis der inländischen Behörde im Inlande stationierten ausländischen Beamten geleistet, so ist er nur strafbar, wenn der Beamte, z. B. ein russischer Polizeibeamter, eine ihm übertragene inländische Staatsgewalt ausübt: Olshausen N. 2, keineswegs aber allgemein, wie Binding Lehrb. II 376, Hälshner II 795 und Oppenhoff-Delius N. 2 annehmen. Außer Zweifel steht, daß die Bestimmungen auch dann Anwendung finden, wenn der Widerstand innerhalb des einen sich gegen die Staatsgewalt eines anderen Bundesstaates richtet: Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 a. G. — Vgl. 5. Abschn. N. 1.

2. Die Delikte des Abschn. 6 sind nicht als kriminalistische Einheit zu fassen, eine Materie im Sinne GG. § 2 liegt nicht vor, die Landesgesetzgebung kann somit ergänzend eingreifen: Binding Handb. I 322, Hälshner I 114, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Das Reichsgericht ist anderer Ansicht: 17./11. 87 G. E. 16 340, 20./2. 88 G. E. 17 134, aber die Landesgesetzgebung hat durch das, durch jene Rechtsprechung veranlaßte Gef. v. 29. März 1888 zum Einf. Gef. für Elsaß-Lothringen Art. II — oben S. 15 — sich zu der richtigen Ansicht bekannt.

§ 110.

Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zum Ungehorsam gegen Gesetze oder rechtsgültige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen auffordert, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Das Gesetz will die Staatsgewalt gegen die Untergrabung ihrer Autorität durch Aufforderung zum Ungehorsam schützen und setzt zugleich bestimmte Bedingungen fest, unter denen allein die Aufforderung gestraft wird.

2. Auffordern ist „eine Erklärung des Inhalts, daß ihr Adressat ein bestimmtes Verhalten „einschlagen solle“ (Franke N. II Abs. 1). Diese Kundgebung kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, durch Rede, Gebärde, Zeichen, Schriften, andere Darstellungen erfolgen: Binding Lehrb. II 843, Hälshner II 752, Olshausen N. 3, Schütze 238 N. 2: RG. 19./4. 81 G. E. 4 106. Sie kann als Rat, als Befehl, als Drohung formuliert werden. Somit kann sie auch unter dem Schein des Gegenteils, z. B. der Abmahnung, erfolgen, sofern nur ihr wahrer Charakter erkennbar ist. Dagegen geht es zu weit, mit RG. a. a. D. und Rüdorff-Stenglein N. 10 unter Aufforderung jede Kundgebung zu verstehen, welche eine Einwirkung auf den Willen Anderer bezweckt, sie also trotz der abweichenden Fassung mit der Anstiftung des § 48 gleichzustellen. Wie schwierig immerhin eine scharfe Unterscheidung bleibt, so werden doch Anpreisungen, Anreizen, beide ebenso wie die Aufforderung ein geeignetes Mittel zur Anstiftung, nicht als ein Auffordern im Sinne des § 110 betrachtet werden dürfen: Hälshner und Olshausen a. a. D., Mertel 151. Der Wunsch des Auffordernden, der Auffordernde möge den Ungehorsam begehen, muß in der Kundgebung erkennbar enthalten sein; daher ist jede Art einer listigen Tätigkeit, durch welche der Er-

Märende dem Anderen seinen Wunsch zu verbergen und ihn dennoch zum Ungehorsam zu bestimmen sucht, ausgeschlossen: Binding a. a. D., Hälschner I 407, Merkel a. a. D., Dshhausen § 49 a N. 5 a.

3. Aufgefordert wird zum Ungehorsam, also zur Nichtbefolgung eines Gebotes oder Verbotes. Der Ungehorsam kann ein aktiver und kann ein passiver sein, obgleich der aktive, wenn er sich gegen die Personen richtet, regelmäßig eine strafbare Handlung darstellt, also unter § 111 fallen wird: RG. 4./12. 90 C. 21 192. Streitig ist, in welchem Umfange zum Ungehorsam aufgefordert sein muß.

Nach der einen, insbesondere vom Reichsgericht befolgten Ansicht hat die Strafnorm des § 110 mit dem Gehorsam gegen Beamte und Behörden bzw. deren konkrete Amtshandlungen nichts zu tun, sind es vielmehr die in den Gesetzen, Verordnungen, Anordnungen der Obrigkeit ruhenden unpersönlichen Grundlagen der bestehenden Rechtsordnung, deren Autorität nicht durch Aufforderungen zur Mißachtung erschüttert werden soll. Der Begriff des Ungehorsams wird nach dieser Ansicht nicht schon durch jedes konkrete gesetzwidrige Verhalten, sondern erst dann erfüllt, wenn die Art des Handelns und die Umstände, unter denen es erfolgt, ergeben, daß das Gesetz schlechthin und überhaupt seine Autorität und bindende Kraft mißachtet und verneint wird. Dieser Ansicht sind Frank § 111 N. II 2, Hälschner II 796, Dshhausen N. 16, § 111 N. 9 c, Oppenhoff-Delius N. 7: RG. 21./10. 81 C. 5 60, 15./3. 84 C. 10 296, 3./12. 89 C. 20 63, 150, 4./12. 90 C. 21 192, 2./2. 91 C. 21 355, 27./10. 91 C. 22 185, 1./6. 93 C. 24 189. Dagegen meint Binding Lehrb. II 851—853, daß die Unterscheidung unhaltbar sei, es sich immer um Aufforderung zum konkreten Ungehorsam handle, und derselben Ansicht sind anscheinend auch v. Liszt 565 und Meyer-Altfeld 554 N. 4, während Rüdorff-Stenglein die erste Ansicht überhaupt verweist und Frank § 110 N. I Abf. 1 a. E. sich nicht bestimmt ausdrückt. Um ein Beispiel der ersten Ansicht zu nehmen! In einer sozialdemokratischen Versammlung wird aufgefordert, polizeiliche Vorladungen künftig nicht mehr zu befolgen: hier greift § 110 auf jeden Fall Platz. Nach stattdesgehabtem Straßentraktatwoll erläßt die Polizei Zeugenladungen und in der Versammlung wird aufgefordert, diesen Ladungen keine Folge zu leisten, da die Polizei zum Zeugnismzwang nicht befugt sei: hier greift § 110 nur unter der obigen Voraussetzung Platz. Für diese erste Ansicht spricht, daß anderenfalls nicht verständlich ist, warum § 111 eine geringere Strafe androht als § 110, aber dies kann wegen der Verworrenheit des geltenden Strafenystems nicht für ausschlaggebend erachtet werden. Für die zweite Ansicht spricht aber, daß Aufforderungen zu einem solchen allgemeinen Aufbäumen fast niemals vorkommen, wie auch in den reichsgerichtlichen Fällen konkrete Handlungen in Frage gestanden haben. Somit würde die erste Ansicht dahin führen, den § 110 nahezu unanwendbar zu machen. Das kann aber unmöglich die Aufgabe der Interpretation sein und widerspricht unzweifelhaft dem Willen des Gesetzgebers. Vielmehr sind beide Ansichten zu verbinden, der § 110 also anzuwenden, sowohl wenn es sich um einen Angriff gegen die unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung, als auch wenn es sich um einen konkreten Ungehorsam handelt.

4. Aufgefordert wird zum Ungehorsam gegen Gesetze, rechtsgültige Verordnungen, von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffene Anordnungen.

Die Gesetze usw. müssen bereits bestehende sein. Es genügt somit nicht, wenn unbestimmte Eventualitäten ins Auge gefaßt werden und nur zu eventuellem Ungehorsam aufgefordert wird, wogegen nicht erforderlich ist, daß das bereits erlassene Gesetz usw. schon in Wirksamkeit getreten ist: Frank N. I Abf. 4, Dshhausen N. 17, 21, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 3. Der hiergegen von Binding Lehrb. II 850 angeregte Zweifel ist unbegründet, denn ein Gesetz existiert vor seiner Publikation nicht, und wollte man gleichwohl von einem Ungehorsam gegen ein nicht publiziertes Gesetz sprechen, so erhebt sich sofort der Einwurf: und wenn es niemals publiziert wird? Somit ist die anscheinend von Dshhausen N. 21 Abf. 1 gebilligte Ansicht des RG. 12./3. 07 C. 40 55 irrig, daß ein eventueller D. lus genüge, derartig, daß mit der Möglichkeit der Erlassung von Gesetzen usw. bestimmten Inhalts gerechnet und die Aufforderung auch für den als möglich unterstellten Fall gewollt werde. Endlich muß zum Ungehorsam aufgefordert werden gegen bestimmte, erkennbar bezeichnete Gesetze usw., so daß die ganz allgemein gehaltene Aufforderung, „den Gesetzen nicht zu gehorchen“, nicht strafbar ist: Frank N. I Abf. 4, Dshhausen N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schöke 263 N. 14. Dagegen ist die Aufforderung zum Ungehorsam gegen eine Mehrheit unter einem Sammelnamen zusammengefaßter Gesetze dann strafbar, wenn sie eine ausreichende Bezeichnung und Individualisierung derjenigen Gesetze enthält, denen Ungehorsam geleistet werden soll. Ob das Gesetz usw. ein gesetzlich erzwingbares, ist gleichgültig, vgl. z. B. GG. § 200: Binding Lehrb. II 849 N. 1 letzte Zeile, Frank N. I Abf. 1, Vener II 135, Hälschner II 799, Dshhausen N. 22: RG. 30./9. 80 C. 2 281, 29./5. 83 C. 8 321.

Wenn Dshhausen N. 17 mit RG. 15./3. 84 C. 10 296 zwischen Gesetzen und Verordnungen im materiellen und formellen Sinn unterscheidet und Gebots- oder Verbotsnormen von dauernder

Geltung verlangt, welche das allgemeine Verhalten regeln, so ist diese Unterscheidung ohne Anhalt, indem der allgemeine oder spezielle Inhalt des Gesetzes usw. oder der Umfang der Personen, welche von ihm getroffen werden, für die Anwendung des § 110 nicht in Betracht kommen: Binding Lehrb. II 847, Rüdorff-Stenglein N. 5.

Die Norm, gegen welche zum Ungehorsam aufgefordert wird, muß, wie aus dem Begriff des Gehorsams hervorgeht, eine gebietende oder verbietende sein. Von einem Ungehorsam kann nur da gesprochen werden, wo eine absolut ge- oder verbietende, Gehorsam fordernde Vorschrift gegeben ist; er kann mithin nur da eintreten, wo eine rechtliche Pflicht in den Gesetzen begründet ist, nicht da, wo nur ein Recht vorliegt; somit scheiden die berechtigenden Rechtsätze des öffentlichen Rechts aus, soweit sie nicht sekundär verpflichtend sind: Binding Lehrb. II 848, John S. S. III 101, N. 1. Streitig ist, ob von den verpflichtenden auch die zivilrechtlichen Rechtsätze hierher gehören. Ist, wie Frank die Frage formuliert, die an Privatpersonen gerichtete Aufforderung zu einem den Zivilgesetzen widersprechenden Verhalten, besonders die Aufforderung zum Kontraktbruch, zur Arbeitseinstellung, zur Nichtzahlung des Pachtzinses strafbar? Diese Frage wird von Frank N. I Abf. 1, 2, v. Liszt 565 und Meyer-Walfeld 554 verneint und nur die öffentlich-rechtlichen Gesetze usw. hierherbezogen, namentlich also Strafgesetze, Steuer- gesetze und Gesetze polizeilichen Charakters. Aber diese Ansicht ist weder aus der Entstehungs- geschichte noch aus dem Wortlaut oder erkennbaren Sinn des § 110 zu begründen, vielmehr ist es gleichgültig, welchem Rechtsgebiet speziell das Gebot oder Verbot angehört, da jedes Gesetz, auch das privatrechtliche, der imperative Ausdruck des Staatswillens ist. Hiermit stimmen überein Berner 386, Binding Lehrb. II 848, Birkmeyer Einz. II. 1194, Olshausen N. 17, Oppenhoff-Delius N. 1 a, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 3./12. 89 C. 20 63, 150, 15./1. 91 C. 21 304, 28./1. 91 C. 21 299, 2./2. 91 C. 21 355. Wenn Frank meint, der Staat verlange im Gesetze nur dann Gehorsam, wenn er aus eigener Initiative gegen den widerstrebenden Willen reagiere, nicht aber, wenn er die Reaktion gegen gesetzwidriges Verhalten der Privatinitiative überlasse, so müßte er konsequent auch die Aufforderung zum Ungehorsam gegen diejenigen Strafgesetze für straflos erklären, bei welchen die Verfolgung nur auf Antrag eintritt. Zudem ist das Verhalten nur deshalb ein gesetzwidriges, weil es dem Gesetze widerspricht; das ist ja aber eben Ungehorsam.

a) Das Gesetz muß rechtsgültig sein. Somit darf das Landesgesetz nicht in Widerspruch stehen zu dem Reichsrecht, widrigenfalls es ungültig ist: Binding Lehrb. I 95, II 849, Frank N. I Abf. 2; RG. 4./2. 01 C. 34 121. Im übrigen ist für die Rechtsgültigkeit eines Landesgesetzes nur das territoriale Staatsrecht maßgebend.

Nicht zu den Gesetzen gehören die sog. Kirchengesetze, welche in Wirklichkeit nur privilegierte autonome Liebesungen öffentlich-rechtlicher Korporationen sind: Binding Lehrb. II 849, Merkel 388. N. M. sind bezüglich der vom Landesherren in seiner Eigenschaft als summus episcopus erlassenen Kirchengesetze Olshausen N. 17 a, Oppenhoff-Delius N. 1 a und Rüdorff-Stenglein N. 5, ohne einen Grund dafür anzugeben, warum sie nicht auch die vom Papst für die deutschen Katholiken und die von katholischen Bischöfen für ihre Sprengel erlassenen Gesetze — und Verordnungen — hierherziehen.

b) Für die Verordnungen verlangt § 110 ausdrücklich die Rechtsgültigkeit. Wie aus seiner Entstehungsgeschichte hervorgeht, versteht er darunter solche Verordnungen, welche nicht bloß wegen ihrer Bekanntmachung in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form rechtsverbindlich sind, sondern auch materiell dem Staatsrecht entsprechen. Wenn also — ähnliche Bestimmungen finden sich Eldenburg Art. 141 § 2, Schwarzb.-Rudolstadt § 26, Schwarzb.-Sondershausen § 109 und Waldeck § 94 — z. B. die Preussische Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850 Art. 106 bestimmt: „Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu“, so ist die Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Verordnung, deren Verbindlichkeit unangetastet, nur dann strafbar, wenn sie rechtsgültig ist, was festzustellen, natürlich nur mit Wirkung für den einzelnen Straffall, Sache des Richters ist. Hiermit stimmen überein Berner 386, Binding Lehrb. II 849, Frank N. I 1, Hälschner II 797, John S. S. III 104, Meyer-Walfeld 554 N. 6, Olshausen N. 17 b, Schwarzb., Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850 2. Aufl. 1898 S. 333. N. M. sind, indem sie offenbar die Begriffe Verbindlichkeit und Rechtsgültigkeit verwechseln, Oppenhoff N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 263 N. 12; RG. 6./11. 03 C. 36 417.

c) Unter Obrigkeit sind hier nur solche Organe der Staatsgewalt zu verstehen, welche in einem gewissen Umfange die Staatsgewalt selbständig auszuüben haben und zum Erlasse allgemein verpflichtender Vorschriften berufen sind. Somit sind die Amtshandlungen und Aufforderungen, Befehle, Verbote bloßer Vollzugsorgane in einem konkreteren Fall keine obrig-

zeitlichen Anordnungen im Sinne des § 110. Übereinstimmend Frank N. I 2, Mertel 388, Lisshausen N. 19 a, Oppenhoff-DeLius N. 5, Müldorff-Stenglein N. 7 und RG. 4. 12. 90 E. 21 192, wogegen nach Binding Lehrb. II 851 N. 1 unter Obrigkeit jedes Organ zu verstehen ist, das einen verbindlichen Amtsbefehl erlassen oder die Erlaubnis zu einer sonst verbotenen Handlung erteilen kann, ganz einerlei, auf welcher Stufe der Amtshierarchie es steht. Daß diese Anordnungen begrifflich eine weitergehende Bedeutung haben müssen, als sie einer vereinzeltlen Exekutivmaßregel im Sinne des § 113 beizuhohnt, daß sie nicht auf Einen Fall oder Ein Moment beschränkt sein dürfen, sondern eine das allgemeine Verhalten regelnde behördliche Maßnahme darstellen müssen, wie Lisshausen N. 19 b, Oppenhoff-DeLius N. 4 und Müldorff-Stenglein N. 6 mit RG. 4./12. 90 E. 21 192 annehmen, oder daß sie, wie Frank a. a. O. meint, umgekehrt sich von den Verordnungen durch ihren konkretn Inhalt, z. B. Sperrung einer bestimmten Straße für den Verkehr, unterscheiden, kann nicht zugegeben werden. Vielmehr ist unter Anordnung jeder Amtsbesehl zu verstehen, sei er generell oder speziell oder individuell: Binding Lehrb. II 850, Geyer II 135, Hälschner II 798, Jahn S. S. III 107, v. Liszt 565 („auch“), Mertel 389, Meyer-Malfeld 554; RG. 29./5. 83 E. 8 321, 13./3. 84 E. 10 296. In Preußen haben nach Lage der Gesetzgebung die Polizeibehörden in ihrer Eigenschaft als Organe der Staatsanwaltschaft keine Zwangsmittel — vgl. Schwarz, Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat 60 ff. —, aber ihre Befugnis zu Vorladungen ist unabhängig von der Erzwingbarkeit, was Binding a. a. O. N. 5 überieht; vgl. oben Abf. a. E.

Die Obriegkeit muß die Anordnung innerhalb ihrer sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zuständigkeit erlassen haben, worüber das Reichsrecht bzw. das Landesrecht entscheidet. Die Prüfung, ob die materiellen Voraussetzungen gegeben sind, liegt nicht dem Richter ob, sondern ist dem Ermessen der Obriegkeit selbst überlassen.

5. Damit die Aufforderung strafbar sei, muß sie in bestimmter Form erfolgen.

a) Sie erfolgt entweder öffentlich vor einer Menschenmenge.

Wie in den Motiven zu dem Abfchn. 7 ausgeführt wird — vgl. Müldorff-Stenglein 285 —, soll für den Begriff der Öffentlichkeit der öffentliche Ort, die öffentliche Zusammenkunft nicht entscheidend sein. Vielmehr ist dem Sprachgebrauche gemäß eine Handlung nur dann als öffentlich geachtet zu betrachten, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen wird, daß sie, unbestimmt von welchen oder wie vielen Personen, wahrgenommen werden kann, wogegen keine Öffentlichkeit vorliegt, wenn die Handlung so vorgenommen wird, daß sie nur für die Wahrnehmung gewisser Personen bestimmt ist und, von Zufälligkeiten abgesehen, auch nur von diesen bemerkt werden kann. Somit ist es gleichgültig, ob die Aufforderung an einem öffentlichen oder privaten Ort, Platz, Lokal stattfindet: RG. 22./2. 81 E. 3 361, 15./3. 84 E. 10 296, 17. 3 03 E. 35 159, 28./10. 04 E. 37 289, 13./11. 05 E. 38 207, 10./12. 08 E. 42 112. Die Öffentlichkeit ist ausgeschlossen, wenn die Aufforderung tatsächlich oder nach dem Willen des Täters beschränkt ist oder beschränkt bleiben soll auf die Wahrnehmung einer einzelnen Person oder eines engeren, vermöge der besonderen Umstände des Falles als in sich verbunden und bestimmt abgeschlossen anzusehenden Kreises von Personen, wie das RG. es einmal formuliert: wenn die mehreren Personen, welche die Äußerung gehört haben bzw. hätten hören können, dergestalt mit dem Täter in inneren vertrauten Beziehungen stehen, daß sie als eine Einheit gedacht werden können: durch den unbefugten Eintritt einzelner, diesem Personenkreise nicht angehörender Personen wird die Öffentlichkeit nicht hergestellt: RG. 5./1. 91 E. 21 254, 23./11. 91 E. 22 241, 27./6. 07 E. 40 262, 10./12. 08 E. 42 112. Vgl. Frank N. II 1 a und Lisshausen N. 5.

Diese öffentliche Aufforderung muß vor einer Menschenmenge stattfinden. Daß sich von einer Menge nicht sprechen läßt, wenn sich die Zahl an den Fingern abzählen läßt, daß vielmehr eine größere Anzahl von Personen dazu gehört, am wenigsten „mehrere“, also zwei genügen, ist klar: v. Liszt 400, Lisshausen N. 7 Abf. 1, Oppenhoff-DeLius § 85 N. 11; RG. 23. 10. 83 E. 9 143. Auf der anderen Seite ist der Begriff der Menge nicht auf eine ungezählte Menge, eine ungemessene Vielheit zu beschränken, vielmehr müssen die Umstände des Einzelfalles entscheiden, z. B. die Verhältnisse des Ortes, die Zeit, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung vorhandenen Kräfte der Obriegkeit, und ist jeder Versuch einer ziffermäßigen Abgrenzung verfehlt: Binding Lehrb. II 800, Geyer II 26, v. Liszt a. a. O., Lisshausen N. 7 Abf. 2; RG. a. a. O. und 12./3. 07 E. 40 76. Wenn Hälschner II 751 und anscheinend auch v. Liszt a. a. O. eine ungeordnete, nach Zahl und Individualität nicht bestimmte Vielheit verlangen, so wird damit in den Begriff ein dem Gesetze fremdes Merkmal hineingetragen: Binding Lehrb. II 844 (N. 4 „daß eine geordnete Menschenmenge keine Menschenmenge sei, ist mir ganz unverständlich“), Frank N. II 1 b, Meyer-Malfeld 553, Lisshausen N. 7 Abf. 3; RG. 12. 3. 07 E. 40 76.

Das Gesetz jagt ausdrücklich „vor“ der Menschenmenge, verlangt also nicht, daß die Aufforderung „an“ die Menschenmenge gerichtet sei: Frank N. II 1 b, Hälschner II 751, v. Liszt 565 N. 3, Lisshausen N. 8 Abf. 1, Oppenhoff-DeLius § 85 N. 13; RG. 21. 10. 81 E. 5 60. Aus

dem Begriff der Aufforderung, der notwendig einen Adressaten verlangt, ergibt sich, daß die Aufforderung wenigstens an Einen oder Einzelne der Anwesenden geschehen muß: Dshausen N. 8 Abt. 2. Die an Einen oder an Einzelne gerichtete Aufforderung ist jedoch, wie Rüdorff-Stenglein N. 2 zutreffend bemerkt, nur dann, wenn die Beziehung zu der anwesenden Menschenmenge und eine hierdurch herbeigeführte Gefährlichkeit der Aufforderung feststeht. Die Urtheile hierüber gehen allerdings in einer sehr unbehaglichen Weise auseinander. So verlangen Geyer II 135 und RG. a. a. D. nicht einmal, daß sich die Aufforderung an einen Einzigen der Anwesenden richte, wogegen Binding Lehrb. II 844, nach welchem die hier für richtig erachtete Ansicht „zu den sündlosesten Ergebnissen führt“, erklärt, daß die Aufforderung vor der Menschenmenge sich an die Menge richten müsse. Über die verschiedenen Meinungen vgl. Binding a. a. D. N. 5.

b) Oder die Aufforderung erfolgt durch die Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen.

Wegen der Schriften und der anderen Darstellungen vgl. oben § 41 N. 4. Der Plural entspricht dem Sprachgebrauch des Gesetzes und schließt auf der einen Seite den Singular nicht aus, gibt aber auf der anderen Seite zu erkennen, daß selbst bei Verbreitung usw. mehrerer Schriften usw. nur Eine Handlung anzunehmen ist: RG. 22./10. 83 E. 9 292, 24./11. 84 E. II 282.

Verbreiten ist Zugänglichmachen nicht bloß dem Inhalt, sondern auch der Substanz nach; bloßes Vorlesen ist nicht strafbar: Frank N. II 2 a, v. Liszt 379, Dshausen N. 11, Schütze Anhang 14 N. 2; RG. 24./11. 84 E. II 382. Verbreiten ist nicht, wie v. Liszt 379 N. 4 meint, Veröffentlichung, die Verbreitung braucht, wie schon der Wortlaut des Gesetzes ergibt, keine öffentliche zu sein: Binding Lehrb. II 846, Frank a. a. D., Hälshner II 751, Dshausen N. 10 Abt. 1, Schütze Anhang a. a. D. und RG. 5./10. 82 E. 7 113; vgl. Preßgesetz § 21 „öffentlich verbreitet“. Verbreitet wird das Schriftstück, wenn der Kreis seiner Besitzer, sei es gleichzeitig, sei es nacheinander, breiter, größer gemacht wird, wenn es einem größeren Personenkreis mitgeteilt wird: Dshausen und Schütze Anhang a. a. D.; RG. a. a. D. und 10./9. 97 E. 30 224.

Hieraus ergibt sich, daß der Kreis der Personen, in welchen die Schrift usw. eindringt, sowohl ein geschlossener als ein nicht geschlossener sein kann, eine Verbreitung im Publikum also nicht gefordert wird: Frank und Hälshner a. a. D., Dshausen N. 10 a; RG. 5./10. 82 E. 7 113, 22./10. 83 E. 9 292; a. M. v. Liszt 379 und Meyer-Alsfeld 637.

Sodann, daß im Gegensatz zur Hingabe an eine oder einige wenige Personen die Zahl derjenigen, welchen die Schrift zugeht, eine größere sein muß, auch wenn es sich um der Zahl oder Individualität nach bestimmte Personen handelt: RG. 22./10. 83 E. 9 292, 10./9. 97 E. 30 224. Nach der Rechtsprechung des RG. ist schon die Hingabe an Eine Person eine Verbreitung, wenn dabei der Wille obwaltet, die Schrift einem größeren Personenkreise zugänglich zu machen: 28./9. 80 E. 2 270, 5./10. 82 E. 7 113, 28./3. 83 E. 9 71, 10./10. 87 E. 16 245, aber diese den Willen zur Tat der Tat selbst gleichsetzende subjektive Auffassung ist mit Meyer-Alsfeld 637 N. 61 und Dshausen N. 10 b zurückzuweisen, zumal der Versuch des Delikts nicht strafbar ist. Nach Meyer-Alsfeld a. a. D. liegt Verbreitung schon vor, wenn mehrere, sei es auch individuell bestimmte Personen die Schrift erhalten, sobald die Möglichkeit der Verbreitung ist nicht schon selbst Verbreitung, ist aber die Zahl der Empfänger eine sehr große, so liegt eben Verbreitung vor und wird durch eine etwaige Vertraulichkeit der Mitteilung nicht ausgeschlossen. Ob das Original oder eine Kopie hingegeben wird, ist gleichgültig; daher liegt eine Verbreitung vor, wenn eine Schrift dadurch dem Publikum zugänglich gemacht wird, daß sie nur in Einem Exemplar fortgegeben wird, der Empfänger aber Kopien verfertigt und diese weiter gibt, oder jeder weitere Empfänger eine Kopie macht und diese mitteilt: Binding Lehrb. II 845 N. 2, Dshausen N. 11. In der bloßen Aufgabe zur Post liegt nicht, wie Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 10./10. 87 E. 16 245 meinen, eine Verbreitung, sondern nur ein — strafloser — Versuch der Verbreitung: Binding Lehrb. II 845 N. 2, Frank N. II 2 a.

c) Oder endlich die Aufforderung erfolgt durch öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung der Schriften und Darstellungen.

Diese beiden Tätigkeiten, durch welche nicht die Substanz, sondern nur der Inhalt zugänglich gemacht wird, müssen, ebenso wie die Aufforderung vor einer Menschenmenge, öffentlich, also der Inhalt unabhängig von der Öffentlichkeit unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrnehmbar sein: Frank II 2 b, Dshausen N. 13. Beide Ausdrücke sind im weiteren Sinne zu nehmen, unter Ausstellen ist auch Auslegen und Aushängen zu verstehen, unter Anschlägen auch Aufheften, Ankleben, überhaupt jede mechanische Tätigkeit, durch welche die Schrift usw. mit einem festen Gegenstand als ihrem Träger sichtbar wird, z. B. Zeichnen, Malen, Anschreiben

an eine Mauer, Vorführung von Films durch einen Kinematographen: Frank N. II b, v. Liszt 379, Olshausen N. 12; RG. 24./11. 84 C. 11 382, 2./10. 06 C. 39 183.

6. Das Delikt ist vollendet, wenn die Aufforderung wahrgenommen, von dem Inhalt der Schrift usw. Kenntnis genommen ist. Daß die Aufforderung Erfolg habe, wird nicht gefordert. Daher ist es für den Tatbestand nicht von Belang, aus welchem Grunde der Erfolg ausgeblieben ist, so daß die Aufforderung auch dann strafbar ist, wenn der Aufgeforderte zum Gehoriam gar nicht verpflichtet war: Olshausen N. 4 b; RG. 21./10. 81 C. 5 60. Das Eintreten des Erfolges ist nur Strafzumessungsgrund. Ist der Erfolg nicht eingetreten, so wird der Richter mit Hinblick auf das in § 111 Abs. 2 bestimmte Strafmaß regelmäßig höchstens auf Ein Jahr Gefängnis erkennen: John S. S. III 100, Olshausen § 111 N. 11, Oppenhoff-Delius N. 14, Schütze 264 N. 14; nach Binding Lehrb. II 854 darf der Richter nicht höher gehen, zu welchem Nichtdürfen der gesetzliche Anhalt fehlt.

7. Das Delikt setzt Vorsatz voraus. „Der Vorsatz richtet sich durchaus nach den „allgemeinen Regeln“ (Frank N. IV). Er ist bei der öffentlichen Aufforderung vor einer Menschenmenge schon durch das Bewußtsein gegeben, daß die Aufforderung an sich geeignet sei, in dem Aufgeforderten den Willen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu erwecken: Frank N. II Abs. 1, Olshausen N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 15./1. 91 C. 21 304, 27./10. 91 C. 22 185. Der Verbreiter einer Schrift muß, da die Verbreitung auch zu anderen Zwecken erfolgen kann, z. B. zu wissenschaftlichen, nachweisbar den Willen gehabt haben, zum Ungehörjam aufzufordern: Binding Lehrb. II 854 N. 2, Frank N. V, Hälschner II 799, Olshausen N. 23 Abs. 2 a. C., Oppenhoff-Delius § 85 N. 20; RG. 5./10. 82 C. 7 113. Ebenso muß der Täter wissen, daß das Gezeig, die Verordnung eine rechtsgültige, die Anordnung innerhalb der obrigkeitlichen Zuständigkeit erlassen sei: Binding Lehrb. II 854, Frank N. IV, v. Liszt 566, Olshausen § 23 Abs. 2. Es ist völlig verfehlt, wenn Rüdorff-Stenglein N. 12 und RG. 10./2. 85 C. 12 6, 12./3. 07 C. 40 55 hier nicht ein Tatbestandsmerkmal nach § 59, sondern einen objektiven Strafausschließungsgrund annehmen.

§ 111.

Wer auf die vorbezeichnete Weise zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, ist gleich dem Anstifter zu bestrafen, wenn die Aufforderung die strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch derselben zur Folge gehabt hat.

Ist die Aufforderung ohne Erfolg geblieben, so tritt Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre ein. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

1. Die Strafandrohung wendet sich gegen denjenigen, welcher öffentlich vor einer Menschenmenge oder durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Aussteltung von Schriften oder anderen Darstellungen — vgl. hierzu die Ausführungen § 110 N. 2, 5 — zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert.

Strafbare Handlung ist die durch ein Strafgesetz im Sinne des § 2 mit Strafe bedrohte, also kriminell strafbare Handlung, sodaß die Aufforderung zur Begehung von Handlungen, welche nur mit Disziplinar- oder Ordnungsstrafe bedroht sind, nicht hierher gehört: Binding Lehrb. II 855, Frank N. I Abs. 3, Hälschner II 799, v. Liszt 566, Meyer-Allfeld 554 N. 9, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 7./3. 99 C. 32 77: a. N. v. Schwarze N. 4. Jedoch wird die kriminelle Strafbarkeit an sich nicht dadurch ausgeschlossen, daß, wie insbesondere im Militärstrafrecht, die Tat in leichteren Fällen disziplinarisch geahndet werden kann. Die Handlung kann ein Rommissiv- oder Commissivdelikt, kann Verbrechen, Vergehen oder Übertretung sein. Nur die Aufforderung zur Begehung einer nach inländischem Recht strafbaren Handlung fällt unter § 111: Binding und v. Liszt a. a. D., Olshausen N. 3 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; vgl. oben N. 1 zu diesem Abschnitt. Ergibt die Aufforderung im Inlande, während die strafbare Handlung im Auslande begangen werden soll, so muß letztere auch im Auslande strafbar sein. Wird im Auslande aufgefordert, so muß, einerlei wo die Handlung begangen werden soll, nach § 4 Nr. 3 sowohl die Aufforderung als auch die strafbare Handlung nach dem ausländischen Recht ein Delikt sein, wenn eine Bestrafung im Inlande erfolgen soll; vgl. Rüdorff-Stenglein N. 3. Ob das inländische Gesetz dem Reichsrecht oder dem territorialen Recht angehört, ist einerlei: Binding, Hälschner, v. Liszt, Oppenhoff-

Delius a. a. O., Lshausen N. 3 Abj. 2. Stets aber muß die die Handlung durch die Strafandrohung zu einem Delikte stempelnde Norm eine rechtsgültige sein, widrigenfalls, mag sie auch nach territorialem Recht eine verbindliche sein, der Richter — ebenso wie im Fall des § 110, vgl. daselbst N. 4 — niemals auf Grund ihrer eine Strafe aussprechen darf: Binding a. a. O. N. 1, John S. S. III 109, Meyer-Wulfeld a. a. O. Die gegenteilige Ansicht von Lshausen N. 2, wonach der Richter zu strafen hat, wenn die Norm rechtswidrig ist, ja ihr Erlaß selbst ein Verbrechen involviert, ist völlig unrichtig.

2. Die strafbare Handlung, zu welcher aufgefordert wird, muß an sich und unabhängig von der Aufforderung einen strafbaren Tatbestand ausfüllen und, weil sich an ihre Straffunktion die der — erfolgreichen — Aufforderung anlehnt, vom Richter bestimmt festgestellt werden: RG. 2./6. 92 C. 23 192. Hieraus ergibt sich, wie auch aus Abj. 1 die Worte „die strafbare Handlung“ und aus Abj. 2 die Worte „die auf die Handlung selbst angedrohte Strafe“ erweisen, daß die Aufforderung auf eine konkrete, wenn auch nicht notwendig nach Ort oder Zeit genau bezeichnete Straftat gerichtet sein muß, somit z. B. die Aufforderung, zwecks Unterkommens im Gefängnis strafbare Handlungen zu begehen, nicht genügt: Binding Lehrb. 855 N. 2, Häfchner II 799, Lshausen N. 4 b, 5 Abj. 2, Dppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 6./11. 03 C. 36 417. A. M. John S. S. III 111, daß nämlich die wirklich begangene Handlung nicht mit der identisch zu sein brauche, zu welcher aufgefordert wurde, somit die Begehung irgendeiner strafbaren Handlung genüge.

3. Während die Aufforderung zum Ungehörjam nach § 110 gleichmäßig strafbar ist, ohne Unterscheidung, ob sie einen Ungehörjam ausgelöst hat, ist die Aufforderung des § 111 zwar ebenfalls stets, aber verschieden strafbar, je nachdem das Delikt oder ein strafbarer Versuch desselben begangen oder nicht begangen ist. Der Auffordernde wird gleich dem Anstifter, also mit der Strafe der strafbaren Handlung selbst belegt, wenn zwischen der Aufforderung und der Begehung des Delikts nachweisbar ein ursächlicher Zusammenhang besteht, mag dieser auch nur ein mittelbarer, z. B. dem Täter die Aufforderung nicht persönlich, sondern durch Mitteilung eines Dritten zur Kenntnis gekommen sein: Lshausen N. 5 Abj. 2, Dppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 273 N. 45. Ist die strafbare Handlung bzw. ein strafbarer Versuch derselben nicht begangen oder zwar begangen, aber nicht nachweisbar infolge der Aufforderung, so tritt nach Abj. 2 eine selbständige Strafe ein, welche aber nicht schwerer sein darf als die auf die strafbare Handlung selbst gesetzte. Muß hiernach die letztere Strafandrohung zur Festsetzung der ersten herangezogen werden, so hat die unzweideutige Vorschrift, daß diese auch dem Maße nach nicht schwerer sein darf als jene, die Folge, daß die Aufforderung zu einer Übertretung ein Vorgehen sein kann, wenn nämlich, wie z. B. durch § 361, die Übertretung nur mit Freiheitsstrafe bedroht ist, denn auf der einen Seite ist die Geldstrafe eine leichtere als die Freiheitsstrafe und auf der anderen Seite ein mit Geldstrafe von mehr als einhundertfünfzig Mark bedrohtes Delikt keine Übertretung mehr: Frank N. III, Lshausen N. 12; RG. 20./9. 06 C. 39 158. Mit Recht nennt Frank dieses für die Verjährung der Strafvollstreckung bedeutungsvolle Ergebnis ein unbefriedigendes.

4. Das Delikt erfordert Vorsatz. Ebenjowenig wie der Täter und der Anstifter braucht der Auffordernde das Bewußtsein von der Strafbarkeit der Handlung zu haben, zu welcher er auffordert: Binding Lehrb. II 856, Lshausen N. 2 b; RG. 20./12. 06 C. 39 342, 8./10. 07 C. 40 300, 1./11. 07 C. 40 363; a. M. Frank N. I Abj. 3, v. Liszt 566, Dppenhoff-Delius N. 7 a.

5. Das Delikt des § 111 schließt sich inhaltlich der Anstiftung sehr eng an, ist aber nicht ein Fall der Anstiftung, sondern ein eigenes selbständiges Delikt, dessen Urheber, wie auch Lshausen N. 6 Abj. 2 zugibt, als Täter dieses Delikts, nicht aber als Teilnehmer der infolge der Aufforderung von Anderen begangenen strafbaren Handlung bestraft wird. Wie schon zu § 110 N. 2 bemerkt worden, decken sich Auffordern und Anstiften keineswegs. Nur diejenige Aufforderung ist Anstiftungsmittel, welche zugleich dem Anzustiftenden wirksame Beweggründe bietet (Geschenk, Verprechen, Drohung usw., vgl. § 48 Abj. 1). Zudem braucht die Aufforderung mit dem angeregten Delikt nur in mittelbarem Kausalverhältnis zu stehen, wie Lshausen wiederum zugibt. Und endlich ist wohl die erfolglose Aufforderung, nicht aber die erfolglose Anstiftung strafbar. Beide sind nur in Abj. 1 des § 111, und zwar nur in der Strafe und darin gleichgestellt, daß auch hier die Strafbarkeit erst dann beginnt, wenn das angeregte Delikt mindestens die Stufe des Versuchs beschritten hat. Vgl. hierzu insbesondere Schütze 273 N. 45. Sind infolge der Aufforderung mehrere Delikte begangen, so liegt nur Ein Delikt aus § 111 vor, denn § 111 bildet keinen Fall der Anstiftung, sondern hat eine selbständige Straftat im Auge, die mit der Aufforderung vollendet ist, während der strafbare Erfolg nur als gesetzlicher Straf erhöhungsgrund in Betracht kommt: Lshausen N. 8, Dppenhoff-Delius N. 4 a, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 21./12. 80 C. 3 145. Ebenso trotz seiner abweichenden Ansicht Frank N. I 1 a. C. A. M., nämlich daß Real Konkurrenz vorliege, Binding Handb. I 586, Meyer II 136, Häfchner II 801.

Binding Lehrb. II 855, Geyer II 135 und St. IV 151, Hälschner II 800 und Lshaujen N. 6 nehmen an, daß die Aufforderung des Abj. 1 sich mit der Anstiftung des § 48 decke, Abj. 1 also sachlich entbehrlich und nur redaktionell um des Überganges willen zu der Bestimmung in Abj. 2 zweckmäßig sei. Diese Zweckmäßigkeit läßt sich allerdings sehr bestreiten, denn der § 111 würde nach dieser Ansicht zweckmäßiger formuliert sein: „Wer auf die vorbezeichnete Weise zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, wird, wenn die Aufforderung ohne Erfolg geblieben ist, mit Geldstrafe bis zu usw.“ Nach Frank N. I Abj. 1, § 110 N. II Abj. 1 liegt die Bedeutung des § 111 darin, daß der Auffordernde, z. B. der agent provocateur, auch dann bestraft wird, wenn er die Begehung der strafbaren Handlung gar nicht gewollt hat. Das ist aber nur insofern richtig, als es keine Aufforderung ist, wenn aus der Erklärung deutlich hervorgeht, der Auffordernde wolle die Begehung der strafbaren Handlung nicht.

6. Was das Verhältnis des § 111 zu anderen Bestimmungen betrifft, so geht seine Sägung dem zudem nur von dem Verbrechen handelnden § 49a als der bloß subjidiären Sägung vor. Sie wird ausgeschlossen durch die nur auf die Delikte des § 82 bezügliche, also speziellere Strafandrohung des § 85. Endlich § 110 — vgl. die Darstellung der Kontroverse bei Lshaujen N. 9 — bezieht sich auf die Aufforderung zum straflosen Ungehorsam, § 111 auf die zur Begehung einer strafbaren Handlung, welche sich keineswegs ohne weiteres als Ungehorsam gegen die Gejeße usw. deshalb qualifiziert, weil die Strafbarkeit auf diesen beruht. Somit stehen beide Bestimmungen nicht im Verhältnis eines weiteren zu einem engeren, sondern enthalten zwei wesentlich verschiedene Tatbestände, so daß Idealkonkurrenz möglich ist: Frank N. II 2, Hälschner II 797, v. Liszt 566, Lshaujen N. 9 c, Rüdorff-Stenglein § 110 N. 14; RG. 15./3. 84 C. 10 296, 2./2. 91 C. 21 355, 8./1. 07 C. 39 387, 1./11. 07 C. 39 363.

§ 112.

Wer eine Person des Soldatenstandes, es sei des Deutschen Heeres oder der Kaiserlichen Marine, auffordert oder anreizt, dem Befehle des Oberen nicht Gehorsam zu leisten, wer insbesondere eine Person, welche zum Beurlaubtenstande gehört, auffordert oder anreizt, der Einberufung zum Dienste nicht zu folgen, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Täter des Delikts ist nur derjenige, der nicht dem Militärstrafrecht unterliegt, da anderenfalls MilStGB. §§ 99, 100 zur Anwendung kommen. Objekt ist allgemein eine Person des Soldaten-, in dem Spezialfall eine des Beurlaubtenstandes. Und zwar muß die angeregte Person eine, wenn auch nicht individuell bezeichnete, so doch erkennbar bestimmte sein: Binding Lehrb. II 860, Frank N. III a. C., Hälschner II 802, Lshaujen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3. Wie aus dem „insbesondere“ hervorgeht, zieht das Gejeß die Personen des Beurlaubtenstandes nur soweit hierher, als sie zugleich dem Soldatenstande angehören, was mit den Militärbeamten nicht der Fall ist: Binding Lehrb. II 859 N. 2, Lshaujen N. 3 Abj. 2.

Vgl. oben § 10 N. 5.

2. Der Begriff des „Befehls des Oberen“ umfaßt sowohl den Dienstbefehl, d. h. jeden Befehl eines militärischen Vorgesetzten, als auch den Befehl in Dienstsachen, d. h. den Befehl, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft: Lshaujen N. 4 a und RG. 8./5. 95 C. 27 406. Binding, welcher Lehrb. II 860 N. 1 den Unterschied für im Gejeß nicht begründet hält, verlangt, daß der Befehl „in den Bedürfnissen des Heerdienstes wurzeln müsse“ was insofern richtig ist, als ein Befehl in Privatfachen, z. B. der Offiziersdame auf der Eisbahn die Schlittschuhbe anzuzuhalten, keinem Oberen zusteht. Eine Gehorsamspflicht besteht ferner nicht, es kann also auch nicht zum Ungehorsam angeregt werden, wenn der Befehl auf die Begehung eines bürgerlichen oder militärischen Strafgejeßes gerichtet ist, MilStGB. § 47. Vgl. oben § 47 N. 2 Abj. 1.

Der Befehl muß, wie bei dem zweiten Tatbestande ausdrücklich ausgesprochen wird, sich auf eine konkret bestimmte Handlung beziehen. Allgemeine Gebote oder Verbote, welche ein für allemal das militärische Verhalten zu regeln bestimmt sind und auf allgemein verbindlichen gezeßlichen Normen beruhen, sind keine militärischen „Befehle“ im Sinne des § 112. Wohl aber gehören hierher spezielle Befehle an spezielle Truppenkörper, welche auf Anordnung des Kriegsherrn oder des Korpskommandeurs erlassen sind, z. B. Verbot der Beteiligung an sozialdemokratischen Bestrebungen. Vgl. Binding Lehrb. II 859, Frank N. IV, Lshaujen N. 4 b, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 8./11. 95 C. 27 406.

Auf jeden Fall muß die Pflicht zum Gehorsam existieren. Hieraus ergibt sich, daß, entsprechend der Gehorsamspflicht gegen Gejeße usw. — § 110 N. 4 Abj. 1 — die Aufforderung, einem künftigen Befehl nicht zu gehorchen, nicht strafbar ist. Die gegenteilige Ansicht von Bin-

ding, Frank und Olshausen a. a. O. läßt sich juristisch nicht begründen. Diese Autoren sprechen allerdings vorzichtigerweise von einem „zu erwartenden“ Befehl, ohne aber dies „Erwarten“, näher zu bestimmen. Mit gleichem Zug könnte man den Fall hierherziehen, daß es sich um den künftigen Befehl eines künftigen Oberen handelt.

3. Wegen des Aufforderns vgl. § 110 R. 2.

Auch durch das Anreizen soll ein Anderer zu einem Tun oder Unterlassen bewogen werden. Es muß ebenso wie das Auffordern zur Kenntnis des Anderen gekommen sein: RG. 21./10. 81 C. 5 60 und erfordert ebenfalls keinen Erfolg: RG. 10./11. 80 C. 2 431. Beide unterscheiden sich dadurch, daß das Auffordern eine direkte, für den Anderen erkennbare Beeinflussung ist, während das Anreizen sich in erster Linie an das Gefühlleben richtet, also zu ihm ein Bemühen um Hervorrufung von zur betreffenden Tat drängenden Affekten gehört (vgl. z. B. § 210): Binding Lehrb. II 893, Frank R. III, Hälschner II 404, 802, Merkel 389, Olshausen R. 1 Abf. 3, Lppenhoff-Delius R. 2, v. Schwarze R. 2. Etwas anders Schüze 264 R. 17.

4. Das Delikt erfordert Vorsatz, so daß § 59 volle Anwendung findet, der Täter also auch wissen muß, daß der Andere eine Person des Soldatenstandes ist: Binding Lehrb. II 860, Frank R. II, Olshausen R. 3 Abf. 1. Wenn RG. 15./12. 94 C. 26 314 und 8./11. 95 C. 27 406 diese Kenntnis für unnötig erklärt, so hat es 23./10. 08 C. 42 26 sich unverkennbar schon zur richtigen Ansicht bekehrt.

5. Die Frage, ob § 112 mit §§ 110, 111 ideell konkurrieren kann, ist eine rein akademische, da stets § 112 als die schwerste Strafe androhend zur Anwendung kommt. Wird zu einer strafbaren Handlung aufgefordert oder angereizt — vgl. MilStGB. § 68 — und zwar mit Erfolg, so kann § 112 mit der Anstiftung zu dem Delikt in Idealkonkurrenz treten. Die Anwendbarkeit des § 49 a ist neben § 112 ausgeschlossen: RG. 3./12. 83 C. 9 261.

§ 113.

Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes tötlich angreift, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark ein.

Dieselben Strafvorschriften treten ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.

1. Diese Strafzusage bezieht sich nicht auf bestimmte Gruppen von Beamten, sondern will alle Beamten schützen, welche zur Vollstreckung des Staatswillens berufen sind. Nach § 359 sind Beamte im Sinne des StGB. alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, imgleichen Notare. Der § 113 setzt stets solche Beamten voraus, welche die Exekutivgewalt des Staates direkt zur Anwendung zu bringen, den Vollstreckungsakt selbst vorzunehmen berufen sind. Er beschränkt sich aber nicht auf die eigentlichen Exekutiv- oder Vollstreckungsbeamten, sondern findet überall da Anwendung, wo ein Beamter innerhalb der durch sein Amt begründeten Zuständigkeit eine Vollstreckungshandlung vorzunehmen berufen und auf Grund dieser Berufung amtlich tätig ist, mag auch diese Tätigkeit, z. B. das Patrouillieren des Nachwächters, sich in dem konkreten Augenblicke nicht als eine vollstreckende charakterisieren: Berner 389, Binding Lehrb. II 760, Frank R. I Abf. 2, II, Hälschner II 804, John H. S. III 116 R. 2, 127, Meyer-Allfeld 547, Olshausen R. 4, Lppenhoff-Delius R. 8, v. Schwarze R. 4; RG. 24. 6.86 C. 14 259, 7./1. 87 C. 15 227, 14. 11. 95 C. 28 19, 7./2. 08 C. 41 82. Wie das RG. es in dem letzten Urteile formuliert: jeder Beamte, der im konkreten Falle, so ihm Widerstand geleistet oder er tötlich angegriffen wird,

durch sein Amt zur Vollstreckung des Staatswillens berufen ist, ist des Schutzes aus § 113 teilhaftig.

Vollstrecken ist nicht identisch mit Ausführen, Vollziehen, weil anderenfalls, da jeder Beamte das Gesetz auszuführen hat, jede Amtshandlung ein Vollstreckungsakt wäre. Die Vollstreckung ist eine Spezies der ausführenden Tätigkeit, unterscheidet sich nicht bloß von der defretierenden, sondern von jeder anderen ausführenden Tätigkeit, indem ihre differentia specifica darin besteht, daß die zu vollstreckende Tätigkeit sich zum Zwange gestalten darf; nur wo solche Handlungen der Vollstreckung ausgeführt werden, nicht auch bei anderen Amtshandlungen von Vollstreckungsbeamten, findet § 113 Anwendung. Wie das RG. es in seinem Urteil vom 7./2. 08 formuliert: Die Vollstreckung ist die Vornahme eines staatshoheitsrechtlichen Aktes, und zwar die seitens eines Beamten kraft seines Amtes erfolgende, nötigenfalls mit Zwang durchzusetzende einseitige Verwirklichung des nach Umfang und Inhalt durch Gesetz, Verordnung, Anordnung, Befehl genau bestimmten und begrenzten Staatswillens gegenüber Personen und Sachen. Vgl. Berner 389, Binding Lehrb. II 761, Lisshausen N. 3, Dppenhoff-Deilus N. 4, Schütze 265; RG. 24./6. 86 E. 14 259, 7./2. 08 E. 41 82.

2. Sämtliche Beamte haben als Organe des Staates zur Vollstreckung des gesetzlich formulierten Staatswillens tätig zu sein. Wenn in § 113 die Beamten in drei Gruppen geteilt sind, so ist das unterscheidende Merkmal zwischen der ersten Gruppe und den beiden anderen darin zu finden, daß demjenigen Beamten, der zur Vollstreckung von Gesetzen berufen ist, regelmäßig das Recht der eigenen selbständigen Entscheidung zur unmittelbaren Verwirklichung des Gesetzeswillens zusteht, während die Beamten der beiden anderen Gruppen nur im generellen oder speziellen Auftrage anderer Staatsorgane tätig werden, indem sie die Beschlüsse der Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden zur Ausführung zu bringen haben. Gesetz ist hierbei im weiteren Sinne zu nehmen, also einschließlich der mit Gesetzeskraft und der zur Ausführung der Gesetze erlassenen Verordnungen. Anordnungen sind wie in § 110 Verfügungen der Behörden, welche nicht einen verbindlichen Rechtsatz aufstellen, sondern nach Maßgabe von Gesetz und Verordnung anordnen, was geschehen solle. Befehl ist eine Anordnung in imperativer Form, insbesondere der Spezialbefehl. Unter den Gerichten sind mit Lisshausen N. 6 c gegen Binding Lehrb. II 763 N. 3 die Gerichtsbehörden im weiteren Sinne, also einschließlich der Staatsanwaltschaften zu verstehen.

Zu diesen Beamten gehören z. B. die Gemeindebeamten, auch wenn ihre Dienstleistung auf ein zwischen der Gemeinde und den Gemeindegliedern bestehendes privatrechtliches Verhältnis sich bezieht, das aus einer gemeinnützigen städtischen Anstalt hervorgegangen ist. Die im öffentlichen Dienste rechtsfähiger deutscher Niederlassungsgemeinden ordnungsmäßig Angestellten: RG. 21./5. 08 E. 41 326 (der Polizeidirektor von Tientjin). Die Beamten vom Staate genutzter, staatliche Zwecke verfolgender Korporationen. In Bayern die öffentlich angestellten Volksschullehrer: RG. 22./1. 94 E. 25 89, 10./4. 02 E. 35 182. Die auf Grund RGW. § 153 zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellten Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes. Die Gerichtsvollzieher und zwar nicht bloß als Pfändungspersonen, sondern auch wenn sie auf Parteibetrieb in Zivil- und Strafsachen, sowie auf Antrag der Beteiligten in nichtgerichtlichen Angelegenheiten Zustellungen vornehmen: RG. 7./2. 08 E. 41 82. Endlich die Richter selbst und zwar nicht bloß, wenn sie in Ermangelung helfender Organe selbst Hand an den in Strafe Genommenen legen, z. B. behufs Vollstreckung einer Ungehörstrafe: RG. 10./1. 87 E. 14 227, sondern allgemein, soweit es ihnen zusteht und obliegt, gerichtsjeitig getroffene Anordnungen zur Ausführung zu bringen, z. B. bei Beschlagnahme von Briefen, Sendungen und Telegrammen, Hausdurchsuchungen, Einnahme eines richterlichen Augenscheins: Binding Lehrb. II 763 N. 1, Hälshner II 804, John v. H. III 116, Meyer-Altsfeld 547 N. 2, Lisshausen N. 7 c 3, Dppenhoff-Deilus N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Nicht hierher gehört nach Ansicht des RG. 24./6. 86 E. 14 259 der Richter, welcher auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft einen Zeugen vernimmt, aber mit Recht wendet Binding a. a. D. ein, daß der Richter in diesem Falle zwar nicht eine Anordnung, wohl aber das Gesetz vollstreckt.

Den Beamten werden in Abs. 3 gleichgestellt:

a) Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen sind.

Wer die zugezogenen Personen sind, ob andere zur Vollstreckung nicht berufene Beamte oder Privatpersonen, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 782, Hälshner II 804, Lisshausen N. 8 Abs. 4; RG. 10./7. 93 E. 25 253. Die Zuziehung, über welche das pflichtmäßige Ermessen des Zuziehenden entscheidet: RG. a. a. D., kann erfolgen durch den vollstreckenden Beamten selbst oder durch diejenige Behörde, deren Anordnung usw. zu vollstrecken ist: Binding a. a. D., Lisshausen N. 8 Abs. 3, Dppenhoff-Deilus N. 46, Rüdorff-Stenglein N. 19. Mit Binding und Lisshausen a. a. D., v. Schwarze N. 21 ist anzunehmen, daß auch die zugezogene Person selbst andere zuziehen kann; a. M. Hälshner II 804. Nicht zugezogen sind die freiwilligen Helfer, wofern:

sich nicht der Beamte mit ihrer Hilfe stillschweigend einverstanden erklärt: Binding und Hälschner a. a. D., Frank N. IV 1, Dshausen N. 8 Abs. 1. Auch nicht diejenigen Personen, welchen der Beamte die selbständige Vornahme einer Amtshandlung, z. B. eines Gefangenentransportes, übertragen hat: Binding a. a. D. N. 1, Frank a. a. D., Dshausen N. 8 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 45; RG. 23./3. 99 E. 32 246.

b) Mannschaften der bewaffneten Macht und

c) Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes.

Diese Mannschaften, welche natürlich auch zugezogen sein können, stehen in ihrer besonderen Aufzählung unter dem Schutz des § 113, soweit sie selbständig mit der Vollstreckung beauftragt sind, was von den Mannschaften der Gemeinde- usw. Wehr nur gilt, wenn sie mit obrigkeitlicher Genehmigung organisiert und im Dienste der Behörde zum Schutze der öffentlichen Ordnung berufen sind: Binding Lehrb. II 783, Hälschner II 804, Dshausen N. 10 Abs. 1. Die Feuerwehren gehören somit nicht hierher: Binding a. a. D., Frank N. IV 2, Dshausen N. 10 Abs. 2; a. M. Hälschner N. 21. Zu den Mannschaften der bewaffneten Macht gehören die Schutztruppen in den afrikanischen Schutzgebieten: RG. 8./12. 10 E. 44 204. In Preußen, Baden, Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Waldeck, Schaumburg-Lippe, Lippe und Elsaß-Lothringen gelten die Gendarmen als Personen des Soldatenstandes, gehören also zur bewaffneten Macht: Herz-Cruß E. 1 § 2 N. 1, 934 § 2 N. 2. Nicht zu ihr gehören verabschiedete Offiziere: RG. 2./5. 95 E. 27 193.

Auch die von diesen Mannschaften zugezogenen Personen sind durch § 113 geschützt: Dshausen N. 11; RG. 10./7. 93 E. 25 253.

3. Daß es nicht rechtswidrig und nicht strafbar sei, einem rechtswidrig handelnden Beamten Widerstand zu leisten, ist unter der Herrschaft des früheren Gemeinen Strafrechts nie bezweifelt worden. Gestritten wurde nur über die Grenzen des Rechts des Widerstandes, indem man auf der einen Seite so weit hinabging, nur in gewissen äußersten Fällen die Notwehr zuzulassen, auf der anderen aber die Straflosigkeit des Widerstandes und die Zulässigkeit der Notwehr gegen jede rechtswidrige Amtshandlung ihre entschiedenen Vertreter fand. Unter der Herrschaft der neueren Gesetzbücher war zum Teil, wie bei dem hannoverschen, die Ziehung der Grenze zwischen Straflosigkeit und Strafbarkeit rationell gar nicht möglich, und bei der großen Mehrzahl der Gesetzbücher, z. B. auch dem preußischen, war das Resultat, daß man zwar die Notwehr nicht unbedingt ausschloß, aber nur mit unsicherer und viel beschränkter Grenzbestimmung in möglichst beschränktem Maße als zulässig betrachtete. Mit Rücksicht auf diesen Zustand ist in § 113 für die Amtsausübung die Rechtmäßigkeit verlangt. Der § 113 bezweckt somit ein Doppeltes. Er will den Beamten nicht sowohl in ihrem persönlichen Interesse, das durch die Strafbestimmungen wider Beleidigungen, Körperverletzungen, Nötigung usw. gewahrt ist, als vielmehr im Interesse ihrer Amtshandlungen und damit im Interesse der naturgemäß nur durch Personen sich manifestierenden Staatsgewalt den erforderlichen Schutz gewähren. Zugleich will er aber die Privatpersonen gegen rechtswidrige Akte der obrigkeitlichen Gewalt dadurch schützen, daß er die Bestrafung des Widerstandes ausschließt. Vgl. Hälschner II 805 ff.

Das Resultat ist also: gegen die nicht rechtmäßige Amtsausübung ist der Widerstand gestattet.

Für die Frage, ob im einzelnen Fall die Amtsausübung eine rechtmäßige ist, sind diejenigen Normen des Reichs- und Landesrechts maßgebend, um deren Ausführung im Vollstreckungswege es sich handelt: Binding Handb. I 741 und Lehrb. II 767, Frank N. III Abs. 1, Dshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 4. Alle einzelnen Fälle werden aber von einer Reihe allgemeiner Grundzüge beherrscht.

a) Da jede amtliche Tätigkeit unmittelbar oder mittelbar Ausführung eines Gesetzes ist, die Berechtigung ihrer Existenz am letzten Ende aus dem Gesetze resultiert, so ist die Amtsausübung nur dann eine rechtmäßige, wenn ihre Grundlage, also das Gesetz selbst ein rechtsgültiges ist. „Daß § 113 nur an gültige Gesetze denkt, ist gar nicht zu bezweifeln“ (Binding Lehrb. II 767 N. 1). Im Reichsrecht kann die Gültigkeit der Gesetze nicht in Frage kommen, wohl aber die der vom Bundesrat oder vom Kaiser erlassenen Verordnungen. Für das Landesrecht gelten auch hier die zu § 110 N. 4 a, b gegebenen Ausführungen in vollem Umfange. Ist nach einzelnen Verfassungsurkunden die Rüge der Ungültigkeit dem Landtage vorbehalten, also bis dahin die Verordnung für bindend erklärt, so wollen Binding Lehrb. II 767, Hälschner II 808, Mertel 391 und Dshausen N. 13 b a. E. den Widerstand nicht gestatten, denn „das Gesetz stellt dem Privaten nicht die Staatsgewalt an sich und als solche, sondern nur den in Ausübung seines Amtes begriffenen Beamten gegenüber. Daher ist nur die Frage zu prüfen, unter welchen Bedingungen diese Ausübung als eine rechtmäßige zu betrachten sei, weshalb also die Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß sie einen rechtungültigen Akt der Staatsgewalt zur Voraussetzung hat“ (Hälschner II 807). Aber wenn der Beamte auch einem rechtungültigen Akt zu gehorchen hat, so folgt daraus nur, daß er sich durch solchen Gehorsam nicht jeinerseits strafbar macht, nicht aber, daß derjenige, gegen welchen sich die Amts-

handlung richtet, zum Widerstand nicht berechtigt ist. Wie weit auch die Gehoramspflicht des Beamten geht, so ist der Private doch nur zum gesetz- und verfassungsmäßigen Gehoram verpflichtet.

b) Der Vollstreckende muß Beamter sein. Er wird nicht dadurch Beamter, daß er im Einzelfalle selbständig zur Vollstreckung eines Gesetzes usw. berufen wird, z. B. zu einem Gefangenentransport: Hälschner II 804, Ulshausen N. 8 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 45, Rüdorff-Stenglein N. 19, v. Schwarze N. 21. Sein wenn auch noch so entschuldbarer Irrtum, er sei Beamter, ist gleichgültig. Auf der anderen Seite kommt es nicht darauf an, ob er auch die persönlichen Eigenschaften besessen hat, welche er nach den maßgebenden Bestimmungen besitzen mußte, um anstellungsfähig zu sein: Binding Lehrb. II 384, Frank z 352 N. II Abj. 1, Hälschner II 804 und 1032 N. 3, Ulshausen N. 13 a und § 359 N. 6, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein § 359 N. 6; RG. 3./6. 80 E. 2 82.

c) Der Beamte ist dann nicht in rechtmäßiger Amtsausübung begriffen, wenn er sich bei dem konkreten Vorgange nicht in einer seiner Berufsstellung als vollstreckendem Beamten entsprechenden Tätigkeit befindet, insbesondere wenn er als Privatperson handelt, wenn nicht die Vollziehung des Gesetzes, sondern die Wahrnehmung und Sicherung privatrechtlicher Befugnisse in Frage kommt: Binding Lehrb. II 769, Frank N. II, John H. S. III 117, Ulshausen N. 6; RG. 24./6. 86 E. 14 259, 27./11. 96 E. 29 199, 7./2. 08 E. 41 82.

d) Der Beamte muß, wie allseitig in Theorie und Praxis anerkannt wird, zuständig sein, und zwar sachlich, örtlich und zeitlich. Er muß befugt sein, Handlungen dieser Art an diesem Ort und zu dieser Zeit wahrzunehmen. Er ist sachlich unzuständig, wenn er Handlungen dieser Art entweder überhaupt nicht oder doch nicht zu diesem Zwecke vornehmen darf. Er ist örtlich unzuständig, wenn er sein Amt außerhalb seines Amtsjurisdiktion ausübt, sofern er nicht ausnahmsweise — vgl. z. B. GG. §§ 159, 167, 168 — außerhalb desselben handeln darf. Er ist zeitlich unzuständig, wenn seine Amtszeit auf bestimmte Zeiträume (z. B. der Nachtwächter) beschränkt ist und er außerhalb des bestimmten Zeitraumes tätig wird. Die einzelne Modalität dieser abstrakten Zuständigkeit kam bei demselben Beamten verschieden sein. So sind z. B. die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft örtlich zuständig nicht nach ihrem sonstigen Amt, sondern nach der örtlichen Zuständigkeit der ihnen vorgesetzten Staatsanwaltschaft: Frank a. a. O.

Diese Zuständigkeit liegt auch dann vor, wenn nach den maßgebenden Vorschriften die Vornahme der Amtshandlung an das Vorhandensein bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen dergestalt geknüpft ist, daß die Prüfung, ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall wirklich vorliegen, in das pflichtmäßige Ermessen gestellt ist. In diesem Fall ist die Amtshandlung solange und insoweit eine rechtmäßige, als der Beamte sich in den Grenzen des ihm eingeräumten und pflichtmäßigen Ermessens bewegt: Binding Handb. I 742 und Lehrb. II 769, Meyer II 138, Hälschner II 809 N. 3, v. Liszt 554, Ulshausen N. 14 Abj. 1.

e) Die für die Vornahme der Vollstreckungshandlung von der maßgebenden Stelle geforderten wesentlichen Voraussetzungen und Förmlichkeiten müssen beobachtet sein, wogegen die Rechtmäßigkeit von der Befolgung bloß instruktioneller Vorschriften nicht abhängt: Binding Handb. I 741 und Lehrb. II 774, Frank N. III 3, Hälschner II 809, 810, Ulshausen N. 13 b, Oppenhoff-Delius N. 10, 11, 15, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 5./12. 79 E. 1 26, 27./1. 80 E. 1 163, 2./1. 83 E. 7 370, 15./6. 85 E. 12 261, 6./2. 88 E. 17 122, 13./2. 94 E. 25 113.

f) Streitig ist die Stellung der zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufenen Beamten, nämlich ob die Rechtmäßigkeit ihrer Amtsausübung durch den ihnen gewordenen Auftrag gedeckt wird.

Zunächst müssen auch diese Beamten zuständig sein. In sachlicher Beziehung muß der Auftrag in ihr Amt einschlagen, darf insbesondere nicht auf eine verbotene oder gar strafbare Handlung gerichtet sein, denn kein Untergebener ist zum Gehoram gegen einen solchen Auftrag verpflichtet: die exorbitante Vorschrift MitStGB. § 47, 92, daß der Untergebene den Befehl in Dienstfachen auch dann vollziehen muß, wenn es sich um eine Übertretung handelt, steht ganz vereinzelt da: Hälschner II 810, Ulshausen N. 15 a, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 5./12. 79 E. 1 26, 27./11. 84 E. 26 291, 10./6. 07 E. 40 212. Ferner muß auch die beauftragende Behörde selbst zuständig sein und den Befehl in der gesetzlich erforderlichen Form erteilen: Hälschner und Ulshausen a. a. O., Binding Lehrb. II 790, Mertel 390, Rüdorff-Stenglein N. 8. Diese seine eigene Zuständigkeit und die der Behörde, sowie die Beobachtung der vorgeschriebenen Form seitens der Behörde hat der Beamte zu prüfen, und wenn seine Prüfung eine verneinende ist, er den Auftrag aber gleichwohl ausführt, so ist diese Ausführung keine rechtmäßige. Streitig ist aber, ob er die Rechtmäßigkeit des Auftrages in materieller Beziehung zu prüfen hat, oder ob er schlechthin durch den Auftrag gedeckt wird.

Diese Frage wird verneint, und die Verneinung hat die Autorität des Reichsgerichts für sich. Ulshausen N. 15a formuliert die Verneinung in folgender Weise: „Eine Prüfung der Rechtmäßig-

„keit des seitens der anordnenden Stelle erlassenen Befehls liegt dem ausführenden Vollstreckungsbeamten nicht ob, die Vollziehung eines zwar unrechtmäßig, aber innerhalb der Zuständigkeit erlassenen Befehls des Vorgesetzten ist deshalb nicht selbst unrechtmäßig, denn es kommt nur darauf an, daß der Vollstreckungsbeamte bei seinem Vorgehen sein Amt rechtmäßig ausübt; daß tut er aber, wenn er lediglich einen innerhalb seines Geschäftskreises liegenden, ihm ordnungsmäßig seitens der sachlich und örtlich zu dem Auftrage zuständigen vorgesetzten Behörde erteilten Vollstreckungsauftrag ausführt. Wo der Beamte den ihm gewordenen Befehl zu befolgen gehalten ist, wo er deshalb berechtigt erscheint, die wenn auch rechtswidrige Anordnung zur Ausführung zu bringen, da darf seiner Person wegen Mangels der Rechtmäßigkeit der Anordnung Widerstand bzw. Notwehr niemals entgegengesetzt werden.“ Hiermit stimmen überein Hälschner a. a. O., v. Liszt 555, Meves S. S. IV 309, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 1./11. 80 C. 2 411 und in zahlreichen Einzelfällen, im Anschluß an die konstante Praxis des früheren Preussischen Ober-Tribunals. Einen Anhalt hat aber diese Ansicht im Gesetz nicht, welches ja gerade den Privaten gegen die unrechtmäßige Amtshandlung schützen will, und direkt gegen sie spricht die einfache Erwägung, daß es keinen Rechtsatz gibt, nach welchem eine unrechtmäßige Handlung dadurch zu einer rechtmäßigen wird, daß der Vorgesetzte, statt sie selbst zu befehlen, sie durch seinen ihm gegenüber zum Gehorjam verpflichteten Untergebenen begehen läßt. Zudem kam sich doch, wie Binding 772 zutreffend bemerkt, der widerrechtlich Angegriffene und daher zum Widerstand Berechtigte nur gegen den wehren, der ihn unmittelbar angreift. Somit ist für die Frage nach der Rechtmäßigkeit das Vorhandensein eines Auftrages irrelevant. Der gleichen Ansicht sind Binding Lehrb. II 771, Traut N. III 2 letzter Abt., Geyer II 138, John S. S. III 119, Meyer-Alfeld 547, Oppenhoff-Delius N. 13, Schütze 107, 265 N. 22, v. Schwarze N. 5. Einen wunderbaren Widerspruch leistet sich Lisshausen gleich auf der nächstfolgenden Seite N. 17 a. Hier erklärt er nämlich, daß der den zur Unterstützung zugezogenen Personen durch § 113 verliehene Schutz von der rechtmäßigen Amtsausübung des Beamten selbst abhängig sei, denn nach dem klaren Wortlaut des Paragraphen sei der Widerstand gegen die unrechtmäßige Amtsausübung eines Vollstreckungsbeamten erlaubt und könne deshalb unmöglich dadurch strafbar werden, daß zur Unterstützung jenes unrechtmäßig handelnden Beamten eine dritte Person hinzugezogen werde; diese Hinzuziehung könne — und darauf komme es an — den Charakter der Amtsausübung nicht ändern. Nun ist aber die Einberufung zur Unterstützung jedenfalls dann ein Befehl, wenn der Einberufene dem Ruf zu folgen verpflichtet ist, ein Auftrag, ein Befehl liegt also auch in diesem Fall vor, und die hier bekämpfte Ansicht beruht ja darauf, daß der durch den Auftrag gedeckte Beamte auf Grund des Befehls handelt. Sollte Lisshausen sich darauf berufen, daß die Tätigkeit der Zugezogenen keine unabhängige sei — vgl. seine N. 8 Abt. 2 —, so ist auch die Tätigkeit des Beamten jedenfalls dann keine unabhängige, wenn er dem Befehl stritte zu gehorchen hat, ohne daß seinem Ermessen ein Spielraum verstatet ist.

g) Macht sich der Beamte einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig, so ist die Amtsausübung nur insoweit eine unrechtmäßige, also nur ein gegen die Überschreitung geleiteter Widerstand straflos: v. Liszt 555, Lisshausen N. 18 Abt. 2, Oppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 11, Schütze 265 N. 22.

h) Endlich fragt es sich, welchen Einfluß ein Irrtum des Beamten auf die materielle Rechtmäßigkeit seiner Amtsausübung hat.

Ist die Amtshandlung materiell unrichtig, so ist sie dann eine rechtswidrige, wenn das unrichtige Handeln auf Vorsatz oder auf unentschuldbarem Irrtum beruht. Hierüber herrscht kein Streit.

Der Irrtum ist dann ein unentschuldbarer, wenn er sich auf die rechtlichen Voraussetzungen, die rechtlichen Unterlagen der Tätigkeit bezieht, ein Rechtsirrtum ist. „Der Beamte muß das Gesetz kennen“: RG. 19./11. 94 C. 26 251. N. M. Hälschner II 809 N. 3, 810.

Bezieht sich der Irrtum auf die tatsächlichen Voraussetzungen, so ist die Rechtmäßigkeit ausgeschlossen, wenn die maßgebende Norm, Anordnung, Auftrag usw. diese Voraussetzungen bestimmt formuliert, ohne dem Ermessen des Beamten Spielraum zu verstaten.

Ist die Prüfung, ob die Voraussetzungen zutreffen, in das pflichtmäßige Ermessen gestellt und bewegt sich der Beamte in den Grenzen des ihm eingeräumten und pflichtmäßig ausgeübten Ermessens, so wird nach der einen Ansicht die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung durch einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen nicht beeinträchtigt: Binding Handb. I 742 und Lehrb. II 769, Traut N. III 2 Abt. 3, Hälschner a. a. O., v. Liszt 554, Meves S. S. IV 308, Lisshausen N. 14 Abt. 3, 15 e, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 23./6. 82 C. 6 400 und in zahlreichen Einzelfallentscheidungen. Hierbei hat sich der Richter ganz auf den Standpunkt des Beamten zu stellen; denn es kommt nicht darauf an, ob nach der Ansicht des Richters die Amtshandlung durch die Umstände geboten gewesen, sondern nur darauf, ob der zu Amts-

handlungen solcher Art zuständige Beamte die Voraussetzungen seines Einschreitens nach pflichtmäßigem Ermessen, nach seiner Beurteilung der Sachlage für gegeben gehalten habe: RG. 29./4. 02 C. 35 211, zuletzt 2./3. 11 C. 44 353.

Auch diese Ansicht ermanget des gesetzlichen Anhaltes. Das Gesetz stellt die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als ein objektives Erfordernis hin, gibt mit keinem Buchstaben zu erkennen, daß die wenn auch pflichtmäßige und daher von strafrechtlicher Verantwortung befreiende, doch immer subjektive Ansicht des Beamten maßgebend sei. Vielmehr muß, was Olshausen N. 16 und die von ihm daselbst zitierten Autoren und reichsgerichtlichen Entscheidungen nur mit der obigen Maßgabe aufstellen, allgemein gelten, daß, wie der schlechte Glaube des Beamten eine an sich rechtmäßige Handlung nicht zur unrechtmäßigen, so der gute Glaube die unrechtmäßige Vollstreckungshandlung nicht zu einer rechtmäßigen machen kann. Hiermit stimmen überein Birkmeyer Enzykl. 1193, Meyer-Walfeld 547, Schüze 265 N. 22, Wachenfeld Hk. II 319. Ebenso aber auch alle diejenigen, welche, wie Olshausen selbst — vgl. unten N. 9 —, das Erfordernis der Rechtmäßigkeit für ein Deliktmerkmal und folgerecht den Widerstand nur dann für strafbar erklären, wenn der Täter das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit hatte; denn wie kann dieses Bewußtsein verlangt werden, wenn die Rechtmäßigkeit nicht objektiv, sondern nur in der Einbildung des Beamten existiert?

4. Was von den Beamten selbst, gilt auch von den zugezogenen Personen. Diese genießen den Schutz des § 113 nur, wenn sie von einem zuständigen und in der rechtmäßigen Ausübung des Amtes tätigen Beamten oder von dem von einem solchen Beamten Zugezogenen zugezogen werden. Ein Irrtum in dieser Beziehung ist irrelevant. Vgl. Binding Lehrb. II 453, Hälschner II 812, Olshausen N. 17 a.

Die Mannschaften der bewaffneten Macht, Gemeinde- usw. Wehr müssen in Ausübung des Dienstes begriffen sein und zwar ebenfalls in rechtmäßiger Ausübung: Binding Lehrb. II 759, 782, Birkmeyer Enzykl. 1193, Hälschner II 812, John S. S. III 120, Olshausen N. 17 b, Oppenhoff-Delius N. 48, Rüdorff-Stenglein N. 18, Wachenfeld Hk. II 319. Das Gesetz gewährt ihnen einen selbständigen Schutz, unabhängig davon, ob der Dienst in einem Vollstreckungsakt besteht: Frant N. IV 2, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.; RG. 24./10. 84 C. 11 175; a. M. Binding Lehrb. II 782 und John S. S. III 117.

5. Zu der überquellenden Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. Olshausen N. 19 und die Notizen bei Rüdorff-Stenglein. Hier soll nur eine Auswahl mitgeteilt werden.

Eine rechtmäßige Amtsausübung liegt nicht vor, wenn ein Polizeibeamter den ihm zur Durchführung eines privatrechtlichen Anspruchs von seinem Vorgesetzten erteilten Befehl vollstreckt: RG. 27./11. 96 C. 29 199. Ebenso nicht, wenn ein Gemeindevorsteher Ortsarme in eine zum Zwecke ihrer Unterbringung seitens der Gemeinde gemietete Wohnung einsetzt: RG. 27./11. 94 C. 26 291.

Der polizeiliche Exekutivbeamte ist reichsrechtlich nicht berechtigt, zur Wahrnehmung präventiver Funktionen, z. B. Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, ohne weiteres in das befriedete Besitztum einzudringen: RG. 7./11. 98 C. 31 307. Dagegen ist nach dem preussischen Ges. zum Schutz der persönlichen Freiheit v. 12. Febr. 1850 das Eindringen in fremde Wohnungen sogar zur Nachtzeit gestattet: RG. 18./2. 07 C. 40 65, und zwar auch dann, wenn das aus dem Innern der Wohnung hervorgegangene Hilfsgejuch seitens einer außerhalb derselben befindlichen Person an die Polizei gelangt: RG. 13./2. 80 C. 1 93. Vgl. unten.

Der Schutzmann befindet sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung, wenn er zum Zwecke der Strafverfolgung eine der Flucht nicht verdächtige Person vorläufig festnimmt, ohne die Prüfung der angebotenen Legitimation vorzunehmen, wohl aber, wenn der Betroffene sich nicht legitimiert, mag dieser auch seinen Namen und seine Wohnung, wie sich nachher herausstellt, richtig angegeben haben: RG. 5./4. 95 C. 27 153, 2./5. 95 C. 27 198.

Der Schutzmann ist berechtigt, einen die Polizeistunde überschreitenden Gast, welcher sich trotz der ihm gewordenen Aufforderung nicht entfernt, gewaltfam hinauszubringen: RG. 15./10. 08 C. 42 16.

In Preußen sind die Gendarmen, weil nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, zur strafprozessualen Beschlagnahme und Durchsuchung aus eigener Entscheidung nicht befugt: RG. 24./10. 84 C. 11 175. Sie handeln aber in rechtmäßiger Ausübung ihres Amtes, wenn sie, von der zuständigen Ortspolizeibehörde beauftragt, eine polizeiliche Anordnung durch Anwendung von Zwangsmaßnahmen durchzusetzen, die zu erzwingende Handlung an Stelle des sich weigernden Verpflichteten durch einen Dritten ausführen lassen und dann behufs Zahlung der erwachsenen Kosten den Verpflichteten der Ortspolizeibehörde zuführen: RG. 17./9. 92 C. 23 226.

Die Festnahme von Personen und die Vornahme anderer persönlicher Beschränkungen der Freiheit ist, soweit es sich um Zwecke der Strafverfolgung handelt, durch die StP.O. ge-

regelt, die §§ 1—5 des preussischen Gef. v. 12. Febr. 1850 sind außer Kraft getreten, der die Befugnisse der Polizei bei Wahrnehmung ihrer präventiven Funktion regelnde § 6 aber in Kraft geblieben: RG. 3./2. 80 E. 1 93, 15./3. 87 E. 15 356, 11./7. 99 E. 32 269, 4./10. 06 E. 39 189, 10./6. 07 E. 40 202. Um eine Verdunkelung der Sache zu verhüten, sind die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes gemäß StPD. § 161 zu allen feinen Aufschub gestattenden Anordnungen befugt, und die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung hängt nicht davon ab, daß ihre Zuständigkeit zur Vornahme auch derjenigen Amtshandlungen begründet ist, welche dadurch vorbereitet werden sollen: RG. 2./3. 06 E. 38 773. Wenn unter Olshausens Billigung N. 19 o β das RG. 2./6. 99 E. 32 199 die zwangsweise Anwendung der Bertillon'schen Messung — ebenso das zwangsweise Photographieren — des Festgenommenen aus StPD. § 131 und aus der Obliegenheit der Polizei ableitet, die zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit nötigen Anstalten zu treffen, so ist dies mit Binding Lehrb. II 768 N. 3 II und Frank III Abs. 1 für einen zu tiefen Eingriff in die persönliche Freiheit zu erklären.

In Strafsachen haben die Polizeibehörden nicht das Recht des Zeugniszwanges: E. 22./11. 83 E. 9 433, wohl aber dürfen sie nicht bloß den einer Strafata Verdächtigen behufs Feststellung seiner Persönlichkeit, sondern auch die Zeugen zur eventuellen Vorführung vor den Richter zwangsweise sistieren: RG. 19./3. 86 E. 13 426. Landesrechtlich wird das Recht der Zwangsstellung für einen Ausfluß der den Behörden allgemein oder in beschränktem Umfange beigelegten Exekutivgewalt erklärt. So dürfen in Preußen die Polizeibeamten zum Zwecke der Zwangsstellung sogar in die Wohnung eines Dritten sich begeben: RG. 23./3. 80 E. 1 331, und in Sachsen ist die Polizeibehörde auf dem Gebiete der Vereinspolizei berechtigt, die Zwangsstellung von Personen zu verfügen, welche der Vorladung zum Erscheinen behufs Entgegennahme mündlicher Befanntmachungen nicht Folge leisten: RG. 27./4. 91 E. 22 5.

Eine rechtmäßige Amtsausübung liegt nicht vor, wenn ein Gerichtsvollzieher auf Grund einer einstweiligen Verfügung, durch welche die Zurückbringung von Sachen des Gegners des Antragstellers in die Wohnung des letzteren angedordnet ist, die Sachen demjenigen, zu welchem sie geschafft waren, wider dessen Willen mit Gewalt fortnehmen will; der Bescheid des Richters, er sei zu einem gewaltsamen Vorgehen berechtigt, entbindet ihn nicht von der Pflicht, das Vorliegen der Voraussetzungen für sein amtliches Einschreiten selbständig zu prüfen: RG. 19./11. 94 E. 26 249.

Ist dem allgemein zuständigen Beamten die konkrete Amtshandlung von seinem Vorgesetzten unterstellt, so ist ihre gleichwohl erfolgende Vornahme eine rechtswidrige. Daher befindet sich der Amtsrichter, dem nach StPD. § 483 die Strafvollstreckung übertragen ist, nicht in rechtmäßiger Amtsausübung, wenn er gegen die Weisung der vorgesetzten Vollstreckungsbehörde gegen den Verurteilten mit Vollstreckungshandlungen vorgeht: RG. 18./3. 98 E. 31 76.

6. Damit überhaupt ein Widerstand gegen die Vollstreckungshandlung möglich ist, muß diese begonnen sein: Binding Lehrb. II 776, Mertel 390, Olshausen N. 20 Abs. 1; RG. 4./2. 81 E. 3 34, 12./5. 81 E. 4 143, 24./6. 86 E. 14 259, 8./11. 89 E. 20 35; a. M. Hälschner II 823 und John H. S. III 123. Bloß vorbereitende Handlungen genügen nicht. Daher kann es nicht für zutreffend erachtet werden, wenn Olshausen N. 20 a, Rüdorff-Stenglein N. 13 und RG. 17./3. 08 E. 41 181 für genügend erachten, daß die Ausführung der Amtshandlung als eine auf bereits gefaßtem Entschluß beruhende Maßregel unmittelbar bevorsteht. Ferner darf die Amtshandlung noch nicht vollendet, der durch sie beabsichtigte Erfolg noch nicht erreicht, ihre Weiterführung nicht aufgegeben sein: Binding a. a. D., Olshausen a. a. D. und N. 26; RG. 4./2. 81 E. 3 334. Wann der Zweck erreicht worden, ist regelmäßig Tatfrage. Gehört zur Vollstreckung das Verweilen an einem bestimmten Platz, Wohnung u. ä., so ist die Vollstreckung jedenfalls begonnen, sobald der Platz betreten, und nicht früher vollendet, als bis der Beamte ihn verlassen hat: RG. 7./2. 08 E. 41 82.

7. Widerstehen ist Bereiten eines Hindernisses. Ob die widerstehende Tätigkeit Erfolg hat, also ob sie einen hindernden, hemmenden Einfluß auf die Amtshandlung ausübt, ist für den Tatbestand gleichgültig: Frank N. I 1 Abs. 1, Hälschner II 813, John H. S. III 125, Olshausen N. 21, Oppenhoff-Delius N. 42, Rüdorff-Stenglein N. 16. Sie muß aber an und für sich dazu geeignet sein, durch sie ein objektives Hindernis bereitet werden, widrigenfalls nur ein nicht strafbarer Versuch vorliegt: Frank und Olshausen a. a. D.; RG. 12./7. 81 E. 4 374. Zur Anwendung des § 113 genügt aber nicht jeder Widerstand, sondern der Widerstand muß geleistet werden durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt.

a) Der Widerstand muß geleistet werden gegen den „in“ Ausübung seines Amtes begriffenen Beamten. Er muß sich also gegen die Amtshandlung als solche richten. Daß die Amtshandlung gegen den Widerstehenden selbst vorgenommen wird, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 774, John H. S. III 124, Olshausen N. 20 a, Oppenhoff-Delius N. 41, Rüdorff-Stenglein N. 12, Schüge 266.

Die Gewalt erfordert begrifflich die Anwendung physischer Kraft. Sie richtet sich entweder direkt gegen die Person des Beamten oder zunächst gegen Sachen, jedoch muß in letzterem Fall eine Beziehung gegen den Beamten vorhanden, diesem die Gewalt physisch fühlbar sein: Berner 389, Binding Lehrb. II 775, Frank N. VI a, v. Liszt 555 (346), Meyer-Allfeld 548, Olshausen N. 23 a Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 29, Rüdorff-Stenglein N. 14. Das bloße Bereiten rein sachlicher Hindernisse, z. B. Verschließen der Tür der Wohnung, genügt nicht; a. M. Binding a. a. D. Hiermit stimmt in konsequenter Praxis das RG. überein: 30./6. 11 E. 45 153 und die dort zitierten zahlreichen früheren Erkenntnisse.

Es herrscht kein Streit darüber, daß das Gesetz eine aktive Tätigkeit verlangt: RG. 12./6. 81 E. 4 374. Somit genügt es nicht, wenn nur passiver Widerstand geleistet wird, ein bloßer Ungehorsam, ein bloß passives körperliches Verhalten, wodurch dem Beamten freigelassen wird, das zur Ausführung der Amtshandlung Erforderliche wahrzunehmen: Olshausen N. 22. Wie Binding 774 es formuliert: wenn der Täter nur nichts tut, um dem Beamten die Amtshandlung zu erleichtern. Es ist passiver Widerstand, wenn der Täter die verschlossene Tür nicht öffnet, die wachzunehmende Sache nicht vorlegt, bei einer Festnahme nicht freiwillig mitgeht, sondern der Fortführung die Schwere des eigenen Körpergewichts entgegensetzt, z. B. sich auf die Erde legt. Dagegen aktiver, wenn er sich gegen die zu öffnende Tür stemmt; wenn er den Beamten einschließt: RG. 5./11. 95 E. 27 405; wenn er sich anflammt oder die Füße auf den Boden stemmt: RG. 1./11. 80 E. 2 411, was gegen Berner 389, Binding Lehrb. II 775, Geyer II 139, Olshausen 24 b, Schütze 266 N. 23 von Frank N. V 1 a für eine sehr bedenkliche Entscheidung erachtet, von v. Liszt 555 und v. Wächter 502 für irrig erklärt wird. Das Weglaufen ist bisher noch nicht für aktiven Widerstand erachtet worden, obgleich es sicherlich kein bloß passives körperliches Verhalten ist. Natürlich sind passiver Widerstand und ein nur defensives Verhalten nicht identisch: Olshausen N. 24 b, Oppenhoff-Delius N. 39.

b) Bedrohung mit Gewalt ist die Ankündigung der bevorstehenden Anwendung der Gewalt. Da eben diese Bedrohung den Widerstand ausmacht, so braucht nicht die angeandrohte Gewalt, wohl aber muß ihre Androhung geeignet sein, einen hindernenden, hemmenden Einfluß auf die Amtshandlung auszuüben: Olshausen N. 23 b, Oppenhoff-Delius N. 40. Die Drohung wird zwar regelmäßig, muß aber nicht notwendig eine Gewalttätigkeit direkt gegen die Person des Beamten in Aussicht stellen: Hälschner II 814, Olshausen N. 22 b; a. M. John S. S. III 124. Im übrigen vgl. oben § 48 N. 9a.

8. Dem Widerstand wird in der Strafbarkeit gleichgestellt der tätliche Angriff. Dieser umfaßt jede in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper zielende Einwirkung. Solche Handlungen, die zwar die äußere Erscheinung eines Angriffs bieten, dergestalt, daß sie an sich den Schluß auf die feindselige Willensrichtung rechtfertigen, stellen einen Angriff nicht dar, wenn es dem Handelnden an jener Willensrichtung fehlt. Dies ist der Fall, wenn der Angriff nur zum Scherz erfolgt; aber auch dann, wenn er nach dem Willen des Handelnden lediglich wie eine Drohung wirken soll, die Absicht irgendeiner Einwirkung auf den Körper des Beamten aber fehlt, z. B. bei dem Schießen mit Schrot auf hundert Schritt Entfernung, beim absichtlichen Schießen in die Luft, liegt nur der äußere Schein eines Angriffs vor. Die Bedrohung mit dem Angriff genügt nicht, vielmehr muß die Gewalttätigkeit wirklich stattfinden, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß eine mißlungene Gewaltübung als tätlicher Angriff anzusehen sei; z. B. der Täter holt mit dem Arm aus, um den Beamten zu schlagen, der Schlag wird aber durch irgendeinen Umstand abgewehrt: Frank N. V 2, Geyer II 139, Hälschner II 815, v. Liszt 555, Meyer-Allfeld 548, Olshausen N. 25, Oppenhoff-Delius N. 44, v. Schwarze N. 14: RG. 18./11. 82 E. 7 301, 17./3. 08 E. 41 181. Es ist überhaupt weder nötig, daß eine Berührung des Körpers wirklich stattfindet, noch daß sie beabsichtigt ist, so daß der Angriff auch in einem auf Einsperrung gerichteten Unternehmen liegen kann: RG. 28./11. 95 E. 28 32, 17./3. 08 E. 41 181. Nach Binding Lehrb. II 780 N. 6 und v. Schwarze N. 14 ist die Berührung des Körpers erforderlich.

Der Angriff erfolgt nicht „in“, sondern „während“ der Amtsausübung. Er braucht sich also nicht gegen die Amtsausübung als solche zu richten, sondern entscheidend ist nur das zeitliche Zusammenfallen: Berner 389, Frank N. V 2, Geyer II 139, Hälschner II 812, John S. S. III 125, Olshausen N. 20 Abj. 2, b Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 22, 28, 44, v. Schwarze N. 8; Binding Lehrb. II 780 bestreitet die Differenz.

Durch den Angriff muß die Amtsausübung tatsächlich gehindert, ihr ein objektives Hindernis bereitet werden: Olshausen N. 20 b Abj. 1; RG. 2./11. 85 E. 13 105; a. M. Frank a. a. D. Dies erachtet das Gesetz als entscheidend, gleichviel was bei dem Angriff Abicht und Zweck des Täters war: Hälschner II 813, Olshausen N. 20 Abj. 3; RG. a. a. D. Somit kann sich der Angriff im konkreten Fall gegen die Amtsausübung richten und geht dadurch nicht in den gewalttätigen Widerstand auf, wie Berner 389, Binding Lehrb. II 781 und John S. S. III 125 meinen.

9. Zu subjektiver Beziehung ist Vorsatz erforderlich. Zu dem Dolus gehört zunächst die Kenntnis, daß die Handlung sich gegen einen Beamten oder gegen Personen, die zu seiner Unterstützung zugezogen sind, oder gegen die vom Gesetz bezeichneten Mannschaften richtet, ferner das Bewußtsein, daß die gedachten Personen sich in Ausübung des Amtes, der Hilfeleistung, des Dienstes befinden. Hierüber herrscht kein Streit.

Weiter aber ist nach § 59 erforderlich das Bewußtsein, daß der Beamte, die Mannschaften sich in rechtmäßiger Ausübung des Amtes, des Dienstes befinden, denn diese Rechtmäßigkeit gehört zum objektiven Tatbestande des Delikts. Somit „schließt jeder Glaube an die Widerrechtlichkeit der angeblichen Amtshandlung den Vorsatz aus, mag erstere auch rechtmäßig und der „Frrtum des Widerstehenden ein unverzeihlicher sein“ (Binding). Hiermit stimmen überein Binding Normen II 589 und Lehrb. II 778, 781, Frank N. VI, Geyer II 139, Hälschner II 815, v. Liszt 455, Merkel 391, Meyer-Alsfeld 547, Olshausen N. 28. Dagegen nehmen Berner 391, John S. S. III 118, 124, Oppenhoff-Delius N. 24, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 265 N. 22, v. Schwarze N. 16 und das Reichsgericht in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen an, daß das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit nicht zum Tatbestande gehöre, der Glaube des Widerstrebenden an die Widerrechtlichkeit der Amtshandlung gleichgültig sei: RG. 22./4. 80 E. 2 414, 30./10. 80 E. 3 14, 5./11. 80 E. 2 423, 13./6. 84 E. 10 431, 26./1. 92 E. 22 302. Im evidenten Widerspruch hiermit wird in dem Urteil 13./6. 84 E. 10 425 zu § 137 das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung für erforderlich erklärt. Siehe die Kritik dieser Entscheidungen bei Binding Lehrb. II 779 N. 1. Allerdings greifen die Grundzüge über den Eventualdolus Maß. Wer im Zweifel an der Rechtmäßigkeit auf die Gefahr hin Widerstand leistet, daß der Beamte sich in rechtmäßiger Amtsausübung befindet, und diese Eventualität nicht innerlich ablehnt, sondern in seinen Willen mit aufnimmt, verstößt gegen § 113: Binding Normen II 590 und Lehrb. II 780, Hälschner II 816, Meyer-Alsfeld 548, Olshausen N. 28 letzter Abf.

10. Die rechtmäßige Amtsausübung ist niemals ein rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53, somit wie die Selbstverteidigung, so auch die Notwehr gegen sie ausgeschlossen. Gegen die unrechtmäßige Amtsausübung ist jeder zweckmäßige Widerstand und, falls sich der Zwang zu einem Angriff gestaltet, die rechtliche Notwehr in vollem Umfang gegeben. Gestaltet er sich nicht zu einem Angriff, so kann der Widerstand, obgleich aus § 113 straflos, gleichwohl als Nötigung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung usw. strafbar sein. Vgl. Berner 390, Binding Handb. I 740, Lehrb. II 751, 777, Hälschner II 807, John S. S. III 125, Meves S. S. IV 412, Olshausen N. 29 und 30, Oppenhoff-Delius N. 16 Rüdorff-Stenglein N. 11, Schütze 265 N. 22. Mit Recht bemerkt übrigens Binding Lehrb. II 765 N. 2, daß auch ohne das ausdrückliche Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung das Recht der Notwehr sich aus § 53 ergibt; vgl. auch oben zu § 53 N. 2a Abf. 4.

11. Über die Ergänzungen und Erweiterungen des § 113 — und § 114 — vgl. Binding Lehrb. II 784, 796 ff.

§ 114.

Wer es unternimmt, durch Gewalt oder Drohung eine Behörde oder einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu zweitausend Mark ein.

1. Während die Nötigung des § 240 sich gegen die Betätigung der persönlichen Freiheit richtet, bildet bei § 114 die Staatsgewalt das Objekt des Angriffs, indem gegen eines ihrer Organe ein Zwang ausgeübt wird, um einen Akt der Staatsgewalt herbeizuführen oder zu verhindern.

Behörde ist jedes unmittelbare oder mittelbare Organ des Staates, welches berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Verwirklichung der Zwecke des Staates tätig zu sein. Allerdings ist nicht jedes zu einer selbständigen Wirksamkeit berufene Organ der Staatsgewalt als Behörde anzusehen; dieser Begriff setzt vielmehr notwendig nicht lediglich eine selbständige persönliche Wirksamkeit des Beamten, sondern eine selbständige, durch Recht und Verfassung dauernd geregelte Organisation des Amtes voraus. Eine derartige Organisation braucht nicht eine kollegiale zu sein, sondern kann sich auch in der bürokratischen Form eines einzigen, nur von Untergebenen unterstützten, Beamten darstellen, vorausgesetzt nur, daß das Amt als solches in einer bestimmt geregelten Gliederung ein organischer Bestandteil der Amts- und Behördenverfassung geworden ist. Vgl. Binding Lehrb. II 754, Frank N. II Abf. 1, Geyer II 140, Hälschner II 821, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2: RG. 8./1. 83 E. 8 5, 14./11. 88 E. 18

246, 28./9. 00 *E.* 33 383, 12./10. 08 *E.* 41 442. Hiernach sind von den Behörden unterschieden deren Bedienstete, insbesondere die rein exekutiven Organe des Polizeidienstes: *RG.* 8./1. 83 und 14./11. 88 a. a. *D.*, 24./2. 88 *E.* 17 341. Die Kirchenbehörden gehören nicht hierher: *Bindung* und *Hälßner* a. a. *D.*

Für den Begriff der Beamten ist § 359 maßgebend, so daß auch die berufsmäßigen Militärpersonen, insbesondere die aktiven Offiziere zu den Beamten zu rechnen sind: *RG.* 16./6. 96 *E.* 29 15.

Nach der Praxis des Reichsgerichts gehören zu den Behörden: die Verwaltung einer preußischen städtischen und Kreispartasse: 1./5. 82 *E.* 6 247, 22./1. 07 *E.* 39 391 (nach *Frank* *N.* II *Abf.* 2 „bedeutlich“); die Organe der preußischen und mecklenburgischen Universitäten, namentlich deren einzelne Fakultäten: 9./3. 88 *E.* 17 208; ein Schöffengericht: 16./5. 89 *E.* 19 260; das Direktorium der preußischen Zentralgenossenschaftskasse: 22./1. 07 *E.* 39 391; in Bayern der Distriktsrat und Distriktsausschuß als Organe der Distriktsgemeinde: 15./4. 04 *E.* 40 161; ein preußischer Oberförster: 12./10. 08 *E.* 42 442.

2. Die Nötigung geht auf Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung. Somit findet § 114 im Gegensatz zu § 113 Anwendung, wenn eine in der Zukunft liegende Entschließung herbeigeführt oder verhindert werden soll: *RG.* 4./2. 81 *E.* 3 334. War die Behörde usw. bereits zur Vornahme oder Unterlassung entschlossen, so muß die Nötigung auf eine andere Zeit oder auf eine andere Weise der Ausführung gerichtet sein.

Der Strafschutz bezieht sich nur auf Amtshandlungen, also solche Handlungen, welche innerhalb der Zuständigkeit gelegen und vermöge ihrer vorzunehmen sind, sodaß die Nötigung zu einer allgemeinen Bürgerpflicht, z. B. zur Zeugnisablegung, nicht hierher gehört: *Berner* 388, *Bindung* *Lehrb.* II 754, *Frank* *N.* III *Abf.* 1, *Ulshausen* *N.* 4: *RG.* 24./1. 88 *E.* 18 350. Allerdings kann, wie *Bindung* a. a. *D.* 355 bemerkt, die Nötigung gerade dahin gehen, eine Handlung der sachlichen Zuständigkeit außerhalb der örtlichen Zuständigkeit vorzunehmen, aber dann ist sie nur eine Privathandlung unter Mißbrauch der Amtsgewalt. Auf die Art der Amtshandlung kommt, vorbehaltlich natürlich immer des Rechtes der Notwehr, für den Tatbestand nichts an, so daß es gleichgültig ist, ob die vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung eine rechtmäßige, notwendige, zweckmäßige Handlung ist oder nicht ist: *Berner*, *Bindung*, *Frank* und *Ulshausen* a. a. *D.*, *Geyer* II 140, *Hälßner* II 821, *Mertel* 391, *Oppenhoff-Delius* *N.* 14, *Rüdorff-Stenglein* *N.* 3; *RG.* 5./3. 01 *E.* 34 206.

Die Amtshandlung, welche unterlassen werden soll, kann bereits begonnen sein, wenn nämlich die Nötigung sich auf ihre Fortführung, Beendigung bezieht. Somit läßt sich das zeitliche Erfordernis dahin formulieren, daß die vorzunehmende Handlung noch nicht begonnen, die zu unterlassende noch nicht vollendet sein darf. Wenn *Ulshausen* *N.* 5 *Abf.* 2 und *Rüdorff-Stenglein* *N.* 3 annehmen, daß die zu unterlassende Handlung nicht zur Zuständigkeit der Behörde usw. gehören braucht, so ist diese Annahme „weder in der Natur der Sache, noch in „der Ausdrucksweise des Gesetzes begründet“; einem unzuständigen Beamten ist der Schutz des § 114 zu verfallen, weil er nur innerhalb seiner Zuständigkeit amtlich handeln kann.

3. Als Mittel der Nötigung nennt das Gesetz Gewalt und Drohung.

Die Gewalt, welche auch mittelbar gegen die Behörde usw. gerichtet sein kann (vgl. § 113 *N.* 7a *Abf.* 2), ist entweder eine vis absoluta oder compulsiva, ohne Unterscheidung, ob es sich um eine Vornahme oder Unterlassung handelt: *Meyer-Alfeld* 548. Das Gesetz unterscheidet eben nicht. Daher ist es ebenso fehlerhaft, wenn *Ulshausen* *N.* 5a und *Rüdorff-Stenglein* *N.* 4 bei der Vornahme, wie wenn *Hälßner* II 821, *Oppenhoff-Delius* *N.* 5 und v. *Schwarze* *N.* 6 überhaupt nur vis compulsiva zulassen.

Durch die Drohung muß der Bedrohte in die seine Willensfreiheit beschränkende Furcht gesetzt sein, das angedrohte Übel erdulden zu müssen. Die Drohung selbst braucht sich nicht gegen den zu Nötigenden zu richten, wenn nur das dem Dritten in Aussicht gestellte Übel zugleich als ein Übel für den zu Nötigenden erscheint, denn dadurch wird auch auf dessen Willensfreiheit ein Zwang ausgeübt. Daß das in Aussicht gestellte Übel unmittelbar bevorstehe, ist ebensowenig erforderlich: *Meyer-Alfeld* 548 *N.* 15, *Ulshausen* *N.* 3b und *RG.* 5./3. 01 *E.* 34 206, wie daß der Drohende die Verwirklichung der Drohung beabsichtigt: *Bindung* *Lehrb.* II 754. Endlich verlangt das Gesetz keine bestimmte Drohung, sondern Drohung überhaupt. Diese braucht also keine Drohung mit strafbaren Handlungen zu sein: *Bindung* a. a. *D.* *N.* 2, *Frank* *N.* III 2, *Geyer* II 241, *Hälßner* II 821, *Meyer-Alfeld* 548, *Ulshausen* *N.* 3b *Oppenhoff-Delius* *N.* 4: *RG.* 8./11. 89 *E.* 20 35. Daher kann z. B. die Drohung, eine Beschwerde einlegen, eine Besprechung der Angelegenheit in der Presse oder im Reichstage veranlassen zu wollen, als Nötigung erscheinen, wenn auch äußerlich ein wirkliches Übel in Aussicht gestellt wird: *RG.* 15./11. 06 *E.* 39 266. Niemals aber genügt es bei der Unterlassung, daß der Dolus des Drohenden auf das Bewußtsein von der abstrakten Möglichkeit der Vornahme einer gewissen Amtshandlung seitens

des Bedrohten beschränkt ist, sondern es muß wenigstens nach der Vorstellung des Drohenden eine Amtsausübung seitens des Bedrohten in bestimmter Richtung tatsächlich zu erwarten stehen, deren Verhinderung eben das Ziel der Drohung bildet: RG. 15./3. 01 C. 34 206.

4. Zum Dolus vgl. die Ausführungen § 113 R. 9.

5. Das Gesetz bedroht das „Unternehmen“. Vgl. dazu § 105 R. 3. Anders als bei dem Delikt des § 113, welcher den Versuch straflos läßt, wird also der Versuch mit der gleichen Strafe bedroht wie die Vollendung.

6. Der § 114 straft die Nötigung jeder Behörde, jedes Beamten zur Vornahme oder zur Unterlassung einer Amtshandlung, während § 113 nur die Vollstreckungsbeamten schützt, nur den Widerstand gegen die Vollstreckungshandlung, also eine auf Hinderung, Hemmung, Unterlassung einer Vollstreckung gerichtete Handlung straft, endlich nicht die Bedrohung allgemein, sondern die Bedrohung mit Gewalt verbietet. Wegen alle Beamte des § 113 kann auch das Delikt des § 114 begangen werden, nicht aber umgekehrt. Somit stehen die beiden Strafbestimmungen nicht in Ideal-, sondern in Gesetzeskonkurrenz, indem das Delikt des § 113 eine Unterart des Gattungsdelikts des § 114 ist. Hiermit stimmen überein Werner 388, Binding Lehrb. II 783, Frank R. I, Geyer II 141, Hälschner II 822, Mertel 391, Meyer-Malfeld 548, Lisshausen R. 7a, Oppenhoff-Delius R. 17, Schüge 266 R. 24 und das RG. in einer Reihe Entscheidungen, zuletzt 18./1. 98 C. 31 3. Dagegen hält v. Liszt 556 Idealkonkurrenz für möglich. John S. S. III 126 und Meyer, S. S. IV 315 beziehen § 114 auf die beschließenden, § 113 auf die gesetz- oder beschlußausführenden Organe, wodurch jedenfalls das Verständnis des Gesetzes nicht gefördert wird; vgl. auch Hälschner a. a. D.

Ebenso ist die Idealkonkurrenz zwischen § 114 und § 240 ausgeschlossen: RG. 18./1. 98 C. 31 3.

7. Die Geldstrafe im Abs. 2 ist erst durch die Novelle v. 19. Juni 1912 zugelassen (oben C. 28).

§ 115.

Wer an einer öffentlichen Zusammenrottung, bei welcher eine der in den §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird, teilnimmt, wird wegen Aufruhrs mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.

Die Häufelsführer, sowie diejenigen Aufrührer, welche eine der in den §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen begehen, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Der in den §§ 113, 114 bedrohte Widerstand gegen die Staatsgewalt qualifiziert sich als Aufruhr, wenn er bei einer öffentlichen Zusammenrottung mit vereinten Kräften begangen wird. Erforderlich ist also eine Mehrheit von Widerstehenden, aber wie beim Landfriedensbruch des § 125 werden nicht bloß die eigentlichen Täter bestraft, sondern überhaupt jeder, der an der Zusammenrottung teilgenommen hat. Die Strafbarkeit des Aufrührers ist also allgemein dadurch bedingt, daß überhaupt eines der Delikte der §§ 113, 114 begangen worden, ohne daß es jedoch der Feststellung bedarf, wer das Delikt verübt hat; wogegen allerdings festgestellt werden muß, daß das Delikt mit vereinten Kräften begangen wurde: Binding Lehrb. II 808, Hälschner II 827, John S. S. III 131, Lisshausen R. 3b.

2. Zusammenrottung ist die Vereinigung Mehrerer zu gemeinschaftlichem unerlaubten bedrohlichen oder gewalttätigen Handeln. Über den Begriff herrscht kein Zweifel, obgleich die Definition gewöhnlich in erweiterter Fassung gegeben wird. Z. B. nach Frank R. II 1 ist Zusammenrottung „ein zu gemeinschaftlichem rechtswidrigen Handeln erfolgendes räumliches „Zusammentreten oder Zusammenhalten mehrerer Personen derart, daß sie nach außen hin „als eine vereinte Macht erkennbar sind“. Nach Hälschner II 826 ist sie „die Ansammlung einer „Mehrfheit von Menschen, die, örtlich vereinigt und zugleich innerlich durch gleiche Gesinnung und „Willensrichtung verbunden, bereit sind, zur Verübung strafbarer Handlungen überzugehen“. Lisshausen R. 1a verlangt in Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts, daß die Rechtswidrigkeit des Handelns äußerlich erkennbar sein müsse; dagegen mit Recht Binding Lehrb. II 805 6.

a) Erforderlich ist eine Mehrheit von Menschen. Dshausen N. 2 hält, wiederum im Anschluß an die militärgerichtliche Praxis, die Zahl zwei für genügend. Aber mag auch der Militärrichter die zweigliedrige Rotte für maßgebend erachten, so hat doch der militärische Begriff der Rotte mit dem Strafrecht nichts zu tun (v. Liszt 400 N. 10). Jedenfalls wird sich der Zivilrichter der Wahrnehmung nicht entziehen dürfen, daß der Sprachgebrauch wie bei dem Aufruhr (§ 116 „Menschenmenge“), so auch bei dem Aufruhr an eine größere Anzahl von Menschen denkt und kein Richter das Bewußtsein haben wird, an einem Aufruhr teilzunehmen, wenn die Gesamtzahl der außer ihm zusammengeworrenen Menschen nur ein oder zwei ist. Auch der Dichter, wie bekannt immer mit der Darstellung des Aufruhrs auf der Bühne, würde sein Unverständnis bekant haben, wenn ihm bei seinen Worten „Stürzt Rhodus unter Feuerflammen? Es rottet sich im Sturm zusammen“, die Belehrung geworden wäre, daß zwei Mädchen von zwölf Jahren sich „zusammenrotten“ können. Wie Binding Lehrb. II 805 N. 4 sagt: ein Aufruhr mit zwei Personen verfällt doch dem Fluche der Lächerlichkeit. Auf der anderen Seite gehen Binding Lehrb. II 805, Mertel 392, Meyer-Wisfeld 549, Rüdorff-Stenglein N. 4 zuweit, wenn sie eine Menschenmenge (§ 110 N. 5a Abs. 3) verlangen. Vielmehr muß man sich mit Hälschner dahin entscheiden, daß zwar im Sinne des Gesetzes zwei Menschen nicht genügen, aber die Beantwortung der Frage nach der Zahl nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles erfolgen kann, wobei insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen sein wird, ob aus dem Verhältnis der den Zusammengeworrenen zur Verfügung stehenden Kräfte zur Widerstandskraft der Obrigkeit sich die bei dem Aufruhr vorausgesetzte Gefahr ergibt: Frank N. II 1, Hälschner II 826, Dshausen N. 2 (unter Zurückbiegung seiner Ansicht auf die „Begrifflichkeit“), Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein § 122 N. 3.

b) Die Mehreren müssen, wie gewöhnlich schon in der Definition des Aufruhrs ausgesprochen wird, räumlich zusammen sein: bei räumlicher Trennung der Personen gibt es keine Zusammenrottung, wobei es aber gleichgültig ist, ob sie erst zusammengetreten oder, bereits räumlich verbunden, zusammenhalten: RG. 1./6. 80 C. II 80, 25./9. 80 C. III 1, 18./12. 86 C. 15 217.

c) Sie müssen zusammen sein, um gemeinschaftlich rechtswidrige Handlungen zu begehen, und zwar Handlungen bedrohlicher oder gewalttätiger Art, sei es gegen Personen, sei es gegen Sachen: Binding Lehrb. 806 N. 1, Frank N. II 1. Es ist aber nicht erforderlich, daß sie gerade zu dem Zwecke zusammengetreten sind, vielmehr kann jede, auch die bloß zufällig zusammengetretene Mehrheit von Menschen, insbesondere der Aufruhr im Sinne des § 116, sich zu einer Zusammenrottung gestalten, wenn und soweit die bereits Vereinten in dem Bewußtsein zusammenbleiben, es handele sich um die Verübung jener Handlungen: Berner 393, Binding Lehrb. II 806, Hälschner II 826, John S. S. III 132, Dshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4.

d) Endlich muß die Zusammenrottung eine öffentliche sein, und zwar nicht in dem Sinne, daß der Ort, an welchem sie stattfindet, ein öffentlicher ist, oder daß sie seitens beliebiger Personen wahrgenommen werden kann, sondern daß beliebige, unbestimmt welche und wie viele Personen sich an ihr beteiligen können: Binding Lehrb. II 807, Hälschner II 826, John S. S. III 131 N. 2, v. Liszt 400, Mertel 392, Meyer-Wisfeld 549, Dshausen N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. 14./3. 90 C. 20 298, 19./2. 91 C. 21 370.

3. Bei der Zusammenrottung muß eines der in den §§ 113, 114 bezeichneten Delikte mit vereinten Kräften begangen werden.

„Bei“ ist nicht identisch mit „gelegentlich“. Zusammenrottung und Begehung stehen nicht nur äußerlich nebeneinander. Es genügt nicht, daß gelegentlich der an sich ja straflosen Zusammenrottung eines jener Delikte begangen wird, sondern die Zusammengeworrenen müssen in dem Bewußtsein zusammen sein, daß es sich eben um die Verübung eines jener Delikte handelt, und mit dem Willen, daß es verübt werde: Binding Lehrb. II 808, Hälschner II 824, John S. S. III 132, Dshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 268, v. Schwarze N. 6.

Wird ein Begehen mit vereinten Kräften verlangt, so bedeutet dies ein Zusammenwirken mehrerer, also mindestens zweier Personen, nicht aber aller Zusammengeworrenen, da ja das Gesetz selbst die aktiven von den nichtaktiven Teilnehmern unterscheidet. Diese mehreren Delinquenten brauchen nicht, wie Binding Lehrb. II 809, Frank N. 4 und John S. S. III 130 annehmen, Mittäter im technischen Sinne zu sein, denn das Gesetz fordert nur eine Vereinigung der Kräfte, ohne das Verhältnis der Täter zueinander näher zu bestimmen, sodaß es genügt, wenn nur einer der Täter, die anderen aber seine Gehilfen sind: Hälschner II 824, Dshausen N. 3c Abs. 1. Immer aber müssen es mindestens zwei sein, weil sonst keine „vereinten“ Kräfte zusammenwirken: Berner 393, Binding, Frank, Hälschner und John a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 3. Wenn Meyer-Wisfeld 549, Dshausen N. 3c Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8 und RG. 29. 11 97 C. 30 391, 16./3. 03 C. 36 174 meinen, es genüge, daß ein Einzeler physisch die Handlung

vornehme, wenn nur die anderen Zusammengerotteten billigend, bereit als Rückhalt zu dienen, dahinterstehen, so läßt das Billigen, das Bereitstehen zwar die Bereitwilligkeit erkennen, mit-zuhandeln, ist aber nicht selbst ein Handeln.

4. Bestraft wird jeder, der an der Zusammenrottung teilnimmt. Teilnahme ist hier nicht in der technischen Bedeutung der Überschrift des Teil I Abschn. 3, sondern wie in den §§ 116, 124, 125, 128, 129, 227 im Sinne des gemeinen Lebens zu verstehen. Es wird nicht vorausgesetzt, daß jeder Einzelne die Selbstbegehung beabsichtigt oder das Delikt selbst verübt, sondern Teilnehmer ist jeder, der sich vorsätzlich und mit Kenntnis, also konkludenter Billigung des strafbaren Zweckes der Zusammenrottung der zusammengerotteten Menge anschließt oder mit dem Bewußtsein, sich in einer zu dem ihm bekannten Zwecke zusammengerotteten Menge zu befinden, den Willen verbindet, als ein Teil dieser Menge in ihr zu verbleiben. Das weitere Motiv, z. B. Neugierde, wie die Sache ablaufen werde, ist gleichgültig, wogegen nicht Kottierer ist, wer lediglich aus Neugierde hinzutritt, ohne an der Gesamtstimmung teilzunehmen: Binding Lehrb. II 807, Frank N. II 3, Hälschner II 827, John S. S. III 134, Oshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3, 10, Schütze 268; RG. 16./5. 90 C. 20 403, 20./5. 90 C. 20 405, 16./3. 03 C. 36 174, 15./12. 03 C. 37 28.

5. Eine erhöhte Strafe trifft nach Abs. 2 die Räbelsführer und diejenigen, welche eine der in den §§ 113, 114 bezeichneten Handlungen begangen haben.

Räbelsführer sind die Planleger, Anführer, Wortführer, überhaupt jeder, der bei dem Aufruhr eine führende Rolle spielt. Sie müssen also an dem Aufruhr beteiligt, dürfen nicht bloß außerhalb desselben Anstifter sein: Binding 809, Frank N. III 1, Oshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 269. Abs. 2 findet eben nur auf diejenige Anwendung, welche sich bereits des Vergehens des Aufruhrs schuldig gemacht haben, wobei die niedere Strafe durch die höhere konsumiert wird; vgl. unten § 116 N. 5 Abs. 1.

Als diejenigen, die das Delikt begehen, sind nur die Täter im engeren Sinne zu verstehen, nicht auch Anstifter und Gehilfen: Frank III 2 und Oshausen N. 6b; a. M. bezüglich des Anstifters Binding a. a. D. Daß der einzelne Täter nachweisbar zu denjenigen gehöre, welche das Delikt „mit vereinten Kräften“ begangen haben, ist nicht erforderlich: John S. S. III N. 6, Oshausen a. a. D.; a. M. Binding a. a. D.

6. Überwiegend wird angenommen, daß ein Versuch des Aufruhrs überhaupt, also auch bei Abs. 2 nicht denkbar sei: Binding Lehrb. II 810, Frank N. III letzter Abs., Hälschner II 827, Meyer-Misfeld 550 N. 24, Oppenhoff-Delius N. 16, v. Schwarze N. 14. Es ist aber nicht verständlich, warum nicht einer der Aufruhrer versuchen kann, sich zum Räbelsführer aufzuschwingen oder eines der Delikte der §§ 113, 114 zu begehen, zumal bei § 114 der Versuch, als im Unternehmen stehend, in und mit diesem bestraft wird. Übereinstimmend Oshausen N. 7, wogegen Rüdorff-Stenglein N. 8 ihn nur bei den Räbelsführern bestrafen will und Schütze 268 den Versuch zwar für denkbar, aber für nicht strafbar erklärt erachtet also ihn anscheinend beim Verbrechen des Abs. 2 zuläßt.

7. „Die ganz unbegreifliche Disposition im Abschn. 6 kann nicht bewirken, daß die Zusammenrottung, bei der einem Forst- oder Jagdbeamten mit vereinten Kräften Widerstand „im Sinne des § 113 geleistet wird, nicht zum Aufruhr gezählt werden dürfte. Soweit § 117 „eine Schärfung des § 113 darstellt — aber nicht weiter! —, ist er in dem Zitat des § 113 mit „enthalten“: Binding Lehrb. II 804.

§ 116.

Wird eine auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelte Menschenmenge von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Macht aufgefordert, sich zu entfernen, so wird jeder der Versammelten, welcher nach der dritten Aufforderung sich nicht entfernt, wegen Aufschlags mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausend-fünfhundert Mark bestraft.

Ist bei einem Aufschlage gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht mit vereinten Kräften tätlicher Widerstand geleistet oder Gewalt verübt worden, so treten gegen diejenigen, welche an diesen Handlungen teilgenommen haben, die Strafen des Aufruhrs ein.

1. Die Benennung dieses Unterlassungsdelikts ist unzutreffend, weil sie das Schuldmoment nicht bezeichnet: nicht der Auflauf ist strafbar, sondern der Ungehorsam beim Auflauf. Zudem ist das Delikt nicht Massen-, sondern Einzeldelikt und wird so viel begangen, als die Menge Mitglieder zählt. Vgl. Binding Lehrb. II 802, 803, Frank N. I Abs. 1, Hälschner II 828, John S. H. III 135, Olshausen N. 6 Abs. 3.

2. Erforderlich ist eine auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelte Menschenmenge, ein Auflauf.

a) Wegen des Begriffs Menschenmenge vgl. oben § 110 N. 5a Abs. 3. Zu welchem Zweck sie versammelt ist, ob zu einem erlaubten bzw. gleichgültigen, ob zufällig oder auf Verabredung oder Bestellung, ob mit oder ohne den Charakter der Zusammenrottung (§ 115), ist irrelevant: Binding Lehrb. II 801, Frank N. I 2, Hälschner II 828, John S. H. III 135, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 262; v. Schwarze N. 2 schließt irrigerweise die Versammlung zu erlaubtem Zweck aus. Eine Zusammenrottung, bei welcher nicht eines der Delikte der §§ 113, 114 begangen wird, erhält strafrechtliche Bedeutung sogar nur als Auflauf: John S. H. III 136.

b) Die Menschenmenge muß auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelt sein.

Die Öffentlichkeit ist nicht Erfordernis der Handlung, sondern des Ortes. Sie ist nicht im rechtlichen Sinne zu verstehen, auch ein Privatgrundstück kann ein öffentliches sein, sondern im Sinne des Gesetzes ist jeder Ort ein öffentlicher, wenn und solange er bestimmungsgemäß und tatsächlich dem Publikum ohne Beschränkung auf bestimmte Personenkreise zugänglich ist: Binding Lehrb. II 801, Frank N. I 1, Merkel S. H. III 720, Olshausen N. 2a; RG. 17./6. 90 E. 21 13, 19./2. 91 E. 21 370, 11./9. 00 E. 33 371, 12./4. 07 E. 40 122. Eine dauernde Bestimmung, wie Oppenhoff-Delius N. 4 anzunehmen scheint, ist nicht erforderlich.

Zu den Straßen und Plätzen gehören auch die Wasserstraßen und Teiche oder Seen: Binding a. a. D. und Olshausen N. 2b.

3. Die Menschenmenge muß von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Macht zum Entfernen aufgefordert sein.

a) Der Beamte und der Befehlshaber müssen sachlich, zeitlich und örtlich zuständig sein, vgl. oben § 113 N. 3d. Die Zuständigkeit der Beamten bemißt sich wesentlich nach Landesrecht. Eine nähere Bezeichnung ist von § 116 nicht gegeben. Daher sind niedere Polizeibeamte dann als zuständige Beamte zu betrachten, wenn sie, wie in Preußen Gendarmen und Polizeijergeanten, die zur Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung erforderlichen Maßregeln unter eigener Verantwortlichkeit unmittelbar treffen dürfen: Berner 392 N. 1, Binding Lehrb. II 801, Frank N. I 3, Olshausen N. 3a; RG. 15./3. 82 E. 6 91, 12./10. 85 E. 12 426. Dagegen meinen Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3 („in der Regel“) und Schütze 262, daß nur leitende Polizeibeamte und die diesen vorgesetzten höheren Beamten zuständig seien. Der Befehlshaber der bewaffneten Macht, auf dessen Charge es nicht ankommt, ist nur dann zuständig, wenn er entweder von der Zivilbehörde requiriert oder in besonderer Weise im Sicherheitsdienste (Wachen, Patrouillen) militärisch tätig ist: Olshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 3.

b) Die Zuständigkeit muß nicht nur eine abstrakte, sondern im konkreten Fall begründete, d. h. die Aufforderung muß eine rechtmäßige sein, woran gegen Olshausen N. 4 mit Binding Lehrb. II 801 und John S. H. III 135 N. 1 wie überall so auch hier festzuhalten ist. Ein Beamter, der z. B. einen auf einem Privatgrundstück versammelten geschlossenen Personenkreis zum Entfernen auffordert, handelt nicht rechtmäßig, der Ungehorsam ist daher nicht strafbar.

c) Die Aufforderung muß nicht an einzelne Versammelte, sondern an die versammelte Menschenmenge gerichtet werden: Binding Lehrb. II 802, Frank N. I 4, Hälschner II 828, Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 12./10. 85 E. 12 426, 21./11. 85 E. 13 66. Eine besondere Form der Aufforderung wird nicht erforderlich: Binding und Frank a. a. D., Olshausen N. 5 Abs. 1; landesgesetzliche Vorschriften kommen für die Anwendung des § 116 nicht in Betracht, a. M. Oppenhoff-Delius N. 7 und Rüdorff-Stenglein N. 4.

d) Das Sichentfernen ist in dem Sinne des Auseinandergehens, des Sichertretens zu verstehen. Die Menge soll nicht in ihrem äußeren Zusammenhange verbleiben, sondern sich auflösen, zerstreuen, trennen, jeder Einzelne soll, mögen auch einzelne Personen zusammenbleiben, sich entfernen, und der Aufforderung wird nicht genügt, wenn die Menschenmenge sich geschlossen entfernt, lediglich den Versammlungsort wechselt: Binding Lehrb. II 802, Frank N. I 5, Hälschner II 829, Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 262 N. 7.

e) Die Aufforderung muß dreimal erfolgen und, weil sie an die Menschenmenge gerichtet ist, auch bei der dritten Aufforderung noch eine Menschenmenge versammelt gewesen sein. Da-

gegen ist nicht erforderlich, daß auch nach der dritten Aufforderung eine Menge zurückgeblieben ist. Auch wenn die Menge sich nach der dritten Aufforderung sofort zu zerstreuen beginnt, werden diejenigen, welche zu den Versammelten gehörten, strafbar, falls sie sich nicht nach der dritten Aufforderung entfernen: „Der Befehl an die Menge bindet alle ihre Mitglieder bis zu dessen Erfüllung“ (Bindung). Vgl. Bindung Lehrb. II 803, Olshausen N. 6 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 6.

f) Da der Aufforderung gehorcht werden soll, muß sie in solchen Pausen gestellt werden, daß dem einzelnen Befehl vor Erteilung des nächsten gehorcht werden kann: Berner 392, Bindung Lehrb. II 802, Frank N. I 4, Olshausen N. 6 Abs. 2.

4. Daß Delikt erfordert Vorsatz. Der sich nicht Entfernende muß es wissen, daß eine dreimalige Aufforderung ergangen, wozu jedoch nicht erforderlich ist, daß er selbst sie gehört hat: Berner 392, Bindung Lehrb. II 803, Frank N. I 4, Hälschner II 829, John S. S. III 136 N. 4, v. Liszt 556, Meyer-Wilfeld 357 N. 29, Olshausen N. 7 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 9, Schütze 262; RG. 21./11. 85 E. 13 66, 6./11. 90 E. 21 154. Wenn er sich gleichwohl nicht entfernt, so entgeht er der Bestrafung nur, wenn er sich nicht entfernen konnte: Bindung, Hälschner und Schütze a. a. O., Olshausen N. 7 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 7, v. Schwarze N. 6. Endlich muß er den zuständigen Beamten oder Befehlshaber als solchen erkennen: Bindung Lehrb. II 803, Hälschner II 829, Olshausen N. 7 Abs. 3.

5. Wenn vor der dritten Aufforderung eine der in den §§ 113, 114 bezeichneten Handlungen begangen ist, so findet nicht § 116, sondern, je nachdem eine Zusammenrottung im Sinne des § 115 vorliegt oder nicht, § 115 Abs. 2 oder die §§ 113, 114 Anwendung: John S. S. III 136, Olshausen N. 12 Abs. 1; a. M. wegen § 115 Abs. 2 Bindung Lehrb. II 810. Somit findet Abs. 2 unseres Paragraphen nur auf diejenigen Anwendung, welche sich bereits des Vergehens des Auflaufs schuldig gemacht haben, wobei die niedere Strafe durch die höhere konsumiert wird: Bindung Lehrb. II 810, Hälschner II 829, John S. S. III 136, Olshausen N. 8, N. 12 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 11.

a) Gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht wird mit vereinten Kräften tätlicher Widerstand geleistet oder Gewalt verübt. In Betracht kommen nicht lediglich der auffordernde Beamte und der Befehlshaber, sondern alle dem Auflauf gegenüberstehenden Beamten und Angehörigen der bewaffneten Macht: Hälschner II 829, Olshausen N. 9 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 8. Der Widerstand ist ein tätlicher, wenn er in körperlicher Einwirkung auf die Person des Beamten usw. erscheint, und in demselben Sinne muß auch die Gewalt eine tätliche sein; bloße Bedrohungen kommen hier nicht in Betracht. Und zwar ist ein Widerstehen, ein Gewaltverüben mit vereinten Kräften, also mindestens seitens zweier Aufläufer erforderlich; vgl. des Näheren oben § 115 N. 3 Abs. 2.

b) Für diejenigen, welche an diesen Handlungen teilnehmen, treten die Strafen des Aufzuges ein. Teilnehmer sind die Täter, Anstifter und Gehilfen. Auf sie finden die in § 115 Abs. 2 angedrohten Strafen Anwendung, wogegen alle anderen Aufläufer nur mit der Strafe des Aufzuges, also nach § 116 Abs. 1 zu bestrafen sind: Bindung Lehrb. II 810, Frank N. II, Hälschner II 811. Irrigerweise wollen Olshausen N. 10 und Oppenhoff-Delius N. 11 dahin unterscheiden, daß die eigene Begehung mit der Verbrechenstrafe des § 115 Abs. 2, jede andere Teilnahme mit der Vergehensstrafe des § 115 Abs. 1 zu belegen sei, und ebenso irrig nimmt John S. S. III 137 an, daß alle nach der dritten Aufforderung Zurückgebliebenen nach einer *praesumptio juris et de jure* als Teilnehmer anzusehen seien.

§ 117.

Wer einem Forst- oder Jagdbeamten, einem Waldeigentümer, Forst- oder Jagdberechtigten, oder einem von diesen bestellten Aufseher in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes oder Rechtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer eine dieser Personen während der Ausübung ihres Amtes oder Rechtes tötlich angreift, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.

Ist der Widerstand oder der Angriff unter Drohung mit Schießgewehr, Äxten oder anderen gefährlichen Werkzeugen erfolgt, oder mit Gewalt an der Person begangen worden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt in den Fällen des Absatz 1 Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre, in den Fällen des Absatz 2 Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

1. Die dem preussischen Ges. über die Strafe der Widerseßlichkeit bei Forst- und Jagdverbrechen v. 31. März 1837 nachgebildeten §§ 117–119 beziehen sich auf den Forst- und Jagdwiderstand und bedrohen diesen mit besonderer Rücksicht auf die Eigentümlichkeiten des Forst- und Jagdlebens, welches die mit der Handhabung der Forst- und Jagdpolizei betrauten Personen vielfach in der Einsamkeit der Holzungen und Jagdgebiete isoliert und einem mit Waffen versehenen, mit dem Waffengebrauch vertrauten Frevler gegenüberstellt. Der exzeptionelle Schutz wird aber nicht nur den eigentlichen Beamten, sondern wegen der gleichen Gefährdung auch den Waldeigentümern und den sonstigen Forst- und Jagdberechtigten verliehen. Somit handelt es sich nicht ausschließlich um die Bestrafung des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Deshalb nehmen Olshausen N. 1 und Oppenhoff-Delius N. 8 an, daß gemäß § 4 Nr. 3 die §§ 117–119 auch dann anzuwenden sind, wenn die Widerseßlichkeit im Auslande begangen ist.

Diese Ansicht ist irrig. Wie Olshausen und Oppenhoff-Delius selbst zugeben, schützen die §§ 117–119 nicht die in eigenem Interesse geschehende Ausübung des Forst- und Jagdrechtes, sondern die Ausübung derjenigen amtlichen Befugnisse und Rechte, welche sich auf den Schutz der Waldungen und Jagden beziehen, die Ausübung der Forst- und Jagdpolizei, bedrohen also nur denjenigen Widerstand, welcher den in § 117 genannten Personen bei Ausübung ihrer forst- und jagdpolizeilichen Tätigkeit und in Beziehung auf diese Tätigkeit geleistet wird. Dies gilt in gleicher Weise von den Beamten wie von den Nichtbeamten. Z. B. die gegen einen Forstbeamten bei Leitung und Beaufsichtigung von Forstkulturen, gegen einen Forstbeamten, welcher ohne allen Zusammenhang mit seiner forstamtlichen Tätigkeit einschreitet, etwa einen stechbriestlich verfolgten Verbrecher festnimmt, gegen einen Waldaufseher, welcher sich in Ausübung des Fischereischutzes, nicht aber des Forst- und Jagdschutzes befindet, geleistete Widerseßlichkeit fällt nicht unter § 117. Ebenjowenig findet § 117 Anwendung, wenn der Forstbeamte, obgleich durch Wahrnehmungen im Forst veranlaßt, in einem für sich bestehenden Verfolgungsakt als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft oder als Polizei- und Sicherheitsbeamter erst später auf Ersuchen oder im Auftrage einer Behörde tätig wird. Es können sogar die in § 117 genannten Personen untereinander kollidieren, z. B. der Waldeigentümer oder Jagdpächter in dem ihm eigentümlich gehörenden Walde, auf dem von ihm gepachteten Revier mit dem Forstschußbeamten. Der § 117 schützt eben nur die Handhabung der Forst- und Jagdpolizei, nicht aber sonstige amtliche Handlungen und nicht die privaten Eigentums-, Nießbrauchs- und Okkupationsrechte. Vgl. Werner 391, Binding Lehrb. II 787, 789, 790 N. 1, Frank N. III Abf. 1, Nr. 2, Geper II 142, Hälschner II 817, Merkel 393, Meves S. S. IV 320, Olshausen N. 4, 8, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 29./5. 80 E. 2 170, 30./10. 80 E. 3 14, 1./11. 82 E. 5 413, 7./1. 90 E. 20 156, 13./12. 92 E. 23 357, 26./10. 93 E. 24 344, 18./12. 03 E. 37 32. Im Widerspruch hiermit meinen v. Liszt 557, Meyer-Malfeld 532, Schüge 270 N. 37 und v. Schwarze N. 2, daß auch die Ausübung der privaten Rechte durch § 117 geschützt sei.

Forst- und Jagdpolizei sind Obliegenheiten, ihre Ausübung ein Akt der Staatsgewalt, die Widerseßlichkeit gegen sie Widerstand gegen die Staatsgewalt. Hieraus folgt aber, daß die Ansicht von Olshausen und Oppenhoff-Delius irrig ist, § 4 Nr. 3 nicht in Anwendung tritt. Die Beamten müssen inländische sein, und nur Eigentümer deutscher Waldungen, Forst- und Jagdberechtigte in Deutschland, Aufseher über in Deutschland liegende Forst- und Jagdgebiete kommen in Betracht. Übereinstimmend Binding Lehrb. II 788, Frank N. I, v. Liszt 557 N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4.

2. Als Angriffsobjekte nennt das Gesetz vier Klassen von Personen:

a) Forst- und Jagdbeamte. Für ihre Qualität als Beamter ist maßgebend § 359. Daß diese Beamten zugleich Vollstreckungsbeamte im Sinne des § 113 seien, wie Binding Lehrb. II 787 meint, wird vom Gesetze nicht verlangt, obgleich sie es tatsächlich fast immer sein werden: Olshausen N. 2a. Amtlichen Charakter haben nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Preußen auch die mit dem Forstschutz betrauten und gemäß Ges. betr. den Forstdiebstahl, v. 15. April 1878 §§ 23–25 (Ges.-Samml. 222) ein für allemal beeidigten Personen: RG. 1./10. 80 E. 2 306, 3./6. 81 E. 4 214, 19./2. 84 E. 10 106, was auch für die anderen Territorien bei entsprechender Gesetzgebung gilt: RG. 14./6. 97 E. 30 155 (Württemberg). Preussische Forstassessoren und Forstreferendare sind nach einer Ministerialverfügung v. 28. Sept. 1886 (Verw. Minist. Bl. 213), sobald sie nach irgendeiner Richtung sich in der Ausübung ihres staatlichen Dienstes befinden, zugleich zur Wahrnehmung des Forstschutzes insoweit verpflichtet, als letztere ohne Beeinträchtigung

des Hauptzweckes ihrer Tätigkeit geschehen kann. Bayerische Forstpraktikanten als solche sind nicht Forst- und Jagdbeamte: RG. 15./11. 97 E. 30 343.

b) Waldeigentümer sind sowohl die Eigentümer des Grund und Bodens als auch — falls es überhaupt ein separates Eigentum daran gibt — die Eigentümer der darin wurzelnden, nicht aber die der bereits gefällten Bäume: Binding Lehrb. II 788, Hälschner II 816, Dsghausen N. 2 b a, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 271 N. 38, v. Schwarze N. 4; a. M. wegen der gefällten Bäume Oppenhoff-Delius N. 5.

c) Die Forst- und Jagdberechtigten. Forstberechtigt sind alle diejenigen, welche dinglich oder obligatorisch zur Benutzung des Waldes und Okkupierung seiner Produkte, jagdberechtigt alle diejenigen, welche an dem Orte, an welchem sie jagen, zu jagen berechtigt sind. Zur Jagdberechtigung vgl. die Ausführungen zu § 266; Bindings Lehrb. II 788 Beschränkung auf nicht jagdfreies Gebiet ist unzutreffend. Ist das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen das angebliche Recht ausübt wird, nichtig, z. B. weil der Jagdpachtvertrag in Preußen lediglich mit dem Gemeindevorsteher geschlossen ist, so existiert auch das Recht nicht: RG. 18./6. 89 E. 19 327, 9./10. 94 E. 26 144.

d) Die von den genannten Personen bestellten Aufseher. Inwieweit die Beamten befugt sind, solche zu bestellen, hängt von der Landesgesetzgebung ab und wird für Preußen RG. 15./1. 97 E. 29 310, für Anhalt 19./11. 00 E. 34 10 geleugnet, kann aber nicht mit Dsghausen 2c Abf. 1 und Oppenhoff-Delius N. 7 allgemein als unzulässig behauptet werden, sodaß die Worte „von diesen bestellen“ sich nur auf die Waldeigentümer, Forst- und Jagdberechtigte bezögen: Binding Lehrb. II 788, Hälschner II 816, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 6, obgleich regelmäßig nach staatsrechtlichen Normen Beamte nicht in der Lage sind, Funktionen ihres Amtes einem Nichtbeamten zu übertragen. Eine bestimmte Form der Bestellung, insbesondere Vereidigung ist nicht vorgeschrieben, und die Dauer der Bestellung ist gleichgültig: Binding 789, Dsghausen a. a. D. Abf. 2; RG. 25./4. 84 E. 10 333, 15./1. 85 E. 11 421, 12./10. 03 E. 36 393. Der von einem Nichtbeamten bestellte sog. Privataufseher handelt nicht in Ausübung eines Amtes, sondern eines Rechtes und kann daher keine weitergehenden Rechte ausüben, als wie sie dem ihn bestellenden Waldeigentümer usw. zustehen. Allerdings geht — vgl. oben sub a — die Praxis des RG. dahin, den beidigtigen Aufseher dem Beamten gleichzustellen; so wird unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils 1./10. 80 E. 2 306 und 19./2. 84 E. 10 106 (der Aufseher verlangt von außerhalb seines Reviers jagenden Jagdberechtigten die Vorzeigung der Jagdkarte) wegen Widerstandes bestraft, obgleich wohl richtiger der Aufseher sich gegen § 117 vergangen hatte. In der bloßen Hinzuziehung einer Person zur Unterstützung liegt nicht eine Bestellung zum Aufseher, sodaß der Widerstand gegen die zugezogene Person nicht aus § 117, wohl aber aus § 113 strafbar, wenn der Zuziehende ein Vollstreckungsbeamter ist: Dsghausen a. a. D. Abf. 2 a E. und Abf. 3.

3. Diejenigen Personen, gegen welche der Widerstand geleistet wird, müssen in rechtmäßiger Ausübung ihres Amtes oder Rechtes begriffen sein. Dies gilt nicht bloß bei dem Widerstand durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt, sondern auch, weil jedes Amt und Recht zu seinem Schutz der Rechtmäßigkeit seiner Ausübung bedarf, bei dem tätlichen Angriff: Bener 391, Binding Lehrb. II 786 N. 2, Frank N. III Abf. 1, Geyer II 143, Hälschner 817, v. Liszt 557, Merkel 393, Meyer-Malfeld 532, Dsghausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 270; RG. 30./10. 80 E. 3 14; a. M. Meves S. 5. IV 321. Wegen der Unterscheidung „in“ und „während der Ausübung“ vgl. oben § 113 N. 7a Abf. 1, 8 Abf. 2.

Für den Begriff der Rechtmäßigkeit kommen die Ausführungen § 113 N. 3ff. auch hier in volle Anwendung. Die Ausübung des Amtes oder Rechtes muß eine rechtmäßige sein. Das Erfordernis ist ein objektives, ist unabhängig von dem Meinen und Dafürhalten des Beamten und Berechtigten bzw. der Aufseher. Wie das Reichsgericht 19./11. 94 E. 26 249 auspricht, „kann das objektive Rechtswidrige durch die subjektive Ansicht des Handelnden nicht zu einem „dem Rechte Entsprechenden werden“, und nach 3./12. 79 E. 1 113 „ist die rechtmäßige Ausübung des Amtes die absolute und für alle Fälle festzustellende Voraussetzung einer Bestrafung „aus § 117“. Gleichwohl unterscheidet das Reichsgericht nach der angegriffenen Personenkategorie. Es kann nämlich nach ihm der Strafschuß des § 117 den Privataufsehern — denen wohl die übrigen Nichtbeamten gleichzustellen sind — nur dann gewährt werden, wenn sie innerhalb der objektiven Grenzen der Rechtmäßigkeit geblieben wären, wogegen für Beamte auch hier (§ 113 N. 3h) der Grundsatz gelte, daß die Ausübung des Amtes noch nicht durch einen trotz pflichtmäßiger Prüfung untergelaufenen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Einschreitens zu einer unrechtmäßigen werde. Dieser Grundsatz rechtfertigt sich aus der staatsrechtlichen Stellung der öffentlichen Beamten, während auf Privataufseher beim Mangel der bezüglich der Beamten bestehenden Garantie und beim Fehlen der Möglichkeit einer staatlichen Einwirkung auf die Anstellung jener Grundsatz von der Unschädlichkeit eines derartigen

tatsächlichen Irrtums prinzipmäßig nur dann Anwendung finde, wenn sie forstpolizeiliche Interessen im Interesse des Staates wahrzunehmen hätten. So das RG. 3./12. 79 E. 1 112, 23./6. 82 E. 6 400, auch in einem nicht in den Entscheidungen mitgeteilten Urteil v. 23./4. 07, unter Zustimmung von Oshausen N. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 2 und Müdorff-Steuglein N. 6. Siernach würde also bei den Beamten und dem beeidigten Aufseher der auf pflichtmäßiger Erwägung der tatsächlichen Voraussetzungen ruhende Glaube an die Rechtmäßigkeit der Handlung genügen, bei allen übrigen aber die Rechtmäßigkeit objektiv vorhanden sein müssen. Gegen diese Unterscheidung spricht sich auch Binding Lehrb. II 792 aus. Wiederum Frank N. III 2 fordert die objektive Rechtmäßigkeit überall, wo es sich um die Rechtsausübung handelt, läßt dagegen bei den eigentlichen Beamten den entschuldbaren Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen gelten und verlangt gleichwohl N. VI für den Vorfall das Bewußtsein nicht bloß von der Rechts-, sondern auch von der Amtsausübung. Auch vom Standpunkt des RG. aus kann jedoch das pflichtmäßige Ermessen für die Frage nach der Rechtmäßigkeit nur da von Bedeutung sein, wo an sich eine nach Ort, Zeit, Gegenstand der Handlung begründete Zuständigkeit des Beamten vorliegt, wird also die fehlende örtliche Zuständigkeit durch den guten Glauben des Beamten nicht ersetzt; so RG. in einem Urteil v. 17./9. 08; vgl. auch 19./11. 94 E. 26 211.

4. Für die Frage, ob die Ausübung des Amtes oder Rechtes eine rechtmäßige ist, sind auch hier das Reichs- und das Landesrecht maßgebend. Bei der Beantwortung der Frage ist zu beachten, daß die Forst- und Jagdbeamten als forst- und jagdpolizeiliche Funktionäre zu den Polizei- und Sicherheitsbeamten und vielfältig zu den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft gehören. Allgemein ist aber daran festzuhalten, daß das Gesetz sich auf alle Fälle des Widerstandes erstreckt, welcher den von ihm genannten Personen bei Handhabung des Forst- und Jagdschutzes und in Beziehung auf eine innerhalb ihrer Zuständigkeit liegende Amtshandlung geleistet wird, und daß in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen der gesetzliche Schutz auch dann gewährt wird, wenn diese Personen eine allgemeine jedem Staatsbürger gleichmäßig zustehende Befugnis ausüben: Berner 391, Frank N. III 1a, b, Geyer II 143, Hälshner II 817, v. Liszt 557, Oshausen N. 5b und 9 Abj. 1.

Wenn der Beamte oder Private gemäß StPD. § 127 den handhaften Täter bei Fluchtgefahr vorläufig festnimmt oder ihm die im Augenblick der Ergreifung bei sich geführten Sachen wegnimmt: RG. 20./3. 83 E. 8 288, 5./4. 89 E. 19 101, 19./6. 90 E. 21 110, oder den Forstrevolver zwangsweise aus dem Walde entfernt: RG. 1./3. 95 E. 27 70, oder der Forst- oder Jagdbeamte als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft im unmittelbaren Zusammenhange mit einer ihm forstdienstlich obliegenden Verfolgung gemäß StPD. §§ 98, 105 eine Beschlagnahme oder Durchsuchung vornimmt: RG. 13./12. 93 E. 23 357, oder wenn der Jagdberechtigte dem unberechtigten Jäger auf Grund BGB. § 227 das Gewehr abnimmt: RG. 14./10. 02 E. 35 403, oder wenn die Voraussetzungen der Notwehr oder Selbsthilfe vorliegen: in allen diesen Fällen ist die Ausübung des Amtes oder Rechtes nach Reichsrecht eine rechtmäßige, der gegen sie geleistete Widerstand nach § 117 strafbar.

Durch GG. z. BGB. Art. 89 ist das Recht der Pfändung zum Schutz des Jagdrechts aufgehoben, unberührt gelassen aber die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen. Auch diese letzteren Vorschriften sind in mehreren Territorien aufgehoben worden, so in Preußen durch Ausf.-Ges. z. BGB. v. 29. Sept. 1899 Art. 89, 1b und 3.

Landesgesetzlich kommt für Preußen das bereits zitierte Ges., betr. den Forstdiebstahl, v. 15. April 1878 in Betracht, dessen Gültigkeit nach Reichsrecht von Binding Lehrb. II 790 N. 7 zu Unrecht bestritten wird, da nach GG. z. StPD. § 3 Abj. 3 die Landesgesetzgebung bezüglich dieser Materie nach keiner Richtung hin an die prozessrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetzgebung gebunden ist: Löwe-Hellweg a. a. O. N. 10; RG. 20./11. 84 E. 11 321, 29./1. 86 E. 13 270. Danach haben die mit dem Forstschutz betrauten Personen, welche nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind, nicht die Befugnis zu Durchsuchungen und zur Anordnung von Durchsuchungen, wohl aber das Recht zur Beschlagnahme: RG. a. a. O. Nach den nicht vom RG. selbst veröffentlichten Entscheidungen v. 26./4. 80, 4./11. 87, 16./2. 94 setzt die Rechtmäßigkeit des Inhaltens einer Person behufs der Feststellung ihrer Identität seitens des Privatwaidsehers voraus, daß eine den Forst- und Jagdschutz verletzende Handlung begangen ist, nicht also erst begangen werden soll, wogegen der Beamte befugt ist, innerhalb seines Reviers einen des Jagdverbrechens Verdächtigen anzuhalten, von ihm die Herausgabe des Gewehrs zu fordern und eventuell mit Gewalt zu erzwingen, auch einem ein fremdes Jagdrevier zur Jagd ausgerüstet Durchsuchenden das Gewehr dann wegzunehmen, wenn nur dadurch die Fortsetzung der Übertretung aus § 368 Nr. 10 verhindert werden kann. Nach einem Urteil v. 5. 10. 80 sind die Jagdbeamten sogar befugt, zwecks Feststellung der Persönlichkeit eines auf frischer Tat verfolgten Jagdrevierers in ein fremdes Gehöft einzudringen. Auf Grund des preussischen Feld- und Forstpolizeigesetzes v.

1. April 1880 § 9 (Ges.-Samml. 230) ist in Vertretung des Berechtigten der Privatförster berechtigt, zur Entfernung aufzufordern: RG. 1./11. 81 C. 5 413, 1./3. 95 C. 27 70.

5. Zur Rechtmäßigkeit der Ausübung des Amtes und Rechtes gehört, daß die Grenzen der örtlichen Zuständigkeit nicht überschritten werden. Dieses Erfordernis fällt mit dienstlichem Tätigwerden innerhalb des eigenen Schutzbezirkes nicht begrifflich zusammen, wie allgemein anerkannt wird. Auch das RG. hat in einer Reihe Entscheidungen ausgesprochen, daß der Widerstand auch dann strafbar ist, wenn die den Forst- und Jagdschutz bezweckende Handlung außerhalb des Schutzbezirkes vorgenommen wird: RG. 15./5. 80 C. 2 167, 1./11. 80 C. 2 306, 8./12. 82 C. 7 272, 19./2. 84 C. 10 106, 5./4. 88 C. 19 101, 17./3. 90 C. 20 344, 19./6. 90 C. 21 10, 26./10. 93 C. 24 344, 18./12. 03 C. 37 32, 5./10. 08 C. 41 431. Berner 391 sagt: „Amtshandlung und Widerstand brauchen nicht gerade im Forste zu erfolgen“. Nach Binding Lehrb. II 793 sind die Beamten als Organe der Staatsanwaltschaft für den ganzen Amtsbezirk dieser Behörde, im übrigen prinzipiell im nächsten Umkreis des ihrem Schutz unterstellten Territoriums insoweit berechtigt, als diese Akte zum indirekten Schutze des eigenen Gebietes notwendig erscheinen, wogegen die Nichtbeamten, auch die staatlich vereidigten Aufseher, grundsätzlich streng auf ihr Revier beschränkt sind und dieses nur bei Ausübung des Ergreifungsrechts und ebenso des Notwehrrechts gegen solche Angriffe überschreiten dürfen, welche von einem Punkte außerhalb ihres Reviers gegen Objekte ihrer Berechtigung geübt werden. Nach Frank N. III 1a (bei der Funktion der Beamten als Polizeibeamten) entscheidet zunächst die Natur der Amtshandlung und sodann das Landesrecht. Nach Hälschner II 818 und v. Schwarze N. 1 „ist zwar die rechtmäßige Ausübung nicht „notwendig auf das Forstrevier beschränkt, doch muß sie immer in einer räumlichen Beziehung „zu dem Revier des Beamten, Berechtigten stehen“. v. Liszt 557: „daß die rechtswidrige Handlung innerhalb oder zwar außerhalb des Reviers, aber in unmittelbarem Zusammenhange mit „einer innerhalb der Reviers vorgenommenen Amtshandlung oder Rechtsausübung stattgefunden „habe, ist nicht erforderlich; es genügt die Richtung der Handlung gegen die genannten Personen.“ Oppenhoff-Debus N. 10 hält in Anschluß an die Praxis des früheren preussischen Obertribunals den § 117 nur anwendbar beim Widerstand innerhalb des Reviers oder gegen eine innerhalb desselben begonnene und unmittelbar aus ihm heraus fortgesetzte Ausübung des Amtes. Rüdorff-Stenglein N. 7 schließt sich völlig dem Reichsgerichte an.

Das Reichsgericht hat anfänglich die Ansicht des preussischen Obertribunals zurückgewiesen und alle Handlungen des Forst- und Jagdschutzes inner- und außerhalb des Schutzbezirkes und gleichviel, ob im Zusammenhang mit einer in diesem begonnenen Tätigkeit stehend, für unter dem Schutze des § 117 stehend erklärt, aber seine eigene Ansicht nicht starr durchgeführt, sondern anerkannt, daß die schutzpolizeilichen Befugnisse keine grenzenlosen sind. Fragt man nun nach den Grenzen, so muß man mit Lisshausen N. 9 Abj. 3 eine räumliche Beziehung der zu dem Zweck des Forst- und Jagdschutzes vorgenommenen Handlung des Beamten usw. zu seinem Revier verlangen. Diese liegt nach den von Lisshausen mitgeteilten Entscheidungen des RG. und früherer höchster Landesgerichte dann vor, wenn die strafbare Handlung selbst in dem Schutzrevier oder auf dem angrenzenden Territorium oder auf den den Bezirk durchschneidenden Kommunikationswegen geschieht, oder die Verfolgung aus dem Revier heraus über dessen Grenzen fortgesetzt wird, oder wenn aus der Lage der Sache anzunehmen ist, daß die außerhalb des Reviers Angezogenen in dem Revier gefrevelt haben. Die räumliche Beziehung ist eben je nach dem einzelnen Fall eine verschiedene, muß aber stets vorhanden sein.

6. Wegen des Widerstandleistens durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt vgl. § 113 N. 7, wegen des tätlichen Angriffs § 113 N. 8

7. Das Delikt ist nur als doloses strafbar. Wegen des Dolus vgl. § 113 N. 9. Der Täter muß wissen, daß er einem Forst- oder Jagdbeamten oder einem Waldeigentümer oder einem Forst- oder Jagdberechtigten oder einem von diesen bestellten Aufseher in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes oder Rechtes Widerstand leistet oder ihn angreift. Wenn das RG. 7./1. 90 C. 20 156, 2./3. 06 C. 38 373 das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit wohl gegenüber den Privatlen, nicht aber gegenüber den Beamten verlangt, so ist diese Aufstellung eines verschiedenen Dolus beim gleichen Delikt mit Binding Lehrb. II 378 N. 2 und Lisshausen N. 10d zurückzuweisen. Endlich wegen der Zulässigkeit der Notwehr vgl. § 113 N. 10.

8. Abj. 2 erhöht die Strafe, wenn Widerstand oder Angriff unter Drohung mit einem gefährlichen Werkzeug oder mit Gewalt an der Person begangen werden.

a) Ein Drohen mit dem Werkzeug bloß durch Worte genügt nicht, vielmehr erfordert die Drohung ein bedrohliches Gebaren, zu dessen Betätigung ein dem Drohenden zur Hand befindliches Werkzeug in irgendeiner Weise in wahrnehmbare Beziehung tritt: RG. 17./4. 96 C. 28 314. Mit Lisshausen N. 7 Abj. 4 und Oppenhoff-Debus N. 18 ist anzunehmen, daß wie die an der Person begangene Gewalt, so auch die Drohung sich unmittelbar gegen die Person richten muß: die Drohung, das Pferd des berittlenen Waldeigentümers niederzuschießen, würde somit

nur unter Abj. 1 fallen. Der Begriff des gefährlichen Werkzeuges ist in demselben Sinne zu nehmen wie bei der Körperverletzung des § 223a N. 2 Abj. 2, ohne daß es geboten ist, mit Olshausen N. 12b deshalb einen Unterschied zu machen, weil § 117 die Bedrohung mit dem, § 223a die tatsächliche Anwendung des Werkzeuges betrifft. Die Gefährlichkeit ist objektives Erfordernis, wird also nicht erregt durch das subjektive Gefühl des Bedrohten: Binding Lehrb. II 794 N. 3, Olshausen N. 13, so daß das Anschlagen mit einem ungeladenen Gewehr selbst dann nicht genügt, wenn der Bedrohte das Gewehr für geladen hält. Bezüglich dieses letzteren Beispiels sind allerdings die Autoren außer Olshausen a. a. O. und ist ebenso RG. 25./10. 83 C. 9 176 anderer Meinung. Wenn Binding a. a. O. das ungeladene Gewehr immerhin für ein gefährliches Werkzeug erklärt, so überzieht er, daß nicht gedroht wird mit Schlagen, sondern mit Schießen, und daß nach seinen eigenen Worten Lehrb. I 48 „das Werkzeug in der Art verwendet sein muß, in welcher es die Gefahr erzeugt“.

b) Während der tätliche Angriff des Abj. 1 kein körperliches Anfassen der Person erfordert: Hälschner II 819, Olshausen N. 14 Abj. 2 und RG. 18./11. 82 C. 7 301, vgl. auch § 113 N. 8 Abj. 1, ist die Gewalt an der Person unmittelbar gegen die Person gerichtet, trifft diese unmittelbar und unterscheidet sich dadurch wiederum von der in den §§ 249, 252, 255 genannten Gewalt gegen die Person, für welche es ausreicht, daß die Vergewaltigung der Person bezweckt wird: Binding Lehrb. II 794, Frank N. IV, v. Liszt 348, Meyer-Malfeld 132, Olshausen N. 14a. Somit stellt ein auf eine Person abgegebener, sie aber unberührt lassender Schuß als solcher keine Gewalt an der Person dar, obgleich letztere — eine von Binding a. a. O. N. 4 nicht ohne Grund als jeltiam bezeichnete Meinung! — darin gefunden werden kann, daß der Betreffende infolge des auf ihn abgegebenen Schusses einen heftigen Luftdruck am Kopf verspürt: RG. 28./6. 87 C. 16 172. Hälschner II 818 und Merkel S. 5. IV 417 halten Gewalt an und gegen für gleichbedeutend, und Hälschner versteht daher unter der Gewalt des Abj. 1 nur die einen Zwang gegen die Person üübende, unmittelbar aber gegen Sachen geübte Gewalt.

9. Ist der Forst- oder Jagdbeamte zugleich Vollstreckungsbeamter, so sündet nicht § 113, sondern als das spezielle Gesetz § 117 Anwendung: RG. 18./11. 82 C. 7 301. Soweit § 113 den § 114 ausschließt — vgl. § 114 N. 6 —, wird § 114 auch durch § 117 ausgeschlossen: RG. 31./1. 01 C. 34 113.

10. Zieht der Forst- oder Jagdbeamte, welcher zugleich Vollstreckungsbeamter ist, Hilfspersonen hinzu, so ist der diesen geleistete Widerstand nach § 113 zu bestrafen: Olshausen §§ 113 N. 17a, 117 N. 2c letzter Abj., Oppenhoff-Delius N. 15; RG. 15./1. 97 C. 29 310. Binding Lehrb. II 786 N. 1 will irriger Weise auch den Widerstand gegen die Hilfspersonen nach § 117 strafen.

§ 118.

Ist durch den Widerstand oder den Angriff eine Körperverletzung beissen, gegen welchen die Handlung begangen ist, verursacht worden, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

1. Dieser Paragraph enthält einen strafe erhöhenden Umstand zu § 117 und bezieht sich nicht auch auf § 113: so alle Autoren, z. B. Frank N. I, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N.: RG. 13./4. 92 C. 23 69, 10./5. 09 C. 42 317.

2. Der Begriff der Körperverletzung bestimmt sich wie im 17. Abschn. So ebenfalls alle Autoren und RG. 1./7. 84 C. 11 24.

3. Das Delikt ist ein reines Erfolgsdelikt, bei welchem es nur auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Widerstand oder Angriff, nicht aber auf die subjektive Verschuldung ankommt, vgl. § 59 N. 11. So auch Binding Lehrb. II 794, Frank N. I, Genet II 143, v. Liszt 161 N. 7, Meves S. 5. IV 322, Meyer-Malfeld 136 N. 17, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N., Schütze 290 N. 38: RG. 18./5. 09 C. 42 317; a. M. Hälschner II 819 N. 5.

4. Da die Verurteilung einer Körperverletzung im Sinne des § 118 nicht als ein selbständiges Delikt im Sinne der §§ 223 ff. aufzufassen ist, sondern lediglich einen strafe erhöhenden Umstand zu dem einfachen Tatbestande des § 117 bildet, so kann keine Verurteilung wegen Körperverletzung erfolgen: Olshausen N. 5; RG. 10. 5. 09 C. 42 317. Ist aber die Vorzüglichkeit oder Fahrlässigkeit festgestellt, was ja schon für die Annahme mildernder Umstände erforderlich ist, so tritt Idealkonkurrenz mit den §§ 223 ff. ein. Ist die verursachte schwere Körperverletzung beabsichtigt, so ist nach § 225 auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren, und ist der Tod des Verletzten verursacht

worden, nach § 226 auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu erkennen. Vgl. Binding Lehrb. II 794 und Olshausen N. 5.

5. Wegen des Versuches vgl. § 43 N. 5e.

§ 119.

Wenn eine der in den §§ 117 und 118 bezeichneten Handlungen von Mehreren gemeinschaftlich begangen worden ist, so kann die Strafe bis um die Hälfte des angedrohten Höchstbetrages, die Gefängnisstrafe jedoch nicht über fünf Jahre erhöht werden.

1. Unter der gemeinschaftlichen Begehung durch mehrere, also mindestens zwei Personen ist die Mittäterschaft zu verstehen: Binding Lehrb. II 794, Frank N., Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 11./1. 83 C. 8 42, 8./1. 96 C. 28 98. Auch wenn nur Einer der Mittäter die Körperverletzung begangen hat, ist sie allen Mittätern zuzurechnen: Olshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

2. Mildernde Umstände sind auch im Falle des § 119 zu berücksichtigen: Olshausen N. 3, Dppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2.

3. Die Höchststrafe nach § 117 Abs. 1 erhöht sich auf 4 Jahre 6 Monate, bei mildernden Umständen auf 1 Jahr 6 Monate Gefängnis, die nach § 118 auf 15 Jahre Zuchthaus. Die übrigen Strafen bleiben unverändert.

§ 120.

Wer einen Gefangenen aus der Gefangenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, vorzüglich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorzüglich behülflich ist, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Gefangener im Sinne des StGB. ist eine Person, welche durch ein Organ der Staatsgewalt kraft obrigkeitlicher Autorität ihrer Freiheit beraubt ist und sich tatsächlich in der Gewalt der zuständigen Behörde befindet: Birkmeyer Enzykl. 1193, Frank N. II zu Anf., Gälchner N. II 961, John S. S. III 150, Olshausen N. 1 Abs. 1, Dppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 2; RG. 1./5. 85 C. 12 162, 19./1. 86 C. 13 254, 19./12. 04 C. 37 366, 14./5. 06 C. 39 7. Als Freiheitsberaubung erscheint jedes Unterworfensein unter die tatsächliche, also bereits verwirklichte obrigkeitliche Gewalt, sobald die bloße Ankündigung der Haft, z. B. wenn ein Beamter den Angreifer, der ihn körperlich bezwungen hat, für verhaftet erklärt, nicht genügt: Binding Lehrb. II 585, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 3, Schütze 272. Endlich muß die Freiheitsberaubung auf gesetlicher Grundlage in abstrakter und konkreter Zuständigkeit erfolgen, braucht aber nicht materiell begründet zu sein: Binding Lehrb. II 586, Frank N. VII, Olshausen N. 1 Abs. 3. Wann sie begonnen hat, und wann sie aufhört, kann nur für jeden einzelnen Fall festgestellt werden. Wird der Gefangene ohne vorbehaltlose Aufhebung der Haftnahme einem Kranken- oder Irrenhause übergeben, so wird dadurch die Gefangenschaft nicht aufgehoben: Binding Lehrb. II 584 N. 7, v. Liszt 558 N. 2, Olshausen N. 2 letzter Abs., Dppenhoff-Delius N. 4; RG. 20./6. 89 C. 19 330; a. M. wegen der Straf- und Untersuchungsgefangenen Frank N. II 2 auf Grund StPD. § 493, vgl. aber dazu Löwe-Hellweg N. 1.

2. Zu den Gefangenen gehören:

a) Die Strafgefangenen und die zum Zwecke der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe auf Grund eines Vorführungs- oder Haftbefehls oder Steckbriefs festgenommenen Personen. Ob es sich um eine Kriminal-, Ordnungs- oder Disziplinarstrafe handelt, ist gleichgültig. Eine disziplinare Freiheitsstrafe verbüßen z. B. Studenten im Karzer: Frank N. II Abs. 1, Olshausen N. 2a. Die Frage, ob auch Schulkinder, welche Schularrest abbüßen, hierher gehören, wird von Binding Lehrb. II 585 N. 7, Olshausen a. a. O., Dppenhoff-Delius N. 1 und RG. 14./5. 06 C. 39 7 verneint, aber von Frank N. II 3 und Rüdorff-Stenglein N. 1 mit Recht bejaht, da die Lehrer — der nicht privaten Schulen — Beamte sind und die Freiheitsberaubung, ein Akt der Schuldisziplin, aus Gründen des öffentlichen Interesses erfolgt.

b) Die Untersuchungsgefangenen.

c) Die auf Grund StPD. § 127 und MilStGW. § 180 von einem Beamten, militärischen Vorgesetzten, Wache, Untersuchungsführer vorläufig festgenommenen Personen: Meyer-Altfeld 565, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 12./10. 85 C. 12 426. Dagegen wird der auf frischer Tat von einer Privatperson festgenommene nicht durch die Festnahme, sondern erst durch die Übernahme seitens des zuständigen Beamten zum Gefangenen; denn erst durch diese wird die tatsächliche Gewalt der Obrigkeit geschaffen: Binding Lehrb. II 585; Frank N. II Abs. 1, v. Liszt 558, Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O.; RG. 19./1. 86 C. 13 254; a. M. Schütze 271 N. 40.

d) Kriegsgefangene. Die Frage, ob die auf Ehrenwort internierten im Sinne des Gesetzes Gefangene sind, wird, weil sie nur moralisch in der Macht der Obrigkeit ständen, verneint von Binding Lehrb. II 586, Olshausen N. 2g, Oppenhoff-Delius N. 6, dagegen bejaht, weil auch tatsächlich, von Liszt 558, Meyer-Altfeld 265 N. 10, Mertel 395. Die bejahende Antwort ist die richtige, weil durch das Faktum der Internierung eine tatsächliche geographische Bindung bewirkt ist und die Bestrafung nach MilStGW. § 159 die Absicht erfordert, sich der Kriegsgefangenschaft durch die Entweichung zu entziehen, widrigenfalls nur eigenmächtige Entfernung nach MilStGW. § 64 vorliegt: Herz-Griff zu § 159 N. 2.

e) Die auf Grund Vorführungsbefehls gemäß ZPD. §§ 380, 619, 654, StPD. §§ 50, 133, 134, 215, 229, 235, 370, 427, 489 und MilStGW. §§ 172, 186, 278, 389 festgenommenen bzw. gestellten Personen: Frank N. II Abs. 1, v. Liszt 558, Mertel 395, Olshausen N. 2c; RG. 1./5. 85 C. 12 162.

f) Die auf Grund ZPD. §§ 888, 901, 918, 936 in Haft genommenen Parteien: v. Liszt 558, Meyer-Altfeld 565, Olshausen N. 2d, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1.

g) Die nach § 362 in ein Arbeitshaus usw. untergebrachten Personen: Binding Lehrb. II 584, Frank N. II Abs. 1, v. Liszt 558, Olshausen N. 2e, Oppenhoff-Delius N. 1.

h) Die nach §§ 55, 56 in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebrachten Jugendlichen sind dann als Gefangene anzusehen, wenn die Freiheit der Bewegung in einem das Maß der gewöhnlichen Schulsucht überschreitenden Umfange beschränkt und der Zögling einer schärferen als derjenigen Aufsicht unterworfen ist, welcher die der Anstalt freiwillig zur Erziehung überwiesenen Kinder unterworfen sind: Frank N. II 1, Olshausen N. 2f; RG. 8./11. 86 C. 15 39, 29./12. 04 C. 37 366. N. M. sind Binding Lehrb. II 585 N. 7, v. Liszt 558, Meyer-Altfeld 566 und Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 1, deren Grund, daß nämlich eine zu Besserungs- oder Erziehungszielen erfolgende Freiheitsbeschränkung keine Gefangenschaft sei, in Widerspruch damit steht, daß auch nach ihrer Ansicht die Nachhaft des § 362 eine Gefangenschaft ist.

Die Landesgesetze über die Zwangserziehung enthalten besondere Strafbestimmungen, „deren Rechtsgültigkeit aber zum mindesten als zweifelhaft erscheint“ (v. Liszt 558 N. 1). Jedemfalls finden auf die gemäß § 56 Abs. 2 angeordnete Zwangserziehung die Strafbestimmungen des preuß. Gef. über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger v. 2. Juli 1900 (Gef.-Samml. 264) keine Anwendung.

i) Geisteskrante, welche auf obrigkeitliche Anordnung in eine Irrenanstalt untergebracht sind: Frank N. II 2, Olshausen N. 2h, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 1; a. M. Binding Lehrb. II 584 N. 7, v. Liszt 558, Meyer-Altfeld 566; RG. 5./12. 10 C. 44 171. Ebenso der Angeschuldigte, welcher gemäß StPD. § 81, MilStGW. § 217 zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand in eine öffentliche Irrenanstalt gebracht ist.

k) Die polizeilich zu ihrer Sicherheit in Gewahrsam genommenen Personen: Binding Lehrb. II 584, Frank N. II Abs. 1, Olshausen N. 2i.

3. Die Befreiung bzw. Selbstbefreiung ist ein Eingriff in die obrigkeitliche Gewalt. Daher genügt es nicht, daß dem Beamten usw. gegenüber lediglich das Verlangen kundgegeben wird, der Gefangene möge freigelassen werden, sondern vorausgesetzt wird eine Willensbetätigung, welche darauf abzielt, den Gefangenen der Gewalt des Beamten usw. durch eine unberechtigte Gegenwirkung gegen die in der Gefangenehaltung zur Erreichung kommende Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt zu entziehen, sei es, daß zu diesem Zwecke körperliche Gewalt angewendet, oder daß psychisch durch Bedrohung eingewirkt, oder durch Täuschung die Aufgabe der Gewalt über den Gefangenen veranlaßt wird: Binding Lehrb. II 587, Frank N. III, Olshausen N. 3a; RG. 16./11. 00 C. 34 8.

4. Die Selbstbefreiung ist keine strafbare Handlung, d. h. als solche, also abgesehen von den zu ihrer Durchführung angewendeten Mitteln wie Sachbeschädigung, Körperverletzung usw., abgesehen ferner von der Form der Meuterei (§ 122) und endlich außerhalb des militärischen Strafrechts (MilStGW. §§ 79, 80, 159). Ist sie kein Delikt, so ist nach den allgemeinen Regeln und der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 48, 49 (§ 48 „strafbaren Handlung“, § 49 „Verbrechen oder Vergehen“) auch die Teilnahme an ihr kein Delikt. Dies wird von dem Gesetz festgehalten bei der Anstiftung, so daß die Anstiftung zur Selbstbefreiung straflos ist: Binding Lehrb.

II 590, Frank N. III Abf. 1, Geher II 144 und S. S. IV 171, Hälshner II 961, v. Liszt 559, Olshausen N. III b, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Meyer-Alfeld 566, weil die Anstiftung „mindestens als intellektuelle Beihilfe erscheint“. Nicht ist es festgehalten bei der Beihilfe, welche somit zu einem selbständigen Delikt erhoben ist, gleichwohl aber inhaltlich völlig mit der akzessorischen Beihilfe des § 49 zusammenfällt, insbesondere wie diese durch Rat und Tat geleistet werden kann: Frank, Hälshner, Olshausen, Rüdorff-Stenglein a. a. O.; RG. 16./1. 94 C. 25 65.

5. Die Befreiung erfolgt entweder aus der Gefangenanstalt, d. h. einer baulichen Anstalt, welche in bleibender Weise zur Aufnahme von Gefangenen bestimmt ist; anders bei dem einfachen Stubenarrest der Offiziere und bei den auf Ehrenwort internierten Kriegsgefangenen. Oder aus der Gewalt derjenigen Personen, unter deren Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung der Gefangene sich befindet. Diese drei Worte sollen nur kasuistisch die Formen des Hafthaltens bezeichnen: Binding Lehrb. II 589 N. 5, Olshausen N. 5 Abf. 3. Wenn das Gesetz neben der bewaffneten Macht und dem Beamten noch andere Personen nennt, so sind darunter insbesondere die nicht beamteten Transporteure und Aufseher bei der Außenarbeit zu verstehen, wobei die Voraussetzung ist, daß auch diese Personen den Gefangenen auf Grund obrigkeitlicher Anordnung in ihrer Gewalt haben: Binding Lehrb. II 589, Hälshner II 961, Olshausen N. 5 Abf. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3.

6. Das Delikt ist vollendet, wenn der Gefangene der obrigkeitlichen Gewalt entzogen ist. Dies Entzogensein kann ein nur vorübergehendes sein, es bleibt aber der Beurteilung im konkreten Fall überlassen, ob Vollendung oder, bei einer nur momentanen Entziehung, ein mißlungener Fluchtversuch und darum auch nur ein Versuch der Befreiung vorliegt. Ob in diesem Falle Selbstbefreiung oder Befreiung durch eine andere Person vorliegt, ist gleichgültig. Es fragt sich aber, ob auch der Versuch der Beihilfe, ob also am letzten Ende der Versuch der Beihilfe zum Versuch der Selbstbefreiung strafbar ist. Dies wird von Frank N. V, v. Liszt 560 und Olshausen N. 6 bejaht, auch von Hälshner II 1056 für § 347, dagegen von Binding Lehrb. II 590 N. 6 verneint. Da hier die Beihilfe zu einem selbständigen Delikt erhoben worden, ist die bejahende Antwort trotz ihrer mißlichen Konsequenzen die richtige.

7. Die Teilnahme an der durch einen Anderen erfolgenden Befreiung ist nach allgemeinen Grundsätzen strafbar, wobei sich allerdings die üble Folge ergibt, daß, wer dem Selbstbefreier den beihilflich ist, mit der vollen, wer dem dritten Befreier, nur mit der Versuchsstrafe zu belegen ist; dem Bemühen Bindings Lehrb. II 591, dieser Folge auszubiegen, ist nicht beizutreten. Streitig ist die Frage, ob auch der Gefangene selbst sich an der Befreiung beteiligen kann. Als Täter, also als Mittäter kann er es jedenfalls nicht. Für die Anstiftung und Beihilfe wird die Frage bejaht von Berner 395, Hälshner II 960 N. 2, Olshausen N. 7, Lppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 29./11. 80 C. III 140. Verneint wird sie von Binding Lehrb. II 591, Geher II 145, v. Liszt 559, Merkel 394, Meyer-Alfeld 192 N. 45, Wachenfeld SS. II 320. Die bejahende Antwort ist auch hier die richtige, denn der Gefangene befreit sich ja nicht selbst, sondern wird von demjenigen befreit, den er angestiftet hat oder dem er hilft. Gehört der Teilnehmer zu einer der drei Haftaltergruppen, so liegt das selbständige Delikt der §§ 121, 347, MitStGB. § 144 vor, vgl. § 121 N. 1.

8. Strafbar ist nur der Vorsatz. Wenn der Beamte usw. in die Befreiung des ihm unterstellten Gefangenen willigt, so entfällt dadurch nicht der Vorsatz, wie Binding Lehrb. II 591 als „vielleicht“ hinstellt, wohl aber liegt in der Einwilligung eine Aufgabe der Gewalt.

9. Das Delikt des § 120 — ebenso des § 121 — setzt nicht notwendig voraus, daß der Gefangene ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, ist also keine Unterart der Begünstigung; daher ist Idealkonkurrenz möglich: Binding Handb. I 352 N. 8 und Lehrb. II 598, Frank N. VIII, Geher II 154, Merkel 395, Olshausen § 257 N. 20, Lppenhoff-Delius N. 12; RG. 20./11. 82 C. 7 244 N. M. Hälshner II 961, John S. S. III 150, Meyer-Alfeld 352 N. 47.

§ 121.

Wer vorsätzlich einen Gefangenen, mit dessen Beaufsichtigung oder Begleitung er beauftragt ist, entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark ein.

1. Subjekt dieses Delikts ist derjenige, welchem die Beaufsichtigung oder Begleitung (der Ausdruck „Bewachung“ in den §§ 120, 347 ist mit Beaufsichtigung identisch) und hier insolge eines Redaktionsfehlers ausgefallen, findet sich aber in der entsprechenden Bestimmung MitStGB.

§ 144) aufgetragen ist und weder zur bewaffneten Macht gehört, widrigenfalls MilStGB. § 144, noch Beamter ist, widrigenfalls § 347 Anwendung findet: Frank N. I, John S. S. III 152, Olshausen N. 1 Abs. 1, Oppenhoff-Delius § 120 N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 272; nach der Meinung von Binding Lehrb. II 596 kann der Täter auch ein Beamter sein, zwar nicht „der zur Hafthaltung berufene Beamte“, wohl aber der von diesem „Beauftragte“. Der Auftrag muß von einem amtlichen Organ ausgegangen sein: Binding, Frank, Hälschner und John a. a. D., Merkel 394, Olshausen N. 1 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 2. Der Beauftragte wird dadurch selbst zu einem amtlichen Organ und ist daher befugt, nach pflichtmäßigem Ermessen in für dringend erachteten Fällen den Auftrag weiterzugeben: Hälschner und Olshausen a. a. D., Geyer II 145; RG. 25./9. 82 C. 7 103.

2. Abs. 1 bedroht denjenigen, welcher den Gefangenen entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert, und verlangt Vorsatz. Der Gefangene entweicht, wenn er sich selbst befreit. Er wird befreit, wenn ein anderer allein oder unter Mitwirkung des Gefangenen den Befreiungsakt vollzieht. Das Delikt des § 121 besteht also darin, daß der Täter entweder die Selbstbefreiung nicht hindert, ein echtes Unterlassungsdelikt, oder daß er der Befreiung durch positive Tätigkeit Vorschub leistet: Binding Lehrb. II 596, Frank N. II, Hälschner II 962, Olshausen N. 2a. Wenn RG. 2./1. 82 C. 5 324 unter Zustimmung von Rüdorff-Stenglein N. 3 für beide Tatbestände nur die Selbstbefreiung annimmt, so übersieht es, wie Olshausen a. a. D. treffend bemerkt, daß alsdann die Fälle der gegen oder ohne den Willen des Gefangenen bewirkten Befreiung unberücksichtigt bleiben. Übrigens wird der Gefangene, falls die Befreiung nicht gegen oder ohne seinen Willen erfolgt, regelmäßig mitwirken.

Nach einem Urteil des RG. v. 8./3. 89 liegt ein Entweichenlassen auch darin, daß ein Transporteur dem ihm anvertrauten Gefangenen gestattet, ohne seine Begleitung an den Bestimmungsort sich zu begeben; daß der Gefangene sein Versprechen erfüllt, ist irrelevant, da er in der Zwischenzeit kein Gefangener ist: Olshausen N. 3a.

3. Abs. 2 bedroht die fahrlässige Beförderung der Entweichung. Entweichung bedeutet hier jede Entziehung des Gefangenen aus der Gefangenschaft, sei es durch Selbstbefreiung oder durch Befreiung, und Beförderung der Entweichung ist jedes Tun oder Lassen, durch welches die Entziehung ermöglicht oder erleichtert wird; die beiden Fälle des Abs. 1 werden also für die Fahrlässigkeit zusammengefaßt: Binding II Lehrb. 597, Birmeyer Enzykl. 1194, Hälschner II 963, Olshausen N. 3c, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. 2./1. 82 C. 5 324, 29./5. 83 C. 8 313, 2./7. 83 C. 9 40, 5./6. 94 C. 26 53. Nach Frank N. II 2 und v. Liszt 560 ist Befördern auch hier Vorschubleisten durch positive Tätigkeit, so daß ein fahrlässiges Unterlassen nicht strafbar wäre. Das fahrlässige Verhalten kann bestehen im schuldhaften Nichtentdecken des Befreiungsplanes, in schuldhaft unterlassener oder verzögerter Hinderung des Ausbruchs, in schuldhafter Ermöglichung der Befreiung seitens Dritter, in unachtsamer Lockerung des tatsächlichen Machtverhältnisses durch den Beauftragten selbst, in vorzeitiger Entlassung, in Entlassung mit der Auflage der Rückkehr (wohl richtiger als vorzüglich anzunehmen): Binding Lehrb. II 597.

4. Im übrigen vgl. die Ausführungen zu § 120.

§ 122.

Gefangene, welche sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten angreifen, denselben Widerstand leisten oder es unternehmen, sie zu Handlungen oder Unterlassungen zu nötigen, werden wegen Meuterei mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.

Gleiche Strafe tritt ein, wenn Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewalttätigen Ausbruch unternehmen.

Dieser Meuterei, welche Gewalttätigkeiten gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten verüben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

1. Als Gefangene im Sinne des § 122 erscheinen alle diejenigen Personen, welche es im Sinne des § 120 sind, nicht bloß, wie John S. S. III 145 und anscheinend Schütze 269 annehmen, die Straf- und Untersuchungsgefängnisse: Hälschner II 963, Olshausen N. 1. Ob das Delikt in

oder außerhalb einer Gefangenanstalt begangen wird, ist gleichgültig: Frank N. II letzter Abf., Dshausen N. 2 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2.

2. Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle der Meuterei, jedoch ohne daß sich, wenn sie zusammentreffen, dadurch zwei selbständige, also konkurrierende Delikte ergeben. Zwar wird das Unternehmen des Ausbruchs nicht ausdrücklich als Meuterei bezeichnet, aber auch im ersten Abf. erfordert die Meuterei nicht mehr als ein Zusammenrotten der Gefangenen und Begehung der Straftaten mit vereinten Kräften. Übereinstimmend Berner 395, Hältschuer II 967, Dshausen N. 2 Abf. 1, Wachenfeld S. II 320; a. M. John S. S. III 146, Merkel 394 und Oppenhoff-Delius N. 2.

3. Meuterei ist Zusammenrotten und Begehen mit vereinten Kräften.

a) Wegen des Zusammenrottens vgl. § 115 N. 2d. Nach dem Begriff des „zusammen“ müssen es mehrere Gefangene sein, aber es ist Sache des einzelnen Falles, wie viele. Daß eine Zusammenrottung von nur zwei Gefangenen gebildet werden könne, behaupten Meyer II 144, Meyer-Alfeld 566 N. 13, Dshausen N. 3 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 270 N. 35; RG. 1./6. 80 E. 2 80, 22./10. 85 E. 13 17. Nach Frank, welcher N. I lediglich die reichsgerichtliche Praxis konstatiert und auf seine Ausführungen zu § 115 N. II 1 verweist, ist die Zahl der Beteiligten im Sinne des Gesetzes dahin zu bestimmen, daß durch sie eine Gefahr für die öffentliche Ordnung erwachsen muß. Entsprechend erklären Binding Lehrb. II 592 und Hältschuer II 965, daß die erforderliche Zahl nicht in allgemeiner Weise, sondern nur im konkreten Fall in Rücksicht auf die Frage zu entscheiden sei, ob unter den gegebenen Umständen eine besondere Gefährlichkeit obwaltete. Nach Hältschuer „können unter besonderen Umständen dazu schon zwei „Gefangene ausreichen“, wogegen Binding 593 N. 1 „in zwei Gefangenen nie eine Rotte „sehen würde“. Bedenken gegen die Praxis äußern auch Rüdorff-Stenglein N. 3 und v. Schwarze N. 3. Solange die Gefangenen räumlich, z. B. durch Verschlusmittel, voneinander getrennt sind kann keine Zusammenrottung angenommen werden: Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 25./9. 80 E. 3 1. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die sich Zusammenrottenden vorher räumlich getrennt waren: Binding Lehrb. II 592, Frank N. I, Hältschuer II 964, Dshausen N. 3 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 1./6. 80 E. 2 80.

b) Wegen der vereinten Kräfte vgl. § 115 N. 3. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Zusammenrottung erfolgt, um die bezeichneten Handlungen zu begehen, sondern verlangt nur die Gleichzeitigkeit („und“) der Zusammenrottung und der Begehung. Der Zweck der Zusammenrottung kommt nicht in Betracht, insbesondere braucht nicht eine Selbstbefreiung beabsichtigt zu sein. Vgl. John S. S. III 145, Merkel 394, Dshausen N. 4 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3. Wie viele der Zusammengerotteten sich an der Begehung selbst aktiv beteiligen, ob alle, einige oder Einer, ist gleichgültig; die Anwesenheit und Bereitschaft genügt, und es ist nicht erforderlich, daß jeder einen zum Angriff usw. erforderlichen Akt vornimmt; zur Strafbarkeit des Einzelnen genügt daher die Feststellung seiner Beteiligung an der Zusammenrottung mit dem Bewußtsein, daß die Gesamtheit einen Angriff usw. vornimmt: Binding Lehrb. II 593, Frank N. II Abf. 2, Hältschuer II 966, v. Liszt 559, Dshausen N. 4 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4, 7, v. Schwarze N. 5; RG. 18./12. 86 E. 15 217, 20./1. 88 E. 17 47; vgl. § 115 N. 4.

4. Die strafbaren Handlungen des Abf. 1 richten sich gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten. Wegen der letzteren vgl. § 121 N. 1. Diese Personen müssen sich in rechtmäßiger Ausübung des Amtes oder Auftrages befinden, d. h. das Haftrecht muß bestehen und den gesetzlichen Vorschriften gemäß ausgeübt werden. Die Rechtmäßigkeit liegt nicht vor, wenn z. B. die Strafzeit bereits abgelaufen ist oder gegen den nur zur Haft Verurteilten Arbeitszwang ausgeübt wird (§ 18 Abf. 2). Wegen die unrechtmäßige Ausübung ist wie überall so auch hier Notwehr zulässig: Binding Lehrb. II 593, Dshausen N. 5a, Oppenhoff-Delius N. 9. a. M. John S. S. III 143, Schütze 270 N. 35.

a) Der Angriff ist wie bei den Delikten der §§ 113, 117 als tätlicher zu verstehen; vgl. § 113 N. 8; Binding und Dshausen a. a. O., Frank N. II 1, Hältschuer II 965, Oppenhoff-Delius N. 7, v. Schwarze N. 5.

b) Der Widerstand ist ebenfalls so wie in den §§ 113, 117 zu nehmen, kann also durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt geleistet werden; vgl. § 113 N. 7; Binding, Hältschuer und Dshausen a. a. O., wogegen v. Liszt 559 und Meyer-Alfeld 565 die Bedrohung ausschließen. Nach John S. S. III 143, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5 erfordert der Widerstand ausweislich des Schweigens des Gesetzes weder Gewalt noch Bedrohung mit Gewalt, so daß der jeg. passive Widerstand strafbar wäre. Hiergegen wenden sich mit Recht Binding Lehrb. II 594 N. 1, Frank N. II 2, Hältschuer II 965 N. 1, Dshausen a. a. O., zumal ein passiver „Widerstand mit vereinten Kräften“ undenkbar ist.

c) Die Nötigung ist ein spezieller Fall des in § 114 bedrohten Delikts; vgl. daher § 114 N. 2, 3; Binding Lehrb. II 594, Frank N. II 3, Dshausen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 10.

Wegen des „Unternehmens“ vgl. § 105 Nr. 3. Die bloße Versuchshandlung erfüllt also den Tatbestand des Delikts.

d) Durch den Ausbruch wird die Entziehung aus der Gefangenschaft bezweckt, wird der Zusammenhang der äußeren Umschließung gewaltfam mit dem Zwecke, ins Freie zu gelangen, aufgehoben und so ein Zustand geschaffen, in welchem die durch die Einschließung herbeigeführte Freiheitsbeschränkung nicht mehr besteht; da die Entziehung aus der Gefangenschaft keine dauernde zu sein braucht, so genügt es, wenn die Täter nur die Absicht verfolgen, zu vorübergehenden Zwecken sich der Gefangenschaft zu entziehen, um nach deren Erreichung freiwillig in dieselbe zurückzukehren: RG. 28./6. 08 E. 41 357. Der Ausbruch richtet sich hiernach nicht gegen die Anstaltsbeamten und die Beauftragten, in welchem Fall Absf. 1 zutreffen würde, sondern gegen Abschließungsvorrichtungen, welche jedoch nicht die einer eigentlichen Gefangenanstalt zu sein brauchen: Werner 395, Frank N. II 4, Hälßner II 967, v. Liszt 559, Mertel 394, Meyer-Milfeld 566, Olshausen N. 7 Absf. 1, Oppenhoff-DeLius N. 11, Schütze 270 N. 36 („in dubio benignius“). N. M. Binding Lehrb. II 595. Da Ausbruch schon an sich ein gewaltfamer Akt, ist der Zusatz „gewaltfam“ überflüssig: RG. 20./1. 88. E. 17 S. 47. Wegen des „Unternehmens“ vgl. N. c.

5. Absf. 3 findet auf die Gefangenen, welche den gewaltfamen Ausbruch unternommen haben, keine Anwendung, sofern nicht bei dem Ausbruch eine der in Absf. 1 genannten Handlungen begangen wird, und auch bei Verübung einer solchen nicht gegen die, welche nur Drohungen verübten: Hälßner II 967, John S. S. III 149, Olshausen N. 9a, Oppenhoff-DeLius N. 14; a. M. Binding Lehrb. II 595 und Rüdorff-Stenglein N. 8. Wegen der Gewalttätigkeiten, welche also an Personen, nicht bloß an Sachen verübt sein müssen, vgl. unten § 125 Nr. 1. Als Verüber kommen nur die Täter im technischen Sinn, nicht auch die Teilnehmer in Betracht: Olshausen N. 9c; oben § 115 Nr. 5 Absf. 3. Dagegen will Binding Lehrb. II 595 den Anstifter, Hälßner II 967 den Aufstifter und Gehilfen unter die volle Strafbestimmung des Absf. 3 stellen.

Siebenter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung.

1. Mehrere der in diesem Abschnitt aufgeführten Delikte haben keinen Bezug auf das Deutsche Reich, die Bundesstaaten und deren staatliche Ordnung, so daß unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 die Strafbestimmungen auch auf die im Ausland begangenen Handlungen anzuwenden sind: Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N.

2. Der Abschnitt faßt verschiedenartige Handlungen in einen gemeinsamen Rahmen, ohne daß dies systematisch gerechtfertigt ist, denn die öffentliche Ordnung ist überhaupt kein strafrechtlicher Begriff: Binding Normen I 352, Lehrb. II 503 Nr. 3. Er regelt somit als ganzer keine Materie im Sinne GG. § 2, und die Landesgesetzgebung kann sich hier frei bewegen: Binding Handb. I 322, Olshausen N. 1.

§ 123.

Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienste oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird wegen Hausfriedensbruchs mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Ist die Handlung von einer mit Waffen versehenen Person oder von mehreren gemeinschaftlich begangen worden, so tritt Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre ein.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

1. Das StGB. unterscheidet den gemeinen (§ 123) und den schweren (§ 124) Hausfriedensbruch, und bei dem ersten wiederum den einfachen (Absf. 1) und den qualifizierten (Absf. 2). Durch den Hausfriedensbruch wird der besondere Friede, dessen sich Jeder innerhalb seines Labeims und in den ihm gleichgestellten Räumlichkeiten erfreuen soll, und das ihm gleichstehende Recht

der Person verlegt, innerhalb ihrer befriedeten Räume das Eintreten und Verweilen Dritter von ihrem Willen abhängig zu machen, ihr Hausrecht: Merkel 348. Oder, wie v. Liszt 597 das Hausrecht definiert: das rechtlich geschützte Interesse an ungehörter Betätigung des eigenen Willens in der eigenen Wohnung und dem umfriedeten Besitze, an dem freien Walten in Haus und Hof. Das Delikt ist nur als vorsätzliches strafbar und setzt wie alle Delikte die Widerrechtlichkeit, die Unbefugtheit des Handelns voraus. Wenn das Gesetz ausdrücklich ein widerrechtliches, unbefugtes Handeln verlangt, so bezieht sich dieses Erfordernis nicht auf die objektive Widerrechtlichkeit, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht berufen hat, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich dieses Mangels bewußt gewesen ist.

2. Das Gesetz verbietet das Eindringen und das Verweilen trotz fortweisender Aufforderung in der Wohnung, den Geschäftsräumen und dem befriedeten Besitztum eines Anderen und in abgeschlossenen Räumen, welche zum öffentlichen Dienste oder Verkehr bestimmt sind.

a) Wohnung ist der Subbegriff derjenigen Räume, welche einer Einzelperson oder einer zusammenhängenden Mehrheit von Personen zum Aufenthalt dienen oder zur Benutzung freistehen: RG. 16./4. 85 G. 12 132. Daß die Wohnung zur Benutzung für die vollen vierundzwanzig Stunden des Tages bestimmt sei, ist nicht erforderlich, somit die Bestimmung zur Nachtruhe, wenn auch ein wichtiges Kennzeichen, kein unerlässliches Moment, z. B. ein Schäferarren, der als Schlafstätte dient, gleichwohl keine Wohnung: Meyer-Walfeld 515 R. 5, Dshausen R. 3 Abf. 1 und RG. 22./1. 86 G. 13 312; Frank R. I 1a und v. Liszt 398 verlangen, daß die Räume zur ordnungsmäßigen Nachtruhe dienen, und Binding Lehrb. I 121 erklärt es, falls die Geschäfte nicht gerade in die Nachtzeit fallen, für das Normale, daß der Inhaber in den Räumen nächtigen will. Zur Wohnung gehören nicht nur die zum eigentlichen Wohnen bestimmten, sondern alle Räume vom Dach bis zum Keller, insbesondere Flur, Vorplätze, Treppen: Binding Lehrb. I 121, Frank R. I 1 i. f., Geyer II 25, Hälschner II 146, John S. S. III 154, Dshausen R. 3 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein R. 2; RG. 10./12. 79 G. 1 121. Besteht die Wohnung aus mehreren Räumen, so kann das Eindringen, Verweilen in dem einen Raum ein befugtes, in dem anderen ein unbefugtes sein. „Was haben Milchmann und Fleischer im Salon, oder in der Kammer der Mägde, „der Postbote im Ankleidezimmer der Hausfrau zu tun?“ (Binding). Man denke an die in vornehmen Häusern sich findenden besonderen Aufgänge für Gejinde, Handwerker, Lieferanten! Vgl. Binding Lehrb. I 122 und v. Schwarze R. 2; RG. 16./4. 85 G. 12 132. Leerstehende Wohnungen stehen, wenn sie nicht vermietet sind, zur Benutzung des Eigentümers, wenn vermietet, zu der des Mieters, sind also Wohnungen im Sinne des Gesetzes; so auch Binding a. a. D. und Rüdorff-Stenglein R. 4 Abf. 2, dagegen a. M. Frank R. I 1 c und Dshausen R. 3 Abf. 4. Daß die Räumlichkeiten zum längeren Aufenthalt dienen, ist nicht erforderlich. Daher ist eine Sommerwohnung auch während des Winters eine Wohnung, wie auch Frank R. I 1 b trotz seiner Ansicht über das Leerstehen zugibt. Dagegen ist es irrig, wenn Frank meint, daß man einen längeren Aufenthalt fordern müsse und deshalb das Hotelzimmer nicht als Wohnung des Gastes ansehen dürfe, der sich nur einige Tage oder Nächte darin aufhalte, denn auch während dieser kurzen Zeit dient das Zimmer dem Gast zum Aufenthalt und steht zu seiner Benutzung. Die Radizierung in Grund und Boden ist nicht erforderlich, so daß ein Wagen, ein Schiff, wenn zum Wohnen eingerichtet, als Wohnung gelten: Binding und Geyer a. a. D., Frank R. I 1 d, v. Liszt 398, Dshausen R. 2 letzter Abf., Oppenhoff-Delius R. 2; RG. 22./1. 86 G. 13 312.

Die Wohnung usw. muß die „eines Anderen“ sein. Ein Anderer ist aber nicht bloß der Eigentümer, sondern jeder, welcher gegenüber dem Friedensbrecher der allein oder, wie z. B. der Mieter gegenüber dem Vermieter, der näher Berechtigte ist: Frank I 1 c, Dshausen R. 6 Abf. 1, Oppenhoff-Delius R. 1; RG. 24./2. 80 G. 1 122. Die bloße faktische Benutzung kann jedenfalls nur dann genügen, wenn sie als Fortsetzung eines berechtigten Zustandes erscheint, denn anderenfalls wäre sogar der Eindringling, z. B. der sich zur Winterszeit heimlich in der leerstehenden Sommerwohnung Einquartierende, ein „Anderer“. Ob und wie weit jemand berechtigt ist, läßt sich nur im einzelnen Fall beurteilen. Auch ein Ehegatte kann gegenüber dem anderen ein „Anderer“ sein, wenn die Eheleute auf Grund einseitiger gerichtlicher Verfügung getrennt leben, oder wenn es sich um Vorbehaltsgut der Frau handelt, oder wenn in der Ehe Gütertrennung herrscht. Vgl. Dshausen R. 6 Abf. 2.

b) Geschäftsräume sind Räumlichkeiten, welche durch einen maßgebenden Willen hauptsächlich sowie in erster Linie und auch für eine gewisse zeitliche Dauer zur Betreibung gewerblicher, wissenschaftlicher, künstlerischer oder ähnlicher Geschäfte bestimmt sind und dieser Bestimmung gemäß verwendet werden. Der Betrieb kann auch in Räumen stattfinden, welche beweglich sind, z. B. in der Kajüte, dem Kajenzimmer, dem Büffetraum eines Schiffes, im Restaurations-

wagen eines Eisenbahnzuges, im Wagen eines Landmannes, von welchem aus derselbe seine Waren auf dem Markt verkauft: RG. 22./1. 86 C. 13 312, wogegen ein Straßenbahnwagen lediglich Transportmittel ist: RG. ebenda und 16./11. 99 C. 32 371. Mit Recht verlangt fibrigens Dtschhausen N. 4 einen baulich abgeschlossenen Raum, da andererseits die Grenze zwischen dem Geschäftsraum und dem befriedeten Besitztum, z. B. einem Restaurationsgarten, Lagerplatz usw., verwischt wird.

e) Befriedetes Besitztum kann nur ein Grundstück, ein Teil des Grund und Bodens sein („Besitzung“, „Besitz“, „Herr Besitzer“), so daß z. B. ein Schiff, ein Wagen kein befriedetes Besitztum sind. Hierüber herrscht Übereinstimmung, vgl. auch RG. 12./12. 84 C. 11 293, 22./1. 86 C. 13 312. Ein räumlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang mit einem Gebäude ist nicht erforderlich; z. B. ein befriedetes Besitztum ist auch der mit einem Gebäude nicht in Zusammenhang stehende umzäunte Kirchhof: Binding Lehrb. I 122, Frank N. I 3, v. Liszt 398, Meyer-Malfeld 516, Dtschhausen N. 5 Abs. 3; RG. 12./12. 84 C. 11 293, 3./12. 89 C. 20 150, 30./10. 03 C. 36 395; a. M. Berner 398, Geyer II 125, Häljchner II 146, John S. S. III 154, Merkel 348, Tppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2. Somit ist — wenn man hier nicht eine Wohnung annehmen will — auch ein Neubau, ein unbewohntes und unverschlossenes Haus, eine Wohnung, welche der Vermieter verlassen und ausgeräumt hat, ein befriedetes Besitztum, wenn es erkennbar und genügend gegen beliebiges Betreten Fremder geschützt ist: Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2. Bei Kellern, Kiefern, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, und bei einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege kommt nicht § 123, sondern § 368 Nr. 9 in Anwendung.

Wenn eine jedermann erkennbare Zugehörigkeit des Grundstückes zu einer Wohnung oder zu Geschäftsräumen, wie z. B. bei Gärten, Hofplätzen, vorliegt, gilt das Besitztum, wenn es nicht mit Frank N. I 3 letzter Abs. richtiger für ein Zubehör der Wohnung zu erachten ist, schon dadurch als befriedet: RG. 28./11. 89 C. 20 150. Hiervon abgesehen, muß es in äußerlich erkennbarer Weise mittels einer zusammenhängenden, wenn auch nicht lückenlosen Einrichtung nach außen abgegrenzt sein, ohne daß dadurch der Ausschluß Unbefugter direkt bewirkt zu sein braucht: v. Liszt 399, Meyer-Malfeld 516, Dtschhausen N. 5 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 3./12. 89 C. 20 150 (erklärt eine gepflasterte Rinne für genügend, was mit Binding Lehrb. I 122 N. 5 für unzulässig zu betrachten ist). Dagegen verlangen Binding Lehrb. I 122 und Frank N. I 3 Abs. 2 mit RG. 12./12. 84 C. 11 293 eine Vorrichtung, durch welche das Besitztum nicht bloß abgegrenzt, sondern abgesperrt wird, was wiederum zu weit geht. Frank verlangt sogar, daß die Schutzwehren in den Luftstraum ragen, erachtet daher eine Abgrenzung durch Gräben nicht für ausreichend, eine Aussicht, von deren Irrigkeit ihn jeder Spaziergang in den Hofseemärkten überzeugen kann. Eine bloß symbolische Befriedigung, z. B. durch Warnungstafeln, genügt nicht: Frank und Dtschhausen a. a. D.

d) Ferner kann das Delikt begangen werden in solchen abgeschlossenen, d. h. wenn auch nicht notwendig für das Publikum gesperrten, doch immer baulich begrenzten Räumen, welche zum öffentlichen Dienst, also zur Vornahme einer amtlichen oder unter amtlicher Aufsicht stehenden Tätigkeit bestimmt sind, wie die Dienstgebäude der Behörden, Korrekptionsanstalten, Gebäude öffentlicher Schulen. Ebenso die Warterräume der Bahnhöfe, auch wenn in ihnen ein Wirtschaftsbetrieb stattfindet: RG. 23./3. 03 C. 36 188, 22./9. 04 C. 37 260. Auch diese Räume können beweglich sein, wie der Dienstabteil und der Gepäckwagen bei Eisenbahnzügen. Die einzelnen, wenn auch räumlich voneinander abgeschlossenen Lokalitäten, Zellen eines Gefängnisses sind unter sich je als abgeschlossene Räume nicht anzusehen: RG. 18./2. 96 C. 28 192.

e) Endlich sind durch das Ges. v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — die Worte „oder Verkehre“ eingeschoben. Somit genießen jetzt auch abgeschlossene, zum öffentlichen Verkehr bestimmte Räume wie Personenabteile in Eisenbahnzügen, Straßenbahnwagen, Omnibusse, die zunächst nur den Verkehrsbedürfnissen des Publikums dienen und keine Diensträume sind, den strafrechtlichen Schutz.

3. Strafbar ist zunächst das Eindringen in die bezeichneten Räume.

a) Eindringen ist Eingehen mit Überwindung eines entgegenstehenden Hindernisses: v. Liszt 399. Das Hindernis braucht kein physisches zu sein, wie allerdings regelmäßig bei dem befriedeten Besitztum, denn das Delikt richtet sich gegen den Willen (oben N. 1), und daher besteht das Hindernis in dem entgegenstehenden Willen des an der Räumlichkeit Berechtigten, mag dieser Wille sich durch eine äußere Vorrichtung kundtun oder ausdrücklich, sei es allgemein oder besonders oder im konkreten Fall, erklärt oder aus den Umständen zu entnehmen sein: so die allgemeine Lehre und RG. 30./9. 81 C. 5 110, 16./4. 85 C. 12 132. Das Betreten kann ein offenes oder heimliches sein, in gewohnter oder ungewohnter Weise, mit oder ohne Gewalt oder Sachbeschädigung vorgenommen werden. Wie das Wort „eindringen“ ergibt, muß der Betretende das Bewußtsein haben, daß er gegen den Willen des Berechtigten handelt, dieser Wille also nicht bloß ein zu vermutender sein, wie mit RG. 12 132 v. Liszt a. a. D., Tppenhoff-Delius N. 7 und Rüdorff-Stenglein N. 14 annehmen, sondern vom Täter wirklich vermutet werden: Binding Lehrb. I 122, Frank

§. II 1, Fälschner II 148 N. 1, Oshausen N. 9 Abs. 1. Hat der Täter den nach den Umständen zu vermutenden Willen des Berechtigten nicht vermutet, so fehlt der Dolus.

Warum das heimliche Eindringen, das Einschleichen, wie v. Schwarze N. 12 will, nicht genügen soll, ist nicht einzusehen: Berner 398, Bindung und Fälschner a. a. O. Frank N. II 1, Rüdorff-Stenglein N. 9.

Ein Eindringen des ganzen Körpers ist nicht erforderlich, sondern der Hausfriedensbruch schon vollendet, wenn ein Körperteil, eine Hand, ein Fuß, in den fremden Raum eingeführt und ein Weiteres durch physische Hindernisse unmöglich gemacht wird: RG. 19./2. 07 C. 39 440. Ein bloßes Schlagen gegen Tür oder Fenster kann grober Unfug sein, ist aber kein Hausfriedensbruch: Berner 398, John S. S. III 155 N. 4, Oshausen N. 9 Abs. 2.

b) Das Eindringen muß entweder überhaupt oder in sachlicher, örtlicher, zeitlicher Beziehung unberechtigt sein, weil entweder überhaupt kein Recht vorliegt oder das vorliegende gegenüber dem Rechte desjenigen, dessen Hausfrieden gebrochen wird, das schwächere ist: RG. 16./4. 85 C. 12 132, 17./3. 96 C. 28 269. Es ist regelmäßig widerrechtlich, wenn es gegen den Willen des Inhabers der Räumlichkeit erfolgt, z. B. gegen den Willen des Ehemannes, obgleich mit Zustimmung der Ehefrau: RG. cit. 28 269. Oder gegen den Willen des Mieters seitens des Vermieters, wenn es auch behufs Vorzeigung an Mietlustige geschieht, denn für Ausübung des dem Vermieter zustehenden Rechts ist mangels Einverständnisses mit dem Mieter richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Der Zweck, zu dessen Erreichung die fremde Räumlichkeit betreten wird, ist überhaupt nicht entscheidend. Das Verfolgen eines an sich berechtigten Zweckes, z. B. das Eindringen in einen fremden Garten, um einen Bienenschwarm wiederzuholen, die Ablichtung des Vermieters, dem Mieter persönlich zu kündigen oder sich von dem Zustand der Mietwohnung zu überzeugen, schließt die Widerrechtlichkeit nicht aus. Auf der anderen Seite macht ein widerrechtlicher Zweck für sich allein das Eindringen noch nicht zu einem widerrechtlichen, obgleich er regelmäßig die Zustimmung des Berechtigten zum Betreten ausschließen, darum auch dem Täter zum Bewußtsein, daß er die Wohnung nur gegen den Willen des Berechtigten betreten kann, bringen und deshalb zur Begründung der Widerrechtlichkeit objektiv und subjektiv geeignet sein wird: Oshausen N. 11 Abs. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 10 und die beiden zitierten reichsgerichtlichen Urteile.

Ob das Eindringen ein widerrechtliches, läßt sich nur im konkreten Fall auf Grund des einschlagenden Privatrechts oder öffentlichen Rechts beurteilen. Z. B. in das Privatrecht schlägt die zu bejahende Frage ein, ob der Vater berechtigt ist, die Wohnung des seiner Gewalt unterworfenen Sohnes zu betreten: Frank N. II 1. Ebenso die mit RG. 29./3. 87 C. 15 391 zu verneinende Frage, ob der Vermieter in die Wohnung des Mieters eindringen darf, um die Ausübung seines Pfandrechts zu erklären. Eine von ihrem Ehemann auch nur tatsächlich getrennt lebende Ehefrau macht sich des Hausfriedensbruchs schuldig, wenn sie seine Wohnung nicht zum Zwecke der Fortsetzung des ehelichen Lebens, sondern zu anderen Zwecken betritt: RG. 4./2. 82 C. 6 14. Der Ehemann wiederum, wenn er gegen das Verbot der mit seiner Genehmigung ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibenden Ehefrau die zu ihrem Gewerbebetriebe dienenden Räumlichkeiten betritt: RG. 10./10. 02 C. 35 395. Vgl. oben N. 2a Abs. 2. In allen Fällen wird die Widerrechtlichkeit durch die Einwilligung des Berechtigten ausgeschlossen, welche aber nur dann vorliegt, wenn sie seinem wahren Willen entspricht, also nicht durch Täuschung oder Drohung erzielt ist: Frank a. a. O., Oshausen N. 12a. Ist endlich die Befugnis eine beschränkte, so wird durch jede Überschreitung die Widerrechtlichkeit ausgelöst: Bindung Lehrb. I 123, Oshausen N. 12a 3; RG. 24./11. 79 C. 1 21, 16./4. 85 C. 12 132, 30./10. 87 C. 16 225.

4. Das Delikt wird ferner dadurch begangen, daß der Täter die Räume zwar besugterweise betreten hat, aber in ihnen verweilt, obgleich er von dem Berechtigten aufgefordert worden ist, sich zu entfernen. Da das positive Moment des ferneren Verweilens mit dem negativen des Sichnichtentfernens verbunden ist, liegt nicht ein Unterlassungsdelikt vor, sondern ein Begehungsdelikt durch Unterlassung: Bindung Lehrb. I 123, Oshausen N. 13 Abs. 2, Schütze 192 N. 9.

a) „Ohne Befugnis“ hat dieselbe Bedeutung wie das „rechtswidrig“ beim Eindringen: Oshausen N. 14; RG. 30./9. 81 C. 5 110, 22./12. 85 C. 13 189, 20./10. 87 C. 16 225. Somit finden die Ausführungen Nr. 3b auch hier Anwendung.

Die Befugnis zum Verweilen kann eine privatrechtliche und eine öffentlichrechtliche sein. Die privatrechtliche Befugnis beruht hauptsächlich auf Familienangehörigkeit, Gesinde-, Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen, Wohnungsberechtigung. Sind diese Verhältnisse gesetzmäßig begründet, so ist während ihrer Dauer das Verweilen ein besugtes. Werden sie aufgelöst, so folgt daraus keineswegs, daß das fernere Verweilen ein rechtswidriges ist, vielmehr muß man unterscheiden. Ist der Aufenthalt in den Räumen von vornherein ein unberechtigter, so ist das Verweilen ein unbefugtes, der berechtigte Inhaber der Räume sogar zur Anwendung von Zwangsmaßnahmen zwecks Erwirkung des Sichentfernens befugt; eine Verurteilung auf das *j'y suis et j'y reste* gibt

es nicht. Ist das Verweilen ursprünglich ein befügtes, so sind die das jeweilige Verhältnis regelnden gesetzlichen bzw. vertraglichen Bestimmungen dafür maßgebend, ob durch die Auflösung des Verhältnisses das Verweilen ein rechtlich ungeschütztes wird, sodaß es sich als Hausfriedensbruch charakterisiert. Dabei ist es, wie Dshhausen N. 15 b mit Recht gegen Binding Lehrb. I 123, Frank N. II 2 und Oppenhoff-Dehns N. 13 annimmt, gleichgültig, ob die Auflösung rechtsgültig oder rechtswidrig erfolgte. Wenn der Arbeitgeber den Gesellen, dem er unberechtigt gekündigt hat, aus den Arbeitsräumen weist, ist der Geselle zum Fortgehen verpflichtet, denn der Aufenthalt in den Räumen erfolgt nur zum Zwecke des Arbeitens, und auch ohne Kündigung kann der Dienstherr den Gesellen jederzeit hinausweisen, weil der Geselle durch den Dienstvertrag nur die Pflicht, nicht aber das Recht zum Arbeiten erhalten hat: RG. 12./11. 81 C. 235. Andererseits bleibt der Mieter trotz rechtmäßiger Kündigung bis zur gutwilligen oder infolge Zwanges auf dem Rechtswege erfolgten Räumung der Wohnung berechtigter Inhaber der letzteren, begehrt daher in dieser Wohnung bis dahin auch dem Vermieter gegenüber keinen Hausfriedensbruch: Meyer-Altfeld 516 N. 9, Dshhausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 7 Abs. 1 und 17 Abs. 2; RG. 24./2. 80 C. 1 122, 16./3. 03 C. 36 322; a. M. Binding Lehrb. I 123, jedoch ohne zureichende rechtliche Begründung, denn was geht es den Vermieter an, ob und wo der Mieter nachher Unterkommen findet? Streitig ist die Frage bei dem Gesindeverhältnis. Hier greifen die territorialen Gesindeordnungen ein, welche mehr oder weniger übereinstimmend die Bedingungen normieren, unter denen das Dienstverhältnis sofort aufgelöst und der Dienstbote zum Verlassen der Wohnung verpflichtet wird. Jedenfalls ist der Dienstbote dann zum sofortigen Fortgehen auf Verlangen verpflichtet, wenn er seinerseits gekündigt hat. Solange aber das Dienstverhältnis dauert, hat der Dienstbote ein Recht, zwar nicht in allen Teilen der Wohnung, wohl aber überhaupt irgendwo dort und zwar zunächst in dem ihm vertragsmäßig eingeräumten Raum, zu verweilen, sodaß die Aufforderung, das Grundstück gänzlich zu verlassen, unberechtigt ist: RG. 22./12. 85 C. 33 189.

Auch hier kann die Befugnis zum Verweilen eine beschränkte sein, wird also zum unbefugten erst durch die Überschreitung der Schranke. So dauert das dem Gast in der Gast-, Speise- oder Schankwirtschaft durch die Verabfolgung von Speise und Getränk vertragsmäßig eingeräumte Recht zum Aufenthalt nicht länger, als nach billigem Ermessen und vernünftiger Auslegung des beiderseitigen Vertragswillens zur Erfüllung des vereinbarten Zwecks erforderlich ist, und wenn der Gast sich ungebührlich benimmt, darf der Wirt ihn vorher fortweisen: Frank N. II 2, Meyer-Altfeld 516 N. 11, Dshhausen N. 15c; RG. 18./6. 81 C. 4 322.

b) Nicht bloß derjenige, der, was das Gesetz an erster Stelle ins Auge faßt, unbefugt, sondern auch derjenige, welcher besugt verweilt, begeht Hausfriedensbruch, wenn er auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht sofort, d. h. so schnell, wie ihm nach Lage der Sache möglich ist, entfernt, und zwar genügt in dem einen wie in dem andern Fall Eine Aufforderung, welche keine in Worten ausgedrückte zu sein braucht: Frank N. II Abs. 2, Geher II 26, Hälshner II 149, Meyer-Altfeld 516, Dshhausen N. 16, Oppenhoff-Dehns N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 17 Abs. 1 und RG. 20./9. 81 C. 5 109. Die naturgemäße Voraussetzung ist aber die, daß der Friedensbrecher trotz sein Verhalten zu erkennen gibt, er biete dem ausgesprochenen Willen des Berechtigten Trotz, wogegen seine Verzögerung des Fortgehens dadurch, daß er den Berechtigten um Zurücknahme der Aufforderung bittet, ihn von der Grundlosigkeit oder Widerrechtlichkeit der Aufforderung zu überzeugen sucht, also zum Frieden redet, nur dann zu einem strafbaren Verweilen wird, wenn der Berechtigte die Aufforderung entweder entschieden gestellt hat oder sie wiederholt.

c) Die Aufforderung muß von dem „Berechtigten“ ausgehen. Berechtigter ist derjenige, dessen Rechtsbefugnisse an den Räumen, dessen Hausrecht verletzt wird. In einer Wohnung ist regelmäßig das Familienoberhaupt hinsichtlich der Gesamtwohnung der Berechtigte: RG. 16./4. 85 C. 12 132. Die Berechtigung kann eine Mitberechtigung sein, so an den allen Hausbewohnern zur gemeinschaftlichen Benutzung überwiesenen Räumen, insbesondere dem Flur, dem Vorplatz, den Treppen, vermitteltst deren die Bewohner zu den ihnen überlassenen Räumen gelangen; bezüglich dieser Räume steht jedem Familienoberhaupt zwar nicht gegen die übrigen Mitbewohner, wohl aber gegen Dritte das Hausrecht zu: Binding Lehrb. I 121, Dshhausen N. 17 Abs. 2, 3; RG. 10./12. 79 C. 1 121. Gegen Dritte allerdings nur insoweit, als nicht ihr Vertreten oder Verweilen in den gemeinschaftlichen Räumen in dem Geschäftsbetrieb oder Verkehre der Mitbewohner erfolgt. Vorausgesetzt ist auch, daß der Wille der mehreren Berechtigten nicht divergiert, denn der Eine kann Niemandem das Verweilen verbieten, dem der Andere es gestattet: Binding Lehrb. I 120. Die Berechtigung kann auch eine nur relative sein. Wer z. B. vom Wirt zur Abhaltung einer Versammlung, einer Festlichkeit eine Räumlichkeit zur Verfügung gestellt erhalten hat, ist zur Ausübung des Hausrechts nicht gegenüber dem Wirt, wohl aber gegenüber Dritten befugt: RG. 19./5. 93 C. 24 194. Dienstboten steht wegen ihrer Schlafräume das Hausrecht zwar nicht gegenüber der Dienstherrschaft (WGB. § 855), wohl aber gegenüber anderen

Personen zu. Endlich kann die Aufforderung zum Entfernen sowohl von dem Berechtigten selbst als auch von seinem Stellvertreter ausgehen.

Stellvertreter ist zunächst derjenige, welcher von dem Berechtigten ein ausdrückliches Mandat erhalten hat. Es kann aber auch nach Weise der *negotiorum gestio* das Hausrecht ohne Mandat ausgeübt werden, daher unter Umständen, insbesondere bei Abwesenheit oder Verhinderung des Mieters, auch der Vermieter das Hausrecht ausüben: Dshausen N. 17 Abf. 4. Überhaupt ist, wie Frank N. II Abf. 3 zutreffend bemerkt, eine scharf juristisch abgegrenzte Vertretungsbefugnis nicht erforderlich, indem als Vertreter jeder gelten muß, der nach dem präsumtiven Willen des Inhabers des Hausrechts berufen ist, es gegen diese Person zu wahren. Also die Ehefrau, die Familienmitglieder (daß diese, wie Frank a. a. O. verlangt, „erwachsen“ seien, ist nicht erforderlich; auch zivilistisch braucht der Stellvertreter nur zwölf Jahre alt zu sein), Hausstandsmitglieder, insbesondere die Dienstboten, und zwar letztere zunächst bezüglich der ihnen zur Benutzung angewiesenen Räume: 16./4. 85 C. 12 132, sodann aber auch allgemein, Bureauvorsteher, Angestellte eines Geschäftsinhabers, auch nur vorübergehend anwesende Freunde und Verwandte. Dem erkennbaren oder gar ausgesprochenen Willen des Berechtigten darf der Stellvertreter nicht zuwiderhandeln: v. Liszt 398 N. 3; RG. 17./3. 96 C. 28 269.

5. Der Dolus besteht in dem Wissen und Wollen des gesamten objektiven Tatbestandes, insbesondere in dem Bewußtsein, daß gegen den Willen des Berechtigten gehandelt wird: Frank N. III, II 1; RG. 30./9. 81 C. 5 109. Ein Weiteres ist nicht erforderlich, also weder die Absicht, den Hausfrieden zu stören, noch das Bewußtsein der Störung des Hausfriedens (Hälschner II 150 N. 3, v. Wächter 376), die bewusste Nichtachtung und Störung des Hausfriedens (Schütze 276 N. 5): Frank N. III, John S. S. III 158, Meyer-Allfeld 516, Dshausen N. 19 Abf. 5, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 22./1. 86 C. 13 312. Auch die Absicht, Selbsthilfe zu üben, und die irrite Meinung, diese sei rechtlich gestattet, schließt den Dolus nicht aus, zumal sich diese als Rechtsirrtum darstellt: RG. 6./6. 89 C. 19 298. Das Motiv kommt überhaupt für den Dolus nicht in Betracht, sodaß auch die diebische Absicht den Hausfriedensbruch nicht ausschließt: RG. 1./5. 84 C. 11 166.

6. Das Delikt des einfachen Hausfriedensbruchs ist ein Antragsdelikt. Durch das Gesetz v. 19. Juni 1912 ist die Zurücknahme des Antrags für zulässig erklärt. Antragsberechtigt ist der Träger des Hausrechts, also bei einer Wohnung das Familienhaupt: Binding Handb. I 619, Finger I 193 N. 257, Frank N. IV, v. Liszt 398, Meyer-Allfeld 516, Dshausen N. 22 Abf. 2; RG. 9./6. 84 C. 11 53, 16./4. 85 C. 12 132. Wegen des in den Bahnhofsräumen einer preussischen Eisenbahn begangenen Hausfriedensbruchs ist der Bahnhofsvorsteher antragsberechtigt: RG. 25./9. 08 C. 41 416. Darüber, ob der den Träger des Hausrechts in diesem Recht Vertretende antragsberechtigt ist, vgl. § 61 N. 4 e. Daraus, daß Jemand befugt ist, in juristischer oder natürlicher Vertretung den unbefugten Verweilenden zur Entfernung aufzufordern (N. 4b Abf. 3), folgt nicht, daß er auch zur Stellung des Strafantrages befugt ist: Binding Handb. I 619, Frank N. IV, Hälschner II 156, John S. S. III 166, Dshausen N. 23, Oppenhoff-Delius N. 21.

7. Der qualifizierte Hausfriedensbruch des Abf. 2 war bisher, wie in Theorie und Praxis nicht bestritten wurde, vom Gesetz als Offizialdelikt gestaltet. Durch das Ges. v. 19. Juni 1912 ist das Erfordernis des Strafantrages, dessen Zurücknahme zugleich für zulässig erklärt wurde, auch auf ihn ausgedehnt. Entsprechend der Redaktionsweise des StGB. ist dies dadurch geschehen, daß der bisherige zweite Absatz zum dritten gemacht, also hinter die Bestimmung über den qualifizierten Hausfriedensbruch gestellt ist.

a) Entweder ist der Täter mit einer Waffe versehen, einerlei, ob er die Waffe mitbringt oder erst während der Handlung ergreift: Binding Lehrb. I 303, Frank N. VI, Dshausen N. 25 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 24, Rüdorff-Stenglein N. 20; RG. 4./5. 85 C. 12 183, 18./3. 97 C. 30 78. Die Absicht, von ihr Gebrauch zu machen, ist nicht erforderlich: v. Liszt 399, Meyer-Allfeld 517 (462), Rüdorff-Stenglein N. 20; a. N. Binding a. a. O. und Frank § 243 VI. Es ist daher irrig, wenn nach Meyer-Allfeld a. a. O. der Täter sich der Waffe in ihrer Beziehung zur Verübung, also mindestens dessen bewußt sein muß, daß sie als Schredmittel für Andere in Betracht kommen könne, nach v. Wächter 376 N. 12 die Waffe in Beziehung auf die Tat steht (denkt: er habe doch eine Waffe bei sich.) Vielmehr kommt es nur auf die objektive Gefährlichkeit an, nicht aber auf den Zweck, zu welchem sich der Täter mit der Waffe versehen hat, so daß auch der Beamte, der Soldat, der im Dienste eine Waffe zu tragen verpflichtet ist, unter Abf. 2 fällt: Hälschner II 154, v. Liszt a. a. O., Merkel S. S. III 680, Dshausen N. 25 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 25; RG. 23./11. 99 C. 32 402. Somit ist es genügend, aber auch erforderlich, daß der Täter das Bewußtsein hat, er führe eine Waffe bei sich: Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.; RG. 18./1. 83 C. 8 44, 17./3. 96 C. 28 269. Daß der Täter die Waffe offen trägt, also dem Verletzten ihr Vorhandensein erkennbar wird, verlangt das Gesetz nicht: Dshausen N. 25 Abf. 4,

Oppenhoff-Delius N. 25 und RG. 17./3. 96 C. 28 269, 18./3. 97 C. 30 78; a. M. Rüdorff-Stenglein a. a. O. Wenn hierbei das Gesetz den Ausdruck gebraucht: mit einer Waffe „versehen“, so bedeutet dies, daß der Täter „bewaffnet“ sein muß, was er nicht ist, wenn er die Waffe als zufälligen Transportgegenstand trägt. Hierdurch erledigt sich das vielfach, auch z. B. von Frank § 243 N. VI, gebrachte v. Savigny'sche Beispiel von dem Dienstmädchen, welches den Säbel des Herrn zum Waffenschmied bringt, um eine kleine Scharte beseitigen zu lassen, und unterwegs delinquent. Endlich sind unter Waffen nur solche im technischen Sinne zu verstehen, also solche Schuß-, Stieb- und Stichwerkzeuge, welche bestimmungsgemäß Menschen zum Angriff oder zur Verteidigung bei äußeren Kämpfen dienen und Körperverletzungen beizubringen geeignet sind: RG. 2./6. 80 C. 1 443, nicht auch die vielgeplagten „gefährlichen Werkzeuge“ des § 223a, denn in Abs. 2 werden eben nur Waffen genannt, und die Heranziehung der gefährlichen Körperverletzung ist bei der vollständigen Verschiedenheit beider Delikte in keiner Weise geboten: Berner 399 N. 1, Binding Lehrb. I 124, Hälschner II 151, 154, v. Liszt 399. N. M. sind Meyer II 26, John S. S. III 160, Merkel 348 (321), Meyer-Altfeld 517 N. 13, Lisshausen N. 25 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 20, Schütze 277 N. 6; RG. 18./1. 83 C. 8 44, vgl. auch 4./5. 85 C. 12 183 und 18./3. 97 C. 30 78.

b) Ober der Hausfriedensbruch wird von Mehreren gemeinschaftlich begangen. Also in Mittäterschaft, nicht bloß in Mehrtätigkeit, auch nicht durch Beteiligung nur als Anstifter und Gehilfe. Für diese Mittäterschaft sind die allgemeinen, oben zu § 47 ausgeführten Grundätze maßgebend. N. M. Rüdorff-Stenglein N. 21. Wenn nur Einer zurechnungsfähig ist, seine Begleiter aber der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit wegen Geisteskrankheit oder Strafunmündigkeit ermangeln, so sind diese nicht Mittäter, sondern Werkzeuge des Alleintäters; wie Lisshausen N. 26a von einem Dolus der Unzurechnungsfähigen sprechen kann, ist jedenfalls bei dem Geisteskranken nicht verständlich. Auch durch gemeinschaftliches Verweilen kann das Delikt begangen werden, und erforderlich ist nur, daß das Verweilen dem gemeinschaftlichen Willen der Täter entspricht, insbesondere wenn diese die Handlung vorher ausdrücklich oder schlüssig verabredet haben: Lisshausen N. 26 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 22; RG. 18./6. 81 C. 4 322; 6./11. 82 C. 7 395.

8. Durch die Novelle v. 19. Juni 1912 ist die Geldstrafe in Abs. 1 an die erste Stelle gesetzt, in Abs. 2 überhaupt erst zugelassen, auch in Abs. 1 das Minimum der Gefängnisstrafe von Einer Woche gestrichen.

§ 124.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines Anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird Jeder, welcher an diesen Handlungen teilnimmt, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Der schwere Hausfriedensbruch, auch Heimjuchung genannt, liegt vor, wenn sich eine Menschenmenge (§§ 110 N. 5a Abs. 2, 116 N. 2a) öffentlich (§ 115 N. 2d) zusammenrottet (§ 115 N. 2 Abs. 1, b, c) und (§ 122 N. 3b) in der Absicht, Gewalttätigkeiten (§ 125 N. 1) gegen Personen oder — bewegliche wie unbewegliche — Sachen mit vereinten Kräften (§ 115 N. 3) zu begehen, in die Wohnung usw. (§ 123 N. 2) widerrechtlich eindringt (§ 123 N. 1, 3). Die gedachte über den objektiv begangenen Hausfriedensbruch hinaus auf Landfriedensbruch (§ 125) gerichtete Absicht, welche nicht schon bei der Zusammenrottung vorzuliegen braucht, bildet ein für den Hausfriedensbruch lediglich subjektiv in Betracht kommendes Tatbestandsmerkmal und deckt sich nicht mit dem den einfachen objektiven Tatbestand umfassenden Vorsatz des widerrechtlichen Eindringens: die Absicht, nur die dem Eindringen entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, genügt also nicht: Lisshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 12./3. 89 C. 19 72.

2. Bestraft wird jeder, welcher an diesen Handlungen, d. h. der Zusammenrottung und dem Hausfriedensbruch, teilnimmt (§ 115 N. 4), ohne daß er zu beabsichtigten braucht, seinerseits Gewalttätigkeiten zu begehen: Hälschner II 156, John S. S. III 161, Lisshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 5; nach der Ansicht von Binding Lehrb. I 125 und Frank N. 2 muß jeder Beteiligte die Absicht haben. Jedenfalls muß die Absicht bei Mehreren obwalten und den Anderen bekannt sein.

§ 125.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewalttätigkeiten begeht, so wird Jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt, wegen Landfriedensbruchs mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Rädelshörer, sowie diejenigen, welche Gewalttätigkeiten gegen Personen begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Das Delikt des Landfriedensbruchs liegt vor, wenn sich eine Menschenmenge (§§ 110 N. 5a Abs. 2, 116 N. 2a) öffentlich (§ 115 N. 2d) zusammenrottet (§ 115 N. 2 Abs. 1, b, c) und (§ 122 N. 3b) mit vereinten Kräften (§ 115 N. 3) gegen Personen oder — bewegliche wie unbewegliche — Sachen Gewalttätigkeiten begeht. Gewalttätigkeit, von der Gewalt dadurch unterschieden, daß nicht sie, wohl aber diese auf die Überwindung eines Hindernisses geht, ist jede Handlung, durch deren Vornahme der Wille des Handelnden, von seiner körperlichen Kraft Gebrauch zu machen, einen äußerlich erkennbaren Ausdruck findet. Auf ihren Erfolg und Umfang sowie darauf, ob die Sachen im Eigentum stehen oder stehen können (Leichen, Gräber: Binding Lehrb. II 888), kommt es nicht an: RG. 3./2. 82 C. 5 377, 29./11. 97 C. 30 391, wohl aber muß sie nach dem Begriff der Zusammenrottung rechtswidrig sein: RG. 6./3. 90 C. 20 303; a. M. wegen der Rechtswidrigkeit Rüdorff-Stenglein N. 5.

2. Strafbar ist jeder, welcher an der Zusammenrottung teilnimmt (§ 115 N. 4). Die Beteiligung an den Gewalttätigkeiten selbst ist nur Qualifikationsgrund. Nach Oshausen N. 2 Abs. 1 und RG. 16./3. 03 C. 36 174 ist für die Anwendung des Abs. 1 nicht einmal Voraussetzung, daß der Täter in dem Augenblick an der Zusammenrottung teilgenommen hat, als zu den Gewalttätigkeiten übergegangen wurde. Dies wird von Binding Lehrb. II 887 N. 4 und Frank N. II 2 mit Recht bestritten, denn die Teilnahme an einer Zusammenrottung ist an sich nicht strafbar und diejenige zusammengerottete Menschenmenge, welche die Gewalttätigkeiten noch nicht oder nicht mehr begeht, ist nicht „diese“ Menschenmenge, welche sie begeht. Zudem ist das Delikt erst vollendet, wenn eine Gewalttätigkeit begangen ist; wer sich also vorher entfernt, hat sich nur an einem Versuch des Landfriedensbruchs beteiligt, und der Versuch des Delikts ist straflos. Für den Vorstoß genügt auch hier das Bewußtsein des Teilnehmers, daß er sich in einer zusammengerotteten Menschenmenge befindet, welche gegen Personen oder Sachen Gewalttätigkeiten begeht, verbunden mit dem Willen, in dieser Menge als ein Teil von ihr zu bleiben, auch wenn er nur als Zuschauer und aus Neugierde bleibt: RG. 16./5. 90 C. 20 403, 20./5. 90 C. 20 405. Das Bewußtsein, daß der allgemeine Rechtsfriede gestört werde, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 887 N. 3, Hälschner II 493 N. 3, Oshausen N. 2 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. freilich Rüdorff-Stenglein N. 2.

3. Des schweren Landfriedensbruchs des Abs. 2 machen sich von den Teilnehmern an der Zusammenrottung schuldig die Rädelshörer (§ 115 N. 5 Abs. 2), diejenigen, welche Gewalttätigkeiten gegen Personen, diejenigen, welche durch Plündern, Vernichten, Zerstören Gewalttätigkeiten gegen Sachen begehen. Andere Gewalttätigkeiten an Sachen, also Beschädigen, Beschmutzen usw., fallen unter Abs. 1: Binding Lehrb. II 890, Frank N. III 2, Hälschner II 494, v. Liszt 562 N. 4, Oshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 9, Schübe 279; John S. S. III 163 und v. Schwarze N. 8 meinen, daß andere Gewalttätigkeiten auch nicht unter Abs. 1 fallen.

Die Sachen werden geplündert, wenn sie unter Benutzung der durch den Friedensbruch verursachten Verwirrung oder Furcht gestohlen, geraubt, erpreßt werden; vgl. MilStGB. § 129: Binding und Frank a. a. O., Geber II 94, Hälschner II 495, v. Liszt 562, Merkel 397, Oshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 8.

Sie werden vernichtet, wenn sie so völlig beseitigt werden, daß sie zu existieren aufhören: RG. 4./3. 81. C. 3 370.

Sie werden zerstört, wenn sie für ihren Zweck unbrauchbar gemacht, also ihrem Wesen nach aufgehoben werden: RG. 9./2. 83 C. 8 33. Diese Zerstörung kann nach einem reichsgerichtlichen Urteil vom 4. Mai 1885, dem sich Oshausen N. 3e anschließt, auch eine teilweise sein, wenn nämlich ein einzelner Bestandteil der Sache, dem eine selbständige Bestimmung innewohnt, hierfür unbrauchbar, oder wenn die Sache für einzelne ihrer Zweckbestimmungen bzw. für eine gewisse

ursprünglich mit ihr verbundene Gebrauchsart unmöglich gemacht wird. *U. M.* Binding und Frank a. a. D. und *RG.* 22./10. 06 *C.* 39 223, welche verlangen, daß die Zerstörung eine völlige sei; danach wäre z. B. eine Tafeluhrenuhr noch nicht zerstört, wenn nur das Werk zerstört ist, und es bliebe unbegreiflich, warum das Gesetz neben der Zerstörung noch der Vernichtung gedenkt.

4. Das Delikt ist vollendet, sobald auch nur eine einzige Gewalttätigkeit begangen worden, und ist als Versuch der Gewalttätigkeiten straflos. Ist auch nur eine einzige Gewalttätigkeit begangen, so sind diejenigen, welche eine solche versucht haben, wegen Versuchs des schweren Landfriedensbruchs nach *Abj. 2* strafbar: *Dishausen N. 5* und *Schütze 279 N. 14*. *U. M.* Binding *Lehrb.* II 889. *Bgl.* § 115 *N. 6*.

5. Der Landfriedensbruch ist mit dem Aufruhr (§ 115) und dem schweren Hausfriedensbruch (§ 124) zwar nahe verwandt, gleichwohl aber bestimmt geschieden.

Der Landfriedensbruch richtet sich gegen den Frieden, der Aufruhr gegen die öffentliche Gewalt, aber der erstere geht in letzteren über, wenn die obrigkeitliche Gewalt einschreitet und die Landfriedensbrecher sich ihr widersetzen. Zwischen beiden Delikten ist Idealkonkurrenz möglich: *Frank N. 1*, *Dishausen N. 6*, *Dppenhoff-Delius N. 11*; *RG.* 26./4. 96 *C.* 29 11. Ebenso findet zwischen den §§ 124, 125 keine Gesekeskonkurrenz statt und ist auch hier Idealkonkurrenz möglich: *Binding Lehrb.* II 890/91, *Frank N. 1*, v. *Liszt 400 N. 11*, *Meyer-Altfeld 587*, *Dishausen N. 4*, *Rüdorff-Stenglein 124 N. 1*; a. *M.* *Hältschner II 156 N. 4*, *John H. S. III 160*, *Dppenhoff-Delius § 124 N. 5*, nach denen, wenn Gewalttätigkeiten verübt werden, nur § 125 zur Anwendung kommt.

§ 126.

Wer durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Der sog. Landzwang erfordert eine Störung des öffentlichen Friedens. Dieser besteht in dem Zustande des ruhigen Bewußtseins der Bevölkerung, in ihren durch die Rechtsordnung gewährleisteten Interessen geschützt zu sein und zu bleiben: so mehr oder weniger übereinstimmend *Binding Lehrb.* II 880, *Frank N.*, *Geyer II 94*, *Hältschner II 507*, *John H. S. III 164*, v. *Liszt 561*, *Merkel 397*, *Meyer-Altfeld 585*, *Dishausen N. 1*, *Dppenhoff-Delius N. 4*, *Schütze 279*; *RG.* 22./12. 86 *C.* 15 116, 17./12. 88 *C.* 18 314, 7./2. 89 *C.* 18 406. Mertels Beschränkung auf „bestimmte“ Bevölkerungszreise ist nicht begründet. Der öffentliche Friede wird durch die Erregung der Besorgnis gestört, daß die durch die Rechtsordnung geschützten Interessen nicht genügend geschützt sind oder bleiben, und zwar durch die Erregung der Besorgnis nicht bloß bei einzelnen Personen, sondern in weiteren Kreisen, bei einem Teil der Bevölkerung: *RG.* 2./10. 82 *C.* 7 393, 22./12. 86 *C.* 15 116. Wie groß dieser Teil der Bevölkerung sein muß, läßt sich nicht allgemein bestimmen.

2. Der Friede muß gestört werden durch die Bedrohung mit einem gemeingefährlichen Verbrechen, also mit dem in 27. *Abj.* genannten Verbrechen und den Verbrechen des Sprengstoff-Gef. v. 9. Juni 1884 (*Reichs-Gesetzbl.* 61). Wie die Drohung zur allgemeinen Kunde kommt, ist gleichgültig; liegt ihre Verbreitung im Willen und im Bewußtsein des Drohenden, so kann auch die Äußerung gegen einen Einzelnen den Tatbestand des Gesetzes erfüllen: *Binding Lehrb.* II 884, *Hältschner II 496*, *Meyer-Altfeld 587*, *Dishausen N. 2* *Abj. 2*, *Rüdorff-Stenglein N. 3*; nach *Schütze 281 N. 16* genügt es, daß die Drohung „irgend einem Bedrohten“ zur Kenntnis gelange.

3. Der Dolus besteht in dem Wissen und Wollen aller Deliktmerkmale: der Täter muß das Bewußtsein haben, daß die Drohung geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören: *Binding Lehrb.* II 885, *Dishausen N. 3* *Abj. 1*, *Dppenhoff-Delius N. 7*; *RG.* 2./10. 82 *C.* 7 393. Daß die Drohung ernstlich gemeint, ist nicht wesentlich, sofern nur die Auffassung als eine ernstlich gemeinten beabsichtigt und den Umständen nach erreichbar war: *Binding Lehrb.* II 885 („ausdrücklich ernstlich“), *Schütze 281 N. 16*. Daß die Handlung, welche er androht, ein gemeingefährliches Verbrechen ist, braucht der Täter nicht zu wissen: *Binding a. a. D.*, *Dishausen N. 3* *Abj. 2*.

4. Das Delikt ist vollendet, sobald der Zustand der Besorgnis, der Verurteilung eingetreten ist.

§ 127.

Wer unbefugterweise einen bewaffneten Haufen bildet oder befehligt oder eine Mannschaft, von der er weiß, daß sie ohne gesetzliche Befugnis gesammelt ist, mit Waffen oder Kriegsbedürfnissen versieht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Wer sich einem solchen bewaffneten Haufen anschließt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Das Gesetz bedroht drei verschiedene Handlungen, welche darin zusammentreffen, daß sie sich gegen die Militär- und Polizeihohheit des Staates wenden. Sie sind nicht schon an sich widerrechtlich, sondern nur, wenn und soweit sie der gesetzlichen Befugnis ermangeln, sei es, daß die etwa erforderliche gesetzliche oder obrigkeitliche Erlaubnis fehlt, sei es, daß unmittelbar einem gesetzlichen oder obrigkeitlichen Verbot zuwidergehandelt wird. Mit Olshausen N. 1 die Bestimmungen des Vereins- und Versammlungsrechts heranzuziehen, ist dadurch ausgeschlossen, daß hier weder ein Verein noch eine Versammlung gebildet zu sein braucht; ist solche Bildung erfolgt, so kommen allerdings die Vorschriften des Vereinsgesetzes v. 19. April 1908 (Reichsgesetzbl. 151) für die Frage nach der Befugnis zur Anwendung.

a) Strafbar ist zunächst die unbefugte Bildung oder Befehligung eines bewaffneten Haufens. Haufen ist ein bloßer Quantitätsbegriff, dessen Umfang sich nicht allgemein feststellen läßt, aber jedenfalls eine größere Zahl Beteiligter voraussetzt. Waffe ist wie überall im StGB., wo dieser Ausdruck für sich allein gebraucht wird, im technischen Sinn zu verstehen, vgl. oben § 123 N. 6a: Binding Lehrb. II 902, Geher II 94, Mertel 397, Meyer-Altfeld 588 N. 12, Olshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 2. Der Haufen ist bewaffnet, wenn nicht lediglich Einzelne, sondern jedenfalls die Mehrzahl mit Waffen versehen ist: Binding und Olshausen a. a. O. Einen bewaffneten Haufen bildet sowohl derjenige, welcher eine größere Zahl Bewaffneter veranlaßt, sich zu vereinigen, wie derjenige, der die bereits Vereinigten mit Waffen versehen: Binding a. a. O., Hältschner II 500, Olshausen N. 3 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 2.

b) Strafbar ist ferner, wer eine ohne gesetzliche Befugnis gesammelte Mannschaft mit Waffen oder Kriegsbedürfnissen (§ 90 Nr. 2 und N. 3) versehen. Unter Mannschaft im Unterschied von einem Haufen ist eine militärisch disziplinierte Personennmehrheit zu verstehen: Hältschner II 501, v. Liszt 562 („die bereits vorhandene Mannszucht“), Mertel 397 Olshausen N. 2 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein a. a. O.; Binding a. a. O. bestreitet jeden Unterschied. Die Mannschaft braucht nicht eine bisher unbewaffnete zu sein: Hältschner (N. 2) und Olshausen (Abf. 2) a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 3.

c) Bestraft wird endlich, „wer sich einem solchen bewaffneten Haufen anschließt“. Da Haufen der umfangreichere Begriff ist und die gesammelte Mannschaft schon mit Waffen versehen sein kann, ist in Abf. 2 unter ersterem auch die letztere einbegriffen: Binding Lehrb. II 903 N. 3, Hältschner II 502, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Oppenhoff-Delius N. 4. Abf. 2 ist aber nicht dahin zu verstehen, daß nur derjenige gestraft wird, der sich dem bereits bestehenden Haufen anschließt, die diesen bildenden Einzelnen aber straflos bleiben, sondern bestraft wird jedes einzelne Mitglied des Haufens; ein Anschluß ist auch das Zusammentreten mehrerer bisher Getrennter: Hältschner II 502, Olshausen N. 4 Abf. 1, Schütze 281 N. 19. Daß der Beitretende selbst bewaffnet sei, ist nicht erforderlich: Binding a. a. O., Olshausen N. 4 Abf. 2 Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 29./11. 97 C. 30 391.

2. Das Delikt ist nur als vorsätzliches strafbar. Zu dem Vorsatz gehört die Kenntnis, daß der bewaffnete Haufen unbefugt gebildet ist und befehligt wird, die Mannschaft ohne gesetzliche Befugnis gesammelt ist. Durch das ausdrückliche Verlangen des Wissens wird der Eventualdolus insoweit ausgeschlossen. Es hat außerdem die prozessuale Bedeutung, daß der Richter die Kenntnis auch dann ausdrücklich feststellen muß, wenn sich der Täter auf Unkenntnis nicht berufen hat. Zu welchem Zweck der Täter handelt, ist für die Strafbarkeit nach § 127 irrelevant.

§ 128.

Die Teilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheim gehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von Einem Monat bis zu Einem Jahre zu bestrafen.

Wegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

1. Verbindung ist eine organisierte und im Gegensatz zur Versammlung auf eine gewisse Dauer berechnete Vereinigung Mehrerer, in welcher der Einzelne nach näherer Bestimmung der geschriebenen oder mündlich festgestellten Satzungen dem Willen der Gesamtheit untergeordnet ist: RG. 21./12. 85 E. 13 273, 22./12. 87 E. 17 193, 17./10. 93 E. 24 328. Dauer und Mindestzahl der zu dem Begriff erforderlichen Mitglieder lassen sich nicht allgemein bestimmen. Nicht zutreffend ist die Ansicht von Frank N. I Abs. 1, daß die Verbindung über die Dauer der gegenwärtigen Mitglieder hinaus berechnet sein und wenigstens tatsächlich und für die inneren Verhältnisse als ein besonderes Rechtssubjekt erscheinen müsse. Der Verbindung ist es wesentlich, daß ein gemeinsamer Zweck durch sie erreicht werden soll. Das Gesetz nennt im Gegensatz zu § 129 den Zweck nicht, aber wenn man nicht jede private Vereinigung, z. B. mit Frank sogar Schülerverbindungen zum Zwecke des gemeinsamen Zechens, hierher rechnen will und zugleich bedenkt, daß § 128 in dem Abschnitt 7 steht, also sein Delikt von dem Gesetz als ein Vergehen wider die öffentliche Ordnung aufgefaßt wird, wird man mit John S. H. III 165, Rüdorff-Stenglein § 129 N. 1 und RG. 23./12. 85. E. 13 273, 4./4. 02 E. 35 177, 15./4. 02 E. 35 195, 1./5. 08 E. 41 264 zu der Annahme gedrängt, daß eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten (§ 108 N. 2) bezweckt sein muß. Die öffentliche Angelegenheit braucht nicht eine des Deutschen Reichs oder eine der Territorialstaaten zu sein, eine Unterscheidung in bezug auf das nächste räumliche Gebiet der zu beeinflussenden Angelegenheit ist nicht geboten, diese kann auch dem Auslande angehören. Im Widerspruch hiermit erachten den Zweck für gleichgültig Binding Lehrb. II 904, Frank N. I Abs. 2, Hälschner II 502, Merkel 395, Lisshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Schütze 282. Darüber, daß der Zweck kein staatsgefährlicher, insbesondere kein strafbarer zu sein braucht, herrscht Übereinstimmung, vgl. auch RG. 15./4. 02 E. 35 177.

Das Gesetz nennt die organisatorischen Einrichtungen der Verbindung, durch deren Vorhandensein die Teilnahme zu einer strafbaren wird. Unter der Staatsregierung ist die inländische deutsche zu verstehen: RG. 18./6. 87 E. 16 165. Das Versprechen des Gehorsams ist kein fakultatives, sondern notwendige Bedingung der Aufnahme in die Verbindung; ähnlich Hälschner II 503 N. 1 unsicher Lisshausen N. 4b.

Beim Vorhandensein dieser Einrichtungen sind auch geistliche Orden, Freimaurerlogen, Studentenverbindungen strafbar: Binding Lehrb. II 905 N. 3, v. Liszt 613, Lisshausen N. 2 Abs. 3; a. M. wegen des Jesuitenordens und der Logen Geyer II 166, wegen der Logen und Studentenverbindungen Rüdorff-Stenglein N. 4, 5.

2. Strafbar ist die „Teilnahme“ Die Arten der Teilnahme werden in erschöpfender Weise aufgezählt: RG. 17./10. 93 E. 24 328.

Vorsteher ist jeder Funktionär der Verbindung, soweit er an der Leitung teilnimmt: Schütze 283, N. 22.

Mitglied ist Jeder, der mit Unterordnung seines Willens unter denjenigen der Verbindung und nicht bloß einmal oder vereinzelte Male, sondern fortdauernd für die Zwecke der Verbindung tätig wird, ohne daß es dabei einer ausdrücklichen Beitritts- oder Aufnahmeerklärung oder einer besonderen statutenmäßigen Ordnung der Voraussetzungen für Erwerb oder Verlust der Mitgliedschaft bedarf: RG. 21./12. 85 E. 13 273, 17./10. 93 E. 24 328. Das RG. geht in einem früheren Urteil hierüber hinaus, erachtet die Mitgliedschaft nicht für erforderlich und erklärt für Teilnehmer alle, welche für die Zwecke der Verbindung tätig sind, für Teilnahme somit jede durch Entfaltung irgendwelcher Tätigkeit für die Entstehung, Ausbreitung, Entwicklung, Beschäftigung usw. der Verbindung geübte Mitwirkung: RG. 1./5. 82 E. 6 216. Gegen diese von Oppenhoff-Delius N. 1 akzeptierte Ansicht, welche die Begriffe Täter, Gehilfe, Begünstiger vermischt, spricht sich auch Lisshausen N. 1 aus.

Anscheinend setzt das Gesetz die „Mitglieder“ in Gegensatz zu den Stiftern und Vorstehern. Daraus folgern Berner 405 N. 1, daß der Stifter, Binding Lehrb. II 906 und Rüdorff-Stenglein N. 6, daß Stifter und Vorsteher nicht Mitglieder zu sein brauchen, und ausweislich seiner sieben Gedanken erweiternden Ansicht ist dies auch die Ansicht des Reichsgerichts. Dagegen verlangen Frank N. II, v. Liszt 613 N. 3, Meyer-Alfeld 573 N. 6, Lisshausen N. 1 Abs. 2 und Schütze 282 N. 22 für beide, Stifter und Vorsteher, die Mitgliedschaft. Wie ein Vorsteher dies sein kann, ohne zugleich Mitglied der Verbindung zu sein, ist geradezu unverständlich, wohl aber läßt sich denken, daß der Stifter die Verbindung stiftet, ohne ihr, sobald er sie gestiftet hat, als Mitglied beizutreten.

3. Hat eine Verbindung, deren Zentralorganisation im Auslande besteht, im Inlande Mitglieder, so hat sie auch im Inlande Bestand und Dasein. Wird dieses Dasein vor der inländischen Regierung geheimgehalten, so ist die inländische Mitgliedschaft strafbar, gleichviel ob die Verbindung auch im Auslande geheim gehalten wird oder nicht: RG. 13. 6. 87 E. 16 165.

4. Die fakultative Nebenstrafe des Abs. 2 ist unabhängig von der Voraussetzung des Abs. 1 des § 35, hat aber gemäß seines Abs. 2 den dauernden Verlust des bekleideten Amtes zur Folge: Binding Lehrb. II 909, Lisshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 7.

§ 129.

Die Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzhliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu Einem Jahre, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von drei Monaten bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

1. Die Verbindung, bezüglich deren Begriff, Teilnahme, Mitgliedschaft auf die Ausführungen zu § 128 zu verweisen ist, muß wie die Verbindung des § 128 eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten bezwecken, und die Strafe tritt ein, wenn zur Erreichung dieses Grundzwecks, also insofern als Mittel, der sekundäre Zweck gesetzt ist, in der vom Gesetz verpönten Weise tätig zu werden, oder, ohne gesetzt zu sein, tatsächlich realisiert wird. Eines von beiden ist wie erforderlich, so genügend; somit genügt schon der sekundäre Zweck, ohne daß es zu seiner Ausführung oder auch nur zu einem ernstlichen Versuch derselben gekommen zu sein braucht: Binding Lehrb. II 908 und Frank N. Dshausen N. 1 Abs. 3; RG. 23./12. 85 C. 13 273. Der Grundzweck selbst braucht auch hier kein strafbarer zu sein.

2. Die Mittel müssen ungesetzhliche sein, also gegen einen Rechtsatz verstoßen, einerlei ob sie an sich unter einem Strafgesetz stehen oder nicht, wie der bloße Ungehorsam: Berner 406 N. 1, Binding Lehrb. II 908, Hälschner II 503, Dshausen N. 2 Abs. 1, Sprenhoff-Delius N. 4; RG. 28./3. 89 C. 19 98, 4./4. 02 C. 35 177, 15./4. 02 C. 35 195; a. M. John S. S. III 167.

3. Die Gesetze müssen vollziehbar sein, so daß solche Gesetze, welche lediglich die Erhaltung eines durch Gesetz bekräftigten Zustandes bezwecken, nicht in Betracht kommen: RG. 19./11. 07 C. 40 383. Im Sinne des § 129 erfolgt die Vollziehung nicht bloß durch Beamte, sondern durch alle Maßregeln, welche das Gesetz zur Erreichung seiner Zwecke anordnet: RG. 21./10. 81 C. 5 60, 2./1. 85 C./11 350.

4. Zu Abs. 2 vgl. § 128 N. 3.

5. Ist die Verbindung zugleich eine von § 128 ins Auge gefaßte, so findet Idealkonkurrenz statt.

§ 130.

Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Nach den bei dieser Materie mit besonderer Sorgfalt ausgearbeiteten Motiven ist unter einer Bevölkerungsklasse „eine Mehrheit von Personen zu verstehen, welche wegen gleicher Lebensstellung oder wegen Übereinstimmung der Ansichten, Zwecke oder Interessen als verbunden betrachtet und deshalb unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung zusammengefaßt, als Ganzes genommen und in ihrem Gegensatz zu den übrigen Staatsbürgern oder anderen Kategorien von Personen zum Gegenstande öffentlicher Anfeindung gemacht werden. Voraussetzung ist hierbei überall, daß die unter der Mehrheit begriffenen einzelnen Personen bestimmt erkennbar oder äußerlich unterscheidbar sind. Vage Abstraktionen, denen eine faßbare äußere Gestaltung nicht entspricht, können nicht genügen. Ob hiernach eine Klasse der Bevölkerung als Gegenstand eines den öffentlichen Frieden gefährdenden Angriffes anzusehen ist, muß der tatsächlichen Würdigung im besonderen Falle überlassen bleiben.“ Hiermit stimmen mehr oder weniger überein Berner 406, Binding Lehrb. II 892, Hälschner II 506, v. Liszt 563, Merkel 398, Meyer-Walfeld 588, Dshausen N. 2, Sprenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schüze 283, v. Schwarze N. 2 und die Rechtsprechung des RG., wogegen Frank N. 1 Abs. 1 eine Abgrenzung der verschiedenen Klassen für möglich hält nur durch das Recht und die Interessen. Das RG. 4./1. 92 C. 22 293 erklärt, daß unter Bevölkerungsklassen wesentlich die auf dem Boden der Gesellschaft erwachsenen Gliederungen des Volksorganismus zu begreifen sind, geht aber 29./6. 94 C. 26 63 zu, daß Klassenunterschiede hervortreten können, die sich nicht auf eine gesellschaftliche Gliederung zurückführen lassen. Zu den verschiedenen Bevölkerungsklassen gehören hiernach (Binding Lehrb. II 893) Stadtbewohner und Landbewohner; Ackerbauer, Kaufleute und Industrielle;

Arbeitgeber und Arbeitnehmer; Beamte und Nichtbeamte (RG. 4./1. 92 C. 22 293); Arme und Reiche; Deutsche und Polen (RG. 17./4. 88 C. 17 309; Unfallbüßigen und Katholiken; Protestanten und Katholiken; Christen und Juden (RG. 10./11. 99 C. 32 352). Nicht aber z. B. Brotverkäufer und Brotverzehrer (RG. 4./1. 92 C. 22 293), Regierende und Regierte (RG. ebenda), streikende und nichtstreikende Arbeiter, sog. Streibbrecher (RG. 30./1. 02 C. 35 96.)

VageBezeichnungen, wie Gebildete und Ungebildete, Liberale und Konservative, genügen nicht.

Die unter sich verbundenen Mehrheiten und die Unterschiede müssen zur Zeit der Tat schon vorhanden sein und nicht erst vom Täter aufgestellt werden: RG. 29./6. 94 C. 26 63.

2. Die Klassen werden gegen einander zu Gewalttätigkeiten, nicht bloß zu Haß und Verachtung (§ 125 N. 1) öffentlich (§ 110 N. 5a) angereizt (§ 112 N. 3). Also Klasse gegen Klasse, nicht lediglich einzelne Angehörige der verschiedenen Klassen gegen einander, auch nicht, wie Binding Lehrb. II 893 meint, eine Klasse gegen einzelne Personen einer anderen Klasse, ebensowenig aber wechselseitig: Binding Lehrb. II 293, Frank N. II, Hälschner II 507, Olshausen N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 7, Schütze 284 N. 24. Daß die Gewalttätigkeiten, welche sowohl auf Personen als auf Sachen gerichtet sein können: Binding a. a. O., sofort auszuführende seien, ist nicht erforderlich: Binding und Olshausen a. a. O. und RG. 17./4. 88 C. 17 309, 7./1. 95 C. 26 349, und ebenso nicht, daß zu bestimmten Gewalttätigkeiten angereizt werde: Binding und Olshausen a. a. O. und RG. 7./1. 95 C. 26 349. Wenn Olshausen N. 2 letzter Abs. meint, es sei nicht notwendig, daß die Anreizung zur Kenntnis von Mitgliedern mindestens der einen Volksklasse, auf die sie sich beziehe, gekommen sei, und RG. 22./5. 96 C. 38 389, daß die Anreizung überhaupt nicht zur Kenntnis einer Person gelangt zu sein brauche, bei der sie die beabsichtigte Wirkung hätte hervorrufen können, so vgl. zu Olshausens Ansicht — Anreizung, von der der Angereizte nichts erfährt! — RG. 21./10. 81 C. 5 60, und ist der des RG. entgegenzuhalten, daß eine solche Anreizung nur Versuch einer Anreizung ist; vgl. Binding Lehrb. II 894 N. 2.

3. Die Anreizung muß in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise erfolgen. Öffentlicher Friede ist hier nicht wie bei § 126 im subjektiven Sinne zu begreifen, wie Olshausen N. 3 und in mehreren Urteilen des RG. annehmen: RG. 16./2. 85 C. 18 406, 7./1. 95 C. 26 349, 31./5. 01 C. 34 268, sondern im objektiven Sinne, nämlich als der durch die Staatsgewalt und ihre Organe gesicherte Zustand rechtlicher Ordnung der Gesellschaft: Binding Lehrb. II 892, Frank N. II, Hälschner II 507, v. Liszt 563, Merkel 398, Meyer-Malfeld 588 N. 17, Oppenhoff-Delius N. 1, Schütze 283. Übrigens schwankt das RG. in seinen verschiedenen zu den §§ 126, 130, 130a ergangenen Urteilen wiederholt zwischen beiden Auffassungen.

Eine Störung des öffentlichen Friedens ist nicht erforderlich, vielmehr das Delikt schon vollendet, wenn er gefährdet erscheint; hierüber herrscht kein Zweifel, vgl. auch RG. 10./11. 80 C. 2 431, 17./4. 88 C. 17 309, 7./2. 89 C. 18 406. Eine Gefährdung liegt vor, wenn durch die Anreizung die nahe Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) und damit die begründete Besorgnis gegeben ist, daß eine Störung des Friedens erfolgen werde: v. Liszt 129, 563, vgl. auch RG. 17./4. 88 C. 17 309. Es ist somit irrig, wenn RG. 22./12. 86 C. 15 116 jede, auch noch so entfernte Gefahr genügen läßt und 10./11. 80 C. 2 431 nur verlangt, daß die Anreizung objektiv zur Gefährdung geeignet sei, nicht aber, daß sie eine wirkliche Gefahr hervorgerufen habe. Gefährdet wird übrigens der öffentliche Friede nicht nur durch alle die äußere Existenz des Gemeinwesens und die äußere Rechtsordnung gewaltsam erschütternden Angriffe, sondern auch durch alle das Vertrauen in den Bestand dieser Ordnungen innerlich in den Gemütern untergrabenden Anreizungen: RG. 17./12. 88 C. 18 314. Ob und wann die Gefährdung hiernach eingetreten, läßt sich nur im konkreten Fall bemessen.

4. Zu der öffentlichen Anreizung vgl. § 110 N. 5a und § 112 N. 3. Erfolgt die Anreizung durch eine Druckschrift, so genügt nach RG. 22./5. 96 C. 28 387 die Übersendung eines Exemplars an einen Sortimenter, da kein Mitglied der beteiligten Klassen Kenntnis von der Anreizung zu erhalten brauche; vgl. N. 2.

5. Das Delikt erfordert Vorfaß. Der Täter will in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise anreizen und will, daß Gewalttätigkeiten begangen werden. Wenn v. Liszt 563 und Olshausen N. 4 mit RG. 8./1. 84 C. 9 417 von dem Vorfaß der Gefährdung die Absicht derselben unterscheiden und letztere für nicht erforderlich erachten, so ist, wie oben § 59 N. 6 bemerkt wurde, diese ganze Spaltung des einheitlichen Begriffs in Vorfaß, Zweck, Absicht, gar „Eindabsicht“, überflüssig und, wie Hälschner II 509 N. 1 zeigt, irreführend. Wer nicht die den öffentlichen Frieden gefährdende Weise will, will eine andere Weise, und dann kann ihm jene ohne oder gar wider seinen Willen eingetretene Weise unmöglich zur Schuld gerechnet werden; damit würde aber die Strafbarkeit überhaupt ermangeln. Nach Frank N. III und Rüdorff-Stenglein N. 7 gehört „zweifellos nicht zum Dolus, daß der Ausbruch von Gewalttätigkeiten beabsichtigt werde“. Gewollt werden müssen sie auf jeden Fall; denn wo bleibt der Wille, zu Gewalttätigkeiten anzureizen, wenn die Gewalttätigkeiten selbst nicht gewollt werden? Vgl. auch RG. 10./11. 80 C. 2 431.

§ 130a.

Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes öffentlich vor einer Menschenmenge, oder welcher in einer Kirche oder an einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte vor Mehreren Angelegenheiten des Staates in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung macht, wird mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu zwei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen Geistlichen oder anderen Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes Schriftstücke ausgibt oder verbreitet, in welchen Angelegenheiten des Staates in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung gemacht sind.

1. Der sog. Kanzelparagraph ist durch das Gef. v. 10. Dez. 1871 in das StGB. eingestellt und in Elsaß-Lothringen durch Verordn. v. 15. Juni 1872 eingeführt. Diese Verordnung ist zwar im Gef. v. 26. Febr. 1876 Art. I nicht genannt, aber es ist nie bezweifelt worden, daß die durch das genannte Gesetz dem Art. § 130a gegebene neue Fassung auch in Elsaß-Lothringen gilt.

2. Religionsdiener ist derjenige, welcher berufen ist, gottesdienstliche Handlungen für eine Religionsgemeinschaft, und zwar nicht ein oder mehrere Male, sondern dauernd vorzunehmen: Binding Lehrb. II 896, Frank N. II, Hälschner II 510, v. Liszt 564, Olshausen N. 2; Küster, Organisten und ähnliche Angestellte der Religionsgemeinschaft gehören nicht dazu. Das Gesetz unterscheidet zwischen den Geistlichen und den „anderen Religionsdienern“ nur insofern, als unter den ersteren die Religionsdiener der drei großen privilegierten Kirchen zu verstehen sind. Seitens dieser gehören hierher alle Ordinierten einschließlich der Emeriten und nach abgelegtem votum solenne die Regularen, seitens der anderen öffentlichen oder privaten Religionsgesellschaften alle diejenigen, welche eine dem evangelischen Pfarramt ähnliche Stellung bekleiden.

3. Angelegenheiten des Staates sind nicht nur die Einrichtungen und Gesetze des Staates oder die Anordnungen der Obrigkeit, sondern im weitesten Sinne alle diejenigen den Staat angehenden Angelegenheiten, welche durch Gesetze, Institutionen und Verträge des öffentlichen und Privatrechts geordnet und gestaltet werden; der Begriff besitzt somit nach Bindings Ausdruck „eine unheimliche Ausdehnung“: Binding Lehrb. II 896, Frank N. III Abs. 1, Hälschner II 511, Mertel 398, Olshausen N. 3 Abs. 1, Schütze 284 N. 26. Also z. B. die Reichstagswahlen: RG. 11./12. 85 E. 13 169; die Landtagswahlen: RG. 21./10. 95 E. 27 429; Anordnungen einzelner Behörden oder Beamten: RG. 7./2. 89 E. 18 406; nicht aber rein kirchliche Angelegenheiten. Diese Staatsangelegenheiten soll der Religionsdiener nicht in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise (§ 130 N. 3), sei es auch ohne materielle Entstellung, zum Gegenstand, Thema, Inhalt einer, gleichviel ob bloß mitteilenden oder ob meritorisch erörternden, Ansprache machen. Tut er es gleichwohl, so macht er sich strafbar, wenn es geschieht:

a) entweder in Ausübung seines Berufes, während er seinen Beruf ausübt, so daß sein Tun als ein berufsmäßiges, als eine Gelebung seiner Berufspflicht, als Gehorjam gegen die ihm die Verkündigung oder Erörterung anbefehlenden Oberen erscheint: Olshausen N. 4a; RG. 23./2. 88 E. 17 165. Oder wenn es geschieht in Veranlassung der Ausübung seines Berufes, nämlich veranlaßt durch eine konkrete Berufshandlung und mit dieser in innerem und in äußerem zeitlichen, vielleicht auch örtlichen Zusammenhang stehend, ohne daß die Verkündigung, Besprechung selbst sich als seelsorgerische, gottesdienstliche, kirchliche Handlung charakterisiert: Hälschner II 510, Meves, S. S. IV 324 N. 3, Meyer-Alsfeld 589 N. 23, Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Definius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 8./2. 82 E. 6 20, 23./2. 88 E. 17 165. Dagegen verlangen John S. S. III, 173, v. Liszt 563 und Schütze 284 N. 26 nur einen äußeren Zusammenhang, wonach „in Veranlassung“ gleichbedeutend wäre mit „gelegentlich“,

b) öffentlich vor einer Menschenmenge (§ 110 N. 5a) oder in einer Kirche oder an einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte (unten § 166, 4a) vor mehreren, also vor mehr als Einer Person. Nach Frank N. III 2, Hälschner II 511, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Definius N. 7 und Rüdorff-Stenglein N. 5 kommt es nur auf die Lokalität an, aber mit Bindung

Lehrb. II 896, v. Liszt 563, Merkel 398 und Meyer-Alfeld 589 ist zu verlangen, daß die Äußerungen in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des Berufs erfolgen.

4. Der gleichen Strafbarkeit unterliegt der Geistliche, wenn er sich als Mittel des Ausgebens oder Verbreitens von Schriftstücken bedient. Schriftstück, sei es geschrieben oder mechanisch vervielfältigt, also auch Druckschrift bedeutend, ist nicht identisch mit der Urkunde des § 267; Geuer II 200, Olshausen N. 6 Abf. 2. Das Ausgeben kann an eine einzige Person geschehen, wogegen Verbreiten das Hinausgehen über die vertrauliche Mitteilung an eine oder mehrere Personen ist. Die Auffassung von Binding Lehrb. II 897, wonach Ausgabe die Herausgabe mit oder ohne Autorschaft ist, ist sprachlich unzulässig und zudem unnötig.

5. Daß die Gefährdung des öffentlichen Friedens durch Anreizung zu Gewalttätigkeiten erfolge, wie Binding Lehrb. II 897 meint, wird vom Gesetz nicht verlangt: Frank N. III 2, v. Liszt 564, Olshausen N. 3 letzter Abf.; RG. 17./12. 88 C. 18 314.

6. Das Delikt erfordert Vorsatz, bezüglich dessen die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden. Siehe § 130 N. 4; Olshausen N. 7 hält an seiner dortigen Ansicht zu § 130 auch hier fest. Vgl. Hälschner II 512 N. 1.

7. Das Delikt ist ein delictum proprium, Allein- oder Mittäter kann daher nur ein Religionsdiener sein, eine andere Person sich nur als Anstifter oder Gehilfe beteiligen: Hälschner II 510, Olshausen N. 2 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 10.

8. Die Strafbestimmung ist inkorrekt und in unbeabsichtigter Abweichung vom Sprachgebrauch des StGB. (vgl. z. B. § 104) formuliert, indem sie lautet: „mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer“: Olshausen N. 8, Lppenhoff-Delius N. 15.

9. Bezüglich der Verjährung ist bei Abf. 2 die sechsmonatliche Frist des Preßgesetzes § 22 zu beachten.

§ 131.

Wer erdichtete oder entstellte Tatsachen, wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind, öffentlich behauptet oder verbreitet, um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. a) Das Gesetz versteht unter den nur bei diesem Delikt der Staatsverleumdung genannten Staatseinrichtungen die auf die Erfüllung der staatlichen Aufgabe, Recht und Wohlfahrt zu schützen und zu fördern, hinzuliefernden, für die Dauer bestimmten organischen Schöpfungen auf den verschiedenen Gebieten der staatlichen Tätigkeit. Was unabhängig vom Dasein des besonderen Staates als Bestandteil allgemein menschlicher Kulturzustände sich darstellt oder was nur vorübergehenden Zwecken dient, kann nicht unter den Begriff der Staatseinrichtung gestellt werden. Somit nicht die allgemeinen Rechtsinstitute der Ehe, der Familie, des Eigentums, sofern sie nicht zur Grundlage besonderer organischer Schöpfungen gemacht, unter Anpassung an die bestehenden Verhältnisse den staatlichen Bedürfnissen entsprechend besonders gestaltet sind, z. B. als Grundbuchrecht, Zivilehe, väterliche Gewalt usw. Vgl. Binding Lehrb. II 875 (a. M. wegen der Zivilehe), Frank N. IV 2a, Hälschner II 834, v. Liszt 569, Olshausen N. 9a, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 5./10. 91 C. 22 253. Staatseinrichtungen in diesem Sinne sind nach der Praxis des RG., wie oben angegeben, die Zivilehe; das Deutsche Reich und die einzelnen Bundesstaaten in ihrer konkreten Gestaltung: 5./10. 97 C. 30 263 (hiergegen mit Recht Binding Lehrb. II 875, Frank N. IV 2a und Lppenhoff-Delius N. 14, da der Staat unmöglich eine Einrichtung des Staates sein kann); der Reichstag als verfassungsmäßiges Organ, nicht aber seine zeitweilige Zusammenkunft oder seine zeitweilige Mehrheit, seine konkreten Beschlüsse und Maßnahmen: 5./1. 97 C. 29 318 (nach Binding Lehrb. II 875 N. 7 „böse und ganz unhaltbare Unterstellungen“), und ebensowenig die zur Wahrung der gesetzlichen Ordnung berufenen Staatsverwaltungsorgane: RG. 5./10. 97 C. 30 263.

b) Anordnungen der Obrigkeit sind alle Akte der Gesetzgebungsgewalt und alle Befehle, Anweisungen, Erlasse der Behörden. Binding Lehrb. II 873 schließt gegen Frank N. IV 2b, Hälschner II 835 und Olshausen N. 9b die Akte der Gesetzgebungsgewalt aus, weil unter Obrigkeit nur die Staatsorgane zu verstehen seien und von diesen die Befehle nicht erlassen würden. Dies ist aber irrig, denn die Staatsgewalt hat nur zwei Organe, nämlich den Monarchen mit seinen Gehilfen, den Beamten, und das Parlament, und Monarch und Parlament machen eben die Befehle. Richterliche Akte gehören nach Rüdorff-Stenglein N. 7 Abf. 5 und v. Schwarze N. 8 nicht hierher, sind

aber mit Bindung Lehrb. II 874 heranzuziehen, soweit sie, wie Zeugenladungen, Eignungspolizei u. ä., eine Gehorjamspflicht auslösen. Die Anordnungen können, wie die genannten richterlichen zeigen, auch konkrete, selbst für einen bestimmten Fall, eine bestimmte Person erlassen sein: Bindung Lehrb. II 873, Geuer II 145, Dshausen a. a. O. und Rüdorff-Stenglein N. 7 Abj. 1; RG. 21./6. 81 E. IV 297, 29./11. 87 E. 16 368. Eine bloße Unterlassung kann nicht als eine Anordnung bezeichnet werden: Bindung Lehrb. II 873 N. 4; RG. 5./10. 97 E. :30 263. Anordnungen, welche vollständig erledigt sind, beziehen nicht mehr als solche, sondern nur als historische Tatsachen: Bindung Lehrb. II 874, Dshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 17, v. Schwarze N. 8; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7 Abj. 5 und RG. 21./6. 81 E. 4 297, 29./9. 87 E. 16 368. Wenn RG. 2./6. 92 E. 23 151 unter Zustimmung von Dshausen N. 9b verlangt, daß die Anordnungen einen in das öffentliche Leben hinausgreifenden autoritären Charakter, einen das öffentliche Recht bzw. die öffentliche Ordnung berührende Seite haben, sich nicht lediglich auf den inneren dienstlichen Geschäftsverkehr beziehen, so muß diese Ansicht mit Bindung Lehrb. II 874 und Frank N. IV 2b für fehlerhaft bzw. bedenklich erklärt werden.

c) Die Staats Einrichtungen und Anordnungen müssen wie im Falle des § 110 rechtmäßige sein, da sie andernfalls überhaupt nicht auf Rechtsschutz Anspruch haben: Bindung Lehrb. II 874 und Oppenhoff-Delius N. 18; a. M. Dshausen N. 9 Abj. 2 a. E., nach welchem also auch die auf dem schimpflichsten Bruch des Verfassungsgesetzes beruhenden Akte der Staatsgewalt respektvoll zu behandeln wären.

d) Durch § 131 werden nur die inländischen Einrichtungen und Anordnungen geschützt, nicht auch die ausländischen: Bindung Lehrb. II 871, Frank N. IV 2c, Hälschner II 835, v. Liszt 569, Dshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 7 letzter Abj., v. Schwarze 50. Dabei ist es unerheblich, ob sie dem Reich oder einem Territorium, und in letzterem Fall, ob sie demjenigen Territorium angehören, in welchem die Handlung verübt wird, oder einem anderen: Bindung Lehrb. II 875, Hälschner und Dshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 6 Abj. 3 und RG. 2./3. 91 E. 21 394; a. M. Oppenhoff-Delius N. 13 und v. Schwarze N. 13.

2. Diese Anordnungen und Einrichtungen will der Täter verächtlich machen. Verächtlich ist, was aus sittlich verwerflichen Motiven hervorgegangen ist oder zu sittlich verwerflichen Zwecken geschieht. Somit genügt es nicht, die Einrichtungen usw. zu beschimpfen oder dem Haß auszusprechen: Frank N. II 4d, Dshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 3 und RG. 23./1. 80 E. 1 161. Frank weist zutreffend darauf hin, daß der Obrigkeit aus ihrer Stellung besondere Pflichten erwachsen, deren Vernachlässigung gerade bei ihr als unbillig anzusehen wäre. Wenn Bindung Lehrb. II 872 (873 N. 1) gegen diese Betonung des ethischen Momentes polemisiert und der Unbilligkeit die Unvernünftigkeit, die Zweckwidrigkeit gleichsetzt, so überieht er, daß selbst die geringste Unbilligkeit stets, die Zweckwidrigkeit an sich aber nie verächtlich ist.

3. Das Mittel zu der Verächtlichmachung ist, daß der Täter erdichtete oder entstellte Tatsachen öffentlich behauptet oder verbreitet. Erdichtet ist die völlig erfundene, entstellt die zwar existierende, aber in größerem oder geringerem Umfang gefälschte Tatsache. Die Tatsache wird entweder als Gegenstand des eigenen persönlichen Wissens behauptet oder als von dritter Seite mitgeteilt hingestellt: Dshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4 und unten zu § 186 N. 4. Die Behauptung muß öffentlich geschehen (§ 110 N. 5a), die Verbreitung kann es, muß es aber nicht: Bindung Lehrb. II 876, Frank N. III, Dshausen N. 4 Abj. 1.

4. a) Tatsache ist jeder konkrete Vorgang, welcher in der Gegenwart oder in der Vergangenheit in die Erscheinung getreten ist und dadurch möglicher Gegenstand wie der Wahrnehmung so der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung geworden ist: RG. 13./10. 91 E. 22 158, 14./11. 93 E. 24 387, 23./3. 08 E. 41 193. Tatsachen sind auch innere Vorgänge (Motiv, Ziel, Zweck), wenn ihr Dasein und Art dargetan und dadurch wahrnehmbar gemacht werden kann: Frank N. II Abj. 1, Dshausen N. 2 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 2 und RG. 23./1. 80 E. 1 162, 29./11. 87 E. 16 368, 9./10. 93 E. 24 300; a. M. Oppenhoff-Delius N. 2. Diese inneren Tatsachen kommen also nur insoweit in Betracht, als äußere Tatsachen mitgeteilt werden, aus denen andere Schlußfolgerungen auf die inneren Tatsachen zu ziehen vermögen: Hälschner II 835 N. 6. Dabei muß natürlich, da der Staat selbst nur auf Grund der Rechtsfiktion seiner Persönlichkeit, nicht aber in Wirklichkeit Willen hat, auf die inneren Vorgänge seiner persönlichen Organe zurückgegriffen werden.

Somit gehört zu den Tatsachen alles, was für die äußere und innere Wahrnehmung den Gegenstand der Apprehension bietet, gehören aber nicht bloße Ergebnisse abstrakter Schlußfolgerungen, subjektive, einer realen Unterlage entbehrende Meinungsäußerungen, auch nicht die bloße, wenn auch noch so herabwürdigende Kritik, z. B. Urteile über bestehende soziale oder wirtschaftliche Zustände: RG. 13./10. 91 E. 22 158, 14./11. 93 E. 24 387. Hierüber herrscht keine Meinungsverschiedenheit. Die Grenzlinie zu ziehen, ist Sache der Beurteilung im einzelnen Fall. Auf die gewählte Form der Äußerung (mündlich, schriftlich, gedruckt), auf die Hinzufügung von Umständen kommt es nicht an. Insbesondere verliert eine tatsächliche Behauptung den Charakter als solche

dadurch nicht, daß sie z. B. durch den Zusatz „nach meiner Meinung“ als Ergebnis eines Urteils hingestellt wird, denn auch auf dem Gebiete der rein sinnlichen Wahrnehmungen gibt es keine Tatsache, deren Wahrnehmung nicht zugleich auf einer logischen Operation, einem Urteil, einem Schluß beruht und deren Aussage deshalb nicht zugleich ein Urteil enthält. Vgl. Olshausen N. 5.

b) Zu beachten ist, daß die Einrichtungen und Anordnungen tatsächlich vorhanden sein müssen, somit der Tatbestand des § 131 nicht vorliegt, wenn sie erdichtet oder entstellt werden, um dadurch die obrigkeitliche Stelle verächtlich zu machen, von der sie angeblich ausgegangen sind: RG. 5./10. 97 C. 30 263.

c) Es fragt sich, ob die Tatsache objektiv geeignet sein muß, die Verächtlichmachung herbeizuführen. Der Täter will die Einrichtungen und Anordnungen verächtlich machen, als Mittel dient ihm die öffentliche Behauptung oder die Verbreitung erdichteter oder entstellter Tatsachen, deren erdichteten oder entstellten Charakter er kennt; daß die Tatsache geeignet sein müsse, die Verächtlichmachung zu bewirken, sagt das Gesetz nicht. Deshalb wird unter ausschließlicher Betonung der Willensseite jene Frage von Binding Lehrb. II 877, John S. S. III 177, v. Liszt 570, Merkel 399, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 1, N. 8, v. Schwarze N. 1 und einem reichsgerichtlichen Urteil vom 8./3. 82 verneint. Die Konsequenz dieser Verneinung ist, daß § 131 selbst dann Anwendung findet, wenn die erlogene Tatsache dem Staatswejen zur Ehre gereicht. Muß schon diese Konsequenz bedenklich machen, so ist mit Fälschener überhaupt nicht einzuzweihen, wie die Autorität der Staatsgewalt verletzt erscheinen kann, wenn jemand unwahre, aber indifferente harmlose Tatsachen behauptet in der Einbildung, dadurch verächtlich zu machen. Und wenn eine Behauptung das Gepräge der freien Erfindung so unverkennbar an sich trägt, daß sie ihrer Beschaffenheit nach den Eindruck der Wirklichkeit nach außen hin nicht hervorzurufen vermag, so versagt nicht etwa der Begriff der Tatsache, wie das von Olshausen N. 5 zitierte Urteil RG. 23./3. 08 C. 41 193 meint, sondern § 131 findet deshalb keine Anwendung, weil das von dem Täter gebrauchte Mittel untauglich ist. Wenn eingewendet wird, daß die Verächtlichmachung in den an die erfundenen indifferenten Tatsachen geknüpften Deduktionen liegen könne, so ist dies zwar richtig, aber dabei wird übersehen, daß nach dem Gejeze der Deliktswille sich realisieren muß dadurch, daß unwahre Tatsachen behauptet oder verbreitet werden, nicht aber durch Deduktionen und Räsounements. Der Ansicht, daß die Tatsache objektiv geeignet sein müsse verächtlich zu machen, sind Frank N. IV 2, Fälschener II 836, Oppenhoff N. 12, Schütze 285 und RG. 23./1. 80 C. 1 161. Ob die Tatsache wirklich geeignet ist verächtlich zu machen, ist nicht nach der Auffassung derjenigen Personen zu beurteilen, welchen gegenüber oder in deren Kreise sie behauptet wird, sondern maßgebend ist der Standpunkt des unbefangenen und zum Urteil über öffentliche Angelegenheiten befähigten Mannes: Binding Lehrb. II 878, Oppenhoff-Deilus N. 9; RG. 23./1. 80 C. 1 161. Daß der gewollte Erfolg eingetreten sei, wird vom Gejeze nicht verlangt.

5. Das Delikt erfordert Voratz, also das Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente. Durch das ausdrückliche Verlangen des Wissens wird insoweit der Eventualdolus ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 877, Frank N. IV 1, Olshausen N. 13, Oppenhoff-Deilus N. 13; RG. 2./6. 92 C. 23 151. Es hat außerdem die prozessuale Bedeutung, daß der Richter die Kenntnis auch dann ausdrücklich feststellen muß, wenn sich der Täter auf Unkenntnis nicht berufen hat. Da der Wille auf die Verächtlichmachung bestimmter Einrichtungen usw. gerichtet sein muß, ist ferner festzustellen, welche Einrichtungen usw. gemeint sind: Binding Lehrb. II 878, John S. S. III 178, Olshausen N. 11; RG. 5./1. 97 C. 29 318.

§ 132.

Wer unbefugt sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

1. Das Gesetz bedroht die unbefugte Annahme eines öffentlichen Amtes. Über den Begriff des öffentlichen Amtes vgl. § 31 N. 6. Öffentliche Ämter sind nach § 31 Abs. 2 auch die Advokatur, die Anwaltschaft, das Notariat, der Geschworenen- und der Schöffendienst; diese Bestimmung kommt gemäß der daselbst gebrauchten Worte „im Sinne dieses Strafgesetzes“ auch hier zur Anwendung, wie anerkannt wird von Berner 498, Binding Lehrb. II 508, Frank N. 1, Fälschener II 837, v. Liszt 570, Merkel 399, Meier-Alfeld 551, Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Deilus N. 1, Schütze 287 N. 32, während John S. S. III 179 und Rüdorff-Stenglein N. 2 die Landesgesetze entscheiden lassen. Kein öffentliches Amt im Sinne des § 132 ist somit das Kirchenamt, wie gegen Fälschener II 837, Meier-Alfeld 551 und Olshausen N. 2 Abs. 1 allgemein steht,

vgl. auch RG. 13./3. 84 E. 10 199 und 27./11. 03 E. 36 434, womit allerdings unvereinbar 8./12. 96 E. 29 241. Ebenmäßig findet § 132 keine Anwendung auf die unbefugte Ausübung eines Gewerbes oder Vornahme einer einzelnen Handlung, die nur mit polizeilicher Genehmigung oder nur approbierten Personen gestattet sind, oder auf den Betrieb eines Gewerbes, dessen Ausübung unterjagt werden kann: Binding Lehrb. II 509, Frank N. I, Lisshausen N. 2 Abj. 3, Oppenhoff-Deilus N. 3; RG. 28./2. 88 E. 17 291.

2. Subjekt des Delikts kann jeder sein, der gerade des betreffenden Amtes ermangelt, also auch ein Beamter, wenn dieser ein ihm nicht übertragenes Amt ausübt oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines ihm nicht übertragenen Amtes vorgenommen werden darf: Binding Lehrb. II 509, Frank N. II 2, Lisshausen N. 5 Abj. 1, Schüge 286; RG. 19./2. 89 E. 18 430, 11./1. 04 E. 37 55. Der Beamte macht sich aber nur dadurch der Amtsuntaugung schuldig, daß er die Grenzen seiner sachlichen Zuständigkeit überschreitet und in die eines anderen Beamten eingreift, widrigenfalls eventuell das Delikt des Amtsmißbrauchs (§ 339) vorliegt: Binding und Frank a. a. O., Hälschner II 837, John H. S. III 180, Meves H. S. III 974, Lisshausen N. 5 Abj. 2, Oppenhoff-Deilus N. 5.

3. Die Amtsuntaugung kann in zweifacher Weise geschehen, indem nämlich der Täter entweder ein öffentliches Amt unter ausdrücklicher oder stillschweigender Annahme des Amtscharakters ausübt oder, ohne sich für einen Beamten auszugeben, eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf. Die bloße Behauptung, Beamter zu sein, ist möglicherweise nach § 360 Nr. 8 strafbar, genügt aber nicht für § 132, indem immer noch die Ausübung, also mindestens die Vornahme einer Handlung hinzukommen muß: Berner 408, Binding Lehrb. II 508, Frank N. II 1 Abj. 1, Hälschner II 837. Gleichwohl ist die gesetzliche Untercheidung insofern wichtig, als durch sie die sämtlichen, wenn auch noch so zahlreichen Ausübungsakte, wenn sie unter Vorgebung des Amtscharakters geschehen, zu Einem, nämlich zu einem fortgesetzten Delikt zusammengefaßt werden: Binding Lehrb. II 512, Hälschner a. a. O., Lisshausen N. 1, Oppenhoff-Deilus N. 10. Daß bei den Amtshandlungen alle Formvorschriften erfüllt sind, ist nicht erforderlich (Zusendung eines nicht mit der Namensunterschrift des Richters versehenen Zahlungsbefehls), und ebenso ist es gleichgültig, ob der Sachverhalt von dem Betroffenen durchschaut werden kann oder nicht: RG. 17./6. 92 E. 23 205.

a) Der Täter befaßt sich mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes, indem er eine Handlung, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, unter der Vorgebung des Amtscharakters vornimmt. Ob er zu der Handlung auch als Privatperson befugt sein würde, ist gleichgültig, weil das Strafbare darin liegt, daß er nicht als Privatperson, sondern als Beamter auftritt und in Ausübung des angemessenen Amtes tätig wird: Frank N. II 14, Merkel 399, Lisshausen N. 3a; RG. 7./7. 80 E. 2 292. Um das Frank'sche Beispiel zu nehmen: Ein Privater nimmt unter der Behauptung, Beamter zu sein, Jemanden gemäß StP.D. § 127 vorläufig fest. Wenn dagegen Binding Lehrb. II 511 meint, daß, falls der Private genau dürfe, was der Beamte darf, nur der Mißbrauch des Amtstitels bestehen bleibe, so übersieht er, daß es sich bei dieser ersten Alternative nicht um die Usurpation einer amtlichen Stellung, sondern um die Vornahme bestimmter Handlungen unter Usurpation einer amtlichen Stellung handelt. Ob das Amt wirklich existiert, oder ob es vom Täter richtig bezeichnet wird, oder ob die Handlung, wenn von einem Beamten vorgenommen, eine berechnete gewesen wäre, darauf kommt es nicht an. Innerhalb der Zuständigkeit des angemessenen Amtes braucht die Handlung jedenfalls dann nicht zu liegen, oder, wie Frank N. II 1b es formuliert, das angemessene Amt braucht mit dem ausgeübten dann nicht identisch zu sein, wenn der Täter sich ausdrücklich den Amtscharakter beilegt, denn wenn die Handlung weder zur Zuständigkeit gehört noch der Täter sich ausdrücklich als Beamten bezeichnet, fehlt es überhaupt an dem Merkmal der Ausübung eines öffentlichen Amtes: RG. a. a. O. Zu dem Geschäftskreise irgend eines öffentlichen Amtes muß die Handlung aber stets gehören: Frank a. a. O.

b) Der Täter nimmt die Handlung vor, ohne sich als Beamten zu gerieren, also als Privatperson. Die Handlung muß eine solche sein, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf. Sie ist entweder dem Privaten schlechthin unterjagt oder wird in dem konkreten Fall unter Umständen vorgenommen, vermöge deren sie sich, sei es auch nur zum Schein, als Amtshandlung charakterisiert und nach außen als unbefugte Amtsuntaugung darstellt: RG. 7. 7. 80 E. 2 292, 13./6. 01 E. 34 288. Ist keins von beiden der Fall, so ist sie eine unverpönte Privathandlung. Daher liegt die zweite Alternative vor, wenn ein von einem amtlichen Gleichberechtigten auszuübendes Amt die gesetzliche Voraussetzung für den Verkauf des Fleisches bildet: RG. 20. 9. 81 E. 4 421; nicht aber, wenn Jemand als Privatperson einem Anderen mit dessen Einverständnis außergerichtlich zur Bekräftigung der Wahrheit einer Tatsache einen Eid gemäß StP.D. § 61 abnimmt, ohne daß die begleitenden Umstände dem Akt den Anschein einer Amtshandlung geben: 13./6. 01 E. 34 288.

c) Der Täter muß unbefugt handeln. Dies ist nach Maßgabe der einschlagenden Reichs- oder Landesgesetzgebung zu bemessen.

4. Das Delikt erfordert Vorsatz, also den Willen, sich mit einer Amtshandlung zu befassen oder eine Handlung vorzunehmen, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf: RG. 29./11. 95 C. 27 418. Das Erfordernis der Unbefugtheit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt überhaupt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis nicht beruft, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels dieser Berechtigung bewußt gewesen ist.

5. Das Gesetz stellt nicht Einen Tatbestand mit verschiedenen Modalitäten, sondern zwei verschiedene Tatbestände auf, welche idell wie reell konkurrieren können: Frank N. III, Dshausen N. 3c und RG. 10./3. 99 C. 32 85; a. M. Werner 408 und Binding Lehrb. II 508, 512.

§ 133.

Wer eine Urkunde, ein Register, Akten oder einen sonstigen Gegenstand, welche sich zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte befinden, oder welche einem Beamten oder einem Dritten amtlich übergeben worden sind, vorsätzlich vernichtet, beiseite schafft oder beschädigt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ist die Handlung in gewinnstüchtiger Absicht begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Diese fast wörtlich dem Preuß. StGB. v. 14. April 1851 entnommene und auf den Code pénal zurückgehende Bestimmung faßt als Gegenstand einer rechtswidrigen Einwirkung alle beweglichen Sachen (RG. 22./6. 80 C. 2 118) ins Auge, welche sich in amtlichem Gewahrsam befinden, einerseits, von welcher objektiven Beschaffenheit der Gegenstand ist und aus welchem Grunde er in amtlichem Gewahrsam gekommen ist: Werner 409, Binding Lehrb. II 601, Frank N. I Abt. 1, Dshausen N. 1 Abt. 1, Oppenhoff-Delius N. 1; RG. 15./5. 84 C. 10 387, 19./5. 96 C. 28 379. Daß, wie Hälschner II 839, John S. S. III 382 und v. Schwarze Nr. 4, 5 behaupten, nur diejenigen Gegenstände hierher gehören, bei welchen der Gewahrsam im öffentlichen Interesse liegt, kann nicht zugegeben werden; man denke z. B. an die amtliche Aufbewahrung der Grundstücke. „Wenn „das Gesetz nach leibiger Urart sagt: Urkunde, Register, Akten oder sonstige Gegenstände, so darf „die Aufzählung diesmal als Bezeichnung der Etappen allmählicher Erweiterung des Tatbestandes „ein gewisses Interesse beanspruchen, aber gewiß nicht die Veruchung anregen, tiefsinnige Er- „örterungen über den so inkorrekt gedachten Unterschied von Urkunden usw. anzustellen“ (Binding Lehrb. II 600; vgl. auch Frank a. a. D.). Daß insbesondere die „sonstigen“ Gegenstände Beweis- kraft oder überhaupt eine Bedeutung in amtlicher Beziehung haben, was Hälschner a. a. D. verlangt, ist nicht erforderlich: RG. 15./5. 84 C. 10 387. Wer der Eigentümer ist und ob überhaupt ein Eigentum an dem Gegenstande besteht, ist gleichgültig: Biding Lehrb. II 600, Hälschner II 840, Dshausen N. 2, Oppenhoff-Delius 1, Rüdorff-Stenglein N. 1. Den Gegenstand bilden die- jenigen Gegenstände, welche die Bestimmung haben, im Amte verbraucht zu werden, weil bei ihnen nur eine vermögensrechtliche Beziehung zum Amt vorliegt; deshalb fällt die Aneignung von Inventariestücken, Feuerungs-, Beleuchtungs- oder Schreibmaterial nicht unter § 133, sondern unter § 242 oder 246: Biding Lehrb. II 601, Frank N. I 1, Dshausen N. 3 Abt. 1, Rüdorff- Stenglein N. 1; RG. 13./11. 93 C. 24 385, 19./10. 00 C. 33 413; a. M. Hälschner II 879 N. 1. Zu den verbrauchbaren Sachen gehören auch Geldstücke, solange sie als vertretbare Sachen in Betracht kommen: RG. 13./11. 93 eit. Durch ihre Umwechslung wird somit der Gewahrsam nicht verletzt. Gehören die Sachen dem Gemeinwesen, so dient ihre Aufbewahrung dem Zweck, sie für Amtshandlungen in bezug auf sie den Behörden zur Verfügung zu halten, und wo dieser Zweck a priori ermangelt, wie bei den zum Gebrauch, zur Besichtigung des Publikums dienenden öffentlichen Bibliotheken und Sammlungen, findet § 133 ebenfalls keine Anwendung: Biding Lehrb. II 601 und Frank N. I 1.

2. Der Gegenstand befindet sich entweder zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte oder wird einem Dritten, Beamten oder Nichtbeamten, amtlich übergeben. Somit muß der Gegenstand im Gewahrsam sein entweder auf Grund amtlicher Anordnung: RG. 13. 2. 85 C. 12 67, oder auch, wenn er einem Beamten übergeben wird, z. B. der zu protektierende Wechsel

dem Notar, im Hinblick auf das Amt des Empfängers: RG. 15./2. 10. E. 43 246. Daß der Beamte es im Sinne des § 359 sein muß, ist selbstverständlich, aber es kommt nicht darauf an, weil ja der Empfänger überhaupt kein Beamter zu sein braucht. Über den Begriff der Amtlichkeit herrscht aber Streit. Binding Lehrb. II 600 N. 1 nimmt nämlich auch „amtlich“ im Sinne des § 359, aber § 359 handelt nicht vom Amt, sondern vom Beamten, ersterer Begriff ist überall im StGB. weiter als der letztere, ein Amt kann auch von einem Nichtbeamten ausgeübt werden (§ 31 Abs. 2). Dafür, daß die amtliche Stelle eine öffentliche im staatsrechtlichen Sinne sein müsse, spricht weder der Wortlaut noch der erkennbare Grund des § 133. Somit kommt dem Worte „amtlich“ keine engere Bedeutung zu als die, welche der Sprachgebrauch und das öffentliche Recht mit dem Worte „Amt“ im allgemeinen verbinden, indem ihm die Verwaltung eines Kreises gewisser das öffentliche Interesse angehender Geschäfte unter der Autorität des Staates oder der diesem untergeordneten Korporationen, also auch der öffentlichen Religionsgesellschaften, unterfällt: Berner 409, Frank N. I 1, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Deilus N. 5; RG. 12./1. 97 E. 29 321. In diesem amtlichen Gewahrsam muß sich der Gegenstand schon und noch zur Zeit der Tat befinden: Berner 409, Binding Lehrb. II 602, Frank N. I 1, Gälchner II 839, Meyer-Wilfeld 555, Olshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Deilus N. 6, v. Schwarze N. 6. Wenn Geber II 147 und John S. S. III 183 mit RG. 28./6. 89 E. 19 319, 10./1. 96 E. 28 107, 19./10. 00 E. 33 413 annehmen, die amtliche Übergabe wie Aufbewahrung verleihe dem Gegenstand eine Eigenschaft, die bis zu dem Zeitpunkt fortbauere, wo sie durch Erfüllung der der Sache innewohnenden Zweckbestimmung oder durch eine anderweitige amtliche Verfügung beseitigt werde, so ist diese an die römischrechtliche *res furitiva* erinnernde Ansicht ganz gewiß irrig. Nach ihr könnte die einmal beiseite geschaffte Sache, und wenn sie äußerlich noch so oft vom Zweiten, Dritten, Vierten usw. gestohlen oder unterschlagen wird, strafrechtlich erst dann Gegenstand eines Diebstahls oder Unterschlagung werden, wenn ihre Zweckbestimmung weggefallen oder ein *contrarius actus* erfolgt ist. Vgl. dazu Binding a. a. O. N. 6 und Olshausen a. a. O. Dadurch, daß die amtliche Eigenschaft des Beamten, in dessen Aufbewahrung der Gegenstand gekommen, wegfällt, hört der Gewahrsam nicht auf, weil die Amtspflicht nicht sofort mit dem Amtsverlust endet: Binding und Olshausen a. a. O. Ob der amtliche Gewahrsam noch besteht, ist im übrigen Tatfrage: 13./11. 91 E. 22 204, 10./11. 92 E. 23 283. Daß die Aufbewahrung eine dauernde sei, wird nicht verlangt: Binding Lehrb. II 601, Olshausen N. 3 Abs. 1. Unerheblich ist es endlich, ob die amtliche Aufbewahrung bzw. Übergabe materiell gerechtfertigt, und ob der betreffende Beamte zuständig ist: Binding a. a. O., Frank N. I letzter Abs.; RG. 19/5. 96 E. 28 379.

a) Der im amtlichen Gewahrsam befindliche Gegenstand muß sich an dem zur Aufbewahrung bestimmten Orte: Gebäude, Zimmer, Kistenwagen, Postbriefkasten und Sammeltasche der Postboten (RG. 13./11. 91 E. 22 204) befinden, und der Gewahrsam endigt, sobald der Gegenstand aus diesem Orte entfernt ist: Frank N. I 1, Olshausen N. 3a; a. N. bezüglich der Mappen unterwegs Binding Lehrb. II 602. Der Ort selbst braucht nicht notwendig auch ein amtlicher zu sein, z. B. die Privatwohnung des Beamten: Binding und Olshausen a. a. O.; RG. 10./1. 96 E. 28 107. Die Überweisung an die Amtsstelle kann auch zunächst einen anderen Zweck verfolgen, wofür nur durch seine Erreichung der Gegenstand notwendig in die Lage versetzt wird, daß tatsächlich ein amtliches Gewahrsam an ihm stattfindet und dies bei der Überweisung ins Auge gefaßt ist: RG. 13./1. 97.

b) Die Übergabe an einen Beamten oder Nichtbeamten muß eine amtliche sein. Erfolgt sie an einen Nichtbeamten, so hat sie auf Grund amtlicher Anordnung zu geschehen, wogegen, wie schon oben bemerkt wurde, die Übergabe an einen Beamten auch ohne solche Anordnung im Hinblick auf das Amt des Empfängers stattfinden kann: RG. 15./2. 10. E. 43 246. Daß die übergebende Persönlichkeit ein Beamter sei, ist nicht erforderlich, wofür nur die Übergabe in dem durch Gesetz oder reglementäre Bestimmung verordneten Geschäftsgang erfolgt: RG. 12./1. 97 E. 29 321. Jede amtliche Übergabe genügt, welche einerseits den Gegenstand in die Verfügungsgewalt des Anderen bringt, andererseits, falls der Empfänger ein Nichtbeamter ist (Frank N. I 2), erkennen läßt, daß die Eigenschaft des Gegenstandes als eines der Verfügung öffentlicher Organe vorbehaltenen fortzudauern habe. Deshalb scheiden diejenigen Fälle aus, in welchen eine von Amtswegen zugestellte Urkunde usw. dem Beteiligten zu seiner ausschließlichen Verfügung ohne Vorbehalt des Gewahrsams der zustellenden Behörde überlassen wird: RG. 15./5. 84 E. 10 387, 12./12. 01 E. 35 28. Ob die amtliche Verfügungsgewalt trotz der Übergabe bestehen bleibt, ist am letzten Ende Tatfrage. Die Übergabe braucht keine förmliche zu sein und nicht von Hand zu Hand zu geschehen: RG. 13./11. 91 E. 22 204 (Übergang der in einem Briefkasten befindlichen Briefe auf den ihn amtlich entleerenden Beamten).

3. Als Arten der Einwirkung werden genannt Vernichten, Beschädigen, Beiseiteschaffen. Diese Begriffsmerkmale stellen keine besonderen Tatbestände dar, sondern nur verschiedene gleichwertige Gestaltungsarten derselben Straftat.

Der Gegenstand wird vernichtet, wenn er so völlig beseitigt wird, daß er zu existieren aufgehört: RG. 4./3. 81 E. 3 370.

Er wird beiseitegeschafft, wenn er durch Entfernung von seinem bisherigen Aufenthaltsort der Disposition des Berechtigten entzogen wird: Binding Lehrb. II 604, Frank N. II 2, Lisshausen N. 5 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 8; RG. 8./11. 80 E. 2 425, 28./2. 84 E. 10 189, 4./12. 91 E. 22 242, 31./1. 95 E. 26 413. Hälschner II 840 N. 4 (410) und v. Liszt 570 (461 N. 8) halten das der Verfügung Entziehen auch ohne örtliches Fortschaffen für genügend, und nach Merkel 400 wird die Sache beiseitegeschafft, wenn sie dem Berechtigten in einer dem Zweck der Aufbewahrung usw. verteilenden Weise unzugänglich gemacht wird; gegen Merkel vgl. RG. 13./2. 85 E. 12 67, 13./11. 91 E. 22 204, wohl aber ist ein Beiseitegeschaffen durch Unterlassen möglich, z. B. wenn der ausscheidende Beamte es unterläßt, die von ihm verwahren Schriftstücke seinem Nachfolger auszuliefern: RG. 9./6. 85 E. 12 247. Dauernd braucht die Entziehung nicht zu sein: Binding Lehrb. II 904, Frank N. II 2, Geyer II 147, John S. S. III 184, Lisshausen N. 5 Abf. 4, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 8./11. 80 E. 2 425, 4./12. 91 E. 22 242.

Der Gegenstand wird beschädigt, wenn seine Substanz beeinträchtigt, seine Unversehrtheit aufgehoben, durch diese Einwirkung seine Brauchbarkeit für die ihm gegebene Zweckbestimmung herabgemindert oder sonst das Interesse an seiner Unversehrtheit beeinträchtigt wird: RG. 19./10. 85 E. 13 27, 27./2. 00 E. 33 177; vgl. unten zu § 303. Eine Durchstreichung von Worten auf einer Urkunde, eine Abänderung, eine Rajur kann eine Beschädigung enthalten: RG. 18./6. 89 E. 19 319.

4. Subjekt des Delikts kann Jeder sein. Also auch derjenige, für welchen die Sachen aufbewahrt werden, insbesondere der Eigentümer: Binding Lehrb. II 604, Frank N. III. Ebenso der Beamte, der sie aufzubewahren hat, und der Beamte oder Nichtbeamte, welchem sie übergeben ist: Binding Lehrb. II 604, Frank N. III, Geyer II 147, Hälschner II 480, John S. S. III 184, v. Liszt 570, Meyer-Altfeld 555, Lisshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 7; RG. 8./11. 80 E. 2 425, 9./6. 85 E. 12 247; a. M. bezüglich der beiden letzteren v. Schwarze N. 3. Vgl. jedoch die Spezialbestimmung § 348 Abf. 2, welche sogar nach Merkel 400 allgemein Anwendung findet, „wenn der Beamte, welchem die Sache anvertraut oder amtlich zugänglich war, der Schuldige ist“, was vielleicht nur ein Schreibversehen ist.

5. Wenn nach Abf. 2 die „gewinnfüchtige Absicht“ einen strafserhöhenden Umstand bildet, so ist diese Absicht einerseits nicht identisch mit der Absicht, sich einen Vermögensgewinn zu verschaffen, sondern Gewinn bedeutet jeden materiellen Vorteil: Merkel 345, Meyer-Altfeld 556, Lisshausen N. 8 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 11, Schütze 286 N. 30; RG. 10./1. 10 E. 43 175. Dagegen verlangen Vermögensvorteil Binding 605 N. 1, Frank N. IV, Hälschner II 840, John S. S. III 185, v. Liszt 570 N. 4 (469), Binding und v. Liszt sogar einen rechtswidrigen. Auf der anderen Seite unterscheidet sich die gewinnfüchtige Absicht wiederum von den Tatbestandsmerkmalen „seines Vorteils wegen“ oder „aus Eigennutz“, so daß ihr Merkmal nicht von dem in § 370 Nr. 5 vorausgesetzten Zweck des alsbaldigen Verbrauchs erfüllt wird: RG. a. a. D. Darauf, in welcher Weise die Absicht erreicht werden soll, z. B. durch Verkauf, kommt es nicht an: Frank a. a. D., Lisshausen N. 8 Abf. 2; RG. 12./2. 92 E. 22 331.

6. Das Delikt kann nur als vorsätzliches begangen werden. Der Vorfall wird durch die Annahme eines Rechts auf die Handlung ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 904 N. 8 und Lisshausen N. 7; RG. 29./10. 95 E. 27 401. Das ausdrückliche Verlangen des Vorfallbes hat die prozeßuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann festzustellen ist, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit nicht berufen hat.

§ 134.

Wer öffentlich angeflagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen von Behörden oder Beamten böswillig abreißt, beschädigt oder verunstaltet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

1. Das Gesetz schützt nur die Bekanntmachungen usw. von Behörden (§ 114 N. 1 Abf. 2) und Beamten (§ 359). Sie müssen nicht bloß von einer bestimmten Behörde herrühren, sondern auch sich selbst als solche bezeichnen. Auf ihren Inhalt, welcher natürlich ein amtlicher sein muß: Binding Lehrb. II 739, Hälschner II 841, John S. S. III 188, Lisshausen N. 1 Abf. 2, kommt es ebensowenig an wie darauf, ob die Behörde usw. zuständig, ob beispielsweise die Verordnung gültig oder ungültig ist: Binding Lehrb. II 739, Hälschner a. a. D., John S. S. III 188, Lisshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 1, Schütze 286 N. 29. Die Worte „Verordnungen, Befehle, An-

zeigen“ sind pleqnastisch und werden durch die „Bekanntmachungen“ gedeckt, so daß es unnötig ist, im konkreten Falle festzustellen, ob es sich um eine Verordnung, einen Befehl oder eine Anzeige handelt: Binding a. a. D. N. 1, Hältschner II 841, Olshausen a. a. D.

2. Die Bekanntmachung muß öffentlich (§ 110 N. 5a) angeschlagen sein (§ 110 N. 5c). Anschlag ist irgendein Befestigen, so daß eine Wegnahme nur unter Lösung der Verbindung möglich ist, was nicht beim Auslegen zur Einsicht, wohl aber auch beim Aushängen zutrifft: Werner 410, Binding Lehrb. II 740, Hältschner II 841, Olshausen N. 1 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 3 und RG. 4./4. 03 E. 36 183; a. M. wegen des Aushängens Rüdorff-Stenglein N. 1. Der Anschlag muß von der Behörde oder dem Beamten ausgehen: Olshausen a. a. D. und Oppenhoff-Delius N. 2; die Ansicht von Binding a. a. D., ein privater Anschlag genüge, würde dahin führen, daß auch ein Anschlag durch den Täter selbst und gar ohne oder gegen den Willen der Behörde usw. hinreichend wäre.

3. Wenn das Gesetz das Abreißen, Beschädigen (§ 133 N. 3 Abs. 4), Verunstalten bedroht, so sind dies keine verschiedenen Tatbestände, sondern nur verschiedene gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts. Abreißen ist jede, mit oder ohne Gewaltanwendung oder Verletzung des Schriftstückes erfolgende Aufhebung der Befestigung: Binding Lehrb. II 740, Hältschner II 842, Olshausen N. 2; RG. 4./4. 03 E. 36 183. Verunstalten ist der Bekanntmachung ganz oder zum Teil einen unwürdige Form geben: Binding und Hältschner a. a. D. John H. S. III 187, Olshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 4.

4. Die Handlungen müssen böswillige sein, der bloße Mutwille genügt also nicht. Vgl. dazu § 95 N. 11 und Olshausen N. 3. Die Verunstaltung, um die Bekanntmachung lächerlich zu machen, kann an sich auch mutwillig begangen sein: Binding Lehrb. II 740 und Normen II 605 N. 906, Olshausen 3 N. 3 Abs. 3. „Die Böswilligkeit würde übrigens auch dann fehlen, wenn jemand in erregter Zeit eine obrigkeitliche Bekanntmachung im Interesse der Obrigkeit „selbst befestigte, weil er annahm, daß sie nur Öl ins Feuer gießen würde“: Binding Lehrb. II 840. Böswilligkeit liegt auch dann nicht vor, wenn der Täter die Bekanntmachung abreißt oder beschädigt, weil sie veraltet, zwecklos geworden ist: Werner 410, Hältschner II 842.

5. Das Delikt erfordert Vorsatz. Durch das Abreißen und Beschädigen will der Täter die Bekanntmachung dem Auge des Publikums entziehen, durch die Verunstaltung will er sie verächtlich machen: Hältschner II 842, John H. S. III 187, Olshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 4. Nach Binding Lehrb. II 740 ist die Absicht, das Bekanntwerden der Bekanntmachung zu hindern, nicht erforderlich, aber diese Hinderung ist die notwendige Folge der Handlung und daher gewollt. Zum Dolus gehört auch die Kenntnis des Täters, er habe kein Recht, die Bekanntmachung zu entfernen oder zu beschädigen, was bei privaten Gebäuden und Plakatstelen zweifelhaft sein kann: Binding Lehrb. II 740.

6. Der Versuch ist straflos, trotz § 303 auch bei der Beschädigung.

§ 135.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität des Reichs oder eines Bundesfürsten oder ein Hoheitszeichen eines Bundesstaats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Das Gesetz schützt nach seinem Wortlaut die Autoritätszeichen des Reichs, also wohl auch des Kaisers und der Bundesfürsten, nicht aber der Bundesstaaten und der drei Republiken, und die Hoheitszeichen der Bundesstaaten, nicht aber des Reichs und der Bundesfürsten, wogegen in dem erst durch die Novelle v. 26. Febr. 1876 eingestellten, unabweisbar dem § 135 nachgebildeten § 103a nur die Autoritäts- und Hoheitszeichen des Staates genannt sind. Nach RG. 10./5. 98 E. 31 143 sind Autoritätszeichen Zeichen, welche dazu bestimmt sind, die Regierungsgewalt des Kaisers oder des Landesherrn bzw. des fremden Staates zum Ausdruck zu bringen. Die Versuche, zwischen den beiden Zeichen zu unterscheiden, sind aber ebenso unmöglich wie, da über die Gesamtgruppe kein Zweifel besteht, unnötig. Daher ist es das Richtige, mit Binding Lehrb. II 503, Frank § 103a N. 11, Hältschner II 843, v. Liszt 571, Oppenhoff-Delius N. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 2 keinen Unterschied zu machen; a. M. Werner 411, Meves H. S. IV 304, Olshausen N. 1. Also Wappen, Grenzzeichen, Schilder der Behörden, Flaggen (auch der Handelsmarine), nach Binding Lehrb. II 504 ebenfalls Krone und Zepter. Bloße Wertzeichen, z. B. für den Wasserstand, gehören nicht hierher: Binding Lehrb. II 504 N. 1, Frank N., Olshausen

№. 3 Abf. 3, Oppenhoff-Delius und RG. a. a. O. Der unbefugte Gebrauch, z. B. auf Geschäftsschildern, ist nur strafbar im Falle des § 360 Nr. 7.

Das Requirit der Öffentlichkeit ist nach dem Wortlaut nur auf die Autoritätszeichen zu beziehen, muß aber, wenn zwischen den verschiedenen Zeichen kein begrifflicher Unterschied stattfindet, auch für Hoheitszeichen gelten. Die Zeichen werden regelmäßig sichtbar sein, erforderlich ist es aber nicht, da „öffentlich“ hier nur bedeutet, daß das Symbol die Autorität und Hoheit der Staatsgewalt bzw. ihres monarchischen Trägers verkörpert, also auf publizistischer Anordnung beruht. Die Annahme von Oppenhoff-Delius Nr. 2, daß das Zeichen im öffentlich sichtbarer Weise angebracht sein müsse, ist daher fehlsam. „Angebracht“ zu sein braucht es überhaupt nicht, z. B. die Flagge ist geschützt nicht bloß, wenn sie auf dem Gebäude, auf dem Maße weht, vor dem Regiment, sondern auch wenn sie heruntergeholt ist.

2. Gestraft wird das böswillige (§ 95 Nr. 11 Abf. 3) Wegnehmen (Entfernen ohne Aneignungsabsicht: Binding Lehrb. II 504), Zerstören (§ 125 Nr. 3 Abf. 4), Beschädigen (§ 133 Nr. 3 Abf. 4) und die Verübung beschimpfenden Unfugs (unten zu § 166). Zu der letzten Maßnahme wird keine Böswilligkeit verlangt, obgleich sie ohne Böswilligkeit nicht füglich denkbar ist.

§ 136.

Wer unbefugt ein amtliches Siegel, welches von einer Behörde oder einem Beamten angelegt ist, um Sachen zu verschließen, zu bezeichnen oder in Beschlag zu nehmen, vorsätzlich erbricht, ablöst oder beschädigt oder den durch ein solches Siegel bewirkten amtlichen Verschuß aufhebt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

1. Das Siegel muß von einer Behörde (§ 114 Nr. 1 Abf. 2) oder von einem Beamten (§ 359) oder unter deren Autorisation angelegt sein, um — unbewegliche oder bewegliche — Sachen zu verschließen, zu bezeichnen, d. h. ihre Stellung unter die staatliche Gewalt kenntlich zu machen, oder zu beschlagnahmen, d. h. ihre Stellung unter die staatliche Gewalt auf Grund einer Beschlagnahme oder Pfändung kenntlich zu machen. Wie die Anlegung, muß auch das Siegel selbst ein amtliches, ein Amtssiegel sein: Binding Lehrb. II 626, Frank Nr. I, Dshausen Nr. 1 Abf. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 2. Aus welchem Stoff das Siegel besteht, ist naturgemäß gleichgültig: RG. 22./12. 80 C. III 286 (Siegelmarken). Auch eine Siegelung zum Zwecke des Abhebens oder Weglaubigens genügt nach Dshausen Nr. 1 Abf. 4, Rüdorff-Stenglein Nr. 3 und RG. 24./1. 89 C. 18 388, 18./10. 01 C. 34 398; a. M. mit Recht Binding Lehrb. II 627 Nr. 1, Frank Nr. I, Oppenhoff-Delius Nr. 6. Ein Siegel, dessen amtlicher Charakter sich, z. B. wegen mangelhaften Abdrucks, nicht erkennen läßt, ist kein Siegel.

2. Das Gesetz bedroht zwei verschiedene Tatbestände, deren jeder den objektiven Tatbestand erfüllt: Binding Lehrb. II 625, Frank Nr. II, Dshausen Nr. 1 Abf. 1.

a) Das Siegel wird gewaltsam entfernt oder nicht gewaltsam und ohne Beschädigung entfernt oder beschädigt (§ 133 Nr. 3 Abf. 4), verschiedene gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts.

b) Der durch das Siegel bewirkte amtliche Verschuß wird aufgehoben. Zu welcher Weise die Aufhebung erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann also auch geschehen dadurch, daß in den Raum, dessen Tür versiegelt ist, durch das Fenster eingestiegen wird: Werner 411, Dshausen Nr. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 1; a. M. Binding Lehrb. II 627 und Frank Nr. II 2, nämlich daß Sache oder Raum durch die Siegelung „auf normale Wege unzugänglich gemacht sein müssen“.

3. Siegelung und Verschuß müssen rechtmäßig sein, vgl. § 113 Nr. 3, welche Ausführungen hier volle Anwendung finden: Werner 411, Binding II 625 (in Note 2 treffende Kritik der gegnerischen Ansicht), Geuer II 148, v. Liszt 571, Meyer-Altfeld 556. A. M. sind Frank Nr. 1 2 (unter Anerkennung eines Rechts der Notwehr), Dshausen Nr. 4 und RG. 18. 10. 01 C. 34 398, 13. 3. 03 C. 36 155, welche die allgemeine sachliche und örtliche Zuständigkeit für genügend erachten; wenn also im Falle einer feindlichen Invasion der unter Suspension der obersten Regierungsgewalt zum Gouverneur eingesetzte feindliche General die Räume der Reichsbank versiegeln läßt, würde der Bruch dieses Siegels unter § 136 fallen!

6. Das Delikt kann nur als vorsätzliches begangen werden, und zwar trotz der anscheinenden Beschränkung des „vorsätzlich“ auf die erste, auch bei der zweiten Alternative. Das ausdrückliche Verlangen des Vorsatzes hat die prozessuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit nicht berufen hat. Das Erfordernis der Unbefugtheit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande

jedes Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung; fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus: Frank N. III, Hälschner II 844, Ulshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 6 und RG. 11./12. 94 C. 26 308; a. M. John S. S. III 189. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht beruft, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist.

7. Die Geldstrafe ist erst durch das Gef. v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — zugelassen.

§ 137.

Wer Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sind, vorsätzlich bei Seite schafft, zerstört oder in anderer Weise der Verstrickung ganz oder teilweise entzieht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

1. Objekt des Verstrickungsbruches sind wie bei dem nahe verwandten Delikt des § 136 körperliche Sachen aller Art, des Eigentums und Verkehrs fähige und unfähige, im Eigentum stehende und herrenlose, Privaten und dem Staat gehörige. Ebenso bewegliche und unbewegliche: Binding II 609, Frank N. I Abf. 1, Hälschner II 847, v. Liszt 571, Ulshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 11; a. M. nur v. Schwarze N. 5. Ob auch unförperliche Sachen, also Forderungen, welche ja ebenfalls gepfändet und beschlagnahmt werden können, hierher gehören, ist streitig. Bejaht wird die Frage im Anschluß an die Rechtsprechung des früheren Preussischen Obertribunals von Hälschner II 843, John S. S. III 192, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schüpe 503 N. 7 und RG. 8./5. 85 C. 12 184. Aber abgesehen davon, daß das Verbot an den Drittschuldner, dem Schuldner zu zahlen, und das Gebot an letzteren, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere durch ihre Einziehung zu enthalten (ZPD. § 829), nur obrigkeitliche Befehle sind, bestimmte Handlungen zu unterlassen, erhält der Staat durch diese Befehle keine unmittelbare Gewalt über den Gläubiger und Schuldner, geschweige über die Forderung. Bei der unförperlichen und ungreifbaren Natur von Forderungen versagt selbst mit Zuhilfenahme von Fiktionen die Möglichkeit einer unmittelbaren Deposition der Forderungsberechtigten durch Besitzergreifung der öffentlichen Gewalten. Wie somit nicht verstrickt, können die Forderungen auch nur aufgehoben, nicht aber zerstört oder beiseite geschafft werden. Nur wenn, wie z. B. bei Wechsell, die Forderung an die Existenz einer Urkunde als an ihren Träger und ihre Verförperung geknüpft ist, wird durch die Verstrickung der Urkunde auch die Forderung verstrickt (ZPD. § 831), durch die Entstrickung jener auch diese entstrickt. In allen anderen Fällen wird durch die Beschlagnahme und Pfändung der Urkunde nur diese selbst als körperliche Sache, nicht aber die in ihr verbriefte Forderung ergriffen, kann also auch nur die Urkunde als solche der Verstrickung in strafbarer Weise entzogen werden: Ulshausen N. 8 Abf. 1 und RG. 28./4. 92 C. 24 161. Mit der Ansicht, daß Forderungen nicht zu den Sachen im Sinne des § 137 gehören, stimmen überein Berner 412, Binding Lehrb. II 609, 613, Frank N. I, Gener II 148, v. Liszt 571, Merkel 400, Meyer-Malfeld 556, Ulshausen N. 1, v. Schwarze N. 3; RG. 8./12. 81 C. 5 204 und 8./3. 93 C. 24 40 (Plenarbeschluss).

2. Das Gesetz nennt Pfändung und Beschlagnahme, letztere der weitere Begriff, erstere diejenige Beschlagnahme, durch welche ein vermögensrechtlicher Anspruch gesichert werden soll. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verstrickung im vorliegenden Falle anzunehmen ist, richtet sich nach den besonderen für die Vornahme des betreffenden Aktes bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Reichsrechtlich kommen hauptsächlich in Betracht ZPD. §§ 704 ff., Zwangsversteigerungsges. §§ 20 ff., 148, StrPD. §§ 94 ff., 325 ff., MilzEÖD. §§ 229 ff., 360 ff.

a) Die Beschlagnahme, das Wort im weiteren Sinne genommen, ist derjenige Aktsakt, durch welchen im öffentlichen Interesse oder zur Sicherung von Privatinteressen eine Sache der freien Verfügung der an sich berechtigten Person entzogen und zugleich der behördlichen Verfügungsgewalt unterworfen wird: RG. 6./7. 86 C. 14 286, 19./6. 88 C. 18 71. Zu dem Erlaß eines allgemeinen Verfügungsverbot nach KontD. § 106 liegt an sich, d. h. ohne Zutritt weiterer Sicherungsmaßregeln keine Beschlagnahme — aus denselben Gründen wie bei der Beschlagnahme von Forderungen —: RG. 5./12. 89 C. 20 244. Wenn dagegen angenommen wird, daß die Konturseröffnung eine Beschlagnahme des zur Konturmasse gehörigen Vermögens enthalte: Ulshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 6./7. 86 C. 14 286, 19./3. 89 C. 19

85, 29./4. 08 E. 41 256, so ist dieser Ansicht mit Bindung Lehrb. II 614, Frant N. I Abj. 4 und Lppen hoff-Delius N. 3 entgegenzuhalten, daß durch die Konturseröffnung zwar das Verfahren eröffnet, die Konturmasse aber nicht von dem Konturrichter, sondern von dem Verwalter in Besitz genommen wird, welcher letztere zwar von dem Konturrichter ernannt, kontrolliert, entlassen wird, auch unzweifelhaft ein officium publicum versteht, deshalb aber noch nicht Obrigkeit und Beamter, sondern lediglich ein im öffentlichen Interesse den Kredit gegenüber den Gläubigern vertretender Privater ist. Wann die Verstrickung beginnt und wann sie endigt, läßt sich nur an der Hand der maßgebenden Gesetze bestimmen. Im Konturverfahren endigt sie mit der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses bzw. mit der früheren vorbehaltslosen Zurückgabe der Sache in die Verfügungsgewalt des Kreditars, im Strafverfahren mit der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses sowie des freisprechenden, bei Überführungsstücken auch mit der des verurteilenden Erkenntnisses, im Zivilprozeß regelmäßig (vgl. ZPD. § 929 Abj. 3) durch einen *contrarius actus* des Gerichts bzw. des Gerichtsvollziehers, beim Zwangsverkauf nicht schon durch den Zuschlag, sondern erst durch die Übergabe an den Käufer, und ebenso bei gepfändetem Gelde erst durch die Übergabe an den Gläubiger. Die Verstrickung durch den Gerichtsvollzieher endigt somit keineswegs, wie im Rechtsleben gern angenommen wird, durch Zahlung der Schuld oder durch die seitens des Gläubigers ausgesprochene Entlassung der Pfandsachen aus der Pfandhaft, sondern dauert fort, bis der Gerichtsvollzieher die fortgenommene Sache dem Gepfändeten zurückgibt oder von der in des letzteren Gewahrsam gelassenen Sache die Pfandzeichen entfernt bzw. die Erledigung der Sache anzeigt, den Gepfändeten also zur eigenen Entfernung der Zeichen ermächtigt. Allerdings ist bei der Feststellung des Dolus die Annahme des Täters, die Pfändung sei durch die Befriedigung des Gläubigers *eo ipso* aufgehoben, zu beachten: RG. 11./12. 94 E. 26 300; vgl. unten N. 7.

b) Im einzelnen ist Nachstehendes zu bemerken:

a) Im Falle der strafprozessualischen Beschlagnahme bedarf es außer ihrer Anordnung durch die verfügende Behörde eines, an besondere Formalitäten nicht gebundenen, Ausführungsaktes. Dieser braucht nicht in der Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam des Inhabers zu bestehen, sondern es genügt das amtliche Verbot der Verfügung oder Veränderung der Sache an den Inhaber, sofern dasselbe den Auftrag enthält, daß der Inhaber sie für die weiteren Bestimmungen der Behörde zu bewahren habe: RG. 19./6. 88 E. 18 71. In Preußen genügt bei verbotenen Nahrungsmitteln, welche im Marktverkehr und sonst öffentlich feilgehalten werden, die einfache mündliche Erklärung des Polizeibeamten: RG. 23./10. 83 E. 9 121; siehe freilich dagegen Bindung Lehrb. II 611 N. 1.

β) Wie jede Verstrickung muß auch die zivilprozessualische Pfändung rechtswirksam vorgenommen, d. h. die notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen müssen vorhanden, die als wesentlich vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet sein: Bindung Lehrb. II 619, v. Liszt 571, Lshausen N. 5 Abj. 2, N. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 18; RG. 3./1. 84 E. 9 403, 25./5. 86 E. 14 151, 17./11. 87 E. 16 273, 27./5. 89 E. 19 287, 1./11. 90 E. 32 316. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen wird nach ZPD. § 808 dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt; andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere sind im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird. Werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht wird: Bindung Lehrb. II 611 N. 1, Meyer II 149, Lshausen N. 7. Als „sonstige Weise“ ist jede andere Form zu verstehen, welche den Zweck, die Pfändung für jeden Dritten ersichtlich zu machen, ebenso gut erfüllt, also ebenso deutlich erkennen läßt, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen in Pfandbesitz genommen hat, z. B. Anheftung eines die Gegenstände benennenden Zettels an einer in die Augen fallenden Stelle des Raumes, in welchem sich die Sachen befinden: RG. 23./3. 03 E. 36 165. Werden die Pfändungszeichen an einem Platz angebracht, der ohne besondere Nachforschung nicht zu Gesicht kommt, so reicht dieses Verfahren dem völlig gleich, als ob von vornherein überhaupt keine oder keine nach ZPD. § 808 Abj. 2 genügende Kenntlichmachung der Pfändung vorgenommen ist. Erforderlich ist stets die wirkliche Besitznahme der Sache, der Beamte muß durch eine zivilrechtlich wirksame Handlung von den Pfandobjekten Besitz ergreifen, seinen Willen, Besitz zu ergreifen, kenntlich machen: RG. 28./9. 81 E. 5 35, 17./10. 87 E. 16 273. Kann die Pfändung nicht erkennbar gemacht werden, so wird sie eine wirksame nur durch die Entfernung der Sache aus dem Gewahrsam des Schuldners: RG. 1./11. 99 E. 32 316. Auf der anderen Seite ist ihre Fortdauer nicht durch das fortdauernde Anhaften des Zeichens bedingt: Bindung und Lshausen a. a. O., Frant N. I Abj. 2; RG. 25. 10. 88 E. 17 163. Bloße Erklärungen, daß die Sache gepfändet sei, sind rechtlich ohne Wirkung: RG. 28./9. 81 E. 5 35, 21./2. 82 E. 6 227. Sachen, welche sich nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Beamten in Gewahrsam eines Dritten oder in gemeinschaftlichem Gewahrsam des Schuldners und eines Dritten befinden, dürfen nur mit Zustimmung des Dritten gepfändet werden, widrigen-

falls die Pfändung strafrechtlich unwirksam ist: RG. 11./3. 89 C. 19 69, 6./2. 94 C. 25 108. Die Aufnahme und eventuelle Mitteilung eines Protokolls über die Vollstreckungshandlung und die Benachrichtigung des Schuldners von der geschehene Pfändung (ZPD. §§ 762, 763, 808) gehören nach einem Urteil des RG. v. 13. Nov. 88 nicht zu den wesentlichen Formlichkeiten. Ein Verstoß gegen ZPD. §§ 803 Abs. 2, 811 macht die Pfändung zwar anfechtbar, nicht aber unwirksam, der Schuldner kann auf den Einwand der Unpfändbarkeit verzichten und ist für die Geltendmachung des Einwandes auf den Weg der Erinnerung beim Vollstreckungsgericht gemäß ZPD. § 766 verwiesen: Binding Lehrb. II 619, Olshausen N. 5 Abs. 2; RG. 3./1. 84 C. 9 403, 16./4. 89 C. 19 164.

3. Die Verstrickung muß durch zuständige Behörden (§ 114 N. 1 Abs. 2) oder Beamte (§ 359) vorgenommen sein. Nur deutsche Behörden und Beamten kommen in Betracht: Binding Lehrb. II 617 N. 8 und RG. 17./2. 93 C. 24 10.

a) Die Verstrickung seitens einer Privatperson, z. B. des Konkursverwalters, ist strafrechtlich unwirksam: Binding Lehrb. II 618, Olshausen N. 4; RG. 19./3. 89 C. 19 85. Als Privater gilt auch der Beamte, der im fiskalischen Interesse in Ausübung eines Privatpfändungsrechtes pfändet: Hälschner II 847, John S. S. III 191, Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 2.

b) Die verstrickende Staatsstelle muß zuständig sein, sachlich, örtlich und zeitlich. Zuständig zunächst allgemein, abstrakt. Es fragt sich, ob auch die Zuständigkeit im einzelnen Falle erforderlich ist, also die Rechtmäßigkeit der Ausübung im Sinne § 113 N. 3, widrigenfalls eine Verstrickung im Sinne des § 137 nicht vorliegt. Allerdings fordert § 137 nicht ausdrücklich die Rechtsgültigkeit der einzelnen, konkreten Verstrickung, aber darf man annehmen, daß zwar der der Staatsstelle in Vornahme einer rechtmäßigen Beschlagnahme geleistete Widerstand nach § 113 straflos sein solle, strafbar dagegen die Nichtachtung einer ungesetlichen Beschlagnahme? Daß die Behörde, der Beamte die nötige Zuständigkeit zur Vornahme gerade dieser konkreten Verstrickung besitzen haben müsse, behaupten Berner 412, Binding Lehrb. II 618, Geyer II 149, John S. S. III 194, Oppenhoff-Delius N. 15, v. Schwarze N. 4. Aber die Sache liegt hier anders als bei dem Widerstand des § 113, denn dieser richtet sich gegen eine Ausübung, welche noch nicht zum Abschluß gekommen ist, das von dem Beamten gewollte Resultat noch nicht erreicht hat, während hier nicht eine erst drohende, sondern schon vollendete Zwangsvollstreckung vorliegt, somit ein Zustand geschaffen ist, welcher wie jeder Besitz und jedes besitzähnliche Verhältnis schon wegen seiner tatsächlichen Existenz Respektierung verlangen darf. Es kommt noch hinzu, daß alle einschlagenden Gesetze dem durch die Vollstreckung sich in seinem Recht gefährdet oder verletzt Glaubenden bestimmte Rechtswege zur Geltendmachung seines Rechts — Erinnerung, Beschwerde, Klage — eröffnen, also die eigenmächtige Geltendmachung des Rechts in unzweideutiger Weise unterlagen. Selbst der Eigentümer, dessen Sache für fremde Schuld gepfändet worden, wird auf den klageweg verwiesen (ZPD. § 771). Somit muß angenommen werden, daß es auf die konkrete Zuständigkeit, die Rechtmäßigkeit der in Frage stehenden Verstrickung nicht ankommt, sondern die allgemeine Zuständigkeit genügt: Franke N. I Abs. 5 und Olshausen N. 5 Abs. 1; RG. 3./1. 84 C. 9 403, 13./6. 84 C. 10 425, 14./12. 94 C. 26 287, 19./5. 96 C. 28 379.

4. Das Delikt wird dadurch begangen, daß die beschlagnahmte oder gepfändete Sache der Verstrickung entzogen wird. Als gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts nennt das Gesetz das Weichteilnehmen (§ 133 N. 3 Abs. 3) und das Zerstören (§ 125 N. 3 Abs. 4), nicht aber das Beschädigen. Wenn das Gesetz nur bei dem Entziehen des „ganz oder teilweise“ bedeutet, so kann doch nicht bezweifelt werden, daß auch eine teilweise Zerstörung unter § 137 fällt: Binding Lehrb. II 620 N. 6, Olshausen N. 13b, Oppenhoff-Delius N. 34. Nicht genannt ist das bloße Beschädigen (§ 133 N. 3 Abs. 4), welches also unter die schwerere Strafe der Sachbeschädigung fallen würde, wie Franke N. II 2 und ein Urteil des RG. v. 12./10. 85 meinen. Es ist aber wirklich nicht anzunehmen, daß das minus des Beschädigens härter geahndet werden soll als das plus des Zerstörens, und daher muß der Auslegung gestattet sein, den § 137 ohne die Annahme einer Idealkonkurrenz mit der — im Falle des § 303 nur auf Antrag verfolgbar — Sachbeschädigung auch auf die Beschädigung zu beziehen, also unter dem Entziehen „in anderer Weise“ zu begreifen.

Die Sache wird der Verstrickung dadurch entzogen, daß die Verfügungsgewalt der Staatsstelle über sie dauernd oder auch nur zeitweise aufgehoben wird: RG. 18./1. 81 C. 3 255, 12./4. 83 C. 8 256, 14./1. 87 C. 15 205, 27./1. 88 C. 17 90. Welche Mittel der Täter anwendet, ist gleichgültig, insbesondere ist ein unmittelbares körperliches Handanlegen nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 620 und RG. 18./3. 98 C. 31 80. Z. B. der Gerichtsvollzieher wird durch Täuschung veranlaßt, eine andere Sache als die gepfändete zu versteigern; ist die untergehobene Sache von geringerem Werte als die gepfändete, so würde Idealkonkurrenz mit Betrug stattfinden: Binding Lehrb. II 620 N. 2, Franke N. II 3, Olshausen N. 9 Abs. 1; RG. 14./1. 87 C. 15 205. Eine bloße Unterlassung, z. B. die Weigerung, den Aufenthaltsort der Sache anzugeben, genügt nicht: RG. 27./5. 89 C. 19 287. Tatsächlich wird die Entstrickung am häufigsten dadurch begangen,

daß der Täter sie nach einem anderen Orte schafft: *RG.* 12./2. 89 *E.* 18 410, 27./5. 89 *E.* 19 287. „Ist die beschlagnahmte Sache im Besitz des bisherigen Besitzers geblieben und er nimmt sie stillschweigend mit an einen Ort außerhalb des beschlagnahmenden Staates oder innerhalb desselben, aber außerhalb des Amtsbereiches der beschlagnahmenden Behörde, oder auch innerhalb des letzteren, aber an einem solchen Ort, den die Behörde als Aufenthaltsort der Sache nicht kennt, so liegt zweifellos Entstrickung in objektivem Sinne vor. Ob auch immer Entstrickungsvorfall, ist eine andere, nicht zu übersehende Frage“ (Binding *Lehrb.* II 620 *N.* 4). Bei einem Wohnungswechsel innerhalb desselben Gemeindebezirks wird der Dolus regelmäßig fehlen.

5. Vollendet ist das Delikt mit der Entziehung selbst, wenn diese auch nur eine zeitweise wirksame ist, und die Strafbarkeit wird durch die Wiederherbeischaffung der Sache nicht ausgeschlossen: Binding *Lehrb.* II 620, Geyer II 149, Hälschner II 848, v. Liszt 572, Dshausen *N.* 11 *Abf.* 1; *RG.* 18./1. 81 *E.* 3 255. Ist die Sache der Verstrickung einmal entzogen, so kann an ihr eine weitere Entstrickung erst dann begangen werden, wenn die Verfügungsgewalt der Behörde wieder aufgelebt ist: Binding *Lehrb.* II 611, Frank *N.* III, Dshausen *N.* 12, Oppenhoff-Dehnus *N.* 24; *RG.* 27./5. 89 *E.* 19 287; eine wiederholte Pfändung ist zum Wiederaufleben der Verfügungsgewalt entgegen der Ansicht des *RG.* Zit. mit Dshausen und Frank a. a. O. nicht in jedem Falle für notwendig zu erachten.

6. Subjekt des Delikts kann jeder sein der sich tatsächlich in der Lage befindet, über die Sache zu verfügen, nicht nur derjenige, gegen den die Beschlagnahme verfügt oder an den die Verfügung gerichtet war, insbesondere also auch der Gläubiger selbst, zu dessen Gunsten die Verstrickung erfolgte: Binding *Lehrb.* II 619, Frank *N.* V, Hälschner II 848, Dshausen *N.* 14, Oppenhoff-Dehnus *N.* 6; *RG.* 16./3. 83 *E.* 8 117, 17./2. 93 *E.* 24 10. Ebenso ein Gerichtsvollzieher, der eine von einem anderen Gerichtsvollzieher gepfändete Sache aus dessen Besitz entfernt, um sie in einer anderen Rechtssache zu pfänden: *RG.* 12./4. 83 *E.* 8 256. Er kann das Delikt auch an der von ihm selbst gepfändeten Sache begehen: *RG.* 1./7. 10 *E.* 44 41.

7. Das Delikt erfordert Vorfall. Maßgebend sind die allgemeinen Grundsätze über Dolus; deshalb ist namentlich der Eventualdolus ausreichend: *RG.* 13./6. 84 *E.* 10 425, 29./4. 08 *E.* 41 256. Der Täter muß wissen, daß eine rechtswirksame Beschlagnahme stattgefunden hat, was z. B. bei Zubehörstücken zweifelhaft sein kann: *RG.* 16./4. 80 *E.* 1 368, 25./5. 86 *E.* 14 151, 27./5. 89 *E.* 19 287; daß die Beschlagnahme noch fortbauert: *RG.* 11./12. 94 *E.* 26 308; daß die Verstrickung von einer zuständigen Stelle ausgegangen ist: Binding *Lehrb.* II 621, Geyer II 149, Dshausen *N.* 15 *Abf.* 1; *RG.* 13./6. 84 *E.* 10 425. Die Ansicht des Täters über die Rechtsgültigkeit des konkreten Aktes ist nach dem oben *N.* 3b Vorgebrachten irrelevant. Die Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zu bereiten, die Absicht rechtswidriger Zueignung, überhaupt eine eigennützige Absicht ist nicht erforderlich: Binding *Lehrb.* II 622, Geyer II 149, Hälschner II 848, v. Liszt 572, Dshausen *N.* 15 *letzte Abf.*; *RG.* 11./10. 80 *E.* 2 318, 18./1. 81 *E.* 3 255, 29./4. 08 *E.* 41 256. Das ausdrückliche Verlangen des Vorfalles hat die prozeßuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit nicht berufen hat.

8. Wegen des Verhältnisses des Delikts zur Sachbeschädigung, zu den Aneignungsdelikten und zum Delikte des § 133 vgl. Binding *Lehrb.* II 622 ff. und Dshausen *N.* 17. Mit § 136 findet Gesetzeskonkurrenz statt; Frank *N.* VI hält Idealkonkurrenz für möglich.

9. Die Geldstrafe ist erst durch das *Ges.* v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — zugelassen.

§ 138.

Wer als Zeuge, Geschworener oder Schöffe berufen, eine unwahre Tatsache als Entschuldigung vorbringt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft.

Dasselbe gilt von einem Sachverständigen, welcher zum Erscheinen gesetzlich verpflichtet ist.

Die auf das Richtererscheinen gesetzten Ordnungsstrafen werden durch vorstehende Strafbestimmung nicht ausgeschlossen.

1. Zeugen und Sachverständige werden einberufen, um ein Zeugnis oder Gutachten abzulegen, Schöffen und Geschworene, um als Richter zu fungieren. Sie können sich dem Rufe dadurch entziehen, daß sie entweder nicht erscheinen, überhaupt nicht oder verspätet erscheinen oder sich vorzeitig entfernern, und dadurch, daß sie zwar erscheinen, aber die Ablegung des Zeugnisses und Gutachtens oder die Mitwirkung als Richter verweigern. Die Aufbäumung gegen eine gesetzliche Verpflichtung ist ein an sich nicht strafrechtlich zu ahnender Ungehorsam, wird aber

strafbar dadurch, daß der Gefpflichtete, um nicht als ungehorsam zu erscheinen, eine wesentlich unwahre, d. h. erdichtete oder entstellte Tatsache (§ 131 N. 3, 4a) als Entschuldigung angibt. Ob ihm eine wahre Tatsache zur Seite steht, deren Vorbringen ihn entschuldigt haben würde, ist gleichgültig: Oppenhoff-Delius N. 6. Auf den Erfolg, also darauf, ob infolge einer vorausgegangenen Entschuldigung Dispensation erteilt, oder ob die Entschuldigung für ungenügend erklärt ist und der Einberufene deshalb der Einberufung gehorcht hat, kommt es nicht an: Meyer II 154, Hälschner II 853 N. 2, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. für den zweiten Fall John S. S. III 197. D. h. es kommt nicht an für die Strafbarkeit an sich, wohl aber für die Strafzumessung, indem die Strafe leichter ausfallen wird, wenn der Einberufene nach Ablehnung seiner Entschuldigung erscheint, um so schwerer aber, wenn er trotz der Ablehnung im Ungehorsam verharrt.

Es fragt sich aber, ob § 138 auf beide obengenannten Formen des Ungehorsams Anwendung findet. Diese Frage wird bejaht von Berner 413, Binding Lehrb. II 550 (für Schöffen und Geschworene), Frank N. I, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 2. Dagegen beziehen den § 138 nur auf die Erscheinungspflicht Binding Lehrb. II 296 N. 2 (für Zeugen und Sachverständige), Hälschner II 853, John S. S. III 196, v. Liszt 603, Merkel 409, Olshausen N. 1. Die letztere Ansicht ist die richtige, wie sich aus Abf. 3 ergibt, denn dieser hält nur die Ordnungsstrafen für das Nichterscheinen aufrecht, würde also nach dem bekannten argumentum e contrario die Ordnungsstrafen für die Verletzung der weitergehenden Verpflichtung für aufgehoben erklären, falls § 138 sich auch auf die weitergehende Verpflichtung beziehe: das wird aber von keiner Seite angenommen, weder in der Theorie noch in der Praxis. Übrigens spricht auch Abf. 2 nur von der Verpflichtung zum Erscheinen.

2. Die Bestimmung bezieht sich auf alle Arten gerichtlichen Verfahrens, auf die ordentlichen und besonderen, Ehren-, Disziplinar- und Verwaltungsgerichte. Sie bezieht sich nicht auf die polizeilichen Erhebungen und nicht, wie Olshausen annimmt, auf die rein informativischen Untersuchungskommissionen des Preussischen Landtages (Preuß. Verf. Art. 82): Hälschner II 854, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1. Eine Paritionspflicht existiert nur gegenüber einer staatlichen Stelle; vgl. 3PD. 1035 (Schiedsrichter).

3. Erforderlich ist, daß die Einberufung in geschäftlicher Form, vor eine bestimmte Amtsstelle, zu einer bestimmten Zeit, auf einen bestimmten Ort erfolgt. Schöffen werden einberufen durch die Benachrichtigung über ihre Auslosung und die Sitzungstage (GWG. § 46), Geschworene durch die Ladung zur Eröffnungssitzung des Schwurgerichts (GWG. § 93). Das Vorherrszen unwahrer Tatsachen, um die Aufnahme in die Ur-, Jahres- oder Spruchliste zu verhindern, fällt somit nicht unter § 138: Binding Lehrb. II 550, Frank N. I, Hälschner II 854, Olshausen N. 5a, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 3. Ist eine gesetzlich unfähige Person in die Listen aufgenommen, ihr Name aber nicht in der Liste gestrichen (GWG. §§ 52 Abf. 1, 94) und sie daher einberufen, so hat sie der Einberufung zu folgen, und eine unwahre Entschuldigung löst die gesetzliche Strafe aus; a. M. Binding Lehrb. II 551, Olshausen N. 5b, v. Schwarze N. 1.

4. Die Entschuldigung muß bei derjenigen Amtsstelle angebracht werden, welche von der Erscheinungspflicht entbinden kann: Binding Lehrb. II 550, Frank N. I. Sie kann vorher und nachher, im letzteren Fall zwecks Abwendung einer noch nicht erkannten und zwecks Aufhebung einer bereits erkannten Ordnungsstrafe erfolgen: Binding und Frank a. a. O., Hälschner II 853, Merkel 409, Meyer-Allfeld 567, Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3 (Verweisung auf Hälschner); RG. 21./2. 89 C. 18 442, 19./1. 97 C. 29 315; a. M. wegen der nachträglichen Entschuldigung Berner 414.

5. Zu Abf. 3 ist zu beachten, daß die Strafe des § 138 und die Ordnungsstrafen unabhängig voneinander sind und die §§ 73, 74 keine Anwendung finden: v. Liszt 250, Olshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5.

§ 139.

Wer von dem Vorhaben eines Hochverrats, Landesverrats, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängnis zu bestrafen.

1. Die in Betracht kommenden Delikte sind:
- a) Hochverrat aus §§ 80—82, nicht auch aus §§ 83—86, welche nicht den Hochverrat selbst, sondern eine das hochverräterische Unternehmen vorbereitende Handlung betreffen: Binding Lehrb. II 678, Frank N. I, John S. S. III 200, v. Liszt 603, Olshausen N. 1a, v. Schwarze N. 7; a. M. Hälschner II 858, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1;
 - b) Landesverrat aus §§ 87—92;
 - c) Münzverbrechen aus §§ 146, 147, 149;
 - d) Mord aus § 211;
 - e) Raub aus §§ 249—251, nicht auch aus § 255: Binding und v. Liszt a. a. O., Olshausen N. 1c, Oppenhoff-Delius N. 1;
 - f) Menschenraub aus § 234;
 - g) gemeingefährliche Verbrechen aus §§ 306—308, 311—313 Abs. 1, 321 Abs. 2—324.
- Hinzu treten das Sprengstoffgef. v. 9. Juni 1884 § 13, das Spionagegef. v. 3. Juli 1893 und MilStGB. §§ 60, 77, 104. Landesgesetze, welche die Anzeigepflicht weiter ausdehnen, sind unglücklich: Binding Lehrb. II 676, Hälschner II 855 N. 2, Olshausen N. 1 letzter Abs., Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Wächter 260 N. 2.

2. Das „Vorhaben“ reicht vom Entschluß bis zur Vollendung einschließlich des Erfolges, bei fortbauenden Delikten, zu welchen das RG. auch die gemeingefährlichen Verbrechen bis zur Beseitigung der Gefahr rechnet, bis zum Abschluß der Fortdauer, allgemein gesprochen soweit, als die Erfüllung des objektiven Tatbestandes noch nicht vorliegt, also solange die Verhinderung wenigstens denkbar ist: Frank N. II, Hälschner II 857, 858, v. Liszt 603, Meyer-Alfeld 565, Olshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 7./6. 86 E. 14 242. Somit dauert die Anzeigepflicht auch nach verübtem Verbrechen fort; a. M. Binding Lehrb. II 673, John S. S. III 198, Schütze 102, 287 N. 34, welche die Anzeigepflicht endigen lassen, wenn ein Versuch, John sogar, wenn eine strafbare Vorbereitungshandlung vorliegt. Das Verbrechen hat derjenige nicht vor, der es nicht selbst begehen, sondern nur Andere dazu anstiften, auffordern, ihnen helfen will: Binding Lehrb. II 678, Olshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Wenn endlich nach der Meinung von Binding a. a. O., v. Liszt 603, Olshausen N. 2 Abs. 3 die geplante Handlung objektiv wie subjektiv als Verbrechen erscheinen muß, somit dem Vorhaben eines Unzurechnungsfähigen gegenüber die Anzeigepflicht entfällt, die irrige Annahme der Unzurechnungsfähigkeit also den Dolus ausschließt, so ist diese Ansicht allerdings mit der präventiven Tendenz des Gesetzes schwer vereinbar, aber gleichwohl unbestreitbar.

Nur mit Bezug auf das geplante Verbrechen besteht die Anzeigepflicht, nicht auch in bezug auf das begangene Delikt; vgl. jedoch Sprengstoffgef. § 13.

3. Der Anzeigepflichtige muß von dem Vorhaben „glaubhafte“ Kenntnis erhalten haben. Somit muß die ihm gewordene Kenntnis geeignet sein, seinen Glauben zu begründen, daß wirklich ein verbrecherisches Vorhaben vorhanden sei, und es genügt weder jede Nachricht, jedes Gerücht, noch wird ein jeden Zweifel ausschließendes Wissen verlangt. Das Erfordernis ist ein subjektives, ist rein auf die Persönlichkeit des Pflichtigen gestellt. Ergibt sich unter Berücksichtigung seiner Individualität aus den Umständen des konkreten Falles, daß ihm die Kenntnis nicht glaubhaft erschien, so genügt es nicht, daß sie einem Anderen, insbesondere dem Richter glaubhaft erschienen sein würde, und umgekehrt darf er, wenn ihm die Kenntnis glaubhaft erschien, nicht deshalb freigesprochen werden, weil ein Anderer sie nicht für glaubhaft erachtet hätte. Hiernit stimmen überein Binding Lehrb. II 674, Meyer II 154, Hälschner II 855, John S. S. III 199, v. Liszt 603, Merkel 401, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6, v. Schwarze N. 11, wogegen Frank N. VII 2, Meyer-Alfeld 565 N. 6 und Schütze 287 N. 34 objektive Glaubwürdigkeit für genügend halten.

4. Die Kenntnis muß zu einer Zeit erlangt sein, zu welcher die Verhütung des Verbrechens noch möglich ist, die Anzeige also den Destinatär so früh erreicht, daß dieser noch Verhütungsmaßregeln ergreifen kann. Dieses Zeitmoment ist objektiv zu beurteilen, ohne daß es auf die Meinung des Unterlassenden ankommt: Binding Lehrb. II 679, John S. S. III 200, Olshausen N. 4.

5. Die Anzeigepflicht ist sachlich eine absolute. Sie entfällt nicht dadurch, daß der Bedrohte in die Unterlassung der Anzeige einwilligt: Binding Lehrb. II 674, Olshausen N. 7, v. Schwarze N. 12. Auch nicht dadurch, daß ohne Wissen des Pflichtigen bereits ein Anderer Anzeige erstattet hat: Binding a. a. O. Wohl aber dadurch, daß die Behörde, der Bedrohte schon zuverlässige Kunde erhalten hat und der Pflichtige das weiß: Binding und Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. v. Schwarze a. a. O. Und ebenso dadurch, daß das Vorhaben durch den Pflichtigen selbst oder einen Dritten verhindert wird, weil dadurch die gesetzliche Bedingung der Strafbarkeit entfällt: Binding Lehrb. II 674, Frank N. VIII letzter Abs., v. Liszt 603, Olshausen, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. O.

6. Die Anzeigepflicht ist personell eine absolute. Sie trifft jeden, der von dem Vorhaben glaubhafte Kenntnis erlangt. Auch die zur Verweigerung des Zeugnisses gesetzlich befugten Personen sind von der Anzeigepflicht nicht befreit, da das Vorhaben nicht zu einer strafbaren Realisierung gediehen zu sein braucht und sie, wenn dies geschehen, durch die Anzeige des Rechtes, ihr Zeugnis zu verweigern, nicht verlustig gehen: Werner 414, Binding Lehrb. II 677, Frank N. VI 2, Hältschner II 857, v. Liszt 604, Merkel 401, Meyer-Altfeld 565, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 3 (speziell von den Beichtvätern), v. Schwarze N. 4 und RG. 15./5. 80 C. 2 57; a. M. Oppenhoff-Delius N. 10.

Dagegen sind nicht anzeigepflichtig:

a) der durch das Verbrechen Bedrohte, da eine ihm gemachte Anzeige genügt und ihm sowohl in diesem Falle, als auch wenn er anderweitig Kenntnis erhält, überlassen bleibt, Verhinderungsmaßregeln zu treffen: Binding Lehrb. II 677, Frank N. VI 1, Hältschner II 856, Olshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 11./4. 10 C. 43 342.

b) diejenigen, welche an dem Vorhaben als Täter, Anstifter, Gehilfen — anders die Begünstiger und Helfer — beteiligt sind, denn andernfalls würden sie möglicherweise von einer doppelten Bestrafung getroffen; das Anzeigengebot ist dem Verlesungsgebot subsidiär. Daher können diese Personen auch nicht Anstifter oder Gehilfen zum Unterlassen der Anzeige werden. Übereinstimmend Binding Handb. I 359 und Lehrb. II 676, Frank N. VI 2, Geyer II 154, Hältschner II 856, v. Liszt 604, Olshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 5. Mit Recht wird noch weitergegangen und die Anzeigepflicht überhaupt bei allen gelehnt, welche sich in irgendeiner Form an dem Vorhaben beteiligt haben, z. B. der von der Verabredung zurückgetretene Komplottant: Binding, Frank, Geyer, Olshausen, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 9 und RG. 25./9. 80 C. 3 1; a. M. Hältschner II 856. Dahin würde auch der Täter aus § 49a gehören.

7. Anzuzeigen ist nicht, wie Olshausen N. 8 aus dem Worte „hiervon“ folgert, daß der Anzeigende glaubhafte Kenntnis von dem Vorhaben erlangt habe, sondern das Vorhaben selbst: Binding Lehrb. II 679 N. 2. Die Anzeige muß so speziell sein, daß sie als Mittel zur Verhinderung des Vorhabens tauglich ist. Die Namhaftmachung einer bestimmten Person ist, wenn sie überhaupt möglich, nur dann erforderlich, wenn sie zur Verhütung des Verbrechens notwendig ist: Binding Lehrb. II 679, Frank N. V, Olshausen a. a. D.

8. a) Die Anzeige muß an die Behörde oder an die durch das Verbrechen bedrohte Person gemacht werden. Olshausen N. 9a und Oppenhoff-Delius N. 6 verstehen unter der Behörde die Polizeibehörde, wogegen richtiger diejenige Behörde als vom Gesetz gemeint zu erachten ist, von welcher der Anzeigende nach Lage der Sache am ersten ein Einschreiten erwartet, regelmäßig die örtlich nächste Behörde: Binding Lehrb. II 680, Frank N. III, Hältschner II 858, Rüdorff-Stenglein N. 7. Liegt der Behörde nicht selbst die Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln ob, so haben ihre Beamten, falls ihnen die Anzeige glaubhaft erscheint, sie bei Weidung eigener Strafbarkeit aus § 139 weiterzugeben: Binding II 680, Frank N. III 1. Sind mehrere Personen bedroht, so hat die Anzeige an alle zu erfolgen: Binding a. a. D., Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 7.

b) Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Anzeigepflichtige die freie Wahl zwischen der Behörde und der bedrohten Person. In Wirklichkeit liegt die Sache aber anders. Als bedroht im Sinne des § 139 ist stets nur eine ganz bestimmte, für den Pflichtigen als solche ohne weiteres erkennbare Person anzusehen, deren Rechte oder Rechtsgüter durch die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens unmittelbar verletzt oder gefährdet werden, die durch die Ausführung selbst betroffen und in ihren Rechten oder Rechtsgütern unmittelbar gekränkt wird. Nur wenn eine solche bestimmte Person existiert, kann die Anzeige auch an sie geschehen, in allen anderen Fällen, insbesondere beim Hoch- und Landesverrat, den Münz- und den gemeingefährlichen Verbrechen, nur an die Behörde. So Binding Lehrb. II 680, Frank N. II Abj. 2, Hältschner II 858, Olshausen N. 9 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 4./1. 84 C. 9 384, 11./4. 10 C. 43 342. Ferner ist die Anzeige an die Behörde zu erstatten, wenn dieser Weg allein Aussicht auf Erfolg verspricht: Binding Grundr. 182 und Olshausen a. a. D. Dies gilt auch dann, wenn der Bedrohte, weil er ein Kind, geistig oder körperlich unfähig oder abwesend ist, außerstande ist, die Anzeige entgegenzunehmen und zu verstehen oder sich gegen das Verbrechen zu sichern: Binding Lehrb. II 681, Frank N. III Abj. 2, Olshausen N. 9b, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. a. a. D. Nach der Meinung von Oppenhoff-Delius N. 7 ist bei Handlungsunfähigkeit die Anzeige stets an den gesetzlichen Vertreter zu richten.

Zur schwurgerichtlichen Verfahren sind, wenn der Verpflichtete das Wahlrecht hat, in der Frage beide Tatbestandsmomente nebeneinander zu stellen.

9. Die Anzeige muß eine rechtzeitige sein, d. h. sie muß bei dem Destinatar zu einer Zeit eingehen, zu welcher die Verhütung des Delikts noch möglich ist: Frank N. IV, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 8.

10. Das Delikt des § 139 ist ein echtes Unmijßdelikt. Die Strafbarkeit der Unmijßion ist dadurch bedingt, daß das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist. Der Nachweis, daß die Anzeige das Verbrechen und seinen Versuch nicht gehindert haben würde, wird, weil es sich nicht um ein Tatbestandsmoment, sondern um eine Bedingung der Strafbarkeit handelt, ebensowenig zugelassen, wie der Nachweis gefordert wird, daß bei erstatteter Anzeige Verbrechen und Versuch unterblieben wären; der Gesetzgeber stellt nach Bindings Ausdruck „eine unwiderlegliche Vermutung für diesen kausalen Zusammenhang“ auf: Binding Lehrb. II 682, Frank N. VIII, v. Liszt 603, Olshausen N. 11 Abj. 1. Daß das Verbrechen auch im konkreten Falle strafbar sei, ist nicht erforderlich, so daß durch den Eintritt eines Strafausschließungsgrundes beim vollendeten Verbrechen (vgl. z. B. § 310) die Strafbarkeit der Unterlassung der Anzeige nicht ausgeschlossen wird. Anders steht es beim Versuch. Der Versuch der Verbrechen, also auch der in § 139 aufgezählten, ist stets strafbar. Soll daher das Wort: „strafbarer Versuch“ eine Bedeutung haben, so ist der Gegenjah zum straflosen, also demjenigen Versuch gemeint, bei welchem wegen Nichttritts Straflosigkeit eintritt (§ 46). Vgl. Binding Lehrb. II 682, Olshausen N. 11 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 11; a. M. Frank N. VIII Abj. 2 und Hälschner II 859.

11. Gestritten wird darüber, ob das Delikt des § 139 Vorsah erfordert, oder ob auch die fahrlässige Unterlassung der Anzeige strafbar ist und die Nichtvorsäglichkeit nur auf die Strafzumessung von Einfluß ist. Der ersten Ansicht sind Binding Lehrb. II 681, Geyer II 154, v. Liszt 604 und v. Schwarze N. 15, wogegen Frank N. VII, Hälschner II 859, Merkel 401, Meyer-Altfeld 565, Olshausen N. 12 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 12, Schütze 102, 287 N. 34 und RG. 25./1. 12 C. 45 394 annehmen, daß es für die Erfüllung des Tatbestandes nicht darauf ankommt, welche dieser beiden Schuldformen vorliegt. Die letzteren Autoren operieren mit dem Begriff des Polizeidelikts, bei welchem die Fahrlässigkeit stets mitbestraft werde, was nach Bindings a. a. O. ferniger Behauptung „rein aus der Luft gegriffen ist“. Die ersteren, welche stets Vorsah verlangen, berufen sich darauf, daß das StGB., wo es über die Verschuldung schweige, Vorsah verlange und niemals Vorsah und Fahrlässigkeit unter derselben Strafe begreife. Auch dieser Grund ist irrig, wird auch von seinen Befürwortern nicht streng festgehalten, z. B. bei § 330 fallengelassen. Auch der Hinweis darauf, daß das Gesetz sowieso schon dem von dem Vorhaben Unterrichteten viel zuviel zumutet (Binding Lehrb. II 680 N. 6), und daß bei der Strafbarkeit der Nachlässigkeit sich ein unverständliches Verhältnis zwischen der Strafe aus § 139 zu der aus § 222 ergeben würde (Binding Lehrb. II 681), auch diese beiden Hinweise schlagen nicht durch. Dagegen gibt v. Liszt 604 den juristisch zutreffenden Grund an: wer als Täter oder Teilnehmer strafbar ist, kann nicht auch aus § 139 gestraft werden, dieser Subjektivität des § 139 würde es aber widerstreiten, Täterschaft und Teilnahme nur bei Vorsah (Verbrechen und Verbrechenversuch), die Nichtanzeige aber auch bei Fahrlässigkeit zu bestrafen.

Bezüglich des Vorsahes ist zu beachten, daß ein Irrtum über die juristische Bezeichnung des Delikts, z. B. ob Hoch- oder Landesverrat, irrelevant ist.

§ 140.

Wegen Verletzung der Wehrpflicht wird bestraft:

- 1) ein Wehrpflichtiger, welcher in der Absicht, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen, ohne Erlaubnis entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält: mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis von Einem Monat bis zu Einem Jahre;
- 2) ein Offizier oder im Offizierstande stehender Arzt des Wehrdienstes, welcher ohne Erlaubnis auswandert: mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten;
- 3) ein jeder Wehrpflichtige, welcher nach öffentlicher Bekanntmachung einer vom Kaiser für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr erlassenen besonderen Anordnung in Widerspruch mit derselben aus-

wandert: mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

Das Vermögen des Angeeschuldigten kann, insoweit als es nach dem Ermessen des Richters zur Deckung der den Angeeschuldigten möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe und der Kosten des Verfahrens erforderlich ist, mit Beschlagnahme belegt werden.

1. Die Wehrpflicht ist die Pflicht zur Dienstleistung in der bewaffneten Macht zu Wasser und zu Lande und dauert vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 45. Lebensjahre.

Die Militärpflicht ist die Pflicht, sich der Aushebung zur Dienstleistung zu unterwerfen. Sie beginnt mit dem 1. Januar desjenigen Jahres, in welchem der Wehrpflichtige das 20., und endigt nicht notwendiger Weise mit dem 1. Januar des Jahres, in welchem er das 27. Lebensjahr vollendet, wie Oppenhoff-Delius N. 10 meint, sondern dauert so lange, bis über die Dienstpflicht endgültig entschieden ist, möglicherweise also bis zum Ende der Wehrpflicht: Binding Lehrb. II 684, Hälschner II 993, Meyer-Alsfeld 568, Dshausen N. 13 Abs. 3, Schütze 288 N. 36.

Jeder Deutsche ist wehrpflichtig. Befreit sind aber die Mitglieder der regierenden sowie der mediatisierten vormals reichsfürstlichen und derjenigen Familien, denen die Befreiung zugesichert ist oder auf Grund besonderer Rechtsmittel zusteht. Ferner die von der Insel Helgoland herkommenden Personen und ihre vor dem 11. August 1890 geborenen Kinder.

Nur der Deutsche ist wehrpflichtig. Die Bestimmungen über den Erwerb und Verlust der Reichsangehörigkeit sind enthalten in dem Gesetz v. 22. Juli 1913; zu beachten ist, daß jemand Reichsangehöriger sein kann, ohne zugleich Angehöriger eines Bundesstaates zu sein. Die Reichsangehörigkeit muß zur Zeit der Tat vorhanden sein, und es kommt nicht darauf an, ob der Täter auch zur Zeit der Strafverfolgung Inländer ist: Binding Lehrb. II 687, Hälschner II 993, John S. S. III 203, v. Liszt 607, Meyer-Alsfeld 568, Dshausen N. 10 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 11, 11a. Eine Ausnahme ist getroffen durch die von den Vereinigten Staaten mit dem Norddeutschen Bunde am 22. Februar 1868 (wird tatsächlich auch für Elsaß-Lothringen als geltend behandelt) und bzw. am 26. Mai, 27. Juni, 19. Juli, 1. August 1868 mit Bayern, Württemberg, Baden und Hessen geschlossenen Verträge (sog. Bancroftverträge). Nach diesen Verträgen kann ein naturalisierter Bürger der Vereinigten Staaten, und zwar auch, wenn die Naturalisation erst in der Zwischenzeit zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Urteil erfolgt ist, bei einer etwaigen Rückkehr in das Reichsgebiet zwar wegen einer nach deutschen Gesetzen mit Strafe bedrohten Handlung, die er vor seiner Auswanderung verübt hat, zur Unterjuchung gezogen werden, nicht aber, falls er fünf Jahre lang ununterbrochen in den Vereinigten Staaten sich aufgehalten hat, wegen einer durch die Auswanderung verübten Straftat, mag auch die Verletzung der Wehrpflicht schon vor erfolgter Naturalisation vollendet gewesen und die Naturalisation zur Zeit der Aburteilung wieder verloren sein: Berner 416, Binding Lehrb. II 687, Hälschner II 993, John S. S. III 203, v. Liszt 607, Meyer-Alsfeld 569, Dshausen N. 10 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 20./1. 96 C. 28 127, 18./2. 97 C. 29 391.

Umgekehrt ist nach dem ReichsRG. § 11 auch ein früherer Deutscher wehrpflichtig, wenn er keine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und in Deutschland seinen Wohnsitz und den wirtschaftlichen Mittelpunkt seines Geschäfts- und Erwerbslebens nimmt; das gleiche gilt für seine Söhne, falls sie keine fremde Staatsangehörigkeit erworben haben: RG. 4./2. 89 C. 18 384, 21./10. 01 C. 34 408.

2. Das erste der in § 140 zusammengefaßten Delikte bezieht sich auf die Verletzung der Dienstpflicht im stehenden Heer und in der Flotte, d. h. bei der Fahne und bei der Reserve, nicht aber bei der Land- und Seewehr. Diejenigen, welche bereits dienen, und ebenso die vorläufig in die Heimat Beurlaubten (vgl. die Ausführungen zu § 10) fallen nicht unter Nr. 1, sondern unter die einschlagenden Bestimmungen des MilStGB.

a) Der Wehrpflichtige will sich dem Eintritt in den Dienst entziehen. Wenn das Gesetz diesen Willen als „Absicht“ bezeichnet, so ist es in der Tat ebenso uninteressant wie praktisch wertlos, Betrachtungen darüber anzustellen, ob das Gesetz unter Absicht Beweggrund, Endzweck usw. versteht. Absicht ist Wille und nichts anderes; der Täter will sich der Wehrpflicht entziehen und wählt als bewusst gewolltes Mittel den Aufenthalt im Auslande: Binding Lehrb. II 689, Geier II 161, Hälschner II 991, Meyer-Alsfeld 568 N. 8. Der Wille ist gerichtet auf eine dauernde, nicht bloß auf eine zeitweilige Entziehung; der Täter will „dem Vaterlande den Rücken kehren ohne den animus revertendi, solange die Wehrpflicht besteht“: Binding Lehrb. II 688.

b) Der Täter verläßt entweder das Reichsgebiet. Reichsgebiet ist das territoriale Gesamtgebiet der Bundesstaaten einschließlich des Reichslandes Elsaß-Lothringen, der Kolonien und Schutzgebiete (oben § 3 Nr. 3b). Das Verlassen ist vollendet, sobald die Grenzen dieses Gebiets überschritten sind: Binding Lehrb. II 688 und Dshausen N. 6a.

c) Oder er befindet sich bereits außerhalb des Reichsgebiets und stellt sich nicht zur Aushebung, obgleich dasjenige Jahr, in welchem er sein 20. Lebensjahr vollendet, bereits begonnen ist. Auch in diesem Fall ist das Delikt nicht ein Unterlassungs-, sondern ein durch Unterlassung verübtes Begehungsdelikt (§ 1 Nr. 1b): Dshausen N. 6b Abs. 1.

d) Der Täter muß ohne Erlaubnis handeln. Nach dem geltenden Recht kann aber die Erlaubnis gar nicht erteilt werden; daher ist der Wehrpflichtige immer strafbar. Sollte ihm das Verlassen oder Aufhalten gleichwohl „erlaubt“ werden, so wäre dies eine grobe Rechtswidrigkeit, und der Wehrpflichtige könnte sich nicht durch den Hinweis auf solche „Erlaubnis“ dekulpieren, da er sich, wenn er an ihre Zulässigkeit glaubt, in einem strafrechtlichen Irrtum befindet; a. M. Binding Lehrb. II 686 und Dshausen N. 5 Abs. 3. Der Auslandszettel ist nur ein Legitimationspapier und darf zudem den Wehrpflichtigen vor seinem Eintritt in Heer und Flotte nicht erteilt werden, ist also nicht die im Gesetz erwähnte „Erlaubnis“: Hälsschner II 991 Nr. 2 und Dshausen N. 5 Abs. 2; a. M. Dppenhoff-Dellus N. 9. Endlich die im Reichs-Indigenatges. v. 22. Juli 1913 § 19 genannte Genehmigung ist Vorbedingung für die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit, und wenn diese Entlassung erteilt worden, hat der Wehrpflichtige aufgehört, Deutscher zu sein, ist also nicht mehr wehrpflichtig: Hälsschner II 990, Dshausen N. 5 Abs. 1.

3. Nr. 2 regelt zusammen mit § 360 Nr. 3 die Materie der unerlaubten Auswanderung und bezieht sich auf die Offiziere und im Offizierang stehenden Ärzte des Beurlaubtenstandes, d. h. der Reserve, Land- und Seemehr. Derjenige wandert aus, der seinen Wohnsitz und den wirtschaftlichen Mittelpunkt seines Erwerbs- und Geschäftslebens in das Ausland verlegt und zugleich seine Angehörigkeit zum Deutschen Reich, und zwar dauernd aufgibt, womit allerdings vereinbart ist, daß der Täter nicht darauf verzichtet, je wieder in die Heimat zurückzukehren; dem Verlassen des Inlandes steht das Verweilen im Auslande gleich: RG. 1./5. 03 C. 36 241, 6./12. 04 C. 37 348, 28./4. C. 44 403. Um befugter Weise auszuwandern, bedürfen die genannten Personen der Genehmigung der Militärbehörde, welche wiederum die Verabschiedung seitens des Kontingentsherrn voraussetzt. Diese Genehmigung ist die vom Gesetz zur Straflosigkeit der Auswanderung verlangte Erlaubnis.

4. Nach Reichs-Indigenatges. v. 22. Juli 1913 § 22 kann für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr die Freiheit der Auswanderung durch besondere kaiserliche Anordnung beschränkt werden. Die Verletzung eines solchen Verbotes seitens der wehrpflichtigen Personen ist aber nicht besonders unter Strafe gestellt, würde daher teils gar keine Bestrafung, teils keine höhere als die in Friedenszeiten eintretende zur Folge haben. Hier greift die Nr. 3 des § 140 ein, welche somit nach dem Bindingschen Ausdruck ein Blankettstrafgesetz ist. Betroffen wird jeder Wehrpflichtige, nicht bloß Offiziere und Ärzte des Beurlaubtenstandes; er muß aber auswandern, nicht bloß das Reichsgebiet verlassen.

5. Der Versuch ist bei allen drei Delikten strafbar. Ein Versuch des Vergehens gegen Nr. 1 kann darin gefunden werden, daß der Wehrpflichtige in der vom Gesetz erforderten Absicht die Heimat verlassen und sich im Hafenort mit einer Fahrkarte zur Überfahrt nach dem Auslande versehen hat, an der Überfahrt aber durch seine Verhaftung gehindert wird: RG. 20./11. 80 C. 3 136.

6. Das Delikt erfordert Vorjah. Der Täter muß wissen, daß er Reichsangehöriger ist, und zwar muß er es wissen bei dem Beginn des militärpflichtigen Alters; ein Irrtum in dieser Beziehung ist ein staatsrechtlicher, also beachtlich: RG. 23./10. 08 C. 42 26.

7. Die Strafverfolgung verfährt in fünf Jahren. Die Delikte sind Dauerdelikte; sie werden solange verübt, als die Verletzung der Wehr- und der Militärpflicht durch fortdauernde Abwesenheit des Täters fortbesteht, und kommen zum Abschluß dadurch, daß der gesetzwidrige Zustand aufhört; so die Mehrzahl der Autoren und RG. 25./3. 81 C. 3 437, 28./1. 91 C. 22 161, 18./2. 97 C. 29 391; a. M. bezüglich Nr. 2 Binding Lehrb. II 690, bezüglich Nr. 2, 3 Merkel 403 und Dppenhoff-Dellus N. 21. Die Verjährung beginnt mit der Rückkehr ins Inland, gleichviel in welcher Absicht und für welche Dauer diese erfolgt: Dshausen N. 13 Abs. 2, Müdorff-Stenglein N. 7, Schüge 288 N. 36; RG. 28./1. 91 C. 22 161. Ferner mit dem Tage des Verlustes der Reichsangehörigkeit: 6./2. 93 C. 23 407, und mit der Beendigung der Wehrpflicht, im Fall der Nr. 1 mit der Militärpflicht. Die Aufhebung der kaiserlichen Verordnung ist, da sie nicht rückwirken kann, ohne Einfluß.

8. Über das Strafverfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, vgl. StP.D. §§ 470 ff., über das Verfahren bei der Weichlagnahme StP.D. §§ 480, 325, 326.

§ 141.

Wer einen Deutschen zum Militärdienste einer ausländischen Macht anwirbt oder den Werbem der letzteren zuführt, ingleichen wer einen Deutschen Soldaten vorzüglich zum Desertieren verleitet oder die Desertion desselben vorzüglich befördert, wird mit Gefängnis von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Das Gesetz stellt zwei selbständige Delikte unter dieselbe Strafandrohung. Jedes Delikt hat wieder zwei Modalitäten.

Zunächst ist strafbar, wer einen Deutschen zum Militärdienst einer auswärtigen Macht anwirbt oder den Werbem einer ausländischen Macht zuführt.

Das Subjekt bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Daß der Täter das Anwerben und Zuführen gewerbs- oder geschäftsmäßig betreibt (oben § 73 N. 5b), sodaß eine einmalige Handlung nur als Anstiftung zum eventuell straflosen Eintritt in den auswärtigen Militärdienst in Betracht kommen würde, wird vom Gesetz nicht gefordert: Binding Lehrb. II 702, Hälschner II 999, v. Liszt 604 N. 1, v. Schwarze N. 1; a. M. John S. S. III 206, Olshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 290 N. 39, während Frank N. I 1 sogar verlangt, „daß der Täter eine offiziell, wenn auch nur indirekt bestellte Mittelsperson der auswärtigen Regierung sei“. Objekt ist ein Deutscher, einerlei ob und in welchen Militärverhältnissen er steht: Binding Lehrb. II 703, John S. S. III 207, Merkel 403, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Schütze 290. Die ausländische Macht braucht nicht, wie Frank annimmt („Regierung“) ein Staat zu sein, sondern eine tatsächlich bestehende Gewalt, die eine militärische Truppe besitzt oder bilden will: Binding Lehrb. II 702. Was als Militärdienst dieser Macht anzusehen sei, bestimmt sich nach der Deutschen Militärgesetzgebung: Binding a. a. O. und Olshausen N. 2 Abs. 1. Werden als Mittel List, Drohung oder Gewalt angewendet, so greift § 234, ist die ausländische Macht eine feindliche, die §§ 89, 90 Nr. 3 Platz (Gesetzeskonkurrenz).

Der Täter wirbt entweder den Deutschen unmittelbar an. Anwerben ist nicht bloßes Anstiften, Bestimmen, sondern erfordert ein vertragsmäßiges Übereinkommen des Werbem und des Angeworbenen: Binding Lehrb. II 702, Hälschner II 999, John S. S. III 206, Olshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 3; unklar Schütze 290 N. 39. Oder er ermöglicht dem Werbem der ausländischen Macht, mit dem Anstimmern zum Eintritt in den ausländischen Militärdienst an den Deutschen heranzutreten. Mit dieser „Zuführung“ ist das Delikt vollendet, so daß es nicht zu einer Anwerbung gekommen zu sein braucht: Frank N. I 2, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 4.

2. Das zweite Delikt besteht darin, daß der Täter einen deutschen Soldaten zum Desertieren (Fahnenflucht) verleitet oder seine Desertion befördert.

a) Deutscher Soldat ist jede Person des deutschen Soldatenstandes (vgl. oben zu § 10), unangehören ihre Nationalität und den Rechtsgrund ihrer Angehörigkeit zum Soldatenstande (Gesetz, Vertrag): Binding Lehrb. II 700, 702 N. 5.

b) Desertion begehrt der Soldat, der sich in der Absicht, sich seiner Verpflichtung zum Dienste dauernd zu entziehen, unerlaubt entfernt: MilStGB. § 69. Will er sich nicht dauernd entziehen, so liegt das Delikt der unerlaubten Entfernung nach MilStGB. §§ 64, 65, 68 vor. Die Absicht der dauernden Entziehung kann auch nach Vollendung der unerlaubten Entfernung eintreten. Ob die unerlaubte Entfernung bzw. das Fernbleiben in dieser Absicht erfolgte, und durch welche Handlungen die Absicht zur Erreichung kam — z. B. Auswanderung in das Ausland, Eintritt in ausländischen Militärdienst —, ist eine von den Umständen des einzelnen Falles beeinflusste und der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogene Tatsache: RG. 3./2. 81 C. 3 375. Ob die Desertion vollendet oder im Versuch steckengeblieben ist, hängt davon ab, ob die objektiven Tatbestandsmerkmale der Entfernung, des Fernbleibens, der Urlaubsberechnung usw. bereits gegeben oder noch in der Ausführung begriffen sind, die Frage ist somit ebenfalls tatsächlicher Natur; das Verlassen der Garnison ist kein notwendiges Erfordernis, und auf der anderen Seite ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn im konkreten Falle die Vollendung der Fahnenflucht erst mit der Entfernung in das Ausland angenommen wird: RG. 31./3. 80 C. 6 7.

c) Der Deserteur will sich der Verpflichtung zum Dienste dauernd entziehen. Somit ist die Desertion ein Dauerdelikt und besteht bis zur Rückkehr des Täters in die Dienststelle: Binding Lehrb. II 700, Gejer II 162, Herz-Cruft 386 N. 2 zu § 141, Meyer-Alfeld 570, Olshausen N. 3; RG. 24./4. 06 C. 38 417. Dagegen sind Berner 417 N. 2, Frank N. II, v. Liszt 605, Merkel 404, Oppenhoff-Delius N. 10 und Rüdorff-Stenglein N. 2, sowie RG. 1./2. 82 C. 6 7 der Ansicht,

daß das Delikt mit der Vollenbung der Entfernung selbst vollendet, also kein Dauerdelikt sei, eine Differenz, welche für die Frage der Beförderung — unten d — von Wichtigkeit ist. Hierbei beschränken v. Liszt und Oppenhoff-Delius ihre Ansicht dahin, daß, damit die Desertion vollendet sei, der Deserteur an einen Ort gelangt sein müsse, wo er wenigstens einstweilen vor Verfolgung gesichert ist.

d) Die strafbare Handlung besteht darin, daß entweder zur Desertion verleitet oder sie befördert wird. Verleiten ist Anstiften, Befördern ist Hilfeleisten, welche beiden Formen der Teilnahme hier zu einem selbständigen Delikt erhoben sind, sodaß sie nicht als Teilnahme an dem militärischen Delikt gestraft werden können: Binding Lehrb. II 700, Frank N. II, Hälschner 999, 926, Herz-Ernst a. a. D. N. 3, v. Liszt 228 N. 6, 582, Mertel 404, Olshausen N. 4 Abs. 1 und N. 7, Schütze 290; RG. 10./11. 81 C. 5 125, 1./2. 82 C. 6 7. Die Versuche, das Verleiten von dem Anstiften, Bestimmen als einen weiteren, umfassenderen Begriff zu unterscheiden: v. Schwarze N. 4, sind in keiner Weise überzeugend. Verleiten ist Anstiften und nichts anderes: RG. 12./11. 79 C. 2 283. Eine Verleitung ist hiernach schon die bloße Aufforderung, vgl. § 110 N. 2. Von der Beförderung ist die nach der Begehung der Desertion geleistete Begünstigung (§ 257) zu unterscheiden. Dabei ist jedoch zu beachten, daß, weil die Desertion ein Dauerdelikt, die ihr während ihrer ganzen Dauer geleistete Beförderung unter § 141 fällt. Die Beförderung kann übrigens in Belehrung und Auskunft über Schritte bestehen, die erst nach Ausführung der Desertion durch den Deserteur vorgenommen werden sollen: RG. 20./1. 81 C. 3 280. Durch eine reine Unterlassung, z. B. Nichtanzeige, kann das Befördern nicht begangen werden: Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Delius N. 14.

3. Beide Delikte erfordern Vorsatz. Das ausdrückliche Verlangen des Vorsatzes bei dem zweiten hat die prozessuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit nicht berufen hat. Die Ansicht des RG. 15./12. 94 C. 26 314, 8./11. 95 C. 27 406, ein Irrtum darüber, ob jemand zu den Personen des Soldatenstandes gehöre, sei ein strafrechtlicher, falle also nicht unter § 59 Abs. 1, ist mit Binding Lehrb. II 701 N. 1, Olshausen N. 5 Abs. 2 und § 112 N. 3 und anscheinend RG. 23./10. 08 C. 42 26 für fehlerhaft zu erachten.

4. Ein Versuch des zweiten Deliktes ist nicht bloß dann strafbar, wenn die Desertion selbst im Versuch steckengeblieben ist, sondern auch dann, wenn sie gar nicht erst versucht wurde: Frank N. II, Geher II 162, Hälschner II 1000, Herz-Ernst 386 N. 5, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 11, Küddorf-Stenglein N. 6 und RG. 10./11. 81 C. 5 125, 13./4. 82 C. 6 167; a. M. Binding Lehrb. II 700, daß nämlich die Verleitung zu der versuchten Desertion schon vollendete Verleitung sei.

§ 142.

Wer sich vorsätzlich durch Selbstverstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen Anderen untauglich machen läßt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Jahre bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen Anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht.

1. Das Gesetz bedroht das Untauglichmachen zur Erfüllung der Wehrpflicht, und zwar in Abs. 1 durch den Wehrpflichtigen selbst, in Abs. 2 durch einen Anderen auf Verlangen des Wehrpflichtigen.

a) Subjekt des einen wie des anderen Deliktes ist eine nicht dem Soldatenstand angehörende Person, widrigenfalls MilStGB. §§ 81, 82 Anwendung finden.

b) Daß der Verletzte das Alter der Wehrpflichtigkeit bereits erreicht haben, also abgehehen von seiner Tauglichkeit bereits wehrpflichtig sein muß, wird zwar allgemein behauptet, ist aber richtiger mit Frank N. II Abs. 2 zu verneinen.

c) Die Wehrpflicht umfaßt alle militärischen Dienstzweige. Ihre Erfüllung besteht darin, daß man jedem militärischen Dienst genügt, zu welchem man tauglich und geeignet befunden wird. Wer absolut untauglich, ist überhaupt nicht wehrpflichtig und kann nicht erst untauglich gemacht werden: Binding Lehrb. II 697, Frank N. I, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 2. Unter Untauglichmachen im Sinne des Gesetzes ist aber nicht die Herbeiführung einer absoluten Dienstuntauglichkeit bei einer absolut diensttauglichen Person zu verstehen, sondern die Herbeiführung des Erfolges, daß der Verletzte nicht mehr in der Art und in dem Umfange zum Dienste tauglich ist, in welchem er es vorher war. Der Umstand, daß die herbeigeführte Untauglichkeit

auf eine einzelne Waffengattung beschränkt ist, kann nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen. So Berner 418, Hälschner II 994, v. Liszt 605, Merkel 404, Meyer-Walfeld 569, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 5./4. 83 C. 8 214, 13./11. 11 C. 44 264; a. M. Binding Lehrb. II 696, Johu S. S. III 205, v. Schwarze N. 2 und zweifelhaft Frank N. 1. Daß die Untauglichkeit eine lebenslängliche, wird nicht gefordert, während andererseits die nur vorübergehende Untauglichmachung, z. B. Herbeiführung einer Verletzung, die für eine Reserveübung dienstunfähig macht, nicht genügt: Binding Lehrb. II 694 N. 3, Frank a. a. O., Olshausen N. 2 Abs. 2; RG. 15./5. 00 C. 33 280.

d) Untauglichmachen ist stets im tatsächlichen, nicht im juristischen Sinne zu verstehen, die Zufügung wirklicher — körperlicher oder geistiger — Gebrechen, so daß nicht unter § 142 fällt, wer, um sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, absichtlich ein Delikt begeht, welches nach §§ 31 ff. die Unfähigkeit zum Dienste zur Folge hat: Binding Lehrb. II 694, Hälschner II 995, Meyer-Walfeld 569, Olshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 2a, Schütze 289; a. M. v. Schwarze N. 5. Im übrigen sind die Mittel der Untauglichmachung gleichgültig („auf andere Weise“).

e) Die Untauglichkeit muß in dem Zeitpunkte vorliegen, in welchem die Ober-Ersatzkommission endgültig über die Wehrpflichtigkeit entscheidet: Binding Lehrb. II 695, Hälschner II 995, Olshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 289, v. Schwarze N. 2.

f) Die von der Ersatzbehörde hinsichtlich der Tauglichkeit getroffene Entscheidung ist für das Gericht bindend: RG. 13./11. 11 C. 44 264.

2. Abs. 1 behandelt den Fall, daß der Verletzte sich selbst untauglich macht oder sich durch „einen Anderen untauglich machen läßt“. Von wem dieser Andere angestiftet, und ob er handlungsfähig oder handlungsunfähig ist, vorsätzlich und mit Bewußtsein oder unwissentlich und unwillentlich handelt, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 698, Frank N. II 1, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4; abweichend verlangt Hälschner II 995 vorsätzliches Handeln.

3. Wer den Täter anstiftet oder ihm Beihilfe leistet, wird nach den allgemeinen Regeln über Teilnahme bestraft: Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 289 N. 37. Wer aber auf Verlangen des Untauglichzumachenden diesen untauglich macht, erfüllt den Tatbestand des in Abs. 2 mit der gleichen Strafe bedrohten zweiten Delikts. Erforderlich ist also ein Verlangen. Ob hierunter auch die Einwilligung, Zustimmung zu verstehen ist, wie Hälschner II 996, Olshausen N. 5 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 9 und Rüdorff-Stenglein N. 5 meinen, oder mit Binding Lehrb. II 697 N. 1 wie bei der Tötung des § 216 ein „ausdrückliches und ernstliches Verlangen“, kann zweifelhaft sein, muß aber, damit nicht die Unterscheidung dieses „Anderen“ mit dem „Anderen“ des ersten Absatzes verschwindet, im Sinne der zweiten Alternative genommen werden. Wo dieses Verlangen fehlt, kann, soweit nicht eine Einwilligung, Zustimmung die Rechtswidrigkeit aufhebt (vgl. § 223 N. 5a), wegen Körperverletzung bestraft werden.

4. Beide Delikte verlangen Vorsatz. Das ausdrückliche Verlangen des Vorsatzes in Abs. 1 hat die prozessuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit nicht berufen hat.

§ 143.

Wer in der Absicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht ganz oder teilweise zu entziehen, auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, wird mit Gefängnis bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafvorschrift findet auf den Teilnehmer Anwendung.

1. Die Absicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen — vgl. § 140 N. 1, 2a — ist ferner dann strafbar, wenn der Täter zwecks ihrer Realisierung auf Täuschung berechnete Mittel anwendet. In Abweichung von der Formulierung der §§ 140, 142 erstreckt das Gesetz seine Strafandrohung ausdrücklich auf die teilweise Entziehung. Hierbei ist das Wort „teilweise“ sowohl ratione temporis als auch ratione modi gemeint; die Absicht kann also auf eine andere — nicht frühere, sondern spätere — Dienstzeit oder kann auf eine andere, angenehmere oder bequemere Art des Dienstes gerichtet sein: Hälschner II 997, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 289; RG. 26./7. 83 C. 9 88, 15./5. 00 C. 33 280. Wenn Binding Lehrb. II 693, dem Olshausen in Widerspruch mit sich selbst zustimmt, die Täuschung zu dem Zwecke, lediglich für ein bis zwei Jahre eine Zurückstellung oder die zeitliche Verschiebung einer Übung zu erlangen, für nicht unter § 143 fallend erklärt, weil die Absicht hier auf volle Erfüllung der Wehrpflicht gerichtet sei, so ist das nicht richtig, denn zur vollen Erfüllung der Wehrpflicht gehört

auch die Erfüllung zur bestimmten Zeit; man denke doch nur an den Fall, daß der Täter die Zurückstellung zur Zeit einer Mobilmachung erlangen will. Gegen Bindung auch Frank N. II.

2. Die Mittel, welche der Täter anwendet, brauchen nicht zur Täuschung geeignet, müssen aber auf Täuschung berechnet, also angewendet sein, um zu täuschen. Über die Frage, was denn eigentlich unter diesen auf Täuschung berechneten Mitteln zu verstehen sei, gehen die Meinungen in wunderbarer Weise auseinander; vgl. z. B. Bindung Lehrb. II 693, v. Liszt 606 und Olshausen N. 2 Abs. 1. Am richtigsten wird das Wort mit Olshausen im weitesten Sinne genommen, also als jede in Geberde, Wort, Tat bestehende Tätigkeit, durch welche der Täter eine zur Entscheidung über seine Wehrpflichtigkeit berufene Behörde in den irrigen Glauben versetzen will, daß ihm überhaupt oder für eine bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Art der Dienstverrichtung ein Befreiungsgrund zur Seite stehe. Daß die Lüge, d. h. das wissentlich unwahre Vorschützen von Befreiungsgründen, ihr mag nun geglaubt werden oder nicht, ein auf Täuschung berechnetes Mittel ist, sollte füglich nicht bestritten werden und wird von Bindung, v. Liszt (unter einer wohl immer eintreffenden Bedingung) und Olshausen a. a. O., Hälschner a. a. O. N. 4 und Meyer-Altfeld 569 angenommen. Es wird aber bestritten von Frank I Abs. 2, Dppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 1 und RG. 26./7. 83 C. 9 88. Nach dieser bestrittenen Ansicht genügt Lügen nicht, da Lüge und Täuschung identisch seien (kann man nicht unter Umständen dadurch täuschen, daß man die Wahrheit sagt?): vielmehr müßten irgendwelche auf Täuschung berechnete Mittel zum Zwecke der Bewahrheitung und Beglaubigung der unwahren Behauptung angewendet sein. Am wenigsten genüge es, wenn Krankheit oder ein körperliches Gebrechen vorgeschützt würden, wofern nicht der Täter äußere Symptome vorpiegeln, welche der unwahren Behauptung den Schein der Wahrheit zu geben geeignet wären.

3. Das Mittel muß angewendet, d. h. es muß zur Täuschung derjenigen Behörden und Beamten benutzt werden, welche berufen sind, an der Entscheidung über die Erfüllung der Wehrpflicht in irgendeiner Instanz mitzuwirken: Meyer-Altfeld 569, Olshausen N. 3, Dppenhoff-Delius N. 6; RG. 26./7. 83 C. 9 88. Daß es Erfolg habe, ist nicht erforderlich.

4. Nach Frank N. II, Olshausen N. 2 Abs. 2 und Dppenhoff-Delius N. 2 ist der Täter auch dann strafbar, wenn Befreiungsgründe vorliegen, er also in Wirklichkeit gar nicht wehrpflichtig ist. Aber wie es möglich sein soll, sich einer gar nicht bestehenden Dienstpflicht zu entziehen, ist nicht einzusehen, wenn man auch deswegen nicht mit Bindung Lehrb. II 692 von einem Wahndelikt zu sprechen braucht. In der Tat führt die irrige Ansicht von Frank usw. zu geradezu absurden Resultaten. Um ein Beispiel zu nehmen. Ein nicht wehrpflichtiger Nichtdeutscher, der sich aber irrtümlich für einen Deutschen hält, sucht die Behörde durch täuschende Mittel zu der Ansicht zu bringen, daß er ein Nichtdeutscher sei. Obgleich seine Behauptung der Wahrheit entspricht, müßte er nach Frank usw. wegen der von ihm benutzten Mittel bestraft werden.

5. In Abs. 2 wird der Gehilfe gegen § 49 der Täterschaft unterworfen. Aus welchem Grunde, geht aus dem gesetzlichen Materialien nicht hervor. Dagegen bleibt straflos, wer die Behörde selbständig hinter dem Rücken des Wehrpflichtigen zu täuschen sucht: Bindung Lehrb. II 693, Schütze 289 N. 38.

§ 144.

Wer es sich zum Geschäfte macht, Deutsche unter Vorpiegelung falscher Tatsachen oder wissentlich mit unbegründeten Angaben oder durch andere auf Täuschung berechnete Mittel zur Auswanderung zu verleiten, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Täter dieses Delikts ist jeder, der, auch ohne Auswanderungs-Unternehmer oder -Agent im Sinne des Gesetzes über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 §§ 1, 11 (Reichs-Gesetzbl. S. 463) zu sein, es sich zum Geschäfte macht, Deutsche durch Täuschung zum Auswandern zu verleiten. „Es sich zum Geschäfte machen“ bedeutet ein geschäftsmäßiges Handeln; vgl. dazu § 73 N. 5b Abs. 3. Objekt des Delikts sind Deutsche, welche noch nicht ausgewandert sind. Zum Verleiten vgl. § 141 N. 2d; die Ansicht von Bindung Lehrb. II 911, John S. S. III 210 und Dppenhoff-Delius N. 5, daß auch der zur Auswanderung bereits Entschlossene — der omnimodo facturatus — verleitet werden könne, ist irrig; Frank N., Hälschner II 850, Meyer-Altfeld 531, Olshausen N. 2 Abs. 2. Aus dem Erfordernis des Geschäftsmäßigen ergibt sich, daß es sich um die Verleitung nicht bloß eines einzelnen Deutschen, sondern um Deutsche in unbestimmter Vielheit handeln muß; Hälschner a. a. O., Olshausen N. 2 Abs. 1. Auf den Erfolg des Verleitens kommt es nicht an; Hälschner II 551, Olshausen N. 2 Abs. 2. Zum Auswandern vgl. § 140 N. 3.

2. Die Verleitung ist nur strafbar, wenn sie durch auf Täuschung berechnete Mittel geschieht. Vgl. hierzu § 143 N. 2, wonach die vom Gesetz genannten besonderen Mittel nur als entbehrliche

Beispiele dienen: Binding Lehrb. II 911 N. 5, Hälschner II 850 N. 5. Die Geschäftsmäßigkeit muß sich nicht nur auf das Verleiten, sondern auch auf die Mittel beziehen; daher fällt nicht unter § 144, wer die auf Täuschung berechneten Mittel nur im einzelnen Fall anwendet: Binding Lehrb. II 912, Frank N., Merkel 351, Meyer-Malfeld 531, Oshausen N. 3 Abs. 1, Schütze 290, v. Wächter 461; a. M. John S. S. III 210, Rüdorff-Stenglein N. 4.

3. Das Delikt erfordert Vorsatz, also Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente. Das ausdrückliche Verlangen des Wissens hat die prozessuale Bedeutung, daß der Richter es auch dann ausdrücklich feststellen muß, wenn sich der Täter auf Unkenntnis nicht berufen hat.

§ 145.

Wer die vom Kaiser

zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See,

über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße von Schiffen auf See, oder

in Betreff der Not- und Lootsensignale für Schiffe auf See und auf den Küstengewässern

erlassenen Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu eintaufendfünfhundert Mark bestraft.

1. Dieses Blantettstrafgesetz erhält seine materielle Ausfüllung durch folgende Kaiserlichen Verordnungen:

- a) Seestraßenordnung v. 5. Febr. 1906 (Reichs-Gesetzbl. S. 120);
Verordn. über die Abblendung der Seitenlichter und die Einrichtung der Positionslaternen auf Seeschiffen v. 16. Okt. 1900 (Reichs-Gesetzbl. S. 1008);
Verordn. betr. das Ruderkommando v. 18. Okt. 1903 (Reichs-Gesetzbl. S. 283; Binding Lehrb. II 58 N. 4 bezweifelt die Rechtsgültigkeit);
- b) Verordn. über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße von Schiffen auf See v. 15. Aug. 1876 (Reichs-Gesetzbl. S. 189);
Verordn., betr. Ergänzung der Verordn. über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße von Schiffen auf See v. 15. Aug. 1876, v. 29. Aug. 1889 (Reichs-Gesetzbl. S. 171).
- c) Lotsen-Signalordnung v. 7. Febr. 1907 (Reichs-Gesetzbl. S. 27);
Verordn., betr. die Lichter- und Signalführung der Fischerfahrzeuge und der Lotsen-Dampffahrzeuge v. 10. Mai 1897 (Reichs-Gesetzbl. S. 215).

2. In Betracht kommen alle auf See gehenden Schiffe, auch die nur zum Vergnügen dienenden offenen Segelboote: RG. 21./9. 88 C. 18 89, und ebenfalls solche, welche keine Segel führen und nur darauf angewiesen sind, im Schlepptau fortbewegt zu werden, wie sog. Prahme: RG. 24./4. 90 C. 20 372.

3. Ist, wie in den meisten Fällen, die Zuwiderhandlung gegen die genannten Verordnungen im Auslande begangen, so gelten die allgemeinen Regeln: Frank N., Oshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 3. Wenn Binding Lehrb. II 59 N. 1 — siehe auch Handb. I 434 — die Handlungen für strafbar erklärt, „sowohl wenn sie von fremden Schiffen — Schiffe ist wohl nur Schreib- oder Druckfehler! — „in deutschen Gewässern, als wenn von deutschen „Schiffen in fremden Gewässern oder auf offenem Meere verübt“, so ist zu dieser Abweichung von den allgemeinen Regeln über die örtliche Geltung der Strafgesetze, welche in den Kaiserlichen Verordnungen nicht ausgesprochen ist, der Kaiser durch das ihm an sich nicht zustehende, sondern ad hoc verliehene Verordnungsrecht keineswegs ermächtigt.

4. Das Gesetz äußert sich nicht darüber, ob das Delikt Vorsatz verlangt oder auch Fahrlässigkeit genügen läßt. Die bisher erlassenen Kaiserlichen Verordnungen lassen aber keinen Zweifel darüber zu, daß sie sich gegen beide Schuldformen wenden, und dies gilt daher auch von § 145. So, z. B. mit unnötiger Hinzuziehung des richtiger von dem Strafrecht fernzuhaltenden polizeilichen Standpunktes, Werner 131 N. 1, Binding Lehrb. II 59, Frank N., Hälschner II 987, v. Liszt 645, Löning 30, Oshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 25./1. 12 C. 45 394.

§ 145a.

Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, die dem fünften Teile des Nennwerts der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber dreihundert Mark beträgt.

1. Diese zur strafrechtlichen Verstärkung des in BGB. § 795 ausgesprochenen Verbotes der nicht genehmigten Ausgabe von Inhaberpapieren dienende Bestimmung setzt voraus, daß die Papiere auf den Inhaber und auf eine bestimmte Geldsumme lauten, und daß sie im Inlande und ohne staatliche Genehmigung ausgestellt und in Verkehr gebracht werden. Strafbar ist weder das Ausstellen noch das Inverkehrbringen allein, sondern beides muß in Verbindung miteinander erfolgen, so daß ein Dritter, welcher das Papier ohne Wissen und Willen des Ausstellers in Verkehr bringt, nicht nach § 145a strafbar ist: Frank N. II, Olshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 29./6. 00 C. 33 329. Inverkehrbringen ist nicht, wie das RG. und Oppenhoff-Delius a. a. O. annehmen, das Setzen in Zirkulation, sondern Veräußern: Frank und Olshausen a. a. O. Die Schuldverschreibung muß endlich eine verzinsliche sein, widrigenfalls die eine härtere Strafe androhende spezielle Bestimmung des Bankgesetzes v. 14. März 1875 § 55 (Reichs-Gesetzbl. 177) Anwendung findet.

2. Das Delikt erfordert Dolus. Dieser ist ausgeschlossen, wenn der Täter irrtümlich die staatliche Genehmigung für erteilt erachtet: Binding Lehrb. II 330 (331) N. 4; a. M. wegen des angeblichen polizeilichen Charakters des Delikts Frank N. IV, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 4.

Achter Abschnitt.

Münzverbrechen und Münzvergehen.

1. Die systematische Stellung der von v. Liszt 514 in treffender Kürze als „rechtswidrige Handlungen in bezug auf bestimmte Wertzeichen“ charakterisierten Münzdelikte ist in den verschiedenen Lehr- und Handbüchern eine verschiedene, wobei natürlich jeder Autor seine Systematisierung für richtig, die der anderen Autoren für irrig erklärt. Nach Merkel 363 und H. S. III 215 gehören sie „zur Gruppe der Fälschungsdelikte. Sie gefährden den Kredit der Wert- und Echtheitszeichen des Geldes oder der ihm gleichgestellten Kreditpapiere und damit zugleich diejenigen Interessen, für welche dieser Kredit bedeutsam ist. Dies aber sind erstlich die allgemeinen Verkehrsinteressen, da das Vertrauen in die Echtheit und die Vollwertigkeit der zirkulierenden Zahlungsmittel und Kreditpapiere eine der Grundlagen eines geordneten Verkehrs bildet; ferner die Interessen des Staates oder sonstigen Subjektes, dessen Geld oder Kreditpapiere dabei in Frage kommen.“ Diese Merkelsche Auffassung ist trotz aller Abweichungen im einzelnen überwiegend von der Theorie angenommen. Binding Lehrb. II 108 ff. bildet die Gruppe „die Verbrechen wider die Beweismittel und die Be glaubigungszeichen“ und rechnet zu den „Verbrechen wider den Beweis mit Beweismitteln“ die Eides- und Urkundendelikte sowie die Weigerung des Zeugnisses und des Gutachtens, zu den „Verbrechen wider den Beweis mit Be glaubigungszeichen“ an erster Stelle die Münzdelikte.

Das StGB. scheidet die Münzdelikte von den Urkundendelikten, so daß jede Idealkonkurrenz ausgeschlossen ist. Die Interessen, welche es schützen will, sind von Merkel richtig bezeichnet. Vielleicht hätte es fortrekter auch die §§ 275, 276, soweit sie sich auf die Post- und Telegraphenwertzeichen beziehen, hierher gezogen. Vgl. außerdem § 360 Nr. 4, 5, 6.

2. Geld ist jeder Gegenstand, welcher von einer zuständigen Stelle die Bestimmung erhalten hat, als allgemeiner Wertmesser und Kaufsmittel zu dienen, und auf welchem diese Bestimmung zum Ausdruck gebracht ist. Ist die Bestimmung nicht vorhanden, wie bei historischen und verurtenen Münzen und bei den sog. Blüthen, so ist der Gegenstand kein Geld, kann also nur als Mittel zum Betrage dienen. Ebenso sind kein Geld im Sinne des Abschn. 8 diejenigen Wertmesser und Kaufsmittel, auf welchen ihre Bestimmung nicht zum Ausdruck gebracht ist, z. B. die Kaurimuscheln.

3. Die Münzverbrechen — §§ 146, 147 — sind auch dann strafbar, wenn sie von einem Deutschen oder Ausländer im Auslande begangen sind (§ 4 Nr. 1), die Münzvergehen, welche

im Auslande begangen werden, nur, wenn der Täter ein Deutscher, das Delikt auch am Begehungs-
orte mit Strafe bedroht und eventuell von der ausländischen Behörde die Bestrafung beantragt
ist. Der internationale Gesichtspunkt zeigt sich auch darin, daß nicht nur das inländische, sondern
auch das ausländische Geld usw. geschützt wird.

4. Die Ordnung des Münzwesens ist nach Reichs-Verf. Art. 4 Nr. 3 Reichssache, daher
für die Landesgesetzgebung kein Raum: Binding Handb. I 322, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stengle-
lein N.

§ 146.

Wer inländisches oder ausländisches Metallgeld oder Papiergeld nachmacht,
um das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu
bringen, oder wer in gleicher Absicht echtem Gelde durch Veränderung an
demselben den Schein eines höheren Werts oder verurtheiltem Gelde durch Ver-
änderung an demselben das Ansehen eines noch geltenden gibt, wird mit Zucht-
haus nicht unter zwei Jahren bestraft; auch ist Polizei-Aufsicht zulässig.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

1. Das Gesetz stellt zwei verschiedene Delikte unter dieselbe Strafandrohung, nämlich die
Falschmünzerei und die in zwei Formen auftretende Münzfälschung: Frank N. I Abs. 1 und
Olshausen N. 1; a. M., nämlich, daß es sich nur um Ein Delikt mit mehreren besonders hervor-
gehobenen Arten handelt, Binding Lehrb. II 312. Das strafrechtliche Kriterium beider ist die
Abficht, das Produkt der verbrecherischen Tätigkeit als echtes, als mehrwertiges echtes, als noch
geltendes Geld in Verkehr zu bringen. Beide Delikte beziehen sich auf Geld, vgl. N. 2 zu Abschn. 8,
und zwar auf inländisches wie ausländisches, Metall- wie Papiergeld. Ob das Geld noch Kurs
hat, ist gleichgültig. Daher kann das Delikt an ausländischem Gelde auch dann begangen werden,
wenn sein Umlauf im Inlande verboten ist: Binding Lehrb. II 313, Frank Abschn. 8 N. I Abs. 2,
Hälshner II 573, Olshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3.
Umgekehrt ist die Nachmachung verurtheilten Geldes — und ebenso der historischen Münzen —,
weil dieses rechtlich kein Geld mehr ist (Abschn. 8 N. 2), auch dann nicht als Münzdelikt, wohl
aber seine Verwendung ev. als Betrug strafbar, wenn es trotz des Verurthes tatsächlich noch kursiert:
Berner 423, Binding Lehrb. II 314, 315, 317, Frank, Hälshner und Olshausen a. a. D., Meyer-
Allfeld 614, Schütze 301 N. 9; a. M. Mertel S. 5. III 220 N. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-
Stenglein N. 3, v. Wächter 464. Ist die Verurtheilung nur eine teilweise, wohl dem allgemeinen
Verkehr, nicht aber den Einlösungsstellen gegenüber, so ist das verurtheilte Geld gleichwohl noch
Geld: Binding Lehrb. II 314.

2. Das erste Delikt ist das Falschmünzen, das rechtswidrige Nachmachen echten, also An-
fertigen unechten Geldes. Nachmachen ist Nachahmen. Daher muß das Nachbild dem Vorbild
so ähnlich sein, daß im gewöhnlichen Verkehr, welcher das einzelne Geldstück nicht jedesmal auf seine
Echtheit sorgfältig zu prüfen pflegt, eine Täuschung herbeigeführt, die Möglichkeit eines, wenn
auch nur kurzen Umlaufes gegeben wird; wird eine solche Ähnlichkeit nicht erreicht, so liegt nur
Versuch des Delictes vor: Berner 423, Frank N. I 1, v. Liszt 516, Mertel 363, Meyer-
Allfeld 615, Olshausen Nr. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 301, v. Wächter 464
(„so nachgemacht, daß das nachgemachte den Schein echten Geldes an sich trägt“); RG. 27./3. 82
E. 6 142; a. M. Binding Lehrb. II 315 und Hälshner II 574, nach denen es auf den Grad der
Ähnlichkeit gar nicht ankommt. Auf den Feingehalt kommt es nicht an, so daß das Verbrechen
auch dann vorliegt, wenn das Falschmünzen einen größeren Metallwert hat als das echte Geldstück;
die echten Reichsscheidemünzen stehen infolge des Sinkens des Silberpreises erheblich hinter
dem Normalwert zurück: Berner 422, Binding Lehrb. II 315, Hälshner II 575, v. Liszt 516,
Meyer-Allfeld 614, Olshausen N. 7, Schütze 301, v. Wächter 465. Falschmünzen ist auch das
bei Goldmünzen geübte Ausschalen, wenn nämlich der Täter die beiden geprägten Flächen aus-
einander sät, das dazwischen liegende Gold wegseilt und dann die beiden Flächen auf anderes
Metall aufsetzt: Berner 422 (nimmt Münzfälschung an), Binding Lehrb. II 327, Meyer-Allfeld
616 N. 20, Olshausen N. 3 Abs. 2. Hierdurch wird, wenn auch unter Benutzung von Bestandteilen
echten, falsches Geld gemacht und nicht, wie Hälshner II 582 N. 2, v. Liszt 517 und Oppenhoff-
Delius N. 8 meinen, nur das Vergehen des § 150 verübt, da die verringerte Münze, von dem
Metallverlust abgesehen, daselbe Stück bleiben muß, das sie ursprünglich war. Falschmünzen
ist es auch, wenn schon vorhandene falsche Münzen den — gleich- oder mehrwertigen — echten
ähnlicher gemacht werden: Binding Lehrb. II 315, Olshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius
N. 6. Gestritten wird darüber, ob der Tatbestand auch dann vorliegt, wenn das Vorbild gar nicht

existiert, das Nachbild also nach Bindings Ausdruck eine „Phantasiemünze“ ist. Gegen Oppenhoff-Delius N. 3 und Wachenfeld H. 315 ist die Frage mit Frank N. I. 1, Binding Lehrb. II 315, v. Liszt 516 und Olshausen N. 3 Abf. 2 zu bejahen.

3. Die Münzfälschung ist in zwei Formen strafbar.

Entweder der Täter verändert echtes Geld zu dem Schein höheren Wertes. Darüber, wie dies zu geschehen hat, gibt das Gesetz keine Bestimmungen. Die Veränderung braucht somit beim Metallgelde weder das Gepräge noch den Feingehalt zu ergreifen, liegt also schon in dem Verfilbern oder Vergolden einer Kupfer-, Nickel-, Silbermünze: Binding Lehrb. II 317, Frank N. I 2a, Hälschner II 575, Meyer-Altfeld 614 N. 9, Olshausen N. 8 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. Berner 422; weil weder am Gepräge noch am Gehalt gefälscht werde, die Münze somit eine „richtige“ bleibe, liege nur Herstellung eines Betrugsmittels vor.

Oder der Täter verändert verrufenes, also nicht mehr geltendes Geld zu dem Schein eines noch geltenden. In Wirklichkeit ist diese Operation nicht Münzfälschen, sondern Fälschmünzen unter Benutzung eines Stoffes, der früher Geld war, zum Zweck des Nachahmens geltenden Geldes. Wer ausländischen Papieren durch Fälschung des Stempels den Anschein gibt, als wären sie im Inlande zugelassen, begeht kein Münzdelikt, sondern eine Urkundenfälschung nach §§ 275, 276; RG. 11./4. 92 C. 23 50.

4. Das Nachmachen, Verändern muß geschehen, um das Produkt als echtes, mehrwertiges, noch geltendes Geld zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen. Hierauf muß die Absicht, d. h. der Wille gerichtet sein, so daß ein eventueller Dolus nicht ausreicht: Olshausen N. 4. Fehlt diese Absicht, so greift bei Papiergeld möglicherweise § 360 Nr. 6 Nag.

Wie aus dem Worte „sonst“ hervorgeht, nimmt das Gesetz das Gebrauchen nur als eine Unterart des Inverkehrbringens: Berner 423, Binding Lehrb. II 319, Frank N. II, Hälschner II 576, v. Liszt 516, Meyer-Altfeld 615, Olshausen N. 5. Der Täter will das Geld verausgaben, es derartig aus seinem Gewahrsam entlassen, daß der Empfänger daran die freie Verfügung erlangt, und zwar indem er das Geld „gebraucht“, d. h. selbst als echt ausgibt, oder indem er es „sonst“ in Verkehr bringt, etwa durch Übergebung an einen Dritten. Es wird in Verkehr gebracht, wenn es, z. B. ein nachgemachtes Kaiser-Friedrich-Zwei- oder Fünfmärkstück, an einen Münzsammler verkauft wird: Binding Lehrb. II 320 und Olshausen N. 6; a. M. Frank N. II und Oppenhoff-Delius N. 9. Oder es wird als Kaution hingegeben, auch wenn diese nicht in genere, sondern in specie zurückgegeben werden soll, weil, wenn die Sicherheit verfällt, der Empfänger ein Verfügungsrecht erhält: Binding, Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O., Hälschner II 576, Merkel S. S. III 221, v. Wächter 466; a. M. Frank N. II. Kein Inverkehrbringen ist das bloße Vorzeigen, also ohne das falsche Geld aus der Hand zu geben: Gener II 98, v. Liszt, Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O. In dem Anbieten ohne endgültige Verausgabung liegt unter Umständen ein Versuch des Inverkehrbringens.

Die hier für richtig erachtete Ansicht über das Gebrauchen ist jedoch bestritten, indem Merkel 364 und S. S. III 222, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 302, v. Schwarze N. 3 und RG. 28./5. 86 C. 14 161 unter dem Gebrauchen die nicht im Inverkehrbringen bestehende Benutzung verstehen, z. B. die Vorzeigung des Fälschmittels behufs Kreditverlangung. Bei dieser Ansicht verliert man sich aber schließlich ins Bodenlose. Denn nach ihr ist es strafbar, wenn man für seine Gattin aus dem falschen Kaiser-Friedrich-Zweimärkstück eine Broche oder aus mehreren falschen Dreimärkstücken einen Trinkbecher anfertigen läßt, die falschen Zwanigsmärkstücke beim Whist zum Anlegen benutzt, als Geldwechsler den Fensterausbau mit falschen Geldstücken belegt.

5. Das Delikt ist vollendet, sobald das Nachmachen und Verfälschen in der gedachten Absicht vollendet ist. Daß das Fälschmittel tatsächlich in Verkehr gebracht werde, ist nicht erforderlich. Der Täter ist also sogar dann strafbar, wenn er aus eigenem Antriebe seinen ganzen Vorrat vor Ausgabung des ersten Stückes vernichtet: Binding Lehrb. II 322 N. 3, v. Wächter 464. Wird tatsächlich in Verkehr gebracht, so liegt nicht ein neues, selbständiges Delikt vor, sondern nur „ein Nimmer der Nachahmung“; die Reaktivierung der Absicht wird durch die Bestrafung aus § 146 abgegolten: Binding Handb. I 557 N. 42 und Lehrb. II 322, Merkel S. S. III 222 N. 15, Olshausen N. 10 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 11, v. Wächter 465; a. M. Hälschner II 589 ff., wenn die Verausgabung in betrügerischer Absicht erfolgt.

6. Das Delikt erfordert Vorsatz. Eine betrügerische oder gewinnjüchtige Absicht ist nicht erforderlich. Die Strafe ist auch dann verwirkt, wenn z. B. das gefälschte Geld unter das Volk geworfen oder überhaupt verschenkt werden soll. Eine Täuschung muß aber immer beabsichtigt sein; denn wenn der Täter bei der Verausgabung erklärt, das Geld sei falsch, so verausgabt er es ja nicht als echtes; a. M. Binding Lehrb. II 321; vgl. § 147 N. 2a.

7. Über die Einheit oder Mehrheit der Handlung entscheidet nicht die Zahl der Geldstücke: Frank N. IV, Hälschner II 577, v. Liszt 235, Olshausen N. 11, v. Wächter 465. Bei einer gleichzeitigen Tätigkeit würde ein fortgesetztes Delikt vorliegen, wogegen Binding Lehrb. II 323 Reaktonturren;

annimmt und Handb. I 557 die Zahl der Münzarten über die Zahl der Verbrechen entscheiden läßt.

8. Auf Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht kann bei widerstehenden Umständen nicht erkannt werden: Binding Lehrb. II 311, Frank N. V, Dshaujen N. 12a; RG. 23./11. 05 C. 38 215.

§ 147.

Dieselben Strafbestimmungen finden auf denjenigen Anwendung, welcher das von ihm auch ohne die vorbezeichnete Absicht nachgemachte oder verfälschte Geld als echtes in Verkehr bringt, sowie auf denjenigen, welcher nachgemachtes oder verfälschtes Geld sich verschafft und solches entweder in Verkehr bringt oder zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt.

1. Das Delikt — der Name „Münzbetrug“ wird als irreführend besser vermieden! — gliedert sich wie das des § 146 in zwei selbständige Arten.

Zunächst wird nämlich mit der Strafe des § 146 bedroht, wer das von ihm ohne die Absicht, es als echtes in Verkehr zu bringen, nachgemachte oder verfälschte Geld später als echtes verausgabte, so daß jene Absicht erst nachträglich zu der Fälschung hinzutritt. Hatte der Täter die Absicht von vornherein, so findet lediglich § 146 Anwendung. Das Wort „auch“ ist ein Redaktionsfehler und hinter „sinden“ zu stellen oder zu streichen oder durch „aber“ zu ersetzen: Binding Lehrb. II 323 N. 5, Frank N. I 1, Hälschner II 577 N. 2, v. Liszt 517, Meyer-Allfeld 615 N. 15, Dshaujen N. 1 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 303 N. 14. Wegen des Zweverkehrbringens vgl. § 146 N. 4 Abj. 2. Oppenhoff-Delius N. 2 und Schütze 302 N. 13 wollen, wie in § 146, so auch hier und in den anderen Paragraphen dieses Abschnitts unter dem Zweverkehrbringen auch das Gebrauchen in dem zu § 146 N. 4 Abj. 3 besprochenen buchtäblichen Sinne nehmen. Was nicht nachgemachtes oder verfälschtes Geld ist, z. B. Spielmarken, gehört nicht hierher: Frank N. I 1, Dshaujen N. 1 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 27./3. 82 C. 6 142, 20./5. 87 C. 16 111. Das Delikt ist erst vollendet, wenn das Geld in den Verkehr gebracht ist. Wird die Annahme des falschen Geldes verweigert, so liegt nur Versuch vor: Frank N. I 1, Hälschner II 577, Meyer-Allfeld 615, Dshaujen N. 1 Abj. 3, v. Wächter 465; a. M. Merkel S. S. III 223 und Oppenhoff-Delius N. 2.

2. Oder der Täter verschafft sich das von einem Anderen nachgemachte oder verfälschte Geld. In dem „sich verschaffen“ liegt ein Doppeltes, nämlich einmal, daß er sich mit Kenntnis der Nachmachung usw. in den Besitz des Geldes setzt, und sodann, daß er infolge einer auf den Besitzerwert gerichteten Tätigkeit in den Besitz kommt; denn Verschaffen ist nicht bloßes Empfangen: v. Liszt 517; vgl. § 148 N. 1. Wer durch Zufall falsches Geld erlangt, hat es sich nicht verschafft, und wenn er es alsdann mit Kenntnis der Unechtheit als echt in Verkehr bringt, macht er sich nicht eines Münzdelikts schuldig, sondern eines Betruges: Binding Lehrb. II 324, Frank N. I 2a, Hälschner II 578; a. M. Dshaujen N. 2 Abj. 1 und RG. 27./3. 82 C. 6 142.

Aber das Verschaffen an sich ist nicht strafbar, sondern es muß in der Absicht erfolgen, das Geld in Verkehr zu bringen. Liegt solche Absicht vor, ohne daß sie aber realisiert wurde, so ist das Delikt nicht vollendet, wohl aber schon versucht: Binding Lehrb. II 324, 325 N. 1, Frank N. I 2, Hälschner II 578, Dshaujen N. 2 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 9, v. Schwarze N. 7; a. M. Merkel S. S. III 324, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 303 N. 15, v. Wächter 466.

a) Das Delikt ist also vollendet, wenn der Täter das Geld in Verkehr bringt. Das Gesetz verlangt nicht ausdrücklich, daß er es als echtes in Verkehr bringe, aber dies ist offenbar die stillschweigende Voraussetzung, denn ein Zweverkehrbringen ist nur möglich, wofern es mit dem Willen ausgegeben wird, daß es als echt angenommen werden soll, gleichviel ob der Täter es selbst als echt ausgibt oder es einem Anderen als falsch in der Voraussetzung und Absicht übergibt, daß dieser es als echt in Verkehr bringen werde: Binding Lehrb. II 324, Frank N. I 2b, Hälschner II 578, Merkel 364, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 7 und RG. 4./12. 79 C. 1 25. A. M. Dshaujen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 11 und RG. 30./4. 80 C. 1 408, weil nur der Dolus vorausgesetzt werde, daß das Geld als echtes in den Verkehr „gelange“. „Wer aber in dieser Absicht „das falsche Geld dem Andern überläßt, wirkt mit, es als echt in Verkehr zu bringen, und ist mit „Recht zu beschuldigen, es als echt in Verkehr gebracht zu haben“ (Hälschner a. a. D. N. 2).

b) Oder der Täter führt das Geld zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande ein. Er verschafft sich also das Geld im Auslande und führt es in das Inland ein. Wenn er schon mit der Absicht, es zu verbreiten, einführt, so ist durch die Einföhrung das Delikt vollendet, wogegen derjenige, welcher das falsche Geld im Auslande sich verschafft, es einführt und erst jetzt die Absicht faßt, es zu verbreiten, des vollendeten Verbrechens erst schuldig ist, wenn er das falsche Geld in

Verkehr gebracht hat. Man muß Hälschner II 579 bestimmen, daß für diese Unterscheidung ein ausreichender Grund nicht wohl abzusehen ist; offenbar handelt es sich um einen Nachklang veralteter Strafbestimmungen. Verbreiten ist Inverkehrbringen, aber nicht umgekehrt, denn zum Inverkehrbringen genügt schon ein einzelnes Stück, während zum Verbreiten eine größere Zahl gehört: Frank N. I 2b, Hälschner II 579, Olshausen N. 3b; a. M. v. Liszt 517 und Oppenhoff-Delius N. 11. Endlich fordert das Gesetz nicht die Absicht, das eingeführte Geld im Inlande zu verbreiten, so daß auch derjenige strafbar ist, der es einführt, um es zur Verbreitung im Auslande wieder auszuführen: Hälschner II 580, v. Liszt 517, Olshausen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 12; RG. II./7. 82 C. 6 641. Dabei ist aber Durchführen, also Beiführen auf der Durchreise, nicht als Einführen zu erachten, wie Olshausen a. a. O. will: Binding Lehrb. II 325.

3. Ebenso wie bei Anwendung des § 146 liegt auch hier je nach den Umständen ein sit-gefügtes oder mehrere Delikte vor. Jedenfalls ist eine Mehrheit von Delikten nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Täter das Geld sukzessive verausgabte oder einführt: Binding Lehrb. II 324, Frank N. II, Hälschner II 580, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 13; RG. 4./12. 79 C. 1 25. Dasselbe gilt, wenn das Nachmachen, Verfälschen, Sichverschaffen nicht auf einmal, sondern in einer Mehrheit von Akten geschieht: Hälschner und Olshausen a. a. O.

§ 148.

Wer nachgemachtes oder verfälschtes Geld als echtes empfängt und nach erkannter Unechtheit als echtes in Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Das Gesetz braucht den Ausdruck „empfängt“, während § 147 „sich verschafft“ sagt. Der Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen — vgl. § 147 N. 1 Abs. 1 — liegt darin, daß derjenige sich das falsche Geld verschafft, welcher es als falsches erkennt und als falsches haben will, während er es empfängt, wenn er es nicht als falsches erkennt und bei Kenntnis der Falschheit zurückgewiesen haben würde. Außerdem kommt es auf die Art und Weise des Empfangens nicht an, so daß auch derjenige das Geld empfängt, der es gestohlen oder gefunden hat. Hiermit stimmen überein Meyer-Malfeld 616, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 304 N. 17. Dagegen nehmen Binding Lehrb. II 329, Frank N. I 2, Hälschner II 581, v. Liszt 517, Merkel S. S. III 224, v. Wächter 467 das Empfangen im Sinne eines derivativen Erwerbs, so daß es nicht vorliege, wenn das Geld gestohlen usw. sei. Hat der Empfänger die Kenntnis nachträglich erlangt, so darf er das Geld dem Geber unter der ausdrücklichen Belehrung über die Unechtheit und mit dem Verlangen echten Geldes zurückgeben, nicht aber es unter Verschweigung der Unechtheit seinerseits in den Verkehr abschieben, auch nicht zu Händen des Gebers, wozu nicht nach den Umständen als sicher anzunehmen ist, daß dieser auch ohne ausdrücklichen Hinweis über die Unechtheit nicht im Zweifel ist, also in Wirklichkeit nur ein Zurückgeben stattfindet.

2. Das Motiv der Gewinnjucht ist nicht erforderlich. Das Delikt liegt auch dann vor, wenn der Täter das Geld für eine öffentliche Kasse empfangen hat und diese durch die Abschiebung vor Schaden behüten will.

3. Der Kenntnis steht der bloße Zweifel nicht gleich. Eventueller Dolus genügt somit nicht: Frank N. II, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Meyer-Malfeld 616 N. 18 (bloßer Zweifel genüge jedoch nicht) und Schütze 304.

4. Vgl. § 150 N. 3.

§ 149.

Dem Papiergelde werden gleich geachtet die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, Banknoten, Aktien oder deren Stelle vertretende Interimscheine oder Quittungen, sowie die zu diesen Papieren gehörenden Zins-, Gewinnanteils- oder Erneuerungsscheine, welche von dem Reich, dem Norddeutschen Bunde, einem Bundesstaate oder fremden Staate oder von einer zur Ausgabe solcher Papiere berechtigten Gemeinde, Korporation, Gesellschaft oder Privatperson ausgestellt sind.

1. Sämtliche hier genannten Papiere müssen von vornherein auf den Inhaber lauten, sodaß jeder Inhaber durch den Besitz als Gläubiger der in ihnen verbrieften Summe legitimiert

ist. Namenspapiere, welche, wie z. B. Wechsel und Konnossemente, auf Namen lauten, aber durch Blankoindossament begeben werden können, gehören nicht hierher, und ebensowenig die gesperrten Papiere während der Dauer der Sperrung; mit solchen Papieren kann nur ein Betrug oder Urkundenfälschung begangen werden. Eine Außerkurssetzung findet nach CG. zum BGB. Art. 176 nicht mehr statt.

2. Die nicht von einem Staatswesen ausgestellten Papiere werden nur dann dem Papiergelde gleich geachtet, wenn der Aussteller zu ihrer Ausgabe berechtigt ist. Hierüber entscheidet die im Heimatstaate des Papiers geltende Gesetzgebung: Oshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4, Schüge 300 N. 6. An solchen nicht berechtigten Papieren ist ebenfalls ein Münzdelikt nicht möglich.

§ 150.

Wer echte, zum Umlauf bestimmte Metallgeldstücke durch Beschneiden, Abfeilen oder auf andere Art verringert und als vollgültig in Verkehr bringt, oder wer solche verringerte Münzen gewohnheitsmäßig oder im Einverständnis mit dem, welcher sie verringert hat, als vollgültig in Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

1. Das Objekt dieser beiden — nach Binding Lehrb. II 326 und anscheinend auch v. Liszt 517 drei — Delikte sind echte, also, wie das Gesetz überflüssigerweise hinzufügt, zum Umlauf bestimmte Münzen, deren Metallwert auf mechanischem oder chemischem Wege verringert ist. Das Verringern (kippen) ist aber straflos, wenn die Münzen nicht als vollgültig in Verkehr gebracht werden (Wippen). Wegen des sog. Ausschälens vgl. § 146 N. 2. Das erste Delikt besteht in der Verbindung von Kippen und Wippen.

Das zweite Delikt besteht in dem Wippen, wenn dieses entweder gewohnheitsmäßig (§ 73 N. 5b) oder im Einverständnis mit dem Kipper erfolgt, in jedem Fall also mit Kenntnis der Verringerung. Fehlt die Gewohnheitsmäßigkeit und das Einverständnis, so kann nicht nach § 150 gestraft werden, sondern nur wegen Betruges. Einverständnis ist Mittäterchaft, der Wipper Mittäter des Kippers und dieser der des Wippers, so daß die Bestrafung sich schon nach dem ersten Delikt ergibt, auch wenn der Kipper selbst keine der Münzen ausgegeben hat: Frank N. I, Hälschner II 582.

2. Die verringerten Münzen müssen als vollgültig in den Verkehr gebracht werden. Wer sie nicht als vollgültige, sondern nach ihrem Metallwerte, darum überhaup nicht als Geld, sondern als Ware in Verkehr bringt, ist straflos: Binding Lehrb. II 327, Hälschner II 582.

3. Die verringerten Geldstücke sind weder nachgemachtes noch verfälschtes Geld. Daher leiden auf sie die §§ 148, 152 keine Anwendung: Frank § 152 N. I Abs. 2, Meyer-Alfeld 617, Oshausen N. 1b und § 152 N. 2 Abs. 2, Schüge 305 N. 20, v. Wächter 467; a. M. v. Liszt 518 N. 7. Wer die als vollgültig empfangenen nach Erkenntnis der Verringerung als vollgültig in Verkehr bringt, begeht Betrug.

§ 151.

Wer Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienliche Formen zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt hat, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Das Anschaffen der von Anderen angefertigten und das eigene Anfertigen — zwei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts — ist nur bezüglich der im Gesetz genannten Formen, d. h. Werkzeuge, mittels deren der Ausdruck der Wertzeichen bewirkt werden soll: RG. 22./12. 80 G. 3 286, und nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nur bezüglich solcher Formen strafbar, welche zur Anfertigung des Metallgeldes usw. tauglich sind: Oshausen N. 1. Die Handlung ist eine zu einem selbständigen Delikt erhobene Vorbereitungs-handlung zu den in §§ 146, 147 bedrohten Verbrechen. Das Anschaffen und Anfertigen muß, wie das Verfechten „hat“ ergibt, vollendet sein, widrigenfalls nur ein — strafloser — Versuch vorliegt: Binding Lehrb. II 335, Frank N. II, Hälschner II 584, Oshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüge 304 N. 18; a. M. Oppenhoff-Delius N. 7.

2. Die Handlung muß zum Zwecke, also mit Wissen des Münzverbrechens, dem die Formen dienen sollen, geschehen. Ermangelt dieses Erfordernis, so ist — ebenso im Falle eines bloßen Versuchs — nur eine Übertretung nach § 360 Nr. 4 gegeben. Die Strafandrohung ist eine streng auf die Vorbereitungshandlung beschränkte, also subsidiäre. Geschehen Anschaffung und Anfertigung zum Zwecke eines eigenen vollendeten oder versuchten Münzverbrechens, so geht § 151 in den §§ 146, 147 auf; wenn zum Zwecke eines von einem Anderen verübten vollendeten oder versuchten, so liegt Beihilfe nach § 49 vor: Berner 425, Binding Handb. I 361 und Lehrb. II 335, Frank N. I, v. Liszt 518, Merkel 365 und S. S. III 226, Meyer-Malfeld 616, Olshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Wächter 464. Wenn Hälssner II 583 stets und Olshausen N. 2 Abj. 2 regelmäßig auf den Fall, daß der Täter die Formen zur eigenen Begehung eines Münzverbrechens gebrauchen will, in dem Anschaffen und Anfertigen einen Versuch des Verbrechens sehen, so muß diese Erhebung einer bloßen Vorbereitungshandlung zu einer Versuchshandlung zurückgewiesen werden: Binding Lehrb. II 335 N. 3, Frank N. I, Merkel S. S. III 226, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 1.

4. Vgl. Gef., betr. den Schuß des zur Anfertigung von Reichskassenscheinen verwendeten Papiers gegen unbefugte Nachahmung, v. 26. Mai 1885 (Reichs-Gesetzbl. 165).

§ 152.

Auf die Einziehung des nachgemachten oder verfälschten Geldes, sowie der im § 151 bezeichneten Gegenstände ist zu erkennen, auch wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht stattfindet.

1. In Abweichung von den §§ 40, 42 ist die Einziehung des § 151 obligatorisch und unabhängig davon, wer der Eigentümer der einzuziehenden Gegenstände ist. Herrscht hierüber keine Meinungsverschiedenheit — vgl. Frank N. I, II, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 —, so wird doch darüber gestritten, ob der objektive Tatbestand einer der in den genannten Paragraphen unter Strafe gestellten Handlungen vorliegen muß, wie Binding Lehrb. II 312 N. 5 Nr. 3, Frank N. II, Geyer II 99, Hälssner II 585, Merkel S. S. III 226, Meyer-Malfeld 617, Olshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. annehmen, oder ob es mit Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 305 N. 20 und RG. 29./5. 86 G. 14 161 nicht erforderlich ist, daß der Gegenstand durch ein Delikt hervorgebracht oder zur Begehung eines solchen gebraucht oder bestimmt gewesen sei, da lediglich die Gemeingefährlichkeit entscheide. Aber das Gesetz setzt mit den Worten „eine bestimmte Person“ das Vorhandensein eines Täters voraus, die bezüglich des Gegenstandes der Einziehung gebrauchten Worte schließen die Beziehung auf die in den §§ 146, 147, 151 angegebene Abticht und Zweck in sich, und die genannten Paragraphen lassen den bloßen Besitz des Geldes und Gegenstandes straflos. Auch darf man nicht ohne zwingende Gründe von dem strafrechtlichen Grundsatz abweichen, daß überall eine schuldhaft Tat vorliegen muß. Zweifelnd („angeblich“) RG. 9./2. 11. G. 44 315 (320).

2. Die Einziehung hat stattzufinden, einerlei ob eine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt wird oder nicht wird. Die Gründe, aus denen die Verfolgung und Verurteilung unterbleibt, ob tatsächliche oder rechtliche, z. B. Verjährung, sind gleichgültig: Hälssner II 585, Merkel S. S. III 226 N. 6, Olshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. für die Verjährung Binding Lehrb. II 312 N. 5 Nr. 3.

3. Die Einziehung hat auch im Falle des Versuches stattzufinden: Olshausen N. 3 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 2.

4. Vgl. § 150 N. 3.

Neunter Abschnitt.

Meineid.

1. Abschn. 9 enthält nicht nur Bestimmungen über den Meineid, d. h. die eidliche Versicherung einer wesentlich unwahren Tatsache, sondern auch Bestimmungen über mehrere andere Handlungen, so daß die Überschrift nach dem Grundsatz a potiori fit denominatio gewählt ist. Allen Handlungen ist gemeinsam, daß sie sich unmittelbar oder mittelbar gegen die Staatsverwaltung, insbesondere die Rechtspflege wenden. Es wird allseitig anerkannt, daß die Materie der Aussagen unter eidlicher oder eidesähnlicher Bekräftigung in strafrechtlicher Beziehung vollständig geregelt ist und laudrechtliche Bestimmungen darüber nicht zulässig sind. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen, nämlich dahin, daß der 9. Abschn. über die Materie der Verletzung der

Eidespflicht hinaus die Materie der falschen Aussage überhaupt regelt, mag sie eidlich oder uneidlich abgegeben sein. Auch hierüber herrscht, mit Ausnahme von v. Wächter Weil. 238 N. 2, Übereinstimmung; vgl. jetzt auch RG. 7./12. 08 C. 42 100.

Diese ausschließende Kraft des Reichsrechts bezieht sich auch auf die Form, in welcher die Versicherung bekräftigt wird: Eid und die dem Eide gleichgestellten Formeln. Die Berufung auf den ein für allemal geleisteten Eid stellt das Gesetz dem Eide nur bei dem Sachverständigen gleich. Somit können die in territorialen Sondergesetzen, z. B. dem Preussischen Gesetz betr. den Forstdiebstahl, v. 15. April 1878 § 25, auch für andere Personen zugelassenen Versicherungen auf den ein für allemal geleisteten Eid in strafrechtlicher Beziehung nicht in Betracht kommen; so auch Binding Lehrb. II 131 N. 7; a. M. Olshausen 155 N. 7.

2. Eid ist die Beteuerung der Wahrheit unter Anrufung Gottes. Über die Form entscheiden die positiven Normen des Reichs- und Landesrechts: RG. 14./11. 88 C. 18 246. In den Reichsprozessgesetzen — 3PD. § 481, StPD. §§ 62, 72, MilStGD. §§ 197, 208 — ist die Formel vorgeschrieben: „ich schwöre (Sie schwören) bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“ und „(ich schwöre es,) so wahr mir Gott helfe!“ Nur wenn diese Formel beobachtet wird, liegt für den Wirkungsbereich der genannten Gesetze ein Eid vor: Berner 426, Binding Lehrb. II 139, Frank N. III, Hälshner II 908, Meyer-Alsfeld 618 N. 10, Olshausen § 153 N. 1 Abs. 2, Schütze 308. Wenn v. Liszt 588 die Form der Anrufung für einflusslos, den Nichtgebrauch der Worte „ich schwöre“ und der Schlussworte der Annahme eines Meineides nicht hinderlich erachtet, so läuft dies am letzten Ende auf die Bestrafung der uneidlichen Behauptung hinaus. Außerdem kennen die Prozessgesetze keine Eidesleistung durch Stellvertretung, der Eid muß also vor dem Richter geschworen werden, wie dies 3PD. § 478 ausdrücklich ausgesprochen wird, bei den übrigen Prozessgesetzen sich aus den Vorschriften über die Eidesabnahme unzweideutig ergibt.

Alle übrigen Formalitäten sind unwesentlich, so daß ihre Außerachtlassung den strafrechtlichen Charakter der Beteuerung nicht beseitigt: Berner 427, Binding Lehrb. II 139, Dochow S. 5. III 224, Frank N. III, Hälshner II 908, Meyer-Alsfeld 618 N. 10, Olshausen § 153 N. 1 Abs. 3—5, Oppenhoff-Delius § 153 N. 12—14, Rüdorff-Stenglein § 153 N. 6, Schütze S. 309 N. 8, v. Schwarze 457, v. Wächter 473. So die Erhebung der rechten Hand. Der Hinweis auf die Bedeutung des Eides. Die Belehrung des Zeugen, daß er die Aussage, somit auch ihre Beidigung verweigern darf. Die Eidesleistung durch Sprache, Schrift, Zeichen; z. B. jemand gibt sich fälschlich für stumm aus: Binding Lehrb. II 139, Hälshner II 908, Olshausen § 153 N. 1 Abs. 4. Umgekehrt wird die Gültigkeit des Eides nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Schwörende eine durch sein Glaubensbekenntnis vorgeschriebene Bekräftigungsformel hinzufügt, z. B. der Jude das Wort „Amen“, der Muhamedaner die Worte „beim Worte des Propheten“: Binding, Dochow, Hälshner und v. Schwarze a. a. O., Meyer-Alsfeld 618, Olshausen § 153 N. 1 Abs. 3, Oppenhoff-Delius § 153 N. 12. Ebenso ist die Hinzufügung konfessioneller oder sonstiger Beteuerungsformeln dann zulässig, wenn diese wirklich Beteuerungsformeln sind, also kein den Eidesworten widersprechendes Moment enthalten: Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O. und RG. 24./1. 84 C. 10 181; vgl. auch das trefflich motivierte Reskript des Preuß. Justizministers v. 18./12. 80, Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt 369.

Was sich der Schwörende bei der Anrufung Gottes denkt, ist seine Sache. Ein Atheist, welcher einen Meineid leistet, ist nicht minder strafbar als ein Gottgläubiger. Ebenso derjenige, welcher die Behörde über sein Bekenntnis täuscht und dann den Eid mit einer anderen konfessionellen Formel als der seiner Religion schwört: Berner 427, Binding Lehrb. II 440, Frank § 155 N. I 1, Olshausen § 155 N. 2, Rüdorff-Stenglein § 155 N. 2.

3. Der Schwörende muß eidesfähig sein.

Zunächst ist, und zwar nicht bloß nach positiver Bestimmung — 3PD. §§ 393 Nr. 1, StPD. § 56 Nr. 1 —, sondern nach der Natur der Sache jeder eidesunfähig, dem wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandeschwäche die genügende Vorstellung von dem Wesen und der Bedeutung des Eides fehlt, seine Worte gelten nicht als Eid und, wenn er die Unwahrheit sagt, nicht als Meineid; ebenso ist er unfähig, eine eidesstattliche Versicherung abzugeben: Berner 427/428, Binding Lehrb. II 147, Frank N. IV, Olshausen § 153 N. 3 Abs. 1, N. 6 Abs. 3, § 156 N. 8 Abs. 2; RG. 26./3. 81 C. 4 32, 18./11. 95 C. 28 88.

Wer das zwölfte Lebensjahr vollendet hat, ist nicht eidesfähig. Wer das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist freizusprechen, wenn er bei Leistung des Eides die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner falschen eidlichen Beteuerung erforderliche Einsicht nicht befehlen hat. Nun bestimmen aber die Prozessgesetze, daß Personen, welche das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben, als Zeugen und Sachverständige unbeeidigt zu vernehmen sind, ihnen ein Parteieid weder zugeschoben noch zurückgeschoben, ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden kann: 3PD. §§ 393 Nr. 1, 402, 473 Abs. 2, StPD. §§ 56 Nr. 1, 72, MilStGD. §§ 199, 208. Das Verbot der Beidigung, welches auch auf die eidesstattliche Versicherung zu

erstrecken ist, beruht, wie die Zusammenstellung mit den Personen, welche wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandeschwäche die Vorstellung nicht haben, auf der Annahme, daß der Eidesunmündige noch keine genügende Vorstellung von dem Wesen und der Bedeutung des Eides hat. Das Gesetz erklärt somit den Eidesunmündigen in betreff des Eidesdelikts für unzurechnungsfähig, hat die Frage, ob er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht bejaßt, ein für allemal verneint und dem Richter jede Nachprüfung entzogen. Es liegt hier eine Beteuerung vor, welche weder in concreto noch in abstracto die rechtliche Bedeutung eines Eides hat. Hiermit stimmen überein Berner 427/428, Binding Lehrb. II 146, Birnmeier Enzykl. 1196, Dochow S. S. III 235, Zinger I 218 N. 301, Frank N. IV, Hälschner II 910, v. Liszt 589, Merkel 56, 406, Rüdorff-Stenglein § 153 N. 5, Schütze 310 N. 11, v. Schwarze 459, v. Wächter 474; RG. 26./3. 81 G. 4 32. Dagegen wird die Meineidsfähigkeit der Eidesunmündigen behauptet von Meyer-Altfeld 619, Liszhausen § 153 N. 3b und RG. 23./5. 03 G. 36 278; Binding hat a. a. O. N. 4 das reichsgerichtliche Urteil meisterlich kritisiert, so daß auf ihn zur Widerlegung Bezug genommen werden kann.

Die gleiche Streitfrage erhebt sich bezüglich derjenigen, gegen welche nach § 161 auf die dauernde Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, erkannt ist. Diese Personen werden von Binding Lehrb. II 478, Hälschner II 911, Merkel und Schütze a. a. O. den Strafunmündigen gleichgestellt, aber hier liegt die Sache doch anders. Sie sind nicht allgemein, sondern nur bezüglich des Zeugen- und Sachverständigenoides unfähig; die Eidesunfähigkeit liegt nicht in ihrer mangelnden Verstandesreife, sondern ist eine Strafe, welche ihnen unmöglich das Privilegium gewähren kann, künftig ungestraft zu sündigen; endlich dauert die Eidesunfähigkeit des Eidesunmündigen voll aus bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahre, während die Eidesunfähigkeit der Meineidigen jeden Tag durch einen Gnadenakt aufgehoben werden kann. Daher können diese Personen, wie auf den Fall des § 153, so auch auf den des § 154 allerdings einen strafbaren Meineid leisten. Hiermit stimmen überein Dochow S. S. III 235, Frank N. IV, v. Liszt 590, Meyer-Altfeld 619, Liszhausen § 153 N. 3a, v. Wächter 473; RG. 23./2. 80 G. 1 217, 26./3. 81 G. 4 33, 23./5. 03 G. 36 278. Noch mehr gilt dies bezüglich derjenigen Personen, deren Weidigung in dem konkreten Fall gesetzlich unterjagt oder in das richterliche Ermessen gestellt ist (RPD. §§ 393 Nr. 3, 4, 473 Abf. 2, StPD. §§ 56 Nr. 3, 57, MilStGD. §§ 199 Nr. 3, 200): Binding Lehrb. II 149, Frank N. IV, Hälschner II 910, Liszhausen § 153, N. 3c; RG. 14./11. 93 G. 25 30.

4. Der Eid muß vor einer allgemein zuständigen Behörde abgelegt werden, also vor einer Behörde, welche ein Verfahren der betreffenden Art überhaupt zu leiten oder in ihm Eide der betreffenden Art überhaupt abzunehmen befugt ist, widrigenfalls ein Eid im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. Allerdings wird dieses Erfordernis nur in § 154 aufgestellt, bildet aber auch für die in § 153 genannten Eide die notwendige Voraussetzung. Zuständigkeit im konkreten Fall ist dagegen nicht erforderlich. So Berner 429, 431, Binding Lehrb. II 138, Dochow S. S. III 234, Frank § 153 N. I Abf. 3, Geyer II 157, Hälschner II 911, v. Liszt 589, Merkel 406, Meyer-Altfeld 618, Liszhausen § 153 N. 11, Oppenhoff-Deilus § 153 N. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 153 N. 1, 154 N. 1, Schütze 310 N. 11, v. Schwarze 456, v. Wächter 472; RG. 26./11. 80 G. III 170, 9./9. 87 G. 16 186, 19./1. 97 G. 29 337.

5. Er muß von der Behörde kraft Gesetzes gefordert werden, d. h. die Behörde muß befugt sein, ihn unmittelbar zu erzwingen oder an die Nichtleistung rechtliche Folgen zu knüpfen; somit gehört der Kompromißeid nicht hieher: Binding Lehrb. II 136, Frank N. II, Geyer II 157, v. Liszt 589, Meyer-Altfeld 619, Liszhausen § 153 N. 10, Rüdorff-Stenglein § 153 N. 3 Abf. 3; RG. 8./10. 81 G. 5 94.

6. Er muß objektiv falsch sein. Die objektive Unwahrheit ist ein notwendiges Begriffsmerkmal der falschen eidlichen Beteuerung. Die objektive Wahrheit wird durch keine subjektive Ansicht über die Wahrheit oder Unwahrheit der Beteuerung getroffen, wie nicht durch die Ansicht Anderer, so auch nicht durch die Ansicht des Schwörenden selbst: wer objektiv die Wahrheit beschwört, begeht keinen Meineid, mag er auch selbst zu lügen, also einen Meineid zu begehen glauben. Die gegenteilige Ansicht von Binding Lehrb. II 142 und Liszhausen § 153 N. 4 Abf. 1, welche vollenbeten, v. Liszt 589, welcher verjuchten Meineid annimmt, scheidet an dem einfachen Umstande, daß der objektive Tatbestand fehlt, und ist ein Rückfall in die subjektivistische Ansicht vom untauglichen Versuch. Vgl. Frank §§ 153 N. III 2 Abf. 1, 154 N. III 1a.

Für die Frage, ob der Eid rein oder mein ist, wird am einfachsten mit Frank § 153 N. III zwischen der Eidesuorn und dem Gegenstande der Eidesleistung unterschieden.

Zunächst ist dieser bestimmte Eid niemals ein Meineid, wenn er nicht genau so geschworen ist, wie ihn die Behörde formuliert hat. Warum sie ihn so formuliert hat, ob seine Formulierung dem Willen der Beteiligten oder der konkreten Sachlage entspricht, ob der Eid nach den prozessualischen Vorschriften zulässig ist (RG. 1./11. 81 G. 5 124), das ist gleichgültig.

Nach seinem Gegenstande ist der Eid falsch, wenn das, was beschworen wird, ganz oder teilweise in Widerspruch mit dem wirklichen Sachverhalt steht, was, wie Olshausen § 153 N. 4b zutreffend bemerkt, nur nach Maßgabe seines gesamten Inhalts beurteilt werden kann, sodaß ein einzelner Punkt nicht aus dem Zusammenhang herausgerissen und für sich betrachtet werden darf. Hierbei darf nicht, wie in Anschluß an ältere Theorien noch Berner 431, Schüge 310 N. 12 und anscheinend auch Rüdorff-Stenglein § 153 N. 4 wollen, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen dergestalt unterschieden werden, daß für die strafrechtliche Beurteilung nur die ersteren in Betracht kämen. — „Der Schuldner, der am 12. Januar ein Darlehn von 1000 Mark empfangen hat, begehrt keinen Meineid, wenn er schwört, das Geld am 13. Januar nicht erhalten zu haben“ (v. Liszt). Übereinstimmend Binding Lehrb. II 141 N. 3, Dochow S. 5. III 236, Frank § 153 N. III 1, § 154 N. III Abs. 2, Hälshner II 913, Meher-Alsfeld 619, Olshausen §§ 153 N. 4c, 154 N. 5a, Oppenhoff-Delius § 153 N. 18, v. Schwarz 460. Binding a. a. D. behauptet, daß der Ausjagende, welcher bezüglich ihm unbedeutend erscheinender Punkte keine Wahrheitspflicht annimmt, insoweit des Vorjages ermangelt. Aber es ist, wie Hälshner a. a. D. ausführt, nicht Sache des Ausjagenden, zu unterscheiden, was in Betreff der von ihm geforderten Aussage wesentlich oder unwesentlich ist, und der Umstand, daß er in irgendeinem Punkte, den er als unwesentlich, nebensächlich betrachtete, pflichtwidrig die Unwahrheit aussagte, kann ihn nicht vor der Verantwortlichkeit wegen Meineides schützen. Ebenjowenig vermag es der Einwand, daß ihm, weil er den betreffenden Punkt als unwesentlich betrachtete, der erforderliche Dolus gemangelt habe, denn dieser erfordert nicht mehr als wissenschaftliche Aussage der Unwahrheit. Wo aber in Wahrheit der Dolus mangelt, kommt eine Unterscheidung wesentlicher und unwesentlicher Punkte der Aussage nicht in Betracht.

Zuhaltlich kann der Eid auf die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, auf Tatsachen und Urteile gerichtet sein. Letzteres liegt bei dem Schätungs-, Editions-, Überzeugungs- und Sachverständigeneid auf der Hand. Es muß aber auch bei dem zivilprozessualischen Partei- und ebenso bei dem Zeugeneid angenommen werden, denn auch die größtmögliche Apperzeption ist ohne Urteilen und Schließen nicht möglich, und diese logischen Operationen lassen sich erst recht nicht bei der sprachlichen Formulierung der Sinneswahrnehmung entbehren. Am allerwenigsten lassen sich Urteile über Rechtsbegriffe vermeiden; z. B. in dem Eide, eine Wohnung nicht gemietet zu haben, liegt ein Urteil über den Rechtsbegriff Miets. Vgl. Olshausen § 153 N. 2.

Endlich wird darüber gestritten, ob der Eid auch die Personalangaben des Schwörenden deckt. Dies ist gegen Binding Lehrb. II 142 N. 2 und Oppenhoff-Delius N. 13, auch Berner 431, mit der Majorität der Autoren und der Praxis des RG. für den Zeugeneid zu bejahen, für den Sachverständigeneid zu verneinen: Frank § 154 N. III 1 Abs. 3, 2, Hälshner II 913 N. 13, v. Liszt 590, Meher-Alsfeld 619, Olshausen § 154 N. 6b, Rüdorff-Stenglein § 154 N. 4, Wachenfeld Hk. II 321; RG. 5./5. 80 C. II 44, 31./3. 85 C. 12 128, 17./2. 90 C. 20 235. Soll der Sachverständige auch seine Personalien beidigen, so muß ihm wie über jede andere Tatsache neben dem Sachverständigen- auch der Zeugeneid abgenommen werden: RG. 31./3. 85 C. 12 128. Was nun die in § 153 genannten Eide betrifft, so ergibt sich die eigentümliche Erscheinung, daß nach dem geltenden Zivilprozessrechte zwei Personen miteinander prozessieren können, welche in Wirklichkeit gar nicht existieren, ohne daß der Richter den Schwindel entdeckt. So erhebt sich insbesondere hier, aber auch außerhalb jedes zivilprozessualischen Verfahrens, z. B. bei der Amtserklärung durch einen pseudonymen Hochstapler, die Frage, ob es ein Meineid ist, wenn der Schwörende in Wirklichkeit nicht der ist, für welchen er sich ausgibt. Nach der Ansicht von Frank § 153 N. II und Olshausen § 153 N. 12 begehrt der Schwörende, selbst wenn er falsch schwört, keinen strafbaren Meineid, wohl aber „unter Umständen“ intellektuelle Urkundenfälschung oder Betrug; dabei kommt es auf die Nennung des richtigen oder falschen Namens nach der Meinung Olshausens gar nicht an. Ob es schon vorgekommen ist, daß eine Behörde einen Eid abgenommen hat, ohne die ihr bis dahin unbekannt Persönlichkeit des Schwörenden festzustellen, weiß der Verfasser dieses Kommentars nicht, der seinerzeit in langjähriger richterlicher Tätigkeit niemals die zuverlässige Identifizierung der Person unterlassen hat. Hat die Behörde die Feststellung unterlassen, so handelt es sich darum, ob sie den komparanten auch ohnedem, insbesondere durch den Aufruf, die Murede mit dem Namen als dem echten — und existierenden! — Beteiligten zugelassen hat. Hat eine von diesen beiden Maßnahmen stattgehabt, so ist, und wenn die Aussage im übrigen noch so wahrheitsgemäß und frei von allen Beziehungen zu der Pseudoperson ist, welche er vorstellt, der Schwörende des Meineides schuldig, „denn das Ich ist Teil der Eidesformel, und dieses Ich ist ein zuvor genau definiertes“: Binding Lehrb. II 142, Oppenhoff-Delius N. 9, v. Schwarz 466.

7. Das Gesetz unterscheidet die vorsätzlichen und die fahrlässigen Eidesdelikte (§ 163). Das von ihm gebrauchte Wort „wissentlich“ bedeutet „vorsätzlich“; vgl. dazu § 59 N. 7a. Eventualdolus genügt: Binding Lehrb. II 149 N. 5, Frank § 153 N. IV, 154 N. IV Abs. 1, Meher-Alsfeld 620, Olshausen § 153 N. 5, § 156 N. 8, Schüge 311; a. M. v. Liszt 589.

§ 153.

Wer einen ihm zugeschobenen, zurückgeschobenen oder auferlegten Eid wissenschaftlich falsch schwört, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

1. Alle drei Eide setzen voraus, daß sie in einem geordneten Verfahren vor einer Behörde geleistet werden. Diese braucht weder eine Gerichts- noch eine deutliche Behörde zu sein, z. B. ein bei der inländischen Regierung beglaubigter Gesandter: RG. 26./11. 80 C. 3 70, 29./4. 89 C. 19 218.

Der zugeschobene und zurückgeschobene Eid setzen ein kontradiktorisches Verfahren voraus. Nach der geltenden Gesetzgebung kommen diese Eide nur im zivilprozessualischen Verfahren vor, setzen also die Existenz von Parteien voraus, aber sie sind begrifflich nicht auf diese beschränkt — vgl. auch ZPD. § 450 —, und § 153 findet daher Anwendung, wenn ein Gesetz einmal Zu- und Zurückziehung auch in einem anderen kontradiktorischen Verfahren, z. B. in einem Verwaltungsstreitverfahren, für zulässig erklärt: Frank N. I Abs. 1, Dshausen N. 8 Abs. 1. Für die Strafbarkeit ist es unerheblich, ob der Eid nach den prozessualischen Bestimmungen als zulässig und rechtswirksam geleistet in Betracht zu kommen hat, und ob seine Verweigerung für den Schwörenden die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung nach sich zu ziehen geeignet ist: RG. 1./11. 81 C. 5 124.

Unter auferlegtem Eid ist jeder Eid zu verstehen, den die Behörde kraft Gesetzes fordert oder schwören läßt, sofern er sich nicht als ein zugeschobener oder zurückgeschobener oder als Zeugen- und Sachverständigeneid darstellt: RG. 8./10. 81 C. 5 94, 28./4. 89 C. 19 128. Zu den auferlegten Eiden gehört auch der im Dienste der Zwangsvollstreckung stehende Offenbarungseid des § 807 ZPD. Der Schuldner hat sein Vermögen soweit anzugeben, als es seiner natürlichen Beschaffenheit nach eine Zwangsvollstreckung zuläßt, also Immobilien und Mobilien, Forderungen und andere Vermögensrechte, zu welchen letzteren die Erlaubnis zum Schanbetrieb nicht gehören, wohl aber diejenigen Gegenstände, welche zufolge positiver Anordnung des Gesetzes, insbesondere nach ZPD. §§ 811, 850, der Pfändung nicht unterliegen: RG. 1./11. 09 C. 42 424. Der Schuldner, der in dem Vermögensverzeichnis auch ihm nicht gehörige Vermögensstücke aufführt, hat jedenfalls sein Vermögen vollständig angegeben: Dshausen N. 9a und RG. 15./11. 95 C. 27 417. Der Verklarungseid (HGB. § 494, GG. z. ZPD. § 13 Nr. 2) ist eine zum Zweck der Sicherung des Beweises in einem Vorverfahren stattfindende Zeugenbeeidigung: RG. 29./4. 89 C. 19 218, mit Beschränkung auf die Schiffsbesatzung, während der Eid des Schiffers ein auferlegter sei, eine nicht zutreffende Unterscheidung; so auch Dshausen § 154 N. 1 Abs. 2; a. M. Binding Lehrb. II 137 N. 3, 4.

2. Das Delikt ist versucht, sobald mit dem Aussprechen der von dem Schwörenden zu sprechenden Worte begonnen ist. Alles Vorhergehende kommt nicht in Betracht, insbesondere nicht, wie Rüdorff-Stenglein N. 7 und anscheinend auch Binding Lehrb. II 139 Nr. 3 meint, das Erbieten zur Eidesleistung. Vollendet ist das Delikt, wenn die sämtlichen von dem Schwörenden zu sprechenden Worte gesprochen sind. Bis dies geschehen, ist ein den Versuch straflos machender Rücktritt nach § 46 Nr. 1, nicht aber nach § 46 Nr. 2 möglich: RG. 15./1. 92 C. 22 363. Vgl. hierzu Dshausen N. 13.

§ 154.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde wissenschaftlich ein falsches Zeugnis oder ein falsches Gutachten mit einem Eide bekräftigt oder den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid wissenschaftlich durch ein solches Zeugnis oder ein falsches Gutachten verlegt.

Ist das falsche Zeugnis oder Gutachten in einer Strafsache zum Nachteile eines Angeeschuldigten abgegeben und dieser zum Tode, zu Zuchthaus oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurteilt worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

1. Die Behörde, vor welcher der Eid abgelegt wird, muß, wie hier ausdrücklich ausgesprochen wird, eine zur Abnahme von Eiden zuständige sein. Zuständig im allgemeinen, nicht zuständig im konkreten Fall, also wie bei dem Meineid des § 153, jedoch ist mit Frank N. I 2 der Ausführung Dshausens N. 2 Abs. 4 beizutreten, daß die Behörde allerdings vor Abnahme von Zeugen- und Sachverständigeneiden, nicht bloß von Eiden irgendwelcher Art bezeugt sein müsse. Unerheblich ist,

ob die Behörde eine inländische oder ausländische und ob der Eid im Inland oder im Ausland geleistet: et wird Oshausen N. 2 Abf. 5 und RG. 29./4. 89 C. 19 228, zweifelhaft Binding Lehrb. II 375 N. 3. Als Organ des Gerichts gehört anerkanntermaßen auch der Dolmetscher zu den Sachverständigen: Frank N. 13, v. Liszt 590, Oshausen N. 1 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4.

2. Zeugen- und Sachverständigeneid können als Voreid, d. h. vor, und als Nacheid, also nach der Vernehmung geleistet werden. Die ZPD. befiehlt § 392 den Nacheid bei der Zeugenvernehmung, und stellt § 410 in das Ermessen des Richters, ob der Sachverständige vor oder nach Erstattung des Gutachtens zu beeidigen sei, während speziell für den Dolmetscher GG. § 191 der Voreid verlangt wird. Die StPD. befiehlt § 60 den Voreid beim Zeugen, läßt jedoch „aus besonderen Gründen“ den Nacheid zu, wogegen nach § 79 der Sachverständige ohne Ausnahme vorher zu beeidigen ist. Die MilStGD. §§ 196, 215 kennt nur den Nacheid. Der Voreid und Nacheid wurden früher stets und auch jetzt noch nicht selten als promissorischer und assertorischer Eid bezeichnet, aber auch der Voreid ist, wie schon früher durch die Autorität von S. N. Zachariä Handb. d. Strafprozesses II § 101 N. 1 aufgestellt und von Frank N. II, Gältschner II 906 und Schütze 306 N. 2 akzeptiert ist, nur ein vorweggenommener assertorischer, ein die Wahrheit künftiger Aussage im voraus beteuerner Eid. Will man dies, wie z. B. Oshausen N. 3 tut, bestreiten, so ist das ein reiner Dottortreit, irgendein sachlicher Unterschied liegt in keiner Weise vor. Am allerwenigsten darf man von einem doppelten Tatbestand — Eidebruch, Meineid — sprechen, denn der falsche Voreid fällt nicht unter § 162, sondern unter § 154, und die von Oshausen ange-rufene Ausdrucksweise des § 154 Abf. 1 ist eine überflüssige Diatribe; das Gesetz würde vollauf verständlich sein, wenn es einfach lautete: „...Behörde einen Zeugen- oder Sachverständigeneid wissentlich falsch schwört“.

3. Obgleich keine Bekundung von Tatsachen ohne die logischen Denkoperationen des Urteilens und Schließens möglich, so ist doch zwischen dem Zeugen und Sachverständigen der große Unterschied, daß der Zeuge von ihm wahrgenommene Tatsachen erzählt, der Sachverständige auf Grund ihm vorgelegter Tatsachen ein Urteil abgibt. Ihre Eide sind scharf voneinanderzuhalten. Wenn Gältschner II 914 N. 3, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 10./12. 80 C. 3 100 annehmen, daß der Sachverständige durch die Abnahme des Zeugeneides hinsichtlich des Gutachtens für vereidigt zu gelten habe, so ist diese Annahme unbedingt irrig: Binding Lehrb. II 141, Oshausen N. 7. Umgekehrt hat der Sachverständige als solcher seinem Gutachten nur diejenigen Tatsachen zugrunde zu legen, welche ihm von der Behörde eben als Grundlage überwiesen sind, und wenn er andere Tatsachen heranzieht, so muß deren Existenz dem Gerichte bewiesen, also dem Sachverständigen bezüglich ihrer der Zeugeneid abgenommen werden; so Oshausen N. 6 Abf. 1 und wohl auch Frank N. III 2; a. M. Binding Lehrb. II 141, der auch zufällige, zum Aufbau des Gutachtens mitverwertete Wahrnehmungen heranzieht. Das RG. hat sich mehrfach — in nicht von ihm selbst veröffentlichten Entscheidungen — widerprochen, z. B. unterm 23./12. 80 es verneint, unterm 8./10. 81 es bejaht, daß durch den Sachverständigeneid auch die Aussage über tatsächliche Wahrnehmungen gedeckt werde. Am präzisesten formuliert jedenfalls Oshausen N. 6 Abf. 1 die Antwort: der Sachverständigeneid bezieht sich lediglich auf das zu erstattende Gutachten und deshalb nur auf Bekundungen, die, auf Grund der Sachkunde geschöpft, als Äußerungen über eine technische Frage sich darstellen.

3. Ob Zeugnis und Gutachten in wesentlichen oder unwesentlichen Punkten von der Wahrheit abweichen, ist für den objektiven Tatbestand ohne Erheblichkeit. Das Delikt, insbesondere der Zeugenmeineid, kann auch durch Verschweigen begangen werden. Zeuge und Sachverständiger haben das Beweisthema so vollständig wie möglich („nach bestem Wissen“) zu erledigen, widrigenfalls ihr Eid objektiv falsch ist. Handelt es sich um die Verschweigung bestimmter Tatsachen, so müssen diese entweder den Gegenstand der Vernehmung bilden, also für diesen Gegenstand erheblich sein und zur Sache gehören, oder der Zeuge muß über die verschwiegene Tatsache ausdrücklich befragt worden sein, wobei es genügt, wenn er der Möglichkeit, daß der Umstand als zur Sache gehörig und erheblich angesehen werden könne, sich bewußt war und diese Eventualität in seinem Willen mit aufnahm: Frank N. III Abf. 2, IV, Gältschner II 914, Oshausen N. 8, 10a; RG. 23./11. 82 C. 7 321, 10./12. 08 C. 42 103.

Hierbei kommt es allerdings darauf an, ob der Eid ein Vor- oder Nacheid ist.

Alles, was vor Leistung des Voreides liegt, kommt, und sollte es noch so erheblich sein, für den Eid gar nicht in Betracht. Wird also der Zeuge zuerst nach seinen Personalien befragt, sodann vereidigt und nunmehr ohne Wiederholung der Personalien sofort zur Sache vernommen, so kann wegen falscher Angaben über die Personalien keine Bestrafung eintreten. Wie weit der Eid in dem den Voreid nur als seltene Ausnahme beim Sachverständigenbeweis kennenden Zivilprozeß reicht, läßt sich allgemein nicht angeben. Dagegen im strafprozessualischen Verfahren erstreckt er sich nach StPD. §§ 66, 228 nicht bloß auf die ganze in einem und demselben ununter-

brochen fortgesetzten Vernehmungstermin des Vorverfahrens und auf die ganze in einer und derselben ununterbrochen dauernden Hauptverhandlung gemachte Aussage, sondern wirkt auch für die fortgesetzte Hauptverhandlung, falls die Unterbrechung nur nicht über drei Tage dauert. Vgl. hierzu die erweiternde Bestimmung MitStGD. § 201. Der im Vorverfahren geleistete Eid deckt also nicht die im Hauptverfahren, der im Hauptverfahren geleistete nicht die in einer erneuerten Hauptverhandlung abgegebene Aussage. Vgl. Olshausen N. 9.

Bei dem Nacheid ist die Vernehmung abgeschlossen, wenn der Eid vollständig geschworen ist, und beginnt nunmehr, falls neue Fragen gestellt werden, eine neue Vernehmung.

Hiermit hängt die Frage eng zusammen, wann der Meineid versucht, wann er vollendet ist. Vollendet ist der Meineid, wenn die Aussage derart zum Abschluß gekommen ist, daß der Ausagende selbst, das Gericht, dessen Vorsitzender, die Parteien sie als eine eidlich bekräftigte Bekundung und als Ausgangspunkt für demnächstige weitere Entschlüsse, Verfügungen und Anträge ansehen müssen; ob eine solche als einheitliches Ganze zu betrachtende Aussage vorliegt, ist stets nach Lage des Einzelfalles zu untersuchen: RG. 25./3. 86 C. 14 9, 15./1. 92 C. 22 363, 21./4. 92 C. 23 86. Somit läßt sich nicht allgemein behaupten, daß die Vernehmung stets erst mit Schluß der Verhandlung abgeschlossen sei: Meyer-Alfeld 620, Olshausen N. 13 Abf. 1; a. M. Werner 432. Der Versuch beginnt bei dem Boreide mit der ersten falschen Behauptung, bei dem Nacheid mit dem Aussprechen des ersten Eideswortes. Die Meinung v. Wächters 474, daß schon mit dem Aufheben der Schwurfinger die Ausführung des Deliktes begonnen werde, steht mit seinen eigenen Ausführungen 473 Nr. 2 in Widerspruch. Bei der freiwilligen Aufgabe des Versuchs greift § 46 Nr. 1 Maß: RG. 15./3. 86 C. 14 19, wogegen § 46 Nr. 2 keine Anwendung finden kann, weil zur Vollendung des Meineides nicht ein erst nach Abschluß der Handlung eintretender Erfolg gehört: Binding Lehrb. II 145 N. 6, Olshausen N. 13 Abf. 2; RG. 15./1. 92 C. 22 363.

4. Wird eine Aussage durch einen Eid gedeckt, so ergibt sie, mag sie auch noch so viele falsche Bekundungen enthalten, den Tatbestand nur eines Meineides: Frank N. VIII Abf. 2, Olshausen N. 15. Wird dieselbe falsche Aussage in demselben Verfahren mehrmals eidlich abgegeben, so wird man zwar nicht, wie Frank will, stets, wohl aber regelmäßig nicht mehrere Delikte, sondern ein fortgesetztes Delikt anzunehmen haben: Binding Handb. I 558, Lehrb. II 140, 144, Frank N. VIII Abf. 1, Hälßner II 916, Olshausen N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 14, v. Schwarze 464; a. M. Oppenhoff-Delius N. 22 und § 153 N. 25. Sind verschiedene falsche Aussagen durch verschiedene eidliche Beteuerungen erhärtet, so hängt es von den näheren äußeren Umständen ab, ob eine fortgesetzte oder mehrere selbständige Handlungen vorliegen: Olshausen a. a. O.; im Zweifel muß in favorem rei eine fortgesetzte Handlung angenommen werden.

5. Die Straferhöhung des Abf. 2 ist in doppelter Weise bedingt.

Zunächst muß die falsche Aussage zum Nachteil des Angeeschuldigten abgelegt sein. Wenn Olshausen N. 11 b in Anlehnung an Schüße 311 N. 13 — Schüße ist übrigens in solchen Fragen eine schlechte Autorität, denn obwohl ein Deutscher, dachte er zeitlebens in dänischer Sprache! — „zum Nachteil“ im Sinne von „wider“ nimmt, so ist dies mit dem Gesetz unvereinbar, welches verlangt, daß der Angeeschuldigte durch die falsche Aussage benachteiligt, also in eine ungünstigere Lage gebracht wird; so auch Binding Lehrb. II 158. Diese Benachteiligung muß von dem Ausagenden gewußt und gewollt sein: Frank N. VI, Olshausen a. a. O. Angeeschuldigte ist im weitesten Sinne jeder, gegen welchen ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet ist: Hälßner II 923 N. 1, Olshausen N. 11 c, Oppenhoff-Delius N. 27, v. Schwarze N. 5. Die Meinung von Rüdorff-Stenglein N. 10, die falsche Anschuldigung des § 164 gehöre hierher, und daher „genüge auch eine falsche Anzeige unter Eid“, ist geradezu skurril.

Die zweite Bedingung ist die Verurteilung des Angeeschuldigten zu einer der genannten Strafen. Daß die Verurteilung eine rechtskräftige sei, ist nicht erforderlich; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 11 und v. Schwarze N. 5. Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß die falsche Aussage eines der verschiedenen Momente ist, aus welchen die Schuldigerklärung und die Strafzumessung erwachsen sind, und verlangt nicht den Nachweis eines Kausalzusammenhanges zwischen der falschen Aussage und der Verurteilung; a. M. Löning 131. Endlich muß die Verurteilung wegen derjenigen Straftat erfolgen, auf welche sich die falsche Aussage bezieht, und es genügt nicht mit Binding Lehrb. II 158 N. 3, Olshausen N. 12 b, Oppenhoff-Delius N. 30 und Schüße 313 N. 17, daß das Strafquantum infolge einer Realkonkurrenz, also durch den Zutritt anderer Delikte so hoch gestiegen ist; denn trifft den Meineidigen die erhöhte Strafe nicht, wenn es sich um eine Sache handelt, die eine Verurteilung zu einer geringeren Strafe nach sich zieht, so kann sie ihn auch nicht treffen, wenn den Angeeschuldigten die höhere Strafe nur infolge der Konkurrenz mit anderen Delikten trifft, auf die sich die Aussage nicht bezieht: Hälßner II 923 N. 1.

6. Wird im Strafverfahren dem Beschuldigten über den Gegenstand der Beschuldigung ein Eid abgenommen, so ist zu unterscheiden, ob der Beeidigte ein Allein- oder ein Mitbeschuldiger

ist. Im ersteren Fall ist der Eid weder ein Parteieid im Sinne des § 153, noch ein Zeugen- oder Sachverständigeneid im Sinne des § 154, eine Bestrafung wegen Meineides also nicht zulässig. Im zweiten Falle liegt ein Eidesdelikt vor, wenn die falsche Aussage sich auf den Mitbeschuldigten bezieht, indem der Schwörende insoweit als Zeuge gilt. Läßt sich die Beschuldigtenausgabe von der Zeugenausgabe nicht trennen, soll also auch die letztere zur eigenen Entlastung dienen, so hat die ganze Aussage als Beschuldigtenausgabe zu gelten. Daß nach StP.D. § 56 Nr. 3 die Weidigung unzulässig, ist wenn sie gleichwohl erfolgte, ohne Einfluß. Allerdings wird regelmäßig § 157 Nr. 1 zur Anwendung kommen müssen.

§ 155.

Der Ableistung eines Eides wird gleich erachtet, wenn

- 1) ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Beteuerungsformel seiner Religionsgesellschaft abgibt;
- 2) derjenige, welcher als Partei, Zeuge oder Sachverständiger einen Eid geleistet hat, in gleicher Eigenschaft eine Versicherung unter Berufung auf den bereits früher in derselben Angelegenheit geleisteten Eid abgibt, oder ein Sachverständiger, welcher als solcher ein für allemal vereidet ist, eine Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid abgibt;
- 3) ein Beamter eine amtliche Versicherung unter Berufung auf seinen Diensteid abgibt.

1. Als Meineid kann die Verletzung der Eidespflicht nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen gestraft werden, also nur dann, wenn vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde ein zugeschobener, zurückgeschobener oder auferlegter Eid falsch geschworen (§ 153), oder ein falsches Zeugnis, ein falsches Gutachten mit einem Eide bekräftigt oder der vor der Vernehmung geleistete Eid durch ein falsches Zeugnis oder falsches Gutachten verlegt wurde (§ 154). Der Ableistung eines Eides werden in § 155 einige andere Arten feierlicher Beteuerungen gleichgestellt, vorausgesetzt, daß sie an Stelle eines der in den §§ 153, 154 bezeichneten Eide treten: Dtschhausen N. 1 Abs. 1, Oppenhoff-DeLiuz N. 1. Wam sie an jene Stelle treten, darüber entscheiden, weil das StGB. schweigt, die sonstigen Reichs- und Landesgesetze. Damit die Strafe des Meineides verwirkt sei, muß der subjektive und objektive Tatbestand des Meineides erfüllt sein; nur wird der Eid durch die eidgleiche Beteuerung ersetzt.

2. Zunächst werden dem Eide diejenigen Beteuerungen gleichgestellt, deren sich an Stelle des Eides zu bedienen derjenigen Religionsgesellschaft, welcher der Schwörende angehört, vom Gesetze gestattet ist. Durch ZP.D. § 484, StP.D. § 64, MilStGB. § 198 ist die Anwendung dieser Exemption auf das Prozeßverfahren angeordnet. Welche Religionsgesellschaften in Betracht kommen, bestimmt sich in Ermangelung reichsgesetzlicher Normen nach dem Landesrecht; so in Preußen die Memmiten und Philippiten, in Bayern die Memmiten, in Württemberg die Kornthaler (RG. 27./3. 93 C. 24 91), Memmiten, Separatisten und Nazarenen. Gehört der die Beteuerungsformel Gebrauchende der betreffenden Religionsgesellschaft nicht an, so liegt eben kein Meineid vor: Binding Lehrb. II 140, Frank N. I 1, Dtschhausen N. 2, Müdorff-Steinglein N. 2; zweifelhaft Oppenhoff-DeLiuz N. 2.

3. Jemand, welcher als Partei, Zeuge oder Sachverständiger bereits geschworen hat, gibt demnächst in gleicher Eigenschaft in derselben Angelegenheit unter Berufung auf den früheren Eid eine Versicherung ab.

a) Auch diese Versicherung steht dem Eide nur dann gleich, wenn sie von dem Gesetze angeordnet oder zugelassen ist, wogegen die Gleichstellung nicht mit Dochow N. 5. III 234, Oppenhoff-DeLiuz N. 3 und Schütze 310 auf alle die Fälle auszudehnen ist, in welchen eine solche Versicherung nicht verboten ist: Hälschner II 917, Dtschhausen N. 3 Abs. 1, v. Schwarze N. 3. Für das Prozeßrecht ist, jedoch nicht für die Partei, sondern nur für die Zeugen und Sachverständigen, die Versicherung zugelassen durch ZP.D. §§ 398, 402, StP.D. §§ 66, 72, MilStGB. §§ 201, 208.

b) Der Versicherende muß schon früher einen Eid geleistet haben. Dieser Eid muß formell so vollständig dem Gesetze entsprechen, daß der Schwörende, wenn er falsch geschworen, sich des Meineides schuldig gemacht hätte. Trifft dies nicht zu, so liegt keine Berufung auf einen rechts-

gültigen, also strafrechtlich in Betracht kommenden Eid vor und kann durch eine unter dieser Berufung erfolgende Versicherung ein Meineid nicht begangen werden.

c) Die Versicherung muß in derselben Eigenschaft und in derselben Angelegenheit abgegeben werden, in welcher der angerufene Eid geleistet ist. Nach den prozessualischen Vorschriften ist die Versicherung nur dann zulässig, wenn der Eid in demselben Verfahren, also in einem früheren Stadium desselben Zivil- und Strafprozesses geleistet wurde, und im bürgerlichen Strafverfahren ist die Versicherung unter Berufung auf den früheren Eid nur bei bürgerlicher Vernehmung in demselben Vorverfahren oder in demselben Hauptverfahren statthaft. Das Gesetz verlangt aber für den Meineid nicht dasselbe prozessualische Stadium, sondern dieselbe „Angelegenheit“, greift also auch dann Platz, wenn gegen die prozessualische Vorschrift die Versicherung in einem anderen prozessualischen Stadium zugelassen sein sollte: Binding Lehrb. II 140, Frank N. I 2, Nishausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 24./5. 86 C. 14 170, 15./5. 88 C. 17 409, 3./5. 97 C. 30 130. Im Zivilprozeß ist dieselbe Angelegenheit die durch die Klagerhebung rechtshängig gewordene Streitfache (ZPD. § 263), im Strafverfahren die wider dieselbe Person angeforderte Straftat (StPD. § 153 Abs. 1, MilStGD. § 254). Hiernach ist die materielle Zusammengehörigkeit des früheren Eides und der späteren Versicherung in objektiver und subjektiver Beziehung erforderlich und genügt nicht die nur prozessuale Verbindung verschiedener Strafsachen: Hälshner II 917, v. Liszt 591, Oppenhoff-Delius N. 4, v. Schwarze N. 3; a. M. Binding Lehrb. II 140, Frank N. I 2, Nishausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 3.

d) Daß die Versicherung genau mit den in den Prozeßordnungen gebrauchten Worten erfolge, ist nicht nötig, wohl aber eine ausdrückliche Versicherung unter Bezugnahme auf den Eid erforderlich, somit die Hinweisung auf den früheren Eid lediglich seitens der Behörde ungenügend: RG. 10./12. 80 C. 3 100.

4. Der als solcher ein für allemal vereidigte Sachverständige gibt eine Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid ab. Für das Prozeßrecht ist diese Versicherung zugelassen ZPD. § 410, StPD. § 79 Abs. 2, MilStGD. § 215 Abs. 2. Die Ausführungen N. 3, a, b, d, treffen hier ebenfalls zu.

5. Ein Beamter gibt eine amtliche Versicherung unter Berufung auf seinen Dienst ab. Die Bestimmung greift nur Platz, wo ein gesetzlich anerkanntes Verfahren besteht, in welchem Beamte, die als Zeugen vernommen werden, ihre Aussage auf den von ihnen geleisteten Dienst Eid zu versichern haben. Reichsrechtlich findet sich die einzige hierher gehörige Bestimmung ZPD. § 386 Abs. 2, und sind somit die Beamten als Zeugen und Sachverständige rite zu beeidigen. Der Landesgesetzgebung ist reichsgesetzlich freie Hand gelassen; vgl. GG. z. ZPD. § 3 Abs. 1, GG. z. StPD. § 3 Abs. 1. Insbesondere sind die territorialen Disziplinar Gesetze, welche die amtliche Versicherung unter Berufung auf den Dienst Eid ausdrücklich zulassen oder vorschreiben, in Kraft geblieben: RG. 24./1. 94 C. 25 96. Wer Beamter sei, bestimmt sich wie überall im StGB. nach § 359, so daß keineswegs mit Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5 und v. Schwarze N. 4 hier jeder als Beamter zu betrachten ist, dem ein öffentliches Amt im Sinne des § 31 übertragen ist und der bezüglich der ihm übertragenen Berufstätigkeit einen Verpflichtungseid geleistet hat: Binding Lehrb. II 140, Frank N. I 3, Hälshner II 917, Nishausen N. 6 Abs. 4, Schütze 310 N. 10.

§ 156.

Wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eidesstatt zuständigen Behörde eine solche Versicherung wissentlich falsch abgibt oder unter Berufung auf eine solche Versicherung wissentlich falsch aussagt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

1. Die eidesstattliche Versicherung muß sich auf einen Gegenstand erstrecken, über welchen nach Gesetz, Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch oder sonstigen Normen ungelegten Rechts oder auch nur nach Sinn und Zusammenhang der den Gegenstand des Verfahrens regelnden Bestimmungen die Abgabe einer solchen Versicherung überhaupt zulässig ist. Rechtlich absolut indifferente oder schlechthin unstatthafte Versicherungen fallen nicht unter § 156. Wohl aber wird diese Strafbestimmung anwendbar, sobald nach dem Gegenstande, dem Verfahren und den sich hieraus ergebenden, für die Behörden maßgebenden Zuständigkeitsnormen gesetzlich nicht ausgeschlossen ist, daß die fragliche Versicherung Rechtswirkungen auszuüben vermag. Vgl. RG. 11./12. 85 C. 13 161, 23./10. 89 C. 19 414.

2. Das Gesetz unterscheidet die wissentlich falsche Abgabe einer Versicherung an Eidesstatt und die wissentlich falsche Aussage unter Berufung auf eine solche Versicherung. Die zweite Alternative ist analog der Nr. 2 § 155 und ganz so wie diese — § 155 N. 3 — zu interpretieren. Ins-

besondere „fehlt jeder Grund, die Berufung auf die Versicherung auf die Versicherung an Eidesstatt dieser selbst in „weiterem Umfange gleichzustellen als die Berufung auf den Eid der Ableistung des Eides (Bindung). Somit muß die frühere eidesstattliche Versicherung in derselben Angelegenheit abgegeben sein: Binding Lehrb. II 155; a. M. Hälschner II 919, Dshausen N. 7.

3. Eine bestimmte Form der eidesstattlichen Versicherung wird vom § 156 nicht verlangt, sodas die außerhalb des StGB. stehenden reichs- und landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend sind: RG. 14./11. 88 C. 18 248; hiernach ist z. B. das Handgelübde der badischen Sondergesetze eine eidesstattliche Versicherung. Die Worte „an Eidesstatt“ sind überhaupt nicht in dem Sinne sakramental, daß jede Abweichung, z. B. „an Stelle des Eides“, der Versicherung den Charakter einer eidesstattlichen nimmt, wofür nur die Versicherung objektiv geeignet ist, die förmliche Eidesleistung in den bezüglichen Fällen zu vertreten, also eine präzente, den Erklärenden sofort verbindende Bestätigung der Erklärung enthält; ein Erbieten zur Versicherung, zum Schwur, und die Erklärung, zur Versicherung, zum Schwur instände zu sein, genügen somit nicht: Binding Lehrb. II 155, Frank N. 11, Dshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 28./12. 86 C. 15 126, 6./3. 88 C. 17 183. Die Berufung auf einen früheren Eid und auf den Diensteid ist keine eidesstattliche Versicherung, ist also, wenn nicht der Tatbestand des in § 155 Nr. 2, 3 bezeichneten Verbrechens vorliegt, straflos: Doehow S. 5. III 333, Hälschner II 918 N. 3, Dshausen N. 2, Oppenhoff-Velinus N. 6, Schütze 311.

4. Die Versicherung muß vor einer zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen zuständigen Behörde abgegeben sein. Die Behörde muß allgemein zuständig sein, während ihre konkrete Zuständigkeit auch hier nicht verlangt wird: RG. 13./11. 82 C. 7 275, 11./12. 85 C. 13 161. Diese allgemeine Zuständigkeit genügt aber nicht, vielmehr muß die Behörde zuständig sein, über den Gegenstand, auf welchen sich die Versicherung bezieht, eine solche zu erfordern bzw. entgegenzunehmen, und in dem vor ihr stattfindenden Verfahren die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung überhaupt zulässig sein (vgl. auch N. 1): RG. 13./11. 82 C. 7 275, 11./12. 85 C. 13 161, 2./12. 87 C. 16 372, 6./3. 88 C. 17 185, 9./3. 88 C. 17 208, 28./12. 88 C. 18 309, 23./10. 89 C. 19 414, 10./6. 92 C. 23 170, 7./11. 93 C. 24 377, 29./10. 95 C. 28 8, 10./11. 02 C. 36 1. 3. B. ein Notar ist nur in bezug auf die Ausstellung von Erbscheinen zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen zuständig: RG. 14./11. 88 C. 18 246, 23./10. 06 C. 39 225, ein Standsbeamter nur bezüglich der Anordnung des Aufgebots: RG. 11./12. 85 C. 13 160, 28./12. 88 C. 18 309. Ist hiernach die Zuständigkeit der Behörde begründet, so findet § 156 auch dann Anwendung, wenn die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gesetzlich nicht notwendig: RG. 10./6. 92 C. 23 170, oder nach Lage der Sache nicht erforderlich ist: RG. 13./11. 82 C. 7 275, 24./5. 86 C. 14 170, 10./11. 02 C. 36 1, oder wenn sie der Behörde freiwillig entgegengebracht wird: Berner S. 434, Frank N. I 2, Dshausen N. 5, oder wenn sie ihrem Wortlaute nach nicht vorgeschrieben ist: RG. 17./4. 82 C. 6 196, 19./2. 89 C. 18 414. Schreibt das Gesetz den Inhalt vor, so fällt eine sachlich anders lautende Versicherung nicht unter § 156: RG. 6./3. 88 C. 18 185.

Welche Behörden zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen zuständig sind, bestimmt sich nach der Reichs- und bei deren Schweigen nach der Landesgesetzgebung. Offenbar drängt die Praxis dahin, die Zuständigkeit auch ohne gesetzliche Grundlage anzunehmen, indem es nach RG. 10./11. 05 C. 38 209 genügt, daß die Zuständigkeit sich aus der bestehenden Behördenorganisation und aus den diese regelnden Gesetzesnormen ergibt. Diese Praxis läuft — vgl. die Kritik bei Binding Lehrb. II 157 N. 1 — darauf hinaus, daß eine Behörde dann zuständig ist, wenn sie die eidesstattliche Versicherung zur Grundlage ihrer Entschiefungen nimmt. So ist nach RG. 29./10. 95 C. 28 8 der Amtsrichter zur Entgegennahme der Versicherung im Strafprozeß zum Zweck der Aussetzung der Strafvollstreckung (StPZ. § 483 Abs. 3) zuständig, weil es nicht unzulässig scheint, daß er die Versicherung zu solchem Zwecke benutze. Nicht verständlich ist es, wenn dagegen die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, welche allerdings in Wirklichkeit nicht existiert, verneint wird: RG. 14./6. 04 C. 37 209.

Nach der Rechtsprechung des RG. sind zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen zuständig:

a) nach Reichsrecht die Gerichte, wenn es sich um die Glaubhaftmachung einer tatsächlichen Behauptung handelt, also die Zivilgerichte (ZPZ. § 294), die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898 § 15 Abs. 2, Reichs-Gesetzbl. 1898 771) und der Strafgerichtsbarkeit (StPZ. §§ 26 Abs. 2, 55, 74 Abs. 3, vgl. dazu MitStGB. §§ 126, 191, 210): RG. 5./12. 82 C. 7 287, 23./10. 89 C. 19 414, 21./2. 90 C. 20 241, 29./1. 91 C. 22 267 (eidesstattliche Versicherung eines Dritten behufs Vorkhaltung an die schwurpflichtige Partei, ZPZ. § 480), 27./3. 93 C. 24 91, 29./10. 95 C. 28 8, 27./4. 03 C. 36 212. Ebenso Notare und Standsbeamte (oben Abs. 1);

b) in Preußen die Gerichtskassen, soweit sie als Vollstreckungsbehörden im Verwaltungs-zwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen in Angelegenheiten der Justizverwaltung

den gerichtlichen Vollstreckungsbehörden gleichstehen: RG. 7./11. 93 C. 24 377; die Universtitäten bzw. ihre Fakultäten wegen der Autorität der Doktordissertationen: 9./3. 88 C. 18 246; die Erbschaftssteuerämter: RG. 11./12. 96 C. 29 247. Die Befugnis der Behörden der direkten Steuern ist in den verschiedenen Steuergesetzen positiv ausgesprochen;

e) in Sachsen die Amtshauptmannschaften und zwar auch in reinen Verwaltungssachen: RG. 10./11. 05 C. 38 209;

d) in Braunschweig die Kreisbauinspektoren und Hochbauinspektionen innerhalb des Prüfungsverfahrens behufs Zulassung von Werkmeistern zur Anfertigung von Bau situationsplänen: RG. 18./5. 06 C. 39 9.

5. Der Eid und die in § 155 dem Eid gleichgestellten Beteuerungen müssen persönlich vor der Behörde geschworen und abgegeben werden, wenn das Verfahren ein gerichtliches ist, da die verschiedenen Prozeßordnungen eine Eidesleistung per procura nicht kennen; ob auch außerhalb des gerichtlichen Verfahrens, richtet sich nach der maßgebenden Gesetzgebung. Dagegen kann die eidesstattliche Versicherung und entsprechend die Berufung auf sie, falls nicht das positive Gesetz das Gegenteil befiehlt, mit gleicher Wirksamkeit auch unpersonlich, also schriftlich abgegeben werden: Berner 434, Bindung Lehrb. II 156, Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 918, v. Liszt 591, Meyer-Alfeld 621, Olshausen N. 3 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 311, v. Schwarze N. 7; RG. 5./12. 82 C. 7 287, 5./12. 90 C. 21 198, 29./9. 91 C. 22 267. In der Tat werden jedenfalls die Versicherungen selbst regelmäßig schriftlich abgegeben, also unpersonlich. Somit kann die Einreichung der schriftlichen Versicherung mit Wissen und Willen des Ausstellers auch durch einen Dritten erfolgen: das erste und dritte der sieben zit. RG. Dagegen kann der mündliche Vortrag der Versicherung durch einen Dritten ohne Übergabe des Schriftstücks weder als mündliche noch als schriftliche Versicherung aufgefaßt werden: RG. 4./12. 99 C. 32 436.

6. Das Wort „wissentlich“ bedeutet auch hier lediglich „vorsätzlich“, so daß der Eventualdolus genügt, der sich sowohl auf das Tatbestandsmerkmal der Abgabe der Versicherung vor der zuständigen Behörde, ihres Gelangens an diese, als auch auf das Moment der Falschheit erstrecken kann. Durch den auf Verstandesunreife oder Verstandeschwäche beruhenden Mangel an Einsicht in das Wesen und die Bedeutung der Versicherung kann die Strafbarkeit ausgeschlossen werden: RG. 5./11. 89 C. 20 60, nicht aber durch bloße Unkenntnis von ihren zivil- und strafrechtlichen Wirkungen: RG. 18./11. 95 C. 28 87.

7. Das Delikt, dessen Versuch straflos, ist vollendet, wenn die mündliche Erklärung abgegeben, die schriftliche bei der zuständigen Behörde eingegangen und von ihr in Kenntnis genommen ist: Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 14./11. 88 C. 18 246.

§ 157.

Hat ein Zeuge oder Sachverständiger sich eines Meineides (§§ 154, 155) oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht, so ist die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte bis ein Viertel zu ermäßigen, wenn

- 1) die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, oder
- 2) der Aussagende die falsche Aussage zu Gunsten einer Person, rückichtlich welcher er die Aussage ablehnen durfte, erstattet hat, ohne über sein Recht, die Aussage ablehnen zu dürfen, belehrt worden zu sein.

Ist hiernach Zuchthaus unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängnisstrafe zu verwandeln.

1. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Bestimmung von der Rücksicht auf die immerhin nicht seltenen Fälle leiten lassen, in denen mit der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, die Rücksicht auf die eigene Gefahr oder auf die Gefährdung eines Angehörigen in Kollision tritt. Diese Kollision ist nur möglich, wenn der Schwörende unter dem Behördenzwang steht, daher kommt die Strafmilderung weder demjenigen zugute, der einen Parteieid leistet, da er ihn verweigern, en ihn zurückziehen kann: Dochow S. S. III 247, Frank I Abf. 1, Olshausen N. 8 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 4 und RG. 1./11. 81 C. 5 124, noch demjenigen, der etwa eine eidesstattliche Versicherung freiwillig, z. B. behufs Abwendung einer Zwangsvollstreckung, abgibt: RG. 23./12. 02 C. 36 49.

Der falschen Versicherung an Eides Statt steht die wissentlich falsche Aussage unter Verurteilung auf eine solche Versicherung gleich.

Die Strafermäßigung findet nur beim vorsätzlichen Delikt statt, jedoch sowohl beim vollendeten als auch beim versuchten (§§ 154, 155).

2. Der erste Grund der Ermäßigung ist der, daß die Angabe der Wahrheit gegen den Schwörenden eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte. Nicht auch wegen einer Übertretung und nicht wegen irgendeiner anderen schweren Kompromittierung: Binding Lehrb. II 161, Frank N. I 1, Hälschner II 923, 924, Olshausen N. 8b, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5. Die Privilegierung wirkt sowohl dann, wenn der Schwörende durch eigenes Verschulden, z. B. durch seine wesentlich falsche Denunziation, in den Zwiespalt geraten: Olshausen N. 8a, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 2, als auch dann, wenn er über sein Recht, die Aussage abzulehnen, belehrt worden ist: Binding Lehrb. II 162, Olshausen a. a. D. Daß die Verfolgung allein auf die wahrheitsgemäße Aussage gegründet werden könnte, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn die Aussage in Verbindung mit anderen Tatsachen zur Strafverfolgung geeignet ist: Olshausen N. 9 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 313 N. 18. Dadie irrtümliche Annahme nach ihrem psychologischen Druck der wirklichen Gefahr gleichsteht, findet Nr. 1 auch dann Anwendung, wenn der Täter irrig glaubte, die Aussage der Wahrheit setze ihn der Strafverfolgung aus: Binding Lehrb. II 163, Frank N. I 1, Meyer-Altfeld 620 N. 24, Olshausen N. 9 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. Geyer II 159, v. Liszt 593 N. 14; vgl. oben § 59 N. 13b. Auf der anderen Seite aber auch dann, wenn der Schwörende nicht weiß, daß die Aussage der Wahrheit ihn der Strafverfolgung aussetzt: Frank, Geyer, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 8, v. Schwarze N. 7 und RG. 3./6. 92 C. 23 149, 7./12. 09 C. 43 68; a. M. Binding a. a. D.; vgl. oben § 59 N. 13a.

3. Der zweite Grund der Strafermäßigung, daß der Aus sagende die falsche Aussage zu Gunsten einer Person erstattet hat, rücksichtlich deren er die Aussage ablehnen durfte, ist dadurch bedingt, daß er über sein Ablehnungsrecht nicht belehrt worden ist. Ob die Behörde verpflichtet war, ihn zu belehren, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 161, Frank N. I 2, Olshausen N. 8b und RG. 5./3. 07 C. 40 46; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 6. Diese Strafermäßigung findet statt, auch wenn der Begünstigte nur vor der Verfolgung wegen einer Übertretung geschützt werden soll: Binding und Olshausen a. a. D., Hälschner II 924, Rüdorff-Stenglein N. 5.

4. Die — obligatorisch vorgeschriebene — Ermäßigung ist an der „an sich verwirkten Strafe“ vorzunehmen. An sich verwirkt ist diejenige Strafe, auf welche zu erkennen wäre, wenn § 157 gar nicht existierte. Somit ist in der Urteilsbegründung zunächst die Strafe anzugeben, welche dem Schuldigen ohne Rücksicht auf den ermäßigenden Umstand zuzuerkennen wäre, diese in dem gesetzlichen Verhältnisse zu ermäßigen, auch ev. nach § 21 umzuwandeln und sie so endgültig gefundene Strafe im Tenor auszusprechen: Binding Lehrb. II 159 N. 2, Dochow, S. 5. III 246, Hälschner II 924, v. Liszt 593, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 2; nicht für erforderlich hält diesen Modus in den Urteilsgründen RG. 28./7. 84 C. 11 42, doch können ohne ihn, wie Binding a. a. D. richtig bemerkt, leicht Nichtigkeiten verdeckt werden.

Hieraus ergeben sich die Strafrahmen (Olshausen a. a. D. und RG. 30./5. 81 C. 4 267):

- a) für §§ 153, 154 Abs. 1 Zuchthaus von 3 Monaten bis zu 5 Jahren,
- b) für § 154 Abs. 2 Zuchthaus von 9 Monaten bis zu 7 Jahren 6 Monaten,
- c) für § 156 Gefängnis von 1 Woche bis zu 1 Jahr 6 Monaten,

und, wenn Zuchthaus unter Einem Jahr verwirkt ist, ad a) ein Mindestbetrag von $4\frac{1}{2}$, ad b) ein solcher von $13\frac{1}{2}$ Monaten Gefängnis.

Ist der Täter ein Jugendlicher, so ist die an sich verwirkte Strafe zuerst gemäß § 57 herabzusetzen und die so gefundene Strafe wieder gemäß § 157 zu ermäßigen: Binding Lehrb. II 159 N. 5, v. Liszt 276 N. 5; vgl. auch oben § 57 N. 3 Abs. 1. Hiervon abweichend wollen Frank N. II, Meyer-Altfeld 331, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 8 und RG. 22./11. 83 C. 9 245 zuerst nach § 157 und dann nach § 57 ermäßigen und nehmen als Minimum, abgesehen von der Strafe des Verweises, 1 Tag Gefängnis an. Ein Tag ist falsch, es müssen mindestens 2 Tage sein, da nach § 57 Nr. 3 „zwischen“, also oberhalb des gesetzlichen Mindestbetrages der Strafart zu erkennen ist.

5. Treffen bei demselben Delikte beide Ermäßigungsgründe zusammen, so ist, da nur „die an sich verwirkte Strafe“ zu ermäßigen ist, nur einmal zu ermäßigen. Dies gilt nach allgemeiner Annahme auch für den Fall, daß außerdem der Ermäßigungsgrund des § 158 vorliegt: Binding Lehrb. II 163, Frank N. II, v. Liszt 594 N. 16, Olshausen N. 7a; RG. 12./10. 83 C. 9 74. Diese allgemeine Annahme ist aber irrig. Der Widerungsgrund des § 158 ist der zeitlich spätere, die Strafe, die bei seinem Anslehntreten bereits verwirkt ist, ist nicht die ordentliche Strafe, sondern die ermäßigte Strafe des § 157, und sie ist zugleich diejenige Strafe, welche ohne den Widerruf verwirkt bleiben würde, folglich ist sie wegen des Widerungsgrundes des Widerrufs zu ermäßigen: es tritt eine doppelte Minderung der Strafe ein. Auch Binding gibt zu, daß dies der Gerechtigkeit entspricht.

Bei der Konkurrenz mehrerer Eidesbelicte ist bei jedem einzelnen der konkurrierenden Delikte die Ermäßigung und Umwandlung vorzunehmen und aus den so gefundenen Einzelstrafen die Gesamtstrafe zu bilden: Binding Lehrb. II 161 R. 5, Dshausen R. 7b; RG. 15./4. 98 C. 31 106.

5. Nach dem legislativen Grunde der Bestimmung und weil es sich um strafmindernde Umstände handelt, welche aus persönlichen Verhältnissen entspringen, findet die Strafermäßigung nur bei dem Täter, nicht auch bei den Teilnehmern statt: Dshausen R. 5, Rüdorff-Stenglein R. 7 und RG. 10./8. 81 C. 4 377, 29./7. 91 C. 22 106. U. M. sind in verschiedenen Abweichungen Binding Handb. I 221 und Lehrb. II 162, Frank R. I 1 und Hälschner II 925.

§ 158.

Gleiche Strafermäßigung tritt ein, wenn derjenige, welcher sich eines Meineides oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht hat, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

1. Diese Strafermäßigung wird in den Motiven damit gerechtfertigt, „daß durch die Handlung „des Schuldigen die geschehene Strafverletzung in ihren objektiven Folgen als aufgehoben erscheint“. Dies trifft aber keineswegs immer zu, und daher ist die sowohl in den Motiven gebrauchte als auch sonst übliche Bezeichnung „tätige Reue“ fehlerhaft. Nicht deshalb, weil der Widerruf möglicherweise aus Angst vor der Entdeckung erfolgt, wie Dshausen R. 6 annimmt, denn auch der Eintritt des § 46 kann aus solcher Angst erfolgen, wohl aber, weil, wie Frank R. I richtig bemerkt, es nicht darauf ankommt, ob der Rechtsnachteil abgewendet worden, sondern nur darauf, ob vor dessen Eintritt der Widerruf erfolgt. Allerdings scheint der Gesetzgeber hieran gar nicht gedacht zu haben.

2. Während § 157 nur von dem Zeugen und Sachverständigen spricht, fällt unter § 158 auch der zugezogene, zurückgezogene und auferlegte Eid des § 153: Dochow S. 5. III 247 R. 9, Frank R. I, Dshausen R. 1 Abs. 2 und R. 4b, Rüdorff-Stenglein § 163 R. 10; RG. 25./4. 87 C. 16 29. Weil das Gesetz von dem „aus der falschen Aussage“ entstandenen Rechtsnachteil spricht, nehmen Binding Lehrb. II 161 R. 4 und Hälschner II 925 R. 2 an, daß § 158 auf den Parteieid „tatsächlich“ keine Anwendung finde, denn der Parteieid habe sofort einen Rechtsnachteil für einen Anderen zur Folge. Aber das Gesetz enthält diese Beschränkung nicht, und daß der Parteieid stets nach Bindings Ausdruck „eine ungemeine Verschlechterung der Rechtslage der Gegenpartei“ bewirke, kann nicht zugegeben werden, man denke z. B. an den Eid über eine behauptete prorogatio fori. Binding und Hälschner müßten konsequenterweise auch die zivilprozessualische eidesstattliche Versicherung ausnehmen.

Der falschen Versicherung an Eidesstatt steht die falsche Aussage unter Berufung auf eine solche Versicherung gleich.

3. Die Strafermäßigung tritt nur ein, wenn die falsche Aussage widerrufen ist. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben. Ein lediglich sachlicher Widerspruch, in welchem eine spätere Erklärung mit einer früheren steht, ist kein Widerruf, vielmehr ist eine Erklärung erforderlich, durch welche der Erklärende den Inhalt seiner ausdrücklich oder stillschweigend in Bezug genommenen früheren Erklärung als falsch, also als unrichtig anerkennt: Binding Lehrb. II 159, Frank R. III Abs. 1, Dshausen R. 1a, c, Rüdorff-Stenglein R. 3; RG. 7./11. 82 C. 7 154, 4./7. 93 C. 24 259. Daß der Widerruf in derselben Sache erfolge, in welcher die Aussage abgegeben wurde, ist nicht erforderlich: Dshausen R. 1d.

4. Die falsche Aussage muß bei derjenigen Behörde widerrufen sein, bei welcher sie abgegeben worden ist. Wie sie abgegeben gewesen ist bei derjenigen Behörde, bei welcher sie ihre rechtliche Wirkung äußern sollte und als abgegeben gegolten hat, sobald sie in der gewollten — mündlichen oder schriftlichen — Formulierung zur Kenntnis dieser Behörde gelangt war, so muß auch der Widerruf zur Kenntnis derselben Behörde gelangen: RG. 5./4. 95 C. 27 148. Hierbei ist nur die Identität der Behörde, nicht auch die des bei ihr fungierenden Beamten erforderlich. Auch wird die Einheitlichkeit der Behörde nach außen nicht dadurch aufgehoben, daß sie in verschiedene Abteilungen, Kammern, Senate, Bureaus geteilt ist; so kann der vor dem amtsrichterlichen Strafrichter geleistete Meineid vor dem Konkursrichter, der vor dem Untersuchungsrichter geleistete vor der Strafkammer widerrufen werden: Frank R. III Abs. 2; RG. 15. 11. 83 C. 9 333.

7. 11. 01 C. 34 422. Dagegen ist die Strafkammer als Berufungsgericht eine andere Behörde als das erstinstanzliche Schöffengericht: Frank N. III Abf. 2, Dshausen N. 1b Abf. 1 und RG. 15./1. 97 C. 29 303; a. M. Binding Lehrb. II 160. Ebenso die Staatsanwaltschaft eine andere als das Gericht, bei welchem sie fungiert: Dshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 17./6. 90 C. 21 8. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Widerruf bei einer anderen Behörde eingereicht wird, denn jede Behörde hat die bei ihr beschafften Eingaben, soweit sie über sie zu verfügen nicht befugt ist, an die zuständige Behörde abzugeben, aber die frühere Einreichung bei der anderen Behörde ist wirkungslos, wenn der Widerruf nicht rechtzeitig an die zuständige Behörde gelangt: Werner 435, Dshausen N. 1b Abf. 2, Lppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schüge 313 N. 19.

Das RG. nimmt den Begriff der zuständigen Behörde in einem weiten Umfange, indem es den Grundsatz aufstellt, dem Strafmißverursachende des § 158 müsse die umfassendste Geltung eingeräumt werden, die sich überhaupt mit dem Wortlaut vereinbaren lasse: RG. 7./11. 01 C. 34 422, und indem es von diesem Grundsatz eine Anwendung macht, die, wie Frank N. III Abf. 2 einwendet, mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum in Einklang steht, um so mehr allerdings mit dem legislativen Grunde der Bestimmung. Nach der Rechtsprechung des RG. ist — vgl. Binding Lehrb. II 159/160 — keine Identität zwischen der Abgabe- und der Widerspruchsstelle erforderlich, sondern es kommt darauf an, den Widerruf bei derjenigen Behörde zu leisten, auf welche die falsche Aussage zur Zeit wirken soll, also bei der Behörde, die als Destinatarin der Aussage zu betrachten ist. So ist eine falsche Aussage, welche vor einem von dem Untersuchungsrichter requirierten Amtsrichter abgegeben und später in der Hauptverhandlung des Landgerichts, bei welchem die Untersuchung geführt wurde, zurückgenommen ist, bei derselben Behörde widerrufen: RG. 15./11. 83 C. 9 333. Zwei Amtsgerichte, welche in demselben Ermittlungsverfahren zu demselben Zweck auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft tätig gewesen, sind nicht als verschiedene Behörden anzusehen: RG. 5./4. 95 C. 27 148. Im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren kann die vor einem Amtsgericht abgegebene falsche Zeugenaussage wirksam durch eine Erklärung gegenüber einem von der Staatsanwaltschaft beauftragten Gensdarm widerrufen werden: RG. 7./11. 01 C. 34 422. Überhaupt kann, wenn zwei verschiedene Behörden in demselben Verfahren gesetzlich zusammenwirken, der Widerruf bei jeder dieser Behörden, z. B. der Widerruf der im Erbeslegitimationsverfahren vor dem Notar abgegebenen eidesstattlichen Versicherung auch bei dem zuständigen Amtsgericht erfolgen: RG. 24./2. 88 C. 17 341.

5. Der Widerruf muß geschehen sein,

a) bevor eine Anzeige gegen den Täter erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet, und

b) bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage erwachsen ist.

Der Widerruf ist nur rechtzeitig, wenn beide „bevor“ zusammentreffen. Beide Erfordernisse sind objektiver Natur, ein auf sie bezüglicher Irrtum des Widerrufenden daher einflußlos.

a) Unter der Anzeige ist wie unter der Untersuchung eine kriminelle, eine Strafanzeige zu verstehen; sie untersteht also den Formvorschriften der StPO. § 156, MilStGB. § 151: RG. 5./10. 81 C. 5 92. Untersuchung ist das von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten eingeleitete Verfahren, welches auf die Ermittlung einer gesetzlich strafbaren Handlung und die Herbeiführung der vom Gesetz angedrohten Folgen abzielt, mit Einschluß der von den Organen des Polizei- und Sicherheitsdienstes innerhalb ihrer Zuständigkeit zu diesem Zwecke entwickelten amtlichen Tätigkeit: Frank N. II, Hältschner II 925 N. 1, Dshausen N. 3, Lppenhoff-Delius N. 6, Schüge 313 N. 19; RG. 14./3. 82 C. 6 82, 17./6. 90 C. 21 8, 22./5. 94 C. 25 366, 13./11. 08 C. 42 65; a. M. Binding Lehrb. II 160 N. 5 bezüglich der Polizeibehörden. Die erneute Befragung eines Zeugen durch den Vorsitzenden auf Vorhalt des Angeklagten, der Zeuge habe die Unwahrheit gesagt, ist nicht Einleitung einer Untersuchung: RG. 5./10. 81 C. 5 92, ebenso nicht die mündliche Aufnahme sich widersprechender Aussagen in das Verhandlungsprotokoll: RG. 7./11. 82 C. 7 154; das RG. sagt in beiden Urteilen „nicht notwendig“, vgl. aber dazu Binding a. a. O.

b) Der Begriff des Rechtsnachteils umfaßt zwar nicht, wie Hältschner II 925 N. 2 annimmt, auch die ideelle Benachteiligung, dagegen nicht nur Vermögensnachteile, sondern jede äußerlich erkennbare Benachteiligung, welche irgend ein Anderer in einem ihm zustehenden Rechte oder in seiner Rechtsstellung erleidet, z. B. Stellung unter eine schwerere als die gerechte Anklage, Verurteilung in erster Instanz trotz Zulässigkeit der Berufung, für die übrigen Mitverurteilten die Erteilung eines Erbscheins: Binding Lehrb. II 160, Frank N. I, Dshausen N. 4c, Rüdorff-Stenglein N. 7 und § 163 N. 11; RG. 25./4. 87 C. 16 29, 13./4. 88 C. 17 307, 15./1. 97 C. 29 303, 12./5. 03 C. 36 240, 23./10. 06 C. 39 225, 12./12. 11 C. 45 301. In Frage kommt nicht der in der falschen Eidesleistung selbst begrifflich enthaltene Nachteil, sondern derjenige, welcher als eine materielle üble Folge der falschen Eidesleistung bereits erwachsen ist: RG. 25./4. 87 C. 16 29,

15./1. 97 C. 29 303. Daß die nachteilige Änderung der Rechtslage erst angebahnt ist, also zunächst nur eine Rechtsgefährdung vorliegt, genügt nicht: Binding Lehrb. II 160, Hälschner II 925 N. 2, Olshausen N. 4a; RG. 12./5. 03 C. 36 240.

6. Wegen der Strafermäßigung vgl. § 157 N. 4.

§ 159.

Wer es unternimmt, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, und wer es unternimmt, einen Anderen zur wissenschaftlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eidesstatt zu verleiten, mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Nach § 48 wird als Anstifter bestraft, wer einen Anderen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Dabei ist die Strafe des Anstifters nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissenschaftlich angestiftet hat. Dieser Andere muß das Delikt, auf welches sich die Anstiftung bezieht, wissenschaftlich begangen, also mindestens versucht haben. Somit wird der Anstifter nach den §§ 153—156 bestraft, wenn der Angestiftete eines der in diesen Paragraphen unter Strafe gestellten Eidesdelikte mindestens versucht hat. Ist es nicht einmal zum Versuch gekommen, so bleibt wie der Täter auch der Anstifter straflos.

Diese Konsequenz ist jedoch nicht überall gezogen. Vielmehr haben kriminalpolitische Gründe dahin geführt, teils die mißlungene Anstiftung zu einzelnen bestimmten Delikten (z. B. § 85), teils die in einer bestimmten Form erfolgte mißlungene Anstiftung zu Delikten überhaupt (§ 111 Abs. 2), teils endlich mit gewissen Beschränkungen die mißlungene Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 49a) für strafbar zu erklären. Aus solchen Erwägungen ist auch § 159 hervorgegangen. Er erhebt das nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen über die Anstiftung straflose, weil erfolglose Unternehmen, einen Anderen zur Begehung eines Eidesdeliktes zu verleiten, zu einem selbständigen vollendeten Delikt, auf welches weder die Bestimmungen des § 48 noch die des § 43 Anwendung finden. Vgl. Hälschner II 925, v. Liszt 592, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, 8, Schütze 314, v. Wächter 476; RG. 12./11. 79 C. 2 283, 4./6. 83 C. 8 354, 14./12. 86 C. 15 148.

2. Ein Anderer soll also zur Begehung eines Eidesdeliktes verleitet werden.

a) Dieser Andere muß, widrigenfalls möglicherweise § 49a Anwendung findet, eine bestimmte, vorhandene und dem Verleiter bekannte Person sein: Olshausen N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3 und eine Entscheidung des RG. v. 22./5. 82.

b) Er soll verleitet werden zur Begehung eines Eidesdeliktes. Das Wort „Meineid“ umfaßt die sämtlichen Delikte der §§ 153—155, aus welchen Bestimmungen die nach Lage der Fälle in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmale zu entnehmen sind: RG. 25./4. 87 C. 16 29, 1./3. 89 C. 19 96. Der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung steht auch hier die Berufung auf eine frühere eidesstattliche Versicherung gleich.

c) Verleiten ist Bestimmen des Willens, also Anstiften: RG. 12./11. 79 C. 2 233; vgl. § 141 N. 2d. Daß dem zu Verleitenden bestimmte Tatsachen angegeben werden, hinsichtlich deren er die Eidespflicht verletzen soll, ist nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn ihm nur überhaupt die Richtung seiner Aussage bezeichnet und es ihm sonst überlassen wird, seine Aussage innerhalb dieser Richtung nach seinem Ermessen einzurichten: RG. 15./11. 83 C. 9 281, 4./2. 87 C. 15 259. Daher kann, das Bewußtsein von der Erheblichkeit der Tatsache auf beiden Seiten vorausgesetzt, eine Verleitung auch in der an einen Zeugen gerichteten Aufforderung liegen, eine bestimmte Tatsache zu verschweigen, wenn er nach derselben nicht ausdrücklich gefragt werde: RG. 23./11. 82 C. 7 321. Daß dem zu Verleitenden bewußt war, er solle verleitet werden, ist wie bei der Anstiftung überhaupt so auch hier nicht erforderlich: oben § 48 N. 8.

d) Der Wille des Verleiters muß darauf gerichtet sein, daß der Andere eine Handlung begeht, welche in subjektiver wie objektiver Beziehung alle Tatbestandsmerkmale eines Eidesdeliktes im Sinne der §§ 153—156 enthält und erfüllt: RG. 12./11. 79 C. 2 283, 4./2. 87 C. 15 259. Wie also der Täter wissen muß, daß die von dem Anderen zu beschwörende Tatsache falsch sei, so muß auch sein Wille darauf gerichtet sein, daß der Andere wissenschaftlich die Unwahrheit beschwöre. Der Andere soll zu einer Handlung bestimmt werden, die nach Ansicht des Verleiters Meineid ist (Binding Lehrb. II 164).

3. Wie oben N. 1 ausgeführt wurde, wird der Verleiter, wenn die Verleitung Erfolg hatte, mag es auch nur zu einem Versuch des Meineides gekommen sein: RG. 15. 3. 86 C. 14 19, als Anstifter gemäß § 48 bestraft. Das Delikt des § 159 liegt nur dann vor, wenn die Verleitung,

reinen Erfolg hat. Warum sie diesen Erfolg nicht hatte, kommt nicht in Betracht: Hälßner II 927, Lshausen N. 3 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 24./5. 80 C. 1 439, 10./6. 80 C. 1 451. Der Andere läßt sich gar nicht verleiten. Er hat sich bestimmen lassen, gibt den gefaßten Beschluß aber wieder auf. Er ist ohnehin schon bereit, den Meineid zu begehen, vorausgesetzt, daß dem Verleiter dieser Entschluß unbekannt ist: Frank N. I 1, Lshausen N. 3 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 25./8. 92 C. 23 223; vgl. oben § 48 N. 11. Der Zeuge kommt gar nicht zur Vernehmung oder nicht zur eidlichen Vernehmung. Er weiß überhaupt nichts oder nichts Relevantes auszusagen: RG. 4./2. 87 C. 15 259. Oder seine Aussage ist objektiv richtig: Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 15./10. 88. Oder sie ist zwar objektiv falsch, aber wider Wissen des Verleiters eine gutgläubige, mag dem Schwörenden auch dabei Fahrlässigkeit zur Last fallen: so mit RG. 14./11. 01 C. 34 431 Binding Lehrb. II 165, Frank N. I 1, Meyer-Wilfeld 622 N. 32, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., wogegen v. Liszt 592 irrig § 160 anwenden will. Oder der Verleitete ist eidesummündig: Binding Lehrb. II 164, Hälßner II 927, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. v. Schwarze N. 2.

4. In subjektiver Hinsicht ist seitens des Verleiters Dolus erforderlich. Sein Wille muß darauf gerichtet sein, daß der Andere wesentlich die Unwahrheit beschwört, und er muß es wissen oder, wenn auch irrümlich, annehmen, daß der Andere, wenn er schwört, wesentlich etwas Unwahres beschwört: Frank N. III, Lshausen N. 2 Abs. 2.

In objektiver Hinsicht ist erforderlich, daß die Verleitung „unternommen“ wird. Die bunte Verworfenheit der Ansichten über den Begriff des „Unternehmens“ macht sich auch hier geltend. Darüber, daß die Begriffsbestimmung des § 82 keine Anwendung findet, herrscht Übereinstimmung. Dagegen wird mehrfach behauptet, daß das Unternehmen gleich der verführten Anstiftung sei, und hieraus sowohl gefolgert, daß ein Rücktritt nach § 46, als auch daß eine Anstiftung zu diesem Versuch der Anstiftung möglich sei. Je nach dem eingenommenen Standpunkt wird auch die Strafbarkeit der Vorbereitungs-handlungen behauptet. Vgl. hierzu Frank N. II, IV, Lshausen N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Nach der richtigen Ansicht, wie sie oben § 105 N. 3 entwickelt worden, umfaßt das Unternehmen die gesamte auf die Realisierung des objektiven Tatbestandes gerichtete Tätigkeit, jedoch ausschließlich der Vorbereitungs-handlungen, so daß das Maß der Entfernung dieser Tätigkeit von der Vollendung nur als Strafzumessungsgrund in Betracht kommt. Hiermit stimmt die Rechtsprechung des RG. auch bei dem Delikte des § 159 überein: 26./3. 09 C. 42 266, 13./11. 11 C. 45 283 und die darauf basierenden Entscheidungen. Ist somit das Delikt des § 159 ein selbständiges, nicht bloß ein unter selbständige Strafe gestellter Versuch im Sinne des § 43, kann also auch von einem „Rücktritt“ nicht die Rede sein, so kann trotz der Selbständigkeit des Deliktes und trotz seiner Verbrenensnatur eine Bestrafung seines Versuchs nach den §§ 45, 46 deshalb nicht stattfinden, überhaupt von einem besonderen Versuch deshalb nicht gesprochen werden, weil jeder Akt der Ausführung schon Vollendung ist. A. M. wegen des Versuchs Frank N. IV und Schütze 314 N. 21, wegen des Rücktritts Berner 140, Frank a. a. D. (aber Strafbarkeit nach § 49a), Hälßner II 927.

5. Aus dem Begriff des Unternehmens folgt, daß eine Anstiftung zu diesem Delikte, eine mittelbare Anstiftung („Rottenanstiftung“ Binding Lehrb. II 165 N. 5) nicht möglich ist, denn die Anstiftung des B., den C. zum Meineid zu verleiten, ist selbst ein Unternehmen der Verleitung: Hälßner II 928, v. Liszt 592, Meyer-Wilfeld 621 N. 31, Lshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 11 und RG. 9./11. 80 C. 3 26, 4./2. 87 C. 15 259, 26./3. 09 C. 42 266; a. M. Binding Lehrb. II 165, Frank N. IV, Schütze 315 N. 22, v. Schwarze N. 8, nach welchen also vielleicht aus § 49a, aber nicht aus § 159 Bestrafung eintritt, wenn B. der Aufforderung nicht folgt. Beihilfe ist möglich: Binding, Meyer-Wilfeld, Oppenhoff-Delius und Schütze a. a. D., Lshausen N. 8; a. M. Hälßner II 928 und John, S. S. III 111.

§ 160.

Wer einen Anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, und wer einen Anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eidesstatt verleitet, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Wer einen Anderen zur vorsätzlichen Begehung eines der in den §§ 153—156 bedrohten Eidesdelikte verleitet, d. h. anstiftet (§ 152 N. 2c), wird als Anstifter nach § 48 mit der in den genannten Paragraphen angedrohten Strafe belegt. Wenn der Andere den objektiven Tat-

bestand des Eidesdeliktes erfüllt, aber nicht aus Vorsatz, sondern entweder ganz ohne Schuld oder nur aus Fahrlässigkeit handelt, nicht einen Meineid, sondern einen Falscheid begeht, so ist er nur ein Werkzeug dessen, der ihn zur Leistung des Eides, zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zur Berufung auf eine frühere Versicherung veranlaßt, und der Veranlasser selbst ist der — mittelbare — Täter, wäre also wiederum mit der in den genannten Paragraphen angedrohten Strafe zu belegen. Aber das gegen Franz N. I und Schütze 315 N. 22 von Werner 436, Binding Lehrb. II 166, 167, Hälschner II 930, v. Liszt 593, Mertel 407 und Meyer-Walfeld 622 mit Recht getadelte Gesetz belegt gleichwohl die Verleitung zum Falscheid nicht mit der Strafe des Täters, sondern erhebt sie zu einem selbständigen Delikt mit einer unverhältnismäßig milden Strafe.

2. In subjektiver Hinsicht muß der Verleiter, wie das Wort Verleiten ohne weiteres ergibt und ohnehin in dem Begriff der Anstiftung liegt, vorsätzlich handeln. Er muß wissen, daß er zur Beschwörung einer gewissen Tatsache anstiftet, daß diese Tatsache unwahr, und daß — im Gegensatz zu § 159 — dem Verleiteten diese Unwahrheit unbekannt ist: Franz N. III. Der Verleitete muß den Eid mit Bewußtsein und Willen leisten, aber, wie durch das Fehlen des Wortes „wissentlich“ und durch den Gegensatz des falschen Eides gegen den Meineid zum Ausdruck gebracht wird, die Unrichtigkeit des Eidesinhaltes nicht in sein Bewußtsein aufgenommen haben: RG. 29./1. 85 E. 11 418, 5./6. 85 E. 12 254, 14./12. 86 E. 15 148, 18./10. 92 E. 23 251, 2./4. 94 E. 25 213, 18./6. 01 E. 34 298. Eben dieser Mangel der Wissentlichkeit bei dem Schwörenden unterscheidet die Verleitung des § 159 von der nach § 48 strafbaren Anstiftung zum Meineide. Hat der Schwörende aus Fahrlässigkeit gehandelt, so trifft ihn die Strafe des § 163, z. B. wenn er eine schriftliche eidesstattliche Versicherung abgibt, ohne sich des Inhaltes des Schriftstückes zu vergewissern: RG. 18./6. 01 E. 34 298. Auch im Falle der Fahrlässigkeit findet § 160 Anwendung: Franz N. II Abf. 1, v. Liszt 593 und RG. a. a. O., auch 2./4. 94 E. 25 213; a. M. Binding Lehrb. II 167 und Olshausen N. 4, welche für diesen Fall eine Anstiftung nach § 48 annehmen.

3. Anders als § 159 setzt § 160, wie einerseits der Gegensatz des „Verleitens“ zum „Unternehmen der Verleitung“, andererseits die besonders ausgesprochene Strafbarkeit des Versuchs ergibt, voraus, daß die Straftat, zu welcher verleitet wurde, auch wirklich begangen ist. Hierüber herrscht keine Meinungsverschiedenheit; vgl. auch RG. 5./6. 85 E. 12 254 und 14./12. 86 E. 15 148.

4. Der Versuch ist strafbar. Er liegt vor, wenn der Eid überhaupt nicht oder vor einer unzuständigen Behörde oder mit objektiver Richtigkeit des Inhaltes geleistet ist. Ebenso, wenn nicht ein falscher, sondern aus eigenem Entschlusse des Schwörenden oder infolge Anstiftung eines Dritten ein vorfälliges Eidesdelikt begangen ist: Binding Lehrb. II 168, Franz N. IV, Olshausen N. 2 Abf. 2; RG. 29./1. 85 E. 11 418. An die Inkonsequenz, den Versuch der Verleitung zur falschen eidesstattlichen Versicherung für strafbar, den Versuch der falschen eidesstattlichen Versicherung selbst aber für straffrei zu erklären, scheint der Gesetzgeber nicht gedacht zu haben.

§ 161.

Bei jeder Verurteilung wegen Meineides, mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 und 158, ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und außerdem auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen.

In den Fällen der §§ 156 bis 159 kann neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Abf. 1 bezieht sich auf die Verurteilung wegen Meineides nach den §§ 153 bis 155, sofern nicht die Strafermäßigungen der §§ 157, 158 Platz greifen, nicht auf die §§ 156, 159, 160. So die allgemeine Ansicht, wegen § 159 auch RG. 10./6. 80 E. 2 93.

2. Beide Ehrenfolgen sind nicht fakultativ, sondern obligatorisch. Ist nicht ausdrücklich auf sie erkannt, so treten sie nicht ein. Die Dauer des Ehrverlustes bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften. Die Eidesunfähigkeit ist lebenslänglich und umfaßt nur die eidliche Vernehmung als Zeuge und Sachverständiger, wozu nach BGB. § 2237 Nr. 3 die Unfähigkeit tritt, als Testamentszeuge zu fungieren. Bezüglich der Fähigkeit zur Leistung eines zugeschobenen, zurückgeschobenen und auferlegten Eides greifen ZPD. §§ 457, 470, 477 ein.

3. Beide Ehrenfolgen treffen zunächst den Täter. Ihm steht, wie nicht bestritten wird, nach § 48 der Anstifter gleich: RG. 10./8. 81 E. 4 377. Gegen Jugendliche darf nach § 57 Nr. 5 nicht auf Ehrverlust, wohl aber, da § 57 keine Ausnahme macht, auf Eidesunfähigkeit erkannt

werden: Binding Lehrb. II 157, Frank N. I, Dischhausen N. 2, 3, Rüdorff-Stenglein § 75 N. 16 und RG. 29./6. 82 C. 6 416.

4. Beim Versuch ist nach § 45 auf den Ehrverlust zu erkennen, nicht aber auch auf die Eidesunfähigkeit (vgl. daselbst N. 2 a. C.): Werner 437 N. 1, Frank N. I, v. Liszt 594, Dischhausen N. 2, 3, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 12./5. 85 C. 13 76. Beide Ehrenfolgen verlangen Binding Lehrb. II 158, Geyer II 161, Dochow S. S. III 249 N. 16, Meyer-Malfeld 621, Schüge 316 N. 23, v. Wächter 475. Rüdorff-Stenglein N. 1 schließt — ebenso bei der Beihilfe — beide Ehrenfolgen aus, zitiert aber dabei die soeben genannte reichsgerichtliche Entscheidung, will also wohl nur die Eidesunfähigkeit ausschließen.

5. Das Gleiche wie beim Versuch ist nach § 49 Abs. 2 bei der Beihilfe anzunehmen (vgl. § 49 N. 9a), so daß auch bei dieser auf den Ehrverlust, nicht aber auf die Eidesunfähigkeit zu erkennen ist: Werner 437 N. 1, Binding Lehrb. II 158, Frank N. I, v. Liszt 594, Dischhausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1 (oben N. 4 a. C.); RG. 12./11. 85 C. 13 76. Dagegen lassen wiederum beide Ehrenfolgen zu Geyer II 161, Dochow S. S. III 249 N. 16, Meyer-Malfeld 621, Schüge 316 N. 23, und endlich v. Wächter 475 erklärt umgekehrt beide Ehrenfolgen für ausgeschlossen.

6. Zu Abs. 2 vgl. § 32, Abs. 1.

§ 162.

Wer vorsätzlich einer durch eidliches Angelöbniß vor Gericht bestellten Sicherheit oder dem in einem Offenbarungseide gegebenen Versprechen zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Die juratorische Kaution muß vor Gericht bestellt sein, und zwar in Eidesform, nicht bloß durch Versicherung an Eidesstatt. Nach ZPO. § 108 kann die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit von den Parteien als juratorische vereinbart werden. In denjenigen Fällen, in welchen sie nach freiem Ermessen des Gerichts bestimmt wird — ZPO. §§ 921, 925, 927, 936, 939, SOW. §§ 269, 272, Gef. betr. Gesellschaften m. b. H. § 75 —, kann der Richter statt der § 108 genannten Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren Sicherheitsleistung gemäß BGB. §§ 237, 239, also durch Pfand oder Bürgschaft verlangen, nicht aber, wie Frank N. I und Meyer-Malfeld 622 N. 34 annehmen, durch Eid. Die gerichtliche juratorische Kaution ist somit so gut wie völlig aus dem Recht und jedenfalls tatsächlich aus dem Rechtsleben verschwunden.

2. Den Offenbarungseid verlangt das Gesetz nicht als gerichtlichen, so daß er vor jeder zuständigen Behörde abgeleistet werden kann: Binding Lehrb. II 168, Hälshner II 932, Dischhausen N. 4 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Werner 438, Dochow S. S. III 242. Das gegenwärtige Reichsrecht kennt ihn grundsätzlich nur in assertorischer Form, er kann aber mit Rücksicht auf die Sachlage — BGB. § 261 Abs. 2, nicht ZPO. § 883 Abs. 3 — auch promissorisch formuliert werden. Die Verletzung des assertorischen Eides ist nach § 153 strafbar, die des promissorischen nach § 162. Ist der Eid, was auch möglich, beides, und wird er in beiden Teilen falsch geschworen, so liegen zwei Eidesdelikte in Realkonkurrenz vor: Werner 438, Dochow S. S. III 242 N. 2, Frank N. II, v. Liszt 602, Dischhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 12./4. 81 C. 4 76; a. M. Binding Handb. I 559 und Lehrb. II 169 N. 1 (gleichartige Idealkonkurrenz). Das Versprechen muß aber innerlich und sachlich mit dem Zwecke des Manifestationsverfahrens und des Offenbarungseides in Verbindung stehen, so daß ein diesem Zwecke fremdes Gelöbniß, welches bei Gelegenheit der Leistung des Offenbarungseides diesem angefügt wird, nicht unter § 162 fällt: Geyer II 155, Dischhausen N. 5 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 20./5. 82.

3. Die fahrlässige Begehung ist bei beiden Delikten straflos.

§ 163.

Wenn eine der in den §§ 153 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden ist, so tritt Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre ein.

Straflosigkeit tritt ein, wenn der Täter, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

1. Die Delikte der §§ 159, 160 können nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Anstiftung, das des § 162 nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nur dolus begangen werden. Somit bleiben für das kulpose Delikt nur die in erster Reihe den Dolus bestrafenden §§ 153–156. Werden diese Delikte dolus begangen, so liegt ein Meineid, werden sie fahrlässig begangen, ein falscher Eid, ein Falscheid vor. Mit Binding Lehrb. II 150 N. 5 den Falscheid als fahrlässigen Meineid zu bezeichnen, entspricht nicht dem Sprachgebrauch und ist deshalb verwerflich, weil andernfalls ein früher wegen Falscheids bestrafter Zeuge, der die Frage, ob er wegen Meineids bestraft worden, verneint, sich durch diese Verneinung wiederum eines Eidesdeliktes schuldig machen würde: Dochow S. S. III 243, Hälschner II 290 N. 1, Olshausen N. I Abj. 1, Schütze 311, v. Wächter 476; RG. 14./4. 99 C. 32 118.

2. Zur Bestrafung ist die Feststellung folgender Momente notwendig:

a) Der Eid ist objektiv falsch. Bei dem Meineid ist die objektive Unwahrheit der Tatsachen stets erforderlich: vgl. oben S. 368 N. 6, und das Delikt des § 163 weicht von den Delikten der §§ 153–156 nur in dem einen Tatbestandsmomente ab, daß an die Stelle des Dolus die culpa tritt: Hälschner II 921; a. M. Binding II 151 N. 6, Dochow S. S. III 243, Olshausen N. 1 Abj. 2; RG. 7./10. 82 C. 7 185.

b) Dem Täter muß diese objektive Falschheit unbekannt sein. Positiv formuliert: er muß von der Wahrheit seiner Aussage überzeugt sein. Durch irgendwelche Zweifel an der Wahrheit wird diese Überzeugung ausgeschlossen.

c) Er hat sich in bezug auf diese Unkenntnis einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht: Hälschner II 921, v. Liszt 591, Olshausen N. 1 Abj. 2; RG. 27./2. 85 C. 12 58. Die Verurteilung kann nur erfolgen, wenn diese Fahrlässigkeit nachgewiesen wird. Es genügt also nicht, daß der objektive Tatbestand und der Mangel des Dolus feststehen, aber auf der anderen Seite darf eine Freisprechung nicht deshalb erfolgen, weil der objektive Tatbestand und das Verschulden des Angeklagten sicher sind und nur darüber Zweifel obwaltet, ob nicht seine Schuld größer ist als die in dem für ihn günstigeren Falle vorliegende, nach der Beweisauslage nicht unbedingt ausgeschlossene Fahrlässigkeit. Vgl. hierzu RG. 2./7. 08 C. 41 389.

3. Der wichtigste Punkt ist der, daß sich der Angeklagte in bezug auf seine Unkenntnis einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht. Hier erhebt sich die Frage, ob das fahrlässige Handeln in dem Akt des Schwörens liegt, durch welchen der Schwörende ja vielfach nur einer Rechtspflicht genügt, oder ob unmittelbar in der Unkenntnis, mittelbar in dem Verhalten, welches die Unkenntnis hervorgerufen hat. Liegt es in dem Akt des Schwörens, so fällt die in mangelhafter Erinnerung oder unterlassener Auffrischung des Gedächtnisses liegende Fahrlässigkeit nicht unter § 163, denn da der Eid dem Wissen des Schwörenden zur Zeit der Aussage entspricht, so ist er nicht falsch; dieser Ansicht sind Frank N. 12 und RG. 31./1. 05 C. 37 395. Liegt die Fahrlässigkeit in der Unkenntnis, dem die Unkenntnis hervorruhenden Verhalten, so findet § 163 Anwendung, wenn der Schwörende seine Erinnerungskraft nicht in dem Grade, in welchem es ihm möglich, auspannt, und wenn er es unterlassen hat, sein Gedächtnis aufzufrischen; dies ist die allgemeine Ansicht, z. B. Binding Lehrb. II 151 ff., Hälschner II 920, v. Liszt 591, Olshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, auch die des RG. in den Urteilen 11./6. 81 C. IV 313, 16./2. 83 C. 8 108, 2./4. 97 C. 30 53. Diese zweite Ansicht ist die richtige, denn der Schwörende hat, wie der Zeuge und Sachverständige ausdrücklich zu versichern haben, nach bestem Wissen zu schwören, hat aber während des Aktes nicht mehrere Wissen, von denen eins das beste wäre, sondern nur Ein Wissen, und das verlangte beste Wissen, ist daher dasjenige Wissen, welches zu ihm nach dem Maße seiner Kräfte und nach den Umständen des Falles als das beste zu erlangen gewesen ist.

4. Der Begriff der Fahrlässigkeit ist der allgemeine des Strafrechts. Im Sinne des § 163 liegt Fahrlässigkeit vor, wenn der Schwörende bei gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht in Erinnerung an tatsächliche oder in Würdigung rechtlicher Verhältnisse einsehen konnte, daß die von ihm beschworene Aussage den unterliegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen nicht entsprach. Das Maß der zu beanpruchenden Aufmerksamkeit ist Tatfrage, wobei der Grad der Urteilsfähigkeit und Einicht des Täters in Betracht zu ziehen ist, aber auch nach den Umständen des Falles bald eine größere, bald eine geringere Anspannung der Geisteskraft für geboten erachtet werden darf: RG. 30./6. 85 C. 12 317. Hierbei ist folgendes zu beachten. Zunächst darf ein Fehler, zu welchem nichtjuristische Strafrichter leicht neigen, die gegenwärtige Kenntnis des Angeklagten von der objektiven Falschheit seiner Aussage nicht verwechselt werden mit seiner Kenntnis zur Zeit der Ableistung des Schwures, der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, der Berufung auf eine frühere Versicherung. Ferner darf kein eigenes Gedächtnis verlangt werden, am allerwenigsten bezüglich solcher Tatsachen, welche zeitlich weit zurückliegen oder an sich nebensächlich sind, oder deren demnächstige Relevanz zur Zeit ihres Vorkommens nicht zu ersehen war. Endlich kann durch bloße Willensanstrengung das Gedächtnis nicht dazu gebracht werden, richtig zu funktionieren, niemand ist absolut und jederseitiger Herr über sein Gedächtnis: RG. 8. 1. 92

§. 22 297, 16./2. 94 C. 25 122. Aber dieser Satz gilt nur, wenn die Erinnerung an den wahren Sachverhalt durch eine falsche Vorstellung völlig verdrängt, also eine unerhütterlich feste, den wirklichen Verhältnissen zuwiderlaufende Überzeugung entstanden und gleichwohl weder ein Anhaltspunkt noch auch nur ein Anlaß zum Mißtrauen gegen die Treue und Zuverlässigkeit des Gedächtnisses gegeben ist. Abgehen von diesen Fällen eines tatsächlichen festgewurzelten Irrtums beißt erfahrungsgemäß der Mensch im allgemeinen die Fähigkeit, durch Anspannung seiner geistigen Kräfte die verschwommen gewordenen oder auch ganz zurückgetretenen Erinnerungsbilder wieder mit wachsender Deutlichkeit in das Bewußtsein zurückzurufen, und wer unter Eid über eine der Vergangenheit angehörende Wahrnehmung oder Tatsache Auskunft zu geben hat, handelt pflichtwidrig, wenn er, ohne weiter nachzudenken, ohne mittelbar einschlagende Erinnerungsbilder zu benutzen und zusammenhängende Einzelheiten sich möglichst scharf zu vergegenwärtigen, ohne mit einem Wort sich zu besinnen, vor schnell und leichtfertig seine Auskunft macht: RG. 10./12. 03, 9./6. 04, 16./3. 05, 26./6. 05, 11./12. 05, 19./4. 06 C. 42 236. Jeder, welcher einen Eid leisten, eine eidesstattliche Versicherung abgeben soll, ist verpflichtet, Gewissenhaftigkeit und Vorsicht zu beobachten und keinerlei Überlegen, Handhaben oder Hilfsmittel außer Acht zu lassen, welche sein Gedächtnis zu unterstützen, sein Erinnerungsvermögen vor Irrtümern zu schützen geeignet sind, und insbesondere bei dem Zeugniseid kann die Fahrlässigkeit darin bestehen, daß der Zeuge, obgleich er vor seiner Vernehmung von ihrem Gegenstande Kenntnis erhalten, es unterlassen hat, trotz der ihm gebotenen Gelegenheit durch Benutzung eigenhändiger Aufzeichnungen, Erkundigungen bei Dritten oder ähnlicher Hilfsmittel sein Gedächtnis aufzufrischen und sich auf die von ihm abzugebende Aussage vorzubereiten: RG. 16./2. 83 C. 8 108, 5./12. 90 C. 21 158, 8./1. 92 C. 22 297, 16./2. 94 C. 25 122, 2./10. 94 C. 26 133, 2./4. 97 C. 30 53. Allerdings darf, wobei den Richter sein gesunder Takt zu leiten hat, in dieser Beziehung nicht zu weit gegangen, nicht die Behauptung aufgestellt werden, daß der Eidespflichtige an sich zu positiven Handlungen, der Zeuge z. B. zum Auspassen auf die Aussagen anderer Zeugen in der Hauptverhandlung, zur selbsttätigen Mitwirkung behufs Überführung des Angeklagten verpflichtet sei. Daß der Täter nicht zuvor den Rat von Rechtsverständigen eingeholt hat, kann als Fahrlässigkeit erscheinen, wenn dazu nach der konkreten Lage der Sache gegründete Veranlassung vorgelegen hat: RG. 27./2. 85 C. 12 58, 28./5. 95 C. 27 267.

Als Fälle des fahrlässigen Eides können mit Frank N. I 1, 3 folgende genannt werden. Der Täter denkt beim Racheide nicht an eine vorher getane Äußerung, auf die sich der Eid bezieht: RG. 5./12. 90 C. 21 198, 2./4. 97 C. 30 53. Er glaubt, die den Eid entgegennehmende Behörde sei zur Abnahme von Eiden nicht zuständig, vgl. Binding Lehrb. II 152. Er unterzeichnet ein Schriftstück, ohne sich zu vergewissern, daß es eine eidesstattliche Versicherung enthält: RG. 5./12. 90 C. 21 198, 18./6. 01 C. 34 298; dagegen Binding Lehrb. II 151 N. 1.

Bei dem ajertorischen Offenbarungseid ist die Fahrlässigkeit insoweit möglich, als sich der Eid auf die vollständige Vermögensangabe bezieht: Hälsschner II 921, Lisshaujen N. 3 Abf. 1 a; RG. 21./4. 82 C. 6 205, 13./3. 93 C. 24 74, 8./10. 01 C. 34 400. Insbesondere muß der Schwörende alles angeben, was ihm über den Verbleib der Sachen bekannt ist und zu deren Auffindung dienlich sein kann: Frank N. I 1 und RG. 14./6. 06 C. 39 44.

Der nach B.D. § 459 formulierte Überzeugungseid ist objektiv falsch, wenn der Schwörende entweder keine Nachforschungen angestellt oder zwar angestellt, aber die angeblich erlangte Überzeugung nicht erlangt, die angeblich nicht erlangte Überzeugung erlangt hat. Weiß der Schwörende, daß er keine oder ungenügende Nachforschungen angestellt hat, so schwört er vorzüglich, glaubt er an die Sorgfalt seiner ungenügenden Nachforschungen, fahrlässig falsch: Binding Lehrb. II 153, Frank § 153 N. III 1, v. Liszt 592, Lisshaujen N. 3 Abf. 1; RG. 27./2. 85 C. 12 58. Ist die Behauptung bezüglich der Überzeugung selbst falsch, so ist der Eid regelmäßig ein Meineid, kann aber auch ein fahrlässiger sein, nämlich wenn der Eid in der Annahme geleistet wird, unter Überzeugung sei ein mit Zweifel gehegtes Mutmaßes zu verstehen, wenn der Schwörende dabei schuldhaft veräümt hat, seine Annahme der Prüfung Anderer zu unterstellen: Binding Lehrb. II 153, Lisshaujen N. 3b und RG. 27./2. 85 C. 12 58. Dagegen nehmen Hälsschner II 922, v. Liszt 591 und Meyer-Allfeld 622 (?) an, daß bezüglich der Überzeugung selbst nur ein Meineid möglich sei.

5. Ist der Eid ausschließlich auf das Wissen oder Nichtwissen, Glauben oder Nichtglauben im Augenblicke der Eidesleistung gestellt, so kommt es nur auf die Existenz dieser inneren Tatsachen, nicht aber darauf an, ob bei der Gewinnung dieses Wissens usw. mit Sorgfalt oder fahrlässig verfahren ist: Binding Lehrb. II 152, Lisshaujen N. 2a; RG. 6./3. 88 C. 17 185, 22./11. 90 C. 21 220.

6. Zu Abf. 2 vgl. die Ausführungen zu § 158, welche, da die Straflosigkeit des Abf. 2 auch für den Parteieid (§ 153) gilt: RG. 25./4. 87 C. 16 29, hier völlig zutreffen.

Zehnter Abschnitt.

Falsche Anschulldigung.

1. Die falsche Anschulldigung führt die Staatsgewalt, insbesondere die Rechtspflege, irre und enthält zugleich eine Beleidigung des Beschulldigten. Daher fragt es sich, welches von beiden Momenten das für sie charakteristische ist, ihr die selbständige Stellung gegenüber den anderen Delikten gibt. Im Anschluß an eine unbestreitbare vielhundertjährige deutschrechtliche Auffassung wird das Delikt als Gefährdung der Person aufgefaßt von Löning 108 und Meyer-Malfeld 517. Nach der überwiegenden Rechtsauffassung und der systematischen Stellung im Gesetzbuch ist aber als maßgebendes Moment der Angriff auf die Reinheit und Gerechtigkeit der Rechtspflege zu bezeichnen. Hiermit stimmen, zum Teil allerdings mit Modifikationen, überein Berner 439, Binding Handb. I 559 und Lehrb. II 527, 537 ff., Birkmeyer Enzykl. 1195, Geher I 150, Sälchner II 897, v. Liszt 595, Merkel 508, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius § 164 N. 1, Schütze 317, 318 N. 3, v. Wächter 500 und RG. 27./9. 90 G. 21 101, 23./12. 92 G. 33 371, 29./6. 96 G. 29 54, 7./3. 99 G. 32 77. Dagegen will Franck § 164 N. I beide Momente verbinden, sodaß diese Doppelseitigkeit in jedem Einzelfalle zum Ausdruck kommen müsse, gibt aber zu, daß die Folgerungen aus seiner Ansicht auch von der herrschenden Lehre vertreten würden. Wie Franck auch Wachenfeld HA. II 321.

Aus der richtigen Auffassung des Deliktes ergibt sich:

a) Die falsche Anschulldigung wird nicht dadurch straflos, daß sie mit Einwilligung des Angeeschulldigten erfolgt: Binding Handb. I 729 und Lehrb. II 525 N. 3, 528, v. Liszt 595, Meyer-Malfeld 518, Olshausen N. 1, Schaper S. S. II 131 N. 6.

b) Sie wird nicht dadurch straflos, daß sie — § 193 — zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten geschieht: Olshausen § 164 N. 12, Rüdorff-Stenglein § 164 N. 15; RG. 3./4. 84 G. 10 274, 19./3. 01 G. 34 220.

Über das Verhältnis des § 164 zu § 187 vgl. unten § 187 N. 3. Danach ist Idealkonkurrenz möglich.

2. Abschn. 10 regelt eine Materie im Sinne GG. § 2, so daß die Landesgesetzgebung ausgeschlossen ist: Binding Handb. I 321 und Olshausen N. 2.

§ 164.

Wer bei einer Behörde eine Anzeige macht, durch welche er Jemand wider besseres Wissen der Begehung einer strafbaren Handlung oder der Verletzung einer Amtspflicht beschulldigt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft; auch kann gegen denselben auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Solange ein in Folge der gemachten Anzeige eingeleitetes Verfahren anhängig ist, soll mit dem Verfahren und mit der Entscheidung über die falsche Anschulldigung inne gehalten werden.

1. Falsche Anschulldigung ist nach der Legaldefinition die bei einer Behörde gemachte Anzeige, durch welche der Anzeigende wider besseres Wissen jemand eines Deliktes oder der Verletzung einer Amtspflicht beschulldigt.

Der beschulldigte Jemand muß zunächst ein Lebender sein: Binding Lehrb. II 533 und Olshausen N. 3 Abs. 1. Ist der Beschulldigte ein Verstorbener, so liegt das Antragsdelikt des § 189, nicht aber eine falsche Anschulldigung vor.

Der beschulldigte Jemand muß ein Anderer sein. Die falsche Selbstbeschulldigung kann als ich gegen die Beurteilung eines Anderen richtende Begünstigung und kann, um sich beim Herannahen des Winters die Wohlthat des warmen Gefängnisses zu verschaffen, Betrug sein, ist aber keine falsche Anschulldigung: Binding Handb. I 700 und Lehrb. II 531, Franck N. I 1, 2, Sälchner II 898, v. Liszt 595, Meyer-Malfeld 518 (N. 5), Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3.

Der Jemand muß eine bestimmte Person sein, nicht quivis, sondern aliquis. Wie es nicht genügt, nur den objektiven Tatbestand zur Anzeige zu bringen oder eine jingierte Persönlichkeit

zu beschuldigen: Dochow S. S. III 257, v. Liszt 596, Olshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. D., so muß der Beschuldigte dergestalt individuell bezeichnet werden, daß auch ohne Nennung seines Namens seine Ermittlung möglich ist: Berner 439, Frank N. I 2, Hälshner, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 3 Abs. 2.

Endlich muß der Beschuldigte der inländischen Strafgewalt unterliegen. Die Anzeige darf also nicht gerichtet sein gegen den Träger einer in- oder ausländischen Staatsgewalt usw. (vgl. § 3 N. 4), gegen Abgeordnete wegen innerhalb ihres Berufes getaner Äußerungen oder Abstimmungen (§ 11), wegen eines im Auslande begangenen, aber nach deutschem Recht nicht straffälligen Delikts (§§ 4, 6): Binding Lehrb. II 533.

2. Anzeige ist nicht in dem technischen Sinne von StPD. § 156 zu verstehen, sondern ist die einseitige, aus freier Entschließung hervorgehende Mitteilung, welche die Einleitung eines straf- oder disziplinarrechtlichen Verfahrens gegen den Beschuldigten zu veranlassen geeignet ist: Dochow S. S. III 256, Frank II 1, Hälshner II 897, v. Liszt 595, Olshausen N. 11 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 318 N. 3; RG. 15./3. 83 C. 8 162, 3./4. 84 C. 10 274, 16./10. 08 C. 42 18. Wenn Binding Lehrb. II 528 und Meyer-Allfeld 518 die Freiwilligkeit nicht für erforderlich halten, so verwechseln sie den äußeren Vorgang mit der inneren Entschließung. Sind somit unwahre Bezeichnungen anderer Personen, welche bei der amtlichen Vernehmung oder bei der gemäß StPD. § 199 ergangenen Aufforderung zum Zwecke der eigenen Entlastung gemacht werden, keine Anzeigen im Sinne des § 164, so kann doch die Anzeige auch bei Gelegenheit einer Vernehmung erfolgen, wenn nämlich die angezeigte Tatsache in keiner Verbindung mit dem Gegenstande der Vernehmung steht, die Vernehmung keinen Anlaß zur Erhebung der Anschuldigung gibt, diese vielmehr in der Absicht erhoben wird, eine Verfolgung des Beschuldigten herbeizuführen: RG. 15./3. 83 C. 8 162 und — nicht vom RG. selbst veröffentlicht — 11./1. 87. Ebenso ist es eine Anzeige, wenn zunächst der zu weiteren Ermittlungen verpflichteten Polizei oder Staatsanwaltschaft der äußere Tatbestand angezeigt und dann erst auf die erwartete Frage der Andere als Täter bezeichnet wird, denn diese Bezeichnung ist nur eine Vervollständigung der freiwilligen und einseitigen Anzeige: RG. 16./10. 08 C. 42 18.

Auf die Form, in welche die Anzeige gekleidet ist, kommt es nicht an. Sie kann gekleidet sein in die Form eines bei der Staatsanwaltschaft eingereichten fälschlich angefertigten Geständnisses des fälschlich Beschuldigten: RG. 22./9. 82 C. 7 47. Sie kann erscheinen als Beschwärde. Weiter als Privatklage: so die allgemeine Ansicht, ausgenommen nur Schütze 318 N. 2; vgl. Binding Lehrb. II 541 ff. Ebenso als Antrag auf Anberaumung eines Sühnetermins zum Zweck der Erhebung einer Privatklage, mit Unrecht bestritten von Binding Lehrb. II 532 N. 4 und Olshausen N. 11 Abs. 4, da ja auch dieser Antrag ein freiwilliger ist, vorausgesetzt jedoch, daß in dem Antrage die strafbare Handlung konkret bezeichnet ist (N. 4).

3. Die Anzeige muß bei einer Behörde gemacht sein. Der Begriff der Behörde — vgl. § 114 N. 2 — verlangt auch hier eine solche Organisation des Amtes, daß dessen Bestand unabhängig ist von der Existenz, dem Wegfall, dem Wechsel des Beamten als der physischen Person, welcher die Besorgung der in den Kreis des Amtes fallenden Geschäfte anvertraut ist: RG. 14./11. 88 C. 18 246. Somit genügt nicht die Erstattung der Anzeige an das bloße Organ einer Behörde, auch wenn es nicht ein rein exekutives Organ des Polizeidienstes, sondern ein Beamter ist, dem ein gewisses Maß selbständiger Wirksamkeit bewohnt: Meyer-Allfeld 518 N. 9, Olshausen N. 10 Abs. 2; RG. 8./1. 83 C. 8 5, 22./2. 95 C. 27 51, 24./3. 99 C. 32 95, 28./9. 00 C. 33 383; a. M. Binding II 530 bezüglich der Polizeibeamten. Anders ist es, wenn es sich um eine durch dauernde Organisation geregelte Unterabteilung einer Behörde handelt, so die Berliner Polizeireviere und die sie in Strafsachen vertretenden Beamten im Verhältnis zum Polizeipräsidenten: RG. 28./3. 05 C. 38 20, 8./1. 07 C. 39 358, die Dresdener Polizeizeitwachen und die sie vertretenden Polizeieinspektoren im Verhältnis zur Polizeidirektion: RG. 24./3. 99 C. 32 95.

Daß die Behörde zur rechtlichen Verfolgung der Anzeige zuständig, daß sie eine solche sei, bei welcher nach positiver Spezialvorschrift die Anzeige zu erstatten ist, verlangt das Gesetz nicht. Wenn Berner 439, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1 und Schütze 318 annehmen, die Behörde müsse wenigstens zur Weitergabe an die zuständige Behörde verpflichtet sein, so läuft dies schließlich auf einen Vorstreit hinaus; denn wenn das behördliche Organ, z. B. der Polizeidiener, dem Willen des Anzeigenden entsprechend die Anzeige an die Behörde abgibt, so gilt sie eben als bei der Behörde gemacht, und eine jede Behörde hat die ihr gemachte Anzeige, soweit sie über dieselbe zu verfügen nicht befugt ist, an die zuständige Behörde abzugeben: Binding Lehrb. II 530 und Hälshner II 897.

4. In der Anzeige muß behauptet werden, daß der Beschuldigte eine bestimmte kriminell oder disziplinarisch strafbare Handlung begangen, also mindestens verächt hat.

Zunächst die Verübung einer konkreten Handlung. Ein allgemeiner Vorwurf, eine allgemeine Verdächtigung genügen nicht: Hälshner II 898, v. Liszt 596, Olshausen N. 4 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5.

Unter strafbarer Handlung ist nur eine nach inländischem Recht zur Zeit ihrer angeblichen Begehung mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung — Verbrechen, Vergehen, Übertretung — zu verstehen, sodaß Handlungen, welche außerhalb des Kriminalrechts liegen und nur mit Ordnungstrafe geahndet werden können, nicht in Betracht kommen: Verner 439, Binding Lehrb. II 531, v. Liszt 595, Mertel 409, Meyer-Alfeld 515 N. 4, Olshausen N. 4 Abf. 1; RG. 7./3. 99 C. 32 77.

Die Beschuldigung, die Amtspflicht verletzt zu haben, kann nur wider einen Beamten erhoben werden. Unter ihr ist nicht jede schuldhafteste Pflichtverletzung eines Amtsträgers, sondern nur die Amtspflichtverletzung des Beamten zu verstehen: Binding Lehrb. II 532. Die Beschuldigung ist auch dann strafbar, wenn gegen den Beamten — z. B. einen preussischen Minister — ein Disziplinarverfahren rechtlich gar nicht statthaft ist. Die Verletzung der Dienstpflicht des Offiziers ist Verletzung der Amtspflicht: RG. 21./2. 90 C. 20 268. Der mit Pension und der Erlaubnis zum Tragen der Uniform verabschiedete Offizier ist nicht mehr Beamter, kann daher durch ein ehrenrühriges Verhalten sich einer Verletzung der Standesehre, nicht aber der einer Amtspflicht schuldig machen: RG. 31./1. 02 C. 35 99. Ist der Beamte, wie z. B. die Reichs- und die preussischen Beamten, verpflichtet, nicht bloß in, sondern auch außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen, so liegt eine Verletzung der Amtspflicht auch in dem unwürdigen Betragen außerhalb des Amtes: Olshausen N. 4 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 5 und RG. 22./12. 99 C. 33 29; zweifelhaft Traut N. II 3.

Daß aus der Anzeige die rechtliche Qualifikation der angeeschuldigten Handlung mit Sicherheit entnommen werden könne, ist nicht erforderlich: Olshausen N. 5 Abf. 2. Ebensovienig kommt es auf die richtige Subjuntion der Handlung unter das Gesetz und auf die richtige technische Bezeichnung an: Binding Lehrb. II 532 N. 1, Hälshner II 898, Olshausen N. 5 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 16./10. 80 C. 3 228.

5. Die Anzeige muß objektiv falsch sein. Dies ist sie, wenn sie auch nur teilweise der Wirklichkeit nicht entspricht. Auf die Form, in welche die Beschuldigung eingekleidet ist, z. B. es liege ein außergewöhnliches Gesändnis vor, kommt es nicht an: RG. 21./4. 87 C. 16 37.

Sie ist ferner falsch, wenn Umstände, welche in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung für die Bedeutung der angeblichen Handlung erheblich sind, entstellt oder verschwiegen werden: die Handlung muß nach dem Inhalt der Anzeige sich in jeder Hinsicht als eine verfolgbare und strafbare darstellen: Hälshner II 898, v. Liszt 596, Meyer-Alfeld 518, Olshausen N. 8 Abf. 1; RG. 2./11. 82 C. 7 207, 29./3. 87 C. 15 391, 27./9. 90 C. 21 101, 26./6. 06 C. 39 58.

Nb eine solche Entstellung oder Unterdrückung vorliegt, ist Tatfrage. Die bloße Übertreibung des Sachverhaltes, z. B. der Anzahl oder des Wertes gestohlener Sachen, fällt nicht unter § 164, da sie nicht auf die Existenz oder Nichtexistenz des angeeschuldigten Delikts, sondern nur auf die Strafzumessung innerhalb des für das begangene Delikt bestimmten Strafrahmens von Einfluß ist: Rüdorff-Stenglein N. 7 Abf. 2 und RG. 16./10. 85 C. 13 12, 29./3. 87 C. 15 391, 14./5. 95 C. 27 229, 9./3. 96 C. 28 253; zweifelhaft Olshausen N. 8 Abf. 3. Nur eine Übertreibung liegt vor, wenn in der wegen gewerbsmäßiger Unzucht (§ 361 Nr. 6) gemachten Anzeige statt der in Wirklichkeit stattgehabten unzüchtigen Betätigung Weischlafsvollziehung, oder wenn Weischlafsvollziehung mit dem Anzeigenden selbst behauptet wird, obgleich die gewerbsmäßige Unzucht nicht mit dem Anzeigenden selbst, sondern mit Anderen betrieben ist: RG. 16./1.08. C. 41 59. Aus der Irrelevanz der letzteren Übertreibung würde allerdings folgen, daß bei fortgesetzten und kollektivdeliktischen die Anwendung des § 164 fast ganz ausgeschlossen ist. Dagegen greift § 164 dann Platz, wenn durch die Übertreibung die Qualifizierung der Tat beeinflusst wird: RG. 16./10. 85 C. 13 12, z. B. wenn das Quantum der verwendeten Nahrungsmittel so übertrieben wird, daß nicht mehr Mundraub (§ 370 Nr. 5), sondern einfacher oder schwerer Diebstahl (§§ 242, 243) in Frage kommt. Ferner wird dem Erfordernis, daß die Handlung sich nach dem Inhalt der Anzeige in jeder Hinsicht als eine strafbare darstellen muß, nicht genügt, somit liegt eine falsche Anschuldigung vor, wenn solche Tatsachen verschwiegen werden, durch deren Zutreten die Strafbarkeit des Angeeschuldigten ausgeschlossen wird: Binding Lehrb. II 533, Traut N. I 3, v. Liszt 596, Meyer-Alfeld 518 N. 7, Olshausen N. 9 b, Oppenhoff-Delius N. 11; RG. 25./2. 80 C. 1 229, 16./10. 80 C. 3 228, 2./11. 82 C. 7 207, 29./3. 87 C. 15 391, 23./9. 89 C. 19 386, 27. 9. 90 C. 21 101, 23./12. 92 C. 23 371, 9./3. 96 C. 28 253. Z. B. es wird verschwiegen, daß der Dieb der Vater oder Gatte des Bestohlenen ist (§ 247 Abf. 2): RG. 27./9. 90 C. 21 101; daß die Strafverfolgung verjährt ist: RG. 25./2. 80 C. 1 229; bei einer Anzeige wegen § 186, daß die von dem Beschuldigten behauptete oder verbreitete Tatsache wahr ist: RG. 2./11. 82 C. 7 207, mag auch der Anzeigende an die Unerweislichkeit der Tatsache glauben: RG. 23./9. 89 C. 19 386. Der

ausdrücklichen Benennung des Strafausschließungsgrundes ist es gegen RG. 25./2. 80 C. 1 229 mit Frank N. I 3 und Olshausen N. 9b gleichzuachten, wenn der Strafausschließungsgrund sich aus dem Inhalt der Anzeige erkennen läßt. Dagegen genügt es nicht, daß die Anzeige deshalb nicht notwendig dem Beschuldigten eine strafbare Handlung zur Last lege, weil trotz fehlender Andeutung möglicherweise ein Schuldaußschließungsgrund vorläge: RG. 16./10. 80 C. 3 228.

6. Die Anschuldigung muß subjektiv falsch, also mit der Überzeugung von ihrer Unwahrheit erhoben sein. Eventualdolus ist in dieser Beziehung nicht ausreichend: Bindung II 534, Frank N. III 1, Hälschner II 899, Olshausen N. 7 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2. Daher genügt es nicht, wenn die Beschuldigung lediglich ohne den Glauben an ihre Begründetheit und ohne die Möglichkeit, diese zu beweisen, erhoben wird: RG. 16./1. 80 C. 1 80, oder wenn der Anzeigende zwar nicht überzeugt ist, aber von der Vermutung ihrer Richtigkeit ausgeht: RG. 18./9. 88 C. 18 88. Das Bewußtsein der Unrichtigkeit muß zur Zeit der Erstattung der Anzeige vorhanden sein: Bindung Lehrb. II 534, Olshausen N. 7 Abs. 2, Schütze 318. Hat der Anzeigende sich von der Unrichtigkeit erst nachträglich überzeugt, so ist er auch dann straflos, wenn er es unterläßt, dies der Behörde mitzuteilen: v. Liszt 596, Olshausen N. 7 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 14 a. Die subjektive Falschheit muß in jedem Falle festgestellt werden, auch dann, wenn der Anzeigende sich auf seine Unkenntnis der Falschheit gar nicht berufen hat, oder wenn der Beschuldigte freigesprochen ist: Hälschner II 899, Olshausen § 7 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 26, Rüdorff-Stenglein N. 26, v. Schwarze N. 9.

7. Das Delikt des § 164 ist nur als vorsätzliches strafbar. Der Dolus besteht in dem Bewußtsein, daß die Anzeige geeignet ist, die Einleitung einer strafrechtlichen oder disziplinarischen Verfolgung herbeizuführen: RG. 25./2. 80 C. 1 229, 22./9. 82 C. 7 47, 15./3. 83 C. 8 162. Frank N. III 3 meint ohne Grund, bei der Beschuldigung wegen Verletzung einer Amtspflicht genüge das Bewußtsein, daß die Anzeige dem Beschuldigten in seinem Dienstverhältnisse von Nachteil sein könnte. Auf die Absicht oder den Zweck, zu welchem die Anzeige erfolgt, insbesondere daß ein Verfahren wirklich eingeleitet werde, eine Verurteilung erfolge, kommt es nicht an, da dies auch bei einer objektiv wahren Beschuldigung bezweckt sein kann: Frank N. III 3, v. Liszt 597, Meyer-Malfeld 519, Olshausen N. 12 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 318 N. 3 und RG. 25./2. 80 C. 1 229, 3./4. 84 C. 10 274; a. M. Bindung Lehrb. II 532, Hälschner II 898, v. Schwarze N. 8. Hier genügt nach der allgemeinen Regel der Eventualdolus: Hälschner und Olshausen a. a. D.; a. M. v. Schwarze N. 9.

8. Das Delikt ist vollendet, sobald die Anzeige der Behörde, bei welcher sie gemacht wurde, zur Kenntnis gekommen ist, und nur bis dahin, nicht aber später kann die Anzeige zurückgenommen werden: Hälschner II 901, v. Liszt 597, Olshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 11. Somit gehört nicht zur Vollendung, daß gegen den Beschuldigten wirklich ein Verfahren eingeleitet wird.

9. Auf den Fall, daß ein Verfahren — ein strafrechtliches oder disziplinarisches: RG. 9./5. 84 C. 10 381 — gegen den Beschuldigten eingeleitet worden, trifft Abs. 2 eine prozedurale Bestimmung, welche durch CG. 3. StPD. § 5 Abs. 1 aufrecht erhalten ist. Ein Verfahren ist auch das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren. Die von den Behörden und Beamten des Polizeisicherheitsdienstes selbständig gepflogenen Ermittlungen gehören nicht hierher: Olshausen N. 16 Abs. 1. Auf das Verfahren in der Revisionsinstanz bezieht die Bestimmung sich nicht: RG. 11./1. 95 C. 26 365. Trotz des gewöhnlich nur im instruktionalen Sinne gebrauchten „soll“ ist sie eine zwingende: Olshausen N. 18 und RG. 5./7. 98 C. 31 231. Im übrigen sind die in Betracht kommenden Fragen nicht materieller, sondern prozeduraler Natur.

10. Wegen des Ruhens der Verjährung insolge Abs. 2 vgl. § 69.

§ 165.

Wird wegen falscher Anschuldigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben, ist in dem Urteile zu bestimmen.

Dem Verurteilten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urteils zu erteilen.

Vergl. die Ausführungen zu § 200.

Elfter Abschnitt.

Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen.

Die Religionsvergehen sind eine Materie im Sinne GG. § 2, die Landesgesetzgebung ist somit ausgeschlossen: v. Liszt 393; a. M. Binding Handb. I 322 und Olshausen N. 1 Abf. 1.

§ 166.

Wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Argerniß gibt, oder wer öffentlich eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehende Religionsgesellschaft oder ihre Einrichtungen oder Gebräuche beschimpft, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

1. In § 166 werden drei selbständige Delikte unter dieselbe Strafandrohung gestellt. Strafbar ist nämlich:

a) wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Argerniß gibt;

b) wer eine mit Korporationsrechten innerhalb des Reiches bestehende Religionsgesellschaft oder ihre Einrichtungen oder Gebräuche öffentlich beschimpft;

c) wer in einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte beschimpfenden Unfug verübt.

Alle drei Delikte erfordern Vorsatz.

2. Strafbar ist zunächst, wer dadurch ein Argerniß gibt, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert.

a) Objekt des Delictes ist nicht Gott, welcher niemals Gegenstand einer Rechtsverletzung sein kann, sondern die Nebenmenschen, deren Gefühl durch die Gotteslästerung verletzt wird: Frank N. I Abf. 1, Hälschner II 702, 706, v. Liszt 393, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4, Wachenfeld H. II 311, v. Wächter 513, auch die Motive. Hierbei kommt weder eine abstrakte philosophische noch die individuelle Gottesidee desjenigen in Betracht, welcher an der Lästerung Argerniß nimmt, noch, wie Binding Lehrb. I 179, Hälschner II 704, Mertel 371 und v. Schwarze N. 4 a wollen, die von allen monotheistischen Religionen übereinstimmend angenommene, sondern unter Gott ist der Gottesbegriff zu verstehen, wie er in den Bekenntnissen der christlichen Kirchen und der anderen mit Korporationsrechten innerhalb des Deutschen Reiches bestehenden Religionsgesellschaften niedergelegt ist: Werner 442 N. 1, Birmeyer Einzhl. 1184, Frank N. I Abf. 3, v. Liszt und Wachenfeld a. a. O., Meyer-Alfeld 645, Olshausen N. 2 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 347 N. 4; RG. 3./3. 82 C. 6 77. Ob hiernach die Lästerung des Heilandes und des Heiligen Geistes Gotteslästerung ist, kann zweifelhaft sein. Nach dem Bekenntnis der jüdischen Konfession ist sie es jedenfalls nicht, und das Judentum bildet in den meisten Bundesstaaten eine Religionsgesellschaft im Sinne des § 164, z. B. in Preußen: RG. a. a. O., daher wird die Frage mehrfach verneint, so von Binding a. a. O., Hälschner II 704 N. 3, Mertel 372, Wahlberg H. S. III 267. Aber das Gesetz deutet offenbar an erster und hauptsächlichster Stelle an die christliche Religion, die Bundesstaaten sind trotz aller Parität christliche Staaten, die anderen Konfessionen mit und ohne Privilegierung werden nur toleriert, die christliche Religion wird bei denjenigen staatlichen Einrichtungen, welche mit der Religionsübung im Zusammenhange stehen — vgl. z. B. Preussische Verfassungsurkunde Art. 14 —, zugrunde gelegt, schließlich würden, da Christus und der Heilige Geist unmöglich zu den „Einrichtungen und Gebräuchen“ der christlichen Kirchen gezählt werden können, jene Lästerungen trotz allen Argernißes straflos sein. Daher ist die Frage zu bejahen: Frank N. I Abf. 3, Geber II 90, v. Liszt 394, Olshausen N. 2 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 10./10. 87 C. 16 245 (Christus).

b) Gott wird in beschimpfenden Äußerungen gelästert.

Äußerungen, welche die Anerkennung Gottes verleugnen, Äußerungen atheïstischer, pantheïstischer, polytheïstischer Ansichten, Äußerungen, welche dem Gottesbegriffe dieser oder jener Religionsgesellschaft widerprechen, ihn bekämpfen, sind an sich nicht strafbar, sollten sie

auch bei Anderen Argernis erregen, denn das Gesetz will die volle Freiheit der Meinungsäußerungen auch in religiösen Dingen nicht beschränken: Hälschner II 705. Vielmehr kommen in Betracht nur Lästerungen, also Äußerungen, welche der Heiligkeit und Ehre des Gottesbegriffes objektiv Abbruch tun, welche das Laster, das Böse in dem Verhältnisse des Täters zu dem Gelästerten zum Ausdruck bringen, vom Standpunkt des Gottesfürchtigen aus als gottlos erscheinen. Aber auch die lästernde Äußerung ist nur strafbar, wenn sie zugleich eine beschimpfende ist. Keine leichtfertigen Redensarten, welche in dem Bevölkerungskreise, dem der Sprecher angehört, gang und gäbe sind, ohne daß er Arges dabei denkt, und ohne daß ein kränkender Wille zur Erscheinung kommt: Berner 442, Hälschner II 705, Rüdorff-Stenglein N. 2. Sondern Äußerungen von einer Roheit der Ausdrucksweise, welche schon an sich die Nichtachtung oder Verachtung dartun, welche nicht nur die der Heiligkeit Gottes entsprechende Gesinnung verleugnen, sondern auch in frecher Ueberhebung über das Heilige in rohen, verhöhnenden Ausdrücken dessen Verachtung kundgeben: Binding Lehrb. I 179, Frank N. I Abf. 2, Hälschner II 705, v. Liszt 394, Merkel 372, Dshaujen N. 3 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 11./3. 82 C. 6 88, 8./11. 83 C. 9 158, 21./2. 84 C. 10 146, 24./11. 91 C. 22 238, 20./2. 93 C. 24 12, 8./6. 95 C. 27 284, 2./6. 96 C. 28 403. Die Gotteslästerung erfordert jedoch nicht eigentliche Schimpfereien, wie z. B. alter Fajelhaus von Gott, Surentkind von Christus, Grobian vom Heiligen Geist, sondern die zu ihrem Tatbestande gehörige Roheit der Ausdrucksweise ist überall anzunehmen, wo das freche Bestreben, zu Verachtendes herabzuwürdigen, einen offenkundigen Ausdruck gefunden hat: Binding Lehrb. I 179, v. Liszt 394 N. 2, Dshaujen N. 3 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 2./6. 96 C. 28 403, 17./6. 97 C. 30 194, 5./11. 98 C. 31 305. Überhaupt darf der Begriff der verletzenden Form der Äußerung nicht zu eng aufgefaßt und darunter nicht bloß der sprachliche Ausdruck — die für die Mißachtung gebrauchten Worte — verstanden werden, vielmehr kann eine Kundgebung sich auch durch ihren Gedankeninhalt als eine beschimpfende darstellen, indem sie in der Form der Behauptung einer für den Angegriffenen schimpflichen Tatsache auftritt, und zwar auch dann, wenn Behauptung oder Verbreitung nicht wider besseres Wissen erfolgen: RG. 2./6. 96 C. 28 403 (Behauptung eines sog. jüdischen Ritualmordes). Keine Beschimpfung ist die Ver-spottung: Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 21./2. 84 C. 10 146, Geringschätzung: RG. 23./12. 81 C. 5 354, Trivolität: RG. 8./6. 95 C. 27 284. Die Feststellung der Grenze, an der die Beschimpfung beginnt, ist tatsächlicher Natur: RG. 11./3. 82 C. 6 88, 21./2. 84 C. 10 146, jedoch der Revisionsrichter hat zu prüfen, ob nicht der Begriff der Beschimpfung verkannt ist: RG. 21./2. 84 C. 10 146, 5./11. 98 C. 30 194. Eine Roheit besonderen Grades ist nicht erforderlich.

Die Äußerungen können mündlich, schriftlich oder bildliche oder symbolische Darstellungen sein; eine bildliche Darstellung der Kreuzigung, in welcher Jesus einen Efelstropf hat (das bekannte Bild aus den römischen Katakomben) ist ebensovot eine beschimpfende Äußerung wie das mit dem Worte „Schrift“ bezeichnete räumlich fixierte Wort: Berner 442, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 346; a. M., nämlich nur mündliche und schriftliche Äußerung verstehend, Binding Lehrb. I 178, Hälschner II 706 N. 2, v. Liszt 394, Meyer-Allfeld 645, Dshaujen N. 4 (Carpov: dictum contumeliosum).

c) Die Gotteslästerung muß öffentlich erfolgen. Zu dem Begriff der Öffentlichkeit vgl. oben § 110 N. 5a. Entscheidend ist auch hier nicht die Ortlichkeit, sondern ob die Äußerung von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden kann: RG. 5./1. 91 C. 21 254, jedoch ist die Öffentlichkeit nicht notwendig deshalb ausgeschlossen, weil die Gotteslästerung innerhalb eines bestimmten Personentreibes stattgefunden hat. Bei der Beschimpfung durch die Presse kann sie schon in der an Einen Abnehmer erfolgten Ueberlassung von Exemplaren der Druckchrift gefunden werden: RG. 23./12. 81 C. 5 354, vgl. auch 28./9. 80 C. 2 270.

d) Endlich ist die öffentlich und in beschimpfenden Äußerungen begangene Gotteslästerung nur strafbar, wenn durch sie ein Argernis gegeben, also durch das Erkennen des Charakters der Äußerung als einer gotteslästerlichen das sittliche, religiöse oder ästhetische Gefühl verletzt wird. Es genügt aber nicht, daß die Lästerung objektiv geeignet ist, Argernis zu geben, sondern es muß jemand, also mindestens Eine Person, wirklich Argernis genommen haben: Berner 442, Binding Lehrb. I 178, Frank N. I Abf. 1, Hälschner II 706, v. Liszt 394, Merkel 372, Meyer-Allfeld 645, Dshaujen N. 7 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 346; RG. 12./7. 80 C. 2 196, 10./10. 87 C. 16 245, 17./6. 97 C. 30 194, 27./6. 07 C. 40 262; a. M. v. Schwarze N. 6. Und zwar muß die Lästerung so geartet sein, daß sie das allgemeine Gefühl verletzt; daß eine Person vermöge ihrer individuellen Empfindung Argernis genommen hat, reicht nicht hin: RG. 12./7. 80 C. 2 196. Endlich muß das Argernis durch die Äußerung als solche, nicht erst später durch ihre Weiterverbreitung gegeben sein: Frank N. I Abf. 1, Merkel 372, Dshaujen N. 7 Abf. 2.

e) Das Delikt erfordert Vorfaß, also das Wissen und Wollen sämtlicher Momente des objektiven Tatbestandes einschließlich der Erregung des Argernisses, folglich auch das Bewußt-

sein des beschimpfenden Charakters der Äußerung. Trotz dieses Wissens und Willens wird die Absicht zu beschimpfen von Frank R. I Abs. 1, Oshausen R. 8, Rüdorff-Stenglein R. 14 mit RG. 17./6. 97 E. 30 194 für nicht erforderlich erklärt. Eventualdolus genügt: Frank und Oshausen a. a. O., auch Hälßchner II 706.

3. In gleicher Weise wird bestraft, wer öffentlich eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Korporationsrechten innerhalb des Reichsgebietes bestehende Religionsgesellschaft oder ihre Einrichtungen und Gebräuche beschimpft.

a) Die Beschimpfung (R. 2 b) muß eine öffentliche sein (R. 2 c). Es braucht durch sie kein Argernis gegeben zu sein, und sie kann um so mehr durch biblische Darstellung erfolgen, als das Gesetz sie nicht auf beschimpfende Äußerungen beschränkt: Binding I 181, Hälßchner II 709 R. 4, v. Liszt 394, Oshausen R. 14 Abs. 1, Schütze 346 R. 2; RG. 23./12. 81 E. 5 354. In noch höherem Grade als bei der Gotteslästerung, welche an sich schon unverfälscht ist, liegt diese Beschimpfung nur in ihrer die schmähtüchtige Absicht kundgebenden Form, niemals aber lediglich in ihrem Inhalt; denn eine scharfe wissenschaftliche Kritik kann von den Angehörigen der betreffenden Religionsgesellschaft als tief verletzend und kränkend empfunden werden, ohne schon darum als beschimpfend zu erscheinen. Selbst der Umstand, daß sie sich als irrig, auf ungewissen Tatsachen beruhend erweisen sollte, macht sie noch nicht zu einer beschimpfenden. Umgekehrt können auch wahre Tatsachen zum Zwecke der Beschimpfung mißbraucht werden, z. B. daß die Einrichtung, der Gebrauch auf einer Täuschung beruhen oder die pekuniäre Ausbeutung der Gläubigen mit zum Zwecke haben. Wenn sich ein Geistlicher bei Ausübung seines Amtes über eine andere Religionsgesellschaft, über ihre Einrichtungen und Gebräuche in der Form äußert, die den Quellen seiner eigenen Lehre entspricht, so kann nach Frank R. II Abs. 3 darin keine Beschimpfung gefunden werden, vorausgesetzt, daß der Religionsgemeinschaft, welcher der Geistliche angehört, die Freiheit der Lehre zugestanden ist. Aber die Freiheit der Lehre berechtigt nicht zu Beschimpfungen. Ein Geistlicher, der auf Grund des apostolischen oder mizäischen oder athanasianischen Symbols die jüdische Religionsgesellschaft für einen Höllebraten erklärt, weil sie nicht „einen einigen Gott in drei Personen und drei Personen in einiger Gottheit“ ehre, somit ihre Mitglieder eo ipso zur Hölle verdammt seien, und ein Geistlicher, welcher den durch die damalige Verbtheit der Sprache getragenen rüchichtslosen Stil der Lutherischen Streitschriften auch heute noch gebraucht, beide machen sich der Beschimpfung schuldig. „Inwieweit dient § 166 allerdings als Gesetz auch zur Wahrung des Friedens unter den Konfessionen“: Binding Lehrb. II 181.

b) Gegenstand des beschimpfenden Angriffs sind zunächst die Religionsgesellschaften als solche, somit als Ganze, nicht die einzelnen Angehörigen, also ohne Rücksicht darauf, ob die Personen, welche die Beschimpfung vernommen haben, die dadurch kundgegebene Gesinnung teilen oder nicht: RG. 27./6. 07 E. 40 262.

Die Religionsgesellschaft muß in irgendeinem Teile des Reichs in irgendwelcher Form Korporationsrechte besitzen, widrigenfalls sie des Schutzes des § 166 nicht teilhaftig ist. Dies gilt an erster Stelle von den christlichen Kirchen: Binding Lehrb. I 180, Frank R. II Abs. 1, Hälßchner II 707, v. Liszt 394 R. 4, Oshausen R. 9 Abs. 2, Oppenhoff-Delius R. 5, Wahlberg S. S. III 267. Hierher gehören unzweifelhaft die römisch-katholische und die evangelische (lutherische, reformierte, unierte) Kirche. Ebenso jede staatlich geschlossene, ihre besondere Organisation besitzende partikulare christliche Landeskirche: RG. 3./12. 81 E. 5 188. Zu der katholischen Kirche gehört die altkatholische: Binding Lehrb. I 180, Frank R. II Abs. 1, Geyer II 91, Hälßchner II 707 R. 2, v. Liszt 394, Merkel 372, Meyer-Walfeld 645 R. 10, Oshausen R. 10, Oppenhoff-Delius R. 6, Rüdorff-Stenglein R. 8, v. Schwarze R. 7. Zu der reformierten Kirche gehört die reformierte Konföderation in Niederachsen. Die griechisch-katholische Kirche ist durch zwei Gemeinden mit Korporationsrechten vertreten (auf dem Pfingstberge bei Potsdam und in München) und hat, obgleich dajelbst tatsächlich keine Gemeinden existieren, Korporationsrechte in Schleswig-Holstein (ohne den Kreis Lauenburg) sowie in den 1866 an Oldenburg abgetretenen Landesteilen: Falk, Schlesw.-Holst. Privatrecht III 2 759. In Preußen haben Korporationsrechte die Altlutheraner, Kohlsbriggianer (in Elberfeld), Herrnhuter, Böhmischn Brüder, Menoniten und Baptisten, nicht aber die Irvingianer, Nazarener, Quäker, Grundtvigianer, freie Gemeinden, Deutschkatholiken, Philippinen, Heilsarmee, Gemeinde der evangelischen Gemeinschaft. Nicht zu den christlichen Kirchen im Sinne des § 166 gehört die anglikanische, wie Binding Lehrb. I 180, Frank R. II Abs. 1, Oshausen R. 9 Abs. 1, Oppenhoff-Delius R. 5, Rüdorff-Stenglein R. 7, Schütze 346, Wahlberg S. S. III 267 meinen, aber in Hamburg haben Korporationsrechte die französische und die englisch-reformierte, die englisch-bischöfliche, die Menoniten- und die Baptisten-Gemeinde: v. Melle, Hamb. Staatsrecht 262. Ebenso gehört, wie schon oben bemerkt wurde, zu den durch § 166 geschützten Religionsgesellschaften die jüdische, da z. B. in Preußen die vorchristlichmäßig gebildeten Gemeinden Korporationsrechte haben:

Frank N. II Abf. 1, Dshausen N. 9 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 7; RG. 3./3. 82 E. 6 77, 4./2. 95 E. 26 435, 2./6. 96 E. 28 403, 5./11. 98 E. 31 305.

c) Weiter sind Gegenstand des beschimpfenden Angriffs die Einrichtungen und Gebräuche dieser privilegierten Religionsgesellschaften. An die Einrichtung schließt sich der Gebrauch, aus dem Gebrauch kann eine Einrichtung erwachsen. Im Sinne des Gesetzes werden zutreffend von Frank N. II Abf. 1 Nr. 2 als Einrichtungen die Ordnungen und Formen bezeichnet, welche von einer kirchlichen Autorität nach der Seite der innern und äußern Verfassung und nach der Seite der Religionsübung ins Leben gerufen und sanktioniert sind, dagegen als Gebräuche die tatsächlichen Übungen, mögen sie auch nicht auf kirchliche Autorität zurückführbar sein. Der Gebrauch muß mit dem organischen Wesen der Gesellschaft in innerer Verbindung stehen, ein Gebrauch der Genossenschaft, nicht bloß, wie z. B. die Echternacher Springprozession, Gebrauch einer oder mehrerer Gemeinden oder gar nur persönliches Gebaren einzelner, wenn auch geistlicher Individuen sein, wodurch aber lokale Abweichungen nicht ausgeschlossen sind. Vgl. Binding Lehrb. I 180, Frank a. a. D., Dshausen N. 11 b, v. Schwarze N. 10. Dagegen versteht Hälschner II 708 unter Einrichtungen und Gebräuchen „die von der kirchlichen Autorität ausgehenden, oder gebilligten Satzungen, die sich auf die äußere und innere Organisation der Religionsgesellschaft und die Ordnung ihres Kultus beziehen“. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts fließen ebenfalls beide Begriffe mehrfach zusammen, vgl. z. B. 8./11. 80 E. 2 428 und 3./12. 81 E. 5 188.

Mit v. Liszt 394 sind von den Einrichtungen und Gebräuchen (Sakramente, Mönchswesen, Reliquienverehrung, katholischer Zölibat, evangelische Priesterehe usw.) zu unterscheiden die Glaubenssätze (Dreifaltigkeit, Transsubstantiation, päpstliche Unfehlbarkeit), die — sächlichen — Gegenstände der Verehrung (die einzelnen Reliquien), die heiligen Schriften, einzelne tatsächliche Ereignisse (Reformation, Vatikanisches Konzil), die verehrten Personen. In den Entwürfen zum StGB. waren im Anschluß an das Preuß. StGB. § 135 neben den Einrichtungen und Gebräuchen auch die „Gegenstände der Verehrung, die Lehren“ genannt, welche Worte der Reichstag aber strich. Auch wenn man hiervon absteht, ist es unmöglich, unter den Einrichtungen und Gebräuchen auch die Glaubenssätze und die Gegenstände der Verehrung zu befassen, welche letzteren allerdings durch § 304 gegen Beschädigung geschützt sind: Berner 443, Binding I 180, Frank N. II Abf. 2, Hälschner II 708, v. Liszt 394, Dshausen N. 8 e; RG. 20./2. 93 E. 24 12. Aber der beschimpfende Angriff gegen eine Religionsgesellschaft, ihre Einrichtungen und ihre Gebräuche kann nicht bloß ein direkter, sondern auch ein indirekter sein, nämlich wenn in der Beschimpfung von Lehren und Gegenständen zugleich eine Beschimpfung jener zu finden ist. Diese Annahme eines indirekten Angriffs wird von Binding Lehrb. II 180, Hälschner II 708, v. Liszt 394, Dshausen N. 11 a, c, Schütze 346 N. 5, Wachenfeld S. N. II 311 und RG. 8./11. 80 E. 2 428, 8./11. 83 E. 9 158, 1./12. 94 E. 26 294 mit Recht gebilligt, von Frank N. II Abf. 2 Nr. 2 und v. Schwarze N. 10 zu Unrecht bekämpft, aber sie wird so weit ausgebeutet, daß durch sie auch Gegenstände unter Strafschutz gestellt werden, welche § 166 nicht schützen will; Binding a. a. D. N. 2 nennt diese Ausdehnung einen Mißbrauch. Hierdurch wird zugleich eine Zurücksetzung der evangelischen Kirche hinter die katholische bewirkt. Denn die erstere hat gemäß ihrer sächlichen, dem äußeren Prunk abgeneigten und dem inneren Gemütsleben zugewandten Charakter wie nur wenige Gegenstände der Verehrung, so nur wenige Lehren, welche sich in Einrichtungen und Gebräuchen verkörpern, wogegen die katholische Kirche ihrem Charakter als politischer Institution und ihrer äußerlich auf die Sinne gerichteten, echt romanischen Tendenz entsprechend zahlreiche Lehren besitzt, an welche sich kirchliche Einrichtungen und Gebräuche knüpfen, welche daher durch die reichsgerichtliche Praxis in nicht selten das Gefühl der evangelischen Christen tief verletzenden Weise des Strafschutzes des § 166 teilhaftig erklärt worden sind.

Nach dieser Praxis enthält der Angriff auf die Lehre bald einen indirekten Angriff auf die Religionsgesellschaft: Dshausen N. 11 a, Oppenhoff-Delius N. 10. So der Angriff auf das Dogma von der Unfehlbarkeit des Papstes: RG. 1./12. 94 E. 26 294, auf die Bibel: 27./6. 07 E. 40 262, nicht jedoch auch der Angriff auf den evangelischen Kirchenvater Luther: RG. 8./11. 83 E. 9 158, so daß selbst die niederträchtigsten Angriffe auf den Stifter der lutherischen Kirche straflos sind, wenn nur nicht das *fabula docet* unmittelbar gegen die evangelische, die lutherische Kirche selbst gerichtet ist.

In viel weiterem Umfange wird den Einrichtungen und Gebräuchen eine ausgedehnte, möglichst alle Lehren und verehrten Gegenstände umfassende Bedeutung gegeben, als ob man, wovor schon Schütze 346 N. 5 warnt, alle Gegenstände der Verehrung und alle Dogmen in die Einrichtungen und Gebräuche hineinzwängen wollte: Dshausen N. 12 c, 13, Oppenhoff-Delius N. 11 — 13, Rüdorff-Stenglein N. 9, 10. Hierbei läßt sich das Reichsgericht von dem für die katholische Kirche jeden Unterschied von Lehre und Einrichtung aufhebenden Grundsatz leiten, daß die Beschimpfung der Lehre bestraft werden müsse, wenn die im Kultus sich ergebenden Folgen der

Lehre Einrichtungen seien. So wird, wie schon bemerkt, für eine Einrichtung erklärt die Lehre von der päpstlichen Unfehlbarkeit: RG. 28./6. 83 (weil dieses Dogma und seine allgemeine Geltung als Glaubenssatz ein Teil und unbedingte Folge der ganzen katholischen Lehre sei). Sogar ein Angriff auf den heiligen Rock zu Trier ist für strafbar erklärt: RG. 24./11. 91 C. 22 238, obgleich die Echtheit dieser Reliquie in keiner Weise bewiesen und angesichts des Umstandes, daß es im ganzen siebenundreißig „heilige Rinde“ gibt, zum mindesten sehr zweifelhaft ist. Für eine Einrichtung werden z. B. erklärt: Christusverehrung und Marienkultus: RG. 8./11. 80 C. 2 428; Konfirmationschein, falls er als Bestandteil der Konfirmation selbst erscheint: 3./12. 81 C. 5 188; Spendung des Abendmahls und Verkündung des Evangeliums durch die Predigt: 23./12. 81 C. 5 354; das lutherische Predigtamt in derjenigen Gestalt, welche eine teilweise Vertretung des Predigers durch den Lehrer ermöglicht: 8./11. 83 C. 9 158; das Priestertum: 8./6. 95 C. 27 284; das Institut der kirchlich approbierten Orden: 27./3. 00 C. 33 221. Für einen Gebrauch z. B.: die Amstracht der Geistlichen: 11./3. 82 C. 6 88; die Reliquienverehrung: 24./11. 91 C. 22 238, 20./2. 93 C. 23 12; die bei christlichen Beerdigungen üblichen Formen und Gebete: 28./4. 98 C. 31 133. Dagegen werden nicht für Einrichtungen oder Gebräuche erklärt z. B.: die Person der Jungfrau Maria und ihre Anerkennung als Gottesmutter: RG. 5./7. 86; die Kanzel als Teil des Kirchengebäudes: 10./7. 94 C. 26 39; die zehn Gebote: 4./2. 95 C. 26 435; der Priesterstand im Gegensatz zum Priestertum: 8./6. 95 C. 27 284; die einzelnen Orden, z. B. der Jesuitenorden: 27./3. 00 C. 33 221.

Nur eine Konsequenz der oben gebilligten Lehre von dem indirekten Angriff ist es, daß die Beschimpfung einer Einrichtung in ihrer einzelnen Erscheinung, z. B. das vatikanische Konzil, oder die konkrete Handhabung eines Gebrauches, z. B. des Ablasses, einer bestimmten Reliquienausstellung, eines sog. Verzehnganges des katholischen Pfarrers, die Einrichtung oder den Gebrauch als solche nicht notwendig trifft, aber treffen kann: v. Liszt 394, Meyer-Allfeld 646, Dshaujen N. 13 und sogar Frank N. II Abj. 2 N. 2; RG. 24./11. 91 C. 22 238, 20./2. 93 C. 23 12, 26./5. 11 C. 45 11.

d) Der Vorstoß erfordert auch hier das Wissen und Wollen sämtlicher Momente des objektiven Tatbestandes, also auch das Bewußtsein des beschimpfenden Charakters der Handlung: Binding Lehrb. I 181, Dshaujen N. 15 und RG. 23./12. 81 C. 5 354, 8./11. 83 C. 9 158. Die Absicht der Beschimpfung wird trotzdem von Dshaujen a. a. O. und RG. zit. C. 9 158 für nicht erforderlich erklärt.

4. Endlich wird bestraft, wer in einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Ort, insbesondere in einer Kirche beschimpfenden Unfug verübt.

a) Daß dies öffentlich geschieht und durch die Beschimpfung ein Ärgernis gegeben wird, ist nicht erforderlich.

b) Religiöse Versammlungen sind nicht nur die gottesdienstlichen, sondern jede Versammlung behufs Ausübung der Andacht; a. M. Binding I 183.

c) Geschützt wird jeder zu religiösen Versammlungen bestimmte Ort. An erster Stelle die Kirchengebäude, und zwar einschließlich der Zugänge, aber ausschließlich der nicht der Gottesverehrung gewidmeten Räume, z. B. der Kirchtürme. Es ist einerlei, ob der Ort im Eigentum des Staates, einer politischen oder kirchlichen Gemeinde oder eines Privaten steht, und ob die Religionsgesellschaft, zu deren religiösen Versammlungen er bestimmt ist, eine in- oder ausländische, mit oder ohne Korporationsrechte verlehene ist: Frank N. III, Geyer II 92, v. Liszt 395, Dshaujen N. 16 c, Rüdorff-Sienglein N. 13; RG. 2./6. 99 C. 32 212. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß die Verwendung zu religiösen Versammlungen die wesentliche Bestimmung des Ortes sei, ohne Rücksicht darauf, ob dies seiner ursprünglichen und ausschließlichen Bestimmung entspricht, und ob dies auf einer besonderen Weihe oder auf einer Verfügung des dazu berechtigten Organes einer Religionsgesellschaft beruht. Die bloß tatsächliche Verwendung zu solchen Zwecken genügt nicht. Deshalb sind z. B. die öffentlichen Straßen einer Stadt, durch welche sich die herkömmlichen kirchlichen Prozessionen bewegen, während dieses Durchzuges keine zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte: RG. 9./4. 96 C. 28 303. Ebenjowenig ein unbebauter Platz zwischen städtischen Straßen, auf welchem eine religiöse Gemeinschaft ihre regelmäßigen Versammlungen abhält: RG. 12./1. 97 C. 29 334. Bestritten ist die Frage bei den Kirchhöfen. Berner 443 befaßt allgemein, Hälssner II 711, welcher wegen des „in Orten“ geschlossene Gebäude verlangt, und v. Schwarze N. 13 verneinen allgemein. An erster Stelle sind die Kirchhöfe zur Beerdigung von Leichen bestimmt, und die religiöse Versammlung ist nur eine Begleiterscheinung der Beerdigung, aber dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß der Kirchhof daneben auch die Bestimmung hat, zu religiösen Versammlungen des Leichengefolges zu dienen. Ob der Kirchhof einer Religionsgesellschaft oder einer politischen Gemeinde angehört, ist nur insofern von unterscheidender Bedeutung, als im ersteren Fall die Bestimmung zu religiösen Versammlungen gar nicht zweifelhaft ist: RG. 8. 12. 81 C. 5 258. Somit sind nur solche Kirch-

höfe auszunehmen, auf welchen die religiöse Feierlichkeit grundsätzlich ausgeschlossen ist. Vgl. Frank N. III, v. Liszt 395, Meyer-Müllej 646, Dtschhausen N. 17, Oppenhoff-Delius N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 12 Abf. 4; RG. 3./3. 87 E. 9 169, 14./6. 95 E. 27 296.

d) Der Unfug kann sowohl im Reden wie im Handeln bestehen: Oppenhoff-Delius N. 17, Dtschhausen N. 18 a; a. M., nämlich Äußerungen ausschließend, Hälshner II 711. Er ist jedes unangenehme Verhalten, welches für Andere erkennbar und dem Täter bewußt die Herabwürdigung des heiligen Ortes zum Ausdruck bringt: RG. 28./1. 10 E. 43 201. Dem Tun steht das rechtswidrige Unterlassen gleich, nur daß die bloße Nichtbeteiligung an Zeremonien, etwa durch Nichtabnehmen des Hutes beim Beerdigungsgebet, nicht als Unfug zu erachten ist: v. Liszt 395, Dtschhausen N. 18 d. Aber nicht jeder Unfug ist strafbar, sondern nur der beschimpfende, bei welchem also zu den allgemeinen Merkmalen des Unfugs der Ausdruck der Verachtung in besonders roher Form und dessen erkennbare Richtung gegen die Heiligkeit des Ortes tritt: Frank N. III, Dtschhausen N. 18 c, Oppenhoff-Delius N. 17; RG. 9./5. 92 E. 23 203, 9./11. 99 31 410. So kann z. B. nach einem Urteil des RG. v. 27./3. 85 beschimpfender Unfug in der Beischlafsvollziehung auf einem Kirchhof gefunden werden. Dabei ist zu beachten, daß Gegenstand des Schutzes der Ort an sich um seiner Bestimmung willen ist, nicht die Versammlung, somit die Strafbarkeit des beschimpfenden Unfugs nicht davon abhängt, ob zur Zeit der Tat gerade eine Versammlung abgehalten wird, ob überhaupt Andere zugegen sind: Frank N. III, Dtschhausen N. 16 c, Rüdorff-Stenglein N. 12 Abf. 1, 3; RG. 9./5. 92 E. 23 203, 9./1. 99 E. 31 410.

e) Von dem Vorfaß gilt daselbe wie N. 2 d, 3 d. Nach Dtschhausen N. 19 und RG. 9./5. 92 E. 23 103 braucht wiederum eine auf Beschimpfung gerichtete Absicht nicht vorzuliegen; a. M. Hälshner II 712 aus einem auch auf die beiden anderen Delikte zutreffenden Grunde, nämlich weil das Beschimpfen notwendig den animus iniuriandi erfordere.

§ 167.

Wer durch eine Tätlichkeit oder Drohung Jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte durch Erregung von Lärm oder Unordnung den Gottesdienst oder einzelne gottesdienstliche Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft vorzüglich verhindert oder stört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

1. In § 167 werden zwei selbständige Delikte unter dieselbe Strafindrohung gestellt. Strafbar ist nämlich:

a) wer durch eine Tätlichkeit oder Drohung Jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben;

b) wer in einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte durch Erregung von Lärm oder Unordnung den Gottesdienst oder einzelne gottesdienstliche Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft vorzüglich verhindert oder stört.

Beide Delikte können nur vorzüglich begangen werden.

Beiden sind die Begriffe der Religionsgesellschaft und des Gottesdienstes gemeinsam.

Der Zwang zur Ausübung des Gottesdienstes oder einzelner gottesdienstlicher Verrichtungen ist nur als Nötigung (§ 240) strafbar.

2. Geschützt wird der Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft. Die Religionsgesellschaft muß nicht, wie v. Liszt 395 annimmt, irgendwo „innerhalb des Bundesgebietes“ (§ 166), sondern „im Staate“ bestehen, also in demjenigen Staate, in welchem das Delikt begangen wird. Geschützt wird jede im Staate bestehende Religionsgesellschaft, auch wenn sie keine Korporationsrechte hat. Ist nach dem Staatskirchenrecht zur Bildung einer Religionsgesellschaft eine staatliche Genehmigung erforderlich, so muß sie erteilt sein, widrigenfalls nur ein religiöser Privatverein vorliegt, wogegen, wenn, wie z. B. in Preußen, es einer staatlichen Genehmigung nicht bedarf, zum Bestehen die tatsächliche Duldung genügt: Frank N. I 1 Abf. 2, Dtschhausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 3./3. 82 E. 6 77 (Zuidengemeinde), 11./7. 98 E. 31 237 (Baptistengemeinde), 14./5. 01 E. 34 264 (Gemeinde der evangelischen Gemeinschaft), 22./1. 07 E. 39 388 (Heilsarmee).

3. Unter Gottesdienst versteht das Gesetz die Vereinigung von Mitgliedern einer der christlichen Konfessionen oder einer anderen im Staate bestehenden Religionsgesellschaft zur reli-

gößen Erbauung durch Verehrung und Anbetung Gottes nach den Vorschriften und Gebräuchen und in den Formen ihrer Gemeinschaft: Frank I 1 Abs. 1, Dshausen N. 2 a; RG. 9./6. 85. Ob im Einzelfalle ein Gottesdienst vorliegt, ist zunächst auf Grund des Kirchenrechts und der Satzungen der Religionsgesellschaft zu entscheiden und bei deren Schweigen Tatfrage. 3. B. zum jüdischen Gottesdienst gehört die Anwesenheit von mindestens zehn Mitgliedern. Nach dem Ritus der katholischen Kirche ist die Kathedrisation Gottesdienst.

Daß der Gottesdienst in einem wesentlich zu seiner Abhaltung bestimmten Raum stattfindet, ist zu seinem Begriffe nicht erforderlich, wofern nur die obgleich einmalige Verwendung des Raumes eine besugte ist; auch der militärische Feldgottesdienst ist geschützt: Frank und Dshausen a. a. D., Meyer-Altfeld 646; a. M. Hältschner II 715 und RG. 9./6. 85.

4. Strafbar ist, wer einen Anderen durch Tätlichkeit oder Drohung an der Ausübung des Gottesdienstes hindert. Den Gottesdienst ausüben heißt sich an ihm aktiv in leitender oder dienender oder passiv in auf die Verehrung und Andacht beschränkter Weise beteiligen: Frank N. I 2 und Dshausen N. 3 Abs. 1; Binding Lehrb. II 182 verlangt aktive Teilnahme und zwar seitens solcher Personen, deren Mitwirkung wie die des Geistlichen, des Vorsängers usw. nach Ordnung der betreffenden Religionsgesellschaft wesentlich ist. Die Verhinderung braucht nur eine temporäre und ebenso nur eine teilweise, eine Erschwerung zu sein: Binding und Frank a. a. D., Meyer-Altfeld 647, Dshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Wahlberg S. S. III 269. Stets muß sie aber durch eine Tätlichkeit oder Drohung bewerkstelligt werden. Tätlichkeit ist nicht, wie Frank N. I 2, Hältschner II 713 und v. Liszt 395 annehmen, gleichbedeutend mit Gewalt, sondern ist jede vorwärtliche und rechtswidrige körperliche Einwirkung auf die Person des Anderen: Binding Lehrb. II 182, Merkel 373 (382), Dshausen N. 3 a, Oppenhoff-Delius N. 1 a; vgl. § 94 N. 1. Die Drohung braucht nicht Drohung mit Gewalt oder mit einer strafbaren Handlung zu sein, vielmehr genügt auch die Androhung einer berechtigten Handlung, wenn diese ein Ubel enthält, durch dessen Androhung der Bedrohte in eine seine Willensfreiheit beschränkende Furcht gesetzt werden kann, vgl. oben § 48 N. 9a: Binding Lehrb. I 182, Hältschner II 713, Meyer-Altfeld 646 N. 15, Dshausen N. 3 b, Oppenhoff-Delius N. 1 a.

Objekt des Delikts ist nicht die Gemeinde, sondern das einzelne Individuum. Wird dieses an einer einzelnen gottesdienstlichen Verrichtung verhindert, so liegt nur Nötigung vor (§ 240).

5. Zum zweiten ist strafbar, wer die Religionsgesellschaft, d. h. eine der Religionsgesellschaft angehörnde Gemeinde hindert oder stört.

a) Objekt ist nicht ein Einzelner oder Mehrere, sondern die Gemeinde: Frank N. II Abs. 1 und Dshausen N. 4 Abs. 1; RG. 17./1. 84 E. 10 42, oder nach der sachlichen Seite gemendet: geschützt wird der Gottesdienst, die gottesdienstliche Verrichtung als solche. Die Störung eines Einzelnen genügt also nicht, Verhinderung und Störung müssen einen allgemeinen Charakter haben, obgleich sie im Einzelfalle nicht die ganze versammelte Gemeinde, namentlich nicht den Geistlichen zu treffen brauchen: RG. 17./1. 84 E. 10 42, 19./4. 88 E. 17 316.

b) Eine Verhinderung liegt auch dann vor, wenn der ordnungsmäßige Beginn der religiösen Handlung, sei es auch nur während kürzerer Zeitdauer, unmöglich gemacht wird. Als Störung hat nicht bloß eine Handlung zu gelten, durch welche der religiöse Akt, sondern auch eine Handlung, durch welche die Andacht, die Aufmerksamkeit auf Wort und gottesdienstliche Tätigkeit des Geistlichen abgelenkt, Gesang und Predigt unterbrochen werden. Nicht erforderlich ist, daß gerade ein Akt des Geistlichen selbst stattfindet oder der Akt des Geistlichen sich in dem regelmäßigen Rahmen der von ihm wahrzunehmenden Funktionen hält: RG. 17./1. 84 E. 10 42.

c) Verhindert und gestört wird entweder der Gottesdienst oder eine einzelne gottesdienstliche Verrichtung. Gottesdienstliche Verrichtungen sind einzelne Akte der Religionsübung, welche neben dem eigentlichen Gottesdienst nach den liturgischen Einrichtungen, sei es mit (z. B. Taufe), sei es ohne sakramentalen Charakter (z. B. Beerdigung), einem besonderen religiösen Bedürfnisse zu dienen und die Verehrung Gottes zu betätigen bestimmt sind: RG. 28./6. 92 E. 23 199, 14./6. 95 E. 27 296. Dahin gehört die dem bestehenden Ritus entsprechende Beistandungszeremonie, selbst wenn sie einem Verbote des Kirchenregiments entgegen oder ohne Zustimmung des zuständigen Geistlichen vorgenommen ist: Hältschner II 714, Dshausen N. 2 b, Oppenhoff-Delius N. 5; RG. 14./6. 95 E. 27 296, 14./5. 01 E. 34 265. Eine gottesdienstliche Verrichtung ist die Einführung und Beerdigung der Kirchenvorsteher während der Messe nach ertländischem Ritus: RG. 28./6. 92 E. 23 199. Projektionen sind nicht, wie Meyer-Altfeld 647 meint, Gottesdienst, sondern gottesdienstliche Verrichtungen: Frank N. I 1 Abs. 1 und Dshausen N. 2 b; RG. 9./4. 96 E. 28 303.

d) Der Gottesdienst und die gottesdienstliche Verrichtung müssen in einer Kirche oder in einem sonstigen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte stattfinden (vgl. hierzu § 166 N. 4 e), wogegen nicht erforderlich ist, daß der Täter selbst sich in der Kirche usw. befindet: Frank

II. Abs. 2, Olshausen N. 4 c, Rüdorff-Stenglein N. 2: RG. 23./2. 81 G. 3 397, 8./12. 91 G. 5 258, 7./3. 04 G. 37 150. Die Störung einer auf öffentlicher StraÙe sich bewegenden Prozession fällt also nicht unter § 167: Frank a. a. O. und RG. 9./4. 96 G. 28 303.

e) Als Mittel der Verhinderung und Störung nennt das Gesetz die Erregung von Lärm und Unordnung.

Der Lärm, d. h. jedes lautschallende Geräusch, braucht nicht notwendig innerhalb der Kirche usw. verursacht zu sein, wofern nur die außerhalb ihrer vorgenommenen Handlung ihre störende Wirkung auf den in ihr stattfindenden gottesdienstlichen Akt ausübt: RG. 23./2. 81 G. 3 397, 8./12. 81 G. 5 258, 12./1. 97 G. 29 334, 14./5. 01 G. 34 264. Er braucht ferner kein ruhestörender im Sinne § 360 Nr. 11 zu sein, jedoch genügt zur Beantwortung der wesentlich tatsächlich zu beurteilenden Frage, ob der Lärm verhindert oder gestört hat, bloßes subjektives Empfinden nicht, er muß vielmehr einen allgemeinen Charakter angenommen haben: RG. 7./3. 04 G. 37 150.

Auch das begriffliche Wesen der Unordnung ist tatsächlicher Natur. Damit sie eintritt, muß die äußere Ordnung beeinträchtigt, der den bestehenden Vorschriften und Einrichtungen entsprechende Verlauf des einzelnen in Frage stehenden Aktes gehemmt oder vereitelt werden: RG. 25./2. 04 G. 37 148.

6. Über die Rechtswidrigkeit gelten die allgemeinen Grundsätze: die verhindernde, störende Handlung muß eine unbefugte sein: Frank II. Abs. 4, Hälschner II 714, 716, v. Liszt 395, Olshausen N. 5; RG. 8./12. 81 G. 5 528. Somit kann durch erlaubten Gewerbebetrieb verursachtes Geräusch als Hinderung, Störung nur angesehen werden, wenn die Grenze einer ordnungsmäßigen Gewerbeausübung überschritten und Schikane geübt wird: RG. 7./3. 04 G. 37 150. Ebenjowenig sind abwehrende Maßnahmen für strafbar zu erachten, wenn z. B. der Prediger auf der Kanzel ein anwesendes Gemeindeglied in erkennbarer Weise angreift und dieses den Angriff zurückweist; in diesem Fall befindet sich der Angegriffene in Ehrennotwehr, und nicht er stört den Gottesdienst, sondern der Angreifer, vgl. § 53 N. 3a letz. Abs. Daß die polizeilichen Vorschriften über die Ordnung beim Gottesdienst usw. durch § 167 nicht aufgehoben, somit Handlungen, welche in Ausübung dieser Vorschriften begangen werden, nicht nach § 167 strafbar sind, bedarf keiner weiteren Ausführung. Vgl. übrigens § 339 Abs. 3.

7. Beide Delikte erfordern Vorsatz, also auch das Bewußtsein, daß die Tätigkeit den hindernden oder störenden Erfolg hat oder haben kann. Die Absicht zu stören wird von Olshausen N. 6 und RG. 19./4. 88 G. 17 316 für nicht erforderlich erklärt; hiergegen mit Recht auch Hälschner II 716. Das ausdrückliche Verlangen des Vorsatzes beim zweiten Delikt hat die prozessuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter gar nicht auf Fahrlässigkeit berufen hat.

8. Vgl. § 339.

§ 168.

Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt, oder wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. In § 168 werden drei selbständige Delikte unter dieselbe Strafdrohung gestellt. Bestraft wird nämlich:

a) wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der zu diesem Gewahrsam berechtigten Person wegnimmt;

b) wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt;

c) wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt.

Es handelt sich bei diesen Delikten um den Schutz, welcher der Pietät der Überlebenden einem Verstorbenen und seiner Ruhestätte gegenüber gewährt werden soll.

2. Bestraft wird zunächst, wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der zum Gewahrsam berechtigten Person wegnimmt. Die herkömmliche Bezeichnung dieses Deliktes als Leichen- diebstahl, auch Leichenraub, ist deshalb unzutreffend, weil an einer Leiche nur dann Diebstahl begangen werden kann, wenn sie ausnahmsweise in Privateigentum übergegangen ist. Solange dies nicht der Fall, ist sie keine „fremde“ Sache. Daher ist zwischen diesem Delikt und dem Diebstahl, der Unterschlagung, dem Raub, der Sachbeschädigung keine Idealkonkurrenz mög-

lich. Vgl. Bindung Lehrb. II 185, Frank N. I Abf. 1, Hälßchner II 717, v. Liszt 396, Dshhausen N. 2 d, Dppenhoff-Delius N. 3 und Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Merkel S. 5. III 633.

a) Leiche oder Leichnam (§ 367 Nr. 1; zwischen beiden unterscheiden zu wollen, ist müßig) ist der tote Menschenleib. Keine Leiche ist der Fötus: Werner 713, Frank N. I Abf. 1, Dshhausen N. 2 b. Wohl aber das zwar totgeborene, aber entwickelte Kind: Frank und Dshhausen a. a. D., Meyer-Alsfeld 649 N. 5; a. M. Bindung Lehrb. I 184 und v. Liszt 396. Als Leiche sind aber nur solche menschlichen Überreste anzusehen, deren Zusammenhang noch nicht völlig gelöst ist: Frank und v. Liszt a. a. D., Meyer-Alsfeld 695, Dshhausen N. 2 c. Die Asche des Verbrannten ist keine Leiche: Frank, v. Liszt, Dshhausen und Meyer-Alsfeld (N. 5) a. a. D., Bindung Lehrb. II 185, Rüdorff-Stenglein N. 1. Wohl aber die Mumie: Frank, v. Liszt und Dshhausen a. a. D.; in N. d verlangt Dshhausen mit Meyer-Alsfeld a. a. D., daß die Mumie noch Gegenstand religiöser Achtung sei. Werden nur einzelne Leichenteile weggenommen, so findet § 367 Nr. 1 Anwendung.

b) Geschützt ist nur die Leiche, die sich im Gewahrsam der dazu berechtigten Person befindet. Gewahrsam ist hier nicht im technischen Sinne zu nehmen, sondern gleich Obhut, Bewahrung: Frank N. I Abf. 2, v. Liszt 396, Dshhausen N. 4 Abf. 1.

Zunächst fällt die Wegnahme einer Leiche, die sich in Niemandes Gewahrsam befindet, z. B. die auf der Landstraße, am Meeresstrande gefundene, per analogiam unter § 367 Nr. 1, nicht aber unter § 168: Bindung Lehrb. I 186, Frank N. I Abf. 2, v. Liszt 396, Meyer-Alsfeld 649 N. 4, Dshhausen N. 4 c, Rüdorff-Stenglein N. 3 (schlecht gewählte Beispiele); a. M. Hälßchner II 717, da es stets Personen, eventuell die Polizeibehörde, gebe, welche befugt und verpflichtet seien, über die Leiche zu verfügen, und ihr Gewahrsam nicht von der vorherigen Bemächtigung der Leiche abhängig sei; auch Dppenhoff-Delius N. 2 nimmt bei der gefundenen fremden Leiche ein Gewahrsam der Polizeibehörde an.

Ebenso fällt die Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Unberechtigten, z. B. eines Leichen-diebes, nicht unter § 168: Frank N. I Abf. 2 und Dshhausen N. 4 b Abf. 3.

Für die Frage nach der Person des Berechtigten muß man die Zeit vor und nach der Beerdigung unterscheiden.

Ist die Leiche noch nicht bestattet, so haben den Gewahrsam diejenigen Personen, denen die Sorge für die Bestattung obliegt, und, ehe sie den Gewahrsam übernommen haben, jeder, der ihn tatsächlich ausübt, z. B. die Hospitalverwaltungen, die Polizeibehörde. Ist die Leiche bestattet — und ebenso während ihrer Aufbahrung in der Friedhofskapelle —, so hat den Gewahrsam bei öffentlichen Kirchhöfen die Kirchhofsverwaltung, bei privaten der Eigentümer von Grund und Boden, bei verschlossenen Erbbegräbnissen derjenige, der über den Zutritt verfügt. Wer den Berechtigten nur vertritt, z. B. der Totengraber, hat keinen eigenen Gewahrsam, kann also Täter des Delikts sein: Frank I Abf. 2, v. Liszt 396, Merkel 373, Dshhausen N. 4 b Abf. 2, Dppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schüpe 348 N. 9; a. M. Geyer II 93.

c) Die Wegnahme, also der Bruch des Gewahrsams, sei es mit, sei es ohne gleichzeitige Erwerbung des eigenen Gewahrsams (Frank N. I Abf. 3, Dshhausen N. 5 b), muß eine unbefugte sein. Sie ist eine befugte, wenn sie mit Zustimmung des Berechtigten oder kraft Amtes, z. B. zum Zwecke der strafprozessualischen Leichenöffnung, geschieht.

d) Nur die Wegnahme ist strafbar, jede andere Behandlung der Leiche, selbst die Leichenschändung ist straflos. Das Wegnehmen der an der Leiche befindlichen Gegenstände ist Diebstahl: Werner 446, Hälßchner II 717 und Dshhausen § 242 N. 9; a. M. Bindung Lehrb. I 187, 262, welcher es für Gräberbeschädigung hält. Werden Sachen mit der Leiche entwendet, so liegt Realkonkurrenz von Leichenwegnahme und Diebstahl vor.

3. Ferner wird bestraft, wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt.

a) Grab ist die der Ruhe und dem Andenken eines Verstorbenen dienende Stätte: Dshhausen N. 6 a und RG. 18./9. 07 C. 39 155. Wegen dieser Bestimmung zum Andenken muß die Stätte äußerlich erkennbar sein: Bindung Lehrb. I 185 („meist, aber nicht notwendig“), Frank N. II Abf. 1, v. Liszt 397, Merkel 373, Meyer-Alsfeld 649, Dshhausen a. a. D. Durch das Einscharren an Ort und Stelle, das Beerdigen ohne Erlaubnis des Grundeigentümers wird kein Grab geschaffen: Bindung Lehrb. I 186, Dshhausen a. a. D. Kein Grab ist derjenige Raum, in welchem die Leiche — oft, wie z. B. die des Fürsten v. Bismarck, monatelang — zum Zwecke der Beizehung aufbewahrt ist: Dshhausen a. a. D. und Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Bindung Lehrb. I 185. Hat die Beerdigung stattgefunden, so kommt es auf die Dauer, ob für immer oder nur auf die Verwesungszeit, nicht an. Ob die Leichengruft vom Totengraber bereits zugeworfen wurde, ist unerheblich: RG. 28./1. 96 C. 28 139. Bei der Leichenverbrennung ist, da die Asche keine Leiche, die Aschenurne also kein Grab; a. M. Meyer-Alsfeld 649 N. 7 und Dshhausen a. a. D. Gemäß dem legislativen Grunde des § 168 kommen Gräber, an welche sich keine Pietätsgefühle mehr knüpfen, z. B. die Hünengräber, überhaupt alle prähistorischen Grabstätten nicht mehr

in Betracht: Berner 444 N. 1, Binding Lehrb. I 185, Frank N. II Abf. 2, Hälschner I 718, Lisshausen N. 6 c.

Zum Grabe gehört alles, was mit der Ruhestätte selbst in einem wesentlichen oder künftlichen Zusammenhange steht und dauernd mit ihr verbunden ist: Hälschner II 718, Lisshausen N. 6 b Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 18./9. 07 E. 39 155; nach Frank N. II Abf. 1 nur die immobilare Umhüllung des Leichnams. An erster Stelle der in die Erde versenkte Sarg mit der Leiche: RG. 12./3. 85 E. 12 168, 28./1. 96 E. 28 139. Sodann der Grabhügel nebst seiner Umschließung durch Gitter, Mauer, Hecke. Ob auch die Blumenpflanzungen, ist zweifelhaft, wird aber mit Binding Lehrb. I 186, Hälschner II 718, v. Liszt 397, Meyer-Alfeld 649 und Lisshausen N. 6 b γ gegen Frank N. II Abf. 2, Oppenhoff-Deilus N. 5 und v. Schwarze N. 5, jedoch mit der gleich zu erwähnenden reichsgerichtlichen Modifikation richtiger bejaht. Das Reichsgericht schwankt. Es hat durch Urteil v. 1./7. 87 die Frage allgemein bejaht; es hat durch Urteil v. 23./2. 82 und ebenso 21./1. 09 E. 42 145 erklärt, daß in dem Herausnehmen von Pflanzen und in der dadurch bewirkten Zerwühlung und Einlöcherung des Grabhügels die Beschädigung des Grabes gefunden werden könne; endlich hat es 26./10. 82 E. 7 190 entschieden, daß in dem Abpflücken äußerer Blumen schmuckes eine Beschädigung nicht ohne weiteres gefunden werden könne, d. h. wohl aber dann, wenn das Abpflücken einen nach der konkreten Sachlage zu ermessenden Umfang erreicht. Die bloße Entfernung von lose auf das Grab gelegten Kränzen fällt wegen fehlenden Zusammenhanges nicht unter § 168: RG. 28./11. 90 E. 21 178, 21./1. 09 E. 42 145. Die Beschädigung oder Zerstörung von Grabmalern gehört nach § 304, wird also befreuenderweise milder bestraft.

b) Wegen des Zerstörens vgl. § 125 N. 3 Abf. 4, wegen des Beschädigens § 133 N. 3. Beide gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts müssen unbefugt geschehen. Sie geschehen befugt, wenn sie mit Zustimmung des zur Verfügung über das Grab Berechtigten erfolgen. Die Zerstörung kann geschehen zum Zwecke einer strafprozessualischen Exhumierung (StrP. § 87 Abf. 3). Ferner auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften zum Zwecke der Wiederbenutzung nach Ablauf der Beerdigungszeit: RG. 12./3. 85 E. 12 168. Zwecks Transferierung der Leichen nach dem neuen Kirchhof. Der Verfügungsberechtigte ist befugt, die von einem Andern ohne seine Zustimmung angebrachten Gegenstände, z. B. eingepflanzte Blumen, zu befeitigen: RG. 21./1. 09 E. 42 145. Weitere Gründe der Befugnis können durch Notstand, durch Kriegsnotwendigkeit u. ä. gegeben sein; z. B. während des letzten französischen Krieges wurden bei der Belagerung Straßburgs die Parallelen mitten durch einen Kirchhof aufgeworfen.

c) Zum Dolus gehört das Bewußtsein der mangelnden Befugnis. Die Strafbarkeit hängt aber nicht davon ab, daß der Täter aus einem besonderen, auf Pietätsverletzung gerichteten Vorsatz heraus handelt, vielmehr ist es gleichgültig, ob die unbefugte Handlung sich gegen das Andenken des Toten oder gegen lebende Personen, etwa aus Zorn gegen diese, richtet: Hälschner II 719, Lisshausen N. 7 Abf. 3, 4, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 21./1. 09 E. 42 145.

4. Strafbar ist endlich, wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt. Vgl. § 166 N. 4 d. „Un“ bedeutet nicht, wie Binding Lehrb. II 187 und Frank N. III annehmen, den Ort des Grabes, sondern dieses ist das Objekt des Unfugs: v. Liszt 397 und Lisshausen N. 8 Abf. 1; RG. 28./11. 90 E. 21 178. Somit muß eine in Verbindung mit dem Grabe, in räumlicher Beziehung zu ihm vorgenommene, grob ungehörige, eine Roheit der Meinung beweisende Handlung vorliegen, die sich gegen den Verstorbenen richtet und in dem Bewußtsein vorgenommen wird, daß sie sich als Ausdruck der Verachtung des Verstorbenen darstellt: RG. 18./9. 06 E. 39 155, 21./1. 09 E. 42 145. Dies ist wie erforderlich, so auch genügend und eine Verurteilung wegen beschimpfenden Unfugs dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Täter über das Grab rechtlich zu verfügen in der Lage ist: RG. 21./1. 09 E. 42 145.

5. Alle drei Delikte erfordern Vorsatz. Das Motiv kommt nur bei der Straßsumessung in Betracht. Das Erfordernis der Unbefugtheit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Deliktes gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus (N. 3 c). Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis des Mangels nicht beruft, feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich ihres Mangels bewußt gemeint ist.

Zwölfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand.

Die Delikte in Beziehung auf den Personenstand sind keine Materie im Sinne GG. § 2: Binding Handb. I 322, Olshausen N. Die Landesgesetzgebung hat also freien Spielraum. Freilich mit einer Ausnahme. In § 169 wird nämlich nur die Verletzung des Personenstandes eines Anderen mit Strafe bedroht, nicht auch die Veränderung und Unterdrückung des eigenen Personenstandes, vgl. § 169 N. 2 a. Nach dem *argumentum o contrario* ist dadurch die Bestrafung der gegen den eigenen Personenstand gerichteten Handlungen ausgeschlossen: Hälschner II 461 N. 3, Olshausen § 169 N. 2 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5, a. M. wegen Nichtregelung der Materie Binding a. a. D. Hälschner weist dabei zutreffend auf die Unverhältnismäßigkeit der nach Landesgesetz zulässigen Strafe — GG. § 5 — gegenüber der des § 169 hin.

§ 169.

Wer ein Kind unterschleibt oder vorsätzlich verwechselt, oder wer auf andere Weise den Personenstand eines Anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Handlung in gewinnstüchtiger Absicht begangen wurde, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Der § 169, welcher im Gegensatz zu § 170 den rechtlich bereits begründeten Personenstand schützt, bedroht denjenigen, welcher den Personenstand eines Anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt, insbesondere ein Kind unterschleibt oder verwechselt. Es liegt somit nur Ein Delikt mit mehreren gleichwertigen Gestaltungsarten vor: Olshausen N. 7 und RG. 19./2. 02 C. 36 137. Jede Veränderung ist zugleich eine Unterdrückung, beide unterscheiden sich aber nach dem Gesetze dadurch, daß bei der Veränderung dem Anderen ein anderer Personenstand beigelegt, bei der Unterdrückung, z. B. der Weggabe eines Kindes ohne nähere Bezeichnung an eine fremde Familie, ihm der ihm zukommende Personenstand entzogen wird, ohne ihm einen anderen beizulegen: Hälschner II 462, Olshausen N. 6 und RG. 7./2. 84 C. 10 86; a. M. v. Schwarze N. 7, nämlich beide Begriffe identifizierend. Trifft diese Unterscheidung im konkreten Falle zu, so findet zwischen beiden Deliktformen wegen ihrer rechtlichen Gleichwertigkeit keine Idealkonkurrenz statt: Berner 447, Meyer-Walfeld 512/513, Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. a. a. D.

2. Personenstand ist das einen dauernden Rechtszustand begründende familienrechtliche Verhältnis einer lebenden Person zu anderen Personen: RG. 7./12. 85 C. 113 129, 27./9. 89 C. 19 405, 19./2. 91 C. 21 411, 16./3. 94 C. 25 188, 4./5. 08 C. 41 301. Er wird begründet durch Abstammung, Annahme an Kindes Statt und Ehe, aufgehoben durch Tod, Aufhebung der Annahme und Scheidung. Er ist unabhängig von der Verwandtschaft im Sinne BGB. § 1589, wird daher wie durch die eheliche, so durch die uneheliche Vaterchaft begründet, vorausgesetzt, daß die Abstammung anerkannt oder durch Urteil festgestellt ist: Binding Lehrb. I 231, Meyer-Walfeld 512, Olshausen N. 4 a; RG. 10./11. 79 C. 1 9, 7./12. 85 C. 13 129, 11./11. 01 C. 34 427, 4./5. 08 C. 41 301. Zum Personenstand gehört auch das Geschlecht, ob männlich oder weiblich: Frank N. I, Binding Lehrb. I 234.

a) Nur die Veränderung und Unterdrückung des Personenstandes eines Anderen wird bestraft, nicht auch die des eigenen, die Annahme eines dem Täter nicht zukommenden Personenstandes, welche zwar unter §§ 263, 271, 360 Nr. 8 fallen kann, unter § 169 aber nur dann, wenn sie zugleich die Verdunkelung des Personenstandes eines Anderen enthält. Hierüber herrscht allgemeine Übereinstimmung, z. B. Frank N. I, III 1, 2, Hälschner II 461, 463, Olshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 16./3. 94 C. 25 188.

b) Die Verdunkelung des Personenstandes wird nicht bestraft, um lediglich der individuellen Berechtigung strafrechtlichen Schutzes zu gewähren, sondern in erster Linie, weil das staatliche Interesse die Aufrechterhaltung und Sicherheit des Personenstandes in der Familie dringend erfordert. Daher wird die Strafbarkeit durch die Einwilligung des Anderen nicht ausgeschlossen, vielmehr ist der Einwilligungende Teilnehmer an dem Delikt auch dann, wenn es sich lediglich um seinen Personenstand und nicht zugleich um den eines Dritten handelt: Binding Handb. I 722, Hälschner

II 463, v. Liszt 385, Merkel 345, Meyer-Altfeld 512, Dshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4. Wenn v. Schwarze S. 5. III 280 dies unter Hinweis auf den Satz *volenti non fit injuria* befreit, so überieht er, daß die *injuria* in vielen Fällen auch gegen dritte Unbeteiligte begangen wird.

c) Wer nie als lebender Mensch existiert hat, also der Totgeborene und die fingierte Persönlichkeit, hat keinen Personenstand: Binding I 232, Hälschner II 463, Meyer-Altfeld 512, Dshausen N. 3 a, Rüdorff-Stenglein N. 8, Wachenfeld Hk. II 309; RG. 16./3. 94 E. 25 188. Daher ist die Anmeldung eines totgeborenen Kindes zum Standesregister unter falscher Angabe der Mutter nicht Veränderung oder Unterdrückung des Personenstandes, sondern Bewirkung einer falschen Beurkundung nach § 271: RG. 26./4. 10 E. 43 402; a. M. Frank N. I und v. Liszt 385, welche den Totgeborenen, und Oppenhoff-Delius N. 4, welcher auch die fingierte Persönlichkeit ausnimmt. Doch fällt die Verbunkelung des Personenstandes auch des Totgeborenen und des Fingierten unter das Gesetz, wenn und soweit dadurch der Personenstand anderer lebender Menschen berührt wird: v. Liszt und Dshausen a. a. O. Daß der Andere zur Zeit der Tat noch lebt, ist nicht erforderlich, denn auch Tote behalten ihren Personenstand: Binding Lehrb. I 232, Frank, Hälschner, v. Liszt und Dshausen a. a. O.; RG. 16./3. 94 E. 25 188.

d) Durch die Veränderung oder Unterdrückung muß ein Zustand geschaffen sein, der den Personenstand anders erscheinen läßt, als er in Wirklichkeit ist. Hieraus ergibt sich, daß eine nur im einzelnen Fall zu besonderem Zwecke vorgenommene Entstellung des Personenstandes nicht als seine Veränderung oder Unterdrückung betrachtet werden kann, vielmehr eine gewisse, wenn auch nicht notwendig bleibende Dauer des Erfolges der verbunkelnden Handlung gewollt sein, es sich nach dem Ausdruck von Meyer-Altfeld „um die Begründung eines mehr oder weniger „dauernden Zustandes handeln muß“: Binding Lehrb. I 234, Geyer II 85, Hälschner II 462, v. Liszt 385, Merkel 345, Meyer-Altfeld 513, Dshausen N. 3 b, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 321. Die Absicht späterer Wiederaufhebung dieses so geschaffenen Zustandes schließt hiernach den Tatbestand nicht aus.

3. Das Delikt wird dadurch begangen, daß der Personenstand verändert oder unterdrückt wird.

a) Durch beide Handlungen, also auch durch die Veränderung, wird ein tatsächlicher Zustand herbeigeführt, vermöge dessen das familienrechtliche Verhältnis einer Person sich anders darstellt, als es wirklich ist: RG. 7./2. 84 E. 10 86, 27./9. 89 E. 19 405. Das Besondere der Veränderung besteht einmal darin, daß durch sie, wie schon oben N. 1 bemerkt wurde, der betreffenden Person ein anderer Personenstand beigelegt wird, als ihr rechtlich zukommt. Sodann darin, daß die verbunkelnde Tätigkeit von einem Erfolg getragen sein muß: Frank N. III 1 und Dshausen N. 4 Abs. 1; es muß wenigstens tatsächlich von der Allgemeinheit oder doch von solchen Personen, welche zur Ermittlung der Persönlichkeit des Betreffenden das Recht und die Pflicht haben, ein fremder Familienstand als vorhanden angehen werden: RG. 7./2. 84 E. 10 86.

Eine Veränderung ist es z. B., wenn ein uneheliches Kind als eheliches bei dem Standesbeamten angemeldet und daraufhin als solches im Standesregister eingetragen: RG. 1./10. 80 E. 2 303; wenn vor dem Standesamte die Vaterschaft eines unehelichen Kindes wahrheitswidrig anerkannt wird: RG. 10./11. 79 E. 1 9, 27./9. 89 E. 19 405.

b) Unterdrückt wird, wenn, ohne der betreffenden Person einen anderen Personenstand beizulegen, ein tatsächlicher Zustand herbeigeführt wird, welcher es verhindert oder wenigstens erschwert, daß das wirklich vorhandene familienrechtliche Verhältnis zur praktischen Geltung gelangt: RG. 29./10. 06 E. 39 252, 4./5. 08 E. 41 301. Heimlichkeit des Tuns ist nicht erforderlich, bildet aber gegebenenfalls ein Indiz: Dshausen N. 5 Abs. 2 und RG. 29./12. 91 E. 22 283. Auch hier braucht der herbeigeführte Zustand kein endgültiger zu sein. Verschweigen dessen, was zu sagen man nicht verpflichtet ist, ist natürlich kein Unterdrücken.

4. Einen besonderen Fall hebt das Gesetz selbst hervor, nämlich die Unterchiebung oder Verwechslung eines Kindes, die *acte partus suppositio*.

Der Andere muß also in kindlichem Alter stehen. Streitig ist, wie alt höchstens das Kind sein darf. Die Altersgrenze der *infantia* — nicht über sieben Jahre — nehmen an Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 und Schütze 321 N. 4. Soll das Delikt tatsächlich Erfolg haben, so muß das Kind regelmäßig von so zartem Alter sein, daß es über seinen Personenstand, also über die Tatsache der Supposition keine Auskunft geben kann, und dies nehmen mit Recht als maßgebend an Berner 446, Frank N. II, v. Liszt 385, Merkel 345, Meyer-Altfeld 512, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 5 a. Eine dritte Ansicht geht dahin, der Andere müsse wegen seines kindlichen Alters ein willenloses Werkzeug in der Hand des Täters, ein passiver Gegenstand der Unterchiebung oder Verwechslung sein, und ob dies der Fall oder nicht, sei Sache der richterlichen Feststellung: Dshausen N. 8 Abs. 2 und v. Schwarze N. 3 und S. 5. III 282; ähnlich auch Binding Lehrb. I 234 („unfähig, sich am Delikt schuldhaft zu beteiligen“) und Hälschner II 464 (unter zwölf Jahren).

Ein Kind ist untergeschoben, wenn, was auch durch die angebliche Mutter selbst geschehen kann, ein Zustand herbeigeführt wird, vermöge dessen es als leibliches Kind einer Frau erscheint, die es nicht geboren hat: RG. 19./2. 02 C. 36 137.

Verwechelt ist ein Kind, wenn ihm ein Personenstand zugewandt ist, dessen Subjekt ein anderes Kind ist. Dies kann auch zwischen zwei Kindern derselben Familie stattfinden, z. B. zwischen Zwillingkindern: Binding Lehrb. I 234, Hälschner II 464, Lisshausen N. 9 b, v. Schwarze S. 5. III 281; a. M. Schütze 321.

5. Der Versuch ist strafbar. Die Kindesunterschlebung insbesondere ist vollendet, sobald der Plan der Unterschlebung soweit durchgeführt ist, daß der Schein der erfolgten Geburt, wenn auch nur vorübergehend, hergestellt ist: RG. 19./2. 02 C. 36 137.

6. Das Delikt kann nach dem Begriff des Unterschlebens, Unterdrückens nur als vorsätzliches begangen werden, Vorsatz mit dem Bewußtsein, daß der Personenstand eines Anderen unmittelbar getroffen werde. Das ausdrückliche Verlangen des Vorsetzes hat die prozessuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter gar nicht auf Fahrlässigkeit berufen hat. Die gewinnüchtige Absicht (vgl. § 133 N. 5) bildet einen straf-erhöhenden Umstand. Weitere Absichten, Zwecke, Motive usw. kommen nur für die Strafzumessung in Betracht. Daß die Handlung auf Benachteiligung irgend Jemandes gerichtet sei, ist nicht erforderlich: Werner 447, Binding I 234, Hälschner II 465, Merkel 345, Lisshausen N. 10 Abs. 2, Schütze 322 N. 6.

7. Das Delikt ist an sich weder ein fortgesetztes noch, wie v. Schwarze N. 15 und S. 5. III 283 meint, stets oder, wie Hälschner II 465 und v. Liszt 385 annehmen, unter Umständen ein Dauerdelikt: Frank N. V, Merkel 345, Meyer-Wilfeld 513, Lisshausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 17, Schütze 322 N. 6. Solange aber der geschaffene Zustand dauert, kann das Delikt durch weitere auf Aufrechterhaltung des Zustandes gerichtete Handlungen nicht nochmals begangen werden: RG. 16./3. 94 C. 25 188. Dagegen kann es begangen werden sowohl durch eine einmalige als auch durch eine fortgesetzte Handlung. Somit kann die Frage, wann die Verjährung der Strafverfolgung beginne, mit Hälschner a. a. D. und Lisshausen N. 14 nur in Rücksicht auf den konkreten Fall beantwortet werden. Die Verjährung beginnt erst mit der Vollendung des Delikts, also regelmäßig, sobald ein Zustand herbeigeführt ist, durch welchen der Personenstand der Außenwelt gegenüber vorübergehend oder dauernd unterdrückt ist: RG. 1./12. 00 C. 34 24, 19./2. 02 C. 36 137. Wird aber die bewirkte Unterdrückung usw. durch besondere Tätigkeit mit einem dem § 169 entsprechenden Vorsatz aufrecht erhalten und fortgesetzt, so beginnt die Verjährung erst mit dem Aufhören dieser ferneren Tätigkeit: RG. 8./11. 92 C. 23 292.

§ 170.

Wer bei Eingehung einer Ehe dem anderen Teile ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigt, oder wer den anderen Teil zur Eheschließung arglistig mittels einer solchen Täuschung verleitet, welche den Getäuschten berechtigt, die Gültigkeit der Ehe anzufechten, wird, wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des getäuschten Teils ein.

1. In § 170 handelt es sich nicht wie in § 169 (dasselbst N. 1) darum, einen bestehenden Personenstand gegen Veränderung oder Verdunkelung zu schützen, sondern darum, zu verhüten, daß durch Eheschließung für einen Anderen ein Personenstand begründet wird. Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle des Ehebetruges oder der Eheerschleichung, welche aber nicht nur dieselbe Strafabdrohung, sondern noch mehrere andere Momente gemeinsam haben. Es bedroht nämlich:

a) denjenigen, welcher bei Eingehung der Ehe dem andern Teil ein gesetzliches Ehehindernis verschweigt;

b) denjenigen, welcher den anderen Teil zur Eheschließung mittels einer den Getäuschten zur Anfechtung der Ehe berechtigenden Täuschung verleitet.

2. Folgende Momente sind beiden Delikten gemeinsam:

a) Zwischen beiden Interessenten muß eine Ehe geschlossen sein.

b) Subjekt des Delikts ist einer der Ehegatten. Jeder Dritte ist, falls er nicht als Teilnehmer tätig ist oder seine Handlung unter ein anderes Strafgesetz, z. B. § 263, fällt, straflos: Lisshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 322 N. 8.

c) Der Täter muß den Abschluß der Ehe „arglistig“ herbeigeführt haben. Arglist ist nicht, wie Meyer-Malfeld 629 N. 31 annimmt, einfach identisch mit Vorsatz; wenn der Dichter sagt: „Da lächelt der König mit arger List“, so heißt das nicht lediglich: da lächelt der König mit Vorsatz. Arglist ist auch nicht identisch mit List, sondern ist die arg, die schlechthin verwerfliche List, welche in jedem Redlichen ein Argernis erregt. Der Täter weiß, daß ein bestimmtes Ehehindernis besteht, daß der andere Teil einer bestimmten Täuschung unterliegt und ohne das Verschweigen, ohne die Täuschung die Ehe nicht eingehen würde, und er benutzt die Unkenntnis, um die Ehe herbeizuführen: Hältschner II 467, Merkel 366, Schütze 322 N. 8. Wenn v. Liszt 386 die Arglist als „Täuschung durch Vorspiegelung, Unterdrückung oder Entstellung von Tatsachen“ definiert, so verwechselt er das subjektive Moment mit den Mitteln zur Realisierung des Vorsatzes. Wenn Rüdorff-Stenglein N. 2 sagt, arglistig handele derjenige, der vorsätzlich eine Tat begehe mit dem Vorsatz, einen rechtlich nicht haltbaren Zustand zu schaffen, so ist das zwar richtig, aber zu eng, da dies mehr oder weniger auf zahlreiche andere Delikte paßt, z. B. auf das Delikt des § 169. Wenn endlich Binding Lehrb. I 235, Frank N. I 1, Olshausen N. 3 und Oppenhoff-Delius N. 3 zur Arglist im Gegenjatz zum Überlisten die Absicht verlangen, dem anderen Teil etwas in dessen Sinne Schlechtes anzutun, so ist diese Ansicht mit Hältschner und Rüdorff-Stenglein a. a. O. bestimmtest zu verwerfen, weil sie nicht bloß im Gesetz keinen Anhalt hat, sondern nach ihr der Täter trotz des vollständig vorhandenen Tatbestandes durch das Motiv straflos sein würde, ein wirkliches oder vermeintliches Interesse des anderen Teils zu wahren.

d) Der Täter wird nur bestraft, wenn aus einem der im Gesetz genannten Gründe die Ehe aufgelöst ist. Durch diesen außerhalb des Tatbestandes liegenden Umstand wird nicht das materielle Strafrecht bedingt, sondern die Zulässigkeit der Strafverfolgung. Daher hat die Entscheidung über Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung nach absoluter Stimmenmehrheit zu erfolgen; bei ihrem Ausfall ist nicht auf Freisprechung, sondern auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen; tritt sie nachträglich ein, so ist eine neue Strafverfolgung zulässig. Hiermit stimmen überein Binding Handb. I 601, Frank N. I 1, Hältschner II 468 N. 2, Meyer-Malfeld 629, Olshausen N. 6 a, Oppenhoff-Delius N. 5, 9.

Die Auflösung der Ehe hat, sie mag durch Nichtigkeitsklage oder durch Aufrechnung erzielt werden, in der Form der Nichtigkeitserklärung zu geschehen; die Ehecheidung kommt der Natur der Sache nach nicht in Betracht: Binding Handb. I 601 N. 6 und Lehrb. I 235, Hältschner II 468, Olshausen N. 6 b, Oppenhoff-Delius N. 5; a. M. Schütze 323 N. 8, v. Schwarze N. 3 und anscheinend Berner 448. Sie muß von dem Zivilrichter ausgesprochen sein aus einem der in § 170 genannten Gründe, widrigenfalls die Bedingung der Strafverfolgung nicht eingetreten ist: Frank N. 12, Olshausen N. 6 c, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 322 N. 8. Sie ist eine Tatsache, welche der Strafrichter als feststehend seinem Urteil zugrunde zu legen hat. Ob aber der Angeklagte sich in Wirklichkeit der Verschweigung, der Täuschung schuldiggemacht hat, das zu ermitteln und festzustellen, ist wieder die Aufgabe des Strafrichters, welcher sich hierbei von seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlungen geschöpften Überzeugung leiten zu lassen und alle für die Beantwortung der Schuldfrage maßgebenden Momente, mögen sie dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsgebiete angehören, selbständig festzustellen hat: Hältschner II 468, Olshausen N. 6 d, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. v. Schwarze N. 8.

e) Eine zweite Bedingung der Verfolgung ist der Strafantrag. Das Wort „nur“ bezieht sich auf „Antrag“, nicht auf „des getäuschten Teils“, oder, wie gewöhnlich angenommen wird, bedeutet den Verletzten und seinen gesetzlichen Vertreter, nicht auch andere Getäuschte, sodaß zwar das Antragsrecht anderer Personen, nicht aber das des gesetzlichen Vertreters (§ 65) ausgeschlossen ist: Frank N. II, Hältschner II 469, v. Liszt 386 N. 3, Olshausen N. 7 a, Oppenhoff-Delius N. 10, v. Schwarze N. 6 und H. S. III 285; a. M. wegen dritter Personen Rüdorff-Stenglein N. 6. Die Worte „des getäuschten Teils“ sind also richtiger zu streichen. Über den Beginn der Antragsfrist vgl. § 172 N. 4 Abs. 2.

f) Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt nach § 67 mit dem Tage, an welchem die Deliktshandlung begangen ist, ruht aber nach § 69 Abs. 1 bis zur rechtskräftigen Beendigung des Zivilverfahrens.

3. Bei dem ersten Delikt wird dem anderen Teil ein gesetzliches Ehehindernis verschwiegen. Aus der Bedingung der Auflösung der Ehe ergibt sich, daß nicht die aufschiebenden, sondern die trennenden Hindernisse gemeint sind, wobei es wegen BGB. § 1343 Abs. 1 gleichgültig ist, ob das Hindernis mittels Nichtigkeitsklage oder mittels Aufrechnung geltendgemacht wird: Berner 448, Frank N. I 1, Hältschner II 466, Olshausen N. 4 a, Rüdorff-Stenglein N. 3. Daß die Initiative zur Eheschließung von dem Verschweiger ausgegangen, ist nicht erforderlich. Zwischen dem Verschweigen und der Eheschließung braucht insofern kein Kaufmangels zu bestehen, als das Delikt auch dann vorliegt, wenn der andere Teil trotz anderweitiger Kenntnis des Hindernisses die Ehe eingegangen sein würde: Olshausen N. 4 c und v. Schwarze H. S. III 284.

Nach BGB. § 1334 kann eine Ehe von dem Ehegatten angefochten werden, der zu ihrer Eingehung durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung abgehalten haben würden; ist die Täuschung nicht von dem anderen Ehegatten verübt, so ist die Ehe nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung bei der Eheschließung gekannt hat; auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse findet die Anfechtung nicht statt. Dies ist für das zweite Delikt maßgebend. Ob der Täter, von welchem als dem Verleitet die Initiative zur Eheschließung auszugehen hat, die Täuschung selbst verursacht oder nur die von einem Anderen verursachte Täuschung benutzt, ist gleichgültig: Binding I 235, Mähaußen N. 5.

4. Beide Delikte können nur vorsätzlich begangen werden.

Dreizehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit.

Sämtliche Bestimmungen dieses Abschnitts beziehen sich auf das Geschlechtsleben. Daher kann man mit v. Liszt 359 die Sittlichkeit im Sinne dieses Abschnitts als Einhaltung der durch Rechtsordnung und Sitte dem geschlechtlichen Verkehr gezogenen Schranken bezeichnen. Durch die somit eng zusammenhängenden Bestimmungen ist die Materie der wider die Sittlichkeit gerichteten Verbrechen und Vergehen im Sinne GG. § 2 geregelt, sodas die Landesgesetzgebung ausgeschlossen ist: Binding Handb. I 321 und Lehrb. I 196, Frank § 2 III 4, v. Liszt 363, Mähaußen N. 1, Rüdorff-Stenglein N.: RG. 7./5. 00 C. 33 273. Hieraus ergibt sich, das das Kontubernat landesgesetzlich wie nicht als Verbrechen (GG. § 5), so auch nicht als Vergehen unter Strafe gestellt werden kann. Dasselbe muß auch behauptet werden bezüglich seiner Bestrafung als Übertretung. Zwar ist der Abschn. 29 anerkanntermaßen nicht erschöpfend, aber es muß gegen Rüdorff-Stenglein a. a. O. und das zit. Urteil auf Grund des konkludenten Schweigens des Abschn. 13 und weil das Landesgesetz eine von dem Reichsrecht strafrei gelassene Handlung nicht aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, z. B. dem der öffentlichen Ordnung, mit Strafe belegen darf (vgl. oben GG. 2 N. 8), die allgemeine Straflosigkeit des Kontubernats angenommen werden. Hiermit stimmen Binding, v. Liszt, Mähaußen und Meyer-Walfeld 630 überein. Daher sind die entgegenstehenden Landesgesetze ungültig.

§ 171.

Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, das er verheiratet ist, eine Ehe eingeht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

1. Nach BGB. § 1309 darf Niemand eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, nur das es einer vorgängigen Nichtigkeitserklärung nicht bedarf, wenn Ehegatten — zur Hebung von Zweifeln gegen die Gültigkeit der ersten Eheschließung — die Eheschließung wiederholen. Diefem zivilrechtlichen Verbot der Doppelhehe oder Bigamie wird durch § 171 der strafrechtliche Inhalt gewährt. Nach dem Personenstande der beiden eheschließenden Personen unterscheidet das Gesetz zwei Delikte, auf welche im übrigen die nachstehenden Erörterungen gemeinsame Anwendung finden:

a) eine bereits verheiratete Person geht — mit einer bereits verheirateten oder nicht verheirateten Person — eine neue Ehe ein;

b) eine nicht verheiratete geht mit einer verheirateten eine Ehe ein.

Die Einwilligung des anderen Ehegatten ist gleichgültig.

2. Während nach BGB. § 1326 eine gegen § 1309 eingegangene Ehe nur dann nichtig ist, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebt, stellt das Strafrecht die materielle Seite hinter die formelle zurück. Jede Ehe, welche in der in BGB. § 1317 vorgeschriebenen Norm eingegangen ist, ist eine gültige Ehe, mag sie auch

anfechtbar oder gar materiell nichtig sein, und zwar gilt dies sowohl von der bestehenden als auch von der bigamischen Ehe: Berner 449, Binding Lehrb. I 224, 225, Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 475, v. Liszt 388, Meyer-Malfeld 628, Olshausen N. 3 a Abf. 2, N. 4 a a, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 6, v. Wächter 487. Ist die in § 1317 vorgeschriebene Form nicht gewahrt, so ist die Ehe nach BGB. § 1324 gleichwohl gültig, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden ist und die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben, mindestens drei Jahre miteinander gelebt haben, vorausgesetzt, daß nicht bei Ablauf der zehn Jahre oder zur Zeit des Todes die Nichtigkeitsklage bereits erhoben war. Die bloße Eintragung in das Heiratsregister, welche ja lediglich ein Beurkundungsakt ist, genügt trotz BGB. § 1329 strafrechtlich nicht: Binding Lehrb. I 225 N. 2; a. M. Olshausen N. 3 a Abf. 2, N. 4 b a Abf. 1.

a) Diese formelle Gültigkeit ist wie erforderlich so auch genügend, sodas eine eheliche Beivohnung nicht stattgefunden zu haben braucht: Berner 449, 450, Binding I 224, Frank N. IV, v. Liszt 388, Meyer-Malfeld 628 N. 27, Olshausen N. 5 Abf. 1, Schütze 329. Hat die Beivohnung stattgefunden, so liegt Realkonkurrenz mit Ehebruch vor: Hälschner II 479 und Olshausen a. a. O. und § 172 N. 2 letzter Abf.; a. M. Binding Lehrb. I 228, weil der Ehebruch „als fast ausnahmslose Begleiterscheinung in der Bigamie aufgete“.

b) Nach BGB. § 1317 wird die Ehe dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor einem zur Entgegennahme der Erklärungen bereiten Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit, ohne Setzung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Die Landesherren, die Mitglieder der landesherrlichen Familien, der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannoverschen Königshauses, des vormaligen kurhessischen, des vormaligen herzoglich nassauischen und — nach dem Ges., betr. die Rechtsstellung des herzoglich holsteinischen Fürstenhauses, v. 25. März 1904 (Reichs-Gesetzbl. S. 149) — des herzoglich holsteinischen Fürstenhauses können nach § 72 des Personenstandsgesetzes und GG. 3. BGB. Art. 57, falls dies hausgesetzlich gestattet ist, die Ehe durch Stellvertreter schließen. Für die im Auslande geschlossenen Ehen gilt nach GG. 3. BGB. Art. 11 der Satz „locus regit actum“; zu beachten sind hierbei die Vorschriften über die Ehen deutscher Militärpersonen, welche ihr Standquartier nach eingetretener Mobilmachung verlassen haben, und Reichszugehöriger in ausländischen Konjulsbezirken.

c) Die Ehe wird aufgelöst durch den Tod eines der Ehegatten oder durch das auf Ehescheidung lautende, für nichtig erklärt durch das auf die Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage ergehende rechtskräftige Urteil des Zivilrichters. Bezüglich der Bedeutung des Urteils für den Strafrichter finden die Ausführungen zu § 170 N. 2 d Abf. 2 entsprechende Anwendung.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (BGB. §§ 1575, 1586) steht der Auflösung der Ehe auch dann nicht gleich, wenn die Gemeinschaft im Auslande dauernd aufgehoben ist: Binding I 226, Frank II Abf. 2, Olshausen N. 3 a a.

Die Selbständigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht, nach welcher trotz der materiellen Ungültigkeit und Nichtigkeit beider Ehen Bigamie vorliegt, zeigt sich in eigentümlicher Weise bei der Todeserklärung. Nach BGB. § 1348 wird die mit dem für tot Erklärten bestehende Ehe nicht schon durch die Todeserklärung, sondern erst durch die Schließung der neuen Ehe aufgelöst. Die neue Ehe ist nichtig, wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß der Toterklarte noch lebt. Sie ist also gültig, wenn nur Einer es weiß. Gleichwohl ist der schlechtgläubige Teil nach § 171 strafbar, denn die frühere Ehe ist nicht schon, wie BGB. § 1309 verlangt, vor der Eingehung, sondern erst durch die Eingehung der neuen Ehe aufgelöst worden. So auch Binding Lehrb. I 226, v. Liszt 388 N. 2 und Olshausen N. 4 a f.

3. Das Gesetz verbietet allgemein die Eingehung einer Doppelhehe und unterscheidet nicht ob der Täter ein In- oder Ausländer ist. Somit ist auch der bereits verheiratete Muhamedane strafbar, der in Deutschland eine zweite Ehe eingeht: Binding Lehrb. I 226, Frank N. II Abf. 1 Hälschner II 477, Meyer-Malfeld 628, Olshausen N. 6, Appenhoff-Delius N. 1. Das Delikt ist aber kein Dauerdelikt (vgl. unten N. 7), und daher kann der Deutsche, der im Auslande, wo die Polygamie gesetzlich besteht, mehrere Ehen geschlossen hat, nach seiner Rückkehr auch dann nicht bestraft werden, wenn er in der Doppelhehe beharrt.

4. Das Delikt, ein Verbrechen, erfordert Vorsatz, kann also nur wissentlich begangen werden, wobei Eventualdolus genügt. Allerdings verlangt das Gesetz das Wissen ausdrücklich nur bei der unverheirateten Person, aber diese Fassung erklärt sich daraus, daß zwar nicht bei jener wohl aber dem Ehegatten das Wissen, daß er verheiratet sei, stillschweigend vorausgesetzt werden darf. Somit hat das Erfordernis auch hier nur die prozessuale Bedeutung, daß das Wissen bei dem Unverheirateten stets, also auch dann ausdrücklich festgestellt werden muß, wenn er sich an Unkenntnis gar nicht beruft, bei dem Verheirateten aber nur dann, wenn er das Wissen befreit. Uebereinstimmend Berner 450, Binding Lehrb. II 227, Hälschner II 477, 478, Meyer

Mlfeld 628, Dshausen N. 7 Abs. 1, 3, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3, 5, v. Schwarze N. 2 und S. S. III 292; RG. 15./10. 83 C. 9 84. Übrigens findet § 59 volle Anwendung: jeder auf die erste oder auf die zweite Ehe bezügliche Irrtum schließt die Strafbarkeit aus: Dshausen N. 7 Abs. 2 und RG. cit.

5. Das Delikt ist vollendet, sobald die Ehe geschlossen ist, also beide Teile erklärt haben, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Alles, was vor dem Beginn dieser Erklärung liegt, ist vorbereitende Handlung. Der Versuch beginnt für jeden Teil mit dem Beginn seiner Erklärung und ist für den männlichen Teil vollendet mit der Vollendung seiner Erklärung, wogegen die Vollendung der Erklärung des weiblichen Teils das Delikt überhaupt vollendet wird. Die Frage des Standesbeamten, ob die Verlobten die Ehe eingehen wollen, ist Handlung eines an dem Delikt unbeteiligten Dritten und kommt nach dem gegenwärtigen Rechte nicht als wesentliche Höflichkeit in Betracht. Ein Versuch liegt auch dann vor, wenn beide Teile die Erklärung abgegeben haben, der Standesbeamte aber zur Entgegennahme der Erklärungen nicht bereit war.

Die überwiegende Meinung stimmt hiermit nicht überein, sondern nimmt Versuch an, sobald mit der Vollziehung der Eheschließungsform begonnen ist, und zählt dazu auch die Frage des Standesbeamten: Werner 450, v. Liszt 388, Meyer-Mlfeld 628, Dshausen N. 8, Oppenhoff-Delius N. 7, Schüze 329.

6. Die Bigamie ist nicht, wie Geher I 199 und v. Wächter 487 meinen, ein Dauerdelikt, denn sie ist vollendet, abgeschlossen mit Vollendung des Aktes der Eheschließung: Werner 450, Frank N. VI, Hälshner II 479, v. Liszt 388, Meyer-Mlfeld 629, Dshausen N. 5 Abs. 1, N. 10, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2, Schüze 330 N. 29; RG. 8./2. 87 C. 15 261. Gleichwohl hat das Gesetz „in der völlig grundlosen Auffassung der Doppelhehe als eines sog. „Dauerverbrechens“ (Hälshner) in Abs. 3 die eigentümliche Bestimmung über die Verjährung getroffen, welche unter Umständen zur Unverjährbarkeit der Bigamie führt, aus welcher aber keine weiteren Folgen gezogen werden dürfen. Das Beharren in der Bigamie trotz erlangter Kenntnis der ersten Ehe ist straflos, da das Gesetz nur das Eingehen, nicht das Fortsetzen bedroht.

§ 172.

Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Ehebruch ist der Beischlaf zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, von denen mindestens eine mit einer dritten verheiratet ist: RG. 6./11. 82 C. 7 298, 7./6. 86 C. 14 202. Beischlaf ist die Vereinigung der beiden Geschlechtsteile, also das Einbringen des männlichen Gliedes in die Scheide; immissio seminis ist nicht erforderlich: Frank N. I, v. Liszt 390, Dshausen § 173 N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein § 173 N. 2; RG. 17./3. 81 C. 4 23. Jeder andere geschlechtliche Verkehr mit Personen des anderen oder desselben Geschlechts ist kein Ehebruch: Frank und v. Liszt a. a. O., Dshausen N. 1 Abs. 1. Der Ehebruch ist entweder ein doppelter, wenn von einer verheirateten Person mit einer verheirateten begangen, oder ein einfacher, wenn nur der eine Teil verheiratet ist, eine Unterscheidung, welche zwar nicht das Gesetz bei der Strafandrohung gemacht hat, wohl aber der Richter bei der Strafzumessung berücksichtigen wird.

Nach BGB. §§ 1565 Abs. 2, 1570 ist das Recht des Ehegatten auf Scheidung ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch vorher zugestimmt, ihn nachher verzeihen hat. Wird die Ehe nicht geschieden, so kann, weil damit die Bedingung der Strafverfolgung entfällt, keine Strafverfolgung eintreten, der Ehebrecher bleibt also straflos. Ist die Ehe geschieden, so hat es der andere Teil in seiner Hand, ob er die Bestrafung beantragen will oder nicht. Beantragt er sie nicht, so entfällt die zweite Bedingung der Strafverfolgung, wobei das Motiv der Nichtstellung gleichgültig ist; beantragt er sie, so sind die Voraussetzungen der Strafverfolgung gegeben, diese hat einzutreten, eine Zurücknahme des Antrages, einerlei aus welchem Motive, ist wirkungslos. Somit wird die Strafbarkeit des Ehebruchs durch die vorherige Zustimmung oder nachträgliche Verzeihung nicht aufgehoben, oder, negativ ausgedrückt, die Nichtzustimmung, die Nichtverzeihung sind keine Bedingungen der Strafbarkeit. Hiermit stimmen überein Frank N. IV („regelmäßig“), Geher II 89, Meyer-Mlfeld 627, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 7./6. 86 C. 14 202, 6./2. 94 C. 25 119, auch 21./6. 89, 10./10. 93, 9./4. 07. Die gegenteilige Ansicht von Binding Handb. I 715 und Lehrb. I 220 (nicht bezüglich der nachträglichen Verzeihung, welche übrigens gewöhnlich ungenannt bleibt), v. Liszt 390, Merkel 367, Dshausen N. 1 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, 14 und

v. Schwarze S. S. III 300 steht in Widerspruch mit der von Merkel auf derselben Seite, von Olshausen Abchn. 13 N. 1 anerkannten Tatsache, daß der Ehebruch, welchen das Gesetz unter die Delikte wider die Sittlichkeit reihet, nicht bloß zum Schutz des verletzten Teils, sondern auch im öffentlichen Interesse bestraft wird, und legt ein ungerechtfertigtes Gewicht auf die obigen Bestimmungen des sich wider das Strafrecht spröde abschließenden BGB.

2. Von den beiden Personen verschiedenen Geschlechts muß mindestens die eine mit einer dritten verheiratet sein. Vorausgesetzt ist also eine bestehende, eine formell gültige Ehe, welche weder aufgelöst noch zufolge Anfechtung für nichtig erklärt ist; dies wird allgemein anerkannt. Dagegen ist es streitig, ob der Ehebruch auch bei einer materiell nichtigen Ehe möglich ist. Diese Frage muß bejaht werden: es ist erforderlich, aber auch genügend, daß die Ehe formell gültig ist; der Fall liegt gerade so wie bei der Bigamie, vgl. § 171 N. 2. Jede formell gültige Ehe wird geschützt, bis sie durch Tod, Scheidung, Nichtigkeitserklärung aufgelöst ist, und das individuelle Urteil über die Frage, ob die Ehe eine rechtsbeständige oder nichtige, kommt nicht in Betracht. So Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 325, v. Schwarze N. 1 und S. S. III 299 und ein reichsgerichtliches Urteil vom 12./4. 86. N. N. ist allerdings die Mehrzahl der Autoren: Berner 453, Binding Lehrb. I 220, Frank N. I, Geyer II 89, Hälschner II 470, v. Liszt 390, Merkel 367, Meyer-Allfeld 326, Olshausen N. II Abj. 1, Wachenfeld Hst. II 309, v. Wächter 484. Die Gründe, die hierfür z. B. von Olshausen angeführt werden, treffen nicht zu. Beim Ehebruch werde nur die materielle, nicht die formelle Verletzung der Ehe bestraft; dies ist aber auch dann möglich, wenn die Ehe nur formell gültig ist. Die materielle Verletzung einer nichtigen, also bloß formell, nicht aber materiell bestehenden Ehe erscheine als ein logischer Widerspruch; aber immerhin bestehe die Ehe, oder dürfen die Eheleute, weil sie die Ehe für nichtig halten, beliebig auseinanderlaufen? Auch könnte man aus demselben Grunde sagen, die materielle Verletzung einer materiell gar nicht bestehenden Ehe durch Bigamie — § 171 N. 2 Abj. 1 — sei ein logischer Widerspruch, was Olshausen selbst nicht zugibt. Die als Voraussetzung der Strafverfolgung hingestellte Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs sei bei einer nichtigen Ehe nur insofern denkbar, als der Nichtigkeitsgrund unbekannt geblieben sei, andernfalls müsse eine Nichtigkeitsklärung eintreten; das ist irrig, der Satz *judex ne eat ultra petita* gilt auch heute; ist also eine Klage mit dem Antrag auf Scheidung wegen Ehebruchs angestellt und der Ehebruch erwiesen, so darf der Richter keineswegs, wenn der verklagte Teil im Wege der Widerklage die Aufhebung der Ehe wegen Nichtigkeit beantragt, die Ehebruchklage abweisen und der Widerklage stattgeben, sondern er hat wegen des Ehebruchs die Ehe aufzulösen und dann ist eine Ehe, welche nichtig erklärt werden könnte, nicht mehr vorhanden (vgl. unten N. 4 letzten Abj.). Olshausens eigene Konsequenz aus seiner Ansicht, daß nämlich der Einwand der Nichtigkeit noch im Strafverfahren geltendgemacht werden könne, hätte ihn stutzig machen sollen: die prozessualischen Voraussetzungen, der subjektive und objektive Tatbestand sind gegeben und doch Freisprechung deshalb, weil die Ehe auch wegen Nichtigkeit — nicht aufgelöst ist, sondern — hätte aufgelöst werden können?

Die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist trotz der Aufhebung der Geschlechts-gemeinschaft keine Ehescheidung, vgl. § 171 N. 2c, und daher Ehebruch möglich; Berner 453, Hälschner II 471, Olshausen N. 2 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schwarze S. S. III 298. N. N. sind Binding Lehrb. I 220, Frank N. I, III 1, Meyer-Allfeld 627 N. 16, Olshausen N. 7 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5.

3. Die Ehe muß wegen des Ehebruchs geschieden sein. Diese Bedingung ist, wie bei dem Delikt des § 170 — vgl. daselbst N. 2d Abj. 1 —, nicht Bedingung des materiellen Strafrechts, wie Binding Normen II 464, v. Liszt 390 N. 3 und Birkmeyer Einzfl. 1183, auch nicht Tatbestandsmoment („derjenige Ehebruch, wegen dessen eine Ehe geschieden wird“), wie Berner 453, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze S. S. III 298 meinen, sondern ist Bedingung der Strafverfolgung, Prozeßvoraussetzung. Dies ergibt sich aus dem Vorbilde des § 172, dem § 140 des preuß. StGB. Ferner aus § 238, welchem daselbe Motiv zugrunde liegt wie dem § 172, nämlich daß die staatliche Strafgewalt innerhalb gewisser Grenzen vor den Rücksichten auf die sittliche Würde und die Erhaltung der Ehe zurücktreten müsse. Endlich jagt § 69 ausdrücklich, daß das Fehlen der Entscheidung „den Beginn des Strafverfahrens“ hindert. Hiermit stimmen überein Binding Handb. I 601 und Lehrb. I 222, Frank N. III, Hälschner II 472 N. 4, Meyer-Allfeld 627, 244, Olshausen N. 6 Abj. 1; RG. 6./11. 82 E. 7 298, 28./12. 86 E. 15 122, 8./2. 87 E. 15 261, 28./9. 91 E. 22 135.

Die Scheidung muß wegen des Ehebruchs ausgesprochen sein. Dies trifft auch dann zu, wenn der Ehebruch nicht in dem die Trennung der Ehe aussprechenden ersten, sondern nur in dem die Berufung zurückweisenden Urteil zweiter Instanz festgestellt ist; RG. 13./6. 90 E. 21 21. Sie muß — ausschließlich oder neben anderen Gründen — wegen deselben Ehebruchs ausgesprochen sein, um dessen Bestrafung es sich handelt; RG. 1./6. 82 E. 6 334. Ist allerdings der

geschlechtliche Verkehr von dem Zivilrichter ohne Beschränkung auf spezielle Akte als Ehebruch beurteilt worden, so kommt es nicht darauf an, ob die einzelnen Beischlafakte, aus welchen der Zivil- und der Strafrichter den Ehebruch herleiten, identisch sind: RG. 28./12. 86 C. 15 122. Endlich muß in dem entscheidenden Teil des Urteils der Ehebruch als Scheidungsgrund ausgesprochen sein, so daß es nicht genügt, wenn er in den Entscheidungsgründen festgestellt wird: Frank N. III 1, Dshausen N. 2 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 9a, Rüdorff-Stenglein N. 4.

Das Erfordernis der vorgängigen Ehescheidung ist ein absolutes. Aus welchem Grunde die Scheidung nicht erfolgte, ist gleichgültig: v. Liszt 390 N. 3, Dshausen N. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 11. Somit sind alle Ehebrüche unverfolgbar, welche nicht unter das Scheidungsurteil subsumiert werden können, weil sie nicht bekannt waren oder aus irgendeinem anderen Grunde nicht zur Begründung der Scheidungsklage verwendet wurden. Unverfolgbar ist der Ehebrecher, der vor Rechtskraft des Scheidungsurteils den verletzten Ehegatten im Duell erschießt, ist der Mitschuldige am Ehebruch eines verstorbenen Ehegatten. Unverfolgbar ist der unverheiratete Ehebrecher, wenn der andere Teil sich in einem Irrtum befindet oder ein Akt der Notzucht oder der unfreiwilligen Schwächung vorliegt (§§ 176, 177), somit mangels eines Verschuldens auf seiner Seite die Scheidungsklage ausgeschlossen ist: v. Liszt 390 und Dshausen N. 7 Abj. 3; a. M. Binding Lehrb. I 223. Keine Ausnahme von dem Erfordernis ist es, daß bei einem Doppelerhebruch die Scheidung der einen Ehe genügt, denn der nichtgeschiedene Ehebrecher ist „Mitschuldiger“ des geschiedenen: Frank N. III 1, Hälschner II 473, v. Liszt 390 N. 3, Dshausen N. 8 letzter Abj., Oppenhoff-Delius N. 13, Wachenfeld H. II 310.

Bezüglich der Bedeutung des Scheidungsurteils für den Strafrichter finden die Ausführungen zu § 170 N. 2d Abj. 2 entsprechende Anwendung.

4. Die zweite Bedingung der Strafverfolgung ist der Strafantrag des verletzten Ehegatten bzw. seines gesetzlichen Vertreters. Bei einem Doppelerhebruch also, falls beide Ehen geschieden, der Antrag beider verletzten Gatten. Bei beiderseitigem Ehebruch muß nach Erhebung der Klage durch den einen Teil der andere Teil mit einer Widerklage antworten, um zu verhüten, daß, wenn er mit einer selbständigen Klage auftritt, bevor über seine Klage entschieden worden, die Ehe wegen seines Ehebruches bereits getrennt ist, somit wegen des gegen ihn verübten Ehebruchs der andere Teil nicht mehr verfolgt werden kann: Dshausen N. 9a, Rüdorff-Stenglein N. 9, v. Schwarze N. 8a und S. H. III 299. Daß auch — vgl. § 62 N. 6 — hier der einmal gestellte Antrag nicht durch vorgängige oder nachfolgende Verzeihung oder Verzicht wegfällig wird, bedarf keines weitern Nachweises: Dshausen N. 9c und Schütze 327 N. 18, auch RG. 7./6. 86 C. 14 202; a. M. Binding Handb. I 663 und Lehrb. I 223. Eine Zurücknahme des Antrages ist vom Gesetz nicht zugelassen. Der einmal gestellte Antrag umfaßt wegen seiner Unteilbarkeit alle Täter, Teilnehmer und Begünstiger.

Für die Frage, wann die dreimonatliche Antragsfrist beginnt, kommen zwei Zeitpunkte in Betracht, nämlich der Tag, an welchem der Antragsberechtigte von der Tat und dem Täter, und der Tag, an welchem er von der Rechtskraft des die Ehe aufhebenden Urteils Kenntnis erhalten hat. Da der Strafantrag nicht eine Bedingung der Strafbarkeit, sondern der Strafverfolgung, das Delikt schon mit der Vollziehung des Beischlages vollendet ist, ist der erstere Tag maßgebend: Dochow S. S. IV 273, 274, Frank N. III 2, Hälschner I 719 N. 2, II 469, 473, Heinze S. S. II 629 N. 6. Daß außer dem Antrag auch noch das rechtskräftige Urteil gefordert wird, ist für die Priorität zwischen beiden nicht von Belang, und der auch von dem Reichsgericht betonte allgemeine Grund, nach der Auffassung des Gesetzes solle, wie nicht mit der Einleitung des Strafverfahrens, so auch nicht mit dem diese Einleitung bezweckenden Strafantrag in eine noch bestehende Ehe eingegriffen werden, deckt sich mit dem *in rebus probandum*. Beide Tatsachen, die Erhebung der Klage mit dem Scheidungsurteil als Endresultat und die Stellung des Strafantrages, gehen zwar von demselben Subjekt aus und sind Bedingung der Strafverfolgung, sind aber im übrigen völlig selbständig: die Klage wendet sich an den Zivil-, der Antrag an den Strafrichter; die Klage kann nur von einem Volljährigen erhoben, der Antrag auch von einem achtzehn Jahre alten Minderjährigen gestellt werden; die Klage geht nur gegen den Ehebrecher, der Antrag umfaßt Täter, Teilnehmer und Begünstiger; die Klage kann erhoben werden, ohne daß ein Strafantrag gestellt wird, der Strafantrag — jedenfalls tatsächlich — gestellt werden, ohne daß der Antragsteller zur Klage schreitet; die Klage kann zurückgenommen werden, der Antrag kann es nicht. Gleichwohl geht die überwiegende Ansicht dahin, daß der Antrag vor erlangter Kenntnis des rechtskräftigen Urteils nicht mit Wirksamkeit gestellt werden kann, die Antragsfrist also erst mit diesem Zeitpunkt beginnt: Berner 454, Binding Handb. I 644 und Lehrb. I 223, Finger I 200, Geyer II 86, v. Liszt 390, Meyer-Ullfeld 252 N. 44, Dshausen N. 9d Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 327 N. 18, v. Schwarze N. 7 und S. H. III 300; RG. 3./1. 80 C. 1 44, 23./3. 80 C. 2 62, 9./10. 94 C. 26 116, 30./1. 05 C. 37 372, 2./1. 06 C. 38 271.

Ist bei beiderseitigem Ehebruch auf Klage und Widerklage die Ehe des einen Gatten durch Teilkurteil rechtskräftig geschieden, und erfolgt später durch Schlussurteil nochmalige Scheidung wegen Ehebruch des anderen Gatten, so ist trotz der Unrichtigkeit dieses Verfahrens der auf Grund des Schlussurteils gestellte Antrag wirkungslos, da die schon geschiedene Ehe nicht nochmals geschieden werden konnte: RG. 2./1. 06 C. 38 271.

5. Bei wiederholt mit verschiedenen Personen verübtem Ehebruch liegt Realkonkurrenz, bei wiederholt mit derselben Person verübtem je nach den konkreten Umständen Realkonkurrenz oder ein fortgesetztes Delikt vor: Hälshner II 475, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 8 und § 173 R. 7, Schütze 327; a. M. Löning 90 (im zweiten Fall stets fortgesetztes Delikt).

6. Das Delikt ist unzweifelhaft nur als vorsätzliches strafbar.

7. Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt, da das ihren Lauf hemmende Hindernis bereits vorliegt (§ 69 R. 1 Abs. 2), erst mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils: Frank N. V, v. Liszt 390, Olshausen N. 12; RG. 8./2. 87 C. 15 261.

§ 173.

Der Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie wird an den ersteren mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, an den letzteren mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Beischlaf zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie, sowie zwischen Geschwistern wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie bleiben straflos, wenn sie das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben.

1. Das Delikt der Blutschande, Inzest, wird begangen durch die Vollziehung des Beischlafes (vgl. § 172 R. 1) zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie, Verschwägerten auf- und absteigender Linie, Geschwistern (vgl. § 52 R. 5). Die Vornahme anderer unzüchtiger Handlungen zwischen den genannten Personen ist straflos, obgleich die nur Adoptiv- und Pflegsältern durch § 174 Nr. 1 mit der Höchststrafe des § 173 bedroht werden: Berner 455, Binding Lehrb. I 230, Hälshner II 481, v. Liszt 383, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9, Schütze 333 R. 5. Vgl. jedoch § 174 R. 4 Abs. 3.

Ob der Beischlaf ein ehelicher oder außerehelicher, ist gleichgültig, da zwar die Ehe zwischen den genannten Personen nach BGB. § 1327 nichtig, der Beischlaf aber nicht deshalb seinen inzestuösen Charakter verliert, daß er gewissermaßen zur ehelichen Pflicht erhoben wird: Frank N. IV, Geier II 89, Olshausen N. 1 Abs. 4, v. Schwarze S. 5. III 302, Schütze 334 R. 6; RG. 1./10. 81 C. 5 159. Folgerichtig ist die inzestuose Ehe ohne Beischlaf nicht strafbar: Hälshner 481.

2. Wie sich aus § 174 Nr. 1 ergibt, sind unter den Verwandten auf- und absteigender Linie nur die leiblichen zu verstehen: Hälshner II 480, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze S. 5. III 302. Ob Verwandtschaft und Schwägerchaft auf ehelicher oder unehelicher Abstammung beruhen, ist gleichgültig; vgl. § 52 R. 5 und RG. 21./9. 80 C. 2 239, 13./2. 85 C. 12 275, 31./1. 90 C. 20 239. Verwandtschaft auf- und absteigender Linie besteht somit zwischen dem unehelichen Vater und dem unehelichen Kinde sowie dessen ehelichen oder unehelichen Kindern: RG. 21./2. 08 C. 41 113; Schwägerchaft auf- und absteigender Linie zwischen dem einen Ehegatten und dem unehelichen parens des anderen („Fräulein Schwiegermutter“); Verchwisterung zwischen den unehelichen Kindern verschiedener Mütter aber desselben Vaters; Binding Lehrb. I 229 R. 3, Olshausen N. 2 Abs. 2. Keine Geschwister sind die sog. zusammengeheirateten Geschwister. Endlich wird die Schwägerchaft durch das Aufhören der sie begründenden Ehe nicht aufgehoben. Ist aber diese Ehe eine materiell nichtige Ehe, so besteht zwar das Verhältnis solange, bis es durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, wird aber durch die Nichtigkeitserklärung mit rückwirkender Kraft annulliert: RG. 21./2. 08 C. 41 113.

3. Das Delikt erfordert Dolus, also die Kenntnis der bestehenden Verwandtschaft oder Schwägerchaft, wobei § 59 Abs. 1 volle Anwendung findet. Vermöge der Unbekanntschaft mit diesem Verhältnisse kann daher für eine oder für beide Beteiligten Schuld und Strafe ausgeschlossen sein, und sie ist es trotz der Kenntnis, wenn, wie im Falle der mit Inzest konkurrierenden Notzucht, der Beischlaf wider Willen des anderen Teils verübt wurde. Wenn die in einer inzestuösen Ehe lebenden Konkubenten die Ehe für rechtsgültig, also den Beischlaf für erlaubt

halten, so wird durch diese irrthümliche Annahme der Dolus ebenfalls ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 230, Frank N. IV, Hälshner II 482, Dshausen N. 3 Abs. 2. Das RG. ist für den letzten Fall 10./11. 81 G. 5 159 anderer Meinung, erachtet nämlich die beiden Verhältnisse für Teil des Tatbestandes und einen auf sie bezüglichen Irrtum für einen strafrechtlichen, also nicht zu beachtenden, womit Rüdorff-Stenglein N. 8 und v. Schwarze N. 5 einverstanden sind. Ebenso für einen strafrechtlichen Irrtum die Annahme, daß Verwandtschaft und Schwägerchaft auf ehelicher Abstammung beruhen müssen: RG. 19./2. 85 G. 12 275, oder daß die Schwägerchaft durch Auflösung der sie begründenden Ehe aufgehoben werde: RG. 8./11. 01 G. 34 418.

4. Bezüglich der Wiederholung des Beischlafes vgl. § 172 N. 5. Nach Rüdorff-Stenglein N. 10 liegt „in der Regel“ Realkonkurrenz vor. Bei dem wiederholten Beischlaf in der incestuösen Ehe ist mit Hälshner II 482 ein fortgesetztes Delikt anzunehmen.

5. Durch Abs. 3 werden die der absteigenden Linie angehörenden Verwandten und Versuchwägerten für straflos erklärt, wenn sie das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben. Diese Bestimmung hat nicht, wie RG. 23./9. 89 G. 19 391 mit Rüdorff-Stenglein N. 7 angenommen wird, die Bedeutung, daß ein Lebensalter über achtzehn Jahre positives Tatbestandsmerkmal strafbaren Inzestes von Verwandten und Versuchwägerten absteigender Linie bildet, sondern schafft nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund und zwar für Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, welcher den Anstiftern und Gehilfen der Privilegierten nicht zugute kommt: Werner 457 N. 1, Binding Lehrb. I 230, Frank N. III, v. Vizt 191, 383, Dshausen N. 5e. Die Geschwister sind nicht privilegiert. Ebenjowenig die Versuchwägerten aufsteigender Linie, und zwar auch dann nicht, wenn sie selbst das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben. In einem — man könnte fast sagen, glücklicher Weise — unterdrückten Fall hatte der Enkel mit seiner verwitweten, ebenfalls noch nicht achtzehn Jahre zählenden Stiefgroßmutter wiederholt konkumbiert.

§ 174.

Mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren werden bestraft:

- 1) Vormünder, welche mit ihren Pflegebefohlenen, Adoptiv- und Pflegeeltern, welche mit ihren Kindern, Geistliche, Lehrer und Erzieher, welche mit ihren minderjährigen Schülern oder Zöglingen unzüchtige Handlungen vornehmen;
- 2) Beamte, die mit Personen, gegen welche sie eine Untersuchung zu führen haben oder welche ihrer Obhut anvertraut sind, unzüchtige Handlungen vornehmen;
- 3) Beamte, Ärzte oder andere Medizinalpersonen, welche in Gefängnissen oder in öffentlichen, zur Pflege von Kranken, Armen oder anderen Hülflosen bestimmten Anstalten beschäftigt oder angestellt sind, wenn sie mit den in das Gefängnis oder in die Anstalt aufgenommenen Personen unzüchtige Handlungen vornehmen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Während in § 173 der Beischlaf wegen des zwischen den Beteiligten bestehenden Verwandtschafts- oder Schwägerchaftsverhältnisses, wird in § 174 die Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Strafe bedroht, wenn der Täter und die andere Person zueinander in einem Respektsverhältnisse stehen, jener zu dieser die Stellung einer Autoritätsperson einnimmt. Die an sich straflose unzüchtige Handlung wird hier deshalb bestraft, weil die Autorität, welche Zucht und Sitte stützen soll, zu ihrer Untergrabung verwendet oder wenigstens verleugnet und preisgegeben wird. Daher greift § 174 nicht Platz, wenn das Autoritätsverhältnis nicht existiert, z. B. ein achzehnjähriges Mädchen dem zwanzigjährigen Sohn einer ihr befreundeten Familie aus Gefälligkeit Klavierunterricht erteilt und dabei mit ihm konkumbiert. Vgl. Hälshner II 236, Dshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 5. III 305.

Hieraus ergibt sich auch, daß nur die Autoritätsperson strafbar ist, nicht auch die andere Person, welche niemals, sei es als Täter sei es als Teilnehmer, Subjekt, immer nur Objekt oder

Mittel der Deliktshandlung sein kann, einerlei ob sie sich mit oder ohne Kenntnis des Verbotenen beteiligt hat: *Berner* 460, *Frank* N. III, v. *Liszt* 370, *Meyer-Alfeld* 632, *Olshausen* N. 1, 8, *Rüdorff-Stenglein* N. 3, *Schütze* 340 N. 19.

2. Unzüchtige Handlungen sind solche Handlungen, welche objektiv das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen und subjektiv dazu bestimmt sind, die geschlechtliche Sinneslust zu erregen. Der Begriff geht somit über den des Beischlafs, diesen mitumfassend, hinaus.

Zunächst ist also eine Handlung erforderlich. Hierunter ist, anders als in § 183, eine körperliche Tätigkeit zu verstehen, so daß unzüchtige Äußerungen oder Aufforderungen, welche dem leidenden Teil zu Gehör gebracht werden, nicht unter § 174 fallen: *RG.* 17./2. 82 *Ö.* 6 116.

Die Handlung muß das Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzen. Wie weit, in welchem Umfange, läßt sich nicht allgemein bestimmen, die z. B. von *Frank* N. I 2 und *Meyer-Alfeld* 632 aufgestellte Behauptung, die Verletzung müsse eine gröbliche sein, ist nicht haltbar: *Olshausen* N. 4 *Abf.* 1 und *RG.* 17./3. 82 *Ö.* 6 116, 24./11. 99 *Ö.* 32 418, aber die vom Gesetz gedrohte, bis zu fünf Jahren Zuchthaus gehende Strafe läßt erkennen, daß ein gewisses höheres Maß vorausgesetzt wird. Dem richterlichen Ermessen bleibt überlassen, die Grenze zwischen der verbrecherischen Unzüchtigkeit und der als tätliche Beleidigung zu strafenden oder ganz straflosen Unanständigkeit zu ziehen. *Vgl. Hälschner* II 222.

Sie muß nach der objektiven Seite hin das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen, widrigenfalls sie als pictätlos, respektwidrig, unanständig, taktlos oder wie sonst, nicht aber als unzüchtig erscheint. Es ist nicht unzüchtig, ein fremdes Frauenzimmer auf der Straße abzuküssen, wohl aber, ihm in die Hüften zu kneifen, wobei allerdings die Grenze zwischen Unzüchtigkeit und Unanständigkeit nicht selten eine schlüpfrige ist. Ein zusammen hängt hiermit das Verlangen, daß das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit verletzt sein muß. Entscheidend ist die Wirkung, welche die Handlung auf das sittliche Gefühl der Allgemeinheit macht. Gilt sie nach allgemeiner Ansicht als unzüchtig, so wird die Strafbarkeit dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie nach lokaler Sitte als solche nicht betrachtet wird. Noch viel weniger kommt es auf das — nicht selten mehr oder weniger abgebrühte oder überspannte — individuelle Gefühl an: *Binding* I 199, *Frank* N. I 2, *Olshausen* N. 4, *Rüdorff-Stenglein* N. 1 *Abf.* 1.

Endlich muß die unzüchtige Handlung von geschlechtlicher Bedeutung sein, und dies ist sie nur unter der Voraussetzung, daß sie auf die Befriedigung oder doch Erregung der Geschlechtslust gerichtet ist: *Frank* N. I 1, *Olshausen* N. 5 *Abf.* 1, v. *Schwarze* N. 2a; *RG.* 17./3. 82 *Ö.* 6 116, 14./2. 86 *Ö.* 10 159, 22./9. 92 *Ö.* 23 233, 23./12. 95 *Ö.* 28 77; a. *M. Hälschner* II 222. Die Geschlechtslust kann die des Täters, des anderen Teils oder eines Dritten sein: *Frank* N. I 1, *Meyer-Alfeld* 632, *Olshausen* N. 5 *Abf.* 1; *RG.* 22./9. 92 *Ö.* 23 233. Wo dieses Motiv der Heilheit fehlt, ist die Handlung, mag sie auch objektiv das Scham- und Sittlichkeitsgefühl schwer verletzen, keine unzüchtige Handlung im Sinne des § 174, so wenn der Täter nur einen schlechten Scherz oder eine Mißhandlung beabsichtigt: *Frank* N. I 2 und *RG.* 23./12. 95 *Ö.* 28 77, oder die Handlung einem wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecke dient oder wegen des persönlichen Verhältnisses, des Amtes, des Berufes des Täters (körperliche Untersuchung, Züchtigung) eine erlaubte oder gar pflichtmäßige ist: *Hälschner* II 222 N. 3, 237, *Olshausen* N. 5 *Abf.* 2, N. 6, *Rüdorff-Stenglein* N. 2.

Ein Irrtum des Täters darüber, daß seine Handlung objektiv das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt, ist ein Irrtum auf dem Gebiete des Strafrechts und daher nicht zu beachten: *Olshausen* N. 5 *Abf.* 3 und *RG.* 22./10. 07 *Ö.* 40 326.

3. Das Gesetz verlangt, daß die unzüchtigen Handlungen „mit“ den Pflegebefohlenen usw. vorgenommen werden. Hieraus hat sich ein Streit entsponnen, ob das „mit“ auch das „an“ umfaßt. Der Unterschied liegt nach *Olshausen's* zutreffender Bezeichnung darin, daß bei „an“ der Körper der anderen Person das Angriffsobjekt bildet, also von dem Täter berührt wird, dagegen unter dem Ausdruck „mit“ nicht bloß die körperlichen Berührungen, sondern auch solche Handlungen zu verstehen sind, bei denen die andere Person nicht das Objekt, sondern das Mittel zur Befriedigung der Geschlechtslust ist. Daher nehmen *Frank* N. II und *Olshausen* N. 9 an, daß eine körperliche Berührung durch den Täter nicht erforderlich sei. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Dies ergibt nicht bloß das von *Frank* und *Olshausen* angeführte Beispiel: die Hand der anderen Person wird gegen den Geschlechtssteil des Täters gedrückt und so mittels des Körpers jener Person an dem Täter selbst die unzüchtige Handlung vorgenommen, denn auch bei diesem Akt wird der Körper der anderen Person „berührt“, da die Verührung nicht lediglich durch die Hand des Täters zu erfolgen braucht und die Hand der anderen Person unzweifelhaft zu dem Körper gehört. Gewichtiger ist das Bedenken, daß, wenn *Frank* und *Olshausen* recht haben — der andere Körper nicht bloß Objekt, sondern auch Mittel —, eine unzüchtige Handlung im Sinne des § 174 ebenfalls dann vorliegen würde, wenn der Täter die

andere Person zur Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einem Dritten verleitet. Hinzukommt, daß dann in § 176 Nr. 1 („an“) und 3 („mit“) derselbe Unterschied angenommen werden müßte, obgleich er hier nachweisbar nur ein stilistischer ist, um in Nr. 1 ein zweimaliges „mit“ zu vermeiden: Oppenhoff-DeLius § 176 Nr. 1. Daher geht die allgemeine Ansicht dahin, daß „mit“ und „an“ gleichbedeutend sind, also die unzüchtige Handlung an dem Körper vorgenommen werden muß; so sagt v. Liszt „an dem Körper“, Geuer II 30 und Merkel 368 „Berührung oder — sonstige — Beteiligung des Körpers“. Hiermit stimmt die Praxis des RG. überein, z. B. 17./3. 82 C. 6 616, 12./10. 00 C. 33 429.

Hieraus folgt, daß es nicht genügt, wenn die unzüchtige Handlung nur in Gegenwart der anderen Person vorgenommen wird, ohne ihren Körper in Mitleidenschaft zu ziehen: Binding Lehrb. I 199, Frank N. II, Olshausen N. 9 Abj. 2; RG. 20./4. 94 C. 25 287. Wohl aber ist der Tatbestand gegeben, wenn der Körper durch Aufdeckung der Kleider, der Bettdecke, also ohne ihn unmittelbar zu berühren, in unzüchtiger Weise den Blicken Anderer preisgegeben wird: Frank und Olshausen a. a. O. Wiederum ist er — Frank und Olshausen werden vielleicht anderer Meinung sein! — nicht gegeben, wenn der Täter einen Dritten herbeiholt und ihm den bereits entblößten, z. B. im Bade befindlichen Pflegling usw. zeigt. Eine Berührung der Geschlechts- teile oder des entblößten Körpers ist überhaupt nicht erforderlich: Olshausen N. 7 und RG. 17./3. 82 C. 6 116. Auch nicht ein Zurschaufstellen derselben, so daß unter Umständen die auf geschlechtliche Sinneslust abzielende schamlose Entkleidung, auch wenn sie den nackten Körper nicht zum Vorschein kommen läßt, als eine unzüchtige Handlung sich darstellt: RG. 12./10. 00 C. 33 430.

4. Das Respektsverhältnis ist von dem Gesetz bestimmt bezeichnet. Nur die von ihm genannten Verhältnisse kommen für die Strafbarkeit in abstracto in Betracht. Andere rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse, in denen die Beteiligten zueinander stehen, kommen, wenn das Respektsverhältnis besteht, nur bei der Strafzumessung in Berücksichtigung. So fallen z. B. die unzüchtigen Handlungen zwischen Verlobten unter § 174, wobei die abweichende Auffassung der Beteiligten sich als ein Irrtum über das Strafgesetz darstellt. Mehrere Verhältnisse bilden aber eine Ausnahme von der Regel.

Zunächst gehören unzüchtige Handlungen zwischen Ehegatten nicht hierher. Das Respektsverhältnis tritt hier hinter dem ehelichen zurück, indem trotz aller zivilrechtlichen und publizistischen Bevorzugung des männlichen Teils das Verhältnis ein gleichmäßiges ist.

§ 173 wird der Beischlaf zwischen Verwandten und Verschwägerten auf- und absteigender Linie und zwischen Geschwistern mit einer Strafe bedroht, welche bald ebenso schwer, bald leichter ist als die in § 174 angedrohte, bald ganz entfällt. Es fragt sich, ob § 174 zur Anwendung kommt, wenn zwischen diesen Personen eins der hier genannten Respektsverhältnisse vorliegt. Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Zunächst ist unzulänglichsthaft der von § 173 allein ins Auge gefaßte Beischlaf die weitestgehende unzüchtige Handlung. Daher bleiben die Verwandten und Verschwägerten absteigender Linie, welche das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben, wie wegen des Beischlafs nach § 173 Abj. 4, so auch wegen der unzüchtigen Handlungen des § 174 straflos. Weiter sind die leiblichen (ehelichen) Eltern zwar zur Pflege, Belehrung, Erziehung ihrer Kinder verpflichtet, aber ein Pflegschafts-, Lehr-, Erziehungsverhältnis im Sinne der Nr. 1 findet niemals zwischen ihnen statt: Frank N. IV 1, Olshausen N. 11 und RG. 25./11. 80 C. 3 64, 4./12. 82 C. 7 307. Hiervon abgesehen sind die in § 173 genannten Angehörigen in Idealkonkurrenz mit § 173 nach § 174 strafbar, wenn eins der in § 174 genannten Respektsverhältnisse vorliegt. Es wäre in der Tat widersinnig, die Mutter, welche Vormund ihres Kindes, den Großvater, welcher Erzieher des Enkels, den Stiefvater, welcher Adoptivvater, den Vater, welcher angestellter Arzt des öffentlichen Krankenhauses ist, in welchem sein krankes Kind Aufnahme gefunden hat, wegen des Angehörigkeitsverhältnisses trotz des hinzugetretenen Respektsverhältnisses für die nicht im Beischlaf bestehenden unzüchtigen Handlungen straflos zu lassen. Vgl. Frank IV 1, Olshausen N. 11 und RG. 4./12. 82 C. 7 307, 22./6. 85 C. 12 292.

5. Zu Nr. 1.

a) Vormund ist nicht schon der durch letztwillige Verfügung oder Gesetz zur Vormundschaft Berufene, sondern nur derjenige, welcher von der zuständigen Vormundschaftsbehörde als Vormund bestellt ist. Die Vormundschaft über einen Geisteskranken wird durch einen zeitweiligen Eintritt lichter Augenblicke nicht aufgehoben, so daß unzüchtige Handlungen, welche der Vormund während dieser Zeit mit dem Mündel vornimmt, strafbar sind. Vormund im Sinne des Gesetzes ist nicht der — in § 34 Nr. 6 ausdrücklich neben dem Vormund erwähnte — Gegenvormund, da er nur zur Kontrolle des Vormundes dient: Werner 458, Binding Lehrb. I 197, Frank N. IV 1; a. M. Olshausen N. 12 Abj. 1. Auch ist kein Vormund der Pfleger (WGB. §§ 1709 ff), mag ihm die ganze Fürsorge für die Person des Pflegebefohlenen dergehalt übertragen sein, daß dessen ganzes Wohl und Wehe in seiner Hand liegt: Olshausen N. 12 Abj. 2 Hälschner II

276 und RG. 30./6. 08 E. 41 385 (das Gericht nennt dies „eine Lücke im StGB.“). Ebensovienig der Weisung der Mutter (RG. § 1687): RG. 19./12. 10 E. 44 183.

b) Bei den Adoptiv- und Pflegeeltern — vgl. § 52 Nr. 5 — macht es keinen Unterschied, ob die Kinder voll- oder minderjährig sind: RG. 22./6. 85 E. 12 292. Für den strafrechtlichen Begriff „Pflegeeltern“ sind, da das StGB. das Pflegeelternverhältnis als Rechtsgebilde nicht kennt, der allgemeine Sprachgebrauch und die Auffassung der Sitte und des Lebens maßgebend. RG. 29./3. 95 E. 27 129. Hiernach wird ein Verhältnis erfordert, welches, dem zwischen den leiblichen Eltern und Kindern ähnlich, so gestaltet ist, daß es wie dieses ein dauerndes, sittlich gleichartiges Band zwischen den Beteiligten herstellt: RG. 4./12. 82 E. 7 307, 22./6. 85 E. 12 292, 25./2. 96 E. 28 230, 15./2. 01 E. 34 161. Somit hat ein Stiefvater, selbst wenn er das Stiefkind in sein Haus aufnimmt, noch nicht ohne weiteres als dessen Pflegevater zu gelten: RG. 26./3. 08 E. 41 198.

c) Geistliche kommen nur gegenüber ihren — minderjährigen — Schülern und Zöglingen, somit nicht als gottesdienstliche Funktionäre, sondern als Lehrer und Erzieher in Betracht. Weich- kinder sind weder Schüler noch Zöglinge: Berner 459, v. Liszt 370, Dilschhausen N. 14c, Müdorff- Stenglein N. 6, wohl aber die den Konfirmandenunterricht besuchenden Schüler: RG. 17./11. 84 E. 11 271.

d) Lehrer ist jeder, der einen anderen in irgendeinem Wissenszweige, auch in künstlerischen und gewerblichen Fertigkeiten, bei geistiger und sittlicher Unterordnung des Schülers fortdauernden Unterricht erteilt, ohne Rücksicht darauf, ob das Lehren innerhalb des öffentlichen Schulunterrichts oder als Privatstätigkeit, als Lebensberuf und gegen Entgelt oder unentgeltlich ausgeübt wird: RG. 31./3. 84 E. 10 345, 2./11. 00 E. 33 423. Mit Recht nimmt hierbei das RG. an, daß das Schülerverhältnis nur durch den tatsächlichen Empfang des Unterrichts, nicht schon durch die Zugehörigkeit zum Schulverbande begründet werde; die gegenteilige Ansicht von Binding Lebr. I 198 scheidet an der Unlösbarkeit der Frage, zu welchem Lehrer der Schüler im Respektverhältnis stehe, wenn er von Anfang an nur den Unterricht des Vaters genossen hat und in derselben Gemeinde Schulen verschiedenster Art — Volksschule, Gymnasium usw. — besteht. Auch der Lehrer im Sinne GewOrdn. §§ 126 ff. ist dann als Lehrer anzusehen, wenn er die Unterweisung und Ausbildung des Lehrlings der Regel nach persönlich leitet: RG. 29./3. 95 E. 27 129, und daßselbe gilt vom Kaufmann: RG. 2./7. 01 E. 34 311. Der Name „Lehrling“ ist nicht entscheidend, indem z. B. Kellnerlehrlinge nicht unbedingt Lehrlinge im Sinne der GewOrdn., sondern unter Umständen jugendliche gewerbliche Arbeiter sind: RG. 2./3. 99 E. 32 59. Unbedenklich ist das Gesetz auch auf Lehrerinnen — und Erzieherinnen — anzuwenden.

e) Erzieher ist, wer eine Stellung gegenüber dem Minderjährigen ähnlich der eines Vaters oder Vormundes einnimmt und auf Grund der ihm zustehenden Autorität die gesamte Lebensführung des Zöglings, namentlich in sittlicher Beziehung, zu überwachen und zu lenken hat: RG. 10./7. 96 E. 29 49, 26./11. 01 E. 35 10. Unter derselben Voraussetzung ist auch der Lehrherr als Erzieher anzusehen: RG. 29./3. 95 E. 27 129, 2./3. 99 E. 32 59, und ebenso der Kaufmann: 2./7. 01 E. 34 311. Die häusliche Gemeinschaft ist hierbei für sich allein nicht entscheidend, fällt aber mit ins Gewicht. Ob auch der Lehrer als Erzieher zu gelten hat, wird z. B. von Hälschner II 277 und v. Schwarze § 247 Nr. 7, 8 verneint, v. Mertel S. 5. III 709 richtiger bejaht: jedenfalls kein Erzieher ist derjenige Lehrer, der den Minderjährigen nur in einem bestimmten Fach unterweist: RG. 27./4. 82 E. 6 233. Wie ein Blick in das tägliche Leben erweist, ist die Berufsmäßigkeit nicht erforderlich: Frank N. IV 1 und Dilschhausen N. 14b, 3 Abs. 1; gleichwohl wird sie, im Gegensatz allerdings zu RG. 29./3. 95 E. 27 129, von RG. 10./7. 96 E. 29 49 und 20./6. 98 E. 31 203 verlangt. Ist die Erziehung formell dem Ehemann übertragen, so wird dadurch allein nicht auch die Ehefrau Erzieher: RG. 23./5. 05 E. 38 66.

6. Zu Nr. 2.

Für den Begriff Beamter ist § 359 maßgebend. Daher sind die lediglich in einem kontraktlichen Verhältnisse stehenden Personen, z. B. die Küchenmeister in den Schulseminaren, keine Beamte: RG. 22./12. 81 E. 5 448 (von einer Polizeibehörde mit einem Gefangentransport beauftragte Privatpersonen).

Untersuchung ist nicht eine einzelne Untersuchungshandlung, sondern der Zubegriff aller zur Feststellung eines strafrechtlichen Verdachtes erforderlichen amtlichen Handlungen. Vgl. § 158 Nr. 5a.

Lbht ist eine mit der Pflicht der Aufsicht verbundene, ein Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis begründende Fürsorge: RG. 4./6. 89 E. 19 255, 8./7. 95 E. 27 343, 18./3. 09 E. 42 251, 11./1. 12 E. 45 335. Z. B. das Verhältnis zwischen dem Hausvater eines Armenhauses und einer in dasselbe wegen Obdachlosigkeit aufgenommenen Person. Daß die unzüchtigen Handlungen mit der Lbht in unmittelbarer Beziehung stehen, ist nicht erforderlich, der Tatbestand also auch dann gegeben, wenn sie bei Fortdauer des Lbhutverhältnisses außerhalb der eigentlichen Lbhutstätte vorgenommen werden: RG. 4./6. 89 E. 19 255.

7. Zu Nr. 3.

a) Für den Begriff Beamter ist auch hier § 359 maßgebend: Binding Lehrb. I 198, Frank N. IV 3, v. Liszt 370, Meyer-Walfeld 632, Meves S. S. III 960, Dshausen N. 15; RG. 22./12. 81 C. 5 418. Wenn Geher II 32, Hälshner II 237 (zunächst auf Nr. 2 bezüglich), 794 und 1028 N. 2, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 11, v. Schwarze N. 13 (auf Nr. 2 bezüglich) und N. 17 hier unter Beamten jeden verstehen, der, mag er auch im übrigen die Stellung eines öffentlichen Beamten nicht haben, eine Gewalt zu üben berufen ist, welche Namens der öffentlichen Gewalt im Staate und kraft des Gesetzes geübt wird, so ist, wie Dshausen a. a. O. nachweist, diese erweiternde Ansicht irrig.

Medizinalpersonen sind die mit Ausübung der höheren oder niederen Heilkunde mit oder ohne Approbation befaßten Personen, also auch geprüfte Heildiener, Heilgehilfen, Wader, das bloße Dienst- oder Wartepersonal jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen: RG. 24./8. 98 C. 31 246. Unter Beschäftigung ist eine regelmäßige, wenn auch nicht dauernde, so doch stetig wiederkehrende Tätigkeit zu verstehen.

Die Anstellung, Beschäftigung muß in demjenigen Gefängnis pp. stattfinden, in welchem die betr. Person Aufnahme gefunden hat: Frank N. IV 3, Dshausen N. 17a.

b) Der Begriff Gefängnis ist nicht technisch zu nehmen, sondern wird durch den Gefangenen bestimmt, also Zuchthaus, Gefängnis, Haftlokal, Korrekthaus, polizeiliches Arrestlokal, nicht aber Zwanqserziehungsanstalt und Irrenhaus: v. Liszt 370, Dshausen N. 17a α, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. 2.

c) Die Öffentlichkeit der Anstalt ist mit Dshausen N. 17a β und Rüdorff-Stenglein N. 11 in dem Sinne zu nehmen, daß die Anstalt auf öffentlichen Mitteln beruht, also entweder auf staatlichen bzw. Gemeindegeldmitteln oder auf Privatwohltätigkeit zu öffentlichen Zwecken, sei es im letzten Falle mit oder ohne juristische Persönlichkeit; zweifelnd Frank N. IV 3. Die dem Erwerb bestimmten Privatkliniken gehören nicht hierher, mögen sie auch jedem Zahlungsfähigen offenstehen.

8. Wegen der Wiederholung der unzüchtigen Handlungen mit derselben Person vgl. § 172 N. 5. Nach Binding Lehrb. I 199 liegt stets ein fortgesetztes Delikt vor.

§ 175.

Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren begangen wird, ist mit Gefängnis zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Man unterscheidet drei Arten der Sodomie:

a) zwischen Personen männlichen Geschlechts, *sodomia ratione sexus*; die Knabenschändung ist nach § 176 Nr. 3 verwiesen;

b) zwischen Mensch und Tier, Bestialität, *sodomia ratione generis*. Das Geschlecht des Menschen ist gleichgültig, ebenso, wenn der Täter ein Mann ist, das des Tieres, wogegen, wenn der Mensch weiblichen, das Tier männlichen Geschlechts sein muß. Nach der Ansicht v. Liszt 381 muß der Mensch stets männlichen Geschlechts sein;

c) zwischen Personen weiblichen Geschlechts, die sog. lesbische Liebe. Das StGB. kennt sie nicht, wie sie auch schon lange vor ihm aus den neueren Strafgesetzbüchern verschwunden war. Ebenso ist straflos die widernatürliche Unzucht zwischen Hermaphroditen und die zwischen Frauen und Hermaphroditen.

Beide Wesen, Mensch wie Tier, müssen leben; Leichenschändung und Unzucht mit toten Tieren sind straflos: Frank N. I.

2. Widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts ist der auf Befriedigung des Geschlechtstriebes mindestens des einen Teils abzielende Mißbrauch des Körpers eines anderen Mannes zu einem der Duldung eines naturgemäßen Beischlafs ähnlichen Verhalten. Alle Handlungen, die sich nicht als beischlafähnliche bezeichnen lassen, scheiden aus: Berner 461, Hälshner II 240, Meyer-Walfeld 636, Dshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 2; RG. 20./9. 80 C. 2 237, 25./4. 82 C. 6 211; a. M. Schütze 339 N. 17. Ob eine Handlung beischlafähnlich, läßt sich mit Hälshner II 240 und Dshausen N. 2 Abs. 2 nur im jeweiligen konkreten Fall feststellen. Auf die Fälle der Päderastie oder der *immissio seminis* in den Körper eines anderen Mannes ist die widernatürliche Unzucht nicht beschränkt, so, zum Teil mit unbedeutenden Abweichungen, Binding Lehrb. I 204, Frank N. II, Geher II 33, v. Liszt 381, Dshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 2; RG. 13. 1. 81 C. 3 200, 3. 2. 90 C. 20 225. Ein Handeln durch beide

kleider genügt nicht: Frank N. II und RG. 20./9. 80 E. 2 237. Ebenjowenig eine bloße Berührung des einen Geschlechtsteils mit dem anderen Körper: Frank a. a. O. Wohl aber, wenn ein Mann den Geschlechtsteil eines anderen in den Mund nimmt: RG. 3./2. 90 E. 20 225, 29./3. 01 E. 34 245; a. M. Binding, Frank, v. Liszt a. a. O. Keine Sodomie ist endlich die seitens des einen an dem Körper des anderen Teils verübte Onanie, auch nicht die wechselseitige: Binding Lehrb. I 204, Meyer-Altfeld 536 N. 53 und RG. 25./4. 82 E. 6 211; a. M. Schütze 339 N. 17 und anscheinend auch Olshausen N. 2 Abj 2.

Die Strafbestimmung richtet sich gegen beide Beteiligten, ohne Unterschied, wer dabei als tätiger oder leidender Teil erscheint, und ob beide oder nur einer eine wollüstige Absicht dabei verfolgt: Frank N. I, Hälschner II 239, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 6, v. Schwarze N. 2; RG. 29./3. 01 E. 34 245. Allerdings ist es möglich, daß die Unzucht ohne Wissen und Willen des leidenden Teils erfolgt, z. B. weil dieser schläft, also nicht Subjekt, sondern lediglich Objekt des Delikts ist: RG. 3./2. 90 E. 20 225.

3. Dieselben Grundsätze finden bei der widernatürlichen Unzucht mit Tieren statt. Der Tatbestand erfordert weder eine Vereinigung der Geschlechtsteile, noch Samenerguß: es genügt die auf Herbeiführung des Geschlechtsgenusses gerichtete beischlafähnliche Berührung des Körpers des Tieres mit dem Geschlechtsteil des Täters: RG. 13./1. 81 E. 3 200, 15./11. 92 E. 23 289.

4. Der Versuch ist straflos. Die Vollenbung liegt nur dann vor, wenn die Handlung der auf Befriedigung des Geschlechtstriebes gerichteten Absicht in einer der Begehung des natürlichen Beischlafes analogen Weise entspricht, und sie darf keineswegs mit Rüdorff-Stenglein N. 4 und v. Schwarze N. 2 schon durch bloße Versuchshandlungen, also mit jedem unzüchtigen Akte, für gegeben erachtet werden: Hälschner II 240, Olshausen N. 4.

§ 176.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

- 1) mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nötigt;
- 2) eine in einem willentlosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder eine geisteskrankte Frauensperson zum außerehelichen Beischlaffe mißbraucht, oder
- 3) mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. In § 176 werden drei selbständige Delitte mit der gleichen Strafe bedroht, von denen jedes mehrere gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts enthält.

2. Zunächst wird bestraft, wer mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nötigt.

a) Der Begriff der unzüchtigen Handlungen ist derselbe wie in § 174 (vgl. daselbst N. 2), nur daß die Erzwingung des außerehelichen Beischlafs in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsentwicklung ausgeschlossen und in § 177 als das selbständige Verbrechen der Notzucht unter schwerere Strafe gestellt ist.

b) Objekt des Delikts ist eine Person weiblichen Geschlechts, sie mag verhehlicht oder unverhehlicht, unbescholten oder bescholten, manbar oder unentwickelt sein. In letzterer Beziehung ist — und zwar auch für Nr. 2 — anderer Meinung Hälschner II 223, 227, soweit es sich um ein noch nicht vierzehnjähriges Mädchen handelt. Dem es entspreche weder dem herrschenden Sprachgebrauch, nach welchem ein Kind weiblichen Geschlechts gewiß nicht als Frauensperson bezeichnet werde, noch auch der Fassung des § 176, der in Nr. 1 und 2 offenbar eine geschlechtsreife Person voraussetze, welche volles Verständnis von der Bedeutung der an ihr vorgenommenen unzüchtigen Handlung besitze und in der Lage sein würde, Widerstand zu leisten, wenn er nicht durch Gewalt oder Drohung überwunden oder durch ihren gegebenen Zustand ausgeschlossen wäre. Dagegen

werde in Nr. 3 ein Kind vorausgesetzt, bei dem wegen mangelnder Einsicht ein ernstlicher Widerstand in der Regel nicht zu erwarten und eine widerstandslose Duldung rechtlich bedeutungslos sei, andernfalls ließe sich auch das Verhältnis nicht erklären, in welchem die Bestimmung in Nr. 1 zu der in Nr. 2 stehe. Diese Ansicht ist aber irrig. In Nr. 1 wird keineswegs offenbar ein geschlechtsreifes Frauenzimmer vorausgesetzt, in Nr. 2 ist nur erforderlich, daß mit der Frauensperson nach deren physische Beschaffenheit ein Beischlaf, d. h. die Vereiniung beider Geschlechtsteile überhaupt möglich ist: RG. 17./3. 81 C. 4 23, und in Nr. 3 ist es gleichgültig, ob das Kind Verstandnis für die Unzüchtigkeit der Handlung hat. Handelt es sich um ein noch nicht vierzehnjähriges Mädchen, so liegt eben Idealkonkurrenz zwischen Nr. 1 und 3 vor. Hiernit stimmen überein Meyer-Altfeld 634, Olshausen N. 2 Abf. 2 und 20a, Oppenhoff-Delius N. 2, 3, 26 und Rüdorff-Stenglein N. 5 Abf. 2.

Auch die Ehefrau des Täters kann Objekt des Deliktes sein. Denn wenn auch der eheliche Beischlaf nicht als unzüchtige Handlung erscheint, somit die Erzwingung desselben trotz hinreichender Weigerungsgründe nur nach § 240 strafbar ist, so ist auch die Ehefrau nicht jeder geschlechtlichen Brutalität rechtlich preisgegeben. Allerdings nimmt, wie Binding mit Recht bemerkt, die Ehe einer Reihe von Handlungen zwischen den Gatten die Unzüchtigkeit, und diese werden auch durch Aufnötigung nicht zu unzüchtigen, aber man denke z. B. an den Fall, daß der Mann die Handlungen in Gegenwart Dritter, gar der gemeinschaftlichen Kinder vornehmen will. Übereinstimmend Berner 462, Binding Lehrb. I 202, Frank N. I, Geyer II 30, v. Liszt 367, Merkel 346, Meyer-Altfeld 634, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 340 N. 20.

e) Subjekt des Deliktes kann sowohl eine Person männlichen als auch weiblichen Geschlechts sein; nur Schütze 340 verlangt eine Mannesperson.

d) Entweder wird die unzüchtige Handlung mit Gewalt an — zu „an“ und „mit“ (Nr. 3) vgl. § 174 N. 3 — der Frauensperson vorgenommen, die Gewalt richtet sich also gegen die Person selbst: Frank N. I, Hälschner 223, v. Liszt 367, Meyer-Altfeld 634, Olshausen N. 5 Abf. 1. Gewalt ist physische Gewalt. Mittels Gewalt wird aber die unzüchtige Handlung nur verübt, wofür die Gewalt als Mittel zur Überwindung des geleisteten oder erwarteten Widerstandes angewendet wird: Berner 462, Hälschner II 223, Olshausen N. 5 Abf. 2. Das Gesetz bestimmt zwar nicht, daß die Gewalt eine unwiderstehliche sei, aber sie wird als solche verlangt werden müssen, also eine Gewalt, welcher die Angegriffene nach dem Maße ihrer Kräfte und unter den obwaltenden Umständen nicht widerstehen kann oder in entschuldbarer Weise nicht widerstehen zu können glaubt. Kann sie widerstehen und weiß sie es, widersteht aber gleichwohl nicht, so ist die Gewalt eine vis haud ingrata. das Delikt vielleicht nach § 185, nicht aber nach § 176 strafbar. Ein Zwang liegt aber auch dann vor, wenn die Gewalt so überraschend oder in der Art geübt wurde, daß ein Widerstand vor Verübung der unzüchtigen Handlung nicht geleistet werden konnte: Hälschner II 223, Olshausen N. 5 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 3. Endlich muß die Gewalt selbst oder, wenn von einem Dritten, mit Wissen und Willen des Täters ausgehen; benutzt der Täter nur die von einem Dritten ohne sein Wissen und Willen verübte Gewalt, so liegt der vom Gesetz geforderte Tatbestand nicht vor: RG. 11./11. 95 C. 27 422.

e) Oder die Frauensperson wird zur Duldung unzüchtiger Handlungen durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben genötigt. Sie wird also durch die Drohung dahin gebracht, sich die unzüchtige Handlung gefallen zu lassen, zu dulden, daß das Unzüchtige geschieht, während sie ohne die Drohung es nicht dulden würde; wegen der Nötigung vgl. § 52 N. 3. Ihre Rolle ist eine passive; die Nötigung zur Vornahme einer unzüchtigen Handlung fällt unter § 240. Anders als bei der Gewalt ist die Nötigung auch dann strafbar, wenn die unzüchtige Handlung durch einen Dritten vorgenommen wird: Hälschner II 224 und Olshausen N. 6 Abf. 4: a. M. Binding Lehrb. II 202. Das durch die Drohung auf den Fall der Nichtduldung angekündigte Übel muß eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben sein (§ 52 N. 3), und zwar für Leib oder Leben der genötigten Frauensperson selbst: Geyer II 30, Hälschner II 224, v. Liszt 367, Meyer-Altfeld 634, Olshausen N. 7 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 4. Daß hiernach eine unmittelbar gegen einen Dritten und nur mittelbar gegen die Frauensperson gerichtete Drohung nicht hinreicht, wird mit Recht angenommen von Frank N. I, Hälschner II 224, Meyer-Altfeld 634, Rüdorff-Stenglein N. 4: a. M. Olshausen N. 7 Abf. 1, Schütze 340 N. 20 und 336 N. 10, v. Schwarze N. 6. Ernstlichkeit der Drohung ist nicht erforderlich, wofür nur die Bedrohte an den Ernst glaubt und der Drohende mit diesem Umstand rechnet: Frank N. I, Olshausen N. 7 Abf. 2.

3. Oder der Täter mißbraucht eine willen- oder bewußtlose oder geistesranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlaf (die sog. unfreiwillige Schwächung, stuprum nec violentum nec voluntarium). Und zwar ohne selbst den willen- und bewußtlosen Zustand zum Zweck des Beischlafs herbeigeführt zu haben (§ 177).

a) Objekt ist jede in dem vom Gesetz genannten Zustande sich befindende Frauensperson, welche mit dem Täter nicht verheiratet ist. Die eigene Ehefrau ist nicht geschützt, was sich bei der Geisteskrankheit allenfalls dadurch rechtfertigen läßt, daß die Ehe wegen ihrer nur unter besonderen Umständen geschieden werden kann. Die Frauensperson gilt hier auch dann nicht für verheiratet mit dem Täter, wenn die eheliche Gemeinschaft gemäß B.G.B. § 1575 aufgehoben ist: Binding Lehrb. I 200, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 1, 6.

b) Die Geschwächte befindet sich in einem willenlosen Zustande, wenn sie, ohne bewußtlos zu sein, einen Willen nicht hat oder zwar hat, aber nicht äußern kann: Frank N. II, v. Liszt 368, Meyer-Alsfeld 635 N. 42, Olshausen N. 10a. Die Ansicht von Oppenhoff-Delius N. 17 und Schütze 337 N. 13, es genüge, wenn sie ihren Willen nicht geltend machen könne, z. B. gefesselt sei, ist mit Olshausen und v. Liszt a. a. O., Binding Lehrb. II 202 zu verwerfen. Binding a. a. O. versteht unter Willenlosigkeit das Nichthaben eines Willens. Ob Hypnotisierte hierher gehören, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen.

Sie ist bewußtlos, wenn ihr das Bewußtsein völlig fehlt. Sie ist somit auch willenlos.

Unter den geisteskranken Geschwächten sind nicht lediglich solche Geisteskranke zu verstehen, welche sich gleichzeitig in einem willen- oder bewußtlosen Zustande befinden, sondern Objekt des Delikts kann jede Geisteskranke sein: Hälschner II 225, Olshausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 16, 18; RG. 30./11. 82 C. 7 425 (betrifft eine Wädjinnige).

c) Die Frage, ob das Delikt durch die vorherige ausdrückliche oder konkludente Zustimmung der Geschwächten gegenstandslos wird, ist verschieden zu beantworten. Ist die Zustimmung während des Zustandes der Geisteskrankheit erteilt, so kann der Umstand, daß die Geisteskranken tatsächlich in manchen Beziehungen willensfähig sind, nicht maßgebend sein, da der Geisteskranke rechtlich als allgemein willenlos gilt. Bei der willenlosen und bewußtlosen Geschwächten kommt es auf die konkreten Umstände des jeweiligen Falles an, ob die Zustimmung eine wirkliche oder nur eine scheinbare ist; bei der bewußtlosen ist regelmäßig das letztere anzunehmen. War die Zustimmung vor Eintritt des Zustandes erteilt, so kommt es bei der Willen- und Bewußtlosen wieder auf die konkreten Umstände an, ob sie für aufrecht erhalten oder zurückgenommen zu gelten hat; z. B. eine vor sechs Monaten erteilte Zustimmung kann nicht noch für heute geltend gemacht werden. Gilt sie nicht als zurückgenommen, so kann durch den Umstand, daß die unzüchtige Handlung während des Zustandes vorgenommen wurde, ebensowenig ein Verschulden begründet werden, wie umgekehrt bei den actiones liborae in causa aus dem gleichen Umstand ein Nichtverschulden. Bei dem Zustande der Geisteskrankheit kann weder die Aufrechterhaltung noch die Zurücknahme der Zustimmung, welche als Willensakte bei dem rechtlich willenlosen Geisteskranken unmöglich sind, festgestellt werden. Daher wird die Entscheidung durch die Beantwortung der Frage gegeben, ob es rechtlich statthaft und straflos ist, ein Wesen, welches doch immer ein Mensch ist, wie einen Sklaven gleich zu behandeln. Diese Frage muß verneint werden. Hiermit stimmen ohne Einreden auf das Detail überein Binding Handb. I 726 und Lehrb. I 203, Frank N. II, v. Liszt 368, Meyer-Alsfeld 635 N. 47 und Rüdorff-Stenglein N. 7, 8, wogegen die Zustimmung für wirkungslos erachtet wird von Geyer II 30, Hälschner II 225, Olshausen N. 10a, 13. Letzterer argumentiert dabei mit dem Worte „mißbraucht“, aber dieses ist identisch mit dem Worte „gebraucht“ lediglich unter Hinzufügung einer Mißbilligung, und daß die Vornahme unzüchtiger Handlungen auch an einer nicht geisteskranken, sondern nur willen- oder bewußtlosen Frauensperson in vielen Fällen Mißbilligung verdient, kann allerdings nicht bezweifelt werden. Für die hier für richtig erachtete Ansicht spricht auch die Bezeichnung des Delikts als „unfreiwillig“ Schwächung.

d) Subjekt kann nur eine Person männlichen Geschlechts, eine Frau somit nicht Täter, sondern nur Anstifter oder Gehilfe sein: Binding Lehrb. I 203, Olshausen N. 12, Schütze 340 N. 20, 336 N. 10. Frank N. II hält die Täterschaft und mithin auch die Mittäterschaft einer Frau für möglich, z. B. eine Frau veranlaßt einen Mann, den Beischlaf mit einem bewußtlosen Mädchen zu vollziehen, dessen Bewußtlosigkeit wohl der Frau, nicht aber dem Manne bekannt ist. In diesem Falle sind allerdings beide straflos, aber dies bedauerliche Resultat läßt sich nicht ändern. Wäre Franks Ansicht richtig, so wäre auch der Mann strafbar, wenn in dem Frank'schen Beispiel die Geschwächte seine eigene Ehefrau wäre; aber wie kann er strafbar sein, da doch der eheliche Beischlaf nicht unter das Gesetz fällt, oder wird hier ein außerehelicher Beischlaf zwischen Ehegatten konstruiert?

e) Wegen des Beischlafs vgl. § 172 N. 1.

f) Der Dolus erfordert Kenntnis des Zustandes der Frauensperson: Frank N. II, Hälschner II 226, Olshausen N. 14. Eventualdolus genügt. Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 8.

4. Endlich, der Täter nimmt die unzüchtigen Handlungen an einer noch nicht vierzehnjährigen Person vor oder verleitet diese zur Verübung oder Tuldung unzüchtiger Handlungen.

a) Subjekt kann eine Person männlichen und weiblichen Geschlechts sein: Binding Lehrb. I 198, Frank N. III Abs. 1, v. Liszt 369, Olshausen N. 16 Abs. 1. Als Täter können auch die eigenen Eltern des Kindes in Betracht kommen, so daß eventuell Idealkonkurrenz mit § 174 gegeben ist: Binding und v. Liszt a. a. O., Frank N. IIIb, Olshausen N. 16b, Oppenhoff-Delius N. 19.

Das Kind ist als bloßes Objekt des Delikts wie im Falle des § 174 straflos. Es ist aber streitig, ob der Täter, der natürlich über zwölf Jahre zählen muß (§ 56), strafbar ist, wenn er selbst unter vierzehn Jahren ist. Die Entscheidung muß eine verneinende sein, ohne Rücksicht, ob er *doli capax* ist; es liegt hier wie in § 174 Abs. 4 eine Ausnahme von § 57 vor. Auch das verleitete Kind nimmt unzüchtige Handlungen vor. Nimmt es sie mit einem noch nicht vierzehnjährigen Kinde vor, so bleibt es auch dann straflos, wenn es selbst über zwölf Jahre zählt, weil es trotz seiner tatsächlichen Willensfähigkeit wegen seines Alters als willenloses Werkzeug gilt. Wie ihm lediglich wegen der mangelnden Verleitung trotz des gleichen oder gar geringeren Alters die Zurechenbarkeit zugesprochen werden kann, ist schwer einzusehen, ganz abgesehen davon, daß die Frage, wer von beiden Kindern nur Subjekt und wer nur Objekt sei, regelmäßig sich der sicheren Beantwortung entzieht. Auch würde sich dabei das perplexere Resultat ergeben, daß wenn zwei Kinder miteinander unzüchtige Handlungen vornehmen, sie beide strafbar sind, falls sie beide unter vierzehn, dagegen das jüngere straflos, wenn das ältere über vierzehn, und beide straflos, wenn beide über vierzehn Jahre zählen. Übereinstimmend Berner 464 N. 2, Frank N. IIIb Meyer II 31, Hälschner II 228, v. Liszt 368 N. 5, Meyer-Wilfeld 633, Olshausen N. 16a, dagegen a. M. Binding Lehrb. I 198, Oppenhoff-Delius N. 25, Rüdorff-Stenglein N. 11 und RG. 18./12. 82 C. 7 352, 23./1. 90 C. 20 181.

b) Das Objekt kann männlichen wie weiblichen Geschlechts sein: Binding Lehrb. I 198, Hälschner II 226, v. Liszt 369, Olshausen N. 15 Abs. 1. Vollenendet ist das vierzehnte Lebensjahr nach BGB. § 187 Abs. 2 mit dem Beginn des vierzehnten Jahrestages der Geburt.

c) Bestraft wird, wer mit dem Kinde unzüchtige Handlungen vornimmt. Der Tatbestand ist derselbe wie in § 174, so daß auf die Ausführungen N. 2, 3 verwiesen werden kann. Vielfach wird Idealkonkurrenz mit § 175 vorliegen. Auf die Rolle, welche das Kind dabei spielt, kommt es nicht an. Die Vornahme einer unzüchtigen Handlung liegt daher auch dann vor, wenn eine Frauensperson die Weichschlaßvollziehung durch den noch nicht vierzehnjährigen Knaben duldet: RG. 14./2. 89 C. 10 158.

d) Ebenso wird bestraft, wer das Kind zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet, d. h. durch Zureden, Geschenke, Vorpiegelungen usw. auf den Willen des Kindes einwirkt: RG. 20./9. 98 C. 31 251, sodaß es die unzüchtigen Handlungen mit sich selbst oder dem Verleiter oder einem Dritten vornimmt oder sich von dem Verleiter oder einem Dritten gefallen läßt: Frank N. IIIb, Hälschner II 228, Olshausen N. 17b β , Rüdorff-Stenglein N. 10 Abs. 1, v. Schwarze N. 20; RG. 21./10. 89 C. 20 30, 4./12. 94 C. 26 278. Das Kind braucht ein Bewußtsein der Unzüchtigkeit nicht zu haben: Binding Lehrb. I 199, Frank N. IIIb, Olshausen N. 17b α ; RG. 26./5. 91 C. 22 33.

e) Zum Dolus gehört die Kenntnis des Alters, wobei jedoch Eventualdolus genügt: Berner 462, Frank N. III Abs. 1, Hälschner II 229, v. Liszt 369, Merkel 346, Olshausen N. 15 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 13./4. 91 C. 21 420. Die ausdrückliche Feststellung der Kenntnis ist nur erforderlich, wenn sie von zuständiger Seite in Zweifel gezogen ist.

f) Wegen einer wiederholten Vornahme und Verleitung bezüglich desselben Kindes siehe § 172 N. 5.

§ 177.

Mit Zuchthaus wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Weichschlafs nötigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Weichschlaf mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

1. In § 177 werden unter dieselbe Strafandrohung zwei selbständige Delikte gestellt, welche jedes mehrere gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts enthalten.

2. In der ersten Hälfte des Abs. 1 wird in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsentwicklung aus der allgemeinen Bestimmung des § 176 Nr. 1 die Notzucht hervorgehoben,

indem als unzüchtige Handlung nur der Beischlaf, und zwar der außereheliche Beischlaf in Betracht kommt. Somit kann auf die Ausführungen zu § 176 Nr. 2b Abs. 1, c, d, e verwiesen werden. Auf folgende Punkte ist besonders aufmerksam zu machen:

a) Subjekt des Delikts kann, da der Nötiger und der Konkumbent nicht identisch zu sein brauchen, eine Person männlichen wie weiblichen Geschlechts sein: Birkmeyer Enzykl. 1169, Fingier I 338 Nr. 432, Frank Nr. 1, Hälsschner II 230, v. Liszt 367, Meyer-Alsfeld 633, Olshausen Nr. 2b, Oppenhoff-Delius Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 2. Männliches Geschlecht verlangen Berner 465, Binding Lehrb. I 200, Meyer-Alsfeld a. a. O. (1), Schütze 333, v. Wächter 368. Bei einer Beteiligung mehrerer Personen, von denen die eine nötig, die andere konkumbiert, ist die Frage, ob Missetätererschaft, Mittätererschaft oder Beihilfe vorliegt, nach den allgemeinen Prinzipien zu beantworten: Olshausen a. a. O. und RG. 7./1. 81 C. 3 181. Daß, wie z. B. Hälsschner a. a. O. annimmt, eine Frau nicht Missetäter sein könne, ist irrig; man nehme z. B. den Fall, daß der Konkumbent von der Nötigung nichts weiß oder wegen Geisteskrankheit strafrechtlich nicht verantwortlich ist. Natürlich kann bei einer Mehrbeteiligung auch der Ehemann Täter sein.

b) Anders als im früheren Gemeinen Recht wird auch hier nicht verlangt, daß die Genotzüchtige unbescholten sei. Ohne Grund verlangen v. Liszt 368 und v. Schwarze Nr. 4 und S. S. III 310 Geschlechtsreife, Hälsschner II 230 ein Alter von über vierzehn Jahren.

c) Die Gewalt muß sich gegen die Genotzüchtige selbst richten: Hälsschner II 230, v. Liszt 367, Merkel, S. S. IV 417 Nr. 2, Meyer-Alsfeld 630, Olshausen Nr. 2c; a. M. v. Schwarze, S. S. III 311. Die Gewalt muß eine physische sein. Wenn hier von der Nötigung „durch“, in § 176 Nr. 1 von der Vornahme „mit“ Gewalt gesprochen wird, so ist dieser Unterschied, wie gegen Olshausen Nr. 4 zu bemerken ist, irrelevant, da Nötigung wie Vornahme gewalttätig sein müssen und weder die eine noch die andere dadurch aufhört eine gewalttätige zu sein, daß die Frauensperson endlich aus Erschöpfung von dem nach Kräften geleisteten Widerstand abläßt.

d) Ebenso muß die Drohung eine Gefahr für Leib oder Leben für die Frauensperson selbst in Aussicht stellen: Geher II 30, v. Liszt 367, Meyer-Alsfeld 630, Olshausen Nr. 2d, Oppenhoff-Delius Nr. 2.

3. Die zweite Hälfte des Abs. 1 erhebt die in § 176 Nr. 2 bedrohte unfreiwillige Schwächung zu einem besonderen Delikt, wenn der Täter die Frauensperson, um sie zu mißbrauchen, in einen willen- oder benutzlosen Zustand versetzt und ihr dadurch unmöglich gemacht hat, ihm Widerstand zu leisten. Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Frauensperson eingewilligt hat, daß sie in den Zustand versetzt, z. B. schwer betrunken gemacht und in diesem Zustande gebraucht werde. Im übrigen vgl. § 176 Nr. 3.

4. Von den sowohl bei dem vollendeten als auch bei dem nur versuchten Delikt möglichen Fällen der Idealkonkurrenz ist besonders der mit § 176 Nr. 3 zu gedenken. Die Annahme, daß allgemein mit einem noch nicht geschlechtsreifen oder noch nicht vierzehnjährigen Kinde ein Beischlaf nicht möglich sei, entbehrt jeglichen Anhalts. Ebenso ist Idealkonkurrenz möglich zwischen dem unter Vornahme unzüchtiger Handlungen begangenen Versuch der Notzucht und dem Delikt des § 176 Nr. 1: Olshausen Nr. 7b a und Rüdorff-Stenglein Nr. 5; a. M. Frank Nr. III und Schütze 340. Daher kann in diesem Fall nach § 176 Nr. 1 gestraft werden, wenn der Versuch nach § 46 Nr. 1 straflos ist: Olshausen und Frank a. a. O., Meyer-Alsfeld 634 Nr. 35; RG. 25./8. 92 C. 23 225; a. M. v. Liszt 368 Nr. 2.

§ 178.

Ist durch eine der in den §§ 176 und 177 begangenen Handlungen der Tod der verletzten Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

1. Vgl. die Ausführungen zu § 118. Der Tod muß durch die Handlung verursacht sein, also zwischen beiden Kausalzusammenhang stattfinden. Verletzte ist diejenige Person, mit welcher die unzüchtige Handlung oder der außereheliche Beischlaf vorgenommen wurde, im Falle des § 176 Nr. 3 auch diejenige, mit welcher der Verleitete die unzüchtige Handlung verübte. Ist der Tod eventuell gewollt, so liegt Idealkonkurrenz mit Mord oder Totschlag vor; Hälsschner II 231 will in diesem Fall §§ 211 oder 212 ausschließlich anwenden. Ein Versuch liegt vor, wenn der Tod verursacht ist, ehe das Grunddelikt zur Vollendung kam: Fingier I 317, v. Liszt 368, Olshausen Nr. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 3; die volle Anwendung des § 178 wird verlangt von Hälsschner II 231, also ehe der gesamte objektive Tatbestand gegeben ist.

2. Der Kausalzusammenhang findet auch dann statt, wenn der Tod nur die mittelbare Folge der Handlung ist. Z. B. die Genotzüchtige wird schwanger und stirbt infolge der Niederkunft: Binding Lehrb. I 202, Frank Nr., Geher II 30, Olshausen Nr. 2a; a. M. v. Schwarze

№. 1 und S. S. III 313 №. 8. Oder der Verletzte nimmt sich in der durch die Handlung verursachten psychischen Depression das Leben: Binding a. a. D. und Olshausen N. 2b; a. M. Geyer a. a. D. Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 2 und S. S. III 313. Hälshner II 233 №. 1 will diese Fragen „nur unter Berücksichtigung der Umstände des gegebenen Falles“ beantwortet wissen.

§ 179.

Wer eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Bezüglich des Subjekts treffen die Ausführungen § 178 Nr. 2a auch hier zu. Täter und Kontumbent brauchen nicht identisch zu sein. Daher kann eine Frau Täter sein, je nach den Umständen Allein- oder Mittäter: Frank N. II 2, Hälshner II 233, v. Liszt 370, Olshausen N. 1 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; männliches Geschlecht verlangen Binding Lehrb. I 203 und v. Schwarze N. 1.

2. Objekt ist wie in § 177 schlechthin eine Frauensperson, ohne Rücksicht auf Alter, Ruf, ob verheiratet oder ledig. Die Behauptung von Hälshner II 233, daß sie das vierzehnte Lebensjahr überschritten haben müsse, weil sonst die Tat nach § 176 Nr. 3 zu beurteilen wäre, trifft nicht zu, vielmehr findet im Fall eines geringeren Alters nur Idealkonkurrenz mit § 176 Nr. 3 statt. Nach BGB. § 1303 ist zur Ehemündigkeit des weiblichen Teils ohnehin das vollendete sechzehnte Lebensjahr erforderlich.

3. Die Frauensperson wird zur Gestattung des außerehelichen Beischlafs, also mit einem Manne, der nicht ihr Ehemann ist, verleitet. Gestattung ist nicht lediglich die Einwilligung, sondern die mit Einwilligung der Verleiteten stattfindende Vollziehung des Beischlafs, widrigenfalls höchstens ein Versuch des Delikts vorliegt: Berner 464, Frank N. II 2, Hälshner II 234, v. Liszt 371, Meyer-Altfeld 629, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 5.

4. Die Frauensperson vollzieht den Beischlaf formell mit, materiell ohne ihre Zustimmung, indem sie durch eine Täuschung dazu verleitet wird, ihn für einen ehelichen zu halten. Von den verschiedenen möglichen Arten der Täuschung hebt das Gesetz die Vorspiegelung einer „Trauung“ hervor, d. h. desjenigen rechtlichen Aktes, durch welchen nach dem geltenden Recht die Ehe geschlossen wird. Dies ist für Deutschland nach BGB. §§ 1318 die Erklärung des Ehekonjumes vor dem zuständigen Standesbeamten, neben welcher die kirchliche Einsegnung juristisch irrelevant ist. Hierdurch erledigen sich die verschiedenen Ansichten — siehe Olshausen N. 2, 3 — über die „Trauung“. Die anderen Arten der Täuschung reduzieren sich auf die Personenverwechslung. Als Getäuschter kommt nur die Frauensperson selbst in Betracht („in ihr“). Zwischen der Täuschung und der Beischlafgestattung muß Kausalzusammenhang bestehen („dadurch verleitet, daß“): Frank N. II 2, Olshausen N. 6, wobei es auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht ankommt: Hälshner II 233, Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze S. S. III 314 №. 4.

5. Zum Dolus gehört die Kenntnis des Irrtums, sei es daß der Täter selbst ihn erregt hat oder den von der Frauensperson autonom gefaßten, von einem Dritten erregten Irrtum kennt.

6. Antragsberechtigt ist als einziger Verletzter nur die gemißbrauchte Frauensperson: Fingier I 193 N. 257, Frank N. IV, Hälshner II 234, v. Liszt 371, Meyer-Altfeld 629, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 6 (sein Bedenken § 61 N. 6); RG. 16./4. 89 C. 19 250. Hat der Täter mit dem animus injuriandi gehandelt, so findet Idealkonkurrenz mit § 185 statt: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 2./6. 93 C. 24 201; a. M. Olshausen § 73 N. 12b. Folglich hat auch der Ehemann ein Antragsrecht aus § 195.

§ 180.

Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vor-schub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängnis nicht unter Einem Monate

bestraft; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechs-tausend Mark, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf Einen Tag ermäßigt werden.

1. Kuppelei begeht, wer durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet. Sie ist also Beihilfe, und ihre Strafbarkeit hängt nach den allgemeinen Grundsätzen davon ab, daß die Unzucht selbst, zu welcher Beihilfe geleistet wird, strafbar ist. Aber im Anschluß an die bisherige Rechtsentwicklung ist die Kuppelei von dem Gesetzgeber ihres affessorischen Charakters entkleidet und zu einem selbständigen Delikt erhoben, wenn gewisse, in den §§ 180, 181 näher bezeichnete Momente hinzutreten.

Weil also die Kuppelei eine selbständige und keine Teilnahmehandlung ist, so ist es gleichgültig, ob die Unzucht, welcher Vorschub geleistet wird, strafbar oder, wie z. B. die lesbische Liebe zwischen Frauenpersonen, straflos ist: Berner 468, Binding Lehrb. I 205, Frank N. I, Hälschner II 686 v. Liszt 373, Meyer-Altfeld 638, 639, Oshausen N. 2 Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 1, Müdorff Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 1 und S. S. III 317, Schübe 342, 343; RG. 29./1. 80 C. I 88 14./6. 81 C. 4 252, 13./5. 82 C. 6 268. Handelt es sich um Vorschub zu einem Unzuchtsdelikt, ja ist die Kuppelei strafbar ohne Rücksicht darauf, ob dieses Delikt begangen oder nicht begangen vollendet oder nur versucht wurde, ob die verübte Unzucht im konkreten Fall strafbar oder, etwa wegen Unzurechnungsfähigkeit, straflos ist. Bei dieser Vorschubleistung zu einem Unzuchtsdelikt liegt, weil die Kuppelei materiell Teilnahme, Idealkonkurrenz zwischen der Teilnahme an den Delikt und der selbständigen Kuppelei vor: Frank und Hälschner a. a. O., v. Schwarze S. S. III 318; a. M., nämlich für Alternativität, Binding a. a. O.

2. Subjekt des Delikts kann eine Person männlichen wie weiblichen Geschlechts sein, al-
Mein- und als Mittäter.

3. Darauz, daß die Kuppelei begrifflich Beihilfe, folgt, daß sie die Förderung fremde Unzucht ist. Wer sich selbst Gelegenheit zur Verübung der Unzucht verschafft, ist kein Kuppler sondern Täter oder Mittäter der Unzucht, also, wenn diese den Tatbestand eines Delikts erfüllt als solcher strafbar. Aus der Bedeutung des Wortes Kuppeln (*copularo*) ergibt sich ferner, da mindestens zwei andere Personen an der Unzucht beteiligt sein müssen: Binding Lehrb. I 207; Frank N. II, Hälschner II 687, v. Liszt 372, Merkel 370, Meyer-Altfeld 639, Oshausen N. Abj. 2, Schübe 343 N. 25; RG. 1./12. 10 C. 44 176. Es ist auch, wie Hälschner bemerkt, gar nicht einzusehen, wie jemand zur Verübung einer unzüchtigen Handlung an sich selbst der Vermittlung des Gemährens oder Verschaffens von Gelegenheit durch einen Anderen bedürfen könnte. In welcher Weise sich die verschiedenen Personen an der zwischen ihnen gepflogenen Unzucht beteiligen, insbesondere ob die eine mehr aktiv, die andere mehr passiv beteiligt ist, ist gleichgültig RG. 6./5. 87 C. 16 49. In der bloßen Anwesenheit, dem bloßen Betrachten einer seitens eine anderen Person vorgenommenen unzüchtigen Handlung, z. B. Umhertanzen nackter Mädchen liegt keine Beteiligung: RG. 20./4. 94 C. 25 287.

4. Unter Unzucht sind nicht bloß, wie v. Liszt 372 meint, der außereheliche Beischlaf an die *sodomia ratione sexus*, auch nicht, wie Merkel 370, Beischlaf und beischlafsähnliche Handlung zu verstehen, sondern, den Begriff im weitesten Umfange genommen, jedes gegen Zucht im Sitte verstößende Verhalten, Handeln im Bereiche des geschlechtlichen Umganges zwischen mehreren, also mindestens zwei Personen desselben oder verschiedenen Geschlechts: Bern 471, Binding Lehrb. I 205, Frank N. II, Hälschner II 687, Meyer-Altfeld 639, Oshausen N. Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Schübe 343 N. 25; RG. 29./5. 84 C. 11 4, 29./10. 97 C. 30 32 15./11. 04 C. 37 303, 1./12. 10 C. 44 176. So ist es ein den Zwecken der Geschlechtsrein dienende Verhalten, wenn Kellnerinnen sich von den Gästen auf den Schoß nehmen und über und unter den Kleidern betasten lassen: RG. 29./5. 84 C. 11 4. Ebenso die gemeinsame Benutzung desselbe Bettes durch unverheiratete Personen verschiedenen Geschlechts, zumal wenn sie unter Um-
ständen erfolgt, welche eine Beischlafsvollziehung mit Wahrscheinlichkeit voraussetzen lassen RG. 16./1. 85 (nicht vom Gerichtshof selbst veröffentlicht). Das Reichsgericht hat ferner wiederholt ausgesprochen, daß Unzucht auch der Beischlaf zwischen Verlobten sei: RG. 2./11. 82 C. 8 1 und — nicht vom Gerichtshof selbst veröffentlicht — 21./5. 85, 29./10. 86, 10./2. 88, hat aber das verkannt, daß im weitesten Kreise des deutschen Volkes der Beischlaf zwischen Verlobten jede falls seit Erlaß des Landesamtlichen Aufgebots als legitimer betrachtet wird, somit dem Vorschub leistenden der Dolus fehlt: Binding Lehrb. I 205, Frank N. IV, Oshausen N. 2 Abj. 5. Die Frage ob eine Kuppelei auch dann anzunehmen sei, wenn die beiden Personen verschiedenen Geschlecht deren geschlechtlicher oder quasi-geschlechtlicher Verkehr befördert werden soll, miteinander ver-
heiratet sind, muß unbedingt verneint werden.

Die Beförderung der *sodomia ratione generis* ist, weil hier die mehreren hüben und drüben beteiligten Personen fehlen, nicht als Ruppelei, sondern als Beihilfe zu dem Delikt des § 175 strafbar.

5. Vorschubleistung ist diejenige Tätigkeit, welche Zustände oder Verhältnisse herbeiführt, wodurch die Verübung der Unzucht objektiv ermöglicht oder für die Verübung objektiv günstigere Voraussetzungen, als bisher bestanden, geschaffen werden: RG. 15./5. 80 E. 2 164, 23./9. 80 E. 2 258, 17./10. 84 E. 11 149. Eine Vorschubleistung liegt auch dann vor, wenn nur einer der Beteiligten zur Unzucht bereit ist, die Bereitwilligkeit der anderen Person aber erst durch die getroffenen Veranstaltungen herbeigeführt werden soll: RG. 29./10. 97 E. 30 321.

a) Die Vorschubleistung ist eine fördernde Tätigkeit. Die an den Tag gelegte Absicht, die Unzucht zu fördern, genügt nicht, denn sie ist weder die Ermöglichung der Unzucht, noch die Schaffung günstigerer Voraussetzungen: RG. 19./10. 96 E. 29 108. Sie genügt auch dann nicht, wenn sie solchen Handlungen zugrunde liegt, welche lediglich in einer intellektuellen Einwirkung, insbesondere in der Hervorrufung der vorher nicht vorhandenen Geneigtheit zur Ausübung der Unzucht bestehen: Oshausen N. 3 Abf. 1. Es ist daher nicht zu billigen, daß das Reichsgericht diese intellektuelle Einwirkung für genügend erklärt. Unter Voraussetzung solcher Einwirkung könne ein Vorschubleisten in der Gewährung einer Wohnung an eine Prostituierte liegen, wenn auch die Lohnhurei lediglich außerhalb der Wohnung betrieben werde: RG. 23./4. 83 E. 8 236. Ferner darin, daß Jemand ein Freudenmädchen bestimme, sich mit ihm ins Ausland behufs Ausübung der Lohnhurei zu begeben, und sie dadurch in dem Willen bestärke, ihr unzüchtiges Gewerbe auszuüben: RG. 25./4. 87 E. 15 361. Schon in diesen Entscheidungen ist übrigens die verwerfliche Tendenz des Reichsgerichts erkennbar, statt bestimmt auszusprechen, welche Indizien das Vorhandensein der Vorschubleistung notwendig ergeben, in allen möglichen und unmöglichen Fällen, in welche Unzucht hineinspielt, zu erklären, ein Vorschubleisten „könne“ darin gefunden werden.

b) Vorschubleistung ist die Herbeiführung, Schaffung der die Verübung der Unzucht ermöglichenden oder erleichternden Zustände oder Verhältnisse. Sie muß nach der bestimmten Vorschrift des Gesetzes geschehen entweder durch Vermittelung oder durch Gewährung von Gelegenheit oder durch Verschaffung von Gelegenheit. Sie erfordert also eine positive Tätigkeit ein Unterlassen, sei es ein reines, sei es ein Begehen durch Unterlassen, genügt nicht; das Delikt des § 180 ist ein echtes und reines Kommissivdelikt (§ 1 R. 1b): Binding Lehrb. I 205, v. Schwarze N. 9 und S. S. III 318. Hiermit steht, zunächst allerdings nur soweit es sich um die Gewährung der Gelegenheit handelt, die Ansicht der meisten Autoren und die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Widerspruch: Frank N. III Abf. 2, Hälschner II 689, Meyer-Wisfeld 639, Oshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 5, Ribborff-Stenglein N. 7, Schütze 343 N. 25 und die bei Oshausen a. a. O. mitgeteilten reichsgerichtlichen Urteile. Nun ist aber unbestritten, daß ein bloßes Wissen, daß ein bloßes Unterlassen der Erschwerung kein Vorschubleisten ist. Daher kann die Ruppelei per omissionem nur dann angenommen werden, wenn die Hinderung rechtlich geboten und tatsächlich möglich ist. Dies ist sie aber nur, wenn die Unzucht verübt wird in Räumen, in welchen dem Täter das Hausrecht zusteht; wenn er aber in diesen Räumen die Unzucht gestattet, so ist das nicht ein Nichthindern, sondern ein Gewähren von Gelegenheit. Wird die Unzucht außerhalb dieser Räume betrieben, so ist er schließlich gar nicht in der Lage, sie zu hindern. Er kann das minderjährige Kind in Fürsorgeerziehung bringen lassen; die Unzucht wird dadurch nicht gehindert. Er kann die großjährige Tochter und die Ehefrau hinauswerfen, sie wegen gewerbsmäßiger Unzucht, falls deren Voraussetzungen vorhanden, anzeigen und dadurch die Bestrafung und korrektionelle Nachhaft erwirken; die Unzucht wird dadurch nicht gehindert. Er kann sich von der Ehefrau wegen Ehebruchs scheiden lassen; die Unzucht wird dadurch nicht gehindert. Ob der Ehemann und die Eltern zu solchem Vorgehen verpflichtet seien, wird bezüglich der Eltern selbst von Oshausen § 181 N. 4b d) für eine nicht unbedingt zu bejahende Frage erklärt, da sich Fälle denken ließen, in denen sittliche Pflichten dagegen sprächen. Er kann dem Mieter die Wohnung kündigen, wobei ihm jedoch eine Räumungsklage nach BGB. § 553 nicht zusteht; die Unzucht wird dadurch nicht gehindert. Will er in allen diesen Fällen in anderer Weise hindern, so macht er sich der Körperverletzung, der Freiheitsberaubung, des Hausfriedensbruches schuldig, die Unzucht wird aber nicht gehindert. Die hier bekämpfte Ansicht sieht also eine Gewährung der Gelegenheit darin, daß Handlungen unterlassen werden, welche die Unzucht nicht zu hindern vermögen, deren Unterlassen also nicht ein Fördern, sondern ein Dulden ist. Daß den Ehemann betreffende Urteil RG. 9./2. 92 E. 22 232 erklärt auch Frank a. a. O. für „sehr bedenklich“. Ubrigens würden der Ehemann und die Eltern nicht nach § 180, sondern nach § 181 strafbar sein, und auf den Ehemann und den Vater eventuell auch § 181a Anwendung finden.

c) Das Delikt ist vollendet, wenn der Vor Schub geleistet worden, und es ist nicht erforderlich, daß die Unzucht tatsächlich verübt oder ein Zustand herbeigeführt wurde, der unmittelbar ohne

das Hinzutreten sonstiger Umstände die Begehung der Unzucht ermöglicht: Frank N. III Abs. 4, Hälshner II 687, v. Liszt 373, Merkel 370, Meyer-Wilfeld 639, Olshausen N. 3 Abs. 2 und 4c, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze S. S. III 320; RG. 15./5. 80 C. 2 164, 14./6. 81 C. 4 252, 17./10. 84 C. 11 149, 25./3. 87 C. 15 361, 26./1. 92 C. 22 311, 29./10. 97 C. 30 321, 1./12. 10 C. 44 176; a. M. wegen der früheren Fassung des § 181 N. 2, nach welcher wirklich Unzucht getrieben sein mußte, wegen des begrifflichen Zusammenhanges zwischen Kuppelei und strafbarer Teilnahme an fremder Unzucht und wegen des in dubio benignius Schütze 343 N. 26. Es genügt, wenn auch nur Einer der beteiligten Personen Vorschub geleistet ist: Olshausen N. 3 Abs. 4, Oppenhoff-Delius N. 2. Endlich ist die im Inlande verübte Kuppelei auch dann strafbar, wenn die unzüchtigen Handlungen im Auslande stattfinden und die Kuppelei dort nicht strafbar ist: Binding Lehrb. I 206, Hälshner II 687, Olshausen N. 3 Abs. 3, Schütze 343 N. 26, v. Schwarze S. S. III 320; RG. 25./3. 87 C. 15 361.

6. Die Vorschubleistung muß erfolgen durch Vermittelung oder durch Gewährung von Gelegenheit oder durch Verschaffung von Gelegenheit, drei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts. Ist der Vorschub nicht durch eins dieser Mittel geleistet, so ist der Tatbestand der Kuppelei nicht gegeben. Es handelt sich hierbei um Herstellung eines Zustandes, dessen Herbeiführung von demjenigen, für den er bestimmt gewesen, entweder gesucht oder doch genehmigt ist. Dem Anerbieten von Gelegenheit, der vermittelnden, nachweisenden Tätigkeit muß mindestens von seiten eines der Beteiligten eine Annahme, eine Erklärung der Geneigtheit und Bereitwilligkeit, die angebotene Gelegenheit, die Vermittelung benützen zu wollen, gefolgt sein. Das von keinem Teil angenommene Anbieten einer Vorschubleistung ist keine Vorschubleistung. Vgl. Hälshner II 688, Olshausen N. 5 und RG. 15./3. 80 C. 2 164, 23./9. 80 C. 2 259, 8./5. 93 C. 24 165.

Die Gelegenheit wird vermittelt, wenn der Kuppler eine Tätigkeit entwickelt, welche auf das Zusammenbringen von Personen zur Unzucht gerichtet ist, die persönliche Annäherung ermöglicht oder erleichtert, mag auch hiermit die Überlassung einer Örtlichkeit zum Zwecke der Ausübung der Unzucht nicht verbunden sein: RG. 1./2. 90 C. 20 201, 19./10. 96 C. 29 108. Dabei ist es gleichgültig, ob die Vermittelung sich auf zwei oder mehrere bestimmte Personen bezieht, oder ob die Unzucht einer bestimmten Person mit noch unbestimmten anderen Personen vermittelt wird. Die Vermittelung ist also entweder eine unmittelbare, so, wenn eine bestimmte Person direkt mit einer bestimmten anderen Person zusammengebracht wird. Oder eine mittelbare, wenn eine Frauensperson angeworben wird, um ihre Aufnahme in ein Bordell zu bewirken, denn wer sie dem Bordellwirt zuführt und anbietet, hat bereits einen die Unzucht begünstigenden Zustand geschaffen und ist der Kuppelei schuldig, auch wenn die Aufnahme nicht erfolgt: Hälshner II 688, Olshausen N. 6 und RG. 15./5. 80 C. 2 164; a. M. Binding Lehrb. II 206. Zu dem bloßen Zeigen, Aufmerksammachen ist die Ermöglichung oder Erleichterung einer persönlichen Annäherung nicht enthalten: Frank N. III 1; a. M. Olshausen a. a. O. und RG. 17./10. 84 C. 11 149

Unter Gewährung und Verschaffung ist jede nicht in Vermittelung bestehende Tätigkeit zu verstehen. Insbesondere, aber nicht mit Frank N. III 2 ausschließlich, wenn die Ausübung der Unzucht in örtlicher Beziehung gefördert wird. Will man Gewährung und Verschaffung unterscheiden, so mag man unter jener das Anerbieten, unter dieser das Nachweisen von Gelegenheit verstehen. Unbestritten ist es eine Gewährung der Gelegenheit, wenn einem Freudenmädchen eine Wohnung zum Zweck der Unzucht innerhalb der Mieträume vermietet wird Auch hier wird zwischen unmittelbarer und mittelbarer Vorschubleistung unterschieden, aber wenn man die von Olshausen N. 8 angeführten Fälle der mittelbaren Gewährung ansieht, z. B. Vermietung einer Wohnung an einen Bordellwirt zum Zwecke der Haltung eines Bordells so findet hierbei nicht die Gewährung einer Gelegenheit zur Unzucht statt, sondern ein Anderer wird in den Stand gesetzt, seinerseits, wenn er will, Gelegenheit zur Unzucht zu gewähren. Da durch wird aber der Vermieter ebensowenig zum Kuppler wie der Eisenkammer zum Wilddieb der einem notorischen Wilddieb Blei verkauft, aus welchem der Käufer möglicherweise Kugel gießt, vielmehr handelt es sich, wie auch RG. 8./5. 93 C. 24 165 anerkennt, regelmäßig um ein straflose Vorbereitungshandlung.

7. Diese Vermittelung, Gewährung, Verschaffung ist jedoch nur dann strafbar, wenn sie gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz betrieben wird. Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennutz sind zwei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts.

Wegen der Gewohnheitsmäßigkeit vgl. oben § 73 N. 5b. Zu ihrer Annahme können auch Fälle der schweren Kuppelei aus § 181 dienen: RG. 1./3. 82 C. 6 132.

Eigennutz ist das nur auf den eigenen Nutzen gerichtete Streben, welches den Gebote der Moral zuwider nicht die gebührende Rücksicht auf die Interessen Anderer nimmt: RG. 27./11. 83 C. 9 129, 3./5. 87 C. 16 56. Der Nutzen muß ein materieller, braucht aber kein Vermögensvorteil zu sein, sondern umfaßt analog dem Vorteil bei der Beamtenbestechung (§§ 331—333:

alle Befriedigungsmittel, die dem Nutzen, dem materiellen Interesse des Kupplers nach seiner subjektiven Auffassung zu dienen bestimmt sind, gleichviel ob es sich dabei um eine Befriedigung der Habgier schlechthin oder um die eines körperlichen Bedürfnisses handelt, z. B. Gestattung des Weischlafes: Geyer II 35, Meyer-Altfeld 638, Dshausen N. 11a, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 344 N. 27; RG. 13./11. 82 (nicht vom Gerichtshof selbst veröffentlicht) und 3./5. 87 E. 16 56; a. M. Werner 470 N. 1, Binding Lehrb. I 207, Hältschner II 690, v. Liszt 374, v. Schwarze S. 5. III 319, welche den Nutzen als Vermögensvorteil, und Frank N. V 2, welcher ihn als Vorteil überhaupt, also als meßbare Besserung der Verhältnisse nimmt. Somit kann er in der Erlangung eines künftigen Vermögensvorteils, in der Erhaltung einer bereits fließenden Einnahmequelle, in der Vermeidung eines künftigen Vermögensnachteils bestehen. Handelt es sich um Vermieten von Wohnungen, so muß die Erlangung des Mietbetrages der Beweggrund gewesen sein, der den Kuppler bestimmte, die Wohnung zu Unzuchtzwecken zu vermieten, und das Fehlen dieses Beweggrundes kann unter Umständen dann angenommen werden, wenn festgestellt ist, daß jederzeit von anderen, nicht Unzucht treibenden Personen ein gleich hoher Mietpreis hätte erzielt werden können: RG. 15./2. 94 E. 25 142, 10./7. 94 E. 26 40, 6./4. 08 E. 41 225. Der Nutzen kann auch ein mittelbarer, z. B. einem Angehörigen des Täters zugewendeter sein: Dshausen, Schütze und v. Schwarze a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 8. Stets muß der Kuppler „aus“ Eigennutz gehandelt, er muß die Erlangung des Nutzens gewollt und aus diesem, wenn auch nicht ausschließlichem Grunde die Kuppelerei begangen haben: RG. 27./10. 83 E. 9 129, 15./2. 94 E. 25 142. Daß er ihn wirklich erlangte, ist nicht erforderlich: Dshausen N. 11b, v. Schwarze a. a. D.

Eine und dieselbe Kuppelerei kann zugleich gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz begangen werden; in diesem Falle liegt nur Ein Delikt vor. Das gewohnheitsmäßige Handeln setzt mehrere Fälle voraus, bei dem eigennütigen genügt die einmalige Verübung. Wird mehrere Male aus Eigennutz gehandelt, so liegt, falls aus den mehreren Fällen eine gewohnheitsmäßige Verübung festgestellt werden kann, ein Kollektivdelikt, sonst aber reale Konfurrenz vor. Wenn die gewohnheitsmäßigen Akte zum Teil eigennützig sind, so ist gleichwohl ein Kollektivdelikt gegeben, und es ist unzulässig, die eigennütigen Fälle als selbständige, mit dem gewohnheitsmäßigen konkurrierende Delikte zu betrachten: Binding Lehrb. I 207 N. 2, Hältschner II 689/690, v. Schwarze N. 7: a. M. Dshausen N. 15c, Oppenhoff-Delius N. 9 und RG. 10./11. 82 E. 7 229, 21./12. 83 E. 10 22.

8. Der Dolus besteht in dem Bewußtsein, der Unzucht Vorschub zu leisten. Dies ist unbestritten, vgl. auch RG. 18./5. 82 E. 7 118, 19./10. 96 E. 29 108. Die Kenntnis der Strafbarkeit gehört nach einem anerkannten Rechtsgrundsätze nicht zum Dolus. Der Dolus wird bei den Bordellwirten — in Hamburg heißen sie Zimmervermieter und die aufzunehmenden Frauenpersonen müssen ein polizeiliches Sittenattest beibringen! — durch die Erteilung einer polizeilichen Konzession nicht ausgeschlossen; der darauf gestützte Irrtum ist als ein strafrechtlicher irrelevant, denn ein Delikt hört nicht dadurch auf ein solches zu sein, daß die Polizeibehörde seiner Ausübung kein Hindernis in den Weg legt; der Bordellwirt ist also aus § 180 strafbar, die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der Anklage verpflichtet: Werner 471, Geyer II 34, Hältschner II 690, Kahler S. 5. IV 60, v. Liszt 373, Mertel 370, Meyer-Altfeld 639, Dshausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 5c, v. Wächter 512 N. 3, und RG. 29./1. 80 E. 1 88, 24./6. 11 E. 45 97. A. M. sind Frank N. III letzter Abf., weil nach § 361 Nr. 6 die Reglementierung der Prostitution, daher auch das gemäß der Reglementierung Geschehende erlaubt sei; Binding Lehrb. I 207, Dshausen N. 13 Abf. 1, Schütze 344 N. 27, weil dem Bordellwirt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehle. Vgl. § 59 N. 3 Abf. 2. Die Existenz des § 361 N. 6, nach welchem eine Käuflichkeit als reichsgesetzlich statthaft erscheint, bringt allerdings einen üblen Zwiespalt in die Sachlage, ist aber nicht entscheidend. Um ein analoges Verhältnis zu benennen: kriegsrechtlich ist Spionage erlaubt und wird von beiden Seiten geübt, aber der ertappte Spion wird erschossen.

9. Für die Teilnahme an dem Delikt gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Da die Gewohnheitsmäßigkeit hier strafbegründend ist, findet § 50 auf den Teilnehmer keine Anwendung: Dshausen N. 14a, Rüdorff-Stenglein N. 10 und RG. 14./6. 81 E. 4 252. Da die Kuppelerei Förderung fremder Unzucht ist, so können die Personen, deren Unzucht gefördert werden soll, auch dann nicht bestraft werden, wenn sie angelstet oder Beihilfe geleistet haben: Binding Handb. I 136 und Lehrb. I 206, Frank N. VI, Geyer II 34, Hältschner II 691, v. Liszt 374, Mertel 370, Meyer-Altfeld 639, 193 N. 45, Dshausen N. 14b, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 5 („regelmäßig“), v. Schwarze N. 2 und S. 5. III 318; a. M. RG. 14./6. 81 E. 4 252, 13./4. 92 E. 23 69, 22./5. 94 E. 25 369.

10. Der letzte Satz des Paragraphen ermächtigt den Richter, die Gefängnisstrafe beim Vorhandensein mildernder Umstände auf Einen Tag zu ermäßigen. Daß in diesem Fall die Verhängung der Geldstrafe, des Ehrverlustes, der Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht unstatthaft sei, ist nicht bestimmt und darf schon wegen des geringen Unterschiedes der Strafminima — ein

Monat, ein Tag — nicht angenommen werden. Wesentlich ist immerhin, daß das Maximum der Geldstrafe unverändert bleibt, während bei der schweren Kuppelei in § 181 Abs. 3 das Maximum auf dreitausend Mark herabgesetzt ist. Vgl. übrigens § 32 Abs. 1.

§ 181.

Die Kuppelei ist, selbst wenn sie weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wenn

- 1) um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden, oder
- 2) der Schuldige zu der verfuckelten Person in dem Verhältnisse des Ehemannes zur Ehefrau, von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflegebefohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen steht.

Neben der Zuchthausstrafe ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auszusprechen; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Sind im Falle des Abs. 1 Nr. 2 mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

1. Die Kuppelei ist an sich straflos, wird aber strafbar, wenn sie entweder gewohnheitsmäßig bzw. aus Eigennutz — sog. einfache Kuppelei, § 180 — oder unter den in diesem Paragraphen unter Nr. 1 und 2 bezeichneten Umständen — sog. schwere Kuppelei — begangen wird. Beide sind im Verhältnisse zueinander selbständige Delikte mit der gemeinsamen Grundlage des Begriffs der Kuppelei, wie er in § 180 vom Gesetzgeber formuliert ist.

Betreffs dieser gemeinsamen Grundlage ist auf die Ausführungen zu § 180 N. 1—6 zu verweisen.

Wie bei der einfachen Kuppelei die Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennützigkeit, sind bei der schweren die in Nr. 1. und 2 genannten Umstände nicht strafershöbende zu dem Delikt des § 180, sondern strafbegründende. Daher findet § 50 keine Anwendung und wird auch derjenige Teilnehmer aus § 181 bestraft, welcher nicht in einem der in Nr. 2 bezeichneten persönlichen Verhältnisse steht, wogegen umgekehrt derjenige, der einen Dritten zur Verfuckelung des Kindes des Anstifters anstiftet, nur aus § 180 zu bestrafen ist: Frank N. VI, Lisshausen N. 1; RG. 19./6. 91 G. 22 51.

Die Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennützigkeit sind hier lediglich Strafzumessungsgründe: Lisshausen N. 1 und RG. 1./3. 82 G. 6 132.

2. Das Gesetz stellt zwei selbständige Delikte unter dieselbe Strafandrohung.

Zunächst werden, um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet, welche also das vom Täter gewollte Mittel sind. Kunstgriff ist nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern bedeutet jede mit besonderer Geschicklichkeit ausgeführte Manipulation, im übertragenen Sinne auch geschickt getroffene Vorkehrungen oder schlaue Benutzung gegebener Verhältnisse: RG. 26./1. 92 G. 22 311. Hinterlist ist nicht, wie Schwarze S. 5. III 320 meint, gleich List. Sie ist auch mehr als Arglist (§ 170 N. 2c), denn wenn diese eine Schleichheit, ist die Hinterlist zugleich eine Niederrächigkeit. Sie ist diejenige arglistige Irrtumserregung, welche dem Gebaren des Kupplers den Anschein einer gesetzlich zulässigen und sozial gern entgegengenommenen Gefälligkeit, einer ehrbaren Unterstützung und Dienstleistung verleiht, um den unvorbereiteten Zustand des Anderen zur Verwirklichung des kupplerischen Planes zu benutzen; das flagranteste Beispiel ist der sog. Mädchenhandel, die Vorpiegelung der Unterbringung in einen ehrbaren Dienst statt in ein Bordell. Vgl. Binding Lehrb. I 207, Frank N. V 3, Hälschner II 692, v. Liszt 374, Meyer-Wald 638 N. 70, Lisshausen N. 2b Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schüze 344 N. 27; RG. 26./1. 92 G. 22 311. Daß wirklich eine Täuschung verursacht worden, ist nicht erforderlich: Hälschner und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Lisshausen N. 2b Abs. 2, Lppenhoff-Deinüs N. 2, v. Schwarze N. 2.

3. Der Täter steht zu der verfuckelten Person in einem der in Nr. 2 bezeichneten Verhältnisse.

a) Verpuppelt ist diejenige von den beteiligten Personen, mit welcher die Unzucht getrieben werden soll. Wer es ist, entscheidet sich nach den Umständen. Die Ansicht Binding's Lehrb. I 209, daß dies beim Weischlaf immer der weibliche Teil sei, ist mit Olshausen N. 3 Abs. 2 zu verwerfen. Frank N. V 4 und Rüdorff-Stenglein N. 4 sind anscheinend der Ansicht, daß es genügt, wenn der Täter zu irgendeiner der beteiligten Personen in dem betr. Verhältnis steht, was aber den Wortlaut des Gesetzes — „zu der verpuppelten Person“ — gegen sich hat.

b) Vorausgesetzt ist eine formell gültige Ehe. Hierüber und wegen der Aufhebung der Ehe vgl. § 171 N. 2.

c) Unter den Eltern sind nach der überwiegenden Ansicht nicht bloß die leiblichen, sondern auch die Adoptiv-, Pflege und Stiefeltern zu verstehen, nicht aber weitere Ascendenten und die Schwiegereltern: Binding Lehrb. I 209, Geher II 35, Hälschner II 693, v. Liszt 375 N. 11 und § 102 N. 2, Meyer-Alsfeld 638 N. 71, Olshausen N. 4b α , Schütze 344 N. 27; RG. 6./5. 82 C. VI 338, 6./4. 03 C. 36 184. Abweichend hiervon rechnen Frank N. V 4 und Oppenhoff-Delius N. 5 nur die leiblichen Eltern hierher, Rüdorff-Stenglein N. 5 nur leibliche und Stiefeltern, v. Schwarze S. 5. III 320 selbst die weiteren Ascendenten. Wenn man erwägt, daß unter „Eltern“ zunächst nur die nächsten Verwandten der aufsteigenden Linie zu verstehen sind, und daß das StGB. diese von den Adoptiv- und Pflegeeltern in den §§ 173, 174 sehr bestimmt unterscheidet, wird man sich mit Frank und Oppenhoff-Delius dahin zu entscheiden haben, daß hier unter Eltern nur die leiblichen Eltern zu verstehen sind, zumal der Stiefteil nicht selten jünger ist als das Stiefkind und das Pflegeverhältnis rein tatsächlicher Natur ohne rechtliche Ausgestaltung ist. „Jede weitergehende Ansicht beruht auf unstatthafter Analogie“ (Frank § 235 N. III Abs. 2). Auf die anderen persönlichen Verhältnisse der Kinder — männlich oder weiblich, ehelich oder unehelich, minderjährig oder volljährig, selbständig oder unselbständig — kommt es nicht an: Olshausen N. 4b β und RG. 6./5. 87 C. 16 49.

d) Wegen der Vormünder und Pflegebefohlenen vgl. § 174 N. 5a.

e) Wegen der Geistlichen, Lehrer und Erzieher und der von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen vgl. 174 N. 5c, d, e; Minderjährigkeit ist jedoch nicht erforderlich.

4. Jede nach § 181 strafbare Handlung erfüllt den gesetzlichen Tatbestand, sodaß beim Zusammentreffen mehrerer Fälle, falls nicht ein fortgesetztes Delikt anzunehmen ist, Realkonkurrenz vorliegt: Olshausen N. 7 Abs. 1 und RG. 1./3. 82 C. VI 132, 15./2. 09 C. 42 203. Handelt es sich um Gewohnheitsmäßigkeit, so ist Realkonkurrenz zwischen §§ 181 und 180 insoweit ausgeschlossen, als die Fälle der schweren Kuppelei auch den Charakter der Gewohnheitsmäßigkeit haben: Olshausen N. 7 Abs. 2 und RG. 15./2. 09 C. 42 203; a. M. Binding Lehrb. I 204 und Hälschner II 92, welche nur ein fortgesetztes Delikt mit mehreren Qualifikationsgründen behaupten. Vgl. über die Konkurrenzfrage die schwierigen und wegen ungenügender Angabe des Tatbestandes z. T. schwer verständlichen Ausführungen des zitierten reichsgerichtlichen Urteils vom 15./2. 09.

5. Einen Spezialfall betrifft § 48 des Ges. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 (Reichsgesetzbl. 463). Vgl. dazu Binding Lehrb. I 207ff.

§ 181a.

Eine männliche Person, welche von einer Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt, unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ganz oder teilweise den Lebensunterhalt bezieht, oder welche einer solchen Frauensperson gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist (Zuhälter), wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monate bestraft.

Ist der Zuhälter der Gemann der Frauensperson, oder hat der Zuhälter die Frauensperson unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes angehalten, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht sowie auf Überweisung an die Landespolizeibehörde mit den im § 362 Abs. 3 und 4 vorgeesehenen Folgen erkannt werden.

1. Dieser durch das Gef. v. 25. Juni 1900 (oben S. 25) eingestellte Paragraph will solche Arten der Kuppelei treffen, welche nicht unter die §§ 180, 181 subsumiert werden können. Er stellt zwei selbständige Delikte unter dieselbe Strafandrohung, indem nach ihm bestraft wird diejenige männliche Person, welche

a) von einer Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt, unter Ausbeutung ihres unjüttlichen Erwerbes ganz oder teilweise ihren Lebensunterhalt bezieht oder

b) ihr gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist.

Subjekt des Delikts kann nur eine Person männlichen Geschlechts sein. Ausgeschlossen ist also die lesbische Liebe.

Begangen wird das Delikt in bezug auf eine Frauensperson, welche gewerbsmäßig, d. h. (vgl. § 361 N. 14) mit einem individuell nicht geschlossenen Kreise von Männern gegen Entgelt Unzucht treibt, wobei der Begriff der Unzucht ebenso wie in § 180 nicht auf die Weischlafswollziehung beschränkt ist, sondern jedes der Zucht und der Sitte widerstrebende, auf Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes abzielende Treiben umfaßt. Ausgeschlossen ist also die männliche Hure. Ausgeschlossen ist ferner diejenige Frauensperson, die einen größeren oder kleineren Teil ihrer Einnahme „aus festem Verhältnis“ bezieht, nach Berliner Ausdruck ein „Verhältnis“ ist: v. Liszt 376, Olshausen N. 2.

Das Gesetz nennt den Täter, und zwar, wie aus Abs. 2 ersichtlich, beider Delikte, „Zuhälter“. Hierdurch wird nicht ein Merkmal der strafbaren Handlung aufgestellt, sondern das Delikt nur mit einer gemeinverständlichen Bezeichnung charakterisiert: RG. 4./1. 01 E. 34 72. Aber in dem Ausdruck liegt zugleich, daß der Täter zu der Frauensperson hält. Daher muß eine persönliche Beziehung des Mannes zu ihr vorliegen, aus der erkennbar wird, daß er in bezug auf ihr unzüchtiges Gewerbe, sei es auch weder für immer noch ausschließlich, doch auf eine gewisse Dauer zu ihr hält: Meyer-Malfeld 640 N. 85 und 87, Olshausen N. 1, 5b; RG. 4./1. 01 E. 34 74, 10./1. 02 E. 35 56.

2. Bestraft wird derjenige, welcher von der Frauensperson unter Ausbeutung ihres unjüttlichen Erwerbes ganz oder teilweise den Lebensunterhalt bezieht (ausbeuterische Zuhalterei).

Zur Auslegung des Begriffes „Lebensunterhalt“ sind die Vorschriften der §§ 1610, 1611 BGB. nicht heranzuziehen, vielmehr ist darunter die Gesamtheit der Aufwendungen zu verstehen, welche von einer männlichen Person nach ihrer sozialen Stellung zur Verrichtung ihrer Lebensbedürfnisse gemacht werden, mögen sie auch über das zum Leben Notwendige hinausgehen und eine begladigere Lebensführung ermöglichen: v. Liszt 376, Olshausen N. 3a; RG. 28./1. 02 E. 35 92. Schon der Begriff des Lebensunterhalts setzt ein auf eine gewisse Zeitdauer berechnetes Verhältnis voraus, so daß nur vereinzelte Zuwendungen den Tatbestand nicht ergeben: Meyer-Malfeld 640 N. 85, Olshausen N. 3b; RG. 8./3. 01 E. 34 212, 10./1. 02 E. 35 56.

In subjektiver Beziehung muß der Täter mit dem auf ein bleibendes oder doch zeitweise dauerndes Verhältnis gerichteten Vorsatz den Erwerb der Prostituierten aus dem unjüttlichen Gewerbe ausgenutzt haben, um sich damit eine Erwerbsquelle für seinen ganzen oder teilweisen Lebensunterhalt zu verschaffen: RG. 8./3. 01 E. 34 212. Die Frauensperson muß als solche Erwerbsquelle ausgebeutet, d. h. in bewußter Weise ausgenutzt werden. Das Merkmal der Ausbeutung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Mann gegen die Frauensperson eine Geldforderung hat und das von ihr zum Unterhalt Gegebene auf diese Forderung anrechnet, wenn nämlich sein Wille nicht lediglich auf die Realisierung seines Forderungsrechts, sondern zugleich auf die unjüttliche Ausnutzung gerichtet ist. Auf der anderen Seite kann nicht jede Annahme von Geldmitteln aus Hurenverwerb zu Unterhaltszwecken als Ausbeutung gelten, insbesondere dann nicht, wenn die männliche Person gegen die Frauensperson einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt hat oder zu haben glaubt: Binding Lehrb. I 211, Frank N. II 1, v. Liszt 376, Meyer-Malfeld 640, Olshausen N. 4; RG. 4./1. 01 E. 34 74. Daß die Frauensperson zu dem Manne in einem Abhängigkeitsverhältnis stehe, wie v. Liszt 375 verlangt, ist nicht erforderlich, vielmehr der Tatbestand auch dann gegeben, wenn sie den Unterhalt aus eigener Initiative und freiwillig gewährt: Binding Lehrb. I 211, Frank N. II 1, Meyer-Malfeld 640 N. 84; RG. 4./1. 01 E. 34 74, 8./3. 01 E. 34 112. Gleichwohl entscheidet nicht der Wille der Dirne; diese braucht keineswegs den Willen zu haben, dem Zuhälter Lebensunterhalt zu gewähren; entscheidend ist vielmehr, mit welchem Willen der Zuhälter die geldswerte Leistung entgegennimmt, und wie er sich in bezug auf sie tatsächlich verhält, indem er z. B. das ihm lediglich zur Aufbewahrung übergebene Geld für sich verbraucht: RG. 29./5. 08 E. 41 340.

3. Bestraft wird ferner derjenige, welcher der Frauensperson gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist.

Auch bei diesem Delikt, der kupplerischen Zuhalterei, wird ein auf eine gewisse Dauer berechnetes persönliches Verhältnis vorausgesetzt, aber strafbar ist nicht die Ausbeutung, sondern

die Leistung von Diensten. Jede Förderung genügt, also nicht bloß wenn der Täter Zustände und Verhältnisse herbeiführt, durch welche für die Verübung von Unzuchtshandlungen objektiv günstigere Voraussetzungen geschaffen werden, sondern auch wenn er unmittelbar der Frauensperson hinsichtlich der Ausübung ihres Gewerbes in irgendeiner dieser Ausübung zugute kommenden Weise behilflich ist: v. Liszt 376, Olshausen N. 5 Abs. 1; irriger Weise rechnet Binding Lehrb. I 212 nur diejenige Förderung hierher, welche nicht Kuppelei im technischen Sinne ist. Mit Recht weist das Reichsgericht darauf hin, daß die Förderung nicht bloß in bestimmten Einzelakten, sondern auch in dem Gesamtverhalten der männlichen Person gefunden werden kann, insbesondere in dem Bereitsein zum Schutz der Dirne, in der hierdurch bewirkten Hervorrufung des Gefühls größerer Sicherheit, in sonstigen intellektuellen Einwirkungen, durch die einer tüchtigsten Ausdehnung des unzüchtigen Gewerbebetriebes Vorschub geleistet wird: RG. 4./1. 01 C. 34 74. Nur eine besondere Art des Förderlichseins („oder sonst“) ist das Gewähren von Schutz, jede Handlung, durch welche die Sicherheit der Dirne erhöht wird. Die Strafbarkeit entfällt, wenn der Schutz rechtlich statthaft ist, z. B. als Beistand im Falle der Notwehr: Binding Lehrb. I 212, Olshausen N. 5a.

Die Förderung ist nur dann strafbar, wenn sie gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz geschieht. Wegen dieser beiden Tatbestandsmomente siehe § 180 N. 7.

4. In Abs. 2 werden zwei strafe erhöhende Umstände zu jedem der beiden Delikte des ersten Absatzes genannt. Wegen des Ehemannes vgl. § 171 N. 2. Das Inthalten ist nur strafbar, wenn es unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen geschieht. Soll durch die Gewalt oder Drohung nicht zu dem unzüchtlichen Gewerbe angehalten, sondern die Erlangung des Lebensunterhalts aus dem unzüchtlichen Gewerbe durchgesetzt werden, so findet Abs. 2 keine Anwendung, wohl aber konkurriert das Erpressungsdelikt.

5. Wegen der Teilnahme, insbesondere der Dirne, vgl. § 180 N. 9.

6. Die möglichen Fälle der Konkurrenz werden von Olshausen N. 9 in wahrhaft beängstigender und doch ohne große Mühe zu vermehrender Fülle aufgezählt. Hier sollen nur folgende vermerkt werden:

- a) Mehrere Fälle der ausbeuterischen Zuhälterei an derselben Dirne bilden nur Ein Delikt.
- b) Mehrere Fälle der kupplerischen Zuhälterei an derselben Dirne siehe § 180 N. 7 Abs. 4.
- c) Die kupplerische Zuhälterei und die einfache Kuppelei des § 180 stehen nicht, wie Binding Lehrb. I 210, v. Liszt 376 und Meyer-Malfeld 640 N. 87 annehmen, „in Ideal“, sondern in Gesetzeskonkurrenz, schließen sich also einander aus: Frank N. VI und Olshausen N. 9g; RG. 4./1. 01 C. 34 74, 1./6. 06 C. 39 29, 29./5. 08 C. 41 340.
- d) In Gesetzeskonkurrenz steht ebenfalls die kupplerische Ausbeutung seitens des Ehemannes zu § 181 Nr. 2. Im übrigen findet zwischen §§ 181, 181a Idealkonkurrenz statt.

§ 182.

Wer ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Weichhalse verführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern oder des Vormundes der Verführten ein.

1. Diese in ungeschickter Weise von der Reihenfolge der §§ 171—179 äußerlich getrennte Strafbestimmung hat ihren legislativen Grund in der natürlichen Schutzlosigkeit halbwüchsiger Mädchen und in der mühelosen Leichtigkeit ihrer Verführung.

2. Subjekt des Delikts ist diejenige Person männlichen Geschlechts, welche mit der Verführten den Weichhalse vollzogen hat, ein etwaiger Dritter dagegen, welcher die Verführte zur Gewattung des Weichhalse bestimmte, Kuppler oder Mittäter oder Gehilfe: Binding Lehrb. I 196, Hälldner II 234, v. Liszt 371, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 338 N. 15, v. Schwarze S. S. III 315. Frank N. II 2 nimmt bei einverständlichem Handeln Mittätererschaft an.

3. Objekt ist ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet hat.

a) Es ist ein Mädchen, nicht Ehefrau oder Witwe: Frank N. I, Olshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze S. S. III 315; nach der Ansicht Bindings a. a. L. auch eine Ehefrau vor der ehelichen copula carnis.

b) Es hat das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet. D. h. nach BGB. § 187 Abs. 2: der sechzehnte Jahrestag der Geburt hat noch nicht begonnen. Ist sie noch nicht vierzehn Jahre alt und der Täter weiß es nicht, weiß aber, daß sie noch keine vierzehn Jahre zählt, so tritt Beirathung

nach § 182 ein. Weiß er es, daß sie noch nicht vierzehn Jahre, so liegt das Delikt des § 176 Nr. 3 vor Bindung a. a. D., Merkel 347, Meyer-Altfeld 633 Nr. 25, ausschließlich und nicht, wie Frank Nr. 1 2 und Dshausen Nr. 1 b meinen, § 182 mit § 176 Nr. 3 in Konkurrenz, denn § 176 Nr. 3 macht keinen Unterschied, durch welche nicht zum Notzuchtsbegriff gehörigen Mittel die noch nicht Vierzehnjährige zum Fall gebracht wird.

b) Es ist unbescholten. Selbstverständlich zur Zeit der Beischlafsvollziehung. Und zwar nach der Stellung des § 182 in Abschn. 13 unbescholten in geschlechtlicher Beziehung: RG. 25./3. 04 C. 37 94. Ob es unbescholten ist oder bescholten, kann nur für den einzelnen Fall, nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten bestimmt werden. Regelmäßig wird ein vorheriger freiwilliger Beischlaf die Unbescholtenheit aufgehoben haben: Hälßner II 235, Dshausen 1 c Abs. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 2, Schütze 338; a. M. Rüdorff-Stenglein Nr. 1, v. Schwarze S. S. III 315. Man darf aber deshalb nicht mit Bindung Lehrb. I 196, Hälßner II 235 und Schütze 338 annehmen, daß Bescholtenheit nur bei vollzogenem Beischlaf vorliege, vielmehr kann auch ein sonstiges in der eigenen sittenlosen Gesinnung des Mädchens wurzelndes unzüchtiges Treiben die Annahme geschlechtlicher Bescholtenheit begründen: Frank Nr. I 1, v. Liszt 371, Meyer-Altfeld 633, Dshausen Nr. 1 c Abs. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 2; RG. 23./12. 01 C. 35 45, 25./3. 04 C. 37 94. Wie der Verlust der Virginität an sich nicht identisch ist mit dem Verlust der geschlechtlichen Unbescholtenheit, so kann trotz Bewahrung der Virginität ein Mädchen in geschlechtlicher Beziehung gänzlich verdorben sein: Berner 467, Frank, v. Liszt und Dshausen a. a. D. Daß die Verderbtheit, die Verfehrung der Geschlechtslehre in weiteren Kreisen bekannt sei, ist trotz der Anlehnung an das Wort „schelten“ nicht erforderlich: Frank Nr. I 1, Dshausen Nr. 1 letzter Abs.; a. M. Bindung Lehrb. I 196, Hälßner II 235, Schütze 338.

4. Das Mädchen ist zum Beischlaf verführt. Die bloße Tatsache des Beischlafs ist keine Verführung: Hälßner II 235, Dshausen Nr. 3 b, Rüdorff-Stenglein Nr. 3; RG. 11./2. 84 C. 10 95. Hinzutommen muß die Zustimmung des Mädchens. Diese ist nicht freiwillig und nicht erzwungen, indem der Mann sie durch List, Überredung, Versprechungen, Geschenke, Erregung der Sinnlichkeit, Anwendung einer dem Willen des Mädchens nicht zuwiderlaufenden gewissen Gewalt (vis haud ingrata) zum Beischlaf bewegt. Keine Beeinflussung liegt vor, wenn das Mädchen, ohne erst in ihrem Willen beeinflusst zu werden, ohne Zaudern sich geflissentlich preisgibt oder gar selbst zum Beischlaf anreizt: RG. 23./2. 82 C. VI 135, 11./2. 84 C. 10 95. Daß das Mädchen weiß, um was es sich handelt, ist nicht erforderlich: Frank Nr. II 1, Meyer-Altfeld 633, Dshausen 3 b und die beiden oben zitierten RG.; a. M. Geyer II 32, Hälßner II 285 Nr. 3, Merkel 347.

5. Zum Vorsatz des nur dolos möglichen Delikts gehört Kenntnis des Alters und der Unbescholtenheit.

6. Antragsberechtigt ist nie die Verführte selbst, sondern nur die leiblichen Eltern und der Vormund. Die Antragsberechtigung ist eine selbständige, der Antrag kann auch nach dem Tode der Verführten gestellt werden: Dshausen Nr. 4 letzter Abs. und Oppenhoff-Delius Nr. 8, und steht jedem Elternteil zu, sodaß auch die Mutter selbständig neben dem Vater antragsberechtigt ist: Frank Nr. V, v. Liszt 371, Meyer-Altfeld 633 Nr. 31 und RG. 25./9. 88 C. 18 101; a. M. Oppenhoff-Delius Nr. 8, Rüdorff-Stenglein Nr. 5, Schütze 338. Ob den Eltern die gesetzliche Vertretung des Kindes zusteht, ist gleichgültig: RG. 7./12. 80 C. 3 89.

7. Konkurrenz bei mehreren Beischlafsvollziehungen ist regelmäßig dadurch ausgeschlossen, daß das Mädchen bei den späteren Akten nicht mehr unbescholten ist: Frank Nr. IV, Dshausen Nr. 5 b; RG. 23./12. 01 C. 35 45, 9./3. 08 C. 41 164.

§ 183.

Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Wenn das Gesetz „Handlungen“ verlangt, so ist nicht zu bezweifeln, daß auch pantomimische Handlungen hierher gehören und ebenso solche, welche unter Benützung von bildlichen oder anderen Darstellungen erfolgen. Streutig ist aber, ob auch Äußerungen unter dem Begriff Handlungen fallen. Bejaht wird dies von Berner 472, Hälßner II 694, v. Liszt 378, Dshausen Nr. 2, Schütze Anh. 17, v. Schwarze Nr. 2 und S. S. III 323; RG. 6./5. 81 C. 4 130, 30./10. 82 C. 7 168. Verneint wird die Frage von Bindung Lehrb. I 214, Frank I 1, Meyer-Altfeld 636, Oppenhoff-Delius Nr. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 1, Schütze 341 Nr. 22. Wichtig ist die verneinende

Antwort. Aus der Entstehungsgeschichte läßt sich ebenso gut ein Ja wie ein Nein ziehen, und es unterliegt keinem Zweifel, daß allgemein unter Handlungen auch Äußerungen verstanden werden können. „Aber der Sinn der unzüchtigen Handlungen und der Unzucht in den §§ 174—181 ist „ganz konstant der gleiche, und unzüchtige Äußerungen fallen schlechterdings nicht darunter. „Dann aber plötzlich und ohne zwingenden Grund dem feststehenden Wort im nächstfolgenden „Paragrafen eine neue Bedeutung unterlegen, ist ein Verstoß gegen elementare Grundsätze „der Auslegung“ (Binding). Warum die Anhänger der irrigen Meinung nicht auch schriftliche Äußerungen zulassen, ist nicht verständlich.

2. Wie in den §§ 174, 176 ist auch hier nur diejenige Handlung für eine unzüchtige zu erachten, welche sich auf das Geschlechtsleben bezieht, aber während die dort bedrohten Handlungen an individuell bestimmten Personen vollzogen werden und auf die Erregung eigener oder fremder Geschlechtslust gerichtet sind, ist hier der Umstand entscheidend, daß durch die Handlung die gute Sitte als solche verletzt, somit nicht eine bestimmte Person, sondern ein unpersönliches wesentliches Fundament der bürgerlichen Gesellschaft verfehrt wird. Dies kann aber in gleichem Maße auch dann eintreten, wenn eine Erregung der Geschlechtslust weder gewollt ist noch eintritt; denn schon die äußere Form der Handlung, welche die Vorgänge, die nach dem Gebot der guten Sitte verborgen bleiben sollen, in dem Lichte der Öffentlichkeit erscheinen läßt, enthält eine Verletzung jenes Gebotes und kann ein berechtigtes Argerniß hervorrufen. Die unzüchtigen Handlungen des § 183 sind weder notwendig solche, welche mit anderen Körpern verübt werden, können auch solche sein, die der Täter selbst und allein verübt, noch sind sie, wie z. B. die Entlösung des eigenen Körpers, die Vollziehung des ehelichen Weischaß, notwendig unsittlich. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 214, Frank N. I 1 Abs. 3, Hälßchner II 695, v. Schwarze N. 1, sowie RG. 22./9. 92 C. 23 233, 23./12. 95 C. 28 77. Dagegen nehmen die unzüchtigen Handlungen im Sinne der §§ 174, 176 v. Liszt 378, Olshausen N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 und RG. 30./10. 87 C. 7 168. Ausgeschlossen sind Handlungen, welche, wie z. B. Entlösung der Geschlechtssteile, zum Zwecke der Ausübung physischer Funktionen (Urinieren) erfolgen, sofern sie nicht etwa doch bewußter Weise eine geschlechtliche Beziehung zum Ausdruck bringen: RG. 30./10. 87 C. 7 168.

3. Um nicht in die privaten Verhältnisse des Haus- und Familienlebens einzugreifen, knüpft das Gesetz die Strafbarkeit an zwei Voraussetzungen. Die erste Voraussetzung ist die, daß die unzüchtige Handlung öffentlich begangen wird. Die Öffentlichkeit liegt dann vor, wenn die Handlung von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden kann, ist also auch dann gegeben, wenn die Handlung in räumlicher Begrenzung, z. B. in der Privatwohnung an einem nach der Straße oder dem geschlossenen Innenräume eines städtischen Häuserkorrees erfolgt: Binding Lehrb. I 214, Frank I 2, Hälßchner II 695, v. Liszt 378, Meyer-Wilfeld 636, Olshausen N. 8, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 5; RG. 22./2. 81 C. 23 361. Von wie vielen sie wahrgenommen wird, also auch ob sie wahrgenommen wird von anderen als den von der Tat selbst umfaßten Personen, ist gleichgültig: Berner 472, Frank, v. Liszt und Olshausen a. a. O. Hälßchner II 696, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 12./7. 80 C. 2 196, 22./11. 87 C. 16 345.

4. Die zweite Voraussetzung der Strafbarkeit ist die, daß durch die Handlung ein Argerniß gegeben, das sittliche Gefühl eines Anderen nach der sexuellen Seite verletzt wird, ein Erfordernis, bezüglich dessen auf § 166 N. 2d zu verweisen ist: Binding Lehrb. I 214, Frank N. II, Hälßchner II 696, v. Liszt 378, Meyer-Wilfeld 636, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 3, Schütze 341 N. 22; RG. 12./7. 80 C. 2 196. Die Handlung muß also so geartet sein, daß sie das allgemeine Sittlichkeitsgefühl verletzt; denn nur dieses wird geschützt, nicht aber seine subjektive Überpannung: RG. 12./7. 80 C. 2 196. Keineswegs aber genügt es, daß sie, wie Rüdorff-Stenglein N. 4 und v. Schwarze N. 4, 6 annehmen, zur Argerniserregung geeignet ist, ohne wirklich Argernis zu geben: RG. 20./4. 95 C. 27 182. Auch hier muß das Argernis unmittelbar durch die Tat und zugleich mit ihr, also zeitlich zusammenhängend gegeben sein, genügt also nicht eine Argerniserregung durch späteres Bekanntwerden der Handlung: Binding und v. Liszt a. a. O., Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 5. Wenn diejenigen, welche die Handlung wahrnehmen, ihren unzüchtigen Charakter nicht zu erkennen vermögen, z. B. Kinder, so kann auch nicht von Erregung eines Argernisses gesprochen werden: Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein, N. 5. Darauf wie vielen Personen Argernis gegeben wird und welchen, kommt es nicht an, so daß der Tatbestand auch dann vorliegt, wenn es sich um eine einzige Person handelt und diese zugleich die von der Straftat umfaßte einzige Person ist: vgl. die Zitate N. 3 a. C. Hat niemand sittlichen Anstoß genommen, so kann nach § 360 Nr. 11 gestraft werden, wenn der Täter durch seine Handlung Unruhe, Ekel, Widerwillen hervorgerufen und dadurch die äußere Ruhe und den sittlichen Anstand, an dem öffentlichen Ort verletzt hat.

5. Das Delikt erfordert Vorsatz. Zu diesem gehört das Bewußtsein, daß die Handlung objektiv unzüchtig ist und öffentlich vorgenommen wird, nicht aber der Wille, ein Argernis zu erregen:

Bindung Lehrb. I 215, Frank N. I 2; RG. 22./2. 81 C. 3 361. Nach Hälschner 2 696 und v. Liszt 378 muß der Wille auch auf die Argerniserregung gerichtet sein, nach Hälschner mindestens als Eventualdolus. Nach Oshajen N. 3 Abf. 2 ist nur das Bewußtsein von der objektiven Unzuchtigkeit erforderlich.

6. Das Delikt des § 183 kann mit allen anderen Unzuchtbedelkten ideell konkurrieren: Bindung Lehrb. I 215.

§ 184.

Mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu eintaufend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer

- 1) unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung herstellt oder zu demselben Zwecke vorrätig hält, ankündigt oder anpreist;
- 2) unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet;
- 3) Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder solche Gegenstände dem Publikum ankündigt oder anpreist;
- 4) öffentliche Ankündigungen erläßt, welche dazu bestimmt sind, unzüchtigen Verkehr herbeizuführen.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

1. Der § 184 stellt vier selbständige Delikte unter dieselbe Strafe, von denen die ersten drei wieder mehrere gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts enthalten. Er will in der Erwägung, daß ein großer Teil der Delikte auf die Unsitlichkeit als letzten Grund zurückgeführt werden muß, der an dem sittlichen Verfall der Nation arbeitenden Unzuchtliteratur entgegenarbeitet, vermag aber trotz der ihm durch das Ges. v. 25. Juni 1900 (oben S. 25) gewordenen Erweiterung nicht mit dem gewollten Nachdruck zur Anwendung zu kommen, weil, abgesehen von der durch den Begriff der relativen Unzuchtigkeit verursachten Schwierigkeit, nicht auch der Verfasser, Verfertiger der Schriften, Abbildungen, Darstellungen, Gegenstände an sich strafbar ist. Übrigens rügt Bindung Lehrb. I 215 N. 2 mit Recht die „häßliche Kasuistik“.

2. Zu Nr. 1. Zunächst wird bestraft, wer Schriften, Abbildungen oder Darstellungen verbreitet, zum Zwecke der Verbreitung herstellt, vorrätig hält, ankündigt oder anpreist.

a) Wegen der Schriften, Abbildungen, Darstellungen vgl. § 41 N. 4.

b) Eine Schrift usw. ist unzüchtig, wenn sie objektiv das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen geeignet ist, und zwar das allgemeine, also normale Gefühl, nicht auch seine altungferliche Überspannung oder muckerliche Entartung: RG. 16./2. 81 C. 4 87, 19./2. 83 C. 8 128, 15./1. 91 C. 21 306, 22./3. 95 C. 27 114. Anders als in § 184a wird eine gröbliche Verletzung hier nicht gefordert: RG. 24./11. 99 C. 32 418. Dabei ist der objektive Inhalt der Schrift usw. nicht nur in dem zu finden, was sie zum unmittelbaren Verständnis, Empfindung Anschauung bringt, sondern ihm gehört auch der gemeinte Sinn an, sofern er erkennbaren Ausdruck gefunden hat, denn nicht nur die eindeutige Gemeinheit, sondern auch die zweideutige Schlüpfrigkeit soll bestraft werden: RG. 21./2. 02 C. 35 133. Insbesondere der Inhalt der Abbildung oder Darstellung ist nicht auf die sinnliche Wahrnehmung beschränkt, die er dem Beschauer vermittelt, sondern erstreckt sich auch auf den in dem sinnlich Wahrnehmbaren zum Ausdruck kommenden, dem Verständnis des Beschauers zugänglichen Gedankeninhalt und auf die Vorstellungen, die als Reflexwirkung der sinnlichen Wahrnehmung vor dem geistigen Auge des Beschauers wachgerufen werden: RG. 30./1. 12. Daß die Schrift usw. bestimmt oder geeignet ist, geschlechtliche Lusternheit zu erregen, ist nicht erforderlich: RG. 20./9. 98 C. 31 260, 22./11. 04 C. 37 315, 15./12. 10 C. 44 178; a. M. Frank N. I Abf. 1.

Die praktische Anwendung dieser Grundätze stößt auf eine eigentümliche Schwierigkeit. Die Schriften usw. als solche müssen unzüchtig sein: RG. 15./1. 91 C. 21 306, 6./11. 93 C. 24

365, 17./11. 95 **§. 26** 370. Nun gehören aber Schriften usw., welche unter allen Umständen als unzüchtige gelten müssen, zu den Ausnahmen. Regelmäßig wird daher die Entscheidung nicht nur durch den Inhalt, die äußere Gestaltung, sondern ebenso sehr durch die begleitenden Umstände bedingt sein, durch den Ort, Zweck, Art der Verwendung, den Kreis der Leser usw.: **RG.** 15./1. 91 **§. 21** 306, 6./11. 93 **§. 24** 365, 10./12. 97 **§. 30** 378, 18./12. 99 **§. 33** 17, 30./1. 12. Während, um konkrete Beispiele zu nehmen, die Abenteuer des Ritter Faublas schlechthin als unzüchtiges Buch gelten müssen, sind trotz ihrer zahlreichen erotischen Stellen Boccaccios Decamerone, Fieldings Tom Jones, Casanovas Memoiren wichtige Bestandteile der schönen bzw. kulturgeschichtlichen Literatur, können aber in den einzelnen Ausgaben durch begleitende Illustrationen auf das Niveau der pornographischen Literatur hinabsinken, und ihr Vertrieb an die heranwachsende Jugend — Nr. 2 — auch ohne solche Illustrationen unter die Strafbestimmungen des § 184 fallen. Die sog. Aktphotographien sind für den Maler und Bildhauer unentbehrlich, entgehen aber nur schwer dem Vorwurf der Unzüchtigkeit bei einem Vertrieb über jene Kreise hinaus. Es kommen eben nicht Handlungen, sondern Gegenstände in Frage. Auch die begleitenden Umstände selbst müssen objektive sein, mit dem Gegenstand unmittelbar und äußerlich zusammenhängen; bloße Zwecke im Sinne rein subjektiver, zufällig und willkürlich mit dem Gegenstande verknüpfter Absichten und Vorstellungen Einzelner gehören nicht zu ihnen: **RG.** 6./11. 93 **§. 24** 365. Selbst die unverhüllteste Nudität kann von einem keuschen Sinn getragen sein, so daß der Vorwurf der Unkeuschheit nicht sie, sondern den Betrachter trifft. Die Entscheidung ist insbesondere schwer gegenüber den Werken der Malerei und Plastik, da der nackte menschliche Körper von jeher als der schwierigste, aber auch vornehmste Vorwurf gegolten hat, andererseits aber die naive Liebesfreudigkeit, wie sie z. B. aus den bekannten Gemälden Tizians Venus, Leda mit dem Schwan, Danae mit der Goldwolke spricht, dem erststen Sinne des Germanen fremd ist. Schließlich ist die Behauptung, daß dem Reinen alles rein sei, ebenso sehr ein frommer Wunsch, wie die entsprechende Behauptung, daß naturalia non sunt turpia. — Das Reichsgericht hat sich ausgesprochen über die Ausstattung mit Bildern 16./2. 81 **§. 4** 87 und 13./1. 93 **§. 23** 388, über den Vertriebs 22./3. 95 **§. 27** 114, über die Art der Verbreitung 16./10. 96 **§. 29** 133.

c) Die Schrift ist entweder im Ganzen oder in einzelnen Teilen unzüchtig. Sie kann das erstere auch dann sein, wenn direkt unzüchtige Stellen sich in ihr nur vereinzelt finden: **RG.** 19./2. 83 **§. 8** 128. Überhaupt macht — so heißt es **RG.** 28./10. 10 — eine unzüchtige Ausfertigung, die zu bestimmtem Zwecke einer wesentlich wissenschaftlichen oder künstlerischen Interessen dienenden Schrift einverleibt ist, an sich noch nicht die Schrift zu einer unzüchtigen. Wo aber die einzelnen unzüchtigen Stellen oder auch nur Eine unzüchtige Schilderung gerade dem gesamten Geseinskreise, um den es sich handelt, entspricht, wo schon der Gegenstand der Erzählung ein unzüchtiger ist und die eingewebte unzüchtige Schilderung in innerem Zusammenhange mit dem Sinne des Ganzen steht, darf der Schrift der unzüchtige Charakter nicht deshalb abgesprochen werden, weil die unzüchtige Schilderung gegenüber anderen, daneben vorkommenden Schilderungen in den Hintergrund tritt, und weil dem Ganzen nicht die Bedeutung einer unzüchtigen Erzählung in den Augen des Lesers zukommt. Was die Schrift bedeute, was sie eigentlich bezwecke, wird gerade derjenige, dem es auf Anreizung geschlechtlicher Lusternheit ankommt, dem Leser häufig zu verhüllen suchen, und wenn die Verhüllung gelingt, so beweist das noch nicht, daß der eigentliche Zweck nicht erreicht worden ist. Auf der anderen Seite kann bei einem aus selbständigen Geisteswerken verschiedener Autoren zusammengesetzten Buche die Wirkung des Ganzen so maßgebend sein, daß der unzüchtige Charakter einer einzelnen Abhandlung nicht in Betracht kommt: **RG.** 13./1. 93 **§. 23** 388.

d) Auch zunächst nur zu künstlerischen Zwecken dienende, an sich nicht unzüchtige Abbildungen und Darstellungen, Kopien von nicht als unzüchtig geltenden Kunstwerken können durch die Form der Schaustellung oder durch sonstige Begleitumstände, z. B. durch die auf ihnen angebrachte Zu-, Auf- oder Überschrift (**RG.** 20./9. 98 **§. 31** 269) oder durch Anbringung auf Ansichtspostkarten, die als Massenartikel verbreitet werden (**RG.** 30./1. 12), oder durch eine gewisse Behandlung, z. B. Erwärmen der sog. latenten Bilder, zu unzüchtigen Abbildungen werden. Ob die Unzüchtigkeit einer Abbildung aus dem begleitenden Text erhelle, ist auch dann zu prüfen, wenn der Text selbst nicht den Gegenstand des Verfaßens bildet: **RG.** 20./9. 98 **§. 31** 296. Zur Abbildung und plastischen Darstellung des nackten menschlichen Körpers vgl. **Ushajen R.** 3b **Abf.** 2, c. Nach **RG.** 6./11. 93 **§. 24** 364 ist die Abbildung nur dann keine unzüchtige, wenn sie nach den aus ihr erkennbaren und mit ihr gegenständlich verknüpften äußeren Umständen eine ausschließliche Zweckbestimmung erkennen läßt, durch deren Vorhandensein die sinnliche Empfindung beim Anblick des geschlechtlich Nackten zurückgedrängt wird. Vgl. auch **Frank R.** I **Abf.** 3.

e) Zeithalten ist das Auffordern des Publikums zum Ankauf, also das Bereithalten zum Verkauf an das Publikum: **Berner GdR.** **Frank R.** I 1 und § 367 **R.** III 3b, **Ushajen R.** 5; **RG.** 4. 6. 81 **§. 4** 274. Mit Recht fügt aber **Frank a. a. O.** hinzu, daß der Verkaufswille äußerlich

erkennbar hervortreten müsse, denn zur Offerte gehört, daß der Oblat von ihr Kenntnis erhält. Nach der Meinung Bindings Lehrb. I 216 kann das Zeilhalten auch einzelnen bestimmten Personen gegenüber stattfinden.

f) Zu dem Begriff des Verbreitens vgl. § 110 R. 5b. Für das Verbreiten genügt die Hingabe an eine einzelne Person nicht, es sei denn, daß durch diese eine weitere Verbreitung erfolgen sollte. Dagegen liegt nicht in dem Begriffe das Merkmal, daß an das Publikum verteilt werde, sondern es ist nur die Zugänglichmachung an einen größeren, wenn auch an Zahl und Individualität bestimmten Personenkreis notwendig: RG. 22./10. 83 C. 9 292. Ein bloßes Vorlesen oder Vorzeigen erfüllt den Tatbestand nicht: Binding Lehrb. I 217, Frank R. I 2, Oshausen N. 6.

g) Die weiteren in Nr. 1 aufgeführten Handlungen sind, wie die Worte „oder sonst“ erweisen, nur Formen der Verbreitung oder sind Vorbereitung der Verbreitung, erfüllen also den Tatbestand nur dann, wenn sie dem Begriffe der Verbreitung entsprechen: Frank R. I 2, v. Liszt 379, Oshausen N. 7 Abj. 1; RG. 22./10. 83 C. 9 292, 18./10. 86 C. 14 397, 2./7. /03 C. 36 330, 19./2. 09 C. 42 209.

Der Verkauf ist als Form der Verbreitung nur strafbar, wenn durch ihn die Schrift usw. einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht wird oder gemacht werden soll. Der Verkauf an eine einzelne Person gehört nicht ohne weiteres hierher, wohl aber, wenn der Täter auch weitere Stücke vertreiben will und durch den Einzelverkauf mit dieser Verbreitung begonnen hat: Hälshner II 698, Oshausen N. 7a, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 22./10. 83 C. 9 292, 19./2. 09 C. 42 209.

Ausstellen und Anschlagern — siehe oben § 110 R. 5c — sind solche Handlungen, durch welche die Schrift unmittelbar dem Anblick zugänglich gemacht wird. Das Ausstellen umfaßt daher auch Auslegen und Aufhängen sowie das Zugänglichmachen durch Vorzeigen. Ein Ausstellen ist daher das Zeichnen einer unzüchtigen Darstellung an eine allgemein sichtbare Wand: RG. 24./11. 84 C. 11 282. Das Anschlagern umfaßt auch das Anheften und Ankleben und überhaupt jede mechanische Tätigkeit, durch welche eine Schrift oder Abbildung mit einem festen Gegenstande als Träger derselben derart in Verbindung gebracht wird, daß die Schrift usw. auf jenem Gegenstande sichtbar wird. Eine Mehrheit von Schriften usw. wird hierbei nicht erfordert: RG. 24./11. 84 C. 11 282. Wenn das Gesetz Orte verlangt, welche dem Publikum zugänglich sind, so ist unter Publikum eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen zu verstehen im Gegensatz zu bestimmten einzelnen Menschen oder einem durch gemeinschaftliche Beziehungen irgendwelcher Art verbundenen und nach außen abgeschlossenen Personenkreise: RG. 8./1. 01 C. 34 81, 11./4. 05 C. 38 16, 26./10. 05 C. 38 202, 10./5. 07 C. 40 159. Die Schrift usw. muß zugänglich gemacht werden. Die Druckschrift ist nur dann ausgestellt, wenn das Publikum die Möglichkeit erhält, von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen, was nicht der Fall ist, wenn bloß der an sich unanständige Titel wahrgenommen werden kann: Frank R. I 2, Oshausen N. 7c Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 18./10. 86 C. 14 397, 11./6. 01 C. 34 285. Ob die Schrift usw. auch wirklich wahrgenommen wurde, ist ohne Belang: Binding Lehrb. I 217, Oshausen N. 7c Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 24./11. 84 C. 11 282.

h) Das Gesetz bedroht ferner gewisse an sich nur einen vorbereitenden Charakter tragende Handlungen, wenn sie zum Zwecke der Verbreitung geschehen, nämlich das Herstellen, Vorrätighalten, Ankündigen und Anpreisen der Schriften usw.

Die Schrift usw. wird hergestellt von dem Urheber (Verfasser, Maler, Bildhauer), Verleger, Drucker, Zeichner, Lithographen, Modelleur, wobei die Tätigkeit des auf Grund eines Arbeits- oder Dienstvertrages bei der Herstellung beschäftigten Arbeiters sich nach allgemeinen strafrechtlichen Grundätzen bestimmt, also wenn ihm die Verbreitungsabsicht fehlt, nur eine Bestrafung wegen Beihilfe möglich ist: RG. 4./6. 02 C. 35 137.

Das Wort „Vorrätighalten“ weist auf einen Verwendungszweck hin, bezeichnet aber im übrigen nichts als Besizer: RG. 19./2. 09 42 209.

Ankündigend ist jede Kundgebung, durch welche auf die Gelegenheit zum Bezuge der Schrift usw. aufmerksam gemacht wird: RG. 9./7. 01 C. 34 318. Die Anpreisung ist Ankündigend verbunden mit einem Lobe des angekündigten Gegenstandes. Daß die ankündigende und anpreisende Bekanntmachung selbst einen unzüchtigen Charakter hat, insbesondere bestimmt oder geeignet ist, zur Unzucht anzureizen, ist nicht erforderlich: RG. 11./6. 01 C. 34 285, 19./6. 03 C. 36 312, 3./5. 04 C. 37 132. Ebenjowenig verlangt das Gesetz, daß der Täter sich an das Publikum wendet. Bei Ankündigend usw. durch eine Annonce genügt es, wenn diese auch nur Lesern von einer gewissen Lebenserfahrung verständlich ist: Frank R. II, Oshausen N. 13; RG. 11./6. 01 C. 34 251. Durch die Ankündigend einer unzüchtigen Schrift werden nicht nur diejenigen ihrer Bestandteile angekündigt, auf welche ihre Bezeichnung unmittelbar hinweist, sondern auch andere in der

Ankündigung nicht genannte Bestandteile; so gelten die in Inzeraten in dem Buche aufgeführten weiteren Schriften als mitangekündigt, wenn ein Leser von gewöhnlicher Bildung und Begabung solches aus der Bekanntmachung zu erkennen vermag: RG. 9./7. 01 E. 34 317, 6./3. 09 E. 36 139.

3. Zu Nr. 2. Strafbar ist ferner, wer die unzüchtigen Schriften usw. einer Person unter sechzehn Jahren überläßt oder anbietet. Ohne die Absicht der Verbreitung im Sinne der Nr. 1: RG. 2./7. 03 E. 36 330, aber gegen Entgelt. Der sechzehnte Jahrestag der Geburt muß noch nicht begonnen haben: WGB. § 187 Abs. 2. Die Überlassung kann auch eine nur leihweise sein: Binding Lehrb. I 217, Frank R. I 5, Dshaujen R. 10 Abs. 2. Wegen des Entgeltes vgl. unten § 219 R. Der Bestimmung der Nr. 1 ist diese Bestimmung subsidiär (vgl. oben § 73 R. 8c).

4. Zu Nr. 3.

Die Beantwortung der Frage, ob ein Gegenstand zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sei, bemißt sich nicht lediglich nach der Ansicht des Verfertigers, Ausstellers usw., Erwerbers, sondern diejenigen Gegenstände gehören hierher, welche zu solchem Gebrauch sich vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit eignen und dazu erfahrungsgemäß Verwendung finden: Dshaujen R. 11 und RG. 23./9. 01 E. 34 365. Daß der Gebrauch selbst sich als eine unzüchtige Handlung darstellt, ist nicht notwendig, sondern der Tatbestand schon dann gegeben, wenn die Anwendung des Gegenstandes der Ausübung unzüchtiger Handlungen in irgendeiner Weise förderlich sein soll: RG. 19./6. 93 E. 36 312. Daß der Gegenstand auch der Ausübung nicht unzüchtiger Handlungen dienen kann, z. B. dem ehelichen Beischlaf, nimmt ihm nicht seine Bestimmung zu unzüchtigem Gebrauch: RG. 23./9. 01 E. 34 365, 6./6. 02 E. 35 277, 21./12. 09 E. 43 145. Das RG. überieht hierbei, daß das Gesetz ausdrücklich ein Bestimmtheitsein zu unzüchtigem Gebrauch verlangt. Ob aber ein solches Bestimmtheitsein vorliegt, kann nicht allgemein nach der Natur des Gegenstandes, sondern muß von Fall zu Fall entschieden werden. Wenn Dshaujen a. a. D. und RG. 3./5. 04 E. 37 142, 26./10. 05 E. 38 202, 10./5. 07 E. 40 159, 21./12. 09 E. 43 145. die sog. antikonzepzionellen Gegenstände hierherziehen, so ist diese den Malthusianismus als unethisch verdamnende Ansicht in ihrer Allgemeinheit mit Binding Lehrb. I 217, Frank R. II, v. Liszt 379 R. 6, Löwenstein Deutsche Jur. Zeit. 1912 625 zu verwerfen, da das Antikonzepziens nebensher auch ein Desinjuzpiens und Heilmittel sein kann.

Die Ausstellung an dem Publikum zugänglichen Orten — oben R. 2f — muß auch hier so erfolgen, daß der Gegenstand unmittelbar dem Auge des Beschauers dargeboten wird.

Ankündigung und Anpreisung müssen abweichend von Nr. 1 dem Publikum gegenüber erfolgen, also gegenüber unbestimmt welchen und wie vielen, durch kein erkennbares Band zusammengehaltenen, sondern durch Zufall gegebenen und sich durch keine eigentliches Merkmal von Anderen unterscheidenden Personen: RG. 3./1. 01 E. 34 81, 11./4. 05 E. 38 16, 26./10. 05 E. 38 202. Dies ist nach der Ansicht des RG. schon dann der Fall, wenn sie sich auf gewisse Fach- oder Berufskreise beschränken. Auch diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit geht zu weit. Wollte man die Ankündigung z. B. eines zugleich schützenden und heilenden Antikonzepziens in einer medizinischen Fachzeitschrift hierher rechnen, so würde man weder auf die berechtigten wissenschaftlichen Interessen die gebührende Rücksicht nehmen noch auch sich mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes, und zwar gerade der gebildeten Kreise, im Einklang halten. Daß die Mittel auch von unverheirateten Personen gebraucht werden können, macht die Ankündigung noch nicht zu einer unzüchtigen: RG. 15./12. 10 E. 44 178. Die Ankündigung in einem Barbier- oder Freientladen erfolgt in einem dem Publikum zugänglichen Orte: Frank R. II, Dshaujen R. 13; a. M. Binding Lehrb. I 217. Eine Ankündigung an das Publikum steigt auch in dem Verbreiten von Schriften, in denen die Gegenstände offenkundig genannt sind: RG. 26./10. 05 E. 38 202.

5. Zu Nr. 4. Endlich werden die öffentlichen Ankündigungen, also insbesondere die Zeitungsinzerate bestraft, welche dazu bestimmt sind, einen unzüchtigen Verkehr herbeizuführen. Der Zweck der Ankündigung muß sich aus ihr selbst, wenn auch verchleiert, erkennen lassen: RG. 6./10. 03 E. 36 388. Wenn die großstädtischen Tagesblätter von solchen Ankündigungen wimmeln — „eine junge Witwe bittet einen edelstehenden Herrn um ein Darlehn von dreißig Mark auf Rückzahlung nach Ubergang“ —, so tritt schließend die Ansicht Dshaujens R. 14 und des RG. 6./10. 03 E. 36 388 zur Seite, daß die — ganz unfaßbare! — bloße Erwartung des Ankündigenden, es werde infolge der Anzeige zu einem unzüchtigen Verkehr kommen, nicht genüge. Somit muß also der Wille hinzukommen, aber Dshaujen a. a. D. und RG. 23./3. 06 E. 39 313 erklären wiederum, daß in subjektiver Hinsicht nur das Bewußtsein des Ankündigenden von dem Wesen der Ankündigung erforderlich sei, nicht aber sein Wille, den unzüchtigen Verkehr herbeizuführen.

6. Das Delikt erfordert Dolus, also das Wissen und Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Der Täter muß den Inhalt der Schrift usw. kennen, das Bewußtsein ihres unzüchtigen Inhalts haben, das Alter der jugendlichen Person, die Bestimmung der Gegenstände zum unzüchtigen:

Gebrauch bzw. der öffentlichen Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs wissen. Hierbei reicht Eventualdolus aus, wogegen das bloße Bewußtsein der Möglichkeit nicht genügt: Frank N. I Abf. 1, Olshausen N. 9, 10 legt. Abf., Müdorff-Stenglein N. 5 und RG. 21./12. 09 E. 43 145. Binding Lehrb. I 217 hält zwar den Eventualdolus bei Nr. 1 für unzureichend: „sonst könnte der solche Buchhandel straffällig werden“, aber ein Buchhandel, der auf diesem Gebiet mit Eventualdolus tätig wird, ist kein „solider“ mehr. Darauf, ob es nach der Meinung des Täters zu einem unzüchtigen Gebrauch kommen soll, wird oder auch nur kann, kommt es nicht an.

7. Für die Einziehung und Unbrauchbarmachung kommen die §§ 40 ff. in Anwendung. Ein Gegenstand, der nicht ausgestellt, sondern nur angefündigt oder angepriesen ist, unterliegt nicht der Einziehung: Frank N. V, Olshausen N. 17a 3. Die vorläufige Beschlagnahme ist geregelt Preßges. v. 7. Mai 1874 §§ 23 ff.

8. Die Strafverfolgung verfährt in fünf Jahren, jedoch, wenn das Delikt durch die Verbreitung von Druckschriften begangen ist, nach Preßges. § 22 in sechs Monaten. Hieraus ergibt sich eine unbehagliche, aber nicht zu vermeidende Konsequenz. Der Schutz des § 22 cit. umfaßt nämlich unzweifelhaft auch diejenigen Tätigkeiten, welche sich nur als Vorbereitungsakte für die im unmittelbaren Zusammenhange mit ihnen vorgenommene Verbreitung der Druckschrift darstellen, d. h. der Verleger usw., welcher wegen der Verbreitung nach § 22 cit. nicht mehr verfolgt werden kann, ist auch wegen der Herstellung usw. gegen Verfolgung aus § 184 Nr. 1 geschützt. Somit verfährt die Verfolgung in fünf Jahren, wenn der Täter die von ihm hergestellte usw. Schrift nicht verbreitet, dagegen in sechs Monaten, wenn er sie verbreitet, also denjenigen Teil seiner Tätigkeit vollzogen hat, in welchem sich der strafrechtlich schwerwiegendste Teil des Tatbestandes konzentriert: Frank N. VI, Olshausen N. 18 Abf. 2; RG. 28./2. 99 E. 32 69.

§ 184a.

Wer Schriften, Abbildungen oder Darstellungen, welche, ohne unzüchtig zu sein, das Schamgefühl gröblich verletzen, einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

1. Diese Bestimmung enthält den Tatbestand des § 184 Nr. 2 mit der mildernden Modifikation, daß die Schrift usw. an sich nicht unzüchtig ist, also nicht das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt, wohl aber in besonderem Grade gemein und unanständig ist und dadurch gegen die Mahnung reverentia debetur pueris schwer verstößt. Auch hier handelt es sich um das allgemeine Schamgefühl, nicht um das individuelle, auch nicht um das der jugendlichen Person, welche möglicherweise den schamlosen Charakter der Schrift usw. gar nicht versteht: Binding Lehrb. I 218, Frank N. I Abf. 1, Olshausen N. 2 Abf. 2.

Frank a. a. O. gibt mehrere Kautelen gegen eine „unangemessene Anwendung der Gesetzesstelle“. Seiner Behauptung, daß man Reproduktionen anerkannter und in Museen auch sonst der Jugend zugänglicher Kunstwerke nicht hierher wird rechnen dürfen, kann nur mit Beschränkung zugestimmt werden.

2. Im übrigen vgl. § 184 Nr. 3, 6—8. Dem § 184 Nr. 2 ist § 184a subsidiär (vgl. oben § 73 N. 8c).

§ 184b.

Mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten wird bestraft, wer aus Gerichtsverhandlungen, für welche wegen Gefährdung der Sittlichkeit die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, oder aus den diesen Verhandlungen zu Grunde liegenden amtlichen Schriftstücken öffentlich Mitteilungen macht, welche geeignet sind, Ärger zu erregen.

1. Nach RG. §§ 170, 173, 174 ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich, aber das Gericht kann für die Verhandlung oder einem Teil derselben und für die Verkündung der Urteilsgründe oder eines Teiles derselben die Öffentlichkeit ausschließen, wenn sie eine Gefährdung der Staatsicherheit oder der Sittlichkeit, bezüglich der Verhandlung auch der öffentlichen Ordnung besorgen läßt. Durch das Ges. betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen

v. 5. April 1888 (Reichsgesetzbl. 133) wurde der ursprüngliche Text der §§ 173–176, 195 *GWG.* abgeändert, in Art. III unter Strafe gestellt, wer, soweit bei einer Gerichtsverhandlung die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Staatsicherheit ausgeschlossen, Berichte über die Verhandlung durch die Presse veröffentlicht, endlich in Art. IV dem § 184 ein zweiter Absatz angefügt. Durch das Gef. v. 25. Juni 1900 (oben S. 25) wurde dieser Absatz wieder von § 184 aus redaktionellen Gründen abgetrennt und als jetziger § 184b eingestellt. Hieraus ergibt sich, daß unter „Gerichtsverhandlungen“ nicht bloß die eigentliche Verhandlung, sondern auch die Urteilsverkündung zu verstehen ist.

Durch § 184b ist die in ihm behandelte Materie dergestalt geregelt, daß landesgesetzliche Vorschriften, welche diese Materie betreffen, ungültig sind. Auf der anderen Seite gilt aber § 184b nicht nur dem Schutze der Verhandlungen derjenigen Gerichte, auf welche sich das *GWG.* bezieht, sondern überhaupt aller Gerichte, einerlei ob sie ihr staatsrechtliches Fundament im Reichsrecht oder im Territorialrecht haben. Ganz abgesehen von der Widerförmigkeit, die Landesgesetzgebung in dieser Materie abzuschneiden, ohne zugleich den Schutze des § 184b auch auf die Verhandlungen der rein territorialen Gerichte zu erstrecken, und abgesehen davon, daß das Gesetz von den Gerichtsverhandlungen allgemein, ohne irgendwie zu unterscheiden, spricht, ergibt sich dies aus den entsprechenden Bestimmungen des militärischen Strafrechts. Für die Verhandlungen der militärischen Strafgerichte sind durch *MilStGD.* §§ 283, 284 wörtlich dieselben Bestimmungen getroffen wie durch *GWG.* §§ 173, 174 für die der bürgerlichen Gerichte, nur mit dem Unterschiede, daß auch die Gefährdung militärdienstlicher Interessen einbezogen ist, und durch *GG.* 3. *MilStGD.* § 18 Abs. 2 ist die Strafbestimmung des Gef. v. 5. April 1888 Art. III für die militärgerichtlichen Verhandlungen ausgesprochen, wiederum mit Ausdehnung auf die Gefährdung militärdienstlicher Interessen. Dagegen ist hier keine Strafbestimmung ergangen bezüglich der Gefährdung der Sittlichkeit, nicht weil dieser Schutze für unnötig erachtet wurde, sondern weil er schon durch den damaligen Abs. 2 des § 184, jetzt also § 184b gegeben war. Es liegt aber kein Grund vor, die Anwendung des § 184b auf die militärgerichtlichen Verhandlungen, wie notwendig, zuzulassen, bezüglich der Verhandlungen der anderen nicht unter das *GWG.* fallenden Gerichte aber zu befehlen. So auch Hertz-Ernst zu § 184b Nr. 2, a. M. dagegen *Ulshausen* Nr. 3 Abs. 1 und *Oppenhoff-Delius* Nr. 2.

2. Im einzelnen ist hier folgendes zu bemerken:

a) Die Ausschließung der Öffentlichkeit muß wegen Gefährdung der Sittlichkeit erfolgt sein. Ein besonderes Schweigegebot — *GWG.* § 175 — ist nicht erforderlich: v. Liszt 380, *Ulshausen* Nr. 3 Abs. 4, *Rüdorff-Stenglein* § 184 Nr. 7. Soweit die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen, ist die Mitteilung, mag sie auch geeignet sein Argernis zu erregen, aus § 184b nicht strafbar: *Ulshausen* Nr. 3 Abs. 3, *Rüdorff-Stenglein* § 184 Nr. 7, 10 Abs. 2; *RG.* 28./10. 90 E. 21 136.

b) Die Handlung selbst besteht darin, daß aus den Gerichtsverhandlungen oder aus den ihnen zugrunde liegenden Schriftstücken, also im Strafprozeß insbesondere aus dem Eröffnungsbeschlusse oder der Anklageschrift Mitteilung gemacht wird. Woher der Täter seine Kenntnis hat, ist ohne Bedeutung.

c) Die Mitteilung muß öffentlich sein (vgl. § 110 Nr. 5a). Jede Art der öffentlichen Mitteilung, also auch die mündliche, genügt: *Binding Lehrb.* I 218, *Frank* Nr. II, v. Liszt 380, *Ulshausen* Nr. 5a, *Oppenhoff-Delius* Nr. 4, *Rüdorff-Stenglein* § 184 Nr. 8.

d) Sie muß geeignet sein, Argernis zu erregen. Vgl. hierzu §§ 166 Nr. 2d, 183 Nr. 4. Es genügt aber, daß sie dazu geeignet ist, und es ist nicht erforderlich, daß sie wirklich Argernis erregt: *Binding, Frank* und v. Liszt a. a. D., *Ulshausen* Nr. 5b, *Rüdorff-Stenglein* § 184 Nr. 9. Auch hier bedeutet Argerniserregung die Verletzung des allgemeinen Sittlichkeitsgefühls: 12./3. 91 E. 21 396. Die Mitteilung selbst braucht keine unzüchtige zu sein: *Frank* und *Rüdorff-Stenglein* a. a. D., *Ulshausen* Nr. 5b Abs. 2 und *RG.* cit.; a. M. *Binding* a. a. D.

3. Das Delikt erfordert Vorwissen: *Binding, Frank* und v. Liszt a. a. D., *Meyer-Allfeld* 638 Nr. 65, *Ulshausen* Nr. 7, *Rüdorff-Stenglein* § 184 Nr. 10 Abs. 1. Also auch das Bewußtsein, daß die Öffentlichkeit ausgeschlossen gewesen und die Mitteilung geeignet ist, Argernis zu erregen: *Binding, Frank, Ulshausen* und *Rüdorff-Stenglein* a. a. D.; *RG.* 14./2. 93 E. 24 4.

4. Die Frage, ob zwischen §§ 183 und 184b Idealkonkurrenz möglich sei, ist mit *Frank* Nr. II zu verneinen, da zu den Handlungen des § 183 Mitteilungen, d. h. Äußerungen nicht gehören: vgl. § 183 Nr. 1. Anders natürlich die Anhänger der a. a. D. bekämpften Ansicht: *Ulshausen* Nr. 8a und *Oppenhoff-Delius* Nr. 9. Ist ein amtliches Schriftstück eines Strafprozesses durch die Presse nach Abschluß der Öffentlichkeit, aber vor Beendigung des Verfahrens mitgeteilt, so konkurriert § 184b ideell mit *Preßgesetz* §§ 17, 18 Nr. 1, wobei die Strafe aus § 18 als dem die schwerere Strafe androhenden zu bestimmen ist: *Ulshausen* Nr. 8b, *Oppenhoff-Delius* Nr. 9.

Vierzehnter Abschnitt.

Beleidigung.

Der Abschn. 14 behandelt unter der zusammenfassenden Bezeichnung „Beleidigung“ die einfache Beleidigung (§ 185), die üble Nachrede (§ 186), die Verleumdung (§ 187) und die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen (§ 189), außerdem die gar nicht hierher gehörende Kreditgefährdung (§ 187). Besondere Vorschriften sind gegeben zum Schutz des Kaisers, des Landesherrn und der Bundesfürsten in den §§ 95, 97, 99, 101, aber nach dem letzten Abs. des Ges. betr. die Bestrafung der Majestätsbeleidigung, v. 17. Febr. 1908 finden die Vorschriften des Abs. 14 dann Anwendung, wenn die Beleidigung dieser illustres personae nicht in der Absicht der Ehrverletzung, nicht böswillig und nicht mit Überlegung begangen ist.

In Abschn. 14 ist, abgesehen von den gedachten speziellen Bestimmungen der Abschn. 2, 3, die Materie der Beleidigung erschöpfend geregelt. Da Ungebührlichkeit und Unhöflichkeit an sich keine Beleidigungen sind, hat die Landesgesetzgebung bezüglich ihrer, z. B. bezüglich der in Eingaben an Behörden begangenen Ungebührlichkeiten, freie Hand. Vgl. Binding Handb. I 321 und Lischhausen N. 2.

§ 185.

Die Beleidigung wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Geldstrafe bis zu eintaufendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Beleidigung ist der sich als Geringschätzung, Nichtachtung, Verachtung kundgebende Angriff auf die Ehre eines Anderen. Oder, wie das RG. 16./3. 81 E. 3 433 mit Billigung von Lischhausen N. 1 sie unter Hereinziehung des subjektiven Tatbestandes und unter Hervorhebung eines für jedes Delikt notwendigen, daher nicht bei dem einzelnen Delikt der besonderen Hervorhebung bedürftigen Erfordernisses definiert: jede vorsätzliche, die Kränkung der Ehre eines Anderen enthaltende, rechtswidrige Kundgebung. Nach Berner 477 und Rüdorff-Stenglein N. 2: die unberechtigte Darlegung der Mißachtung einer Person. Nach Frank N. 1: eine Handlung, die geeignet ist, den Eindruck der Mißachtung einer Person hervorzurufen. Nach Meyer-Allfeld 428: jede Willensäußerung, durch welche Jemand unberechtigter Weise Nichtachtung eines Anderen kundgibt. Entsprechend auch die anderen Autoren. Allen Definitionen ist gemeinsam der Begriff: Angriff auf die Ehre. Nur Binding Lehrb. I 135 erklärt für das Angriffsobjekt nicht die Ehre, sondern den Willen, der auf Achtung der Ehre hält, wonach, wie Frank Abschn. 14 N. 1 Abs. 2 zutreffend bemerkt, Willenlose nicht beleidigt werden könnten. Alle stimmen auch darin überein, daß die innere Ehre, die eigene Wertschätzung, die Selbstachtung wegen ihrer reinen Innerlichkeit dem Rechtsgebiete nicht angehört und durch keinen Angriff berührt wird, das Objekt des Angriffs also nur die äußere Ehre ist.

Diese äußere Ehre wird nun wieder verschiedentlich definiert. Nach Binding Lehrb. I 136 ist Ehre der Wert, der einem Menschen als solchem und auf Grund seiner Handlungsweise, also tragt des Maßes der Erfüllung seiner sittlichen und rechtlichen Pflichten, also seiner sittlichen und rechtlichen Unverehrtheit zukommt. Virkmener Guzyl. 1169: Anspruch auf Achtung der menschlichen Persönlichkeit, wobei die soziale Stellung nur insofern Bedeutung hat, als sie die Angriffspunkte für die Beleidigung vermehrt. Dochow S. S. III 337: die Wertschätzung eines Menschen von Seiten Anderer. Frank Abschn. 14 N. 1 Abs. 3: die soziale Stellung, soweit sie auf der Achtung der Mitmenschen beruht. Hälssner II 159: ein im Bewußtsein sich reflektierendes Anerkanntsein der Persönlichkeit rücksichtlich ihres inneren sittlichen Wertes. v. Liszt 335: die Geltung im Urteil der Mitbürger. Mertel 287: die Ehre einer Person oder, was dasselbe, der durch die Achtung, die sie bei Anderen findet, charakterisierte Zustand. Meyer-Allfeld 420: das Ansehen bei Anderen, aber nicht im Sinne wirklicher Achtung, sondern nur im Sinne des nicht durch den Ausdruck der Verachtung (428 N. 2: Nichtachtung) gestörten tatsächlichen Zustandes. Lischhausen N. 2a: der Wert, den eine Person innerhalb der menschlichen Gesellschaft hat. Rüdorff-Stenglein N. 2 Anm.: der im Interesse des Zusammenlebens notwendige Anspruch auf äußere Achtung. Schütze 354: der Anspruch auf Anerkennung des vollgültigen Wertes der Persönlichkeit. Wachenfeld S. II 299: die Achtung, welche Jemand in dem Lebenskreise, dem er angehört, genießt. v. Wächter 384: die Achtung und Anerkennung unserer Persönlichkeit und unserer

Würdigkeit in unserer Pflichtenkreise als Mensch und Bürger und der Besitz der dadurch bedingten Rechte.

Wird das diesen Definitionen mehr oder weniger Gemeinsame zusammengefaßt, so ist die Ehre die äußere Achtung, Wertschätzung, Geltung, welche jemand seitens seiner Mitmenschen genießt. Sie ist die allgemeine menschliche Ehre, welche Jedem durch das Faktum der Geburt zukommt, niemals entzogen werden kann und auch an dem verkommensten, sittlich oder geistig am tiefsten stehenden Individuum respektiert werden muß. Oder sie ist die auf die Rechtsfähigkeit, die Möglichkeit der freien Bewegung in der Sphäre des Rechtslebens gegründete gemeinbürgerliche Ehre, welche nach dem positiven Rechte bezüglich bestimmter bürgerlicher Ehrenrechte — §§ 31, 33, 34 — gemindert, aber nie ganz entzogen werden kann, so daß die Behauptung, er habe keine Ehre, auch gegenüber dem der bürgerlichen Ehrenrechte Beraubten falsch ist: Frank Abchn. 14 II Abf. 1, Hälschner 173, Olshausen N. 2 c 3. Oder sie ist die vorzügliche bürgerliche Ehre, wenn nämlich Jemandem als dem Repräsentanten eines höheren rechtlichen oder sittlichen Organismus, dessen Würde sich in ihm widerspiegelt, also vermöge seines Amtes im weiteren Sinne des Wortes eine besondere Ehre beigelegt wird (Hälschner). Daß diese Amtsehre vom Staate verliehen sei, wie Olshausen N. 2 c 7 annimmt, ist nicht erforderlich. Eigentümlich ist ihr, daß sie an den Besitz des Amtes geknüpft ist, mit dessen Verlust also ebenfalls verlorengeht, und daß sie eine von der persönlichen Ehre verschiedene und relativ unabhängige ist, daher für Alle, welche die gleiche amtliche Stellung einnehmen, wie verschieden auch sonst ihr persönlicher Wert sein möge, die gleiche Bedeutung hat: Hälschner II 163. Hiermit stimmt die Mehrzahl der Autoren überein. M. M. ist mit Birkmeyer — siehe oben — Binding Lehrb. I 137. Nach ihm ist die Ehre ganz einerlei Art, hat die Bürgerstellung mit der Ehre nichts weiter zu tun, als daß auch sie die Quelle von Ehre oder Unehre werden kann, und ist die Amts-, Berufs- oder Dienstehre die durch pflichttreue Führung des Berufs erworbene persönliche Ehre. Das steht in unvereinbarem Widerspruch mit der nicht wegzuleugnenden Tatsache, daß ein sittlich reiner Mensch ein nichtsnutziger Bürger und schlechter Beamter und umgekehrt ein tüchtiger Beamter persönlich ein verächtlicher Lump sein kann. Mit Recht polemisiert Binding übrigens gegen die Richtung der heutigen Praxis, „an Stelle „des für Alle gleichwertigen juristischen Ehrbegriffs“ einen ganz konventionellen und äußerlich „gefaßten Ehrbegriff bestimmter Stände zu setzen.“

2. Die Beleidigung ist ein echtes Begehungsdelikt, welches allerdings auch durch eine Unterlassung begangen werden kann, wenn das Tun als durch das Recht oder die anerkannte und mit dem Recht nicht in Widerspruch stehende Sitte des in Betracht kommenden Gesellschaftskreises geboten erwartet werden darf: Binding Lehrb. I 136, Frank N. I 2 Abf. 1, v. Liszt 338, Meyer-Malfeld 431, Olshausen N. 8 Abf. 3, Schübe 354. Soweit dies nicht zutrifft, kann durch Unterlassung positiver Achtungsbezeugungen die Beleidigung nicht begangen werden. 3. B. in Deutschland ist es üblich, die Frau eines Titulierten mit dem Titel des Mannes anzureden, aber es ist, wenn auch im Sinne der Frau regelmäßig mindestens eine Unhöflichkeit, keine Beleidigung, wenn man die Frau des Landgerichtsrats K. statt mit „Frau Landgerichtsrat“ mit „Frau K.“ anredet. Mag auch die Grenze schlüpfrig sein, so ist doch stets daran festzuhalten, daß Ungezogenheiten, Unhöflichkeiten, Verletzungen des gesellschaftlichen Anstandes an sich keine Beleidigungen sind. Von diesem Grundsatz, daß die Unterlassung positiver Achtungsbezeugungen keine Beleidigung, wird mit Unrecht eine Ausnahme gemacht bei der vorzüglichen bürgerlichen Ehre, der Amtsehre, da sonst zwischen dieser und der gemeinen bürgerlichen kein spezifischer rechtlich in Betracht kommender Unterschied zu machen wäre: Hälschner II 166, v. Wächter 387. Hierzu neigt auch Binding Lehrb. I 135, nur daß er nicht eine Verletzung der Ehre, sondern der Rechtswürde, der Autorität behauptet, allerdings mit dem Hinzufügen, daß seine Unterscheidung vom StGB. nicht anerkannt werde.

Auf die Frage, wie die Kundgebung im einzelnen Falle beschaffen sein müsse, um eine Beleidigung zu sein, kann die Antwort nicht allgemein, sondern nur in jedem einzelnen Fall gegeben werden. Je nach den Umständen kann eine an sich harmlose Äußerung eine Beleidigung sein und umgekehrt eine ehrverletzende Äußerung des beleidigenden Charakters entbehren. Eine Beleidigung kann sogar in einer Ehrenbezeugung liegen: RG. 22./4. 80 C. I 390; 3. B. dem wegen betrügerischen Bankrotts zu mehrjährigem Zuchthaus verurteilten Kaufmann wird nach seiner Rückkehr das Abendständchen gebracht „Ab immer Treu und Redlichkeit“. Es fehlt an dem objektiven Maßstab, es kommt auf die Anschauung der betreffenden Kreise und der Beteiligten selbst an, es gibt keine absoluten Beleidigungen. Innerhalb des Begriffes der Beleidigung als einer vorsätzlichen gegen die Ehre eines Anderen gerichteten Kundgebung ist für die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Tatbestande nur in sehr beschränktem Umfange Raum. Insbesondere entscheiden, wenn sich die Kundgebung in die Form einer mündlichen oder schriftlichen Äußerung kleidet, regelmäßig in erster Reihe Sinn und Absicht ihres Urhebers darüber, ob gewisse Worte den Tatbestand einer Beleidigung objektiv einschließen oder nicht. Vollends unstatthaft aber ist es, einzelne Bestandteile einer einheitlichen, in sich zusammenhängenden Äuße-

zung aus dem Zusammenhange loszulösen und nach demjenigen Sinn zu forschen, den sie abgesehen von diesem Zusammenhange und ohne Rücksicht auf ihn ergeben. Vgl. Berner 482, Binding Lehrb. I 144, Frank N. I 2, Hälschner II 178, v. Liszt 340, Meyer-Alsfeld 428, Ushausen N. 3 Abs. 2, 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 16./3. 81 C. 3 433, 4./10. 88 C. 18 142, 5./4. 92 C. 23 40, 7./1. 08 C. 41 49.

Dies gilt insbesondere von dem Einwand des Scherzes. Der Umstand, daß eine Handlung im Scherz geschehen, schließt nicht unter allen Umständen das Vorhandensein einer Beleidigung, insbesondere nicht notwendig das Bewußtsein des Täters aus, daß der durch den Scherz Betroffene sich gleichwohl an der Ehre gekränkt fühlen könne, oder daß die begleitenden Umstände den Scherz selbst als einen unstatthaften, die Ehre des Anderen verletzenden erscheinen lassen. Daher muß unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der intrinierten Handlung, der Umstände, unter welchen sie erfolgte, und des persönlichen Verhältnisses der Beteiligten geprüft werden, ob der Täter darauf rechnen konnte, daß der Andere den Vorgang als einen Scherz auffassen werde. Nur wenn er begründete Veranlassung zu dieser Annahme hatte, darf ihm geglaubt werden, daß ihm das ein Requisite des Vergehens der Beleidigung bildende Bewußtsein der Ehrenkränkung gefehlt habe. Vgl. Ushausen N. 17 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2; RG. 13./4. 85 C. 12 140.

Keineswegs ist die Beleidigung lediglich ein Absprechen des sittlichen Wertes, umfaßt vielmehr auch jede andere Geltung in Staat und Gesellschaft, sodaß eine Beleidigung ist das Absprechen der zur Ausübung des Berufs erforderlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, Schimpfworte und Tadellichkeiten, die Behauptung ehroloher oder strafbarer Handlungen, die Zumutung unsittlicher Handlungen: Berner 478, Frank Abschn. 14 N. I Abs. 1, § 185 N. I 1a, b, v. Liszt 337, Mertel 289, Meyer-Alsfeld 421, Ushausen N. 2d, Oppenhoff-Debus N. 1. Dagegen verlangen Dohow S. 5. III 337, v. Wächter 386 und insbesondere Hälschner, daß die Beleidigung sich gegen den sittlichen Wert richte. Hälschner erklärt II 159 die Ehre für das Anerkanntsein der Persönlichkeit rücksichtlich ihres inneren, sittlichen Wertes, 163 die Beleidigung für den Ausdruck der Nichtanerkennung des sittlichen Wertes, 164 für die Antastung des sittlichen Wertes, aber diese bei Hälschner nicht seltene ethisierende Richtung steht nicht bloß mit dem gesunden Empfinden des Volkes, sondern auch mit der Wirklichkeit der Tatsachen in direktem Widerspruch: nach ihr würde der bei weitem größte Teil der sonst für Beleidigung erachteten Kundgebungen keine Beleidigung sein.

Nur das Absprechen der zur Ausübung des Berufes erforderlichen Eigenschaften und Fähigkeiten ist eine Beleidigung, nicht aber die Kritik einzelner Leistungen. Daher war es verfehlt, wenn das RG. einmal — durch Urteil v. 1./11. 79 — den Vergleich einer Rede Bismarcks mit der eines Schornsteinfegers für eine Beleidigung — nicht der Schornsteinfeger, sondern Bismarcks — erklärte: Binding Lehrb. I 145 N. 1, Frank N. I 1a, Hälschner II 165 N. 3, Mertel 291, v. Schwarze N. 1.

Die Beleidigung kann auch in bezug auf eine erst bevorstehende Handlung des Beleidigten erfolgen, insbesondere wenn der Eintritt der Handlung sicher oder doch wahrscheinlich ist.

Die sog. bedingte Beleidigung ist strafbar, wenn sie in der Unterstellung erhoben wird, daß der Andere gegebenenfalls die Bedingung erfüllen werde, ihm also die als Bedingung gestellte Handlung zugezerrt wird: Frank N. I 1 Abs. 2, Meyer-Alsfeld 430, Ushausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 7./11. 10 C. 44 111. Ebenso auch v. Liszt 340 N. 1, jedoch mit falscher Begründung, denn es kommt nicht darauf an, ob der heute Urteilende auch bei Eintritt der Bedingung an seinem Urteil noch festhält, sondern nur darauf, ob sein heutiges Urteil ein Ausdruck des Mißtrauens in die Ehrenhaftigkeit ist. Der bedingten Beleidigung steht die mit einem Vorbehalt gemachte gleich.

3. Die Beleidigung ist entweder eine nichttätliche oder tätliche (Verbal-, Realinjurie).

a) Die Verbalinjurie ist eine wörtliche oder schriftliche oder symbolische. Die beleidigende Erklärung muß ernstlich gemeint sein, keine scheinbare, wobei ein geheimer Vorbehalt nicht in Betracht kommt. Wegen des Scherzes vgl. N. 2 Abs. 3. Eine Beleidigung auf der Bühne gilt nicht dem Spieler der Rolle, sondern der Rolle, die er spielt. Die Erklärung muß ferner für die Außenwelt bestimmt sein, der Erklärende also das Bewußtsein haben, daß sie zur Kenntnis Anderer gelangt. Ist dies nicht der Fall, so wird sie auch nicht dadurch zur Beleidigung, daß sie durch eine Fahrlässigkeit des Täters, z. B. er läßt das die Äußerung enthaltende Tagebuch fahrlässig in andere Hände kommen, betannt wird, denn die Tat muß eine vorsätzliche sein und zu dem Vorjag gehört auch das gedachte Bewußtsein: Rüdorff-Stenglein N. 8. Die Vertraulichkeit der Äußerung schließt auch das gedachte Bewußtsein nicht aus, sondern ist nur ein Moment für die Beurteilung des Vorjages: Meyer-Alsfeld 430, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2. Es gibt aber eine Enge der Vertraulichkeit, welche der Kundgebung den Charakter der Beleidigung nimmt: wenn z. B. ein Ehegatte die Äußerung an seinen Gatten macht, der Mann in einem an dritte Stelle weisende Frau gerichteten Schreiben, und die Frau den Brief bei ihrer Abreise zu vernichten oder mitzunehmen verjagt, so wird die Äußerung nicht dadurch strafbar, daß der Brief von Anderen gefunden

und gelesen wird; a. M. Olshausen N. 8 Abj. 1. Besteht die Äußerung in der Behauptung einer Tatsache, so ist es nicht erforderlich, daß die Tatsache als unzweifelhaft hingestellt wird: Olshausen N. 8 Abj. 2 und RG. 1./5. 00.

b) Die tätliche Beleidigung ist eine solche, welche unmittelbar gegen die Person, gegen den Körper des Beleidigten begangen wird („injuria quae in corpus inferitur“), so daß jede andere Beleidigung, auch der fehlgeschlagene Angriff auf den Körper, eine Verbalinjurie ist: Berner 481, Binding Lehrb. I 172, Hälschner II 188, Olshausen N. 9, v. Wächter 394. Dagegen erachten Franf N. IV, v. Liszt 341 und Meyer-Altfeld 430 N. 15 den fehlgegangenen Angriff, z. B. die fehlgehende Ohrfeige, für eine tätliche. Endlich Rüdorff-Stenglein N. 11 versteht unter tätlicher Beleidigung auch „diejenige Ehrenkränkung, zu deren Begehung die Verletzung eines anderweitigen „Rechtes als Mittel dient, z. B. eine Gewalttätigkeit, Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit, Eigentumsbeschädigung (z. B. man wirft animo injuriandi jemandem die Fenster ein)“, so daß der größte Teil der Delikte in Idealkonkurrenz mit der Realinjurie treten könnte. Dabei hält Rüdorff-Stenglein aber daran fest, daß die symbolische Beleidigung keine tätliche ist.

Von der Körperverletzung unterscheidet die Realinjurie sich dadurch, daß sie weder eigentliche Mißhandlung noch Gesundheitsbeschädigung, wohl aber einen ehrenkränkenden Charakter und stets Vorfaß erfordert. Versuchte Mißhandlung kann vollendete Realinjurie enthalten. Bei mittels Körperverletzung verübter Realinjurie oder durch Realinjurie fahrlässig verursachter Körperverletzung findet § 73 Anwendung. Vgl. Schütze 358 N. 2.

4. Was die Person des Beleidigten anbetrifft, so

a) muß diese ein lebender Mensch sein: ein bereits verstorbener kann ebensowenig beleidigt werden wie ein noch nicht geborener: Berner 480, Binding Lehrb. I 134, 139, Birmeyer Enzykl. 1169, Doehow S. S. III 360, Franf Abchn. 14 N. II 3, Hälschner II 199, v. Liszt 335, Meyer-Altfeld 423, Olshausen N. 2b und § 189 N. 1, Schütze 361. Auch die in § 189 mit Strafe bedrohte Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen ist keine Beleidigung des Verstorbenen: RG. 26./11. 85 C. 13 95; vgl. § 189 N. 1. Wer einen vermeintlich Verstorbenen schmätzt — die Realinjurie ist obnehin nach der Natur der Sache ausgeschlossen —, entbehrt des Dolus: Binding Lehrb. I 139 N. 5; RG. 5./7. 94 C. 26 33, — richtiger vielleicht, es fehlt das taugliche Objekt.

b) Daß der Beleidigte das Bewußtsein der Ehre hat und die an sich verständliche beleidigende Kundgebung versteht, ist nicht erforderlich. Somit können auch unentwidelte Kinder und Geistesfranke beleidigt werden: Binding Lehrb. I 139, 142, 146, Birmeyer Enzykl. 1169, Doehow S. S. III 338, Hälschner II 173, Meyer-Altfeld 424, 431, Olshausen N. 7, Lppenhoff-Delius N. 4, Schütze 355, v. Schwarze N. 6; RG. 2./5. 84 C. 10 372, 3./10. 95 C. 27 366, 19./2. 97 C. 29 398. Wachenfeld S. R. II 299 verlangt zur Verbalinjurie, daß die Kinder und Unzurechnungsfähigen das beleidigende Wort verstehen. Franf Abchn. 14 N. II 1, 2 erkennt bei den Kindern die passive Beleidigungsfähigkeit „von dem Augenblicke an, da der Charakter des Kindes eine seine Stellung „in der menschlichen Gesellschaft beeinflussende Beurteilung erfährt“, räumt aber ein, daß „sich dieser Zeitpunkt nicht genau bestimmen läßt“. Eine gegen einen Geisteskranken gerichtete Handlung kann nach ihm nur insofern Beleidigung sein, als sie sich auf die sozialen Werte bezieht, die der Geisteskrante in der Gegenwart noch hat oder in der Vergangenheit hatte — als ob bei dem Gesunden auch zukünftige Werte in Betracht kommen müßten. Nicht weiter führt die Unterscheidung bei Liszt 336, wonach die Beleidigungsfähigkeit der Kinder erst dann eintritt, sobald sie in irgendeinem Pflichtentreis, etwa in der Schule, eintreten und das Bewußtsein dieser Pflichten besitzen.

c) Die Person des Beleidigten muß eine bestimmte sein. Sie ist dies, wenn sie vom Täter in irgendwelcher Weise kenntlich gemacht ist, sollte sie auch nur in einer dem Beleidigten selbst erkennbaren Weise bezeichnet werden. Sie braucht aber nicht ausdrücklich genannt zu sein, sodaß die Angabe eines Merkmals, eine verständliche Hinweisung oder Anspielung genügt, also auch der unbekannte Urheber einer Handlung beleidigt werden kann: Berner 478, Binding Lehrb. I 142, Doehow S. S. III 385, Hälschner II 166, Meyer-Altfeld 424, Olshausen N. 8 Abj. 1 und N. 10a, Lppenhoff-Delius N. 10, v. Schwarze N. 7.

d) Die Frage, ob eine Mehrheit von Personen unter einer Gesamtbezeichnung beleidigt werden könne, ist mit der Maßgabe zu bejahen, daß der Beleidiger sich der Bezeichnbarkeit der Bezeichnung auf sämtliche unter den Begriff fallenden Personen bewußt gewesen ist und bestimmte Personen erkennbar sind: v. Liszt 337, Meyer-Altfeld 424, Olshausen N. 10b, Rüdorff-Stenglein N. 13; RG. 7./1. 81 C. 3 246, 3./11. 82 C. 7 169, 3./7. 83 C. 9 1, 26./10. 88 C. 18 167. Erteres ist um so unwahrscheinlicher und letzteres um so unmöglicher, je umfassender die Bezeichnung ist. Somit ist es wesentlich eine Tatfrage, wann durch Schmähung einer Gesamtheit der dazugehörige Einzelne beleidigt ist: RG. 31./1. 80 C. 1 178, 25./10. 80 C. 3 112. Hälschner II 167 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß, wenn der Täter seiner Äußerung nur eine durchdrühtliche Geltung beilegte, er die Äußerung nicht auf alle Einzelnen beziehen wollte. Dies ist aber regelmäßig der

Fall, wenn ihm die unter die Kollektivbezeichnung Fallenden nach Person, Namen und Anzahl unbekannt, und das Gegenteil ist unmöglich, wenn die Zahl eine so große, daß ihm die Einzelnen notwendigerweise unbekannt sind. So hat z. B. ein sozialdemokratischer Redner durch Wiederholung des bekannten Börneischen Ausspruches, alle Deutschen seien Bedientenheulen, nur ein durchschnittliches Urteil abgeben wollen, denn wenn nicht alle sozialdemokratisch Gesonnenen hat er jedenfalls sich selbst ausgenommen. Gleichwohl hat das RG. den Satz aufgestellt, es komme nicht darauf an, ob dem Täter die unter die Kollektivbezeichnung Fallenden bekannt seien: 7./3. 83 C. 9 1, 14./6. 98 C. 31 189, und die Annahme einer Gesamtbeleidigung in unzulässiger Weise ausgedehnt. Man kann seine Rechtspredung gelten lassen bezüglich des Offizierkorps einer Garnison: 7./1. 81 C. 3 246, der Mitglieder einer Generalsynode: 25./10. 80 C. 3 12, der „konserватiven Mehrheit“ der Wahlmänner eines bestimmten preussischen Wahlkreises: 3./7. 83 C. 9 1. Man muß sie aber für verfehlt erachten bezüglich der Großgrundbesitzer, insbesondere der Provinz Ostpreußen: 2./1. 00 C. 30 46; bezüglich der in verschiedenen preussischen Provinzen mit Preußen polnischer Nationalität durcheinander wohnenden Deutschen: 14./6. 98 C. 31 185; bezüglich der Soldaten der bayerischen Armee: 29./3. 81, des preussischen Richterstandes: 29./1. 80, aller christlichen Geistlichen: 25./1. 00. Das Urteil betr. den preussischen Richterstand wird auch von Frank Abchn. 14. N. III, Geyer II 36, Hälschner II 167 N. 2, Lisshausen N. 10 b Abf. 3 getadelt; konsequenterweise hätte das RG. das erstinstanzliche Urteil wegen Verstoßes gegen StW. § 22 Nr. 1 kassieren müssen. Wenn behauptet wird — z. B. von Binding Lehrb. I 143, Frank a. a. D., RG. 3./11. 82 C. 7 169 —, daß jeder Angehörige des Kollektivganzen als beleidigt betrachtet werden dürfe, wenn die Worte „ohne Ausnahme“ zugefügt würden, so kann nur zugegeben werden, daß jedenfalls der anwesende Angehörige als beleidigt zu gelten hat, wenn er nicht in erkennbarer Weise ausgenommen wird.

e) Mit Recht wird überwiegend angenommen, daß juristische Personen wie nicht beleidigen, so auch nicht beleidigt werden können; Lisshausen N. 11 b irrt sich, wenn er für die gegenteilige Ansicht die Gemeine Meinung anruft. Juristische Personen, Korporationen oder andere durch einen Kollektivbegriff besaßte Personenmehrheiten können nicht als solche, sondern nur insofern beleidigt werden, als mittels der Beleidigungen die einzelnen durch den Kollektivbegriff bezeichneten physischen Personen betroffen werden, da die Ehre ein Attribut der Persönlichkeit und nur diese einer Ehrenkränkung fähig ist: RG. 22./11. 10 C. 44 143. Das positive Recht hat jedoch hiervon zwei Ausnahmen gemacht, indem in § 196 die Beleidigungsfähigkeit der Behörden, in § 197 die gewisser politischer Körperschaften anerkannt wird. Die Annahme, daß daselbst lediglich die Antrags- und Ermächtigungsbefugnis geregelt, über die materielle Strafbarkeit der Beleidigung aber keine Bestimmung getroffen werde, ist verfehlt. Denn abgesehen davon, daß das Gesetz ausdrücklich von der Beleidigung „gegen“ die Behörde, „gegen“ die politische Körperschaft spricht, wäre es unverständlich, wie der Gesetzgeber dazu hätte gelangen sollen, die Antrags- bzw. Ermächtigungsbefugnis für ein Vergehen zu fordern, welches, wenn jene Annahme richtig wäre, gar nicht begangen werden könnte. Die praktische Bedeutung dieser beiden Ausnahmen ist die, daß die Behörde, die politische Körperschaft in Beziehung auf Beleidigungen als Personeneinheit behandelt wird, es daher nicht erforderlich ist festzustellen, daß durch die Beleidigung alle oder doch einzelne bestimmte Mitglieder, sondern nur, daß die als Person gedachte Behörde und Körperschaft als solche in ihren Funktionen, ihrer amtlichen Tätigkeit beleidigt ist. Hiermit stimmen überein Berner 479, Binding Lehrb. I 140, Birkmeyer Guzylf. 1169, Dochow S. N. III 339, 355, Geyer II 36, Hälschner II 179, v. Liszt 336, Meyer-Alsfeld 423, Lisshausen N. 11 b, N. 12, Oppenhoff-Delius N. 7, v. Schwarze 541, Wachenfeld N. II 299; RG. 12./4. 81 C. 4 75. N. N. sind Frank Abchn. 14 N. 4, Merkel 290, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schütze 355; v. Wächter 388, und auch Lisshausen räumt die Beleidigungsfähigkeit der juristischen Personen an sich ein, aber es herrscht darüber kein Streit, daß die sog. Stiftungen nicht beleidigt werden können, und zwar deshalb nicht, weil bei ihnen das persönliche Substrat fehlt. Endlich die „Beischimpfung“ des § 166 deckt sich keineswegs mit der Beleidigung; a. N. Merkel 290.

f) Das frühere Gemeine Recht kannte eine indirekte oder mittelbare Beleidigung, wenn sich nämlich ein Dritter, weil seine Persönlichkeit mit der des Verletzten gleichsam in Eins verwachsen ist, in der gekränkten Person mitbeleidigt fühlt, und nahm eine solche *unitas personae* an bei dem Hausvater und den Hausfindern, dem Ehemann und der Frau. Dem geltenden Recht ist diese mittelbare Beleidigung fremd: Berner 479, Geyer II 37, Hälschner II 166, Lisshausen N. 4, Schütze 355.

Nicht zu verwechseln ist damit die gleichzeitige Beleidigung, wenn die gegen den Einen ausgesprochene Beleidigung zugleich einer Beleidigung eines Zweiten ist; wer z. B. den Ehemann einen Hahnrei nennt, nennt zugleich die Ehefrau eine Ehebrecherin. Hier liegt Zuealkonturrenz mehrerer Beleidigungen vor. Vgl. Berner, Hälschner, Lisshausen, Schütze (N. 4) a. a. D., Meyer-Alsfeld 424, v. Wächter 395.

5. Daß die beleidigende Kundgebung eine rechtswidrige sein muß, und daß die Widerrechtlichkeit nicht vorliegt, wenn der Täter zu der Kundgebung vermöge seines öffentlichen oder privatrechtlichen Verhältnisses zum Beleidigten unter den obwaltenden Umständen berechtigt oder gar verpflichtet ist, versteht sich so sehr von selbst, daß die übliche Hervorhebung dieses Erfordernisses überflüssig erscheint. Gestritten wird über den Ausschluß der Widerrechtlichkeit durch Einwilligung. Die Frage muß bejaht werden. Es handelt sich im Einzelfalle nur darum, ob die Einwilligung nach den persönlichen Fähigkeiten und Zuständen des Beleidigten rechtliche Beachtung verdient. Zunächst muß der Beleidigte zur Zeit der Tat die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung der Handlung als Beleidigung besitzen, was, da die Ehre zwar ein Rechtsgut, aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers ist, nicht mit der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit verwechselt werden darf. Deshalb können die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die besonderen Gründe, aus denen im Einzelfalle die Handlungsfähigkeit oder sonst die Willensfreiheit ausgeschlossen oder beeinträchtigt sein kann, wie Irrtum, Betrug, Zwang, und über die Rechtswirkungen solchen Ausschlusses oder solcher Beeinträchtigung keine Anwendung finden. Ebensovienig kommt es bei dem Zwang darauf an, ob auf seiten des Drohenden die Voraussetzungen des § 240 StGB. erfüllt sind. Die Willensentschließung ist aber dann keine freie, wenn der Wille, als dessen Ausdruck die sich äußerlich betätigende Einwilligung erscheint, nach Lage der Verhältnisse in der Art und dem Maße beeinträchtigt war, daß die Willensentschließung nach den Vorstellungen des täglichen Lebens nicht mehr als Ausfluß der wahren inneren Willensmeinung des von der Tat Betroffenen gelten kann. Bloße außerhalb des Gegenstandes der Einwilligung liegende irrige Beweggründe oder unrichtige Annahme und Auffassung von Verhältnissen, die nur entfernt mit diesem Gegenstande zusammenhängen, kommen dabei nicht in Betracht; erforderlich bleibt stets, daß die Beeinträchtigung und die Willensentschließung untereinander in einem urfächlichen Zusammenhange stehen. Hiermit stimmen überein Binding Handb. I 725, Lehrb. I 146, Frank Abshn. 14 N. IV, Sälchner I 472, Meyer-Malfeld 425, Lisshaujen N. 13 Tbj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 14, Schüze 371; RG. 2./5. 84 E. 10 372, 19. 2. 97 E. 29 397, 3./7. 08 E. 41 392. N. v. Liszt 338, der jedoch mit Recht — es gibt ja eben keine absoluten Injurien, oben N. 2 Abj. 2 — darauf hinweist, daß regelmäßig der Dolus fehlen wird. Die Einwilligung muß endlich von dem Verletzten selbst ausgehen; die des Vertreters genügt nicht: Binding Lehrb. I 146.

6. Die Beleidigung ist vollendet, sobald sie zur sinnlichen Wahrnehmung und zum Verständnis eines Anderen gekommen ist, sei dieser Andere der Beleidigte selbst oder ein Dritter, z. B. ein Briefträger, welcher die offene Postkarte liest: Binding Lehrb. I 145, Birkmeyer Einzsh. 1170, Frank N. I Abj. 2, Sälchner I 187, v. Liszt 338, Merkel 292, Meyer-Malfeld 431, Lisshaujen N. 14 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 25, Rüdorff-Stenglein N. 9 und RG. 13./11. 94 E. 26 202; a. M. Schüze 362 N. 1 bezüglich des Post- (Telegraphen-) Beamten, da dieser nur als „Maschine“ fungiere. Ist die Beleidigung nur zur Kenntnis eines Dritten gelangt, so ist es gleichgültig, ob und aus welchem Grunde sie dem Verletzten selbst unbekannt geblieben ist. Daher wird der Tatbestand der Beleidigung nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß der Verletzte trotz erlangter Kenntnis des Vorganges die Beleidigung als solche nicht empfindet (oben N. 4b). Dies wird von Bedeutung, wenn ein Dritter in Vertretung des Beleidigten oder aus eigenem Recht den Strafantrag stellt.

7. Das Delikt erfordert Vorfaß. Der Beleidigende muß die Kundgebung mit dem Bewußtsein gewollt haben, daß sie die Ehre eines Anderen zu verletzen geeignet ist, wobei Eventualdolus genügt. Dies ist der *animus injuriandi*. Ein Weiteres ist nicht erforderlich. Insbesondere wird die Absicht zu beleidigen nur für die Majestätsbeleidigung und, was allerdings streitig ist, für die Fälle des § 193 verlangt. Wer z. B. auf der Straße eine fremde ihm begegnende Dame umarmt und küßt, ist Injuriant, mag er es auch in einer ganz anderen Absicht getan haben, als sie zu beleidigen. Übereinstimmend Werner 482, Binding Lehrb. I 156, Birkmeyer Einzsh. 1170, Frank N. II, Sälchner II 158, 177, v. Liszt 338, Meyer-Malfeld 430, Lisshaujen N. 15, Oppenhoff-Delius N. 27, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüze 356, v. Wächter 389, Wachenfeld Gr. II 300; RG. 16./12. 81 E. 5 239, 3./11. 82 E. 7 170, 13./11. 94 E. 26 202. Dagegen Merkel 293 hält bei der üblen Nachrede und der Verleumdung eine jahrlängige Begehung für möglich. Endlich Sälchner II 175 verlangt die Absicht zu beleidigen.

Dies gilt auch bezüglich der im Auftrage eines Anderen geschehenen Kundgebung. Es kommt überall auf das Bewußtsein desjenigen an, der die Äußerung macht. Der Anwalt kann sich daher durch das Mandatsverhältnis nicht decken, der Klient nur unter den Voraussetzungen der Anmütigung für die Äußerungen seines Anwalts verantwortlich gemacht werden: Rüdorff-Stenglein N. 5.

8. Die auf Vorschlag der Reichstags-Kom. eingestellte Androhung der Paß will die leichtesten Beleidigungen treffen.

§ 186.

Wer in Beziehung auf einen Anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, wegen Beleidigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Bei der Beleidigung des § 186, der iog. üblen Nachrede, gilt bezüglich der Person des Beleidigten und bezüglich der Vollendung des Delikts dasselbe wie bei der einfachen Beleidigung des § 185; vgl. daselbst N. 4, 6. Sie unterscheidet sich von der einfachen Beleidigung durch die besondere Beschaffenheit der beleidigenden Kundgebung, nämlich die Aufstellung einer konkreten Tatsache, und dadurch, daß sie anderen Personen, also nicht bloß dem Beleidigten zur Kenntnis gebracht werden muß. Außerdem ist ihre Strafbarkeit dadurch bedingt, daß die ehrenrührige Tatsache, in deren Behauptung oder Verbreitung die Kundgebung besteht, nicht erweislich wahr ist.

2. Der Begriff der Tatsache ist hier derselbe wie bei den Delikten der §§ 131, 263. Somit ist Tatsache jeder konkrete Vorgang, welcher in der Gegenwart oder in der Vergangenheit in die Erscheinung getreten und dadurch möglicher Gegenstand wie der Wahrnehmung so der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung geworden ist, auch innere Vorgänge (Absicht, Ziel, Zweck), falls äußere Tatsachen vorliegen, aus denen Andere Schlußfolgerungen auf die inneren zu ziehen vermögen, nicht aber bloß Ergebnisse abstrakter Schlußfolgerungen, subjektive einer realen Unterlage entbehrende Meinungsäußerungen; die Grenzlinie zu ziehen ist Sache der Beurteilung im einzelnen Fall. Wie Binding es ausdrückt: Tatsachen sind Geschehnisse, sei es, daß sie in Entschlüssen allein oder auch in deren Verwirklichung bestehen. Vgl. § 131 N. 4a. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 157, Frank N. 11, Geyer II 37, Meyer-Altfeld 432, Oshausen N. 2a, c, Rüdorff-Stenglein N. 7 und das RG., z. B. 9./1. 80 C. 1 52, 7./7. 96 C. 29 40. Dagegen stehen unter Tatsachen Berner 485, Hälshner II 191 (sehr ausführlich), Oppenhoff-Delius N. 7 und v. Schwarze N. 4 Handlungen, die dem Beleidigten beigemessen werden, v. Liszt 341 was der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich ist, Merkel 292 konkrete, nicht lediglich dem Bewußtsein des Handelnden selbst angehörige Vorgänge. Daß die dem Anderen vorgeworfene Handlung sich in Wahrheit als eine tatsächlich unmögliche darstellt, steht nicht entgegen, da in dieser Beziehung die Behauptung des Beleidigers maßgebend ist: v. Liszt 341, Merkel 432; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 9 Abj. 3 (z. B. Vorwurf der Hexerei). Bloße Urteile und Meinungen, welche der Täter ohne Anführung konkreter Tatsachen ausspricht, fallen als einfache Verbalinjurien unter § 185: RG. 7./7. 96 C. 29 40, 2./5. 02 C. 35 227. Dagegen fällt die in die Form einer persönlichen Meinung gekleidete Kundgebung von Tatsachen („ich meine“) unter § 186, denn auch die nicht in diese Form gekleidete Kundgebung entspricht bei der Behauptung einem Meinen, Glauben, Fürwahrhalten des Behaupteten.

3. Die kundgegebene Tatsache muß, wenn sie wahr ist, geeignet sein, den Beleidigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Es genügt, daß sie dazu geeignet ist; daß die Kundgebung wirklich diesen Erfolg habe, wird vom Gesetz nicht erfordert, jodaß der Tatbestand auch dann gegeben ist, wenn die Kundgebung sich auf den ersten Blick als ungläubhaft ergibt. Die Tatsache muß also für die unbefangene Betrachtung entweder eine solche sein, die aus sittlich verwerflichen Motiven hervorgegangen oder zu sittlich verwerflichen Zwecken geschehen ist, mag auch das Gefühl der Verachtung nur in einzelnen Personen geweckt werden. Oder sie muß aus anderen Gründen, z. B. wegen der in ihr liegenden groben Taktlosigkeit, die berufliche oder soziale Wertschätzung des Beleidigten in der Meinung eines größeren Teils der Bevölkerung, also eines nicht engeren, vertrauten Personenkreises mindert, ihn der ihm bisher gezollten Wertschätzung in einer nicht in das sittliche Gebiet einschlagender Beziehung unwürdig machen. So Frank N. 1 2, wogegen Oshausen N. 4 in inkonsequenter Anlehnung an Hälshner — vgl. § 185 N. 2 Abj. 4 — nur den allgemeinen sittlichen Wert im Auge hat und mit v. Liszt 342 zwischen den beiden Anschauungsformen nur einen quantitativen Unterschied findet. Vgl. auch Meyer-Altfeld 431 N. 3. Hierher gehört — trotz des beschränkenden Widerspruchs von Frank a. a. O. — jede strafbare Handlung, soweit sie in vorräglicher Verlesung des Gesetzes erfolgt; denn mer das Gesetz so wenig achtet, daß er es vorräglich verlegt, wird mit Grund selbst verachtet. Der Richter

hat hierbei, wie Berner 486, Frank R. I 2 und Hälschner II 192 zutreffend bemerken, den Standpunkt der unbefangenen, jede korruptierte, jede Anschauung eines Staufengeistes abneigenden Betrachtung einzunehmen. „Als öffentliche Meinung darf nur die nicht verderbte maßgebend sein. Wenn z. B. in korruptierten Kreisen die Beteiligung am Gottesdienste als verächtlich oder herabwürdigend betrachtet wird, so darf der Richter dieser Korruption keinen Einfluß auf seine Gesetzauslegung gestatten. Das Ausschlagen eines Zweikampfes macht in manchen Kreisen verächtlich: die Behauptung des Ausschlagens ist aber keine Beleidigung; die Annahme eines Zweikampfes verschafft in manchen Kreisen Achtung: dennoch wird derjenige, dem die Annahme nachgesagt worden ist, sich über Beleidigung beklagen dürfen“ (Werner). Vgl. auch Oppenhoff-Delius R. 17 und v. Schwarze R. 5.

Das RG. hat angenommen, daß die in Beziehung auf einen Kaufmann gemachte unwahre Behauptung, er sei zahlungsunfähig geworden bzw. habe seine Zahlungen eingestellt, geeignet sein könne, ihn in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, und zwar sowohl weil diese Behauptung die Aussicht auf die Möglichkeit eines zeitweise Schmälerungen der Ehre mit sich führenden Konkurses eröffne, als auch weil die Nichterfüllung der auf den kaufmännischen Kredit eingegangenen Verbindlichkeiten einen Verstoß gegen die Sittlichkeit enthalten könne: RG. 1./10. 80 C. 2 309, 14./3. 98 C. 31 84. Ist dies richtig, so muß es auch von dem Nichtkaufmann gelten, aber es ist nur richtig bei dem strafbaren Bankrott. Die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung ist an sich kein Verstoß gegen die Sittlichkeit, sondern ein Unglück, zudem ist die Kreditgefährdung in § 187 besonders behandelt, jetzt also eine Kundgebung wider besseres Wissen voraus. Ubereinstimmend Frank R. I 2 und Rüdorff-Stenglein R. 5; zweifelnd auch Dshausen R. 4 Abj. 3.

4. Die Tatsache muß behauptet oder verbreitet sein; vgl. § 131 R. 3. Sie wird behauptet, wenn sie als Gegenstand eigenen persönlichen Wissens, verbreitet, wenn sie als von dritter Seite mitgeteilt hingestellt wird: Binding Lehrb. I 157, Frank R. I 3, Hälschner I 193, John S. S. III 176, v. Liszt 342, Meyer-Alfeld 433, Dshausen R. 2b Abj. 1, Oppenhoff-Delius R. 4, v. Schwarze R. 7, 8; RG. 10./9. 97 C. 30 224, 8./3. 98 31 63, 6./3. 06 C. 38 368. Durch die Benennung eines Gewährsmannes wird unter Umständen die Behauptung, nicht aber die Verbreitung ausgeschlossen: Merkel 292, Meyer-Alfeld und Dshausen a. a. O., Schütze 369, v. Wächter 391 (vgl. jedoch 393).

Auch das nur vermutungsweise Aufstellen einer Tatsache („so viel ich weiß“, „wie ich glaube“) kann ein Behaupten sein, insbesondere im Falle eines Verdachtes eines Delikts: Frank R. I 3, Dshausen R. 2b a, Rüdorff-Stenglein R. 7; a. M. Werner 485, welcher das Vermuten nur nach § 185 strafen will.

Ein Verbreiten liegt nach dem Begriffe dieser Handlung auch dann vor, wenn derjenige, dem die Tatsache mitgeteilt wird, sie bereits kennt: Hälschner II 193, Oppenhoff-Delius § 131 R. 9, Rüdorff-Stenglein R. 6 Abj. 1; a. M. Dochow S. S. III 351. Daß die Hinstellung der Tatsache als einer wahren erfolge, wie Berner 485 und RG. 10./9. 97 C. 30 224 wollen, ist nicht erforderlich: Frank R. I 3, Dshausen R. 2b b; RG. 6./3. 06 C. 38 368. Die Wiedergabe eines Gerüchtes, nach obiger Begriffsbestimmung nicht ein Behaupten, sondern ein Verbreiten: RG. 17./11. 91 C. 22 221, ist dann keine Beleidigung, wenn man ihm wirklich, nicht bloß scheinbar, entgegentritt: Frank und Meyer-Alfeld a. a. O., Dshausen R. 2b c.

Bezüglich der Vertraulichkeit der Mitteilungen vgl. § 185 R. 3 Abj. 2. Nach Frank a. a. O. genügt auch die streng vertrauliche Mitteilung, ebenso nach Liszt 342 und Meyer-Alfeld 433, wogegen Rüdorff-Stenglein R. 6 Abj. 1 den Ausschluß der Beleidigung durch den vertraulichen Charakter der Mitteilung jedenfalls für möglich erklärt und Dshausen R. 2b a zugibt, daß häufig § 193 Platz greifen werde. „Wiefern vertrauliche Mitteilungen, die im guten Glauben gemacht sind, noch als üble Nachrede behandelt werden können, wird dem Richter sein gejunger Takt und seine Kenntnis des geistigen Verkehrs unter rechtschaffenen Leuten jagen. Der Gesetzgeber hat dem „gesellschaftlichen Umgange nicht die natürliche Unbefangtheit rauben und hat dem Richter „nicht zu einem in die engsten persönlichen Verhältnisse einbringenden Großinquisiteur machen „wollen“: Berner 487.

5. Die Tatsache muß in Beziehung auf einen Anderen behauptet oder verbreitet sein. Damit ist ausgesprochen, daß sie nicht lediglich dem Beleidigten selbst gegenüber behauptet sein darf, sondern wenigstens einer dritten Person, gleichviel ob in Anwesenheit oder Abwesenheit des Beleidigten, mitgeteilt sein muß. Auch im Falle der einfachen Beleidigung kann die beleidigende Kundgebung zunächst einem Dritten, also erst auf einem Umwege dem Beleidigten selbst zur Kenntnis gekommen sein, aber im Falle des § 186 muß sie sich gemäß dem Willen des Beleidigers an einen Dritten richten, widerigenfalls nur § 185 zur Anwendung kommt. So Berner 485, Birkmeyer Enzykl. 1170, Dochow S. S. III 349, Frank R. I 4, Hälschner II 192, Merkel 292, Meyer 433, Dshausen R. 3b, Oppenhoff-Delius R. 4–6, Rüdorff-Stenglein R. 4, Schütze 361 R. 8; RG. 29./6. 81 C. 4 401, 30./11. 82 C. 7 285, 7./7. 96 C. 29 40, 17./1. 08 C. 41 61. A. M., nämlich daß auch die Äußerung gegenüber dem Beleidigten unter vier Augen genüge, Binding Lehrb. I

158. Der Tatbestand ist also auch dann gegeben, wenn der Beleidigte (ein Kreislandrat) das beleidigende Schreiben dem Willen des Schreibers gemäß kraft amtlicher Verpflichtung einem Dritten (dem Kreisauschuß) mitteilt: RG. 17./1. 08. E. 41 61. Wird eine Behörde beleidigt (§ 196), so muß die Beleidigung auch zur gewollten Kenntnis anderer, außerhalb der Behörde stehender Personen gekommen sein: RG. 30./11. 82. E. 7 285.

6. Ein straf erhöhender Umstand ist es, wenn die üble Nachrede öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen wird.

Für die Öffentlichkeit ist wie bei dem Delikt des § 110 — dajelbst N. 5a! — nicht der Ort der Tat, sondern der Umstand maßgebend, daß die Kundgebung unmittelbar zur Kenntnis unbestimmt welcher und wie vieler Personen gelangen kann; die Öffentlichkeit bildet also den Gegensatz zu einer ausschließlichen Richtung der Kundgebung auf bestimmte Einzelne: Dochow S. S. III 351, Frank N. III 1, Hälschner II 196, v. Liszt 342, Merkel 392, Meyer-Altfeld 434, Lisshaujen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 23—26, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schütze 361, 238 N. 25; RG. 13./11. 05. E. 38 207, 10./12. 08. E. 42 112. Die Beleidigung ist somit eine öffentliche, wenn sie in einer zur Post gegebenen Postkarte oder in der Adresse eines zur Post gegebenen Briefes enthalten ist: Lisshaujen a. a. O. und Rüdorff-Stenglein N. 6 Abt. 2; a. M. Schütze 239 N. 26. Wenn Binding Lehrb. I 166 die Öffentlichkeit dahin erklärt: „wenn die Begehung nicht für die „ausschließliche Wahrnehmung individuell bestimmter Personen berechnet ist“, und als Beispiel die auf die Post gegebene Postkarte nennt, so ergibt schon dies Beispiel die Irrigkeit seiner Erklärung, denn die Postkarte ist sicherlich nicht für die Wahrnehmung nicht individuell bestimmter Personen „berechnet“.

Zur Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen vgl. §§ 41 N. 4, 110 N. 5b. Zur Vollendung des Delikts ist auch hier — vgl. § 185 N. 6 — erforderlich, daß der Inhalt der Schrift usw. zur Kenntnis eines Dritten gelangt: Dochow S. S. III 347, Hälschner II 197 N. 2, Lisshaujen N. 6b; a. M. Oppenhoff-Delius § 185 N. 3.

7. Das Gesetz bestimmt, daß die üble Nachrede nur dann zu bestrafen ist, wenn der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache nicht geliefert, also strafrei bleibt, wenn die Wahrheit bewiesen wird. Es braucht nicht bewiesen zu werden, daß die Tatsache unwahr ist, sondern es genügt, daß einerlei aus welchem Grunde, ihre Wahrheit nicht bewiesen wird. Die Richterweislichkeit der Wahrheit gehört also nicht zum Tatbestande des Delikts, sondern ist eine außerhalb des Tatbestandes liegende prozessuale Bedingung der Strafbarkeit: Virkmeyer Enzykl. 1171, Hälschner II 195, v. Liszt 342, Meyer-Altfeld 434, Lisshaujen N. 7; RG. 2./11. 82. E. 7 207, 28./9. 83. E. 9 150, 23./9. 89. E. 19 386; a. M. Binding Lehrb. I 146, Frank N. II, Rüdorff-Stenglein N. 8. Somit gehört das Bewußtsein der Richterweislichkeit nicht zum Dolus: Frank, v. Liszt und Meyer-Altfeld a. a. O., Hälschner II 194, Merkel 293, Lisshaujen N. 8 Abt. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9 und RG. 30./10. 82. E. 8 171, 23./9. 89. E. 19 386, 27./4. 94. E. 25 355; a. M. Binding Normen II 610, Lehrb. I 158. Weder der Mangel des Bewußtseins, daß die Tatsache nicht erweislich wahr, noch selbst ihr Fürwahrhalten schließt den Dolus aus, selbst dann nicht, wenn eine Unbekanntschaft mit gewissen anderen Tatsachen oder eine Verwechslung, z. B. eine Personenverwechslung, zugrunde liegt: RG. 28./9. 83. E. 9 150, 7./7. 96. E. 29 44.

Das Gesetz geht von der Erwägung aus, es könne von demjenigen, welcher seinem Nebenmenschen Übles nachredet, verlangt werden, daß er die Beweise liefern und nicht ohne solche die Ehre eines Anderen schädige; nur die Nachrede erweislich wahrer Tatsachen ist frei. Dadurch wird aber keineswegs, wie Frank N. II will, dem Angeklagten die Beweislast aufgebürdet, vielmehr hat der Richter wie überall im Strafprozeß, so auch hier von Amts wegen zu verfahren, wobei jedoch der Angeklagte, wie überall im Strafprozeß, so auch hier im Interesse seiner Verteidigung das Recht hat, dem Richter Umstände und Beweismittel zur Hand zu geben: Binding Normen II 610, Lehrb. I 149, Dochow S. S. III 350, Hälschner II 201, Meyer-Altfeld 434, Lisshaujen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 8. Ein Antrag des Angeklagten auf Aufnahme des Wahrheitsbeweises darf nicht um deswillen abgelehnt werden, weil das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgehe (§ 192), daher eine Bestrafung aus § 185 gerechtfertigt sei: RG. 11./2. 80. E. 1 260. Es ist nicht erforderlich, daß der Beweis der Wahrheit in allen Einzelheiten und Nebenpunkten geführt, sondern es genügt, wenn die Tatsache ihrem wesentlichen Inhalt nach erwiesen wird: Meyer-Altfeld 432, Lisshaujen N. 9 Abt. 1, Rüdorff-Stenglein N. 9 und RG. 7./4. 80. E. 2 2; a. M. Oppenhoff-Delius N. 14. Die Richterweislichkeit bedarf auch dann der Feststellung, wenn der Angeklagte keinen Versuch des Erweises gemacht hat: RG. 13./10. 80. E. 2 379.

8. Wie jede Beleidigung erfordert die üble Nachrede Vorsatz; a. M. nur Löning 60 und Merkel 293. Eventualdolus genügt. Eine Absicht zu beleidigen ist auch hier — § 185 N. 7 Abt. 1 — nicht erforderlich. Zum Dolus gehört:

a) das Bewußtsein, daß die Tatsache geeignet ist, den Anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, also auch das Bewußtsein der Beziehung auf den Beleidigten;

b) das Bewußtsein der Richtung der Kundgebung an einen Dritten, also des Gelangens zur dritten Kenntnis;

c) bei den qualifizierten Vergehen das Bewußtsein der Öffentlichkeit: Frank N. III 1, Meyer-Alfeld 435, Olshausen N. 6a Abj. 2; RG. 10./12. 08 C. 42 112.

9. § 186 als das speziellere Gesetz schließt die Anwendbarkeit des § 185 aus, sodaß Ideal-Konkurrenz nur insoweit stattfindet, als die Äußerung auch — in begleitenden Worten — eine formale Beleidigung enthält: Frank N. IV, Meyer-Alfeld 435, Olshausen N. 1 Abj. 3 und RG. 21./9. 93 C. 24 269, 17./1. 08 C. 41 61, 23./5. 08 C. 41 277; a. M. wegen § 192 v. Liszt 341.

§ 187.

Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen Anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird wegen verleumderischer Beleidigung mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und, wenn die Verleumdung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist, mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängnis ermäßigt, oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

1. Die verleumderische Beleidigung, Verleumdung unterscheidet sich dadurch von der üblen Nachrede, daß ihr eine unwahre Tatsache zugrunde liegt, und daß sie „wider besseres Wissen“, also mit Kenntnis der Unwahrheit der Tatsache geschieht, wogegen der üblen Nachrede sowohl eine wahre als auch eine unwahre Tatsache zugrunde liegen kann, indem es genügt, daß die Tatsache „nicht erweislich wahr“ ist, und sie ferner mit dem Bewußtsein der Unbeweisbarkeit der Tatsache, aber auch im guten Glauben geschehen kann. Ist die Tatsache wahr, so kann gleichwohl der Tatbestand der einfachen Beleidigung gegeben sein (§ 192). Hat der Täter die Unwahrheit nicht gekannt, so sündet — vgl. jedoch unten N. 2 legt. Abj.! — § 186 Anwendung. Vgl. Berner 486, Schütze 361 N. 7, v. Wächter 390.

Eine Verurteilung nach § 187 kann nur erfolgen, wenn die Unwahrheit der Tatsache und die Kenntnis dieser Unwahrheit bewiesen ist. Die Unfähigkeit des Täters, die Wahrheit zu beweisen, genügt nicht. Ebenjowenig vermag der Umstand, daß der Beleidigte von der ihm vorgeworfenen Handlung freigesprochen ist, einen zwingenden Schluß auf die wissenschaftliche Unwahrheit zu begründen, da der Beleidiger immerhin glauben konnte, der Bezichtigte sei nur nicht überführt gewesen, aber doch schuldig: Binding Normen II 612 und Lehrb. I 150, Hälschner II 203, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius § 190 N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 1. Der Beweis der Kenntnis ist nicht schon in der Feststellung eines Mangels der Überzeugung von der Wahrheit gegeben, das Wissen muß ein bestimmtes sein, Eventualdolus genügt nicht: Binding Lehrb. I 159, Frank N. I Abj. 2, Hälschner II 197, v. Liszt 343 N. 10, Meyer-Alfeld 434, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 10./10. 99 C. 32 302.

2. Das Gesetz stellt zwei selbständige Delikte mit dem gemeinsamen Namen „verleumderische Beleidigung“ unter dieselbe Strafbestimmung.

Wegen der Verleumdung im engeren Sinne vgl. im übrigen die Ausführungen zu § 186. Die Kreditgefährdung braucht keinen ehrenkränkenden Charakter zu haben: RG. 28./11. 10 C. 44 158. Der Charakter der Ehrverletzung verpflichtet sich bei ihr so sehr, daß sie in Wirklichkeit keine Beleidigung, sondern eine Vermögensgefährdung ist: Berner 478, Binding Normen II 483 und Lehrb. I 160, Dochow H. S. III 356, Hälschner II 198, Meyer-Alfeld 421, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 366 N. 7, v. Schwarze N. 6; a. M., v. Liszt 335 (die wirtschaftliche Seite der Ehre) und Merkel 293 (die soziale Geltung einer Person). Somit erfüllt auch die Nachrede einer Insolvenz durch unverschuldete Unglücksfälle den Tatbestand. Kredit ist das Vertrauen, welches jemand hinsichtlich der Erfüllung seiner vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt: Binding Lehrb. I 160, Frank N. I, Olshausen N. 6. Diesen Kredit

genießt der Nichtkaufmann und der Kaufmann. Da das Delikt keine Körperverletzung, kann es gegen jeden Träger von Vermögensrechten begangen werden, nicht bloß gegen den Einzelnen, sondern auch gegen nichtphysische, insbesondere gegen juristische Personen: Berner 479, Binding Lehrb. I 160, Dochow S. S. III 356, Frank N. I Abj. 1, Hältschner II 198, v. Liszt 343, Meyer-Altfeld 423, Olshausen N. 6 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze § 186 N. 4. Eine wirkliche Schädigung des Kredit ist nicht erforderlich: Hältschner II 198, Olshausen N. 6 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6.

Die Kreditgefährdung ist übrigens nur als verleumderische Beleidigung strafbar, nicht als üble Nachrede: Berner 486 und oben § 186 N. 3 Abj. 2.

3. Idealkonkurrenz — bezüglich der mit § 185 vgl. § 186 N. 9 — ist möglich insbesondere mit der falschen Anschuldigung nach § 164: Birkmeyer Enzykl. 1195, Frank § 164 N. V, v. Liszt 597 N. 6, Meyer-Altfeld 519, Olshausen N. 7, Oppenhoff-Delius § 164 N. 20, Rüdorff-Stenglein § 164 N. 12, Schütze 318 N. 3; RG. 29./6. 96 C. 29 54. N. N. Binding Handb. I 365 und Lehrb. I 160, Hältschner II 901, Merkel 408, anscheinend auch Berner 439 und v. Wächter 500. Idealkonkurrenz ist auch möglich mit Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909 § 15 (Reichs-Gesetzb. 499): Frank N. II und RG. 8./3. 98 C. 31 63, 14./3. 98 C. 31 84.

§ 188.

In den Fällen der §§ 186 und 187 kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegendende Buße bis zum Betrage von sechs-tausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

1. Das StGB. kennt die Geldbuße nur bei der üblen Nachrede und Verleumdung und bei der Körperverletzung. Sie findet sich außerdem in einer Anzahl Nebengesetze, insbesondere in den jög. Urhebergesetzen, in denen das Höchstmaß mehrfach bis zu 10 000 M. steigt; vgl. die Aufzählung bei v. Liszt 269.

Über ihren Charakter sind drei Ansichten aufgestellt worden. Sie wird nämlich aufgefaßt:

- a) als Strafe, „Privatstrafe“: Wahlberg S. S. II 441;
- b) als gemischter Natur, teils Privatstrafe teils Schadenserzatz: Merkel 235, Schütze 364, v. Schwarze N. 1, v. Wächter 342, 399 (v. Wächter, Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1874);
- c) als Schadenserzatz: Berner 235, Binding Grundr. 268 und Lehrb. I 52 (Schmerzensgeld oder Schadenserzatz), Birkmeyer Enzykl. 1142, Dambach S. S. III 1041, Dochow S. S. III 374, Jinger I 505, Frank T. I Abjchn. I N. III 2, Geyer S. S. III 550 und IV 378, Hältschner I 601 und II 213, v. Lilienthal 54, v. Liszt 270, Meyer-Altfeld 303, Olshausen N. 2 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3, 7, Wachenfeld SN. II 275, 283; RG. 22./5. 85 C. 12 224, 7./3. 87 C. 15 352, 20./11. 93 C. 24 397, 19./11. 98 C. 31 334.

Wenn man den Wortlaut des Gesetzes betrachtet: „neben der Strafe“, „weiteren Entschädigungsanspruches“, in mehreren Nebengesetzen: „statt der Entschädigung“, so ergibt sich die dritte Ansicht als die richtige, obgleich mit einem rein privatrechtlichen Charakter der Buße ihre Abhängigkeit von der Bestrafung des Täters und die Begrenzung ihres Höchstbetrages offenbar im Widerspruch stehen.

Die Buße ist eine Ausgleichung der Übel, welche die Tat in der Sphäre des Verletzten verursacht hat, umfaßt daher nicht lediglich die vermögensrechtlichen, sondern auch die ideellen, psychischen oder sonstigen unschätzbaren Nachteile: Frank, v. Lilienthal, Merkel, Meyer-Altfeld a. a. S., v. Liszt 247, Olshausen N. 2 Abj. 3, RG. 7./3. 87 C. 15 352; a. M. für § 188 Oppenhoff-Delius N. 17.

2. Daraus, daß die Buße keine Strafe, sondern allerdings von der Bestrafung abhängiger, Schadenserzatz ist, ergeben sich folgende Konsequenzen:

- a) der Anspruch auf ihre Leistung steht nicht dem Staate, sondern dem Beleidigten zu. Die Bußsumme ist nicht an die Staatskasse, sondern an ihn zu entrichten. Die Begnadigung des Täters ist auf seine Verpflichtung, die Buße zu zahlen, ohne Einfluß: Berner 235, Binding Grundr. 259, v. Liszt 271, Meyer-Altfeld 305, v. Wächter 403.

b) Auf die Buße darf nur auf Verlangen des Beleidigten, niemals von Amtswegen erkannt werden.

c) Ihre Beitreibung auf Grund des Urteils als Schuldtitel erfolgt nicht durch die Strafvollstreckungsbehörde, sondern durch den Beleidigten selbst und zwar so wie die einer gewöhnlichen urteilsmäßigen Zivilforderung.

d) Während die Geldstrafe aus dem Vermögen des Verurteilten selbst gezahlt werden muß, kann die Buße durch jeden Dritten mit der Wirkung einer Tilgung der Schuld erlegt werden.

e) Der Anspruch ist höchstpersönlicher Natur, kann daher nur von dem Beleidigten selbst bzw. seinem gesetzlichen Vertreter, nicht von einem Zejjionar: RG. 30./3. 96 C. 28 301, nicht von dem Ehegatten (§ 195), auch nicht von dem amtlichen Vorgeetzten (§ 196) geltendgemacht werden. Er untersteht aber auf der einen Seite der Disposition des Beleidigten vor wie nach der Zuerkennung, also durch Nichtgeltendmachung, Vergleich mit dem Täter, Zurücknahme des Verlangens: Binding Grundr. 268, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abj. 2 und RG. 19./11. 98 C. 31 332; a. M. Dshaujen N. 2 Abj. 3 und N. 8 Abj. 5. Auf der anderen Seite unterliegt die Disposition über die zuerkannte Buße — ein eigentlicher Anspruch, eine Forderung auf Leistung der Buße wird eben erst durch das rechtskräftige Urteil geschaffen! — denselben Beschränkungen, Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen wie jede andere vermögensrechtliche Disposition.

f) Anders als die Geldstrafe kann die Buße im Konkurse wie jede nichtprivilegierte Geldforderung geltendgemacht werden (KonkD. §§ 61 Nr. 6, 63 Nr. 3).

g) Die Umwandlung der nicht betreibbaren Buße in Freiheitsstrafe findet nicht statt: Berner 235.

h) Wie die Geldstrafe (§ 30) kann auch die Buße in den Nachlaß des Täters vollstreckt werden, wenn das Urteil bei dessen Lebzeiten rechtskräftig geworden: Binding Handb. I 813, Finger I 571, Heinze S. S. II 591, Dshaujen § 30 N. 4.

i) Nach eingetretener Rechtskraft ist die Buße vererblich.

k) Bei Beleidigung mehrerer Personen durch eine und dieselbe Handlung kann jeder Beleidigte die volle Buße fordern.

l) Bei einer Mehrheit von als Täter oder Teilnehmer beteiligten Personen kann der Beleidigte die Buße nur einmal verlangen, aber sein Verlangen auf einen einzelnen Beteiligten beschränken: Häljchner II 604, Frank N. I 2, Meyer-Allfeld 305, Dshaujen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 8.

m) Mehrere Schuldner derselben Buße haften als Gesamtschuldner. Dies ist in § 231 und in den Nebengesetzen ausdrücklich ausgesprochen, gilt aber auch für § 188: Berner 235, Binding Grundr. 270, Finger I 507, Frank N. I 2, Häljchner I 603, v. Liszt 270, Merkel 234, Meyer-Allfeld 305, Dshaujen N. 9 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6; a. M. Oppenhoff-Delius N. 29, Schüge 364 N. 5, v. Schwarze N. 10. Eines Auspruchs der Gesamtverbindlichkeit bedarf es im Urteil nicht: Dshaujen § 231 N. 1, Oppenhoff-Delius N. 7, Schüge 400.

n) Im Fall der Idealkonkurrenz kann auf Buße auch dann erkannt werden, wenn die Strafe aus einem anderen Gesetz verhängt wird: Binding Grundr. 269, 291, Dochow S. S. III 376, Finger I 508, Frank § 73 N. VI 2, v. Liszt 270, Meyer-Allfeld 304, Dshaujen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 20 und § 231 N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 22./5. 85 C. 12 223. A. M. Merkel S. S. IV 229.

o) Die Buße kann — anders bei dem zivilprozessualischen Entschädigungsanspruch, vgl. BGB. § 852 — verlangt werden, solange die Strafklage nicht verjährt ist: Dshaujen § 67 N. 6; a. M. Meyer-Allfeld 305. Der durch rechtskräftiges Urteil festgestellte Bußanspruch verjährt nicht mit der Strafvollstreckung, sondern nach BGB. § 218 in dreißig Jahren; vgl. über diese streitige Frage § 70 N. 3 Abj. 4.

p) Im Falle des § 2 Abj. 2 kommt die Buße bei der Ermittlung des mildesten Strafgesetzes nicht in Betracht.

q) Die Landesgesetzgebung darf auf dem ihr freigelassenen Gebiete — GG. § 5 — Buße androhen: Binding Handb. I 325, v. Liszt 269, Dshaujen GG. § 5 N. 7, Oppenhoff-Delius ebenda N. 8.

3. Der Anspruch auf Buße ist in den reichsgesetzlich vorgehenden Fällen strafrechtlich limitiert:

a) Voraussetzung ist ein auf Strafe lautendes Urteil. Eine Buße kann somit nicht auferlegt werden, wenn, einerlei aus welchem Grunde, eine Verurteilung in Strafe nicht erfolgt; dies gilt auch für die Fälle der §§ 199, 233: Berner 492, Frank N. I 1c, Dshaujen N. 6; a. M. Binding Grundr. 269.

b) Der Richter kann, aber muß nicht auf Buße erkennen, es ist in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt: RG. 1./7. 82 C. 7 12, 6./12. 97 C. 30 367, 28./1. 09 C. 42 166. Ein genügender Grund ist es, daß die Festsetzung der Buße eine unverhältnismäßig weitgehende Beweisaufnahme

erforderlich machen würde. Das Verlangen darf aber nicht stillschweigend übergangen, sondern muß ausdrücklich und aus Gründen abgelehnt werden: Olschauen N. 7 Abf. 1.

e) Bei seiner Entscheidung ist er nicht an die Vorschriften über den zivilprozeßualischen Beweis gebunden, sondern hat gemäß der Generalregel des Strafprozesses nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden.

d) Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter welchen auf Buße erkannt werden darf, sind nicht die zivilrechtlichen Normen, sondern lediglich die Bestimmungen des Strafgesetzes maßgebend: Olschauen N. 2 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abf. 2.

e) Das Minimum der Buße ist ein Pfennig, das Maximum in den Fällen des StGB. 6000 M. Zwischen diesen beiden Grenzen ist das richterliche Ermessen frei, zumal eine genaue Berechnung des Schadens regelmäßig unmöglich ist. Gemäß der privatrechtlichen Natur des Bußanspruchs und der ausdrücklichen Bestimmung StPD. § 445 hat der Beleidigte den Betrag, welchen er als Buße verlangt, anzugeben und darf der Richter wohl unter dem Betrage bleiben, aber nicht über ihn hinausgehen. Da das Gesetz als Bußbetrag eine bestimmte Summe nennt, darf die Buße nicht in der Form einer Rente auf Lebensdauer oder auf kürzere Zeit erkannt werden: Olschauen N. 8 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abf. 2, N. 8 Abf. 1; RG. 25./2. 88 C. 17 178. Dabei hat der Richter Rücksicht zu nehmen auf das, was der Verletzte bereits vom Täter oder von anderer Seite, z. B. auf Grund des Kranken- oder Unfallversicherungsgesetzes, erhalten hat: Meyer-Walfeld 304, Olschauen N. 8 Abf. 5; RG. 19./11. 98 C. 31 334.

f) Nichtet sich das Bußverlangen gegen mehrere Schuldige als Mittäter oder Teilnehmer, so steht es im Ermessen des Richters, ob er allen oder einzelnen oder nur Einem die Buße auflagen will: Meyer-Walfeld 304, Olschauen N. 9 Abf. 2, 14 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6; a. M. Binding Grundr. 270 und Lehrb. I 52, nämlich daß dem Gehilfen, weil er den Schaden nicht „verursacht“ habe, Buße nicht auferlegt werden dürfe.

4. Durch die erkannte Buße wird die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs und zwar jedem Ersatzverpflichteten gegenüber sowie ohne Rücksicht auf die Höhe der Buße ausgeschlossen, das Strafurteil ist also in dieser Beziehung für den Zivilrichter maßgebend. Umgekehrt ist ein auf die Entschädigung bezügliches Zivilurteil für den Strafrichter nicht weiter maßgebend, als daß dieser gemäß N. 3o die im Zivilprozeß erstrittene Entschädigung zu berücksichtigen hat, also eventuell für genügend erklären und aus diesem Grunde das Bußverlangen mindern oder ganz ablehnen kann: Frank N. II, Olschauen N. 10; a. M. Binding Grundr. 268 und Finger 507, nämlich daß das rechtskräftige Zivilurteil den Bußanspruch konsumiere.

5. In den Fällen der §§ 186, 187 ist als besondere Voraussetzung genannt, daß die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt. Wie das Präsenz „mit sich bringt“ erkennen läßt, braucht die nachteilige Folge nicht schon eingetreten zu sein oder einzutreten begonnen haben, sondern der Strafrichter kann vermöge der ihm zugewiesenen freien Stellung schon bei einer bloßen Gefährdung, wenn also das Eintreten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, auf Buße erkennen: Frank N. Ib, v. Liszt 270, Meyer-Walfeld 304, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Olschauen N. 15 Abf. 2, daß betreffs der Vermögensverhältnisse eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes gegeben sein müsse. Unter Fortkommen ist jede Verbesserung der wirtschaftlichen, beruflichen, sozialen Stellung zu verstehen, mag auch mit ihr eine Vergrößerung des Vermögens oder eine günstigere Gestaltung des Erwerbs nicht verbunden sein. Der Nachteil muß die Folge der Beleidigung sein, so daß die durch die strafprozessuale Verfolgung der Beleidigung erwachsenden Kosten nicht dahin gehören: RG. 28./1. 09 C. 42 166 (das Privatklageverfahren wurde in der höheren Instanz auf Grund StPD. § 429 eingestellt, und dem Kläger wurden alle Kosten aufgebürdet.)

§ 189.

Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch beschimpft, daß er wider besseres Wissen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzumündigen geeignet gewesen wäre, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern, der Kinder oder des Ehegatten des Verstorbenen ein.

1. Wie schon zu § 185 N. 4a ausgeführt worden, kann ein Verstorbener nicht beleidigt werden. Das Gesetz schützt ihn aber aus zutreffenden Gründen im Gedächtnis der mit ihm zeitlich und durch die engsten Familienbände unmittelbar verbundenen Nachwelt. Wegen der verschiedenen Meinungen über das „Andenken“ vgl. Hälßchner II 199 N. 2, v. Liszt 336 N. 5, Olshausen N. 1. Eine indirekte Beleidigung der Hinterbliebenen nimmt Wachenfeld H. II 301 an.

Die Bestimmung findet auch auf verstorbene Souveräne und deren Familien Anwendung: Binding Lehrb. I 188, Olshausen N. 2 Abs. 1.

Dem Verstorbenen steht der für tot Erklärte gleich: Binding a. a. O., v. Liszt 343 N. 12, Olshausen N. 2 Abs. 2.

2. Unter Beschimpfen sind keine Schimpfworte zu verstehen, sondern die Verleumdung im engeren Sinne; vgl. also § 187 N. 1 und im übrigen die Ausführungen zu § 186. Insbesondere im Interesse der freien Beurteilung historischer Tatsachen und Personen sind alle andersgestalteten Äußerungen straffrei. So Hälßchner II 200, v. Liszt 343, Meyer-Altsfeld 423 N. 16, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 361; a. M. Dochow, S. S. III 360 und v. Schwarze N. 4.

3. Antragsberechtigt sind nicht wie in dem früheren Gemeinen Rechte die Erben, sondern die Eltern, die Kinder und der Ehegatte. Die Verwandtschaft muß eine leibliche sein, eheliche oder uneheliche: v. Liszt 343, Olshausen N. 5 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 361 N. 10. Der Ehegatte ist auch dann antragsberechtigt, wenn er sich wieder verheiratet hat: Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2. Wegen der Ehe vgl. § 171 N. 2. Olshausen a. a. O. stellt hier der Ehescheidung die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich.

3. Ist der Verunglimpfte erst nach geschehener Verleumdung gestorben, so ist diese wegen der Unvererblichkeit des Antragsrechts straflos, sofern nicht Dritte ein selbständiges Antragsrecht haben.

§ 190.

Ist die behauptete oder verbreitete Tatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.

1. Die eng zusammenhängenden §§ 190—192 beruhen auf der Erwägung, daß, wofern nicht die Wahrheit getadelt für vogelfrei erklärt werden soll, keine strafbare Ehrverletzung vorliegt, wenn die Wahrheit gesprochen wird. Wahrheiten sind, wie schon vor einem Jahrhundert N. D. Weber eingeschärft hat, keine Ehrverletzungen, die Abschneidung des Wahrheitsbeweises ist Abschneidung des Entlastungsbeweises. Somit wird die Beschuldigung, eine Beleidigung begangen zu haben, durch den Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache entkräftet. Aber nur, wenn lediglich die Wahrheit ausgesagt, nicht aber, wenn auf Grund der wahren Tatsache ein verallgemeinerndes Urteil ausgesprochen wird. Ebenjowenig schützt die Wahrheit der Tatsache, wenn die Kundgebung in beleidigende Form gekleidet ist, indem dann zwar nicht wegen übler Nachrede und Verleumdung, wohl aber wegen einfacher Beleidigung gestraft werden kann.

Die §§ 190, 191 sind strafprozessualischer Natur, aber durch GG. z. StP. § 5 Abs. 1 aufrecht erhalten. Insbesondere wird in § 190 das im Strafverfahren geltende Prinzip der freien Beweiswürdigung für den Fall beschränkt, daß die behauptete oder verbreitete Tatsache eine strafbare Handlung ist. Aus dem Zusammenhange der §§ 190, 191 erhellt, daß das Gesetz an eine kriminell strafbare Handlung denkt: v. Liszt 344, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Schütze 368.

2. Der Beweis der Wahrheit gilt als erbracht, wenn der Beleidigte wegen des ihm imputierten Deliktes rechtskräftig verurteilt ist, mag er auch gemäß §§ 199, 233 für straffrei erklärt sein. Wann die Verurteilung erfolgt ist, ob vor oder nach der beleidigenden Kundgebung, ist gleichgültig: Frank N. III 1, Olshausen N. 2 Abs. 2, Meyer-Altsfeld 433 N. 12.

3. Ist der Beleidigte wegen der ihm imputierten Handlung rechtskräftig freigesprochen, so ist der Beweis der Wahrheit zugelassen, wenn die beleidigende Kundgebung vor, jedoch ausgeschlossen, wenn sie nach Eintritt der Rechtskraft des freisprechenden Urteils erfolgt, in beiden

Fällen unabhängig davon, ob der Injuriant etwas von dem Urteil bzw. dem Eintritt seiner Rechtskraft gewußt hat oder nicht: Hältschner II 202, Olshausen N. 3 Abf. 3.

Verurteilung ist Schulbigsprechung. Das Gegenteil ist die Schulblosprechung. Gemäß der Tendenz des Gesetzes, die auctoritas rei iudicatae vor Antastung zu bewahren, ist der Beweis der Wahrheit der Tatsache ausgeschlossen, wenn die Zulassung dieses Beweises zu einem dem freisprechenden Urteil widersprechenden Resultat führen kann, nämlich daß der Beleidigte, obgleich nach dem Urteil unschuldig, in Wirklichkeit schuldig ist. Hieraus ergibt sich, daß die Freisprechung eine Schulblosklärung, das Urteil ein Sachurteil sein muß. Daher ist der Wahrheitsbeweis zugelassen, wenn der Beleidigte nur deshalb nicht verurteilt ist, weil z. B. sein Delikt verjährt, er vom Versuch freiwillig zurückgetreten ist, als Strafmündiger des Unterscheidungsvermögens entbehrt. Hiermit stimmen überein Frank N. III 2, Heintze S. S. II 626, Olshausen N. 3 Abf. 2. M. M. sind bezüglich der Verjährung und des Rücktritts vom Versuch Binding Handb. I 826 N. 7 und Lehrb. I 150, v. Liszt 344 N. 1, bezüglich des Strafmündigen auch Frank a. a. D. Meyer-Malfeld 433 erklärt es allgemein für gleichgültig, aus welchen Gründen die Freisprechung erfolgt. Vgl. wegen der Verjährung § 66 N. 1a lezt. Abf.

3. Dem inländischen Urteil steht das ausländische, dem Urteil der amtsrichterliche Strafbefehl, die polizeiliche Strafverfügung, der Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde gleich. Nicht aber die Ablehnung der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft wegen mangelnden Beweises: Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 22./12. 79 C. 1 40.

4. Aus der Stellung, dem Wortlaut des Gesetzes — „die“ behauptete oder verbreitete Tatsache — und seiner Tendenz, die Ansehung der res iudicata auszuschließen, erhellt, daß § 190 auf alle drei §§ 186, 187, 189 anwendbar ist: Werner 494, Frank N. II, Hältschner II 202, v. Liszt 344, Meyer-Malfeld 433, Olshausen N. 4 Abf. 2, v. Wächter 392 N. 13; während Dochow S. S. III 361 und Rüdorff-Stenglein N. 2 ihn nur auf § 186 beziehen. Dagegen ist nach den Eingangsworten — die Verbreitung von Tatsachen fällt ohnehin nicht unter § 185 — die Unwendbarkeit auf § 185 zu verneinen, denn wenn die dem Beleidigten gegenüber behauptete strafbare Tatsache wahr ist, wird der Täter nicht wegen dieser Behauptung bestraft, sondern lediglich wegen der Form, in welche er seine Behauptung gekleidet hat; der Wahrheitsbeweis ist also mit Olshausen nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Er wäre dies auch dann, wenn § 190 gar nicht existierte, und der nun einmal existierende § 190 ist als Ausnahmbestimmung nicht ohne zwingenden Grund auszudehnen. So Meyer-Malfeld 429, Olshausen N. 4 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein § 185 N. 19; a. M. Binding Lehrb. I 147, Dochow und v. Wächter a. a. D., Frank N. I, Hältschner II 204, v. Liszt 344 N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 4.

§ 191.

Ist wegen der strafbaren Handlung zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens bei der Behörde Anzeige gemacht, so ist bis zu dem Beschlusse, daß die Eröffnung der Untersuchung nicht stattfindet, oder bis zur Beendigung der eingeleiteten Untersuchung mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidigung inne zu halten.

1. Nach § 190 ist die verurteilende oder freisprechende Entscheidung über die strafbare Handlung für die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises in dem Strafverfahren über die Beleidigung maßgebend. Hiermit hängt die Vorschrift des § 191 zusammen.

a) Wie § 190 bezieht sich auch § 191 nicht auf § 185, sondern auf §§ 186, 187; § 189 kommt, weil gegen einen Verstorbenen ein Strafverfahren unmöglich, nicht in Betracht. Hältschner II 205 bezieht die Bestimmung auch auf § 185, Rüdorff-Stenglein N. 1 nur auf § 186.

b) Auch hier ist eine kriminell strafbare Handlung vorausgesetzt: Frank N. I, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 9./5. 84 C. 10 381. Entsprechend ist das Strafverfahren, die Untersuchung eine kriminelle.

c) Die Anzeige muß zum Zwecke der Bestrafung, nicht lediglich der Verteidigung gemacht sein: Hältschner II 205, Olshausen N. 3 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 4. Unzweifelhaft kann sie auch in der Form einer Privatklage erfolgen.

d) Sie muß nicht bei einer, sondern bei „der“, also der kompetenten Behörde gemacht sein, StW. § 156; Frank N. I, Hältschner II 205, Olshausen N. 3 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 6, 7, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 26./2. 85 C. 12 53.

e) Wer die Anzeige macht, ist gleichgültig: Hältschner II 205.

i) Die mit der Beleidigung befaßte Justizstelle hat, sobald sie Kenntnis von der Anzeige erhält, mit dem Verfahren und der Entscheidung von Amtswegen innezuhalten, widrigenfalls

die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren vorliegt: Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 26./2. 85 C. 12 53.

g) Während des Innehaltens ruht nach § 69 die Verjährung.

h) Endet das auf die Anzeige eingeleitete Strafverfahren mit rechtskräftiger Verurteilung, so ist für das Verfahren wegen Beleidigung der Beweis der Wahrheit erbracht, wogegen, wenn jenes Verfahren mit rechtskräftiger Freisprechung endet, in diesem ein Wahrheitsbeweis unzulässig ist: Hälshner II 205, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4.

2. Vgl. § 164 N. 9.

§ 192.

Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache schließt die Bestrafung nach Vorschrift des § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

1. Wenn die konkrete Tatsache, welche den Inhalt einer Kundgebung bildet, im Fall ihrer Unwahrheit eine ehrverletzende ist, so wird durch den Beweis ihrer Wahrheit der Tatbestand der üblen Nachrede und der Verleumdung ausgeschlossen, weil die Voraussetzung der Unerweislichkeit der Wahrheit und die der Unwahrheit ermangelt; dies ergibt sich aus den §§ 186, 187. Dies gilt aber nur, wenn seitens des Täters nicht mehr geschah, als daß er wahre Tatsachen kundgegeben. Geht er hierüber hinaus, hat seine Kundgebung einen ehrverletzenden Charakter durch die Art und Weise, in welcher sie geschah, oder durch die Umstände — Zeit, Ort —, von welchen sie begleitet war, so wird er durch den auf die Tatsachen beschränkten Beweis der Wahrheit nicht geschützt, er macht sich zwar nicht der üblen Nachrede oder Verleumdung, wohl aber der einfachen Beleidigung schuldig. Es versteht sich, wenn man nicht überhaupt den ganzen Begriff der einfachen Beleidigung fallenlassen will, von selbst und bedarf keiner weiteren Begründung, daß eine einfache Beleidigung nicht deshalb aufhört eine solche zu sein, weil ihr meritorischer Inhalt der Wahrheit entspricht. Nur dieses besagt der § 192, welcher somit, weil schon durch den Begriff der Beleidigung des § 185 mit Notwendigkeit gegeben, überflüssig ist. Derselben Ansicht ist Hälshner II 206. Will man ihm eine Bedeutung geben, so kann diese nur die — ebenfalls überflüssige — Anweisung oder Belehrung für den Richter sein, auch dann, wenn der Beweis der Wahrheit geführt ist, nicht sogleich freizusprechen, sondern zu prüfen, ob nicht das Vorhandensein der Beleidigung des § 185 aus der Form oder aus den Umständen hervorgeht: RG. 13./10. 80 C. 2 379. Ist die Kundgebung nur gegenüber dem Beleidigten erfolgt, so kommt der Beweis der Wahrheit bei der Strafzumessung in Betracht. Der Umstand, daß er im konkreten Fall die Strafbarkeit nicht auszuschließen vermag, kann aber allgemein kein Grund sein, ihn als unzulässig abzuschneiden: Hälshner II 307, Olshausen N. 3 Abs. 1, Dppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 11./2. 80 C. 1 261.

Hierdurch erledigen sich die Streitfragen, ob § 192 nur auf die §§ 186, 187 oder auch auf § 185 Anwendung findet, und ob abweichend von der allgemeinen Regel der Wille des Täters auf die Begehung einer Ehrverletzung gerichtet sein muß (§ 185 N. 7).

Auf § 189 bezieht sich die Bestimmung nicht, da — vgl. §§ 185 N. 4a, 189 N. 1 — ein Verstorbener nicht beleidigt werden kann: Hälshner II 206, Olshausen N. 1; a. M. Dppenhoff-Delius N. 1. Die bejahende Ansicht hätte die eigentümliche Folge, daß der Verleumder nur mit sechs, der einfach Beleidigende mit zwölf Monaten Gefängnis bestraft werden könnte.

Natürlich greift § 192 auch dann Platz, wenn der Beweis der Wahrheit gemäß § 190 als erbracht anzusehen ist.

2. Nach der unzweideutigen Bestimmung des Gesetzes kann eine Verurteilung aus § 185 nur erfolgen, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen hervorgeht, unter welchen sie geschah. Auch dies ergibt sich aus dem Obigen, hat aber nebenbei die prozessualische Bedeutung, daß die bloße Feststellung, der Beleidigende sei sich des beleidigenden Charakters seiner Ausdrücke bewußt gewesen, nicht genügt: RG. 29./1. 81 C. 3 328. Wegen der Form und der begleitenden Umstände vgl. des näheren § 193 N. 9, 10.

§ 193.

Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, ingleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden,

sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

1. Wie überhaupt jede äußerlich den Tatbestand eines Delikts erfüllende Handlung ist die ehrverletzende Kundgebung nur dann strafbar, wenn sie eine widerrechtliche, also nicht strafbar, wenn der Handelnde zu ihrer Vornahme berechtigt oder sie das angemessene Mittel zur Erreichung eines anerkannten Zweckes ist. Schon oben § 185 N. 5 ist als Beispiel die Einwilligung des Beleidigten genannt. In § 193 wird eine Reihe anderer Beispiele aufgeführt, und zwar, wie die Generalklausel „und ähnliche Fälle“ ergibt, nur als Belege des allgemeinen Grundsatzes. Bei mehreren, nämlich den Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen und den dienstlichen Anzeigen oder Urteilen der Beamten kann an dem Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht gezweifelt werden. Ebenso muß, wenn nicht allgemein jede Nachkritik unterjagt sein soll, die tadelnde Kritikurteilung wissenschaftlicher, künstlerischer oder gewerblicher Leistungen frei sein. Dagegen kann nicht ohne weiteres behauptet werden, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen auch dann frei ist, wenn sie mit dem Interesse eines Anderen, nicht in der Ehre gekränkt zu werden, kollidiert. Hier greift die Bestimmung des § 193 ein, welcher also keineswegs, wie Hälschner II 184 und v. Liszt 338/339 meinen, nur deklaratorische Bedeutung hat. Ähnlich wie Hälschner und v. Liszt findet auch Olshausen N. 1 in § 193 einen aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebenen Anhalt für die konkrete Beurteilung der Frage nach der Rechtswidrigkeit der Kundgebung. Eine Interessentkollision nehmen dagegen an Binding Lehrb. I 153, Frank N. IIIa, Meyer-Altfeld 426 und Rüdorff-Stenglein N. 3; vgl. auch RG. 25./9. 94 C. 26 76.

2. Abgesehen davon, daß sie sich unvermeidbar nicht auf tätliche Beleidigungen bezieht, findet die Bestimmung unbestritten auf §§ 185, 186 Anwendung. Dagegen ist es streitig, ob auch auf § 187. So behauptet Rüdorff-Stenglein § 187 N. 2: „daß eine wissenschaftlich unwahre üble „Nachrede in gerechtfertigter Weise geschehen sollte, ist moralisch und rechtlich unbedenkbar“. Nun muß zwar zugegeben werden, daß bei der Aufstellung wissenschaftlich unwahrer ehrverletzender Behauptungen nur in seltenen Fällen die Voraussetzung für die Anwendung des § 193 sich wird feststellen lassen, aber die verleumderische Beleidigung ist dem Schutze des § 193 nicht grundsätzlich entzogen, vielmehr kommt es wesentlich darauf an, ob im Einzelfalle die verfolgten Interessen berechtigte sind. Dies ist z. B. zu verneinen, wenn ein Angeklagter, dessen Schuld festgestellt ist oder festgestellt werden kann, die Ehre Dritter wissenschaftlich verletzt, um sich dem begründeten Strafanspruche des Staats zu entziehen. Dagegen bei einem unschuldigen Angeklagten hängt die Entscheidung eben von den besonderen Umständen des Falles, insbesondere davon ab, ob nach diesen die ehrverletzende Behauptung sich im Rahmen derjenigen Interessenswahrung oder Rechtsverteidigung hält, welche vom Recht als Wahrung berechtigter Interessen, als zulässige Verteidigung anerkannt wird; das ist nicht der Fall, wenn dem Beschuldigten noch andere Mittel der Verteidigung zu Gebote stehen. Derselben Ansicht wie hier sind Frank N. II, v. Liszt 340, Meyer-Altfeld 426, Olshausen N. 2b, Lppenhoff-Delius N. 1, Schütze 369: RG. 10./10. 81 C. 5 56, 7./6. 87 C. 16 139, 25./9. 94 C. 26 76, 19./3. 01 C. 34 222, 19./10. 09 C. 42 441; a. M. dagegen Binding Lehrb. I 152, Dohow N. S. III 346, Hälschner II 186, Rüdorff-Stenglein N. 13 und § 187 N. 2. Die wissenschaftlich falsche Behauptung ehrenkränkender Tatsachen zur Befolgung eines anderen ist mit den Anforderungen des Rechts wie der Sittlichkeit unter allen Umständen unvereinbar: RG. 19./3. 01 C. 34 222.

Die Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen ist keine Beleidigung desselben, wird aber unter dem allgemeinen Namen „Beleidigung“ mitumfaßt, vgl. Überschrift des Abschn. 14 und § 194. Wie auf § 187 muß daher § 193 auch auf § 189 angewendet werden. Wegen der Majestätsbeleidigung (§§ 95, 97, 99, 101) vgl. oben § 95 N. 1 3.

Die Voraussetzungen des § 193 im allgemeinen sind zugleich rechtlicher Natur, sodaß eine Nachprüfung bezüglich ihres Vorliegens noch in der Revisionsinstanz zulässig ist: RG. 17./1. 80 C. 1 83. Ob sie vorliegen, hat der Richter von Amteswegen zu prüfen, er ist aber gemäß der allgemeinen prozessualen Regel nur dann verpflichtet, sich über das Ergebnis seiner Prüfung auszusprechen, wenn der Angeklagte das Vorhandensein einer der Voraussetzungen behauptet hat oder sonst in dieser Beziehung Bedenken obwalten: RG. 16./6. 80 C. 2 181, 21./9. 80 C. 2 251, 29. 1. 81 C. 3 328, 16./3. 81 C. 3 433.

3. Das Gesetz nennt zunächst tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen. Zu den „ähnlichen Fällen“ gehört die Besprechung gerichtlicher Entscheidungen

zu wissenschaftlichen Zwecken oder zur Belehrung über Auslegung und Anwendung der Gesetze: RG. 24./5. 89 C. 19 238, 6./4. 97 C. 30 39. Ferner Urteile über politische Leistungen, zivile und militärische Diensttätigkeit, den künstlerischen nahestehende körperliche oder technische Produktionen (Tanzen, Reiten, Fahren, Schießen usw.). Leistungen der Landwirtschaft, der Hofarbeiter, Leistungen, die ihrer Natur nach als gewerbliche erscheinen, ausnahmsweise aber freiwillig und unentgeltlich übernommen sind (Tätigkeit einer freiwilligen Feuerwehrgesellschaft und Dilettantenvorstellungen usw.). Frank N. III 1 sagt, daß durch die Bestimmung die Freiheit der Kritik auch dann anerkannt werde, wenn sie die Persönlichkeit selbst angreife. Dies erklärt Olshausen a. a. O. für irrig, weil das Gesetz nur von den Leistungen spreche, somit ein Urteil über die Person den allgemeinen Normen unterliege. Aber die absolute Trennung der Leistung von der Person des Leistenden ist unmöglich, jeder Tadel jener trifft, da eine „Leistung“ nicht beleidigt werden kann, stets den Leistenden. Nach RG. 14./12. 06 C. 39 311 liegt kein „ähnlicher Fall“ vor, wenn das tadelnde Urteil sich auf die Dienstführung öffentlicher Behörden oder Beamten bezieht; dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden.

4. An zweiter Stelle nennt das Gesetz Äußerungen zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten. In Betracht kommt hierbei nicht nur die eigentliche Rechtsausübung, sondern auch alle Handlungen, welche die Rechtsausübung vorbereiten oder sichern sollen. Die Äußerung braucht sich nicht gerade gegen diejenigen zu richten, gegen welche das Recht ausgeübt wird. Geschützt werden nicht nur der Berechtigte selbst, sondern auch seine gesetzlichen oder gewählten Vertreter und Beistände, insbesondere die Rechtsanwälte und Verteidiger.

5. Die wichtigste Bestimmung und zugleich eine wahre *crux jurisconsultorum* betrifft die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemachten Äußerungen. Gerade hier zeigt sich, wie bereits oben N. 1 bemerkt wurde und auch Olshausen N. 6 Abs. 1 zugibt, daß § 193 nicht lediglich deklaratorisch ist, denn abgesehen vom Fall der Notwehr und des Notstandes würde das StGB. über die Befugnis, berechnete Äußerungen auf Kosten der Achtung Anderer geltend zu machen, und über die Grenzen dieser Befugnis keine Auskunft geben, falls nicht durch § 193 für die Beleidigungsdelikte gegenüber allen anderen Delikten insofern eine Ausnahmestellung geschaffen wäre, als die letzteren niemals durch den Zweck ihrer Verübung außer Verantwortung gestellt werden: Merkel 294 und RG. 10./1. 81 C. 5 56.

Das RG. hat sich nach längerem Schwanken — vgl. Olshausen N. 6 Abs. 2 — zu der Ansicht bekant, daß der Begriff der berechtigten Interessen sich nicht aus Rechtsnormen außerhalb des StGB. ableiten lasse, sondern daß es sich wesentlich um einen strafrechtlichen Begriff handle, der nach dem der Aufnahme jener Kategorie in den § 193 zugrunde liegenden Gedanken dahin führe, im Einzelfall auf Grund billiger, verständiger Beurteilung der Sachlage zu bestimmen, ob es eine den Täter selbst nahe angehende Angelegenheit sei, die ihm die subjektive Befugnis zur Wahrnehmung von Interessen verleihe, welche ihrerseits nicht dem Rechte und den guten Sitten zuwiderlaufen dürfen: 11./11. 92 C. 23 285, 9./1. 93 C. 23 422, 13./10. 93 C. 24 304, 16./1. 94 C. 25 67, 25./9. 94 C. 26 76, 28./10. 96 C. 29 147, 9./4. 97 C. 30 41, 6./11. 03 C. 36 422, 23./5. 08 C. 41 277.

a) Die berechtigten Interessen, zu deren Wahrnehmung die Äußerung erfolgt, sind nicht rechtliche Interessen, denn diese fallen unter N. 4, sondern Interessen, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist. Damit ist nicht bloß ausgedrückt, daß der Wahrnehmende subjektiv zur Wahrnehmung des Interesses befugt sein muß, sondern ist auch der Kreis der vom Gesetz berücksichtigten Interessen objektiv begrenzt.

b) Im objektiven Sinne ist nur dasjenige Interesse berechtigt, dessen Verfolgung die menschliche Gesellschaft billigt und dem daher auch das Recht seine Anerkennung nicht verjagen kann, das aber zugleich so wichtig ist, daß es selbst gegenüber dem Recht aus Achtung durchdringen muß: Binding Lehrb. I 153, Frank N. III 2a, Meyer-Malfeld 426. Ob dies der Fall, läßt sich nicht allgemein, sondern nur unter Erwägung der konkreten Verhältnisse bestimmen, ist aber nicht bloß Sache tatsächlicher, sondern auch rechtlicher Prüfung, da der Begriff des berechtigten Interesses im Sinne des § 193 ein rechtlicher ist: vgl. N. 2 Abs. 3. Darauf, ob das Interesse durch eine positive Rechtsanerkennung anerkannt oder gebilligt wird, kommt es nicht an, sondern entscheidend ist allein, was der Anschauung des Lebens gemäß anerkannt oder gebilligt werden und deshalb als unter dem § 193 fallend angesehen werden muß: Meyer-Malfeld 426 N. 29. Wenn das RG. mehrfach nur diejenigen Interessen für berechtigt erklärt, welche vom Recht, vom Gesetz selbst — also ausdrücklich? — zugelassen, anerkannt gebilligt seien, so kann darin nur insofern nicht ein *idem per idem* erblickt werden, als nicht bloß ein gegen die guten Sitten, sondern auch ein gegen das Recht verstoßendes Interesse niemals ein berechtigtes ist: RG. 25./9. 94 C. 26 76, 28./10. 96 C. 29 147, 12. 12. 05 C. 38 252.

Als allgemeiner Grundsatz muß gelten, daß persönliche Angriffe, die in keinem sachlichen Zusammenhange mit dem angestrebten Ziele stehen, niemals berechtigt sind. Denn weder verletzt das Recht die Befugnis, im sachlichen Streit die Schilderung auf einem ganz anderen Gebiete

liegender Verfehlungen eines Einzelnen als Kampfmittel zu benutzen, noch lassen allgemein sittliche Anschauungen eine solche Kampfweise als berechtigt und besonderen gesetzlichen Schutzes würdig erscheinen. Vielmehr läuft es anständiger Gesinnung zuwider und verstößt gegen anerkannt sittliche Grundsätze, den Lebenswandel und Verfehlungen des sachlichen Gegners, die mit der zu bekämpfenden Sache nichts zu tun haben, aufzudecken, um durch die Bloßstellung des Gegners der Sache zu nützen.

Nach der Rechtsprechung des RG. laufen dem Recht zuwider, genießen also nicht den Schutz des § 193 z. B.: Erregung von Sensation als alleiniger Zweck einer Rundgebung, 6./11. 03 E. 36 422; Behauptung nicht erweislich wahrer ehrenrühriger Tatsachen, um sich vor einem mit ihnen nicht in Zusammenhang stehenden wirtschaftlichen Schaden zu sichern und die wirtschaftliche Lage zu verbessern, 12./12. 05 E. 38 251; Äußerungen, durch welche Angehörige einer politischen Partei einen Gegner oder Wahlberechtigte einen gewählten Abgeordneten beleidigen, sofern dies zur Förderung von Partei- oder Wahlzwecken geschieht, 27./3. 07 E. 40 101; die Verbreitung ehrenrühriger, nicht erweislich wahrer Tatsachen durch einen politisch tätigen Schriftsteller in der Absicht, einen politisch schädlichen Einfluß der angegriffenen Person zu beseitigen, 23./5. 08 E. 41 277.

e) Der Täter muß zur Wahrnehmung des Interesses subjektiv befugt sein.

Frank N. III 2b und Meyer-Malfeld 425 stellen den Satz auf, daß man schlechthin auch fremde Interessen wahrnehmen darf, es also nur auf die objektive Berechtigung ankommt. Ob man zu dieser Wahrnehmung auch dann befugt ist, wenn der Interessierte selbst sein Interesse wahrnimmt, also kumulativ, oder nur, wenn er selbst es nicht wahrnimmt, also subsidiär, und im letzteren Falle, ob nur dann, wenn er selbst es nicht wahrnehmen kann, oder auch dann, wenn er selbst es nicht wahrnehmen will, diese Unterscheidungen werden von den genannten Autoren gar nicht gemacht, vielmehr ist nach ihnen „die Wahrnehmung fremder Interessen allgemein zugelassen“ (Meyer-Malfeld a. a. O. N. 28). Es bedarf ihrer auch gar nicht, denn der Satz selbst ist falsch. Zunächst folgt er keineswegs, wie Frank a. a. O. meint, aus dem Wortlaut des Gesetzes: nicht „berechtigzte Wahrnehmung von Interessen“, sondern „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, denn die Interessen müssen notwendig objektiv berechtigt sein, aus der objektiven Berechtigung folgt aber nicht notwendig die subjektive Berechtigung jedes Anderen. Maßgebend ist, daß weder im positiven Recht noch in der Ethik, der praktischen Philosophie, sich der Satz findet, man dürfe, ohne selbst Allein- oder Mitinteressent zu sein, also fremde Interessen vertreten, vielmehr ist dies regelmäßig ein unbefugter und nicht selten ein beleidigender Eingriff in die Rechtssphäre des Interessierten. Die Verufung auf eine sittliche „Berechtigung“, ein Sittengebot, ist schon deshalb verfehlt, weil zwar das Recht, insbesondere das Strafrecht, niemals die Unsitlichkeit fördern soll, aber die zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung notwendige Ahndung der strafbaren Handlungen von den Satzungen der Sittenlehre unabhängig ist. Der rigorose Ethiker wird sogar behaupten, daß die Wahrung eines Rechts, wenn sie nur auf Kosten der Ehre eines Anderen möglich, also eine Interessentkollision gegeben ist, wider das Sittengebot verstoße. Den allgemeinen Sittenrichter zu spielen, ist nicht einmal der Richter befugt; das sittliche Motiv kommt nur bei der Strafzumessung in Betracht.

Mit Recht verlangt daher das RG., daß es sich um eine den Täter selbst nahe angehende Angelegenheit handele. Wie Binding Lehrb. I 153 es ausdrückt: „Eine Wahrnehmung berechtigter Interessen ist eine Wahrnehmung seitens der Interessenten. Gerade in dem Mit-interessiertsein liegt der Grund des Privilegs. Wie weit die Teilnahme an solchem Interesse reicht, hat richterliches Ermessen zu bestimmen.“ Die Interessen selbst können unmittelbar eigene, also höchstpersönliche, oder mittelbar eigene sein, letzteres z. B., wenn sie eine Mehrzahl von Individuen, insbesondere einen in sich als Ganzes organisierten und dadurch gegen die Allgemeinheit abgegrenzten Personenkreis, wie einen Verein, eine Genossenschaft, eine Land- oder Stadtgemeinde, sei es ideell oder materiell, berühren, also ihre Verletzung die Teile des Ganzen in Mitleidenschaft verzetzt: RG. 21./5. 94 E. 25 363. Der Kreis der Interessen umfaßt die ganze Lebensbetätigung in Staat und Gesellschaft: die Einzelnen, bestimmte Kreise, die Gesamtheit. Insbesondere sind berechtigte Interessen nicht bloß die persönlichen der Privatrechtssphäre, sondern auch die politischen, durch die Stellung in der Gemeinde oder im Staate bedingten und von der Gemeindegesetzgebung und der Verfassung gewährleistet, also nach der staatsrechtlichen Terminologie nicht bloß die privatrechtlichen, sondern auch die staatsbürgerlichen Interessen: RG. 23./5. 92 E. 23 144, 29./6. 96 E. 26 18. Allgemeiner Natur ist nicht bloß das Interesse an der strikten Handhabung des Rechts, sondern auch das an der Bekämpfung der Unsitlichkeit, an dem Fortschreiten politischer und wissenschaftlicher Erkenntnis, dem Volkwohlstand, den Bedürfnissen bestimmter Berufsstände, der Gemeinde, der Provinz, des Staats. Alle diese verschiedenen allgemeinen Interessen wahrzunehmen ist wegen ihrer Allgemeinheit jeder befugt, aber, wenn diese Wahrnehmung sich gegen die Ehre eines bestimmten Anderen wendet, nur dann, wenn es sich um eine den Täter selbst nahe angehende Sache handelt. Ob die Wahrnehmung mündlich oder schriftlich, in privatem

Kreise oder öffentlich geschieht, ist gleichgültig. Eine berechnete Instanz ist auch eine Volksversammlung, wenn das berechnete Interesse nur durch die Öffentlichkeit gewahrt werden kann: RG. 3./2. 82 E. 5 379. Der eigenen persönlichen Beziehung steht es gleich, wenn der Täter durch den Interessierten mit der Erledigung der Angelegenheit betraut ist, falls hierin die Ermächtigung liegt, die danach zu bemessenden berechtigten Interessen des Auftraggebers zu vertreten.

An der Hand dieser Grundzüge sollen folgende Spezialfälle besonders geprüft werden:

a) Zunächst die Anzeige strafbarer Handlungen. Auch wenn er selbst nicht unmittelbar betroffen wird und eine spezielle Anzeigepflicht für ihn nicht besteht, ist jeder befugt, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung bei der zuständigen Behörde von strafbaren Handlungen zum Zweck der Strafverfolgung Anzeige zu machen, falls er an die Richtigkeit seiner Anzeige glaubt, mag auch diese sich demnächst als unrichtig herausstellen: RG. 16./1. 80 E. 1 80, 1./11. 81 E. 5 121, 7./1. 90 E. 20 164. Dies gilt auch hinsichtlich desjenigen, der sich über einen Vorgang nähere Aufklärung zu verschaffen sucht, um eine Anzeige vorzubereiten: RG. 2./2. 86. Beruht die — unrichtige — Anzeige nicht auf dem Willen, jene Befugnis auszuüben, sondern ist sie lediglich aus Rache erfolgt, oder ist es dem Anzeigenden nicht ausschließlich um die Betätigung berechtigter Interessen, sondern zugleich darum zu tun, ohne Rücksicht auf das Eintreten einer Verfolgung den Angezeigten in seiner Ehre zu kränken, so entfällt im ersteren Falle die Anwendbarkeit des § 193: RG. 12./3. 01 E. 34 216, und ist im letzteren Falle die Anzeige wegen der aus Form oder Umständen nachzuweisenden Beleidigung strafbar: RG. 29./6. 96 E. 29 54. In einer wirklich falschen Anzeige kann, da sie gegen Recht und Sitte verstößt, nie die Wahrnehmung berechtigter Interessen gefunden werden: RG. 19./3. 01 E. 34 222.

β) Ein besonderes Privileg der Presse kann nicht anerkannt werden. Sie genießt den Schutz des § 193 ebensoweit und in derselben Weise wie jede Privatperson, aber nicht weiter und nicht anders. Es ist auch gar nicht einzusehen, wie durch den Umstand, daß die Kundgebung nicht mündlich und im Privatkreise, sondern — und dazu regelmäßig anonym! — gedruckt und vor der Öffentlichkeit erfolgt, ein Vorzug geschaffen werden kann; umgekehrt ist gerade wegen dieses Umstandes die der Interessenswahrnehmung gesetzte Grenze mit besonderer Sorgfalt einzuhalten. Dies gilt nicht bloß für die Fachschriftsteller, sondern auch für die Journalisten. Allerdings besteht für die politische Presse wie für jedermann die Befugnis, Mißstände, die sich im öffentlichen Leben gezeigt haben, zu erörtern. Aber dieses Recht findet seine Schranken an anderen gleichwertigen Rechtsgütern, um so mehr an dem unschätzbaren Rechtsgut der Ehre. Der Ausgleich zwischen diesen Rechtsgütern darf nicht erfolgen auf Grund politischer, philosophischer, religiöser Erwägungen, sondern er ist normiert im Gesetze durch § 193. Dieser erklärt Beleidigungen für straflos, wenn der Täter zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses gehandelt hat. Ein solches Interesse liegt nur dann vor, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die den Täter besonders nahe angeht. An dieser Voraussetzung fehlt es bei den allgemeinen politischen Angelegenheiten, die den Täter nicht näher als jeden anderen angehen. Die unverlembare eigentümliche Stellung der Presse ist von dem Gesetzgeber durch die Bestimmungen des Pressegesetzes, insbesondere die kurze Verjährungsfrist des § 22 *ibid.* berücksichtigt. Hiermit stimmen überein Verner 484, Binding Lehrb. I 154, Birkmeyer Enzykl. 1170, Hälschner II 182, v. Liszt 339, Meyer-Wilfeld 426, Olshausen N. 3 Abt. 2, N. 6c, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 16./12. 81 E. 5 239, 5./11. 86 E. 15 15, 11./11. 92 E. 23 285, 9./1. 93 E. 23 422, 2./6. 93 E. 24 223, 13./10. 93 E. 24 304, 16./1. 94 E. 25 67, 27./4. 94 E. 25 355, 23./5. 08 E. 41 277. Dies gilt auch bezüglich der Berichte über öffentliche Gerichtsverhandlungen, denn das berechnete Interesse, welches jeder an ihrer Kenntnis hat, wird durch die Öffentlichkeit der Verhandlung wahrgenommen; ein beleidigende Äußerungen wiedergebender Zeitungsbericht ist nicht schon deshalb straflos, weil er wahrheitsgetreu ist: Binding Handb. I 691 N. 5, Hälschner II 183 N. 1, Kayser, S. S. IV 614, Olshausen N. 3 Abt. 3, Oppenhoff-Debus N. 16; RG. 20./11. 79 E. 1 19.

γ) Die Schuldeneinziehungs- und Auskunfts-Bureaus sind durch das zwischen ihnen und ihren Kunden bestehende Vertragsverhältnis zur Einziehung der Schulden und Erhebung von Auskünften verpflichtet, nehmen also die Interessen ihrer Kunden wahr, und diese Wahrnehmung ist eben wegen des Vertragsverhältnisses eine sie selbst nahe angehende Sache. Aber die Androhung, der Schuldner werde bei Nichtzahlung in die sämtlichen Kunden des Bureaus zugehende Lüne böswilliger Schuldner aufgenommen werden, genießt nur dann den Schutz des § 193, wenn die Aufnahme zur Befriedigung des Schutzinteresses der Kunden dienen soll, und die Voraussetzung dafür ist, daß der Bureauihaber selbst daran glaubt, der Schuldner verweigere die Zahlung aus bösem Willen: RG. 19./4. 04 E. 37 104.

δ) Sowohl bei der Ausführung oder Verteidigung von Rechten als auch bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen muß die Äußerung zum Zwecke der Ausführung usw. erfolgt sein. Der § 193 entfällt daher nicht bloß, wenn die Wahrnehmung berechtigter Interessen gar nicht gewollt ist; es genügt also nicht, daß die Äußerung unter irgendeinem anderen Gesichtspunkte

punkte — objektiv und abgelöst vom Willen des Täters — sich als solche Wahrnehmung auffassen läßt: RG. 5./12. 89 E. 20 100, 12./3. 01 E. 34 216, sondern der § 193 greift auch dann nicht Platz, wenn die Äußerung nur gelegentlich der Ausführung usw. erfolgte: Frank N. III 2c, Hälschner II 181, Dikshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 9; RG. 15./6. 81 E. 4316, 19./12. 90 E. 21 250, 29./6. 96 E. 29 54. Die irrthümliche Annahme eines berechtigten Interesses steht nach der Regel des § 59 dann dem wirklichen Vorhandensein desselben gleich, wenn sich der Irrtum auf einen Tatumsstand bezieht, wogegen ein Irrtum über den Begriff des rechtlichen Interesses als ein strafrechtlicher nicht zu beachten ist: Frank, Hälschner und Dikshausen a. a. O., Oppenhoff-Deilus N. 20, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 19./3. 01 E. 34 222.

6. Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen. Der Ausdruck „Vorgesetzte“ bedeutet an sich eine Stellung innerhalb der Beamtenhierarchie, umfaßt aber in den „ähnlichen Fällen“ alle Verhältnisse, in denen jemand kraft eines gesellschaftlichen oder eines gesellschaftlich anerkannten natürlichen oder vertragsmäßigen Gewaltrechtes einem Anderen gegenüber Vorhaltungen oder Rügen auszusprechen befugt ist. Vgl. Dikshausen N. 7a, der aber entschieden zu weit geht, wenn er dahin auch „Rügen Erwachsener der Jugend gegenüber bei störenden „Unarten, quasi polizeiliche Tätigkeit eines Privaten kraft Gesetzes (§ 365 Abs. 1), Maßnahmen „der Festordnung bei Festlichkeiten u. dgl.“ hierher rechnet.

7. Diensthliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten. Wer Beamter ist, ergibt sich aus § 359. In den „ähnlichen Fällen“ sind darunter alle Erklärungen zu verstehen, welche auf Grund einer Verpflichtung öffentlich rechtlicher Natur abgegeben werden, z. B. Anzeigen des Waisentrats, des Vormundes.

8. Die allgemeine Kategorie „ähnliche Fälle“ umfaßt alle diejenigen äußerlich sich als Ehrenkränkung darstellenden Kundgebungen, welche, auch ohne speziell aufgeführt zu sein, von dem Grundgedanken des § 193 getragen werden: RG. 28./1. 81 E. 3 303. Solche ähnliche Fälle sind in dem Vorgetragenen bereits wiederholt genannt. Weiter gehören dahin z. B. ärztliche Gutachten, amtliche Verkündigungen eines Geistlichen in der Gemeinde, Mitteilungen höchstinstanzlicher Urteile durch die Tagespresse oder in Sammelwerken zu wissenschaftlichen Zwecken: RG. 24./5. 89 E. 19 238. Vgl. Dikshausen N. 8.

9. Frank N. III 2a Abs. 3 meint, daß die Beleidigung nicht um eines jeden minimalen Interesses willen straflos bleiben dürfe, sondern nur dann, wenn man es dem Beleidigter (oder dem Träger des Interesses) nicht zumuten könne, die Verfolgung eines Interesses mit Rücksicht auf die Ehre eines Anderen preiszugeben. Diese Ansicht, nach welcher wegen der Unschätzbarkeit der Ehre § 193 nur höchst selten zur Anwendung kommen würde, ist irrig, das Gesetz bietet für sie keinen Anhalt, auf eine Gleichwertigkeit des dies- und des jenseitigen Rechtsguts kommt es bei dieser Interessenkollision ebensowenig an wie bei der Nothwehr. Aber Frank a. a. O. Abs. 2 sagt mit Recht, und es ist schon oben in N. 1 darauf hingewiesen, daß — wiederum wie bei der Nothwehr — die Verletzung der fremden Ehre als das durch die Umstände gebotene, das angemessene Mittel erscheinen muß. Ist dies nicht der Fall, ist die hierdurch gesteckte Grenze überschritten, so ist die Kundgebung eine rechtswidrige und hat keinen Anspruch mehr auf den Schutz des § 193, da das Gesetz keineswegs die exzidierende Ehrverletzung schützen will.

Diesem Gedanken entspricht § 193 nur unvollkommen durch die Bestimmung, daß die Straflosigkeit der Kundgebung dann entfällt, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

Die Kundgebung wird trotz ihres an sich nicht strafbaren Inhalts strafbar durch ihre Form, also ihre äußere Darstellung nach Wort, Ton, Geste. Vorausgesetzt jedoch, daß auch hier das Erfordernis der Angemessenheit unerfüllt geblieben, es also möglich gewesen ist, den Inhalt auch durch andere Ausdrücke kundzugeben: RG. 10./6. 90 E. 21 1. Daß die Form der Äußerung an und für sich, ohne allen Hinblick auf den Inhalt, eine Beleidigung erkennen lasse, ist nicht notwendig: RG. 29./1. 82 E. 6 420.

Die Umstände müssen in naher Beziehung zu der Äußerung stehen, diese zeitlich oder örtlich umgeben, begleitende Umstände sein. Die Äußerung muß dadurch, daß sie nicht etwa überhaupt, sondern gerade zu dieser Zeit oder gerade an diesem Ort oder gerade unter irgendwelchen anderen besonderen Umständen gemacht worden ist, eine derartige Verschärfung erfahren haben, daß der Schluß gerechtfertigt ist, sie sei entweder überhaupt nicht oder nicht lediglich zur Kritik, zur Ausführung von Rechten usw. gemacht: RG. 7. 11. 90 E. 21 157, 8./6. 01 E. 31 80. Nicht dahin gehören solche Umstände, welche wie bei der üblen Nachrede die Unverweisklichkeit, bei der Verleumdung die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache zu dem Tatbestand der Beleidigung an sich gehören, die Handlung nicht begleiten, sondern ihren Charakter als Beleidigung bedingen, also in jedem Fall vorliegen müssen: RG. 7./6. 87 E. 6 139. Wie die Form der Äußerung rein Äußerliches ist, können auch die Umstände nur solche sein, welche die Kundgebung in ihrer äußeren Erscheinung umgeben, also äußere. Zumere Vorgänge, wie der Mangel des Glaubens

an die Begründetheit der Vorwürfe, die Unterlassung der Prüfung auf ihre Wahrheit und die dadurch befundete höhere oder geringere Frivolität, können je nach der Sachlage die Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeschlossen erscheinen lassen, nicht aber als solche äußere Umstände in Betracht kommen: RG. 18./10. 07.

10. Das Gesetz verlangt, daß das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den begleitenden Umständen hervorgehe. Auch im Falle des § 193 untersteht die Beleidigung den allgemeinen Grundsätzen über den Tatbestand, ist nur als eine dolose möglich und gehört zu dem Dolus nicht die Absicht zu beleidigen: Binding Lehrb. I 151, v. Liszt 340, Olshausen N. 14 Abs. 2, Wachenfeld H.R. II 300. Das bloße Bewußtsein von dem beleidigenden Inhalt der Äußerung genügt aber nicht zur Verurteilung, sondern es muß, wie objektiv die allgemeine Freiheit, die Wahrheit zu sagen, überschritten ist, subjektiv der Täter sich dieser Überschreitung bewußt gewesen sein: Frank § 192 N. Abs. 2, Meyer-Wilfeld 426, v. Liszt, Olshausen und Wachenfeld a. a. O.; RG. 29./1. 81 C. 3 328. Das RG. hat allerdings unter Zustimmung von Rüdorff-Stenglein N. 2 in mehreren Entscheidungen die direkt auf Zufügung einer Beleidigung gerichtete Absicht verlangt: RG. 16./3. 80 C. 1 317, 5./12. 89 C. 20 200, 5./4. 92 C. 23 40. Der Teilnehmer haftet nur, wenn er weiß, daß wegen der Form der Äußerung usw. der Tatbestand der Beleidigung gegeben ist: Frank N. V, Olshausen N. 15 Abs. 2; RG. 12./6. 96 C. 29 6.

§ 194.

Die Verfolgung einer Beleidigung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages (§§ 185 bis 193) ist zulässig.

1. Sämtliche aus Abschn. 14 strafbaren Handlungen, ausgenommen im Fall des § 197, setzen zu ihrer Verfolgung einen Strafantrag voraus, bezüglich dessen auf die allgemeinen Bestimmungen in §§ 61 ff. zu verweisen ist. Antragsberechtigt ist der Beleidigte. Der Kreis der Antragsberechtigten ist erweitert in den §§ 195, 196 und ist, auch gegenüber diesen Erweiterungen, speziell begrenzt in § 189. Bei einer Beleidigung mehrerer Personen unter einer Kollektivbezeichnung ist jede einzelne Person unabhängig von den anderen antragsberechtigt: Frank N. II Abs. 1, Hälshner II 207, v. Liszt 345, Olshausen N. 2; RG. 25./10. 80 C. 3 12, 30./9. 92 C. 23 246, aber auch nur sie, dagegen ein etwaiger Vorstand eines Vereins selbst dann nicht, wenn ihm durch Statut oder Gesetz die Wahrung der Standesinteressen der Mitglieder übertragen ist: RG. 22./12. 03 C. 37 37. Umgekehrt ist bei Beleidigung einer kollektiven Einheit nur diese selbst antragsberechtigt: Frank, Hälshner, v. Liszt und Olshausen a. a. O. und RG. 16./6. 81 C. 4 264, bei Beleidigung einer Behörde also diese selbst und nach § 196 ihre amtlichen Vorgesetzten. Bei einer Handelsgesellschaft kann der Antrag nicht unter der Firma, sondern muß von den einzelnen sich als beleidigt ansiehenden Gesellschaftern gestellt werden: RG. 31./1. 80 C. 1 178. Der verantwortliche Redakteur ist als solcher wegen beleidigender Angriffe gegen die von ihm redigierte Zeitung nicht zum Strafantrage berechtigt: RG. 4./12. 85 C. 13 126.

2. Die Qualifikation der Tat im Strafantrage bindet das Gericht bei der Aburteilung nicht, so daß z. B. aus § 187 verurteilt werden kann, obgleich die Bestrafung nur auf Grund § 186 beantragt war; dies gilt für die Privatklage ebensogut wie für die staatsanwaltliche: Rüdorff-Stenglein N. 1.

3. Für die Zurücknahme gilt die Bestimmung des § 64.

§ 195.

Ist eine Ehefrau beleidigt worden, so hat sowohl sie als ihr Ehemann das Recht, auf Bestrafung anzutragen.

1. Durch § 195 soll nicht die sog. mittelbare Beleidigung (§ 185 N. 4f) konserviert, sondern die Ehre der beleidigten Ehefrau besonders geschützt werden. Die Antragsberechtigung des Ehemannes ist, wie allgemein anerkannt wird, eine völlig selbständige und konkurriert, falls die Ehefrau noch unter achtzehn Jahren, mit der Berechtigung ihres gesetzlichen Vertreters, falls über, auch mit ihrer eigenen: RG. 9./12. 79 C. 1 29.

2. Der Ehemann hat das Recht nur, wenn die Beleidigte mit ihm in formell gültiger Weise verheiratet ist, hat es dann nicht, wenn die Beleidigung vor der Verehelichung, sei es auch innerhalb der letzten drei Monate vorher, erfolgte: Finger I 200 N. 273, Frank N. II, Olshausen N. II, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 9./12. 79 C. 1 29.

3. Maßgebend für die Berechtigung ist nicht der Zeitpunkt, in welchem die Beleidigung begangen, sondern in welchem der Strafantrag gestellt wird. Sie erlischt daher durch den Tod der Ehefrau und durch die rechtskräftige Scheidung: Binding Lehrb. I 161/162, Frank N. II,

Disshausen N. 3; a. M. bezüglich des Todes Bindung Handb. I 629, Hältschner II 208, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2 und v. Wächter 389, übereinstimmend bezüglich der Scheidung Bindung und Hältschner a. a. D. Der Scheidung steht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß BGB. § 1575 gleich. Nach der Ansicht des RG. wird die Berechtigung durch den Tod usw. nicht aufgehoben: 9./12. 79 C. 1 29, 26./12. 85 C. 13 115, 20./2. 02 C. 35 131.

4. Der Ehemann ist zu dem Verlangen auf Erlegung einer Buße gemäß § 188 berechtigt: Disshausen § 188 N. 4 Abs. 3; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 6. Wegen der Publikationsbefugnis vgl. unten § 200 N. 3b.

§ 196.

Wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf begangen ist, so haben außer den unmittelbar Beteiligten auch deren amtliche Vorgesetzte das Recht, den Strafantrag zu stellen.

1. Während das Preussische Strafgesetzbuch die Verletzung der Amtsehre als Vergehen wider die öffentliche Ordnung durch erhöhte Strafe auszeichnete und als Offizialdelikt behandelte, kennt das StGB. kein besonderes Vergehen der Beamtenbeleidigung. Wenn eine Behörde, ein Beamter in Beziehung auf seinen Beruf beleidigt ist, so gehört weder die Amtseigenschaft noch die Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande, kann daher nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen: RG. 8./12. 80 C. 3 244, 25./4. 95 C. 27 176. Aber im Interesse der öffentlichen Ordnung, insbesondere des öffentlichen Dienstes, und zur Wahrung der Ehre des Amtes ist die Antragsberechtigung neben dem Verletzten auch dem amtlichen Vorgesetzten gegeben.

Die Antragsberechtigung des Vorgesetzten ist, wie allgemein anerkannt wird, eine selbständige, ist unabhängig davon, ob der Beleidigte oder ein anderer Berechtigter den Strafantrag stellt oder nicht stellt bzw. den gestellten Antrag zurücknimmt.

2. Als Beleidigte kommen in Betracht:

a) Eine Behörde, vgl. § 114 N. 1. Aus der Nebeneinanderstellung der Beamten und Religionsdiener ergibt sich, daß im Sinne des § 196 zu den Behörden auch die kirchlichen gehören: RG. 5./7. 92 C. 23 202. Die Behörde gilt als Personeneinheit; es ist daher nicht erforderlich, festzustellen, daß alle oder welche einzelnen Mitglieder beleidigt sind: RG. 12./4. 81 C. 4 75;

b) ein Beamter, vgl. § 359. Ob seine Anstellung den gesetzlichen Bestimmungen gemäß geschehen, ist unerheblich: RG. 3./6. 80 C. 2 82. Auch ausländische Beamte gehören hierher: RG. 31./1. 81 C. 4 40;

c) ein Religionsdiener. Im Sinne des § 130a — vgl. daselbst N. 2 — ist Religionsdiener nur derjenige, welcher berufen ist, gottestämmliche Handlungen für eine Religionsgemeinschaft vorzunehmen, aber mit Frank N. II ist im Sinne des § 196 der Religionsdiener einfach als Angestellter der religiösen Korporation aufzufassen, ohne daß nach den ihm obliegenden Funktionen begrifflich zu unterscheiden ist;

d) Mitglied der bewaffneten Macht, vgl. § 113 N. 2b, c (Mannschaften der bewaffneten Macht).

3. Die Beleidigung muß erfolgt sein, während der Beleidigte sich in einer der genannten Stellungen befindet, so daß die Beleidigung eines ausgeschiedenen, also früheren Beamten ein Antragsrecht seines früheren Vorgesetzten nicht begründet: Disshausen N. 2 Abs. 1 und RG. 2./5. 95 C. 27 193; a. M. Frank N. I. Wie bereits § 195 N. 1 bemerkt wurde, findet § 196 ebenfalls keine Anwendung bei Verunglimpfung eines bereits verstorbenen Beamten: Frank und Disshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 26./11. 85 C. 13 95. Da die Behörde als Personeneinheit gilt — N. 2a —, so ist sie auch dann beleidigt, wenn sämtliche physischen Personen, welche bei der angegriffenen Handlung mitwirkten, ausgeschieden sind: Hältschner II 172, Disshausen N. 2 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 2.

4. Die Beleidigung muß begangen sein, während der Beleidigte in der Ausübung seines Berufes begriffen ist, oder in Beziehung auf seinen Beruf.

Bei der Behörde kann zwischen der privaten und der beruflichen Eigenschaft und Tätigkeit nicht unterschieden werden; ihre Beleidigung bezieht sich stets auf eine der beiden Alternativen; steht die Beleidigung fest, so ist damit auch die Antragsberechtigung der vorgesetzten Behörde festgestellt.

a) Die Beleidigung ist dem Beamten usw. während seiner Berufsausübung zugefügt, wenn sie mit der Ausübung zeitlich zusammenfällt. „Trotz des Wortlauts wird man bezweifeln dürfen.

„o eine üble Nachrede oder Verleumdung, die zufällig gerade zu der Zeit erfolgt, während welcher der Beamte als solcher tätig ist, hierher gehört. Vielmehr wird man die Beschränkung hier „zufügen haben, daß die Äußerung von einer bei der Ausübung des Berufs anwesenden Person „ausgehen muß“: Frank N. III 1, übereinstimmend auch Lisshausen N. 4a. Dies gilt aber auch bei der einfachen Verbalinjurie; bei der Realinjurie ist ein anderes nach der Natur der Sache unmöglich. Eine etwaige Unrechtmäßigkeit der Amtsausübung ist für die Antragsberechtigung bedeutungslos: Geher II 38, Lisshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 11./1. 81 C. 3 185.

b) Bei der Beleidigung in Beziehung auf den Beruf muß die beleidigende Kundgebung mit der amtlichen usw. Tätigkeit in Zusammenhang stehen, sie zur Grundlage oder zum Gegenstande haben: RG. 8./12. 80 C. 3 244, 7./1. 81 C. 3 246, 16./6. 85 C. 12 267, 23./1. 91 C. 21 3 5/7. 94 C. 23 34, 21./9. 99 C. 32 273, 2./1. 07 C. 39 350. Jede Beziehung; ihre Art ist bedeutungslos; es ist nicht erforderlich, daß eine Amtshandlung Gegenstand des Angriffs ist: RG. 24./2. C. 12 49, 6./3. 94 C. 25 157, 11./1. 07 C. 39 361. Sie muß erkennbar vorliegen, wogegen bloße Möglichkeit, sie herzustellen, nicht genügt: RG. 16./6. 85 C. 12 267. Dies ist der Fall, wenn der Beruf oder die Berufstätigkeit zum Gegenstand gemacht ist; wenn die Beleidigung in Wirklichkeit oder nach dem Inhalt der Kundgebung in ursächlichem Zusammenhang mit der Berufsausübung steht; wenn das Verhalten des Beamten zu dem vom Beruf erheischten Verhalten Kontrast gesetzt wird; wenn ein außerdienstliches Verhalten zur Last gelegt wird, welches eine Verletzung einer besonders auferlegten Berufspflicht sich darstellt. Aber auch über die besonders auferlegte Berufspflicht hinaus kann die Behauptung der Verletzung allgemeiner Sittengesetze und Amtspflichten eine Beziehung auf den Beruf ergeben, indem der Beleidigte einen Vorwurf, der an sich nicht notwendigerweise zu dem Beamtenberuf in Beziehung steht, durch die Beziehung seiner Kundgebung dazu in Beziehung setzt, insbesondere das behauptete Verhalten des Beamten in Gegensatz zu dem durch den Beruf erforderten Verhalten stellt, zum Ausdruck bringt, daß das behauptete Verhalten des Beamten seiner Stellung unwürdig erscheinen lasse oder den Beruf selbst herabwürdigende: RG. 23./12. 10 C. 44 191.

4. Amtlicher Vorgesetzter im Sinne des § 196 ist derjenige, welchem nach der dienstlichen Ordnung der Beamte gerade in demjenigen Geschäftskreise, auf welchen die Beleidigung sich bezieht, Gehorsam schuldig und in dieser Beziehung untergeben ist. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn dem Oberen nicht bloß das Recht der Leitung und Kontrolle, sondern auch die Dienstgewalt zusteht, in die Geschäftstätigkeit des Beleidigten befehlend und ändernd einzugreifen, ihn zu verbindenden Anweisungen zu verfahren, seine Verfügungen von Amtswegen oder auf Befehl auszuüben, außer Kraft zu setzen und die Befolgung eigener Anordnungen zwangsweise herbeizuführen. So RG. 7./4. 81 C. 4 220, 26./11. 96 C. 29 273. Antragsberechtigt im konkreten Fall ist lediglich derjenige Vorgesetzte, welcher es zur Zeit der Verübung der Beleidigung ist, bzw. sein Amtsnachfolger, sobald es auf die Zeit der Antragstellung nicht ankommt: Finger I 194 N. 260, Frank N. I 1 Meyer-Altfeld 428, Lisshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 1 und RG. 25./2. 89 C. 19 23; a. a. v. Lizzt 345 N. 3 und Oppenhoff-Delius N. 19.

Antragsberechtigt sind alle Vorgesetzten, einerlei, ob sie gleichen oder verschiedenen Grades sind, also nicht bloß der unmittelbare, sondern auch der mittelbare. Hat der Beleidigte mehrere Vorgesetzte nebeneinander, entweder weil er mehrere Ämter bekleidet oder auf Grund besonderer Verhältnisse, so hat jeder dieser koordinierten Vorgesetzten das Antragsrecht hinsichtlich der Dienstsphäre, in der ihm der Beamte unterworfen ist: RG. 7./4. 81 C. 4 220, 21./9. 82 C. 7 79, 28./11. 07 C. 29 211. 3. B. die Garnisonen in festen Plätzen stehen unter dem Befehl des Kommandanten und dem der Truppenkommandeure: RG. 7./1. 81 C. 3 246; der Preussische Regierungspräsident ist der Vorgesetzte des Landrats in Sachen der allgemeinen Landesverwaltung: RG. 20./4. 07 C. 21 430, die Preussische Regierung, Abt. für direkte Steuern, Domänen und Forsten, wenn es Vorsitzender der Einkommensteuer-Veranlagungskommission ist: RG. 13./5. 02 C. 35 236.

Dafür, wer im einzelnen Falle der Vorgesetzte, ist das Reichs- und Staatsrecht maßgebend. Wegen der Praxis des RG. vergleiche die Zusammenstellung bei Lisshausen N. 6.

Die Antragsberechtigung endigt nicht dadurch, daß nach geschehener Beleidigung das Verhältnis als Beamter usw. aufgelöst wird: Berner 489, Binding Handb. I 630, Frank N. I, v. Lizzt 345 N. 3, Meyer-Altfeld 428, Lisshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 2 und RG. 20./5. 95; a. M. v. Wächter 389 und RG. 26./11. 85 C. 13 95.

5. Da weder die Amtseigenenschaft noch die Beziehung auf den Beruf zu dem gesetzlichen Tatbestand gehört, braucht dem Täter weder die Amtseigenenschaft noch die Beziehung bewußt gewesen zu sein: Binding Lehrb. I 176, Lisshausen N. 8 Abj. 1 und RG. 25./4. 95 C. 27 176 a. M., weil die Antragsberechtigung und die Strafzumessung verwechselnd, Rüdorff-Stenglein N. 9 und Schütze 366 N. 11.

§ 197.

Eines Antrages bedarf es nicht, wenn die Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats oder gegen eine andere politische Körperschaft begangen worden ist. Dieselbe darf jedoch nur mit Ermächtigung der beleidigten Körperschaft verfolgt werden.

1. Eine Ausnahme von der Regel des § 194, daß zur Verfolgung aller Delikte aus Abschn. 14 ein Antrag erforderlich ist. Wegen des Begriffs der Ermächtigung vgl. oben § 99 N. 3. Nicht genau ist das „verfolgt“ statt „bestraft“. In der Ermächtigung liegt zugleich ein Strafantrag der Mitglieder der Körperschaft als beleidigter Einzelpersonen: RG. 13./3. 08 E. 41 168.

2. Wie die Vergleichung mit § 196 ergibt und auch aus der Entstehungsgeschichte des § 197, endlich aus dessen Wortlaut erhellt — „andere“ politische Körperschaften, die gesetzgebenden Versammlungen sind keine Behörden, sondern Korporationen des öffentlichen Rechts! —, schließen die Begriffe „politische Körperschaften“ und „Behörden“ sich aus, bezeichnet also der erstere Ausdruck eine Mehrheit von Personen, welche, ohne eine Behörde zu sein, zur Förderung staatlicher Zwecke rechtlich berufen sind: Berner 489, Frank N. I, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 14./12. 82 E. 7 382. Der Ausdruck „politisch“ bedeutet den staatsrechtlichen Charakter im Gegensatz zu den privat- und kirchenrechtlichen Korporationen, sodaß auch sämtliche im Dienst der kommunalen Selbstverwaltung stehenden Körperschaften, wie Provinziallandtage und Stadtverordneten-Kollegien, hierher gehören: RG. 15./1. 00 E. 33 66, 30./5. 07 E. 40 184. Wegen der gesetzgebenden Versammlungen vgl. oben § 105 N. 1.

3. Ist die Körperschaft eine ständige Institution, so kommt sie nicht in ihrer jeweiligen vorübergehenden Zusammensetzung in Betracht, sondern als fortdauernde Einheit, also unabhängig von einem Wechsel ihrer Mitglieder z. B. durch Neuwahlen zu einer neuen Legislaturperiode: Frank N. II, Hälssner II 173, Olshausen N. 4 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 14./12. 82 E. 7 382.

4. Die Beleidigung muß gegen die Körperschaft als solche, nicht bloß gegen einzelne Mitglieder gerichtet sein, und entsprechend die Ermächtigung von ihr selbst, nicht von ihrem Vorstande erteilt werden: Hälssner II 207 N. 3, Olshausen N. 4 Abs. 2.

§ 198.

Ist bei wechselseitigen Beleidigungen von einem Teile auf Bestrafung angetragen worden, so ist der andere Teil bei Verlust seines Rechts verpflichtet, den Antrag auf Bestrafung spätestens vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz zu stellen, hierzu aber auch dann berechtigt, wenn zu jenem Zeitpunkte die dreimonatliche Frist bereits abgelaufen ist.

1. Der legislative Grund dieser Bestimmung ist, dem der Beleidigung Beschuldigten, der seinerseits eine Beleidigung des Antragstellers hingenommen hatte, ohne gerichtliche Sühne zu fordern, Gelegenheit zur nachträglichen Stellung seines Strafantrages zu geben. Die Wechselseitigkeit ist aber auch schon dann gegeben, wenn von beiden Seiten beleidigende Kundgebungen des anderen Teils behauptet werden; die Frage, ob sie wirklich stattgehabt haben, ist nur für die Entscheidung der Schuldfrage, nicht aber für die Anwendbarkeit des § 198 von Bedeutung.

2. Wechselseitige Beleidigungen sind nicht identisch mit auf der Stelle erwiderten, können also zeitlich auseinander liegen: Frank N. I, Hälssner II 209, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 4./6. 80 E. 2 87. Sie sind nach der überwiegenden Mehrzahl der Autoren nicht identisch mit gegenseitigen Beleidigungen, vielmehr muß zwischen ihnen ein Zusammenhang stattfinden, nämlich die eine durch die andere hervorgerufen sein: Berner 489, Dachow, S. 5. III 365, Frank N. I, Olshausen N. 1 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 2. Aber diese Ansicht legt in die beiden Ausdrücke einen weder sprachlich noch sachlich begründeten Unterschied, wechselseitig bedeutet nur gegenzeitig, ein ursächlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich: Geyer II 39, Hälssner II 209, v. Liszt 345 (317) und RG. 4./6. 80 E. 2 87. Von den Beleidigungen des § 199 unterscheiden sie sich dadurch, daß die letzteren stets auch unter § 198 fallen, nicht aber umgekehrt. Nach den Eingangsworten müssen die Beleidigungen ausgetauscht sein, bevor von einem Teil der Strafantrag gestellt ist: Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1.

3. Die Beleidigungen müssen von beiden Teilen begangen, also zwischen dem Antragsteller bzw. Privatkläger und dem Angeklagten bzw. Privatbeflagten ausgetauscht sein, sodaß

die Bestimmung keine Anwendung findet, wenn auf der einen Seite ein gesetzlicher Vertreter (§ 65), Angehöriger (§ 189), amtlicher Vorgesetzter (§ 196) steht: Frank N. II 1, Dshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1. Das selbständige Antragsrecht dieser Personen wird aber dadurch nicht berührt, daß der Beleidigte sein Antragsrecht gemäß § 198 verliert: Frank N. II 1.

4. Der „andere Teil“, also derjenige, dessen Bestrafung nach den allgemeinen Regeln fristgerecht beantragt ist (Frank N. II Abs. 1), muß seinerseits den Strafantrag spätestens vor Schluß der Verhandlung erster Instanz stellen, also spätestens vor Beginn der Urteilsverkündung: Oppenhoff-Delius N. 6 und Schüze 367. Die Ansicht von Binding Handb. I 641, Frank N. II Abs. 1 und Dshausen N. 4 Abs. 1, daß darunter die Beendigung der Schlußvorträge zu verstehen sei, scheidet daran, daß bis zum Beginn der Urteilsverkündung die Verhandlung wieder eröffnet werden kann, also ihr Schluß erst durch den Beginn der Verkündung feststeht.

5. Durch die Bestimmung wird die reguläre dreimonatliche Antragsfrist bald verkürzt, bald verlängert, sobald im letzteren Fall eine zeitliche Begrenzung nur durch die fünfjährige Deliktsverjährung gegeben ist: Frank N. II 2, Dshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. I 1, Schüze 367. Der Anspruch auf Bestrafung der früheren Beleidigung besteht aber dann nicht mehr, wenn das Recht der Strafverfolgung zur Zeit, als die spätere Beleidigung begangen wurde, durch Ablauf der Antragsfrist bereits erloschen war: RG. 25./11. 10 C. 44 161.

6. Auf den Austausch von Beleidigungen mit leichten oder fahrlässigen Körperverletzungen ist § 198 weder hier noch in § 232 ausgedehnt, und eine Ausdehnung per analogiam muß wegen der Ausnahmenatur des § 198 für unzulässig erachtet werden: Binding I 52, Hälshner II 116, v. Liszt 317, Meyer-Alsfeld 251, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein § 232 N. 7 (drückt sich jedoch unsicher aus), Schüze 400 N. 21; a. M. Frank N. III und Dshausen N. 7.

§ 199.

Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären.

1. Diese Ausnahmebestimmung, bei welcher der übliche Ausdruck „Retorjion“ nur für den Erwidern den zutrifft, geht von der zutreffenden Erwägung aus, daß, wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert worden, bei dem zuerst Beleidigten die Entschuldbarkeit des Affektes, bei dem ersten Beleidiger der Umstand in Betracht zu ziehen ist, daß er durch die ihm zugefügte Beleidigung gewissermaßen im Wege der Selbsthilfe bereits gestraft ist. Daher wird der Richter ermächtigt, nicht bloß jenen, sondern auch diesen Täter straffrei zu lassen, also die von beiden Seiten verwirkten Strafen miteinander zu kompensieren. Vgl. Finger I 525, Frank N. I, Hälshner II 114 N. 2, 214, v. Liszt 280, Meyer-Alsfeld 343, Dshausen N. 1.

2. Die beiden Beleidigungen müssen die eine erwiderte, die andere eine erwidernde, diese durch jene hervorgerufen, sein: Frank N. II 1, Dshausen N. 2 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4. Somit muß die Erwidern der Beleidigung von dem zuerst Beleidigten, nicht von einer anderen Person ausgehen: Binding Lehrb. I 162, 52, Dochow, S. S. III 371, Finger I 526, Frank, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Hälshner II 213, v. Liszt 279, Meyer-Alsfeld 343, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 2. Dagegen ist es gleichgültig, wer den Strafantrag stellt, ob der Beleidigte selbst oder der gesetzliche Vertreter, Ehemann, Vorgesetzte.

3. Die Erwidern muß „auf der Stelle“ erfolgen. Dies ist nicht im örtlichen, sondern im zeitlichen Sinne zu verstehen. Nicht jedoch mit Binding Lehrb. I 162, 53 „sobald der Erwidernde „von der Beleidigung erfahren hat“. Vielmehr haben die Worte „auf der Stelle“ wesentlich die Bedeutung, daß der erwidernde Beleidigte noch unter dem psychischen Eindruck der empfangenen Beleidigung gestanden haben muß, die durch sie hervorgerufene Gemütsregung sich noch nicht gelegt haben darf. Ob dies der Fall gewesen, ist eine Tatfrage; eine absolut äußerste Grenze, über die hinaus es nicht mehr der Fall gewesen sein könne, läßt sich nicht ziehen. So Berner 491, Dochow, S. S. III 370, Frank N. II 2, Hälshner II 214, v. Liszt 279, Merkel 296, Dshausen N. 4 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schüze 371 N. 19, v. Schwarze N. 8. Ist die Erwidern nicht auf der Stelle erfolgt, so liegen nur wechselseitige Beleidigungen im Sinne des § 198 vor und der Richter kann zwar die Wechselseitigkeit bei der Strafzumessung berücksichtigen, nicht aber eine Aufrechnung unter Straffreiheit des einen oder beider Täter vornehmen.

4. Jeder Teil muß sich einer an sich strafbaren Beleidigung schuldig gemacht haben. Die Aufrechnung ist also unstatthaft, wenn die strafrechtliche Verantwortung des einen Täters wegen Fehlens der Rechtswidrigkeit oder wegen Unzurechnungsfähigkeit ausgeschlossen ist: Finger I 526, Frank N. II 3, Hälshner II 214, v. Liszt 280, Meyer-Alsfeld 343, Dshausen N. 3 Abs. 1; RG. 23./9. 82 C. 7 200. Also auch dann, wenn dem einen Täter der Schutz des § 193 zukommt:

Frank, Hälschner und Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 8 Abf. 1; RG. 16./6. 80 E. 2 181, 22./11. 10 E. 44 143. Die Aufrechnung ist aber zulässig, wenn nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt: Frank, v. Liszt und Dshausen a. a. D., Meyer-Altfeld 344.

5. Die Bestimmung bezieht sich auf alle in Abschn. 14 bezeichneten Beleidigungen, soweit eine auf der Stelle erfolgende Erwiderung denkbar ist: Werner 491, Hälschner II 213. Warum nicht auch im Falle des § 189, ist nicht einzusehen, da der zuerst Beleidigte unmöglich der Wohltat des § 199 dadurch verlorengelien kann, daß, ehe eine Erwiderung möglich, der Beleidiger stirbt; z. B. er erhält die Kenntnis von der Beleidigung erst nach dem Ableben des Beleidigers: Oppenhoff-Delius N. 1, 19; a. M. Dshausen N. 6. Ob die Beleidigungen mündlich oder schriftlich bzw. durch die Presse begangen werden, ist gleichgültig: RG. 16./6. 80 E. 2 81. Auch kann die eine mündlich, die andere schriftlich oder gedruckt erfolgen, die eine eine Verbal-, die andere eine Realinjurie sein.

6. Nicht erforderlich ist, daß beide Beleidigungen gleichzeitig und vor demselben Gericht zur Aburteilung stehen, oder daß sie überhaupt bei demselben Gericht verfolgbar sind: Frank N. III, Dshausen N. 7 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 6, 7, Rüdorff-Stenglein N. 5. Der Richter hat von Amtswegen zu verfahren, kann also kompensieren, sowohl wenn die Aufrechnung nicht beantragt, als auch wenn seitens des erwidern den Beleidigten gar kein Strafantrag gestellt ist: Dohrow, S. 5. III 372, Finger I 527, Frank N. III, Hälschner II 214, 215, Dshausen N. 7 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5. Ebenso kann er kompensieren, wenn gegen den einen Beleidiger wegen der Beleidigung schon in einem anderen Verfahren Verurteilung — anders im Fall der Freisprechung — erfolgt ist: Finger und Frank a. a. D., Dshausen N. 8b; a. M. Oppenhoff-Delius N. 6.

7. Die Bestimmung ist ein „kann“, eine fakultative, ihre Anwendung in das richterliche Ermessen gestellt, ohne daß der Täter Anspruch auf sie hat. Ist aber ein auf die Anwendung gerichteter Antrag gestellt, so muß der Richter eine desbezügliche Entscheidung abgeben, widrigenfalls die Verteidigung in unzulässiger Weise beschränkt erscheint: RG. 3./12. 78 E. 1 112.

8. Nur derjenige Beleidiger kann für straffrei erklärt werden, welcher schuldig ist und ohne die Bestimmung bestraft werden müßte. Das Urteil hat dahin zu lauten, daß der Angeklagte schuldig sei, aber für straffrei erklärt werde; also keine Bestrafung, wohl aber eine Verurteilung. Somit darf nicht auf Einziehung gemäß § 40, wohl aber auf Unbrauchbarmachung gemäß § 41 erkannt werden, da erstere eine die Existenz einer Hauptstrafe voraussetzende Nebenstrafe, letztere aber überhaupt keine Strafe ist: Dshausen N. 12.

9. Der Richter kann für straffrei erklären, also die Strafe ganz erlassen. Daß er auf eine mildere Strafe erkennen dürfte, ist, anders als in § 233, vom Gesetz nicht ausgesprochen, aber ein solcher Ausdruck auch nicht erforderlich, da in den Fällen der §§ 185, 186, 189 Abf. 1 allgemein, in den Fällen der §§ 187, 189 Abf. 2 beim Vorhandensein mildernder Umstände auf das zulässige Minimum der Strafart erkannt werden darf. Somit können die beiderseitigen Beleidigungen bei der Strafzumessung in Betracht kommen und darf der Richter in den Fällen der §§ 187, 189 nach Lage der Sache das Vorhandensein mildernder Umstände annehmen, also bis auf drei Mark Geldstrafe herabgehen. Vgl. Werner 492, Hälschner II 214, Dshausen N. 10 Abf. 2.

§ 200.

Wird wegen einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Beleidigten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben ist in dem Urteile zu bestimmen.

Erfolgte die Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Teil des Urteils auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen, und zwar wenn möglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift und in demselben Teile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen.

Dem Beleidigten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urteils zu erteilen.

1. Ist die Beleidigung durch die Art und Weise ihrer Zufügung über die privaten Kreise hinausgetragen, so hat der Beleidigte in vielen Fällen ein unmittelbares Interesse daran, daß die weiteren Kreise von der strafrechtlichen Ahndung unterrichtet werden, er somit „vor der selben Instanz rehabilitiert wird, vor der er durch die Beleidigung kompromittiert wurde“ (Frank N. I Abj. 1). Diesem Interesse, welches sich allgemein bei der Anhörung einer strafbaren Handlung und besonders bei der Verleumdung, zumal der Kreditgefährdung, und bei der Berufsbeleidigung geltendmacht, trägt die Bestimmung des § 200 Rechnung. Wünscht der Beleidigte nicht, daß die Bestrafung in die Öffentlichkeit hinausgetragen, so steht es bei ihm, ob er von der ihm selbst erteilten Befugnis Gebrauch machen und ob er den Antrag auf die amtliche Bekanntmachung stellen will.

Die Bestimmung ist an eine doppelte Voraussetzung geknüpft.

Zunächst muß die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen (vgl. § 186 Nr. 6), für die Zulässigkeit der amtlichen Bekanntmachung in einer Zeitung oder Zeitschrift erfolgt sein.

Sodann muß auf Strafe erkannt sein. Die Bestimmung findet also keine Anwendung im Fall des § 199: Dshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; vgl. § 189 Nr. 3 a. Daß sie ebenfalls nicht Platz greift bei dem Fahrlässigkeitsdelikt des PreßG. § 21: RG. 2./2. 86 C. 13 319, ergibt sich daraus, daß, da eine Beleidigung nur dolos begangen werden kann, hier ein delictum sui generis vorliegt: Wachenfeld H. II 300.

2. Streitig ist, ob durch § 200 eine Strafe, also eine Nebenstrafe, oder nur eine Privatgenugtuung, eine privatrechtliche Folge des Delikts konstituiert wird. Für die erste Ansicht wird geltendgemacht, daß die Bekanntmachung für den Verurteilten beschämend ist, und daß die Kosten der Bekanntmachung von ihm zu tragen sind. Aber Beschämung ist keine Strafe, ebensowenig ist es die Kostenpflicht, zumal wenn der Beleidigte die Kosten zu tragen hätte, die von dem Gesetz gewährte Rechtswohlthat am letzten Ende ein Privilegium der Vermögenden wäre. Unverkennbar bezweckt aber das Gesetz, den in der gedachten Weise vor der Öffentlichkeit Beleidigten vor eben dieser Öffentlichkeit zu rehabilitieren, und Beschämung wie Kostenpflicht des Beleidigers sind nur notwendige Begleitererscheinungen. Somit verhängt die Bestimmung nicht eine Strafe über den Beleidiger, sondern gewährt dem Beleidigten eine Privatgenugtuung. Hiermit stimmen überein Binding Handb. I 303 N. 23 und Lehrb. 163, Frank N. I Abj. 1, v. Liszt 346, Löning 55, Meyer-Alfeld 428 (321), Dshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 1, Wachenfeld H. II 382, v. Wächter 103 (beide durch Nichterwähnung unter den Nebenstrafen). Für den Charakter als Nebenstrafe sind Berner 467 N. 2, Birkmeyer Enzykl. 1143, Dohow, S. 5. III 367, Hälschner II 213, Merkel 173 (privater Strafanpruch), Rüdorff-Stenglein N. 10. Finger I 509 sagt: „nicht in erster Linie Strafe“, und Schütze führt die Befugnis zur Bekanntmachung 75 nicht unter den Nebenstrafen, sondern 364 unter den Privatgenugtuungen auf, meint aber, daß sie „für den Schuldigen den Charakter der Nebenstrafe trägt“. Für den strafrechtlichen Charakter hat sich endlich ausgesprochen das RG. 7./4. 81 C. 4 218, 17./4. 82 C. 6 180, 3./3. 84 C. 10 206, 17./5. 87 C. 16 73 („Strafe lediglich zur Genugtuung für den Verletzten“), 5./12. 01 C. 35 18. Aus dieser privatrechtlichen Natur ergeben sich folgende Sätze:

a) Wie bereits oben bemerkt wurde, steht es bei dem Beleidigten, ob er von der ihm selbst erteilten Befugnis Gebrauch machen und ob er den Antrag auf die amtliche Bekanntmachung stellen will. Ebenmäßig kann er sich bei einer Mehrheit von Verurteilten auf einen oder einzelne von ihnen beschränken.

b) Die Bekanntmachung kann auch nach dem Tode des Verurteilten erfolgen, vgl. § 188 Nr. 2 h: Binding Grundr. 266, Lehrb. I, 163, Dshausen § 165 N. 1 Abj. 2.

c) Sie wird durch die Begnadigung nicht berührt, vgl. § 188 Nr. 2 a.

d) Die Bestimmung des § 200 ist auch dann anzuwenden, wenn die Beleidigung in idealer Konkurrenz mit einem Delikt verübt wurde, auf welches eine schwerere, die Bekanntmachung nicht auslösende Strafbestimmung Anwendung findet: Binding Grundr. 266 und Lehrb. I 163, Frank N. I Abj. 1, Meyer-Alfeld 248 (321), Dshausen N. 2 Abj. 2; a. M., weil es sich um eine Strafe handle, Berner 497 N. 2, Gever II 39, Merkel, S. 5. IV 230 und RG. 7./4. 81 C. 4 218, 17./4. 82 C. 6 180, 3./3. 84 C. 10 206. Vgl. § 188 Nr. 2 n.

3. Während die falsche Anschuldigung ein Offizialdelikt ist, folgerecht durch § 165 die Bekanntmachungsbefugnis nur dem Verletzten, also dem Beschuldigten zugesprochen wird, ist die Beleidigung ein Antrags- bzw. Ermächtigungsdelikt. Da nun auch andere Personen als der Beleidigte antragsberechtigt sein können, erhebt sich die Frage, ob das Gesetz auch diese anderen Personen unter dem „Beleidigten“ versteht.

a) Ein Toter kann nicht beleidigt werden. Aber das Gesetz schützt sein Andenken in § 189 gegen Beschimpfung und erteilt bestimmten Angehörigen die Antragsberechtigung, erkennt also an, daß diese Angehörigen an der Bestrafung interessiert sind. Sind sie es aber, so ist ihr Inter-

eje an der Bekanntmachung der Bestrafung gegeben, diese daher auch im Fall des § 189 zu-
zuerkennen: Frank N. I Abj. 1, Hälschner II 211, Oshauhen N. 5 a, Oppenhoff-Delius N. 1
und § 189 N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 365, v. Schwarze N. 3; a. M. Binding Lehrb.
I 164, Doehow, S. S. III 368 N. 5 und RG. 18./2. 80. Natürlich kann in dem Urteil nicht dem
Toten die Publikationsbefugnis zugesprochen werden, muß es daher dem Antragsteller.

b) Der gesetzliche Vertreter (§ 65), der Chemann (§ 195) und der Vorgesetzte (§ 196) haben
ein selbständiges Antragsrecht. Wem ist die Befugnis zuzusprechen, dem Beleidigten? Dem
gesetzlichen Vertreter, Chemann, Vorgesetzten? oder dem Beleidigten und dem gesetzlichen Ver-
treter usw.? Die letzte Frage erhebt sich besonders dann, wenn auch der Beleidigte selbst Straf-
antrag gestellt hat.

Zunächst muß es als ausgeschlossen erscheinen, daß, wenn sowohl der Beleidigte selbst als
auch der Vertreter usw. die Bestrafung beantragt haben, die Publikationsbefugnis jedem von
ihnen, also zweimal, zuerkannt wird. Hierfür bietet das Gesetz keine Grundlage.

Im übrigen gehen die Ansichten, wie die Zusammenstellung bei Oshauhen N. 5 b ergibt,
fraus durcheinander. Ein zureichender Grund für solche Meinungsverschiedenheit ist nicht zu
ersehen. Der Beleidiger wird verurteilt, weil er den A, nicht weil er den A repräsentiert und
die Person des Antragstellers braucht zudem nur, wenn die Existenz eines formell oder materiell,
sachlich oder persönlich genügenden Antrages in Zweifel gestellt werden, in der Verhandlung
und im Urteil — von der Privatklage kann in dieser Beziehung abgesehen werden! — Erwähnung
zu finden. Die Frage, wer nachher die Bekanntmachung wirklich vornimmt, ist lediglich Sache
der Vollstreckung, und der selbständig Berechtigte braucht als Vollstrecker der Befugnis eben-
sowenig genannt zu werden wie die Staatsanwaltschaft als Vollstrecker der Strafe. Wenn der
Richter ihn, wozu er befugt ist und was am richtigsten im Tenor erfolgt, gleichwohl nennt, so
hat dies lediglich den Zweck, etwaige Legitimationschwierigkeiten bezüglich der demnächstigen
Bekanntmachung abzuschneiden. Dies gilt auch, wenn der Beleidigte selbst keinen Strafantrag
gestellt hat; a. M. RG. 7./1. 10 C. 43 173.

c) Ein Übergang der Befugnis auf die Erben ist, da es sich um ein höchst persönliches Recht
handelt, ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 163, Frank N. I 1 Abj. 2, Oshauhen N. 9 Abj. 1;
RG. 17./5. 87 C. 16 73; a. M. Meyer-Altfeld 321.

4. Die richterliche Bestimmung hat im Urteilstenor zu erfolgen: Oshauhen N. 11 Abj. 1;
13 Abj. 1 und § 165 N. 2 Abj. 3, Oppenhoff-Delius § 165 N. 2, Rüdorff-Stenglein § 165 N. 2.

5. Zu Abj. 1.

Der Richter hat die Art der Bekanntmachung und die Frist zu derselben zu bestimmen.
Zu der Art gehört auch der Umfang; die Ansicht von Berner 497, daß nur der Tenor bekannt-
gemacht werden dürfe, ist irrig: Binding Lehrb. I 163, v. Liszt 346, Oshauhen N. 6, 7, Rüdorff-
Stenglein N. 6; RG. 17./3. 89 C. 20 1. Bei einer Gesamtstrafe unterliegt es ebenfalls dem richter-
lichen Ermessen, so zu verfahren, wie es dem Zwecke der Vorschrift am meisten entspricht und dem
Berurteilten am wenigsten nachteilig erscheint, also, wenn es möglich, den die Beleidigung nicht
betreffenden Teil des Tenors mit der Andeutung auszuscheiden, daß die Strafe auch wegen
anderer Delikte verhängt worden ist: RG. 25./11. 92 C. 23 325, 25./4. 95 C. 27 176.

Die Ausführung der Bekanntmachung liegt dem Beleidigten ob. Stößt er hierbei auf
Schwierigkeiten, so hat die Vollstreckungsbehörde ihm behilflich zu sein: Hälschner II 212, Osh-
hauhen N. 9 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7; also, wenn als Art der Bekanntmachung die Ver-
öffentlichung in einer periodischen Druckschrift bestimmt ist, die Aufnahme der Bekanntmachung
gemäß PreßG. § 10 zu veranlassen: Kayser, S. S. IV 385, Oshauhen N. 9 Abj. 2, Rüdorff-
Stenglein N. 3.

6. Zu Abj. 2.

Ist die Beleidigung in einer periodischen Druckschrift erfolgt, so kommt Abj. 2 in Anwen-
dung, nicht statt, sondern neben der Maßnahme des Abj. 1, da Abj. 2 nur eine aus Abj. 1 zu er-
gänzende Zusatzbestimmung ist: Binding Lehrb. I 164, Frank N. I Abj. 3, Oshauhen N. 11
Abj. 1; RG. 27./5. 86 C. 14 153, 17./10. 89 C. 20 1.

a) Die Anordnung des Abj. 2 kann erfolgen im Fall des Abj. 1, muß erfolgen im Fall
des Abj. 2.

b) Sie erfordert einen ausdrücklich dahin gerichteten Antrag des Beleidigten, welcher, da
die Anordnung im Urteil zu erfolgen hat, vor Erlass desselben gestellt sein muß: Frank N. I Abj. 3,
Oshauhen N. 13 Abj. 1 und RG. 27./5. 86 C. 14 153, 17./5. 87 C. 16 73; a. M. Oppenhoff-
Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 10 und RG. 14./4. 80. Da es sich um eine Publikations-
befugnis des Staates handelt, ist die Bekanntmachung auch dann zu bewirken, wenn der Antrag-
steller noch vor Fällung des Urteils gestorben ist: Frank N. I 2, Oshauhen N. 13 Abj. 2, Rüdorff-
Stenglein N. 4 Abj. 2; RG. 17./5. 87 C. 16 73.

c) Wie der Ausdruck „wenn möglich“ erkennen läßt, unterliegt die Bestimmung der Art und Stelle der Bekanntmachung dem richterlichen Ermessen und braucht nicht notwendig der vom Gesetz gegebenen Anleitung zu entsprechen: Geyer II 39 und RG. 3./2. 82 C. 5 381, 27./5. 86 C. 14 153. Nach Olshausen N. 11 Abf. 2 ist die Beschränkung „wenn möglich“ in die Urteilsformel aufzunehmen, sodaß der Richter nicht eine andere Zeitung usw. bestimmen darf; dies ist weder aus dem Gesetz zu entnehmen, noch in der Praxis üblich.

d) Die Bewirkung der Bekanntmachung erfolgt, wie allgemein anerkannt wird, durch die Vollstreckungsbehörde gemäß PreßG. § 10: RG. 27./5. 86 C. 14 153, 17./5. 87 C. 16 73, wobei die Kosten der Veröffentlichung zu den vom Verurteilten einzuziehenden Prozeßkosten gehören: Frank N. I 2, Olshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 11.

7. Abf. 3.

Die Bestimmung ist obligatorisch und setzt einen diesbezüglichen Antrag nicht voraus. Sie bezieht sich nach ihrer Stellung unbestreitbar nur auf die Fälle der Abf. 1, 2, gilt aber gleichwohl für alle Beleidigungen, öffentliche usw. wie nicht öffentliche usw.: Berner 497, Dochow Hb. III 369, Hälßner II 210, v. Liszt 346, Merkel 296, Olshausen N. 14, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 12, v. Schwarze N. 11 und seit Dezemien allgemein die untergerichtliche Praxis, während die reichsgerichtliche unbekannt ist, aber nach Olshausens Zeugnis a. a. O. geschwankt hat. N. N. sind Binding Lehrb. I 164, Frank N. II, Schütze 364. Ein Ausspruch darüber im Urteil ist vielfach üblich, aber nicht notwendig.

8. Die Ausföhrung der nach § 200 getroffenen Anordnungen setzt die Rechtskraft des Urteils voraus.

Fünfzehnter Abschnitt.

Zweikampf.

1. Zweikampf (Duell) ist der zwischen zwei Personen verabredete ernstliche Kampf mit tödlichen Waffen nach vereinbarten oder hergebrachten Regeln: RG. 20./9. 81 C. 4 408 und mehr oder weniger übereinstimmend alle Autoren.

a) Das Motiv zum Zweikampf ist für den Tatbestand unerheblich: Berner 501, Binding Lehrb. I 71, Frank N. I Abf. 2, Olshausen § 201 N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 2, 3, Schütze 293; RG. 10./7. 82 C. 7 29. Wenn hiergegen Birkmeyer Cuzylf. 1164 und Hälßner II 948 einwenden, das StGB. gehe davon aus, daß der Anlaß des Zweikampfs eine Beleidigung, kein Zweck deren Sühne, er selbst insofern ein Ehrenkampf sei, so ist dies nicht absolut zu verwerfen. Unbestreitbar setzt, wie mit Hälßner II 940 Olshausen § 201 N. 1 zugibt, das Gesetz, auf eine erschöpfende Feststellung des Tatbestandes verzichtend, den Begriff des Zweikampfes als einen erfahrungsmäßig gegebenen voraus. Nun hat die frühere Begriffsbestimmung, daß der Zweikampf statfinde zum Zweck der Wiederherstellung verletzter Ehre, nicht nur einen auch sittlich wohlbegründeten Anhalt an der allgemeinen Volksanschauung, sondern hat, weil ein Ehrenkampf vernünftigerweise nur mit solchen Strafen belegt werden soll, welche die Ehre selbst schonen, auf die Gesetzgebung dahin eingewirkt, daß als ordentliche Strafe nur die custodia honesta der Festungshaft angedroht ist. Zu beachten ist auch, daß der Zweikampf im Gesetz unmittelbar neben der Beleidigung seine Regelung gefunden hat. Endlich wird sich, wie Hälßner II 974 N. 3 bemerkt, obgleich das Motiv für den Tatbestand indifferent ist, der Richter im Interesse der Strafzumessung niemals der Aufgabe entziehen können, der Veranlassung und dem Zweck des Duells nachzuforschen, und den Täter, der den Zweikampf aus unehrenhaften Motiven herbeigeföhrt hat, schwerer strafen als den Rächer der verletzten Ehre.

b) Kampf ist ein körperliches Gegeneinanderwirken von Angriff und Abwehr: Meyer-Malfeld 397 N. 12. Kein Kampf, daher auch kein Zweikampf, sondern ein Selbstmord mit gegenzeitiger Anstiftung zum Selbstmorde ist das sog. amerikanische Duell, das für beide Teile straflos: Frank N. I 1, Geyer II 14, Hälßner II 941, Holtendorff Hb. III 417, v. Liszt 325, Merkel 304, Meyer-Malfeld 397, Olshausen § 201 N. 4, Rüdorff-Stenglein § 202 N. 2, v. Wächter 354 N. 19, Wachenfeld Hb. 297. Dagegen wollen Berner 501 und Schütze 293 N. 7 die §§ 202, 206 zur Anwendung bringen; Oppenhoff-Delius § 211 N. 7 meint, daß möglicherweise § 222 Platz greife; und Binding Handb. I 702, Lehrb. I 26 und 71 nimmt an, daß es als Mäßigung zum Morde Mord oder Totschlag sei; ja es ist sogar § 216 herangezogen worden. Diese irrigen Ansichten können leicht ad absurdum geführt werden, z. B. durch die Frage nach der juristischen Konstruktion, wenn der Genötigte sich nur verletzt oder gar vorbeidiebt! Ebenso ist kein Zweikampf das „Duell aus dem Sack“: Binding Lehrb. I 71.

c) Der Zweikampf ist ein Kampf zwischen zwei Personen. Beteiligen sich mehr Personen ohne Beschränkung je zwei bestimmter Personen auf den Kampf miteinander, so liegt ein Delikt

nach Abschn. 16 oder 17 vor (§ 227: Kaufhandel): Berner 501, Frank N. I, 2, Meyer-Altfeld 397, Dshhausen § 201 N. 5 Abs. 1. Auf das Geschlecht kommt es nicht an: Binding Lehrb. I 71, Dshhausen § 201 N. 5 Abs. 2; a. M. v. Liszt 325 N. 3, nämlich, daß nur ein Kampf zwischen Männern Zweikampf sei.

d) Er muß ein vereinbarter sein, also eine Herausforderung und deren Annahme vorgehen: Berner 501, Hälschner II 940, v. Liszt 325, Merkel 304, Dshhausen § 201 N. 6 Abs. 1, Schütze 203. Daß die Vereinbarung dem Kampfe längere Zeit vorhergehe, ist nicht erforderlich, jedoch ein Zweikampf auch dann anzunehmen ist, wenn sich wie bei dem sog. Rencontre der Kampf unmittelbar an die Vereinbarung anschließt. Dagegen ist die sog. Attacke ein Angriff, der sich von einem gewöhnlichen mörderischen Angriff nur dadurch unterscheidet, daß der Angegriffene zur Verteidigung aufgefordert oder zugelassen wird. Der Angegriffene willigt nicht ein, sondern ist in Notwehr, nicht also im Zweikampf begriffen. So Berner 502, Binding Lehrb. I 71, Frank N. I 3, Gener II 14, Hälschner und v. Liszt a. a. D., Meyer-Altfeld 399, Dshhausen § 201 N. 6 Abs. 1, v. Wächter 354; a. M. Oppenhoff-Delius Abschn. 15 N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 und Schütze 294 („wenn Kampfbereinbarung durch jenen Kampf hervorgerufen wurde“).

e) Er muß ein ernstlicher sein. Er ist es auch dann, wenn sich der eine Teil lediglich defensiv verhält, denn auch der kämpft, der sich nur wehrt: Binding Lehrb. I 72, Frank N. I 1, Hälschner II 941, Meyer-Altfeld 397 N. 16, 399 N. 27, Dshhausen § 201 N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein § 205 N. 1. Dies ergibt sich daraus, daß der Zweikampf als ein Fall der sog. notwendigen Teilnahme (vgl. oben S. 126 N. 3) nicht für den einen Teil als vorhanden, für den anderen als nicht vorhanden angenommen werden kann: Frank N. I 1, Hälschner II 952, Dshhausen § 205 N. 1 Abs. 1; RG. 20./9. 81 E. 4 408. Dagegen liegt, wenn keiner von beiden Duellanten den Gegner besiegen will, z. B. beide in die Luft schießen, nur ein Scheinkampf und, wenn sich beide defensiv verhalten, nicht einmal ein solcher vor; ob dies Verhalten auf Vereinbarung beruht oder sich der eine ohne Wissen des anderen Teils so verhält, ist gleichgültig: Binding Lehrb. I 72, Frank N. I 1, Hälschner II 941, v. Liszt 325, Merkel 304, Meyer-Altfeld 397 N. 16, Dshhausen § 201 N. 3 Abs. 2, Wachenfeld H. N. II 297. Vgl. § 205 N. 1.

f) Er muß nach den im konkreten Fall vereinbarten oder in Ermangelung derer nach den herkömmlichen Regeln des Zweikampfs stattfinden, also stets nach bestimmten Regeln, so die G. M.; vgl. die Ausführungen zu § 207.

g) Er ist ein Kampf mit Waffen. Und zwar sind Waffen nicht, wie Frank N. II 1 annimmt, alle zum Angriff gegen Menschen tauglichen Gegenstände der äußeren Natur, falls sie im konkreten Fall zum Kampfmittel im Zweikampf bestimmt werden, also z. B. Schlagringe, Gummischläuche, Stöcke, sondern es sind darunter wie in § 127 Waffen im technischen Sinn zu verstehen, also die ihrer Gattung nach zum Angriff auf Menschen bestimmten und zur Verbringung von Verletzungen geeigneten Gegenstände, um es kurz zu bezeichnen: die militärischen Waffen. Wenn Hälschner II 941, v. Liszt 326, Dshhausen § 201 N. 9 und RG. 10./7. 82 E. 7 29 nur „die nach der Sitte des Landes bzw. der Heimat der Parteien gebräuchlichen Waffen“ oder nach Hälschners Ausdruck „Seitengewehr und Schießgewehr“ hierher rechnen, so entbehrt diese Beschränkung jeglichen Inhalts. Warum soll es kein Zweikampf sein, wenn zwei Zusatzeristen sich auf Bajonett, zwei Mannen auf Lanze, zwei Seekadetten auf Dolch duellieren? Auch eine Beschränkung auf die in der Gegenwart üblichen Waffen ist nicht geboten, und so würde ein Kampf auf Kolben oder Streitart oder Morgenstern, so abenteuerlich auch ein solcher Kampf heute sein mag, gleichwohl ein Zweikampf sein. Übereinstimmend Binding Handb. I 69 und Meyer-Altfeld 398. Wenn ferner Hälschner II 946, v. Liszt 326 und Rüdorff-Stenglein Abschn. 15 N. 1 Abs. 3 gegen Oppenhoff § 201 N. 1 auch mit Recht erklären, daß Gleichheit der Waffen nicht erforderlich sei, so muß doch mit Binding Lehrb. I 69, Frank N. II 1, Meyer-Altfeld 399 und Dshhausen § 201 N. 10 verlangt werden, daß die Waffen von derselben Art und von annähernd gleicher Güte sind. Entschieden zu weit gehen aber Binding und v. Liszt a. a. D., wenn sie auch eine Gleichwertigkeit der Gegner verlangen.

h) Er ist ein Kampf mit tödlichen Waffen. Ein Kampf mit nichttödlichen Waffen ist kein Zweikampf im Sinne des Abschn. 15. So übereinstimmend die G. M. — ausgenommen Schütze 293 und RG. 2./6. 80 E. 1 443, 22./2. 82 E. 6 61, 6./3. 83 E. 8 87. Die Frage, wann eine Waffe eine tödliche sei, ist sehr bestritten; vgl. die Zusammenstellung bei Dshhausen § 201 N. 12, 13. Es ist klar, daß im konkreten Fall jede Waffe tödlich wirken kann, auf der anderen Seite aber keine Waffe existiert, welche regelmäßig tödlich wirkt. Man muß daher die Tödlichkeit der Waffe der Gattung nach abstrakt feststellen. Hiernach ist eine tödliche Waffe eine solche, welche zur Zufügung tödlicher Verletzungen geeignet und — es handelt sich ja um Waffen im technischen Sinne! — bestimmt ist, und weit die Eigenschaft der Waffe als solche entscheidend ist, kommen Schutzmaßregeln, wie sie bei den studentischen Schlägermenjuren üblich sind, also die Eigenschaft des Kampfes in concreto nicht in Betracht: Hälschner II 946 (vgl. dafelbst N. 1), Dshhausen

§ 201 Nr. 13 und RG. 6./3. 83 E. 8 87. Dagegen wollen den Schutzvorrichtungen einen Einfluß auf die Qualität der Waffe einräumen Binding Lehrb. I 69, Frank N. II 2, Geuer II 14, v. Liszt 326, Meyer-Malfeld 398 und RG. in mehreren früheren Entscheidungen. Wie durch solche ganz außerhalb der Waffe liegenden Maßregeln die inhärente Eigenschaft der Waffe berührt werden kann, ist nicht einzusehen; schließlich müßte auch die tödlichste Waffe ihre Eigenschaft dadurch verlieren, daß der Gegner wegläuft.

Hierdurch entscheidet sich auch die berühmte Streitfrage, ob die Schlägermensur ein Zweikampf sei. Sie wird bejaht von Berner 502, Rüdorff-Stenglein Abschn. 15 Nr. 4 und RG. 6./3. 83 E. 8 87, verneint von Binding Lehrb. I 69, Birkmeyer Enzykl. 1164 (prägnante Zusammenstellung der Gründe), Frank N. II 2, v. Liszt 326, Merkel 305, Meyer-Malfeld 398, Olshausen § 201 Nr. 14, Schütze 292 Nr. 3 („ein gesundheitsgefährliches Kampfspiel“), Wachenfeld H. II 297. Hälschner verneint die Frage II 950 wegen Mangels des Dolus, bejaht aber 945, daß der geschliffene Schläger eine tödliche Waffe sei. Dies verneint wiederum Olshausen a. a. O., weil der Schläger nicht die Bestimmung habe, tödliche Verletzungen zuzufügen, worüber allerdings die Kieler Studenten im Gefecht bei Bau, als sie die dänischen Bajonnette mit geschliffenen Schlägern angriffen, anders dachten. Sicherlich ist die Frage zu bejahen.

Prüft man die verschiedenen Ansichten über das Erfordernis der Tödllichkeit näher, so findet man sie durchgängig von der Tendenz getragen, die Studentenmensur vor dem Strafrichter zu schützen. Um dies zu erreichen, wird ein sehr erheblicher Schritt weitergegangen. Die im Zweikampf vorkommenden Tötungen und Körperverletzungen sind notwendige Momente des Tatbestandes des Zweikampfes, werden daher nicht auch als solche bestraft, sondern durch die Bestrafung des Zweikampfes abgegolten. Fällt nun, wie ja unbestritten ist, der Zweikampf mit nichttödlichen Waffen nicht unter Abschn. 15, so ist er, weil die Materie des Zweikampfes in Abschn. 15 erschöpfend geregelt worden, straflos, und folglich sind es auch die einzelnen — hier wird eine grundlose Unterscheidung gemacht, nämlich nicht Tötungen, welche nach Binding, Frank und Meyer-Malfeld nach den allgemeinen Bestimmungen abzuurteilen sind, sondern — Körperverletzungen: Binding Handb. I 368, 724, Lehrb. I 69, Finger I 153, Frank N. III, Geuer II 15, v. Liszt 326, Meyer-Malfeld 398 und Olshausen Nr. 3. Die Irrigkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand. Nach der unbestrittenen Bestimmung des StGB. ist Zweikampf nur der Kampf mit tödlichen Waffen; der Kampf mit nichttödlichen ist straflos, strafbar sind aber die in ihm begangenen Tötungen und Körperverletzungen, da ihre Deckung durch die Bestrafung des Zweikampfes deshalb nicht stattfindet, weil eben kein Zweikampf vorliegt; allerdings fahren nach Lage der Gesetzgebung die Täter oft schlechter, als wenn sie mit tödlichen Waffen gekämpft hätten. Übereinstimmen hiermit Hälschner II 944, Merkel 305, Oppenhoff-Delius Nr. 4 und RG. 22./2. 82 E. 6 61, 6./3. 83 E. 8 87. Der Versuch, die irrite Ansicht auf das *volenti non fit injuria* zu stützen, beruht auf der unzulässigen Suppletion, daß bei dem Gebrauch einer nichttödlichen Waffe die Kämpfer jeder seine eigene Tötung oder Körperverletzung wollen.

2. Die Materie des Zweikampfes ist in Abschn. 15 erschöpfend geregelt, so daß für die Landesgesetzgebung kein Raum ist, und zwar gilt dies insbesondere für das Stubenduelle: Berner 505, Binding Handb. I 316, 323, Birkmeyer Enzykl. 1164, Finger I 153, Geuer II 15, 86, Hälschner II 942, v. Liszt 327, Meyer-Malfeld 402, Olshausen Nr. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 5 und RG. 2./6. 80 E. 1 443, 20./5. 82 E. 6 61, 6./3. 83 E. 8 87; a. M. Frank N. IV, Rüdorff-Stenglein Nr. 4, Schütze 292 Nr. 3.

Nicht berührt durch Abschn. 15 ist MilStGB. § 112. Die Kartellträger (StGB. § 203) sind als Gehilfen (StGB. § 49) zu bestrafen. Die Vorschrift StGB. § 209 greift gemäß StGB. § 59 nur Naß, wenn die Zeugen, Sekundanten, Ärzte nicht wissen, daß die Herausforderung aus dienstlicher Veranlassung erfolgt ist. Vgl. Herz-Ernst zu § 112 zit.

§ 201.

Die Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen, sowie die Annahme einer solchen Herausforderung wird mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

1. Daraus, daß der Zweikampf ein vereinbarter sein muß, folgt, daß eine Herausforderung und eine Annahme der Herausforderung vorhergehen muß, Abschn. 15 Nr. 1 d. *In § 201 werden diese Handlungen, ihrer Natur nach nur Vorbereitungshandlungen, als selbständige Delikte unter dieselbe Strafanordnung gestellt. Nach der allgemeinen Regel über die Subsidiarität entfällt die Strafe, wenn es zum Zweikampf gekommen ist, vgl. § 73 Nr. 8 c γ: Berner 502, Binding Lehrb. I 71, Birkmeyer Enzykl. 1164, Frank § 205 Nr. II, Hälschner II 957, Merkel 305, Olshausen § 205 Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 1, Schütze 296, v. Schwarze § 205 Nr. 1; RG. 20./9. 81 E. 4 408.

2. Jede Handlung ist ein selbständiges Delikt. Die Herausforderung ist daher auch dann strafbar, wenn keine Annahme erfolgt: Berner 502, Hälshner II 956, Dshhausen N. 17 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1. Vollendet ist das Delikt, wenn Herausforderung bzw. Annahme zur Kenntnis des anderen Teils oder zu der seines Beauftragten gelangt ist: Frank N. I 1, 2, Merkel 304; nach Binding Lehrb. I 70 braucht der Herausfordernde von der Annahme nichts zu wissen.

3. Stillschweigendes Tatbestandsmerkmal der strafbaren Herausforderung — und ebenso der Annahme — ist ein ernstliches Handeln, wobei jedoch genügt, wenn der Herausfordernde in dem Bewußtsein handelt, von dem Gegner zu verlangen, daß er sich in einen von ihm für ernstlich gehaltenen Zweikampf einlasse: Meyer-Alsfeld 401 N. 38, Dshhausen N. 17 Abf. 1 und RG. 18./9. 91 G. 22 139; a. M., nämlich wirkliche Ernstlichkeit verlangend, Frank N. I 1 und v. Liszt 327 N. 10.

4. Herausforderung wie Annahme müssen auf einen Zweikampf mit tödlichen Waffen gehen, aber dies braucht nicht in der Erklärung selbst ausgedrückt zu sein: Frank N. I 1, Hälshner II 956, Dshhausen N. 18, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 18./9. 91 G. 22 139.

5. Annahme unter Bedingungen ist nicht Annahme, sondern ist Ablehnung verbunden mit neuer Herausforderung, sodaß der die Bedingungen akzeptierende Forderer zugleich Annahmer ist, ohne sich jedoch, da es sich um eine Vorbereitung des eigenen Zweikampfes handelt, zweier Delikte schuldig zu machen. Andererseits meinen Frank N. I 2, Hälshner II 956, Meyer-Alsfeld 401 N. 38, Dshhausen N. 19, Oppenhoff-Delius N. 2, 3 und Rüdorff-Stenglein N. 3, daß auch die bedingte Annahme strafbare Annahme sei. Die Irrigkeit dieser Meinung ergibt sich daraus, daß nach ihr die Stellung der — nicht acceptirten — schärferen Bedingungen des § 202 seitens des Annehmenden strafflos wäre, während sie seitens des Herausfordernden eine härtere Strafe nach sich zieht; solche Privilegierung des Annehmenden entspricht nicht dem Gesetz. Übereinstimmend Binding Lehrb. II 70, Hälshner Lehrb. II 957, Oppenhoff-Delius § 203 N. 3, Reichmann S. S. III 399; a. M. Dshhausen a. a. O. und § 203 N. 1 Abf. 2.

6. Die Teilnehmer außer den in § 209 genannten Personen sind nach den allgemeinen Regeln strafbar: Hälshner II 958 und v. Liszt 327. Rüdorff-Stenglein § 209 N. 2 meint, daß außer den genannten Personen andere Gehilfen beim Zweikampf nicht in Betracht kämen.

§ 202.

Festungshaft von zwei Monaten bis zu zwei Jahren tritt ein, wenn bei der Herausforderung die Absicht, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren soll, entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfes erhellt.

1. Der Herausforderer muß wollen, daß einer von beiden Teilen das Leben verliere, und dieser Wille muß durch ihn selbst oder seinen Kartellträger bei der Herausforderung, also als Teil derselben, in bestimmter Weise, nämlich entweder ausdrücklich oder durch die proponierten Bedingungen des Zweikampfes, z. B. Schießen über das Schnupftuch, dem Geforderten erkenntlich gemacht sein. Die Bezeichnung der Waffen genügt nicht, da diese stets tödliche sein müssen. Ebenjowenig die Bedingung „bis zur Kampfunfähigkeit“. Übereinstimmend Hälshner II 956, Dshhausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Reichmann S. S. III 400.

2. Strafbar ist sowohl der Forderer als der annehmende Geforderte: Binding Lehrb. I 70, Hälshner II 957, Dshhausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, Reichmann S. S. III 399, Schüge 296. Lehnt der Geforderte zwar nicht den Zweikampf selbst, wohl aber die Schärfung ab, so ist er nur nach § 201 strafbar. Wenn er seinerseits schärft, so liegt eine Ablehnung der gestellten einfachen in Verbindung mit einer geschärften Herausforderung vor, die beiden Partierollen sind also getauscht, wobei der erste Forderer wiederum nach § 201 strafbar bleibt, vgl. § 201 N. 5.

§ 203.

Diejenigen, welche den Auftrag zu einer Herausforderung übernehmen und ausrichten (Kartellträger), werden mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

1. Die Kartellträgerei ist an sich nur Beihilfe zur Herausforderung, aber durch das Gesetz zu einem delictum sui generis erhoben, dessen Strafbarkeit der der Herausforderung gleichsteht. Hieraus folgt, daß die Strafbarkeit der Kartellträgerei nicht durch die Annahme der Herausforderung

zung bedingt ist. Aus demselben Grunde ist sie nur nach § 203, nicht aber bei einer geschärften Forderung nach § 202 zu bemessen: Frank N. I, Dshausen N. 1 Abs. 1; a. M. Schütze 296.

Wer nach angenommener Herausforderung im Auftrage der Parteien in der Angelegenheit des Zweikampfes tätig wird, kann, wenn überhaupt, nur als Gehilfe zum Zweikampf selbst bestraft werden, bleibt also straflos, wenn es nicht zum Zweikampf kommt: Frank N. II 1; RG. 16./1. 94 G. 25 81.

2. Wer die Annahme der Herausforderung überbringt, ist nicht, wie Binding Lehrb. I 71 gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes annimmt, Kartellträger, sondern Gehilfe, also nicht aus § 203 strafbar: Berner 503, Frank N. II 1, v. Liszt 327, Dshausen N. 1 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, Leichmann S. S. III 399; RG. 16./1. 94 G. 25 81. Somit ist § 202 auf ihn anwendbar, aber er bleibt ebenfalls straflos, wenn es nicht zum Zweikampf kommt. Dagegen ist er zugleich Kartellträger, wenn die Annahme unter Bedingungen erfolgt, vgl. § 201 N. 5.

3. Ist, wie fast stets der Fall, der Kartellträger von dem Forderer zur Übernahme des Auftrages bestimmt, also angestiftet, so tritt doch keine besondere Bestrafung wegen Anstiftung ein: Meyer-Alfeld 193 N. 46 und Rüdorff-Stenglein N. 2. Dagegen nehmen Dshausen N. 2 a und Schütze 296 N. 14 Strafbarkeit dann an, wenn es nicht zum Zweikampf gekommen ist, mit Unrecht, weil es ohne „Bestimmung“ keinen Kartellträger geben würde, denn die Bestimmung liegt eben in der Erteilung des Auftrages. Auch Dshausen und Schütze werden jedenfalls Straflosigkeit der Anstiftung im Fall des § 204 zugestehen.

4. Beihilfe zur Kartellträgerei würde ein Fall der sog. mittelbaren Beihilfe sein, oben § 49 N. e.

§ 204.

Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.

1. Diese auf dem Prinzip des § 46 Nr. 1 beruhende Konstituierung eines Strafaufhebungsgrundes setzt zunächst voraus, daß der Zweikampf noch nicht begonnen hat. Begonnen hat er aber erst in dem Augenblick, in welchem auch nur von Einer Seite eine kämpfende, auf Tötung oder Verletzung des Gegners gerichtete Tätigkeit ausgeübt, z. B. zum Hieb ausgelegt, das Pistol auf den Gegner gerichtet wird: Frank Abschn. 15 I 1, Geyer II 15, Mertel 305, Dshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 20./9. 81 G. 4 408. Alles Vorgehende ist nur Vorbereitung: Frank § 208 N. II, Meyer-Alfeld 400, Dshausen a. a. D.; in beschränkender Weise a. M. Rüdorff-Stenglein § 208 N. 2.

2. Der Zweikampf muß freiwillig aufgegeben sein. Aufgegeben ist Umwandlung des Entschlusses, den Zweikampf zu vollziehen, in den Entschluß, ihn nicht zu vollziehen. Diese Umwandlung muß geschehen sein, ohne daß die Ausführung des Kampfentschlusses durch Umstände gehindert worden ist, welche von dem Willen des Aufgebenden unabhängig waren. Ein bloßes Gestörtssein und daher Aufgeben des Zweikampfes an diesem Ort und zu dieser Zeit ist nicht genügend, vielmehr muß der Zweikampf überhaupt aufgegeben sein; a. M. Dshausen N. 3 und RG. 20./10. 85 G. 13 1. Die Freiwilligkeit wird nicht dadurch aufgehoben, daß dritte Personen, z. B. die Kartellträger (§ 209), auf den Entschluß einwirken. Daher ist eine freiwillige Aufgabe auch nach eingeleiteter Strafuntersuchung möglich, z. B. infolge aufrichtiger Verjöhnung der Parteien, so mit Recht Dshausen a. a. D.; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 2. Anders, wenn durch den Rücktritt nur die schon begonnene Untersuchung vereitelt werden soll: Binding Lehrb. I 71, Dshausen a. a. D.; RG. 20./10. 85 G. 13 1. Nach RG. 24./6. 07 liegt freiwillige Aufgabe nicht vor, wenn der Zweikampf infolge Spruches eines Ehrengerichts unterbleibt, dem sich zu fügen die Parteien vorher verabredet haben, aber dies trifft nicht zu, wenn die Parteien nicht durch andere Umstände genötigt sind, sich dem Spruch zu fügen. Die Zurücknahme der Herausforderung, nachdem der Geforderter abgelehnt hat, ist kein freiwilliges Aufgeben: Frank N. I, Hälschner II 957, Dshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 28./4. 81 G. 4 113. „Selbst eine nachträgliche Sinnesänderung kann den unterbliebenen Zweikampf nicht zu einem freiwillig aufgegebenen „machen, ebensowenig wie der mißlungene Versuch eines Verbrechens dadurch zu einem freiwilligen Rücktritt vom Versuche wird, daß der Täter auf erneute Versuche, das Verbrechen „auszuführen, verzichtet.“ (Hälschner a. a. D.).

3. Die Aufgabe kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen, in letzterem Art z. B., indem die Parteien einverständlich nur einen Scheinkampf vornehmen, beide in di,

Luft schießen, Abschn. 15 N. 1 o: Geyer II 15, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius § 205 N. 1 und RG. 26./9. 10; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 4 und Reichmann S. S. III 400.

4. Die Esafe fällt weg, wenn auch nur einer der beiden Beteiligten zurücktritt, weil auch in diesem Fall der Zweikampf infolge einer freiwilligen Aufgabe unterbleibt und der widerstrebende Teil den anderen nicht zum Zweikampf, sondern am letzten Ende nur durch eine Attacke zur Notwehr nötigen kann: Binding Lehrb. I 71, Frank N. II, Meyer-Altfeld 401, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2, Reichmann S. S. III 398, Schütze 296 N. 14; RG. 4./3. 01 C. 34 200, 23./5. 02 C. 35 260. Dagegen nehmen v. Liszt 328 N. 11 und Oppenhoff-Delius N. 2 wegen des vom Gesetz gebrauchten Plurals („die Parteien“) an, daß der einseitige Rücktritt wirkungslos sei.

5. Entgegen der allgemeinen Regel, daß die Strafaufhebungsgründe nur zugunsten desjenigen wirken, in dessen Person sie eintreten, ohne die Strafbarkeit zu beseitigen (oben N. 46 N. 6), hat der freiwillige Rücktritt beider Parteien die Straflosigkeit aller Beteiligten zur Folge; auch die der Gehilfen: Frank N. II Absf. 1, v. Liszt 328, Olshausen N. 6. Das gleiche ist nach der ratio legis anzunehmen, wenn nur Eine Partei zurücktritt: Meyer-Altfeld 401, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 23./5. 02 C. 35 260. Dagegen beschränken die persönlichen Wirkungen des einseitigen Rücktritts auf den Zurücktretenden und die Gehilfen (nicht auch Kartellträger) Berner 502, Binding Lehrb. I 71, Frank N. II Absf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 296 N. 14.

§ 205.

Der Zweikampf wird mit Festungshaft von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

1. Der Zweikampf, dessen Versuch als der eines Vergehens, weil nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, nicht strafbar ist, ist begrifflich vollendet in demselben Augenblick, in welchem er tatsächlich begonnen hat, also eine auf Tötung oder Verletzung des Gegners gerichtete Tätigkeit ausgeübt wird. Vollendet ist er, auch wenn nur einer der Duellanten tätig geworden, da er nicht für den einen Teil als vorhanden, für den anderen als nicht vorhanden angenommen werden kann; „ein einseitiger Zweikampf ist eine *contradictio in adjecto*“ (Rüdorff-Stenglein): Berner 502, Frank Abschn. 15 N. I 1, Hälschner II 952, v. Liszt 327, Merkel 305, Meyer-Altfeld 400, Olshausen N. 1 Absf. 1, Rüdorff-Stenglein § 204 N. 3, Wachenfeld H. II 297; RG. 20./4. 81 C. 4 408. Hiernach entscheidet sich auch das vielbesprochene Schießen in die Luft. Tut dies nur eine der Parteien, so ist zu unterscheiden, ob es mit oder ohne Einverständnis des Gegners geschieht. Im ersteren Falle liegt kein Kampfakt vor, wohl aber im zweiten, da durch das einseitige Abstecken von der Überwindung des Gegners der Charakter des Zweikampfes, wie soeben bemerkt worden, nicht berührt wird: v. Liszt 327 und Olshausen N. 1 Absf. 3; a. M., nämlich daß auch im letzteren Fall von Kampf nicht gesprochen werden könne, Binding Lehrb. I 72, Frank Abschn. 15 N. I 1, Meyer-Altfeld 400 N. 29. Schießen beide Teile absichtlich fehl, einerlei ob mit oder ohne Wissen des Gegners, so liegt nur ein Scheinkampf vor, Abschn. 15 N. 1 o: Binding Lehrb. I 70, 72, Frank und Olshausen a. a. O., Meyer-Altfeld 397 N. 16, RG. 11./11. 90 C. 21 146; a. M. v. Liszt 325 und Rüdorff-Stenglein N. 1, es müsse ein gegenseitiges Einverständnis vorliegen.

2. Aus dem sub 1 Vorgetragenen ergibt sich, daß der Begriff des Zweikampfes nicht dadurch aufgehoben wird, daß der eine Teil dem Gegner keine Verletzungen zufügen will, also sich nur defensiv verhält, Abschn. 15 N. 1 o: Meyer-Altfeld 399 N. 27, Olshausen N. 1 Absf. 4. Hat der Zweikampf eine Tötung oder Körperverletzung zur Folge, so kommen ausschließlich die §§ 205, 206, nicht aber in ideeller Konkurrenz auch die Vorschriften in Abschn. 16, 17 zur Anwendung, vgl. oben Abschn. 15 N. 1 h Absf. 3: Binding Handb. I 368, Hälschner II 953, Meyer-Altfeld 400, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Wie ferner bereits zu § 201 N. 1 ausgeführt ist, werden auch die Strafen der Forderung und Forderungsannahme durch die Strafe des demnächstigen Zweikampfes abgegolten. Für Anstiftung und Beihilfe gelten die allgemeinen Regeln, abgesehen von den §§ 209, 210. Da die Strafen der Vorbereitungs-handlungen gegenüber der des Hauptdelictes wegfallen, sind die Teilnehmer an den Vorbereitungs-handlungen wegen Teilnahme an dem Zweikampf zu bestrafen, wenn es zu diesem gekommen ist: Frank N. IV, Geyer II 15, v. Liszt 327, Olshausen N. 4. Ausgenommen sind jedoch die Kartellträger, für welche es bei der Bestimmung des § 203 verbleibt: Berner 403, Frank N. IV, Hälschner II 958, Meyer-Altfeld 401 N. 45, Oppenhoff-Delius § 203 N. 4, Rüdorff-Stenglein § 203 N. 2, Schütze 296 und RG. 4./12. 84 C. 11 279; a. M. Binding Lehrb. I 71, v. Liszt 328, Olshausen N. 4 Absf. 1.

Als Beihilfe hat auch die Mitwirkung an einem sich für die Statthaftigkeit des Zweikampfes aussprechenden Ehrengericht zu gelten: RG. 29./10. 81 C. 5 140, selbst dann, wenn es sich nur

um die Bestimmung der Waffen handelt: RG. 18./1. 86 G. 13 265. Bei dem schwerwiegenden sozialen und beruflichen Einfluß des Ehrengerichts könnte hier sogar eine Anstiftung angenommen werden.

§ 206.

Wer seinen Gegner im Zweikampf tötet, wird mit Festungshaft nicht unter zwei Jahren, und wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von Beiden herbeiführen sollte, mit Festungshaft nicht unter drei Jahren bestraft.

1. Die Bestimmung normiert zwei Straferhöhungsgründe.

Zunächst wird härter bestraft, wer den Gegner im Duell tötet. Erforderlich ist, daß die tödende Verletzung vorsätzlich zugefügt wird: Binding Lehrb. I 72, Geyer II 15, Hälschner II 953, v. Liszt 328, Olshausen N. 2. Dagegen ist bezüglich des Erfolges der Verletzung Vorsatz nicht erforderlich, es liegt insoweit ein sog. Erfolgsdelikt vor, oben § 59 N. 11, verlangt wird nur der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Tode: Frank N. I, Hälschner 953, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Schütze 294 N. 9, Reichmann S. S. III 400. Der Tatbestand ist also nicht gegeben, wenn die Verletzung entweder überhaupt nicht vom Gegner oder von diesem unvorsätzlich zugefügt ist: Binding und Olshausen a. a. O., Hälschner II 954, v. Liszt 328, Meyer-Alfeld 400. Beispiele: unvorsichtige Handhabung der Schußwaffe, also ohne die Absicht einer gegen den Gegner gerichteten Tätigkeit, Abspringen der Klinge, Aufrennen auf die Klinge des Gegners, bei absichtlichem Fehlschießen Ritschettieren der Kugel, Zerplagen der Pistole. Frank N. I läßt schon die fahrlässige Verletzung genügen und zieht sogar alle tödenden Verletzungen heran, welche in irgendeiner Weise durch den Kampf verursacht werden, also auch die angegebenen Beispiele. Geyer a. a. O. verlangt absichtliche Tötung.

2. Der zweite strafe erhöhende Umstand bezieht sich nicht wie der erste auf § 205, sondern auf den ersten, kommt nur dann in Betracht, wenn der erste vorliegt; dies ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes: Frank N. II, Olshausen N. 3. Der spezielle Tatbestand ist der des § 202: bei der Vereinbarung des Zweikampfes muß in erkennbarer Weise der Wille zutage getreten sein, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren solle. Dagegen kommt es nicht darauf an, was während des Zweikampfes selbst gewollt ist: So Hälschner II 954, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3.

3. Beide Delikte sind Verbrechen, ein Versuch aber nicht denkbar, weil das Gesetz keinen Tötungsvorsatz verlangt und nach Hälschners treffender Bemerkung der Versuch nichts anderes sein kann als ein Akt des aus § 205 strafbaren Vorgehens: Hälschner II 955, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 2, Reichmann S. S. 400.

§ 207.

Ist eine Tötung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Übertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfes bewirkt worden, so ist der Übertreter, sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist, nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung oder der Körperverletzung zu bestrafen.

1. Wenn der Zweikampf seinen Charakter als solcher verliert — Abschn. 15 N. 1 —, fallen die nummehr stattfindenden Tötungen und Körperverletzungen unter die allgemeinen Vorschriften der Abschn. 16, 17. Nach der positiven Bestimmung des § 207 ist dies der Fall, wenn die vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfes übertreten werden. Hierbei gelten folgende Sätze:

a) Die Übertretung der Regeln muß eine vorsätzliche sein. Somit finden bei einer fahrlässigen Übertretung, obgleich durch sie der Zweikampf ebenmäßig seinen Charakter verlieren würde, die allgemeinen Vorschriften keine Anwendung: Binding Handb. I 368, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 55. Olshausen bestreitet übrigens, daß der Zweikampf durch eine fahrlässige Übertretung seinen Charakter verliert. Zum Vorsatz gehört die Kenntnis der Regeln.

Daß auch die Tötung oder Körperverletzung eine vorsätzliche sein müsse, verlangt das Gesetz nicht, sie muß jedoch bewirkt sein durch eine Tätigkeit, welche sich als eine vorsätzliche Verletzung der Kampfregeln qualifiziert: Olshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2.

b) Die allgemeinen Vorschriften der Abschn. 16, 17 kommen nur dann zur Anwendung, wenn die nach ihnen verwirkte Strafe mindestens ebenso hart ist wie diejenige, welche bei An-

wendung der §§ 205, 206 verwirkt sein würde. Die im konkreten Fall verwirkte, nicht die im Gesetz angedrohte, dem andernfalls würden die allgemeinen Vorschriften stets zur Anwendung kommen, weil Festungshaft gegenüber Zuchthaus und Gefängnis die mildere Strafe ist. Somit liegt nicht ein Fall der Ideal Konkurrenz vor, sondern die Strafe ist nach den zu § 20. 10 ff. entwickelten Grundsätzen zu bestimmen. Übereinstimmend Werner 504, Binding Handb. I 356, Frank N. I Abf. 2, II, Hälschner II 955, Olshausen N. 3 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 295 N. 11, Teichmann S. S. III 401. Mit Recht tadelt übrigens v. Liszt 328 die eventuelle Anwendung der Zweikampfsstrafen, obgleich ein Zweikampf im Sinne des Gesetzes gar nicht vorliegt; ähnlich auch Binding Lehrb. I 73.

c) Hat nur einer der beiden Kämpfer die Regeln übertreten, so trifft auch nur ihn die allgemeine Strafe: Frank N. IV.

d) Wie den Täter, so trifft die Bestimmung auch den Teilnehmer, selbst falls er nach § 209 straflos sein sollte: Binding Lehrb. I 73, Frank N. IV, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, 4.

2. Der Richter hat festzustellen, daß ein Zweikampf stattgefunden hat, daß eine Tötung oder Körperverletzung begangen ist, daß sie mittels einer vorsächlichen Übertretung der Duellregeln, also im Kausalzusammenhang mit dem sich als jene Übertretung qualifizierenden Kampfakt begangen ist. Alsdann hat er festzustellen, welche Strafe nach den Abschn. 16, 17 und welche nach den §§ 205, 206 verwirkt sein würde, und hat auf diejenige Strafe zu erkennen, welche nach Art und Maß die härtere ist.

3. Die Bestimmung findet nur auf die „vorhergehenden“ §§ 205, 206, nicht auch auf § 208 Anwendung; auf jene ist daher auch dann nicht zurückzugreifen, wenn ihre Strafe sich auf Grund des § 208 als die härtere ergibt: Frank N. III, Hälschner II 955, Olshausen N. 4; a. M. Binding Lehrb. I 73 N. 1, Meyer-Alsfeld 400 N. 38, Rüdorff-Stenglein § 208 N. 1.

§ 208.

Hat der Zweikampf ohne Sekundanten stattgefunden, so kann die verwirkte Strafe bis um die Hälfte, jedoch nicht über fünfzehn Jahre erhöht werden.

1. Sekundanten sind diejenigen Personen, welche mit Zustimmung der Duellanten diesen bei der Austragung des Zweikampfes selbst Beistand leisten, und deren Aufgabe vornehmlich darin besteht, die Beobachtung der Kampfregeln auf dem Kampfplatz zu sichern: R6. 16./1. 94 C. 25 81.

2. Die Bestimmung ist nicht obligatorisch, sondern fakultativ, sodas der Richter die Straf-erhöhung auf einen der beiden Duellanten beschränken kann: Hälschner II 954, Olshausen N. 3.

3. Das Gesetz sagt: „hat der Zweikampf stattgefunden“. Kein Zweikampf im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn die vereinbarten oder hergebrachten Regeln vorsächlich verletzt worden sind, § 207. Somit findet in diesem Falle § 208 keine Anwendung: Meyer II 16; a. M. Hälschner II 954, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß im Fall des § 207 eventuell, nämlich wenn sie die härteren sind, die Zweikampfsstrafen auch auf den Nichtzweikampf Anwendung finden.

4. Der Richter hat zunächst diejenige Strafe zu bestimmen, welche der Duellant verwirkt hätte, wenn der Zweikampf mit Sekundanten stattgefunden hätte, und diese sodann zu erhöhen. Beträgt sie an sich schon fünfzehn Jahre, so ist eine Erhöhung überhaupt, beträgt sie über zehn Jahre, eine Erhöhung bis um die Hälfte ausgeschlossen: Olshausen N. 1, 4 Abf. 2. Da durch § 208 jeder Fall des Zweikampfes mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedroht ist, so liegt stets ein Verbrechen vor (§ 1).

5. Der Versuch ist zwar schwer konstruierbar, da der Begriff der Vorbereitungshandlungen hier weit ausgedehnt und der Zweikampf mit seinem Beginn auch sofort vollendet ist, aber er ist denkbar: Frank N. II, Meyer-Alsfeld 400, Rüdorff-Stenglein N. 4. Olshausen N. 5 ist a. M., bestreitet aber das praktische Interesse der Streitfrage, weil § 208 erfordere, daß der Zweikampf stattgefunden habe. Rüdorff-Stenglein a. a. O. wendet hiergegen mit Recht ein, daß alle Strafandrohnngen des speziellen Teils den vollendeten Tatbestand voraussetzen und auch § 208 nicht mehr tut.

§ 209.

Katzensträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten, sowie zum Zweikampf zugezogene Zeugen, Ärzte und Wundärzte sind straflos.

1. Kartellträger sind straflos, der Richter hat also auf nichtschuldig und auf Freisprechung zu erkennen: Oshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3, wenn sie ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern. Ihr Bemühen muß in die äußere Erscheinung getreten sein und sich, was eine Tatfrage ist, als ein ernstliches kennzeichnen. Es ist zwar vom Gesetz nicht ausgesprochen, aber liegt unzweifelhaft in seinem Sinn, daß das Bemühen sich an die Parteien selbst wenden muß, somit § 209 nicht Anwendung findet, wenn es auf die Beseitigung äußerer Hindernisse gerichtet ist, z. B. in einer Anzeige an die Polizei besteht. Verhindern ist gänzliches Hindern. Das Bemühen muß daher einsehen, ehe der Zweikampf begonnen hat (§ 204 N. 1), sich schon gegen den Beginn, nicht bloß gegen die Fortsetzung richten: Hältschner II 958, Oshausen N. 2 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abj. 2. Daß die Bemühung Erfolg hatte, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 71, Frank N. Abj. 1, Oshausen N. 2 Abj. 2; RG. 4./12. 84 C. II 279, 20./3. 88 C. 17 243. Das ergibt sich auch daraus, daß, wenn sie Erfolg hat, die Straflosigkeit schon nach § 204 eintritt.

Kartellträger ist derjenige, welcher den Auftrag zu einer Herausforderung übernimmt und ausführt. Vor der Ausführung existiert der Kartellträger als solcher nicht. Deshalb ist die Bemühung, die vor Überbringung der Forderung dem Forderer gegenüber dahin stattfindet, daß er von der Herausforderung abstehe möge, nicht die Bemühung eines Kartellträgers: Frank N. Abj. 2, Hältschner 958, Oshausen N. 2 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1: RG. 20./3. 88 C. 17 243. Sie kann schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie keine ernsthafte ist, denn wäre sie es, so würde die Bitte, die Herausforderung zu überbringen, abgelehnt werden, also eine Kartellträgerei gar nicht stattfinden. Lehnt der Geforderte sofort ab, so ist für Verhinderungsbemühungen kein Platz mehr, also § 209 nicht anwendbar: Frank N. Abj. 2, Hältschner II 958, Oshausen N. 2 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1.

2. Sekundanten (§ 208 N. 1), Zeugen (insbesondere der sog. Unparteiische), Ärzte und Wundärzte sind zwar Gehilfen, aber, falls sie sich nicht in einer anderen Form beteiligen, gegen die allgemeine Regel straflos. Ihre Bestrafung würde meistens bewirken, daß die Zweikämpfe ohne ihre Zuziehung stattfinden, die Gefährlichkeit für Leben und Gesundheit somit gesteigert wird. Das gilt aber nicht von anderen Gehilfen, welche daher sich durch ihre Beteiligung strafbar machen. Zu ihnen gehören z. B. der Überbringer der Annahme (§ 203 N. 2), die Mitglieder des Ehrengerichts (§ 205 N. 2 Abj. 2) u. ä., ohne Rücksicht darauf, ob sie den Zweikampf zu verhindern ernstlich bemüht gewesen sind. So Hältschner II 959, Oshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; a. M. Frank N. Abj. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 2.

§ 210.

Wer einen Anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insbesondere durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt, wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

1. Die Gründe der Schonung, welche für die Zweikämpfe sprechen, verstummen bei den Anreizern: diese sind nicht gekränkt, sie handeln nicht unter dem Joch eines sozialen Vorurteils, sie bringen nicht ihr eigenes Leben und ihre Gesundheit in Gefahr, sondern treiben mit Leib und Leben Anderer ein ruchloses Spiel: Berner 505, Hältschner II 960. Daher wird die moralische Anreizung zum Zweikampf nicht wie die Anstiftung mit Festungshaft, sondern stets mit Gefängnis bestraft.

Wegen des Begriffs der Anreizung vgl. § 112 N. 3. Sie ist nicht mit Anstiftung zu wechseln. Der Angereizte soll nicht selbst die den Zweikampf veranlassenden Umstände schaffen, sondern diese, z. B. die Beleidigung seitens des Dritten, müssen entweder schon vorliegen oder durch die Anreizung und gleichzeitig mit ihr geschaffen werden, z. B. durch Mitteilung der Beleidigung: Frank N. II, Oshausen N. 2: RG. 5./11. 88 C. 18 239. Enthält die Anreizung die Merkmale der Anstiftung — oder der intellektuellen Beihilfe —, so ist die Strafe doch nur nach § 210 zu bestimmen: Frank und Hältschner a. a. O., Oshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2: RG. a. a. O. Bezeigung und Androhung von Verachtung sind nur Exemplifikationen.

Angereizt wird zum Zweikampf nicht mit dem Anreizer selbst, sondern mit einem bestimmten Dritten. Wird jemand angereizt, einen Dritten zum Zweikampf mit dem Anreizer anzureizen, so ist die erste Anreizung Anstiftung.

Anreizung erfordert Voratz, sie muß vorsätzlich oder, wie das Gesetz es bezeichnet, absichtlich geschehen; dies liegt schon in dem Begriff des Anreizens, sodas das ausdrückliche Verlangen des Vorzates überflüssig ist: Binding Lehrb. I 73, Hältschner II 959, v. Liszt 328, Oshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1.

2. Die Bestrafung ist davon abhängig, daß der Zweikampf stattgefunden hat. Eine außerhalb des Tatbestandes liegende Bedingung der Strafbarkeit: v. Liszt 191, Meyer-Allfeld 243, Lisshausen N. 5, zwischen welcher und der Anreizung kein tautologischer Zusammenhang zu bestehen braucht: Hältschuer II 960, v. Liszt 329, Meyer-Allfeld 402 N. 47, Lisshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3. Binding Lehrb. I 74 und Wirmeyer Einznl. 1164 sehen in der Bedingung eine unwiderlegliche Präsumtion für Aufrüstung oder intellektuelle Beihilfe, Frank N. I eine widerlegbare.

3. Die Bestimmung findet auch auf die in § 209 genannten Personen Anwendung. Macht sich ein Kartellträger des Delikts schuldig, so liegt Konkurrenz vor, je nachdem Ideal- oder Konkurrentenkonkurrenz: Lisshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4, nicht aber, wie Binding Lehrb. I 74 meint, Subsidiarität, sodaß nur nach § 210 zu strafen wäre.

4. Die — fünfjährige — Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Zeitpunkt der Anreizung, ruht aber nach § 69 bis zur Vollziehung des Zweikampfes.

Sechszehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider das Leben.

Durch Abschn. 16 in Verbindung mit den anderen die Tötung eines Menschen betreffenden Bestimmungen des StGB. — §§ 80, 81 Nr. 1, 102, 178, 206, 226, 227, 229, 239, 251, 307 Nr. 1, 309, 312, 314—316, 321—325 ist die Materie der Delikte wider das Leben im Sinne des GB. § 2 geregelt, so daß für die Landesgesetzgebung kein Raum ist.

§ 211.

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

1. Einen Menschen töten, heißt verursachen, daß er das Leben verliert. Die Tötung ist entweder eine vorsätzliche oder eine fahrlässige (§ 222). Die vorsätzliche Tötung ist entweder mit Überlegung ausgeführt: Mord, oder ohne Überlegung: Totschlag. Ihr objektiver Tatbestand ist gegeben durch die wirkliche Tötung, also diejenige Handlung, welche den Tod als den zum Begriff des — vollendeten — Delikts gehörigen Erfolg herbeiführt, und durch diesen mit jener Handlung in Kausalnexus stehenden Erfolg. Ihr subjektiver Tatbestand liegt in dem Dolus des Täters. Treffen objektiver und subjektiver Tatbestand zusammen, so liegt der in § 212 mit Zuchthaus bedrohte Totschlag, und tritt der Umstand hinzu, daß die Tötung mit Überlegung ausgeführt worden, der in § 211 mit der Todesstrafe bedrohte Mord vor. Totschlag und Mord unterscheiden sich also nur durch den Mangel oder das Vorhandensein jener Überlegung, der Totschlag ist die Grund- und Generalform der vorsätzlichen Tötung, der Mord ein qualifizierter Totschlag: Berner 510, v. Holzendorff N. S. III 433, Lisshausen § 212 N. 1, Schütze 385, und das Gesetz hätte richtiger die §§ 211, 212 unter Voranstellung des letzteren etwa in folgender Weise zusammengezogen:

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird wegen Totschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

2. Objekt des Delikts ist ein lebender Mensch. Nicht ein toter, falls man sich nicht zu der Verjuchstheorie des RG. vom Totbeten eines Leichnams bekennen will. Ebenjowenig der noch nicht geborene Mensch, der foetus in utero, der ein Mensch ist unter der Zuspensivbedingung des Geborenwerdens. Der Geburtsakt muß also soweit vorgeschritten sein, daß die Leibesfrucht mindestens zum Teil bereits aus dem Mutterleibe herausgetreten ist: Binding Handb. I 220 N. 6, Lehrb. I 32, v. Holzendorff N. S. III 451, Merkel 308, Meyer-Allfeld 366 N. 9, v. Wächter 331. Und zwar soweit herausgetreten ist, daß das Atmen durch die Lungen begonnen hat: Wirmeyer Einznl. 1162, v. Liszt 299; hierauf geht das sog. experimentum pulmonum. Eine andere Ansicht schließt aus § 217, daß der Beginn der Geburtswehen entscheidet: Frank Abschn. 16 N. 1, Lisshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 29./9. 83 E. 9 131, 5./11. 94 E. 26 178. Diese zweite Ansicht beruht auf irriger Heranziehung des § 217, welcher eine Spezialvorschrift für die unehelich Gebärende ist und das zu dem „gleich nach“ gegensätzliche „in der Geburt“ gerade deshalb bestimmt, weil es sich nach dem allgemeinen Begriff eines lebenden Menschen nicht von selbst versteht.

Ein Mensch ist auch die lebende Mißgeburt, das monstrum: Berner 507, Binding Lehrb. I 25, Frank Abschn. 16 N. 1, Hältschuer II 21, v. Holzendorff N. S. III 413, v. Liszt 300, Meyer-Allfeld 367, Lisshausen N. 1 Absj. 2, Lppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 6 Absj. 2. Nicht aber die sog. Mose, welche ein krankhaft degeneriertes Ei ist, also niemals als Mensch ge-

boren werden oder auch nur zum Geburtsakt kommen kann. Lebensfähigkeit — wie v. Wächter es in seinem Kolleg zu bezeichnen pflegte: die Möglichkeit, hundert Jahre alt zu werden — ist nicht erforderlich, ein Mord also auch die Tötung eines sterbenden Menschen: z. B. Frank Abschn. 16 N. I, Olshausen N. 1 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2; RG. 21./9. 80 C. 2 404.

Das Objekt darf jedoch nicht mit dem Subjekt identisch sein. Der Selbstmord ist weder Totschlag noch Mord. Somit ist weder der Selbstmordversuch noch Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmord strafbar, wobei der Zweck der Anstiftung oder Beihilfe, z. B. um den Selbstmörder einer Bestrafung zu entziehen, gleichgültig ist. Es ist daher irrig, wenn Binding Lehrb. I 26 den Anstifter zum Selbstmord, insbesondere den Gewinner im sog. amerikanischen Duell für einen Mörder, oder Oppenhoff-Delius N. 7 die Beihilfe zum Selbstmord für fahrlässige (!) Tötung erklärt; gegen letztere Ansicht Binding a. a. O., Hälschner II 20 N. 2, v. Liszt 310, Olshausen N. 2 Abs. 3. Anders liegt natürlich die Sache, wenn ein Wahnsinniger oder ein Kind durch Überredung, ein Handlungsfähiger durch Drohung oder durch Gift, etwa durch Täuschung über den tödtlichen Erfolg der Handlung, zum Selbstmord gebracht ist: Binding und Olshausen a. a. O., Frank Abschn. 16 N. II, v. Holzendorff H. S. III 417, v. Liszt 301, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2; in diesen Fällen liegt unbestritten mittelbare Täterschaft vor.

3. Das Delikt erfordert Vorsatz. Wegen des error in objecto, aberratio ictus und ähnlicher Fälle vgl. § 59 N. 14. Daß trotz des Vorsatzes kein Delikt vorliegt, wenn durch Notwehr, Notstand, Amtsdienst- oder Berufspflicht die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Eine Berufspflicht vel quasi liegt auch dann vor, wenn der Arzt, dem der in Ermangelung eines Arztes eingreifende Nichtarzt, z. B. die Hebamme, gleichsteht: Binding Lehrb. I 38, Meyer-Alfeld 218 („sachkundige Personen“), zur Rettung der Mutter das in der Geburt begriffene Kind tötet: Binding Handb. I 803, Meyer-Alfeld 2219, Olshausen N. 4 Abs. 2 („das zu einer Selbständigkeit noch nicht gelangte und deshalb noch einen Teil der Mutter bildende Kind“ — und demnach schon ein Mensch? oben N. 2 Abs. 1), Schütze 379 N. 2.

4. Durch die Handlung muß der Tod verursacht sein. Sie kann auch durch eine Unterlassung geschehen, wenn durch positive Gesetzesvorschrift oder durch vorangegangene Handlungen des Täters eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Soll sie die Ursache zum Tode sein, so muß zwischen ihr und dem Tode nach den allgemeinen Regeln (§ 59 N. 4a. C.) Kausalzusammenhang bestehen. Das Preuß. Strafgesetzbuch § 185 gibt hierüber folgende, sich in den meisten früheren Gesetzgebungen wiederfindende, dem Bayer. Strafgesetzbuch von 1813 Art. 143 nachgebildete dogmatische Bestimmung.

„Bei Feststellung des Tatbestandes der Tötung kommt es nicht in Betracht, ob der tödtliche Erfolg einer Verletzung durch zeitige oder zweckmäßige Hilfe hätte verhindert werden können, oder ob eine Verletzung dieser Art in anderen Fällen durch Hilfe der Kunst geheilt worden, ingleichen ob die Verletzung nur wegen der eigentümlichen Leibesbeschaffenheit des Getöteten oder wegen der zufälligen Umstände, unter welchen sie zugefügt wurde, den tödtlichen Erfolg gehabt hat.“

Vgl. Werner 508, der mit Recht darauf hinweist, daß Ursache und bloße Veranlassung genau zu unterscheiden sind.

5. Tritt zu dem subjektiven Tatbestande des Vorsatzes und dem objektiven Tatbestande der Tötung die Überlegung, so ergibt sich der qualifizierte Totschlag, der Mord. Der Vorsatz ist bei Totschlag und Mord der gleiche, nämlich das Wissen und Wollen der Tötung eines Menschen, wie es überhaupt keine verschiedenen Arten des Dolus gibt. Er ist, wie schon die Fassung des Gesetzes ergibt, von der Überlegung verschieden, indem er ein Willensakt, diese aber ein Akt der Verstandesstätigkeit ist. Es ist daher irrig, wenn Meyer-Alfeld 143 und RG. 22./1. 81 C. 3 295 einen überlegten und einen nicht überlegten Vorsatz als Arten unterscheiden. Daher bezieht sich der Vorsatz ferner nicht auf die Überlegung, was auch unmöglich ist („ich will die Tötung mit Überlegung ausführen“). Diese ist eine Qualifizierung des Totschlages, ein Strafbareitsmerkmal, wie am deutlichsten erhellt, wenn man, wie N. 1 gesehen, die beiden §§ 211, 212 in einem Paragraphen zusammenzieht. Auch hier ist, wie regelmäßige, Eventualdolus hinreichend. Vgl. Olshausen N. 6 Abs. 2, 7 Abs. 1, 2.

Wird nun gefragt, was denn Überlegung sei, so überlegt derjenige, welcher die bei der und für die Handlung in Betracht kommenden Umstände und Gründe mehr oder weniger, nicht notwendig alle, einer vergleichenden Prüfung unterzieht und danach seinen Plan bildet. Die aufgestellten Definitionen sind schon deshalb verschieden, weil mehrere Autoren das Wesen der Überlegung in der besondern Art der Bildung des Entschlusses finden. Nach Werner 514 ist Überlegung die Vorausberechnung der Folgen und entfernten Zwecke der Tat. Nach Binding Lehrb. I 27 Prüfung des Gewichtes der Abhaltungsgründe. Nach Frank N. I 2 diejenige geistige Beschaffenheit, bei welcher sich der Täter der von der Handlung abhaltenden Motive bewußt ist und sie gegen die ihn zur Handlung drängenden Motive abwägt. Nach Hälschner II 36, 48

das normale Verhalten des zu seiner Tat sich frei bestimmenden Menschen, und ein solches Verhalten erfordert, daß der Täter sich nicht der momentanen Gefühlserregung hingibt, sondern sich in dem Sinne unabhängig von ihr entscheidet, daß er durch sie veranlaßt zunächst zu einer Erwägung übergeht, zu einer verständigen Reflexion über das Verhältnis der anzuwendenden Mittel zum Erfolge, des Erfolges zum Zwecke der Tat, der Tat zur rechtlichen Pflicht, und daß die Tat wirklich das Ergebnis des aus solcher Erwägung erwachsenen Entschlusses ist. Nach v. Liszt 304 Entscheidung über das Ob und Wie, dergestalt, daß die auftauchende Vorstellung des begehrten Erfolges nicht sofort den Entschluß bestimmt, sondern den übrigen Vorstellungen, insbesonders den allgemeinen, unser gesamtes Verhalten beherrschenden Vorstellungen der Religion, der Sittlichkeit, des Rechts, der klugen Zeit bleibt, sich bei der Fassung des Entschlusses zur Geltung zu bringen. Nach Merkel 306 Mangel des Affekts oder krankhaften Erregungszustandes. Nach Meyer-Alsfeld 368 diejenige Verstandestätigkeit, welche normaler Weise den menschlichen Entschlüssen vorausgeht, und vermöge welcher sich der Täter die Tat mit einer ihrer Bedeutung im wesentlichen entsprechenden Deutlichkeit vorführt; Objekt der Überlegung sind die für und gegen die Ausführung der Tat sprechenden Gründe, sowie auch diejenigen Momente, von denen die Rechtswidrigkeit der Tat abhängt; von Überlegung kann aber nur bei ruhiger Abwägung der Umstände die Rede sein. Nach Rüdorff-Stenglein N. 3 ein besonnenes, von ruhiger Erwägung begleitetes Wollen. Nach Schüze 383 planmäßiges Handeln mit dazu ausgewählten Zuständen. Nach RG. 26./3. 09 E. 42 360 handelt der Täter mit Überlegung, wenn er in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt. Hiermit stimmt auch Olshausen N. 6 überein und entsprechend ist die zu Anfang dieses Absatzes gegebene Erklärung. Aber auch dem Totschlag kann ein überlegter Plan vorausgehen; die Überlegung des Mörders, obgleich qualitativ von der des Totschlägers unterschieden, verliert sich für die Beobachtung oft fast ganz in ein bloß Quantitatives, in ein bloßes Mehr der Überlegung (Berner 516). Der Täter handelt nicht mit Überlegung, sondern im Affekt, wenn eine die naturgemäße und daher regelmäßig eintretende Aufregung dessen, der einen Anderen zu töten im Begriff steht, übersteigendes und das folgerichtige Abwägen der vorbezeichneten Umstände ausschließendes Maß der Gefühlserregung sein Tun beherrscht; aber die Aufregung ist kein untrügliches Zeichen für die Unüberlegtheit der Tat, wie umgekehrt die Ruhe und der Gleichmut des Täters kein untrügliches Beweis für die Überlegtheit der Handlung. Ebenjowenig ist auf die zwischen der Fassung des Entschlusses und der Ausführung liegende Zeitdauer entscheidendes Gewicht zu legen: Berner 126, 512, Hälschner II 51, Meyer-Alsfeld 368, Olshausen N. 6 Abf. 1, Schüze 383, v. Wächter 324; a. M. Frank N. I 2 (ein Erkenntnisgrund für das Vorhandensein der Überlegung). Kein einziges der möglichen Merkmale, wie sie z. B. Olshausen a. a. O. aufzählt, ist zuverlässig genug, um das Vorhandensein der Überlegung feststellen zu können, sie müssen mehr oder minder zusammen treffen, es liegt eine reine Tatsfrage vor, und das geringste Bedenken genügt, jenes Vorhandensein zu verneinen. Streng genommen müßte das Vorhandensein der Überlegung nur mit Stimmeneinhelligkeit festgestellt werden dürfen, mögen auch, was schon vor einem Menschenalter Schüze 384 N. 4 prophetezte, Fälle mit Überlegung zu einer Sühnswürdigkeit werden.

6. Hat somit das Gesetz das Merkmal der Überlegung nicht an irgendeinen beweisenden Umstand geknüpft, und hat der Richter frei zu erwägen, welchen Umständen er im konkreten Fall beweisende Kraft beimessen soll, so ist doch wiederum vom Gesetz eine bestimmte Zeitgrenze gesetzt. Das Preuß. Strafgesetzbuch § 175 lautete: „wer vorzüglich und mit Überlegung einen Menschen tötet“, und auf Grund dieser Bestimmung hatte die Praxis die Überlegung bei der Fassung des Entschlusses verlangt. Hieran halten Hälschner II 52 N. 1, v. Liszt 305 und Oppenhoff-Dehlius N. 11, 13 fest, indem sie in der Fassung des jetzigen Gesetzes nur eine redaktionelle, sachlich unwesentliche Änderung erblickten. Aber die jetzige Formulierung ist, wie die Motive ergeben, selbst eine wohlüberlegte, und daher ist das RG. in ständiger Rechtsprechung im Einklange mit der Mehrheit der Autoren davon ausgegangen, daß für die Annahme des Tatbestandes des § 211 allein das Vorhandensein der Überlegung bei der Ausführung der Tat entscheidend, somit eine zwar mit Überlegung beschlossene, aber nicht mit Überlegung, namentlich im Affekt, ausgeführte Tötung nicht Mord, sondern Totschlag ist: Berner 514, Binding Lehrb. I 27, Frank N. I 2, v. Holtzendorff S. S. III 428, Meyer-Alsfeld 369, Olshausen N. 5 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schüze 383, Wachenfeld Sst. II 294, v. Wächter 325; RG. 30./4. 83 E. 8 276, 6./7. 99 E. 32 253, 9./12. 02 E. 36 26, 26./3. 09 E. 42 260. Daß die ganze Ausführung von Überlegung getragen werde, ist nicht erforderlich, da, zwar nicht als Ursache, sondern Wirkung der Ausführung, der Täter im Laufe der Ausführung oft in Aufregung gerät. Daher muß die Überlegung notwendig zu Anfang der Ausführung, hierüber hinaus aber so in- und exten- sive vor-

handen sein, daß sie die Ausführung in ihren wesentlichen Bestandteilen beherrscht; so die überwiegende Meinung, während Rüdorff-Stenglein, Schütze und v. Wächter a. a. D. ihr Vorhandensein nur für den Beginn der Ausführung verlangen.

Dies ist auch bei der Formulierung der Schuldfrage zu beachten. Die — dem Preuß. Strafgesetzbuch entsprechende — Formulierung: „ist der Angeklagte schuldig, den usw. vorsätzlich und mit Überlegung getötet zu haben“, ist fehlerhaft. Sie muß lauten: „ist der Angeklagte schuldig, den usw. vorsätzlich getötet und die Tötung mit Überlegung ausgeführt zu haben“; nur diese zweite Formulierung entspricht dem Gesetz. Ebenmäßig hat die Formulierung beim Versuch zu lauten: „ist der Angeklagte schuldig, den Entschluß, den usw. zu töten, durch vorsätzliche, „und zwar mit Überlegung ausgeführte Handlungen betätigt zu haben, welche einen Anfang „der Ausführung dieses Verbrechens enthielten.“ Vgl. Berner 515, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 1.

7. Bei einer Mehrheit von Tätern sind nur diejenigen Mittäter des Mordes schuldig, welche mit Überlegung gehandelt haben. Anstifter und Teilnehmer sind, die Kenntnis der Überlegung vorausgesetzt, nach § 211, sonst nach § 212 zu bestrafen. Frank N. II Abf. 2 nimmt an, daß Anstifter und Gehilfen, welche ohne Überlegung gehandelt haben, zufolge Analogie nach dem für den Totschlag geltenden Rahmen zu beurteilen sind.

§ 212.

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlags mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

1. Der Totschlag ist die Grund- und Generalsform des Totschlags, zu welcher, um den Tatbestand des qualifizierten Totschlags, des Mordes, zu erfüllen, das Strafbarkeitsmerkmal der überlegten Ausführung tritt, § 211 N. 1. Daher finden die Ausführungen zu § 211 N. 2—4 auch hier Anwendung. Der Umstand, daß der Täter vor der Ausführung mit Überlegung gehandelt hat, kommt bei der Strafzumessung in Betracht.

2. Warum die Überlegung bei der Ausführung fehlt, ist gleichgültig, insbesondere ist nicht mit Hälschner II 35, Merkel 306 und v. Wächter 324 die negative Bestimmung dahin zu interpretieren, daß die Tötung im Affekt begangen sein müsse: Berner 512, Binding Lehrb. I 28, Frank N., Meyer-Walfeld 367, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Die Frage nach der Existenz eines Totschlags ist bereits bejaht, sobald eine vorsätzliche Tötung nachgewiesen ist, und daher braucht der Mangel der Überlegung nicht festgestellt zu werden: Berner 511, Frank und Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 17./11. 98 C. 31 332.

3. Hat der Mittäter mit Überlegung gehandelt, so ist er Mörder. Die Strafe des Anstifters und Gehilfen richtet sich, sie mögen mit oder ohne Überlegung gehandelt haben, wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme nach der des Haupttäters: Binding I 28, Frank N. II Abf. 2, Merkel 307; vgl. § 211 N. 7.

§ 213.

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Wie das Wort „Totschläger“ ergibt, kennt das Gesetz mildernde Umstände nur bei dem Totschlage des § 212, nicht auch beim Morde des § 211. Korrekter Weise wäre daher die Bestimmung als zweiter Absatz in § 212 gestellt worden.

Da durch die Zulassung mildernder Umstände die Qualifikation des Delikts (Verbrechen, Vergehen, Übertretung) nicht beeinflusst wird (oben § 1 N. 2c), liegt auch im Falle des § 213 ein Verbrechen vor. Somit ist der Versuch nach § 43 strafbar: Frank N. I, v. Liszt 305 und Olshausen N. 2 a, kann gemäß § 32 Abf. 1 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden (vgl. auch § 35): RG. 8./6. 86 C. 14 299, bleibt die Zuständigkeit des Gerichtes (Schwurgericht) unberührt, ist die Verjährung der Strafverfolgung dieselbe wie in § 212. — Schütze 384 will den Ausdruck „mildernde Umstände“ nicht im technischen Sinne verstehen, eine Ansicht, die jedes gesetzlichen Anhalts entbehrt.

Ebenso bezieht sich § 213 ausweislich seiner Stellung nicht auf die §§ 214, 215, sondern ausschließlich auf § 212: Binding I 29, Frank N. I, Hälshner II 47, v. Liszt 306, Meyer-Allfeld 371, Lshaujen N. 1 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 384 N. 6, 385 N. 7; RG. 8./6. 86 G. 14 299, 13./3. 94 G. 25 178.

2. Ob und welche mildernden Umstände vorliegen, hat der Richter selbständig zu ermessen. Er muß aber, wenn er ihr Vorhandensein annimmt, gemäß der imperativen Form des Gesetzes auf die mildere Strafe erkennen, ist also insoweit gebunden. Eine zweite Bindung ist dadurch gegeben, daß das Gesetz es für einen mildernden Umstand erklärt, den somit der Richter ohne weiteres als solchen anzuerkennen hat, wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen war.

a) Erforderlich ist eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung des Täters selbst oder seines Angehörigen (§ 52 Abf. 2). Unter Mißhandlung ist, falls man nicht den Gegensatz zur schweren Beleidigung verwischen will, die körperliche Mißhandlung des Abfchn. 17 zu verstehen: Meyer-Allfeld 371 N. 13 und Lshaujen N. 3 a Abf. 2, nicht aber mit v. Holzendorff S. S. III 437, v. Liszt 306 und Schütze 384 N. 5 auch die psychische Mißhandlung. Ebenso muß der Ausdruck „Mißhandlung“ ebenfalls auf die Gesundheitschädigung, also auf die „Körperverletzung“ des Abfchn. 17 überhaupt bezogen werden, da nicht anzunehmen ist, eine genügende Provokation liege vor, wenn die Frau des Täters geprügelt, nicht aber, wenn sie vergiftet worden (§ 229). Unter schwerer Beleidigung ist nicht bloß das Delikt des Abfchn. 14, sondern jede schwere Kränkung zu verstehen (das Schulbeispiel ist der Ehebruch mit der Ehefrau des Totschlägers), auch wenn sie sich gegen den Täter oder seinen Angehörigen nicht direkt wendet: Frank N. II 2, Hälshner II 42, v. Holzendorff, v. Liszt und Schütze a. a. O., Lshaujen N. 3 a Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 4. Ob die Beleidigung eine schwere, untersteht dem richterlichen Ermessen.

b) Stehen Mißhandlung bzw. Beleidigung fest, so ist zu prüfen, ob sie von dem Totschläger verschuldet ist. Dies ist sie aber nur, wenn er, was ebenfalls Tatfrage ist, genügende Veranlassung zu ihr gegeben hat, nicht jede beliebige leichte Veranlassung, sondern eine solche, welche ihrerseits das Verhalten des Anderen in ein mildes Licht stellt, insbesondere also dann, wenn der Totschläger seinerseits den Anderen mißhandelt oder schwer beleidigt hat, den Mißhandler und Beleidiger als entschuldigend hinstellt: Frank N. II 3, Hälshner II 42, Lshaujen N. 3 b, Oppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 2.

c) Der Totschläger ist durch die Mißhandlung und Beleidigung zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden. Er muß also zwar vorzüglich, aber in einem so hochgradigen Zornesaffekt gehandelt haben, daß er die Provokation auf der Stelle vergalt. „Auf der Stelle“ bedeutet nicht einen örtlichen, auch nicht mit Oppenhoff-Delius N. 8 und Schütze 384 N. 5 einen lediglich zeitlichen, sondern, wie im Fall des § 199 — dajelbst N. 3 — mit Meyer-Allfeld 371 einen zeitlichen und innerlichen Zusammenhang. Die Tat muß in dem noch fort-dauernden Zustande des die Überlegung verhindernden Affektes verübt sein, wodurch freilich nicht ausgeschlossen ist, daß zwischen der Reizung zum Zorn und der Tat irgendein Zwischenraum liegt, wofür nur nicht ein Zustand der Überlegung eingetreten war: Berner 517, Frank N. II 4, Hälshner II 42, v. Liszt 308, Lshaujen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4.

d) Fehlt eins der bezeichneten Momente, so kann gleichwohl in dem, was noch vorliegt, ein „anderer“ mildernder Umstand gefunden werden: v. Holzendorff S. S. III 436, Lshaujen N. 3 a Abf. 3, N. 3 b Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 9.

3. Nach Berner 279 ist jeder vom Gesetzgeber angegebene Umstand, welcher den Richter gesetzlich verpflichtet, unter das ordentliche Strafmaß herabzugehen, ein gesetzlicher Milderungsgrund und steht als solcher im Gegensatz zu den mildernden Umständen. Für diese Ansicht spricht, daß in dem ausdrücklich von Berner angezogenen § 213 ungewöhnlicher Weise die Provokation als besonders mildernder Umstand genannt ist, sie scheidet aber an dem Wortlaut des Gesetzes „andere mildernde Umstände“. In prozessualischer Beziehung nach dem zurzeit geltenden Strafprozeßrecht macht sich allerdings ein Unterschied geltend, indem nach St.P.D. § 262 zur Verneinung der mildernden Umstände sieben Stimmen der Geschworenen genügen, aber zur Verneinung der Provokation als eines vom Strafgesetz besonders vorgeesehenen Umstandes acht Stimmen erforderlich sind. Daher muß die Fragestellung auf eine gesonderte Beantwortung der Provokation und der allgemeinen mildernden Umstände gerichtet sein. Vgl. Frank N. I, Löwe-Hellweg § 262 N. 2 c, Lshaujen N. 6; RG. 8./6. 86 G. 14 298, 21./6. 00 G. 33 323, 26./2. 07 G. 40 49. N. N. Rüdorff-Stenglein N. 5.

§ 214.

Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegretretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

1. Wie die angedrohte Strafe ergibt — dort Tod, hier Zuchthaus —, bezieht sich diese Bestimmung nicht auf § 211, sondern auf § 212, setzt die vorsätzliche, aber ohne Überlegung ausgeführte Tötung voraus und normiert einen strafershöhenden Umstand zu dem einfachen Totschlag: Geyer II 6, Hälschner II 45, Meyer-Allfeld 370, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 385 N. 7; RG. 11./6. 85 E. 12 250, 17./9. 85 E. 12 364. Ist die Tötung mit Überlegung begangen, so liegt nicht Idealkonkurrenz des schweren Totschlages mit einem Mord vor, sondern kommt nur § 211 zur Anwendung, bei welchem wegen der absoluten Strafe des Todes und dem Ausschluß der mildernden Umstände die Begleiterseimungen ohnehin außer Betracht bleiben: Frank N. I, Hälschner II 45, Olshausen N. 5 und RG. 17./9. 85 E. 12 364; a. M. Oppenhoff-Delius § 211 N. 17 und Rüdorff-Stenglein N. 1, § 211 N. 9. Der schwere Totschlag selbst und die strafbare Handlung, in deren Geleit er begangen wird, konkurrieren real: Olshausen N. 5 Abf. 4 und RG. 11./6. 85 E. 12 250.

2. Der Totschlag muß begangen werden bei der „Unternehmung“ einer strafbaren Handlung, also bei ihrer Begehung. Unternehmung und Unternehmen identifizieren, ziehen daher auch die Vorbereitungs-handlungen hinein (Binding Lehrb. I 29, Frank N. II (beide nur solche Vorbereitungs-handlungen, die dem Versuch am nächsten stehen), Geyer II 6, Hälschner II 45, v. Holtendorff S. S. III 441, v. Liszt 306, Meyer-Allfeld 370, Olshausen N. 2 Abf. 1, v. Schwarze N. 1. Dagegen verstehen Oppenhoff-Delius N. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 2 darunter nur die Vollendung und den Versuch, was richtig ist, sowohl wenn man, wie hier geschieht, Unternehmung mit Begehung, als auch wenn man es mit Unternehmen identifiziert; vgl. oben § 105 N. 3.

3. Strafbare Handlung ist kriminell strafbare Handlung: RG. 13./4. 92 E. 23 78, einerlei ob Verbrechen, Vergehen oder Übertretung. Sie muß objektiv strafbar sein, mag auch für den Täter ein persönlicher Strafausschließungsgrund, z. B. § 247 Abf. 2, vorliegen: Binding Lehrb. I 30. Daß die strafbare Handlung eine vorsätzliche sein muß, wie Binding und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Frank N. I, v. Holtendorff S. S. III 442 und Olshausen N. 2 Abf. 2 meinen, läßt sich nur durch die unzutreffende Identifizierung der Unternehmung mit dem Unternehmen begründen, ist also irrig. Bei der Fragestellung im Schwurgericht muß die Bezeichnung der Handlung nach ihren gesetzlichen Merkmalen in die Frage aufgenommen werden: RG. 31./1. 11 E. 44 270.

4. Wird der Totschlag verübt, um ein der Ausführung eines Delikts entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, so bedeutet dies nicht, wie Hälschner II 45 meint, daß das Delikt noch im Stadium des Versuches stehen müsse, vielmehr ist die gesamte tatsächliche Schädigung als solche, also eventuell über die juristische Vollendung des Delikts hinaus, ins Auge zu fassen, z. B. wenn der Bestohlene die Sache dem mit ihr entfliehenden Diebe wieder abnehmen will: Frank N. II, Meyer-Allfeld 370 (228), Olshausen N. 3 a. Der Ergreifung auf frischer Tat entzieht sich der Täter nur, wenn er entweder noch bei der Begehung der strafbaren Handlung betroffen oder unmittelbar nach ihr verfolgt wird, so daß ein späterer Totschlag, z. B. um einen Zeugen zu beseitigen, nicht unter § 214 fällt: Frank N. III, Hälschner II 46, v. Holtendorff S. S. III 442, Olshausen N. 3 b Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 6. Allerdings ist es unverständlich, daß der Totschläger in diesem letzteren Falle nur nach § 212, also leichter bestraft werden soll.

Entscheidend ist die subjektive Ansicht des Totschlägers. Daher genügt ein auch nur vermeintlich vorhandenes Hindernis, eine irrtümlich angenommene Gefahr der Ergreifung: Hälschner II 464, Olshausen N. 3 b Abf. 2.

§ 215.

Der Totschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

1. Wegen des Verhältnisses dieser Bestimmung zu den §§ 211, 212 vgl. zu § 214 N. 1. Mit § 214 ist Idealkonkurrenz möglich: Olshausen N. 2 Abf. 2: a. M. Binding Lehrb. I 30: es lägen nur verschiedene Schärferungsgründe vor, nicht verschiedene Delikte. Wegen des Verhält-

nisses zu § 213 vgl. daselbst N. 1 Abs. 3. Die Nichtzulassung mildernder Umstände ist „schwer zu rechtfertigen“ (v. Wächter 327 N. 5).

2. Verwandte aufsteigender Linie sind die leiblichen, einerlei ob ehelichen oder unehelichen Eltern, Großeltern usw.: Binding Lehrb. I 29, Birkenmeyer Einzbl. 1162, Frank N. I, S. 5. Hältschner II 47, v. Holtendorff S. III 443, v. Liszt 306, Meyer-Malfeld 371, Dtschausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 384, v. Wächter 327. Zum Dolus ist das Bewußtsein des persönlichen Verhältnisses erforderlich.

3. Auf die Teilnehmer findet § 50 Anwendung: Frank N. III, v. Liszt 306, Dtschausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 384 N. 6.

§ 216.

Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

1. Darüber, daß der Satz *Volenti non fit injuria* sich nicht auf die Tötung bezieht, herrscht kein Zweifel. Wenn aber die Tötung des Einwilligenden — dies Wort sei hier zunächst gestattet! — wie jede andere Tötung je nachdem als Mord oder als Totschlag zu bestrafen ist, wird, wie die Erfahrung gezeigt hat, die Praxis dahin gedrängt, sie als Teilnahme am straflosen Selbstmord aufzufassen und als solche strafflos zu lassen. Das StGB. hat allerdings die Bestimmung des § 213, und daß die Einwilligung als mildernder Umstand in Betracht kommen würde, ist klar, aber § 213 bezieht sich nur auf den Totschlag, nicht auf den Mord, würde also außer Anwendung zu bleiben haben, wenn die Tötung mit Überlegung begangen wäre, was sie bei Einwilligung des Getöteten fast ausnahmslos ist. Hier greift der § 216 ein. Er vermittelt zwischen beiden Extremen und konstituiert diese Tötung unabhängig davon, ob sie mit oder ohne Überlegung begangen wird, also lediglich den Vorfall voraussetzt, als ein eigenartiges, milder zu bestrafendes Delikt. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 35 N. 3, Merkel 307, Dtschausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 8./2. 96 G. 28 200. Dagegen Frank N. III und Hältschner II 58 sehen in der Bestimmung nicht ein selbständiges Spezialgesetz. Sie stoßen sich daran, daß in solchem Fall die Milderungsgründe des § 213 nicht zugebilligt werden können, erachten die Einwilligung für keinen anderen Milderungsgrund als die Provokation des § 213, sehen also in dem Delikte des § 216 einen privilegierten Totschlag und schieben den Hinweis darauf, daß, da § 213 nicht unterscheidet, ob mit oder ohne Überlegung getötet werde, ebennmäßig von einem privilegierten Morde, Mord unter Zulassung mildernder Umstände, gesprochen werden müsse, mit der Begründung zurück, daß beim Vorhandensein der Überlegung der Milderungsgrund des § 213 dem Strafausschließungsgrund des Mordes vorgehe. Aus dieser Frank-Hältschnerschen Ansicht, daß nicht ein selbständiges Delikt, sondern das Delikt des Mordes oder Totschlages, nur mit besonderem Strafrahmen, vorliege, würden sich folgende Konsequenzen ergeben:

- a) auf die mit Überlegung geschehene Tötung findet die Anzeigepflicht des § 139 Anwendung;
- b) der Versuch ist nach § 43 strafbar;
- c) gemäß § 32 Abs. 1 kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden (vgl. auch § 35);
- d) die Teilnehmer sind je nach §§ 211, 212 zu bestrafen;
- e) die Verjährung der Strafverfolgung ist dieselbe wie in §§ 211, 212;
- f) die Zuständigkeit des Gerichts (Schwurgericht) bleibt unberührt.

Hältschner hält folgerichtiger Weise den Versuch für strafbar, Frank ihn, ohne den Widerspruch in seiner Ansicht zu erkennen, für nicht strafbar. An die anderen Konsequenzen scheinen die beiden Autoren nicht gedacht zu haben.

2. Der Töter muß durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt sein.

a) Verlangen ist nicht identisch mit Einwilligung, sondern ist ein Mehr, ist eine positiv auf die Tötung gerichtete Willenserklärung, während die Einwilligung nur Wissen und Willen, nur Einverständnis ist, ohne daß der Täter davon Kenntnis zu haben braucht: Werner 99, Frank N. I, v. Liszt 309, Merkel 307, Meyer-Malfeld 372, Dtschausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 381; a. M. Hältschner II 55. War der Getötete unzurechnungsfähig und wußte es der Täter, so ist nach §§ 211, 212, 215 zu strafen.

b) Das Verlangen darf nicht lediglich aus dem Verhalten des Getöteten zu erkennen gewesen, aus seinen schlüssigen Handlungen gefolgert, sondern muß in bestimmter Weise (Wort,

Schrift, unzweideutige Geberde) geäußert worden sein: Binding Lehrb. I 34, Frank N. II 1, Hälschner II 55, v. Holzendorff S. S. III 445, Meyer-Alsfeld 372 N. 7, Olshausen N. 2 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4.

c) Fehlt die Ernstlichkeit des Verlangens, so liegt ein Verlangen überhaupt nicht vor. Daher ist unter einem ernstlichen Verlangen das freie und bewußte Verlangen zu verstehen, welches unmöglich ist, wenn dem Verlangenden dauernd der Einblick in die rechtliche, wirtschaftliche und ethische Tragweite seines Tuns fehlt (Frank), also nur beim Zurechnungsfähigen zu finden ist: Hälschner II 56 N. 1, v. Liszt 309, Olshausen N. 2 Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4. Dagegen halten Binding Lehrb. I 35, Frank N. II 2, v. Holzendorff S. S. III 447 und Meyer-Alsfeld 372 N. 6 das ernstliche Verlangen auch bei einem Geisteskranken für möglich. Dem widerspricht, daß das Verlangen ein Willensakt und der Unzurechnungsfähige (Geisteskranke, Kind, unter Umständen der Taubstumme) strafrechtlich willenlos ist. Dies räumt auch Frank § 218 N. IV 2 ein.

d) Das Verlangen muß unbedingt und auf die gegenwärtige Ausführung gerichtet sein. Es kann sich an die Allgemeinheit wenden, denn zu dieser gehört auch der Täter, darf aber nicht an einen bestimmten Dritten gerichtet sein: Frank N. II Abj. 2.

e) Der Täter muß durch das Verlangen bestimmt sein. Er darf also nicht bereits entschlossen gewesen sein und das Verlangen dem Andern, vielleicht durch listige Kunstgriffe, abgeloct, vielmehr muß der Getötete die Initiative ergriffen, den Täter angestiftet haben: Binding Handb. I 720 und Lehrb. I 34, 35, Hälschner II 56, Meyer-Alsfeld 372, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; a. M. v. Schwarze N. 4. Durch dieses Verlangen muß der Täter, wenn nicht ausschließlich, so doch im wesentlichen beeinflusst worden sein, so daß andere treibende Momente nur als adminikulierend und von Bedeutung für die Strafzumessung in Betracht kommen: Hälschner und Olshausen a. a. O., Meyer-Alsfeld 373, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schuppe 381. Demgegenüber muß der Täter wie bei einer Anstiftung dem Willen des Verlangenden in den wesentlichen Punkten (Zeitpunkt, Tötungsmittel usw.) entsprechen: v. Liszt 309.

3. Der Vorfall ist das Wissen und Wollen des objektiven Tatbestandes, also auch das Bewußtsein des ausdrücklichen und ernstlichen Verlangens. Der Irrtum bezüglich des Verlangens unterscheidet sich nicht von anderem Irrtum. Im Fall irtümlicher Annahme desselben kann nicht aus §§ 211, 212, sondern nur aus § 216 bestraft werden: Binding Lehrb. I 35, Frank N. IV, Geyer II 7, v. Holzendorff S. S. III 447, Meyer-Alsfeld 133, 373, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Binding Handb. I 721, v. Liszt 309.

4. Da die Tötung auf Verlangen nicht Mord oder Totschlag mit mildernden Umständen, sondern ein selbständiges Delikt ist — oben N. 1 —, so ist durch § 216 die Anwendung der §§ 211 bis 215 ausgeschlossen, kommt insbesondere § 213 nur zur Anwendung, wenn § 216 verneint wird: v. Liszt 310 N. 5, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6. Hieraus ergibt sich allerdings das unbehagliche Resultat, daß die Tötung eines Verlangenden härter bestraft wird als die eines Nichtverlangenden, somit das Verlangen als Schärferungsgrund wirkt. Den hierin liegenden redaktionellen Fehler glauben Binding Handb. I 468 und Lehrb. I 35, Hälschner II 58, v. Holzendorff III 347 und Meyer-Alsfeld 373 (nimmt § 315 aus) durch die wohlgemeinte, aber irrige Annahme verbessern zu müssen, daß § 216 unbedingt nur auf §§ 211, 215, dagegen beim einfachen Totschlag nur dann zur Anwendung komme, wenn die in § 213 genannten mildernden Umstände nicht vorlägen.

5. Der Versuch ist, weil nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, straflos. Dagegen ist es zweifelhaft, ob auch die in Ausführung des Versuchs verübte Körperverletzung straflos sei. Da das Verlangen auf Tötung geht, der Täter, um der Rechtswohlthat des § 216 teilhaftig zu sein, dem Willen des Verlangenden in den wesentlichen Punkten entsprechen muß, es aber nicht entsprechend ist, wenn er dem Verlangenden statt ihn zu töten, z. B. nur die Augen aussticht, so haben v. Holzendorff S. S. III 447, Oppenhoff-Delius N. 6 und RG. 15./11. 80 C. 2 442, 9./11. 93 C. 24 369, 8./2. 96 C. 28 200 die Strafbarkeit der Körperverletzung bejaht. Hiergegen spricht aber nicht bloß der Umstand, daß § 216 ein selbständiges Delikt konstruiert, eine *lex specialis* ist, welche unbedingt und zwar auch nach ihrer negativen Richtung Anwendung zu finden hat, sondern es kommen noch mehrere andere Gründe in Betracht. Wenn nämlich das RG. meint, wer die Tötung wolle, wolle auch die Körperverletzung, so ist dies nur in demselben Sinne richtig, in welchem der Trintende das Gefäß naß macht, mit welchem er das Wasser schöpft, aber ein Zusammenstreifen von Versuch und Vollendung ist nicht anzunehmen, wenn die beendigte Handlung einen notwendigen Bestandteil des darüber hinausgehenden unvollendeten Delikts bildet. Außerdem wird unbetritten nach der Regel der Gesetzeskonkurrenz *per consummationem* (§ 73 N. 8 d a) die Körperverletzung durch die vollendete wie durch die nur verübte Tötung konstruiert, hat also keine rechtliche Bedeutung. Hiermit stimmen überein Berner 100, 157, Binding Handb.

I 358, 721 und Lehrb. I 35, Frank N. III, Meyer II 7, Lisshausen N. 5 Abf. 2, Schütze 395 N. 4 v. Wächter 201, 340 und jetzt auch RG. 2./2. 11 C. 44 321; a. M. v. Liszt 309, wenn mit dem Tötungsvorsatz ein eventueller Körperverletzungsvorsatz verbunden ist.

§ 217.

Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorfänglich tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren ein.

1. Die Kindes-tötung, unpassend gewöhnlich Kindesmord genannt, erfordert Vorsatz. Ob sie mit oder ohne Überlegung ausgeführt worden, ist begrifflich gleichgültig und kommt bei der tödenden Mutter nur bei der Strafzumessung in Betracht: Binding I 32, Frank N. II, Hälschner II 63, v. Holzendorff S. S. III. 452, v. Liszt 307, Merkel 308, Meyer-Walfeld 374, Lisshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 388; RG. 2./1. 90 C. 20 171. Die Kindes-tötung ist somit wie die Tötung auf Verlangen (vgl. § 216 N. 1) gegenüber den §§ 211, 212 ein selbständiges Delikt: Berner 520, Frank N. VI, Lisshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O. Daher ist die Anwendung des § 213 ausgeschlossen, wie auch schon die Existenz des Abf. 2 ergibt: Hälschner II 63, Frank N. VI, v. Holzendorff S. S. III 455, v. Liszt 308 N. 4, Lisshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 17, Schütze 389 N. 10; a. M. allgemein Binding Lehrb. I 33 und bei der Tötung ohne Überlegung Meyer-Walfeld 376.

Die fahrlässige Kindes-tötung wird nach § 222 bestraft.

2. Subjekt ist nur die leibliche, verheiratete oder unverheiratete Mutter. Die Teilnehmer sind nie nach § 217, sondern, je nachdem die Mutter mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, nach § 211 oder § 212 zu strafen. Ist die Mutter Teilnehmer an dem von einem Anderen verübten Delikt, so ist sie nach § 217 strafbar: RG. 8./5. 80 C. 2 153. Vgl. Lisshausen N. 6 und die dort zitierten Autoren.

3. Objekt ist ein uneheliches Kind. Für die Frage, ob das Kind ein eheliches oder uneheliches, können die zivilrechtlichen Normen und Präsumtionen in Betreff der Vaterchaft und der Ehelichkeit nicht als entscheidend betrachtet werden; deshalb sind für die Beweisfrage nicht die zivilrechtlichen Grundsätze, sondern die des Strafverfahrens maßgebend: Hälschner II 60, Lisshausen N. 2 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 1. Unehelich ist jedes Kind, welches erzeugt ist von einem Manne, mit welchem die Mutter zur Zeit der Zeugung nicht verheiratet war. Erforderlich ist eine formell gültige Ehe. Für Kinder aus nichtigen Ehen ist BGB. § 1699 maßgebend: Frank N. I, Lisshausen N. 2 Abf. 2. Ist das Kind von dem späteren Ehemanne vor der Verehelichung gezeugt, aber in der Ehe geboren, so ist es ein eheliches: Berner 521, Binding Lehrb. I 32, Frank N. I, Hälschner II 60, Meyer-Walfeld 375 N. 12, Lisshausen N. 2 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 387 N. 6; a. M. v. Holzendorff S. S. III 452.

4. Das Kind muß gelebt haben; im Zweifel fehlt die Tauglichkeit des Objekts. Lebensfähigkeit ist nicht erforderlich: Berner 520, Binding Lehrb. I 32, Hälschner 61, v. Liszt 308, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 388, v. Wächter 332.

5. Es muß in oder gleich nach der Geburt getötet sein.

a) Die tödende Handlung muß in dieser Zeit stattgefunden haben, mag auch der Tod erst nachher eingetreten sein: Binding Lehrb. I 33, v. Holzendorff S. S. III 354, Lisshausen N. 3 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 8.

b) Das „in der Geburt“ bedeutet, wie aus dem „gleich nach der Geburt“ hervorgeht, daß das Kind noch nicht von der Mutter getrennt sein darf. Anders wie im Fall des § 211 — vgl. daselbst N. 2! — ist das Kind in der Geburt begriffen von dem Augenblick an, in welchem die Geburtswehen, die natürlichen Ausstößungen beginnen; bis dahin ist nur das Delikt der Kindes-abtreibung (§§ 218—220) möglich. Vgl. Lisshausen N. 3 a und die Zitate oben zu § 211 N. 2. Der richtigen Ansicht ist auch Schütze 388. Übrigens kommt es im Endresultat nicht darauf an, ob das Kind, wenn es schon zum Teil herausgetreten, noch in der Geburt begriffen oder bereits geboren ist, da beide Alternativen gleichwertige Erscheinungsformen desselben Delikts sind: Lisshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4.

c) Die Bestimmung „gleich nach der Geburt“ enthält keinen festen Zeitpunkt, sondern bedeutet den Zeitraum, während dessen die durch den Geburtsakt hervorgerufene Erregung ihren Einfluß auf die Handlungen der Mutter äußert. „Ein tempus criticum aufzustellen ist unmöglich und verfehlt; es entscheidet die Dauer des pathologischen Zustandes der Mutter“ (Binding).

Übereinstimmend Berner 521, Binding Lehrb. I 35, Frank N. IV, Hälschner II 61, 62, v. Liszt 308, Merkel 308, Dtschausen N. 3 b, Schütze 388, v. Schwarze N. 2, v. Wächter 330 und RG. 8./5. 80 C. 2 153; a. M., nämlich auf den Gemütszustand sein ausschließliches Gewicht legend, v. Holzendorff S. S. III 454 und Meyer-Altfeld 376 N. 15.

6. Der Dolus ist das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes, insbesondere also das Bewußtsein der Unhebelichkeit des Kindes. Hält die Mutter das uneheliche Kind für ein eheliches, so entscheidet der objektive Tatbestand. Wenn umgekehrt, so kommt ihr der Irrtum zugut. Die Mutter wird also in jedem Falle nach § 217 bestraft: Geyer II 8, Frank N. 5, Dtschausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 3. A. M. für den ersten Fall Binding Lehrb. I 32 und Hälschner II 60, für den zweiten v. Liszt 308, 174 N. 10.

§ 218.

Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

1. Die §§ 218—220 betreffen das Verbrechen der Kindesabtreibung. Diese ist die Tötung einer Leibesfrucht durch Bewirkung ihres vorzeitigen Abganges aus dem Mutterleibe. Mit dieser Abtreibung wird die Tötung der Frucht im Mutterleibe zusammengefaßt. Beide Handlungen sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, welche leicht miteinander verschmelzen Eine alternative Feststellung ist daher zulässig: Dtschausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 3.

2. Beide in diesem Paragraphen zusammengestellten Delikte erfordern, obgleich das Geheß es nur beim ersten auspricht, Vorjaß, einerlei ob mit oder ohne Überlegung. Liegt nur Fahrlässigkeit vor, so kann nicht nach § 218, und, weil es am Objekt, nämlich einem Menschen, mangelt, auch nicht nach § 222, also überhaupt nicht gestraft werden, auch dann nicht, wenn das Kind lebend geboren wird, aber infolge der Abtreibungshandlung stirbt: Dtschausen § 222 N. 2 Abj. 5 und v. Wächter 337 N. 9; a. M. Schütze 380 N. 4, 382 N. 10. Und zwar muß der Vorjaß auf die Tötung gerichtet sein. Dies wird bezüglich der zweiten Alternative vom Geheß ausdrücklich ausgesprochen, ist aber auch bei der ersten erforderlich, wie aus der Stellung der Bestimmung in Abschnitt 16, aus ihrer Entstehungsgeschichte und sowohl aus dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens als auch der gerichtlichen Medizin hervorgeht, nach welchem Abtreiben die Bewirkung eines vorzeitigen Abganges der Leibesfrucht mit tödlichem Erfolg bedeutet. Es ist auch gar nicht zu erkennen, aus welchem Grunde die ohne Vorjaß und Erfolg der Tötung geschehende Abtreibung, also lediglich die Trennung der Frucht überhaupt, als Verbrechen gegen das Leben und ebenso hart wie die vorsätzliche Tötung im Mutterleibe gestraft werden soll. Hiermit stimmen überein Berner 524, Binding Lehrb. I 38, Normen II 513, Birkmeyer Enzykl. 1163, Frank N. II 1, Geyer II 10, Hälschner II 65, v. Holzendorff S. S. III 458, Lilienthal 61, Dtschausen N. 1a Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 9./7. 81 C. 4 380; a. M. v. Liszt 330, Merkel 309, Meyer-Altfeld 388, v. Wächter 336.

Der Tatbestand ist hiernach bei beiden Alternativen derselbe: der Vorjaß ist entweder auf Tötung durch Bewirkung vorzeitigen Abganges gerichtet und der Tod tritt infolge des vorzeitigen Abganges ein, oder auf Tötung der Frucht im Mutterleibe, worauf die Ausstoßung erfolgt. Zur Vollenbung des Delikts gehört somit der tödliche Erfolg. In dem Urteil 22./5. 08 C. 41 328 hat das RG. zur Vollenbung auch das Überleben der Schwangeren nach dem Ableben der Leibesfrucht gefordert, widrigenfalls — für die anderen Beteiligten — nur Versuch vorliege, aber die Begründung dieser eigentümlichen Ansicht ist für völlig verfehlt zu erachten; vgl. auch Dtschausen N. 1 b.

3. Objekt ist eine Leibesfrucht; die Geburtswehen dürfen also noch nicht begonnen haben, widrigenfalls die Kindesstörung des § 217 bzw. das Delikt der §§ 211, 212 vorliegt: RG. 5. 11. 94 C. 26 178.. Und zwar eine lebende Leibesfrucht: Berner 523, Binding Lehrb. I 37, Hälschner II 67, v. Holzendorff S. S. III 457, Dtschausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 390, v. Schwarze N. 1; a. M. v. Wächter 336 N. 7. Nicht aber die sog. Mote: a. M. Dtschausen N. 2 Abj. 2, zweifelhaft Frank N. 1.

4. Welche Mittel angewendet werden, ob äußere oder innere (eigentliche Abortivmittel), ist gleichgültig. Nach v. Liszt 330, Meyer-Altfeld 388 und Dtschausen N. 3 sind auch rein pflanzliche

Mittel denkbar. Aber wie sie denkbar sein sollen seitens der Schwangeren selbst, ist unerfindlich, und im Fall des Abs. 3 hält selbst Olshausen N. 8 die Möglichkeit psychischer Mittel für ausgeschlossen.

5. Die Rechtswidrigkeit der Handlung ist wie überall Voraussetzung. Daß die Tötung der Leibfrucht zur Rettung der Mutter in denjenigen Fällen statthaft, in welchem auf natürlichem Wege eine Geburt nicht möglich ist, wird von keiner Seite bezweifelt, und man streitet nur überflüssiger Weise über die Begründung. Vgl. § 211 N. 3.

6. Das Gesetz bedroht zwei selbständige Delikte mit derselben Strafe.

Zunächst ist die Schwangere selbst der Täter. Wegen Versuch und Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze. Ein Versuch liegt insbesondere dann vor, wenn das Kind lebend bleibt: Hälschner II 67 (sieht als Versuch auch die Abtreibung einer Mole an), Olshausen N. 5a, Schütze 391 N. 6. Das RG. wendet seine Theorie über den sog. untauglichen Versuch auch hier an und erklärt den Abtreibungsversuch bei fehlender Schwangerschaft oder mit einem absolut untauglichen Mittel für strafbar, womit v. Wächter 337 übereinstimmt: RG. 30./3. 83 C. 8 198 und 14./3. 01 C. 34 217 bei nicht vorhandener Schwangerschaft, 24./5. 80 C. 1 439 bei absolut untauglichem Mittel; gegen das RG. auch Herz-Crist N. 1. Mittätererschaft ist nicht denkbar: RG. 26./2. 97 C. 29 419, Anstiftung und Beihilfe auch dann, wenn das Delikt über den Versuch nicht hinauszugekommen ist: RG. 1./12. 80 C. III 162, 24./6. 81 C. 4 302.

Verübt die Schwangere einen Selbstmordsversuch, so kann sie nach Binding Lehrb. I 39, Frank N. III, Meyer-Alfeld 388, Olshausen N. 5 Abs. 2, § 222 N. 2 letzter Abs. und Rüdorff-Stenglein N. 6 wegen vollendeter oder versuchter Kindesfötung strafbar sein, folglich auch der Teilnehmer am Selbstmord wegen Teilnahme an der Abtreibung. Diese Ansicht, nach dem z. B. auch der Wehrpflichtige, der Selbstmord versucht, evtl. nach § 142 zu strafen wäre, ist irrig. Der Selbstmord der Schwangeren ist nicht mit Strafe bedroht, ihr ernstliches Verlangen, sie zu töten, gewährt dem Täter die mildere Strafe des § 216, ohne daß das Gesetz aus der Schwangerschaft einen Unterschied herleitet: v. Holzendorff S. S. III 459, v. Liszt 330, Oppenhoff-Delius N. 5 und RG. 22./5. 08 C. 41 328. Entsprechendes gilt von der Tötung der Schwangeren durch einen Anderen, denn die nur als Teil des mütterlichen Leibes in Betracht kommende Frucht ist mit der Schwangeren selbst durch die §§ 211, 212 hinreichend geschützt; a. M. Binding Lehrb. I 39 N. 1 und Meyer-Alfeld 388.

7. Abs. 3 setzt als Täter einen Dritten. Das Delikt ist ein selbständiges, der Täter nicht lediglich Teilnehmer an dem Delikt der Mutter aus Abs. 1. Hierüber herrscht in Theorie und Praxis volle Übereinstimmung, vgl. z. B. RG. 10./4. 80 C. 1 350.

Erforderlich ist die Einwilligung, das Wissen und Wollen der Schwangeren (§ 220). Wie im Falle des § 216 bezüglich des Verlangens müssen Einwilligung und Handlung in den wesentlichen Punkten übereinstimmen. Die Einwilligung eines Unzurechnungsfähigen ist keine Einwilligung: Binding Lehrb. I 39, Frank N. IV 2, v. Liszt 331 Olshausen N. 7 und RG. 10./6. 90 C. 21 14; a. M. Hälschner II 70, Oppenhoff-Delius N. 8. Fehlt die Einwilligung, so ist aus § 220, nimmt der Täter sie irtümlicher Weise als vorhanden an, aus Abs. 3 zu strafen: RG. 13./7. 87 C. 16 84.

Die strafbare Handlung besteht darin, daß die Mittel bei der Schwangeren angewendet oder ihr beigebracht werden. Die Anwendung bezieht sich auf die äußerlich, die Beibringung auf die innerlich wirkenden Mittel. Weder die eine noch die andere findet statt, wenn die durch sie geforderte unmittelbare Einwirkung auf den Körper der Schwangeren nicht stattfindet, vielmehr das Mittel der Schwangeren nur übergeben, verschafft (§ 219), oder eine andere zweckentsprechende Tätigkeit an das Mittel gewendet wird; in diesen Fällen zu welchen auch das Bereiten eines Abtreibungsmittels und die Aufforderung zum Trinken desselben gehört, liegt Beihilfe zu Abs. 1 vor: Frank N. IV 2, Olshausen N. 8 Abs. 1, 3; RG. 9./2. 80 C. 1 194, 11./3. 80 C. 1 270.

Die Beteiligung der Schwangeren an diesem Delikt richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Sie kann Mittäter, Anstifter und Gehilfe sein. Und zwar ist sie Gehilfe, wenn sie sich bloß duldbend verhält, Mittäter, wenn sie in irgendeiner Weise sich aktiv an der Deliktstätigkeit beteiligt: Berner 523, Frank N. IV 2, Olshausen N. 8 Abs. 4, Oppenhoff-Delius N. 10, 12; RG. 10./4. 80 C. 1 350, 13./7. 87, C. 16 184, 21./2. 96 C. 28 164. Dagegen nehmen Binding Lehrb. I 39, Meyer-Alfeld 387, Rüdorff-Stenglein N. 2, 7 und RG. 25./2. 80 C. 1 263, 19./6. 96 C. 29 10 stets Mittätererschaft an. Nach v. Liszt 331 N. 4 genügt die bloße Duldung nicht einmal zur Annahme der Beihilfe, würde also straflos sein.

Zur Vollendung gehört, daß die Frucht getötet ist. Der Versuch ist gegeben, wenn die Tötung überhaupt nicht oder außer Anzahlzusammenhang mit der Handlung des Täters eingetreten ist: Binding Lehrb. I 38, 39 N. 2, Frank N. V, Geyer II 10, Hälschner II 73, v. Liszt 331, Meyer-Alfeld 389, Olshausen N. 9, Schütze 390. Dagegen nehmen Rüdorff-Stenglein N. 8, 9 und RG. 10./4. 80 C. 1 350, 1./12. 80 C. 3 162, 24./6. 81 C. 4 302, 28./3. 87 C. 15 25, 10./6. 90 C. 21 14 wegen des vom Gesetz gebrauchten Perfectionis („angewendet usw. hat“) an, daß ein

Verfuch aus Abs. 3 nicht möglich, die Anwendung usw. bei nicht gelungener Tötung nur als Beihilfe zum Versuch eines Verbrechens aus Abs. 1 bestraft werden könne. Das RG. überieht hierbei, daß das StGB. in seinem speziellen Teil seine Strafbestimmungen sprachlich stets an das vollendete Delikt knüpft.

8. Nach seiner äußeren Stellung bezieht sich Abs. 2 nur auf Abs. 1, aber Abs. 3 nennt nicht „die Strafvorschrift des Abs. 1“, sondern „dieselben Strafvorschriften“, also Mural, umfaßt somit auch den Abs. 2, wie allgemein anerkannt wird. Hierfür spricht auch der Umstand, daß die unentgeltliche Anwendung usw. (§ 219) vielfach von durch Freundschaft, Liebesverhältnis, Verwandtschaft nahe stehenden Personen geleistet wird, ein persönliches Verhältnis, welches eine mildere Abmüdung angezeigt erscheinen läßt.

§ 219.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

1. Diese schlecht redigierte Bestimmung konstituiert ein selbständiges Delikt, das der sog. Lohnabtreibung, welches bis auf zwei Momente sich mit dem Delikt der durch einen Dritten bewirkten Kindesabtreibung des § 218 Abs. 3 deckt. Es erfordert also Vorfaß, einerlei ob mit oder ohne Überlegung. Ebenso ist die Einwilligung der Schwangeren vorausgesetzt: RG. 13./7. 87 E. 16 184, 30./5. 92 E. 23 147. Vgl. § 218 N. 1—5, 7. Die vom Gesetz genannten drei Tätigkeiten sind auch hier gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts.

2. Die erste Abweichung vom Tatbestande des § 218 Abs. 3 besteht in dem Verschaffen der Mittel, ein Fall der Beihilfe zu § 218 Abs. 1 (Fall 218 N. 7 Abs. 3) als selbständiges Delikt. Verschaffen heißt in den Besitz setzen, in die Möglichkeit versetzen, das Mittel zu jeder Zeit und sofort zu gebrauchen. Vorausgesetzt ist ein Mitwissen und ein kundgegebener Wunsch der Schwangeren, sodaß wie bei dem Verlangen des § 216 eine spontane Tätigkeit nicht genügt: Frank N. I 1, Dshausen N. 1a. Mehr ist nicht erforderlich, insbesondere nicht mit v. Holzendorff S. S. III 461 N. 16 eine „Bemüdung zur Erlangung allgemein nicht zugänglicher Stoffe oder ein heimliches Festhalten“.

Die zweite Abweichung ist die, daß die Tätigkeit des Delinquenten gegen Entgelt erfolgt. Entgelt ist wie auch anderswo im StGB. jeder materielle Vorteil: Dshausen, N. 1b, also nicht bloß der unmittelbare Vermögensvorteil, wie die Ansicht der meisten Autoren ist, als Bindung I 40, Frank N. I 1, v. Liszt 331, Meyer-Altfeld 387 N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 3. „Gegen“ Entgelt bedeutet, daß die Belohnung entweder ausdrücklich versprochen war oder nach Lage der Sache und nach der Persönlichkeit erwartet werden durfte. Es genügt also nicht, wenn nachträglich ein weder versprochenes noch erwartetes Entgelt gewährt wird: v. Holzendorff S. S. III 463 N. 20, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O. Wer es gewährt, ist gleichgültig.

3. Die Bestimmung ist, wie schon oben bemerkt wurde, schlecht redigiert. Zunächst fehlen nämlich die Worte „im Mutterleibe“. Sodann fordert das Gesetz nach seinem Wortlaut, daß die Abtreibung und Tötung durch die Schwangere selbst herbeigeführt werde. Die Worte „welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat“ sind aber irrig für „wenn die Frucht abgetrieben oder getötet ist“ und diese Worte müßten zwischen „wird“ und „bestraft“ stehen. Die Schwangere selbst muß die tödende Handlung vorgenommen haben, wenn ihr die Mittel vom Anderen verschafft sind, wogegen sie, wenn der Andere sie bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat, gerade so wie im Fall des § 218 Abs. 3 als Mittäter oder Teilnehmer eingreifen kann: Galschuer II 71, Dshausen N. 2 Abs. 2, Dppenhoff-Delius N. 1, Schüze 391 N. 9; RG. 10./4. 80 E. 1 350; a. M., nämlich daß § 219 auf die Schwangere selbst niemals Anwendung finde, trotz Anerkennung, daß die Lohnabtreibung ein selbständiges Delikt ist: Bindung Lehrb. I 40, Frank N. II, Geyer II 10, v. Liszt 332, Meyer-Altfeld 389 N. 26.

4. Die Vollendung setzt den tödlichen Erfolg voraus. Ein Versuch liegt dann vor, wenn das Mittel den Erfolg nicht gehabt hat. Beim Verschaffen steht dies erst dann fest, wenn die Schwangere das Mittel nicht weggeworfen oder zu anderen Zwecken verwendet, sondern wenn sie wirklich mit ihm einen Versuch der Abtreibung oder Tötung gemacht hat. Beim Anwenden und Beibringen bestimmt sich die Versuchsfrage geradejo wie im Fall des § 218 Abs. 3. Hiermit stimmen überein Bindung Lehrb. I 40, Geyer II 10, Galschuer II 73, Meyer-Altfeld 170 N. 25 und 389, Dshausen N. 3. Von anderer Seite wird die Möglichkeit eines Versuchs bestritten: Frank N. I Abs. 2, v. Liszt 332, Merkel 309 und RG. 10./4. 80 E. 1 350, 24./6. 81 E. 4 304. Nach dieser letzten Ansicht liegt Beihilfe zum Versuch des § 218 Abs. 1 vor, wenn ein untaugliches Mittel verschafft: RG. 9./2. 80 E. 1 194, 24./6. 81 E. 4 302, und ist Teilnahme aus § 219 nur strafbar, wenn die Frucht wirklich getötet worden: RG. 1./12. 80 E. 3 162.

§ 220.

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

1. Der Tatbestand dieses Deliktes, bei dessen Formulierung wie in § 219 ungenauer Weise die Worte „im Mutterleibe“ weggelassen sind, deckt sich mit dem des Deliktes aus § 218 Abs. 3 mit der doppelten Maßgabe, daß Täter nicht die Schwangere selbst, sondern ein Dritter ist, und daß dieser nicht mit Einwilligung, sondern ohne Wissen oder Willen der Schwangeren handelt. Die zur Abtreibung usw. angewendeten Mittel sind gleichgültig, eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper ist nicht erforderlich. Wegen des Nichtwissens ist auch die Erregung einer heftigen Gemütsbewegung als Mittel denkbar: Meyer-Alsfeld 388 und Lisshausen N. 1; a. M. v. Holzendorff S. 6. III 458. Im übrigen kann auf die Ausführungen zu § 118 N. 1—5 verwiesen werden.

2. Ohne Wissen oder Willen der Schwangeren wird gehandelt, wenn diese nicht weiß oder nicht will. Oder weder weiß noch will. Oder zwar weiß, aber nicht will, z. B. bei Zwang oder Unzurechnungsfähigkeit. Oder zwar will, aber von der die Tötung verursachenden Handlung keine Kenntnis hat. Wie bei der Tötung auf Verlangen dem Willen des Verlangenden muß hier die Handlung dem Wissen oder Willen der Schwangeren in den wesentlichen Punkten entsprechen, widrigenfalls ein Handeln ohne deren Wissen oder Willen stattfindet. „Ohne Willen“ ist nicht gleich „gegen Willen“. Es genügt daher, daß die Einwilligung fehlt, und eine bestimmte Weigerung, eine ernstlich zu erkennen gegebene Nichteinwilligung ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 40, Frank N. I, Lisshausen N. 2 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Schütze 391 N. 10.

3. Das Delikt kann mangels ausdrücklicher Bedrohung der Fahrlässigkeit nur als vorsätzliches begangen werden. Das ausdrückliche Verlangen des Vorjages hat nur die prozeßuale Bedeutung, daß der Dolus auch dann ausdrücklich festzustellen ist, wenn sich der Täter gar nicht auf Fahrlässigkeit berufen hat. Zu dem Dolus gehört das Bewußtsein, daß ohne Wissen oder Willen der Schwangeren gehandelt wird: Frank N. I Abs. 2, Lisshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 13./7. 87 G. 16 184; a. M. Binding Lehrb. I 40 N. 1 und Normen II 517.

4. Ist durch die Abtreibung oder Tötung der Frucht, diese sei eine vollendete oder im Versuch stehengeblieben, der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt die erhöhte Strafe des Abs. 2 ein. Ein sog. Erfolgsdelikt (§ 59 N. 11). Die Verschuldung des Abtreibers kommt hierbei nicht in Betracht, wohl aber ist zwischen Handlung und Tod ein Kausalzusammenhang nach den allgemeinen Grundregeln erforderlich. Ein Versuch der Tötung der Schwangeren ist, da sich die Strafbestimmung lediglich gegen den objektiven Tatbestand richtet, nicht denkbar, wohl aber ein Versuch des Erfolgsdeliktes als solchen in der Weise, daß, während das Grunddelikt selbst im Versuch stecken bleibt, der Tod der Schwangeren infolge dieser Versuchshandlung eintritt: Frank N. II, v. Liszt 332, Lisshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M., daß nämlich Versuch aus Abs. 1 in Idealkonkurrenz mit § 222 vorliege, Meyer-Alsfeld 389 und Oppenhoff-Delius N. 5, wogegen Hälschner II 75 und v. Schwarze N. 2 Vollendung annehmen.

§ 221.

Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hilfloser Lage vorsätzlich verläßt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu

zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

1. Diese Bestimmung steht zwar in dem die Verbrechen und Vergehen wider das Leben behandelnden Abschn. 16, geht aber nicht wie die übrigen Bestimmungen dieses Abschn. auf Verletzung des Lebens, sondern auf Gefährdung des Lebens und der Gesundheit. Hilflos ist diejenige Person, welche ohne die Hilfe Anderer an Leib und Leben gefährdet ist: Binding Lehrb. I 62, Hälschner II 77, v. Holzendorff S. 5. III 465 N. 5, Olshausen N. 2. Ob dieser Zustand ein dauernder oder vorübergehender, ein verschuldeter oder unverschuldeter, ist gleichgültig. Das Delikt besteht darin, daß eine hilflose Person in eine Lage versetzt oder in einer Lage verlassen wird, in welcher sie, falls nicht ein rettender Zufall eintritt, an Leben oder Gesundheit gefährdet ist: Berner 527, Binding Lehrb. I 63, Merkel 302, Olshausen N. 4 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Wächter 351; RG. 23./10. 82 C. 7 111, 20./5. 98 C. 31 165. Dagegen verlangen Birkmeyer Enzykl. 1163 und v. Liszt 319 stets Lebensgefährdung, und Frank zu § 221 spricht von Gefahr für das Leben, Leib und Leben, Leib oder Leben. Sobald die hilflose Lage herbeigeführt oder die bereits in ihr befindliche Person verlassen worden, ist das Delikt vollendet, mag auch ein Nachteil für den Hilfslosen daraus nicht erwachsen, wogegen keine hilflose Lage gegeben ist, wenn der Täter selbst oder in seinem Auftrage ein Anderer hilfsbereit in der Nähe weilt: Frank N. II 1, v. Holzendorff S. 5. II 468 N. 12, Olshausen N. 4 Abj. 3, Schütze 394, Wachenfeld S. II 297; RG. 21./4. 80 C. 2 15.

Zwischen der Handlung und der Gefährdung muß Kausalzusammenhang bestehen. Er fehlt, wenn die hilflose Lage erst durch eine spätere Handlung entstanden ist, z. B. dadurch, daß der Ehemann, der seine Familie verlassen hat, keine Unterhaltsmittel sendet: Merkel 302; RG. 21./2. 84 C. 10 183.

2. Als Objekt des Deliktes kommen nur Jugendliche, Gebrechliche und Kranke in Betracht. Und zwar muß ihre Hilflosigkeit durch ihre Jugendlichkeit usw. begründet, auf sie zurückführbar sein: Frank N. I, Olshausen N. 1; RG. 9./1. 82 C. 5 393, 21./2. 84 C. 10 183. Die einzelnen Zustände sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Deliktes.

Das jugendliche Alter ist an eine bestimmte Altersgrenze nicht gebunden; mit Olshausen wird — jedenfalls in der Regel — die volle körperliche Entwicklung als die Grenze zu gelten haben, bis wohin die Hilflosigkeit angenommen werden kann: Berner 257, v. Liszt 318, Meyer-Allfeld 390, Olshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 3. Die Gebrechlichkeit kann, muß aber nicht durch Altersschwäche hervorgerufen sein: Berner und v. Liszt a. a. D., Olshausen N. 3b, Schütze 393 N. 14. Zu den Krankheiten gehören die Geistesstörungen und Betäubungszustände (Chloroformierung, Hypnotisierung). Auch die Trunkenheit (akute Alkoholvergiftung): Berner, Meyer-Allfeld und Schütze a. a. D., Binding Lehrb. I 62, Frank N. I, Hälschner II 77, v. Liszt 319, Olshausen N. 3c, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 10; RG. 9./1. 82 C. 5 393; a. M. Geyer II 11.

3. Bestraft wird zunächst, wer die hilflose Person aussetzt. Aus der Gegenüberstellung des Verlassens in hilfloser Lage ergibt sich, daß es sich auch um ein Aussetzen in hilfloser Lage handelt (vgl. § 234), die jugendliche Person in eine hilflose Lage gebracht wird: Berner 527, Frank N. II 1, Meyer-Allfeld 389, Olshausen N. 4 Abj. 1; RG. 21./4. 80 C. 2 15, 23./10. 82 C. 7 111. Dieses Vergehen aus einer bisherigen Lage in eine neue erfordert eine positive Tätigkeit, sodaß es nicht genügt, wenn der Hilfslose in der bereits vorhandenen Lage, vielleicht unter Steigerung der Gefährdung, erhalten wird: v. Liszt 319, Olshausen N. 5 und RG. 23./10. 82 C. 7 111, 20./5. 98 C. 31 165, 23./2. 07. Eine rechtliche Verpflichtung des Täters zu Schutz und Fürsorge, ist, da es sich um ein reines Kommissivdelikt handelt, nicht erforderlich und kommt nur bei der Strafzumessung in Betracht: RG. a. a. D. Täter kann somit jeder sein.

4. Ebenso wird bestraft, wer die Person in hilfloser Lage verläßt, obgleich sie unter seiner Obhut steht oder er für ihre Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme zu sorgen hat. Hierbei ist es unbestritten, daß Niemand ohne eine dahingehende gesetzliche oder amtliche oder vertragmäßige Verpflichtung für die Unterbringung „zu sorgen hat“, also der Tatbestand des Deliktes nicht gegeben ist, wenn die Übernahme der Fürsorge eine freiwillige ist. Streitig ist die Frage bei dem Stehen unter Obhut. Obhut ist eine mit der Pflicht der Aufsicht verbundene, ein Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis begründende Fürsorge, vgl. § 174 N. 6 Abj. 3. Nun ist es klar, daß ein solches Subjektionsverhältnis nicht einseitig und ohne rechtliche Grundlage vom Täter geschaffen werden kann, vielmehr einen rechtsbegründenden Akt, also wiederum Gesetz, Amt, Vertrag voraussetzt. Hiermit stimmen überein Berner 528, Frank N. II 2, Geyer II 12, Olshausen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 5, v. Schwarze N. 4. Dagegen halten Binding Lehrb. I 63, Hälschner II 79, v. Liszt 319, Merkel 302, Meyer-Allfeld 391, Rüdorff-Stenglein N. 5 und Schütze 393 N. 15 die faktische Übernahme der Obhut, eine „Verpflichtung ex re“ für genügend. Nach ihrer Ansicht

hat derjenige, der einmal gutmütig genug gewesen ist, sich eines Hilfslosen anzunehmen, ihn so lange zu hüten, bis entweder die Hilfslosigkeit aufhört oder ein Dritter als Ablösung eintritt, und es kann nur zweifelhaft sein, ob das Verhältnis auch dadurch endigt, daß der Hilfslose sich die weitere Obhut verbittet. Eine solche, jeden Verständigen vor dem Eintreten als barmherziger Samariter warnende Konsequenz ist unmöglich von dem Gesetz gewollt, welchem der Satz, daß aus der Freiwilligkeit eine Pflicht werden könnte, jedenfalls für das Gebiet des Strafrechts unbekannt ist. Es ist eine Verwechslung der moralischen und der Rechtspflicht, wenn auch nur für möglich erachtet wird, daß durch die tatsächliche Übernahme der Obhut deren Fortführung zur rechtlichen Pflicht werde, bis in geeigneter Weise für den Schützling gesorgt ist (Frank a. a. D.), und wenn dies sogar auf die Fürsorge ausgedehnt wird. Darüber herrscht allerdings auch bei Binding und den anderen Autoren kein Zweifel, daß bei Hilfeleistungen, die von vornherein als ganz vorübergehend erscheinen, eine solche Pflicht niemals angenommen werden kann.

Wiederum ist streitig, was unter Verlassen zu verstehen sei. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist Verlassen gleich Fortgehen von etwas, und diesen allgemeinen Sprachgebrauch hier nicht gelten zu lassen, obgleich er einen vernünftigen Sinn gibt, liegt gar kein Grund vor. Unter Verlassen ist somit ein räumliches Verlassen des Hilfslosen seitens des Täters zu verstehen: Frank N. II 2, Geyer II 12, v. Liszt 319, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 12./6. 83 C. 8 343, 21./2. 84 C. 10 183, 20./3. 06 C. 38 377; a. M. Hälßchner II 80, Olshausen N. 7, Mertel 302. Dem Verlassen steht gleich, wenn nicht der Täter die hilflose Person, sondern umgekehrt diese jenen verläßt: Binding Lehrb. I 63, Hälßchner II 77, Meyer-Alsfeld 391, Olshausen a. a. D. Ein Nichtaufnehmen, also die Weigerung, Obhut und Fürsorge zu übernehmen, ist in keinem Fall ein Verlassen: Meyer-Alsfeld 391 N. 9, v. Holtendorff S. S. III 466, Olshausen a. a. D.; a. M. Hälßchner II 80 N. 3 und Oppenhoff-Delius N. 5.

4. Das Delikt ist als fahrlässiges denkbar, erfordert aber nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes Vorsatz. Zu dem Dolus gehört das Bewußtsein, daß die hilflose Person an Leben oder Gesundheit gefährdet werde: Berner 527, Binding Lehrb. I 63 und Handb. I 724, Frank N. III, Hälßchner II 78, v. Holtendorff S. S. III 466, v. Liszt 319, Mertel 302, Meyer-Alsfeld 390, Olshausen N. 8, v. Schwabe N. 1; RG. 23./10. 82 C. 7 111.

5. Durch Abs. 2, 3 wird das Delikt zu einem qualifizierten, durch Abs. 3 sogar zu einem Verbrechen erhoben.

Ob die leiblichen Eltern eheliche oder uneheliche, ist gleichgültig.

Im Falle des Abs. 3 liegt ein sog. Erfolgsdelikt vor (oben § 59 N. 11). Der Versuch ist strafbar, vgl. § 220 N. 4: Berner 528, v. Liszt 320, Olshausen N. 12; a. M. Meyer-Alsfeld 392, anscheinend auch Hälßchner II 81. Die schwere Körperverletzung ist die des § 224.

6. Beim Zusammentreffen mit vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen, da der Vorsatz, bloß zu gefährden, mit dem Vorsatz, zu töten oder zu verletzen, unvereinbar ist: Berner 527, Binding Lehrb. I 64 und Handb. I 358, Hälßchner II 81, Mertel 302, Meyer-Alsfeld 392, Olshausen N. 13a, v. Wächter 201 N. 3; a. M. Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 394 N. 16. Idealkonkurrenz ist aber möglich, wenn einer der beiden Vorsätze nur ein eventueller ist: Frank N. III, v. Liszt 319, Olshausen a. a. D.; RG. 27./4. 94 C. 25 321.

7. Nach dem Ges. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Mai 1909 (Reichs-Gesetzbl. 437) § 22 Abs. 2 wird der Führer eines Kraftfahrzeuges, welcher eine bei dem Unfall verletzte Person vorsätzlich in hilfloser Lage verläßt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, bei mildernden Umständen fakultativ mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

§ 222.

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängnis erhöht werden.

1. Objekt der fahrlässigen Tötung ist der Mensch und zwar von dem Augenblick an, in welchem das Atmen durch die Lungen beginnt. Vgl. § 211 N. 2.

2. Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht: „diese vorsichtige und doch ungenaue Fassung besagt jedoch nichts anderes als: wer fahrlässig einen Menschen tötet“ (v. Liszt 310). Wie jedes Delikt, erfordert auch das der fahrlässigen Tötung Kauzalzusammenhang. Erst wenn dieser feststeht, erhebt sich die zweite Frage, ob die vom Gesetz verlangte Verschuldung

vorkommt. Nur bei den sog. Erfolgsdelikten genügt die Feststellung des ersteren. Bezüglich beider kommen die allgemeinen Grundsätze zur Geltung.

a) Der Kaufakzuzusammenhang wird dadurch nicht unterbrochen, daß die Tötung auch durch andere Umstände verursacht wird, mögen diese rein objektiver Natur oder strafbare oder straflose Handlungen Dritter, namentlich des Verletzten selbst, sein. Ist die Tötung durch die Tätigkeit mehrerer Personen verursacht, so ist, wenn schon jede einzelne Tätigkeit die Tötung herbeigeführt haben würde, jeder Täter der Tötung schuldig, wogegen, wenn die mehreren Tätigkeiten den Tod nur durch ihr Zusammentreffen verursachten, die Tötung, da bei einem fahrlässigen Delikt die Mittäterschaft als den Dolus erfordernd ausgeschlossen ist, in Ermangelung einschlagender Sonderbestimmungen (§ 227 Abs. 2) keinem Täter zugeschoben werden kann. Dies gilt, wie bemerkt, auch dann, wenn eine Fahrlässigkeit des Getöteten selbst konkurriert, sei es unmittelbar bei der Tötung, sei es durch ein späteres Verhalten, z. B. durch Verweigerung einer notwendigen Amputation: RG. 12./4. 80 E. 1 373, 13./10. 91 E. 22 173. Kommt es hiernach für das Verschulden dieses einen bestimmten Täters nicht darauf an, ob auch die konkurrierende Tätigkeit eines Anderen für den tödlichen Erfolg kausal ist, so wird doch durch jede freie und vorläufige Tätigkeit eines Zurechnungsfähigen die Verantwortung des fahrlässigen Täters aufgehoben: Täter ist hier nur der dolose Täter, die fahrlässige Tätigkeit tritt zurück in die Reihe der konkurrierenden Umstände.

b) Will man nicht überhaupt die Haftung für den reinen Zufall postulieren, so darf eine Verursachung durch Fahrlässigkeit nur dann angenommen werden, wenn Täter bei Anwendung der seiner geistigen Begabung entsprechenden Um- und Vorsicht den tödlichen Erfolg seiner Handlung als möglichen hätte voraussehen können: RG. 2./12. 80 E. 3 208, 2./5. 82 E. 6 249, 19./3. 96 E. 28 272, 16./11. 96 E. 29 218. Dagegen ist ohne Einfluß der Umstände, daß die Handlung, welche natürlich auch in einer Unterlassung bestehen kann, geboten bzw. verboten war: RG. 15./2. 82 E. 6 41, 19./10. 86 E. 14 362, 8./4. 95 E. 27 167. Ebenjowenig wird bei einer gewerblichen oder sonstigen Einrichtung, insbesondere einer baulichen Anlage, der Täter durch eine etwaige polizeiliche Genehmigung gedeckt: RG. 3./7. 88 E. 18 73. Hierbei kommen in Betracht insbesondere die sog. Kunstfehler der Ärzte (einschließlich der Kurpfuscher), Hebammen (z. B. Nichtentfernung der Nachgeburt: RG. 8./6. 80 E. 1 146), der Apotheker und Droguisten (z. B. fortgesetzte Verabfolgung von Morphium in übermäßigen Dosen ohne Einholung der besonderen Erklärung des Arztes: RG. 12./7. 02 E. 35 332). Vgl. unten N. 3c Abs. 2.

3. Eine Erhöhung der Strafe tritt ein, wenn der Täter zu der aus den Augen gesetzten Aufmerksamkeit besonders verpflichtet gewesen ist. Verpflichtet gewesen ist durch Amt, Beruf oder Gewerbe, drei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts. Durch sein Amt usw., also daß von ihm zur Zeit der fahrlässigen Tötung bekleidete. Das Amt muß ihm von zuständiger Stelle verliehen, mögen auch die für die Verleihung bestehenden Vorbedingungen nicht erfüllt sein: Meyer-Mfeld 151 N. 30, Oshausen N. 7a und RG. 26./2. 92 E. 22 418. Endlich ist erforderlich, daß Amt, Beruf und Gewerbe eine selbstgewählte Tätigkeit sind: Franke N. II Abs. 1, Oshausen N. 7b, Müddorf-Stenglein N. 15; RG. 26./2. 92 E. 22 418, sodaß die allgemeinen Verpflichtungen, welche auch der Nichtbeamte usw. hat, ausreichen, z. B. die Erziehungspflicht der Eltern: RG. 9./2. 82 E. 6 24, und ebenso die Dienstpflicht des Nichtappulanten.

a) Das Amt muß ein öffentliches sein, vgl. § 31 N. 6: Binding Lehrb. I 30, Franke N. II Abs. 1, Oshausen N. 7a. Nur dies entspricht dem Sprachgebrauch des StGB., zumal der hier stattfindenden Nebeneinanderstellung mit „Beruf oder Gewerbe“, da zwar auch der Beamte einen Beruf bekleidet, nicht aber ein Gewerbe betreibt. Daß im gewöhnlichen Leben auch diejenigen Gewerbetreibenden, deren Tätigkeit über die eines gewöhnlichen Tagelöhners, Fabrikarbeiters, Handwerkers hinausgeht, dann vielfach als Beamte — Privatbeamte — bezeichnet werden, wenn sie selbst zwar nicht Chef, wohl aber mit einer umfangreichen, leitenden und oberaufsehenden Tätigkeit betraut sind, ist ein abusiver Sprachgebrauch. Gleichwohl erklärt das RG., daß es hier ausweislich jener Nebeneinanderstellung nur auf die Art der gewählten Tätigkeit ankomme, welche eine höhere Verantwortlichkeit begründe, daß somit auch eine Privatbedienungsstelle im Sinne des § 222 sei, sofern mit ihr Geschäfte verbunden wären, die im gewöhnlichen Leben als amtliche bezeichnet würden: RG. 17./11. 83 E. 9 204, 26./2. 92 E. 22 418, 28./11. 02 E. 36 22. Danach würden der Hof- und Gutsverwalter, Regisseur und Kapellmeister eines Theaters, Versicherungsinspektor, Vorsteher einer Handelsgesellschaft usw. im Sinne dieser Bestimmung ein Amt bekleiden. Konsequenz hat das RG. bei dem Zwangsverwalter im Subhastationsverfahren: 28./11. 02 E. 36 22, und bei dem Vormund: 12./10. 06 E. 39 204, ein Amt angenommen, und dasselbe würde zutreffen z. B. bei dem Kontorsverwalter, alles Funktionen, bei denen es nur auf die Wahrnehmung privater Interessen ankommt. Bezüglich des Vormunds weist Franke a. a. D. mit Recht darauf hin, daß danach dessen Haftung strenger sein würde als die des Vaters.

b) Beruf, dem Amt und Gewerbe gegenüber der allgemeinere Begriff, ist jede auf eine gewisse Dauer gerichtete Lebenstätigkeit, welche die Verpflichtung begründet, sich ihren Aufgaben

mit besonderer Sorgfalt zu widmen, und zugleich eine höhere Verantwortlichkeit für Anwendung der erforderlichen Einsicht und Sachkunde herbeiführt, als unter gleichen Verhältnissen von jedem Anderen gefordert werden kann; RG. 11./2. 80 C. 1 203, 2./12. 80 C. 3 84. In einer nur vorübergehenden, aushilfsweisen Arbeitsleistung kann die Ausübung eines Berufes nicht gefunden werden; RG. 16./10. 96. Ebenwienig darin, daß Jemand in einem einzelnen Falle, wenn auch auf längere Zeit, vertraglich oder freiwillig, entgeltlich oder unentgeltlich sich zu einer gewissen Leistung verpflichtet oder sich einer solchen gewidmet hat; RG. 21./11. 01 C. 37 307 (Übernahme der Pflege eines fremden Kindes). Sogar die häufige Wiederholung einer Tätigkeit kann allein zur Annahme eines Berufes nicht genügen; RG. 7./6. 83. Andererseits ist nicht erforderlich, daß der Beruf gewerbsmäßig, also zu Erwerbszwecken betrieben wird oder die einzige oder hauptsächlichliche Lebens-tätigkeit ausmacht; RG. 21./11. 04 C. 37 307.

c) Gewerbe ist die fortgesetzte und auf Erzielung eines Erwerbes gerichtete Tätigkeit. Auch hier genügt die einmalige oder vereinzelte Vornahme einer gewerblichen Arbeit nicht, ist aber andererseits ebenfalls nicht erforderlich, daß die Tätigkeit die alleinige oder auch nur Hauptbeschäftigung bildet. Ob eine staatliche Genehmigung zum Betrieb des Gewerbes erforderlich und erteilt worden, ist gleichgültig; RG. 14./1. 87 C. 15 181. Bloße Akte der eigenen Vermögensnutzung, z. B. Verkauf der auf dem herrschaftlichen Gute gezogenen landwirtschaftlichen Produkte, begründet für sich allein nicht die Annahme eines Gewerbebetriebes, und ebenso sind bei dem Vermieten von Wohnungen in dem eigenen Hause die näheren Umstände entscheidend, insbesondere ob neben die bloße Vermietung und die damit notwendig verbundene Verwaltungstätigkeit eine anderweitige auf Erwerb gerichtete Tätigkeit tritt, sodaß in der Gesamtheit nicht eine bloße Vermögensnutzung vorliegt, sondern durch eine damit verbundene werbende Tätigkeit die Erzielung erhöhter Einnahmen oder sonstiger Vorteile bezweckt wird; RG. 4./5. 97 97 C. 30 106, 16./6. 99 C. 32 233.

Zu den beruf- oder gewerblichen Fahrlässigkeiten gehören die bereits oben N. 2 b erwähnten ärztlichen Kunstfehler, bezüglich deren das geltende Recht keine besonderen Vorschriften enthält. Nicht bloß die approbierten Ärzte, Wundärzte und Hebammen kommen hier in Betracht, sondern auch die Kurpfuscher und die stillen Hebammen. Ist bei der Beratung des § 230 im Reichstage eingewendet worden, daß der Richter der Eigentümlichkeit des Arztes, der seinen besonderen medizinischen Standpunkt einnehmen dürfe, gerecht werden müsse, so ist doch kein Arzt berechtigt, die Eigentümlichkeit seines Standpunktes auf Kosten seines Patienten geltend zu machen, und er darf weder die Eigentümlichkeit des Krankheitsfalles noch die Erfahrung der Jahrhunderte und die feststehende Kenntnis einer Reihe von Naturgesetzen ignorieren. Schon die CC. Art. 134 unterscheidet Unfleiß und Unkunst. Erstere ist die schuldhaft unterlassene Anwendung von Kenntnissen und Geschicklichkeiten, also wenn der Tod durch rechtzeitiges Eingreifen verhindert oder wenigstens verzögert worden wäre; hierher gehört z. B., wenn die Hebamme die ihr obliegende rechtzeitige Zuziehung des Geburtshelfers unterläßt. Die Unkunst ist entweder Unwissenheit (besonders bei inneren Heilungen) oder Unfertigkeit (besonders bei Operationen) und liegt vor, wenn durch positiv falsche Behandlung der Tod herbeigeführt ist, z. B. durch fortdauernde Anwendung von Phosphor gegen Rachitis; RG. 20./12. 86 C. 15 151. Allgemein handelt derjenige fahrlässig, der die Behandlung übernommen hat, obgleich er weiß, daß ihm die erforderlichen Kenntnisse fehlen. Vgl. hierzu Berner 538, Franke N. 11 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 22.

4. Abs. 2 meint nicht eine besondere, etwa nach Art des Amtes usw. verschiedene Aufmerksamkeit, sondern eine gegenüber der von jedem Menschen zu prästierenden Diligenz erhöhte Pflicht zur Aufmerksamkeit; RG. 12./7. 94 C. 26 54. Entweder wird durch das Amt usw. die Verpflichtung erst begründet oder eine ohnehin schon bestehende Verpflichtung noch erhöht, zu welcher höheren Aufmerksamkeit der Täter dann nicht nach allgemeinen Grundätzen, sondern nur durch sein Amt besonders verpflichtet ist; RG. 30./11. 96 C. 29 226. Welches Amt usw. besonders verpflichtet und wie hoch die Verpflichtung geht, ist von dem Gesetz nicht angegeben, somit ebenso wie allgemein das Vorhandensein der Fahrlässigkeit nur nach dem konkreten Fall zu bemessen.

Nun fragt es sich aber, ob die fahrlässige Handlung in Ausübung des Amtes usw. erfolgt sein muß, oder ob es genügt, wenn diejenige Aufmerksamkeit unterlassen worden ist, welche aufzuwenden der Täter verpflichtet ist, wenn er in Ausübung seines Amtes begriffen ist, mit anderen Worten: wird die erhöhte Aufmerksamkeit des Beamten usw. nur für die Amts- usw. Handlungen verlangt oder auch außerhalb derselben?

Wer den Abs. 2 zum ersten Mal liest, wird ihn nur dahin verstehen, daß er von der in Ausübung des Amtes usw. begangenen Fahrlässigkeit handelt, und wird höchlichst überrascht sein, zu erfahren, daß er sich auch auf die außerhalb des Amtes usw. stattfindende beziehe. Wie so oft, wird der Jurist auch hier gut tun, wenn er jenen Eindruck nicht ohne zwingende Notwendigkeit preisgibt. Diese Notwendigkeit existiert aber nicht, denn es gibt kein Amt, keinen Beruf, kein Gewerbe,

welche zu besonnener Ausföhrung der auöerhalb ihrer Ausübung fallenden Handlungen verpflichtet. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Notar ist verpflichtet, bei der Testamenterrichtung die Identität des Testators genau zu prüfen; ist er zu solcher genauen Prüfung auch verpflichtet, wenn er auf dem Markt Kirichen kauft, und zwar durch sein Amt verpflichtet? Olshausen N. 9 Abs. 2 behauptet allerdings, daß der Kreis der einem Beamten usw. innerhalb der Amistätigkeit obliegenden Pflichten nicht den ganzen Umfang der ihm vermöge des Amtes obliegenden Verpflichtungen decke, aber diese Behauptung ist irrig bei dem Beruf und Gewerbe und ist bei dem Amte — wiederum nur dem öffentlichen! — richtig zwar bezüglich der eventuellen disziplinarischen Ahndung, ob aber auch bezüglich der friminellen, ist eben *petitio principii*. Muß schon deshalb mit Binding Lehrb. I 30 und Franke N. II Abs. 2 als allein richtig aufgestellt werden, daß Abs. 2 Anwendung nur findet auf die in Ausübung des Amtes usw. begangenen Handlungen, so tritt noch folgender Grund hinzu. Wer ein Amt bekleidet, bringt entweder die größere Diligenz mit oder erwirbt sie sich im Laufe der Zeit, oder er bringt sie nicht mit und erwirbt sie auch nicht. Anerkanntermaßen hat Abs. 2 Geltung nur für die Zeit, während welcher das Amt usw. bekleidet wird. Wenn nun das Amt usw. aufgegeben ist, so ist der Täter um nichts weniger und um nichts mehr fähig zur Sorgfalt als vorher, haftet aber nicht nach Abs. 2, sondern nach Abs. 1. Und warum nach Abs. 1 und nicht mehr nach Abs. 2? Weil er das Amt usw. nicht mehr bekleidet. Aber die Bekleidung des Amtes usw. hat ihre Bedeutung nur für den Umfang der Sorgfalt, und dieser ist durch die Aufhebung des Amtes usw. in keiner Weise berührt worden; zu beiden Zeiten ist der Umfang gleich groß. Dasselbe ist aber auch der Fall während der Bekleidung des Amtes usw.: der Umfang der Aufmerksamkeit ist der gleich große in und auöerhalb des Amtes usw., nur daß er dort vom Amt usw. verlangt wird, hier tatsächlich besteht. Gleichwohl für die auöerhalb des Amtes usw. begangenen Handlungen von der Verpflichtung durch das Amt usw. zu sprechen, läßt sich in keiner zureichenden Weise begründen. Innerhalb des Amtes usw. bestimmt sich das Maß der anzuwendenden Aufmerksamkeit durch die Pflichten des Amtes usw., auöerhalb desselben durch die tatsächlich vorhandene Befähigung, also nach allgemeinen Grundsätzen.

Theorie und Praxis ist allerdings überwiegend anderer Meinung, nämlich daß die erhöhte Verpflichtung zur Aufmerksamkeit sich auch auf solche Akte einer zur Ausübung des Amtes usw. gehörigen Tätigkeit bezieht, welche in concreto auöerhalb desselben vorgenommen sind, und daß es genügt, wenn die Handlung überhaupt in den Kreis der Amtes- usw. Handlungen fällt: Hälshner II 36, v. Liszt 185 N. 5, Meyer-Alfeld 151, Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 15: RG. 11./2. 80 C. 1 203, 25./10. 81 C. 5 74, 25./10. 88 C. 18 204, 22./12. 00 C. 34 65. Nach den beiden letzten Urteilen gehören zum Gewerbebetriebe nicht nur die notwendigen Handlungen und Einrichtungen, sondern auch alle ihn fördernden Hilfseinrichtungen. Um dies zu illustrieren! Für den Betrieb des Hebammengewerbes ist das Nadeln nicht notwendig, aber es erleichtert unzweifelhaft den Verkehr mit den Kunden, und wenn die Hebamme in diesem Verkehr radelt, so fällt das Nadeln in den Kreis ihrer Gewerbandlungen. Nun sind da zwei Hebammen, beide sind Radler, A. nur im Verkehr mit ihren Kunden, B. nur auöerhalb ihres Gewerbebetriebes. Wenn beide zu Rad eine Landpartie machen und dabei einen Menschen tottradeln, haftet also A. nach Abs. 2, B. nur nach Abs. 1! Wenn schließlich das RG. 26./10. 03 C. 36 405 erklärt, daß ein regelmäßig ein Fahrrad zur Arbeitsstelle benutzender gewerblicher Arbeiter bei dieser Benutzung nicht in Ausübung seines Berufes begriffen sei, so ist das zwar ganz richtig, aber das Urteil paßt nicht auf die hier strittige Frage, denn nach der Rechtsprechung des RG. ist es überhaupt nicht erforderlich, daß die fahrlässige Handlung in Ausübung des Berufes erfolgt.

5. Eine Spezialbestimmung für „unvorsichtige Behandlung von Waffen und Munition“ mit Straferhöhung auch ohne Verletzung einer besonderen Amtspflicht enthält MilStGB. § 148.

Siebenzehnter Abschnitt.

Körperverletzung.

1. Die Körperverletzung umfaßt die körperliche Mißhandlung und die Gesundheitsbeschädigung (§ 223). Sie ist eine leichte (§ 223) oder gefährliche (§ 223a) oder schwere (§ 224). Die Fahrlässigkeit ist strafbar (§ 230). Ist durch die fahrlässige Körperverletzung der Tod verursacht, so kommt § 222 zur Anwendung. Eine besondere Bestimmung betrifft den Kaufhandel (§ 227). Die §§ 231—233 enthalten gemeinschaftliche Bestimmungen über Buße, Strafaufrag und Aufrechnung.

2. Die Materie der Körperverletzung ist im Sinne des GB. § 2 geregelt, sodaß für die Landesgesetzgebung kein Raum bleibt: RG. 12./7. 94 C. 26 56, 1./4. 97 C. 30 35. Insbesondere sind diejenigen landesrechtlichen Bestimmungen aufgehoben, nach welchen Überschreitungen

des Züchtigungsrechts der Lehrer nur mit Disziplinarstrafen belegt werden sollen: RG. 14./4. 80 C. 2 10. Der Wegfall derjenigen territorialen Bestimmungen, nach welchen geringe Überschreitungen des Züchtigungsrechts nicht „durch gerichtliche Genehmigung“, „im gerichtlichen Wege“ geahndet werden sollen, folgt schon aus GG. zur StPD. § 6: RG. 18./12. 83 C. 9 302, 29./3. 87 C. 15 376.

§ 223.

Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintaufend Mark bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängnis nicht unter Einem Monat zu erkennen.

1. Körperliche Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung, die beiden Unterarten der Körperverletzung, welche in diesem Abschnitt allein in Betracht kommen, sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, und ihre Grenze ist eine fließende. Das Delikt ist ein Begehungsdelikt, welches auch per omissionem, z. B. Vorenthaltung der Nahrung, begangen werden kann: RG. 14./2. 84 C. 10 100. Objekt ist ein „Anderer“, also ein Mensch, nicht eine Leibesfrucht, vgl. § 222 N. 1, und ein anderer Mensch, nicht der Täter selbst, so daß Selbstverstümmelung abgesehen vom Fall des § 142 straflos ist.

2. Körperverletzung ist Störung der Lebensfunktionen. So definiert sie v. Liszt 300, 311, indem er 312 die beiden Unterarten dahin unterscheidet, daß die körperliche Mißhandlung bei Schlägen, Stoßen und anderen unmittelbaren oder mittelbaren äußeren Einwirkungen auf den Körper des Anderen, die Gesundheitsbeschädigung bei Störung innerer körperlicher Funktionen vorliegt; daß beide Arten häufig in derselben Handlung zusammentreffen, räumt auch er ein. Auf S. 312 stellt er die Generalklausel auf, daß „ein gewisser, grundsätzlich nicht näher zu bestimmender, Grad der Störung“ vorhanden sein müsse, und gibt einen Katalog der Körperverletzungen: „das Stoßen und Schlagen, Verwundungen, Verstümmelung, Lähmung; das Abschneiden von Haaren, Ausbrechen von Zähnen; Verurachung einer körperlichen oder geistigen Krankheit; Herbeiführen von Erbrechen, Durchfall, Samenerguß; das Berauschen, Betäuben (Chloroformieren), Hypnotisieren; Erregung von Schmerz, von Unbehagen, Ekel, Abscheu, „Furcht, Schrecken nur dann, wenn die Störung keine ganz unbedeutende war; unter derselben „Voraussetzung störende Einwirkung auf die Sinne (Stimmenwitz, blendendes Licht, Gestank, „Nigeln, Kratzen, unzüchtige Berührung); Verurachung von Hunger und Durst.“ Dieses Verzeichnis geht, wie auch Binding Lehrb. I 43, Frank N. I 1 und Meyer-Wilfeld 380 N. 23 zugehen, viel zu weit, indem es am letzten Ende jeden Unterschied von Beleidigung und Körperverletzung aufhebt, und leidet an dem Widerspruch, daß es auch — mit Recht — die Verurachung geistiger Krankheit nennt, obgleich diese nicht die Störung einer körperlichen Funktion ist. Auf der anderen Seite rechnet v. Liszt 300 N. 2 die Übertragung geschlechtlicher „Krankheiten“ nicht unbedingt zu den Körperverletzungen („kann“)! Dagegen Hälschner II 84 ff. versteht unter Mißhandlung eine gegen den Körper gerichtete mechanisch wirkende Tätigkeit, die nur eine sinnlich wahrnehmbare Empfindung der Anlust, einen körperlichen Schmerz von momentaner — dieses Wort ist wohl nicht zu pressen! — Bedeutung zur Folge habe, während Gesundheitsbeschädigung jede gegen den Körper geübte Einwirkung sei, die einen pathologischen Zustand zur Folge habe, der entweder überhaupt nicht oder nur durch eine länger oder kürzer dauernde Reaktion des Organismus, einen Heilungsprozeß, wieder beseitigt werden könne. Daß diese Erklärung nicht ausreicht, räumt Hälschner 85 N. 3 selbst ein, wenn er das Zopfabschneiden, obgleich es keinen körperlichen Schmerz veruracht, für Mißhandlung erklärt. Andere Autoren geben wieder andere Erklärungen. Schließlich wird man zu der, allerdings von Lischajen N. 6a getadelten und auch nicht vollständigen negativen Definition von Geyer S. S. III 534, IV 366 N. 2 und Schütze 395 gedrängt, daß zur körperlichen Mißhandlung alle Schmerz, körperliches Unbehagen, Unbehagen verurachenden Tätigkeiten gehören, welche nicht Gesundheitsbeschädigungen sind; Gesundheitsbeschädigung ist aber Verurachung einer Krankheit.

3. Mißhandeln besagt ein Behandeln, wie es nicht sein soll, ein unangemeinere, schlimmes, übles Behandeln. Körperliche Mißhandlung ist Mißhandlung des Körpers, die dem Körper (corpori, nicht notwendig corpore) zugefügte Verletzung: RG. 31./5. 94 C. 25 375, 2./7. 96 C. 29 58. Somit ist die lediglich psychische Einwirkung, durch welche das seelische Wohlbefinden beeinträchtigt wird, z. B. Erregung eines Mißbehagens durch heftiges Erschrecken oder Erregung von Ekel, keine körperliche Mißhandlung, sondern wird es erst dadurch, daß auch das körperliche Wohlbefinden

in Mitleidenschaft gezogen wird: Berner 530, Frank N. I 1, v. Liszt 312, Meyer-Altfeld 380, Oshausen N. 3 Abf. 4, Oppenhoff-Delius N. 17, v. Wächter 341; RG. 11./4. 99 C. 32 113. Übrigens kann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verurteilung der Körperverletzung auch dadurch verübt werden, daß der Andere durch rechtswidrige Einwirkung auf seinen Willen bestimmt wird, selbst etwas zu tun, was eine Körperverletzung zur Folge hat: RG. 30./11. 94 C. 26 242. Daß die Mißhandlung zum Bewußtsein des Gemißhandelten gelangt, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 43, Meyer-Altfeld 378 N. 15, Oshausen N. 4 Abf. 1; die gegenteilige Ansicht von Virkmeyer Enzykl. 1165 würde die größte Mißhandlung eines Bewußt- und Empfindungslosen ungestraft lassen und ist überhaupt nur verständlich, wenn man mit dem Autor trotz §§ 117, 118 überhaupt jede denkbare unbefugte Einwirkung auf den fremden Körper für Körperverletzung hält.

Die Mißhandlung ist entweder eine Störung des körperlichen Wohlbefindens, allerdings nicht jede Störung, sondern eine solche von einem gewissen, grundsätzlich nicht näher zu bestimmenden Grad, eine nicht unerhebliche: Berner 530, Frank N. I 1, Geyer N. S. III 534, IV 364, v. Liszt 312, Meyer-Altfeld 378, Oshausen N. 5a, Oppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 2./7. 96 C. 29 58, 11./4. 99 C. 32 113. Unter Wohlbefinden ist der Zustand zu verstehen, der ohne die fragliche Einwirkung bestehen würde, sodaß auch der Zustand eines sich bereits übel Befindenden darunter fällt: RG. 2./7. 96 C. 29 58. Daraus, daß mit der Mißhandlung regelmäßig eine Schmerzregung verbunden ist, darf nicht mit Binding Lehrb. I 43 und Hälschner II 85 die Schmerzregung oder, wie man wohl richtiger sagt, Schmerzempfindung als eine notwendige Folge der Mißhandlung verlangt werden: Frank, v. Liszt, Oshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O., zumal es, wie schon bemerkt wurde, nicht erforderlich ist, daß die objektiv als eine Störung des Wohlbefindens sich darstellende Einwirkung dem Betroffenen zum Bewußtsein kommt. Daher kann z. B. das Anspießen dann als Körperverletzung aufgefaßt werden, wenn es auf das körperliche Befinden physisch störend einwirkt.

Oder sie ist eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit. In diesem Sinne gehören zu den Mißhandlungen auch die operativen Eingriffe, denn der Umstand, daß sie „ihrem Endziele „gemäß für den Gesamtorganismus wohltätig, heilend wirken sollen, nimmt ihrer nächsten oder „sonstigen Wirkung nicht den Charakter der Körperverletzung, sondern hat seine Bedeutung nur für „die Frage nach der Rechtswidrigkeit“: Meyer-Altfeld 218 N. 22 und 378 N. 15, Oshausen N. 4b, Abf. 2; a. M. Binding Lehrb. I 56 und Frank Abchn. 17 N. II 3. Wenn Oshausen N. 4b Abf. 1 unter Berufung auf RG. 31./5. 94 C. 25 375 nur eine entstellende Beeinträchtigung hierher rechnet, so ist dieser Beschränkung nicht beizutreten. Denn abgesehen davon, daß die operative Wegnahme einer bestehenden Entstellung eine Körperverletzung ist, so wirkt die teilweise oder gänzliche Entfernung innerer Organe, welche keineswegs stets mit einer Störung des Wohlbefindens verbunden ist, nur in seltenen Fällen entstellend. Vgl. hierzu auch unten § 224 N. 3. Das RG. hat einmal — 2./7. 96 C. 29 58 — verneint, daß das wider Willen des Trägers vorgenommene Abschneiden des Bartes, wenn es weder Schmerzgefühl noch körperliches Unbehagen hervorgerufen, eine Körperverletzung sei, hat also die Verletzung der körperlichen Integrität an sich für eine Nicht-Mißhandlung erklärt. Danach wäre es, um einen konkreten Fall zu wählen, keine Mißhandlung gewesen, als einem mit dichtem Kopfsaar und schönem Vollbart geeigneten Oberförster in der Trunkenheit das halbe Kopfsaar und die ganze linke Seite des Bartes abgeschnitten wurden; das Schöffengericht, die Strafkammer und der oberlandesgerichtliche Strafsenat hielten es für eine sehr nachdrücklich zu bestrafende Mißhandlung und bedauerten, nach Lage des Falles nicht § 223a anwenden zu können. Danach beantwortet sich auch die Frage, ob das Kopfschneiden eine Mißhandlung ist. Ganz gewiß muß sie mit Frank N. I 1, Geyer N. S. IV 364, Hälschner II 85 N. 3, v. Liszt 312 und Meyer-Altfeld 379 gegen Binding Lehrb. I 42, Oshausen N. 6 b und Wachenfeld N. II 296 auch dann bejaht werden, wenn weder Schmerz oder ein sonstiges körperliches Mißbehagen noch eine Entstellung bewirkt ist. Vgl. auch unten § 242 N. 2d.

4. Gesundheitsbeschädigung ist Verurteilung einer Krankheit. Der Verurteilung steht die Steigerung der schon vorhandenen Krankheit gleich: RG. 20./5. 89 C. 19 226. Frank N. I 2, v. Liszt 312 und Meyer-Altfeld 379 rechnen hierher auch Betrunktheit und Betäubung. Betrunktheit ist akute Alkoholvergiftung, also unzweifelhaft eine Krankheit im technischen Sinne, Betäubung ist es vielleicht ebensowenig wie tiefer Schlaf. Selbst aber wenn jene Ansicht zutrifft, muß doch wie die durch die mißhandelnde Tätigkeit bewirkte Störung des Wohlbefindens auch die Beschädigung der Gesundheit von einer gewissen Erheblichkeit sein, widrigenfalls z. B. die Verurteilung nicht bloß einer Betrunktheit oder Betäubung, sondern sogar die eines leichten Schuppenfusses durch Öffnen eines Fensters eine strafbare Gesundheitsbeschädigung wäre. Jedenfalls wird kein ärztlicher Sachverständiger solche rasch vorübergehenden Zustände für eine Körperverletzung erklären, und daß bei dieser Frage das ärztliche Gutachten für den Richter maßgebend ist, kann füglich nicht bestritten werden. Die Gesundheit ist entweder die körperliche oder geistige. Weil hiernach die Gesundheitsbeschädigung auch in der Verurteilung einer Geisteskrank-

heit besteht, kann das Mittel eine psychische Einwirkung sein, und zwar nicht bloß bei der geistigen, sondern auch bei der körperlichen Krankheit: Geyer S. S. III 527, Hälschner II 86, Olshausen N. 5 letzter Abj.; RG. 11./4. 99 C. 32 313. Bezüglich der Geisteskrankheit verlangt Franz N. I 2, daß sie zugleich eine körperliche Gefährdung in sich schliesse, was in irgendeiner Weise stets der Fall ist, und Oppenhoff-Delius N. 19, daß sie infolge einer Einwirkung auf den Körper entstanden sei. Übrigens fällt die Verurachung einer Geisteskrankheit sofort unter § 224.

5. Die Rechtswidrigkeit ist wie bei jedem Delikt so auch bei der Körperverletzung notwendige Voraussetzung, hier aber auf den Fall besonders zu prüfen, daß der Verletzte einwilligt hat, daß die Verletzung zu Heilzwecken vorgenommen ist, und daß ein Züchtigungsrecht behauptet wird.

a) Bezüglich der Einwilligung des Verletzten sind zwei diametral entgegengesetzte Ansichten aufgestellt. Nach der einen Ansicht ist die Einwilligung kein Strafausschließungsgrund, sondern kommt nur bei der Strafzumessung eventuell als mildernder Umstand (§ 228) in Betracht: Berner 553, Geyer S. S. III 555, Hälschner I 471, II 91, v. Liszt 313, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9, Schütze 105; RG. 15./11. 80 C. 2 442, 22./2. 82 C. 6 61. Nach der zweiten Ansicht wird durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit bei allen Fällen der Körperverletzung des Abjchn. 17 ausgeschlossen: Binding Handb. I 724 und Lehrb. I 44, Birkmeyer Enzykl. 1166, Fingcr I 416, Meyer-Altfeld 380, Olshausen N. 9a, v. Wächter 190. Das Gesetz schweigt. Das allgemeine Rechtsempfinden läßt hierbei im Stich, denn ihm ist sowohl die allgemeine Nichtberücksichtigung der Einwilligung als auch bei der gefährlichen und der schweren Körperverletzung seine vorbehaltlose Berücksichtigung zuwider. Die Gründe für die eine wie für die andere Ansicht — vgl. z. B. v. Liszt und Olshausen a. a. O. — sind von gleicher Wichtigkeit. Will man nun nicht im Widerspruch mit dem allgemeinen Rechtsempfinden die Einwilligung überhaupt ignorieren, so kommt man aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen wie bei der Beleidigung (vgl. § 185 N. 5) dahin, durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit bei der leichten, also nur auf Antrag verfolgbarer Körperverletzung des § 223, sonst aber nicht, für ausgeschlossen zu erklären. Dieser Ansicht sind auch Franz Abjchn. 4 N. III Abj. 7 und Abjchn. 17 N. II 2, Geyer II 17, Merkel 170, Schaper S. S. II 130 und früher ebenfalls Olshausen.

b) Bei der Frage, ob die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, wenn die Körperverletzung zum Zwecke der Heilung vorgenommen wird, muß man drei Punkte festhalten. Zunächst nämlich, daß es einen geschlossenen ärztlichen Stand, einen spezifischen ärztlichen Beruf nicht gibt, vielmehr die Heilkunde ein freies Gewerbe ist, welches Jedermann ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Vorbildung, Geschick, Verleihung usw. offensteht. Sodann daß die Frage, ob rechtswidrig oder nicht, unabhängig davon ist, ob die Operation gelingt oder mißlingt, ob sie guten, gar keinen oder schlechten Erfolg gehabt hat. Endlich, daß der Heilbesitzene, einerlei ob er rechtmäßig oder rechtswidrig handelt, für Unseifß oder Unkunst (vgl. § 222 N. 3e Abj. 2) stets hafet.

Die Ärzte, in ihrem alten latenten Krieg mit den Juristen regelmäßig um je leidenschaftlicher, je geringer ihr Verständnis der Rechtsfragen ist, nehmen ein Operationsrecht in Anspruch, ein Berufsrecht, die nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft zur Heilung des Kranken erforderlichen operativen Eingriffe in freier Verfügung über den Körper des Kranken vorzunehmen. Dieses Berufsrecht wird von Fingcr I 410, Olshausen N. 9b und Rüdorff-Stenglein N. 3 anerkannt, von Binding Lehrb. I 56, Franz Abjchn. 17 N. II 3 Abj. 2, v. Liszt 153 und mit sorgfältiger Begründung von RG. 31./5. 94 C. 25 375 bestritten. Fragt man nach den Gründen der bejahenden Ansicht, wie sie z. B. bei Olshausen a. a. O. verzeichnet stehen, so laufen diese auf denjenigen Satz hinaus, um dessen Beweifung es sich eben handelt, nämlich daß der ärztliche Beruf ein Strafausschließungsgrund sei, wobei den nicht staatlich anerkannten Heilbesitzenen das Zugeständnis gemacht wird, daß bei ihnen der Voratz regelmäßig aus allgemeinen Gründen zu verneinen sei: Olshausen N. 9b Abj. 2. Zugleich wird aber fast ausnahmslos eingeräumt, daß eine gegen den Willen des Patienten vorgenommene Operation eine Körperverletzung sei, — also eine „originäre“ Befugnis, deren besugte Ausübung durch das Veto desjenigen, gegen den sie sich richtet, verhindert wird, jodaß der Patient, wenn er wider seinen Willen operiert werden soll, das Recht der Notwehr hat. Aus diesem Widerspruch — originär und doch an die Einwilligung gebunden — ergibt sich die richtige Entscheidung der Streitfrage.

Der Kranke schließt mit dem Heilbesitzenen einen Vertrag auf die Heilung. Dieser Vertrag ist nach dem Zivilrecht gültig, und die Gültigkeit muß auch von dem Strafrecht anerkannt werden. Der Kranke erlangt durch ihn den Anspruch, daß der andere Teil alles dasjenige vornimmt, was zur Heilung notwendig ist, also auch die Operation, und übernimmt nur Eine Pflicht, nämlich das Honorar zu zahlen. Der andere Teil übernimmt die Pflicht, alles dasjenige vorzunehmen, was zur Heilung notwendig ist, also auch die Operation, und erlangt nur Einen Anspruch, nämlich auf das Honorar. Wie somit der Heilbesitzene nur durch den Willen des Patienten dazu berufen wird, die ärztliche Behandlung dieses Kranken zu übernehmen, so haben auch Zuhalt

und Umfang der ihm folchergeftalt einzuräumenden Befugnisse in Anwendung aller Mittel feiner Kunst ſich nach dem Rechtswillen des Patienten zu regeln. Hieraus ergibt ſich, daß die gegen den Willen des Patienten vorgenommene Operation ſtets ein rechtswidriger Akt, alſo eine ſtrafbare Körperverletzung iſt: RG. 31./5. 94 C. 25 375, 10./5. 05 C. 38 34. Der Einwilligung des Patienten ſteht, wenn er willensunfähig iſt, die ſeines geſetzlichen Vertreters und ſchließlich die des Vormundſchaftsrichters gleich. Iſt Gefahr im Verzuge und kann die Einwilligung, ſei es mit, ſei es ohne vorgängigen Heilvertrag, nicht ſofort eingeholt werden, ſo ſind nur zwei Möglichkeiten vorhanden: entweder der Heilbeſſigene greift auch ohne Einwilligung ein, oder der Patient wird ſeiner hilfſloſen Lage überlaſſen. Das letztere ſteht im Widerſpruch mit der ſtaatlichen, der poli- zeilichen Obliegenheit, die nötigen Anſtalten zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern deſſelben bevorſtehenden Gefahr zu treffen, der Heilbeſſigene gilt als von der Polizei beauftragt, ſein Eingreifen iſt ſomit kein rechtswidriges.

Eigentümlich iſt die Konſtruktion von Frank Abſchn. 17 N. II. Danach kann der Arzt, wenn er ſachgemäß handelt, niemals wegen Körperverletzung beſtraft werden, wohl aber wegen Nötigung, wenn er gegen den Willen des Patienten handelt. Der Arzt wäre alſo nach Frank ſtraflos, wenn er den Patienten zur Duldung der Operation nicht durch Gewalt oder Bedrohung, ſondern durch irgendeine Vorſpiegelung veranlaßt. Nimmt er einen der ärztlichen Wiſſenſchaft entſprechenden Eingriff an einer bewußtloſen Perſon vor in der Annahme, daß ſie, wenn ſie bei Bewußtſein wäre, ihre Einwilligung erteilen würde, ſo kann er ſelbſt dann nicht beſtraft werden, wenn er ſich in dieſer Annahme getäuſcht hat. Er iſt alſo nach Frank ſtrafbar, wenn er annimmt, daß der Bewußtloſe in bewußtem Zuſtande nicht einwilligen würde. Darüber, wie der Fall liegt, wenn der Arzt überhaupt nichts annimmt, äußert Frank ſich nicht, obgleich notorisch die meiſten Ärzte auf Grund ihres vermeintlichen Berufsrechts ſich über die Einwilligung oder Nichteinwilligung des Bewußtloſen gar keine Gedanken machen. Binding wiederum beſtreitet das Berufsrecht, weil das Heilgewerbe freigegeben iſt, und behauptet, unverboden ſei jeder zur Rettung des Lebens und der Geſundheit beſtimmte, zweckdienliche, maßvolle Eingriff, einerlei wer ihn macht, einerlei, ob er den bezweckten Erfolg erreicht oder nicht.

Vgl. über das Operationsrecht Berner 538, Binding Grundr. 198 und Lehrb. I 53, Frank Abſchn. 17 N. II 3, v. Liſzt 153, Meyer-Alſfeld 217, Liſchauen N. 9b.

e) Endlich wird die Widerrechtlichkeit der Körperverletzung dadurch ausgeſchloſſen, daß dem Täter ein Züchtigungsrecht zuſteht.

Zunächſt iſt die unter den Nichtjuristen ſehr verbreitete Anſicht zurückzuweiſen, daß Er- wachſene gegenüber Kindern zur Abwehr von Ungezogenheiten ein Züchtigungsrecht beſäßen: v. Liſzt 152, Meyer-Alſfeld 217, Liſchauen N. 10 Abj. 1 und RG. 9./4. 81 C. 4 98; a. M. Binding Handb. I 800.

Sodann iſt das Züchtigungsrecht ein Ausfluß des Erziehungsrechts, daher ein höchſtpersönliches und kann zwar mit dieſem Erziehungsrecht, nicht aber für ſich veräußert, ſondern nur ſeine Handhabung zeitweilig übertragen werden (ein jog. abgeleitetes Züchtigungsrecht): Finger I 401, Frank Abſchn. 17 N. II 1 Abj. 4, v. Liſzt 152, Liſchauen N. 11.

Nach Reichsrecht haben ein Züchtigungsrecht die leiblichen und Adoptiveltern, die uneheliche Mutter, der Vormund, der Lehrer und der von ihm mit der Leitung der Ausbildung Betraute gegen den Handwerker- und Fabriklehrling. Nicht hat es der Ehemann gegen die Ehefrau, die Stiefeltern als ſolche gegen die Stiefkinder, die Dienſtherrſchaft gegen das Geſinde, der Schiffer gegen den Schiffsmann. Vgl. wegen des elterlichen Züchtigungsrechts das trefflich motivierte Urteil RG. 14./2. 08 C. 41 98.

Landesrechtlich kommen beſonders die Lehrer in Betracht, d. h. die öffentlichen, nicht auch die Privatlehrer, welche letzteren ein Züchtigungsrecht nur als ein abgeleitetes beſitzen können. Die einſchlagenden Beſtimmungen ſind bald geſetzlich niedergelegt, bald durch Verordnung der zuſtändigen Verwaltungsbehörde, z. B. des Kultusministers und der Schulabteilungen der Bezirksregierungen, getroffen. In Ermangelung ſolcher Beſtimmungen haben auf Grund des Rechts und der Pflicht der Erziehung ein Züchtigungsrecht die Lehrer der Volkſchule als der breiten Baſis der Volkſchule und Stammutter aller übrigen Schulen: RG. 10./4. 02 C. 35 182, 10./5. 07 C. 40 432, 16./11. 09 C. 43 277. Nicht aber haben es — a. M. bezüglich der gewerblichen Fortbildungſchulen RG. 16./5. 11 C. 45 1 — in Ermangelung ſolcher Vorſchriften die Lehrer der übrigen Schulen, haben es am wenigſten dann, wenn wie z. B. in Preußen für die Gymnaſien, die körperliche Züchtigung ausdrücklich verboten iſt.

Jede Züchtigung ohne Züchtigungsrecht iſt eine Körperverletzung, alſo bei den öffentlichen Lehrern als Beamten nach § 340 zu beſtrafen. Aber auch wo an ſich das Züchtigungsrecht zuſteht, kann gleichwohl im konkreten Fall eine Körperverletzung vorliegen.

Zunächſt iſt das Züchtigungsrecht der Lehrer — dieſes hier ins Auge faßt — nicht ein Mittel des Unterrichts, ſondern der Erziehung, darf alſo nur zum Zweck der Erziehung ausgeübt werden:

Binding Handb. I 798, Merkel 297, Olschhausen N. 12 Abj. 1; RG. 24./11. 81 C. 5 194. Sodann liegt eine Körperverletzung vor, wenn durch die Züchtigung im konkreten Fall die der Ausübung des Erziehungsrechts gesetzten Schranken überschritten werden. Hierfür sind an erster Stelle wiederum die landesrechtlichen Bestimmungen maßgebend. Diese sind auch für die Frage entscheidend, ob das Erziehungsrecht sich auch auf das Verhalten der Schüler außerhalb der Schule bezieht, was z. B. für Preußen zu bejahen, für Hamburg zu verneinen ist. In Ermangelung ihrer muß je nach der konkreten Lage des einzelnen Falles unter Berücksichtigung dessen, was eine maßvolle und vernünftige Schulzucht erfordert, beurteilt und bestimmt werden, ob die jeweilig gewählte Art und das angewendete Mittel der Züchtigung sich innerhalb der hiernach zu bestimmenden Grenzen hält. Erst wenn diese oder die gesetzlich oder im Verwaltungswege gezogenen Grenzen aus Vorjah oder aus Fahrlässigkeit überschritten sind, kann „eine strafrechtlich zu ahnende vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung in Betracht kommen“. Vgl. RG. 24./11. 81 C. 5 194, 3./6. 89 C. 19 265, 15./10. 94 C. 26 148, 4./10. 98 C. 31 267, 15./1. 00 C. 33 72, 14./1. 01 C. 34 95. Des näheren ist hier Folgendes zu beachten:

a) Weil das Züchtigungsrecht nicht ein Mittel zum Unterricht, sondern zur Erziehung ist, besteht das Züchtigungsrecht nicht gegen denjenigen Schüler, welcher sich bereits in einem Alter befindet, in welchem die Erziehung vollständig hinter dem Unterricht zurücktritt. So kann z. B. ein Züchtigungsrecht gegenüber den Schülern der oberen Gymnasialklassen niemals anerkannt werden.

β) Der Lehrer hat ein Züchtigungsrecht nur gegenüber seinen Schülern, nicht auch gegen die Schüler anderer Schulen oder gar gegen solche, die nur Privatunterricht genießen. Wenn ihm das Recht auch gegenüber fremden Schülern zugesprochen wird — RG. 15./1. 09 C. 42 142 —, so ist die dabei beliebte Begründung durch das Erziehungsrecht um nichts wertvoller als die Begründung des ärztlichen Eingriffes durch das ärztliche Berufsrecht und würde dahin führen, dem Lehrer, welchem für seine Schüler ein Züchtigungsrecht zusteht, ein solches noch zuzugestehen gegen die Schüler solcher Anstalten, deren Lehrer kein Züchtigungsrecht gegen ihre Schüler haben, z. B. in Preußen gegen die Gymnasialisten.

γ) Die größte Überschreitung ist die, daß gezüchtigt wird ohne tatsächlichen Grund. Der Richter hat daher stets die konkrete Veranlassung der Züchtigung einer genauen Prüfung zu unterziehen: Frank Abschn. 17 N. II 1 Abj. 3; a. M. RG. 24./11. 81 C. 5 194, nämlich daß die Prüfung nur zulässig sei, um zu ermitteln, ob das Züchtigungsrecht nur als Vorwand geltend habe.

δ) Eine Überschreitung liegt vor, wenn bei der Art der Vollziehung, sei es nach dem Züchtigungsmittel, sei es nach seiner Anwendung, die Individualität des Schülers (insbesondere Alter und Geschlecht) ignoriert wird. So z. B. wenn der männliche Lehrer die Schülerin, vielleicht sogar die zwölf- bis vierzehnjährige durch Schläge auf das Gesicht züchtigt.

ε) Endlich ist jede Züchtigung eine rechtswidrige Überschreitung des Züchtigungsrechts, wenn sie in einer Gesundheitsbeschädigung besteht: Binding Handb. I 798, Olschhausen N. 13 a, β, v. Wächter 181. Für Altpreußen bestimmt eine Kabinettsorder v. 14. Mai 1825, daß die Schulzucht niemals zu Mißhandlungen ausgebeutet werden darf, „welche der Gesundheit des Schülers auch nur auf entfernte Art schädlich werden können“: RG. 11./1. 10 C. 43 281.

6. Der Dolus bemißt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Der Irrtum des Täters über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen ihm ein Züchtigungsrecht zustehen würde, ist ein tatsächlicher, schließt also den Vorjah aus, wogegen die irrtige Annahme, daß auf Grund eines wirklich bestehenden Rechtsverhältnisses ein Züchtigungsrecht, also die Befugnis zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer Körperverletzung zustehe, als strafrechtlicher Irrtum nicht entschuldigend.

Allgemein ist daran festzuhalten, daß das Sittengesetz die Grenze für die rechtliche Befugnis zieht. Wer eine durch das Sittengesetz verbotene, d. i. nach der allgemeinen sittlichen Anschauung unzulässige Handlung, die ihrem Wesen nach mit der Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes usw. unvereinbar ist, als Züchtigung vornimmt, z. B. rohe Quälereien, der irrt nicht über die tatsächlichen, sondern über die rechtlichen Grenzen des Züchtigungsrechts, das die Vornahme unfittlicher Handlungen nicht gestattet. Wer das Sittengesetz durch rohe Ausschreitungen verlegt, kann sich auch nicht darauf berufen, daß er habe züchtigen wollen, und daß andere Personen, ja ganze Volkstheile in dem gleichen Irrtum über das Wesen der Züchtigung das Sittengesetz in gleicher Weise verletzen. RG. 14./2. 08 C. 41 98.

7. Idealkonkurrenz ist möglich mit allen Delikten, zu deren Tatbestand Gewaltanwendung gehört, da der Begriff der Gewalt nicht notwendig Körperverletzung voraussetzt. Wenn derselbe Täter in zeitlichem Zusammenhang mehrere Personen durch verschiedene Handlungen verletzt, so liegt, weil das Delikt sich gegen die Persönlichkeit richtet, nicht ein fortgesetztes Delikt vor, sondern mehrere Delikte in Idealkonkurrenz, vgl. § 73 N. 6b.

Unzweifelhaft kann eine Körperverletzung zugleich den Tatbestand einer Realinjurie ergeben, und ist es der Fall, so findet Idealkonkurrenz statt. Wenn Binding Lehrb. I 43, Mertel 291, 297 und Rüdorff-Stenglein § 185 N. 12 gleichwohl nur eine Realinjurie annehmen, so übersehen sie, daß der Tatbestand der Körperverletzung — nicht unerhebliche Störung des Wohlbefindens usw. — von dem der Realinjurie verschieden ist. Vgl. § 185 N. 3 letzten Abs.

8. Zu Abs. 2 „Verwandte aufsteigender Linie“ vgl. § 52 N. 5a. Zum Dolus gehört die Kenntnis des Verwandtschaftsverhältnisses.

§ 223a.

Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein.

Gleiche Strafe tritt ein, wenn gegen eine noch nicht achtzehn Jahre alte oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die der Fürsorge oder Obhut des Täters untersteht oder seinem Hausstand angehört, oder die der Fürsorgepflichtige der Gewalt des Täters überlassen hat, eine Körperverletzung mittels grausamer oder boshafter Behandlung begangen wird.

1. Die sog. gefährliche Körperverletzung des durch die Novelle v. 26. Febr. 1876 eingefügten § 223a ist eine Qualifikation der Körperverletzung des § 223, setzt also eine einfache Körperverletzung voraus, wogegen die schwere Körperverletzung, deren Qualifikation nicht in dem Mittel oder der Begehungsart, sondern in dem Erfolge liegt, stets nach § 224 zu bestrafen ist, zwischen welchem und dem § 223a also keine Idealkonkurrenz stattfindet.

Die Bestimmung stellt vier verschiedene Qualifikationen unter dieselbe Strafe. Die Körperverletzung ist nämlich eine gefährliche wegen des gebrauchten Mittels oder wegen der Begehungsart: hinterlistiger Überfall, Mittäterchaft, lebensgefährliche Behandlung. Diese Erschwerungsgründe können miteinander ideell konkurrieren, da keiner von ihnen den anderen ausschließt, und insbesondere in der Anwendung einer Waffe, eines Messers, eines sonstigen gefährlichen Werkzeuges zugleich eine das Leben gefährdende Behandlung liegen kann: Olshausen N. 10, Eppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 9. Dagegen werden durch die Verschiedenheit des Mittels nur gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delictes geschaffen, zumal nach dem Wortlaut des Gesetzes durch Waffe alle in Betracht kommenden Mittel gedeckt werden.

2. Eine gefährliche Körperverletzung liegt vor, wenn sie mittels einer Waffe, „insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges“ begangen wird. Werkzeug gleich Mittel ist sowohl logisch als auch nach dem Sprachgebrauch der allgemeine Begriff, wie das StGB selbst in § 117 Abs. 2 anerkennt. Daher würde die Bestimmung richtiger lauten: „durch ein gefährliches Mittel, insbesondere durch eine Waffe oder ein Messer“. Will man Waffe und Werkzeug unterscheiden, so ist dies nur möglich, indem man die erstere im technischen Sinn, also als Spezies nimmt. Will man aber mit dem Gesetz die Waffe als Genus sehen, so deckt sich ihr Begriff mit dem des gefährlichen Werkzeuges und eine begriffliche Unterscheidung ist nicht möglich. Daher ist, wie auch Berner 532, Binding Lehrb. I 47/48, Franke N. II 1 Abs. 1, Hälschner II 94 und Mertel 298, S. 5. IV 408 annehmen, die Begriffsbestimmung des gefährlichen Werkzeuges von entscheidender Bedeutung. Daß das Gesetz das Verhältnis umdreht, hat lediglich die prozeßuale Folge, daß die Feststellung, die Körperverletzung sei durch eine Waffe zugefügt, auch für den Fall genügt, wenn sie nicht durch eine Waffe im technischen Sinn verursacht ist. Olshausens Widerspruch gegen die hier entwickelte Ansicht ist nur scheinbar. Er definiert N. 4 Abs. 3 die Waffe als „ein Mittel, welches, zum Angriff auf oder zur Verteidigung gegen einen Menschen angewendet, geeignet ist, diesem durch mechanische Einwirkung eine nicht ganz unerhebliche Körperverletzung beizubringen“, als „ein Werkzeug, das seiner gewöhnlichen Wirkung nach geeignet ist, die menschliche Gesundheit zu gefährden und erhebliche Körperverletzungen hervorzubringen“, und zieht die Erklärung v. Liszt's 314 heran: „jedem zur Zufügung von Verletzungen auf mechanischem Wege und zwar in der im Einzelfall gewählten Anwendung geeignete Werkzeug“. Als Beispiele der Waffe werden von ihm in Abs. 4 genannt ein harter, scharfkantiger Stein, eine zerbrochene Literflasche, ein zugeklapptes Messer. Wo steckt denn da der Unterschied zwischen Waffe und ge-

fährlichem Werkzeug? Olshausen gibt sich auch nicht erst die Mühe, das Letztere zu definieren oder gar die *différentia specifica* zu formulieren.

Das gefährliche Werkzeug ist ein beweglicher Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung geeignet ist, durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines Anderen eine nicht unerhebliche Verletzung zu bewirken: RG. 8./7. 81 E. 4 397 2./11. 93 E. 24 372. Die Gefährlichkeit ist objektives Erfordernis, wird also nicht erst durch das subjektive Gefühl des Täters oder des Verletzten. Darauf, welche Bestimmung dem Werkzeug bei seiner Anfertigung gegeben und ob es regelmäßig dieser Bestimmung gemäß verwendet worden ist, kommt es nicht an. Entscheidend ist aber stets die Art der Benutzung im konkreten Fall, denn durch diese kann zwar nicht ein objektiv ungefährliches Werkzeug zu einem gefährlichen gemacht werden, wohl aber ein objektiv gefährliches Werkzeug seinen gefährlichen Charakter verlieren: Binding Lehrb. I 48 Frank N. II 1 Abj. 2, Geyer II 19, v. Liszt 314, Meyer-Alfeld 382 N. 8; RG. IV 397. Daher wird ein leichter, zum Schlagen gebrauchter Stock nicht durch übermäßiges, sorgföhrtes Schlagen zu einem gefährlichen Werkzeug, und eine scharf geschliffene und zugespitzte Schere ist dann kein solches, wenn sie zum Zopfabschneiden benutzt wird: Meyer-Alfeld a. a. D. und Olshausen N. 5 Abj. 2. Um das von Frank a. a. D. genannte treffende Beispiel anzuföhren: ein Federhalter mit Stahlfeder ist ein gefährliches Werkzeug, wenn er mit der Federseite zum Stechen, er ist es nicht, wenn er zum Schlagen verwendet wird. Werkzeuge, welche bei jeder Verwendung gefährlich sind, gibt es überhaupt nur wenige, Frank a. a. D. meint, gar keine. Nach Hölshner II 95 und RG. 12./11. 80 ist, falls überhaupt der Unterschied des gefährlichen und des ungefährlichen Werkzeuges festgehalten werden soll, dies nur möglich, indem man die Wirkung, welche das betreffende Werkzeug seiner Beschaffenheit nach in der Regel ausübt, als das Kriterium dieser Unterscheidung betrachtet, und Olshausen a. a. D. verneint und behagt, ohne sich des Widerspruchs bewußt zu werden, in demselben Atemzuge, daß es auf die Art der Benutzung im Einzelfalle ankomme.

Die Waffe ist als Spezies Waffe im technischen Sinne (Schuß-, Stieb-, Stich-, Stoß-Waffe). Als Genus ist sie, wie bemerkt, identisch mit dem gefährlichen Werkzeug, nämlich nicht lediglich ein Werkzeug, welches zur Beibringung von Verletzungen bestimmt ist, sondern jedes Werkzeug, mittels dessen mechanischer Einwirkung auf den Körper eine Verletzung herbeigeföhrt werden kann: RG. 18./1. 83 E. 8 45.

Das RG. hat nach seiner objektiven Beschaffenheit für ein gefährliches Werkzeug erklärt ein Bierseidel, ein zugetrapptes Taschmesser, ein mit eisernen Zähnen versehenes Ruder: 10./3. 80, 15./5. 80, 12./11. 80. Kein gefährliches Werkzeug ist ein auf einen Menschen gebeiteter Muid: RG. 1./6. 83 E. 8 315, und ebensowenig Stoffe, bei welchen die Verletzung nicht auf mechanischer, sondern auf chemischer Einwirkung beruht, z. B. Besprühen mit Vitriol: 31./3. 82, 9./6. 02.

Ob das Werkzeug an den Körper des zu Verletzenden hingeföhrt oder dieser so in Bewegung geiegt wird, daß ihn das Werkzeug verlegt, macht keinen Unterschied: Binding Lehrb. I 48 und Olshausen N. 3b; a. M. Frank N. II 1 Abj. 1 und v. Liszt 314, welche verlangen, daß durch das Werkzeug menschliche Lebenskraft übertragen, es durch menschliche Körperkraft in Bewegung geiegt werde.

3. Der Angriff wird zum Überfall, wenn er so unvermutet erfolgt, daß der Angegriffene außerstande ist, sich ihm zu entziehen, und der Überfall zu einem hinterlistigen, wenn der Angreifer mit Vorbedacht und unter Verdeckung seiner wahren Absicht verfährt, um den unvorbereiteten Zustand des Anderen zur Ausführung seines Planes zu benutzen, also hauptsächlich unter Aufklauern oder Heranschleichen: Frank N. II 2, Geyer II 19, Mertel 298, Olshausen N. 7 und RG. 31./5. 80 E. 2 74, auch 1./6. 81 und 14./10. 04. Wenn Hölshner II 96 und Meyer-Alfeld 382 N. 9 das Erfordernis des Vorbedachts, der Überlegung bestreiten, sodag auch ein in plötklicher Aufwallung begangener Überfall genüge, so muß man fragen, warum das Gesetz nicht einfach das Wort „listig“ gebraucht. Vgl. auch § 181 N. 2.

4. Gemeinschaftlicher Überfall ist Überfall in Mittäterchaft: RG. 17./12. 81 E. 5 306. Eine der Tat vorausgehende Verabredung ist somit nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügt es, wenn jeder Einzelne die Körperverletzung derselben Person will und sich bewußt ist, daß Mehrere hierzu zusammenwirkend tätig sind. Die Gemeinschaftlichkeit wird nicht aufgehoben durch einen Unterschied der Einzelhandlungen nach Zeit und Ort, solange der Wille jedes Einzelnen auf die zusammenwirkende Tätigkeit gerichtet bleibt und demnach jeder weitere verletzende Akt als eine von Allen gewollte Fortsetzung des vorhergehenden sich darstellt. So die allgemeine Ansicht, während Rüdorff-Stenglein N. 6 Abj. 2 eine Mehrtäterchaft und Hölshner II 96, 97 N. 1 sogar Alleintäterchaft unter Beteiligung eines Gehilfen — warum nicht auch eines Anstifters? — für genügend erachten. Ist einer von zwei Tätern überhaupt schuldlos, z. B. wegen Unzurechnungsfähigkeit, so ist er nicht Mittäter, es liegt nur eine Alleintäterchaft vor, und der Schuldlose ist nur Werkzeug: Zinger I 342 N. 437; a. M. unbedingt Frank § 47 N. III Abj. 4 und Binding Lehrb. I 48 N. 3,

wogegen Olshausen N. 8 und § 123 N. 26a Mittäterchaft annimmt, wenn der Unzurechnungsfähige mit Dolus handelt; vgl. dazu oben § 123 N. 7b. Sind durch die gemeinschaftliche Handlung Mehrere verletzt worden, so ist jeder Mittäter verantwortlich, gleichviel was der Einzelne tat: Olshausen N. 8 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2; RG. 6./3. 96 E. 28 245.

5. Die Behandlung gefährdet das Leben, wenn ihre Art und Weise eine so bedrohliche ist, daß sie nach den konkreten Umständen, also der individuellen Beschaffenheit des Verletzten, der individuellen Schädlichkeit der gegen Körper und Gesundheit in Bewegung gesetzten Einwirkungen geeignet ist, eine Lebensgefahr herbeizuführen. Ob eine lebensgefährliche Verletzung eingetreten ist, oder ob sich die Gefahr nicht verwirklichte, oder der wirklich eingetretene Erfolg ein geringfügiger war, ist unerheblich; auch die objektiv leichteste Körperverletzung kann durch eine das Leben gefährdende Behandlung zugefügt sein: RG. 14./6. 80 E. II 106, 15./6. 82 E. 6 396, 19./1. 84 E. 10 1, 14./2. 84 E. 10 101. Somit ist nicht erforderlich, daß die Lebensgefährdung im konkreten Fall eingetreten ist, wie Binding Lehrb. I 48, Frank N. II 4, v. Liszt 314, Meyer-Malfeld 382, Oppenhoff-Delius N. 6 und Schütze Anh. 19 N. 5 annehmen, sondern es genügt, daß die Behandlung geeignet ist, das Leben zu gefährden: Hälshner II 97, Merkel 298, Olshausen N. 9 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7 und RG. a. a. D., insbesondere 6 396. Übrigens ist diese Streitfrage müßig, denn, wie Hälshner a. a. D. N. 2 und RG. 6./12. 86 bemerken, eine Behandlung, die geeignet ist, das Leben zu gefährden, setzt, einem Anderen zugefügt, das Leben wirklich in Gefahr. Auch eine Reihe aufeinander folgender Verletzungen kann so beschaffen sein, daß ihr Zusammenwirken das Leben in Gefahr setzt; in diesem Falle können die fortgesetzten Tätigkeiten als Eine Handlung aufgefaßt werden: RG. 17./1. 84 E. 9 425.

6. Der Dolus setzt das Bewußtsein voraus, daß die qualifizierenden Umstände vorhanden sind. Dies folgt bei dem hinterlistigen Überfall und der Gemeinschaftlichkeit schon aus deren Begriff. Der Täter muß diejenigen objektiven Eigenschaften des Werkzeuges kennen, welche das Gericht zu der Annahme führen, daß dasselbe ein gefährliches sei, wogegen Unkenntnis der Qualifikation des betr. Gegenstandes als eines gefährlichen Werkzeuges, seine Submition unter den Begriff eines solchen, unerheblich ist: Frank N. II 1, Olshausen N. 12b und RG. 29./9. 80 E. 2 278. Ebenso muß der Täter die Umstände und Veranlassungen, in denen objektiv eine das Leben gefährdende Behandlung gefunden wird, kennen, wogegen sein Bewußtsein von der Lebensgefährlichkeit seiner Tätigkeit nicht erforderlich ist: Geyer II 19 und S. 5. IV 374, Olshausen N. 13c, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abs. 3; RG. 29./9. 80 E. 2 278, 14./2. 84 E. 10 101, 12./3. 88 E. 17 279. Dagegen verlangen Frank N. II 4, Hälshner II 98, v. Liszt 314 und Meyer-Malfeld 383 N. 20 das Bewußtsein des Täters, daß er das Leben gefährde. Dies würde wegen der Individualität der lebensgefährlichen Behandlung — oben N. 5 — in zahlreichen Fällen zur Verneinung des Dolus führen.

7. Der durch die Novelle v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — eingestellte Abs. 2 hilft einem doppelten Mangel ab. Das StGB. hebt nämlich zahlreiche Umstände hervor, welche eine erhöhte Strafbarkeit der Körperverletzung begründen, gedenkt aber bisher nicht des das sittliche Empfinden besonders erregenden Falles, daß jugendliche sowie wehrlose Personen von denjenigen mißhandelt werden, welche sie gegen Mißhandlungen zu schützen vorzugsweise berufen sind. In diesen Fällen kann, selbst wenn eine Ausbreitung schlimmster Art und eine schwere Schädigung der Gesundheit vorliegt, falls nicht Abs. 1 oder § 224 zutrifft, nur wegen leichter Körperverletzung nach § 223 und zwar nur auf Antrag gestraft werden, was sich besonders dann bemerkbar macht, wenn bei der Mißhandlung eines Jugendlichen der gesetzliche Vertreter selbst der Täter ist. Beiden Mängeln will das neue Gesetz durch die Gleichstellung mit der gefährlichen Körperverletzung des Abs. 1 abhelfen.

a) Objekt des Delictes sind zunächst Personen, welche das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, also nach § 65 den Strafantrag nicht selbst stellen können, z. B. auch jugendliche Ehefrauen. Ihnen werden angereiht diejenigen, welche wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit — andere Gründe genügen nicht! — sich der Mißhandlung nicht zu erwehren vermögen. Hilflosigkeit ist nicht erforderlich.

b) Zwischen diesen Verletzten und dem Täter muß ein besonderes Verhältnis obwalten. Entweder nämlich steht der Verletzte unter der Fürsorge oder Obhut des Täters. Das Verhältnis der Fürsorge liegt vor, wenn er von dem Täter abhängt und dieser für sein leibliches oder geistiges Wohl zu sorgen hat. Das Erfordernis der Abhängigkeit ergibt sich daraus, daß der Fürsorgepflichtige den Verletzten „der Gewalt des Täters überlassen“ kann, was natürlich eine eigene Gewalt voraussetzt. Obhut ist die Pflicht der unmittelbaren Beaufsichtigung, verlangt also inwieweit auch eine gewisse Abhängigkeit. Der Kreis der möglichen Täter ist ein weiter: Eltern, Adoptiveltern, Pflegeeltern, diejenigen Vormünder und Pfleger, die für die Person des Mißhandelten zu sorgen haben; unter Umständen Geistliche, Lehrer, Ärzte und andere Medizinalpersonen; die in Gefängnissen, Waisenhäusern, Erziehungs- und Besserungsanstalten, Kranken-

häufern u. ä. beschäftigten Personen; Ziehmütter, welche die Pflege neugeborener, insbesondere unehelicher Kinder übernehmen; Diensthoten, denen die Kinder der Dienstherrschaft anvertraut werden usw.

Oder er gehört dem Hausstand des Täters an, sodaß dem Haushaltungsvorstand oder auch seiner Ehefrau eine Schutzpflicht obliegt, wie Pensionäre, Gefinde, Lehrlinge.

Oder er ist seitens des Fürsorgepflichtigen — nicht seitens eines Anderen! — der Gewalt des Täters überlassen, ein rein tatsächliches Verhältnis, z. B. das der Zuhälter weiblicher Personen zu deren Kindern.

c) Die Körperverletzung welche auch psychische Mißhandlungen einbegreift (§ 223 N. 4), muß mittels grausamer oder boshafter Behandlung begangen sein. Die Behandlung ist eine grausame, wenn die Mißhandlung so erheblich ist, daß sie dem gesunden Empfinden Grauen erweckt, und wenn sie zugleich aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung entspringen ist. Sie ist eine boshafte, wenn der Täter ohne vernünftigen Grund, aus Freude an dem Schmerz seines Nebenmenschen handelt. Auf jeden Fall darf sie nur eine leichte sein, widrigenfalls § 224 Platz greift. Wird sie mittels einer Waffe usw. begangen, so konkurriert Abj. 1.

d) Der Teilnehmer ist nach der Regel des § 50 nur strafbar, wenn er sich in einem der genannten Verhältnisse zum Verletzten befindet, unabhängig davon, ob es auch bei dem Täter der Fall ist.

e) Die §§ 232, 233 finden keine Anwendung, wohl aber § 228.

§ 224.

Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehevermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert, oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

1. Auch die schwere Körperverletzung des § 224 ist wie die des § 223a eine Qualifikation der Körperverletzung des § 223, aber nicht nach dem Mittel oder der Begehungsart, sondern nach dem Erfolge. Ihr gegenüber steht die leichte, sei es einfache, sei es nach § 223a qualifizierte, und die Körperverletzung mit tödlichem Erfolge. Auf die Mittel ihrer Verübung kommt es nicht an, indem, wie schon zu § 223a N. 1 Abj. 1 vermerkt wurde, zwischen den §§ 223a, 224 nicht ideale, sondern Gesetzeskonkurrenz stattfindet.

2. Die Folge ist zunächst der Verlust eines Gliedes oder einer Fähigkeit. Verlust ist nur dann gegeben, wenn das Glied abgetrennt, die Fähigkeit aufgehoben ist, nicht schon bei Veräummelung oder Gebrauchsunfähigkeit des Gliedes bzw. bei einer Verringerung der Fähigkeit: Binding Lehrb. I 49, Franke N. II 1, Hälschner II 99, v. Liszt 314, Meyer-Altsfeld 382, Ushausen N. 4 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3. Die Möglichkeit, das verlorene Glied auf künstlichem Wege, z. B. durch Rhinoplastik, zu ersetzen, die verlorene Fähigkeit, z. B. die Sehkraft, durch eine Operation zurückzubringen, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil für die Frage, ob ein Verlust vorliegt, die Zeit der Urteilsfällung maßgebend ist: RG. 6./3. 95 C. 27 80. Entsprechend genügt ein voraussichtlich künftig eintretender Verlust nicht, um den Tatbestand des Delictes schon jetzt als vorhanden anzunehmen: Franke N. 1, Ushausen N. 19 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 11: RG. 28./9. 81 C. 5 29, 25./3. 86 C. 14 4.

a) Nach medizinischem Sprachgebrauch ist Glied ein Körperteil, der mit einem anderen durch Gelenke verbunden ist (vgl. RG. 3./6. 82 C. 6 346), und hieran will Franke N. II 1 festhalten. Aber allgemein wird das Wort in dem Sinne genommen, wonach es einen solchen Körperteil bedeutet, der eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus hat, sodaß z. B. ein Teil der Schädeldecke kein Glied ist: RG. 7./3. 81 C. III 391. Für den Begriff der Wichtigkeit kommt nicht, wie Binding Lehrb. I 49 will, der relative Wert in Betracht, welchen der Besitz oder Verlust eines Körpergliedes für den Verletzten nach seinem individuellen Lebensberuf, sondern die objektive Bedeutung, welche das Glied für den Gesamtorganismus des Menschen hat, insbesondere das größere oder geringere Maß der Unterbrechung oder Beeinträchtigung, welche die regelmäßigen Funktionen aller Einzelorgane durch den Mangel eines oder einzelner derselben durchschnittlich erleiden: Werner 350, Franke N. II 1, Oener S. 5. III 540, Hälschner II 100, Meyer-Altsfeld 382, Ushausen N. 5 Abj. 2, v. Schwarze N. 2: RG. 9./6. 82 C. 6 346. Das RG. hat den Verlust der beiden ersten Glieder eines Fingers (9./6. 82 C. 6 346), sogar der des rechten Zeigefingers (4./6. 83), ebenso den Verlust des Mittelfingers der linken

Hand (15./3. 00) nicht als unter § 224 fallend erachtet, wohl aber den Verlust des Daumens einer der beiden Hände (23./11. 05).

b) Sehvermögen ist die Fähigkeit, äußere Gegenstände durch das Auge wahrzunehmen, ist also nicht bedingt durch den Ausschluß jeder Lichtempfindung, wogegen wiederum die Unfähigkeit des Auges zu praktischer Arbeit einen Verlust des Sehvermögens bei auch noch so schwacher Funktion des Sehens nicht darstellt: Frank N. II 2, v. Liszt 315, Dshaujen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5.

c) Gehör ist nicht die Fähigkeit, überhaupt Töne zu vernehmen, sondern die Fähigkeit, artikulierte Laute zu unterscheiden. Es genügt nicht, wenn das Gehör auf Einem Ohr, sondern es muß überhaupt verlorengehen; so übereinstimmend alle Autoren. Dies trifft auch dann zu, wenn der Verletzte auf dem einen Ohr bereits taub war: Dshaujen N. 6b, v. Schwarze N. 4, zweifelhaft Rüdorff-Stenglein N. 6.

d) Sprachvermögen ist die Fähigkeit zum artikulierten Reden, Verlust der Sprache also nicht identisch mit Stimmlosigkeit: Berner 530, Binding Lehrb. I 49, Frank N. II 4, Dshaujen N. 6c.

e) Zeugungsfähigkeit ist die Fähigkeit zur Fortpflanzung, nicht aber, was besonders bei Frauen in Betracht kommt, die Fähigkeit zur Vollziehung des Weichlaßes: Frank N. II 5, v. Liszt 315, Dshaujen N. 6d.

3. Siedtum, Lähmung und Geisteskrankheit sind den Gesamtorganismus erfassende Gesundheitsbeschädigungen, und ebenso hat die Entstellung einen allgemeinen Charakter.

a) Ein Mensch ist entstellt, wenn er nach und infolge eines bestimmten Umstandes anders gestaltet ist als vor jenem Umstande, und zwar muß die Andersgestaltung eine Mißgestaltung sein. Entstellung ist also eine die äußere Gesamtercheinung des Menschen verändernde Deformation, welche allerdings auch durch Verunstaltung einzelner Körperteile bedingt sein kann, wofern derartige partielle Deformationen von solcher Auffälligkeit und Erheblichkeit sind, daß sie die äußere Gesamtercheinung des körperlichen Habitus wesentlich verschlechtern: Dshaujen N. 7 Abj. 1 und RG. 1./2. 82 C. 6 5. Eine bloße Verminderung der Schönheit ist keine Entstellung: Binding Lehrb. I 49. Nicht in Betracht kommt, ob der Verletzte ohnehin schon unansehnlich war: Frank N. II 6, Dshaujen a. a. D. und RG. 1./2. 07 C. 39 419. Die Entstellung verliert ihre Eigenschaft nicht dadurch, daß sie durch künstliche Mittel verdeckt werden kann, es sei denn, daß der zunächst betroffene Körperteil nach den natürlichen und sozialen Lebensverhältnissen des Verletzten derart bedeckt zu werden pflegt, daß der Mangel als wesentliche Entstellung nur unter besonderen Umständen erkennbar ist und als solcher empfunden wird: Frank und Dshaujen a. a. D., Meyer-Allfeld I 383 N. 15; RG. 1./10. 86 C. 14 344.

Wann die Entstellung eine erhebliche ist, ist im wesentlichen Tatfrage. Erheblich darf aber nicht, wie es Liman S. 5. III 481 und Rüdorff-Stenglein N. 7 tun, mit auffallend gleichgestellt werden. Vielmehr ist es keineswegs erforderlich, daß die Entstellung bei jeder Körperhaltung die Gesamtercheinung des Verletzten ergreift, also genügend, wenn sie z. B. erst beim Gehen (Verfälschung eines Beines) bemerkbar wird: Frank und Dshaujen a. a. D., und RG. 1./2. 07 C. 39 419.

Dauernd ist die Entstellung, wenn ihr Verschwinden nicht innerhalb bestimmter Zeit anzunehmen ist: Binding Lehrb. I 49, Dshaujen N. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 5.

b) In dem Begriff des Verfallens liegt, wie schon angegeben, daß es sich um eine den Gesamtorganismus in erheblicher Weise umfassende Gesundheitsbeschädigung handelt, und sodann, daß der Zustand ein dauernder, d. h. ein solcher ist, bei welchem entweder die Heilung überhaupt ausgeschlossen ist oder sich nicht bestimmen läßt, ob und wann sie eintreten wird. Maßgebend für die Annahme der Dauer ist nicht, wie Dshaujen N. 8 Abj. 2 annimmt, der Zeitpunkt der Urteilsfällung, sondern derjenige, in welchem das Verfallen eintritt, sodaß § 224 auch dann Anwendung findet, wenn der Zustand zur Zeit der Urteilsfällung nicht mehr besteht; dies gilt insbesondere von der Geisteskrankheit, bei welcher sich zudem trotz der äußeren Heilung niemals bestimmt feststellen läßt, ob die Heilung eine definitive oder die Krankheit nur einseitigen latent geworden ist: Binding Lehrb. I 49, Geyer S. 5. III 536, Hälschner II 101, Meyer-Allfeld 383 N. 18, Oppenhoff-Delius N. 8, Skrzeczka S. 5. II 219 und RG. 10./9. 10 C. 44 59; a. M. v. Liszt 316 und Dshaujen N. 9c, die im Fall der Heilung vor der Urteilsfällung nur einen vorübergehenden Zustand annehmen, auf den § 224 keine Anwendung finde.

a) Nach einem Gutachten der Preussischen Wissenschaftlichen Deputation für Medizinwesen v. 16. Mai 1877 ist Siedtum ein langandauernder Krankheitszustand, der den ganzen Menschen in gewissem Grade schwer benachteiligt. Für die Frage nach dem Vorhandensein eines solchen Zustandes ist in erster Linie maßgebend, ob durch ihn die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit oder, falls von einer solchen nicht die Rede, die allgemeine Leistungsfähigkeit in erheblicher Weise beeinträchtigt ist. Der Zustand braucht nicht unheilbar zu sein. Auch ein bestimmtes Zeitmaß

für eine minimale Dauer läßt sich nicht angeben, doch wird man den Begriff auf diejenigen schwereren chronischen Krankheitszustände beschränken müssen, hinsichtlich deren, wenn sie nicht überhaupt für unheilbar erklärt werden müssen, doch nicht auch nur mit einiger Sicherheit sich vorherzagen läßt, ob sie überhaupt werden jemals beseitigt werden können, oder in welcher Frist dies möglicherweise geschehen wird.

Hiermit stimmt überein RG. 9./4. 85 C. 12 127, 16./9. 10 C. 44 59; daß der Zustand an sich schon von längerer Dauer sei, wird nicht bezweifelt. Andererseits herrscht darin Übereinstimmung, daß er nicht unheilbar zu sein braucht: Geyer S. S. III 540, Hälschner II 101, v. Liszt 315, Olshausen N. 9a, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. a. a. O.

5) Lähmung ist nach einem Gutachten derselben Behörde v. 26. Juli 1871 die Unfähigkeit, einen bestimmten Bewegungsapparat des Körpers zu denjenigen Bewegungen zu gebrauchen, für welche er von Natur eingerichtet ist, gleichviel ob das Hindernis der Bewegung in einem Zentralorgan oder in einem peripherischen Teile des Körpers gelegen ist. Hiermit stimmen überein Geyer S. S. III 433, 541, IV 375, Hälschner II 101, Olshausen N. 9b Abj. 1, v. Schwarze N. 10 und RG. 8./12. 90 C. 21 223, wobei betont wird, daß nicht eine totale, sondern eine wesentliche und erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit erforderlich ist. Diese Beeinträchtigung muß mindestens mittelbar den ganzen Menschen ergreifen und kann unter Umständen auf der Lähmung einzelner Gliedmaßen beruhen, wogegen solche Lähmung an sich niemals als Lähmung des ganzen Menschen im Sinne des § 224 qualifiziert werden kann: Binding Lehrb. I 49, Frank N. II 7, v. Liszt 315, Meyer-Altfeld 383, Olshausen a. a. O. und RG. 23./2. 82 C. 6 65. Die Lähmung muß eine dauernde, wenn auch nicht unheilbare sein: Olshausen N. 9b Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9 Abj. 1 und RG. C. 21 223.

γ) Ob die Geisteskrankheit direkt durch Verletzung der Gehirnsubstanz oder indirekt dadurch verursacht wird, daß die Mißhandlung zunächst Nervenerschütterung, Gemütsbewegung oder eine körperliche Krankheit hervorruft und hierdurch demnächst die Geisteskrankheit zum Ausdruck gelangt, ist gleichgültig: RG. 12./3. 95 C. 27 93. Unheilbarkeit wird nicht erfordert: Olshausen N. 9c, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 8.

4. Die schwere Körperverletzung ist die durch den Erfolg qualifizierte Körperverletzung des § 223, verlangt also Dolus, jedoch nur bezüglich der den Erfolg verursachenden Tätigkeit, nicht aber bezüglich des Erfolges. Die genannten Schäden müssen von der verletzenden Handlung verursacht sein, zwischen beiden muß ein Kausalnexuſ obwalten. Dies ist aber genügend, denn das Delikt ist ein jog. Erfolgsdelikt (§ 59 N. 11), die Strafbestimmung richtet sich unabhängig davon, ob der Täter ein Verschulden trifft, gegen den objektiven Erfolg. Hat der Täter die Folge gewollt, hat er die schwere Körperverletzung vorsätzlich begangen, so tritt § 225 in Anwendung.

5. Da es sich um ein Erfolgsdelikt handelt, dessen Erfolg nicht gewollt ist, so ist ein Versuch, diesen Erfolg herbeizuführen, begrifflich unmöglich. Gleichwohl liegt ein Versuch des Verbrechens vor und ist nach den allgemeinen Grundregeln zu bestrafen, wenn durch eine nur versuchte Körperverletzung bereits eine der Folgen eintritt: v. Liszt 316, Frank N. III und § 43 N. VI 3. Anders darf es nicht verstanden werden, wenn in Theorie und Praxis erklärt wird, daß hier ein Versuch nicht denkbar sei, z. B. Berner 533, Birkmeyer 1167, Hälschner II 102, Olshausen N. 13 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 12, v. Wächter 343; RG. 11./8. 83 C. 9 67.

6. Da die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausdrücklich zugelassen ist, kann auf sie und auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter neben Gefängnis auch bei Annahme milderer Umstände (§ 228) nicht erkannt werden: § 32 N. 2 Abj. 6.

§ 225.

War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

1. Die Strafe des § 225 ist zu verhängen, wenn der Wille des Täters nicht bloß auf die verletzende Handlung, sondern auch auf die Herbeiführung einer der in § 224 genannten Folgen gerichtet ist, also der Dolus zugleich jene Folgen umfaßt. Der Wille muß direkt und unmittelbar auf eine der Folgen gerichtet sein, so daß Eventualdolus nicht genügt: Binding Lehrb. I 50, Frank N. I und § 59 N. IV letzter Abj., Meyer-Altfeld 383 N. 21, Olshausen N. 2, v. Wächter 160, 343; a. M. v. Liszt 313, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 397.

2. Da es sich um die vorsätzliche Begehung eines Verbrechens in seinem gesamten objektiven Tatbestande handelt, ist der Versuch denkbar und strafbar: Berner 534, Frank N. II, Hälschner II 102, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 11./6. 83 C. 9 67; a. M. Binding Lehrb. I 52. Liegt nur Eventualdolus vor, so kann, wenn eine leichte Körperverletzung erfolgte, wegen dieser sonst überhaupt nicht bestraft werden, da § 225 ausgeschlossen und der Versuch einer leichteren

Körperverletzung straflos ist. Möglicherweise finden §§ 366 N. 7, 367 N. 10 Anwendung. Vgl. v. Wächter 344.

3. Mildernde Umstände sind infolge eines nachweisbaren, aber vom Richter nicht korrigierbaren Redaktionsvergehens nicht zugelassen.

§ 226.

Ist durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

Ein Erfolgsdelikt, bezüglich dessen § 224 N. 4, 5, 6 zu vergleichen ist. Die Qualifikation liegt in dem Tode des Verletzten als einem objektiven, vom Täter nicht gewollten Erfolg. Hat er ihn gewollt, so ist das Delikt Mord oder Totschlag. Ist eine schwere Körperverletzung gewollt und begangen, durch diese sodann der Tod verursacht worden, so konkurriert § 226 mit § 225 ideell, nur daß die Verhängung einer — in § 225 nicht vorgesehenen — Gefängnisstrafe ausgeschlossen ist: Binding Lehrb. I 50, Frank N. 1, Olshausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4. Liegt der Tatbestand des § 223a vor, so ist nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz gegeben und die milder schwere Norm des § 223a wird durch die schwerere des § 226 absorbiert, vgl. § 223a N. 1 Abj. 1, § 224 N. 1: RG. 15./12. 94 O. 26 312, 12./6. 03 O. 36 277; a. M. Olshausen N. 2 Abj. 1.

§ 227.

Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von Mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§ 224) verursacht worden, so ist Jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe beteiligt hat, schon wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist.

Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

1. Die allgemeinen Bestimmungen über die Teilnahme finden auch auf die Teilnehmer an dem Verbrechen oder Vergehen der Körperverletzung Anwendung. Die besondere Bestimmung des § 227 über die Tötung und Körperverletzung im sog. Raufhandel bezieht sich nicht auf die Teilnahme im technischen Sinne. Sie hat ihren Grund darin, daß es bei dem Raufhandel oft schwierig und nicht selten unmöglich ist festzustellen, wer der Schuldige ist. In solchem Fall müssen die Beteiligten entweder alle mit der ordentlichen Deliktsstrafe belegt oder alle freigesprochen werden. Das Gesetz schlägt den Mittelweg ein: es bestrafe sie alle, aber nicht mit der ordentlichen, sondern mit einer mildereren Strafe.

Die negative Voraussetzung ist also die, daß dem Beteiligten mehr als eine Beteiligung an dem Raufhandel, sei es auch unter Zufügung einer leichten Körperverletzung, nicht nachgewiesen werden kann. Kann der Nachweis geliefert werden, so erfolgt seine Bestrafung wegen des von ihm verübten Mordes u. s. w., denn die Strafbestimmungen über Mord, Totschlag, schwere Körperverletzung, erwießenermaßen berührt von einem Einzelnen, werden durch § 227 ebensowenig berührt wie die allgemeinen Grundsätze über Mittäterchaft und über Teilnahme an den genannten Delikten.

Sodann ist es irrig und nur geeignet, das richtige Verhältnis zu verschieben, wenn man mit Binding Handb. I 590 und Lehrb. I 75, Löning 93 annimmt, durch die Bestimmung werde eine Präsumtion der Verurteilung durch die an den Raufhandel Beteiligten gegeben. Wenn die Bestrafung schon wegen der Beteiligung eintritt, so tritt sie nicht wegen einer Präsumtion der Täterchaft ein. Vgl. unten N. 6.

2. Bei jeder Körperverletzung kommen zwei Personen in Betracht, ein Verlezer und ein Verletzter. Bei der Schlägerei müssen, was das Gesetz bezüglich des Angriffs ausdrücklich bestimmt, mindestens drei Personen beteiligt sein und bei dem Angriff zwei von diesen dreien („Mehrere“) auf der angreifenden Seite stehen, so daß es kein Angriff im Sinne des Gesetzes ist,

wenn Einer Mehrere angreift und diese sich wehren. Die bloße Drohung mit einem Angriff oder eine Handlung, welche einen beabsichtigten Angriff vorbereiten soll, oder eine Demonstration (Schuß in die Luft ohne die Absicht, Jemand zu verletzen) ist kein Angriff. Vielmehr ist Angriff die in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper zielende Einwirkung (vgl. § 113 R. 8 Abf. 1), der Angriff muß ein tätlicher sein: v. Liszt 323, Lshaujen R. 4. Daß die Parteien bereits handgemein geworden, ist zwar bei der Schlägerei, nicht aber beim Angriff erforderlich: Frank R. IV, Lshaujen a. a. D. Ob endlich mehrere Kaufhandel oder ein fortgesetztes Delikt vorliegt, ist wesentlich Tatfrage; Einheit des Ortes und der Zeit ist nicht unbedingt erforderlich; auch eine Reihe fortgesetzter, an verschiedenen Orten verübter Mißhandlungen kann einen und denselben Kaufhandel darstellen: Lshaujen R. 5 und Rüdorff-Stenglein R. 3 Abf. 2. Frank R. I behauptet, daß die Frage nicht lediglich Tatfrage sei — was auch Niemand behauptet —, und daß die Aufstellung rechtlicher Gesichtspunkte „sehr schwer“ sei, wozu er selbst den Belag gibt.

3. Durch die Schlägerei oder den Angriff, zwei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, muß der Tod oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden sein. Zwischen jenen und diesen muß ein Kaufsatzusammenhang nach den allgemeinen Grundsätzen obwalten. Dies ist aber genügend, die Strafandrohung richtet sich gegen den objektiven Erfolg, unabhängig davon, ob den Beteiligten ein Verschulden trifft. Das Delikt ist ein sog. Erfolgsdelikt: Berner 535, Frank R. II 2, v. Liszt 322, Lshaujen R. 6 Abf. 2, Oppenhoff-Dehns R. 14, Rüdorff-Stenglein R. 4 Abf. 2; RG. 3./1. 84 C. 9 370, 11./11. 84 C. 11 237; vgl. § 224 R. 4, 5. Ist der Kaufsatzusammenhang gegeben, so ist die Strafe auch dann verwirkt, wenn der Getötete oder Verletzte an dem Kaufhandel gar nicht beteiligt war, wie z. B. ein vorübergehender Dritter. Oder wenn die Tötung oder Verletzung straflos war, z. B. weil in Notwehr verübt: Binding Lehrb. I 76, Hälschner II 109 R. 2. Oder wenn der Betroffene sie sich selbst in der Hitze des Kampfes zugefügt hatte: Binding a. a. D., Meyer II 20, Lshaujen R. 6 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein R. 4 Abf. 1; RG. 11./11. 84 C. 11 237. Es genügt eben die objektive Tatsache, um alle an dem Kaufhandel Beteiligten strafbar zu machen, möge der Täter entdeckt werden oder nicht und möge er im ersteren Fall straflos oder strafbar sein, fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt haben. Die Anwendung des Gesetzes entfällt nur, wenn zwischen dem Kaufhandel und der Tötung bzw. Verletzung jeglicher Kaufsatzusammenhang fehlt, diese neben dem Kaufhandel liegen, ohne durch ihn verursacht zu sein, z. B. in den auf der Straße sich wälzenden Haufen ein Automobil hinein fährt und mehrere Beteiligte tötet: Berner 534, Hälschner II 109 R. 2, Lshaujen R. 6 Abf. 2, Oppenhoff-Dehns R. 7, v. Schwarze R. 8; RG. 11./11. 84 C. 11 237.

4. Die Beteiligung des § 227 ist wie die der §§ 115, 125 nicht Teilnahme im technischen Sinne, sondern ist im Sinn des gemeinen Lebens zu verstehen, so z. B. Frank R. II 2a, Lshaujen R. 8, Rüdorff-Stenglein R. 4 Abf. 1; RG. 3./1. 84 C. 9 370. Während der Angriff von „Mehreren“ ausgehen muß, also insofern eine zusammenwirkende Tätigkeit erfordert, gehört ein Zusammenwirken nicht zu den Merkmalen einer Schlägerei; diese liegt auch dann vor, wenn Jeder gegen Jeden steht, der Einzelne mit keinem Anderen gemeinschaftliche Sache macht, der Kaufhandel nur eine Kombination von sozusagen Zweikämpfen ist: RG. 20./2. 99 C. 32 33. Beteiligt an der Schlägerei ist aber nur derjenige, welcher bei ihr gegenwärtig ist und physisch oder intellektuell dazu mitwirkt, daß geschlagen wird, bei einer nur intellektuellen Mitwirkung also örtlich in der Lage ist, mitzuschlagen, wenn er will oder die Arme frei bekommt (Binding): Binding Lehrb. I 75, Frank R. II 2a, Meyer H. S. III 553, Hälschner II 108, v. Liszt 323, Meyer-Alsfeld 404, Lshaujen R. 8, v. Schwarze R. 5; RG. 17./11. 81 C. 5 170. Genügt somit nicht die bloße Anwesenheit ohne aktive Beteiligung, so ist doch ein Mitschlagen nicht erforderlich, sondern man wird als beteiligt auch den betrachten dürfen, der den Angegriffenen festhält, Hilfe abwehrt, durch Zuruf anfeuert: Binding, Meyer, Hälschner und Lshaujen a. a. D., Oppenhoff-Dehns R. 9, v. Schwarze R. 15. Allerdings wird es, wie Hälschner a. a. D. R. 3 bemerkt, oft schwierig sein, zu unterscheiden, ob solche Hilfeleistung nur Beteiligung oder Beihilfe zur Tötung oder Körperverletzung ist. Das Charakteristische der Beteiligung ist, daß sie in feindseliger Absicht geschieht, jodaß nicht beteiligt ist, wer sich einmischt, um zum Frieden zu reden oder Verletzte fortzuschaffen: Frank R. III, Hälschner II 109, Lshaujen a. a. D. Selbstverständlich ist auch derjenige nicht beteiligt, der lediglich Objekt des Angriffs ist: Lshaujen a. a. D.

5. Strafbar ist nur derjenige Beteiligte, der durch sein Verschulden hineingezogen ist, also ohne daß ihm ein rechtlich anerkannter Entschuldigungsgrund zur Seite steht, z. B. Notwehr. Auf die Art und den Grad seines Verschuldens, insbesondere darauf, ob neben dem eigenen ein fremdes Verschulden wirksam war, kommt es nicht an: RG. 27. 11. 80 C. 3 236. Nach der überwiegenden Ansicht muß der Beteiligte rüchrichtlich seiner gesamten Beteiligung an der Schlägerei von deren Beginn bis zu ihrer Beendigung ohne Schuld sein, jodaß auch derjenige strafbar ist, der, nachdem er zunächst ohne sein Verschulden hineingezogen war, sich im Verlaufe des Kaufhandels ohne Nötigung, also aus eigenem Willen an ihm beteiligt: Binding 76, Meyer-Alsfeld

404, Dshhausen N. 9 Abj. 1; RG. 15./7. 97 C. 30 281. Aber diese Ansicht ist eine Vergewaltigung des Gesetzes, welches die Strafbarkeit ausdrücklich ausschließt, wenn der Beteiligte ohne sein Verschulden in den Kaufhandel hineingezogen ist, ohne nach dem späteren Verhalten des Beteiligten zu unterscheiden; so auch Frank N. III.

Die Unentschuldbarkeit ist ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, und das Urteil muß sich stets ausdrücklich darüber aussprechen, ob der Angeklagte nicht ohne, also durch sein Verschulden hineingezogen ist, auch wenn er sich auf sein Nichtverschulden nicht berufen hat: Binding Lehrb. I 76, Frank N. III, Meyer-Alsfeld 404, Dshhausen N. 7 und 9, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 20./2. 99 C. 32 33.

6. Der Beteiligte wird bestraft, weil er sich beteiligt hat, nicht weil er präjuntiv die Folge verursacht hat. Daher wird er nicht frei durch den Nachweis, daß er persönlich den Erfolg nicht verursacht hat, oder daß ein anderer Beteiligter ihn verursacht hat. Ist er aber strafbar unabhängig von einer durch ihn verursachten Tötung oder Verletzung, so ist er auch strafbar unabhängig von deren Modalitäten, sodaß er haftet, auch wenn er beim Eintritt des Erfolges noch nicht oder nicht mehr beteiligt war: Frank N. II 2a, v. Liszt 323, Meyer-Alsfeld 404, Dshhausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 27./11. 80 C. 3 236, 15./6. 83 C. 8 369; a. M. Binding Lehrb. I 78, Geyer S. 5. IV 380, Oppenhoff-Delius N. 10. Bestraft wird auch der Verletzte selbst, auch wenn außer ihm sonst Niemand verletzt worden ist: Binding Lehrb. I 76, Frank und Meyer-Alsfeld a. a. D., Dshhausen N. 11 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 2. Bei der Schlägerei ist es gleichgültig, auf welcher Seite der Beteiligte gestanden hat, wogegen an dem Angriff nur die Angreifer als Beteiligte gelten, nicht als das Objekt des Angriffs die Angegriffenen: Dshhausen N. 11 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 1; RG. 15./6. 83 C. 8 369.

7. Die Verletzung auf Notwehr erleidet hier naturgemäß eine Einschränkung. Zwar nicht bei dem Angriff. Der Angegriffene befindet sich zunächst in Notwehr. Hört diese auf oder wird sie schuldhaft überschritten, so beginnt eine Schlägerei im Sinne des Gesetzes. Dagegen bei der Schlägerei kann sich der Beteiligte wohl bezüglich einer ihm zur Last fallenden Tötung oder Verletzung, also zumal im Fall des Abj. 2, nicht aber bezüglich seiner Beteiligung als solcher auf Notwehr berufen, indem es hier nur darauf ankommt, ob er mit oder ohne Verschulden in die Schlägerei hineingezogen, und weil jeder an einer Schlägerei Beteiligte in dieser allgemeinen Beteiligung Angreifer ist: Binding Lehrb. I 76, Frank N. III, Hälschner II 109, Dshhausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 5.

8. Ist der gesetzlich erforderliche Erfolg nur durch das Zusammentreffen mehrerer leichter, gefährlicher, schwerer Körperverletzungen verursacht worden, so trifft Jeden, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, die erhöhte Strafe des Abj. 2, während die übrigen Beteiligten unter Abj. 1 verbleiben. Daraus, daß als Regelstrafe ausschließlich die Zuchthausstrafe angedroht worden, ergibt sich, daß die Verletzungen vorsätzlich sein müssen: Binding Lehrb. I 77, Frank N. V, Hälschner II 110, v. Liszt 323, Meyer-Alsfeld 405, Dshhausen N. 17 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 20. Aus der Strafbestimmung ergibt sich ferner, daß die Personen, welche die verschiedenen Verletzungen zugefügt haben, nicht als Mittäter zu bestrafen sind; denn nach den allgemeinen Grundjassen über die Mittäterschaft, welche durch § 227 keineswegs berührt sind (oben N. 1 Abj. 2), würde der Einzelne nicht zunächst nur nach dem Maße seiner eigenen Tätigkeit zu beurteilen sein, sondern ihm müßten auch die von den anderen Beteiligten verübten Verletzungen zur Last fallen: Hälschner II 110, Dshhausen N. 17 Abj. 2.

Abj. 2 greift aus den schon nach Abj. 1 schuldigen Personen die nach seinen Voraussetzungen schwerer zu bestrafenden heraus, setzt also voraus, daß die nach ihm schuldigen Beteiligten an sich schon nach Abj. 1 schuldig sein würden. Folglich ist auch bei ihm die Voraussetzung der Strafbarkeit die, daß „Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt“, nicht ohne sein Verschulden in den Kaufhandel hineingezogen ist: Binding Lehrb. I 77 und Frank N. V; a. M. ohne Grund Dshhausen N. 16, Oppenhoff-Delius N. 22, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abj. 1, N. 10 und v. Schwarze N. 13.

9. Die allgemeinen Bestimmungen über die Idealkonkurrenz finden auf § 227 im Verhältnis zu den anderweitigen Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung volle Anwendung, da der § 227 nicht die Tötung, die Verletzung, sondern die Beteiligung an einem solchen Kaufhandel bedroht, durch welchen Tötung und Körperverletzung verursacht werden, und da, wie schon hervorgehoben, die Bestimmungen über die — erwiegenmaßen von einem Einzelnen begangene — Tötung und schwere Körperverletzung durch § 227 nicht berührt werden, die leichte und gefährliche Körperverletzung aber im Falle des Abj. 1 überhaupt nicht hier einschlagen. Hiermit stimmen überein Frank N. II 2b, Meyer-Alsfeld 404, Dshhausen N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 20. 2. 99 C. 32 33; a. M., nämlich für Gesetzeskonkurrenz, Binding Handb. I 362 und Lehrb. I 77, Birkmeyer Einzfl. 1167, Hälschner II 108 N. 1 und Schüpe 398.

10. Wegen des Versuches vgl. § 224 N. 5.

§ 228.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist in den Fällen des § 223 Absatz 2 und des § 223a auf Gefängnis bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark, in den Fällen der §§ 224 und 227 Absatz 2 auf Gefängnis nicht unter Einem Monat, und im Falle des § 226 auf Gefängnis nicht unter drei Monaten zu erkennen.

1. Im Falle des § 223 Abs. 1 kann ohnehin auf das gesetzliche Strafminimum herabgegangen werden. Daß nicht auch für § 225 mildernde Umstände zugelassen sind, beruht nachweislich auf einem Redaktionsversehen, welches der Richter aber nicht corrigieren kann.

2. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bzw. Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter darf bei Annahme mildernder Umstände nur im Falle des § 227 Abs. 2 erkannt werden.

3. Die Bestimmung ist obligatorisch.

§ 229.

Wer vorsätzlich einem Anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslangliches Zuchthaus zu erkennen.

1. Das geltende Recht enthält keine besonderen Vorschriften über den Giftmord und Gifttotschlag, weil schon auf den einfachen Mord die Todesstrafe steht. Dagegen ist die Giftbeibringung in § 229 zu einer besonders schweren und eigentümlichen Art der Körperverletzung ausgebildet. Die Eigentümlichkeit besteht darin, daß zwar der Täter die Gesundheit eines Anderen beschädigen will, aber zur Vollendung des einfachen Deliktes (Abs. 1) der Erfolg nicht gehört, wogegen das qualifizierte Delikt (Abs. 2) ein sog. Erfolgsdelikt ist.

2. Als Mittel dient dem Täter ein Stoff, welcher die Gesundheit zu zerstören geeignet ist. Das Gesetz hat, falls es überhaupt solche gibt, nicht durchweg Stoffe im Auge, welche unbedingt und unter allen Umständen als gesundheitszerstörerlich zu betrachten sind. Vielmehr ist im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Qualität und Quantität des beigebrachten Stoffes, auf die körperliche Beschaffenheit desjenigen, dem ein Stoff beigebracht worden ist, überhaupt mit Rücksicht auf die besonderen Umstände zu entscheiden, ob der Stoff als ein gesundheitszerstörerlicher zu erachten ist; so mit den Motiven RG. 14./1. 84 C. 10 178. Ob der Stoff chemisch, wie z. B. Scheidewasser, oder mechanisch, wie z. B. gestoßenes Glas, wirkt, ist bedeutungslos. Am wenigsten darf man mit Lppenhoff-DeLius N. 4 und v. Schwarze N. 6 daraus, daß Gift nur chemisch wirkt, folgern, daß das Gesetz überhaupt nur chemisch wirkende Stoffe voraussetze, wodurch alles vom Begriff des Giftes abhängig gemacht, somit das Verhältnis der Art zur Gattung umgekehrt würde: Berner 537, Frank N. II 2, Geyer S. S. III 562 N. 7, Hälschner II 104, v. Liszt 320, Meyer-Altfeld 363, Lshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Wächter 345.

Einen dieser Stoffe nennt nämlich das Gesetz besonders, das Gift. Gift ist jede organische Substanz, die selbst in kleinen Dosen genommen durch die chemischen Verbindungen, die sie eingeht, oder (und) die physiologischen Wirkungen, die sie ausübt, geeignet ist, das menschliche Leben zu zerstören (Bindung): Bindung Lehrb. I 60, Frank N. II 1, Meyer-Altfeld 383, Lshausen N. 3 Abs. 1, Lppenhoff-DeLius N. 1, 2, Schüke 403 N. 7. Ob zum Gift auch die materiell übertragbaren Ansteckungsstoffe gehören, die sich in den verweichten Körpern wiedererzeugen, die sog. Krankheitsgifte, z. B. das syphilitische Gift, ist mit Bindung, v. Liszt und Lshausen a. a. O., Meyer-Altfeld 393 N. 11 zu bejahen, da sie, wenn kein Gift, so doch gesundheitszerstörende Stoffe sind, und dem Gesetz es nur auf diese Wirkung ankommt. Auch Lebewesen, z. B. Trichinen, kommen als Stoffe in Betracht.

3. Der gesundheitszerstörende Stoff muß dem Andern beigebracht, d. h. der Körper muß das Mittel in einer die zerstörende Wirkung bedingenden Weise in sich aufgenommen haben, bis wohin nur ein Versuch vorliegt: Berner 537, Bindung 59, Frank N. II Abs. 2, Geyer S. S. III 563, Hälschner II 105, v. Liszt 321, Meyer-Altfeld 394 N. 15, Lshausen N. 5, Lppenhoff-

Delius N. 7, Schütze 403, v. Schwarze N. 8; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 5. In welcher Weise die Beibringung erfolgt, ob heimlich oder offen, unter Zwang und Drohung oder indem der Andere veranlaßt wird, den Stoff als Mittel verwendete Stoff geeignet ist, die Gesundheit zu zerstören. Frank, Meyer-Altfeld, Dshhausen und Oppenhoff-Delius a. a. D.

4. Zum Dolus, welcher ein determinierter sein muß mit Ausschluß des eventuellen, gehört das Bewußtsein, daß der als Mittel verwendete Stoff geeignet ist, die Gesundheit zu zerstören. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt es, wenn der Täter die Gesundheit nur beschädigen will. Fehlt der Voratz, so treten je nach dem Erfolge die §§ 222, 230 in Anwendung und liegt in Ermangelung jedes Erfolges überhaupt keine Straftat vor.

5. Materiell bedroht Abf. 1 zwar den Versuch der Körperverletzung, erhebt diesen Versuch aber zu einem delictum sui generis. Somit ist ein Versuch dieses Deliktes möglich. Mit der Beibringung ist das Delikt vollendet, sodaß nunmehr ein Rücktritt nach § 46 Nr. 2 nicht mehr möglich ist: Berner 537, Frank N. II Abf. 3, v. Liszt 321, Meyer-Altfeld 394, Dshhausen N. 1, Schütze 403 N. 8, 404 N. 10; a. M. Binding Lehrb. I 60, Hälschner II 107, v. Schwarze N. 4 und v. Wächter 345 wegen der allerdings horrennden Konsequenz, daß der zurücktretende Giftmörder straflos wird, den zurücktretenden Giftbeibringer aber, der nicht hat morden wollen, die volle Strafe trifft. Bis zu der Beibringung ist Versuch möglich. Wegen des wie beim Giftmorde, so auch hier praktischen Versuchs mit relativ untauglichen Mitteln vgl. oben § 43 N. 9.

6. Der Erfolg der Tat gehört nicht zum Tatbestand des einfachen Deliktes. Wird, wie wohl regelmäßig, durch die Vergiftung eine leichte Körperverletzung verursacht, so wird deren Tatbestand durch § 229 konsumiert, und daher kann sie nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen: Dshhausen N. 7, 9b; Abf. 1 kommt also nur zur Anwendung, wenn überhaupt kein schädlicher Erfolg eingetreten ist oder nur eine leichte Körperverletzung. Ist durch die Beibringung darüber hinaus eine schwere Körperverletzung oder der Tod verursacht, so tritt Abf. 2 in Kraft, das Delikt wandelt sich zu einem reinen Erfolgsdelikt um, bei welchem nur der Kausalzusammenhang, nicht aber irgendein Verschulden verlangt wird, indem vielmehr, wenn der Tod gewollt war, Mord oder Totschlag vorliegt. Vgl. oben § 225 N. 4, 5.

7. Wer nur die Gesundheit beschädigen will, will nicht töten. Außerdem wird durch den Voratz, die Tötung herbeizuführen, der Voratz, die Gesundheit zu beschädigen, mit Notwendigkeit absorbiert. Daher findet zwischen dem Delikt des § 229 und den Tötungsdelikten keine Idealkonkurrenz statt. Die Folge davon ist, daß der Gifttöter, der gemäß § 46 Nr. 2 vom Versuche zurücktritt, gleichwohl nicht nach § 229 bestraft werden kann. Nur dann findet Idealkonkurrenz statt, wenn mit dem direkten Voratz der Gesundheitsbeschädigung sich der eventuelle Tötungsvoratz verbindet; nicht, wie Dshhausen will, auch umgekehrt, denn der Voratz der Gesundheitsbeschädigung muß stets ein direkter sein. Vgl. hierzu Frank N. III und Dshhausen N. 9a, auch RG. 23./2. 09 C. 42 214. Dagegen sind die durch die Giftbeibringung verursachten Körperverletzungen lediglich auf Grund des § 229 zu bestrafen: Binding Lehrb. I 60, Meyer-Altfeld 394, v. Wächter 346; a. M. Dshhausen N. 9b bezüglich § 225. Übrigens kommt das Delikt sehr selten vor: regelmäßig ist der Tod gewollt.

§ 230.

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu neuhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängnis erhöht werden.

Die Ausführungen zu § 222 treffen, soweit sie sich nicht eben auf die Tötung beziehen, auch hier zu. Daher ist nur Folgendes zu bemerken:

1. Die Körperverletzung, welche durch die fahrlässige Handlung verursacht wird, ist entweder körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung. Wenn Berner 530, Gener S. S. III 534, Hälschner II 111, Oppenhoff-Delius § 223 N. 23 und v. Schwarze N. 7 behaupten, daß eine Mißhandlung nur als dolose möglich sei, so trifft dies keineswegs zu, man denke z. B. an die aberratio ictus: RG. 28./9. 80 C. 2 235, 14./2. 81 C. 3 384. Vgl. auch Dshhausen N. 1 Abf. 2.

2. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Verletzung eine leichte oder schwere ist, dies hat nur auf die Strafzumessung Einfluß. Ist durch die fahrlässige Handlung der Tod verursacht,

so kommt § 222 zur Anwendung, es sei denn, daß der Täter nur eine Körperverletzung als mögliche Folge seiner Handlung voraussehen konnte: RG. 19./3. 96 C. 28 272.

3. Bei einer Mehrheit von Handlungen und Unterlassungen kann weder ein fortgesetztes noch ein Dauerdelikt angenommen werden: RG. 1./11. 87 C. 16 290, 14./2. 08 C. 41 98. Zwischen fahrlässiger und vorsätzlicher Körperverletzung ist keine Idealkonkurrenz möglich, vielmehr können etwaige nicht gemollte Folgen des an sich vorsätzlichen Tuns nur als Strafzumessungsgründe bei Bestrafung der vorsätzlichen Körperverletzung Berücksichtigung finden, sofern nicht das Gesetz — §§ 224, 226 — diese Folgen als strafschwächenden Umstand vorzieht: RG. 27./5. 87 C. 16 129.

§ 231.

In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegendende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurteilten als Gesamtschuldner.

1. Die Ausführungen zu § 188 treffen, soweit sie sich nicht eben auf die Beleidigung beziehen, auch hier zu. Nur verlangt das Gesetz nicht, daß die Körperverletzung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb, das Fortkommen des Verletzten mit sich bringt, vielmehr wird der Bußanspruch schon durch die Körperverletzung an sich, nämlich durch den strafbaren Eingriff in die Integrität des Körpers begründet. Dem Ermessen des Richters ist es anheimgegeben, die Bedeutung der Körperverletzung für den Verletzten sowohl in vermögensrechtlicher Beziehung als auch nach anderer Richtung in Geld abzuwägen und eine Vergütung festzusetzen, durch welche der Verletzte nicht bloß für die etwaige Beschädigung seines Vermögens, sondern auch für seinen durch die Verletzung verursachten, wenn auch mit Vermögensnachteilen nicht verknüpften körperlichen oder psychischen Schaden entschädigt werden soll, also für die Störung seines Wohlbefindens, für die erlittenen Schmerzen, für die Beeinträchtigung oder den Verlust seiner Fähigkeit zur Ausübung körperlicher oder geistiger Funktionen und für die ihm dadurch auferlegten Entbehrungen. Vgl. RG. 3./7. 87 C. 15 352. Da die Buße hiernach zugleich die Funktionen des alten Schmerzensgeldes übernommen hat, entspricht es nicht dem Geiste, den Bußanspruch deshalb zurückzuweisen, weil ein Vermögensschaden nicht ersichtlich ist.

2. Auf Buße kann erkannt werden in allen Fällen der Körperverletzung, ohne Unterscheidung der vorsätzlichen und fahrlässigen (RG. 29./11. 83 C. 9 223), leichten, gefährlichen und schweren.

a) Erforderlich ist eine vollendete, nicht bloß versuchte Körperverletzung, falls nicht schon durch den Versuch der schweren der Tatbestand einer leichten Verletzung erfüllt wird (§§ 225, 43): Binding Grundr. 270, Hälschner II 112, Meyer-Ullfeld 304, Lisshauen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1.

b) Da der Verletzte die Rechtskraft des Urteils erlebt haben muß, scheiden die Fälle der Körperverletzung mit tödlichem Erfolge aus (§ 226, 227): Lisshauen N. 4 Abj. 1; RG. 22./5. 85 C. 12 223.

c) Wird eine Körperverletzung im Kaufhandel zugefügt, so geht der Bußanspruch gegen alle am Kaufhandel Beteiligten, also auch gegen diejenigen, welchen eine Körperverletzung nicht nachzuweisen ist. Dies wird allerdings in verschiedenem Grade bestritten von Binding Grundr. 270 und Lehrb. I 78, Frank N. II 1, Hälschner II 112, v. Liszt 323, aber in der Praxis mit Recht bejaht, weil auch hier ein „Fall der Körperverletzung“ vorliegt und durch sein Ausschneiden Abj. 3 des Gesetzes nahezu gegenstandslos würde: Lisshauen N. 4 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 1 und RG. 6./12. 97 C. 30 367.

Im Fall des § 229 Abj. 1 erklären Oppenhoff-Delius N. 1 und Rüdorff-Stenglein N. 4 die Buße für unbedingt zulässig, wegen der Mehrzahl der Autoren eine wirklich eingetretene Körperverletzung verlangen: Binding Grundr. 270 und Lehrb. I 52, Frank N. II 2, Hälschner II 112, v. Liszt 321, Mertel 302, Lisshauen N. 4 Abj. 3, Schüge 400, v. Schwarze N. 1. Die zweite Ansicht ist die richtige, aber die Differenz zwischen beiden nur eine scheinbare, da eine vollendete Veräufung — nur eine solche kommt ja in Betracht — stets die Gesundheit beschädigt.

d) Außerhalb der Fälle des Abjchn. 17 findet § 231 Anwendung auf § 207, wie dessen Wortlaut unzweifelhaft macht; a. M. anscheinend Binding Grundr. 270 und Lehrb. I 52. Ebenso auf § 340: RG. 22./5. 85 C. 12 223. Wo die Körperverletzung sonst vorkommt, bildet sie entweder

einen objektiven Straferhöhungsgrund, z. B. § 118, oder geht in einem anderen Delikte auf, z. B. § 251. Daß auf solche Fälle § 231 keine Anwendung findet, ergibt sich aus der Erwägung, daß er eine vorsätzliche oder fahrlässige, also subjektiv schuldhaftige Körperverletzung des § 223 voraussetzt. Derjenigen Ansicht, wonach also insbesondere die sog. Erfolgsdelikte keinen Bußanspruch begründen, sind Binding Grundr. 269, 270 und Lehrb. I 52 (betr. der zweiten, nicht aber der ersten Kategorie), Finger I 509, Hälshner II 111, Dshausen II 5, Oppenhoff-Dehns N. 1, v. Schwarze N. 1 und RG. 10./5. 09 C. 42 317; a. M. Frank Abschn. 17 N. III, v. Liszt 317 N. 3, Meyer-Malfeld 304.

e) Die zur Buße Verurteilten haften als Gesamtschuldner. Erforderlich ist nur, daß es sich um eine und dieselbe Körperverletzung handelt: Hälshner II 113, Oppenhoff-Dehns N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 29./11. 83 C. 9 223. Die Ansicht von Dshausen N. 1, Schütze 409, v. Schwarze N. 7 und RG. 12./12. 99 C. 33 13, daß Abj. 3 eine — bewußte — Teilnahme (Mitätererschaft, Anstiftung, Beihilfe) voraussetze, somit auf die Fälle fahrlässiger Körperverletzung keine Anwendung finde, hat am Gesetz umjoweniger Anhalt, als dies allgemein für die Bußwürdigkeit zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Körperverletzung keinen Unterschied macht. Das Urteil braucht nicht ausdrücklich auf die Gesamtheit gestellt zu sein. Übrigens darf, wenn mehrere Personen wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung verurteilt werden, auf die Buße auch dann erkannt werden, wenn die Person des effektiven Täters überhaupt nicht oder nicht bezüglich der schwersten der mehreren Verletzungen festgestellt werden kann: RG. 1./7. 82 C. 7 12. Der Richter wird allerdings in einem solchen Fall die Buße verschieden bemessen, auch wohl einzelne Schuldige ganz mit ihr verschonen.

§ 232.

Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Die in den §§ 195, 196, 198 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

1. Zu den leichten vorsätzlichen Körperverletzungen gehört, wie das Zitat des § 223 ergibt, nicht die gefährliche des § 223a: Frank N. I, Hälshner I 115, v. Liszt 316, Dshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze Anh. 20 N. 6; RG. 12./10. 86 C. 14 360.

2. Durch die von dem Wortlaut des § 230 Abj. 2 abweichende Fassung hat ein von jenem verschiedener Tatbestand bzw. Vergehenbegriff nicht aufgestellt werden sollen: RG. 25./10. 81 C. 5 74. Wegen der Amts-, Berufs- und Gewerbspflicht vgl. § 222 N. 3—5.

3. „Angehöriger“ vgl. § 52 Abj. 2. Innerhalb des Kreises der Angehörigen tritt der Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrages wieder in Kraft. Die Zurücknahme des Antrages ist nicht zulässig, wenn nicht der Täter, sondern der Begünstigte ein Angehöriger des Verletzten ist: RG. 13./2. 96 C. 28 125.

4. Auf den Fall, daß Körperverletzung und Beleidigung einander gegenüberstehen, ist § 198 nicht anzuwenden, vgl. § 198 N. 5.

§ 233.

Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeeschuldigte, oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.

1. Durch § 233 wird die Bestimmung des § 199 auf die Körperverletzung mit der Erweiterung übertragen, daß die Aufrechnung nicht bloß zulässig ist, wenn sich Körperverletzungen, sondern auch, wenn sich Körperverletzungen und Beleidigungen gegenüberstehen, und daß dem Richter eine umfangreichere Ermächtigung erteilt wird. Die Ausführungen zu § 199 treffen mit dieser:

beiden Maßgaben also auch hier zu, sodaß auf sie verwiesen werden kann. Der naheliegende Fall der Erwidering einer nicht leichten Körperverletzung mit einer leichten ist vom Gesetz nicht vorgesehen, untersteht also der allgemeinen Strafzumessung.

2. Unter den leichten Körperverletzungen sind nicht bloß die leichten vorsächlichen, sondern auch diejenigen fahrlässigen zu verstehen, deren Erfolg kein schwerer im Sinne des § 224 ist: Hälschner II 114, v. Liszt 317, Ushaujen N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Nicht aber die gefährlichen des § 223a: Binding Lehrb. I 53, Frank N. I, Hälschner II 115, Ushaujen und Oppenhoff-Delius a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 5 Abj. 1.

3. Der Richter darf den einen oder beide Täter nicht bloß straffrei lassen, sondern auch mit einer der Art oder (und) dem Maße nach milderen Strafe belegen. Dabei hat er sich jedoch an die im Allgemeinen Teil gegebenen Bestimmungen über die Strafen zu halten. So hat er das gesetzliche Maximum und Minimum einzuhalten, darf nicht über sechs Wochen Haft, nicht unter drei Mark Geldstrafe erkennen: Binding Lehrb. I 53 (hält das Hinabgehen auf Eine Mark für zulässig), Frank N. II, Hälschner II 115, Ushaujen N. 3 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9. Ebenso darf er auf einen Verweis nur gegen Jugendliche erkennen: Frank und Ushaujen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 6.

Achtzehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.

Die gegen die Persönlichkeit gerichteten Delikte enthalten in den meisten, die gegen den Staat und die Gesellschaft gerichteten in vielen Fällen eine Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit. Aber auch die persönliche Freiheit kann an sich und als solche das eigentümliche Objekt des Deliktes bilden. In diesem Abschnitt werden eine Reihe strafbarer Handlungen zusammengestellt, welche zum Teil als besondere Arten rechtswidriger Freiheitsbeschränkung erscheinen, zum Teil, wie die Einführung des § 237, gar nicht hierher gehören. Dagegen schließt das Gesetz von diesem Abschnitt alle Fälle eines rechtswidrigen Zwanges gegen die persönliche Freiheit aus, welche sich als eine Störung der rechtlichen Ordnung in Gesellschaft und Staat ergeben. Hieraus folgt, daß in Abchn. 18 die Materie der Delikte wider die persönliche Freiheit im Sinne GG. § 2 nicht geregelt ist: Ushaujen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1.

§ 234.

Wer sich eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, um ihn in hilfloser Lage auszusetzen oder in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen, wird wegen Menschenraubes mit Zuchthaus bestraft.

1. Der Menschenraub, das alte *crimen plagii*, d. h. die Verletzung jemandes in Unfreiheit oder in einen der Unfreiheit ähnlichen Zustand, hat in dem geltenden Recht eine eigentümliche Umbildung erfahren.

Zunächst wird nämlich der Verletzung in jene Zustände die Aussetzung in hilfloser Lage angereiht. Dadurch werden zwei selbständige Delikte geschaffen, nämlich:

- a) die Bemächtigung jemandes, um ihn in hilfloser Lage auszusetzen,
- b) die Bemächtigung jemandes, um ihn in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- und Schiffsdienste zu bringen.

Ad b) sind die verschiedenen Willensrichtungen gleichwertige Modalitäten desselben Delikts. Ebenso sind die zur Durchführung des verbrecherischen Entschlusses verwendeten Mittel der List, Drohung oder Gewalt gleichwertig, ohne je nachdem einen verschiedenen Tatbestand zu begründen. Vgl. Binding Lehrb. I 108 und Normen II 538, Ushaujen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 9.

Sodann wird die Vollendung des Delikts nicht erst in die Herbeiführung des betreffenden Zustandes, sondern schon in die Bemächtigung gesetzt, also in das Stadium des Versuchs zurückgeschoben: Berner 542, Binding Lehrb. I 107 und Normen II 535, Frank N. I 3, Geper S. N. III 603, IV 400, Hälschner II 141 (in N. 3 abweichend bezüglich der Versuchsnatur des Delikts), v. Liszt 356, Mertel 313, Mener-Altfeld 416, Ushaujen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abj. 3, Schütze 413, Wachenfeld SA. II 299. Bei dieser Ausgestaltung des Delikts ist trotz seiner inneren Versuchsnatur ein Versuch denkbar, indem dieser von dem Beginn der Mittel zur Herstellung des Machtverhältnisses bis zur Herstellung selbst reicht: Binding Lehrb. I 108, v. Liszt und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Ushaujen N. 9.

2. Objekt ist ein Mensch ohne Unterschied nach Geschlecht, Alter, Willensfähigkeit: Hälschner II 137, Meyer-Altfeld 416, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1.

3. Bemächtigung ist Erlangung physischer Herrschaft: Binding Lehrb. I 108, Birtmeyer EnzNl. 1168, Frank N. I 1, Hälschner II 138, v. Liszt 356, Olshausen N. 3 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, Schüze 412; a. M. Geyer S. S. III 601 N. 5. Eine Wegführung oder Fernhaltung von dem gewöhnlichen Aufenthaltsorte ist, im Gegensatz zur Entführung, nicht erforderlich: Berner 543, Geyer S. S. III 602, IV 401, Hälschner II 139, Olshausen N. 3 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abf. 2.

4. Als Mittel müssen List, Drohung oder Gewalt dienen. Daher ist auf der einen Seite der Tatbestand durch die Einwilligung eines Willensfähigen ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 107, 108, Hälschner II 138, Meyer-Altfeld 416, Olshausen N. 4; a. M. Binding Normen II 525, Oppenhoff-Delius N. 5 und Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 2. Ob diese Mittel gegen die zu raubende Person selbst angewendet werden oder gegen eine andere Person, unter deren Schutz oder Herrschaftsverhältnis jene steht, ist gleichgültig: Binding Lehrb. I 108, Frank N. I 2, Hälschner, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., v. Liszt 348, 349, Oppenhoff-Delius N. 4, 5, v. Schwarze N. 1; a. M. Geyer S. S. III 603 und Schüze 420. Auf der anderen Seite kann eine Bestrafung aus § 234 erfolgen, wenn andere Mittel als die genannten angewendet werden: Olshausen N. 1.

a) List ist jedes auf Täuschung berechnete Verhalten, ohne daß es ein verdecktes, heimliches zu sein braucht: Frank N. I 2, v. Liszt 349, Meyer-Altfeld 416, Olshausen N. 5a; RG. 21./6. 86, 28./1. 87 E. 15 340. Wenn RG. 27./1. 88 E. 17 90 — und sich anschließend 30./11. 88 E. 18 273 — ein auf Täuschung berechnetes Mittel nicht für erforderlich erachtet, so widerlegt es sich selbst durch die weitere Begründung dieser Ansicht: Frank und Olshausen a. a. O. Will man den Begriff der List auf ein detailliertes tatsächliches Verhalten zurückführen, so findet man diese Zurückführung in § 144.

Darüber, ob Betäubung, Veräubung, Narkotisierung, Hypnotisierung u. ä. als List oder Gewalt aufzufassen, wird gestritten, vgl. v. Liszt 349 N. 7 und Olshausen N. 5a Abf. 2. Wie v. Liszt richtig bemerkt, kann der den Zustand der Betäubung usw. bewirkende Akt durch jedes der drei Mittel herbeigeführt sein. Die Differenz ist jedoch hier — anders bei § 240 — nicht von Bedeutung, da die drei Mittel für den Tatbestand gleichwertig sind, oben N. 1 Abf. 3.

b) Drohung ist wie in den §§ 114, 167 das Inanspruchstellen, Antündigen eines Nachteils, ohne daß dieser Nachteil in einer strafbaren Handlung zu bestehen braucht: Binding Lehrb. I 108, v. Liszt 348, Meyer-Altfeld 416 N. 11, Olshausen N. 6b, Oppenhoff-Delius N. 3. Vgl. oben § 114 N. 3 Abf. 3.

c) Die Gewalt kann eine vis absoluta und eine compulsiva sein.

5. Das Delikt erfordert Dolus. Also das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes einschließend der angewendeten Mittel: RG. 27./11. 96 E. 29 199 (zu § 235). Der Dolus geht aber noch über die Bemächtigung hinaus. Der Täter ist nämlich nur dann strafbar, wenn die Bemächtigung ihm als Mittel dienen soll, den Geraubten in einen bestimmt genannten Zustand zu versetzen. Warum er diese Versetzung will — das bekannte Romanbeispiel: einen näheren Erben zu beseitigen —, kommt nur für die Strafzumessung in Betracht. Unzulässig ist die analoge Ausdehnung auf Fälle, in denen es sich entweder um ein der Sklaverei, Leibeigenschaft ähnliches Verhältnis oder darum handelt, den Geraubten einer Räuber-, Zigeuner-, Gauklerbande zu übergeben: Binding Normen II 538, Geyer III 601, Hälschner II 139, v. Schwarze N. 3.

a) Der Täter will den Geraubten in hilfloser Lage aussetzen. Vgl. § 221 N. 1, 3. Es ist klar, daß dieses Delikt sehr nahe an die Aussetzung des § 221 heranrückt. Beide Delikte unterscheiden sich aber dadurch, daß wohl § 221, nicht aber § 234 eine hilflose Person, daß wohl § 234, nicht aber § 221 eine vorherige Bemächtigung, endlich, daß wohl § 221, nicht aber § 234 zur Deliktvollendung die wirkliche Aussetzung verlangt. Geyer S. S. III 602 und Hälschner II 141 nehmen ein Aussetzen im Sinne des § 234 nur dann an, wenn der Ausgesetzte, obgleich nicht in ein Verhältnis der Abhängigkeit von fremder Willkür versetzt, doch an dem Orte, an welchem er ausgesetzt wurde, sich in einer Zwangslage befindet, aus der er sich nicht zu befreien, nicht zurückzukehren, nicht nach eigenem Willen seinen Aufenthaltsort zu bestimmen vermöge, und davon werde füglich nur etwa die Rede sein können, wenn das Aussetzen in entfernten Weltgegenden erfolge. Mit Recht nennt Binding Lehrb. I 109 N. 1 diese beschränkende Auslegung „zu gewagt“.

b) Oder der Täter will den Geraubten in Sklaverei oder Leibeigenschaft bringen. Dies ist nur möglich durch Verbringung ins Ausland. Wird das Delikt im Ausland verübt, so ist es nur strafbar, wenn es auch am Begehungsort mit Strafe bedroht ist, § 4 Nr. 3. Der Sklavenhandel wird überhaupt nicht durch § 234 getroffen.

Es ist klar, daß die Bestimmung hiernach wenig praktisch ist. Auf Grund der Berliner Kongoaakte v. 26. Febr. 1885 und der Brüsseler Generalakte v. 2. Juli 1890 Art. V (Reichs-Gesetz

1892 605) greift daher das technisch allerdings wenig löbliche Gef., betr. die Bestrafung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels, v. 28. Juli 1895 ein (Reichs-Gesetzbl. 425). Dieses Gesetz bedroht die Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen, den Betrieb des Sklavenhandels und die Übertretung der vom Kaiser mit Zustimmung des Bundesrates zur Verhütung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels erlassenen Verordnungen. Die Strafe geht von drei Monaten Gefängnis bis zur Todesstrafe, die — beim Raub und Handel kumulativ — Geldstrafe von drei bis hunderttausend Mark. Siehe Binding Lehrb. I 110 ff.

c) Oder er will ihn in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste bringen. Da es trotz der Reservatrechte von Bayern und Württemberg keine territoriale Armee und Kriegsmarine gibt, ist „auswärtig“ in bezug auf Kriegsheer und Kriegsmarine als „ausländisch“ (§ 8) zu verstehen. Bezüglich der Handelsmarine ist auswärtig dasjenige Schiff, dessen Heimathafen nicht im Heimatsstaate des Geraubten liegt. Meyer-Alsfeld 417, der auswärts stets, und Ushajen S. c, der es niemals im ausschließlichen Sinne von ausländisch auffaßt, iren somit beide.

6. Das Delikt ist mit der Bemächtigung, also mit der Begründung der physischen Herrschaft beendet. Die wirkliche Aussetzung und Verbringung gibt nur einen Strafzumessungsgrund, begründet aber kein neues Delikt: Frank N. I 3, v. Liszt 356. Ushajen N. 10b, und die dort zitierten Autoren nehmen Idealkonkurrenz mit § 221 an. Nach Meyer-Alsfeld 417 liegt Alternativität der Strafgesetze vor, so daß das strengste Gesetz zur Anwendung kommt. Dieser letzteren Ansicht ist insoweit beizutreten, als der Richter, wenn die Aussetzung den Tod des Geraubten zur Folge hat, nicht unter drei Jahren Zuchthaus erkennen darf (§ 221 Abs. 3). Dagegen ist Idealkonkurrenz möglich mit § 169: Frank N. III, Ushajen N. 10a und RG. 7./2. 84 E. 10 86.

7. Das Delikt ist, wie allgemein mit Ausnahme von Binding Lehrb. I 109 angenommen wird, ein Dauerdelikt: RG. 21./1. 10 E. 43 285 (betrifft zunächst die Entführung). Daher ruht die Verjährung, solange der Geraubte sich in der Macht des Räubers befindet: Geyer N. S. III 607, Hälshner II 142, v. Liszt 356, Ushajen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 11, 12, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abs. 1, v. Schwarze § 67 N. 5a.

§ 235.

Wer eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern, ihrem Vormund oder ihrem Pfleger entzieht, wird mit Gefängnis bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

Geschieht die Handlung in der Absicht, die Person zum Betteln oder zu gewinnjüchtigen oder unethischen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, so tritt Zuchthaus bis zu zehn Jahren ein.

1. Das Delikt des sog. Kindesraubes ist von dem des § 234 begrifflich verschieden. Denn bei dem Menschenraube wird der Geraubte in ein seine rechtliche Persönlichkeit dauernd beeinträchtigendes Abhängigkeitsverhältnis gebracht, wogegen der Kindesraub, obgleich durch die wider ihn gerichtete Strafandrohung mittelbar auch die minderjährigen Personen geschützt werden, das gesetzlich verliehene und anerkannte Erziehungs- und Aufsichtsrecht bestimmter Personen verletzt: Frank N. II, Geyer N. S. III 603, Hälshner II 142, Mertel 313, Ushajen N. 3a Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 1: RG. 15./10. 03 E. 37 1.

2. Während der Menschenräuber sich des Geraubten bemächtigt, d. h. eine physische Herrschaft über ihn begründet, entzieht der Kindesräuber, d. h. er begeht eine Handlung, durch welche das Erziehungs- und Aufsichtsrecht in seiner Ausübung gehindert wird. Ist aber Entziehen nicht identisch mit Bemächtigen, so ist es auch nicht erforderlich, daß durch den den Minderjährigen seinem bisherigen Subjektionsverhältnis entziehenden Akt zugleich ein neues Herrschaftsverhältnis begründet wird. Hieran ist auch dann festzuhalten, wenn, wie es bei kleinen Kindern oft der Fall sein wird, das Entziehen tatsächlich mit einem Bemächtigen verbunden ist. So Binding Lehrb. I 115, Frank N. III, Mertel 313, Meyer-Alsfeld 418, Ushajen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8: RG. 30./11. 88 E. 18 273, 27./4. 93 E. 24 133; a. M. v. Liszt 357, Oppenhoff-Delius N. 1, 6, Schübe 413 N. 6 und RG. 27./1. 88 E. 17 90, nämlich, daß durch das Entziehen das bestehende Herrschaftsverhältnis mit einem anderen vertauscht sein müsse. Gleich dem Bemächtigen verlangt das Entziehen nicht das Wegführen oder Fernhalten von dem gewöhnlichen

Aufenthaltort: Frank, Meher-Alsfeld und Dlshausen a. a. D. Es kann auch durch eine Unterlassung begangen werden, z. B. wenn der Täter den Minderjährigen ohne Entziehungsabsicht an einem dritten Ort untergebracht hat und sich mit Entziehungsabsicht weigert, diesen zu nennen: Frank und Dlshausen a. a. D., v. Liszt 356; RG. 27./4. 93 C. 24 133, 29./4. 04 C. 37 162. Die Entziehung muß eine vollständige sein, ohne daß jedoch die Beseitigung jeder denkbaren Möglichkeit der Ausübung des Erziehungs- und Aufsichtsrechts angestrebt zu sein braucht: RG. 27. 4. 93 C. 24 133. Daß sie eine immerwährende sei, ist nicht erforderlich, wohl aber muß sie, wenn sie tatsächlich auch nur kurze Zeit gedauert haben sollte, auf die Herbeiführung eines Zustandes von einer gewissen Dauer gerichtet gewesen sein, denn wenn sie nur als eine ganz vorübergehende beabsichtigt gewesen ist und stattgefunden hat, kann von einer Verletzung jenes Rechts nicht die Rede sein: Frank und Dlshausen a. a. D., Geher S. S. IV 401, Hälschner II 143, Meher-Alsfeld 419, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 30./11. 88 C. 18 273; a. M. Oppenhoff-Delius N. 7. Sie dauert also solange, als der Zustand währt, vermöge dessen der Minderjährige dem Erziehungs- und Aufsichtsrecht entzogen ist: Berner 543, Dlshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 28./1. 87 C. 15 340; a. M. Binding Lehrb. I 316. Sie endet, wenn das Erziehungs- und Aufsichtsrecht wiederhergestellt oder der Minderjährige vorher großjährig geworden ist. Hieraus ergibt sich, daß das Delikt, sowohl das einfache als auch das qualifizierte, vollendet ist, sobald der Minderjährige jenem Recht entzogen ist.

3. Bezüglich der hierbei in Betracht kommenden Personen ist kurz folgendes zu verzeichnen:

a) Die geraubte Person muß minderjährig sein. Auf Geschlecht und Willensfähigkeit kommt es nicht an.

b) Als diejenigen, gegen deren Erziehungs- und Aufsichtsrecht das Delikt sich richtet, nennt das Gesetz Eltern, Vormund, Pfleger.

Eltern sind der leibliche Vater und die leibliche Mutter, solange ihnen das Recht gemeinschaftlich, Vater oder Mutter, wenn einem von ihnen das Recht ausnahmsweise allein zusteht: RG. 15./10. 91 C. 22 166. Nur die leiblichen Eltern, nicht auch die Adoptiveltern, wie Binding Lehrb. I 115 N. 2, Dlshausen N. 3a Abs. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 4, und noch weniger die eines Rechts auf Erziehung usw. überhaupt nicht teilhaften Pflegeeltern, wie v. Liszt 356 N. 2, Meher-Alsfeld 418, Oppenhoff-Delius N. 5, in bedingter Weise auch Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 15./10. 03 C. 37 1 annehmen: Frank N. III und oben § 181 N. 3c, vgl. auch RG. 21./2. 07 C. 40 91.

Die Person des Vormundes und Pflegers bemißt sich nach den Bestimmungen des BGB., neben welchen territoriale Normen nur so weit gelten, als sie reichsrechtlich anerkannt sind; vgl. CG. z. BGB. Art. 57, 58, 136.

Andere Personen, bei denen der Minderjährige sich aufhält, kommen nur auf den Fall in Betracht, daß eine Entziehung des Minderjährigen aus ihrer Gewalt sich als ein Eingriff in das Erziehungs- und Aufsichtsrecht des Berechtigten darstellt, also wenn ihnen die zeitweilige Ausübung des Rechts übertragen ist: RG. 20./2. 97 C. 29 404, 21./2. 07 C. 40 91.

Durch die Einwilligung des Berechtigten, vorausgesetzt, daß diesem kein gleichartiges Recht hindernd und verbietend in den Weg tritt, nicht aber durch die des Minderjährigen, wird der Tatbestand ausgeschlossen, und zwar nicht bloß bei dem einfachen, sondern auch — man darf wohl sagen, bedauerlicherweise — bei dem qualifizierten Delikt: Berner 543, Binding Handb. I 729 N. 34 und Lehrb. I 115, Frank N. II, Geher S. S. III 603, 605, Hälschner II 143, 144, v. Liszt 357, Mertel 313, Meher-Alsfeld 419, Dlshausen N. 3b, 8, Oppenhoff-Delius N. 1, 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 413, v. Wächter 366; RG. 30./11. 88 C. 18 273, 27./4. 93 C. 24 133. Hat der Berechtigte seine Zustimmung erteilt, so kann der Tatbestand der §§ 236, 240, 241, bei dem qualifizierten Delikt der der §§ 181 Nr. 2, 361 Nr. 4 vorliegen: Schütze 413 N. 6, v. Wächter 366 N. 6, nicht aber, wie Binding Lehrb. I 116 will, Bestrafung aus § 235 erfolgen.

c) Täter des Delikts kann jeder sein, insbesondere auch die Eltern selbst, indem es nahezu der Normalfall ist, daß das Delikt entweder von dem einen Elternteil gegen den andern oder von ihnen gegen den Vorstand einer Zwangserziehungsanstalt begangen wird: Binding Lehrb. I 116 (zweifelhaft N. 1 bezüglich der Eltern gegeneinander), Frank N. V, v. Liszt 357, Meher-Alsfeld 419, Dlshausen N. 4 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2, 7; RG. 27./1. 88 C. 17 90, 25./9. 88 C. 18 106, 15./10. 91 C. 22 166. Der Minderjährige selbst kann, da die Bestimmung auch zu seinem Schutz dient und die Selbstentziehung straflos ist, weder als Täter noch als Teilnehmer in Betracht kommen, und darum ist auch der Teilnehmer an der Selbstentziehung, insbesondere der Gehilfe, straflos, wofür er nicht die Tat als eigene wollte und der Minderjährige nur als nichtdoloses Werkzeug diente: Binding Lehrb. I 116, Frank N. II, v. Liszt 357, Meher-Alsfeld 419, Dlshausen N. 4 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 413 N. 6; RG. 30./11. 88 C. 18 273.

4. Als Mittel nennt das Gesetz auch hier List, Drohung oder Gewalt. Vgl. § 234 N. 1 Abs. 3, N. 4. Sie können angewendet werden gegen den Minderjährigen, gegen den Berechtigten und gegen einen Dritten, z. B. gegen den das Kind abholenden Vollstreckungsbeamten, gegen Vormundschaftsrichter und Familienrat, wenn ein Vormund noch nicht ernannt ist: Binding I 115, Frank N. IV, Hälshner II 142, Meyer-Malfeld 418, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 5, v. Wächter 366 und RG. 21./6. 86, 28./1. 87 C. 15 340; a. M. bezüglich des Dritten Schütze 413.

5. Das Delikt erfordert Dolus. Also das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes einschließlich der angewendeten Mittel: Frank N. IV, Meyer-Malfeld 419, Olshausen N. 7; RG. 27./11. 96 C. 29 199. Der Irrtum des Täters, daß ihm ein besseres Recht zustehe, entschuldigt nicht; dem vermeintlich Verletzten steht nur die Beschwerde beim Vormundschaftsgericht zu: Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 28./1. 87 C. 15 340.

6. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Entziehung in einer näher bestimmten Absicht verübt sei, nur daß die Absicht nicht eine solche sein darf, durch welche sich die Tat als Menschenraub darstellen würde, denn dann geht das Delikt in dem Menschenraube auf. Ist der Wille des Täters aber darauf gerichtet, den Geraubten entweder zum Betteln oder zu gewinnfüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen — gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, wobei die Ausdrücke Zwecke und Beschäftigungen pleonastisch sind —, so wird das Delikt zu einem Verbrechen. Gewinn ist jeder materielle Vorteil, so daß es einer ausdrücklichen Hervorhebung des Bettelns nicht bedurft hätte. Unsittlich ist nicht, wie Oppenhoff-Delius N. 10 meint, gleich unzüchtig, sondern bedeutet jede Verletzung dessen, was sich sittlich schickt und ziemt: Meyer-Malfeld 419 N. 14 und Olshausen N. 9 Abs. 2. Diese Zwecke brauchen nicht selbst dauernd zu sein, sodaß schon ein einmaliger Gebrauch genügt: Hälshner II 144, Olshausen N. 9 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, v. Schwarze N. 5. Die Qualifikation liegt aber nur dann vor, wenn der Geraubte in einer ihn selbst treffenden und schädigenden Weise zu gewinnfüchtigen oder unsittlichen Zwecken mißbraucht wird, nicht aber dann, wenn der Raub nur verübt wurde, um anderen Personen gegenüber solche Zwecke, von denen der Geraubte gar nicht betroffen wird, zu verfolgen, z. B. zum Zwecke einer Erpressung: Meyer S. S. III 606, Hälshner II 144, Olshausen N. 9 Abs. 3. Fehlt die Absicht bei der Entziehung, so fällt die Schärfung selbst dann weg, wenn der Minderjährige nachher zu solchen Zwecken gebraucht wird. Eventualdolus genügt nicht. Ob die Absicht realisiert wird, kommt nur bei der Strafzumessung in Betracht. Vollenbet ist auch das qualifizierte Delikt mit der Entziehung.

7. Nach der bekannten Redaktionsweise des StGB. bezieht sich der erst durch die Novelle v. 19. Juni 1912 eingeschobene, mildernde Umstände zulassende zweite Absatz nur auf das einfache Delikt des ersten, nicht auch auf das qualifizierte des dritten Absatzes.

8. Die Geldstrafe in Abs. 1 ist erst durch das Gej. v. 19. Juni 1912 zugelassen.

9. Der Kindesraub ist ein Dauerdelikt, oben N. 2. Die Verjährung beginnt daher erst zu laufen, wenn die Entziehung aufgehört hat oder das Schutzrecht durch vorherigen Tod oder Volljährigkeit des Minderjährigen beendet ist.

§ 236.

Wer eine Frauensperson wider ihren Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn die Entführung begangen wurde, um die Entführte zur Ehe zu bringen, mit Gefängnis bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Das Charakteristische der Entführung im Gegensatz zum Menschen- und Kindesraub besteht darin, daß nur eine Frauensperson entführt werden kann und der Täter bei ihr geschlechtliche Zwecke verfolgt; die Verbringung einer Person männlichen Geschlechts kann Freiheitsberaubung, Nötigung sein, niemals aber Entführung. Das StGB. unterscheidet ferner die Entführung einer Frauensperson wider ihren Willen (§ 236) und die einer minderjährigen unverheirateten Frauensperson mit ihrem Willen, aber ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter (§ 237). Die Entführung einer voll- oder minderjährigen Ehefrau mit ihrem, aber gegen den Willen des Ehemannes ist nicht strafbar.

Die Entführung setzt sich zusammen aus dem Verbringen der Entführten von dem bisherigen Aufenthaltsort nach einem anderen und ihrer Unterstellung unter die Herrschaft des Täters. Die Entführte wird in eine Lage gebracht, in welcher sie, entfernt von dem bisherigen Aufenthaltsorte und den Schutzmitteln, welche ihr derselbe bot, der Macht des Täters unterworfen

und den Einflüssen ausgesetzt ist, durch welche sie bestimmt werden soll, sich der Unzucht preiszugeben oder eine Ehe zu schließen: Binding Lehrb. I 118, Frank N. II Abj. 1, Geyer S. S. III 616, Hälschner II 242, Merkel 313, Meyer-Milfeld 641, Dshhausen N. 1 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 2, Schütze 417, v. Schwarze N. 4; RG. 8./5. 82 C. 6 292, 20./2. 97 C. 29 404. Es ist daher möglicherweise Freiheitsberaubung oder Versuch der Unzucht, nicht aber ein Entführen, wenn die Frauensperson nur zurückgehalten wird; a. M. v. Liszt 365. Wenn ein Verbringen aus dem bisherigen Aufenthaltsort geschehen, ist wesentlich Tatfrage, nur daß Aufenthaltsort nicht identisch mit Ortschaft ist, somit ein *conducere de loco ad locum* genügt: Binding, Hälschner und Dshhausen a. a. O. Auf jeden Fall muß das örtliche Begleichen durch ein tätiges Einwirken, nicht bloß durch psychische Beeinflussung geschehen: RG. 19./10. 06 C. 39 214. Natürlich braucht der Täter nicht persönlich tätig zu werden, er kann sich eines Gehilfen bedienen, er kann die Frauensperson durch Täuschung bewegen, selbst fortzugehen, aber er muß die auf die Entführung abzielenden Mittel mit dem Täterwillen in Bewegung setzen, der bestimmende und bestimmende Faktor sein: Binding I 118, Frank II Abj. 1, Dshhausen N. 2 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 4; RG. 6./5. 89 C. 19 159, 19./10. 06 C. 39 214. Daß der geschlechtliche Zweck realisiert wird, ist hier ebenjowenig wie beim Menschenraub erforderlich, Vollendung liegt vielmehr schon dann vor, sobald der Aufenthaltsort gewechselt und die Herrschaft des Entführers begründet ist: Binding I 118, Geyer S. S. III 616, Hälschner II 243, v. Liszt 365, Dshhausen N. 1 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 12, Schütze 417, v. Schwarze N. 4, v. Wächter 373. Der Zustand der Entführung dauert so lange wie das Herrschaftsverhältnis, das Delikt ist ein Dauerdelikt wie der Menschen- und Kindesraub.

2. Subjekt des Delikts kann ein Mann wie eine Frau sein, da, von der Möglichkeit unzüchtiger Handlungen zwischen Frauenspersonen abgesehen, welcher die Unzucht betreiben, die Ehe eingehen soll, nicht identisch zu sein braucht mit dem Entführer: Binding Lehrb. I 118, Frank N. I, III, Geyer S. S. III 615, v. Liszt 364, Meyer-Milfeld 642, Dshhausen N. 2 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 3, Schütze 416, 417, v. Schwarze N. 1; a. M. v. Wächter 372, nach welchem eine Frauensperson niemals als Alleintäter, und Hälschner II 242, nach welchem sie allein und selbständig nur unter Voraussetzung anderer die Gefährdung der Entführten befundender Umstände Täter sein kann.

3. Objekt kann jede Frauensperson sein, einerlei, ob minder- oder volljährig, selbständig oder familienabhängig, ledig oder verheiratet; auch die nicht manubare: Binding Lehrb. I 117, Frank N. I, Hälschner II 243, v. Liszt 364, Dshhausen N. 3 Abj. 1, Schütze 416 N. 6. Unbescholtenheit, Unverleumdetheit ist kein Erfordernis, kommt also nur bei der Strafzumessung in Betracht: Werner 544, Frank und Dshhausen a. a. O., Hälschner II 241, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 1, Schütze 416; RG. 17./11. 87 C. 16 391, 20./2. 97 C. 29 404. Daß die eigene Ehefrau entführt werden könne, wird von Hälschner II 243 und Schütze 416 N. 6 bestritten; es wird auch regelmäßig Stuppel vorliegen (§ 181 N. 2); aber unmöglich ist die Entführung nicht: Dshhausen N. 3 Abj. 2 und Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 1. Die Entführung der eigenen Braut ist anerkanntermaßen strafbar: Binding Lehrb. I 117, Frank N. I, Geyer S. S. III 616, Hälschner II 242 N. 1, Dshhausen N. 3 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 1, Schütze 416 N. 6, v. Schwarze N. 1, v. Wächter 274.

4. Die Verbringung erfolgt „wider den Willen“ der Entführten, nicht lediglich „ohne ihren Willen“; der entgegenstehende Wille muß also dem Täter bewußt sein: Dshhausen 4 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 6; a. M. Hälschner II 243 N. 1, Schütze 417 N. 9. Nur durch die Einwilligung der Frauensperson selbst entfällt der Tatbestand, nicht auch durch die der Eltern oder des Vormundes oder des Ehegatten: Frank N. III 1, Dshhausen N. 4 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 6. Eine Unzurechnungsfähige kann keine Einwilligung erteilen; ihre Verbringung ist als wider ihren Willen erfolgt zu erachten: Frank N. II 1, Hälschner II 243 N. 1, v. Liszt 365, Dshhausen N. 3 Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 1. Hat sie eingewilligt, so kann der Täter allerdings nur gestraft werden, wenn er die Unzurechnungsfähigkeit kannte: Frank und v. Liszt a. a. O.

5. Der widerstrebende Wille muß, um die Entführung zu ermöglichen, gebrochen, die genannten Mittel – List, Drohung oder Gewalt – gegen die zu Entführende selbst angewendet werden, mag sie auch infolge der Täuschung formell einwilligen: Frank N. II, III 2, Hälschner II 243, v. Liszt 365, Dshhausen N. 4 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 236–238 N. 4, Schütze 417 N. 9, v. Schwarze N. 3; RG. 6./5. 89 C. 19 159. Vgl. im übrigen § 234 N. 4.

6. List, Drohung und Gewalt dienen als Mittel, um die Entführung zu realisieren, wogegen die nach geschehener Entführung gebrauchten Mittel, durch welche die Entführte zur Unzucht oder zur Ehe freiwillig oder unfreiwillig gebracht werden soll, gleichgültig sind.

Unzucht ist nicht, wie v. Liszt 364 und Oppenhoff-Delius N. 7 annehmen, nur im Sinne von Beischlaf, sondern in dem weiteren Sinne des § 180 zu nehmen: Frank N. III, Werner

Altfeld 641, Dshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein §§ 236—238 N. 5, v. Schwarze N. 2. Ob die Unzucht nach der Entführung erst begonnen oder nur fortgesetzt werden soll, ist, da geschlechtliche Unbescholtenheit der Entführten nicht erforderlich ist, gleichgültig: RG. 17./11. 87 E. 16 391.

Unter Ehe ist eine formell gültige Ehe zu verstehen.

Geschieht die Entführung zu anderen Zwecken, so kommen die §§ 234, 239, 240 in Betracht.

7. Antragsberechtigt ist nur die Entführte selbst bzw. gemäß § 65 ihr gesetzlicher Vertreter, nicht auch andere Personen, insbesondere nicht der Ehemann: Frank N. IV, v. Liszt 365, Dshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein §§ 236—238 N. 6.

8. Idealkonkurrenz mit § 235 ist möglich: Frank N. V, Dshausen N. 8 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 236—238 N. 6 und RG. 30./11. 88 E. 18 273; a. M. Binding Lehrb. I 119. Kommt es zur Unzucht oder Ehehehlerei, und begeht der Täter dadurch eine an sich strafbare Handlung, so ist Realkonkurrenz gegeben: Binding Lehrb. I 118, Frank N. V, Löning 107 und Dshausen N. 8 Abs. 2.

9. Das Delikt ist ein Dauerdelikt. Die Verjährung ruht daher, solange die Entführte sich unter der Herrschaft des Entführers befindet: Geyer S. S. III 618, Häfchner II 244, v. Liszt 365, Meyer-Altfeld 642, Dshausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 8.

§ 237.

Wer eine minderjährige, unverheiratete Frauensperson mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers entführt, um sie zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen, wird mit Gefängnis bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Die Entführung des § 237 hat diejenige äußerliche Tätigkeit zur Voraussetzung, welche das bisher über die Minderjährige bestehende Schutz- und Herrschaftsverhältnis wider den Willen des Berechtigten örtlich aufhebt und die Minderjährige der überwiegenden Macht und dem ungehemmten Einflusse des Täters unterwirft. Das Gesetz will der unverheirateten Minderjährigen für den Fall, daß jemand sie zu einem der genannten Zwecke, wenn schon mit ihre Einwilligung, in seine Gewalt bringen will, den ihr gebührenden Schutz der Eltern, des Vormundes des Pflegers sichern und sie dadurch vor den möglichen schwereren Nachteilen der gegen sie zu verübenden Tat behüten. Das Delikt des § 237 richtet sich also gegen dieses elterliche oder vermünderschaftliche Schutzrecht: RG. 20./2. 97 E. 29 404, 19./10. 06 E. 39 214, 21./1. 10 E. 43 285.

Wegen des Begriffs der Entführung, Subjekt des Delikts, Unzucht und Ehe vgl. die Ausführungen zu § 236 N. 1, 2, 6.

2. Objekt der Entführung ist eine minderjährige unverheiratete Frauensperson. Unverheiratet ist diejenige, welche noch niemals in die Ehe eingetreten, also weder verheiratet noch geschieden noch verwitwet ist, wobei jedoch die in einer nicht einmal formell gültigen Ehe Lebende (vgl. § 171 N. 2) für unverheiratet zu gelten hat: Frank N. II 2, Dshausen N. 3b/3, Rüdorff-Stenglein N. 8; a. M., daß nämlich auch eine Geschiedene oder Witwe Objekt der Entführung sein könne, Binding Lehrb. I 117, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 1a. Wie im Fall des § 236 ist Unbescholtenheit nicht erforderlich: RG. 20./2. 97 E. 29 204, und ferner auch die eigene Braut entführt werden: Dshausen N. 3b und v. Wächter 374.

3. Erforderlich ist die Einwilligung der Frauensperson, widrigenfalls das Verbrechen des § 236 vorliegt. Trotz dieser Einwilligung muß die Minderjährige stets das Objekt der Entführung und darf nicht der betreibende Teil sein, mag sie auch bei der Aufenthaltveränderung aktiv mit-handeln: Frank N. III, Dshausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 10; RG. 8./5. 82 E. 6 292, 19./10. 06 E. 39 214. Der Begriff der Entführung schlägt hier voll durch; sie muß durch die Entführung in die Herrschaft des Entführers gelangen. Als Objekt der Entführung kann sie daher nicht wegen Teilnahme am Delikt bestraft werden.

4. „Ohne Einwilligung“ ist nicht identisch mit „wider Willen“. Der Mangel der Einwilligung der Eltern ujm. genügt somit zur Erfüllung des Tatbestandes, einerlei, aus welchem Grunde die Einwilligung fehlt, z. B. wegen Nichtwissen, und eine entgegenstehende Willenserklärung ist nicht erforderlich: Dshausen N. 4b und Rüdorff-Stenglein N. 9. Die Einwilligung muß sich aber nicht bloß auf die Wegführung überhaupt, sondern auf die Wegführung zum Zweck der Unzucht oder Ehe beziehen: Frank N. II Abs. 2, Geyer S. S. III 617, Häfchner II 244 N. 1, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., v. Schwarze N. 2. Durch welche Mittel die Einwilligung herbeigeführt worden, z. B. durch Täuschung, ist bedeutungslos: Geyer und Dshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 4, Schüke 417 N. 10.

5. Zur Stellung des Strafantrages berechtigt sind in Konsequenz der Angriffsrichtung des Delikts — oben N. 1 — nur die Eltern usw., nicht die, wenn auch achtzehn Jahre zählende Minderjährige: Frank N. V, Geyer II 29, v. Liszt 366, Meyer-Allfeld 642, Lisshaujen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 7, v. Schwarze N. 4, v. Wächter 375.

6. Wegen der Verjährung vgl. §§ 236 N. 9, 235 N. 7.

§ 238.

Hat der Entführer die Entführte geheiratet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist.

1. Der Bestimmung bezieht sich nur auf die §§ 236, 237. Zu der dort aufgestellten Erfordernis des Strafantrages stellt sie für den Fall, daß der Entführer die Entführte geheiratet hat, noch eine zweite Bedingung der Strafverfolgung auf.

a) Die Entführer selbst, er sei Allein- oder Mittäter, muß die Entführte geheiratet haben, diese seine Ehe also für nichtig erklärt sein. Anstifter und Gehilfe kommen nicht in Betracht, und noch weniger derjenige, in dessen Interesse die Entführung verübt wurde: Frank N. II, Lisshaujen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1; a. M. mit einzelnen Abweichungen: Geyer S. S. III 618, Sälchner II 244, v. Liszt 366, Schüge 418 N. 11.

b) Die Strafverfolgung darf nur stattfinden, nachdem die Ehe — rechtskräftig — für nichtig erklärt worden ist. Aus welchem Grunde, ist bedeutungslos: Geyer S. S. IV 402, Lisshaujen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 2.

2. Die Entführung ist ein Dauerdelikt. Sie wird verübt im Falle des § 236, solange die Entführte sich unter der Herrschaft des Entführers befindet, im Falle des § 237, solange das Schutzverhältnis besteht (es endigt durch Tod oder Erlangung der Volljährigkeit) und verletzt wird. Daher beginnt die Antragsfrist zu laufen, sowie jenes Bestehen und Verletzen aufgehört hat, ohne Rücksicht darauf, ob eine Ehe eingegangen und für nichtig erklärt ist. Vgl. die Ausführungen § 172 N. 4 Abj. 2, womit Frank N. III übereinstimmt. Dagegen beginnt nach der Meinung von Lisshaujen N. 6a und Rüdorff-Stenglein N. 11 die Antragsfrist im Fall einer Heirat erst mit dem Tage zu laufen, an welchem der Antragsberechtigte von der Rechtskraft des die Ehe für nichtig erklärenden Urteils Kenntnis erhalten hat.

Die Verjährung der Strafverfolgung ruht gemäß § 69 so lange, bis die rechtskräftige Nichtigkeitsklärung vorliegt: Frank N. III, Geyer I 200 und S. S. IV 402, Sälchner II 244, Lisshaujen N. 6b, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 11, v. Wächter 311.

§ 239.

Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark bestraft.

Wenn die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat, oder wenn eine schwere Körperverletzung des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrere Behandlung verursacht worden ist, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist der Tod des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrere Behandlung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

1. Des Gebrauches der persönlichen Freiheit wird im Sinne dieser Bestimmung derjenige beraubt, welcher an der freien Wahl des Aufenthaltsortes und der freien Bewegung im Raume verhindert wird. So mit geringfügigen Abweichungen Binding Lehrb. I 96, Frank N. I, Geyer S. S. III 590, v. Liszt 347, 354, Merkel 312, Meyer-Allfeld 412, Lisshaujen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2; MÜ. 26./4. 82 G. 6 231, 28./11. 82 G. 7 259. Das Delikt der Freiheitsberaubung fordert daher vom Objekt nicht die Willensfähigkeit im juristischen Sinn, sondern nur,

daß im natürlichen Sinn die Fähigkeit zu willkürlicher Bewegung im Raum vorhanden ist, jenen Grad physischer Entwicklung, welcher irgendwelche willkürliche Bewegungen gestattet und nur bei den aller schwersten Krankheiten und bei den aller kleinsten Kindern fehlt: Frank a. a. D., Geyer S. S. IV 390, Meher-Alsfeld 413 N. 3. Auch an demjenigen kann das Delikt begangen werden, der sich selbst nicht zu bewegen vermag, sofern Andere ihn fortbewegen können und er von diesen abgeperrt wird: Frank, Merkel und Meher-Alsfeld a. a. D., Dshhausen N. 2. Wegen einen sinnlos Betrunknen oder einen Schlafenden kann die Freiheitsberaubung insofern begangen werden, als ihm die Fähigkeit genommen wird, seinen Aufenthaltsort nach Wiedererlangung des Bewußtseins zu verlassen: Frank und Dshhausen a. a. D.

Handlungen, welche die abstrakte Möglichkeit des Willens ausschließen, gehören nicht hierher, denn anderenfalls müßte auch der Schlag auf den Kopf, der den Betroffenen bewußtlos zu Boden stürzen läßt, eine Freiheitsberaubung sein: Merkel 312, Rüdorff-Stenglein N. 3. Vielmehr besteht die Freiheitsberaubung darin, daß dem durch sie Betroffenen unmöglich gemacht wird, seinen auf die Veränderung des Aufenthaltsortes, auf die Bewegung im Raum gerichteten Willen zu betätigen. Hat er diesen Willen nicht, will er keinen Aufenthalt nicht verändern, so wird er auch nicht in der Betätigung eines solchen Willens beeinträchtigt, also nicht im Sinne des Gesetzes seiner Freiheit beraubt: Binding Lehrb. I 98, Frank N. 1, Meyer-Alsfeld 413, Dshhausen N. 3 Abs. 1.

2. Die verhindernde, beeinträchtigende, überhaupt beraubende Tätigkeit kann darin bestehen, daß der Betroffene an einen bestimmten Aufenthaltsort verbracht oder in ihm festgehalten wird, auch in vorläufiger Festnahme und Abführung an einen anderen Ort: Hälshner II 134 N. 2, Dshhausen N. 3 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 4, Wachenfeld Hs. II 298; RG. 7./7. 80 E. 2 292; a. M. Binding Lehrb. I 97. Weil die Freiheitsberaubung eine in ihrer Wirkung vollständige Aufhebung des Gebrauchs der persönlichen Freiheit in der gedachten Richtung erfordert, ist eine bloße Beschränkung der Wahl des Aufenthalts, eine bloße Erschwerung der freien Bewegung nicht genügend: RG. 26./4. 82 E. 6 231. Nicht genügend daher auch die Verhinderung, in einer bestimmten Richtung sich zu bewegen, der Ausschluß von einem Orte, die Verhinderung, den Ort zu erreichen, zu welchem man gerade will: Merkel 312, Dshhausen und Wachenfeld a. a. D.

3. Durch welche Mittel der Zustand herbeigeführt wird, welcher sich als Freiheitsberaubung im Sinne des Gesetzes darstellt, ist bei dem Schweigen des Gesetzes für gleichgültig zu erachten. Es kommt auf die Mittel überhaupt nicht an, vielmehr ist jedes Mittel ein taugliches Mittel der Freiheitsberaubung, welches überhaupt geeignet ist, die Handlungsfreiheit eines Anderen zu beeinflussen: Geyer II 27, v. Liszt 347 ff., 355, Dshhausen N. 4, Wachenfeld Hs. II 298. Also List, Drohung, Gewalt. Nur wenn man mit z. B. Binding Lehrb. I 98, Birkmeyer Enzkl. 1168 und Hälshner II 134 die Freiheitsberaubung als einen besonders hervorgehobenen Fall der Nötigung (§ 240) ansieht, scheidet die List aus, muß allerdings auch jede nicht ein Verbrechen oder Vergehen in Aussicht stellende Drohung ausscheiden, wobei nur unerklärlich bleibt, weshalb die Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt ist, und weshalb zwar bei der Nötigung, nicht aber bei der gleichwohl mit härterer Strafe bedrohten — einfachen — Freiheitsberaubung der Versuch bestraft wird. Unzweifelhaft kann das Delikt auch durch Unterlassung begangen werden, wenn also eine Verpflichtung zum Handeln rechtlich begründet ist (vgl. z. B. § 341): Meyer-Alsfeld 414, Dshhausen N. 5 Abs. 2; RG. 20./10. 93 E. 24 339. Ebenso durch mittelbare Täterschaft, durch Verleitung eines nicht dolosen Dritten zu der beraubenden Tätigkeit, z. B. eines Polizeibeamten (RG. 19./3. 86 E. 13 426), des Vorstehers einer Irrenanstalt: Berner 546, Binding I 100, Frank N. III, Hälshner II 134 N. 1, v. Liszt 349, Meyer-Alsfeld 414, Dshhausen N. 5 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schüge 414 N. 7. Die unter dem Vorwand einer Geisteskrankheit bewirkte Einsperrung in ein Irrenhaus (Berner 547: „eine gefährliche und böartige Form der „Freiheitsentziehung“) war in dem Sächj. StGB. v. 1855 Art. 197 besonders genannt.

4. Als den typischen Fall der Freiheitsberaubung nennt das Gesetz an erster Stelle die Einsperrung.

Einsperrn heißt, eine Person durch äußere Vorrichtungen — nicht notwendig, wie Binding Lehrb. I 99 will, mechanische — hindern, aus dem Raume, in welchem sie verweilt, sich willkürlich zu entfernen, und eingesperrt ist ein Mensch, sobald er auf diese Weise objektiv gehindert ist, von seiner persönlichen Freiheit des Bewegens von einer Stelle zur anderen Gebrauch zu machen: RG. 28. 11. 82 E. 7 259. Der Raum muß also in irgendeinem Sinne ein umschlossener sein, durch sachliche oder persönliche Mittel: Binding Lehrb. I 98, Hälshner II 133, v. Liszt 355; Dshhausen N. 7 widerspricht sich selbst, wenn er das Erfordernis der Umschlossenheit befreit und zugleich das Einsperrn in einen offenen Raum für unmöglich erklärt. Umschlossen ist auch der offene Raum, dessen Ausgang durch einen Menschen bewacht wird — man denke z. B. an das

viel zu gelinde geahndete Delikt des „Hauptmanns von Cöpenick!“ —: Binding Lehrb. I 99 Frank N. II, Geyer II 27, Hälschner II 133, v. Liszt 355, Olshausen N. 7 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 1. Ob in Wirklichkeit eine Einsperrung vorliegt, kann im Einzelfalle zweifelhaft sein, da zwar eine objektive, nicht bloß in der Einbildung des Betroffenen bestehende Verhinderung gegeben sein muß, diese aber nicht eine absolute, durch den Eingesperrten nicht zu überwindende zu sein braucht. Hierbei kommt auch die Individualität des Eingesperrten in Betracht. Um ein Beispiel zu nennen: Werden den Badenden sämtliche Kleider weggenommen, so daß sie nach Beendigung des Bades sich nur nackt entfernen können, so kann die Freiheitsberaubung zweifelhaft sein, wenn es sich um Männer oder gar um unerwachsene Knaben, aber gewiß nicht, wenn es sich um Frauen handelt: RG. 26./4. 82 C. 6 231. Oder man kann zwar einem Manne, aber nur unter besonderen Umständen einer Frau zumuten, zum Fenster hinauszuklettern: RG. 10./4. 83 C. 8 210. Ebenso wie in diesen Fällen ein Verstoß gegen die gute Sitte, kann der Umstand das Erfordernis einer absoluten Verhinderung erheblich abschwächen oder sogar ganz aufheben, daß die Beseitigung des Hindernisses nur durch ein anderes Delikt, z. B. Hausfriedensbruch oder Sachbeschädigung, möglich ist. Bezüglich des subjektiven Gesichtspunktes ist mit Binding Lehrb. I 100, Geyer, v. Liszt, Olshausen und Oppenhoff-Delius a. a. O. daran festzuhalten, daß bei aller Berücksichtigung der Individualität und der obwaltenden Umstände ein objektives Hindernis in der Tat vorhanden sein muß. Wollte man mit Frank N. II, Hälschner II 134, Meyer-Allfeld 413 und v. Schwarze N. 2 annehmen, das Wesentliche sei, daß der Betreffende wirklich wider seinen Willen in dem Raume verblieb, so würde dies am letzten Ende nichts anderes bedeuten, als daß an die Stelle des objektiven Tatbestandes das subjektive Meinen nicht des Täters selbst, sondern eines Anderen gesetzt wurde. In einem konkreten Fall hatte der vermeintlich Eingesperrte sich durch einen in demselben Raum, aber aus eigenem Willen befindlichen und an der Einsperrung nicht beteiligten gutgläubigen Dritten einreden lassen, daß alle Zugänge versperrt wären. Würden Frank usw. auch in diesem Falle eine Freiheitsberaubung angenommen haben? Nach der Praxis des RG. ist erforderlich, daß ein Entkommen aus dem versperrten Raum tatsächlich entweder gar nicht oder nur unter Überwindung besonderer Schwierigkeiten, unter Aufwendung außerordentlicher Aufmerksamkeit möglich ist, wobei neben der Ungewöhnlichkeit, Beschwerlichkeit, Gefährlichkeit oder Anstößigkeit insbesondere auch die Persönlichkeit des Eingesperrten berücksichtigt werden muß. Dagegen ist § 239 nicht anwendbar, wenn die Möglichkeit des Ausganges objektiv zu jeder Zeit und sofort vorhanden ist und der Betreffende sich nur infolge der Nichtaufwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit für eingesperrt hält. Vgl. RG. 10./4. 83 C. 8 210, 7./10. 95 C. 27 360, 9./4. 00 C. 33 234.

Als „andere Weise“ der Freiheitsberaubung wären zu nennen: Fesseln, Anbinden, Verlegen in Trunkenheit, Hypnotisieren, Wegnehmen der Leiter, auf welcher jemand in eine tiefe Grube gestiegen (v. Liszt 355), Bewirken der Verhaftung, der Aufnahme in eine Irrenanstalt u. ä. Auch hier verlangt Binding Lehrb. I 99 irrtümlicherweise die mechanische Herstellung eines Hindernisses für die Fortbewegung.

5. Die Dauer der Verhinderung ist für die Erfüllung des Tatbestandes bedeutungslos, indem sogar nach Abj. 2 eine bestimmte Dauer als strafe erhöhender Umstand erscheint. Die allgemeine Ansicht geht dahin, daß jede meßbare Dauer, auch ein minimaler Zeitraum genüge: Berner 546, Binding Lehrb. I 100, Geyer II 27, Olshausen N. 6 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 7./7. 80 C. 2 292. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden, denn es können so minimale Beschränkungen der Freiheit, der Ortsbewegung vorkommen, daß sie nicht füglich als Freiheitsberaubung angesehen werden dürfen, zumal es sich dann wohl in der Regel um eine anders gestaltete Absicht handelt. Dafür, daß der Zustand der Unfreiheit von einer gewissen Dauer sein müsse, spricht auch der Umstand, daß die Freiheitsberaubung „ihrer Natur nach ein Dauerdelikt ist“ (Olshausen N. 14). Hiermit stimmen überein Geyer N. S. III 591, Hälschner II 136 und RG. 28./11. 82 C. 7 259. Darauf, ob der Verhinderte sich der Verhinderung seiner Bewegungsfreiheit bewußt war — er wird z. B. plötzlich chloroformiert —, kommt es nicht an: Olshausen N. 3 Abj. 1, 6 Abj. 1; RG. 28./11. 82 C. 7 259.

6. Das Gesetz verlangt ausdrücklich Vorsatz, jedoch die jahrlängige Freiheitsberaubung nicht als solche, sondern nur wegen der durch sie jahrlängigerweise bewirkten Folgen der Freiheitsentziehung, also nach §§ 222, 230 strafbar ist. Der Vorsatz muß also auch dann festgestellt werden, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit gar nicht berufen hat. Wie die Freiheitsberaubung selbst eine in ihrer Wirkung vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit ist, muß der Vorsatz auf die vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit, nicht auf eine bloße Erschröckung gerichtet sein: RG. 26./4. 82 C. 6 231. Die weiteren Zwecke, welche der Täter durch die Freiheitsberaubung realisieren will, sind für die Anwendung des § 239 an sich belanglos.

Außerdem verlangt das Gesetz ausdrücklich Rechtswidrigkeit. Diese wird an erster Stelle ausge-
schlossen durch die Einwilligung des Betroffenen: Binding Handb. I 720 und Lehrb. I 100, Geyer N. S.

III 593, Hälschner I 471, Mertel 312, Meyer-Altfeld 414, Olshausen N. 8b Abf. 2. Ferner durch erlaubte Selbsthilfe (StGB. §§ 229, 230), Notwehr (§ 53), Erziehungsrecht, Recht auf vorläufige Festnahme (StPD. § 127), Amtsrecht. Ebenso kann die Widerrechtlichkeit dadurch aufgehoben werden, daß sie durch Krankheit, körperliche oder geistige, notwendig wird: Binding und Olshausen a. a. O., Hälschner II 136; eine ausdrückliche entsprechende Bestimmung wegen der Geisteskranken enthält das Preuß. StGB. § 211. Eine strafbare Freiheitsberaubung liegt bei jedem personellen oder sachlichen Erzeß vor, z. B. wenn die Einsperrung auf einen dritten Unbeteiligten ausgedehnt wird, um sie gegen denjenigen wirksam zu erhalten, gegen welchen sie berechtigt ist: RG. 17./6. 81, oder wenn die beraubende Maßregel unnötigerweise verhängt, z. B. die beim Feldfrevel ertappten kleinen Knaben gebunden werden: RG. 13./2. 88 E. 17 127. Zu einer rechtswidrigen wird jede Freiheitsberaubung durch ihre unnötige Verlängerung. Vgl. Frank N. IV, Hälschner II 136, Meyer-Altfeld 414, Olshausen N. 8b Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2.

Das ausdrückliche Erfordernis der Widerrechtlichkeit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels der subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht beruft, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist. Vgl. Werner 546, Binding Lehrb. I 100, v. Liszt 355, Olshausen N. 8b Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 26./4. 82 E. 6 231, 11./5. 85 E. 12 194.

7. Abf. 2, 3 normieren zwei strafserhöhende Umstände, durch welche das Vergehen der Freiheitsberaubung zu einem Verbrechen wird. Zwischen dem Akt der Freiheitsberaubung und der zeitlichen Dauer bzw. schweren Körperverletzung und dem Tode muß nach den allgemeinen Grundsätzen Kausalzusammenhang obwalten, wobei es als bei einem Erfolgsdelikt nur auf den objektiven Erfolg, nicht auf ein Verschulden des Täters ankommt, nur daß, wenn die schwere Körperverletzung, der Tod von dem Täter gewollt ist, die §§ 225, 211, 212 eingreifen: Frank N. V 2, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 8. Es ist daher nicht erforderlich, daß die „Behandlung“ vom Täter — oder einem Teilnehmer — ausgegangen ist, indem sie in der Freiheitsentziehung an sich, in der Einwirkung der schlechten Beschaffenheit des angewiesenen Aufenthaltsorts liegen kann: Binding Lehrb. I 101, Frank N. V 2, Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 16; a. M. Hälschner II 137 N. 1 und v. Schwarze N. 10.

8. Der Versuch des einfachen Delikts ist nicht strafbar. Der des Verbrechens ist wie überhaupt bei den Erfolgsdelikten in der Weise denkbar, daß die Folgen bereits durch einen Versuch des einfachen Delikts verursacht werden: v. Liszt 355, Mertel 312, Olshausen N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 9; a. M. Meyer-Altfeld 414 N. 17 und Oppenhoff-Delius N. 18. Ein Versuch der ersten Qualifikation, der Freiheitsentziehung über eine Woche, ist somit unmöglich: Olshausen a. a. O. Die Ansicht z. B. von Binding Lehrb. I 101, daß der straflose Versuch der Freiheitsberaubung als Nötigungsversuch strafbar sei, steht und fällt mit der Ansicht über das Verhältnis des § 239 zu § 240, oben N. 3. Ein Versuch ist z. B. gegeben, wenn nur eine Erschwerung der freien Bewegung verursacht ist, oder wenn der Täter die Einsperrung durch Verschließung eines Zuganges vollendet zu haben glaubt, während der Eingesperrte durch einen anderen unverschlossenen Zugang sich entfernt oder mühelos entfernen kann.

9. Das Delikt der Freiheitsberaubung kann mit anderen Delikten konkurrieren, z. B. mit dem der falschen Anschuldigung (§ 164). Dagegen fällt die gegen die Freiheit der Ortsbestimmung gerichtete Tätigkeit dann nicht unter § 239, wenn sie nur Mittel zur Begehung eines anderen Delikts ist und als Moment des Tatbestandes desselben erscheint, z. B. die Freiheitsberaubung als Mittel der Erpressung, des Raubes, der Nötzucht. In diesen Fällen liegt nicht Idealkonkurrenz, sondern Gezeßkonkurrenz (Spezialität, Subsidiarität) vor: Frank N. VII, Meyer N. 5. III 591, Hälschner II 135, Olshausen N. 12 Abf. 1, Schütze 414; a. M. Meyer-Altfeld 415 und v. Schwarze N. 5.

10. Die Geldstrafe in Abf. 1 ist erst durch das Gef. v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — zugelassen.

11. Die Verjährung beginnt gemäß der Natur des Dauerdelikts erst mit dem Aufhören der Freiheitsentziehung: Olshausen N. 14 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 7.

§ 240.

Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unter-

lassung nötig, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Nötigen ist zwangsweises Veranlassen eines bestimmten Anderen zu einem bestimmten Verhalten. Dieses Veranlassen wird ohne Rücksicht auf die Person des Veranlassenen und den Inhalt des Verhaltens, also für sich allein betrachtet zur strafbaren Handlung, wenn als Mittel Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen dienen. Gewalt und Bedrohung sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, so daß eine alternative Feststellung zulässig ist. Dasselbe gilt von der Bedrohung mit einem Verbrechen und der mit einem Vergehen: RG. 13./1. 81 C. 3 222, 11./5. 85 C. 12 194.

Die Nötigung ist ein Delikt gegen die persönliche Freiheit. Der Genötigte wird veranlaßt, etwas zu tun, was er ohne die Nötigung nicht getan, etwas zu dulden, was er ohne sie abgewehrt, etwas zu unterlassen, was er ohne sie getan haben würde. Es wird darüber getritten, ob es sich hierbei um die Freiheit der Willensbetätigung oder um die der Willensentschließung handelt. Für die erstere sind Binding Normen II 525, Geyer H. S. III 568, IV 388, Hälschner II 118, v. Liszt 351, Merkel 310, Olshausen N. 3. Für die letztere oder für beide erklären sich Binding Lehrb. I 83, 88, Franck N. II 1 (§ 52 R. II 1 Abs. 2, § 48 R. II 1 Abs. 1), Meyer-Altfeld 407, Rüdorff-Stenglein N. 3. Das RG. endlich hat sich, z. T. ohne näher auf den Unterschied einzugehen, bald für die eine, bald für die andere Ansicht ausgesprochen. Jedenfalls ist die zweite Ansicht die richtige, daß sich nämlich die Nötigung bald gegen die Betätigung, bald gegen die Entschließung, bald gegen beide kehrt. Es kommt aber überhaupt nicht viel darauf an, man kann ruhig von Willensentschluß sprechen und darunter auch die Willensbetätigung verstehen. Wenn man die Ausführungen z. B. von Binding oder Hälschner oder Olshausen liest, muß man wirklich fragen, ob sie anders lauten würden, wenn statt der Willensentschließung die Willensbetätigung oder umgekehrt proklamiert würde. Binding hat in seiner Ansicht gewechselt; v. Liszt erklärt auf der nächsten Seite: „das Unterlassen setzt einen erzwungenen Entschluß voraus“; Olshausen zitiert, ohne sich in dieser Beziehung daran zu stoßen, eine auch von Rüdorff akzeptierte Entscheidung des RG. v. 8./11. 89, daß der Zwang sich auch auf einen demnächst zu fassenden „Entschluß“ beziehen könne. Einig sind die verschiedenen Autoren darin, daß es nicht erforderlich ist, daß der Genötigte sich zur Zeit der Tat im willensfähigen Zustande befunden hat oder sich überhaupt des gegen ihn geübten Zwanges bewußt gewesen ist: Binding Lehrb. I 89, Franck N. III, Meyer-Altfeld 409, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 18./12. 84 C. 11 387. Ebenso herrscht darüber keine Meinungsverschiedenheit, daß keine Nötigung vorliegt, wenn der Andere ohnehin schon zu dem Entschlossen ist, wozu er genötigt werden soll.

Auch Handlung, Duldung, Unterlassung müssen für gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts erachtet werden.

2. Die Nötigung ist, ohne daß dadurch die gleichzeitige Einwirkung anderer Faktoren ausgeschlossen wird, nur dann strafbar, wenn als Mittel Gewalt oder Drohung zur Anwendung kommen. Die List genügt also nicht. Wenn Hälschner II 122 ein listiges Benehmen, durch welches jemand in den Zustand des Duldenmüssens veretzt wird, für eine durch Gewalt verübte Nötigung erklärt, so räumt er selbst N. 1 ein, daß „listiges Benehmen eine Tätigkeit ist, die man nicht als Gewaltübung bezeichnen kann“. Praktisch wird die Frage in der Beziehung, ob Betäubung ein listiger oder gewalttätiger Akt ist. Für letzteren erklären sie außer Hälschner auch Binding Lehrb. I 83, Franck § 52 R. I 1, Geyer H. S. IV 389, Meyer-Altfeld 408 und Rüdorff-Stenglein N. 5, für List Geyer H. S. III 617 N. 2, Hälschner II 243, Olshausen N. 2 und § 234 N. 5a Abs. 2, Schütze 413, 417 N. 9, v. Schwarze N. 1, für List oder Gewalt Oppenhoff-Delius N. 4, § 234 N. 6. Wenn die Anhänger der Gewalttheorie sich darauf berufen, es mache für das Verhalten keinen Unterschied, ob der Genötigte gebunden oder betäubt werde, so ist das zwar richtig, aber schließlich macht es für das Verhalten ebenfalls keinen Unterschied, ob der Andere durch Gewalt oder durch Geschenke veranlaßt ist, und doch ist in letzterem Fall keine Nötigung vorhanden. Der Zustand der Betäubung ist aber, wie v. Liszt 349 N. 7 ausführt, an sich indifferent: es kommt eben darauf an, ob er durch Gewalt (Schlag auf den Kopf), Drohung (Zwang zum Einatmen von Chloroform) oder List (Täuschung über die Wirkung) herbeigeführt wurde. Naturgemäß kommt die Betäubung nicht für eine Handlung — der Betäubte kann nicht handeln —, sondern nur für eine Duldung oder Unterlassung in Betracht.

a) Gewalt ist jede unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf den Körper des Anderen, welche geeignet ist und darauf abzielt, die freie Willensentschließung oder Willensbetätigung zu hindern und auf diese Weise zu einer Handlung usw. zu nötigen. Sie kann auch durch ein Unterlassen erfolgen, z. B. durch Nahrungsentziehung, oder durch Aufrechterhaltung eines ohne

strafbaren Vorfalls herbeigeführten Zustandes, z. B. der Freiheitsentziehung: RG. 30./10. 85 C. 13 49. Daß, wie Hälschner II 121 behauptet, die Gewalt eine unwiderstehliche sei, ist nicht nötig: RG. a. a. D. Daß der Gewalt gegenüber wirklicher Widerstand geleistet wird, ist ebenfalls nicht erforderlich: Lshausen N. 5c. Die Nötigung wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Genötigte sich der Gewaltanwendung entziehen oder die Wirkungen derselben durch eigene Tätigkeit beseitigen konnte: RG. 1./12. 82 C. 7 269, 30./10. 85 C. 13 49. Das Nötigungsmittel kann in einer gegen einen Dritten gerichteten, aber zugleich indirekt gegen den zu Nötigenden wirkenden Gewalt liegen: Berner 548, Frant N. II 1, Meyer-Altfeld 408, Lshausen N. 5d, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 17./1. 88 C. 17 82 und 10./3. 02. Endlich begreift § 240 sowohl den Fall in sich, daß der Genötigte durch die Gewalt, z. B. Binden, in einen Zustand der Willens- unfreiheit versetzt wird in welchem die Möglichkeit zum Widerstande überhaupt fehlt, er bei der Handlung also nur Werkzeug ist (*vis absoluta*), als auch den Fall, daß durch die Gewalt, z. B. Mißhandlung, sein Entschluß, etwas zu tun, zu dulden oder zu unterlassen, hervorgerufen wird; so die Ansicht der meisten Autoren, siehe bei Lshausen N. 4, auch Berner 548 und RG. 17./6. 80 C. 2 184, 19./6. 80 C. 2 287, 6./5. 81 C. 4 123, 23./9. 81 C. 4 429, 3./10. 82 C. 7 63. A. M. wegen der *vis absoluta* Lppenhoff-Delius N. 1, wegen der *vis compulsiva*, welche sie zur Drohung rechnen, Binding Lehrb. I 83, Hälschner II 121, Schütze 410, v. Wächter 363. Die *vis absoluta* ist übrigens als Mittel nur denkbar, wenn es sich um eine Duldung oder Unterlassung handelt, da der absolut Gezwungene willenloses Werkzeug ist, also nicht handeln kann, vielmehr der Nötiger der — mittelbare — Täter ist: Binding Lehrb. I 89, Frant § 52 N. II 1 Abs. 2, Lshausen N. 4 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

Ist die Gewalt eine Einwirkung auf den Körper, so genügt eine gegen Sachen gerichtete Gewalt nur dann, wenn sie wenigstens mittelbar oder in ihrer Wirkung eine Richtung gegen die zu nötigende Person hat und von dieser physisch empfunden wird, also wenn die unmittelbar an der Sache verübte Gewalt gleichwohl mittelbar gegen die Person gerichtet ist: Berner 548, Frant N. II 1, Hälschner II 121, Mertel 311, Meyer-Altfeld 408, Lshausen N. 5b, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 5./6. 81 C. 3 179, 15./6. 83 C. 9 58, 30./10. 85 C. 13 49, 2./12. 86 C. 15 138, 9./4. 90 C. 20 354. Z. B. ein Mieter wird durch Ausheben der Türen und Fenster zur Räumung der Wohnung genötigt: RG. 1./12. 82 C. 7 269. Daß bei einer solchen direkt nur gegen Sachen in Wirksamkeit tretenden Gewalt der Genötigte anwesend sei, ist nicht unbedingt erforderlich: RG. 9./4. 90 C. 20 354; das RG. hat allerdings durch Urteil vom 7. 7. 02 verneint, daß ein Verschließen der Wohnung bei vorübergehender Abwesenheit ihres Inhabers, um diesen zu veranlassen, in einer anderen Wohnung Unterkunft zu suchen, eine mittelbar gegen die Person gerichtete Gewalt sei. Wenn sich aber die Gewalt ohne eine auch nur indirekte Beziehung auf die Person ausschließlich gegen die Sache richtet, so liegt eine Nötigung nicht vor, sollte auch der Betroffene jenseitig beeinflusst und dadurch vielleicht verhindert werden, seinen entgegenstehenden Willen bezüglich der Sache zur Geltung zu bringen: Berner, Meyer-Altfeld und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Lshausen N. 5c; RG. 5./1. 81 C. 3 179, 15./6. 83 C. 9 58; a. M. Frant N. II 1, welcher den psychischen Einfluß der Gewalt für hinreichend hält. Nach Binding Lehrb. I 84 kommt die Gewalt gegen Sachen immer nur als Bedrohung in Betracht, was aber nur dann richtig ist, wenn in der Gewalt zugleich eine Bedrohung mit der Wiederholung oder Fortsetzung der Gewaltanwendung liegt: Binding Normen II 526 N. 756, Lshausen N. 5a, c; RG. 5./1. 81 C. 3 179, 15./6. 83 C. 9 58, 2./12. 86 C. 15 138.

b) Die Bedrohung, also die Ankündigung eines künftigen Übels, kommt nur dann in Betracht, wenn das in Aussicht gestellte Übel den Tatbestand eines vom Gesetzgeber als Verbrechen oder Vergehen — § 1 — mit Strafe bedrohten Delikts erfüllt. Damit ist jedoch nicht eine objektiv als Verbrechen oder Vergehen sich darstellende Handlung gemeint, sondern die angedrohte Handlung muß im konkreten Fall als Verbrechen oder Vergehen strafbar sein, jedoch keine Nötigung vorliegt, wenn der Täter z. B. seinen Ehegatten mit Diebstahl oder Unterschlagung bedroht (§ 247 Abs. 2): Hälschner II 124, Lshausen N. 11 Abs. 2. Dem Begriff der Ankündigung gemäß muß das in Aussicht gestellte Übel mit dem Willen des Drohenden zur Kenntnis des Bedrohten gekommen sein: Frant N. II 2, § 241 N. II, Lshausen § 241 N. 4 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein § 241 N. 4. In welcher Form die Drohung geäußert ist, ob sie mündlich oder schriftlich, durch Worte oder durch schlüssige Handlungen erfolgt, ist gleichgültig: Binding I 90, Frant N. II 2, § 241 N. II, Gener h. h. III 576, Mertel 311, Meyer-Altfeld 515, Lshausen N. 6 Abs. 3, § 241 N. 3, Lppenhoff-Delius § 241 N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 1, § 241 N. 1. Mit welchem Delikt gedroht wird, braucht nicht zu erhellen, wenn nur die konkreten Tatsachen ergeben, daß überhaupt ein Verbrechen oder Vergehen angedroht wird: Lshausen a. a. D.: RG. 22./6. 81 C. 4 326. Wie die Gewalt kann auch die Drohung gegen einen Dritten gerichtet sein, d. h. die Ankündigung eines einem Dritten zugefügt werdenden Übels enthalten, wofür hierdurch auf den zu Nötigenden ein Zwang ausgeübt wird, z. B. durch die Drohung, sein Kind zu töten: Berner 548, Frant II

§ 2, § 241 R. II, Hälschner II 122, v. Liszt 404, Mertel 311, Meyer-Altfeld 409 (anders 514 für § 241), Olshausen R. 8, § 241 R. 4 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein R. 3, § 241 R. 2; a. M. Binding Lehrb. I 91, 104, nämlich mit der tatsächlich allerdings wohl stets zutreffenden Beschränkung auf dem Bedrohten sympatische Personen. Nicht erforderlich ist endlich, daß der Drohende das Übel als ein unmittelbar durch seine eigene Tätigkeit zu bewirkendes ankündigt, sofern nur die von einem Dritten zu verübende Tat so dargestellt wird, als ob sie auf Veranlassung oder unter dem Einfluß des Drohenden werde vollführt werden: Berner 548, Frank R. II 2, § 241 R. II, Geyer H. S. III 576, 585, Hälschner II 133, Meyer-Altfeld 409, Olshausen R. 6 Abj. 2, § 241 R. 1 Abj. 2, Oppenhoff-Delius R. 5, Rüdorff-Stenglein R. 4 Abj. 2, § 241 R. 1 Abj. 2, v. Schwarze R. 8; RG. 30./11. 81 E. 5 214, 1./5. 82 E. 6 215, 28./4. 93 E. 24 151, 20./6. 95 E. 27 307.

c) Die Nötigung erfordert Vorfaß. Der Täter muß also wirklich nötigen wollen. Ob er aber die Drohung realisieren will, sie in diesem Sinne ernsthaft meint oder nicht, ist gleichgültig: Frank § 48 R. II 1a, Geyer H. S. III 576, Hälschner II 127, 133, v. Liszt 348, Meyer-Altfeld 409, Olshausen R. 9 Abj. 1; RG. 24./12. 79 E. 2 286. Will er jedoch wirklich nötigen, so muß er glauben, daß der Bedrohte die Drohung für eine ernsthafte, also ihre Realisierung wenigstens für eine mögliche hält. Dies ist nach Frank R. V 2, Olshausen R. 9 Abj. 1 und RG. 24./2. 81 E. 4 10 genügend. Aber die Drohung wirkt nur dann auf den Willen des Bedrohten ein, wenn der Bedrohte selbst sie für mehr als einen leeren Scherz oder eine wüste Renommisterei hält. Sie muß daher geeignet sein, auf ihn den Eindruck einer ernsthaft gemeinten zu machen. Hiermit stimmt die Mehrzahl der Autoren überein: Berner 548, Binding Lehrb. I 91, v. Liszt 349, Mertel 311, Rüdorff-Stenglein R. 4 Abj. 1, Schütze 410 R. 6. Ob der Nötiger seine Drohung überhaupt auszuführen vermag, ist gleichgültig: v. Liszt 348, Meyer-Altfeld 409, Olshausen R. 5 Abj. 2, RG. 21./1. 81 E. III 262; a. M. RG. 14./1. 86.

3. Das Gesetz verlangt Widerrechtlichkeit. Darüber, ob sich dieses Erfordernis auf den Nötigungszweck, also auf die erzwungene Handlung, Duldung und Unterlassung, oder ob es sich auf die Nötigungsmittel, oder ob es sich auf beide bezieht, herrscht ein von Binding Lehrb. I 91 R. 3 als „wenig erquicklich“ bezeichneter Streit; vgl. dazu Olshausen R. 11. Der unbefangene Sinn wird sich auch hier zu der alten Wahrheit bekennen, daß in einem wohlgegerichteten Staat das Rechte selbst nicht auf unrechte Weise geschehen darf. Nach der überwiegenden Ansicht ist die Strafbarkeit bedingt nicht durch den Nötigungszweck, sondern durch die zu seiner Erreichung angewendeten Mittel. Folgerichtig ist es gleichgültig, ob die erzwungene Handlung usw. erlaubt oder verboten, straflos oder strafbar, dem Genötigten vorteilhaft oder nachteilig, und ist die Widerrechtlichkeit auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Nötigende ein Recht auf die Handlung usw. hat oder zu haben glaubt; entscheidend ist die Widerrechtlichkeit des Nötigungsmittels. Hiermit stimmen mehr oder weniger überein Binding I 91, Frank R. I Abj. 2, IV, v. Liszt 352 (der Täter ist straflos, wenn er die fragliche Handlung verlangen kann und zur Anwendung der Mittel berechtigt ist), Mertel 311 (wie v. Liszt), Meyer-Altfeld 410, Olshausen R. 11, Rüdorff-Stenglein R. 6; RG. 21./10. 79 E. 1 5, 24./12. 79 E. 2 286, 5./1. 81 E. 3 179, 13./1. 81 E. 3 222, 10./5. 83 E. 8 302, 11./5. 85 E. 12 194.

Die Widerrechtlichkeit ist nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen, wenn der Täter durch besondere rechtlich anerkannte Umstände und Verhältnisse zur Ausübung der Zwangshandlung befugt ist, wie Amts-, Berufs- und Aufsichtspflicht, Notwehr, Nothstand, erlaubte Selbsthilfe, wobei jedoch im Fall eines Erzeßes, welcher auch in den Mitteln liegen kann, eine strafbare Nötigung vorliegt, was allerdings Olshausen R. 12 Abj. 2 bei der zivilrechtlich gestatteten Selbsthilfe bestreitet. Daß die Nötigung zur Vornahme einer sittlichen oder Unterlassung einer unethischen Handlung (z. B. des Selbstmordes) widerrechtlich und strafbar ist, ergibt sich von selbst daraus, daß im anderen Falle alle individuelle Freiheit der Vernichtung preisgegeben sein würde. Bezüglich der Verhinderung einer rechtswidrigen oder gar strafbaren Handlung gehen die Ansichten auseinander. Rüdorff-Stenglein R. 6 und Schütze 410 halten sie in beiden Fällen, Frank R. IV und Geyer H. S. III 578, IV 393 bei der strafbaren Handlung, und Hälschner II 126 je bei letzterer dann für straflos, wenn als Mittel nicht physische Gewalt angewendet wird. Aber auch in diesen Fällen ist die Nötigung nur dann straflos, wenn einer der oben genannten Umstände und Verhältnisse gegeben ist: Binding Handb. I 737, Lehrb. I 91, Geyer II 24, H. S. III 578, v. Liszt 352, Mertel 311, Meyer-Altfeld 410, Olshausen R. 12 Abj. 3, Oppenhoff-Delius R. 3. Soweit der Täter gegen die strafbare Handlung nicht auf Grund einer Amts-, Berufspflicht u. ä. einzuschreiten befugt ist, wird allerdings regelmäßig ein Fall der Notwehr — in eigenem oder drittem Interesse — vorliegen.

4. Das Delikt erfordert Vorfaß, also das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes. Der Täter muß daher die Handlung usw., zu welcher der Andere sich genötigt sieht, als eine Folge der Gewalt oder Bedrohung wollen. Im Falle der Nötigung durch Bedrohung muß er sich der angebotenen Handlung in derjenigen Gestalt bewußt sein, in welcher sie sich objektiv als Ver-

brechen oder Vergehen darstellt, nicht aber braucht er zu wissen, daß sie nach der gesetzlichen Terminologie ein Verbrechen oder Vergehen, also auch nicht, daß sie eine strafbare Handlung ist: Binding Lehrb. I 92, Frank N. V Abf. 2, Häfslchner II 127, v. Liszt 353, Meyer-Alsfeld 411, Lisshausen N. 13 Abf. 1.

Das ausdrückliche Erfordernis der Widerrechtlichkeit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels der subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht beruft, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist.

5. Das Delikt ist vollendet, sobald die abgenötigte Handlung usw. vorliegt. Der Versuch, welchen das Gesetz abweichend von § 239 für strafbar erklärt, beginnt mit der Anwendung der Gewalt oder Bedrohung.

6. Ist die abgenötigte Handlung usw. strafbar, so kann die Nötigung zugleich eine Form der Selbstbegehung oder Auffiftung sein: Frank N. VII 4, Meyer-Alsfeld 410, Lisshausen N. 14 Abf. 1. Vgl. oben N. 2a Abf. 1 a. G.

7. Der Zwang zu einem bestimmten Verhalten bildet den Tatbestand einer Reihe besonderer Delikte, wobei es sich also fragt, ob mit § 240 Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Vgl. hierüber Frank N. VII, Meyer-Alsfeld 411 und Lisshausen N. 14.

Gesetzeskonkurrenz findet statt mit den §§ 105—107, 114, 122, 167, 176 Nr. 1, 2, 177, 181a Abf. 2 Satz 2, 249, GewOrdn. § 153, SeemOrdn. § 103. „Steht die Tatsache der Gewalt-, anwendung oder Bedrohung fest, während es unauisgeklärt bleibt, zu welchem Verhalten der „Täter nötigen wollte (die Frauensperson berauben, geschlechtlich mißbrauchen?), so ist aus „§ 240 jedenfalls dann zu verurteilen, wenn dieses Gesetz das mildere ist“ (Frank N. VII 1).

Idealkonkurrenz findet statt mit § 176 Nr. 3: RG. 18./12. 84 G. 11 387.

Bei der Körperverletzung nimmt Binding Handb. I 364 Gesetzeskonkurrenz an, weil die Gewalt hier ein so regelmässiges Mittel sei, daß der Gesetzgeber sie bei der Strafandrohung mit berücksichtigt habe. Aber Idealkonkurrenz liegt auch hier dann vor, wenn die Nötigung zum Zwecke der Verübung eines anderen Delikts oder die Körperverletzung zum Zwecke der Nötigung begangen wird.

Ebenso ist bei der Freiheitsberaubung die Konkurrenz dann ausgeschlossen, wenn nur die in der Freiheitsberaubung selbst liegende Nötigung in Betracht kommt, nicht aber, wenn die Freiheitsberaubung zum Zwecke einer anderweiten, darüber hinausgehenden Nötigung verübt wird. Vgl. auch oben § 239 N. 3.

§ 241.

Wer einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

1. Das Gesetz bestraft im Interesse der persönlichen Rechtssicherheit die Bedrohung ohne Rücksicht auf einen etwaigen Zweck, also schlechthin, wenn die angedrohte Handlung den Tatbestand eines vom StGB. § 1 als Verbrechen mit Strafe bedrohten Delikts erfüllt. Und zwar muß sich die Handlung objektiv, unabhängig von persönlichen Straferhöhungsgründen als Verbrechen darstellen: Berner 549, Binding Lehrb. I 104, Frank N. II, Häfslchner II 132, v. Liszt 404, Meyer-Alsfeld 514, Lisshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. beim Diebstahl im Rückfall Geyer H. S. III 585, IV 395. Eine Drohung mit einem Verbrechen kann auch — in vielen Fällen wird allerdings bloße Großmütigkeit vorliegen! — eine Drohung sein, die sich wörtlich gar nicht ausführen läßt („ich schlage dich, daß du alle deine Glieder, maßen einzeln wirst nach Hause tragen müssen“): Binding und Frank a. a. O., Geyer H. S. III 583 N. 3, Lisshausen N. 3. Das Delikt ist vollendet, sobald die Drohung mit dem Willen des Täters zur Kenntnis des Bedrohten gekommen ist: Berner 549, Binding Lehrb. I 105, Häfslchner II 133, v. Liszt 404, Meyer-Alsfeld 514, 515, Schütze 411. Der Versuch ist straflos.

Die Ausführungen § 240 N. 2 b treffen auch hier mit folgenden Modifikationen zu, jedoch auf sie verwiesen werden kann.

Das Delikt ist, wie schon bemerkt, vollendet, sobald die Drohung mit Willen des Täters zur Kenntnis des Bedrohten gekommen ist. Der Bedrohte braucht daher nicht willensfähig im juristischen Sinne zu sein, muß aber im allgemeinen befähigt sein, die Drohung als solche zu verstehen, widrigenfalls nur ein strafloser Versuch vorliegt: Binding Lehrb. I 103, Meyer-Alsfeld 514 N. 11, Lisshausen N. 5 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 1; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 2 und

RG. 21./9. 82. Faßt der Drohende die Drohung als Scherz oder Renommisterei auf, als Ankündigung eines Übels, welches der Drohende weder verwirklichen will noch kann, so liegt in Wirklichkeit eine Drohung weder vor, noch wird sie als solche verstanden. N. M. allerdings Frank N. I, Dshaujen N. 5 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 6 und RG. 24./2. 81 E. 4 10. Dagegen ist es gleichgültig, welchen Eindruck sie auf den Bedrohten macht; ob sie ihn bedrückt oder ob er sie belacht, kommt nur für die Strafzumessung in Betracht: Berner 549, Binding Lehrb. I 105 Frank, Dshaujen und Oppenhoff a. a. D., Hälshner II 133, v. Liszt 404, Merkel 348, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 24./2. 81 E. 4 10. Daß die Drohung eine bedingte, schließt die Anwendung des § 241 nicht aus: Binding I 104, Frank N. II, Dshaujen N. 6 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abj. 1; RG. 23./1. 90 E. 20 180. Besteht allerdings die Bedingung in einem Verhalten des Bedrohten, so greift § 240 Platz: Binding Lehrb. I 105, Meyer-Allfeld 514 N. 10.

3. Erforderlich ist Vorfaß, also das Wissen und Wollen des Tatbestandes einschließlich der Kenntnisaufnahme der Drohung seitens des Bedrohten. Der Wille der Drohenden muß dahin gehen, in dem Bedrohten Furcht vor Verwirklichung der Drohung hervorzurufen, die Drohung dem Bedrohten als ernstlich gemeint erscheinen zu lassen, seinen Rechtsfrieden zu stören: Frank N. III, Geher II 23, S. S. IV 397, Hälshner II 132, Meyer-Allfeld 514/515, Dshaujen N. 6 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, 3; RG. 24./2. 81 E. 4 10, 16./3. 99 E. 32 102. Auch hier ist das Bewußtsein des Täters, daß die von ihm angedrohte Handlung ein Verbrechen nach der Terminologie des StGB, sei, nicht erforderlich: Frank N. III, Hälshner II 132, v. Liszt 404, Meyer-Allfeld 514, Dshaujen N. 6 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5.

4. Bei einer Nötigung durch Drohung mit einem Verbrechen kommt nur § 240 zur Anwendung: Frank N. III, Dshaujen N. 7 b, Schüze 410 N. 8; RG. 3. 3. 03 E. 36 131, 5./5.08 E. 41 276.

Neunzehnter Abschnitt.

Diebstahl und Unterschlagung.

In Verbindung mit §§ 291, 370 Nr. 5 ist hier die Materie des Diebstahls und der Unterschlagung im Sinne GG. § 2 Abj. 1 geregelt, sodaß die Landesgesetzgebung nur auf dem ihr durch GG. § 2 Abj. 2 überlassenen Gebiete freie Hand hat. Vgl. § 361 Nr. 9 und unten § 242 N. 13.

§ 242.

Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Nach dieser Legaldefinition ist ein Dieb, wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen wegnimmt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen. Das StGB. unterscheidet den einfachen Diebstahl (§ 242), schweren Diebstahl (§ 243), Diebstahl im Rückfall (§§ 244, 245), Familien- und Hausdiebstahl (§ 247), Notdiebstahl (§ 248 a), Munitionsaneignung (§ 291), Holz- (Forst-) Diebstahl (§ 361 Nr. 9 und GG. § 2 Abj. 2), Mundraub (§ 370 Nr. 5). Der sog. Funddiebstahl ist Unterschlagung (§ 246). Der sog. Futterdiebstahl (§ 370 Nr. 6), über dessen begriffliche Stellung gestritten wird, ist jedenfalls kein Diebstahl, da die Zueignungsabsicht fehlt. Vgl. auch § 370 Nr. 2.

2. Objekt des Diebstahls ist eine Sache.

a) Sache ist ein begrenzter Teil der unfreien Außenwelt, ein körperlicher Gegenstand. Nur ein solcher kann gestohlen werden: RG. 11./2. 81 E. 3 344, 20./10. 96 E. 29 111. Auf den Aggregatzustand, ob fest, flüchtig oder gasförmig, kommt es nicht an: 11./5. 86 E. 14 121 (Wasser in dem Leitungsröhr oder Sammelbehälter einer Wasserleitung), 2./10. 84 E. 11 117 (Leuchtgas). Ebenso ist, zumal der Diebstahl keine Bereicherungsabsicht erfordert, unerheblich, ob und einen wie großen Tausch- und Handelswert die Sache hat: Binding Lehrb. I 239, Frank N. I, v. Liszt 423, Meyer-Allfeld 438, Dshaujen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 6. Fehlt jedoch der Tausch- und Handelswert, so muß der Eigentümer irgendwie, z. B. durch Aufbewahrung, kumbgeben, daß er auf die Sache Wert legt, sie als die seine haben will (Affektionswert): Hälshner II 282, Wachenfeld H. II 302. Fehlt auch der Affektionswert — man denke z. B. an eine leere Zündholzschatel —, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die Aneignung nicht invito domino geschehe: Frank, Hälshner und Dshaujen a. a. D., Schüze 430 N. 8; RG.

14./2. 84 **§. 10** 120 (betrifft § 303), 3./1. 11 **§. 44** 207. Hiernach kommt der Wert — vgl. jedoch §§ 247 **Abf. 1**, 248 a, 370 **Nr. 5** — nur bei der Straßzumessung in Betracht.

b) Naturkräfte, sowohl die der befehlten als auch der unbefehlten Natur, können wohl entzogen, nicht aber gestohlen werden. Der Streit, ob die Elektrizität eine Sache sei, ist erledigt durch das **Gej.**, betr. die Entziehung elektrischer Arbeit, v. 9. April 1900 (**Reichs-Gesetzbl.** 228).

c) Kein Diebstahlsobjekt, weil unförplich, sind Rechte, insbesondere Forderungen, geistige Erzeugnisse u. ä. Wohl aber die über sie errichteten Urkunden, je mögen dispositive oder enuntiative, Träger des Rechts oder nur Beweisurkunden sein: **RG.** 1./5. 84 **§. 10** 369, 7./3. 91 **§. 22** 2, 13./2. 99 **§. 32** 22, 8./5. 82, 5./6. 82, 19./6. 85.

Die reiche Entfaltung des Sparfassenwesens hat rechtswidrige Manipulationen mit einem fremden Sparfassenbuch zu einem nicht ganz seltenen Delikt erhoben, über dessen rechtliche Qualifizierung gestritten wird. Hierbei muß man unterscheiden, ob das Buch nur gewöhnliche Schulurkunde oder Träger der Forderung, und ob es nicht gestohlen oder ob es gestohlen ist. Je nachdem ist die Abhebung des Sparguthabens Betrug, Unterschlagung oder Diebstahl. Ist das Buch nicht gestohlen, so ist sie Betrug, wenn das Buch nur Beweisurkunde, Unterschlagung, wenn es Träger des Rechts ist. Ist es gestohlen, so ist sie in jedem Fall Diebstahl, und die Absicht, es nach gemachtem Gebrauch dem Eigentümer zurückzugeben, ist ebenso bedeutungslos wie bei dem Diebstahl einer Flasche Wein die Absicht, den Wein zu trinken, die Flasche aber zurückzugeben. Die Ansichten sind allerdings verschieden. **Frank N. VII** 2, und § 246 **N. III** 1, **Hälschner II** 282, v. **Schwarze N. 7** nehmen, wenn das Buch gestohlen, Diebstahl, wenn nicht gestohlen, Unterschlagung an, und ebenso in konstanter Praxis das **RG.**: 1./5. 84 **§. 10** 369, 13./12. 86 **§. 15** 147, 7./3. 91 **§. 22** 2, 29./10. 94 **§. 26** 151, 23./2. 97 **§. 29** 415, 2./10. 06 **§. 39** 239, 19./2. 07 **§. 40** 10, 28./10. 09 **§. 43** 17. Wenn **Binding Handb. I** 220 **N. 6** und **Lehrb. I** 265 **N. 1** dieser Praxis den Vorwurf einer unerlaubten analogen Anwendung macht, so nennt v. **Liszt** 427 **N. 12** den Vorwurf mit Recht unverständlich. Betrug nehmen an **Binding** und v. **Liszt a. a. O.**, **Merkel S. S.** III 668, **Meyer-Allfeld** 448 **N. 45**, 481 **N. 44**, **Rüdorff-Stenglein** § 246 **N. 9**. **Lshausen N. 29** **Abf. 2** bestreitet, daß Diebstahl des Buches vorliegt, wenn der Täter es nach Erhebung des Guthabens zurückgeben will, spricht sich aber weder hier noch § 246 **N. 12** **Abf. 2** noch § 263 **N. 13**, 17 **Abf. 3** bestimmt darüber aus, welches Delikt vorliegt.

Geldvertretende Wertzeichen, z. B. Biermarken, werden wie das Geld selbst durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch verbraucht, ihre zum Zweck solchen Gebrauchs erfolgende Wegnahme ist also Diebstahl: v. **Liszt** 428 (**N. 13**) und **RG.** 19./2. 07 **§. 40** 10; a. **M. Binding Lehrb. I** 269 **N. 3** (Unterschlagung des Biergeldes), **Meyer-Allfeld** 449 **N. 45** (Betrug), **Lshausen N. 29** **Abf. 3** (was?) und **RG.** 23./2. 93 **§. 24** 22 (Unterschlagung).

d) Kein Diebstahlsobjekt, weil nicht Sache, sondern Person, ist der lebende Mensch. Er ist es auch dann nicht, wenn, wie in den Schutzgebieten, die Hausflaverei rechtlich anerkannt sein sollte. Abgetrennte Teile des lebenden Körpers, z. B. Haare, Zähne, werden zu Sachen und fallen durch die Abtrennung in das Eigentum desjenigen, dessen Körper sie bisher angehört, der sie also bisher im Gewahrsam hatte, falls nicht, wie fast regelmäßig der Fall, Vereinfachung anzunehmen ist: **Binding Lehrb. I** 258, v. **Liszt** 423, **Meyer-Allfeld** 439, 455 **N. 13**, **Lshausen N. 6** **Abf. 2** und 23 **Abf. 5**; a. **M. Frank N. III** 2^e, daß nämlich nur ein ausschließliches Aneignungsrecht, nicht aber schon Gewahrsam vorliegt. Somit begeht der Popsabschneider — vgl. oben § 223 **N. 3** **Abf. 3** — zugleich einen Diebstahl, wenn er den abgeschnittenen Pops wegnimmt.

3. Die Sache muß beweglich, also durch eigene oder fremde Kraft der Ortsveränderung fähig sein. Beweglich nicht im zivilrechtlichen, sondern im natürlichen Sinn, z. B. Seeschiffe, transportable Häuser und Mühlen, Zubehör. Losgelöste Teile unbeweglicher Sachen sind bewegliche Sachen, mögen sie es auch erst durch die Wegnahme werden, in welchem Fall eventuell Sachbeschädigung und Diebstahl konkurrieren: **Berner** 552, **Binding Lehrb. I** 277, **Birkmeyer Einzfl.** 1173, **Frank N. II**, **Hälschner II** 283, v. **Liszt** 424, **Merkel, S. S.** III 633, **Meyer-Allfeld** 444, **Lshausen N. 4**, **Oppenhoff-Velius N. 13**, 14, **Rüdorff-Stenglein N. 6**, **Schüge** 426, **Wachenfeld N. II** 302, v. **Wächter** 412; **RG.** 1./10. 81 **§. 5** 42 (Gebäudeteile), 27./6. 90 **§. 21** 27 (gestochener Tor). Andere am Grund und Boden vorgenommene Handlungen sind kein Diebstahl, z. B. Grenzverrückung (§ 274 **Nr. 2**), Abpflügen (§ 370 **Nr. 1**). Einen privilegierten Fall des Diebstahls enthält § 370 **Nr. 2**.

4. Die Sache muß eine fremde sein. Sie muß weder überhaupt nicht im Eigentum, noch in dem des Täters, sondern muß im Eigentum eines Anderen stehen. Hierfür ist ausschließlich das Zivilrecht maßgebend; ein kriminalistisches Eigentum gibt es nicht: **RG.** 28./12. 80 **§. 3** 150. Und zwar das Zivilrecht des Besitzsortes, eventuell also das ausländische: **Binding Lehrb. II** 256, **Frank N. III** **Abf. 1**, **Merkel, S. S.** III 635, **Lshausen N. 5** **Abf. 1**; **RG.** a. a. O. und 1./4. 95 **§. 27** 135. Für das Inland kommen somit, soweit nicht die landesrechtlichen Vorschriften

ausdrücklich aufrechterhalten sind, die zivilrechtlichen Grundsätze des Reichsrechts zur Anwendung.

a) Kein Diebstahl ist möglich an den im Eigentum des Täters selbst stehenden Sachen. Auch dann nicht, wenn er sie für eine fremde hält. Dies wäre ein Versuch an einem untauglichen Objekt. Wenn v. Liszt 200, 424 einen strafbaren Versuch annimmt, so sagt er auf derselben S. 422, „daß die Übertragung des Eigentums an den Täter durch den Eigentümer, da sie der „Sache die Eigenschaft einer fremden benimmt, den Diebstahlsbegriff ausschließt.“ Wie es der eifrige Verfechter der reichsgerichtlichen Versuchslehre, Hälschner II 283, formuliert: „an der „eigenen Sache ist niemals ein Diebstahl möglich“. Soweit der Täter aber nur Miteigentum hat — das Reichsrecht gibt nur Bestimmungen über das Miteigentum nach Bruchteilen, *pro partibus indivisis*, BGB. § 1008 —, kann er an den ihm nicht gehörenden Teilen Diebstahl begehen, denn insofern ist die Sache für ihn eine fremde. Hierüber herrscht in Theorie und Praxis kein Streit.

Wer, wenn das Miteigentum des Täters feststeht, der Eigentümer ist, bedarf keiner besonderen Feststellung, zumal auch der Dieb selbst es nicht zu wissen braucht. An dem Nachlaß haben das Eigentum entweder die testamentarischen oder die gesetzlichen Erben oder der Fiskus. Die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände gehören vor ihrer Veräußerung dem Gemeinschuldner, sodaß dieser auch dann keinen Diebstahl an ihnen begeht, wenn sie sich im Gewahrsam des Konkursverwalters befinden; eine Bestrafung würde nur möglich sein unter den Voraussetzungen des § 137 oder KonkOrdn. § 239 Nr. 1. Vgl. unten N. 6a.

In welchem Verhältnis zur Sache bei der mittelbaren Täterschaft — oben § 47 N. 2 — der die Sache Wegnehmende, das Werkzeug, steht, ist gleichgültig, sodaß die Sache für den Täter stets eine fremde ist, mag auch die als Werkzeug fungierende Person ihr Eigentümer sein.

b) In Niemandes Eigentum stehen als *res naturali jure omnium communes* die freie Luft und das Meereswasser. Dagegen gehören die dem Gottesdienst geweihten Gegenstände der Kirchengemeinde.

c) Leichen und Leichenteile sind *extra commercium*, sind nicht Objekt von Vermögensdelikten, ihre Wegnahme ist kein Diebstahl, sondern fällt unter die §§ 168, 367 Nr. 1. Sie können nach allgemeiner Ansicht dadurch zu Gegenständen des Eigentums werden, daß derjenige, der über sie verfügen durfte, sie einem Anderen zu freier Verfügung überwiesen und dadurch in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht hat; dahin gehören auch Leichen, die nach bestehenden gesetzlichen Bestimmungen an die Anatomie abzuliefern sind: Binding Lehrb. I 185, Birkmeyer Enzykl. 1173, Frank N. III 2d, Geyer II 92, Hälschner II 717, v. Liszt 423, Merkel 373 (anders S. S. III 633), Meyer-Allfeld 438, Oshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. 2, Schüze 348 N. 9. „Mumien, Moorleichen und ähnliche konservierte alte Leichen“ (Oshausen) kommen in den Rechtsverkehr durch die Okkupation seitens des ersten Besitzers. — Dem Verfasser dieses Kommentars ist kein Rechtsfall bekannt, auf welchen sich diese Ansicht stützt. Er hält sie für irrig. Seines Erachtens ist die Leiche niemals Sache und kann schon deshalb nicht Objekt eines Diebstahls sein. Dem auf eine Leiche oder Leichenteile gerichteten Kaufverträge würde er als Zivilrichter die Anerkennung verjagen. Vgl. auch Binding a. a. O. N. 1 und Windscheid Pand. I § 147 N. 6.

Die an der Leiche selbst oder im und am Sarge, Grabe, Grabgewölbe befindlichen Gegenstände bleiben im Eigentum des ursprünglichen Eigentümers und seiner Rechtsnachfolger, so daß an ihnen Diebstahl möglich ist: Werner 446, Hälschner II 717, Merkel, S. S. III 633, Meyer-Allfeld 439, Oshausen N. 37c, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. 2, § 168 N. 3. Wenn Binding Lehrb. I 187, 262, Frank N. III 2g und v. Liszt 412 allgemein oder eventuell eine Dereliktion annehmen, sodaß die Sache herrenlos wäre, so würde allerdings nur Gräbererschändung, nicht aber Diebstahl vorliegen; aber für eine Dereliktion — zugunsten der Leichenplünderer? —, die allerdings im konkreten Fall denkbar, lassen sich in abstracto keine Momente anführen. Wenn Binding Lehrb. I 187 erklärt, „eine Zurückbehaltung des Eigentums seitens der Hinterbliebenen ist einfach undenkbar. Nur mittels Verbrechen könnten sie ja zu diesem Eigentume gelangen“, so ist dies nicht für zutreffend zu erachten. Der Verfasser dieses Kommentars trägt an der Hand den Trauring seines Vaters, welcher von Januar 1854 bis September 1897, und besitzt die Brunnennadel seines ältesten Bruders, welche von Dezember 1852 bis Oktober 1887 im Grabe gelegen hat, ist aber keineswegs durch ein Verbrechen in den Besitz dieser Gegenstände gelangt. Ist es durch die Länge der Zeit unmöglich geworden, irgendeinen Berechtigten zu ermitteln, so kommen die Bestimmungen über den Schatz zur Anwendung (BGB. § 984), sodaß an der dem Grundeigentümer gehörenden Hälfte Unterzählung möglich ist.

d) Wenn die Sache herrenlos ist, also zwar Gegenstand des Eigentums sein kann, aber zurzeit Niemandem gehört, so ist sie keine fremde, kann somit zwar weggenommen, aber nicht gestohlen werden, und der Täter wird Eigentümer, wenn er sie mit dem Willen, sie als eigen zu haben, in Besitz nimmt. Als herrenlos gelten auch die dereliquierten, also derjenigen Sachen, deren Besitz der Eigentümer in der Absicht aufgegeben hat, auf das Eigentum schlechthin, nicht

lediglich zugunsten einer bestimmten Person zu verzichten, vorausgesetzt, daß er zu solcher Dereliction nach den Bestimmungen des Zivilrechts überhaupt fähig ist. Ob die Absicht vorgelegen hat, ist regelmäßig eine aus den Umständen zu beantwortende Tatfrage. Wer es unterläßt oder aufgibt, nach der auf seinem eigenen Grundstück verlorengegangenen Sache zu suchen, gibt damit nicht das Eigentum auf; nicht derelinquiert sind daher die Metallhülsen der bei Truppenübungen verschossenen Patronen: RG. 1./6. 06 E. 39 26. Nicht derelinquiert sind auch die auf einem gestrandeten, von der Besatzung verlassenen Schiffe befindlichen Gegenstände: RG. 7./2. 84 E. 10 84.

e) Nach BGB. § 905 erstreckt das Recht des Eigentümers eines Grundstücks sich auf den Erdkörper unter der Oberfläche, aber durch GG. 3. BGB. Art. 67 sind die dem Bergrecht angehörenden landesrechtlichen Vorschriften aufrechterhalten, sodaß es sich nach diesen bemißt, ob der Grundeigentümer auch Eigentümer der Mineralien und Fossilien ist. Vgl. § 370 Nr. 2.

Ebenso sind durch GG. 3. BGB. Art. 65 die dem Wasserrecht angehörenden landesrechtlichen Vorschriften aufrechterhalten, so daß diese darüber entscheiden, ob das fließende Wasser im Privateigentum stehen kann.

f) Nach BGB. §§ 958, 960 sind wilde Tiere und Fische herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Das Eigentum an ihnen wird durch Okkupation erworben, vorausgesetzt jedoch, daß die Aneignung nicht gesetzlich verboten ist (vgl. z. B. § 368 Nr. 11), oder daß nicht durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines Anderen verletzt wird. Auch hier sind durch GG. 3. BGB. Art. 69 die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischei in weitem Umfange aufrechterhalten. Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es nach BGB. § 960 Abs. 2 herrenlos, wenn nicht der Eigentümer es unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt. Dasselbe gilt nach BGB. § 961 von dem Bienenschwarm. Somit bleibt das Tier in den Händen des Wilderers herrenlos. Ebenso in den Händen desjenigen, der es in bösem Glauben von dem Wilderer erwirbt: RG. 5./2. 07 E. 39 427. Wer es dem Wilderer oder dem bösgläubigen Erwerber wegnimmt, begeht somit keinen Diebstahl und kann, weil er die Wegnahme nicht begeht, um die Wilderei zu begünstigen, auch nicht nach § 259 bestraft werden, ist also überhaupt straflos. Vgl. Frank N. III 2 b.

Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Gewässern sind nach BGB. § 960 Abs. 2 nicht herrenlos. Der gesamte Wildstand einer räumlich abgegrenzten Fläche, wenn ihm die Möglichkeit des Entweichens von dieser dem Herrschaftswillen einer Person unterworfenen Fläche genommen wird, ist im Besitz und, soweit dessen Erlangung den Erwerb des Eigentums nach sich zieht, im Eigentum jener Person. Für die Frage, ob das Wild wirksam auf der Fläche festgehalten wird, ist die Gesamtheit der die Einschließung betreffenden Verhältnisse und der sie bewirkenden Vorrichtungen entscheidend. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts kommt es nur auf diese Verhältnisse und Vorrichtungen, nicht aber auf die Größe des Areals an, darf insbesondere nicht gefordert werden, daß jedes einzelne Stück des Wildstandes jederzeit herausgegriffen werden könne und ihm die Möglichkeit benommen sein müsse, sich der Ausübung tatsächlicher Herrschaft auch nur vorübergehend zu entziehen: RG. 16./4. 83 E. 8 273, 9./11. 94 E. 26 218, 3./12. 00, 9./1. 02, 9./8. 02, 26./11. 08 E. 42 75 (Arealgrößen von 120—2500 ha), und entsprechend für die geschlossenen Privatgewässer 5./2. 84 E. 10 78. Gegen Ushajen N. 5 d muß man mit Frank N. III 2 b a diese Rechtsprechung für zu weitgehend erachten. Allerdings ist die Grenze schwer zu ziehen, von z. B. Elefanten und Straußen abgesehen, muß der Tierpark für Elche größer sein als der für Rehe und Hirsche, aber er darf nie so groß sein, daß die Tiere sich tatsächlich in unbeschränkter Weise bewegen und der Herrschaftswille ohne längeres Suchen nach dem Tier nicht betätigt werden kann. Anderenfalls könnte man die Insel Rügen zu einem Tierpark, den Plöner See zu einem geschlossenen Privatgewässer machen.

Da nach BGB. § 854 zum Besitzwerb die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügt, ist auch ohne das Wissen des Berechtigten das Tier in Besitz genommen, sobald es in die von ihm aufgestellten Rehe, Schlingen, Fallen dergestalt geraten ist, daß es sich nicht befreien kann: RG. 1./12. 96 E. 29 216, 9./5. 99 E. 32 161. Ist das Reh usw. von einem Nichtberechtigten aufgestellt, so ist der Jagdberechtigte nicht schon Eigentümer, sondern nur erst okkupationsberechtigt, das Wegnehmen des Wildes durch einen Unberechtigten daher nicht Diebstahl, sondern Jagdvergehen (§§ 292, 293); RG. 21./4. 92 E. 23 89.

Ein gezähmtes Tier wird nach BGB. 960 Abs. 3 herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren.

Zähme Tiere (Haustiere) bleiben auch dann im Eigentum ihres Herrn, wenn sie entlaufen, sofern nicht in dem bisherigen Zustande der von dem Eigentümer ausgeübten tatsächlichen Gewalt eine derartige Veränderung eingetreten ist, daß nach der Verkehrsauffassung eine Herrschaft des Eigentümers über die Tiere nicht mehr anzuerkennen ist: RG. 13. 2. 91 E. 21 341, 24. 5. 01.

Über Bienen — siehe auch oben — sind BGB. §§ 961—964 besondere Bestimmungen getroffen.

Über die Aneignung fremder, im Freien betroffener Tauben sind nach CG. z. BGB. Art. 130 die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft geblieben. Nach vielen Lokalrechten, z. B. dem Sachsenrecht, gelten die Tauben als vogelfrei. Für das Gebiet des Preuß. Allgem. Landrechts bewendet es bei den Bestimmungen §§ 111 ff. I 9. Danach unterliegen Tauben ohne Rücksicht auf die ihnen innewohnende consuetudo revertendi dem freien Tierfange, wenn ihr Eigentümer zum Halten von Tauben nicht berechtigt ist, d. h. in der Feldstur weder tragbare Nester besitzt, noch solche zu benutzen berechtigt ist: RG. 12./2. 86 C. 13 361, und sind „im Freien“ auch Tauben, die sich in einen fremden Schlag verslogen haben: RG. 29./2. 90 C. 20 271. Nach dem Ges., betr. den Schutz der Brieftauben und den Brieftaubenverkehr im Kriege, v. 28. Mai 1894 (Reichs-Gesetzbl. 463) finden diese territorialen Bestimmungen auf Militärbrieftauben keine Anwendung.

5. Im Unterschied von der Unterschlagung, bei welcher der Täter die Sache bereits in seinem Gewahrsam hat, bricht der Dieb den fremden und begründet seinen eigenen Gewahrsam: er nimmt die Sache weg. Beides ist unter dem Wegnehmen zu verstehen, da im anderen Fall von der Absicht, sich die Sache zuzueignen, nicht die Rede sein könnte. So Berner 554, Frank R. VII, Hälshner II 288, v. Liszt 426, Meyer-Alsfeld 456, Dshaujen R. 21, Rüdorff-Stenglein R. 21.

a) Bei der Beantwortung der Frage, was unter Gewahrsam zu verstehen ist, darf nicht auf die zivilrechtlichen Bestimmungen zurückgegriffen werden, vielmehr ist der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams ein selbständiger, ist eben ein spezifisch kriminalistischer Begriff, und daran ist auch durch das Erscheinen des BGB. nichts geändert. Dies gilt nicht bloß für die Begründung, sondern auch für die Fortdauer und Aufhebung des Gewahrsams. Vgl. z. B. Binding Lehrb. I 144, Frank R. IV Abj. 4, Hälshner II 285 R. 6, v. Liszt 425 R. 5 (der Widerspruch ist, wie die von v. Liszt sofort genannten Ausnahmen ergeben, nur ein scheinbarer), Merkel S. N. III 638, Meyer-Alsfeld 447 R. 33, Dshaujen R. 15; RG. 30./11. 96 C. 29 209, 3./5. 97 C. 30 88, 19./4. 01 C. 34 252, 6./6. 04 C. 37 198. Hierbei kommt es anerkanntermaßen nicht auf den juristischen Besitz an: vgl. z. B. Meyer-Alsfeld 455, Dshaujen R. 16 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein R. 7; RG. 26./10. 81 C. 5 42, 13./4. 92 C. 23 71. Somit muß der Gewahrsam definiert werden als das tatsächliche Verhältnis zur Sache, vermöge dessen man Andere von der Herrschaft über sie ausschließen kann, verbunden mit dem Willen, die eigene Herrschaft geltend zu machen (Meyermeyer Enzykl. 1173). Oder: die tatsächliche Gewalt, d. h. die vom Herrschervollen getragene tatsächliche Herrschaft über die Sache, also die Möglichkeit, mit Ausschluß Anderer auf sie einzuwirken, die Verfügungsgewalt, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß Anderer geltend zu machen (v. Liszt 424). Oder: dasjenige Verhältnis einer Person zu einer Sache, wonach die Person willens und instande ist, über die Sache mit Ausschluß Anderer zu verfügen (Meyer-Alsfeld 446). Oder: das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung, verbunden mit dem Beherrschungswillen (Dshaujen R. 16 Abj. 2). Oder: die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, verbunden mit dem Willen, über sie zu herrschen (Wachenfeld Hst. II 302). Somit genügt, wie Hälshner II 284 ausführt, nicht die äußere, physische Beziehung, sondern ist erforderlich eine innere Beziehung, ein Verhältnis des Willens zur Sache, der Wille, Herrschaft über die Sache zu üben, gleichviel aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke. Der Gewahrsam wird erworben durch eine Handlung, vermöge deren die Person zur Sache in das Verhältnis tritt, sie beherrschen zu können, und ihren Willen kundgibt, sie beherrschen zu wollen. Er endigt mit dem Aufhören des Willens, die Sache inne zu haben; dieses Aufhören äußert sich als ein Aufgeben der Sache oder als Übertragung des Gewahrsams auf eine andere Person. Er hört ohne den Willen des Inhabers auf, wenn die tatsächliche Voraussetzung für die Herrschaft des Willens wegfällt, sei es, daß die Verfügung über die Sache unmöglich wird, weil sie untergeht oder die Person nicht mehr an den Ort der Sache zu gelangen vermag, sei es, daß zwischen den bisherigen Inhaber und die Sache der Wille eines anderen Inhabers tritt, der nur auf dem Wege der Selbsthilfe oder des rechtlichen Verfahrens beseitigt werden kann. Nur unter der Voraussetzung, daß der Gewahrsam zugleich ein Verhältnis des Willens zur Sache ist, erklärt es sich auch, daß seine Fortdauer unabhängig ist von der ununterbrochenen Fortdauer des tatsächlichen Verhältnisses, daß er mit dem Willen, ihn zu haben, fort dauert, gleichviel, ob sich der Wille als ruhender verhält oder sich der Sache gegenüber aktiv betätigt, solange nur einer erneuten Betätigung nicht eine faktische Unmöglichkeit oder der Wille eines anderen Inhabers hindernd in den Weg tritt. Mit diesen Hälshnerischen Ausführungen stimmen überein außer den bereits genannten Autoren Binding Lehrb. I 286, Frank R. IV Abj. 2, Geyer II 44, Merkel S. N. III 639 ff., Rüdorff-Stenglein R. 7 und v. Schwarze R. 9. Frank gibt ein hübsches Beispiel: Der Berschieber, den ein Besucher an den Garderobenhälter meines

Hausflur aufhängt, wird nicht mir, sondern ihm weggenommen. Dagegen betrachten den Gewahrjam lediglich als ein räumlich bestimmtes Verhältnis der Person zur Sache und leugnen jedes Willensverhältnis Oppenhoff-Delius N. 16, Schütze 427 und RG. 19./6. 80 E. 2 332, 1./10 81 E. 5 42, 7./12. 81 E. 5 218, 13./12. 81 E. 5 222. Dies ist von Bedeutung für die Frage, ob bei Kindern und Geisteskranken ein Gewahrjam möglich ist. Das rein tatsächliche Verhältnis kam natürlich auch bei ihnen vorliegen. Ebenso der Herrschaftswille, jedoch es reine Tatfrage ist, ob sie auch die Beharrlichkeit des Besitzeswillen haben; fehlt ihnen diese, so befindet sich die Sache im Gewahrjam derjenigen Person, unter deren Obhut das Kind, der Geisteskrante steht. Dagegen können sie den Gewahrjam nicht übertragen, weil die Übertragung stets zugleich ein Rechtsakt ist; daher ist die Empfangnahme, wenn der Empfänger die Handlungsfähigkeit des Tradenten kennt, Wegnahme. So Binding Lehrb. I 291, v. Liszt 425 N. 5, Mertel S. 5. III 644, Meyer-Alsfeld 455 N. 9, Lisshausen N. 22 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 7; a. M. Frank N. VI, Lisshausen N. 16 Abs. 2 und RG. 19./6. 80 E. 2 332 (nimmt nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung an).

b) Wollen ist Wissen. Eine Sache, von der ich nichts weiß, ist gleichwohl in meinem Gewahrjam, wenn sie zu einer anderen in meinem Gewahrjam befindlichen Sache in gewissen Beziehungen steht und ich den Willen habe, auch die in diesen gewissen Beziehungen stehenden Sachen in meinem Gewahrjam zu haben, z. B. die in meinen Briefkästen gesteckten Briefe, die von meiner Heime gelegten Eier. Vgl. Frank N. IV Abs. 2. Wie es Meyer-Alsfeld 455 ausdrückt: es genügt, daß die Sache zu einer Gesamtheit von Sachen gehört, auf die einzuwirken man in der Lage und Willens ist. Wer ein Verhältnis in seinem Gewahrjam hat, z. B. einen ihm anvertrauten verschlossenen Kasten, hat in seinem Gewahrjam auch die in dem Verhältnis befindlichen Sachen: RG. 13./12. 81 E. 5 222. Der Inhaber einer Wohnung hat den Gewahrjam der in ihr befindlichen Gegenstände, sofern nicht ein Dritter an einzelnen von ihnen vermöge besonderen Verhältnisses eine den Inhaber der Räumlichkeit zurückdrängende Macht ausübt: RG. 3./5. 97 E. 30 88. Er hat den Gewahrjam also auch dann, wenn er nicht oder nicht mehr weiß, daß die Sache sich dort befindet oder wo sie liegt, hat es auch an solchen Sachen, die ohne sein Wissen für ihn in seine Wohnung gebracht sind, z. B. der Brief durch den Briefträger, das Buch durch den Austräger der Buchhandlung: Meyer-Alsfeld 455 N. 13; RG. 13./1. 281 E. 5 222. Die rechtswidrige Aneignung der Geldstücke in den Geldspielautomaten ist stets Diebstahl, da der Automatenaufsteller bereits für sich den Besitz an den Geldstücken erlangt hat: RG. 7./11. 10 E. 44 114.

c) Somit können die im Gewahrjam des Wohnungsinhabers stehenden Sachen in der Wohnung selbst nicht verlorengehen. Verlorene Sachen sind außer Gewahrjam, können also von dem Finder wohl unterschlagen, nicht aber gestohlen werden. Verloren ist eine Sache dann, wenn der Ort, an dem sie sich befindet, dem bisherigen Inhaber entweder nicht bekannt oder dauernd unzugänglich ist (die auf offener See über Bord gefallene silberne Kaffeetafel des Kapitäns). Verlorene Sachen sind auch entlaufene Haustiere, welche die consuetudo revortendi abgelegt oder sich dergestalt verlaufen haben, daß sie nicht nach Hause zurückfinden können: Berner 555, Frank N. V, Lisshausen N. 17 a Abs. 2; oben N. 4 f Abs. 5.

Nicht zu verwechseln mit den verlorenen sind die verlegten, vergessenen, versteckten Sachen. Vgl. Schütze 442 N. 8.

Eine Sache ist verlegt, wenn der Inhaber zwar weiß, daß sie innerhalb gewisser ihm zugänglicher Räume, aber nicht, an welcher bestimmten Stelle sie sich befindet, obgleich ihm solches früher bekannt war: RG. 18./1. 81 E. 3 201. Durch das Verlegen wird der Gewahrjam zunächst nur momentan unterbrochen, und die Sache gilt erst dann als verloren, wenn das Nachsuchen als erfolglos aufgegeben ist.

Eine Sache ist vergessen, wenn sie am dritten Orte liegengelassen wurde, ohne daß dem Inhaber der Verbleib aus dem Gedächtnis geschwunden ist und ohne daß äußere Hindernisse vorliegen, die ihre Wiedererlangung verhindern: Lisshausen N. 17 b, 3 und RG. 22./5. 06 E. 38 444. Wenn Frank N. V und Hälshner II 286 Verlust des Gewahrjams annehmen, falls die Sache in der Räumlichkeit eines Anderen, wo dessen Wille herrscht, zurückgelassen wurde, so ist bereits N. b darauf hingewiesen, daß der Gewahrjam des Inhabers einer Räumlichkeit an den in ihr befindlichen Gegenständen kein unbedingter ist. Um das N. a angeführte französische Beispiel zu verwenden: an dem Überzieher, den der Besucher an dem Garderobenhalter meiner Hausdiele aufhängt, erwerbe ich keinen Gewahrjam, wohl aber nach Frank und Hälshner dann, wenn der Besucher ihn beim Fortgehen mitzunehmen vergißt, obgleich weder er den Gewahrjam aufgeben, noch ich ihn erwerben will. Mit Recht erscheint dies Lisshausen a. a. E. als zu weitgehend. Die von Frank gemachte Unterscheidung, ob die Sache an einem privaten Ort vergessen ist oder an einem öffentlichen, z. B. in einem Gastzimmer, ist nahezu willkürlich.

Die Sache ist endlich versteckt, wenn sie vom Inhaber verborgen wird, um das Bekanntwerden ihrer Existenz, Beschaffenheit, Aufenthaltsortes, eventuell also auch, um gerade ihre Wegnahme zu verhüten.

a) Außer Gewahrjam sind die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände, solange sie nicht in die tatsächliche Gewalt einer Person gekommen sind. Die Bestimmung BGB. § 857, daß der Besitz auf den Erben übergeht, ist hierfür — vgl. N. 5 a — ohne Bedeutung. Somit ist vorher kein Diebstahl an Erbschaftsachen möglich. So Frank N. IV Abs. 4 N. 3, Meyer-Walfeld 447 N. 33, Olshausen N. 18 c; RG. 17./3. 84 E. 10 257, 19./4. 01 E. 34 252.

6. Der Dieb bricht den fremden Gewahrjam, die Sache, welche er stiehlt, befindet sich im Augenblick des Stehlens im Gewahrjam eines Anderen.

a) Dieser Andere braucht nicht der Eigentümer zu sein. Er kann, da es sich um eine physische Herrschaft handelt, nur eine physische Person sein. Auf welche Weise und ob er rechtmäßig oder rechtswidrig den Gewahrjam erlangt hat, ist gleichgültig, sodaß auch dem Dieb die gestohlene Sache gestohlen werden kann: Frank N. VI, Merkel 319 und S. S. III 642, Meyer-Walfeld 455 N. 7, Olshausen N. 20, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 14, Schüge 427. Ob aber wirklich ein Anderer den Gewahrjam hat, ist eine Tatsache. Die auf dem gestrandeten, von der Schiffsbesatzung verlassenen Schiffe befindlichen Sachen sind im fortdauernden Gewahrjam des Schiffers bzw. des bisherigen Inhabers; vgl. oben N. 4 d. Der Gemeinschuldner hat unabhängig von der Konkursöffnung den Gewahrjam an den zur Konkursmasse gehörenden Sachen bis dahin, daß für den Konkursverwalter oder einen Dritten ein neuer Gewahrjam begründet wird, kann also bis dahin von der Masse nichts wegnehmen: Olshausen N. 17 c und Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. 1; vgl. oben N. 4 a Abs. 2. Der Ladeninhaber behält den Gewahrjam an der gegen Barzahlung verkauften Ware auch dann, wenn er sie vor der Zahlung dem Käufer bereits eingehändigt hat, sodaß der Käufer, welcher sich mit ihr ohne Bezahlung entfernt, einen Diebstahl begeht: RG. 5./1. 80 E. 1 289 (vgl. N. 8). Ein von einem Kollwagen während der Fahrt herabgefallener Gegenstand bleibt so lange in dem Gewahrjam des Kutschers, als es diesem möglich ist, den von ihm eingehaltenen Weg zurückzugehen und den Gegenstand aufzufinden: RG. 4./7. 95. Die im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommene Pfändung und der in der Versteigerung erteilte Zuschlag haben den Verlust des Gewahrjams für den bisherigen Inhaber nicht von selbst und notwendig zur Folge: RG. 3./6. 90 E. 20 428.

b) Wie nicht der alleinige, wohl aber der Miteigentümer, so kann nicht der alleinige Inhaber des Gewahrjams, wohl aber der Mitgewahrjamsinhaber sich des Diebstahls schuldig machen, wenn er sich nämlich die alleinige Verfügungsgewalt verschafft. Der Mitgewahrjam besteht entweder zwischen zwei gleichberechtigten Personen, z. B. mehreren Miteigentümern, oder zwischen zwei verschieden berechtigten, von denen sich die eine bezüglich des Gewahrjams der anderen unterzuordnen hat. Im Fall der Koordination kann sich jeder Inhaber, im Fall der Subordination nur der subordinierte der Wegnahme schuldig machen. Vgl. Frank N. IV Abs. 5, v. Liszt 426, Meyer-Walfeld 447 N. 34, Olshausen N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 12, 13, v. Schwarze N. 9; RG. 15./10. 09 E. 43 10. Gaben zwei Diebe gemeinschaftlich eine Sache gestohlen und in gemeinschaftlichen Gewahrjam genommen, so begeht der Diebsgenosse, der die Sache wegnimmt, einen neuen Diebstahl, da durch Diebstahl kein Eigentum begründet wird, die Sache somit nach wie vor eine fremde ist und ein Mitgewahrjam vorliegt: v. Liszt 426 N. 7 und Rüdorff-Stenglein N. 14 Abs. 2; a. M. Olshausen N. 33 Abs. 1 und RG. 2./2. 85 E. 11 438.

Der letztere Fall, der der sog. Besitzdienerschaft — nicht zu verwechseln mit dem mittelbaren Besitz (BGB. §§ 868, 871) —, ist der praktisch wichtigere. Wird beispielsweise eine Sache von dem Dienstherrn dem Dienstboten, von dem Geschäftsinhaber dem Angestellten, von einem sonstigen Arbeitgeber dem Arbeiter zur Bearbeitung oder zum Verbrauch übergeben, so wird der Übergang des Gewahrjams auf den Empfänger der Sache nicht notwendig herbeigeführt, vielmehr bleibt der Gewahrjam bei derjenigen Person, welche die Sache aus der Hand gegeben hat, wenn für sie nach der Verkehrsauffassung durch die Möglichkeit fortdauernder Überwachung auf ihrer Seite und durch das Abhängigkeitsverhältnis auf der anderen Seite die jederzeitige Wiedererlangung unmittelbarer körperlicher Verfügungsgewalt gesichert erscheint. Hier trifft die sonst zu beschränkte Definition Franks N. IV Abs. 3 zu, wonach der Gewahrjam das tatsächliche Verhältnis einer Person über eine Sache ist, vermöge dessen die Sache einer Person derartig zugänglich ist, daß diese ihren Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise betätigen kann. Einen Diebstahl begehen somit Dienstboten, welche eine ihnen von der Dienstherrschaft zur zeitweisen Benutzung in den Räumen der Herrschaft überlassene Sache wegnehmen: RG. 11./11. 81 und 21./6. 97; Verkäufer im Ladengeschäft, welche sich Waren aus den Geschäftsvorräten: RG. 5./4. 80 E. 2 1 und 20./6. 90 E. 21 16, oder die für den Geschäftsherrn empfangenen Gelder aneignen: RG. 3./5. 97 E. 30 88; Melker, welche sich Vorräte ihres Dienstherrn aneignen, es sei denn, daß ihnen eine Verfügungsgewalt

besonders eingeräumt ist, in welchem Fall nur Unterschlagung vorliegt: RG. 26./3. 03; Arbeiter, welche das ihnen vom Arbeitgeber zur Verarbeitung in seinen Arbeitsräumen übergebene Arbeitsmaterial sich zueignen: RG. 30./11. 96 C. 29 209; Förster, welche geschlagenes Holz aus dem ihrer Obhut anvertrauten Walde: RG. 2./12. 81 C. 5 181, und Beamte, welche Sachen aus dem amtlichen Gewahrsam wegnehmen: RG. 8./1. 81 C. 3 201. Streitig ist, ob der Mieter an den in einem möblierten Zimmer mitvermieteten Sachen den Gewahrsam hat. Das RG. 18./2. 81 C. 3 358 und 1./10. 81 C. 5 42 bejaht, dagegen z. B. Berner 557, Olshausen N. 19 d und Schütze 428 N. 5 verneinen die Frage. Mit Frank N. IV Abf. 5, v. Liszt 426 und Meyer-Alsfeld 447 N. 34 wird man die Frage verneinen müssen, wenn die Wohnung nicht abgesondert ist, sondern innerhalb der Wohnung des Vermieters liegt oder dieser jederzeit Zutritt hat. Der gewöhnliche Chambregarnist, der Hotelgast begehen also nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl, wenn sie eine der mitvermieteten Sachen wegnehmen, dagegen nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung, wer z. B. mit eigenem Hausstand eine möblierte Villa bewohnt. Der Vermieter hat an den eigenen Sachen des Mieters keinen Gewahrsam, begeht also stets Diebstahl.

7. Wegnahme ist jede Tathandlung, durch welche der Übergang der Sache aus dem fremden Gewahrsam in den eigenen oder in den eines Dritten bewirkt wird. Sie darf nicht mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben erfolgen, denn dann ist sie Raub (§ 249). Im übrigen ist ihre Art und Weise und sind die bei ihr angewendeten Mittel gleichgültig. Sie kann nicht nur durch Ergreifen, sondern auch in anderer Weise geschehen. Es ist also Wegnahme, wenn der Täter das fremde Faß Wein umsticht und den Wein in sein Gefäß fließen läßt, wenn er Brenngas aus dem fremden Rohr in das seitige ableitet, wenn er die fremden Haustiere aus dem Stall entlassen läßt und dann einfängt. Weggenommen ist aber die Sache nicht schon, wenn sie aus dem fremden Gewahrsam weggeschafft, sondern erst, wenn sie in den Gewahrsam des Täters aufgenommen ist; vgl. N. 5 Abf. 1. Ob die Wegnahme heimlich oder offenkundig geschieht, ist bedeutungslos.

Man unterscheidet vier Theorien, nach welcher sich bemißt, ob ein — vollendeter — Diebstahl vorliegt.

Nach der Kontretaktionsstheorie liegt der Diebstahl vor, sobald der Dieb die Sache in diebischer Absicht berührt hat.

Nach der Ablationstheorie muß er die Sache vom Orte des Diebstahls weggebracht haben.

Nach der Ablations- oder Vergangstheorie muß er die Sache vom dem Ort, an welchem er stahl, weg- und an den Ort, wo er sie bergen und aufbewahren will, hingebraht haben.

Nach der Apprehensionstheorie muß er die Sache in seine Gewalt gebracht haben, sollte er auch noch an dem Orte des Diebstahls mit der Sache ergriffen werden oder nach geschehener Ergreifung die Sache wegwerfen.

Es herrscht darüber kein Streit, daß die Apprehensionstheorie die allein richtige und daß sie vom Gesetzgeber angenommen ist. Vgl. auch § 252.

Nach einer von Frank N. VI 2, Hälschner II 288, 292, v. Liszt 426 N. 8, Olshausen N. 24 Abf. 2 und Lppenhoff-Delius N. 42 gebilligten Entscheidung des RG. 17./10. 90 C. 21 110 ist die Sache nicht gestohlen, sondern der Käufer betrogen, wenn Jemand die fremde im Gewahrsam eines Anderen befindliche Sache verkauft und den getäuschten Käufer veranlaßt, sie weg- und an sich zu nehmen. Dies ist irrig. Es herrscht keine Meinungsverschiedenheit darüber und kann gar nicht herrschen, daß der Diebstahl auch durch die Hand eines gutgläubigen Dritten erfolgen kann. Ist der Käufer gutgläubig, so liegt eine mittelbare Täterschaft vor, der Verkäufer hat zugleich gestohlen und den Käufer um den Kaufpreis betrogen. Weiß der Käufer aber um die Sachlage, so ist er der Dieb und der Verkäufer ist Teilnehmer. So auch Binding Lehrb. I 278, Mertel S. 5. III 643, Meyer-Alsfeld 456, Schütze 472 N. 10. Der Einwand, daß der Verkäufer im ersten Fall keinen Gewahrsam erlange, trifft nicht zu, denn der Käufer nimmt die Sache für ihn weg, um sie nachher mit seiner Zustimmung für sich zu behalten, also zwillkürlich gesprochen ein Fall der *brevi manu traditio*.

8. Die Rechtswidrigkeit der Wegnahme ist notwendiges Tatbestandsmoment. Sie entfällt insbesondere, wenn der Inhaber zustimmt: RG. 7./12. 81 C. 5 218. Die Zustimmung ist nicht in der bloßen Einhändigung der Sache zu finden, z. B. wenn der Verkäufer die Ware in der Erwartung der Barzahlung übergibt: RG. 5./1. 80 C. 1 289. Ebenjowenig in jeder Nichtverhinderung der Wegnahme, für welche ja die verschiedensten Gründe denkbar sind: v. Liszt 426, Mertel S. 5. III 643, Meyer-Alsfeld 457, Olshausen N. 22 Abf. 3, Müddorff-Stenglein N. 20 Abf. 2. Daß der Täter die Zustimmung kennt, ist nicht erforderlich: Schütze 430 N. 8. Die Zustimmung des nicht besitzenden Eigentümers genügt wohl zur Zuignung, nicht aber zur Wegnahme, da die Zustimmung eine Betätigung der physischen Herrschaft ist und er diese als Nichtgewahrsamsinhaber nicht hat; vgl. unten N. 10 a.

9. Nur dann aber ist die Wegnahme Diebstahl, wenn der Täter sich die Sache zueignen will, wenn also die Tätigkeit des Wegnehmens als Mittel zum Zwecke der Zueignung dient. Die Tätigkeit muß durch diese Absicht bestimmt sein, und der Tatbestand des Diebstahls ist nicht gegeben, wenn die Absicht der Zueignung erst nachher hinzukommt: Hälschner II 289, Mertel S. 5. III 655, Olshausen N. 26 Abs. 1. Daraus, daß das Gesetz sagt, der Täter müsse „sich“ die Sache zueignen wollen, folgern Binding Lehrb. I 270, 274, v. Liszt 429 und Olshausen N. 26 Abs. 2, daß kein Diebstahl, sondern was? vorliegt, wenn der Täter die Sache in der Absicht wegnimmt, sie unmittelbar einem Anderen zuzueignen. Das Wort „sich“ ist aber nicht im Gegensatz zu „einem Anderen“ zu verstehen, sondern die beiden Worte „sich zueignen“ bedeuten den Gegensatz zu einer andern Absicht, z. B. um die Sache zu benutzen. Es ist auch gar nicht möglich, eine Sache aus dem fremden Gewahrsam zu nehmen und in den eigenen zu bringen, hierdurch aber die Sache einem Dritten zuzueignen, zu welchem der Wegnehmer weder im Verhältnis des Werkzeugs noch in dem des Gehilfen steht. Zudem würde, wenn Bindings usw. Ansicht zuträfe, bei Gutgläubigkeit des Dritten Niemand strafbar sein, der Dritte nicht wegen seiner Gutgläubigkeit, der Wegnehmer nicht mangels der Zueignungsabsicht. Wegnahme und Zueignung fallen zeitlich zusammen, mit der vollzogenen Wegnahme tritt unvermeidlich auch diese ein. Daran wird durch den Umstand nichts geändert, daß der Täter wegnimmt, um die Sache sofort an einen Dritten weiterzugeben, denn auf den Endzweck der Wegnahme kommt es anerkanntermaßen nicht an. Somit kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Wegnahme von vornherein im Interesse eines Anderen verübt wird, wofür sie nur nicht im Interesse des Bestohlenen selbst geschieht. Hiermit stimmen überein Frank N. VII 2 c, Hälschner II 290, 292 und Meyer-Malfeld 457 N. 26.

Darüber, was unter der Zueignungsabsicht zu verstehen, wird gestritten; vgl. die Übersicht der verschiedenen Ansichten bei Olshausen N. 28, 29 Abs. 1. Der Dieb nimmt weg, d. h. er bricht den fremden und begründet den eigenen Gewahrsam. Diesen eigenen Gewahrsam will er eben begründen, und sobald er ihn begründet hat, ist die Sache zugeeignet. Zueignen ist also Schaffung eines tatsächlichen Verhältnisses zur Sache, vermöge dessen man Andere von der Herrschaft über sie ausschließen kann, verbunden mit dem Willen, die eigene Herrschaft geltend zu machen (oben N. 5 a). In diesem Sinne macht der Dieb die Sache zu seiner eigenen. Er wird nicht Eigentümer, kann es durch den Diebstahl nicht werden und will es nicht werden, wenn er überhaupt vernünftig wollen kann, wohl aber will er die Sache wie der Eigentümer haben, er will sich die tatsächliche Möglichkeit verschaffen, den Gehalt derjenigen Befugnisse auszuüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentums ausübt. So v. Liszt 427, Mertel 318, Meyer-Malfeld 448, Olshausen N. 28 Abs. 1. Wenn Frank N. VII 2 Abs. 1 die Zueignungsabsicht als die Absicht definiert, über die Sache ihrem wirtschaftlichen Wert entsprechend derartig zu verfügen, daß der Berechtigte von dem wirtschaftlichen Wert ausgeschlossen wird, so spricht gegen diese Definition der Umstand, daß ein Diebstahl möglich ist auch an Sachen ohne wirtschaftlichen Wert. Daraus, daß der Dieb sich in Gegensatz zu dem Berechtigten stellt, ergibt sich, daß die Zueignungsabsicht fehlt, somit kein Diebstahl vorliegt, wenn die Wegnahme im Interesse des Berechtigten geschieht (§ 370 Nr. 6), wogegen ein eigenes Interesse, jedoch mit Entziehung desselben auf das Interesse des Dritten vorliegt, wenn der Dieb die Sache an einen Dritten, wenn auch unentgeltlich, weitergeben will: Frank N. VII 2 c, Olshausen N. 28 Abs. 2. Und weil die Dauer ein dem Eigentum inhärentes Moment ist, muß der Dieb die Sache dem Eigentümer dauernd entziehen wollen. Dagegen ist nicht erforderlich die Absicht, durch die Zueignung sich oder einem Andern einen Gewinn zu verschaffen, sich zu bereichern. Obgleich es für die Strafzumessung erheblich in Betracht kommt, insbesondere der Richter in einem solchen Falle kaum auf Ehrverlust oder Zulässigkeit von Polizei-Massicht erkennen wird, so bleibt es doch Diebstahl, wenn der Wegnehmende den Geldwert der Sache als Entschädigung zurückläßt: Werner 553, Binding Lehrb. I 274, Frank N. VII 2 Abs. 1, v. Liszt 427, Mertel S. 5. III 658, Meyer-Malfeld 458, Olshausen N. 35 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 45, Rüdorff-Stenglein N. 24, Schüre 430 N. 9; a. M. mit den Motiven Hälschner II 293, 300 und v. Schwarze N. 16. Schon hieraus ergibt sich, daß auch die Absicht einer Vermögensbeschädigung nicht erforderlich ist: Binding a. a. O. und Olshausen N. 35 Abs. 3; a. M. Hälschner II 303 und v. Wächter 414. — Das RW. ist der Ansicht, daß die Absicht, über die Sache mit Ausschließung des Eigentümers zu verfügen, schon dann vorliege, wenn der Wegnehmende auch nur eine einzelne Verfügung habe treffen wollen, welche zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers bzw. desjenigen gehörig betrachtet werden müsse, dem vom Eigentümer das Recht dazu erteilt worden: RW. 1./5. S4 E. 10 369, 23./2. 97 E. 29 415, 19./2. 07 E. 40 10. Daß es solche Verfügungen gibt, ist richtig, z. B. das Geheimbuch eines Kaufmannes einzusehen, muß als ausschließliche Befugnis des Kaufmannes selbst betrachtet werden, aber die Absicht, eine Verfügung zu treffen, welche an sich, nur dem Eigentümer zusteht, ist, wie Olshausen N. 29 Abs. 1 mit Recht einwendet, keineswegs

identisch mit der Absicht, über die Substanz — Gebrauchsanmaßung ist kein Diebstahl! — mit Ausfischung des Eigentümers zu verfügen, und durch die Ansicht des RG. wird auch das Erfordernis der Dauer der Entziehung beseitigt. Es wäre somit nach Erachten des RG. Diebstahl, wenn ein Handlungsgehilfe das Geheimbuch des Prinzipals wegnimmt, um es zu lesen und nach einer Stunde wieder an seinen alten Platz zu bringen. Oder wenn der Bediente die Galc-uniform seines Herrn anzieht und mit ihr auf die Kaskerade geht. Treffen diese Beispiele nicht zu, welche Verfügungen meint dann das RG.?

Aus dieser Ausföhrung ergibt sich Folgendes:

a) Die Zueignungsabsicht fehlt, wenn der Wegnehmer die Sache nur gebrauchen will, mag auch mit dem Gebrauch eine Wertminderung verknüpft sein, wofern nur nicht die Sache durch den Gebrauch verbraucht wird: Frank VII 2 Abj. 1, Hälßner II 292, v. Liszt 428, Merkel S. S. III 650, Meyer-Altfeld 448, Dshausen N. 30 a, Rüdorff-Stenglein N. 22 Abj. 2, Schütze 431, Wachenfeld S.R. II 302, v. Wächter 414; RG. 23./2. 93 E. 24 22, 19./2. 07 E. 40 10, 21./3. 11 E. 44 335.

b) Sie fehlt, weil es sich ebenfalls nur um einen zeitweiligen Gebrauch handelt, dann, wenn die Wegnahme erfolgt, um die Sache zunächst zu verpfänden, demnächst aber wieder einzulösen und zurückzugeben: Binding Lehrb. I 269 N. 1, Frank N. VII 2 b, Hälßner II 292, Merkel III 650, Meyer-Altfeld 449, Dshausen N. 30 b Abj. 1, v. Schwarze N. 17; a. M. Oppenhoff-Delius N. 42 und v. Wächter 428. Aber der Wille, wiedereinzulösen und zurückzugeben, kann nur dann für einen ernstlichen und bestimmten Zweck erachtet werden, wenn der Täter in dem Bewußtsein handelt und nach den Umständen des Falles und seinen Vermögensverhältnissen handeln kann, die Mittel zur Einlösung rechtzeitig zu erlangen: Meyer II 51, v. Liszt 428, Merkel 318; RG 24./4. 80 E. 2 22, 3./7. 84 E. 11 68, 12./11. 94 E. 26 230. Ein Wille ohne solche substantielle Unterlage ist entweder eine Selbsttäuschung, oder es liegt Eventualdolus vor. Aber auch wenn man mit Binding, Frank, Meyer-Altfeld und Dshausen a. a. D., Hälßner II 352 daraus, daß der Täter auf die Möglichkeit der Wiedereinlösung hoffen durfte, nur einen Schluß auf die Absicht der Zurückgabe machen will, muß der Wille des Täters darauf gerichtet sein, die Einlösung selbst zu bewirken; somit liegt unrechtfertig dann Diebstahl vor, wenn er mit der Einlösung durch einen Dritten rechnet: RG. 3./7. 84 E. 11 68.

c) Wird die Sache weggenommen, um die Realisierung einer Forderung zu sichern, also im Falle der eigenmächtigen Pfändung, so liegt darin nicht die Absicht der Zueignung, wenn nur ein Zwang ausgeübt, also die Sache auch im Falle der Nichtbefriedigung zurückgegeben oder ihr Verkauf nur im geordneten Wege Rechtens betrieben werden soll. Veräußert der Täter selbst die Sache, so begeht er einen Diebstahl, wenn seine Absicht schon bei der Wegnahme auf ihre Veräußerung gerichtet war, andernfalls eine Unterschlagung. So auch Frank N. VII 2 b, Hälßner II 297, Meyer-Altfeld 458, Dshausen N. 30 b Abj. 2, v. Wächter 414; RG. 10./3. 85 E. 12 88.

d) Wenn der Täter die sofortige Zerstörung beabsichtigt und diese Absicht ausführt, so macht er jeden Gewahrjam für alle Zeit unmöglich, und weil dies das Gegenteil der Zueignung ist, so begeht er keinen Diebstahl. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 268, Frank N. VII 2 a, v. Liszt 428, Merkel, 320 und S. S. III 649, Meyer-Altfeld 449, Rüdorff-Stenglein N. 22 Abj. 2, Schütze 430, Wachenfeld S.R. II 302, v. Wächter 414. Wenn Hälßner II 299 und Dshausen N. 30 c dies bestreiten, weil dieser Fall mit demjenigen gleichliege, wo der Täter den Gewahrjam erwerbe, um die Sache demnächst einem Dritten zuzuwenden, und weil der verfolgte Endzweck, der eine Entäußerung des Gewahrjams für den Täter zur Folge habe, nicht entscheidend sein könne, so übersehen sie, daß es ein Unterschied ist, ob der Gewahrjam übertragen oder für alle Zeit unmöglich gemacht werden soll. Dshausen räumt auch selbst ein, daß „meist schon die Erlangung des Gewahrjams nicht vorliegen wird“. Ist die wirtschaftliche Verwertung der Sache nur durch die Zerstörung möglich, z. B. bei Brenngas, Feuerungsmaterial, so ist, wie bei dem Gebrauch durch den Verbrauch (N. a), die Zerstörung gleich der Zueignung: Frank, Dshausen und Wachenfeld a. a. D., Meyer-Altfeld 448.

10. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist notwendiges Tatbestandsmerkmal.

a) Sie wird zunächst ausgeschlossen durch die Einwilligung. Wie die Rechtswidrigkeit der Wegnahme durch die Einwilligung des Gewahrjamsinhabers in die Wegnahme (N. 8), so wird die der Zueignung durch die Einwilligung des Eigentümers in die Zueignung ausgeschlossen, und zwar ohne Unterschied, ob der Eigentümer besitzt oder nicht besitzt, wogegen die Einwilligung seitens des nicht besitzenden nur in die Wegnahme einflußlos ist; vgl. N. 8: Binding Lehrb. I 293, Hälßner II 290, Meyer-Altfeld 457, Dshausen N. 32 a Abj. 3, v. Wächter 413; a. M. Schütze 429. Da es sich um ein objektives Tatbestandsmoment handelt, ist auch hier die Kenntnis der Einwilligung seitens des Täters nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 272, Hälßner II 291, Meyer-Altfeld und Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 43, Schütze 430 N. 8.

b) Die Rechtswidrigkeit wird ferner dadurch ausgeschlossen, daß der Täter einen Anspruch auf sofortige Übertragung des Eigentums an der Sache hat: Binding Lehrb. I 272, Frank N. VII 3, Hälschner II 296 (wenn, was Hälschner bejaht, zum Diebstahl die Absicht der Vermögensbeschädigung gehört), v. Liszt 428, Meyer-Allfeld 458, Olshausen N. 32 a Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 45, v. Wächter 415. Erforderlich ist jedoch, wie insbesondere v. Liszt betont, daß die wegnehmende Tätigkeit einen Akt berechtigter Selbsthilfe bildet; übereinstimmend auch Olshausen N. 32 letzter Abj.

c) Dagegen begehrt allerdings eine rechtswidrige Aneignung der Gläubiger, der ohne berechtigte Selbsthilfe seinem Schuldner eine Sache wegnimmt, um sie als Äquivalent seiner Forderung zu behalten oder sie sofort zu veräußern und sich mittels des Erlöses bezahlt zu machen: Hälschner II 298 (wenn zum Diebstahl die Absicht der Vermögensbeschädigung gehört), v. Liszt 428, Merkel S. S. 658, Meyer-Allfeld 458, Olshausen N. 23 b, Oppenhoff-Delius N. 45; RG. 9./2. 80 E. I 193, 10./3. 85 E. 12 88; a. M. v. Schwarze N. 16, Wachenfeld S. II 303, v. Wächter 415. Den Fall anders zu beurteilen, wenn der Gläubiger, welcher Geld zu fordern hat, dem Schuldner Geld wegnimmt, liegt kein Grund vor: Hälschner und Olshausen a. a. O. und RG. 5./3. 94 E. 25 172; a. M. Binding Lehrb. I 272 N. 5 und Meyer-Allfeld 458 N. 31; vgl. jedoch die folgende N. d.

d) Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Zueignung bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels der subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht beruft, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist. Trotz der objektiven Rechtswidrigkeit wird das Bewußtsein der subjektiven aber oft fehlen, wenn der Gläubiger die seiner Forderung entsprechende Geldsumme dem Schuldner wegnimmt: Frank N. VII 3, v. Liszt 428, Meyer-Allfeld 458 N. 30, Olshausen N. 34 Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 45, Wachenfeld S. II 303 und RG. 17./6. 80 E. 2 184; a. M. Geyer II 45, der hier trotz mangelnden Bewußtseins stets, v. Schwarze N. 16 und v. Wächter 415, welche niemals Diebstahl annehmen.

11. Der Diebstahl kann nur dolos begangen werden. Der Vorsatz ist das Wissen und Wollen aller Deliktmerkmale. Er wird ausgeschlossen durch die Annahme, daß der Inhaber die Wegnahme, der Eigentümer die Zueignung genehmige oder genehmigen werde. Ebenso wenn der Täter sich nach den Bestimmungen des Zivilrechts zu der Wegnahme oder Zueignung für befugt erachtet: Binding Lehrb. I 273, Merkel S. S. III 655, Olshausen N. 34 Abj. 3, v. Wächter 415; RG. 9./2. 80 E. I 193. Auch muß der Täter wissen, daß die Sache eine fremde, also weder eine herrschende ist noch ihm selbst gehört, wogegen er nicht zu wissen braucht, wem sie gehört. Entsprechend braucht der Vorsatz nicht auf bestimmte Diebstahlsobjekte gerichtet zu sein. Die Beweglichkeit der Sache ist nicht Delikt-, sondern Strafbarkeitsmerkmal, wird somit vom Vorsatz nicht umfaßt, ein Irrtum des Täters in dieser Beziehung ist für den Dolus gleichgültig: Binding Lehrb. I 279, Meyer-Allfeld 450 N. 54, Olshausen N. 33 Abj. 2, § 246 N. 19.

12. Der Diebstahl ist vollendet mit der Vollendung der Wegnahme, also sobald der eigene Gewahrsam begründet ist. Durch weitere Manipulationen mit der Sache, welche das Eigentumsrecht des Bestohlenen verletzen, z. B. Zerstörung, macht sich der Dieb nach dem Grundgesetz über die Gesetzeskonkurrenz durch Konsumtion — vgl. § 73 N. 8 d, 7 und Frank § 73 N. VII 2 c, 7 — keines neuen Delikts schuldig: RG. 11./5. 86 E. 14 121, 15./1. 02 E. 35 64. Wann die Wegnahme vollendet, ist Tatfrage. Der Versuch ist strafbar. Der Diebstahl ist versucht, wenn mit dem Bruch des fremden Gewahrsams begonnen ist. Da aber bei dem einfachen Diebstahl der Bruch fremden und die Begründung des eigenen Gewahrsams regelmäßig zusammenfallen, bleibt für den Versuch nur ein geringer Spielraum. Dieselbe Handlung, z. B. Verlecken der Sache, kann Vorbereitungshandlung, Versuch, Vollendung sein. Allgemein genommen kann jede Tätigkeit als Anfang der Ausführung betrachtet werden, welche unmittelbar in die Lage versetzt, die Ausführung vorzunehmen. Daß die gezielte Sache, ja daß überhaupt eine Sache vorgefunden wird, ist aber nicht erforderlich; der Taschendiebstahl ist auch dann versucht, wenn die Taiche, in welche der Dieb hineingreift, leer ist.

13. Das geltende Recht kennt strafbare Handlungen, welche an sich den Tatbestand des Diebstahls ergeben, aber gleichwohl nicht als Diebstahl bestraft werden. Zu solchen privilegierten Delikten gehören die Rotenwendung (§ 248 a), die Munitionsanreicherung (§ 291), die Wegnahme des § 270 Nr. 2 und der Mundraub (§ 270 Nr. 5). Insbesondere kommen in Betracht die durch CG. § 2 Abj. 2 aufrechterhaltenen Holz- (Forst-) Diebstahls, Forst- und Feld Holzdiebstehle. Diese Delikte gelten nur dann als Diebstahl, und die Diebstahlsstrafen kommen nur dann zur zur Anwendung, wenn die Feststellungen in ihrer Gesamtheit die Nichtanwendbarkeit des be-

sonderen Gesetzes ergeben, jedoch im Zweifel das mildere Gesetz zur Anwendung kommt und Idealkonkurrenz mit den Delikten der §§ 242—245 ausgehoben ist. Auf die Entwendung von Bodenerzeugnissen, die nach ihrer Einheimigung, d. h. ihrer Verbringung an den zu ihrer Verwahrung bestimmten Ort wieder auf das Feld gebracht sind, findet § 242 Anwendung: RG. 7./2. 82 E. 5 385, 2./11. 83 E. 9 163, 12./1. 93 E. 23 386, 30./7. 94 E. 26 101, 7./1. 11 E. 44 212.

§ 243.

Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1. Treten die in diesem Paragraphen genannten straf erhöhenden Umstände zu dem Tatbestande des einfachen, so ergibt sich das Delikt des schweren Diebstahls. Die straf erhöhenden Umstände sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, jedoch ihr Zusammenreffen nur auf die Strafzumessung von Einfluß ist. Prozeßualisch setzt jedoch jede einzelne Nummer einen eigenen Tatbestand voraus, jedoch eine alternative Feststellung nicht zulässig ist: RG. 3./4. 92 E. 23 47.

2. Der Dolus erstreckt sich sowohl für den Täter als auch für den Teilnehmer auf die Qualifikationsmomente, so daß bei Unkenntnis derselben einfacher Diebstahl vorliegt, z. B. wenn der Dieb sich nicht bewußt ist, daß er eine Waffe bei sich führt: RG. 24./2. 85 E. 12 69, 7./12. 96 E. 29 228.

Die qualifizierende Tätigkeit muß als Mittel zum Diebstahl gewollt sein. Begeht der Dieb sie in unsträflicher oder nach anderer Richtung sträflicher Absicht, und faßt er er erst nachträglich den Entschluß zu stehlen, so ist es kein schwerer Diebstahl: Binding Lehrb. I 297, Frank N. II Abj. 1, Hälschner II 321, Meyer-Alsfeld 461 N. 20, Dshaujen N. 25 Abj. 1, 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 437; RG. 25./3. 81 E. 3 440, 7./7. 86 E. 14 312, 5./5. 99 E. 32 141; a. M. Merkel, S. S. III 678. Darauf, ob der Täter an sich zu der Tätigkeit befaßt ist, z. B. zum Einsteigen in das Gebäude, Erbrechen des Behältnisses, Tragen von Waffen, kommt es nicht an; a. M. Merkel 320 und S. S. III 678, Dshaujen N. 26 Abj. 1.

3. Der Versuch ist gegeben, wenn mit dem Beginn der in der Absicht zu stehlen verübten und diese Absicht kenntlich machenden Tätigkeit das qualifizierende Moment in Verbindung tritt. In denjenigen Fällen, in welchen zu dem Tatbestande des schweren Diebstahls eine begrifflich das Stehlen nur vorbereitende Tätigkeit gehört, wie das Einbrechen, Einsteigen, Abschneiden, Einschleichen, ist schon der Beginn der Tätigkeit ein Versuch, wofür im konkreten Fall die Absicht zu stehlen sich kundgibt: Binding Lehrb. I 295, Hälschner II 333, Merkel, S. S. III 685, Dshaujen N. 61 Abj. 1, Oppenhoff-Delms N. 6, Schütze 434; RG. 19./10. 83, E. 9 81, 22./9. 05 E. 38 177, 14./4. 10 E. 43 332 (der Dieb, der aus dem Wohnhause stehlen will, gelangt mittels des Einbruchs oder Einsteigens nur in den teils durch die Wand des Wohnhauses, teils durch anderweite Einfriedigung ungeschlossenen Hofraum).

Zwischen dem versuchten schweren und dem vollendeten einfachen Diebstahl kann Idealkonkurrenz stattfinden, z. B. der Dieb erbricht ein Behältnis, um seinen Inhalt zu stehlen, findet in ihm aber nur einen Schlüssel und benutzt diesen, um mittels seiner aus dem anderen Behältnis, zu welchem er gehört, zu stehlen: Dshaujen N. 25 Abj. 4 und 63 Abj. 1 und RG. 13./1. 87 E. 15 281; Frank N. III 2 Abj. 2 nimmt nur einfachen Diebstahl an. Wenn der Dieb einbricht, gestört wird und einige Zeit später unter Benutzung der von ihm gemachten Öffnung den Zugang erlangt und nun wirklich stiehlt, so konkurriert real der versuchte schwere und der vollendete einfache Diebstahl, wenn der letztere auf Grund eines neuen Entschlusses begangen wird, andernfalls liegt nur Eine Handlung, nämlich vollendeter schwerer Diebstahl vor: Frank a. a. L., Dshaujen N. 25 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 14. Wird umgekehrt der Diebstahl als einfacher begonnen, z. B. unter Betreten des Gebäudes durch die offene Tür, dann aber mittels Einsteigens fortgesetzt, so ist er ein schwerer; Dshaujen N. 25 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 12./7. 83.

4. Die Delikte des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung gehen nach dem Grundsatze über die Gesetzeskonkurrenz durch Konjunktion unter, vgl. § 73 N. 8 d a, können also nur bei dem freiwilligen Rücktritt vom Versuch selbständig zur Bestrafung kommen: Werner 563, Binding Lehrb. I 295, Meyer-Alsfeld 352 N. 47, Dshaujen N. 63 Abj. 3 und § 303 N. 12 b a, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 29./10. 86 E. 15 12, 29./11. 07 E. 40 430. A. M., nämlich für Idealkonkurrenz, wenn der Täter zu der qualifizierenden Tätigkeit an sich befaßt ist, Frank N. XI und III 2 e Abj. 3.

1) aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;

5. Der Grund der Straferhöhung, die Heiligkeit, der besondere Friede, liegt sowohl in dem Gegenstande als auch in seinem Aufbewahrungsort. Somit ist es kein Kirchendiebstahl, wenn eine *res sacra* aus einem *locus non sacer* oder eine *res non sacra* aus einem *locus sacer* gestohlen wird.

6. Der Gegenstand — natürlich ein beweglicher (§ 242 Nr. 3) — ist dem Gottesdienste (§ 167 Nr. 3) gewidmet. Ohne Unterschied, ob es sich um öffentlichen oder privaten Gottesdienst, um den einer mit Korporationsrechten versehenen oder einer gewöhnlichen Religionsgesellschaft handelt: Berner 562, Binding I 297, Frank N. II 2, Hältschner II 314, Oshausen N. 3 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 434. Er muß der ihm gegebenen Bestimmung gemäß unmittelbar dem Gottesdienste dienen, von oder mit ihm müssen gottesdienstliche Verrichtungen vorgenommen werden, was nach den Grundsätzen und religiösen Einrichtungen der betr. Religionsgesellschaft zu entscheiden ist: Berner, Binding, Frank und Schütze a. a. D., Hältschner II 315, v. Liszt 430, Merkel S. S. III 674, Meyer-Alfeld 459 N. 5, Oshausen N. 3 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 12. Eine Konsekrierung oder Benedizierung im kirchenrechtlichen Sinne ist nicht erforderlich: Binding, Hältschner, v. Liszt, Oshausen und Schütze a. a. D., Geyer II 46, Meyer-Alfeld 459, v. Wächter 422. Auch solche Gegenstände sind hierher zu rechnen, welche, wie z. B. Gemälde, die Feierlichkeit erhöhen: Oppenhoff-Delius a. a. D. Jedoch nicht das übrige Inventar, als Sitzbänke, Stühle, Betchemel, Fußdecken, Sammelstöcke (Weden) und Klingbeutel: v. Liszt a. a. D. und Meyer-Alfeld 459 N. 5, einerlei, ob sie der Kirchengemeinde oder einem Privaten gehören. Allgemein wird angenommen, daß die Gebet- und Gesangbücher nicht zu den gefriedeten Gegenständen gehören, aber mit Binding a. a. D. muß man es doch behaupten, denn der Gottesdienst besteht nicht bloß in der Predigt und den sakramentalen Handlungen, sondern auch im Beten und Singen. Anscheinend wird dies bezüglich der Altarbibel nicht bezweifelt.

7. Das Gebäude — vgl. unten Nr. 9 — muß zum Gottesdienste bestimmt sein. Bestimmt sein nicht bloß für den einzelnen Fall, sondern dauernd, und dieser seiner Bestimmung gemäß zur Zeit des Diebstahls bereits und noch in Benutzung, mögen auch einzelne Räume, z. B. Konfirmandensaal, anderen Zwecken dienen: Frank N. II 1, Oshausen N. 4 Abj. 2, Schütze 434. Dem Gebäude steht gleich der beschränkte, dem Gottesdienste bestimmte Raum eines zugleich anderen Zwecken dienenden Gebäudes, z. B. die Hauskapelle, der Kirchenraum in Kaserne und Zuchthaus: Binding I 297, Hältschner II 314, Merkel S. S. III 674, Oshausen N. 4 Abj. 4, Oppenhoff-Delius N. 8. Ein Diebstahl aus den anderen Räumen gehört nicht hierher, denn, wie Frank a. a. D. mit Recht bemerkt, ein profanes Gebäude wird nicht dadurch ein zum Gottesdienste bestimmtes, daß etwa der Eigentümer einzelne Zimmer zum Gottesdienste seiner Religionsgesellschaft hergegeben hat.

„Aus“ dem Gebäude bedeutet, daß der gestohlene Gegenstand sich in dem Gebäude befinden muß, nicht auch, daß zur Vollendung des Diebstahls seine Entfernung aus dem Gebäude gehört oder der Dieb bei Begehung des Diebstahls sich außerhalb des Gebäudes aufhält. Somit kann der Dieb auch Bewohner bzw. Mitbewohner des Gebäudes sein. Vgl. Binding und Frank a. a. D., Hältschner II 315, Oshausen N. 4 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein N. 8; R. G. 11./1. 83 C. 7 419, 29./11. 97 C. 30 388.

2) aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechen von Behältnissen gestohlen wird;

8. Der Grund für die härtere Bestrafung des Einbruchdiebstahls liegt sowohl in dem Aufbewahrungsort des Objekts als auch in der die schwerere besondere Gefährlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes beweisenden Art der Ausführung des Diebstahls. Es wird nämlich gestohlen:

a) aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume. Beide sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, sodaß eine alternative Feststellung zulässig ist. „Aus“ bedeutet, wie in Nr. 1 (Nr. 7 Abj. 2), daß die Sache, nicht notwendig der Dieb, in dem Gebäude oder Raume sich befinden muß, und daß auch ein Mitbewohner des Gebäudes den Diebstahl begehen kann. Sachen, die in einem als öffentlicher Durchgang dienenden Teil eines Gebäudes (Tornweg, Passage, Schwibbogen) aufgestellt sind, befinden sich nicht im Gebäude: Binding Lehrb. I 300.

b) Gestohlen wird mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechen von Behältnissen. Wie schon oben Nr. 2 ausgeführt worden, muß der Einbruch usw. das Mittel zur Ausführung des Diebstahls sein, sodaß Nr. 2 keine Anwendung findet, wenn z. B. nach verübtem einfachen Diebstahl der Dieb erbricht oder steigt, um den Ausgang aus der Räumlichkeit zu gewinnen: Hältschner II 322, Merkel S. S. 678, Oshausen N. 26 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 37. Der Tatbestand liegt auch dann vor, wenn der Dieb durch den Einbruch usw. nur mittelbar zu dem Diebstahl-

objekt geführt wird, er z. B. das Behältnis, in welchem, wie er weiß, der Schlüssel zu demjenigen Behältnis, aus welchem er stehlen will, sich befindet, erbricht und mit dem dergestalt zugänglich gewordenen Schlüssel das zweite Behältnis öffnet: Geyer II 47, Dshausen N. 27. Das Einbrechen und Einsteigen muß sich auf dasjenige Gebäude oder denjenigen umschlossenen Raum beziehen, aus welchem gestohlen wird: Dshausen N. 27 und RG. 21./2. 07 E. 40 94. Ebenso muß das Erbrechen des Behältnisses in eben diesem Gebäude oder Raum stattfinden, gleichgültig, in welchem Teile desselben es erfolgt: Binding Lehrb. I 299, Geyer II 47, Hälschner II 318, v. Liszt 431, Merkel S. S. III 677, Meyer-Malfeld 461, Dshausen N. 24 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 41, Rüdorff-Stenglein N. 18 Abj. 1, Wachenfeld S. N. II 303; RG. 11./1. 83 E. 7 419, 29./11. 97 E. 30 388, 21./2. 07 E. 40 94; a. M. Schütze 436 N. 13. Ob endlich der Dieb seinen Zweck auf andere Weise als durch Einbruch usw. erreichen konnte, z. B. als Mitbewohner, ist gleichgültig: Merkel S. S. III 678, Dshausen N. 26 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, 21, 24, Rüdorff-Stenglein N. 13.

9. Gebäude ist ein mit der Erdoberfläche in fester Verbindung stehendes, in seiner Gesamtheit unbewegliches Bauwerk: Berner 562, Binding Lehrb. I 298, Geyer II 46, Hälschner II 317, v. Liszt 431, Merkel S. S. III 675, Meyer-Malfeld 460, Dshausen N. 11 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 13, 14; RG. 25./4. 81 E. 4 164, 19./2. 84 E. 10 103. Frank N. III 1 a verlangt das Hineintragen in den Luftraum und definiert die Unbeweglichkeit dahin, daß das Gebäude ohne Zerlegung in seine Teile nicht von der Stelle gerückt werden könne. Wodurch die Verbindung hergestellt wird, z. B. durch die Schwere des Bauwerks, ist gleichgültig: Frank, Hälschner (N. 1), v. Liszt, Meyer-Malfeld und Dshausen a. a. D., v. Schwarze N. 6; RG. 19./2. 84 E. 10 103. Daß die Verbindung eine dauernde, ist nicht erforderlich, da der Sprachgebrauch auch Bauwerke, welche, wie Zirkus und Ausstellungsgebäude, nur vorübergehenden Zwecken dienen, als Gebäude bezeichnet und nicht erjichtlich ist, das Gesetz habe von dem Sprachgebrauch abweichen wollen: Frank und Dshausen a. a. D.; RG. 19./2. 84 E. 10 103. Ebenso ist gegen Dshausen N. 12 a und RG. 28./11. 82 E. 7 262 für erforderlich zu erachten, daß durch das Gebäude ein Teil des Erdbodens bedeckt wird, weil andernfalls keine Verbindung mit letzterem vorliegen würde; Dshausen selbst verlangt § 308 N. 3 e von der gegenüber dem Gebäude im Minus befindlichen Hütte, daß sie „eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedeckt“. Von dem umschlossenen Raum unterscheidet sich das Gebäude durch seine wesentliche Bestimmung, zum Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen: Binding Lehrb. I 298, Hälschner II 317, Dshausen N. 12 b; RG. 12./3. 81 E. 3 411, 19./2. 84 E. 10 103. Es braucht daher noch nicht ganz fertig, muß aber mit Dach und Wänden versehen sein: Frank und v. Liszt a. a. D., Dshausen N. 12 b; RG. 25./4. 99 E. 32 128. Endlich muß es einen das Eintreten eines Menschen gestattenden Umfang haben, weshalb z. B. eine Hundeshütte, ein Badofen trotz fester Verbindung mit dem Erdboden, Unbeweglichkeit, Dach und Wänden kein Gebäude ist: Frank N. III 1 a, Meyer-Malfeld 460, Dshausen N. 13; RG. 28./11. 82 E. 7 263, 19./2. 84 E. 10 103.

Für die wegen der Konkurrenz wichtige Frage, ob ein oder mehrere Gebäude anzunehmen seien, ist weder entscheidend, daß die verschiedenen Räumlichkeiten unter Einem Dache sich befinden, noch, daß ein Raum besonders verschlossen ist und nach seiner wirtschaftlichen Bestimmung einer abgeordneten Benutzung dienen soll, sondern es ist nach der Auffassung des gemeinen Lebens ein nach seiner äußeren Erscheinung und inneren Einrichtung als ein einheitliches Ganzes sich darstellendes Bauwerk als ein Gebäude anzusehen: RG. 16./1. 83 E. 8 102, 21./9. 11 E. 45 243.

Kein Gebäude ist somit z. B. ein sog. Künstlerwagen, mag er auch zugleich als Wohnung dienen: RG. 25./4. 81 E. 4 164. Ebenjowenig ein Schiff, wie auch aus Nr. 7 und § 250 Nr. 4 erichtlich: Binding Lehrb. I 298, Hälschner II 317, Dshausen N. 11 Abj. 2, Schütze 436 N. 13 und RG. 24./9. 81 E. 4 433. Rüdorff-Stenglein N. 10 bestreitet, daß die Unbeweglichkeit ein wesentliches Merkmal sei, und hält daher Schiffe für Gebäude. Er gründet dies darauf, daß die heutige Technik die Fortbewegung ganzer Gebäude ermöglicht, was allerdings der Fall ist, aber zuiel beweist, denn am letzten Ende gibt es gar nichts Unbewegliches, bewegt doch selbst die Erde sich in dreifacher Richtung fort. Ob ein Keller ein Gebäude, kommt auf seine bauliche Beschaffenheit an. Daß er dann kein Gebäude sei, wenn er nicht in den Luftraum hineintrage, wie Frank N. III 1 a bezüglich des Bergwerkstollens behauptet, kann nicht als ausschlaggebend erjcheinen: Dshausen N. 14 und RG. 12./3. 81 E. 3 411. Wird endlich in den §§ 306, 308 von dem Gebäude die Hütte unterschieden, so handelt es sich nur darum, daß man ein unbedeutendes, aus wenig dauerhaftem Material (Torf, Stroh, Reisig, Bülden) leicht zusammengesetztes Bauwerk noch nicht als Gebäude bezeichnen wird. Die Grenze ist allerdings schwer zu ziehen, und ob eine Hütte als Gebäude zu betrachten sei, wird sich für den schweren Diebstahl nur im konkreten Fall und mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Bauwerks entscheiden lassen. Vgl. Hälschner a. a. D.

10. Umgeschlossener Raum ist ein begrenzter Teil der Erdoberfläche: Binding Lehrb. I 29 Frank N. III 1 b, Geyer II 46, Hälschner II 316, v. Liszt 431, Merkel S. S. III 675, Meyer-Alfeld 460, Dischhausen N. 7 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. RG. 25./4. 81 E. 4 164, 19./2. 84 E. 10 103, 8./4. 86 E. 14 226. Und zwar ein begrenzter Teil der weber ein Gebäude noch ein Teil eines solchen ist: Berner 563, Biding Lehrb. I 300, Hälschner II 316, Dischhausen N. 9; RG. 23./2. 80 E. 1 216, 18./5. 97 E. 30 122, 13./2. 02 E. 35 120, 19./6. E. 39 104; nach der vereinzelt Ansicht Merfels S. S. III 675 ein umgeschlossener Raum innerhalb eines Gebäudes. Der Raum kann sich in die Erde hinein erstrecken, z. B. ein Ziehbrunn Regenbach, Bergwerkschacht: Biding Lehrb. II 298 (der abgeschlagene Teil in einem Bergwerk, nicht aber ein Schacht oder Stollen), Frank und v. Liszt a. a. D., Dischhausen N. 7 Abs. RG. 12./3. 81 E. 3 411, 19./2. 84 E. 10 103.

Somit ist ein Schiff oder ein abgeschlossener Teil eines solchen kein umgeschlossener Raum Biding, Frank und v. Liszt a. a. D., Dischhausen N. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. (hält das Schiff — oben N. 9 letzter Abs. — für ein Gebäude); RG. 24./9. 81 E. 4 433, 7./6. E. 8 364, 11./9. 00 E. 33 371. Ebenjowenig ein wenn auch bewohnter sog. Künstlerwage RG. 25./4. 81 E. 4 164.

Der Raum muß umschlossen, d. h. mit einer umschließenden Vorrichtung versehen je welche dem Eindringen Unberechtigter ein nicht ganz unerhebliches Hindernis bereitet: Bern 562, Frank, v. Liszt und Meyer-Alfeld a. a. D., Dischhausen N. 8 Abs. 1; RG. 12./3. 81 E. 3 4 16./4. 83 E. 8 273, 19./2. 84 E. 10 103, 9./11. 94 E. 26 218. Wenn Frank künstliche Schutzwehr verlangt, weil der Wille des Besizers, Unberechtigte vom Eindringen abzuhalten, nur durch sol zum Ausdruck gebracht werden könne, so hat diese Ansicht, nach welcher neben dem begrenzten Fluß noch ein Graben, Planke, Wall u. ä. gezogen werden müsse, am Gesetz keinen Anhalt und die Natur der Sache gegen sich: Rüdorff-Stenglein N. 11 Abs. 2 und RG. 19./10. 00. Daß Umschließung mit dem Erdboden fest verbunden und somit unbeweglich sei, ist nicht erforderlich RG. 19./2. 84 E. 10 103, 8./4. 86 E. 14 226.

Ein Raum, der unerschließbare Eingänge hat, ist kein umgeschlossener, weil dem Eindringen kein Hindernis entgegensteht: Hälschner II 316 und Oppenhoff-Delius N. 21; RG. 19./3. E. 13 423. Umschlossen ist aber nicht verschlossen, der Begriff des umgeschlossenen Raumes wird daher durch das Vorhandensein unverschlossener Eingänge nicht beseitigt, wobei es auf die Kenntnis oder Nichtkenntnis des Täters nicht ankommt: RG. 28./11. 82 E. 7 263. Der Diebstahl ein schwerer sowohl dann, wenn der Dieb einsteigt oder einbricht, weil er durch die unverschlossene Tür nicht unbemerkt hineingehen zu können glaubt oder weil er die Tür irrig für verschlossen hält, als auch dann, wenn er ohne derartige Gründe nicht den Weg durch die Tür nimmt: N. 10./3. 86 E. 13 425. Nur dann ist der Raum trotz des Vorhandenseins einer, wenn auch unverschlossenen Tür kein umgeschlossener, wenn der Zugang offensichtlich ein derartiger ist, daß von Jedermann frei und unbehindert benutzt werden kann: RG. 5./5. 99 E. 32 141. Ab einstimmend Biding Lehrb. I 298, Frank N. III 1 b, Hälschner II 316, Merkel S. S. III 6 Meyer-Alfeld 460, Dischhausen N. 8 Abs. 2.

Endlich muß der Raum, wie sich aus dem Zwecke der Umschließung ergibt, das Eintreten eines Menschen von normaler Größe gestatten, so daß z. B. Taubenschläge, Kanarienvögel, Hundehütten, gewöhnliche Backöfen, selbst wenn sie auf massivem Fundament erbaut sind nicht zu den umgeschlossenen Räumen gehören: Frank N. III 1 b, Meyer-Alfeld 460, Dischhausen N. 8 Abs. 4; RG. 28./11. 82 E. 7 262, 19./2. 84 E. 10 103, 8./4. 86 E. 14 226.

11. Als erstes Mittel nennt das Gesetz das Einbrechen.

Nach der Erklärung des Reichs. StGB. § 223 Nr. 1 ist ein Einbruch vorhanden, „wenn der Täter mit Gewalt an den Einfriedigungen oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern, einen vorher nicht vorhandenen oder einen unverschlossenen Eingang öffnet, oder eine schon vorhandene Öffnung zum Eindringen erweitert, oder sonst eine Öffnung macht, mittels welcher er den Eingang zum Eindringen sich öffnet, oder auch ohne einzubringen, den Diebstahl vollbringen kann.“ Kürzer mit Dischhausen N. Abs. 2: Einbruch ist die gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges der äußeren Umschließung eines Gebäudes oder umgeschlossenen Raumes durch Herstellung einer Öffnung oder durch Vergrößerung einer bereits vorhandenen Öffnung. Erforderlich ist unbestrittener Weise die Anwendung von Gewalt, wie körperlicher Kraftaufwand, eine Kraftanstrengung: Berner 563, Biding Lehrb. I 299, Frank N. III 2 a, Hälschner II 317, Dischhausen N. 16 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 5./7. 81 E. 4 353, 10./12. 85 E. 13 200. Ist überhaupt kein Kraftaufwand erforderlich, so liegt kein Einbruch vor: Dischhausen N. 16 Abs. 4 und Rüdorff-Stenglein a. a. S. Ist erforderlich, so ist die Frage, ein wie großer Kraftaufwand zum Einbruch gehört, für den Einfall gemäß dem zu überwindenden sachlichen Widerstand zu beantworten, jedoch er unter Umständen nur ein geringfügiger zu sein braucht, z. B. bei einem Gazeisenfenster, einem die Eingangs

für zuhaltenden Bindfaden: Binding Lehrb. I 299, Meyer-Altfeld 461, Olshausen N. 16 Abs. 4, Lppenhoff-Delius N. 27. Da es sich um das Eindringen in ein Gebäude, einen umschlossenen Raum handelt und der Teil eines Gebäudes kein umschlossener Raum ist (oben N. 10 Abs. 1), so fällt das gewaltsame Öffnen abgeschlossener Teile im Innern eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes nicht unter den Begriff des Einbruchs, sondern ist Erbrechen eines Behältnisses: Binding a. a. D., Olshausen N. 21 Abs. 1 und RG. 18./5. 97 E. 30 122; a. M. Frank und Meyer-Altfeld a. a. D., Hälschner II 319, Merkel S. S. III 676. Natürlich braucht diejenige Tätigkeit, durch welche die Möglichkeit, von außen in das Innere der Räumlichkeit zu gelangen, geschaffen wird, nicht selbst außerhalb der Räumlichkeit stattgefunden zu haben: Olshausen a. a. D. und RG. 21./1. 08 E. 41 66. Daß der Dieb selbst in die Räumlichkeit eintritt, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn er mit seinen Händen oder Werkzeugen in die Öffnung hineinkommt: Binding Lehrb. I 298, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 18; RG. 25./9. 96 E. 29 70.

Endlich wird überwiegend angenommen, daß zum Begriff des Einbruchs nur eine gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges, das gewaltsame Bewirken einer Öffnung erforderlich sei, welche das Eindringen des Körpers oder eines Körperteils oder eines Werkzeuges gestatte, nicht aber eine Beschädigung oder Zerstörung der Umschließung: Binding I 299, Geber II 46, Hälschner II 317, Meyer-Altfeld 460, Lppenhoff-Delius N. 26, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 5./7. 81 E. 4 353, 10./12. 85 E. 13 200, 10./10. 10 E. 44 74. Einbruch wäre hiernach z. B. das Auseinanderbiegen der Flügel eines verschlossenen Tores, die Trennung der nur durch ihre Schwerkraft mechanisch untereinander verbundenen selbständigen Teile einer Vorrichtung. Aber dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, Biegen ist kein Brechen, und wenn man nicht am letzten Ende jeden Unterschied zwischen dem Einbrechen und dem einer Verletzung der Umschließung anschließenden Einsteigen aufheben will, muß man für den Einbruch eine Kraftanstrengung verlangen, durch welche die Umschließung zerstört oder wenigstens beschädigt wird. Hiermit stimmen überein Frank N. III 2 a, v. Liszt 431, Merkel S. S. III 675 N. 6, 676, Olshausen N. 17 und RG. 21./10. 80 E. 2 371.

12. Das zweite Mittel ist das Einsteigen.

Einsteigen ist das Betreten der Räumlichkeit durch eine hierzu nicht bestimmte Öffnung, nachdem ein dem Eintritt entgegenstehendes Hindernis durch Steigen beseitigt ist (Frank N. III 2 b).

Die vom Dieb benutzte Öffnung darf also nicht zum Eintritt in diejenige Räumlichkeit, aus welcher gestohlen wird, bestimmt sein, mag sie auch vom Berechtigten selbst ausnahmsweise dazu benutzt werden: Olshausen N. 19 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 16 Abs. 1.

Erforderlich ist die Überwindung einer das Eindringen hindernden sachlichen Umschließungsvorrichtung, also eine Kraftaufwendung; die bloße Ordnungswidrigkeit der Benutzung genügt nicht. Wie groß das Hindernis sein muß, damit von einer für den Begriff des Einsteigens erforderlichen Kraftaufwendung gesprochen werden kann, läßt sich nicht allgemein bestimmen, aber eine gewisse Kraftaufwendung ist immer erforderlich. Somit genügt ein Hindernis nicht, welches, wie ein schmaler Graben, eine niedrige Mauer, mühselos überschritten werden kann: Frank N. III 2 b, Hälschner II 320, Olshausen N. 19 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 16; RG. 14./5. 81 E. 4 175, 24./1. 90 E. 20 209. Die zu überwindende Schwierigkeit muß in der Natur, der Lage, dem Größenverhältnisse usw. der Öffnung selbst bestehen; deshalb kommt eine vorbereitende Tätigkeit, durch welche die vor der Öffnung liegenden Hindernisse, z. B. Steine, weggeräumt werden, nicht in Betracht: RG. 21./1. 86 E. 13 257.

Das Gesetz verlangt ein Steigen, also ein Auf- oder Absteigen. Wird dies wörtlich genommen, so ist es ein Steigen in dem Sinne, daß das zu überwindende Hindernis dem Eindringen vermöge seiner Höhe oder Tiefe entgegensteht. In diesem Sinne wird das Erfordernis genommen von Binding Lehrb. I 299, Geber II 47, Hälschner II 319, 320, v. Schwarze N. 21. Danach wäre es Einsteigen, wenn das Tor überstiegen, nicht aber, wenn es unterminiert wird: Einsteigen, wenn der Grenzwall überstiegen, nicht aber, wenn der Grenzgraben durchschwommen wird. Der Gesetzgeber hat diesen Widerspruch nicht gewollt. Das Wort Steigen ist nur ein Ausdruck für viele, eine steigende Tätigkeit der Füße wird nicht verlangt. Jedes Eindringen durch Steigen, Springen, Sicherablassen, Hindurchkriechen u. ä. ist Einsteigen, sobald nur durch eine dieser Tätigkeiten nicht ganz unerhebliche Schwierigkeiten oder Hindernisse überwunden werden. Vgl. Verner 563, Frank N. III 2 b, v. Liszt 431, Meyer-Altfeld 460, Olshausen N. 19 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 17; RG. 15./6. 82 E. 6 350, 21./1. 86 E. 13 257.

Das Steigen muß aber stets ein Einsteigen sein, das bloße Empor-, Hinaufsteigen und alsdenn Hineinkommen zum Zweck des Stehlens genügt nicht, der Dieb muß in die Räumlichkeit eingedrungen sein, nicht notwendig mit dem ganzen Körper, nicht, wie Lppenhoff-Delius N. 33 verlangt, mit dem Schwerpunkt des Körpers, sondern mit dem Ober- oder Unterkörper, so daß das Betreten des Innern mit nur einem Fuß genügt: Binding Lehrb. I 299, Frank

N. III 2 b, Meyer-Allfeld 460 N. 12, Dishaufen N. 20 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 17 und RG. 14./5. 81 E. 4 175; a. M. v. Liszt 431 und Schütze 437 N. 14.

Einbrechen ist die gewaltsame Aufhebung des Zusammenhanges außerhalb der Räumlichkeit, wogegen solche Tätigkeit innerhalb der Räumlichkeit das vom Gesetz besonders vorgezeichnete Erbreechen von Behältnissen ist. Bei dem Einsteigen hat das Gesetz eine solche Unterscheidung nicht gemacht. Daher kann das Einsteigen sowohl von außen her in die Räumlichkeit als auch innerhalb der Räumlichkeit von einer ihrer Abteilungen in die andere stattfinden. Übereinstimmend Binding Lehrb. I 299, Frank N. III 2 b, Hälshner II 321, Merkel S. S. III 676, Meyer-Allfeld 460, Dishaufen N. 21 Abs. 2; a. M. Oppenhoff-Delius N. 33, Rüdorff-Stenglein N. 17 und RG. 20./12. 80 E. 3 173, 16./1. 83 E. 8 102. Es ist nicht einzusehen, wie es einen Unterschied begründen kann, ob der Dieb in den Scheunenboden, von welchem er den Weizen herunterholen will, mittels der Leiter von dem Hofe oder von der Scheundiele aus einsteigt.

13. Das dritte Mittel ist das Erbreechen von Behältnissen.

Behältnis ist jede mittels eines Schlosses oder sonst verschließbare, zur Aufnahme anderer Gegenstände bestimmte Räumlichkeit, welche entweder einen abgeforderten Teil eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes bildet oder als selbständige Sache sich in einem Gebäude oder umschlossenen Raum befindet. Allerdings wird von Frank N. III 2 c (ausgenommen „Wandschränke oder etwa durch Geheimtüren zugängliche kleinere Gefasse“), Hälshner II 318 und Merkel S. S. III 677 (ausgenommen Wandschränke) bestritten, daß Teile der Räumlichkeit zu den Behältnissen gehören, aber in Nr. 3 werden ausdrücklich die „im Innern befindlichen Türen“ genannt, und man darf dem Gesetzgeber nicht die Gedankenlosigkeit zutrauen, daß er in Nr. 2 das Erbreechen für einfacher, in Nr. 3 das Öffnen mittels falscher Schlüssel für schwerer Diebstahl erklärt. Übereinstimmend Binding Lehrb. I 299, Geer II 47, v. Liszt 431, Dishaufen N. 22 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 38, Rüdorff-Stenglein N. 18, Schütze 436, v. Schwarze N. 22, Wachenfeld S. N. II 303; RG. 23./2. 80 E. I 216, 5./12. 89 E. 20 165, 19./6. 06 E. 39 104. Daß sich das ganze Behältnis, also vollständig, innerhalb der Außenwände der Räumlichkeit befindet, ist nicht notwendig; Dishaufen N. 24 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 18 Abs. 3 und RG. 2./10. 84 E. 11 117 (Erbreechen des in ein Gebäude führenden Rohres der öffentlichen Gasleitung).

Die Behauptung von Binding, Frank, Hälshner und Merkel a. a. D., die Sache müsse durch den Verschuß „allseitig gedeckt“ sein, geht zuweit. Eine Kiste ist auch dann ein Behältnis, wenn ihre Wandungen aus nicht unmittelbar aneinandergesetzten Latten bestehen.

Das Erbreechen ist gleich dem Einbruch; eine begriffliche Verschiedenheit läßt sich nicht aufstellen und liegt nicht im Sinne des Gesetzes; Binding Lehrb. I 300, Frank und v. Liszt a. a. D., Hälshner II 319, Dishaufen N. 23 Abs. 1. Dieselben Streitfragen wie dort kehren auch hier wieder, z. B. ob eine Beschädigung und Zerstörung des Behältnisses begrifflich notwendig ist. Vgl. daher oben N. 11.

Bereits N. 8 b ist dargelegt, daß das Erbreechen des Behältnisses innerhalb der Räumlichkeit, aus welcher gestohlen wird, stattfinden muß, einerlei, in welchem Teil der Räumlichkeit es geschieht. Ist aus einem Gebäude gestohlen, so kann das Erbreechen in dem zu ihm gehörigen umschlossenen Raum, ist in dem Raum gestohlen worden, in dem mit diesem im Zusammenhang stehenden Gebäude geschehen: RG. 3./11. 84 E. 11 208. Daß auch der Täter selbst sich bei dem Erbreechen innerhalb der Räumlichkeit befindet, ist nicht erforderlich. Wird das ganze Behältnis gestohlen und erst außerhalb der Räumlichkeit erbrochen, so liegt der schwere Diebstahl nicht vor.

Von dem RG. ist für ein Behältnis erklärt: ein verschlossenes Zimmer, Sack, Kiste, Taubenschlag, Gas- oder Wasserleitungsrohr, Briefumschlag. Für kein Behältnis: ein Deckbett (Bettschluppe), weil keine selbständige Sache, sondern eine Sache zusammen mit den Federn: RG. 5./12. 89 E. 20 165; ein Bilderrahmen, weil „ohne kubischen Inhalt“: RG. 1./7. 07 E. 30 207. Für Erbreechen ist erklärt: das Aufschneiden eines Sackes, eines mit Leinwand umhüllten Postpakets, die Entfernung der Verötung eines Gasrohres, Lösen eines zugestrebten Briefumschlages mittels eines Federhalters.

3) der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Türen oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;

14. Wenn der Tatbestand des sog. Nachschlüssel Diebstahls, dessen härtere Be strafung sich auf die Art und Weise seiner Ausführung gründet, erfordert, daß zum Zwecke des Stehlens ein Gebäude oder ein umschlossener Raum (N. 9, 10) oder im Innern befindliche Türen oder Be-

hältnisse (N. 13 Abs. 1) geöffnet werden, so geht daraus hervor, daß sich die Verhältnisse zur Zeit ihrer Öffnung in der betr. Räumlichkeit befinden müssen: Werner 564, Hälschner II 322, v. Liszt 431, Meyer-Wilfeld 462, Olshausen N. 29 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 53; a. M. Frank N. IV Abs. 1.

15. Ebenso geht daraus hervor, daß das Gebäude, Raum, Tür, Verhältnis verschlossen sein muß und zwar verschlossen durch ein Schloß oder einen schloßähnlichen Mechanismus, sodaß die ordnungsmäßige Öffnung durch Einwirkung auf den Schloßmechanismus mittels eines Schlüssels oder eines anderen dazu bestimmten Werkzeuges erfolgt: Frank N. IV 2, Hälschner II 323 N. 1, Mertel S. S. III 679, Olshausen N. 30, Oppenhoff-Delius N. 47, Rüdorff-Stenglein N. 19. Also auch ein Niegel, falls er von außen ordnungsmäßig durch ein dazu bestimmtes Werkzeug bewegt werden kann, nicht aber eine Schließvorrichtung, welche ohne jedes Werkzeug mit der bloßen Hand bewegt zu werden pflegt: Binding Lehrb. I 300, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D. und RG. 10./12. 85 C. 13 200.

Hieraus ergibt sich wiederum, daß nur solche Werkzeuge in Betracht kommen, durch deren Anwendung der Mechanismus der Verschlußvorrichtung in Bewegung gesetzt, nicht aber solche, durch welche das Schloß erbrochen wird: Binding Lehrb. I 300, Frank N. IV 2, Hälschner II 324, v. Liszt 432, Olshausen N. 31 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 51. Somit ist es nicht, wie Olshausen und Binding a. a. D. mit RG. 8./6. 95 C. 27 285 gegen Rüdorff-Stenglein N. 20 annehmen, ein Aufschließen, sondern ein Erbrechen, wenn der Dieb den Schloßriegel durch eine Messer Klinge zurückdrückt.

16. Der Schlüssel ist echt, das Werkzeug zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmt, wenn sie von dem Öffnungsinteressenten, also dem Eigentümer oder sonstigen berechtigten Inhaber der Räumlichkeit zur Öffnung des Verschlusses dauernd bestimmt sind. Hierbei kommt es nur auf den Zeitpunkt an, in welchem sie zum Diebstahl verwendet werden: RG. 21./9. 81 C. 4 414. Sie werden falsch, sobald der Interessent diese Bestimmung ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zurückgenommen hat: Werner 564, Binding Lehrb. I 300, Frank N. IV 1, Meyer II 48, v. Liszt 432, Meyer-Wilfeld 462, Olshausen N. 34 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 48, Rüdorff-Stenglein N. 19; RG. 18./2. 81 C. 3 380, 21./9. 81 C. 4 414, 23./9. 81 C. 5 17, 30./1. 85 C. 11 436. Es ist somit falsch, wenn Mertel S. S. III 679 annimmt, daß ein einmal ordnungsmäßig angefertigter Schlüssel stets ein echter bleibe. Die Bestimmung kann von vornherein eine zeitlich begrenzte sein, z. B. wenn der Mieter neben dem ihm vom Vermieter übergebenen Schlüssel einen zweiten anfertigen läßt: RG. 19./3. 07 C. 40 80. Ein Schlüssel, welcher zur Eröffnung einer Räumlichkeit bestimmt war und bei der Vermietung der Räumlichkeit von dem Vermieter ohne Wissen des Mieters zurückbehalten wurde, ist ein falscher: RG. 30./1. 85 C. 11 436. Ist es ein sog. Hauptschlüssel, so kommt es mit Rüdorff-Stenglein N. 19 darauf an, ob der Mieter Kenntnis von ihm hat, also weiß, daß er gegen den Vermieter nicht geschützt ist. Der verlorengegangene Schlüssel bleibt echt, bis er durch einen neuen ersetzt ist: Werner, Binding, Frank, v. Liszt, Meyer-Wilfeld a. a. D., Hälschner II 323 (nur scheinbar a. M.), Rüdorff-Stenglein N. 20.

Unter „anderen Werkzeugen“ versteht das Gesetz alle Gegenstände, welche zur Eröffnung durch Bewegung des Verschlußmechanismus brauchbar sind. Gleichgültig ist, ob das Werkzeug regelmäßig oder vermöge besonderer Umstände des einzelnen Falles, ob es durch seine Beschaffenheit an sich oder im Zusammenwirken mit anderen Kräften sich als tauglich zur Eröffnung erweist. Daher ist der Diebstahl ein schwerer, wenn das Schloß durch Verbindung des von innen aufsteckenden Schlüssels mit einer die hervorragende Spitze fassenden Zange geöffnet wird: Olshausen N. 31 Abs. 3 und RG. 16./2. 97 C. 29 388; a. M., weil der Schlüssel immerhin ein echter, Binding Lehrb. I 301 N. 3. Bei dem Automatendiebstahl wird durch den Einwurf der Nadeln die innere Sentmechanismus herabgedrückt, nicht aber auf den Verschluß des Automaten eingewirkt, der Diebstahl ist also kein schwerer: Binding Lehrb. I 294 N. 6, Frank N. IV 2, Meyer-Wilfeld 462, Olshausen N. 33 Abs. 2, 35 Abs. 1, und RG. 20./12. 00 C. 34 45; a. M. v. Liszt 432.

17. Der vom Dieb gebrauchte Schlüssel usw. muß objektiv falsch sein. Der echte bleibt, bis er vom Berechtigten außer Bestimmung gesetzt ist, auch dann echt, wenn der Dieb ihn gestohlen hat. Hält der Dieb den falschen Schlüssel für einen echten, so fehlt insoweit der Dolus, und ist der Schlüssel echt, so ist er es auch dann, wenn der Dieb ihn für falsch hält; a. M. in letzterer Beziehung Hälschner II 323.

- 4) auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung ge-

hörende Sache mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;

18. Die härtere Bestrafung des sog. Transportdiebstahls gründet sich auf den Ort, das Objekt und die Art und Weise der Ausführung des Diebstahls. Der Zweck ist der Schutz des öffentlichen Verkehrs: RG. 17./5. 10 C. 43 317.

19. Bezüglich der öffentlichen Wege, Straßen und öffentlichen Plätze vgl. § 116 Nr. 2 b. Straßen sind nach der Auffassung des Gesetzgebers stets öffentlich, wie Frank N. V 1 zutreffend bemerkt.

Auch die Wasserstraße ist eine Straße, muß also dem öffentlichen Verkehr zu dienen bestimmt sein und wirklich dienen, sodaß ein vom allgemeinen Verkehr ausgeschlossener Flußhafen, z. B. der Kapag-Hafen zu Brunshausen, keine Wasserstraße ist: Frank N. V 1, Dshausen N. 37 b, Dppenhoff-Delius N. 61, Rüdorff-Stenglein N. 24 Abf. 2; RG. 11./9. 00 C. 33 371. Die offene See fällt nicht unter den Begriff der Wasserstraße, vgl. § 250 Nr. 3: Binding Lehrb. I 302 Nr. 2, v. Liszt 432, Dshausen N. 37 b; RG. 8./1. 00 C. 33 57.

Unter Eisenbahnen sind nur die dem öffentlichen Verkehr dienenden zu verstehen, nicht also die privaten in Fabriketabissements, Bergwerken, Baugewerken, Schiffswerften u. a.: Binding Lehrb. I 303, Frank N. V 1, v. Liszt 432, Dshausen N. 37 c Abf. 2. Ferner nicht der Schienenweg, sondern das auf ihm beförderte Fahrzeug: Binding Lehrb. I 302, Frank und Dshausen a. a. D., Merkel S. S. III 720, Dppenhoff-Delius § 250 Nr. 4, Schütze 454 Nr. 17; a. M. Rüdorff-Stenglein § 250 Nr. 4 Abf. 1, nämlich unter Eisenbahn den Bahnkörper in der Bedeutung als öffentliche Straße verstehend, sodaß es ein schwerer Diebstahl wäre, wenn der Bestohlene, einerlei ob befugt oder unbefugt, den Bahndamm als Weg benutzte. Streitig ist, ob auch die dem Lokalverkehr dienenden Straßenbahnen hierher gehören, ob nur die durch Dampf oder Elektrizität getriebenen oder auch die durch Pferdekraft bewegten, ob alle oder nur die auch dem Gepäckverkehr dienenden; vgl. dazu Dshausen N. 37 c Abf. 1. Diese Unterscheidungen sind, wie Frank a. a. D. mit Recht bemerkt, ohne praktisches Interesse, weil sich alle diese verschiedenen Transportmittel auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätze bewegen.

Zu dem Postgebäude und dem Posthose gehört nicht die in ihm befindliche Dienstwohnung der Postbeamten.

Dasselbe gilt von der Dienstwohnung des Eisenbahnbeamten. Im übrigen gehören zu dem Eisenbahnhof zwar nicht der Vorhof, wohl aber die Stationsgebäude und „die sonstigen zum Bahnbetriebe verwendeten Gebäude, der Bahnsteig sowie die von diesen Partien gedeckten „und die sie verbindenden Schienenstränge“ (Frank): Frank a. a. D., Dshausen N. 37 e, Dppenhoff-Delius N. 63. Somit auch die auf den Halteplätzen befindlichen Wartehallen: Dshausen a. a. D.; a. M. Werner 564 und Merkel S. S. III 680.

Schiffe kommen nur in Betracht, wenn sie sich auf einer öffentlichen Wasserstraße befinden.

20. Objekt des Diebstahls sind die Gegenstände, welche befördert werden sollen, Frachtgut und Reisegepäck.

Die Transportmittel und was zu ihrer Ausrüstung gehört, werden nicht befördert, sondern sie befördern und dienen der Beförderung: Binding Lehrb. I 302, Hälschner II 324, Merkel, S. S. III 680, Dshausen N. 38 Abf. 2; RG. 17./3. 10 C. 43 317. Zu der Ausrüstung gehört auch das für das Transportmittel selbst zu Gebrauchende, wie Feuerungsmaterial, Schmieröl, Futter u. a.: Merkel S. S. III 680 Nr. 4; a. M. Dshausen N. 38 Abf. 4, Dppenhoff-Delius N. 64, Rüdorff-Stenglein N. 22 und RG. 27./6. 82 C. 6 394. Insbesondere zu dem Reisegepäck gehören nur diejenigen Gegenstände, diese aber alle, welche die Reisenden, zu denen unzweifelhaft auch das Transportpersonal zu rechnen ist, mit sich führen, damit sie nach dem Willen ihres Zubehers von dem einen Orte zu einem anderen gebracht werden: Binding Lehrb. I 302, Frank N. V 2, Dshausen N. 38 Abf. 4; RG. 27./6. 82 C. 6 394, 17./3. 10 C. 43 317. Ob sich die Sache bereits auf dem Transport oder noch am Ausgangspunkte der Beförderung befindet oder bereits am Bestimmungsort angelangt ist, ist gleichgültig, und ebenso ist eine Übergabe oder Annahme seitens des Transportpersonals nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 303, Hälschner II 324, v. Liszt 432, Meyer-Wilfeld 460, Dshausen N. 38 Abf. 2; RG. 17./9. 85 C. 13 243. Wenn die Beförderungsqualität aufhört, ist je nach dem Transportmittel verschieden, z. B. bei der Beförderung durch die Eisenbahn im engeren Sinne, sobald der Gegenstand den Eisenbahnhof verlassen hat: Dshausen a. a. D. Die bloße Ankunft am Bestimmungsort genügt, wie schon bemerkt, nicht.

21. Das Gesetz benennt speziell die in Betracht kommenden Arten und Weisen der Ausführung. Die Qualifikation liegt nur dann vor, wenn der Dieb das Abschneiden usw. zum Zwecke

des Diebstahls vornimmt, also nicht, wenn es erst dann stattfindet, nachdem der Gegenstand bereits gestohlen ist: Binding Lehrb. I 302, Olshausen N. 42 Abs. 1, 2.

Gegenstand der Beförderung sind nicht nur die ganzen Stücke (Koffer, Sack, Kiste usw.), sondern auch deren Inhalt, somit Befestigungs- und Verwahrungsmittel nicht nur die, welche den Koffer usw. an die Transportmittel binden oder sie in ihnen verwahren, sondern auch die, welche den Inhalt mit seiner Umhüllung verbinden oder in ihr verwahren: Binding Lehrb. I 302 N. 5, Geyer II 48, Olshausen N. 40 Abs. 1; RG. 9./11. 81 C. 157. Hiermit ist schwer vereinbar und entspricht auch nicht der Natur der Sache, wenn nach RG. 18./11. 02 C. 35 231 als Befestigungsmittel nur solche Vorkehrungen in Betracht kommen, welche dazu bestimmt sind, zur Befestigung der zwischen dem Gegenstande der Beförderung und dem Beförderungsmittel bestehenden Verbindung zu dienen, wohl aber ist diesem Urtheil darin beizutreten, daß die Befestigungsmittel weder selbst Transportmittel noch ein Teil des gestohlenen Objekts sein können. Zu den Verwahrungsmitteln gehören auch diejenigen Vorkehrungen, welche ein Auseinanderfallen oder -fließen verhüten sollen: Frank N. V 3 a, Olshausen N. 40 b, Oppenhoff-Delius N. 67.

Abschneiden und Ablösen bedeutet sowohl jede gewaltsame Trennung der Verbindung des Transportgegenstandes als auch ein bloßes Aufbinden, Abbinden, Abstreifen: Berner 564, Binding Lehrb. I 303, Hälshner II 325, Olshausen N. 41, Rüdorff-Stenglein N. 23, Schütze 438 N. 17; RG. 9./6. 81 C. 5 157, 25./3. 82 C. 6 177, 26./4. 83 C. 8 287, 27./4. 91 C. 21 429; a. M., nämlich an dem gewöhnlichen Wortsinne festhaltend, Frank V 3 a und Merkel S. S. III 680. Eine Substanzverletzung des Befestigungs- und Verwahrungsmittels ist nicht erforderlich: RG. 18./11. 02 C. 35 431.

Wegen der falschen Eröffnungswerkzeuge vgl. N. 14—17. Nur die Eröffnung der Befestigungs- und Verwahrungsmittel ist gemeint, also z. B. die des Postkastens, nicht aber die des Postgebäudes: Olshausen N. 39 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 69. Ob die Schlösser sich am Transportmittel oder -gegenstand befinden, ist gleichgültig: Binding Lehrb. I 303, Olshausen N. 39 Abs. 2 und RG. 9./11. 81 C. 5 157.

5) der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle bei Begehung der Tat Waffen bei sich führt;

22. Der Grund der Strafschärfung bei dem jgg. bewaffneten Diebstahl liegt in der durch die Bewaffnung gegebenen Gefahr. Diejenigen Mittäter, Anstifter, Gehilfen, welche nicht selbst Waffen bei sich führen, werden nach § 59 nur dann von der Bestimmung getroffen, wenn sie wissen, daß einer der anderen Beteiligten bewaffnet ist: Binding Lehrb. I 304, Frank N. VI, Hälshner II 327, Olshausen N. 44, Rüdorff-Stenglein N. 28, Schütze 435. Bewaffnet zwar nicht notwendig während der ganzen Dauer der Verübung, sondern es genügt, wenn es zur Zeit und am Ort der eigentlichen Diebstat der Fall ist: Binding Lehrb. I 303, Merkel S. S. III 682, Meyer-Alsfeld 462, Olshausen N. 45. Daß ein bewaffneter Diebstahl auch dann noch gegeben ist, wenn der Diebstahl bei Ergreifung der Waffe juristisch bereits vollendet ist, der Dieb die Sache schon weggenommen hat und nunmehr die Waffe ergreift, um sich gegen den Bestohlenen in dem Beiß des Gestohlenen zu schützen, wie Binding und Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 29 mit RG. 1./10. 83 annehmen, kann nicht zugegeben werden, weil, wenn der Diebstahl bereits vollendet ist, das Beißführen der Waffe nicht mehr Mittel zur „Begehung der Tat“ ist. Wegen diese stark an die Illations- oder Bergungstheorie (§ 242 N. 7) erinnernde Ansicht spricht sich auch Merkel S. S. III 682 aus.

23. Der Dieb führt eine Waffe bei sich, ist mit einer Waffe versehen, ist bewaffnet; vgl. § 123 N. 6a. Insbesondere ist die Waffe im technischen Sinne zu nehmen: Binding Lehrb. I 324, Geyer II 48, Hälshner II 329, v. Liszt 432 N. 6, Merkel S. S. III 681; a. M. Berner 565, Frank N. VI, Merkel 321 und S. S. IV 408, Meyer-Alsfeld 462, Olshausen N. 46 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 74, Rüdorff-Stenglein N. 26, Schütze 435. Selbsterständig muß der Dieb wissen, daß er bewaffnet ist. Nach der in Theorie und Praxis überwiegenden Ansicht ist es wie bei dem Delikt des § 123 Abs. 2 gleichgültig, zu welchem Zwecke er bewaffnet ist: Berner 565, Hälshner II 327, 328, v. Liszt 432 N. 6 (399), Merkel 321 und S. S. III 680, IV 408, Olshausen N. 46 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 74, Schütze 434, v. Schwarze N. 32 und RG. 24./2. 85 C. 12 69, 7./12. 96 C. 29 228. Nach dieser Ansicht findet die Bestimmung z. B. Anwendung auf den stehenden Soldaten, der sein Seitengewehr trägt: Hälshner 328 N. 2, v. Liszt a. a. O., Merkel S. S. III 682, Olshausen a. a. O., Schütze 435 N. 9. Die Ansicht aber ist irrig, weil — vgl. N. 2 — die den Diebstahl als schweren qualifizierende Tätigkeit, hier das Beißführen der Waffe, als Mittel zum Diebstahl gewollt sein, also zum Zwecke des Diebstahls geübt werden muß, nämlich um durch den Gebrauch oder durch Bedrohung mit Gebrauch einen etwaigen Widerstand zu brechen:

Bindung Lehrb. I 303, Frank N. VI, Meyer-Allfeld 462, v. Wächter 422. Die Bestimmung sündet trotz der Bewaffnung somit auch dann keine Anwendung, wenn die Waffe zur Ausführung des konkreten Diebstahls selbst erforderlich ist, denn andernfalls würde z. B. jeder Wilddieb, der im geschlossenen Gehege ein Stück Wild schießt, schweren Diebstahl begehen: Schütze a. a. D.; a. M. Merkel und Olshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 76. Daß die Waffe äußerlich erkennbar getragen werde, ist auch hier nicht erforderlich: Hältschner II 327, v. Liszt und Olshausen a. a. D.

6) zu dem Diebstahle Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder

24. Der Grund der Strafschärfung bei dem sog. Bandendiebstahl liegt in der Bandenbildung. Wenn das Gesetz von einer „fortgesetzten Begehung“ spricht, so meint es damit nicht die Verbindung zu einem fortgesetzten, durch mehrere Ausführungshandlungen zu betätigenden Delikt (§ 73 N. 6), sondern die „Bande“, die Verbindung Mehrerer zum Zwecke der Begehung im einzelnen noch unbestimmter Delikte, vgl. § 47 N. 7 Abs. 2: so die gem. Mein., z. B. Olshausen N. 47 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 31, 32; RG. 11./7. 87 C. 16 173. Schließt somit der Begriff einer Bande nähere Bestimmungen aus, durch welche die einzelnen Raub- und Diebstahlsfälle individualisiert werden, so ist doch eine allgemeinere Begrenzung nach Zeit, Ort und Objekt, z. B. zeitliche Begrenzung: Jahrmarkt, örtliche: eine bestimmte Stadt, sachliche: Taschendiebstähle, nicht ausgeschlossen: Frank N. VII, Hältschner II 330 N. 3 (für Objekt und Zeit), Merkel S. S. III 683, Meyer-Allfeld 463, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D. Oppenhoff-Delius N. 78, Schütze 435 N. 10 und RG. 13./12. 83 C. 9 296, 20./3. 94 C. 25 421; a. M. Geher S. S. II 416 N. 4 und v. Schwarze N. 38. Eine Beschränkung der Zahl nach widerspricht dem Begriff der Bande: Hältschner und Merkel a. a. D., Olshausen N. 47 Abs. 5.

25. Zu der Bande gehören begrifflich mehrere, also mindestens zwei Personen, deren jede entschlossen sein muß, erforderlichenfalls selbst als Täter mitzuwirken. Kommt es aber wirklich zur Begehung eines Diebstahls, so kann dem einzelnen Mitwirkenden das Delikt nur insoweit zugerechnet werden, als eben der Begriff der Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe im gegebenen Fall tatsächlich durch sein Verhalten verwirklicht worden ist. Somit liegt ein Bandendiebstahl auch dann vor, wenn nur Einer der Täter, die Anderen Anstifter und Gehilfen sind. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 304, Frank N. VII, Hältschner I 557 N. 2, II 330 N. 1, v. Liszt 217, 433, Merkel S. S. III 638, Meyer-Allfeld 463, Olshausen N. 48. Es ist irrig, wenn Oppenhoff-Delius N. 77, Rüdorff-Stenglein N. 31, v. Schwarze N. 37, Schütze 435 und RG. 13./12. 83 C. 9 296 meinen, daß Anstifter und intellektueller Gehilfe nur der Strafe des einfachen Diebstahls verfallen. Diejenigen mitwirkenden Personen, welche nicht zur Bande gehören, fallen nicht unter diese Strafbestimmung: Binding Lehrb. I 304, Hältschner II 330, Olshausen N. 48 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 77, Schütze 435 N. 10.

26. Mehrere selbständige Bandendiebstähle stehen miteinander in Realkonkurrenz: Olshausen N. 48 Abs. 4, Oppenhoff-Delius N. 79, Rüdorff-Stenglein N. 32.

7) der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Täter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet.

27. Die härtere Bestrafung des nächtlichen Diebstahls gründet sich auf den Ort der Tat, auf die Zeit der Tat und auf die Vorbereitung der Ausführung.

28. Der Ort der Tat ist ein, wenn auch nur zum Teil bewohntes Gebäude, umschlossener Raum, Schiffe. Bewohnt ist aber dasjenige Gebäude, welches wenigstens Einem Menschen zum Wohnort oder zur ordnungsmäßigen Nachtruhe dient: Binding Lehrb. I 302, Frank N. VIII 2a, v. Liszt 433, Meyer-Allfeld 461, Olshausen N. 51 Abs. 1. Wenn Hältschner II 331, Merkel S. S. III 683 und Oppenhoff-Delius N. 83 meinen, zum Begriff des Wohnortes gehöre, daß die Bewohner auch über Nacht sich in demselben regelmäßig aufhalten, so trifft dies nicht zu. Wird ein Gebäude nur periodisch, z. B. das Landhaus während der Sommer-, das Stadthaus während der anderen Jahreszeit, zum Wohnen benutzt, so ist es außerhalb dieser Zeit kein bewohntes Gebäude. Es verliert aber diesen Charakter nicht dadurch, daß es während einer kürzeren Zeit geschlossen

ist, z. B. weil die ganze Familie die Ferienzeit des beamteten Hausherrn auswärts zubringt. Darüber endlich herrscht kein Zweifel, daß Wohnort nicht das leerstehende Gebäude ist, welches ein Vagabund zum nächtlichen Aufenthaltsort genommen hat.

Nichtbewohnte Nebengebäude gelten als bewohnt, wenn sie nach ihrer äußeren Erscheinung und inneren Einrichtung zusammen mit dem Hauptgebäude als einheitliches Bauwerk erscheinen: RG. 13./2. 02 C. 35 102.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ist nicht erforderlich, daß zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude oder Schiffe anwesend sind.

29. Zeit der Tat ist die „Nachtzeit“. Darüber, was unter der Nachtzeit zu verstehen, herrscht Streit. Wird sie im Gegensatz zur Tageszeit genommen, so ist sie die astronomische Nacht vom Sonnenuntergang bis zum Sonnenaufgang. In dieser astronomischen Genauigkeit wird die Nacht jedoch nur bei den leuchtenden Schiffsfahrtszeichen, zumal auf den Leuchttürmen gerechnet. Daher wird sie bestimmt als die Zeit vom Eintritt der Dunkelheit nach dem Untergange der Sonne und vorübergegangener Abenddämmerung bis zum Beginn der Morgendämmerung. So Binding Lehrb. I 301, Frank N. VIII 1, Merkel 321 und S. S. III 684, Olshausen N. 52; RG. 23./12.80 C. III 209. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Das StGB. ist in Norddeutschland entstanden, und daher muß angenommen werden, daß es sich nach dem norddeutschen Sprachgebrauch richtet. Der norddeutsche Sprachgebrauch aber schiebt zwischen die Tages- und Nachtzeit den Abend, und versteht unter Nachtzeit diejenige Zeit, während deren man der nächtlichen Ruhe pflegt, und läßt sie um zehn Uhr beginnen — in ganz Norddeutschland beginnt der Dienst der Nachtwächter um zehn Uhr! —, während das Ende nach der Jahreszeit allerdings verschieden zu nehmen ist. Wenn sich auf einem deutschen Dampfer während einer Fahrt nach dem Norden zur Zeit der Mitternachtsstunde „Nachts“ um ein Uhr ein Steward in diebischer Absicht in eine Passagierkajüte schleicht und stiehlt, so ist er während der „Nachtzeit“ eingeschlichen. Mit dieser Ansicht, daß die Nachtzeit gleich der Zeit der Nachtruhe ist, stimmen überein Berner 565, Geyer II 48, Hälschner II 332, v. Liszt 433, Meyer-Alfeld 461, Oppenhoff-Delius N. 80, Rüdorff-Stenglein N. 33, Schüge 437.

30. Der Täter, unter welchem mit Olshausen N. 54 der Täter im technischen Sinne, nicht aber der Teilnehmer zu verstehen ist, hat sich in die Räumlichkeit eingeschlichen oder sich in ihr verborgen. Auch ein Hausbewohner kann Täter sein: Binding Lehrb. I 301 (N. 6), Olshausen N. 58 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 88, Schüge 438 N. 16. Wenn Frank N. VIII 3, Meyer-Alfeld 462 N. 25 und RG. 23./10. 99 C. 32 310 annehmen, daß zwar ein Hausbewohner sich verbergen, aber nur ein Hausfremder sich einschleichen könne, so entbehrt diese Unterscheidung wie des gesetzlichen so des tatsächlichen Anhalts.

Einschleichen ist das unter Vermeidung von Geräusch bewirkte heimliche und absichtlich der Wahrnehmung Anderer entzogene Eintreten, ohne daß es begründlich besonderer Maßnahmen des Diebes zur Verhütung oder Vereitelung der von dem Wohnungsinhaber getroffenen Vorsichtsmaßregeln bedarf: Berner 566, Binding Lehrb. I 301, Frank N. VIII 3, Olshausen N. 56 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 36 Abf. 2; RG. 25./1. 82 C. 5 400, 7./4. 84 C. 10 280. Die Nachtzeit ist nur bei der Ausführung des Diebstahls, nicht aber beim Einschleichen und Verbergen erforderlich; a. M. Schüge 437. Ebensovienig darf mit Frank N. VIII 3, Geyer II 49, Merkel S. S. III 684, Schüge 438 N. 16 und v. Schwarze N. 40 ein Zeitraum zwischen dem Einschleichen und dem Stehlen verlangt werden, durch den erhelle, daß das erstere zum Zwecke des letzteren geschehe. Der Tatbestand ist also auch dann gegeben, wenn sich der Dieb zur Nachtzeit eingeschlichen und sofort nach dem Einschleichen gestohlen hat: Berner 566, Binding Lehrb. I 302 N. 1, Hälschner II 333, v. Liszt 433, Meyer-Alfeld 461, Olshausen N. 57 Abf. 4, Oppenhoff-Delius N. 90, Rüdorff-Stenglein N. 34, 35; RG. 11./8. 80 C. 2 223, 6. 5. 81 C. 4 127, 7./4. 84 C. 10 280.

Verbergen ist das Sichverstecken an einem Orte, an welchem die Anwesenheit des Diebes nicht vermutet wird. Den Eintritt in die Räumlichkeit muß der Dieb offen vorgenommen haben, widrigenfalls ein Einschleichen vorliegt.

31. „Diebische Absicht“ ist der Voratz zu stehlen. Daß dieser Voratz sich auf ein bestimmtes Objekt gerichtet hat, ist nicht erforderlich und daher eine Änderung des Voratzes in dieser Beziehung gleichgültig: Olshausen N. 55 und Oppenhoff-Delius N. 91. Die Bestimmung findet somit auch dann Anwendung, wenn der Dieb sich zum Zwecke des Entwendens (§ 370 Nr. 5) eingeschlichen usw. hat und dann andere Sachen stiehlt: RG. 20./12. 83 C. 9 297, 7./7. 86 C. 14 312. Es ist auch nicht nötig, daß die diebische Absicht die alleinige Ursache des Einschleichens usw. war; letzteres wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß außerdem ein erlaubter Zweck zum Verleiten der Räumlichkeit besteht: RG. 28./5. 83 C. 8 412.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

§ 244.

Wer im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Fehler bestraft worden ist, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist, wird, wenn er einen einfachen Diebstahl (§ 242) begeht, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn er einen schweren Diebstahl (§ 243) begeht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt beim einfachen Diebstahl Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten, beim schweren Diebstahl Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

1. Das StGB. kennt den Rückfall, d. h. die Begehung eines Deliktes nach vorausgegangener Bestrafung wegen eines anderen Deliktes, nicht als allgemeinen Straferhöhungsgrund, sondern nur als besonderen bei mehreren bestimmten Delikten. Der Rückfall ist bald ein einmaliger, bald ein wiederholter, je nachdem eine einmalige Neubegehung genügt oder mehrere, also mindestens zwei, erforderlich sind, und es ist bald ein gleichartiger, bald ein ungleichartiger, je nachdem das neue Delikt ein gleiches sein muß oder nur ein gleichartiges zu sein braucht. Der Rückfall beim Diebstahl, sowohl beim einfachen als auch beim schweren, ist ein wiederholter ungleichartiger. Erst der zweite — und weitere —, also wiederholte Rückfall ist strafe erhöhender Umstand, und der Täter muß als Dieb (§§ 242, 243) oder als Räuber (§§ 249—251) oder gleich einem Räuber (§§ 252, 255) oder als Fehler (§§ 258—260) vorbestraft worden sein.

Eine Vorbestrafung wegen eines sog. privilegierten Diebstahls begründet den Rückfall nicht, vgl. oben § 242 Nr. 13; Binding Lehrb. I 304, v. Liszt 434, Dshausen Nr. 9 Abj. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 10, Rüdorff-Stenglein Nr. 8; RG. 19./10. 80 C. 2 354.

2. Der Täter muß zur Zeit der nunmehrigen Aburteilung wegen des einen oder des anderen der genannten Delikte bestraft sein, alsdann wiederum das eine oder das andere Delikt begangen haben und wiederum wegen desselben bestraft worden sein. Bestrafung ist Verurteilung und Verbüßung. Vorausgesetzt ist ein rechtskräftiges Urteil: RG. 16./5. 81 C. 4 230, 25./9. 85 C. 13 18, sodaß eine tatsächlich vorher erfolgte Strafvollstreckung erst mit Eintritt der Rechtskraft Wirksamkeit gewinnt, so die im Urteil ausgesprochene Inrechnung der Untersuchungshaft und die im Anschluß an das Urteil erfolgte Erteilung des Verweises: Dshausen Nr. 6 Abj. 5, Rüdorff-Stenglein § 245 Nr. 1; RG. 16./5. 81 C. 4 230, 14./10. 86 C. 14 421. Wird die Strafe seitens einer nicht zuständigen Behörde vollstreckt, z. B. der Verweis durch den Vorsitzenden der Strafkammer, so gilt das gleiche. Ob die Bestrafung eine materiell gerechtfertigte war, hat der Richter nicht zu prüfen: Hälshner II 335, Dshausen Nr. 5 Abj. 3; RG. 20./9. 88 C. 18 116.

Erforderlich ist eine kriminelle Vorstrafe: Wilmeyer Enzykl. 1151, Franck §§ 244, 245 Nr. II 1, v. Liszt 433, Dshausen Nr. 5 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 4. Auf die Strafart kommt es nicht an, sodaß auch ein Verweis genügt: v. Liszt, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 14./10. 86 C. 14 421, 20./9. 88 C. 18 116. Die Behörde, welche die Strafe verhängt hat, muß eine in abstracto zuständige und kann sowohl eine richterliche als auch eine andere die Strafgerichtsbarkeit ausübende Behörde sein (Bürgerliches Gericht, Militärgericht, Verwaltungsbehörde, Polizei): Hälshner I 553 Nr. 2, II 277, v. Liszt 433, Merkel S. S. IV 411, Meyer-Alfeld 334, Dshausen Nr. 5 Abj. 2, Oppenhoff-Delius Nr. 3, Rüdorff-Stenglein Nr. 2 Abj. 1, Nr. 8, Schütze 439 Nr. 18; a. M. v. Schwarze Nr. 6.

Als verbüßte Strafen kommen nur die Hauptstrafen in Betracht, nicht die Nebenstrafen, insbesondere nicht die auch ohne Vollstreckung sofort in Wirksamkeit tretenden Ehrenstrafen, also auch nicht die auf Grund § 37 ausgesprochene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte: Dshausen Nr. 5 Abj. 1, 6 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 6 und § 245 Nr. 3 Abj. 1; RG. 23./9. 86 C. 14 413, 7./7. 90 C. 21 35. A. M. v. Liszt 433 und Merkel S. S. IV 411.

3. Wo die Vordelikte begangen sind, ist gleichgültig. Dagegen muß die Bestrafung im Inlande erfolgt sein. Inland ist das Deutsche Reich in seiner heutigen Ausdehnung, so daß z. B. die in Helgoland vor seiner Einverleibung begangenen Delikte den Rückfall begründen. Der Begriff des Inlandes ist jedoch zu extendieren, so daß Inland auch da ist, wo im Auslande eine deutsche Behörde befugter Weise die Strafgerichtsbarkeit ausübt. So die im Auslande erfolgte Bestrafung durch ein deutsches Militärgericht: Hälshner II 336, Merkel S. S. IV 412, Meyer-Alfeld 335, Dshausen Nr. 7a Abj. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 2 Abj. 2. Ebenso die Bestrafung

durch ein Konfulargericht oder ein Gericht in den Schutzgebieten: Finger I 530, Meyer-Altfeld und Dtschausen a. a. D.; a. M. Frank §§ 244, 245 Nr. II 1.

Diese Grundsätze finden unbeschränkten Anwendung auf die Verurteilung. Ebenso sind sie anzuwenden auf die Verbüßung: Hälschner II 336, v. Liszt 433 Nr. 10, Dtschausen Nr. 7b, Rüdorff-Stenglein Nr. 4; a. M., nämlich daß der Ort der Verbüßung gleichgültig, Berner 313 und Oppenhoff-Delius § 245 Nr. 4. Als im Inland verbüßt gilt die im Ausland vollzogene Strafe auch dann, wenn sie auf Grund des § 7 angerechnet wird: Merkel S. S. IV 411, Dtschausen Nr. 7b, Oppenhoff-Delius § 245 Nr. 2.

4. Sowohl bei dem früheren als auch bei dem jetzigen Delikt wird der Rückfall durch den Versuch und durch die Teilnahme begründet: Frank §§ 244, 245 Nr. II 1, Hälschner II 335, v. Liszt 434, Merkel 322, S. S. III 687, Meyer-Altfeld 334, Dtschausen Nr. 9 Abs. 1, Nr. 13 Abs. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 11, 16, Rüdorff-Stenglein Nr. 10, Schüge 439, v. Schwarze Nr. 8; RG. 23./9. 80 C. 2 261, 3./5. 80, 13./1. 82, 3./3. 82, 18./11. 90; a. M. wegen der Weisung v. Wächter 435. Ebenso durch die vor der Tat zugelegte Begünstigung (§ 257 Abs. 3): Gener II 49, v. Liszt, Dtschausen und Oppenhoff-Delius a. a. D., Meyer-Altfeld 563; RG. 3./6. 83 C. 8 317. Ob die Vorbestrafung in Idealkonkurrenz mit einem schwereren Delikt erfolgte, ist gleichgültig: Dtschausen und Meyer-Altfeld a. a. D., v. Liszt 242.

5. Hat die Vorbestrafung unter der Herrschaft eines älteren Gesetzes stattgefunden, so ist die von diesem dem Delikte etwa beigelegte andere technische Bezeichnung, z. B. Entwendung für Diebstahl, Begünstigung aus Gewinnsucht für Hehlerei, gleichgültig, und maßgebend ist nur, ob der gesetzliche Tatbestand dem eines der in § 244 bezeichneten Delikte entspricht: Frank §§ 244, 245 Nr. II 1, Hälschner II 335, v. Liszt 433, Dtschausen Nr. 10 Abs. 1, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Rüdorff-Stenglein Nr. 9 Abs. 2.

Hat eine materielle Gesetzesänderung stattgefunden, so daß der jetzige Deliktsbegriff sich mit dem früheren nicht mehr deckt, so liegt nach der einen Ansicht ein Rückfall nur dann vor, wenn die den Vorbestrafungen zugrunde liegenden Delikte nach dem heutigen Recht Diebstahl usw. sind, denn „als Dieb kann gegenüber dem Gesetze nur gelten, wer Dieb in seinem Sinne ist“ (Frank). Wenn z. B. die Vorbestrafung wegen Diebstahls von Nahrungsmitteln erfolgte und das jetzige Gesetz diesen Diebstahl als Entwendung unter § 370 Nr. 5 reiht, so wird durch jene Vorbestrafung der Rückfall nicht begründet. Hiermit stimmen überein Frank §§ 244, 245 Nr. II 1, Hälschner II 336, v. Liszt 434, Merkel 258 und S. S. III 688, Meyer-Altfeld 334, Rüdorff-Stenglein Nr. 9. Dagegen ist nach Dtschausen Nr. 11, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Schüge 439 Nr. 18, v. Schwarze Nr. 4, 5 der Wechsel der Gesetzgebung nicht zu berücksichtigen und zur Begründung des Rückfalls jede Verurteilung geeignet, die wegen Diebstahls usw. im Sinne des früheren Gesetzes erfolgte. Diese zweite Ansicht ist die richtige. Allerdings treffen die für sie angeführten reichsgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere 7./6. 83 C. 8 418, nicht zu, ein Auspruch des RG. über diese Frage liegt in Wirklichkeit noch nicht vor. Ebenfalls der Grund, daß die erste Ansicht häufig praktisch undurchführbar sei, kann nicht den Ausschlag geben, denn er versagt ja in den Fällen, in welchen die Ansicht durchführbar ist, und in denjenigen Fällen, in welchen sie es nicht ist, dürfte nach dem Satze in dubio pro reo § 244 keine Anwendung finden. Entscheidend ist aber, daß der jetzige Täter vor dem Eintritt des neuen Rechts wegen Diebstahls rechtskräftig verurteilt ist, und dieses Faktum muß, wenn das neue Gesetz nicht das Gegenteil bestimmt, respektiert werden. Dies gilt seit der Novelle v. 19. Juni 1912 auch für die §§ 248a, 264a und die Erweiterung des § 370 Nr. 5.

§ 245.

Die Bestimmungen des § 244 finden Anwendung, auch wenn die früheren Strafen nur teilweise verbüßt oder ganz oder teilweise erlassen sind, bleiben jedoch ausgeschlossen, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.

1. Der § 245 gibt zwei nähere Bestimmungen zu § 244, so daß erst beide Paragraphen zusammen die Voraussetzungen des Diebstahls im wiederholten Rückfall enthalten und richtiger in Einen Paragraphen zusammengezogen worden wären.

Zunächst wird die Vorschrift, daß der Dieb schon zweimal bestraft sein müßte, dahin bestimmt, daß eine auch nur teilweise Verbüßung genügt, und zugleich wird der Verbüßung die Begnadigung gleichgestellt. Frgendein, wenn auch noch so geringer Teil der erkannten Strafe muß also im Falle einer Nichtbegnadigung verbüßt sein. Somit liegt ein Rückfall nicht vor, wenn der Täter, auch ohne begnadigt zu sein, sich der Strafverbüßung entzogen hat und die Strafvollstreckung verjährt ist: Dtschausen Nr. 2 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 1. Die angerechnete Unternehmungshaft ist eine Verbüßung auch dann, wenn durch sie die erkannte Strafe nur zum Teil

abforbirt worden ist; a. M. Rüdorff-Stenglein § 244 N. 5. Die Nebenstrafen kommen nicht in Betracht, wie bezüglich der Ehrenstrafen und der Polizei-Aufsicht aus §§ 36, 38 Abs. 3 unzweideutig hervorgeht: Merkel S. S. IV 412, Olshausen N. 2 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 1 und RG. 23./9. 86 C. 14 213; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3. Ein Erlaß im Sinne des Gesetzes ist auch die sog. bedingte Begnadigung und die vorläufige Entlassung.

2. Sodann normiert § 245 die sog. Rückfallsverjährung, indem er die Bestimmungen des § 244 für ausgeschlossen erklärt wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verfloßen sind. Wie viele Jahre zwischen diesem letzten und dem früheren, oder wie viele zwischen den früheren Delikten liegen, ist gleichgültig: Berner 313, Birkmeyer Enzykl. 1151, Frank §§ 244, 245 N. II 6, Hälschner II 337, v. Liszt 434, Merkel 322, Meyer-Wilfeld 335, Olshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 178, 439 N. 18 und RG. 4./3. 80 C. 1 246; a. M. unter Hinweis auf MilStGB. § 13 Bindung Grundr. 283 und Finger I 532 N. 687. Bei der vorläufigen Entlassung beginnt die Frist mit dem Ablauf der festgesetzten Strafzeit, bei der sog. bedingten Begnadigung mit dem Eintritt der Begnadigung: Olshausen N. 4 Abs. 1; RG. 4./2. 08.

Wenn, nachdem die Strafe schon zum Teil verbüßt ist, zunächst eine Unterbrechung und dann Erlaß der Reststrafe eintritt, so beginnt die Verjährungszeit nicht, wie Merkel S. S. IV 412, Oppenhoff-Delius N. 5 und v. Schwarze N. 2 meinen, mit der Vollendung der Teilvollstreckung, sondern mit dem Tage des Erlasses: Olshausen N. 4 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 2.

Ob unter den Vorstrafen sich schon eine Rückfallsstrafe befindet, ist gleichgültig.

§ 246.

Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

1. Unterschlagung ist die vorsätzliche rechtswidrige Aneignung einer fremden beweglichen in Gewahrsam des Täters befindlichen Sache. Unterschlagung und Diebstahl unterscheiden sich dadurch, daß der Unterschlagler bereits den Gewahrsam hat, der Dieb fremden Gewahrsam bricht. Bei der Unterschlagung gilt der Strafschutz nicht dem Eigentum und Gewahrsam, sondern nur dem Eigentum und ist lediglich der Eigentümer der Verletzte: Berner 567, Bindung Lehrb. I 275, Frank N. I, Hälschner II 353, v. Liszt 443, Merkel 317, Olshausen N. 1 Abs. 2. Im übrigen, also mit Ausnahme der auf die Wegnahme bezüglichen, finden die zu § 242 gegebenen Ausführungen auch hier Anwendung. Die dort zitierten reichsgerichtlichen Entscheidungen beziehen sich sogar zum großen Teil zunächst auf § 246.

2) Objekt ist also eine fremde bewegliche Sache.

a) Zu dem Begriff „Sache“ vgl. § 242 N. 2. Wie zwar Gegenstand der Untreue und des Betruges, nicht aber des Diebstahls, so können Rechte, insbesondere Forderungsrechte, auch nicht Gegenstand der Unterschlagung sein: Berner 569, Frank N. II 1, Hälschner II 346, v. Liszt 442, Merkel S. S. III 692, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 11./2. 81 C. 3 344, 11. 7. 81 C. 5 4, 12./2. 91 C. 21 364. Dagegen können unterschlagen werden die über sie errichteten Urkunden, z. B. ein Hypothekendokument, Wechsel, Privataktobligation, Schuldschein über eine Darlehensforderung: RG. 11./2. 81 III 344, 11./7. 81 C. 5 4, 21./3. 82 C. 6 117, 19./6. 85.

b) Zu dem Erfordernis der Beweglichkeit vgl. § 242 N. 3.

c) Die Sache muß eine fremde, d. h. weder eine herrenlose sein noch dem Täter selbst gehören: vgl. § 242 N. 4. Insbesondere ist auch an einer gemeinschaftlichen Sache Unterschlagung seitens des Miteigentümers möglich: RG. 9./2. 80 C. 1 193, 12./4. 81 C. 4 83, 17./3. 84 C. 10 257, 10./6. 90 C. 20 436.

Die Frage, ob die Sache eine fremde, ist, wie von keiner Seite bezweifelt und vom RG. in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen anerkannt wird, auch hier nach dem am Ort der Tat geltenden Zivilrecht, eventuell also nach dem ausländischen zu beurteilen, da das namentlich von der früheren preussischen Praxis angenommene sog. strafrechtliche Eigentum im Gegenwärtigen zum zivilrechtlichen gar nicht existiert. Daher fällt der gefundene Sachverhalt in das Miteigentum

des Entdeckers und des Eigentümers der Sache, in welcher der Schatz verborgen war (RGG. § 984). Durch die untreubare Vermengung oder Vermischung fremder beweglicher Sachen mit den eigenen entzieht Miteigentum (RGG. § 948, vgl. auch § 947). Findet bei der Besitzübertragung zum Zweck des Eigentümserwerbes Stellvertretung statt, so wird der Stellvertreter dann Eigentümer, wenn die Tatsache der Stellvertretung ein Internum zwischen ihm und dem Vertretenen bleibt, und wird kein Eigentümer, wenn er zwar den Besitz für sich erwerben, dem Mitfontahent ihn aber auf den Vertretenen übertragen will. Wenn der Kellner das Bier von dem Wirt gegen Marken bezieht und sodann auf eigene Rechnung an die Gäste verkauft, so wird, auch wenn die Vereinbarung zwischen ihm und dem Wirt den Gästen unbekannt ist, wosern nur diese schlechtthin dem Berechtigten zahlen wollen, einerlei wer es sei, er selbst und nicht der Wirt Eigentümer des Geldes, begehrt also an demselben keine Unterschlagung. Allerdings hat RG. 10./12. 00 C. 34 39 Unterschlagung angenommen, aber jeder Zweifel wird schwinden, wenn man sich den Fall denkt, daß der Kellner das Bier nicht gegen Marken, die er nachher eintlösen muß, sondern gegen bares Geld bezieht. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 279 R. 2, Frank R. II 3c und Dshausen R. 7 Abs. 3. Endlich kommen in Betracht die Bestimmungen über die Anfechtung (RGG. §§ 119, 142). Ein bei der Eigentumsübertragung unterlaufener Irrtum hat nicht die Nichtigkeit zur Folge, sondern berechtigt nur zur Anfechtung. Bis die Anfechtung erfolgt, begehrt der Empfänger selbst dann keine Unterschlagung, wenn er den Irrtum bemerkt hat, und durch die Anfechtung wird das Geschäft allerdings rückwärts annulliert, aber diese Rückwirkung hat für das Strafrecht, welches nur auf das zur Zeit der Tat bestehende Eigentumsverhältnis sehen kann, keine Bedeutung. Somit verübt der Empfänger einer Zahlung an dem von dem Zahlenden aus Irrtum zuviel Gezählten keine Unterschlagung: RG. 24./5. 80 C. 2 65, 19./11. 81 C. 5 165; auch 12./12. 84, 8./3. 89, 13./1. 05.

c) Aus der überquellenden reichsgerichtlichen Praxis mögen folgende Entscheidungen mitgeteilt werden.

Sachen, welche der Eigentümer einem Anderen herauszugeben nur persönlich verpflichtet ist, sind für ihn keine fremden Sachen. Daher macht sich der Inhaber eines bezahlten Wechsels, auch wenn er die Zurückgabe nach erfolgter Zahlung versprochen hat, durch Weiterbegebung keiner Unterschlagung schuldig: RG. 2./4. 80 C. 1 343. Ebensovienig begehrt der Zessionar Unterschlagung an den von ihm auf Grund einer, wenn auch nur simulierten Zession eingezogenen Geldern, da er Eigentümer derselben geworden ist und der Zedent nur ein persönliches Recht auf Zahlung der eingezogenen Beträge hat: RG. 13./3. 83, 1./7. 02. Und ebensovienig derjenige, welcher eine ihm mit der Verabredung des Rückkaufes verkaufte Sache anderweitig veräußert, da er hierdurch nur eine Vertragspflicht verletzt: RG. 4./1. 82. Die Geldsumme, welche Jemand im Wege der Zwangsvollstreckung von seinem Prozeßgegner zwecks Vornahme einer diesem durch Urteil auferlegten Handlung erlangt hat, ist für ihn keine fremde Sache: RG. 17./10. 83 C. 9 276. Der Gemeinsschuldner, dem der Konkursverwalter die Fortführung des Geschäfts übertragen hat, begehrt durch Zurückbehaltung und Verbrauch der Geschäftseinnahmen keine Unterschlagung, da er das Rechtssubjekt der Konkursmasse ist, somit der Rechtsrwerb aus den zu Konkurszwecken abgeschlossenen Rechtsgeschäften für ihn erfolgt: RG. 31./1. 07 C. 39 414. An dem zur Übermittlung durch Postanweisung eingezahlten Gelde wird die Post (der Postkastus) Eigentümer, und sie will in hiernach für den Empfänger maßgebender Weise das Eigentum an dem Gelde nur auf denjenigen übertragen, auf welchen es nach dem der Einzahlung erkennbar unterstehenden Willen des Absenders übertragen werden soll: Frank R. II 3b, Dshausen R. 7 Abs. 4 und RG. 10./6. 90 C. 20 436, 21./12. 94 C. 26 389, 10./10. 98 16./12. 05.

Dagegen begehrt Unterschlagung der Beamte, welcher das ihm lediglich zur Heizung seiner Dienstwohnung mit dem Verbot des Verkaufs überwiesene Deputatholz verkauft: RG. 16./1. 80 C. 1 75, 11./1. 81 C. 3 184. Der Schiffer, der aus dem ihm zum Transport übergebenen Faß einen Teil des Inhalts herausnimmt: RG. 4./1. 89, oder einem Dritten die Wegnahme gestattet: RG. 2./6. 02. Das Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft: RG. 5./7. 82 C. 7 18, und der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft: RG. 4./10. 88 C. 18 123 an den Gesellschaftsgeldern. Der bisherige Gesellschafter nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft an den von ihm eingebrachten Sachen, wenn er über sie vor der endgültigen Auseinanderlegung zu seinem alleinigen Nutzen verfügt: RG. 8./2. 95 C. 27 11. Der Kommissionsär an den ihm zum Verkauf übergebenen und von ihm verkauften Waren, wenn er den Verkauf von vornherein in der nach Umständen schon aus der späteren Nichtablieferung und dem Verbrauch des Erlöses zu folgernden Absicht vorgenommen hat, die Waren als sein Eigentum zu verkaufen und den Erlös für sich zu verwenden: RG. 28./12. 80 C. 3 150. Mangels besonderer Vereinbarung der Geschäftsreisende an den einkassierten Geldern: RG. 26./2. 83. Der Stattenbeamte an den Geldern, die er sich leihweise beschafft und unter dem nicht erklärten Vorbehalt der Rücknahme dem Revisor als Kassengelder vorgelegt hat, nach der Revision aber wieder aus

der Kasse an sich nimmt: RG. 24./10. 82 C. 7 123. Der Rechtsanwält an dem Gelde, welches er als Prozeßmandatar zur Absendung an seinen Mandanten empfangen hat: RG. 12./7. 89.

3. Der Unterschlagler bricht nicht fremden Gewahrsam, sondern besitzt die Sache bereits. Wenn das Gesetz sagt: „Besitz oder Gewahrsam“, so ist hier oder gleich sive, beide Ausdrücke sind gleichbedeutend: Frank N. II 4 Abf. 1, Meyer-Walfeld 446, Mertel 318, Dshausen N. 8 b Abf. 1, Schütze 442 N. 7; RG. 6./6. 04 C. 37 198.

a) Der Besitz oder Gewahrsam, wegen dessen auf § 242 N. 5, 6 zu verweisen ist, ist auch hier nicht in einem spezifisch juristischen Sinne, nicht als Eigenbesitz nach BGB. § 872, sondern als das tatsächliche, äußere, die Möglichkeit voller Verfügungsgewalt gewährleistende Verhältnis zur Sache zu nehmen, ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer die Sache als ihm gehörig besitzt: RG. 5./7. 01 C. 34 374, 6./6. 04 C. 37 198, 11./4. 10 C. 43 339, 28./6. 10 C. 44 33. Somit kommt der sog. mittelbare Besitzer nicht in Betracht.

b) Die Art und Weise, wie der Gewahrsam erlangt worden, ob rechtmäßig oder rechtswidrig, ist gleichgültig. Die früher, z. B. von Schütze 442 aufgestellte Ansicht, daß durch die Besitzerlangung nicht überhaupt bereits der Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt sein dürfe, ist jetzt allgemein aufgegeben. Nur darf der Besitz nicht mittels Wegnahme aus fremdem Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgt sein, denn dann liegt Diebstahl oder Raub vor: Binding Lehrb. I 278, Frank N. II 4 a, v. Liszt 443, Meyer-Walfeld 443, Dshausen N. 9, Schütze 442, v. Wächter 426; RG. 26./4. 87 C. 15 426.

c) Bei dem Diebstahl erfolgt die Brechung des fremden und Begründung des eigenen Gewahrsams in der Absicht rechtswidriger Zueignung der Sache, welche Absicht also mit der Gewahrsamserlangung gleichzeitig sein muß. Dagegen bei der Unterschlagung ist die Gewahrsamserlangung auch dann, wenn sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschieht, weder Versuch noch Vollendung des Delikts, sondern nur eine Vorbereitungshandlung, vgl. unten N. 8. Daher muß die Absicht der Zueignung sich durch eine der Erlangung des Gewahrsams nachfolgende Tatsache manifestieren und wird erst mit dieser letzteren der Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Das Gesetz verlangt unzweideutig, daß der Täter die Sache, die er sich aneignen will, bereits im Gewahrsam hat, d. h. daß die Gewahrsamserlangung der Aneignung vorhergeht: Frank N. II 4 Abf. 1, Hälschner II 348, 361, v. Liszt 443, Meyer-Walfeld 448, Dshausen N. 8 a Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 442 N. 7 und RG. 3./12. 88 C. 19 38, 29./1. 92 C. 22 306; a. M. Binding Lehrb. I 275, nach welchem die Worte „im Besitz oder Gewahrsam hat“ nur den Gegensatz zur Aneignung durch Wegnahme aus fremdem Besitz bilden. In dem Ansichnehmen gesunderer Sachen liegt daher noch keine Zueignung, selbst wenn sie mit der Absicht der Zueignung erfolgt ist, sondern es muß noch ein besonderer Zueignungsakt hinzutreten: Frank N. 4, Hälschner II 361, v. Liszt 443, Dshausen N. 8 a a, Oppenhoff-Delius N. 37, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abf. 1 und RG. 3./12. 88 C. 19 38; a. M. Binding Lehrb. I 277, Geyer II 52, Meyer-Walfeld 448, v. Wächter 427. Ganz dasselbe gilt von der Entdeckung des Schatzes. Wer von dem Zueignungsberechtigten beauftragt wird, das erlegte Wild zu othupieren, macht sich der Unterschlagung schuldig, wenn er sich das Wild nachträglich zueignet, dagegen der unberechtigten Jagdausübung nach § 292, wenn bereits die Besitzergreifung mit dem Aneignungswillen erfolgt: Frank N. II 3 c und Dshausen N. 8 a γ; RG. 10./12. 85 C. 13 195.

d) Eine Unterschlagung, nicht Diebstahl begeht der Bewahrer eines verschlossenen Behältnisses an den darin enthaltenen Sachen: RG. 13./12. 81 C. 5 222; a. M. Mertel S. H. III 695 und, die Allgemeinheit des Satzes bestreitend, RG. 9./11. 11 C. 45 249. Ferner wer eine zu einem Nachlaß gehörige Sache, ehe eine andere Person den Gewahrsam an sich genommen hat, wegnimmt: Geyer II 52, Dshausen N. 9 und RG. 17./3. 84 C. 10 257; a. M. Oppenhoff-Delius N. 30. Ebenso der Vermieter, der die zur Sicherung der Mietzinsforderung zurückbehaltenen Sachen des Mieters sich aneignet: RG. 6./6. 04 C. 37 202. Der Eigentümer eines Grundstückes, dessen stehende Früchte gepfändet und versteigert sind, behält, solange die Früchte noch nicht abgeerntet worden, den Gewahrsam an ihnen und macht sich daher durch ihre Aberntung nicht des Diebstahls, sondern der Unterschlagung schuldig: RG. 13./4. 92 C. 23 71.

4 Das Gesetz verlangt nicht, daß der Täter den Gewahrsam in der Absicht der Zueignung erlangt, sondern daß er die bereits in seinem Gewahrsam befindliche Sache sich zueignet. Das Motiv ist gleichgültig. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Täter einen Vermögensverlust bezweckt: Berner 568, 569, Binding Lehrb. I 274, Hälschner II 355, Meyer-Walfeld 450, Dshausen N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 19; RG. 11./7. 81 C. 5 4, 12./1. 91 C. 21 270. Eine Unterschlagung liegt also auch dann vor, wenn die Zueignung in der Absicht geschieht, die Sache einem Anderen zuzuwenden, z. B. als Geschenk: RG. 7./12. 81 C. 5 218, 5./7. 01 C. 34 374. Ebenfalls ist erforderlich, daß der Täter das Vermögen des Eigentümers beschädigen will: Binding und Dshausen a. a. D., Mertel S. H. III 706, Meyer-Walfeld 450 N. 56, Oppenhoff-Delius N. 45, Rüdorff-Stenglein N. 20 und RG. 12./1. 91 C. 21 270; a. M. Hälschner a. a. D.

Da der Täter die Sache bereits in seinem Besitz hat, somit die äußerlich erkennbare Wegnahme fehlt, muß sich der Wille, die Sache von nun an gleich dem Eigentümer zu besitzen, durch einen Verfügungssakt manifestieren, vgl. N. 3c: RG. 13./7. 81 E. 4 404, 7./12. 81 E. 5 218. Hierüber besteht im wesentlichen kein Streit, vgl. z. B. Frank N. I, III Abf. 3, v. Liszt 443, Dshausen N. 8a, N. 11 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abf. 1, Wachenfeld H. II 303. Jede Handlung genügt, aus welcher jener Wille zu entnehmen ist, mag sie auch nicht in einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf die Sache bestehen. In einer reinen Unterlassung, z. B. in dem bloßen Verschweigen, liegt um so weniger ein Aneignungsakt, als dabei eine Fahrlässigkeit zum Grunde liegen kann, z. B. in dem bloßen Behalten einer anvertrauten Sache trotz wiederholter Aufforderung zur Zurückgabe: Dshausen N. 11 Abf. 2, 17a, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 2 und RG. 13./7. 81 E. 4 404. Die mannigfaltigsten Akte können sich als Aneignungsakte charakterisieren. Bei einem Zweifel über den Charakter der Handlung, z. B. weil der die dem Verberb ausgesetzte Sache verkaufende Besitzer möglicherweise als negotiorum gestor gehandelt hat, ist selbstverständlich stets Nichtvorliegen des Aneignungsaktes anzunehmen. Ein Aneignungsakt kann z. B. gefunden werden in der Einwilligung in die Wegnahme durch einen Dritten: Hälshner II 351, Meyer-Altfeld 449, Dshausen N. 12a; RG. 7./12. 81 E. 5 218. Ferner in dem einfachen oder qualifizierten Ableugnen des Besitzes gegenüber dem Berechtigten oder der Behörde: Hälshner II 351, Meyer-Altfeld 449, Dshausen N. 12b, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1, Schütze 443 und RG. 22./11. 81 E. 5 252; a. M. nämlich daß nur Versuch vorliege, wenn das Ableugnen die Vorenthaltung der Sache nicht zur Folge habe, Frank N. III 5, Mertel 318, S. S. III 700, v. Schwarze N. 17. In der Verweigerung der Herausgabe an den Berechtigten oder in der Erklärung, die Sache für sich behalten zu wollen: Berner 570 N. 1, Meyer-Altfeld 449, Dshausen N. 12b und RG. 28./4. 87. In dem Angebot zum Kauf: Binding Lehrb. I 370, Hälshner II 351 (regelmäßig; 362 nimmt Hälshner nur Versuch an), Meyer-Altfeld 450, Dshausen N. 12c, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1, Wachenfeld H. II 303; a. M., nämlich bloßer Versuch, Frank N. IV und Mertel S. S. III 745. In dem bloßen Verschweigen des Fundes liegt, wie schon bemerkt, keine Unterschlagung. Sie liegt aber trotz BGB. §§ 965, 978 auch nicht in der Nichtanzeige und Nichtablieferung, da hierin nicht eine Zueignungshandlung, sondern ein Indiz der Zueignungsabsicht liegt, zumal die Unterlassung der Anzeige und Ablieferung auch aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis der gesetzlichen Vorschrift geschehen kann: Frank N. III 5, Hälshner II 350, Schütze 442 N. 8; a. M. Meyer-Altfeld 448 N. 42 und Dshausen N. 17a. Wegen der Unterschlagung eines Sparkassenbuches siehe oben § 242 N. 2c Abf. 2.

a) Der Verkauf ist an sich ein Aneignungsakt. Natürlich dann nicht, wenn der Täter als negotiorum gestor handelt oder, wie der Pfandgläubiger, zum Verkauf berechtigt ist. Aber die Zueignung kann auch dadurch ausgeschlossen sein, daß in einer Nebenverabredung der Wille des Verkäufers zum Ausdruck gebracht ist, nur unbeschadet der Rechte des Eigentümers über die Sache zu verfügen, die definitive Wirkung des Verkaufes von dem Entschlusse des Eigentümers abhängig zu machen: RG. 12./6. 84 E. 11 17. Der Verkauf auf Rückkauf — der, weil an Mobilien keine Hypothek, sondern nur ein Faustpfand möglich ist, ganz unentbehrliche gleichwohl im BGB. nicht erwähnte alte *contractus fiduciarius* — ist nur Surrogat der Verpfändung, daher strafrechtlich wie diese zu behandeln: Hälshner II 353, Meyer-Altfeld 448 N. 4, Dshausen N. 16 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1.

b) Kein Zueignungsakt ist an sich der Gebrauch der Sache, obgleich aus dem längeren Gebrauch auf die Zueignung gefolgert werden kann. Anders, wenn die Sache durch den Gebrauch verbraucht wird. Vgl. § 242 N. 9a; Frank N. III 7, Hälshner II 352, Meyer-Altfeld 448, Dshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1.

c) Der Verbrauch ist der unzweideutige Zueignungsakt. Dies unterliegt bei nicht vertretbaren Sachen keinem Zweifel, wogegen es bei vertretbaren darauf ankommt, ob sie als Individuen, also als Sonderfachen, oder als Summen, also in der Gattung zurückgegeben werden sollen: Berner 569, Frank N. II 3b, Hälshner II 358, Mertel 318, Dshausen N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 8, 10, Schütze 444. N. M., daß nämlich kein Unterschied gemacht werden dürfe, Binding Lehrb. I 256, Hälshner II 360, v. Liszt 443, Meyer-Altfeld 446. Jedenfalls bei Geld kommt es dem Empfangsberechtigten regelmäßig auf die Summe, nicht aber auf die Münzen an, obgleich nur an den einzelnen Münzen Eigentum und Unterschlagung möglich ist. Sollen vertretbare Sachen ausnahmsweise als Sonderfachen in Betracht kommen, so muß der Überlieferer bzw. der zur Empfangnahme Beauftragende ausdrücklich oder schweigend (den Umständen nach) den Willen kundgegeben haben, daß der Empfänger die Sache als nichtvertretbare zurückgeben bzw. abliefern solle: Mertel S. S. III 704, Dshausen N. 14 Abf. 4, Schütze 444. Die Sachlage wird, wie Schütze a. a. O. N. 12 mit Recht bemerkt, nur dadurch unklar, daß die schwierige Beweisfrage eingemischt (in *dubio mitius* gilt hier wie sonst, im Zweifel ist nur private Ersatzpflicht gegeben, keine Strafbarkeit), und daß die Ersatzfrage herangezogen wird. Wie es Hälshner II

360 etwas schroff bezeichnet: der ganze Unterschied ist der, daß häufig der Beweis des Dolus größere Schwierigkeiten verursacht.

a) Mit der Zerstörung liegt es hier gerade so wie beim Diebstahl, vgl. § 242 N. 9d. Wie Olshausen sieht auch Hälschner II 355 in ihr stets einen Zueignungsakt.

e) Durch die untrennbare Vermischung fremder Sachen mit den eigenen (RG. § 948, vgl. auch § 947) entsteht an sich Miteigentum. Daher kann in ihr nur dann eine Zueignung gefunden werden, wenn der Täter bei der Vermischung das Bewußtsein hat, daß er durch sie in einer den Aneignungsbegriff erfüllenden Weise in die fremde Rechtssphäre eingreift und zugleich sich durch sie die Sachen aneignen will: Binding Lehrb. I 267, Frank N. III 8, Olshausen N. 7 letzter Abs.; RG. 8./2. 95 C. 26 437. Damit ist die Unterschlagung vollendet, und der Täter begeht durch den Verbrauch des vermengten Geldes keineswegs, wie Frank a. a. O. unter Berufung auf die strenge Rechtskonsequenz annimmt, eine neue Unterschlagung.

f) Bezüglich der Verpfändung vgl. § 242 N. 9b. Oppenhoff-Delius N. 34 und v. Wächter 428 nehmen stets Unterschlagung an, wogegen die Mehrheit der Autoren mit dem RG. danach unterscheidet, ob der Verpfänder die Absicht der Wiedereinlösung und die Überzeugung, dazu rechtzeitig imstande zu sein, hat, oder ob in der Verpfändung eine bewußte bleibende, nach Lage der Verhältnisse unabänderliche Entäußerung tatsächlich zu finden ist: Binding Lehrb. I 269, Frank N. III 3, Geber II 51, Hälschner II 352, Meyer-Alsfeld 449, Olshausen N. 15 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 24./4. 80 C. 2 21, 11./7. 81 C. 5 4, 12./11. 94 C. 26 230, 27./10. 80, 29./11. 00. Die Überzeugung muß jedoch eine begründete sein, weil andernfalls entweder die betr. Behauptung des Täters eine reine Farce, oder bei der Unmöglichkeit, ihre Unwahrheit zu beweisen, auch eine Beurteilung stets unmöglich ist. Auch Meyer-Alsfeld verlangt, daß die Überzeugung eine begründete sein müsse, ebenso v. Liszt 443 (428) und Mertel 318, endlich erichtlich das RG., wogegen nach Werner 569, Binding Geber, Frank, Hälschner und Olshausen a. a. O. es bald nur auf die Absicht, bald auch auf die Überzeugung ankommt, die Begründetheit oder Nichtbegründetheit der Überzeugung aber höchstens als Beweismoment dient. Eine vernünftige Praxis wird, wenn die Überzeugung eine unbegründete, stets Unterschlagung annehmen und ein etwaiges Hoffen und Zweifeln dem Eventualdolus unterstellen. Auf die zivilrechtliche Gültigkeit der Verpfändung kommt es natürlich nicht an.

5. Die Zueignung muß eine rechtswidrige sein, vgl. § 242 N. 10. Da der Strafschutz nicht dem Eigentum und Gewahrsam, sondern nur dem Eigentum gilt — oben N. 1 —, so genügt zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit in jedem Fall die Zustimmung des handlungsfähigen Eigentümers oder des sonst zur Eigentumsübertragung Berechtigten, und zwar unabhängig von dem Wissen des Täters: Binding Lehrb. I 272, Frank N. III Abs. 4, Mertel S. S. III 702, Meyer-Alsfeld 449, Olshausen N. 18 Abs. 1; RG. 1./7. 10 C. 44 41. Auch hier wird die Rechtswidrigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter Anspruch auf eine andere dem Verletzten gehörende Sache hat: Hälschner II 356, Meyer-Alsfeld 450, Mertel a. a. O., Olshausen N. 18 Abs. 1.

6. Wie der Diebstahl erfordert auch die Unterschlagung Vorsatz, nämlich den bewußten Willen, sich widerrechtlich eine fremde Sache zuzueignen: Binding Lehrb. I 279, Frank N. V, Olshausen N. 19 Abs. 1; RG. 11./1. 81 C. 3 184, 15./12. 82 C. 7 349, 8./2. 95 C. 26 437. Die Beweglichkeit der Sache und der Gewahrsam des Täters gehören nicht zu den Deliktmerkmalen, sodaß ein Irrtum in Bezug auf sie gleichgültig ist: Binding und Olshausen a. a. O., Meyer-Alsfeld 450 N. 54.

Der Dolus wird ausgeschlossen durch die begründete Annahme, daß der Eigentümer die Aneignung genehmige oder genehmigen werde. Also insbesondere wenn der Täter der begründeten Überzeugung ist, daß er jederzeit imstande sein werde, entweder die bestimmungsmäßige Verwendung der Sache eintreten zu lassen oder Ersatz in gleichwertigen Stücken zu leisten; hierüber herrscht allgemeine Übereinstimmung, so auch RG. 22./6. 81 C. 4 328, 7./10. 81 C. 5 52, 10./12. 81 C. 5 304, 28./3. 82 C. 6 125, 2./11. 08 C. 42 43. Ebenso wenn der Täter sich nach den Bestimmungen des Zivilrechtes zu der Zueignung für befugt erachtet, z. B. weil die Sache eine herrenlose sei: Binding Lehrb. I 273, Hälschner II 357, Mertel S. S. III 702, Meyer-Alsfeld 450 N. 54, Olshausen N. 20 1b, Rüdorff-Stenglein N. 19; RG. 21./1. 80 C. 1 290, 5./5. 80 C. 2 48, 22./6. 81 C. 4 328, 10./12. 81 C. 5 304, 2./11. 08 C. 42 43. Oder wenn er mit einer ihm wirklich oder vermeintlich zustehenden Geldforderung aufrechnen will: RG. 10./6. 90 C. 20 436. Nicht dagegen, da die gewinnstüchtige Absicht nicht zum Dolus gehört, durch die Absicht der Ersatzleistung: Frank N. III Abs. 4, Hälschner II 357, Meyer-Alsfeld 450 N. 56, Olshausen N. 20 II, Rüdorff-Stenglein N. 20, Schütze 464, v. Wächter 428; RG. 20./10. 80 C. 3 10, 22./6. 81 C. 4 328, 10./12. 81 C. 5 304, 15./12. 82 C. 7 349, 25./6. 86 C. 14 242.

Das nachträglich eingetretene „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit“ kann nicht als Dolus angerechnet werden: RG. 24./5. 80 C. 2 63, 7./10. 81 C. 5 52.

7. Eine erhöhte Strafe trifft den Täter, der eine ihm anvertraute Sache unterschlägt. Anvertraut ist ihm aber diejenige Sache, welche ihm auf Grund eines Rechtsgeschäftes mit der Ver-

pflchtung übergeben oder belassen wird, sie zurückzugeben oder einem Dritten abzuliefern: Berner 570, Binding Lehrb. I 278, Frank N. VI 1, Hälschner II 349, v. Liszt 444, Merkel 318, und S. S. III 707, Meyer-Altfeld 451, Olshausen N. 23 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 57, Rüdorff-Stenglein N. 18, Schütze 443, v. Wächter 427, RG. 12./7. 81 E. 4 386, 23./9. 84 E. 11 85. So Kaufgelder, welche ein zur Veräußerung einer Sache Bevollmächtigter auf Grund seiner Vollmacht erhebt: RG. 12./7. 81 E. 4 386; geliehene oder gemiete Sachen: RG. 21./3. 82 E. 6 117; das dem Vormund zur Verwaltung übergebene Mündelvermögen: 22./11. 83 E. 9 337. Wer die Sache dem Täter anvertraut hat, ist gleichgültig: Frank N. VI 1, Olshausen N. 23 Abs. 2. Nur darf die Übergabe seitens eines Dritten dem Rechte des Eigentümers nicht widersprechen, sodas also die gestohlene Sache, welche der Dieb zwecks späterer Veräußerung einem Anderen zur Aufbewahrung übergibt, keine anvertraute ist, da keine Verpflichtung zur Rück- oder Weitergabe besteht: RG. 18./6. 07 E. 40 222.

8. Die Unterschlagung wird mit der geschehenen Aneignung vollendet. Ein Versuch liegt vor, wenn mit der Zueignungshandlung begonnen ist. Die Besitzergreifung an sich, um alsdann zu unterschlagen, ist nicht Versuch, sondern Vorbereitung der Unterschlagung: Hälschner II 362, Merkel 319 und S. S. III 708, Olshausen N. 24 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 60, Rüdorff-Stenglein N. 23. Ubrigens ist, wie Rüdorff-Stenglein a. a. O. bemerkt, für den Versuch nur geringer Raum, da das Behalten einer Sache, die ohnehin schon im Gewahrsam, in der Regel nicht strafbar ist, die Realisierung des Aneignungswillens aber meistens die Unterschlagung sofort vollendet.

Wie beim Diebstahl — § 242 N. 4a Abs. 1 — nimmt v. Liszt 442 auch hier strafbaren Versuch an, wenn die Sache dem Täter selbst gehört.

9. Auf die Teilnahme kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Ob Beihilfe oder Fehleri vorliegt, entscheidet sich nach dem Zeitpunkt, in welchem die Unterschlagung vollendet ist. Wird z. B. bei dem Verkauf, der Schenkung der Sache die Unterschlagung erst durch den Akt der Übergabe bewirkt, so ist der Empfänger Gehilfe an der Unterschlagung: v. Liszt 487, Merkel S. S. III 708, Olshausen N. 25b, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 3, N. 22 Abs. 2 und RG. 28./5. 80 E. 2 69, 7./12. 81 E. 5 218, wogegen Hälschner II 362 und v. Schwarze Mittäterschaft annehmen, obgleich diese nur möglich ist, wenn die Sache sich im gemeinsamen Gewahrsam befindet. Ist die Aneignung bereits früher bewirkt worden, z. B. durch den Abschluß eines Kaufs, eines Schenkungsvertrages, so ist der Empfänger Fehler: Hälschner und Olshausen a. a. O., Meyer-Altfeld 450 N. 58, 451, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 1; RG. 13./1. 88 E. 17 59. In beiden Fällen nehmen Binding Lehrb. I 270 N. 1, 389 und Schütze 462 N. 15 (vgl. allerdings 452 N. 6) Fehleri, Frank N. III 1 Beihilfe an.

10. Vgl. § 370 Nr. 5.

§ 247.

Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos.

Diese Bestimmungen finden auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.

1. Die in § 247 gegebenen Bestimmungen über den sog. Haus- oder Familiendiebstahl (=unterschlagung) beziehen sich sowohl auf die verschiedenen Arten des Diebstahls (einfacher, schwerer, rückfälliger) als auch auf die der Unterschlagung (einfache und qualifizierte), und ebenso auf alle Deliktformen (Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, Versuch und Vollendung): Binding Lehrb. I 306, Frank N. I, IV Abs. 1, Hälschner II 306, 308, Meyer-Altfeld 452, 464, Olshausen N. 1, 13 Abs. 4, Oppenhoff-Delius N. 1, 2, 13, Schütze 446, v. Schwarze N. 5.

22. Wenn die in Abs. 1 genannten Verhältnisse vorliegen, findet die Verfolgung des Schuldigen nur auf — zurücknehmbaren — Antrag statt, wogegen diejenigen Beteiligten, auf welche die gedachte Voraussetzung nicht zutrifft, von Amtswegen zu verfolgen sind. Bei einer Mehrheit von Beteiligten, von denen nur einer oder mehrere in einem jener Verhältnisse stehen, die anderen aber

nicht, ist daher der Antrag nur mit Bezug auf die ersteren erforderlich, wobei der Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrages (§ 63) Platz greift: Berner 559, Frank N. IV Abf. 1, Merkel 322, Meyer-Malfeld 464, Lshaujen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 3. Bei mehreren der bezeichneten Verhältnisse ist das Erfordernis des Antrages wieder durch den Wert des Objektes bedingt.

a) Wegen „Ungehörige“ vgl. § 52 N. 5.

b) Wegen „Vormünder“ vgl. § 34 N. 7, § 174 N. 5a. Ohne Anhalt am Gesetze zu haben, schließen Frank N. II 1 den Gegenvormund ein, dagegen wiederum Hälschner II 309 N. 2 und v. Schwarze N. 7 den Vormund des Volljährigen aus.

c) Wegen „Erzieher“ vgl. § 174 N. 5e. Auch der Lehrherr kann als Erzieher seines Lehrlings angesehen werden, wenn er nach den konkreten Verhältnissen neben dessen beruflicher Ausbildung das Recht und die Pflicht hat, seine gesamte Lebensführung zu überwachen und zu leiten: RG. 26./11. 01 C. 35 10.

d) Unter den „Lehrlingen“ sind, da weder durch das Gesetz noch durch die Natur der Sache eine Unterscheidung geboten ist, nicht nur die Gewerbelehrlinge (GewO. § 126 ff), sondern auch die Handlungslehrlinge (HGB. §§ 76 ff) zu verstehen: Binding Lehrb. I 306, Frank N. II 2, Merkel S. S. IV 414, Lshaujen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 27./11. 91C. 22 243, 7./6. 01, 28./11. 05; nur Gewerbelehrlinge nimmt an v. Schwarze N. 10.

e) Die Frage, wer als Gesinde, als — männlicher oder weiblicher — Diensthote anzuziehen, ist nach dem Ziviltrecht — vgl. CG. 3, HGB. Art. 95 — zu beantworten. Soweit nicht dieses den Personenkreis auf sie erstreckt, gehören hierher nur diejenigen Personen, welche die von der Dienstherrschaft benötigten persönlichen und Haushaltungs-Dienste zu leisten haben. Also nicht diejenigen, welche zu gewerblichen Dienstleistungen gemietet sind, wie Handlungsgehilfen, Gesellen, Ackerknechte usw.: RG. 19./10.85 C. 13 14. Ebensovienig diejenigen, deren Tätigkeit eine geistige ist, wie Hauslehrer, Gouvernante, Privatsekretär u. ä. Der Offiziersburche gehört, da zwischen ihm und dem Offizier kein kontraktliches Verhältnis existiert, nicht zu dem Gesinde, daher findet auf ihn nicht § 247, sondern MitStGB. § 138 Anwendung; a. M. Bering in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1904 251.

Unter häuslicher Gemeinschaft ist eine solche Gemeinschaft zu verstehen, wie sie unter Zusammenwohnen Angehörigen oder Familiengliedern zu bestehen pflegt, nach Frank „Gemeinschaftlichkeit des Haushaltes (des Herdes)“: Frank N. II 2, Merkel S. S. IV 415, Lshaujen N. 7 Abf. 1. Wenn letzterer mit Berner 558 eine Hausgenossenschaft verlangt, welche dem Täter freien Zugang zu den Gegenständen gewährt, so trifft diese Beschränkung um so weniger zu, als § 247 auch auf den schweren Diebstahl mit Einbruch, Erbrechen von Verhältnissen usw. Anwendung findet.

Ob sich der Täter in der häuslichen Gemeinschaft der Dienstherrschaft befindet, ist Tatfrage. Streitig ist aber, gegen welche Person das Delikt verübt sein muß. Zunächst liegt der Tatbestand unbestreitbar vor, wenn es gegen die Dienstherrschaft begangen ist, also bei einem Ehepaar einerteil gegen welchen Teil: RG. 31./5. 07 C. 40 187. Nach Frank N. II 2 und v. Schwarze N. 13 auch dann, wenn es gegen irgendeine andere Person der häuslichen Gemeinschaft gerichtet ist. Eine andere Ansicht geht dahin, daß das Delikt sich nicht gegen eine mitdienende Person richten darf: v. Liszt 434, Meyer-Malfeld 451 N. 66, Lshaujen N. 5 Abf. 2, Oppenhoff-Deilus N. 8; RG. 29./1. 07 C. 40 1. Endlich wird zu der Dienstherrschaft die Familie (v. Liszt), die Angehörigen „in weiteren, nicht im technischen Sinne des § 52“ (Lshaujen) gezählt: v. Liszt und Lshaujen a. a. O., sowie das zit. RG. Von diesen verschiedenen Ansichten kann keine für richtig erachtet werden. Das Gesetz sagt nicht: „mit welcher er sich in häuslicher Gemeinschaft befindet“, sondern: „in deren häuslicher Gemeinschaft er sich befindet“, Inhaber der häuslichen Gemeinschaft ist aber die Dienstherrschaft; weder vom Gesinde unter sich noch vom Gesinde im Verhältnis zu anderen Hausgenossen läßt sich sagen, daß es sich „in der häuslichen Gemeinschaft“ der anderen: Diensthoten bzw. des Hausgenossen befinde. Somit ist der Antrag nur dann erforderlich, wenn sich das Delikt gegen die Dienstherrschaft richtet, und wie das Mitgesinde usw. kommen auch der Familie, die Angehörigen nicht in Betracht. Dieser Ansicht entspricht auch die Entstehung der Bestimmung, denn die betr. Worte wurden erst durch die Novelle von 1876 an die Stelle der Worte „in deren Lohn oder Kost er sich befindet“ gesetzt, ohne daß die Absicht erhellt, durch diese Änderung den Kreis der verletzten Person über die Dienstherrschaft hinaus zu erweitern. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 306, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze Anhang 21 und RG. 2./2. 86.

3. Antragsberechtigt ist der Verletzte.

a) Bei dem Diebstahl gilt der Strafschutz sowohl dem Eigentum als dem Gewahriam. Somit ist antragsberechtigt sowohl der Eigentümer als auch der Besizer: Frank N. I, Gener 1 208, II 50, Meyer-Malfeld 463, Lshaujen N. 3a, Oppenhoff-Deilus N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abf. 1:

RG. 29./5. 80 C. 2 73, 1./7. 81 C. 4 346, 20./3. 84 C. 10 210. Dagegen halten in Verkennung jenes Verhältnisses nur den Eigentümer für antragsberechtigt Binding Lehrb. I 306, Dochow S. S. IV 265, Finger I 193 N. 257, Merkel 322, und S. S. III 712, v. Schwarze N. 1, und auf der anderen Seite nur den Gewahrsamshaber v. Liszt 435 (429) und Schütze 466 N. 17. Nach der dritten Ansicht würde, falls der Inhaber selbst die Sache gestohlen hat, nur der Dieb antragsberechtigt sein (Binding Lehrb. I 294 N. 4). Nach Hälschner II 306 steht der Antrag regelmäßig nur dem Eigentümer, dem Inhaber aber dann zu, wenn er in einem ihm an der Sache zustehenden Rechte verletzt wurde oder dem Eigentümer ersatzpflichtig ist.

Bei der Unterschlagung gilt der Strafschutz nur dem Eigentum, ist also nur der Eigentümer antragsberechtigt: Frank N. 1, v. Liszt 444, Merkel 322 und S. S. III 713, Meyer-Alsfeld 451 N. 65, Dshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abf. 2. Schütze a. a. O. hält bei der qualifizierten Unterschlagung den Anvertrauer für den Verletzten, ein Gedanke, der für den Fall der Herrenlosigkeit der Sache anspricht, aber gleichwohl mit der Tendenz des Gesetzes nicht vereinbar ist.

b) Mehrere Personen können verletzt sein. Entweder weil die Sache im Miteigentum oder Mitgewahrsam steht: Berner 558, Dshausen N. 11 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 3; RG. 1./7. 81 C. 4 346, 30./7. 94 C. 26 43. Oder beim Diebstahl, weil Eigentümer und Inhaber verschiedene Personen sind: Dshausen N. 11 Abf. 2. Steht in diesem Fall der Täter nur zu einem der Verletzten in einem der vorher bezeichneten Verhältnisse, so tritt die Verfolgung von Amtswegen ein: Berner 558, Frank N. 1, Dshausen N. 11 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abf. 1, 11 Abf. 1, Schütze 447 N. 17; RG. 29./5. 80 C. 2 73, 1./7. 81 C. 4 347.

4. Im Falle des Lehrlings- und Geinbeverhältnisses ist jedoch der Antrag nur dann erforderlich, wenn die gestohlene oder unterschlagene Sache von „unbedeutendem Wert“ ist. Entscheidend ist der gemeine Wert zur Zeit der Delikthandlung, und ob dieser ein bedeutender oder unbedeutender, ist eine reine Tatfrage, gerade so wie im Fall des § 370 Nr. 5, ohne nach der Bedeutung zu unterscheiden, welchen der Wert für den Täter oder für den Verletzten oder im Verhältnis zu dem der Tat sich darbietenden Objekt hat: Rüdorff-Stenglein N. 7. Die Mäßigkeit, daß das Gesetz keine bestimmte Wertsumme verlangt, also trotz aller reinen Objektivität der subjektiven Auffassung des Richters nur eine sehr fließende Grenze setzt, hat zur Aufstellung verschiedener Skatelen veranlaßt, die aber mit einem ehrlichen Worte als Verlegenheitsprodukte bezeichnet werden müssen. So halten Biding Lehrb. I 306 und Hälschner II 309 die Vermögenslage des Verletzten für entscheidend, wonach, wenn dieser eine arme Witwe, Eine, wenn ein Multimillionär, zehntausend Mark unbedeutend sein könnten. Merkel S. S. IV 415 läßt die soziale Sphäre entscheiden, der die beiden Beteiligten angehören. Nach Frank N. II 2 greift das freie richterliche Ermessen Maß, so jedoch, daß der Richter nach dem in dubio mitius stets den Maßstab anzulegen hat, der in concreto zu dem mildesten Ergebnis führt, was namentlich für den Fall gelten soll, daß die Vermögensverhältnisse der Beteiligten verschieden sind. Endlich nach Dshausen N. 2 Abf. 2 ist ein Rechtsirrtum als vorliegend nicht anzunehmen, wenn der Richter sein Urteil auf alle ihm nach der konkreten Sachlage erheblich erscheinenden Momente stützt, womit RG. 27./11. 91 C. 22 243 übereinstimmt.

Bei einer Mittäterschaft, einer Mehrheit der Objekte und dem fortgesetzten Delikte kommt der Gesamtwert in Betracht: Frank N. II 2, Dshausen N. 2 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7.

5. Wird das Delikt von einem Verwandten aufsteigender gegen einen Verwandten absteigender Linie (vgl. § 52 N. 5a) oder von einem Ehegatten gegen den anderen (§ 52 N. 5b) verübt, so ist nicht, wie das Gesetz fehlerhaft sagt, das Delikt, sondern, wie Abf. 3 ergibt, der Delinquent straflos, es liegt also ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor: v. Liszt 190, Dshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 9 Abf. 2.

Die Verwandtschaft ist auch hier im natürlichen Sinne zu nehmen, also ohne Rücksicht auf eheliche und uneheliche Geburt.

Bei den Ehegatten ist eine formell gültige Ehe wie erforderlich so genügend. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist, wie die Verhandlungen im Reichstage 1876 unzweideutig ergeben, bedeutungslos: Dshausen N. 13 Abf. 1; a. M. Biding Lehrb. I 306.

6. Die Bestimmung des Abf. 3 bezüglich der Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfen) und Begünstiger ist für Abf. 1 nach dessen Wortlaut selbstverständlich, hat keine Bedeutung aber gegenüber Abf. 2, nämlich dahin, daß nicht, wie Abf. 2 inkorrekt sagt, das Delikt selbst straflos ist, sondern nur derjenige Beteiligte, der in einem der genannten Verhältnisse steht, wogegen die anderen von Amtswegen zu verfolgen sind: Biding Lehrb. I 306 und Handb. I 638, Hälschner II 308, Meyer-Alsfeld 452. Stifft z. B. eine Ehefrau einen Dritten zum Diebstahl gegen ihren Ehemann an, oder läßt sie sich von ihm Beihilfe leisten, so ist der Dritte als Täter oder Gehilfe strafbar, während sie selbst straflos bleibt.

Wenn Dshausen § 257 N. 52 die Begünstigung, welche im Falle des Abf. 2 wegen der Straflosigkeit des Täters ohnehin nur eine sachliche sein kann, auf die vor der Tat zugezogene — § 257

Abf. 3 — beschränkt, so hat dies, wie Frank N. IV Abf. 2 bemerkt, keinen Anhalt am Gesetz und würde die Heranziehung der Begünstigung in § 247 für überflüssig erscheinen lassen, da jene Begünstigung vom Gesetz für Beihilfe erklärt wird. Frank seinerseits geht aber zu weit, wenn er — allerdings mit Binding Lebr. I 385 N. 1, Hälschner II 886, v. Liszt 601, Merkel 326 und S. S. III 743, Schütze 460 N. 12 — auch § 258 hierherzieht, denn daselbst bezeichnet das Gesetz das Delikt ausdrücklich als Fehlleist., erhebt also diesen Fall der Begünstigung zu einem selbständigen Delikt. Frank a. a. O. will sogar § 259 hereinziehen, weil, wie der Begründer eines rechtswidrigen Zustandes, so auch dessen Perpetuierer straflos bleiben müsse. Das Gegenteil behauptet er selbst § 259 N. III 1.

7. Ein etwaiger Irrtum des Täters über das Erfordernis des Strafantrages ist gleichgültig, der Dolus bleibt von ihm unberührt: Binding I 306, Frank N. I, Hälschner II 307, v. Liszt 435, Meyer-Walfeld 451 (133), Lisshauen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 2; a. M. Merkel S. S. III 711 und v. Schwarze N. 18.

Ebenso ist bedeutungslos der Irrtum über das verwandtschaftliche und eheliche Verhältnis: Binding Lebr. I 306, Zinger I 249 N. 333, Hälschner II 307, Meyer-Walfeld 452, Lisshauen N. 13 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 9 Abf. 1; a. M. Merkel S. S. III 711, IV 416, Oppenhoff-Debus N. 20.

§ 248.

Neben der wegen Diebstahls oder Unterschlagung erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, und neben der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aussicht erkannt werden.

Vgl. §§ 32, 38, 45, 49. Die Bestimmung über den Ehrverlust ist von Bedeutung nur für die §§ 242, 246, da in den Fällen der §§ 243, 244 die Ehrenrechte schon nach der allgemeinen Bestimmung § 32 Abf. 1 aberkannt werden können.

§ 248a.

Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

1. Gegenüber dem bisher geltenden Rechte schafft der durch die Novelle v. 19. Juni 1912 eingestellte § 248a, wenn geringwertige Gegenstände aus Not entwendet oder unterschlagen werden, eine weitere Milderung, indem die Strafe erheblich gemindert, an erster Stelle (§ 28 Abf. 2) Geldstrafe angedroht, das Delikt zu einem Antragsdelikt mit Zulässigkeit der Zurücknahme des Antrages gestaltet, endlich der Versuch straflos gelassen wird.

2. Die entwendeten oder unterschlagenen Sachen, zu denen anders als beim sog. Minderraub des § 370 Nr. 5 auch die bloß im juristischen Sinne verbrauchbaren, insbesondere also das Geld gehören, müssen von geringem Werte sein. Der Richter hat die Größe der Not und den Umfang der Bedürfnisse zu berücksichtigen, aber daran festzuhalten, daß der Eingriff in das fremde Eigentum nur ein unbedeutender sein darf und eine zu weite Ausdehnung des Begriffs der Geringwertigkeit dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. Maßgebend ist der gemeine Wert zur Zeit der Tat. Vgl. § 247 N. 4.

3. Die Tat muß aus Not geschehen, einerlei ob aus verschuldeter oder unverschuldeter, wirklicher oder vermeintlicher. Not ist jedes die Befriedigung dringend heischende Bedürfnis, dessen Befriedigung aus eigenen Mitteln dem Notleidenden unmöglich ist. Nach dem Gesetzgeberischen Grunde der Bestimmung in Verbindung mit § 370 Nr. 5 muß die Not eine wirtschaftliche sein, sodaß nicht aus Not handelt, wer seine Ehre wahren oder sich Sachen oder Gemüthsverschaffen will, deren Entbehrung als wirtschaftliche Not nicht angesehen werden kann. „Aus“ Not ist aber nicht identisch mit „in“ Not; auch eine bevorstehende Not genügt, wofern sie nur nahe und ihr Eintreten unter den obwaltenden Umständen so gewiß ist, daß der Täter schon jetzt unter

ihrem Einfluß steht. Die Not wird zwar dadurch ausgeschlossen, daß die Hilfe unmittelbar zur Hand ist, nicht aber durch die bloße Möglichkeit, daß dem Bedürfnis von anderer Seite, z. B. der Armenverwaltung, abgeholfen wird. Endlich muß die Not eine eigene des Täters sein, unmittelbar oder wegen bestehender Unterhaltungspflicht mittelbar, widrigenfalls nicht ein Handeln aus Not, sondern aus Mitleid vorliegt.

4. Materiell privilegierter Diebstahl und Unterschlagung ist das Delikt des § 248 a ebenso wie das des § 370 Nr. 5 — vgl. dajelbst N. 16, 17, 21 — ein selbständiges Delikt. Daraus folgt:

a) Die weiteren Bestimmungen dieses Abschnitts finden keine Anwendung; insbesondere die qualifizierenden Umstände der §§ 243, 246 Abs. 2 kommen nicht in Betracht, und die Entwendung ist nicht Diebstahl im Sinne des § 244.

b) Ebenmäßig finden keine Anwendung die ferneren Bestimmungen des StGB. über Diebstahl und Unterschlagung (§§ 250 Nr. 5, 252, 258, 350, 351).

c) Der Versuch ist, weil nicht ausdrücklich — vgl. § 264a Abs. 2 — mit Strafe bedroht, straflos.

5. Not ist keine persönliche Eigenschaft oder Verhältnis im Sinne des § 50. Schon aus diesem Grunde werden die Teilnehmer nur aus § 248a bestraft, mögen sie selbst auch nicht aus Not gehandelt haben.

6. Zu Abs. 3 vgl. zu § 247 N. 5.

7. Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Tatbestand des Raubes vorliegt; vgl. § 249 N. 3a.

8. Idealkonkurrenz mit §§ 242, 246 ist ausgeschlossen. Werden durch dieselbe Handlung geringwertige und wertvolle Gegenstände betroffen oder zwar nur geringwertige, aber ohne daß die Not sich auf alle bezieht, so wird das Delikt des § 248a durch das gemeine Delikt absorbiert, sodaß ausschließlich die auf letzteres bezüglichen Bestimmungen Platz greifen.

Zwanzigster Abschnitt.

Raub und Erpreßung.

Die Materie des Raubes und der Erpreßung ist hier im Sinne GG. § 2 Abs. 1 geregelt, so daß für die Landesgesetzgebung kein Raum bleibt: Binding Handb. I 321, Lisshausen N. 2.

§ 249.

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Der objektive wie subjektive Tatbestand des Raubes ist mit der einzigen Abweichung derselbe wie beim Diebstahl, daß der Räuber als Mittel der Wegnahme Gewalt oder Drohungen anwendet. Der Raub ist aber weder ein durch Vergewaltigung verübter Diebstahl noch eine durch diebische Absicht ausgezeichnete Vergewaltigung, sondern ein besonderes, gegen die Person auf der einen, das Eigentum und den Gewahrsam auf der anderen Seite gerichtetes Delikt, welches dem entsprechend zu seiner Vollendung sowohl die Beendigung der Vergewaltigung als auch die der Wegnahme verlangt.

2. Daraus, daß der Tatbestand des Raubes, soweit sich das Delikt gegen das Vermögen wendet, sich vollständig mit dem des Diebstahls deckt, folgt:

a) Wenn der Zwang nicht ein Mittel zur Wegnahme ist, also der Vergewaltigte sich in bezug auf die Wegnahme nicht passiv verhält, sondern infolge des Zwanges die Sache herausgibt, so liegt nicht Raub, sondern Erpreßung vor: v. Liszt 440, Meyer-Alfeld 460, Lisshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 4.

b) Zwischen Raub und Diebstahl findet nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz statt. So die allgemeine Ansicht, z. B. Frank N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 29./4. 82 C. 6 243: a. N. bezüglich der nicht durch die speziellen Bestimmungen des § 250 ausgeschlossenen Fälle des schweren Diebstahls Lisshausen N. 10c und Lppenhoff-Delius § 73 N. 6.

3. Aus der selbständigen Natur des Raubes folgt:

a) An den Objekten des sog. privilegierten Diebstahls — § 242 N. 13 — kann gleichwohl Raub verübt werden: Binding Lehrb. I 312, Frank N. I, Hälschner II 366, v. Liszt 434, 438, Meyer-Alsfeld 466, Dshhausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schüze 452 N. 13;

b) die Bestimmung des § 247 über den sog. Haus- und Familiendiebstahl findet auf den Raub keine Anwendung: Binding, Frank, Hälschner, Rüdorff-Stenglein und Schüze a. a. D., Dshhausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 1.

4. Indem im übrigen auf die Ausführungen zu § 242 N. 2—11 verwiesen wird, bedürfen einer besonderen Erörterung die Mittel zum Raube. Beide sind gleichwertige Gestaltungsarten desselben Deliktes.

a) Als erstes Mittel nennt das Gesetz die Gewalt, und zwar nicht die Gewalt an der, sondern gegen die Person. Vgl. §§ 113 N. 7a, 117 N. 8b, 240 N. 2 Abs. 1a, 253 N. 2 Abs. 2.

Betäubung, insbesondere durch narkotische Mittel, ist keine Gewalt, begründet also nur dann Raub, wenn und soweit sie durch Anwendung der im Gesetz genannten Akte erfolgt: Hälschner II 367, 369, Merkel S. S. III 717, Dshhausen N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüze 452; a. M. Binding Lehrb. I 83, 313, Frank N. II 1, Geyer II 56, Meyer-Alsfeld 467. Die Einsperrung ist Gewalt nur, wenn durch sie ein Widerstand beseitigt wird: Dshhausen a. a. D., wogegen v. Wächter 431 N. 7 in ihr niemals Gewalt finden.

Daß die Gewalt eine unwiderstehliche sei, ist nicht erforderlich: Dshhausen N. 6 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, 4.

b) Wegen des vom Gesetz genannten zweiten Mittels, der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, vgl. § 176 N. 2a.

c) Gewalt und Bedrohung dienen als Mittel der Wegnahme, um einen geleisteten Widerstand zu brechen oder einen befürchteten zu verhindern, worauf die Wegnahme durch eine weitere Handlung erfolgt. Wird der Zwang angewendet, um sich der Ergreifung zu entziehen, so liegt Diebstahl; um sich im Besitz der gestohlenen Sache zu erhalten, räuberischer Diebstahl (§ 252); bei Herausgabe der Sache infolge des Zwanges Erpressung vor (§ 253). Ebenso ist es kein Raub, wenn die Sache dem Anderen aus der Hand gerissen wird, ohne daß sich dieser dessen verzieht, denn der Andere wird hierbei nicht in seiner Freiheit beschränkt, sondern macht nur infolge seiner Ueberrajchung keinen Gebrauch von ihr. Übereinstimmend Binding Lehrb. I 83 N. 3, Frank N. II 1, Geyer II 55, Hälschner II 368, Merkel S. S. III 717, Dshhausen N. 5 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüze 452, v. Wächter 431. Mit Recht jedoch weist Meyer-Alsfeld 467 N. 9 darauf hin, daß es nicht, wie mit den Motiven insbesondere Dshhausen will, darauf ankommt, ob der Ungegriffene Widerstand beabsichtigt, sondern darauf, ob der Räuber den Widerstand für möglich hält, ihn befürchtet. Es ist daher gleichwohl Raub, wenn der Ungegriffene ohne die Vergewaltigung keinen Widerstand geleistet haben würde, die Vergewaltigung also unnötig ist.

Hieraus ergibt sich, daß die Vergewaltigung zum Zwecke der Wegnahme gewollt und geübt sein muß, somit kein Raub vorliegt, wenn der Entschluß zur Wegnahme erst nach geschehener Vergewaltigung gefaßt wird: Berner 572, Binding Lehrb. I 314, Birkmeyer Enzpf. 1174, Frank N. IV Abs. 1, Hälschner II 366, 371, Dshhausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüze 452, 453 N. 16, v. Wächter 431. Dagegen ist es gleichgültig, ob die Vergewaltigung während der Wegnahme erfolgt oder ihr vorhergeht.

d) Es ist nicht erforderlich, daß diejenige Person, gegen welche die Gewalt oder Bedrohung verübt wird, mit dem Inhaber — Eigentümer Besizer — der Sache, deren Wegnahme der Räuber beabsichtigt, identisch ist, sofern nur die gegen eine andere Person gerichtete Vergewaltigung geeignet ist und dazu begangen wird, um den geleisteten oder befürchteten Widerstand des Inhabers zu brechen. Unter dieser Voraussetzung genügt die Vergewaltigung einer jeden Person, welche ein Hindernis der Wegnahme bildet. Hiermit stimmen überein Berner 572, Binding Lehrb. I 312, Frank N. II 1, 2, Hälschner II 369, 370, Meyer-Alsfeld 467, 468, Dshhausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schüze 452 N. 15, v. Schwarze N. 5, Wachenfeld N. II 303, v. Wächter 431. Es ist irrig, wenn nach v. Liszt 440 Gewalt und Bedrohung, nach Merkel 323 jedenfalls die Gewalt gegen den Inhaber der Sache selbst gerichtet sein muß.

5. Der Dolus geht auf die Wegnahme zum Zweck der Zueignung und auf die Vergewaltigung.

Das Delikt ist vollendet, wenn die Vergewaltigung stattgehabt hat und die Wegnahme vollendet ist; beides muß vorliegen: Berner 572, Binding Lehrb. I 313, Frank N. III, Hälschner II 371, v. Liszt 440, Merkel 323 und S. S. III 717, Meyer-Alsfeld 468, Dshhausen N. 13 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 9 Abs. 2, Schüze 452, v. Wächter 431. Der Versuch beginnt mit der Vergewaltigung, wenn sie der Wegnahme vorausgeht, und mit der Wegnahme, wenn jene während dieser erfolgt, jedoch geht der ursprünglich nur als solcher geplante Diebstahl erst mit der Anwendung der Gewalt oder Drohung in Raub über: Binding, Hälschner, v. Liszt, Meyer-Alsfeld und v. Wächter a. a. D., Birkmeyer Enzpf. 1174, Frank N. V, Merkel S. S. III 723, Dshhausen N. 13 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 9 Abs. 1, Schüze 452 N. 13.

6. Bezüglich der Mittäterchaft und der Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze. Insbesondere ist es möglich, daß lediglich der Gehilfe die Vergewaltigung, also der Täter selbst nur die Wegnahme ausführt: Lshausen N. 14 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 12; a. M. Merkel S. S. III 374 N. 3.

7. Enthält der Gewaltakt eine einfache Körperverletzung — wegen der schweren vgl. § 251 —, so wird die gegen diese gerichtete Strafandrohung nicht durch die des § 249 konjunctiert, wie Lshausen N. 10a und Rüdorff-Stenglein N. 4 meinen, vielmehr ist mit Frank N. VI und RG. 21./1. 04 Idealkonkurrenz anzunehmen, da durch die Gewalt nicht notwendig eine Körperverletzung begangen wird. Vgl. ferner oben N. 2b.

§ 250.

Auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

- 1) der Räuber oder einer der Teilnehmer am Raube bei Begehung der Tat Waffen bei sich führt;
- 2) zu dem Raube Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben;
- 3) der Raub auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einer Eisenbahn, einem öffentlichen Plage, auf offener See oder einer Wasserstraße begangen wird;
- 4) der Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude (§ 243 Nr. 7) begangen wird, in welches sich der Täter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls eingeschlichen oder sich gewaltsam Eingang verschafft oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, oder
- 5) der Räuber bereits einmal als Räuber oder gleich einem Räuber im Inlande bestraft worden ist. Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

1. Das Delikt des sog. schweren Raubes ist der einfache Raub unter den vom Gesetz genannten erschwerenden Umständen, sodaß die Ausführungen zu § 249 auch hier Anwendung finden.

Ebenso finden auf die Nrn. 1—4 die Anmerkungen zu § 243 N. 1—4 entsprechende Anwendung.

2. Zu Nr. 1 vgl. § 243 N. 22, 23.

3. Zu Nr. 2 vgl. § 243 N. 24—26.

4. Bei dem Straßen- und Seeraub der Nr. 3 kommt es nur auf den Ort der Tat an. Entscheidend ist der Standpunkt des Verabten: Frank N. 3, Lshausen N. 4. Der Raub ist auf einem der genannten Orte verübt, wenn auch nur ein Teil der räuberischen Handlung — der Vergewaltigung oder der Wegnahme — sich auf ihm abspielt: Binding Lehrb. I 315, Lshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 3./3. 02.

Öffentlicher Weg, Straße, öffentlicher Plage: vgl. § 243 N. 19 Abf. 1.

Eisenbahn: vgl. § 243 N. 19 Abf. 3.

Zu der offenen See („die“) gehören nicht die Landseen, welche aber als Wasserstraße in Betracht kommen können: Frank N. 3, Lshausen N. 3d, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 1, Schütze 454 N. 17. Ebenso gehören nicht zu ihr die sog. Küstengewässer, welche jedoch ebenfalls Wasserstraßen sein können: Binding Lehrb. I 315, Frank, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., v. Liszt 441, Merkel S. S. III 720, Oppenhoff-Delius N. 5; vgl. oben § 3 N. 3c. Die eigentliche Piraterie wird vom Gesetz gemäß § 4 nur so weit betroffen, als sie von Deutschen oder von deutschen Schiffen oder wider solche verübt wird: Binding und Lshausen a. a. D.

Wasserstraße: vgl. § 243 N. 19 Abf. 2. Da es nur auf den Ort der Tat ankommt, nicht aber, wie Merkel S. S. III 720 N. 1 und Oppenhoff-Delius N. 4 meinen, auf die Natur dieses Ortes

als Weges, so ist der Zweck, zu welchem der Beraubte die Wasserstraße benutzte, z. B. zum Baden, gleichgültig: Binding, v. Liszt und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Dshausen N. 3c.

5. Der nächtliche Diebstahl der Nr. 4: vgl. § 243 N. 27–30.

Das Einschleichen usw. kann geschehen, um einen Diebstahl, wie im Fall des § 243 Nr. 7, oder von vornherein, um einen Raub zu begehen. Die Gewalt beim Einbringen ist im weitesten Sinne zu nehmen, kann gegen Sachen wie gegen Personen gerichtet, vis absoluta und vis compulsiva sein: Frank N. 4, Hälshner II 374, v. Liszt 441, Meyer-Wilfeld 468 N. 17, Dshausen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 8. Richtet sie sich gegen Sachen, so braucht sie nicht in einer Beschädigung oder Zerstörung zu bestehen. Einseitigen und Gebrauch falscher Schlüssel fallen unter den einfachen Raub: Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Schütze 454 N. 17.

Dem bewohnten Gebäude steht nach dem ausdrücklichen Zitat des § 243 N. 7 das bewohnte Schiff gleich.

Daß einer der Bewohner zur Zeit der Tat in dem Gebäude anwesend sei, ist auch hier nicht erforderlich: Dshausen N. 6, Schütze a. a. O. Da aber der Raub „in dem Gebäude“ begangen sein muß und zu dem Raube die gegen eine Person gerichtete Gewalt oder Bedrohung gehört, so muß diejenige Person oder eine der mehreren Personen, gegen welche die Gewalt oder Bedrohung verübt wird, während dieser Handlung im Gebäude sein: Hälshner II 374, Dshausen und Schütze a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 7. Daß der Raub seinem ganzen Tatbestande nach im Gebäude begangen werde, ist nicht erforderlich; z. B. die vergewaltigte Person flieht aus dem Gebäude und die Wegnahme erfolgt außerhalb desselben: Dshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 5. Beginnt die Vergewaltigung erst außerhalb des Gebäudes, so liegt ein Versuch des schweren Raubes vor, wenn der auf Raub gerichtete Vorstoß feststeht und nicht freiwillig aufgegeben ist, widrigenfalls nur nach § 243 gestraft werden kann: Binding Lehrb. I 315 N. 2, Mertel S. S. III 723, Dshausen N. 9.

6. Wegen des Rückfalls der Nr. 5 vgl. die Ausführungen zu §§ 244, 245. Es genügt aber der einmalige Rückfall, und die Vorbestrafung muß wegen Raubes oder eines gleich dem Raube zu bestrafenden Delikts (§§ 252, 255) erfolgt sein.

§ 251.

Mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus wird der Räuber bestraft, wenn bei dem Raube ein Mensch gemartert, oder durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist.

1. Das Delikt des sog. besonders schweren Raubes ist der einfache Raub unter den vom Gesetz genannten erschwerenden Umständen, sodas die Ausführungen zu § 249 auch hier Anwendung finden.

2. Der Gemarterte oder mit einer der im Gesetz genannten Folgen Vergewaltigte braucht nicht identisch mit dem Beraubten zu sein: Frank N. I 1, v. Liszt 441, Dshausen N. 4 Abt. 1. Wohl aber müssen Marterung und Vergewaltigung nicht lediglich gelegentlich des Raubes, sondern bei, also in einheitlichem und örtlichem Zusammenhang mit ihm erfolgen. Ferner ist „die gegen ihn verübte Gewalt“ die räuberische, den Raub von dem Diebstahl unterscheidende „Gewalt gegen eine Person“, ist also das Mittel zur Wegnahme der Sache (§ 249 N. 4c). Daher ist anzunehmen, daß auch der andere straf erhöhende Umstand, die Marterung, als Mittel zur Wegnahme der Sache gedient haben muß, somit § 251 keine Anwendung findet, wenn Marterung und Vergewaltigung geschehen nicht, um einen Widerstand zu brechen oder zu vereiteln, sondern aus einem anderen Grunde, z. B. aus Zorn über den geleisteten Widerstand nach Vollendung des Raubes. So Meyer II 56, Hälshner II 375, Dshausen N. 2, v. Schwarze N. 2; a. M. Binding Lehrb. I 315, Mertel 324, Meyer-Wilfeld 468 N. 18, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2.

3. Unter Martern ist mit Hälshner II 375, v. Liszt 441 und Mertel 324 eine mit heftigen körperlichen Schmerzen verbundene und längere Zeit andauernde Mißhandlung zu verstehen. Eine bloß moralische Peinigung genügt also nicht: Hälshner a. a. O., Dshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3. Daß die Marterung notwendig gewesen sei, um den Widerstand zu brechen, ist nicht erforderlich. Hieraus ist aber nicht mit Geber II 56, Hälshner und Rüdorff-Stenglein a. a. O. zu folgern, daß der Räuber neben dem Zweck, den Widerstand zu überwinden, auch noch den Zweck gehabt haben muß, Schmerzen zu bereiten, daß also die Marterung nicht bloß Mittel, sondern zugleich Selbstzweck gewesen sein müsse: Dshausen a. a. O.

Die schwere Körperverletzung ist die des § 224. Sie muß nach unzweideutiger Bestimmung des Gesetzes durch die verübte Gewalt verursacht sein. Die Verursachung einer Geisteskrankheit durch die angewandten Drohungen erfüllt also den Tatbestand nicht: Hälschner II 375 N. 5, Dtschausen N. 4 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 1.

4. Der Dolus muß sowohl die Marterung als auch diejenige Gewaltbetätigung umfassen, durch welche die schwere Körperverletzung oder der Tod verursacht wird. Soweit diese Folge eintritt, liegt ein Erfolgsdelikt vor (vgl. § 59 N. 11), so daß es nur auf den Kausalzusammenhang ankommt, eine subjektive Verschuldung des Räubers aber in bezug auf die Folge nicht erforderlich ist: RG. 11./5. 09 C. 42 330; a. M., nämlich mindestens Fahrlässigkeit verlangend, Hälschner II 376, Schütze 454 N. 18. Hat der Räuber die schwere Körperverletzung oder den Tod gewollt, so konkurriert § 252 mit § 225 oder §§ 211, 212, 214: Binding Lehrb. I 315, Frank N. I 2, Dtschausen N. 8 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 17./6. 81 C. 4 287, 22./6. 00 C. 33 317, 11./5. 19 C. 42 330.

5. Ein Versuch ist möglich, z. B. wenn gemartert, schwer verletzt, getötet, aber die Wegnahme nicht vollendet ist; wenn die Wegnahme vollendet, aber mit der Marterung erst begonnen ist; wenn Marterung und Wegnahme erst begonnen sind: Frank N. III, Hälschner 376, Dtschausen N. 6.

6. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze. Der Teilnehmer haftet also voll, soweit nicht ein ihm nicht zurechenbare Erzeß eines Mitschuldigen vorliegt: Binding Lehrb. I 315, Frank N. II, Hälschner II 376, v. Liszt 441, Mertel 324 und S. S. III 722, Dtschausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 7; RG. 20./1. 88 C. 19 141. Der Haftung für den schweren Erfolg kann sich der Teilnehmer niemals entziehen: Frank N. II, Hälschner II 377.

7. Die Ausführung zu § 249 N. 6 findet mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß im Fall des Marterns das Delikt der einfachen Körperverletzung (§ 223) konsumiert wird, also auch nicht auf Buße erkannt werden kann: Frank N. I 1, Dtschausen N. 8 Abs. 1.

§ 252.

Wer, bei einem Diebstahle auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

1. Diese Bestimmung gehört nach Abschn. 19 und ist lediglich aus technischen Gründen hier eingestellt. Das Delikt des sog. räuberischen Diebstahls ist nämlich nicht Raub, sondern qualifizierter Diebstahl. Bei dem Raube dient der Zwang als Mittel der Wegnahme. Dient er einem anderen Zwecke, so liegt nicht Raub sondern Diebstahl vor. Dies ist unzweifelhaft, wenn der Dieb nur seine Person verteidigen, und ebenso, wenn er sich nur im Besitz der gestohlenen Sache erhalten will. Diesen letzteren Fall erhebt aber § 252 zu einem Straferhöhungsgrund, und zwar soll wegen der Gleichheit der Mittel die Strafe gleich der des Räubers sein. Das Delikt ist und bleibt also Diebstahl. Gegen einen bei einem Raube auf frischer Tat Betroffenen ist die Bestimmung nicht anwendbar.

Hieraus ergeben sich nachstehende Folgerungen:

a) Der Tatbestand ist der des einfachen Diebstahls lediglich unter Hinzutritt der Qualifikation, gerade so wie in den Fällen des § 243: Frank N. II, Meyer-Altfeld 463, Dtschausen N. 2, v. Wächter 423 N. 18. Daher gehören die sog. privilegierten Diebstähle, § 242 N. 13 — anders beim Raub, § 249 N. 3a — nicht hierher: Binding Lehrb. I 305, Frank N. II 1, Weyer II 49, v. Liszt 435, 438, Meyer-Altfeld 463 N. 36, Dtschausen N. 2, v. Schwarze N. 1. Wer also wenige Pfennige stiehlt, wird gleich dem Räuber bestraft, wer einen wertvollen Baum, nur wegen Forstdiebstahls (Binding). N. M. sind Hälschner II 377, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Wächter 416; RG. 8./5. 82 C. 6 325, 5./3. 86 C. 13 391.

b) Die Sache muß bereits „gestohlenes Gut“, der Diebstahl juristisch vollendet sein, weil anderenfalls das Delikt mit der Gewaltanwendung in Raub übergeht, § 249 N. 5 Abs. 2: Binding Lehrb. I 305, Frank N. II 1, Weyer II 49, Hälschner II 377, v. Liszt 434, Meyer-Altfeld 468 N. 18, Dtschausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 4; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3 und Schütze 455 N. 19.

c) Zwischen dem räuberischen und dem einfachen Diebstahl findet unbestritten nur Gesetzeskonkurrenz statt, nicht Idealkonkurrenz. Wohl aber kann der räuberische Diebstahl mit dem schweren und Rückfallsdiebstahl der §§ 243, 244 ideell konkurrieren, was allerdings von Rüdorff-Stenglein N. 4 mit RG. 29./4. 82 C. 6 243 bestritten wird, aber mit Frank N. II 3, Dtschausen N. 10 Abs. 2

und Oppenhoff-Delius N. 1 schon deshalb anzunehmen ist, weil anderenfalls sich ein eigentümlicher Widerspruch in der Strafhöhe ergeben würde. Wenn nämlich der räuberische Diebstahl zwar ein schwerer Diebstahl im wiederholten Rückfall, also ohne die räuberische Qualifikation nach § 244 mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren zu bestrafen wäre, so müßte, falls die Strafschärfungsgründe der §§ 250, 251 fehlen, ohne die Annahme einer Idealkonkurrenz lediglich Bestrafung nach § 249, also mit Herabgehen der Strafe auf Ein Jahr, erfolgen können. Für diesen speziellen Fall nehmen auch Binding Lehrb. I 305 und Meyer-Allfeld 463 Idealkonkurrenz an.

2. Der Dieb wird auf frischer Tat betroffen, solange zwischen seiner Betretung und dem Diebstahlsakte eine solche Kontinuität besteht, daß beides im konkreten Fall noch als ein zusammenhängender Vorgang erscheint. Er muß somit noch am Orte der Tat selbst wahrgenommen sein, sein Einholen bei sofortiger Racheile genügt nicht: Binding Lehrb. I 305, Frank N. I, Olshausen N. 3. Daraus folgt aber nicht mit Olshausen N. 6, daß auch der Gewaltakt am Tatorte vorgenommen sein müsse: Binding Lehrb. I 305, Frank N. I, Hälschner II 378, Meyer-Allfeld 463 N. 37.

3. Wegen der vom Dieb angewendeten Mittel vgl. § 249 N. 4a, b, d. Persönliches Objekt ist jeder, welcher den Dieb „betritt“, einerlei, in welchem Verhältnis er zu der gestohlenen Sache steht, als Eigentümer, Besizer, Wächter usw.

4. Zur Vollendung des Diebstahls ist ein Erfolg der Gewalt oder Bedrohung nicht erforderlich, § 252 findet also auch auf den überwältigten Dieb Anwendung: Frank N. I, Hälschner II 378 Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4.

5. Daraus, daß der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen ist, ergibt sich, daß

a) der nicht auf den Raub erstreckte § 247 keine Anwendung findet: Binding Lehrb. I 312 N. 1, Frank N. II Abf. 2, Mertel 323, Olshausen N. 12, v. Wächter 416;

b) wohl aber, das Vorliegen ihrer Qualifikationsmomente nicht bloß bei dem Diebstahl, sondern bei der ganzen raubähnlichen Handlung vorausgesetzt, die §§ 250, 251: Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 377, Olshausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 20./12. 88 C. 19 141.

§ 253.

Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist wegen Erpressung mit Gefängnis nicht unter Einem Monat zu bestrafen.

Der Versuch ist strafbar.

1. Die Erpressung wendet sich wie der Raub, mit welchem sie daher in demselben Abschnitt zusammengefaßt ist, gegen die Freiheit und das Vermögen. Ihr Tatbestand deckt sich mit dem der Nötigung des § 240, nur daß bei dieser die Bedrohung nicht schlechthin, sondern mit einem Verbrechen oder Vergehen verlangt wird, dagegen eine Bereicherungsabsicht nicht erforderlich ist. Gemeinsam ist den drei Delikten der Zwangscharakter der Mittel.

2. Wegen der Gewalt vgl. §§ 113 N. 7a, 117 N. 8b, 240 N. 2 Abf. 1a, 249 N. 4a.

Gewalt ist jede unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf den Körper des Anderen, welche geeignet ist und darauf abzielt, die freie Willensentschließung zu hindern und auf die Weise zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen; eine Einwirkung, welche auch durch eine Unterlassung erfolgen kann: RG. 30./10. 85 C. 13 49. Die Gewalt kann vis absoluta oder compulsiva sein: RG. 17./6. 80 C. 2 184, 19./6. 80 C. 2 287, 6./5. 81 C. 4 123, 23./9. 81 C. 4 429, 3./10. 82 C. 7 63. Die gegen Sachen gerichtete Gewalt genügt nur dann, wenn sie wenigstens mittelbar oder in ihrer Wirkung eine Nötigung gegen die zu nötigende Person hat und von dieser physisch empfunden wird, also wenn sie mittelbar gegen die Person gerichtet ist: Berner 584, Frank § 240 N. II 1, Hälschner II 121, v. Liszt 348, Mertel 311, Meyer-Allfeld 408, Olshausen § 240 N. 5b, Rüdorff-Stenglein § 240 N. 9; RG. 5./6. 81 C. 3 179, 15./6. 83 C. 9 58, 30./10. 85 C. 13 49, 2./12. 86 C. 15 138, 9./4. 90 C. 20 354.

Hier erhebt sich jedoch eine Schwierigkeit. Wenn nämlich unter der Gewalt des § 253 nicht die Gewalt an Sachen, sondern die Gewalt gegen die Person zu verstehen ist, so fragt sich, wie gleichwohl die Gewalt gegen die Person in § 255 als Straferhöhungsgrund genannt sein kann. Entstanden ist diese Schwierigkeit dadurch, daß in den ursprünglichen Entwürfen des StGB. § 255 schon seine jetzige Fassung hatte, § 253 aber als Nötigungsmittel nur die Drohung nannte, und daß man, als später die Gewalt in § 253 eingestellt wurde, an den Wortlaut des § 255 nicht dachte. Olshausen N. 14 Abf. 2 und § 255 N. 2 versteht unter der Gewalt des § 253 die oben näher charakterisierte Gewalt an Sachen mit der mittelbaren Richtung gegen die Person des Genötigten. Frank N. II 1, Hälschner II 379 und Mertel S. S. III 376, IV 417 lassen ebenfalls für § 253 solche

Gewalt an Sachen genügen, welche die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung beeinträchtigt, so daß jede Gewalt, welche unmittelbar auf eine Person physisch einwirkt, den Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt. Auch Meyer-Altfeld 487 und Oppenhoff-Dehns N. 2 beschränken die Gewalt des § 253 auf die „allerdings seltenen“ Fälle von Gewalt an Sachen. Wiederum v. Vizt 439, 474 N. 2 verlangt für § 255 Gewalt „an der Person“, sodaß für § 253 die Gewalt an Sachen verbietet. v. Schwarze N. 4 reserviert für § 253 die Gewalt an Sachen und den geringeren Grad der Gewalt gegen die Person. Geyer II 58 nimmt einen unlösbaren Widerspruch an, wonach also bei der Anwendung von Gewalt gemäß dem in dubio mitius nur § 253 zur Anwendung kommen dürfte. Endlich Binding Lehrb. I 380 N. 4 bezieht nach dem Vortrage v. Wächters Gerichtsaaal 1875 173 die Worte in § 255 „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ auch auf die Gewalt; aber diese Auslegung, deren sprachliche Gezwungenheit auf der Hand liegt, würde nur dann richtig sein, wenn man auch in § 249 die gedachten Worte auf die Gewalt beziehen müßte, was selbst Binding und v. Wächter nicht tun. Auf diesem Wege kommt man dazu, mit Dischhausen usw. die Gewalt des § 253 als Gewalt an Sachen in der oben angegebenen Bedeutung zu verstehen.

3. Wegen der Drohung vgl. § 240 N. 2b.

a) Drohung ist die Ankündigung eines künftigen Übels. In welche Form diese Ankündigung gekleidet ist, ob sie mündlich oder schriftlich, durch Worte oder durch symbolische Handlungen erfolgt, ist gleichgültig: RG. 25./6. 87 E. 15 333. Es kommt eben nur auf den Willen an, dem Genötigten ein anderes Verhalten, als seinem freien Willen entsprechen würde, zwangsweise aufzudrängen. Er soll veranlaßt werden, etwas zu tun, was er ohne die Nötigung nicht getan, etwas zu dulden, was er ohne sie abgewehrt, etwas zu unterlassen, was er ohne sie getan haben würde. Der Tatbestand der Erpressung ist somit ausgeschlossen, wenn der Wille des das Übel Ankündigenden dahin geht, dem Anderen die Freiheit seiner Entschließung zu wahren, und von diesem Standpunkte aus nur die Erwartung gehegt und zum Ausdruck gebracht wird, der Andere werde bei vernünftiger Überlegung der Umstände selbst zu der Überzeugung gelangen, es sei für ihn das Nichtigste, dem Eintritt des Übels aus dem Wege zu gehen: RG. 13./10. 03 E. 36 384. Der Tatbestand ist also ausgeschlossen, wenn nur eine Warnung vorliegt: RG. 29./11. 00 E. 34 15, oder wenn in dem Aufstehen nur eine Vertragsproposition zu erblicken ist: 6./10. 90 E. 21 114. Allerdings ist, darin muß man Meyer-Altfeld 485 N. 12 recht geben, die Grenze zwischen Drohen und bloßem Pattieren schwer zu ziehen, aber wenn es unmöglich ist, sie mit Bestimmtheit zu ziehen, so darf eben eine Bedrohung nicht angenommen werden. Das Übel muß ein künftiges sein. Es ist aber ein künftiges Übel, wenn mit der Nichtbeseitigung eines schon vorhandenen Übels gedroht wird, sofern nur sein Fortbestand von der Tätigkeit des Drohenden abhängt und die Unterlassung der Beseitigung zugleich die gewollte Verletzung einer Pflicht zum Handeln enthält: Franke N. II 2 Abf. 10; RG. 14./2. 84 E. 10 100, 25./6. 86 E. 14 264. Auch hier kann das angedrohte Übel ein von einem Dritten zu verwirklichendes sein, sofern nur dem Bedrohten die Beeinflussung des Dritten durch den Drohenden zum Bewußtsein kommt und der Drohende dieses Bewußtwerden hervorrufen will: RG. 25./2. 87 E. 15 333, 20./10. 99 E. 32 335. Die Verwirklichung des Übels muß irgendwie von der Macht oder dem Willen des Drohenden abhängen, das Übel selbst aber so beschaffen sein, daß die Furcht vor Erleidung desselben die Freiheit des Willens zu beeinträchtigen vermag: RG. 22./11. 81 E. 5 172, 29./11. 00 E. 34 15. Der Drohende muß wissen, daß seine Kundgebung in solcher Weise auf den Willen des Bedrohten einzuwirken geeignet ist: RG. 3./4. 94 E. 25 254 und cit. E. 34 15. Aber es genügt, wenn die Befürchtung der Ausführung der Drohung erregt werden soll, und es ist nicht erforderlich, daß der Täter das in Aussicht gestellte Übel im Fall eines Widerstrebens wirklich realisieren will, die Drohung also ernstlich gemeint ist: RG. 9./3. 81 E. 3 429, 24./3. 84 E. 10 216, 17./3. 90 E. 20 326.

b) Wird Mord, Brandstiftung oder Verursachung einer Überschwemmung angedroht, so liegt die gefährliche Erpressung des § 254, wird eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, die räuberische Erpressung des § 255 vor, und bei der antilichen Erpressung des § 339 ist eine besondere Färbung der Nötigungsmittel zulässig. Hiervon abgesehen kann die Drohung jedes Übel ankündigen, ohne Unterschied, ob seine Zufügung eine strafbare, rechtlich indifferente oder gar eine rechtlich gestattete Handlung (*minus juris*) ist, sofern nur die Drohung geeignet ist, bestimmend auf den Willen des Bedrohten einzuwirken. Hiermit stimmt überwiegend die Theorie und die Praxis des Reichsgerichts überein. Wenn Franke N. II 2 — ähnlich auch Binding Lehrb. I 379 — unter Heranziehung des metaphysischen Begriffs der Freiheit und in eifriger, allerdings zum Teil nicht unbegründeter Bekämpfung reichsgerichtlicher Entscheidungen verlangt, daß die Drohung „verboten, also rechtswidrig ist“, dies aber nur mit Rücksicht auf das angedrohte Übel an sich „rechtswidrig oder zwar an sich erlaubt ist, aber außerhalb natürlichen, verkehrsmäßigen Zusammenhanges mit dem Entschlusse steht, zu dem der Bedrohte genötigt werden soll“, so läßt sich hierauf

mit der Frage antworten, warum das Gesetz, wenn schon die Drohung eine verbotene oder rechtswidrige sein muß, auch noch die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils verlangt. Müssen beide Rechtswidrigkeiten zusammenfallen? Oder liegt schon dann ein Delikt vor — und welches? — wenn nur eine der beiden Rechtswidrigkeiten vorliegt, z. B. nur die des Vermögensvorteils? Gewiß wird Frank zugegeben, daß jeder Zwang zur Erzielung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils selbst rechtswidrig ist. In der Tat kommt es nur auf die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils an, und wenn diese vorliegt, so ist jeder Zwang ein erpresserischer. Dies gilt auch dann, wenn ein rechtlich gebotenes Handeln angebroht wird, z. B. die Anzeige nach § 139; anders Frank II 2 Abs. 9. Jede Drohung ist als erpresserische strafbar, wenn durch sie ein rechtswidriger Vermögensvorteil, jede Drohung ist unstrafbar, wenn durch sie kein rechtswidriger Vermögensvorteil erzielt werden soll. Hiermit stimmen auch die Motive überein.

4. Der Andere muß durch die Gewalt oder Drohung zu der Handlung, Duldung, Unterlassung genötigt sein. Diese müssen die Folge von jener sein, zwischen ihnen und dem Zwangsakt also ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, wodurch jedoch eine hinzutretende weitere Tätigkeit des Nötigenden nicht ausgeschlossen ist: RG. 26./2. 81 E. 3 426, 23./10. 00 E. 33 407. Dieser ursächliche Zusammenhang erfordert die Kenntnisnahme des Genötigten von der Gewalt oder Drohung: RG. 12./3. 80 E. 1 306, 6./5. 97 E. 30 98. Er fehlt, wenn der Genötigte ohnehin schon entschlossen ist, mag auch dieser Entschluß unter dem Druck der Befürchtung desselben Übels gefaßt sein, welches ihm jetzt angebroht wird: Binding Lehrb. I 380, Merkel S. 5. III 729, Meyer-Malfeld 479 (486), Olshausen N. 6 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 14 Abs. 2. Wie bei der Nötigung des § 240 ist er bei einer gegen einen Dritten gerichteten Gewalt oder Drohung dann gewahrt, wenn dadurch auf den zu Nötigenden selbst bestimmend eingewirkt wird, was namentlich dann zutrifft, wenn zwischen beiden Personen nähere Beziehungen bestehen: Frank N. II 2 letzter Abs., Hälfchner II 381, v. Liszt 474, Meyer-Malfeld 486, Olshausen N. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 11, v. Schwarze N. 11; RG. 26./2. 81 E. 3 426, 8./1. 83 E. 8 5, 3./4. 94 E. 25 254.

5. Die Nötigung des § 240 unterscheidet sich dadurch von der Erpressung, daß bei jener der Grund der Strafbarkeit in der Widerrechtlichkeit der Mittel, bei dieser in dem Willen des Täters liegt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Das erzwungene Verhalten des Genötigten ist das gewollte Mittel zur Erreichung des Vermögensvorteils, zwischen beiden muß also Kaufalsammenhang bestehen, wobei weder erforderlich ist, daß der erzwungene Willensakt die ausschließliche Ursache der Bereicherung ist: RG. 8./1. 83 E. 8 5, noch daß der erstrebte Vermögensvorteil durch ihn seine vollständige Realisierung findet: Binding Lehrb. I 380 N. 3, Frank N. V, Olshausen N. 9: RG. 16./1. 00 E. 33 78. Der Kaufalsammenhang liegt nicht vor, wenn jemand dazu genötigt wird, einen Dritten, über dessen Tätigkeit er nicht zu bestimmen hat, zur Gewährung des Vorteils zu bewegen, denn nicht die Vermittlung ist ein Vermögensvorteil, sondern das, was durch die Vermittlung erzielt wird: Binding Lehrb. I 377, Meyer-Malfeld 486 N. 15, Olshausen N. 8 Abs. 2; RG. 26./2. 81 E. 3 426. Die auf die Bereicherung eines Dritten gerichtete Absicht wird durch die völlige Unbestimmtheit der Person des Dritten zur Zeit der Nötigung nicht ausgeschlossen: RG. 13./10. 91 E. 22 173. Nur aus diesem Gesichtspunkte — denn eine Streiffasse ist kein „Dritter“ — ist dem RG. beizustimmen, wenn es die Bereicherungsabsicht bei der Einforderung von Beiträgen zur Ansammlung eines Streiffonds annimmt und für gleichgültig erklärt, ob der Drohende wie der Bedrohte zu den künftigen Empfängern gehören: RG. 20./10. 99 E. 32 335.

a) Die Frage, was als rechtswidriger Vermögensvorteil zu betrachten sei, ist bei der Erpressung in gleicher Weise zu beantworten wie beim Betrüge. Daher sind die diesbezüglichen Ausführungen zu § 263 N. 8 zu vergleichen.

b) Die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ist das für die Praxis wichtige Tatbestandsmoment des Erpressungsdeliktes. Sie wird durch die für die Nötigung des § 240 ausdrücklich verlangte Rechtswidrigkeit des angewendeten Zwangsmittels nicht ersetzt, vgl. oben N. 3b. Sie muß objektiv vorhanden sein: Frank N. V, Olshausen N. 15 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 15. Das RG. 23./4. 85 — 7./7. 84 E. 11 72 — nimmt gemäß seiner Theorie vom untauglichen Versuch an, es genüge jedenfalls zum Versuch, daß der Täter den objektiv nicht rechtswidrigen Vermögensvorteil für einen rechtswidrigen halte. Der Täter muß das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung haben. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels gar nicht berufen hat, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt gewesen ist. Vgl. RG. 30. 4. 81 E. 4 167, 11./6. 81 E. 4 279.

c) Die pflichtgemäße Zahlung durch den Schuldner enthält für den Gläubiger keinen Vermögensvorteil, da die Erlangung des Geldes und die Tilgung der Forderung sich gegenseitig aufheben. Dagegen taugt die Zahlung durch den Nichtschuldner oder die Verbürgung desselben unter Umständen

einen rechtswidrigen Vermögensvorteil enthalten: RG. 17./3. 80 C. 1 318. Ein rechtswidriger Vermögensvorteil wird nicht erstrebt, wenn der Gläubiger eines fälligen und begründeten Anspruchs den Schuldner ohne vorgängiges Prozeßverfahren und Urteil zur Zahlung nötigen will: RG. 11./12. 82 C. 7 378. Auch nicht dadurch, daß eine Prozeßpartei den zum Eid verstatteten Gegner vor dem Eidestermin unter Bedrohung mit der Anzeige wegen Meineids von dem Schwören abmahnt: RG. 11./6. 81 C. 4 279. Dagegen kann in der Befreiung von einer lästigen kontraktlichen Verbindlichkeit ein rechtswidriger Vermögensvorteil erblickt werden: RG. 22./11. 81 C. 5 171. Ebenso in dem Vermögensvorteil, den eine Armentasse dadurch erlangt, daß Jemand durch Drohung mit Anzeige wegen einer strafbaren Handlung zur Zahlung eines Geldbetrages in dieselbe genötigt wird: RG. 7./1. 95 C. 26 354. Vgl. auch Binding Lehrb. I 378 N. 3. Einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt, wer das von ihm in einem Glücksspiel verlorene Geld von dem Gewinner zurückfordert: RG. 23./11. 87 C. 30 337, dagegen nicht, wer das durch falsches Spiel verlorene Geld vom Falschspieler zurückverlangt: RG. 10./11. 85. Wer gewerbsmäßig Dirnen beherbergt und ihnen einem Abkommen gemäß gegen Zahlung aus ihrem Verdienst Unterhalt gewährt, macht sich der Erpressung schuldig, wenn er durch Drohung die Bezahlung erzwingt: RG. 27./11. 99 C. 32 421.

6. Die Erpressung ist vollendet mit Eintritt der Handlung, Duldung oder Unterlassung, und zur Vollendung ist nicht erforderlich, daß die beabsichtigte Bereicherung oder eine korrespondierende Vermögensbeschädigung eingetreten ist: Berner 575, Binding Lehrb. I 380, Frank N. I Abf. 3, III, Hälschner II 383, v. Liszt 473, 474, Meyer-Alsfeld 486, Olshausen N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 14 Abf. 1, Schütze 456, v. Schwarze N. 12, Wachenfeld Hst. II 305; RG. 24./3. 84 C. 10 216, 16./1. 00 C. 33 78.

Ein Versuch liegt z. B. vor, wenn die Nötigungsmittel angewendet sind, der Andere aber dadurch zu der Handlung usw. nicht bestimmt worden ist: RG. 6./1. 01 C. 34 279. Bei der Erpressung durch einen Brief ist der Versuch schon mit dessen Abendung vollendet, nicht erst mit dessen Empfangnahme seitens des Bedrohten: Olshausen N. 15 Abf. 1. Es genügt, daß der Kausalzusammenhang zwischen dem Nötigungsmittel und der Handlung usw., wenn auch nicht wirklich vorhanden, doch im Bewußtsein des Täters gelegen hat: RG. 25./2. 87 C. 15 333. Ebenso genügt, daß das Nötigungsmittel nach der, wenn auch unbegründeten Annahme des Täters auf die Willensentschließung des Anderen einzuwirken geeignet ist: RG. 3./4. 94 C. 25 254. Ein Rücktritt vom Versuch nach § 46 Nr. 2 ist nicht möglich, da zur Vollendung der Eintritt der Handlung, Duldung oder Unterlassung genügt: RG. 27./9. 94 C. 26 77. Zum Rücktritt nach Nr. 1 ist das Aufgeben der Nötigung, die Zurücknahme der Drohung, nicht nur die Unterlassung der Ausführung erforderlich.

7. Da die einfache Erpressung Gewalt nur an Sachen mit bloß mittelbarer Richtung gegen die Person kennt, ist Idealkonkurrenz mit § 223 nur dadurch möglich, daß eine als Körperverletzung sich qualifizierende Gewalt an einem Dritten begangen wird: Olshausen N. 14 Abf. 3.

Gegenüber der Nötigung ist die Erpressung als das speziellere Delikt anzusehen, sodaß iene in dieser aufgeht: Binding Lehrb. I 378, Frank N. VI 1, Meyer-Alsfeld 487, Olshausen N. 13b und RG. 5./5. 08 C. 41 276; dagegen v. Liszt 474 für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz.

Die Frage, ob zwischen Raub und Erpressung Idealkonkurrenz möglich ist, kann mit Zug nur aufgeworfen werden, wenn das Objekt eine Sache (sachliche Erpressung) und die Form die der räuberischen Erpressung ist (§ 255). Die Nötigung aber zur Duldung der Wegnahme einer Sache mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ist ein konkreter Einzelfall der räuberischen Erpressung, somit Idealkonkurrenz ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 373 (im Resultat), Frank N. VI 3, Hälschner II 381, Mertel H. N. IV 417 und RG. 23./9. 81 C. 4 429; a. M. Meyer-Alsfeld 487 und Olshausen N. 13c.

Mit Frank N. VI 2 — siehe auch Binding Lehrb. I 374 — ist der Zwang zur Duldung eines anderen in Bereicherungsabsicht begangenen Delikts grundsätzlich nur als Erpressung anzusehen, ohne Konkurrenz des anderen. Mit Recht wird die Beschränkung zugesügt, daß, wenn die Strafe für dieses Delikt schwerer ist als die der Erpressung, z. B. beim Rückfallsdiebstahl, wegen dieses schweren Delikts, eventuell in Idealkonkurrenz mit Erpressung (Binding mit Nötigung), zu strafen ist.

8. Für die Strafzumessung kommt in Betracht insbesondere die Art der verübten Nötigung, wonach die Bedrohung mit einer berechtigten oder erlaubten Handlung weniger strafbar erscheint als die Gewalt oder die Bedrohung mit einer strafbaren Handlung. Bei der Drohung kommt neben der Art des gedrohten Übels die größere oder geringere Gefahr seiner Verwirklichung, namentlich die Frage in Betracht, ob der Täter das Gedrohte ernstlich zur Ausführung bringen wollte oder nicht. Endlich wird die Bedeutung und Größe der dem erstrebten Vorteil entsprechenden Vermögensschädigung und ferner zu berücksichtigen sein, ob sie wirklich stattgefunden hat oder nicht. Siehe Hälschner II 384.

9. Vgl. § 339 Abf. 3.

§ 254.

Wird die Erpressung durch Bedrohung mit Mord, mit Brandstiftung oder mit Verursachung einer Überschwemmung begangen, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu erkennen.

Die gefährliche Bedrohung, bei welcher die verschiedenen Arten der Drohung gleichwertige, eine alternative Feststellung zulassende Gestaltungsarten desselben Delikts sind, ist strikte zu interpretieren, so daß nur die genannten Delikte, also Mord nach § 211 (nicht mit Schüsse 457 N. 26 auch Totschlag nach § 212), Brandstiftung nach §§ 306, 308, 311 (Explosionsverursachung) und Verursachung einer Überschwemmung nach §§ 312, 313 hierher gehören. Idealkonkurrenz ist hier besonders mit dem Landzwang des § 126 möglich.

§ 255.

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen.

Wegen der Nötigungsmittel vgl. § 249 N. 4a, b. Konkurrenz mit einfacher Körperverletzung ist möglich, vgl. oben § 249 N. 7. Ausweislich der Worte „gleich einem Räuber“ sind bei dieser räuberischen Erpressung geeignetenfalls auch die Erschwerungsgründe der §§ 250, 251 maßgebend.

§ 256.

Neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Vgl. §§ 32, 38, 45, 49.

Einundzwanzigster Abschnitt.

Begünstigung und Hehlerei.

Die Materie der Begünstigung und Hehlerei ist hier im Sinne GG. § 2 Abs. 1 geregelt, so daß die Landesgesetzgebung nur auf dem ihr durch GG. § 2 Abs. 2 überlassenen Gebiete freie Hand hat. Dies gilt insbesondere von der Begünstigung einer Übertretung. Vgl. Birkmeyer Einztl. 1196, v. Liszt 599, Olshausen § 257 N. 4 Abs. 2 und RG. 21./10. 98 C. 31 285. Nach der Ansicht Bindings Lehrb. II 647 N. 3 ist die Landesgesetzgebung überall gehindert, die Begünstigung einer Übertretung mit Strafe zu bedrohen.

§ 257.

Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder Teilnehmer wissenschaftlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn er diesen Beistand seines Vorteils wegen leistet, mit Gefängnis zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe dem Täter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen.

Die Begünstigung ist als Beihilfe zu bestrafen, wenn sie vor Begehung der Tat zugesagt worden ist. Diese Bestimmung leidet auch auf Angehörige Anwendung.

1. Begünstigung ist Förderung eines Delinquenten nach begangenen Delikt, um entweder ihn der Bestrafung zu entziehen (persönliche, nach Bindings Bezeichnung: echte) oder um ihn die Vorteile seines Delikts zu sichern (sachliche, nach Bindung: unechte Begünstigung). Nach der allgemeinen Ansicht sind diese beiden Arten der Begünstigung gleichwertige, eine alternative Feststellung gestattende Begehungsform desselben Delikts, nämlich der Hemmung der staatlichen Rechtspflege, oder der Hinderung des Entstehens oder Fortbestehens des staatlichen Strafrechts, oder (Schlüge) derjenigen Tätigkeit, welche darauf abzielt, den verletzten Zustand der Rechtsordnung durch Hinderung der rechtlichen Tilgung des Delikts zu einem dauernden zu machen. Sie haben also einen einheitlichen Charakter, sind die eine wie die andere ein Eingriff in die staatliche Rechtspflege, ein Delikt gegen die Justizgewalt, die zweite Art aus dem Gesichtspunkte, daß die Entziehung der Deliktsvorteile eine vom Staat an die Begehung des Delikts geknüpfte Rechtsfolge ist (v. Liszt). Die Folge dieser Ansicht ist, daß zwischen den beiden Arten keine Konkurrenz möglich, und daß ein im Auslande begangenes Vordelikt nur dann genügt, wenn wegen seiner im Inlande ein Strafanspruch erwachsen ist. Zu ihr bekennen sich Birkmeyer Enzpf. II 95, Geyer II 151, Hälschner II 870, v. Liszt 598, Mertel 153/154, Meyer-Malfeld 539, Schübe 161; RG. 26./9. 81 E. 5 53, 13./2. 90 E. 20 233. Dagegen Binding Lehrb. II 629 ff., insbesondere 666 N. 1, und Olshausen in seiner reichhaltigen Interpretation des § 257 erklären beide Begünstigungsarten trotz ihres gleichen Ausgangspunktes: dem Vordelikt, und der begrifflichen Gleichheit: Förderung des Vordelinquenten, für zwei selbständige, in derselben Strafsatzung kumulativ zusammengefaßte Delikte. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus der Erwägung, daß es Delikte gibt, bei welchen, z. B. bei dem Diebstahl und der Unterschlagung von Angehörigen gegen Deszendenten und zwischen Ehegatten (§ 247 Abs. 2), wohl eine sachliche, nicht aber eine persönliche Begünstigung möglich ist. Somit ist die sachliche Begünstigung mit Bezug auf ein im Auslande begangenes Vordelikt auch dann strafbar, wenn der Vortäter nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs nicht verfolgt werden kann. Ebenmäßig ist zwischen beiden Begünstigungsarten ideelle wie reelle Konkurrenz möglich nicht nur, wenn der persönlich und der sachlich begünstigte Vortäter verschiedene, sondern auch wenn sie ein und dieselbe Person sind: Olshausen N. 37.

2. Die Beihilfe des § 49 wird zur, die begünstigende Förderung nach Begehung eines Delikts geleistet. Beide setzen, um überhaupt rechtlich in Betracht zu kommen, die Existenz eines anderen, als Versuch oder Vollendung in sich abgeschlossenen Delikts voraus, und bei beiden richtet sich die Strafe nach der jenes Delikts, welche bei der Beihilfe nicht erreicht, bei der Begünstigung nicht überschritten werden darf. Diese Ähnlichkeit, welche im StGB. mehrfach anerkannt wird (§§ 63, 247 Abs. 3, 257 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, 289 Abs. 5), äußert sich in einer Reihe Beziehungen:

a) Beihilfe und Begünstigung sind strafrechtlich möglich nur bei einem Verbrechen und Vergehen, nicht auch bei einer Übertretung.

b) Beide können, wenn das Delikt, auf welches sie sich beziehen, Antragsdelikt ist, nur auf Antrag verfolgt werden (N. 13).

c) Beide können nur einem Anderen geleistet werden, man kann sich selbst weder Beihilfe noch Beistand leisten, wie die Selbsthilfe, so ist auch die Selbstbegünstigung ein Unthun. Vgl. z. B. Binding Lehrb. II 662, Frank N. IV 1, v. Liszt 600, Mertel 154, Olshausen N. 8; RG. 7./4. 81 E. 4 60, 28./2. 91 E. 21 375.

d) Beide können sowohl dem Täter als auch dem Teilnehmer geleistet werden.

e) Wie zur Beihilfe, so ist auch zur Begünstigung Anstiftung und Beihilfe möglich.

f) Beide erfordern Vorsatz („wissentlich“).

g) Beide können durch Rat und Tat geschehen.

h) Wie die Beihilfe ist auch die Begünstigung ein Kommisjwidelikt und kann nicht durch reine Unterlassung, wohl aber durch Unterlassung einer rechtlich gebotenen Handlung begangen werden: Binding Lehrb. II 656, Frank N. V, Hälschner II 877, Olshausen N. 11; RG. 22./11. 83 E. 9 433. Somit auch durch Nichtanzeige des begangenen Delikts, z. B. seitens des gesetzlichen Vertreters, Kuratorsverwalters, desjenigen, der die Überbringung der Anzeige an die Behörde übernommen hat usw.: Olshausen a. a. O., Lppenhoff-Delius N. 7; a. M. Mertel S. 5. III 740.

i) Wie bei der Beihilfe, so liegt auch trotz mehrerer Akte der Beistandsleistung nur Eine — persönliche oder sachliche — Begünstigung vor: Frank N. III Abs. 1, Olshausen N. 26.

k) Wie die Tätigkeit des Gehilfen, so muß auch die des Begünstigers in irgendeiner Weise geeignet sein, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, sodaß ihre absolute Untauglichkeit den

Tatbestand des Delikts ausschließt: Binding Lehrb. II 655, Olshausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 17 und RG. 7./12. 83 C. 9 242, 20./2. 02 C. 35 128, 9./1. 03 C. 36 76; vgl. auch § 346. Es ist irrig, wenn Hälschner II 876 und RG. 13./2. 90 C. 20 233, 28./2. 91 C. 21 375 schon eine auf Förderung abzielende Handlung genügen lassen. Zur Vollendung des Delikts der Begünstigung ist aber nicht erforderlich, daß der beabsichtigte Erfolg wirklich erreicht sei, indem vielmehr durch jede zur Erreichung des Erfolges geeignete Handlung der Tatbestand erfüllt, somit in Wirklichkeit eine bloße Versuchshandlung zu einem delictum sui generis erhoben wird: Binding Lehrb. II 655, 668, Birkmeyer Enzykl. 1195, Frank N. V Abf. 1, Hälschner II 876, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 9, 10, Schüke 162 N. 4; RG. 7./12. 83 C. 9 242, 9./6. 87 C. 16 157, 21./9. 97 C. 30 332, 20./2. 02 C. 35 128; a. M. Binding Lehrb. II 650, Frank N. V Abf. 1, v. Liszt 599 N. 4 und Meyer-Altfeld 562.

3. Ist die Begünstigung insofern atzessorischer Natur, als sie ein Vordelikt voraussetzt, ohne welches sie keine rechtliche Existenz hat, so ist sie trotzdem und trotz der obigen gleichen Punkte, wie auch das StGB. wiederum deutlich erkennen läßt, keine Form der Teilnahme, sondern ein selbständiges Delikt, welches nur durch die Absicht der Strafenziehung und Vorteilsicherung zu dem von einem Anderen nicht erst zu begehenden, sondern bereits begangenen Delikt in Beziehung tritt: Hälschner II 876, Olshausen N. 7 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, 7, Rüdorff-Stenglein Abfchn. 21 N. 1; RG. 7./4. 81 C. 4 60, 9./1. 83 C. 36 76. Jrgendein Zusammenwirken zwischen dem Begünstiger und dem Begünstigten ist nicht erforderlich, ebenowenig, daß der Begünstigte feinerseits tätig wird, oder daß er von der Förderung und der Person des Fördernden Kenntnis erhält: Binding Lehrb. II 650 N. 3, Hälschner II 876, Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 6, v. Schwarze N. 1. Daher ist nicht bloß tatsächlich, was nicht bestritten werden kann, sondern auch begrifflich und strafrechtlich eine Begünstigung gegen den Willen des Begünstigten möglich: Binding, Olshausen, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. D., Meyer-Altfeld 562 und RG. 9./1. 03 C. 36 76; a. M. in Argumentierung aus dem Worte „Beistand“ Hälschner II 877. — Ein persönlicher Strafausschließungsgrund des Täters kommt nicht dem Hülfstäter und Gehilfen, wohl aber bei der persönlichen Begünstigung dem Begünstigten insofern zugute, als durch jenen die Entstehung des staatlichen Strafanpruchs gehindert wird.

4. Die auf die Vereitelung des staatlichen Strafanpruchs gerichtete persönliche Begünstigung, in der Form eines eigentlichen Amtsdelikts unter besondere Strafe gestellt in § 346, setzt, was hier festgestellt werden muß, die Existenz eines von dem Begünstigten als Täter oder Teilnehmer verübten Verbrechens oder Vergehens voraus.

a) Das Vordelikt muß ein Verbrechen oder Vergehen sein. Maßgebend ist für das StGB. und, soweit sie nicht abweichend bestimmen, auch für die besonderen Reichs- und Landesgesetze StGB. § 1: RG. 12./10. 88 C. 18 191. Für das Militär-Strafrecht, nach welchem übrigens Begünstigung und Hehlerei zu militärischen Delikten nicht militärische, sondern bürgerliche Delikte sind (Herz-Ernst 7 N. 2a, 54 N. 1 Abf. 2), ist maßgebend MilStGB. § 1: Binding Lehrb. II 646, v. Liszt 593, Olshausen N. 4 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 1./2. 82 C. 6 7, 1./4. 87 C. 15 396. Als Vordelikt kann auch die Begünstigung selbst in Betracht kommen.

Die Begünstigung einer Übertretung im Sinne StGB. § 1 Abf. 3 — das MilStGB. kennt keine Übertretungen — ist straflos. Es genügt aber, daß eine Handlung erst auf Grund des Rückfalls zum Vergehen geworden ist: Binding Lehrb. II 647, Olshausen N. 4 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 4; a. M. Merkel S. S. III 739 N. 1. Ebenso ist straflos die Begünstigung eines Disziplinar-delikts, womit jedoch nicht zu verwechseln ist, wenn ein militärisches Vergehen gemäß StGB. § 3 im Disziplinarwege bestraft wird: Olshausen N. 4 Abf. 1, N. 14 und RG. 12./2. 02 C. 42 199.

Das Vorhandensein einer vom Gesetz als Verbrechen oder Vergehen bezeichneten Handlung ist objektives Erfordernis. Durch den bloßen Glauben des Begünstigten, daß eine solche Handlung vorliege, obgleich überhaupt keine strafbare Handlung oder nur eine Übertretung begangen wurde, wird ein strafloses Putativdelikt begründet: Binding Lehrb. II 646, Frank N. II 1, Olshausen N. II Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 19.

b) Durch das Vordelikt muß ein staatlicher Strafanpruch entstanden sein und zur Zeit der Begünstigung noch bestehen. Somit darf weder ein persönlicher Strafausschließungsgrund, wie z. B. bei der Unterdrückung zwischen Ehegatten, noch ein Schuldaußschließungsgrund, wie z. B. im Fall des § 310, vorliegen, noch der Strafanpruch durch Nichtstellung oder Zurücknahme von Anträgen und Ermächtigung, durch Verjährung von Strafverfolgung und Strafvollstreckung, durch Abolition, Verbüßung, Begnadigung usw. erloschen sein: Binding Lehrb. II 648, Frank N. II 1, Meyer-Altfeld 560 N. 20, Olshausen N. 2 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 19. Der Vortäter muß sich durch seine Handlung strafbar gemacht haben und noch strafbar sein.

c) Bei den Antrags- und Ermächtigungsdelikten ist die Entstehung des Strafanpruchs durch die Stellung und Erteilung von Antrag und Ermächtigung suspensiv bedingt, sodaß eine

schon vorher begangene Förderung ein suspensiv bedingtes Delikt ist, welches durch den Antrag und die Ermächtigung zu einem unbedingten wird. Wird der Antrag nicht gestellt oder der gestellte zurückgenommen, so liegt eine strafrechtliche Begünstigung überhaupt nicht vor. So Binding Lehrb. II 648, Hälschner II 874, v. Liszt 599, Merkel *S. S.* IV 427, Meyer-Alsfeld 561 *N.* 20, Lshajuen *N.* 3 *Abj.* 2, Rüdorff-Stenglein *N.* 3. Getritten wird darüber, ob in der Einwirkung auf die Nichtstellung und Zurücknahme des Antrags — bei der Ermächtigung, welche nicht zurückgenommen werden kann, gilt bezüglich ihrer Erteilung das gleiche — eine Begünstigung liegen kann. Da es sich nicht um die Aufhebung eines bereits unbedingt vorhandenen Strafauspruchs handelt, so ist die Hintertreibung der Antragstellung jedenfalls keine Begünstigung, und ob sie den Tatbestand eines sonstigen Delikts, z. B. der Nötigung, erfüllt, hängt von den angewendeten Mitteln (Gewalt, Drohung, List) ab: Geyer II 152, Hälschner II 875, Lshajuen *N.* 3 *Abj.* 3, Oppenhoff-Delius *N.* 13; *RG.* 25./11. 07 *E.* 40 393. In der Bewirkung der Zurücknahme des Antrags liegt ebensowenig eine Begünstigung wie in der Zurücknahme selbst, und es ist kein Grund vorhanden, warum dies mit Lshajuen a. a. O. anders sein soll, wenn die Zurücknahme durch Gewalt, Drohung, List bewirkt worden ist; übereinstimmend Hälschner a. a. O. Dagegen finden Rüdorff-Stenglein *N.* 3 in jeder, Frank *N.* V 1 grundsätzlich in keiner Bewirkung der Nichtstellung oder Zurücknahme, Merkel *S. S.* IV 428 und Meyer-Alsfeld 560 in der Hintertreibung des Antrags durch rechtswidrige Mittel eine Begünstigung. Wiederum Binding Lehrb. II 653 stimmt bezüglich der Drohung und Gewalt mit Lshajuen überein, läßt aber als Täuschung nur die über den Bestand des Antragsrechts (damit die Frist ungenützt verstreicht) und die Vorpiegelung genügen, es sei Pflicht, im konkreten Fall den Antrag zu unterlassen.

d) Es ist gleichgültig, ob das Verdelikt vollendet oder versucht, ein vorläufiges oder fahrlässiges, ob der Begünstigte an ihm als Täter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt ist. Erforderlich ist jedoch, daß das Delikt begangen, juristisch erfüllt ist, daß die Handlung des Begünstigten als eine für ihn abgeschlossene vorliegt, weil anderenfalls ein Strafauspruch noch nicht entstanden ist: Birkmeyer *Erzähl.* 1195, v. Liszt 599, Meyer-Alsfeld 561, Lshajuen *N.* 5, Rüdorff-Stenglein *N.* 5, Schütze 162. Somit muß auch der Erfolg eingetreten sein, falls dieser zum Tatbestand gehört. Setzt die strafbare Handlung wie bei dem fortdauernden Delikt (§ 73 *N.* 5a) sich noch nach der juristischen Erfüllung fort, oder steht nach Abschluß der mindestens einen strafbaren Versuch enthaltenden Handlung des Täters der Erfolg noch aus, so kann mit der schon möglichen Begünstigung Beihilfe konkurrieren: Frank *N.* II 2, Merkel *S. S.* III 739 *N.* 4, Meyer-Alsfeld und Lshajuen a. a. O., Oppenhoff-Delius *N.* 5; *RG.* 5./3. 88 *E.* 17 227.

e) Bezüglich des Verhältnisses der Begünstigung zum Verdelikt ist streitig, ob ein an dem Verdelikt selbst als Allein- oder Mehrtäter, Anstifter oder Gehilfe Beteiligter sich der persönlichen Begünstigung bezüglich anderer Teilnehmer, und ob er sich der Anstiftung oder Teilnahme bezüglich der ihm selbst geleisteten persönlichen Begünstigung schuldig machen kann. Beide Fragen werden von Lshajuen *N.* 27, Oppenhoff-Delius *N.* 1, 2 und *RG.* 7./4. 81 *E.* 4 80, 11./6. 83 *E.* 8 366, 28./2. 91 *E.* 21 375 bejaht, von Binding Lehrb. II 662, Frank *N.* IV 2, 3, Hälschner II 882, Merkel *S. S.* IV 425, Rüdorff-Stenglein *N.* 18, Schütze 161 *N.* 2 und v. Schwarze *N.* 26 verneint, wogegen Geyer II 153 und *S. S.* IV 172, v. Liszt 600 und Meyer-Alsfeld 563 die erste Frage bejahen, die zweite verneinen. Die beiden Fragen lassen sich aber allgemein weder bejahen noch verneinen, sondern die Entscheidung wird in jedem einzelnen Fall danach zu treffen sein, ob in Wirklichkeit eine Selbstbegünstigung vorliegt, in welchem Fall von einer strafbaren Begünstigung natürlich nicht gesprochen werden kann, oben *N.* 2c: *RG.* 28./2. 91 *E.* 21 375. Jedenfalls die Argumentation für die Verneinung aus *Abj.* 3 — wird die Begünstigung schon durch die Beihilfe konfundiert, so wird sie es noch mehr durch Täterschaft und Anstiftung — kann nur in dem Fall der vorherigen Zulage der Begünstigung zutreffen. Bei einem fortgesetzten Delikt kann dieselbe Person in realem Zusammentreffen trotz vorliegender juristischer Einheit der Haupttat zuerst Begünstigter, dann Gehilfe, später Anstifter, zuletzt Mittäter an je einer, an sich ein selbständiges Delikt darstellenden Einzelhandlung des Haupttäters werden: Binding Lehrb. II 670 und *RG.* 5./3. 88 *E.* 17 227.

5. Der Beistand wird dem Täter oder Teilnehmer geleistet, um ihn der Bestrafung zu entziehen, also die Ausübung des staatlichen Strafrechts zu vereiteln. Da jede Strafe, auch die Geldstrafe, eine höchst persönliche Leistung des Schuldigen ist, so wird durch einen den Erben des Schuldigen geleisteten Beistand, um die Vollstreckung einer Geldstrafe in den Nachlaß zu vereiteln, keine Begünstigung verübt. Der Beistand kann in Rat und Tat bestehen, er kann durch Handlungen verschiedenster Art geschehen, ihr Kreis ist nur dadurch begrenzt, daß sie geeignete Mittel der Entziehung sind und als solche dienen sollen.

Bestrafung ist Strafvollzug mit der notwendigen prozeßualen Begründung, der Begünstigte soll entweder der Verurteilung oder der Strafvollstreckung entzogen werden: Binding Lehrb. II 651, Hälschner II 874, Lshajuen *N.* 13 *Abj.* 1, Rüdorff-Stenglein *N.* 8 *Abj.* 1, Schütze 163 *N.* 9.

Es ist klar, daß schon eine teilweise Entziehung genügt, auch der entwichene Sträfling begünstigt werden kann, was John S. S. III 150 aus den unzutreffenden Gründen verneint, daß nach der Bemächtigung des Verurteilten durch die Organe des Staats für die Begünstigung kein Raum mehr sei. Die Befreiung eines Gefangenen ist Spezialdelikt nach §§ 120, 121. Ob der Täter der Verhaftung dauernd oder nur vorübergehend entzogen werden soll, ist nach Oshausen N. 15a, 18 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abj. 1 und RG. 9./6. 87 E. 16 204 gleichgültig, aber dieser Ansicht, nach welcher die Anstrengung eines bloßen Strafaufschiebes Begünstigung wäre, ist entgegenzuhalten, daß Verzögern kein Vereiteln ist: Binding Lehrb. II 655 N. 4. Mit § 346 ist als Begünstigung jede Handlung zu betrachten, welche in der Absicht geschieht, den Schuldigen der gesetzlichen Strafe zu entziehen, und geeignet ist, ihn der Verfolgung überhaupt zu entziehen oder eine Freisprechung oder eine dem Gesetz nicht entsprechende, nämlich mildere Bestrafung oder die Nichtvollstreckung der ausgesprochenen Strafe oder die Vollstreckung einer gelinderen Strafe als die erkannte Strafe zu bewirken. Die Beistandsleistung kann erfolgen, ehe überhaupt von irgendeiner Seite Schritte zur Herbeiführung der Strafverfolgung geschehen sind: Oshausen N. 16, Oppenhoff-Delius N. 11.

6. Gegen die Verurteilung gerichtete Begünstigungshandlungen sind z. B. die Verheimlichung, Verbergung, Vernichtung von Überführungsstücken, Verbergen des Täters und Beförderung seiner Flucht. Beistand, um den Täter der Untersuchungshaft zu entziehen, ist nur dann Begünstigung, wenn er zugleich der Strafe entzogen werden soll: Hälschner II 876 N. 3, Oshausen N. 17b. Wahrheitswidrige Zeugenaussagen, auch im Ermittlungsverfahren: Merkel S. S. III 740, Meyer-Alsfeld 560, Oshausen N. 17c, Schütze 163 und RG. 13./12. 95 E. 28 115. Zeugnisverweigerung, soweit eine Zeugnispflicht besteht, was nicht der Fall ist gegenüber der Staatsanwaltschaft und der Polizeibehörde: RG. 22./11. 83 E. 9 434. Keine Begünstigung liegt in der Verweigerung der Auskunft über den Aufenthaltsort des Beschuldigten: RG. ebenda. Wohl aber in dem Versuch, einen Dritten zur unwahren Aussage oder zur Ausstellung einer im Ermittlungsverfahren zu verwertenden unwahren Beiseinigung zu bewegen: RG. 13./2. 90 E. 20 233, oder den zur Anzeige der Straftat verpflichteten Gendarmen durch Entschädigung des Bestohlenen zur Unterlassung der Anzeige zu bestimmen: RG. 7./12. 83 E. 9 242. Die Einwirkung auf eine zur Anzeige eines Offizialdelikts entschlossene Privatperson, die Anzeige zu unterlassen, ist nicht, wie RG. 6./4. 86 E. 14 88 meint, schon an sich eine Begünstigung, sondern nur unter den bei einem Antragsdelikt erforderlichen Voraussetzungen, oben N. 3b Abj. 2: Binding Lehrb. II 654, Oshausen N. 17e, also nach der richtigen Ansicht überhaupt nicht.

Ein rechtlich erlaubtes oder gar gebotenes Verhalten ist niemals strafbare Begünstigung. Das Entziehen muß, was § 346 ausdrücklich auspricht, ein rechtswidriges sein. Hieraus ergibt sich auch die Antwort auf die vielfach ventilerte Frage, ob der Verteidiger im Strafverfahren sich einer Begünstigung schuldig machen kann. Der Verteidiger darf nicht wider besseres Wissen positive Behauptungen aufstellen oder einen Zeugen als unglaubhaft verdächtigen, er darf überhaupt das Belastungsmaterial nicht unterdrücken, z. B. einen Zeugen bestechen. Aber er darf niemals vergessen, daß er nicht Ankläger, sondern Verteidiger ist. Er ist nicht verpflichtet, ist sogar nicht einmal berechtigt, das ihm bekannte Belastungsmaterial dem Gericht mitzuteilen. Er hat daher, auch wenn er von der Schuld überzeugt ist, alles zu der Freisprechung oder milderen Bestrafung dienliche Material zu verwerten und schließlich das Nichtschuldige zu beantragen, denn seine Überzeugung, sie mag für oder gegen seinen Klienten sein, ist für den nach eigener freier Überzeugung urteilenden Richter in keiner Weise maßgebend. Vgl. Binding Lehrb. II 651 N. 2, Frank N. V 1 Abj. 1, Oshausen N. 15b und besonders v. Lilienthal Deutsch. Jur. Zeitg. 1914 28. Die von Binding aufgeworfene Frage, wie es sich verhalte, wenn der Verteidiger Hauptzeuge der Tat war und die Verteidigung übernommen hat, um sich dem Zeugnisse zu entziehen, erledigt sich dadurch, daß Niemand strafrechtlich verpflichtet ist, sich ungerufen als Zeugen anzubieten, und daß das Gericht jederzeit berechtigt ist, auch den Verteidiger als Zeugen heranzuziehen; vgl. übrigens StB. D. § 52 Nr. 2.

7. Die gegen die Strafvollstreckung gerichtete Begünstigung ist gegenüber allen Strafen möglich, welche einer Vollstreckung bedürfen, sie mögen Haupt- oder Nebenstrafen sein, also auch bei der Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht und bei der Überweisung an die Landespolizeibehörde: Merkel S. S. III 740 N. 6, Oshausen N. 18 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 13; a. M. wegen der Polizei-Aufsicht und aller korrekzionellen Maßnahmen Binding Lehrb. II 646. Eine Begünstigung kann daher liegen in der Beistandsleistung zum Selbstmorde, selbst des zum Tode Verurteilten: Binding Lehrb. II 651 N. 3, Frank N. V 1 Abj. 1 und Oshausen N. 13 Abj. 1. Der mehrfach z. B. von v. Liszt 600 erhobene Einwand, daß der Selbstmörder selbst sich der Strafvollstreckung entziehe, ist deshalb unzutreffend, weil eine eigene Tätigkeit des Begünstigten zwar nicht notwendig, aber auch nicht ausgeschlossen ist. Eine Begünstigung besteht auch, wer sich statt des Verurteilten zum Straftritt stellt, wobei regelmäßig Idealkonkurrenz mit der intellektuellen

Urkundenfälschung des § 271 vorliegen wird: Frank N. V 1a, Hälschner II 876, v. Liszt 600, Merkel 155, Meyer-Altfeld 561, Olshausen N. 20 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abf. 1; RG. 11./6. 83 C. 8 366.

Wenn für den Verurteilten die Geldstrafe gezahlt wird, so ist dies dann keine Begünstigung, wenn das Geld zu dem Vermögen des Verurteilten gehört, also die Zahlung erfolgt, um dem Verurteilten ein Geschenk zu machen, oder mit der Verpflichtung zur Rückzahlung, als Darlehn; hierbei wird lediglich statt vom Schenker und Darleiher an den Verurteilten und alsdann von diesem an die Vollstreckungsbehörde, vom Schenker und Darleiher unter Ersparung einer Gelbausschüttung direkt an die Behörde ausgeschüttet. In allen anderen Fällen liegt eine Begünstigung vor, weil, wie bereits oben bemerkt wurde, jede Strafe, auch die Geldstrafe, eine höchst persönliche Leistung des Verurteilten, somit die nichtpersönliche Leistung keine Verbüßung im Sinne des Gesetzes ist; die Sache liegt hier gerade so, wie wenn ein Anderer statt des Verurteilten die Freiheitsstrafe verbüßt. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. II 651 N. 4, Frank N. V 1a, v. Liszt 600, Olshausen N. 21 und RG. 21./9. 97 C. 30 232, wogegen Meyer-Altfeld 561 und v. Schwarze § 28 N. 8 in der Bezählung fremder Geldstrafen niemals eine Begünstigung finden.

Auch durch Einreichung eines Gnadengesuchs kann Begünstigung verübt werden, wenn es durch Angaben begründet wird, welche auf der einen Seite Erlaß oder Milderung der Strafe im Gnadenwege herbeizuführen geeignet, auf der anderen Seite bewußt unwahr sind: Binding Lehrb. II 653 (N. 1), 654 (N. 1), Frank N. V 1b, v. Liszt 600, Meyer-Altfeld 560, Olshausen N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 9, Schüpe 163 N. 9 und RG. 20./2. 02 C. 35 128; a. M. Oppenhoff-Delius N. 14, nämlich, daß niemals eine strafbare Begünstigung vorliege. Es ist ein ganz sonderbarer, jeglichen Anhalts im Gesetze entbehrender Gedanke, wenn eine Anzahl Autoren verlangen, daß dem Gnadengesuche unwahre Belege beigelegt sein müssen. Ob das Gesuch von dem Verteidiger oder einem Dritten eingereicht wird, ist gleichgültig, da das Offizium des Verteidigers mit gesprochenem Urteil sein Ende erreicht.

8. Obgleich eine fahrlässige verübte Begünstigung denkbar ist, beschränkt das Gesetz die Strafbarkeit auf die dolose. Es fordert ein Beistandleisten, um den Begünstigten der Bestrafung zu entziehen, also eine vorsätzliche Tätigkeit, welche nach dem Willen des Täters als Mittel zur Entziehung dienen soll. Somit reicht die Vornahme der Tat mit dem Bewußtsein, daß die Tat zu einer objektiven Beeinträchtigung des staatlichen Strafrechts geeignet sei und solche zur Folge haben könne, reicht der Eventualdolus nicht aus, sondern wird eine zum Zwecke der Vereitelung des Strafanpruchs erfolgte, mit dem direkt auf die Erreichung dieser Folge gerichteten Willen vorgenommene Beistandleistung erfordert: Frank N. VI 3, Olshausen N. 12 und RG. 10./5. 92 C. 23 105, 21./9. 97 C. 30 232, 1./2. 99 C. 32 24; a. M. Binding Lehrb. II 657, Hälschner II 874 N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 12. Nicht nötig ist, daß der Begünstigte lediglich diesen Erfolg erreichen will, und daß gerade die Rücksicht auf die Person, welcher Beistand geleistet wird, das bestimmende Motiv ist: Frank und Olshausen a. a. O.; RG. 21./9. 97 C. 30 232, 1./2. 99 C. 32 24.

Dolus ist Wissen und Wollen. Der Begünstigte muß wissen, daß eine strafbare Handlung begangen, daß hierdurch ein Strafanpruch entstanden, daß der entstandene Strafanpruch noch nicht erloschen ist; durch den Irrtum in einer dieser Beziehungen wird also der Dolus ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 658, Meyer-Altfeld 562, Olshausen N. 22.

Wenn nun das Gesetz ausdrücklich die Wissentlichkeit verlangt, so hat dieses Verlangen die prozeßrechtliche Bedeutung, daß der Richter das Wissen auch dann feststellen muß, wenn sich der der Begünstigung Beschuldigte auf Nichtwissen gar nicht berufen hat. In materiellrechtlicher Beziehung ergibt sich aus jenem Verlangen, daß die Begünstigung nur dolos begangen werden kann. Es fragt sich aber, ob das Verlangen noch eine weitere materiellrechtliche Bedeutung hat. Auch dies ist streitig.

Nach der einen Ansicht ist die Frage zu verneinen. Nur dem Erfordernis des Dolus wird Ausdruck gegeben. Der Begünstigte muß wissen, daß es sich um eine im Gesetz mit Strafe bedrohte Tat handelt. Er braucht also nicht zu wissen, daß die Tat ein Verbrechen oder Vergehen ist. Dies ist nur ein objektives Erfordernis, durch welches der Staat auf die Bestrafung der einer Übertretung geleisteten Begünstigung verzichtet. So Binding Lehrb. II 657, Birkmeyer Enzykl. 1196, Frank N. VI 1, Hälschner II 879.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch die Erwägung, daß, wie ihre Anhänger selbst zugeben, das Erfordernis des Dolus ohnehin feststeht. Es ist somit überflüssig, dieses Erfordernis noch einmal durch das Wort „wissentlich“ zu stellen, und es gleichwohl zu stellen, wäre eine Unvernunft; Unvernünftiges darf man aber dem Gesetze nicht ohne zwingenden Grund zutragen. Dieser Grund fehlt hier vollständig. Auch wird man schon nach dem Satze in dubio pro reo anzunehmen haben, daß Gesetz verlange nicht bloß das Wissen, daß irgendeine strafbare Handlung, sondern daß ein Verbrechen oder Vergehen begangen sei. Hiermit stimmen überein v. Liszt 599, Merkel 155 und S. S. III 741, IV 427, Meyer-Altfeld 562, Olshausen N. 23, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schüpe 163, v. Schwarze N. 13.

Kommt hiernach der — nicht rechtliche, sondern — tatsächliche Irrtum, es sei nur eine Übertretung begangen, dem Begünstiger nach § 59 zugute, und muß der Begünstiger auf der anderen Seite Kenntnis desjenigen geschichtlichen Vorganges haben, durch den die vorausgegangene Tat der Kategorie eines Verbrechens oder Vergehens tatsächlich unterstellt wird, so ist doch nicht erforderlich die Kenntnis der Stellung des Delikts im System des Strafgesetzbuchs, seiner speziellen, konkreten Gestaltung, seiner technischen Bezeichnung: Geyer II 152 und S. S. II 424, IV 174, v. Liszt 599, Merkel, Meyer-Alsfeld, Rüdorff-Stenglein und Schütze a. a. D., Dshausen N. 25 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 8; RG. 26./9. 81 E. 5 23, 27./11. 85 E. 13 81. Jene Wissenschaft darf nicht ohne weiteres aus der Kenntnis der Verurteilung des Vortäters gefolgert werden: auch in diesem Falle ist das Wissen eine der ausdrücklichen Feststellung bedürftige tatsächliche Frage: Dshausen N. 25 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 12 und RG. 8./12. 81, 17./10. 84. Endlich die Persönlichkeit des Begünstigten braucht dem Begünstiger ebenso wenig bekannt zu sein wie — vgl. oben N. 3 — umgekehrt: Binding Lehrb. II 650, Hälschner II 878, Dshausen N. 24, Oppenhoff-Delius N. 9a, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 163 N. 6, v. Schwarze N. 14; a. M. Merkel 155 und S. S. III 741.

9. Wird der Beistand dem Täter oder Teilnehmer geleistet, um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, so liegt das zweite Delikt der sachlichen Begünstigung vor. Der Begünstiger will den Begünstigten gegen die Entziehung des Delikturteils, insbesondere durch den Verletzten oder die Obrigkeit, sichern, also den unrechtmäßigen Erwerb besetzen, die Wiederherstellung des früheren Zustandes in Ansehung des erlangten Vorteils verhindern. Auch hier genügt das bloße Bewußtsein des Täters, daß seine Handlung zu einer solchen Sicherung führen könne, nicht, ist der Eventualdolus unzureichend, N. 8 Abs. 1: RG. 10./5. 92 E. 23 105, 5./10. 94 E. 26 119, 22./2. 07 E. 40 15.

Indem im übrigen auf die obigen Ausführungen zu der persönlichen Begünstigung verwiesen wird, ist hier speziell bezüglich der sachlichen oder, wie Binding sie nennt, unechten Begünstigung folgendes zu vermerken:

a) Ein Verbrechen oder Vergehen muß begangen sein, der subjektive wie der objektive Tatbestand müssen beide vorliegen, wogegen es in Hinblick auf einen persönlichen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund gleichgültig ist, ob ein Strafanspruch entstanden oder ein entstandener bereits erloschen, oder ob er nicht entstanden, nicht erloschen ist, indem es nur darauf ankommt, daß der Begünstigte Vorteile erlangt hat und zur Zeit der Begünstigung noch im Besitze derselben ist: Binding Lehrb. II 666, Frank N. II 1, v. Liszt 599, Meyer-Alsfeld 561, Dshausen N. 32, Oppenhoff-Delius N. 19, Schütze 164 N. 12. Die sachliche Begünstigung ist somit noch nach der Verbüßung, Verjährung, Begnadigung möglich: Frank N. II 1, Dshausen N. 33 Abs. 2; a. M. wegen der Verjährung Binding Lehrb. II 667. Wird auch z. B. von Dshausen a. a. D. behauptet: nach dem Tode des Begünstigten, so ist solche Behauptung wohl mehr ein lapsus calami; einem Toten kann kein Beistand geleistet werden.

b) Die Vorteile, welche der Begünstiger dem Vortäter sichern will, müssen mit den durch das Delikt erlangten Vorteilen identisch sein: Binding Lehrb. II 667, Dshausen N. 29a und RG. 30./10. 06 E. 39 236. Daher ist es keine Begünstigung, allerdings möglicherweise deren Vorbereitung, wenn der Inhaber eines Detektivbureaus öffentlich dem Dieb für die Ubertastung der gestohlenen Sache zwecks Rückgabe an den Bestohlenen eine Entschädigung verspricht: RG. 22./2. 07 E. 40 15. Die Vorteile müssen bereits erlangt sein. Hieraus folgt, daß die Förderung behufs Herbeiführung des noch ausstehenden Erfolges nach der juristischen Erfüllung des Verdelikts nicht Begünstigung, sondern Teilnahme ist: Dshausen N. 33 Abs. 1. Ferner, daß auch solche Handlungen, welche lediglich eine Erleichterung oder vorteilhaftere Gestaltung der Benutzung bezwecken, z. B. die Heilung des gestohlenen Pferdes, oder die Verarbeitung des gestohlenen Stoffes z. B. zu wirtschaftlichen Zwecken, keine Begünstigung sind: Binding Lehrb. II 667, Frank N. V 2, Hälschner II 879, v. Liszt 600, Meyer-Alsfeld 560, Dshausen N. 29b; RG. 5. 10. 94 E. 26 119. Daraus, daß der Vortäter gegen die Entziehung der Vorteile geschützt werden soll, folgt endlich, daß die sachliche Begünstigung so lange möglich ist, als noch unmittelbare vorteilhafte Folgen des begünstigten Delikts nicht gehoben sind, insbesondere also dann unmöglich, wenn der dem Rechte widerstrebende Zustand legalisiert worden ist, z. B. der Bestohlene vollständig Ertrag erhalten oder der Dieb den Bestohlenen beehrt hat.

c) Das Gesetz jagt nicht „Vermögensvorteil“, sondern „Vorteil“. Somit genügt jeder materielle Nutzen, er bestehe in einem positiven Gewinn oder in der Abwendung eines Schadens: Frank N. VI letzter Abs., Merkel S. S. III 742, Meyer-Alsfeld 560, Oppenhoff-Delius N. 15, v. Schwarze N. 19 und RG. 16./4. 94 E. 25 265. Allerdings wird dies von einer Anzahl Autoren bestritten: Werner 578 (zu § 258), Binding Lehrb. II 664, Geyer II 153 und S. S. II 423, Hälschner II 879, v. Liszt 600, Merkel S. S. III 741, Dshausen N. 31 Abs. 1 und Schütze 163; aber diese Ansicht, wonach Vorteil hier im Sinne von Vermögensvorteil zu nehmen, hat den Wortlaut

des Gesetzes nicht für sich, wie denn auch die Mehrzahl der genannten Autoren einräumt, daß bei der qualifizierten Begünstigung der von dem Begünstigten erstrebte eigene Vorteil im weitesten Sinne zu nehmen sei. Man darf aber nicht ohne zwingenden Grund annehmen, daß das Gesetz daselbe Wort in demselben Satz bald in einem engeren, bald in einem weiteren Sinne gebrauche. Als Grund wird von Binding Lehrb. II 667, Hälschner II 865, Merkel S. 5. IV 423 und Olshausen N. 30 angegeben, daß die sachliche Begünstigung ihrer Natur nach nicht nur bei allen Delikten ausgeschlossen sei, die, wie z. B. der Mord, einer Verstärkung oder Befestigung nicht fähig, sondern namentlich auch bei solchen, bei denen die Sicherung der Vorteile des Delikts ohne Teilnahme nicht denkbar sei, wie insbesondere bei den Delikten gegen die Ehre, Freiheit, Gesundheit, Sittlichkeit. Somit blieben nur diejenigen Delikte übrig, durch welche eine widerrechtliche Vermögenslage geschaffen werde, weil nur bei ihnen eine Vereitelung ihrer vermögensrechtlichen Folgen vorkommen könne, ohne daß die betreffende Tätigkeit als eine Teilnahme an dem Delikt, auf das die Begünstigung sich bezieht, oder als eine Reproduktion dieses Delikts oder als ein an seine Wirkung sich nur anschließendes anderweitiges Delikt erschiene. Dieser Grund ist aber nicht zutreffend. Denn abgesehen von seiner logischen Verfehltheit — er enthält einen *circulus in concludendo!* — kann nicht bloß bei den Vermögens-, sondern bei allen Delikten ein Vorteil bezweckt und erzielt werden, meist sogar ein vermögensrechtlicher, z. B. bei der Ermordung des näheren Erbberechtigten durch den entfernteren, des Erblassers durch den Erben oder Vermächtnisnehmer (BGB. §§ 2339 ff.). Ob eine Verstärkung oder Befestigung dieses Vorteils ein Akt der Teilnahme oder der Begünstigung ist, kann allerdings bei den Nichtvermögensdelikten niemals allgemein, sondern nur für den konkreten Einzelfall beantwortet werden. Gegen die Beschränkung auf die Vermögensdelikte sind auch Frank und Meyer-Altfeld a. a. D.

d) Der Dolus ist der Wille, dem Täter die durch das Verbrechen durch das Verbrechen erlangten Vorteile zu sichern, verbunden mit der Kenntnis, daß sie durch ein Verbrechen oder Vergehen erlangt sind. Eventualdolus genügt nicht, wie schon oben vermerkt wurde.

10. Wenn der Begünstigte nicht nur den Vortäter der Bestrafung entziehen oder ihm die Vorteile des Verdelikts sichern, sondern zugleich eigenen Vorteil durch die Beistandsleistung haben will, wird er wegen dieser qualifizierten Begünstigung härter bestraft. Wie überwiegend zugestanden wird, ist auch hier der Vorteil nicht in dem engeren Sinne von Vermögensvorteil zu verstehen, wobei allerdings die Frage, ob ein anderes persönliches Interesse genügt, tatsächlicher Natur ist: Geher II 153, Hälschner II 881, v. Liszt 601, Meyer-Altfeld 563, Olshausen N. 39 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 21, Rüdorff-Stenglein N. 14, Schütze 164, 460, v. Schwarze N. 20 und RG. 1./4. 81 E. 4 48, 13./6. 11 E. 45 65; a. M. Binding Lehrb. I 383, II 661, Frank N. VII (eine meßbare Aufbesserung der Verhältnisse, kein bloß vorübergehender Genuß), Merkel S. 5. III 742. Seine Erreichung ist das Motiv zum Handeln, der Gedanke an ihn darf sich nicht erst nachträglich eingestellt haben, sondern er muß schon bei der Beistandsleistung gewollt sein: RG. 13./6. 11 E. 45 65 (zunächst für § 259). Er braucht kein rechtswidriger zu sein: Meyer-Altfeld 563, Olshausen N. 39 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 14. Er kann ein indirekter sein und kann in der Zukunft liegen: Olshausen N. 38 Abj. 1. Auch noch andere Rücksichten können bestimmend eingewirkt haben: RG. 12./4. 81 E. 4 83. Endlich ist nicht erforderlich, daß der Vorteil wirklich erreicht wurde: Frank N. VII, Olshausen N. 38 Abj. 3. Stets aber ist erforderlich, daß der Beweggrund, die eigentliche *causa movens* der eigene Vorteil gewesen ist und ohne die Rücksicht auf diesen der Beistand nicht geleistet worden wäre: Olshausen N. 38 Abj. 1 und RG. 10./7. 95 E. 27 342. Und ebenso, daß der Vorteil nicht schon durch das Verbrechen an sich verschafft, sondern durch die Beistandsleistung erstrebt wird, also mit dieser in Zusammenhang steht: Olshausen a. a. D. und Rüdorff-Stenglein N. 14; a. M. Oppenhoff-Delius N. 21. Diesen seinen eigenen Vorteil muß der Begünstigte bestimmt gewollt haben, Eventualdolus ist ausgeschlossen: Frank N. V 3, Olshausen N. 38 Abj. 1.

Der strafserhöhende Umstand kann sowohl bei der persönlichen als auch bei der sachlichen Begünstigung vorliegen: RG. 18./1. 81 E. 3 255, 10./5. 81 E. 4 158. Nicht aber bei jedem Verbrechen oder Vergehen, indem die bei bestimmten Vermögensdelikten geleistete qualifizierte Begünstigung sich nach § 258 in das Verbrechen oder Vergehen der Hehlerei unwandelt.

11. Abj. 2 bestimmt, daß die von einem Angehörigen (§ 52 Abj. 2) gewährte Begünstigung straflos ist, wenn sie nur gewährt wird, um den Begünstigten der Bestrafung zu entziehen.

a) Dieser persönliche Strafausschließungsgrund greift nicht bei der sachlichen, sondern nur bei der persönlichen Begünstigung Platz, umfaßt aber bei dieser jede, also nicht bloß die einfache, sondern auch die qualifizierte Begünstigung: Binding Lehrb. II 662, Frank N. IX, v. Liszt 601, Meyer-Altfeld 564, Olshausen N. 42 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 16 und RG. 21./12. 81 E. 5 277; a. M. Hälschner II 883.

b) Die Begünstigung ist straflos in jeder Form, als Täterschaft und als Teilnahme an der einem Angehörigen des Täters von einem Dritten gewährten Begünstigung: Binding

Lehrb. II 662, Frank N. IX, v. Liszt 601, Dshaujen N. 41 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 26 und RG. 29./4. 86 C. 14 102; a. M. bezüglich der Anstiftung Finger I 337.

e) Die Bestimmung ist wegen ihres Ausnahmeharakters § 37 zu interpretieren. Die Begünstigung ist also strafbar, wenn sie sich auch auf Nichtangehörige erstreckt, wofür nicht die Erstreckung die unvermeidliche, nicht gewollte Folge der dem Angehörigen gewährten Begünstigung ist: Hälshner II 884, Dshaujen N. 43 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 16, v. Schwarze N. 28. Ebenso ist sie strafbar, wenn dem Angehörigen zugleich die Vorteile des Vordelikts gesichert werden sollen: Binding und Hälshner a. a. D., Meyer-Allfeld 563, Dshaujen N. 43 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 25, Schütze 164 N. 13; a. M. Merkel S. S. III 741 N. 14. Die Straflosigkeit tritt aber wieder ein, wenn die dem Dritten gewährte persönliche, die dem Angehörigen gewährte sachliche Begünstigung das notwendige Mittel ist, den Angehörigen der Strafe zu entziehen: Binding Lehrb. II 663, Hälshner II 884, Meyer-Allfeld 563, Oppenhoff-Delius N. 25 (wegen des zweiten Falls), v. Schwarze N. 28; a. M. Dshaujen N. 43 Abj. 3, wegen des ersten Falls auch Oppenhoff-Delius N. 26. Im zweiten Fall will Binding a. a. D. nur bezüglich der persönlichen Begünstigung Straflosigkeit annehmen.

12. Ist die Begünstigung vor Begehung der Tat zugesagt worden, so ist sie nach Abj. 3 als Beihilfe, also gemäß § 49 zu bestrafen, gleichviel, ob es sich um eine persönliche oder sachliche, einfache oder qualifizierte, von einem Angehörigen oder einem Fremden versprochene Begünstigung handelt. Die Bestimmung ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, als ob schon die bloße Zusage stets genüge, vielmehr ist, wenn das Versprechen nicht eingekalkuliert wird, zu prüfen, ob sie für die Tat förderlich war: Frank N. VIII 2; a. M. Hälshner II 884 und v. Schwarze N. 30.

Zusage ist Versprechen, Antragen, Anerbieten, Stellen in sichere Aussicht, ohne daß es wie im Zivilrecht einer Annahme seitens des Begünstigten bedarf, da die Begünstigung weder Annahme noch Wissen des Begünstigten erfordert und auch die Beihilfe dieses Erfordernis nicht stellt: Binding Lehrb. II 659 N. 3 und v. Liszt 606; a. M. Hälshner II 884 und Dshaujen N. 46 Abj. 2.

Vor Begehung der Tat bedeutet vor Beendigung derjenigen Tätigkeit, in bezug auf welche der Beistand geleistet werden soll, ein Zeitpunkt, welcher verschieden ist, je nachdem der Begünstigte Täter — Allein- oder Mittäter —, Anstifter, Gehilfe ist: Geyer S. S. IV 172 N. 1, Dshaujen N. 45, Oppenhoff-Delius N. 27.

a) Das Gesetz faßt die vor der Begehung des Vordelikts erfolgende Zusage der Beistandsleistung mit Zug als eine auf den Entschluß zur Tat einwirkende intellektuelle Beihilfe auf. Wird nun nach der Begehung der Beistand wirklich geleistet, so konkurrieren Beihilfe und Begünstigung ideell oder reell. Durch Abj. 3 wird dies aber gehindert, die Konkurrenz ausgeschlossen und lediglich Beistand wegen Beihilfe angeordnet, dagegen die Strafe wegen der nachfolgenden effektiven Begünstigung durch die der Beihilfe konsumiert: Frank N. IV 2, Geyer S. S. II 423, IV 172, Hälshner II 884, v. Liszt 601, Merkel 155, Meyer-Allfeld 563, Dshaujen N. 46 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 18, Schütze 162.

b) Wie die Vorbestrafung wegen Teilnahme genügt auch die wegen vorher zugeagter Begünstigung zur Begründung der Rückfallsstrafe: Binding Lehrb. II 663 N. 4, Meyer-Allfeld 563, Dshaujen N. 47a; RG. 8 317.

c) Ist das Vordelikt nur auf Antrag verfolgbar, so ist es auch die vorher zugeagte Begünstigung. Dies erkennen auch diejenigen an, welche wie Binding und Dshaujen bezüglich der Notwendigkeit eines Antrages zur Verfolgung der Begünstigung einen besonderen Standpunkt einnehmen: Binding Lehrb. II 648 N. 6 I, Dochow S. S. IV 276 N. 3, Frank N. IV 2, VIII Abj. 3, Dshaujen N. 47b.

d) Die Verjährung der vorher zugeagten Begünstigung richtet sich nach der des Vordelikts: Dshaujen N. 47d.

e) Die Bestimmung des § 50 findet gleichfalls Anwendung.

f) Die vorherige Zusage kann inhaltlich überhaupt Teilnahme, also sowohl Anstiftung als auch Beihilfe sein. Das Gesetz faßt sie aber nur als Beihilfe auf, sie soll nicht „gleich der Beihilfe“, sondern „als Beihilfe“ bestraft werden. Auch wenn sie zugleich eine Anstiftung enthält, kann die Beistand wegen Beihilfe angeordnet, dagegen die Strafe wegen der nachfolgenden effektiven Begünstigung durch die der Beihilfe konsumiert: Frank N. IV 2, Geyer S. S. II 423, IV 172, Hälshner II 884, v. Liszt 601, Merkel 155, Meyer-Allfeld 563, Dshaujen N. 46 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 18, Schütze 162. Hiermit stimmen überein Birkmeyer Einzhft. 1196, Oppenhoff-Delius N. 29; a. M. jedoch, daß dann Idealkonkurrenz stattfinde und die Bestrafung aus § 48 zu erfolgen habe, die überwiegende Theorie und Praxis: Binding Lehrb. II 660, Hälshner II 885, v. Liszt 601, Meyer-Allfeld 563 N. 25, Dshaujen N. 47c, Rüdorff-Stenglein N. 18, Schütze a. a. D., v. Schwarze N. 28 und RG. 10./1. 87 C. 15 295, 3./11. 87 C. 16 374.

13. Die Frage, ob die Begünstigung ein Antragsdelikt sei, wird verschieden beantwortet.

Nach Binding Lehrb. II 648 N. 6 I ist, da das Gesetz nicht ausdrücklich den Antrag verlangt, die Begünstigung niemals Antragsdelikt.

Nach der allgemeinen, sich auf die §§ 63, 247 Abj. 3 stützenden Ansicht ist die Begünstigung dann ein Antragsdelikt, wenn auch das Vordelikt ein solches ist: Frank N. III Abj. 1, v. Liszt 601, Merkel 155, Meyer-Alsfeld 248, Oppenhoff-Delius N. 20, Rüdorff-Stenglein N. 3.

Von den mehreren Mittelmeinungen ist besonders die von Lshausen N. 49—51 zu nennen. Lshausen geht davon aus, daß nach der Methode des StGB. bei jeder strafbaren Handlung, die nur auf Antrag verfolgbar ist, solches an der betreffenden Stelle ausdrücklich hervorgehoben werde. Da dies bei § 257 nicht geschehen sei, unter der Begünstigung der §§ 63, 247 Abj. 3 aber nur die vorher zugesagte Begünstigung des § 257 Abj. 3 verstanden werden dürfe, so sei diese letztere ein wahres Antragsdelikt. Im übrigen müsse man zwischen der persönlichen und sachlichen Begünstigung unterscheiden. Die persönliche sei nicht strafbar, wenn nicht ein staatlicher Strafanspruch zur Entstehung komme. Deshalb könne die auf ein Antragsdelikt bezügliche persönliche Begünstigung nicht verfolgt werden, wenn die Antragsfrist verjährt oder der gestellte Antrag zurückgenommen worden. Die sachliche Begünstigung dagegen sei ein strafbares Delikt nicht voraus; deshalb könne eine auf ein Antragsdelikt bezügliche Begünstigung dieser Art auch dann verfolgt werden, wenn ein Strafantrag wegen der Haupttat überhaupt nicht gestellt worden sei.

Von diesen drei Ansichten ist die zweite die richtige; ist das Vordelikt Antragsdelikt, so kann auch die Begünstigung nur auf Antrag verfolgt werden. Selbst wenn dies nicht aus dem Umstande gefolgert werden dürfte, daß die Begünstigung gerade so wie die Beihilfe ein Vordelikt voraussetzt, ohne welches sie keine rechtliche Existenz hat, so bestimmt doch § 63, daß sich der wegen des Vordelikts gestellte Strafantrag stillschweigend auf die Begünstigung mitbezieht und umgekehrt. Daraus ergibt sich, daß die auf ein Antragsdelikt bezügliche Begünstigung nur dann verfolgt werden kann, wenn wegen jenes ein Strafantrag gestellt ist. Die Beschränkung auf die vorher zugesagte Begünstigung ist durch keinen Buchstaben des Gesetzes zu begründen, ist auch kein rechtliches Bedürfnis und verdient vollauf die Vorwürfe, die Binding Lehrb. II 648 N. 6 der herrschenden Ansicht macht. Binding handelt insofern konsequent, als er die vorher zugesagte Beihilfe für eine aus dem Rahmen der Begünstigung herausgeprengte Beihilfe erklärt, während nach Lshausen derjenige, der „infolge einer solchen Zusage demnächst den Beistand leistet, imübrigen „Begünstigter ist“. Aber es ist schwer vereinbar, wenn Binding in demselben Atemzuge erklärt: „also ist die Begünstigung in volstem Umfang Offizialdelikt. Daran ändert die Tatsache nichts, daß das offizielle Vorgehen wider den Begünstigter öfter durch Stellung eines Antrags wider „den Begünstigten bedingt ist“. Und wenn Lshausen sich auf die Methode des StGB. beruft, zugleich aber für die vorher zugesagte Begünstigung den Begünstigungscharakter festhält, so muß man fragen, wo denn in § 257 der Antragscharakter der vorher zugesagten Begünstigung „ausdrücklich hervorgehoben“ ist?

14. Gemäß der atzejorischen Natur der Begünstigung darf die Strafe der Art oder — richtiger: und — dem Maße nach keine schwerere sein als die auf die Handlung selbst angedrohte. Angedroht ist nicht gleich verwirkt; somit darf im Einzelfalle der Begünstigter härter bestraft werden als der Begünstigte: Binding Lehrb. II 661, Lshausen N. 55 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 15, Schütze 164 N. 12. Ist das Vordelikt mit Festungshaft oder Geldstrafe bedroht, so kann die Begünstigung, auch die qualifizierte gerade so, wie wenn sie einfache Begünstigung wäre, nur mit diesen Strafen belegt werden: Binding Lehrb. II 661 N. 1, Frank N. VIII Abj. 1, Weyer II 153 und S. S. IV 177, Hälschner II 883, Merkel S. S. IV 428, Meyer-Alsfeld 564, Lshausen N. 55 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 22.

§ 258.

Wer seines Vorteils wegen sich einer Begünstigung schuldig macht, wird als Hehler bestraft, wenn der Begünstigte

- 1) einen einfachen Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen hat, mit Gefängnis,
- 2) einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen begangen hat, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Diese Strafvorschriften finden auch dann Anwendung, wenn der Hehler ein Angehöriger ist.

1. Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder Teilnehmer wesentlich Beistand leistet, um ihn der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Delikts zu sichern, ist nach § 257 wegen Begünstigung, und, wenn er den Beistand seines Vorteils wegen leistet, wegen qualifizierter Begünstigung zu bestrafen. Durch § 258 wird die qualifizierte Begünstigung, wenn sie bei bestimmten genannten Delikten geleistet wird, als Fehlerei unter besondere Strafe gestellt, nach der sie selbst je nachdem ein Verbrechen oder Vergehen ist. Man nennt diese Fehlerei herkömmlicherweise Personenfehlerei im Gegensatz zu der Sachfehlerei oder Partiererei des § 259.

Es ist klar, daß der Tatbestand der Personenfehlerei sich abgesehen von der Beschränkung auf bestimmte Vordelikte mit dem der qualifizierten Begünstigung deckt. Daher wird von der Mehrzahl der Autoren angenommen, daß die Personenfehlerei nur eine Unterart der qualifizierten Begünstigung sei und auf sie alle Bestimmungen des § 257 Anwendung zu finden hätten, soweit sie nicht eben ausdrücklich ausgenommen oder geändert sind. Konsequenter Weise wäre auch unter der Begünstigung der §§ 63, 247, 289 die Personenfehlerei mit zu verstehen. Dieser Ansicht sind mit größerer oder geringerer Bestimmtheit Berner 578, Binding Lehrb. I 385, Frank N. I 2, Hälschner II 886, v. Liszt 601 („schwere Begünstigung“), Merkel 326 und S. S. III 743, Meyer-Walfeld 563, Wachenfeld H. R. II 306. Man würde ihnen bestimmen müssen, wenn die Worte „als Fehler“ fehlen. Aber gerade, daß sie nicht fehlen, daß das Gesetz diesen Fall der qualifizierten Begünstigung mit einem besonderen Namen belegt, daß es diesen besonderen Namen ebenfalls für das ganz gewiß nicht als eine Unterart der Begünstigung zu fassende Delikt des § 259 verwendet, endlich daß es in den §§ 244, 260–262 Bestimmungen über den Fehler trifft, welche niemals auf den Begünstiger erstreckt werden können, alles dies beweist, daß die Fehlerei des § 258 ein das Mittelglied zwischen den §§ 257 und 259 bildendes, selbständiges Delikt ist, auf welches die Bestimmungen über die Begünstigung, wenn auch in weitem Umfang, doch nur insoweit Anwendung finden, als sie durch den Begriff der qualifizierten Begünstigung an sich gegeben sind, dagegen die übrigen Vorschriften des § 257 — Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 — keine Anwendung erleiden. Hiermit stimmen überein Birkmeyer Enzykl. 1196 und Olshausen N. 2, wogegen Schütze 460 zwar ebenfalls ein besonderes Delikt annimmt, aber 461 N. 12 unter dem Begünstiger der §§ 63, 247, 289 auch den Fehler versteht, und Rüdorff-Stenglein sich in der Interpretation des § 258 zur ersten Ansicht bekennt, aber §§ 63 N. 4, 247 N. 10 behauptet, daß Begünstiger nicht gleich Fehler sei.

2. Die Ausführungen N. 1–10 zu § 257 treffen auch hier zu. Nur folgende Besonderheiten kommen in Betracht:

a) Es genügt nicht, daß überhaupt ein Verbrechen oder Vergehen verübt ist, sondern das Vordelikt muß ein einfacher (§ 242) oder ein schwerer Diebstahl (§ 243) oder eine Unterschlagung (§ 246) oder ein Raub (§ 249–251) oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen sein (§§ 252, 255). Jede ausdehnende Auslegung, z. B. auf Aneignung von Fallwild (§ 292), ist ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 384, Olshausen N. 1 Abs. 2 und RG. 21./12. 81 C. 5 277. Auch hier braucht das Vordelikt nicht vollendet zu sein: RG. 28./2. 98 C. 31 40.

Der Paragraph bedroht zwei selbständige Delikte. Die in jeder der beiden Nummern genannten Vordelikte sind gleichwertige Gestaltungsarten, lassen also alternative Feststellung zu.

b) Aus der Selbständigkeit des Delikts ergibt sich, daß die in Abs. 1 Satz 2 des § 257 enthaltene Bestimmung über die Bestrafung keine Anwendung findet: v. Liszt 601 und Olshausen N. 5 Abs. 1; a. M. Binding Lehrb. I 384, Frank N. I 5, Hälschner II 886, Merkel 326 und S. S. III 743 N. 2. Die Differenz hat übrigens nur wegen der Unterschlagung Bedeutung, da die angedrohten Strafen die der anderen Vordelikte nicht übersteigen.

c) Durch Abs. 2 ist die Anwendung des Abs. 2 § 257 ausdrücklich ausgeschlossen, sodaß hierüber ein Streit nicht möglich ist.

d) Aus der Selbständigkeit der Fehlerei ergibt sich ferner, daß § 257 Abs. 3 ebenfalls keine Anwendung findet: Olshausen N. 5 Abs. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. Binding Lehrb. I 385, Frank N. I 1, Hälschner II 886, Merkel 326.

e) Weiter folgt aus ihr, daß die Fehlerei kein Antragsdelikt ist: Olshausen N. 6 Abs. 1. Vgl. oben N. 1 Abs. 2 und § 247 N. 6 Abs. 2. Praktische Bedeutung hat die Differenz nur für den Fall, daß der Fehler ein Angehöriger des durch den Diebstahl oder die Unterschlagung Verletzten ist, also im Fall des § 247 Abs. 1. N. M. ist übrigens auch RG. 12./4. 81 C. 4 83.

f) Der Dolus ist derselbe wie bei der Begünstigung (§ 257 N. 8), jedoch mit der Maßgabe, daß der Fehler wissen muß, seine Beistandsleistung beziehe sich speziell auf eines der in N. 1 und 2 genannten Delikte: Binding Lehrb. I 384, Frank N. III, Hälschner II 886, Olshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 15./3. 87 C. 15 364. Ob das Vordelikt nach Wissen des Fehlers ein einfacher Diebstahl oder Unterschlagung, ob es schwerer Diebstahl, Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen, ist wegen der für das Delikt der Fehlerei feststehenden Gleich-

wertigkeit dieser Deliktsgedanken — Nr. a Abs. 2 — gleichgültig, außerdem schließt der Glaube, einen schweren Diebstahl oder einen Raub zu begünstigen, dem Glauben in sich, einen einfachen Diebstahl zu begünstigen: Binding, Hälschner, Olshausen, Rüdorff-Stenglein und RG. a. a. O.

3. Die Möglichkeit des Versuchs im Fall der Nr. 2 ist mehrfach gelehrt worden, jedoch ohne rechtlichen Grund, da mit einer zur Förderung des Vortäters geeigneten Handlung begonnen werden kann, ohne daß der staatliche Strafanspruch vereitelt oder der rechtswidrige Vorteil gesichert wird: Olshausen Nr. 4, Oppenhoff-Delius Nr. 8, Schütze 462; vgl. § 257 Nr. 2k. A. M., weil jede in Begünstigungsabsicht vorgenommene Tätigkeit schon vollendete Hehlerei sei, Binding Lehrb. I 384, Geyer H. S. II 425, IV 176 und Rüdorff-Stenglein Nr. 8.

§ 259.

Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Abgabe bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängnis bestraft.

1. Durch § 259 wird die sog. Sachenhehlerei oder Partiererei von der sachlichen Begünstigung des § 257 und der Personenhehlerei des § 258 als selbständiges Delikt unterschieden. Gleich jenen beiden besteht sie in einer Tätigkeit, durch welche die rechtswidrige Vermögenslage, welche durch das von einem Anderen früher begangene Delikt bewirkt worden ist, aufrechterhalten oder verstärkt werden soll. Ebenso ist ihr mit jenen Delikten das Erfordernis des Handelns um des eigenen Vorteils willen gemeinsam. Endlich nennt das Gesetz zwar bestimmte Handlungen als allein geeignet, den Tatbestand der Partiererei zu erfüllen, aber mittels derselben Handlungen kann auch eine sachliche Begünstigung und eine Personenhehlerei verübt werden. Somit erhebt sich die Frage, warum nicht § 257 oder 258, sondern § 259 zur Anwendung kommt.

Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Sachhehler die Begünstigungsabsicht hat oder nicht hat. Das Gesetz geht, wie auch Hälschner einräumt, davon aus, daß die Partiererei die Begünstigungsabsicht nicht nur nicht voraussetzt, sondern ausschließt. Hat der Sachhehler sie, so liegt je nach dem Vordelikt die qualifizierte Begünstigung des § 257 oder die Personenhehlerei des § 258 oder — wenn das Vordelikt eine Übertretung — überhaupt kein Delikt vor. Somit ist der Tatbestand der Partiererei nur dann gegeben, wenn die altruistische Absicht und Rücksicht ausgeschlossen, die ganze, volle Sachhehlerei, in dem nichtjuristischen Sprachgebrauch überhaupt nur unter Hehlerei verstanden, in ihrem baren, unverhüllten Schmutz zutage tritt. Folglich ist auch keine Idealkonkurrenz der Partiererei mit den beiden anderen Delikten möglich.

Hiermit stimmt überein Binding Lehrb. I 385 und Normen II 572, 575. Dagegen ist nach Hälschner II 887 ein wesentlicher Unterschied zwischen Begünstigung und Sachenhehlerei überhaupt nicht vorhanden und § 259 nur dadurch von praktischem Wert, daß er in Fällen zur Anwendung kommen kann, in denen, weil das Vordelikt eine Übertretung, § 257 unanwendbar ist. Hälschner stützt diese Ansicht auf die Behauptung, daß Partiererei ohne Begünstigungsabsicht undenkbar sei, eine Behauptung, welche der täglichen Erfahrung ins Gesicht schlägt. Endlich Berner 578, Frank Abjchn. 21 Nr. II 2, v. Liszt 488, Meyer-Alfeld 510, Olshausen Nr. 28a (noch in der 7. Aufl. anderer Ansicht), Oppenhoff-Delius Nr. 1 und RG. 25./9. 97 C. 30 268 halten die Absicht, den Vortäter zu begünstigen, mit der Partiererei vereinbar. Ihr Grund ist, daß § 257 als Vordelikt ein Verbrechen oder Vergehen und die Kenntnis hiervon voraussetze, während § 259 nur überhaupt eine strafbare Handlung und den bösen Glauben an die vittöse Erlangung des Gegenstandes erfordere. Aber der erste Grund vermag, wenn im Falle des § 259 das Vordelikt eben keine Übertretung ist, und beide Delikte können, wie Olshausen selbst einräumt, nur dolos begangen werden, also wissend, daß bei der Begünstigung die Vorteile, bei der Partiererei die Sachen durch ein Delikt erlangt sind. So würde das Ganze schließlich auf den Unterschied hinauslaufen, daß § 257 Vorteile, § 259 Sachen voraussetzt. Wie aber, wenn auch im konkreten Fall der Begünstigung der Vorteil in der Erlangung von Sachen besteht?

2. Objekt des Delikts ist eine Sache, wie beim Diebstahl, also kein Recht oder Forderung, nicht notwendig eine bewegliche, auch nicht notwendig eine sei es für den Vortäter, sei es für den Hehler fremde, z. B. im Fall eines Delikts nach § 289, endlich nicht notwendig eine bereits im Eigentum stehende, z. B. bei der Verletzung fremder Expropriationsrechte: Binding Lehrb. I 387, Frank Nr. II Abs. 1, Hälschner II 889 v. Liszt 486, 487, Merkel H. S. III 745, Meyer-Alfeld 509, Olshausen Nr. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 3, Nr. 19 Abs. 2; RG. 11./12. 88 C. 18 303, 31./1. 90 C. 20 222, 24./4. 90 C. 20 399.

3. Wie die sachliche Begünstigung und die Personenhehlerei hat auch die Sachenhehlerei zur notwendigen Voraussetzung ihrer Strafbarkeit, daß es sich um die Aufrechterhaltung, Befestigung

eines rechtswidrigen Vermögenszustandes handelt. Daher muß die Sache durch ein Delikt erlangt, kann nur die mit dem Fehler des rechtswidrigen Erwerbes behaftete Sache Gegenstand der Fehlerei sein.

a) Die Sache muß durch eine strafbare Handlung erlangt sein, also durch Verbrechen, Vergehen oder Übertretung, nach Reichs- oder Territorialrecht; disziplinarische Strafbarkeit genügt nicht: Binding Lehrb. I 387, Frank N. II 1, Lisshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 5 Abt. 1, 6 Abt. 1. Das Gesetz legt kein Gewicht darauf, mittels welchen Deliktes die Sache erlangt worden, sobald es der Feststellung der konkreten Straftat oder gar der Person des durch sie Verletzten nicht bedarf: Binding a. a. D., Lisshausen N. 7 und RG. 12./10. 80 E. 2 323, 28./2. 84 E. 10 155. Da ein Unzurechnungsfähiger nicht delinquieren kann, so ist, wenn durch sein Tun der objektive Tatbestand eines Deliktes erfüllt wird, an dem dadurch erlangten Gegenstande wohl Diebstahl, Unterschlagung usw. möglich, nicht aber Partiererei. Unzurechnungsfähig ist auch, wer das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, also in bezug auf ihn Partiererei ausgeschlossen: Binding Lehrb. I 386, Frank N. II 1, Geher II 77, v. Liszt 487 N. 3, Meyer-Altfeld 509; RG. 17. 1. 02 E. 35 73; a. M. auch hier — vgl. oben § 55 N. 2 — Lisshausen N. 3c β, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abt. 2 und RG. 6./6. 82 E. 6 336, 17./12. 88 E. 18 298. Ist der Vortäter aber zurechnungsfähig, so ist die Partiererei auch dann möglich, wenn trotz des Vorliegens des subjektiven und objektiven Tatbestandes die Strafbarkeit ausgeschlossen oder aufgehoben, ein staatlicher Strafanspruch nicht erwachsen oder wieder erloschen ist. Also wenn das Delikt im Auslande verübt und das Inland nach §§ 3, 4 zur Verfolgung nicht befugt ist: Binding Lehrb. I 387, Frank N. II 1, Meyer-Altfeld 509, Lisshausen N. 3c α, Oppenhoff-Delius N. 25; RG. 17./12. 88 E. 18 298. Oder wenn der zur Verfolgung des Vordeliktes erforderliche Strafantrag fehlt: Binding, Frank, Meyer-Altfeld und Oppenhoff-Delius a. a. D., v. Liszt 487, Lisshausen N. 3c γ, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abt. 1. Oder wenn der Vortäter auf Grund §§ 247 Abt. 2, 289 Abt. 5 persönlich straflos ist: Binding, v. Liszt, Meyer-Altfeld und Oppenhoff-Delius a. a. D., Geher II 77, Lisshausen N. 3c δ, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abt. 2; RG. 12./4. 81 E. 4 83. Oder wenn das Vordelikt verjährt ist: Frank und Meyer-Altfeld a. a. D., Merkel, S. S. IV 430, Lisshausen N. 3c ε; a. M. Binding und v. Liszt a. a. D. Oder wenn Abolition oder Begnadigung eingetreten oder der Vortäter gestorben ist.

b) Nur eine mit dem Fehler des rechtswidrigen Erwerbes behaftete Sache kann Gegenstand der Partiererei sein, denn nur durch die Befassung mit einer solchen ist die Aufrechthaltung, die Befestigung des rechtswidrigen Vermögenszustandes im Sinne des Gesetzes möglich. Dieser vitiofien Eigenschaft der Sache und ihrer Fortdauer steht nicht entgegen, daß die Sache, was durch ihren strafrechtswidrigen Erwerb nicht ausgeschlossen wird, bestehenden zivilrechtlichen Bestimmungen zufolge formell in das Eigentum des Vortäters übergegangen ist; z. B. die Besitzergreifung der mittels Betruges oder Erpressung erlangten Sache kann formell fehlerlos sein: RG. 27./9. 81 E. 4 440, 13./10. 81 E. 5 58, 17./4. 82 E. 6 218. Wohl aber mangelt die Vitiofienität der Provenienz, wenn der Vortäter durch die obgleich an sich strafbare Handlung unanfechtbares, rechtmäßiges Eigentum erworben hat. So bei rechtmäßiger Ausübung der Jagd während der Schonzeit oder unter Übertretung sonstiger jagdpolizeilicher Vorschriften. Ebenso erlangt der Bettler, dessen Delikt mit dem Betteln vollendet ist, ohne daß die Dareichung und Annahme der Gabe eine Rechtswidrigkeit begründet, rechtmäßiges Eigentum an der Gabe und dadurch die volle Dispositionsbefugnis über sie. Dasselbe gilt von der Lohnhure bezüglich des Hurenlohnes (I. 4 § 3 D. XII 5: „illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix“). Vgl. Binding Lehrb. I 388, Frank N. II 3, Geher II 77, Hälschner II 889, v. Liszt 487, Merkel 327 und S. S. IV 429, Meyer-Altfeld 509, Lisshausen N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 6, Wachenfeld S. S. II 307; RG. 17./4. 82 E. 6 218 (Betteln), 9./10. 82 E. 7 91 (jagdpolizeiliche Vorschriften), 11./12. 84 E. 11 342 (Hurenlohn), 22./1. 00 E. 33 120, 11./7. 04 E. 37 230. Die Vitiofienität wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Sache, bevor sie in den Besitz des Partierers kam, sich in der Hand eines gutgläubigen Besitzers befand: Binding Lehrb. I 386, Frank N. II 2, Geher II 78, Hälschner II 890, Merkel S. S. IV 430, Lisshausen N. 18 Abt. 2, Rüdorff-Stenglein N. 16 und RG. 13./10. 81 E. 5 58, 17./4. 82 E. 6 218, 12./1. 11 E. 44 249. Die irrürümliche Annahme des Gegenteils ist ein strafrechtlicher Irrtum, somit nicht zu beachten: Binding Lehrb. I 386, Lisshausen N. 25 und RG. 13./10. 81 E. 5 58. Dagegen ist die Möglichkeit der Partiererei ausgeschlossen, sobald der gutgläubige Besitzer die Sache ersehen hat, oder sobald der rechtswidrige Vermögenszustand ausgeglichen ist, sei es dadurch, daß die Sache in den Besitz des Berechtigten zurückgelangt, sei es dadurch, daß dieser, etwa gegen Entschädigung, in die durch das Delikt geschaffene Vermögenslage einwilligt: Binding, Hälschner, Merkel und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Frank N. II 3, Lisshausen N. 18 Abt. 1.

c) Die Sache muß „mittels“ einer strafbaren Handlung erlangt sein. Hierbei tritt das Verdelikt nach seiner Qualifikation in den Hintergrund. Die rechtswidrige Besitzergreifung bedingt:

keineswegs, daß die strafbare Handlung sich gegen das Eigentum oder den Besitz richtet, oder daß die Besitzerlangung wie bei dem Diebstahl zu dem Tatbestande des Delikts selbst gehöre, ein Merkmal desjelben erfüllt. Die Beeinträchtigung des fremden Vermögensrechtes kann auch mittels anderer strafbarer Handlungen, z. B. mittels Fälschung, Meineids usw., bewirkt werden, ja es läßt sich nicht einmal behaupten, daß das Vordelikt stets gegen das Vermögen gerichtet sein müsse. Nur das ist erforderlich, daß zwischen dem Vordelikt und der Erlangung der vitiosen Sache ein Kaufal-zusammenhang besteht: Frank N. II 3, Olshausen N. 5 Abj. 1; RG. 27./9. 81 C. 4 440, 17./4. 82 C. 6 218, 11./12. 84 C. 11 342, 11./7. 04 C. 37 230. Eine Sache, die durch die strafbare Handlung hervorgebracht worden, ist nicht mittels ihrer erlangt, z. B. die gefälschte Urkunde oder Geldmünze: Binding Lehrb. I 387, Frank N. II 4, Hälschner II 889, v. Liszt 487, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abj. 2; a. M. Schütze 303 N. 15, 461. Die notwendige Identität der gehehlten mit der erlangten Sache liegt nicht vor, wenn an die Stelle der letzteren durch ein Kauf- oder Tauschgeschäft eine andere Sache getreten ist, z. B. für die gestohlene Sache das aus ihrem Verkauf erhaltene Geld, für das gestohlene Geld die gekaufte Sache oder das durch Umwechselln eingetauschte Geld in Frage steht: Binding Lehrb. I 388, Frank N. II 3, Hälschner II 890, v. Liszt 487, Merkel H. S. III 745, Meyer-Alfeld 509, Olshausen N. 5 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 9; RG. 15./11. 80 C. 2 443, 17./4. 82 C. 6 218, 29./6. 83 C. 8 433, 11./4. 92 C. 23 53, 5./6. 94 C. 25 402, 17./12. 94 C. 26 317, 10./11. 96 C. 29 155, 30./10. 06 C. 39 236. Weil die Identität fehlt, ist die Partiererei ausgeschlossen, wenn — BGB. § 950 — die Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine neue umgewandelt ist, wofem nicht der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes: Binding Lehrb. I 387, Frank N. II 3, Olshausen N. 4. Dieser Ausschluß der Partiererei ergibt sich übrigens auch schon nach den obigen Ausführungen über den Erwerb unantastbaren Eigentums. Aber die Veränderungen im Eigentum durch Verbindung und Vermischung vgl. BGB. §§ 947, 948. Entsteht Miteigentum, so hört die Sache nicht auf, mittels einer strafbaren Handlung erlangt zu sein. — Der Erwerb des Pfandscheines über eine verpfändete, gestohlene Sache erfüllt den Tatbestand der Partiererei erst, wenn die Erlangung des Besitzes der Sache durch Einlösung hinzutritt: RG. 31./3. 02 C. 23 27.

d) Aus dem Erfordernis der Vitiosität ergibt sich, daß das Erlangen der Sache der partiererischen Tätigkeit zeitlich vorangegangen sein, das Vordelikt der Sache den ihr anhaftenden Makel bereits aufgeprägt haben, also vollendet sein muß, widrigenfalls die Handlung des Dritten nicht Hehlerei, sondern Teilnahme an jenem Delikte ist: Binding Lehrb. I 388, Hälschner II 890, v. Liszt 487, Olshausen N. 6 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 8 Abj. 1, Schütze 462 N. 15; RG. 28./5. 80 C. 2 69, 13./1. 88 C. 17 59, 20./6. 90 C. 21 16. Bei einem fortgesetzten, noch nicht abgeschlossenen Delikt kann bereits an den durch die einzelnen Akte der fortgesetzten Handlung erlangten Teilquantitäten Partiererei begangen werden: RG. 22./6. 97 C. 30 163.

4. Während bei der Begünstigung und der Verheimlicherei jede fördernde Handlung genügt, verlangt das Geheh zur Erfüllung des Tatbestandes der Sachhehlerei bestimmte Handlungen, nämlich ein Verheimlichen oder ein Anbringen oder ein Mitwirken zum Absatz bei Anderen. Handlungen, welche nicht unter eine dieser drei Sammelbegriffe fallen, genügen nicht.

Man streitet darüber, ob es sich hierbei um spezifisch verschiedene Tatbestände oder um gleichwertige Modalitäten handelt. Allgemein — vgl. Olshausen N. 8 Abj. 2 und N. 26 — wird das erstere angenommen, allerdings mit Unrecht, aber der ganze Streit ist für das materielle Recht ohne Interesse. Denn die Partiererei wird durch jede der genannten, auf denselben Gegenstand sich beziehenden Handlungen dergestalt abgeschlossen und vollendet, daß durch die Vornahme einer anderen Handlung das Delikt nicht noch einmal verübt werden kann, also, wenn z. B. gestohlene Sachen im Auslande angekauft sind, das Delikt im Auslande vollendet ist und der Käufer nicht durch Mitwirkung zur Weiterveräußerung im Inlande eine zweite Partiererei begeht: Genet II 78, v. Liszt 489, Olshausen N. 26, Oppenhoff-Delius N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 18 Abj. 2; RG. 15./3. 80 C. 1 279, 22./10. 07 C. 40 326, 13./6. 11 C. 45 65.

a) Inner Verheimlichen ist jede Tätigkeit zu verstehen, welche darauf gerichtet ist, dem Berechtigten die Auffindung der Sache zu erschweren oder unmöglich zu machen. Es kann dadurch geschehen, daß der Partierer die Sache in seinen Gewahrsam bringt, aber ein körperliches Befassen ist nicht nötig, der Tatbestand kann schon durch irreführende Worte, Täuschungen, unter Umständen durch bloßes Ableugnen des Aufenthaltsortes der Sache gegeben sein: Frank N. IV 1, Hälschner II 890, Olshausen N. 9 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 14; a. M. Merkel H. S. III 746, IV 431. Ein rein passives Verhalten genügt, da die Partiererei ein Begehungsdelikt ist, nicht.

b) Anbringen ist das Erwerben eigener Verfügungsworte durch Rechtsgeschäft mit dem bisherigen Verfügungsberechtigten. Daß dieser Verfügungsberechtigte dieselbe Person sei, welche die Sache durch die strafbare Handlung erlangt hat, ist nicht erforderlich; an ein und derselben Sache können von verschiedenen Personen sukzessive mehrere Hehlereien begangen werden, auch von dem Vortäter selbst, wenn dieser später die Sache wieder an sich bringt: Binding Lehrb. I

391, Hälschner II 891, Merkel 327, Olshausen N. 11; RG. 13./10. 81 C. 5 58 (Erwerb von einem gutgläubigen Zwischenbesitzer). Erlangt wird die Verfügungsgewalt regelmäßig durch die Besitz-erlangung, aber diese ist nicht in jedem Fall erforderlich, da z. B. durch Auslassung und Eintragung im Grundbuch, durch Empfangnahme eines indosjierten Konossements, Lade- oder Lagercheins eine Verfügung über den Gegenstand ermöglicht wird, auch ohne daß dieser körperlich übergeben wird: Binding Lehrb. I 390, Olshausen N. 10b, Oppenhoff-Delius N. 16. Auch hiervon abgesehen ist ein persönliches Zugreifen nicht notwendig, indem jedes Tun genügt, durch welches die Unterwerfung unter die Verfügungsgewalt zum Ausdruck gebracht wird, bestehe es auch nur in konkludenten Handlungen, welche der Tätigkeit Anderer hinzutreten, z. B. Verfüßtermaßen gestohlenen Heues an die eigenen Stühe: RG. 18./1. 87. Da derjenige, welcher durch eine strafbare Handlung eine Sache erlangt hat, in rechtsbegründender Weise überhaupt nicht über die Sache verfügen kann, so ist es gleichgültig, ob das dem Ansjichbringen zugrunde liegende Rechtsgeschäft nach zivilrechtlichen Regeln in die gesetzliche Form gekleidet wird, ob der Vertrag unter eine bestimmte zivilrechtliche Kategorie fällt oder nur ein Vertrag im allgemeinsten Sinne, eine beiderseitige Willensübereinstimmung, ob er zivilrechtlich gültig und rechtswirksam ist, wofür nur überhaupt der Geber und der Nehmer den Willen haben, letzterer solle bejagt sein, über die Sache wie über seine eigene oder doch für eigene Zwecke zu verfügen; ein Entleihen oder Inverwahrungnehmen ist somit kein Ansjichbringen: RG. 20./5. 81 C. 4 108, 11./12. 88 C. 18 303, 24./1. 90 C. 20 209, 12./6. 02 C. 35 278. Das Ansjichbringen setzt also ein auf die Übertragung gerichtetes Rechtsgeschäft voraus, es bezeichnet eine derivative Erwerbsart, den Übergang der Sache aus der Verfügungsgewalt eines Anderen in die des Partierers durch Vertrag: Binding Lehrb. I 390, Frank N. IV 2, Hälschner II 891, v. Liszt 488, Merkel S. 5. III 746, Meyer-Alsfeld 509 („vor allem, aber nicht ausschließlich, durch Rechtsgeschäft“), Olshausen N. 10a, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 13; RG. 15./3. 80 C. 1 279, 25./9. 80 C. 2 401, 20./11. 83 C. 9 199, 13./1. 88 C. 17 59, 12./6. 02 C. 35 278. Hat jemand sich der seitens eines Dritten durch eine strafbare Handlung erlangten Sache ohne oder gegen den Willen des Dritten bemächtigt und sie auf diese Weise seiner Verfügungsgewalt unterworfen, so liegt hierin nicht die Fortsetzung der durch jenes Delikt geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage, nicht eine Hehlerei, sondern eventuell ein neues selbständiges Delikt, wie Diebstahl, Unterschlagung usw.: RG. 8./12. 87, 12./6. 02 C. 35 278.

Ankaufen und Zumpfandnehmen sind nur Arten des Ansjichbringens, dessen Erfordernisse somit bei ihnen zutreffen müssen: RG. 13./10. 81 C. 5 58. Unter Ankaufen ist nicht schon der Abschluß eines Kaufvertrages, durch welchen nur ein persönlicher Anspruch gegen den Verkäufer begründet wird, sondern erst die Erfüllung dieses Vertrages, die Übergabe und Empfangnahme der gekauften Sache zu verstehen: Binding Lehrb. II 390 N. 2, Frank N. IV 2, Olshausen N. 12 Abf. 2; RG. 20./5. 81 C. 4 187, 29./9. 82 C. 7 85, 13./1. 88 C. 17 59.

Die Entscheidung der Frage, ob in dem Mitgenießen (Mitberzehren, Mitvertrinken) ein Ansjichbringen gefunden werden könne, liegt auf tatsächlichem Gebiet. Regelmäßig ist es nur ein — an sich nicht strafbares — Teilnehmen an den Vorteilen des Delikts, wenn nämlich die Hingabe nur zum Mitgenießen, nicht aber zu einer sonstigen beliebigen Verfügung geschieht: Frank N. IV 2, Geber II 77, v. Liszt 488, Meyer-Alsfeld 509, Olshausen N. 13a, Oppenhoff-Delius N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 17 Abf. 1; RG. 1./4. 81 C. 4 48, 20./11. 83 C. 9 199, 15./1. 07 C. 39 365; a. M. Binding Lehrb. I 388, 390 N. 2 (Mitgenießen sei Zerstören, also Sachbeschädigung) und Hälschner II 891 (es sei notwendig Ansjichbringen). Ebenso verhält es sich bei der Annahme des täglichen Unterhalts. Somit liegt keine Hehlerei vor, wenn die Ehefrau die von dem Ehemann gestohlenen und in die Wohnung gebrachten Nahrungsmittel zur Deckung des häuslichen Bedürfnisses der Familie verwendet, indem sie dadurch weder den Gewahrjam noch die Verfügungsgewalt erhält: RG. 25./9. 80 C. 2 401, 13./12. 06 C. 39 308, 15./1. 07 C. 39 365, oder wenn Hausbedienstete gestohlene Lebensmittel zur Zubereitung und zum Mitberzehren in Empfang nehmen: RG. 9./7. 85.

c) Abjag ist die wirtschaftliche Verwertung der Sache durch ihre Übertragung auf einen Anderen, also die Veräußerung gegen Entgelt; das Verjchenken kann, da reines Verjchenken durchaus unwirtschaftlich, nur dann als Abjag angesehen werden, wenn es als Entgelt für geleistete Dienste oder sonstige Zuwendungen oder in Erwartung eines Gegengewichts oder einer anderen Gegenleistung erfolgt: Frank N. IV 3 („wirtschaftliche Verwertung“), v. Liszt 488 („wirtschaftliche Veräußerung“), Olshausen N. 14a und RG. 15./5. 88 C. 17 392, 6./6. 99 C. 32 214. Die regelmäßige Form des Abjages ist der Umjag: Verkauf, Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt, Umwecheln von Geld; einen solchen stellt aber auch die Verpfändung dar: Frank, v. Liszt und Olshausen a. a. D.; RG. 15./5. 82 C. 17 392. Gegen diese Ansicht, daß Abjag eine Veräußerung unter wirtschaftlicher Ausnutzung des Wertes der Sache bedeute, polemisiert insbesondere Binding Lehrb. I 390, indem nach ihm Abjag die rechtsgeschäftliche Besitzübertragung gegen oder ohne Äquivalent ist.

Am diesem Abjag wirkt der Partierer mit. Als Mitwirkung gilt jede Tätigkeit, durch welche der Abjag ermöglicht oder erleichtert oder dem Veräußerer vorteilhaftere Bedingungen verschafft werden, so daß zwischen einer den Abjag unmittelbar oder mittelbar bezweckenden Tätigkeit nicht unterschieden wird: RG. 9./7. 86, 24./5. 07 E. 40 199. Der Fehler ist hierbei entweder nur Gehilfe neben der Haupttätigkeit des Veräußernden oder er bewirkt selbst den Abjag. Aber auch im letzteren Fall muß das Bewirken des Abjages insofern ein Mitwirken zum Abjag sein, als es im Auftrage oder wenigstens Einverständnis des seitherigen Inhabers erfolgt; das eigenmächtige Absetzen der Sache ist also nicht Partiererei: Frank N. IV 3, Hälschner II 892, Merkel S. 5. III 746 N. 15, Olshausen N. 14b, Oppenhoff-Delius N. 22, Rüdorff-Stenglein N. 17 Abj. 2, Schüze 462 N. 16; RG. 7./10. 93 E. 24 352, 24./5. 07 E. 40 199. Allerdings ergibt sich hieraus die Konsequenz, daß der Absetzer zwar regelmäßig nach § 257 oder 258, aber nicht wegen Partiererei bestraft werden kann, wenn er ohne Einverständnis als vermeintlicher negotiorum gestor handelt.

Streitig ist, ob der Abjag wirklich erzielt worden sein muß, um die Mitwirkung strafbar zu machen. Die Frage wird verneint von Meyer II 78, Hälschner II 892, v. Liszt 488, Merkel S. 5. IV 431, Olshausen N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 15 und RG. 20./12. 81 E. 5 241, 24./5. 07 E. 40 199. Sie wird bejaht von Binding Lehrb. I 391 N. 1, Frank N. IV 3, Meyer-Alsfeld 510, Oppenhoff-Delius N. 21, Schüze 462 N. 16, v. Schwarze N. 18. Für die Verneinung spricht, daß das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht die Bewirkung des Abjages, sondern die Mitwirkung zum Abjage verlangt, und daß eine Mitwirkung ohne Zwang in jeder auf den Abjag hinielenden vollendeten oder versuchten, erfolgreichen oder erfolglosen Tätigkeit gefunden werden kann. Gleichwohl wird man sich für die Bejahung entscheiden müssen. Ist es schon an sich ein eigentümlicher Gedanke, daß die Herbeiführung des Abjages nicht erforderlich sei, obgleich die Mitwirkung in der Ermöglichung, Erleichterung, vorteilhafteren Gestaltung des Abjages besteht, so kann doch nach Franks zutreffender Bemerkung von einer Perpetuierung des rechtswidrig begründeten Zustandes nur unter der Voraussetzung gesprochen werden, daß der Abjag wirklich perfekt geworden ist. Zudem würde nach der verneinenden Ansicht der Veruch, die Sache an einen Anderen zu bringen, strafbar sein, obgleich der Versuch des Ansiehbringens straflos ist. Abgesehen endlich von der Frage, ob zur Mitwirkung auch vorbereitende Handlungen gehören, und von der Schwierigkeit, hier die bloß vorbereitenden von den ausführenden zu trennen, führt die hier bekämpfte Ansicht dazu, daß nach ihr die an sich schon harten Strafen der §§ 260, 261 im Einzelfall zu einer Grausamkeit würden, indem, wer schon zweimal wegen Partiererei bei einer Übertretung bestraft worden, dann, wenn er eine durch eine Übertretung erlangte Sache zum Verkauf anbietet, nunmehr mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft werden könnte. So sprechen verschiedene Gründe für die bejahende Ansicht.

Wenn endlich das Gesetz ein Mitwirken zum Abjag „bei Anderen“ verlangt, so scheiden hiernach aus der Veräußerer selbst und der Fehler, ebenso aber auch derjenige, dem die Sache durch die strafbare Handlung entzogen ist, denn durch die Rückkehr zu diesem wird der der Sache anklebende Makel der rechtswidrigen Erlangung aufgehoben, vgl. oben N. 3b. Somit ist es irrig, wenn RG. 29./11. 97 E. 30 401 auch den letzteren unter den „Anderen“ versteht: Binding Lehrb. I 391 N. 3 („ganz auf falscher Fährte“), Olshausen N. 14d und RG. 5./6. 94 E. 25 403. Darüber, daß der Abjag auch an den ursprünglichen Täter des Vordelikts geschehen kann, herrscht kein Zweifel.

5. Der Fehler muß seines Vorteils wegen handeln. In dieser Beziehung greifen die Ausführungen zu § 257 N. 10 unbestrittener Weise auch hier Platz. Also jeder Vorteil, nicht ausschließlich Vermögensvorteil: v. Liszt 488, Meyer-Alsfeld 510, Wachenfeld H. II 307; und es ist nicht erforderlich, daß der Vorteil wirklich erlangt wird: RG. 6./12. 80 E. 3 167. Ob ein Handeln des eigenen Vorteils willen vorliegt, ist Tatfrage. Es erhellt nicht schon aus der bloßen Tatsache, daß der Fehler die Sache unter dem Wert angekauft: RG. 21./2. 82, und auch nicht daraus, daß sie als Pfand für ein Darlehn gegeben ist: RG. 6./6. 98, 23./11. 06. Auf der anderen Seite kann ein Handeln seines Vorteils wegen auch dann angenommen werden, wenn der Marktpreis gezahlt ist: Frank N. V 3, Olshausen N. 20a, Oppenhoff-Delius § 257 N. 21 und RG. 23./5. 80, 31./1. 81. Der Vorteil braucht nicht an der gehehlten Sache selbst gemacht zu sein, wenn nämlich der Fehler durch den für sie gezahlten vollständigen Preis weitere Lieferungen zu billigen Preisen veranlassen, also den Lieferungskunden festhalten will: Meyer II 78, Olshausen N. 20b, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 6./12. 80 E. 3 167. Da der Vorteil kein vermögensrechtlicher zu sein braucht, so kann er in einem Mitgenießen bestehen, falls dieses als ein Ansiehbringen aufgefaßt werden darf, vgl. oben N. 4b Abj. 3, wogegen in der Annahme des von dem Ehemann angebotenen täglichen Unterhalts seitens der Ehefrau deshalb kein Handeln um des Vorteils willen liegt, weil nur die Erfüllung einer dem Familienhaupt gegen seine Familie obliegenden Verpflichtung stattfindet: Olshausen N. 20c und RG. 15./1. 81.

6. Wie die Begünstigung und die Personenhehlerei erfordert auch die Partiererei Dolus: eine fahrlässige Sachenhehlerei ist zwar denkbar, aber straflos.

Der Fehler muß wissen, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt ist. Dieses Wissen genügt, und nicht erforderlich ist die Kenntnis, welches spezielle Delikt begangen wurde, die Kenntnis der einzelnen Umstände, der Person des Täters: Lisshausen N. 23 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 461; RG. 31./1. 80 E. 1 180, 17./4. 82 E. 6 218. Die Kenntnis muß zu derselben Zeit vorhanden sein, in welcher die hehlerische Handlung begangen wird. Wenn also der gutgläubige Besitzer nachträglich die Vitiösität der Sache erfährt, so macht ihn diese mala fides superveniens — ein zudem strafrechtlich verwerflicher Begriff — nicht zum Fehler, wofern er lediglich den Besitz der Sache fortsetzt, sondern zum Fehler wird er erst dadurch, daß er jetzt eine partiererische Handlung begeht: Binding Lehrb. I 393, Frank N. V 1, Hälschner II 894, Lisshausen N. 24 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 12 und RG. 22./1. 00 E. 33 120 (Verheimlichen); a. N. v. Liszt 489, Merkel S. H. III 747 N. 20, Oppenhoff-Delius N. 12, Schütze 462 N. 15. Beim Anfsichbringen und bloßen Fortbesitzen schadet also der nachträgliche schlechte Glaube nicht.

Das Gesetz stellt aber dem Wissen gleich, wenn der Fehler „den Umständen nach annehmen muß“, daß die Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt sei. Wenn also Umstände vorliegen, aus welchen mit Notwendigkeit gefolgert wird, daß die Sache, um die es sich handelt, durch ein Delikt erlangt ist, so darf der Richter verurteilen, sobald nur feststeht, daß der Fehler die Umstände gekannt hat. Die Schlussfolgerung steht dem Wissen gleich. Die Schlussfolgerung ist aber kein Willensakt, sondern eine logische Operation, ihr ganzliches Unterlassen oder ihr Mäflingen nicht ein Willens-, sondern ein rationeller Fehler. Somit darf nicht verurteilt werden, wenn der Angeklagte die Schlussfolgerung nicht gemacht hat, entweder weil er keine Veranlassung fand oder nach seiner individuellen Verfassung und Begabung nicht fähig war, sie zu machen. Trotz seiner Kenntnis der Umstände hat er die vitiose Provenienz der Sache nicht gekannt, ihm fehlt der Dolus, seine Verurteilung ist unmöglich. Das Gesetz gibt also nur eine Beweisregel, welche aus praktischen Gründen als notwendig erschienen ist, aber in jedem einzelnen Falle vertragen kann. Hiermit stimmen überein Birkmeyer Enzykl. 1128, Geyer I 118, Hälschner II 893, Löning 30, Lisshausen N. 21a, Rüdorff-Stenglein N. 9 und RG. 29./9. 82 E. 7 85, 10./4. 94 E. 25 221, 11./5. 06 E. 39 6, ähnlich auch Binding Lehrb. I 392 und Oppenhoff-Delius N. 10. Dagegen finden andere Autoren in den fraglichen Worten bald den Hinweis auf den Eventualdolus, so Schütze 461 N. 14 (Mutmaßung des unrechtmäßigen Erwerbs, erheblicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Erlangtseins), bald, wie Frank N. V 1, v. Liszt 488, Merkel 327 und S. H. IV 430, Meyer-Alfeld 510, eine Bedrohung der Fahrlässigkeit, sei es jeder, sei es nur der grober, sei es in bezug auf jeden Tatumsstand, sei es nur in bezug auf die strafrechtswidrige Erlangung der Sache. Aber diese Ansicht, nach welcher die dritte Fahrlässigkeit nach § 261 mit Zucht haus bedroht wäre, hat weder die Fassung des Gesetzes noch die Natur des Delikts für sich. Das Gesetz hat keineswegs neben dem Dolus die Fahrlässigkeit strafen oder neben dem Dolus und der Fahrlässigkeit eine neue weder mit jenem noch mit dieser sich vollkommen deckende Schuldform schaffen, sondern hat, von praktischen Rücksichten geleitet, dem Erfordernis des Dolus gegenüber den Schwierigkeiten, welche die Beweisfrage bereitet, zu Hilfe kommen wollen. Der Erwerber soll bestraft werden, nicht weil er den strafbaren Erwerb nicht kannte, aber hätte kennen sollen, sondern weil er Umstände kannte, die notwendig zu der Annahme des strafbaren Erwerbes hinführen, und weil deshalb ohne weiteres anzunehmen ist, daß ihm der letztere nicht unbekannt geblieben sei. Gelangt aber der Richter im konkreten Fall zu der Überzeugung, daß der Angeklagte jene ihm allerdings bekannten Umstände gar nicht in Betracht gezogen oder anders beurteilt und deshalb in dem Glauben gehandelt habe, die Sache sei redlich erworben, so kann eine Bestrafung wegen Hehlerei nicht stattfinden. Selbstredend ist dieser Fall von demjenigen zu unterscheiden, in welchem sich der Angeklagte der Erwägung jener Umstände absichtlich entzogen hat, denn dieser letztere Fall gehört in das Gebiet des indirekten Dolus.

7. Wie bei der Begünstigung — vgl. § 257 N. 4e — erhebt sich auch hier die Frage nach dem Verhältnis der Partiererei zum Vorbelikt bezüglich der beteiligten Personen. Vgl. dazu die bunte Darstellung der verschiedenen Ansichten bei Lisshausen N. 27. Zunächst kann der — alleinige — Vortäter zwar an zweiter oder späterer, niemals aber an erster Stelle wegen irgend einer Form der Beteiligung an der in bezug auf sein eigenes Delikt begangenen Hehlerei bestraft werden, weil das in der Erlangung der Sache liegende Delikt die nachfolgende Disposition über sie genau so konjunctiert wie der Diebstahl die Unterschlagung. Dasselbe gilt aus dem gleichen Grunde für den Mittäter: Frank N. VI 2, Meyer-Alfeld 510, Oppenhoff-Delius N. 2 und RG. 1./7. 01 E. 34 304. Anstifter und Begünstiger können sich der Hehlerei allerdings schuldig machen: Binding Lehrb. I 301, Frank N. VI 3, Merkel S. H. III 745, Meyer-Alfeld 510, Lisshausen N. 27, Oppenhoff-Delius N. 2, Schütze 462 N. 15 und RG. 30./12. 81 E. 5 282, 25. 3. 84 E. 8 370, 4./7. 89 E. 19 354, 1./12. 99 E. 32 394, 1./7. 01 E. 34 304. Hierbei machen Binding, Fran-

und Meher-Affeld die unbegründete Beschränkung, daß der Ausfitter dann durch das Ausfbringen nicht schuldig werde, wenn der Vortäter die Sache von vornherein gerade für ihn erworben habe oder der Ausfitter schon bei der Ausfistung von der Absicht des Erwerbs der Sache ausgegangen sei. Endlich nach v. Liszt 489 können der Vortäter und seine Teilnehmer sich durch die Uneignung der Sache dann der Partiererei schuldig machen, wenn diese Uneignung „nicht „als Verwirklichung der zum Begriff des Vorverbrechens erforderlichen Absicht erscheint“.

Ob hiernach Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegt, ist nach den Umständen zu bemessen. Bei der Ausfistung muß mit Bindung a. a. O. N. 5 Idealkonkurrenz als ausgeschlossen erscheinen, da jene dem Delikt vorgeht, die Fehlerei ihm nachfolgt.

§ 260.

Wer die Fehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Vgl. die Ausführungen zu § 73 N. 5b. Die Bestimmung bezieht sich auf die Personen- wie auf die Sachentfelererei. Mildernde Umstände sind nicht zugelassen, so daß auf Zuchthaus auch dann zu erkennen ist, wenn im Falle der Sachentfelererei das Verdelikt eine Ubertretung ist.

§ 261.

Wer im Inlande wegen Fehlerei einmal und wegen darauf begangener Fehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, wird, wenn sich die abermals begangene Fehlerei auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen bezieht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Bezieht sich die Fehlerei auf eine andere strafbare Handlung, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Die in dem § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Auch diese Bestimmung bezieht sich gleichmäßig auf die Personen- und auf die Sachentfelererei, obgleich der die letztere regelnde § 259 zwischen den einzelnen Delikten nicht unterscheidet. Die Voraussetzung ist also im Fall des Abj. 1 stets die Kenntnis des Täters, daß das Verdelikt zu den genannten Delikten gehöre: Binding Lehrb. I 394, Hälschner II 895, v. Liszt 490, Olshausen N. 2; RG. 15./3. 87 C. 15 364.

2. Die Bestimmungen des § 261 sind ein Beweis der überlürzten Eifersichtigkeit, in welcher das StGB. entstanden ist. Ist im Fall des § 259 das Verdelikt eine Ubertretung, z. B. § 370 Nr. 2—6, so ist die ordentliche Strafe so hart, daß der Richter geradezu gezwungen ist, in der Geringfügigkeit des Verdelikts einen mildernden Umstand zu sehen. Ferner sind bei der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Fehlerei mildernde Umstände nicht zugelassen, obgleich kein Rückfall vorliegt, wohl aber bei der des § 261, obgleich Rückfall vorliegt. Ferner ist, falls nicht eben eins der in Abj. 1 genannten Verdelikte vorliegt, die auf die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit angeandrohte Strafe höher als die auf den Rückfall; um diesem Widerspruch zu entgehen, nehmen Merkel H.S. III 748, Olshausen N. 3 und Oppenhoff-Delius § 260 N. 8 Idealkonkurrenz an, jedoch bei Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit die Strafe nach dem keine mildernden Umstände zulassenden § 260 zu bestimmen wäre, eine Ansicht, der nicht zuzustimmen ist. Beim rückfälligen Diebstahl sind solche Verfehlungen vermieden, aber auch hier läßt sich kein Grund dafür erkennen, daß zwar eine Vorbestrafung wegen Fehlerei Rückfall für einen späteren Diebstahl begründet, nicht aber umgekehrt.

§ 262.

Neben der wegen Fehlerei erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben jeder Verurteilung wegen Fehlerei auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Vgl. §§ 32, 38, 45, 49.

Zweihundzwanzigster Abschnitt.

Betrug und Untreue.

Es herrscht kein Streit darüber, daß die Materie des Betruges in diesem Abschnitt im Sinne CG. § 2 erschöpfend geregelt, somit die Landesgesetzgebung nicht zuständig ist, eine Handlung, sei es auch nur als Vorbereitung oder Versuch, unter dem Gesichtspunkt des Betruges unter Strafe zu stellen: Binding Handb. I 321, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 4./12. 80 C. 3 84, 7./2. 89 C. 19 13. Folglich ist das Preuß. Ges. über das Mobiliar-Feuervericherungs-wesen v. 8. Mai 1837 § 28 wegen Aufstellung einer zu hohen Brandschadensliquidation nur in Kraft geblieben, soweit der Versicherte ohne böswillige Absicht handelt, und in Kraft geblieben ist auch der § 20, da dieser die Überversicherung nicht unter dem Gesichtspunkte des Betruges, sondern als gefährliche Handlung mit Strafe bedroht: Hälshner II 279 N. 2, Olshausen N. 3c, Lypenhoff-Delius § 263 N. 73, Rüdorff-Stenglein N. 2 und § 265 N. 5; RG. 4./12. 80 C. 3 84, 7./2. 89 C. 19 13, 24./10. 07 C. 40 360.

Dagegen sind die besonderen Vorschriften über die Defraude, obgleich diese alle Merkmale des Betruges an sich trägt, durch CG. § 2 Abs. 2 aufrechterhalten, sodaß die Defraude nur dann nach Abschn. 22 zu bestrafen ist, wenn eine besondere Vorschrift über die Bestrafung der Steuerhinterziehung nicht ergangen ist: Binding Lehrb. I 341 N. 4, Frank § 263 N. 8, v. Liszt 470, Meyer-Alsfeld 482, Olshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein § 263 N. 36; RG. 20./3. 90 C. 20 305, 30./12. 95 C. 28 90. Berner 585, Hälshner II 257 und Schütze 472 N. 2 sehen in der Defraude, weil sie ein Omisibdelikt sei, niemals Betrug, wonach sie in Ermangelung besonderer Bestimmungen sogar straflos sein würde.

§ 263.

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Wer einen Betrug gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

1. Betrug ist in der Absicht rechtswidriger Vermögensbereicherung durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung, besteht also wie Diebstahl, Raub, Unterschlagung in einer rechtswidrigen Beschädigung fremden Vermögens, unterscheidet sich aber dadurch von diesen Delikten, daß der Betrüger unter dem Scheine, der freien Selbstbestimmung vollen Spielraum zu schaffen, dem Anderen selbst unbewußt dessen Selbstbestimmung ausschließt und ihn als Werkzeug zu der Vermögensbeschädigung benützt. Von der nahe verwandten Erpressung unterscheidet der Betrug sich durch das Mittel; nicht Gewalt oder Drohung, sondern Täuschung, berührt sich aber mit ihr darin, daß Gegenstand des rechtswidrigen Angriffs nicht lediglich das Eigentum, sondern das Vermögen in allen seinen Formen ist. Vgl. Hälshner II 248.

2. Das Charakteristische des Betruges ist die Täuschung. Der Betrüger täuscht. Er benützt nicht lediglich einen vorhandenen Irrtum, sondern bringt den Irrtum hervor oder bestärkt ihn oder hindert seine Entdeckung. Unter Irrtum im Sinne des § 263 ist die irrite, also falsche Vorstellung über konkrete Tatumstände zu verstehen. Der Mangel jeglicher Vorstellung von dem in Wahrheit vorliegenden Sachverhalt ist ignorantia facti, nicht aber error, beim völligen Nichtwissen einer Tatsache ist die betrügerische Täuschung ausgleichlos: Virkmeyer Einznl. 1177, Frank N. III Abs. 1, v. Liszt 468, Meyer-Alsfeld 477 N. 17, Olshausen N. 2a, Wachenfeld N. II 305. Somit begeht der blinde Passagier zwar Betrug, wenn die Eisenbahnverwaltung, d. h. die sie vertretenden Beamten, über das Vorhandensein der Berechtigung zum Mitfahren getäuscht wird, nicht aber, wenn ihr die Anwesenheit des Mitfahrenden unbekannt bleibt, denn:

in dem letzteren Fall führt nicht ein irrtümliches Handeln der Eisenbahn — das Gestatten der Mitfahrt — die Vermögensbeschädigung herbei, sondern die eigenmächtige Benutzung ihrer Einrichtungen durch den Passagier: Frank N. III Abj. 1, 2, V 2 Abj. 8—11, v. Liszt 468 N. 6, Meyer-Alsfeld 476 N. 10, 477 N. 17, Dshausen N. 2a₂ und RG. 13./3. 88 E. 17 217, 20./10. 93 E. 24 318, 11./6. 94 E. 25 412, 30./10. 08 E. 42 40. N. M. RG. 20./6. 81 E. 4 295, welches stets Betrug, und Bindung Lehrb. I 349 N. 4, welcher dann Betrug annimmt, wenn der Passagier im Wagen verborgen ist und eine Revision der Fahrgäste stattfindet. Aus demselben Grunde ist die Benutzung eines Automaten unter Einwerfen eines einem Geldstücke ähnlichen Gegenstandes kein Betrug: Frank N. III Abj. 2, v. Liszt 468 N. 6 und Dshausen N. 2a₃, anscheinend auch Meyer-Alsfeld 477 N. 17, v. Liszt und Dshausen allerdings nur beim f. g. Dienst- oder Leistungsautomaten.

Die Frage, ob eine dritte Person durch Benutzung der als unübertragbar bezeichneten Retourkarte Betrug begeht, wird von der untergerichtlichen Praxis mit RG. 7./2. 87 überwiegend bejaht, ist aber mit Bindung Lehrb. I 357 N. 2 zu verneinen. „Ein Papier als Inhaberpapier“ ausgeben und es mit dem Vermerk, „unübertragbar“ versehen, ist eine protestatio facto contraria, „wie sie schlimmer nicht gedacht werden kann. Wer soll denn verpflichtet werden, nicht zu übertragen?“ Wie Bindung, anscheinend Frank N. V vorletzter Abj., dagegen a. M. offenbar Dshausen N. 33 I. Zu beachten ist, daß keine Vermögensbeschädigung vorliegt, da der Retourpreis bezahlt, also ein zureichendes Äquivalent erzielt ist.

3. Die bloße Benutzung eines schon vorhandenen Irrtums ist keine Täuschung. Erforderlich ist eine aktive, in Worten oder Handlungen bestehende Tätigkeit des Betrügers, durch welche der Irrtum erregt, d. h. hervorgerufen oder unterhalten d. h. bekräftigt oder sein Aufhören verhindert wird, zwei gleichwertige Gestaltungsarten: Bindung Lehrb. I 349, Frank N. III 1, Merkel 328 und S. S. III 752, Meyer-Alsfeld 479, Dshausen N. 15, Oppenhoff-Delius N. 56; RG. 5./7. 86 E. 14 310, 17./3. 90 E. 20 326, 26./1. 94 E. 25 95. Daher ist es kein Betrug, wenn der Käufer über den Wert der Ware sich selbst täuscht und der Verkäufer daraufhin einen unangemessen hohen Preis verlangt: Bindung Lehrb. I 352 und Frank a. a. O. Ebenmäßig ist die wissenschaftliche Annahme einer nicht geschuldeten Leistung nur dann Betrug, wenn positive Täuschungshandlungen mit unterlaufen: RG. 17./3. 90 E. 20 326. Nur Benutzung eines schon vorhandenen Irrtums ist auch die Ausbeutung abergläubiger Vorstellungen: Frank a. a. O., Bindung Lehrb. I 351.

4. Das Gesetz sagt nicht, wer der Getäuschte sein müsse. Folglich kann der Getäuschte ein anderer sein als der Geschädigte. Hierüber herrscht in Theorie und Praxis kein Streit: RG. 8./6. 80 E. 2 91, 12./11. 80 E. 2 436, 18./12. 80 E. 3 169, 4./4. 81 E. 4 50, 20./6. 81 E. 4 295, 25./9. 84 E. 11 246, 28./12. 86 E. 15 126, 5./12. 90 E. 21 236. Mit Recht nimmt Bindung Lehrb. I 345 an, daß der Getäuschte derselbe Dritte sein kann, dem der Vermögensvorteil verschafft werden soll. Dagegen herrscht Streit über die notwendige Stellung des nichtgeschädigten Getäuschten zu dem Geschädigten in bezug auf das Vermögensobjekt, nämlich, ob er über dieses zu verfügen befugt sein muß oder schon die tatsächliche Möglichkeit genügt. Dafür, daß er befugt sein muß, über das Vermögen des Geschädigten als gesetzlicher oder vertragsmäßiger Stellvertreter zu verfügen, sind Bindung Lehrb. I 345, Birkmeyer Enzykl. 1177, Merkel 329 und S. S. III 764, Schütze 472 N. 10. Dagegen verlangen Frank N. VI 2, Hälschner II 269, v. Liszt 469, Meyer-Alsfeld 481 und Dshausen N. 26 Abj. 2 mit Recht nur die tatsächliche Möglichkeit der Verfügung, womit RG. 12./4. 94 E. 25 244 übereinstimmt. Diese tatsächliche Möglichkeit muß aber immer vorhanden sein, weil anderenfalls dem Erfordernis, daß der dem Geschädigten entzogene Wert infolge der Täuschung in das Vermögen des Betrügers übergehe, nicht genügt werden kann. Die Meinung von Schütze a. a. O. und v. Wächter 458, daß der dritte Getäuschte dem Geschädigten erkaufspflichtig sein müsse, ist haltlos. Endlich ist allgemein daran festzuhalten, daß nur die einer einzelnen Person gegenüber begangene Täuschung den Tatbestand erfüllt, an dem Publikum somit ein Betrug nicht begangen werden kann: RG. 15./10. 94 E. 26 163. Scheiden sich die Person des Getäuschten und des Geschädigten, so braucht der letztere, z. B. eine erst zu gründende Aktiengesellschaft, zur Zeit der Täuschung noch nicht vorhanden zu sein, in welchem Falle allerdings zunächst nur Versuch vorliegt: Meyer-Alsfeld 482, Dshausen N. 24 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 34; RG. 9./7. 88 E. 18 82.

5. Nicht jede Täuschung erfüllt den Tatbestand des Betruges, sondern nur diejenige, welche durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen verursacht wird, gleichwertige Gestaltungsarten, welchen gemeinsam ist, daß sie sich auf Tatsachen beziehen und eine Tätigkeit des Täuschenden enthalten.

a) Der Begriff der Tatsache ist wie bei dem Delikt des § 131 — vgl. daselbst N. 4a — kein technischer, sondern der des täglichen Lebens: jeder konkrete Vorgang, welcher in der Gegenwart oder in der Vergangenheit in die Erscheinung getreten und dadurch möglicher Gegenstand

wie der Wahrnehmung so der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung geworden ist, also rechtlich irrelevante Ereignisse, Rechtsverhältnisse, auch die Existenz eines Rechtsfalles: Frank N. II 1 Abj. 1, Hälshner II 261, Meyer-Allfeld 477, Dshhausen N. 3. Ob die Tatsache leichter oder schwieriger zu erkennen, mit Sicherheit festzustellen ist oder nicht, ob der Betrüger auf Grund eigener Wahrnehmung und Erfahrung oder auf Grund der Mitteilung Anderer etwas als Tatsache behauptet, ist gleichgültig. Ebenso ob ein Mögliches oder Unmögliches vorgepiegelt wird, denn die falsche Tatsache bleibt in jedem Falle falsch; wer sich Geld als Lohn für Anwendung von Sympathiemitteln erschwindelt, ist ein Betrüger: Frank N. II 1 letzter Abj., Hälshner II 261 N. 2, 262, v. Liszt 341, Dshhausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 22; vgl. freilich oben N. 3 a. E. Künftige Zustände und Ereignisse sind keine Tatsachen. Wird gleichwohl von zukünftigen Tatsachen geredet, so werden sie nur als mögliche oder, wenn auch später, doch bestimmt oder gar mit Notwendigkeit eintretende gedacht, nicht aber als wirkliche, und in betreff ihrer kann an sich von Täuschung nicht die Rede sein: Frank N. II 1a, Hälshner, v. Liszt und Meyer-Allfeld a. a. E., Dshhausen N. 5 und RG. 6./2. 81 E. 3 332, 28./11. 89 E. 20 143; a. M. Binding Lehrb. I 346 (auch Zukünftiges) und Merkel S. 5. III 753 (nur Gegenwärtiges). Nur dann ist auch rüchftlich eines zukünftigen Ereignisses eine zum Betrug geeignete Täuschung gegeben, wenn keine Möglichkeit, Gewißheit oder Notwendigkeit vorgepiegelt wird, denn in solchem Falle bezieht sich die Täuschung auf eine wirkliche Tatsache darauf, daß schon jetzt die Bedingungen für den Eintritt des künftigen Ereignisses erfüllt seien.

Wie bei dem Delikt des § 131 kommen auch hier nicht bloß die äußeren, sondern auch die sich im Innern des Menschen abspielenden Tatsachen in Betracht, wie Ansicht, Absicht, Überzeugung, Beweggrund, wenn ihr Dasein, ihre Art dargetan und dadurch dem geistigen Auge wahrnehmbar gemacht werden kann. Dies gilt auch bezüglich derjenigen inneren Tatsachen, welche in der Person des Täuschenden selbst liegen. Insbesondere kommt hier die Absicht in Betracht, künftig etwas zu leisten, „denn die Willensbestimmung, in Zukunft etwas zu tun, ist „eine Tatsache, die Vorpiegelung der angeblich bestehenden Absicht, künftig etwas zu tun, ist „also Täuschung über eine gegenwärtige Tatsache, nicht über etwas Künftiges, mag auch der „Getäuschte aus dieser Tatsache die Hoffnung schöpfen, daß ihm künftig werde geleistet werden, „und der Täuschende zu solchem Zwecke die Täuschung verüben“ (Hälshner). Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 347, Birkmeyer Einzfl. 1176, Frank N. II 1ba, Geyer II 58, Meyer-Allfeld 477, Dshhausen N. 9 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 39, 46, Rüdorff-Stenglein N. 23, 24 und RG. 8./3. 80 E. 1 305, 6./12. 80 E. 3 142, 2./2. 81 E. 3 332, 14./11. 93 E. 24 405, 2./6. 96 E. 28 394, 16./11. 97 E. 30 333. Dagegen bestreiten den Tätsachencharakter dieser inneren Tatsachen Hälshner II 262 (weil das Gesetz unzweifelhaft das Wort Tatsache in engerem Sinne gebrauchen wolle), v. Liszt 341, Merkel 328 und S. 5. III 753, 767 ff., v. Schwarze N. 12.

Das Gegenteil der objektiven Tatsache ist die subjektive Auffassung. Daher ist es keine betrügerische Täuschung, wenn der Täuschler sich darauf beschränkt, seine angeblichen Ansichten und Meinungen über bestehende Verhältnisse, Ansichten, Erwartungen mitzuteilen. Allerdings schließt mehr oder weniger jede tatsächliche Behauptung ein Urteil in sich, aber dieser Wahrheit „tragen weder Sprachgebrauch noch Gesetz Rechnung“ (Frank). Der Kaufmann betrügt, wenn er eine falsche Versicherung über das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft, eines bestimmten Maßes oder Gewichtes abgibt, nicht aber, wenn er die Ware übertrieben lobt, und ebenso betrügt er, wenn er fälschlich behauptet, daß er sie unter dem Einkaufspreis verkaufe, nicht aber, wenn er wahrheitswidrig erklärt, daß sie so und so viel wert sei. Dggleich in zahlreichen Fällen eine bewußte Unwahrheit, sind doch die marktstreuerischen Lobpreisungen und Empfehlungen von Waren, deren sich die moderne Reklame bedient, kein Betrug, denn die gerühmten Eigenschaften lassen sich nicht nach einem festen Maßstabe bestimmen, ihre Anerkennung oder Leugnung sind von der individuell verschiedenen Ansicht, Meinung, Geschmacksrichtung abhängig. Es ist eben der alte Unterschied: „commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit „quod dixit“ (l. 19 pr. D. XXI 1). Freilich ist es nicht absolut ausgeschlossen, daß schon in der Kundgebung einer subjektiven Auffassung die Vorpiegelung einer falschen Tatsache enthalten ist. Jedenfalls liegt Betrug vor, wenn mit jener Kundgebung die Vorpiegelung objektiv feststehender Tatsachen verbunden wird, die vorgepiegelte Ansicht sich als eine Schlussfolgerung aus objektiven Tatsachen darstellt. Ob dies der Fall, sich also unter der Form eines Urteils die Behauptung einer Tatsache verbirgt, oder ob lediglich eine subjektive Auffassung kundgegeben wird, ist Sache der konkreten Beurteilung. Vgl. Berner 583, Frank N. II 1b Abj. 1, Hälshner II 263, Merkel 328, Dshhausen N. 6, v. Schwarze N. 14, 15, 18, Wachenfeld N. II 305. Gewisse Auswüchse der sügnerischen Reklame sind durch das Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909 §§ 3–5 (Reichs-Gesetzbl. 499) unter besondere Strafe gestellt, wobei die Strafverfolgung nur auf Antrag eintritt, die Privatklage der regelmäßige Weg ist und die öffentliche Klage von der Staatsanwaltschaft nur dann erhoben wird, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt.

b) Der Betrüger spiegelt entweder eine falsche Tatsache vor. Die von ihm behauptete Tatsache ist gar nicht vorhanden, ihr fehlt gleich dem Spiegelbilde die Realität, sie ist nach dem Ausdruck des § 131 erdichtet. Er behauptet also ein Wissen von Geschehnissen oder Nichtgeschehnissen, von denen er weiß, daß sie sich nicht zugetragen, oder nicht weiß, daß sie sich zugetragen haben, oder von Eigenschaften einer Sache, von denen er weiß, daß sie nicht vorliegen, oder nicht weiß, daß sie vorliegen: Bindung Lehrb. I 347. Die Vorpiegelung kann sich auch auf die eigene Kenntnis beziehen, sodaß sie, obgleich die Tatsache selbst richtig ist, dann vorliegt, wenn die behauptete eigene Kenntnis nicht vorhanden ist: Bindung Lehrb. I 346 und Oshaujen N. 10 Abf. 1; RG. 22./10. 89 C. 20 3, 25./4. 93 C. 24 144. Sie ist entweder eine direkte: durch Aufstellung einer ausdrücklichen Behauptung, oder eine indirekte: durch konkludente Handlungen. In der bewußten Forderung eines höheren als des von Rechtswegen zu beanspruchenden Preises für eine Leistung ohne Aufklärung hierüber muß allerdings nicht unter allen Umständen eine Täuschungshandlung erblickt werden, und zwar auch dann nicht, wenn der Preis vereinbart ist, kann dies aber dann, wenn dem Fordernden bewußt ist, daß nach der besonderen Gestaltung der Umstände der Vertragsgegner die Forderung auf ihre Vertragsmäßigkeit nicht prüft oder nicht prüfen kann, sei es, weil er sich auf die Vereinbarung verläßt, auf die Redlichkeit oder bessere Sachkunde des Fordernden vertraut, sei es, weil ihm die eigene Fähigkeit zur Prüfung fehlt oder sonstige Gründe ihn abhalten, er vielmehr tatsächlich ohne solche Prüfung den in Rechnung gestellten Betrag als vertragsmäßig zu leistende Vergütung anerkennt: RG. 22./1. 09 C. 42 147. Ein Betrug durch schlechtes Einsehen liegt vor, wenn es sich nicht um eine bloße vertragswidrige Leistung, sondern um eine solche unter einer Vorkehrung handelt, die den Anschein der Vertragsmäßigkeit erweckt, bestehend in der durch Kunstgriffe hergestellten Schaumdecke, denn der Schaumfeller erklärt mit der Verabreichung stillschweigend, daß er den Krug dem Verlangen des Gastes entsprechend in verkehrsmäßiger Weise gefüllt habe, und wenn der Gast im Vertrauen auf diese Erklärung und den äußeren Anschein den Krug abnimmt und bezahlt, so tut er es insolge der durch das Vorgehen des Kellers hervorgerufenen Täuschung: RG. 3./11. 10. Ein Geschäftsführer, der für private Zwecke die Gesellschaft zu ihrem Schaden mit Wechselschulden belastet, verschweigt nicht nur innere Angelegenheiten der Gesellschaft, die er nicht zu offenbaren braucht, sondern gibt sich damit den Anschein, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, während er in Wahrheit das Gegenteil tut; in der Hingabe der Wechsel ohne Mitteilung des Sachverhaltes kann daher ein aktives, über bloßes Verschweigen hinausgehendes, auf Täuschung berechnetes Handeln gefunden werden: RG. 8./3. 10. Schon der Eintritt in Rechtsgeschäfte und die Vornahme bestimmter geschäftlicher Akte enthält die stillschweigende Behauptung, daß die allgemeinen Voraussetzungen für den gültigen Abschluß des Geschäfts und die etwa von der Gegenseite aufgestellten besonderen Voraussetzungen vorhanden seien. Es gibt eben im geschäftlichen Leben „konkludente Handlungen, welche statt der Person sprechen. Wer eine Sache verkauft, erklärt „damit, über dieselbe verfügen zu können; wer ein Los verkauft, erklärt damit, daß noch nicht „gezogen sei“ (Berneri). Im Wirtshaus wird dem Fremden nicht kreditiert; wer ein Getränk bestellt, erklärt dadurch zugleich, daß er zahlen kann, und macht sich des Zechbetruges schuldig, wenn er bewußt zahlungsunfähig ist. Dagegen ist nach einer allerdings sehr bedenklichen Entscheidung die Tatsache des Einlogierens im Gasthof an sich als Täuschungshandlung nicht verwertbar, da bei ihm sofortige Begleichung der gewährten Leistungen nicht gebräuchlich ist, sondern Kredit gegeben zu werden pflegt: RG. 25./1. 10. Ebenso liegt in der bewußt vertragswidrigen Leistung bei vertragsmäßigem Anschein ohne ausdrückliche Benachrichtigung des Empfängers von den Vertragsmängeln eine Vorpiegelung; dies wird RG. 5./7. 86 C. 14 310 bestritten und 10./1. 87 bejaht. Vgl. hierzu Berneri 583, Merkel 328 und S. S. 111 752, Meyer-Alfeld 478, Oshaujen N. 10 Abf. 2.

Der Betrug erfordert Dolus. Das Vorpiegeln kann somit nur vorsätzlich geschehen, aber der Täter braucht nicht das positive Bewußtsein zu haben, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei wahr, vielmehr kann er die Möglichkeit der Unrichtigkeit in seinen Willen aufnehmen, also für den Fall des Eintritts dieser Möglichkeit die Tatsache behaupten und dadurch täuschen wollen: RG. 22. 10. 89 C. 20 3, 18. 2. 96 C. 28 189. Der dolus eventualis setzt aber die Ungewißheit des Täters voraus, und diese ist unmöglich, wenn sich die Behauptung auf eine innere Tatsache bezieht: RG. 16. 11. 97 C. 30 333. Die Vorpiegelung einer inneren Tatsache liegt z. B. vor, wenn ein Kaufmann, welcher wegen seiner Zahlungsunfähigkeit die Zahlung gar nicht beabsichtigt, unter dem Vorprechen alsbaldiger Zahlung Waren auf Kredit nimmt. Bindung Lehrb. I 347 N. 5 hält die Annahme eines Eventualdolus für unmöglich, da in Wirklichkeit stets direkter Dolus gegeben sei.

c) Tüder der Betrüger entstellt eine wahre Tatsache. Während die vorgepiegelte Tatsache eine völlig ersundene, ist die entstellte eine zwar existierende, aber in größerem oder geringerem Umfange gefälschte, indem entweder ihre Bestandteile in ein unwichtiges Verhältnis gestellt sind

oder Wirkliches durch Zusehen oder Wegnehmen in Unwirkliches geändert ist: Berner 583, Frank N. II 2, Oshausen N. 12, Schüpe 472 N. 9. Das Entstellen bildet insoweit ein Mittelglied zwischen dem Vorpiegelndem und dem Unterdrücken.

d) Ober der Betrüger unterdrückt eine wahre Tatsache, d. h. er entzieht sie dem Bekanntwerden. Hierzu ist ein auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes heimliches Tun erforderlich, weil ohne ein solches die täuschende Person nicht an dem Erkennen der wahren Tatsache gehindert wird: RG. 29./12. 91 C. 22 283. Wie es Binding Lehrb. I 348 formuliert: die Unterdrückung ist „die Vorpiegelung einer falschen Tatsache im Gewande der unterlassenen Mitteilung der wahren“. Hieraus ergibt sich, daß das Unterdrücken notwendig ein aktives täuschendes Benehmen erfordert. Ein reines Unterlassen, ein bloßes Verschweigen der Wahrheit genügt nicht, ist nur ein Nutzen des Irrtums, da es ein zur Klärung der Wahrheit allgemein verpflichtendes Recht auf Wahrheit nicht gibt, vielmehr das Gesetz eine die Wahrheit entstellende, den Irrtum des Andern erregende oder unterhaltende Tätigkeit fordert. Die Frage, wann Jemand durch Unterdrückung einer wahren Tatsache eine betrügerische Tätigkeit begeht, läßt sich somit nur nach den Grundsätzen der Kommissivdelikte durch Unterlassung beantworten, dann nämlich, wenn kraft Gesetzes oder kraft vertragsmäßiger Übernahme eine Verpflichtung zur Mitteilung der wahren Tatsache besteht: Binding Lehrb. I 348, Frank N. II 3, Geyer II 59, Hälschner II 259, Merkel 328 und S. S. III 257, Meyer-Wilfeld 478, Oshausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 25, 27, v. Schwarze N. 22, 23, 25, Wachenfeld S. N. II 305, v. Wächter 453; RG. 15./3. 80 C. 1 314, 28./4. 81 C. 4 227, 5./7. 86 C. 14 310, 3./10. 90 C. 21 67, 26./1. 94 C. 25 95, 2./7. 96 C. 29 35, 8./2. 97 C. 29 369, 21./6. 98 C. 31 208, 24./2. 03 C. 36 114. Wenn v. Liszt 468 annimmt, daß eine Rechtspflicht zum Reden auch durch „Treu und Glauben“ im geschäftlichen Verkehr gefordert sein könne, so ist dieser Satz weder im BGB. ausgesprochen, noch ergibt er sich aus der Natur der Sache. So hat z. B. der auf Kredit bestellende Kaufmann an sich nicht die rechtliche Verpflichtung, aufgefordert Mitteilung über seine Vermögenslage zu machen.

Ein Unterdrücken kann nach der Rechtsprechung des RG. hiernach z. B. liegen in dem Verschweigen eines Gläubigers, der zediert hat, gegenüber dem früheren Schuldner, daß er die Forderung auf einen Anderen übertragen hat: 18./3. 89 C. 19 161. Des Verkäufers eines Hauses, daß es mit Schwamm behaftet ist, wenn er vorher, obgleich ohne Beziehung auf den späteren Verkauf, dem Hause künstlich den Schein eines schwammfreien Gezeugs hat: 28./11. 89 C. 20 144. Des Spielers, daß er das vermeintliche Glückspiel durch eine ihm bekannte Maßnahme nach seinem Willen bestimmt: 10./10. 90 C. 21 107. Des Verfassers eines Testaments durch Nichtverlesen einer in dasselbe ohne Wissen und Willen des Testators aufgenommenen Verfügung zu seinen Gunsten: 29./1. 09 C. 42 171. Dagegen liegt das Unterdrücken nicht vor, wenn z. B. ein Schuldner in oder außerhalb des Zivilprozesses die Schuld bestrittet: 10./10. 92 C. 23 244. In der bloßen Annahme einer irrtümlich geleisteten Zahlung liegt ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht ein auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes Handeln: 26./1. 94 C. 25 95. Der Darlehnsjucher ist nicht verpflichtet, den Darlehnsgeber darüber aufzuklären, daß dieser bezüglich einer für die Kreditwürdigkeit erheblichen Tatsache sich im Irrtum befinde, auch nicht wenn er den Irrtum bei früherer Gelegenheit durch unwahre Angaben, jedoch nicht im Hinblick auf ein demnächst zu erbittendes Darlehn hervorgerufen hat: 21./6. 98 C. 31 208. Übrigens ist die Praxis der verschiedenen reichsgerichtlichen Senate, wie die angegebenen Beispiele zeigen, bei dieser ganzen Materie bald mehr bald weniger rigoros.

6. In welcher dieser drei Formen sie sich auch bewegen mag, muß doch die täuschende Handlung die Ursache des Irrtums und auf diese Wirkung berechnet sein, widrigenfalls kein vollendeter Betrug vorliegt, wobei es jedoch irrelevant ist, wenn auch noch andere Momente mitwirken: Frank N. III 2, Merkel S. S. III 755, Oshausen N. 17 Abs. 1, 53b, 5. Ist die Kaufalität vorhanden, so kommt es auf die Vermeidbarkeit oder Nichtvermeidbarkeit des Irrtums nicht an, selbst eine Fahrlässigkeit des Getäuschten ist gleichgültig, „der Dolus des Täuschers wird durch die culpa des Getäuschten nicht purgiert“: Binding Lehrb. I 350, Frank N. III 4, Oshausen N. 17 Abs. 2. Ob sie vorhanden, ist Tatfrage, was insbesondere bei den Reklamen, den Gründungsprospekten auch dann zutrifft, wenn sie keine bloßen Urteile und Meinungsäußerungen sind. Sind die erlogenen Sachedigenschaften vertragsmäßig zugesichert und dafür besondere Äquivalente gefordert und versprochen, so handelt es sich nicht mehr um unverbindliche Empfehlungslügen: Binding Lehrb. I 356. Umgekehrt geht Hälschner II 264 zu weit, wenn er bei den Anpreisungen den Kaufalszusammenhang für ausgeschlossen hält, falls nicht ihr Inhalt in bestimmter, faßbarer Formulierung bei Abschluß des Geschäfts als bindende Verpflichtung festgesetzt ist. Somit erlaubt: Wetteln unter Vorpiegelung von Gebrechen oder unter falschen Angaben den Tatbestand des Betruges, wenn dadurch eine Täuschung beabsichtigtermaßen bewirkt worden ist und auf die Willensbestimmung des Schenkenden den entscheidenden Einfluß geübt hat: RG. 4. 7. 81 C. 4 352, 26./5. 82 C. 6 360. Die Vorweisung eines Sparkastens behufs Abhebung der Einlage —

vgl. oben § 242 R. 2c Abj. 2 — ist kein Betrug, sondern die Zueignung des empfangenen Geldes Untererschlagung, wenn der Zahlende über die Legitimation des Empfängers mit Hinblick auf das Innehaben und Vorweisen des Buches keine weiteren Fragen stellt: Frank N. II 1b Abj. 3. Bekanntlich sind die Sparkassen gemäß der Vertragsbereidung zu solcher Prüfung nicht verpflichtet, aber diese Bereidung ist für aufgehoben zu erachten, wenn der Eigentümer des Buches das Abhandelnkommen desselben angezeigt hat.

7. Durch die Täuschung wird der Getäuschte zu einer sein oder eines Dritten Vermögen schädigenden Verfügung über einen ihm oder einem Dritten gehörenden Vermögenswert, zu einer Vermögensminderung, einer Veräußerung im weiteren Sinn veranlaßt. Wie er nicht wissen darf, daß er nur ein Werkzeug des Täuschenden in bezug auf seine Verfügung ist, darf ihm auch ihre schädigende Wirkung nicht bekannt sein. Die juristische Natur seiner Handlung braucht er nicht zu kennen; z. B. er wird ohne sein Wissen zur Unterzeichnung eines Schuldscheins bewogen: Binding Lehrb. I 354, Frank N. IV Abj. 2, Dshausen N. 26 Abj. 2; a. M. Merkel S. S. III 763, nämlich, daß bei einer solchen unbewußten Disposition nur eine Vorbereitungshandlung vorliege und die Strafbarkeit erst im Augenblick der Benutzung des Schuldscheins eintrete. Ob seine Handlung ein Tun oder ein Unterlassen ist, z. B. Nichteinklagung einer Forderung, ist gleichgültig: Frank N. IV Abj. 3.

a) Eine Vermögensbeschädigung liegt nicht schon dann vor, wenn der Getäuschte durch seinen Irrtum zu irgendeiner vermögensrechtlichen Verfügung bestimmt worden, sondern nur, wenn sein Vermögen beschädigt ist, also seine vermögensrechtlichen Beziehungen, aktive wie passive, als ein Ganzes gedacht. Unter Reduktion des Sachwertes auf den allgemeinen Wertmesser Geld ist somit Vermögensbeschädigung die Minusdifferenz zwischen dem Geldwert, welchen das Vermögen nach und insofern der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hat, und demjenigen Geldwert, welchen es haben würde, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte. Vgl. Berner 573, Frank N. V 2, Hälschner II 249, v. Liszt 467, Merkel 329 und S. S. III 758, Meyer-Walfeld 480 (474), Dshausen N. 18. 1, Wachenfeld S. II 305; RG. 6./12. 80 E. 3 142, 20./4. 87 E. 16 1, 5./3. 88 E. 17 233. U. M. Binding Lehrb. I 356ff., nach welchem ohne Rücksicht auf den Wert der Gegenleistung eine Schädigung vorliegt, wenn man nicht erhält, worauf man für seine Leistung einen Rechtsanspruch hat. Die zivilrechtliche Wirkung der Täuschung, d. h. die Wirkung, daß durch die Täuschung als solche ein zivilrechtlicher Anspruch des Getäuschten entstehen muß, ist nicht, wie Hälschner II 265 annimmt, ein Begriffsmerkmal des kriminellen Betruges, vielmehr kommt strafrechtlich nur die Tatsache in Betracht, daß die Täuschung und der durch sie erregte Irrtum für die Vermögensbeschädigung kausal bestimmend war: RG. 13./5. 93 E. 24 171, 14./12. 10 E. 44 230. Daß der Nachteil seinem Betrage nach festgestellt werden kann oder sogar für jedermann in gleicher Weise objektiv erkennbar sich darstellt, ist nicht erforderlich: RG. 21./2. 93 E. 23 430. Ebenjowenig braucht er ein dauernder zu sein. Ein nachträglicher Ausgleich, sei es durch Zufall oder durch Tätigkeit des Betrügers, des Getäuschten, eines Dritten, ist also auf den einmal erfüllten Tatbestand ohne Einfluß, kann nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen: Binding Lehrb. I 360, Meyer-Walfeld 480, Dshausen N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 14, Wachenfeld S. II 305; RG. 7./6. 80 E. 2 89, 20./6. 81 E. 4 295, 20./11. 81 E. 5 137, 10./7. 06 E. 39 80.

b) Hieraus folgt, daß eine Vermögensbeschädigung, also ein Betrug nicht vorliegt, wenn der Getäuschte gleichzeitig ein mindestens gleichwertiges Äquivalent erhält. Dies wird von der Theorie, ausgenommen Binding, nicht bezweifelt, und ebennmäßig hat das RG. konsequent in diesem Sinne entschieden: Frank N. V 2, Geher II 60, Hälschner II 250 und 251 N. 2, v. Liszt 467, Merkel 329 und S. S. III 758, IV 432, Meyer-Walfeld 480, Dshausen N. 22 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 2, v. Schwarze N. 5; RG. 22./4. 81 E. 4 117, 20./9. 83 E. 9 171, 6./11. 83 E. 9 362, 7./7. 84 E. 11 72, 2./10. 85 E. 12 392, 20./4. 87 E. 16 1, 24./11. 92 E. 23 324, 16./4. 96 E. 28 310, 26./1. 97 E. 29 357, 19./12. 04 E. 37 356. Durch den Abschluß eines Kaufvertrags über nur der Gattung nach bestimmte Waren wird, selbst wenn der Verkäufer schon beim Abschluß des Vertrags die Absicht hatte, eine nicht mit den zugesicherten Eigenschaften versehenen minderwertigen Ware zu liefern, im allgemeinen noch keine Vermögensbeschädigung des Käufers bewirkt, da er zur Zahlung des Kaufpreises nur gegen Empfang der bedungenen gleichwertigen Ware verpflichtet ist, wogegen bei Erfüllung des Vertrages die Vermögensbeschädigung durch die Unterchiebung einer minderwertigen Ware unter falschen Vorpiegelungen und ihre Annahme erfolgt: Frank N. V 2 Abj. 7, Dshausen N. 22 Abj. 1 und RG. 2./4. 00, 29./6. 03. Wird eine dem Eigentümer nicht wider seinen Willen entzogene bewegliche Sache von einem Nichteigentümer verkauft und übergeben, so erwirbt der gutgläubige Empfänger nach BGB. §§ 932—934 Eigentum, ist also, da er ein entsprechendes Äquivalent erhält, nicht betrogen, wohl aber ist der frühere Eigentümer geschädigt und kann, da Identität des Getäuschten und Beschädigten nicht erforderlich ist, Betrug gegen ihn vorliegen: Frank N. VI letzter Abj. und Dshausen N. 22 Abj. 2;

a. M. Binding Lehrb. I 352. Soll die Übergabe erst später erfolgen, so ist eine Vermögensbeschädigung, also ein Betrug auch des gutgläubigen Käufers möglich, wenn nämlich dieser sofort zahlt. Eine wertlose Forderung ist kein Äquivalent, ist eine unsichere Forderung, wogegen eine sichere Forderung, durch deren Eingang die Vermögensdifferenz völlig gedeckt wird, es regelmäßig sein wird. Es ist aber irrig, mit Merkel S. S. III 767 anzunehmen, daß in der Existenz eines realisierbaren Rechtsanspruches allemal ein den Begriff des Betruges ausschließendes Äquivalent enthalten sei, denn auch ein solcher Rechtsanspruch steht dem gegenwärtigen Besitz des Äquivalents nicht unbedingt gleich; auch würde, wie mit Recht bemerkt ist, andernfalls Jemand, der zahlungsfähig, seinem Wohnort nach bekannt ist und gerichtlich belangt werden kann, niemals einen Betrug begehen können: Hälshner II 255 R. 2, Dishaufen N. 22 VbJ. 4, Oppenhoff-Delius N. 5a und RG. 10./1. 80 E. 1 55; a. M. anscheinend Frank N. V 2 VbJ. 1. Um dies durch ein Beispiel zu erläutern: wer eine fällige Schuld aus Mangel an paraten Mitteln nicht begleichen kann, ist zahlungsunfähig und kann zum Konkurs getrieben werden, mag er auch eine sichere Forderung auf einen größeren Betrag haben. Kein Äquivalent ist endlich das sog. ideale Äquivalent, nämlich das Bewußtsein oder der Glaube, mittels der Vermögensdisposition eine durch die Religion, die Sittlichkeit, die Bürgerpflicht u. ä. gebotene Handlung zu begehen, denn das Vermögen ist und bleibt gleichwohl gemindert, das ideale Äquivalent „kommt bei der Frage der Vermögensbeschädigung gar nicht in Betracht“: Frank N. VI 1a.

Die Frage, ob wirklich eine Vermögensdifferenz vorliegt oder die Einbuße durch ein Äquivalent aufgewogen wird, läßt sich objektiv, also rein ziffernmäßig, oder subjektiv, unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Getäuschten, beantworten. Den objektiven Standpunkt nehmen an z. B. Hälshner II 251 R. 2, Meyer-Alsfeld 475, 480, v. Schwarze N. 5 und in zahlreichen Urteilen früher das Reichsgericht. Aber die Frage kann wegen der subjektiven Beziehung alles Vermögens überhaupt nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nur nach der Individualität des konkreten Falles, also nach den individuellen Verhältnissen des Getäuschten beantwortet werden, was natürlich nicht besagt, daß seine subjektive Willkür maßgebend sei. Hat er also ein Äquivalent erhalten, so kommt es darauf an, ob er es zu seinen Zwecken gebrauchen kann. Darauf, daß durch die Verfolgung anderer Zwecke, z. B. durch Verkauf, die Sache für den Geschädigten wertvoll werde, kann sich der Betrüger nicht berufen, teils weil auf diese Weise nur ein zur Zeit des Erwerbes bereits entstandener Schaden nachträglich wieder ausgeglichen, teils weil dadurch der strafrechtliche Grundsatz verlassen würde, daß immer nur der vorhandene Tatbestand, nicht ein davon verschiedener, wenn auch herstellbarer, darüber entscheidet, ob ein Delikt verübt ist. Es ist ein genügendes Äquivalent, wenn dem Kaufmann statt der bestellten Ware eine andere geliefert wird, welche denselben Handelswert hat und für ihn ebenso verkäuflich ist. Kein Äquivalent ist es dagegen, wenn der Offizier statt der versprochenen Geldsumme zweitausend Nachtgeschirre erhält. Hiermit stimmen überein Frank N. V 2 VbJ. 1, v. Liszt 468, Dishaufen N. 22 VbJ. 3, Rüdorff-Stenglein N. 11, Wachsenfeld Hst. II 305 und RG. 20./4. 87 E. 16 1, 21./2. 93 E. 23 430, 5./11. 08 E. 42 49, 12./11. 08 E. 42 58 (62). Rüdorff-Stenglein a. a. O. weist zutreffend darauf hin, daß, wenn auch der Betrug zunächst ein Vermögensdelikt sei, doch das darin liegende Element der Beeinträchtigung der Willensfreiheit nicht erkannt werden darf.

c) Wenn der Getäuschte überhaupt kein Äquivalent oder ein minderwertiges erhalten hat, so ist es möglich, daß er überhaupt kein Äquivalent will oder sich mit dem minderwertigen begnügt, also auf die Differenz verzichtet. In dem einen wie in dem anderen Fall ist seine Schädigung nicht auf die Täuschung, sondern auf seinen eigenen Willen zurückzuführen, der kaufatzusammenhang zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung fehlt, ein Betrug liegt daher nicht vor: Dishaufen N. 27 VbJ. 1. Es ist aber auch möglich, daß er das Äquivalent erhalten will, es gleichwohl nicht erhält und ihm ein Rechtsanspruch auf die Leistung nicht zusteht, dann nämlich, wenn der Anspruch auf einer unächtlichen, unerlaubten, strafbaren Handlung beruht; auch der Anspruch auf Rückgewährung des von ihm selbst Gegebenen ist ihm verjagt: BGB. § 817. In manchen Fällen ist der Getäuschte deshalb nicht betrogen, weil auf seiner Seite keine Vermögensdisposition vorliegt, z. B. die um ihren Lohn geprellte Dirne, oder weil sie zwar vorliegt, aber nicht sein eigenes Vermögen betrifft, z. B. der vom Hehler geprellte Dieb. In anderen Fällen hat sich der Getäuschte durch die Vorpiegelung einer sittlich oder rechtlich unmöglichen Gegenleistung zu einer sein Vermögen mindernden Aufwendung bestimmen lassen, z. B. gegen das Versprechen der Lieferung von angeblich wirksamen Abtreibungsmitteln. In allen diesen Fällen wird bisher in Theorie und Praxis die Vermögensbeschädigung deshalb bestritten, weil sie einen Eingriff in rechtlich geschütztes Vermögen voraussetze, aber Verletzungen aus Verträgen, welche als unächtlich oder unerlaubt vom Staat zivilrechtlich nicht anerkannt würden, vom Staat auch strafrechtlich nicht anerkannt werden dürfen. Und derjenige, der in Erwartung einer Gegenleistung eine Aufwendung mache, beschädige sich selber, denn er mindere sein Vermögen im Bewußtsein, daß eine Gegenleistung im Rechtsinne unmöglich sei, also ohne alle Rücksicht auf Gegenleistung.

Das RG. hat früher — 17./2. 87 E. 15 318, 23. 3. 88 E. 17 364 — eine Vermögensbeschädigung trotz Mangels des Rechtsanspruchs auf die Gegenleistung angenommen, alsdann aber in sämtlichen Strafsenaten sich zu der obigen verneinenden Ansicht bekannt, wonach, weil keine Vermögensbeschädigung, auch kein Betrug vorliege: 27./4. 89 E. 19 186, 6./11. 90 E. 21 161, 20./6. 95. E. 27 300, 22./5. 96 E. 28 386, 3./7. 03 E. 36 334, 18./12. 03 E. 37 30, 11./3. 04 E. 37 80, 3./5. 04 E. 37 161, 12./11. 08 E. 42 58. Die Theorie ist dieser neuen Rechtsprechung gefolgt, hat sich auch, gestützt auf die Autorität von Köstlin und Merkel, z. T. schon früher zu ihr bekannt: Binding Lehrb. I 343, Frank N. V 2 Abf. 6, Hälschner II 256, v. Liszt 467, Meyer-Allfeld 481 (anders die früheren Auflagen), Lshausen N. 18 Abf. 2, Schütze 470, v. Schwarze N. 10.

Diese Ansicht ist gleich auf den ersten Blick eine bedenkliche. Das natürliche Rechtsgefühl wird es billigen, daß der Getäuschte keinen Anspruch auf die Gegenleistung hat und seine eigene Leistung einbüßt, aber niemals, daß der Täuscher nicht bloß den rechtswidrigen Vermögensvorteil behält, sondern sogar unbestraft bleibt, und ihm wird unverständlich sein, daß der Getäuschte für nicht geschädigt gilt, obgleich er wirtschaftlich, ökonomisch unbestreitbar geschädigt ist. Das RG. selbst scheint dies bezüglich der Frage nach der Möglichkeit eines Verjuchts empfinden zu haben, denn es hat einen strafbaren Verjuch dann für möglich erklärt, wenn der Täuschende, obgleich irrtümlich, an den Eintritt einer Vermögensbeschädigung glaubte: 21./4. 06 E. 38 423. In dem Urteil 12./11. 08 E. 42 58 erkennt es an, daß eine tatsächliche Vermögensverminderung vorliegt, und erklärt die Annahme des Betrugs für möglich, wenn der Getäuschte an die Rechtsgültigkeit des Vertrages glaubte. Zudem hat es, wie schon N. 7a bemerkt wurde, in dem Urteil 13. 5. 93 E. 24 171 ausgesprochen, daß die zivilrechtliche Wirkung der Täuschung, nämlich daß durch die Täuschung als solche ein zivilrechtlicher Anspruch des Getäuschten entstehen muß, kein Begriffsmerkmal des kriminellen Betruges ist, sondern strafrechtlich nur die Tatsache in Betracht kommt, daß die Täuschung und der durch sie erregte Irrtum für die Vermögensbeschädigung kausal bestimmend waren. Endlich hat es durch die Plenarentscheidung 14./12. 10 E. 44 230 mit seiner langjährigen Praxis gebrochen und ist zu der früheren, sicherlich richtigen Ansicht zurückgekehrt, daß, auch wenn sich der Getäuschte bewußt ist, keinen Anspruch auf das Äquivalent zu haben, weder die Vermögensbeschädigung noch der ursächliche Zusammenhang zwischen der Irrtumserregung und der Vermögensbeschädigung rechtlich ausgeschlossen ist. In der ausführlichen Begründung der Entscheidung wird die Aufstellung des Begriffes eines „rechtlich geschützten Vermögens“ für irreführend erklärt, da es kein Vermögen gebe, das rechtlich nicht geschützt sei. Der Gegenjag zwischen tatsächlichem (wirtschaftlichem) Schaden und Schaden im Rechtsjinn lasse sich nicht aufrechterhalten. Allerdings siehe dem Getäuschten ein Rückforderungsrecht bezüglich des von ihm Geleisteten nicht zu, aber ein Vermögensverlust könne nicht deshalb geltend gemacht werden, weil das Verlorene im Rechtswege nicht zurückverlangt werden könne, zumal es für den Tatbestand des Betruges grundsätzlich bedeutungslos sei, ob der tatsächlich eingetretene Schaden wieder ausgeglichen würde. Wollte man leugnen, daß der Täuscher auf Kosten des Anderen sich bereichert habe, so arbeite man mit einer unzulässigen Fiktion. Derjenige, der eine eine Beschädigung seines Vermögens enthaltende Aufwendung mache, erscheine zunächst immer als einer, der sein Vermögen selbst beschädige. Habe aber die Handlung des Täters einen Anderen zu einem Tun veranlaßt, durch das er sich unbewußt einen Vermögensschaden zufüge, und lasse sich jene Handlung nicht wegdenken, ohne daß gleichzeitig der schädigende Erfolg entfiele, so habe sie diesen Erfolg auch im Rechtsjinn verursacht. Es komme nur darauf an, welchen Einfluß die Vorpiegelungen des Täters auf die Willensentschließung ausgeübt hätten. Stehe fest, daß der Gepestelte um der Gegenleistung willen gezahlt habe, weil er der Verjicherung des Täuschenden, sie zu erfüllen, Vertrauen schenkte, dann gehe es nicht an, den hiernach in Wirklichkeit bestehenden ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung so zu behandeln, als ob er nicht da wäre. — Siehe die Besprechung der Entscheidung von Binding Deutsche Juristen-Zeitung 1911 553, welcher die Michtigkeit bestritten und für Anwendung des § 302e (Zachwarter) plädiert. Er spricht nämlich dem Irrtum die rechtliche Relevanz ab, weil dem Getäuschten die Unzulässigkeit der Gegenleistung klar, er also nicht in einer rechtlichen Erwartung getäuscht, sondern nur das eingetreten sei, was er erwarten mußte. Dies trifft aber nicht zu; denn weiß Jemand, daß er seinen Vertragsgenossen nicht im Rechtswege dazu anhalten kann, sein Leistungsversprechen zu erfüllen, so hindert dies nicht, daß er durch dessen wahrheitswidriges Vorgeben, er sei zur Erfüllung bereit, sich täuschen und dadurch sich verleiten läßt, Vermögenswerte wegzugeben, die er ohne jene Vorpiegelung, bei Kenntnis der wahren Absicht des Täters, nicht geopfert haben würde. Die Mangelhaftigkeit des Irrtums ist vom Standpunkt des Leistenden aus nach der konkreten Sachlage festzustellen. Ist die Leistung nicht im Vertrauen auf die Zusage, sondern mit dem Bewußtsein eines durch die Leistung sich selbst schädigenden Hazardspieleres geschehen, so liegt zwar nicht vollendeter, wohl aber ein durch die Vorpiegelung versuchter Betrug vor.

Hiernach ist auch die Frage, ob beim Spiel (und Wette) Betrug möglich, zu bejahen. Da weder auf Zahlung des kreditierten Gewinnes noch auf Rückgabe des Verlustes ein Rechtsanspruch besteht, durch Spiel überhaupt keine rechtliche Verbindlichkeit entsteht (WGB. § 762), ist die Frage nach der bisherigen Ansicht zu verneinen, wird aber im Widerspruch mit dieser überwiegend, auch von der bisherigen Rechtsprechung des RG., bejaht: RG. 10./10. 90 E. 21 107.

d) Gegenstand des rechtswidrigen Angriffs ist nicht lediglich das Eigentum, sondern das Vermögen in allen seinen Formen, gleichviel ob die Minderung des fremden Vermögensstandes durch Übernahme einer Verbindlichkeit erfolgt oder durch Gewährung einer Hypothek, durch Aufgeben eines Forderungs- oder dinglichen Rechts, durch tatsächliche Ausscheidung einer Sache oder deren Sachwert; immer liegt eine Veräußerung vor, zu welcher der Getäuichte bestimmt worden ist: Merkel S. 5. III 763, Olshausen N. 28, Schütze 470. Somit kann auch die Entziehung des Besitzes an sich schon eine Vermögensbeschädigung enthalten, was gegen die gemeine Meinung und die reichsgerichtliche Praxis (10./1. 80 E. 1 55) von Binding Lebr. I 354, 355 N. 1 und Hälschner II 268 aus unzureichenden Gründen bestritten wird. Die Vermögensbeschädigung ist entweder ein wirklicher Schaden, *damnum emergens*, also eine effektive substantielle Verminderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes, oder ein entgangener Gewinn, *lucrum cessans*. Der Betrugsbegriff erfordert aber eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes. Daher ist die Gefährdung des Vermögens, die bloße Möglichkeit des Eintritts einer Vermögensverminderung nur dann eine Beschädigung, wenn nach der konkreten Sachlage schon die eingetretene Gefahr eines Verlustes, also die Ungewißheit darüber, ob nicht ein Verlust eintreten werde, den Vermögenswert vermindert. Hiermit stimmen überein Berner 584, Wirmeyer Enzykl. 1177, Hälschner II 252, Meyer-Malfeld 480, Olshausen N. 20 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 15 und RG. 8./11. 83 E. 9 168, 20./4. 87 E. 16 1, 25./5. 94 E. 25 371, 1./2. 07 E. 39 420, 29./1. 09 E. 42 171; a. M. Binding Lebr. I 360.

Hiernach ist auch die schlüpfrige Frage zu beantworten, ob der sog. Kreditbetrug, es möge sich nun um Gewährung oder um Verlängerung von Kredit handeln, strafrechtlicher Betrug ist. Er ist es unbedingt dann, wenn die dem Kreditierenden erwachsene Forderung sein sicheres und gegenwärtiges Äquivalent für den kreditierten Vermögenswert ist. Im übrigen ist folgendes zu beachten. Niemand ist verpflichtet, beim Eingehen eines Vertrages diejenigen Umstände mitzuteilen, welche seiner Kreditwürdigkeit entgegenstehen, aber anders liegt die Sache, wenn er gefragt wird und nun lügt, oder wenn er schweigt, obgleich er weiß, daß unter den obwaltenden, ihm bekannten Umständen und Verhältnissen ihm bei Darlegung seiner Verhältnisse kein Kredit gewährt würde, denn hier ist sein Schweigen Lügen (der Zechpreller). Allgemein mit Binding Lebr. I 346 zu behaupten: „wer Waren auf Kredit bestellt, erklärt Wille und Fähigkeit zur künftigen Zahlung“, kann in dieser absoluten Formulierung nicht zugegeben werden. Auf der anderen Seite ist, was Binding Lebr. I 360 bei dem Zechpreller bestrittet, Betrug dann ausgeschlossen, wenn der den Kredit beanspruchende zahlen will und kann, jetzt oder demnächst. Mangelnder Zahlungswille bei vorhandener Zahlungsfähigkeit bedingt nicht ohne weiteres und in allen Fällen eine Vermögensbeschädigung, kann aber im einzelnen Fall die Forderung als minderwertig erscheinen lassen: RG. 5./1. 10 E. 43 171. Somit liegt Betrug vor, wenn weder Wille noch Fähigkeit zum Zahlen jetzt oder binnen einer den Umständen angemessenen Zeit vorhanden ist. Der Kreditbetrüger schützt oft vor, er sei Willens gewesen, die Schuld zu begleichen, und habe gehofft, in absehbarer Zeit die erforderlichen Mittel zu erhalten; aber diese Hoffnung muß objektiv gerechtfertigt sein, denn das gänzlich willkürliche, weder im eigenen Können noch in anderen realen Kräften fundierte Meinen und Hoffen ist bei der Frage, was Jemand gewollt hat, nicht ausschlaggebend; anderenfalls müßte der Vorsatz der Vermögensbeschädigung z. B. auch dann verneint werden, wenn der zahlungsunfähige Schuldner in der Lotterie spielt und durch den Gewinn des großen Loses zu Geld zu kommen „hofft“ (Alee, Deutsche Juristen-Zeitung 1912 1380). Hiermit stimmen im wesentlichen überein Berner 584, Geper II 59, Frank N. II 1 Abf. 4, v. Liszt 468, Meyer-Malfeld 475 N. 15, 481, Olshausen N. 20 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 26 Abf. 2, Schütze 471 N. 6, v. Wächter 458 und RG. 7./2. 80 E. 2 5, 23./2. 81 E. 3 392, 20./4. 87 E. 16 1. Dagegen sehen in dem Kreditbetrug keinen Betrug Hälschner II 253, Merkel S. 5. III 762, v. Schwarze N. 7, Wachenfeld N. II 305. Nach Binding Lebr. I 360 ist der Kreditbetrug stets Betrug, denn der Andere verlaufe auf Zahlung Zug um Zus. sei also mindestens zeitlich geschädigt.

Die Vermögensbeschädigung kann, wie schon bemerkt, auch in dem Entgehen eines Gewinnes bestehen. Sie liegt unbestreitbar nicht schon dann vor, wenn es sich nur um die Vereitelung ungewisser Hoffnungen auf Vermögenserwerb oder um die Entziehung der Gelegenheit zu einem Verdienst handelt, dessen Eintritt noch von anderen ungewissen Ereignissen bedingt ist. Hierüber hinaus wird behauptet, daß ein entgangener Gewinn eine Vermögensbeschädigung nur dann ist, wenn auf ihn ein rechtlich begründeter Anspruch besteht: Binding Lebr.

I 344 R. 1, Frant R. V 2 Abf. 5, Hälßner II 257, Mertel S. N. III 764, v. Schwarze R. 4, Schütte 471 R. 5; RG. 28./2. 82 C. 6 75, 12./10. 85 C. 13 8, 20./2. 95 C. 27 39. Nach einer anderen Ansicht gilt — BGB. § 252 — als entgangen der Gewinn, welcher ohne die Täuschung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte: v. Liszt 467, Meyer-Alsfeld 480 R. 35, Ushausen R. 21, Rüdorff-Stenglein R. 14 und wiederum RG. 14./1. 80 C. 1 68, 11./4. 92 C. 23 55, 22./10. 94 C. 26 227, 29./11. 94 C. 26 239, 5./6. 05 C. 38 108, 25./6. 08 C. 39 373. Die erstere Ansicht ist die richtige: es muß ein rechtlich begründeter Anspruch auf die Erlangung des Gewinns bestehen, denn wie sehr auch der Geschäftsmann den wahrscheinlichen Gewinn in Rechnung nimmt, so ist und bleibt dieser doch immer ein nur mit Wahrscheinlichkeit zu erwartendes künftiges Ereignis; Niemand wird ihn z. B. bei der Steuereinschätzung schon jetzt als Einkommen deklarieren. Die zivilistische Bestimmung BGB. § 252 kann für das Strafrecht um so weniger maßgebend sein, als sie — vgl. BGB. §§ 1298, 1299 — keine ausnahmslose ist. Derselbe Standpunkt ist einzunehmen bezüglich der sog. festen Kundschaft. Soweit diese nicht vertragsmäßig gesichert ist, hat der Kaufmann kein Recht auf Erhaltung und Erwerbung der Kundschaft. Ein Abspannen der Kundschaft kann daher niemals Betrug sein, wohl aber unlauterer Wettbewerb. Und wird ein Geschäft mit Kundschaft verkauft, so liegt ein Betrug nur dann vor, wenn entweder die Kunden angeblich verpflichtet sind, sich mitzukaufen zu lassen, oder der Verkäufer bezüglich des Umfanges seines Abjases falsche Angaben macht. So Binding Lehrb. I 343, 506, Frant R. V 2 Abf. 4, Hälßner II 257 R. 1, dagegen a. M. Meyer-Alsfeld 480, Ushausen R. 28, Rüdorff-Stenglein R. 6 und RG. 28./2. 82 C. 6 75, 22./10. 94 C. 26 227.

e) Die Vermögensbeschädigung erfordert Vorsatz. Wie bei der Täuschung genügt auch hier der Eventualdolus, nämlich daß der Täuschende das Bewußtsein gehabt hat, der Getäuschte könne in seinem Vermögen beschädigt werden, und daß er es auf diesen Erfolg hat antommen lassen. Er muß sich eben wie jeder Täter gefallen lassen, daß ihm derjenige Erfolg als gewollt zugerechnet wird, auf dessen Gefahr hin er in dem Bewußtsein gehandelt hat, auf Vermeidung des Erfolges vom Standpunkt allgemeiner Erfahrung vernünftigerweise nicht rechnen zu können (vgl. d Abf. 2). Hieran muß um so fester gehalten werden, als der Betrüger regelmäßig den Andern gern ungeschädigt lassen würde, wenn er den von ihm gewollten Vermögensvorteil ohne Schädigung erzielen könnte. Hiermit stimmt die Theorie und Praxis überein, indem nur Hälßner II 270 verlangt, daß die Vermögensbeschädigung entweder gewollt oder als unvermeidliche Folge der Handlung erkannt werde.

f) Die Vermögensbeschädigung muß mit der Täuschung im Kaufoalzusammenhang stehen, die letztere das Mittel sein, durch welches ein Anderer zu einem Tun oder Unterlassen bestimmt wird, welches die Beschädigung zur Folge hat: RG. 21./12. 81 C. 5 277. Daß noch andere Umstände für den die Beschädigung herbeiführenden Entschluß des Geschädigten bestimmend waren, schließt die Annahme des Betruges nicht aus. War die Täuschung nur die Veranlassung, nicht der eigentliche Bestimmungsgrund für das Tun des Geschädigten, so fehlt der Kaufoalzusammenhang: RG. 23./2. 81 C. 3 392. Da der Getäuschte und der Beschädigte nicht identisch zu sein brauchen, so genügt auch ein mittelbarer Zusammenhang: RG. 25./9. 84 C. 11 245.

Ob der Kaufoalzusammenhang vorliegt, ist Sache der tatsächlichen Beurteilung im einzelnen Fall. So kann er vorliegen und kann fehlen beim Betteln, Kollektieren, kaufmännischen Klammern, Gründungsprospekten. Wird unter täuschenden Vorpiegelungen gebettelt und gibt der Angeprochene nicht lediglich deshalb, um den Bettler loszuwerden, so gibt er keineswegs freiwillig, sondern ist durch die Täuschung an dem Gebrauch seiner Freiheit gehindert, nicht oder in bestimmter Höhe zu geben, sodaß der Tatbestand des Betruges nicht durch Freiwilligkeit der Gabe ausgeschlossen ist: Werner 584, Binding Lehrb. I 351, Geuer II 59, Hälßner II 259, v. Liszt 469, Mertel S. N. III 765, Meyer-Alsfeld 479, Ushausen R. 38a, Rüdorff-Stenglein R. 33, Wachenfeld H. II 305 und RG. 4./7. 81 C. 4 352, 26./5. 82 C. 6 360, 21./10. 09; vgl. oben R. 6 und bezüglich des idealen Äquivalents R. 7b Abf. 1. Wenn Frant R. VI 1 den Betrug bestreitet, weil der Geber die das Vermögen schädigende Wirkung seines Gebens kenne, so ist dies zwar richtig, aber dieser Gesichtspunkt tritt bei dem aus Mitleid gegebenen Almosen völlig zurück, sodaß es hier nur darauf ankommt, ob der Geber durch die Täuschung zur Annahme der Handlung bewegt ist: wenn auch der Betrug ein Vermögensdelikt ist, darf doch das in ihm liegende Element der Beeinträchtigung der Willensfreiheit nicht verkannt werden.

Weil die getäuschte und die geschädigte Person nicht identisch zu sein brauchen, ist ein Betrug auch möglich durch Täuschung des Prozeßrichters. Nun fehlt aber der Zusammenhang, wenn der Getäuschte zu einer Prüfung des täuschenden Vorbringens verpflichtet war, dieser Verpflichtung aber nicht nachgegeben ist, denn in diesem Fall ist die Vermögensbeschädigung nicht durch die Täuschung, sondern durch die Pflichtverletzung verursacht. Der Kaufoalzusammenhang

fehlt, wenn dem Richter überhaupt keine Prüfungspflicht obliegt: z. B. beim Mahngesuch hat er nur zu prüfen, ob das Gesuch den formellen Vorschriften über seinen Inhalt entspricht: RG. 24./9. 09 E. 42 410. Ebenso trotz bestehender Prüfungspflicht bei einem in keiner Weise beglaubigten oder bewiesenen einseitigen Parteivorbringen, denn der Richter darf den unbewiesenen Parteibehauptungen keinen Glauben schenken: Berner 585, Hälshner II 268, v. Liszt 469, Lisshausen N. 40a, Oppenhoff-DeLius N. 61; RG. 25./2. 80 E. 1 227, 30./12. 81 E. 5 321, 12./5. 90 E. 20 391, 24./1. 99 E. 32 1, 11./2. 07 E. 40 9, 24./9. 09 E. 42 410. Binding Lehrb. I 350 und Meyer-Allfeld 478 wollen schon in der bloßen Behauptung und Franf N. V 2 Abj. 1 in dieser dann Betrug finden, wenn „die Partei sich die Behauptung nicht lediglich als Vorbereitung für eine „spätere Beweisführung dachte, sondern unmittelbar durch die Behauptung die Täuschung bewirken wollte“, was bei einem simulierten Prozeß über eine fingierte Forderung (RG. 12./11. 80 E. II 436) oder bei einer falschen Adressierung des Gegners zwecks Erwirkung eines Vermögensurteils allerdings möglich ist. Dagegen liegt in dem Fälschen von Beweismitteln stets Betrug und zwar auch dann, wenn es sich nur um ein Beglaubigungsmittel im nichtkontradiktorischen Verfahren handelt. 3. B. in der Benennung falscher Zeugen und demnachstigen Vorführung falscher Zeugenaussagen: RG. 11./2. 07 E. 40 9; in der Vorlegung falscher oder gefälschter Urkunden: RG. 18./12. 80 E. 3 169; in der Vorlegung formell echter, materiell aber unrichtiger Beweisurkunden, wie einer sich nicht auf die eingeklagte Forderung beziehenden Quittung: RG. 26./9. 87 E. 16 193, oder eines echten, aber bezahlten und nicht kassierten Wechsels: RG. 1./11. 80; in einem Schwägerungsprozesse zur Begründung der exceptio plurimum concomitantium in der Berufung auf das Zeugnis eines verheirateten Mannes, der verabredeter Maßen sein Zeugnis verweigern soll, damit der Richter glaubt, er habe mit der Klägerin den Weichschlaf vollzogen: RG. 24./2. 03 E. 36 114; in der Vorlegung eines gefälschten Bescheinigungsmittels behufs Erwirkung eines Arrestes: RG. 8./6. 80 E. 2 91, oder einer gefälschten Zustellungsurkunde zwecks Erwirkung der Vollstreckbarkeitsklärung eines Zahlungsbefehls: RG. 24. 9. 09 E. 42 410. — Ebenjowenig wie der Richter ist der Gerichtsvollzieher einseitigen unbegleiteten Behauptungen der Partei Glauben zu schenken befugt, jodaß der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung fehlt, wenn er z. B. — vgl. ZPD. § 775 Nr. 5 — auf die einfache Behauptung des Schuldners, bezahlt zu haben, von der Vollstreckung absteht: v. Liszt 469, Lisshausen N. 41a. Dagegen betrügt der Gläubiger, der dem Gerichtsvollzieher von der nachher erfolgten Zahlung keine Mitteilung macht, denn durch die Zahlung ist der Anspruch erloschen, und der Gerichtsvollzieher hat die Vollstreckung einzustellen, wenn der Gläubiger den Auftrag zurücknimmt, zu solcher Zurücknahme ist der Gläubiger aber verpflichtet: a. M. v. Liszt a. a. O., Lisshausen N. 41b und RG. 11./11. 92 E. 23 286.

8. Der Betrug ist wie die Erpressung ein Bereicherungsdelikt. Der Betrüger will durch die mittels der Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen, er setzt die Täuschung und die durch sie bewirkte Vermögensbeschädigung als die ihm Gewinn bringenden Faktoren in Bewegung, will sich oder den Dritten auf Kosten des Geschädigten bereichern.

Wie schon oben § 253 Nr. 5 bemerkt wurde, ist die Frage, was als rechtswidriger Vermögensvorteil zu betrachten sei, für die Erpressung und den Betrug in gleicher Weise zu beantworten, jodaß die dort gegebenen Ausführungen auch hier gelten. Die einschlagenden reichsgerichtlichen Entscheidungen treffen daher für beide Delikte zu, mögen sie sich zunächst nur auf das eine oder auf das andere beziehen.

a) Vermögensvorteil ist nicht Vorteil überhaupt, sondern ist das reine Gegenteil der Vermögensbeschädigung, jodaß, wie die letztere in einer Verminderung, der erstere in einer Vermehrung des Gesamtvermögenswertes besteht. Unter Reduktion des Sachwertes auf den allgemeinen Wertmesser Geld ist somit der Vermögensvorteil die Plusdifferenz zwischen dem Geldwert, welchen das Vermögen des Betrügers — oder des Dritten — nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung des Betroffenen hat, und demjenigen Geldwert, welchen es haben würde, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte (oben N. 7a: v. Liszt 470, Meyer-Allfeld 474, Lisshausen N. 43 Abj. 1; RG. 1./4. 81 E. 4 48, 5. 3. 88 E. 17 233. Es ist somit irrig, wenn Binding Lehrb. I 363, Hälshner II 272 und Mertel S. 5. III 799 behaupten, daß der Vorteil Geldwert haben müsse. Wie bei der Vermögensbeschädigung (oben N. 7d) ist auch hier Gegenstand der Bereicherung das Vermögen in allen seinen Formen, Vermögensvorteil die Verbesserung der Vermögenslage in irgendeiner Beziehung, jede Vermehrung des Wertes des Gesamtvermögens: Hälshner II 272, Meyer-Allfeld 474, Lisshausen N. 43 Abj. 2, 3, 47 Abj. 1, Oppenhoff-DeLius N. 2—5a, Kidorff-Stenglein N. 3, v. Schwartz N. 9; RG. 18./10. 80 E. 2 352, 10./2. 81 E. 3 378, 16. 10. 84 E. 11 155, 5. 3. 88 E. 17 233. 3. B. Erlangung des Besitzes einer Sache: RG. 10./1. 80 E. 1 55; Erlangung einer Summe: 2./2. 81 E. 3 332; Erlangung von Kredit: 25./6. 85 E. 12 395; Befreiung von einer Verbind-

lichkeit: 11./6. 81 C. 4 279; Verhinderung oder Verzögerung der Erhebung begründeter Ansprüche, auch die Abwendung einer verwirkten Geldstrafe: 5./7. 00 C. 33 333; Erhaltung eines bereits erlangten, aber in seinem Fortbestande gefährdeten Vermögensvorteils: 5./2. 84 C. 10 76; die reiche Heirat, wenn der Ehemann die Frau durch Täuschung über seine Mittellosgigkeit zur Eheschließung in der Absicht bestimmt hat, sich in den Besitz des Vermögens zu setzen, um es ohne Berücksichtigung der Zwecke der Ehe für sich zu verwenden: 22./1. 83 C. 8 12, 21./5. 86 C. 14 137. Ist durch die Täuschung der Abschluß eines Vertrages herbeigeführt worden, welcher beide Kontrahenten zu Leistungen verpflichtet, so kann die Frage, ob der Täuschende durch den Vertragsabschluß einen Vermögensvorteil erlangt hat, nur durch Vergleichung des Wertes seiner Leistung mit dem Wert der Leistung des anderen Teils beantwortet werden. Irrelevant ist es, ob der Vorteil ein dauernder oder vorübergehender ist.

b) Der erstrittene Vermögensvorteil muß ein rechtswidriger sein. Darüber, wann er dies ist, herrscht Streit. Nach der auf die Motive und die Rechtsprechung des RG. gestützten Ansicht von Berner 587, Geher II 57, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 10 und v. Wächter 458 ist nicht ein gesetzwidriger, d. h. vom Gesetz verbotener Vermögensvorteil erforderlich, sondern genügt ein Vermögensvorteil, welchen zu beanspruchen man nicht das Recht hat, denn das Recht beherrscht alle Vermögensverhältnisse derart, daß jeder Vermögenserwerb, dem das Recht die Anerkennung verweigert, eine Verletzung des Rechts enthält: wer daher einen Vermögensvorteil erlangt, auf den er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, hat ihn so lange rechtswidrig, bis die Sanktion des Rechts hinzutritt: RG. 11./6. 81 C. 4 279, 17./12. 81 C. 5 352, 16./10. 84 C. 11 155, 7./1. 95 C. 26 335, 20./10. 99 C. 32 354. Gegen diese Ansicht, wonach die Rechtswidrigkeit darin liegt, daß der Vorteil ohne einen darauf bestehenden Anspruch erlangt ist, z. B. der Gläubiger einer verjährten Forderung veranlaßt den Schuldner zum Verzicht auf die Verjährungseinrede (RG. 2./1. 11 C. 44 203), wendet sich die Mehrzahl der Autoren: Binding Lebr. I 363, Birtmeyer Einzfl. 1177, Frank N. VII 3 Abs. 1 und § 253 N. IV, Hälschner I 273, 383, v. Liszt 470, Mertel 325 und S. N. III 731, 772, IV 434, Meyer-Alsfeld 475, Ushausen N. 45, Abs. 1, 2, Schübe 456 N. 24. Allerdings zum Teil mit für den Praktiker wenig brauchbaren Erklärungen, indem z. B. nach Binding jeder Vorteil ein rechtswidriger ist, der „vom objektiven Vermögensrechte mißbilligt wird“; nach v. Liszt „dessen Erlangung mit der Rechtsordnung in Widerspruch steht“; nach Meyer-Alsfeld „dessen Verschaffung der Rechtsordnung widerstreitet“. Nach Frank erfordert das Wesen der Rechtswidrigkeit, „daß der Vermögensvorteil dem Vermögen eines Andern im Widerspruch mit den Grundfäden des Privatrechts entzogen wird“, womit also lediglich an die Stelle der „Rechtsordnung“ die „Grundfäden des Privatrechts“ treten, also wiederum dem Praktiker wenig geholfen ist. Nach Ushausen endlich „ist rechtswidrig ein Vermögensvorteil nur „dann, wenn das Objekt, auf das er sich bezieht, einerseits nicht Gegenstand eines dem Betroffenen „zustehenden Rechtsanspruches ist, andererseits aber dem Vermögen eines Andern in einer den „privatrechtlichen Grundfäden widersprechenden Weise, d. h. wider seinen wahren Willen entzogen wird“, eine Verbindung der reichsgerichtlichen mit der Frank'schen Ansicht, gegen deren Formulierung jedenfalls der Umstand spricht, daß es, wenn ein Rechtsanspruch besteht, wie Ushausen selbst einräumt, auf den wahren Willen gar nicht ankommt. Am richtigsten wird man jeden Vermögensvorteil für einen rechtswidrigen erklären, der ohne Gewährung eines Äquivalents aus der Schädigung auf Kosten des Andern erwächst, sodas der rechtswidrige Vermögensvorteil nur der umgewandelte rechtswidrige Schaden ist. Also nicht dies genügt zum Betrage, daß der Betrüger einen Vermögensvorteil erlangt, während ein Anderer Schaden erleidet, sondern der Vorteil auf der einen Seite muß dem Nachteil auf der anderen entsprechen, indem der dem Vermögen des Andern entzogene Wert in das Vermögen des Betrügers übergeht (Hälschner).

Hieraus folgt, daß ein Vorteil, auf welchen kraft Gesetzes oder kraft Vertrages ein Recht besteht, niemals ein rechtswidriger ist, mag er auch durch Täuschung bzw. bei der Erpressung durch Gewalt oder Drohung erstrebt werden: Binding Lebr. I 362, Frank N. VII 3 Abs. 1, 3, v. Liszt 470, Ushausen N. 45a, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schübe 456 N. 24; RG. 11./12. 82 C. 7 378, 7./7. 84 C. 11 72, 16./10. 84 C. 11 155, 12./11. 89 C. 20 56. Auch wenn an sich ein Recht auf ihn besteht, wird er zu einem rechtswidrigen, wenn man — ein bei der Erpressung nicht festeter Fall — seine Befriedigung durch einen Nichtverpflichteten sucht: Ushausen N. 45b, Rüdorff N. 5.

c) Der Täter will den Vermögensvorteil entweder sich oder einem Dritten zuwenden, zwei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Tatbestandes, sodas die alternative Feststellung genügt: RG. 2./7. 94 C. 29 35. Der Dritte kann auch eine juristische Person sein, die zum Rechts-erwerb befähigt ist: Ushausen N. 48, Rüdorff-Stenglein N. 21; RG. 19./3. 80. Er braucht nicht selbst die Absicht oder das Bewußtsein rechtswidriger Vermögensbereicherung oder auch nur Kenntnis von der Art und Weise zu haben, wie der Vorteil erlangt ist: Ushausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O. Will der Täter den Vorteil einem Dritten verschaffen, so muß der Vorteil

nicht nur für den Dritten, sondern auch für den Täter selbst ein rechtswidriger sein, widrigenfalls der Täter nur beabsichtigen kann, sich selbst einen rechtmäßigen Vorteil zu verschaffen und diesen auf den Dritten zu übertragen: RG. 13./10. 03 C. 36 384.

d) Wenn ferner das Gesetz ausdrücklich die Absicht der Vermögensbereicherung verlangt, so besagt dies, daß der Betrüger die Vermögensbereicherung gewollt haben muß. Und zwar muß, sofern dieses Tatbestandsmoment sich nicht verflüchtigen soll, der Bereicherungswille positiv vorhanden sein; durch das Bewußtsein des Täters, sein Tun könne ihm einen Vermögensvorteil verschaffen, wird die Bereicherungsabsicht nicht ersetzt; der Eventualdolus genügt hier nicht. Hierüber sind sich Theorie und Praxis einig. Ebenmäßig muß sich der Täter der Rechtswidrigkeit, des Mangels der subjektiven Berechtigung bewußt sein. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels gar nicht berufen hat, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich ihres Mangels bewußt gewesen ist. Die objektive Rechtswidrigkeit muß stets vorhanden sein, die irrtümliche Annahme der Rechtswidrigkeit genügt nicht: Frank N. VIII, Olshausen N. 53c; anders auch hier unter Festhaltung der Theorie vom untauglichen Versuch das Reichsgericht, vgl. oben § 253 N. 5b. Das Motiv ist gleichgültig; ob der Täter aus Gewinnsucht handelt, ob, um den Geschädigten, z. B. den Sammler durch Unterschlebung eines unechten Gemäldes, zu blamieren, aus Rachsucht usw., immer will er die Bereicherung; a. M. Frank N. VII 3 Abf. 4, gegen welchen zu vergleichen Binding Lehrb. I 365.

e) Wie oben ausgeführt wurde, kann der Kaufszusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung nur durch eine Handlung des Getäuschten vermittelt werden, welche eine Folge der Täuschung ist. Dieser Kaufszusammenhang muß den Vermögensvorteil umfassen, zwischen der Täuschung, dem Vermögensnachteil und dem Vermögensvorteil der ursächliche Zusammenhang bestehen, daß der Dolus des Betrügers die Täuschung und die durch sie verursachte Vermögensbeschädigung als die ihm Gewinn bringenden Faktoren in Bewegung setzt. Die Irrtumsregung ist also das Mittel, das den Getäuschten bestimmt, durch sein Handeln dem Betrüger oder einem Dritten den Vermögensvorteil zuzuwenden: Binding Lehrb. I 340, Hälschner II 268, 273, Mertel S. S. III 764, IV 434, Meyer-Alsfeld 482, Olshausen N. 50, Schütze 471 N. 7, und RG. 21./12. 81 C. 5 277; a. M. Oppenhoff-Deilus N. 12. Somit ist zwischen der Vermögensbeschädigung und dem Vermögensvorteil Wechselwirkung erforderlich; der Vermögensvorteil soll auf Kosten des Geschädigten geschehen, der dem Vermögen des Betrogenen entzogene Wert in das Vermögen des Betrügers übergehen; der Kaufszusammenhang fehlt, wenn der Vorteil von einem Dritten kommt, z. B. die Täuschung gegen Belohnung ausgeführt wird: Binding und Olshausen a. a. O. und RG. 21./12. 81 C. 5 277; a. M. RG. 23./3. 88 C. 17 264. „Der normale Fall ist, daß der Vorteil dem Gegenstande nach mit dem zusammenfällt, was dem Beschädigten entzogen wird“ (Mertel), aber mag es auch tatsächlich so sein, so ist es doch nicht erforderlich, daß die Objekte der Vermögensbeschädigung und der Bereicherung identisch oder gleichwertig sind: Mertel 329, Olshausen und Schütze a. a. O. und RG. 23./3. 88 C. 17 264, 13./5. 95 C. 27 217, 16./1. 00 C. 33 78; a. M. Frank N. VII 3 Abf. 1 (für den Betrug, nicht für die Erpressung § 253 N. V) und Mertel S. S. III 373.

9. Das Delikt ist, anders als bei der Erpressung § 253 N. 6, vollendet, wenn die eine Vermögensbeschädigung enthaltende Disposition des Getäuschten erfolgt ist: Berner 587, Binding Lehrb. I 361, Birmeyer Einzstf. 1177, Frank N. VIII, Hälschner II 275, v. Liszt 467, Mertel 329, S. S. III 774, Meyer-Alsfeld 482, Olshausen N. 52, Oppenhoff-Deilus N. 10, 24, 29, Rüdorff-Stenglein N. 38, Schütze 473, v. Schwarze N. 30, v. Wächter 459; RG. 15./3. 83 C. 8 164, 29. 1. 09 C. 42 171. Dagegen ist ebensowenig wie bei der Erpressung die Erreichung des Vermögensvorteils erforderlich: Binding Lehrb. I 364, Frank, Hälschner, Olshausen und Schütze a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 2, v. Wächter 458; RG. 29./4. 86 C. 14 229.

Der Versuch ist strafbar. Er beginnt mit dem Beginn der Täuschungshandlung und wird durch ihren Abschluß zum vollendeten Versuch: Frank N. VIII, Hälschner II 276, v. Liszt 470, Mertel S. S. III 776, Olshausen N. 53a, Oppenhoff-Deilus N. 76, Rüdorff-Stenglein N. 37, Schütze 473; RG. 28./10. 95 C. 28 144. Von diesem Beginn an reicht er bis zum Eintritt der Vermögensbeschädigung, sei es, daß entweder die Täuschung, oder daß die Vermögensbeschädigung mißlungen ist. Er liegt auch dann vor, wenn zwischen dem Täuschungsakt und der wirklich eingetretenen Täuschung ein Kaufszusammenhang nicht nachweisbar ist: Olshausen N. 52b, 3 und RG. 23./2. 83 C. 3 392. Wegen des sog. untauglichen Versuchs gelten die allgemeinen Grundsätze, sobald insbesondere dann kein Versuch vorliegt, wenn eine Täuschung bzw. Vermögensbeschädigung durch das gebrauchte Täuschungsmittel absolut ausgeschlossen ist. A. M. das RG., und zwar auch, wenn der angestrebte Vermögensvorteil objektiv nicht rechtswidrig ist: RG. 7./7. 84 C. 11 72; für den Fall, daß durch die betrügerische Operation ein nur vermeintlich vorhandenes Vermögensobjekt erlangt werden soll, auch Frank N. VIII.

10. Der Betrug ist nach Abj. 3 ein relatives Antragsdelikt, nämlich wenn er gegen Angehörige (§ 52), Vormünder (§ 174 Nr. 5a) oder Erzieher (§ 174 Nr. 5e) begangen wird. Jedoch nur, wenn diese Personen die Geschädigten, nicht aber, wenn sie nur die Getäuschten sind: Hälschner II 277, v. Liszt 470, Olshausen Nr. 57 Abj. 2. Die Bestimmung des § 247 Abj. 3 gilt analog auch für den Betrug; so die herrschende Meinung; a. M. wegen des Begünstigers Mertel S. 5. III 778.

11. Sehr bestritten ist die Frage, wie weit der Betrug mit anderen Delikten konkurrieren kann, welche ebenfalls auf Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sind oder sich des Mittels der Täuschung zu bedienen pflegen. Aus der großen Zahl dieser Delikte — vgl. die Aufzählung bei Frank Nr. X und Olshausen Nr. 56 — sollen hier nur die folgenden herausgehoben werden.

a) Idealkonkurrenz ist möglich mit den Münzdelikten der §§ 146, 147, 150, nicht aber § 148. Realkonkurrenz mit § 146 ist ausgeschlossen. Vgl. Binding Lehrb. I 334 und Olshausen Nr. 56c. v. Wächter 465 bestrittet jede Konkurrenz.

b) Mit Diebstahl ist weder Ideal- noch Realkonkurrenz möglich: RG. 2./10. 06 C. 39 239.

c) Wer die ihm infolge seiner Täuschungshandlung anvertraute Sache sich aneignet, begeht nicht Betrug, sondern Unterschlagung: Frank Nr. VI 1b. Die herrschende, auch vom RG. befolgte Lehre nimmt Betrug an, wenn der Täter von vornherein sich die Sache aneignen wollte, dagegen Realkonkurrenz, wenn er den Entschluß nachträglich gefaßt hat: Olshausen Nr. 56e 2.

d) Mit der Erpressung durch Drohung ist Idealkonkurrenz möglich, wenn das abgenötigte Verhalten auch durch Täuschung bezüglich mit dem angedrohten Übel nicht in Verbindung stehender Tatsachen bewirkt ist: Olshausen Nr. 56f und RG. 17./3. 90 C. 20 326. Hiermit ist zum Teil einverstanden Frank § 253 Nr. VI 4, wo gegen Binding Lehrb. I 365 Nr. 5, 373 nur Erpressung annimmt. Zu strafen ist wegen der kumulativ zugelassenen Geldstrafe aus § 263.

e) Ebenso mit der schweren Urkundenfälschung; siehe unten § 268 Nr. 6.

f) Ebenso ist mit dem Spottelbelleid des § 352 Idealkonkurrenz gegeben, wenn besondere Täuschungsakte unterlaufen.

g) Mit dem Nahrungsmittelgesetz § 10 ist Idealkonkurrenz möglich, und die Strafe ist aus § 263 zu bestimmen: RG. 2./7. 96 C. 29 35. Realkonkurrenz ist ausgeschlossen, wenn bei der Fälschung von vornherein Betrug beabsichtigt war: RG. 11./12. 84 C. 11 355. Übereinstimmend Frank Nr. X 7 und Olshausen Nr. 56 k, a. M. wegen § 10 Nr. 2 Binding Lehrb. I 365 Nr. 5.

§ 264.

Wer im Inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist, wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

1. Durch den wiederholten gleichartigen Rückfall wird der Betrug zu einem Verbrechen. Die Ausführungen zu §§ 244, 245 greifen hier Platz. Der Rückfall liegt auch dann vor, wenn eine der Vorstrafen, weil der Betrug mit einem schwerer strafbaren Delikte ideell konkurrierte, nur aus dem das letztere betreffenden Strafgesetz erkannt wurde: RG. 15./10. 88 C. 18 193.

2. Nach Olshausen Nr. 2 und Rüdorff-Stenglein Nr. 5 ist bei dem Rückfall der Strafantrag nicht erforderlich, weil, wie die Stellung der §§ 123 Abj. 2 (jetzt Abj. 3), 247 beweiße, eine Ausdehnung des § 263 Abj. 4 auf § 264 der ganzen Redaktionsweise des StGB. widersprechen würde. Dieser formalistische Grund trifft nicht zu. Allerdings ist es richtig, daß die in dem Besonderen Teil enthaltenen Bestimmungen über mildernde Umstände, Antrag, Rückfall nicht vorweisen auf die in den nachfolgenden, sondern rückweisen auf die in den vorhergehenden Paragraphen normierten Delikte. Aber abgesehen davon, daß § 264 dem § 263, also auch dem Abj. 4 des § 263, nachfolgt, handelt es sich, wie Olshausen § 50 Nr. 3 selbst anerkennt, nicht um ein äußeres Tatbestandsmerkmal, sondern um eine persönliche Eigenschaft des Täters, welche den rechtlichen Charakter der Tat selbst ganz unberührt läßt. Ist und bleibt die Tat aber stets der Betrug des § 263, einerteil ob sie nicht im Rückfall oder ob sie im Rückfall begangen wird, so ist die Beziehung des für

sie Vorgeordneten auf ihre rückfällige Begehung in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern ist etwas Selbstverständliches. Auch ist dem inneren Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber zu einer derart verschiedenen Behandlung des Rückfalldiebstahls und des Rückfallbetruges hinsichtlich der Antragsbefugnis des Verletzten bewegen haben könnte, zumal es sich hier wie dort um Straftaten gegen das Vermögen handelt, bei denen für die Gewährung der Antragsberechtigung im wesentlichen gleiche Verhältnisse obwalten. Übereinstimmend Frank N. II, Oppenhoff-Delius § 263 N. 78 und RG. 3./5. 10 C. 43 363.

§ 264a.

Wer aus Not sich oder einem Dritten geringwertige Gegenstände zum Schaden eines anderen durch Täuschung (§ 263 Abs. 1) verschafft, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

1. Diese durch die Novelle v. 19. Juni 1912 (oben I 20) eingestellte Bestimmung geht der des § 248a mit der Maßgabe parallel, daß wie bei dem Betrage dem Sichverschaffen das Verschaffen einem Dritten gleichgestellt ist, als Mittel des Verschaffens die Täuschung eines Anderen, der auch hier nicht mit dem Geschädigten identisch zu sein braucht, dient und endlich der Versuch strafbar ist. Bezüglich dieser drei Maßgaben ist auf die entsprechenden Ausführungen zu § 263 und im übrigen auf die Ausführungen zu § 248a zu verweisen. Die schärfenden Rückfallsbestimmungen des § 264 finden, abgesehen schon von der Stellung der beiden Paragraphen, auf diesen Notbetrug keine Anwendung, da es sich um ein gegen den gemeinen Betrug materiell privilegiertes, formell selbständiges Delikt handelt.

Regelmäßig wird der Bettelbetrug und vielfach der Zechbetrug hierher gehören.

2. Objekt des Delikts ist ein Gegenstand, nämlich eine Sache; vgl. § 242 N. 2. Jedes andere Objekt, z. B. eine Forderung, erfüllt den Tatbestand des gemeinen Betrugs.

3. Vollständig formuliert würde Abs. 1 lauten:

Wer aus Not in der Absicht, sich oder einem Dritten rechtswidrig einen geringwertigen Gegenstand zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird usw.

Das Delikt erfordert also den subjektiven und objektiven Tatbestand des gemeinen Betrugs. Es ist vollendet, wenn der Gegenstand verschafft, also in Gewahrsam genommen ist; vorher liegt nur Versuch vor. Zum Versuch und Antrag vgl. § 263 N. 9, 10. Idealkonkurrenz mit § 263 ist ausgeschlossen, indem gemeiner Betrug vorliegt nicht nur, wenn nicht aus Not gehandelt wurde, sondern auch wenn der Vorfall auf einen nicht sachlichen oder nicht geringwertigen Gegenstand gerichtet war. Wird zwar aus Not gehandelt, aber geringwertige und nicht geringwertige Gegenstände verschafft, so findet nur § 263 Anwendung.

4. Zum Dolus gehört wie beim Delikt des § 248a das Bewußtsein der Geringwertigkeit.

5. Anders als in § 263 ist die Geldstrafe wahlweise und an erster Stelle (§ 28 Abs. 2) angedroht.

§ 265.

Wer in betrügerischer Absicht eine gegen Feuergefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtkohn versichert ist, sinken oder stranden macht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

1. Das Gesetz stellt zwei herkömmlich unter dem Namen „Versicherungsbetrug“ zusammengefaßte Delikte, welche Elemente des Betruges mit Elementen bestimmter gemeingefährlicher Delikte verbinden, unter dieselbe Strafe.

a) Objekt des sog. Brandversicherungsbetruges ist jede gegen Feuergefahr versicherte Sache, bewegliche wie unbewegliche. Auch die in den §§ 306, 308 genannten Sachen: Bindung Lehrb. I 368, Frank N. II 1, Lshaujen N. 1b; a. M. Hälschner II 279, weil die Unwendbarkeit des § 265 voraussetze, daß die Handlung unter Umständen verübt wurde, vermöge deren ihre Beurteilung als gemeingefährlichen Verbrechen ausgegeschlossen ist. Die formelle Gültigkeit des Versicherungsvertrages ist, wie erforderlich, so — a. M. Frank N. II Abs. 2 — genügend, ohne daß es auf seine materielle Gültigkeit ankommt: Bindung und Lshaujen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 9.

Zur Inbrandsetzung vgl. unten § 306 N. 2. Die Zerstörung durch Explosivstoffe — § 311 — steht der Inbrandsetzung nicht gleich: Hälschner II 629, Merkel H. S. III 780, Lshaujen § 311 N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 5, Schütze 475 N. 17, wofür nicht in dem Versicherungsvertrage die Explosion dem Brande gleich erklärt ist: Bindung Lehrb. I 368, Lshaujen a. a. O.

b) Objekt des sog. Seeverversicherungsbetruges ist jedes auf dem Wasser zu benutzende Fahrzeug, wenn es selbst oder seine Ladung oder sein Frachtlohn gegen die Gefahren der Schifffahrt versichert ist. Andere Versicherungsgegenstände gehören nicht hierher; a. M. wegen der Ubergangsgelder Oppenhoff-Delius N. 8. Wegen des Strandens und Sinkens, zwei gleichwertiger Gestaltungsarten desselben Delikts, vgl. unten zu §§ 322, 323. Hälschner II 279 will § 265 nur dann anwenden, wenn durch die Handlung nicht das Leben eines Menschen gefährdet wird.

2. Bedingung der Strafbarkeit ist die betrügerische Absicht, der zum Tatbestande des Betruges erforderliche Dolus. Der Täter will ganz oder teilweise für sich oder einen Anderen die Versicherungssumme auf Kosten des in dem Irrtum verletzten Versicherers gewinnen, daß die Bedingungen gegeben seien, unter denen er zur Zahlung der Versicherungssumme verpflichtet ist: Berner 588, Bindung Lehrb. I 368, Frank N. III 3, Hälschner II 278, v. Liszt 471, Lshaujen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 9./12. 92 C. 23 352. Ist die Absicht nicht auf die Versicherungssumme, sondern auf irgendeinen anderen Vorteil gerichtet, z. B. auf eine Belohnung für die erste geleistete Hilfe, so findet § 265 keine Anwendung: Hälschner (N. 2), v. Liszt und Lshaujen a. a. O.

3. Der Täter braucht weder mit dem Eigentümer der versicherten Sache noch mit dem Versicherten identisch zu sein (§ 263: „sich oder einem Dritten“): Berner 588 N. 2, Frank N. IV, v. Liszt 471 N. 2, Meyer-Alsfeld 483, Lshaujen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 474; RG. 9./12. 92 C. 23 352, 30./1. 93 C. 23 426; ebenso, jedoch mit einer eigentümlichen, aber haltlosen Beschränkung Bindung Lehrb. I 368. Bestimmt derjenige, der die betrügerische Absicht hat, einen Anderen, dem sie fehlt, zur Ausführung, so ist jener der — mittelbare — Täter, und dieser ist Gehilfe: Bindung Lehrb. I 369 N. 2, Meyer-Alsfeld 483.

4. Der Versicherungsbetrug ist inhaltlich eine zu einem strafbaren Delikt erhobene Vorbereitungshandlung zum Betruge. Er ist vollendet mit dem Inbrandsetzen, dem Bewirken des Strandens oder Sinkens, und zur Vollendung ist nicht erforderlich, daß der Täter die beabsichtigte und vorbereitete Wahrheitserkennung durch Forderung der Versicherungssumme unternehmen oder gar diese schon erlangt hat: Hälschner II 278, Meyer-Alsfeld 483, Lshaujen N. 5.

Das Gebiet des strafbaren Versuches ist somit erheblich eingengt, aber es ist keineswegs beseitigt: Berner 588, Bindung Lehrb. I 368, Geyer II 60, Merkel H. S. III 781, Lshaujen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 475. Z. B. nicht die versicherte Sache selbst, sondern andere Gegenstände werden in Brand gesetzt, welche jene erst entzünden sollen, oder Schiffsbewegungen, welche die Strandung bezwecken: Rüdorff-Stenglein a. a. O.

5. Das Delikt wird herkömmlich als „Versicherungsbetrug“ bezeichnet; es steht im Abschn. 22, dessen Überschrift die in ihm behandelten Delikte der §§ 263, 265 der Unterteil als „Betrug“ gegenüberstellt; es verlangt den zum Tatbestand des Betruges erforderlichen Dolus. Daher wird es mehrfach für einen Spezialfall, Abart des Betruges, qualifizierten Betrug erklärt, für einen zu einem selbständigen Delikt erhobenen Versuch des Betruges: Bindung Lehrb. I 369, Wilmeyer Enzykl. II 177, Frank N. I, Wachenfeld H. S. II 306. Aber die Ausföhrung über die Vollendung des Delikts in N. 4 erweist die Irigkeit dieser Ansicht: die Inbrandsetzung usw., durch welche das Delikt vollendet wird, sind nicht selbst Täuschungsakte, sondern nur Vorbereitungshandlungen

für eine demnächstige Täuschung, das Delikt ist also ein selbständiges: Berner 588, Sältschner II 278, v. Liszt 472, Meyer-Malfeld 483, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schüge 474, v. Wächter 4660. Hieraus folgt:

a) Ein Strafantrag (§ 263 Abs. 4) ist nicht erforderlich: Frank N. I, v. Liszt 472, Olshausen N. 6 Abs. 2, Oppenhoff-Delius § 263 N. 78.

b) Durch eine Verurteilung aus § 265 wird der Rückfall des § 264 nicht begründet: v. Liszt 472, Olshausen N. 6 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein § 264 N. 2.

c) Konkurrenz ist möglich mit einer vorhergehenden landesgesetzlichen nichtbetrügerischen Überversicherung (Vorbemerkung zu Abschn. 22 Abs. 1) und mit einem nachfolgenden Betrug oder Betrugsversuch durch Aufstellung einer zu hohen Entschädigungssumme: Olshausen N. 6 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 21./1. 88 G. 17 62, 9./12. 92 G. 23 352. Die Mehrzahl der Autoren ist a. M., nämlich daß Überversicherung und Plusforderung nur als Momente in dem konkreten Tatbestande des Versicherungsbetruges, nicht neben diesem als selbständige mit ihm konkurrierende Delikte in Betracht kommen: Binding Lehrb. I 369, Frank N. I, Geyer II 61, Sältschner II 279, v. Liszt 472, Merkel N. 5. III 781, Meyer-Malfeld 483 N. 56, v. Schwarze N. 5.

6. Idealkonkurrenz ist möglich mit den gemeingefährlichen Verbrechen der Brandstiftung und Schiffsgefährdung, da diese Delikte keine betrügerische Absicht fordern. Siehe hierüber unten zu §§ 306 N. 5 Abs. 1, 308 Abs. 5, 323 N. 5.

§ 266.

Wegen Untreue werden mit Gefängnis, nebst welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

- 1) Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
- 2) Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;
- 3) Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Meßer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

1. Verletzungen unmittelbar oder mittelbar zivilrechtlicher Verpflichtungen sind, auch wenn dolos begangen, im allgemeinen (vgl. §§ 298, 329) nicht strafbar, werden aber durch § 266 in Anschluß an die bisherige Rechtsentwicklung unter gewissen Voraussetzungen aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Treu und Glauben unter Strafe gestellt. Das Wesen des Delikts besteht darin, daß eine zu den vom Gesetz aufgestellten Kategorien gehörige Person durch eine Handlung oder Unterlassung die ihr in der fraglichen Eigenschaft obliegenden Verpflichtungen verletzt und auf diese Weise die ihrer Aufsicht unterstellte Person oder Stiftung, den Auftraggeber uzw. benachteiligt: RG. 28./1. 80 G. 1 172.

2. Das Gesetz stellt drei selbständige Delikte als Vergehen der Untreue unter dieselbe Strafe. Die für jedes Delikt möglichen Täter sind ausdrücklich genannt, also eine analoge Ausdehnung auf andere Personen ausgeschlossen: Frank N. I 1, II Abs. 2 und Olshausen N. 1 Abs. 2, 4 Abs. 1: RG. cit. Die in der je einzelnen Nr. aufgezählten Personenkategorien sind einander gleich, so daß es unerheblich ist, wenn der Täter alternativ der einen oder der anderen Kategorie zugerechnet wird: Olshausen a. a. O. und RG. 28./8. 84 G. 11 244.

Folgende Grundzüge sind den drei Deliktformen gemeinsam.

a) Nur die Verletzung derjenigen Pflichten kommt in Betracht, welche durch die fragliche Eigenschaft bedingt sind; wird also außerhalb des verpflichtenden Verhältnisses gehandelt, so liegt keine Untreue vor: Werner 591, Binding Lehrb. I 400, Frank N. I 2, Hälshner II 393, Merkel 331 und S. S. III 783, Ushaujen N. 4a Abj. 3, 7 Abj. 1, Schüze 477; RG. 21./3. 89 G. 19 80. Daher ist es keine Untreue, wenn der Vormund für von ihm unterschlagene Mündelgelder Ersatz zu leisten unterläßt: RG. 23./11. 85. Ist dem Bevormundeten für eine Ungelegenheit wegen kollidierenden Interesses des Vormundes ein Pfleger gesetzt, so handelt der Vormund in bezug auf sie nicht als solcher, sondern in anderer Eigenschaft, z. B. als Schuldner des Mündels: RG. 28./1. 86 G. 13 333. Durch ganz außerhalb des Vollmachtsverhältnisses liegende Verfügungen kann keine Untreue begangen werden: RG. 4./2. 96 G. 28 155, 15./2. 99 G. 32 26, z. B. indem der Bevollmächtigte bezüglich seiner eigenen Schulden an den Vertretenen verfügt, denn hierzu ist er regelmäßig — WGB. § 181 — nicht ermächtigt. Es ist allerdings streitig, ob die Handlung innerhalb der durch das Treuverhältnis gewährten Zuständigkeit des Täters liegen muß. Diese Frage ist mit Frank N. III Abj. 4 zu bejahen. Auch das RG. bejaht sie, obgleich es einmal — 15./10. 80 G. 2 345 — für gleichgültig erklärt, ob der Vormund den Kreis seiner gesetzlichen Befugnisse überschreitet oder nicht; es genüge, wenn er seine amtliche Stellung zur Verübung der Untreue mißbrauche.

b) Die Untreue ist ein Vermögensdelikt, der durch sie bewirkte Nachteil muß ein Vermögensnachteil sein. Hieran darf die Formulierung der Nr. 1 nicht irre machen. Hiermit stimmen alle Autoren überein und ebemäßig RG. 28./4. 87 G. 16 77, 21./2. 93 G. 23 430, 20./2. 95 G. 27 39. Die Herbeiführung eines Vermögensnachteils ist gleichbedeutend mit der Vermögensbeschädigung des § 263: Frank N. IV, Ushaujen N. 2c, Rüdorff-Stenglein N. 2, 4, 10; RG. 20./9. 86 G. 14 401, 28./4. 87 G. 16 77, 1./12. 05 G. 38 266. Vgl. oben § 263 N. 7. Es genügt also schon eine Gefährdung, wenn sie eine nachteilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält: RG. 28./4. 87 G. 16 77, 20./2. 95 G. 27 39. Auch hier wird zwischen wirklichem Schaden und entgangenem Gewinn nicht unterschieden und sind die individuellen Verhältnisse des Benachteiligten zu berücksichtigen. Endlich braucht der Nachteil kein dauernder zu sein: RG. 21./3. 89 G. 19 80, 28./12. 06 G. 39 335.

c) In welcher Weise der Vermögensnachteil herbeigeführt wird, ist gleichgültig. Jede Handlung genügt, durch welche die Vermögenslage ungünstiger gestaltet wird. Dies kann also auch durch eine pflichtwidrige Unterlassung geschehen, z. B. der Vormund verschweigt bei Nachforschung nach dem außerehelichen Vater der Vormundschaftsbehörde, daß er selbst das Mündel gezeugt hat: RG. 24./6. 97 G. 30 191, oder der Bevollmächtigte läßt eine Forderung absichtlich verjähren: RG. 26./1. 85 G. 11 412. Hiermit stimmen überein, wie das RG., so auch Binding I 401, Frank N. III Abj. 3, v. Liszt 456, Meyer-Altfeld 500, Ushaujen N. 2d, 9a, Rüdorff-Stenglein N. 6, wogegen bei dem Bevollmächtigten ein Unterlassen für ungenügend erklären Hälshner II 394, Merkel S. S. III 783, Oppenhoff-Deilus N. 3, Schüze 477, 478 N. 9.

d) Der Versuch an sich ist nicht strafbar. Vollendet ist das Delikt mit dem Eintritt des Vermögensnachteils: Berner 591, Binding Lehrb. I 402, Hälshner II 394, v. Liszt 455, Ushaujen N. 2b, Rüdorff-Stenglein N. 26, Schüze 478; RG. 20./9. 86 G. 14 401. Da es sich also mit der Vornahme der schädigenden Handlung erschöpft, kann es nicht durch Aufrechterhaltung, Unterlassung der Weisung des als Folge der Handlung eingetretenen schädigenden Zustandes fortgesetzt werden: Ushaujen N. 2d, Rüdorff-Stenglein N. 10 Abj. 2; RG. 23./11. 85.

e) Die Untreue ist ihrer Natur nach ein vorzähliches Delikt, erfordert Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes. Der Täter muß die benachteiligende Handlung mit dem Bewußtsein wollen, daß sie zum Nachteil des Mündels, Vollmachtgebers, Geschäftsherrn gereicht, und daß er durch sie die ihm als Vormund usw. obliegenden Pflichten verletzt. Wenn das Geheiß die Absicht der Benachteiligung verlangt, so hat dies die prozeßualische Bedeutung, daß der Richter den Dolus auch dann ausdrücklich feststellen muß, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit, Unkenntnis gar nicht beruft. Keineswegs aber ist, wie Merkel S. S. III 783, IV 441, Oppenhoff-Deilus N. 1 und v. Schwarze N. 1 annehmen, erforderlich, daß er den Nachteil um des Nachteiles willen gewollt hat, vielmehr bedeutet hier Absicht den Voratz, nicht aber den Zweck, das Motiv: Binding Lehrb. I 402, Finger I 266, Frank N. V, Geyer II 62, Hälshner II 393, v. Liszt 456, Meyer-Altfeld 500, Ushaujen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 28./1. 80 G. 1 172, 23./3. 80 G. 1 329, 24. 6. 97 G. 30 191. Wie bei der Vermögensbeschädigung des Betruges genügt auch hier Causaldolus: v. Liszt 456 N. 3, Meyer-Altfeld 500 N. 18, Ushaujen N. 12 und RG. 21./11. 82 G. 7 279; a. M. Frank N. V.

3. Zu Nr. 1.

Da die Untreue ein Vermögensdelikt ist, muß auch bei der Aussicht über eine Person die Möglichkeit einer Vermögensbeschädigung gegeben sein. Der Begriff der Sache greift über den engeren Begriff eines begrenzten, also körperlichen Gegenstandes hinaus, umfaßt Ver-

mögensgegenstände jeder Art, also auch Besitz und Rechte, und zwar nicht bloß einzelne Sachen, sondern auch Vermögensmassen: v. Liszt 455, Meyer-Alsfeld 499 R. 12, Dshhausen N. 3 Abj. 2; RG. 16./10. 05 E. 38 190. Daß eine eigentliche Vermögensverwaltung zu den Obliegenheiten des Täters gehöre, ist nicht erforderlich: RG. 28./8. 84 E. 11 244.

Der Kreis der hier genannten Personen darf — R. 2 Abj. 1 — nicht im Wege der Analogie ausgedehnt werden, hat aber durch mehrere Spezialgesetze eine gesetzliche Ausdehnung erfahren.

Zu den Vormündern gehören hier auch die Gegenvormünder: Binding Lehrb. I 399, Frank R. II, Dshhausen N. 4a Abj. 1. Die Kuratel ist ein kraft des Gesetzes bestehendes Schutzverhältnis, auf Grund dessen nicht die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen, sondern die Wahrung spezieller und vorwiegend sachlicher Interessen übertragen ist: RG. 7./4. 93 E. 24 110. Somit ist Kurator der nach BGB. §§ 1909 ff. bestellte Pfleger: Binding, Frank, Dshhausen a. a. D. und RG. 30./6. 08 E. 41 385, der Beistand der Mutter aber nur im Fall des BGB. § 1963: Binding, Frank, Dshhausen a. a. D. und RG. 13./9. 02 E. 35 338. Kein Kurator ist der „Kurator“ einer städtischen Sparkasse in Preußen: Frank und Dshhausen a. a. D. und RG. 7./4. 93 E. 24 109. Ebenso ist kein Kurator der elterliche Gewalthaber und der Ehemann als Verwalter des Frauervermögens: Binding und Dshhausen a. a. D., Schütze 478 N. 10; RG. 17./1. 87 E. 15 211, 10./11. 87 E. 16 307. Die Treuerverpflichtung dauert noch über das Ende des Offiziums hinaus, bis die Schlußrechnung abgelegt und das Vermögen abgeliefert ist: Binding Lehrb. I 402, Frank R. II 1, Dshhausen N. 4a Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abj. 1; RG. 17./1. 88 E. 17 241; a. M. Meyer-Alsfeld 499. Nach RG. 16./2. 12 E. 45 434 ist Untrene auch an solchen Vermögensstücken möglich, die der Vormund zwar nach beendeter Vormundschaft, aber in Unkenntnis von der Beendigung erhalten hat. Das ist richtig, geht aber nicht weit genug, weil nach BGB. §§ 1682, 1893 dem Kennen das Kennenmüssen gleichsteht.

Massenverwalter ist z. B. der Konkursverwalter: RG. 28./9. 94 E. 26 106, nicht aber die Mitglieder des Gläubigertauschusses: Frank R. II 1 und RG. 17./1. 07 E. 39 383.

Sequester ist z. B. der Verwalter eines unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstücks: RG. 16./10. 05 E. 38 190.

4. Zu Nr. 2.

Durch diese Vorschrift sollen nach den Motiven diejenigen nach dem früheren preussischen Strafrecht zweifelhaften Fälle rechtswidriger Verfügung über fremde Sachen mitumfaßt werden, in denen der Begriff der Unterschlagung deswegen nicht zutrifft, weil eine körperliche Sache, die der Täter im Besitz oder Gewahrsam hätte, nicht vorliegt, oder weil es sich um eine widerrechtliche Verfügung über eine körperliche Sache handelt, die der Täter nicht im Besitz oder Gewahrsam hat.

a) Bevollmächtigter ist derjenige, welchem die selbständige Vornahme von Rechtsgeschäften für einen Anderen auf Grund spezieller Übertragung oder nach dem Gesetze auf Grund eines allgemeinen Vertragsverhältnisses zusteht. Somit sind diejenigen Fälle ausgeschlossen, in denen der Auftraggeber sich nur durch die rein tatsächliche, mechanische, technische Tätigkeit unterstützen läßt, sich des Anderen namentlich nur als eines Boten bedient. Das Entscheidende ist, daß der Bevollmächtigte eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit auszuüben hat. Vgl. RG. 9./1. 83 E. 7 377, 14./7. 84 E. 11 241, 12./11. 94 E. 26 230, 23./2. 09 E. 42 209, 10./6. 10 E. 43 432. Dabei ist es gleichgültig, ob eine direkte Stellvertretung vorliegt, bei welcher der Bevollmächtigte im Namen des Auftraggebers, oder eine indirekte, bei welcher er für den Auftraggeber im eigenen Namen mit dem Dritten das Rechtsgeschäft abschließt: RG. 9./1. 83 E. 7 377. Die Vollmacht zur Vornahme des Rechtsgeschäftes ist entweder speziell, unmittelbar übertragen; dann muß die benachteiligende Verfügung nicht notwendig zu den kraft des Auftrages vorzunehmenden Geschäften gehören, falls sie nur nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem Auftrage steht; und eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten enthält: RG. 15./2. 99 E. 32 26. Oder sie ist die mittelbare, aus dem Gesetze fließende Folge eines allgemeinen Vertragsverhältnisses: RG. 14./7. 84 E. 11 241, 3./6. 89 E. 19 271, 17./1. 07 E. 39 383. Daher geboren Beamte nicht hierher, weil ihr Vertretungsrecht nur auf dem Gesetze beruht: Binding Lehrb. I 399, Frank R. II 2, Meyer-Alsfeld 429, Dshhausen N. 6a; a. M. RG. 9./11. 86 E. 15 41. Ferner aber die Gerichtsvollzieher: die genannten Autoren a. a. D. und RG. 10./6. 86.

Hiernach sind Bevollmächtigte z. B.: die nicht von der Vertretung ausgeschlossenen Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft: Frank R. II 2, Dshhausen N. 6b1a, Rüdorff-Stenglein N. 17 Abj. 2; RG. 3./6. 89 E. 19 271, 17./11. 92 E. 23 315, 10./11. 94 E. 26 246, 2./12. 09 E. 43 50; a. M. Binding Lehrb. I 399, Meyer-Alsfeld 499, Oppenhoff-Delius N. 14. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft: RG. 21./11. 82 E. 7 279. Die Liquidatoren einer aufgelösten Handelsgesellschaft: RG. 1./3. 88. Der Gemeinschuldner, dem von dem Konkursverwalter die Fortführung des Geschäfts übertragen ist: RG. 31./1. 07 E. 39 414. (A. M. mit Recht: Frank

III Abs. 1. Gehört die Masse dem Kontursverwalter? Er ist doch selbst nur Verwalter, nämlich Massenverwalter: RG. 28./9. 94 C. 26 106.) Handlungsreisende und Agenten, wenn für Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn ermächtigt sind, mag ihnen auch eigene Leistungsfähigkeit sowie Bewilligung von Stundung oder Teilzahlung unterjagt sein: RG. 10./6. 10 C. 43 432.

Keine Bevollmächtigten sind z. B.: ein Waldwärter: RG. 9./1. 83 C. 7 377; ein Mitglied eines Gläubigerausschusses: RG. 17./1. 07 C. 39 383; ein bloßer Vote, auch wenn er auf die ihm mitgegebenen Abkommensquittungen die Beiträge von den Abkommen einzuziehen hat: RG. 23./2. 09 C. 42 211.

b) Eine bestimmte Form der Bevollmächtigung ist nicht erforderlich, die Befugnis zur Übernahme von Rechtsgeschäften braucht nur eine tatsächlich eingeräumte zu sein: RG. 15./12. 80 C. III 283, 4./5. 08 C. 41 265. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Bevollmächtigte dem Auftraggeber zivilrechtlich für seine Verfügungen verantwortlich ist oder, z. B. wegen Minderjährigkeit, nicht ist: RG. 30./1. 90 C. 20 262. Ebenso ist der Umstand belanglos, daß das Vollmachtsverhältnis als gegen die guten Sitten verstoßend zivilrechtlich nichtig ist, denn es handelt sich nicht um eine nach zivilrechtlichen Grundfällen aus dem Rechtsverhältnisse sich ergebende Rechtsfolge, sondern um eine in dem tatsächlich bestehenden Vertrauensverhältnisse wurzelnde, durch seine Natur begründete und deshalb von der zivilrechtlichen Gültigkeit der Vollmacht und des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts unabhängige Pflicht; wo der Bevollmächtigte — von der inneren Befugnis zur Geschäftsführung abgesehen — die ihm übertragene Machtbefugnis nach außen hin ausübt, handelt er als „Bevollmächtigter“ im strafrechtlichen Sinne: RG. 4./5. 08 C. 41 265. Wie der Vormund und Kurator (II. 3 Abs. 3) kann der Bevollmächtigte auch nach Aufhebung der Vollmacht Untreue begehen, solange er in der Lage ist, über das Vermögen des Machtgebers zu verfügen: Binding Lehrb. I 402, Frank N. II 2, Ushausen N. 6d, Rüdorff-Stenglein N. 23 und RG. 14./6. 86 C. 14 184, 28./5. 09; a. M. Oppenhoff-Debus N. 14b. Ob er hinsichtlich des abzuschließenden Rechtsgeschäfts ershöpfernde Vorschriften erhalten hat oder ihm Spielraum für eigenen Entscheidung gelassen ist, bleibt unerheblich: Ushausen N. 7 Abs. 1 und RG. 23./3. 87.

c) Es genügt nicht wie in Nr. 1 ein Handeln allgemein zum Nachteil, sondern es wird eine unter Verletzung der aus dem Vollmachtsverhältnis entspringenden Treupflicht bewirkte Verfügung über ein Vermögensstück erfordert, eine Maßregel, welche in irgendeiner Weise eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstück herbeiführt; auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an: RG. 26./1. 85 C. II 412. Dieser Erfolg kann — vgl. oben N. 2c — auch durch eine Unterlassung herbeigeführt werden. Eine Verfügung liegt z. B. in dem Weglassen ohne Abziehen des dem Auftraggeber zuzurechnenden Abbatts: RG. 6./7. 80 C. 2 215; in der Einziehung der Schuldbeträge der Kunden seitens des Reisenden, auch im Fall ihrer Abführung an den Geschäftsherrn, wenn der Reisende andere Kunden als Zahler bezeichnet und damit ihre Schulden tilgen oder schon früher bezahlte Posten derselben begleichen will: RG. 28./12. 06 C. 39 335; durch käufliche Überlassung von Waren zu einem niedrigeren Preise, obgleich der Käufer mehr zu zahlen bereit ist und der Bevollmächtigte dies weiß: RG. 28./9. 94 C. 26 106; durch unentgeltliche Einräumung einer Mietwohnung, obgleich der Andere auf Verlangen eine Gegenleistung versprochen haben würde: RG. 19./6. 08.

d) Gegenstand der Verfügung ist ein Vermögensstück, d. h. Einzelobjekte des Aktivvermögens. Ob eine Sache Vermögensstück in diesem Sinn ist, bemißt sich nach den Bestimmungen des Zivilrechts: RG. 25./6. 80 C. 2 186, 28./12. 80 C. 3 150. Die für den Handelsverkehr nicht unwichtige Frage, ob ein Wechselaktzept in den Händen des Akzeptanten bzw. seines Bevollmächtigten ein Vermögensstück des Akzeptanten sei, ist zu verneinen, denn jedes Akzept ist für den Akzeptanten juristisch nur eine Verpflichtungsurkunde: Binding Lehrb. I 401 N. 5, Meyer-Alfeld 500 N. 16, Ushausen N. 8a; a. M. Frank N. III Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 22 und RG. 9./5. 84 C. 10 385, 1./3. 86 C. 13 376, 4./6. 86 C. 14 184, 17./11. 92 C. 23 315, 5./3. 09 C. 42 227, weil es sich um einen mit der Zeichnung des Akzeptanten abgeschlossenen einseitigen Akt der Schaffung neuer Werte handle (vgl. dazu die Kritik Bindings a. a. O.). Anders allerdings, wenn der Akzeptant den Wechsel hat auf sich indossieren lassen: Binding und Ushausen a. a. O. Ein Vermögensstück ist auch nach seiner ihm vom BGB. beigelegten, über die Natur der bloßen Beweisurkunde hinausgehenden Bedeutung der Hypothekenbrief: RG. 4./5. 08 C. 41 265. Kein Vermögensstück ist die Lastenfreiheit des Vermögens, denn durch die Schuldverbindlichkeit wird zwar die Person des Schuldners, nicht aber der zu leistende Gegenstand affiziert; daher wird durch die Belastung mit einer Schuld nicht über ein Vermögensstück verfügt: Frank N. III Abs. 1, Meyer-Alfeld 500 N. 17, Ushausen N. 9b und RG. 4./2. 84 C. 10 72; a. M. Binding Lehrb. I 401. Dagegen ist eine dingliche Belastung eine Verfügung über ein Vermögensstück: Frank und Ushausen

hausen a. a. O. und anscheinend auch Binding und Meyer-Alfeld R. 17 a. a. O. („reine Belastung“).

e) Ob das Vermögensstück dem Auftraggeber gehört, ist ausschließlich nach dem Zivilrecht zu beurteilen: v. Liszt 455, Olshausen R. 8b Abf. 1; RG. 10./6. 90 O. 20 436. A. M. Merkel S. 5. III 783 N. 5, nämlich daß „Vermögensstück“ nicht zivilistisch, sondern wirtschaftlich aufzufassen sei, wonach z. B. der Nichterwerb eines Vermögensstückes für den Auftraggeber, die Verfügung über das Vermögensstück eines Dritten, der zur Herausgabe an den Auftraggeber verpflichtet ist, Untreue wäre (vgl. Frank R. III Abf. 1, Meyer-Alfeld 444, 500 N. 17). Nicht ausgeschlossen ist, daß das Vermögensstück im Miteigentum des Täters steht: Olshausen a. a. O. und RG. 10./6. 90 O. 20 436. Entscheidend ist die Zeit der Tat, sodaß Vermögensstücke, welche dem Eigentümer vorher gehört haben oder nachher in sein Eigentum gebracht werden sollen, nicht hierher gehören: Olshausen und Meyer-Alfeld a. a. O.; RG. 31./3. 90 O. 20 358. Nach der von Binding Lehrb. I 402 und Olshausen a. a. O. geteilten Ansicht des RG. wird nach dem Sinne des Gesetzes nur erfordert, daß das Vermögensstück nach den Vorschriften des Zivilrechts der ausschließlichen Herrschaft des Auftraggebers unterstehe, was auch hinsichtlich derjenigen Vermögensstücke zutrefte, die seiner Obhut mit der Befugnis zur alleinigen rechtlichen Verfügung anvertraut, und für die er daher verantwortlich sei; so seien z. B. die Massenobjekte Vermögensstücke des Kontroversverwalters: RG. 28./9. 94 O. 26 106, 31./1. 07 O. 39 414. Diese Ansicht ist aber irrig, denn das Gesetz verlangt ausdrücklich, daß die „Stücke“ zum Vermögen des Auftraggebers gehören: s. auch Frank R. III Abf. 1. Vgl. oben R. 4a Abf. 2.

5. Zu Nr. 3.

Die Bestimmung lehnt sich an GewO. § 36 an, woselbst jedoch noch die Bücherrevidoren und diejenigen genannt werden, welche den Feingehalt edler Metalle feststellen. Nicht zu den Feldmessern gehören die mit der Vermessung unterirdischer Grubenbaue sich beschäftigenden Markscheider. Die nicht öffentlich angestellten Auktionatoren dürfen keine Immobilien veräußern, widrigenfalls sie nach GewO. § 147 Nr. 1 bestraft werden. Die Handelsmäler sind nach StGB. §§ 93 ff. nur Privatmäler, vgl. jedoch StGB. § 373 Abf. 2. Güterbestätiger (Güterbeistätter) sind Güterbeförderer, insbesondere von und nach den Güterbahnhöfen. Schaffner oder Schaffer oder Schmufer nannte man früher in Berlin die Vermittler des An- und Verkaufs kleinerer, meist gebrauchter Haus- und Küchengeräte, das Geschäft hieß Stuß, die Provison Schmuß; was jetzt unter Schaffner zu verstehen, hat der Verfasser dieses Kommentars trotz Nachhins und Herumfragens, z. B. bei der Hamburger Gewerbetammer, nicht ermittelt. Wäger und Meier sind auf Märkten, in Häfen und Niederlageplätzen mit dem Messen und Wägen der Handelsgüter befaßt. Bracker beschäftigen sich mit der Aussonderung von Waren. Die Schauer besorgen das Entladen und Löschen, die Stauer das Beladen der Schiffe.

Die Aufzählung ist nur eine beispielsweise: Frank R. II letzter Abf., Olshausen R. 10 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein R. 24. Alle Personen gehören hierher, welche zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit, also der verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörde auf die Beobachtung der bestehenden Vorschriften verpflichtet sind, z. B. auch die schon genannten Markscheider, Nahrungsmittelchemiker, Fleisch- und Trichinenbeschauer. Auf die nicht obrigkeitlich Verpflichteten findet das Gesetz keine Anwendung: RG. 29./9. 10 O. 44 67.

6. Nach Abf. 2 bildet die Begehung der Tat, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen fakultativen Schärferungsgrund. Daß der Vermögensvorteil ein rechtswidriger sei, ist nicht erforderlich: Frank R. VI, Hälshner II 394, v. Liszt 456, Meyer-Alfeld 500 N. 19, Olshausen R. 14; a. M. Binding Lehrb. I 403, II 264 N. 3 und Schüge 478. Mit dieser Maßgabe finden die Ausführungen § 263 N. 8, 9 Abf. 1 hier ebenfalls Anwendung. Namentlich gehört die Erreichung des Vorteiles nicht zur Delittsvollendung.

7. Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen, wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betruges, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend, sodaß z. B. ein Vormund, der, weil er Mündent des Mündels ist, wegen Unterschlagung straflos bleibt (§ 247 Abf. 2), wegen Untreue zu strafen ist: Werner 591, Meyer-Alfeld 500, Olshausen R. 16, Rüdorff-Stenglein R. 3, Schüge 479; RG. 26./2. 06 O. 38 363; a. M. Binding Lehrb. I 397, Handb. I 363 und Hälshner II 394. Wird die Untreue durch Einziehung von Forderungen begangen, so kann nach RG. 28./9. 09 O. 42 420 nur nach § 266 gestraft werden, weil der Täter das Vermögensstück zur Zeit der Aneignung nicht im Besitz oder Gewahrjam hat, und im strafrechtlichen Sinne die Aneignung bereits mit der Vollendung der Untreue stattfindet, für eine nochmalige Aneignung ohne vorgängigen Wiederverlust aber begrifflich kein Raum bleibt. Richtiger wäre aber idealen Konkurrenz anzunehmen, denn die Aneignung fällt zeitlich mit der Erlangung des Besitzes oder Gewahrjams zusammen. Die Strafe ist im Fall der Konkurrenz, sofern nicht Rückfall vorliegt, aus § 266 Abf. 2 zu bestimmen, ohne daß § 247 Abf. 2 Anwendung findet: Meyer-Alfeld 500, Olshausen R. 16 a z, Rüdorff-Stenglein R. 12, Schüge 479 N. 10; RG. 24. 11. 87 O. 16 343.

Durch spätere Reichsgesetze sind besondere Delikte der Untreue geschaffen. Zu diesen Gesetzen steht § 266 im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz, indem er durch sie als die spezielleren ausgeschlossen wird: Oshausen N. 16b und RG. 11./12. 03 C. 37 25. Vgl. Binding Lehrb. I 403ff.

Dreiundzwanzigster Abschnitt.

Urkundenfälschung.

Der Abschnitt umfaßt nicht alle Urkundendelikte — vgl. §§ 92 Nr. 2, 133, 299, 348, 349, 363 —, und auf der anderen Seite behandeln die §§ 274—279 besondere Delikte, welche zum Teil mit dem Begriff der Urkundenfälschung (§ 267) nichts gemein haben und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen in diesen Abschnitt verwiesen sind. In Verbindung mit § 363 Abs. 1 ist die Materie der Urkundenfälschung im Sinne GG. § 2 erschöpfend geregelt: Binding Handb. I 321, Oshausen N. 1.

§ 267.

Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft.

1. In den Motiven wird behauptet, der Begriff der Urkunde sei bekannt und stehe fest. In Wirklichkeit ist er so bestritten, daß die Lehre von der Urkundenfälschung schon aus diesem Grunde die unsicherste und schwierigste Partie des ganzen Besonderen Teils bildet. Die einfachste Definition wird die zutreffendste sein: Gegenstände, welchen Beweisraft für rechtlich erhebliche Tatsachen auf Grund einer maßgebenden Bestimmung zukommt. Das Gesetz unterscheidet öffentliche und nichtöffentliche Urkunden, welche letzteren zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sein müssen, läßt also die Fälschung derjenigen Urkunden straflos, welche weder öffentlich noch beweiserheblich sind. Das Delikt ist ein Formdelikt, welches nicht in der Verletzung einer konkreten materiellen Berechtigung, sondern in dem Mißbrauch der Urkundenform seine strafrechtliche Bedeutung hat, sodaß es gleichgültig ist, ob der Inhalt der Urkunde der Wahrheit entspricht und das Recht, das Rechtsverhältnis, für welches die Urkunde Beweis liefern soll, zivilrechtlich gültig ist: RG. 13./10. 92 C. 23 250, 10./12. 94 C. 26 302. Vgl. unten N. 10 Abs. 1.

Die Urkundenfälschung besteht darin, daß die Urkunde verfälscht oder fälschlich angefertigt und zum Zwecke einer Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht wird. An sich ein Vergehen — die einfache Urkundenfälschung des § 267 — wird sie zu einem Verbrechen — die qualifizierte des § 268 —, wenn der Fälscher sie in der Absicht begeht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen. Der Urkundenfälschung steht nach § 270 gleich, wenn Jemand von einer falschen Urkunde mit Kenntnis ihrer Falschheit zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, und der fälschlichen Anfertigung nach § 269, wenn er einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papier ohne dessen Willen oder seinen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt. Ist die Urkunde ein Legitimationspapier, so liegt die Übertretung des § 363 vor. Ist der Täter ein zuständiger Beamter, so findet § 348 Anwendung.

Die von Oshausen in ermüdender Ausführlichkeit mitgeteilte, in Bindings umfangreicher — Lehrb. II 169—262 — und lehrreicher, aber schwieriger Darstellung fortlaufend kritisierte reichsgerichtliche Praxis ist sehr reichhaltig, aber widerspruchsvoll. Einen Teil der Schuld trägt die zu generelle Fassung des Gesetzes.

2. Die Urkunde ist wie das gesprochene Wort eine Erklärung, unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß sie auf einem körperlichen Gegenstand fixiert, in ihm verkörpert, dieser also zugleich ihr Träger und Bestandteil ist: Frank N. II Abs. 2. Und zwar ist, wie auch die Motive bestimmt auszusprechen, der Urkundenbegriff nicht auf Schriftstücke beschränkt, sondern jeder körperliche Gegenstand kann Urkunde sein, ohne daß Form und Stoff entscheiden: Berner 597, Birkenmeyer Genzfl. 1187, Frank N. III 3 Abs. 2, Hälschner II 519, 533, v. Visz 520, Merkel 359, Meyer-Mülleb 604, Oshausen N. 3a, Müldorff-Stenglein N. 9 Abs. 2 und Abschn. 23 N. 1a, Wachenfeld SM. II 313 und RG. 9./2. 81 C. 4 4, 19. 12. 87 C. 17 103, 25./10. 89 C. 20 6, 11./7. 01 C. 34

435; a. M., nämlich für die Beschränkung auf Schriftstücke (geschriebene, gedruckte, lithographierte, gemeißelte u. ä.): Binding Lehrb. II 175 N. 4, 185, 194 und Schütze 485.

Der Gegenstand wird aber nur dadurch zur Urkunde, daß folgende Erfordernisse erfüllt werden:

a) Er muß durch einen maßgebenden Willen entweder von vornherein, also durch den Aussteller der Urkunde, oder später, durch den Aussteller oder einen Dritten, z. B. den Fälscher, die Bestimmung erhalten haben, zum Beweise einer Tatsache zu dienen, entweder eines äußeren Vorganges oder einer sog. inneren Tatsache: Berner 569, Binding II 188 ff., Birkmeyer Enzkl. 1187, Geuer II 100, Hälßchner II 520, v. Liszt 520, Merkel 309 und S. S. III 789, IV 442, Elsahaujen N. 3b, Oppenhoff-DeLius N. 40, Rüdorff-Stenglein N. 12 Abt. 2, Schütze 484 (anders für Privaturfunden 486 N. 11), Wachenfeld H. II 313; RG. 9./2. 81 E. 4 4, 19./12. 87 E. 17 103, 25./10. 89 E. 20 6, 29./12. 00 E. 34 53, 12./6. 03 E. 36 317, 7./12. 08 E. 42 97; a. M. v. Schwarze N. 1a und mehrere reichsgerichtliche Entscheidungen zumal aus älterer Zeit. „Gerade „diese Bestimmung ist es, welche dem Gegenstande erst diejenige Bedeutung für die *fides publica* „gibt, welcher der Straßschuß dient“ (Berner). Wenn Frank N. II statt dessen die Bestimmung für den Rechtsverkehr verlangt, so ist ihm mit Wachenfeld a. a. O. entgegenzuhalten, daß der besondere Rechtsschutz nur dem Beglaubigungsmittel gilt.

b) Die Bestimmung allein genügt jedoch nicht, denn für sich allein ist sie nur ein spiritualitätlicher Vorgang. Vielmehr muß die Urkundenqualität objektiv in erkennbarer Weise feststehen. Dies ist nur möglich, wenn der Gegenstand selbst zu erkennen gibt, daß ihm die Bestimmung durch eine menschliche Tätigkeit beigelegt wurde. Er muß daher nicht nur einen Gedanken vergegenständlichen, sondern auch den Willen, dies zum Zweck des Beweises einer Tatsache zu tun. In dies nicht der Fall, so ist er keine Urkunde, ist es auch dann nicht, wenn durch menschliche Handlungen oder sonstige Ereignisse derart auf ihn eingewirkt ist, daß er Merkmale oder Spuren davon aufweist, welche Bedeutung für den Beweis von Tatsachen haben. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. II 170, Frank N. III, Hälßchner II 520, 534, v. Liszt 520, Merkel S. S. III 789, 791, Oppenhoff-DeLius N. 57; RG. 7./12. 08 E. 42 97. Daß der urkundliche Charakter allgemein erkennbar sein müsse, ist damit nicht gesagt, sondern es genügt, wenn er es für den Kreis der Beteiligten ist: Frank N. III c, Hälßchner II 533, Meyer-Wilfeld 604; a. M. Binding, v. Liszt und Merkel a. a. O. Hierdurch erledigt sich der Streit, ob der Gegenstand von Menschenhand gefertigt oder zugerichtet sein müsse oder durch die Natur dargeboten sein könne — vgl. Hälßchner II 534, Elsahaujen N. 3a, Oppenhoff-DeLius N. 40, v. Schwarze N. 1a —, dahin, daß eine Einwirkung von Menschenhand in der angegebenen Weise auch auf den natürlichen Gegenstand stattfinden muß. Die Verabredung der Interessenten, einen natürlich gegebenen Gegenstand als solchen als beweisend, z. B. den durch zufälligen Stand oder Lage dazu geeigneten Baum oder Stein als Grenzzeichen, betrachten zu wollen, gibt ihm keine Urkundenqualität: Binding Lehrb. II 182, Frank N. III 3a, Hälßchner II 534, Merkel S. S. IV 446 N. 8; a. M. Elsahaujen N. 3a.

Entsprechend verlangt die Urkunde eine sichtbare Verknüpfung mit der Person des Ausstellers, indem dieser entweder ausdrücklich genannt oder in andere Weise erkennbar bezeichnet wird; es genügt daher nicht, wenn er nur unter Zuhilfenahme völlig außerhalb des Inhalts der Urkunde liegender Tatsachen erkennbar ist: Binding Lehrb. II 195 ff., Frank N. III 4, Hälßchner II 535, v. Liszt 521, Merkel S. S. III 793, Meyer-Wilfeld 605 N. 16, Elsahaujen N. 5 Abt. 2, N. 19, Oppenhoff-DeLius N. 63; RG. 8./4. 81 E. 4 69, 3./12. 94 E. 26 270, 7./5. 97 E. 30 118, 13./6. 07 E. 40 217. Ein Schriftstück ist somit keine Urkunde, wenn es nur mit „für (pro) N. N.“ unterzeichnet ist: RG. 5./3. 01 E. 34 205, 28./1. 02 E. 35 94. Binding a. a. O. kommt zu dem Resultat, daß nichtunterzeichnete schriftliche Erklärungen überall keine Urkunden seien; hiergegen auch Frank a. a. O.

Ob das Bruchstück einer Urkunde noch urkundlichen Charakter hat, läßt sich nur nach seinem verbliebenen Inhalt unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände bestimmen.

c) Nur diejenige Urkunde kommt als solche rechtlich in Betracht, welche rechtsverbindlich ist, also eine Tatsache bekundet, die für sich allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen für Entstehung, Erhaltung, Veränderung, Erlöschen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, gleichviel welcher Art es sei, ob ein öffentliches oder privates, von Bedeutung ist. Sie muß also zum Beweise einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt sein, die Rechtsverbindlichkeit ist ein wesentliches Moment des Urkundenbegriffs. Übereinstimmend Binding Handb. I 110, Lehrb. II 203, 206 N. 1, 221, Birkmeyer Enzkl. 1187, Hälßchner II 526 ff., v. Liszt 521, Merkel S. S. III 788, IV 443, Meyer-Wilfeld 604, Elsahaujen N. 3c, Schütze 484.

Für den angegebenen Begriff der Rechtsverbindlichkeit und für die gedachte Irrelevanz der Natur des Rechts hat sich auch das RG. ausgesprochen: 20./6. 80 E. 1 153, 22./9. 82 E. 7 47, 12./3. 83 E. 8 187, 7./5. 97 E. 30 118. Es bestreitet aber, daß die Rechtsverbindlichkeit ein wesentliches Moment der Urkundenfälschung sei, vielmehr sei sie nur ein hinzutretendes unterscheidendes

Merkmal, wichtig besonders für die Frage, ob in bezug auf eine bestimmte Urkunde ein bestimmtes Delikt begangen werden könne, aber ohne Belang für den Urkundenbegriff überhaupt: z. B. 19./12. 87 C. 17 103. Vgl. dazu das scharfe Urteil Bindings Lehrb. II 206 R. 1 Abf. 1.

d) Durch die Urkunde soll Beweis geliefert werden. Ob dies wirklich geschieht, lehrt erst ihre Anwendung. Aber „auch der testis nesciens bleibt Zeuge, auch die nichts beweisende Urkunde“ (Kries). Daher ist nicht erforderlich, daß die Urkunde diejenige rechtserhebliche Tatsache, zu deren Beweis sie bestimmt worden, wirklich zu beweisen geeignet ist, Beweisfähigkeit, Beweistauglichkeit, Beweiskraft besitzt: Werner 596, Binding Lehrb. II 204, Birkenmeyer Enzykl. 1187, Franke R. II Abf. 3, v. Liszt 522, Meyer-Alsfeld 604, Lshaujen R. 3c. R. R. sind Geier II 100, Hälschner II 529, Merkel III 788, IV 443 und in einer Reihe Entscheidungen des RG., z. B. 19./12. 87 C. 17 103, 29./12. 00 C. 34 53, 7./12. 08 C. 42 97, allerdings in inkonsequenter Formulierung: geeignet, bestimmt und geeignet, bestimmt oder geeignet.

Dies gilt ohne Beschränkung von der öffentlichen Urkunde. Diese ist, weil der Staat schlechthin Achtung vor der von ihm geschaffenen Urkundenform verlangt, schlechthin ein geeignetes Objekt der Fälschung: Werner 597, Hälschner II 528, v. Liszt 521, Lshaujen R. 4a Abf. 1. Dagegen die Privaturkunde genießt den Schutz des Gesetzes nur, wenn sie zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen, also unmittelbar von rechtlich erheblichen Tatsachen, von Erheblichkeit, also nicht bloß überhaupt beweiskräftig ist, sondern ein höheres Maß der Beweiskraft, eine potenzierte Beweisfähigkeit besitzt. Das Maß dieser Beweiserheblichkeit läßt sich nicht allgemein angeben, sondern untersteht regelmäßig dem richterlichen Ermessen. Wie aus dem Obigen hervorgeht, ist somit die Beweiserheblichkeit kein im Begriff der Urkunde liegendes, sondern ein zu den Begriffsmerkmalen hinzutretendes Merkmal, indem jede Urkunde beweiserheblich sein kann, die Privaturkunde es sein muß: v. Liszt 522, Meyer-Alsfeld 604, Lshaujen R. 4a Abf. 1; a. M. Merkel S. 5. III 788, IV 443 ff. Binding Lehrb. II 222, 225 meint, beweiserheblich bedeute: unter dem Gesichtspunkt des Beweises in Betracht kommend, für den Beweis nicht irrelevant, ein wesentliches Merkmal jeder Urkunde im Rechtsinne; somit seien, wie alle öffentlichen, so auch alle Privaturkunden gegen Fälschung geschützt. Aber läge die Beweiserheblichkeit schon im Begriff der Urkunde, so enthielte das Gesetz bezüglich der Privaturkunde eine Tautologie. Zudem wird, wozu allerdings unerkennbar auch die Praxis neigt, durch die Bindungsjiche Ansicht jeder Unterschied zwischen der Beweiserheblichkeit und der Fähigkeit, irgendeine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen, eigentlich aufgehoben. Durch die freie Beweistheorie wird, worauf Lshaujen R. 14 Abf. 3 zutreffend aufmerksam macht, der Unterschied zwischen der Beweisbestimmung und der Beweiserheblichkeit eingeschränkt, aber nicht, wie Schütze 486 R. 11 will, aufgehoben, so daß durch jene auch diese gegeben wäre.

3. Öffentliche Urkunden sind nach der allgemein angenommenen Definition in ZW. § 415 „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbezugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind“: Werner 597, Birkenmeyer Enzykl. 1187, Binding Lehrb. II 211, Franke R. IV 1, Hälschner II 525, v. Liszt 521, Merkel 359 und S. 5. IV 447, Meyer-Alsfeld 605 R. 17, Lshaujen R. 5 Abf. 1, Lppenhoff-Delius R. 43, Rüdorff-Stenglein R. 19, v. Schwarze Abchn. 23 R. 8; RG. 8. 4. 81 C. 4 69, 26./6. 83 C. 8 372, 10./3. 84 C. 10 192, 13./7. 88 C. 18 76, 21./6. 89 C. 19 352, 5./3. 09 C. 42 233, 6./4. 09 C. 42 287.

a) Behörde ist jedes Organ der Staatsgewalt, welches berufen ist, in dauernd organisierter, von der physischen Person des Beamten unabhängiger Amtsstelle selbständig unter öffentlicher Autorität für Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein, welches also befugt ist, amtliche Anordnungen Verfügungen, Entscheidungen zu treffen: RG. 21./6. 89 C. 19 352. Eine mit öffentlichem Glauben versehene Person ist eine individuell bestimmte Person, welcher für einen örtlich und sachlich begrenzten Kreis die Befugnis, Erklärungen oder Tatsachen mit voller Beweiskraft zu bezeugen, versichern oder eine Stellung übertragen ist, deren Beurkundung durch Gesetz öffentlicher Glauben beigelegt ist: RG. 31./5. 86 C. 14 175.

b) Die Urkunde kann, wie das Gesetz zur Vermeidung eines zwar nicht bei der privaten, wohl aber bei der öffentlichen möglichen Mißverständnisses ausdrücklich bestimmt, nicht bloß eine inländische, sondern auch eine ausländische sein. Entscheidend ist nicht der Entstehungsort, sondern der Umstand, ob die Behörde, die Urkundsperson eine in- oder ausländische ist: Binding Lehrb. II 216, Hälschner II 525, v. Liszt 521, Lshaujen R. 6, Lppenhoff-Delius R. 44. Daher ist die Frage, ob eine konkrete Urkunde eine öffentliche ist, nicht nach den Gesetzen des Entstehungsortes, sondern desjenigen Staates zu beantworten, dem die ausstellende Behörde angehört, oder welcher der Urkundsperson diesen Charakter beigelegt hat, freilich vorausgesetzt, daß der inländische Staat die ausländische Behörde oder Urkundsperson und ihre Amtstätigkeit anerkennt: Binding Lehrb. II 217, Hälschner II 525, Lshaujen R. 7 Abf. 1. Nach Ansicht Merfels S. 5. III 791 und des RG. ist überhaupt das Recht des Entstehungsortes maßgebend: 26. 6. 83 C. 8 372.

c) Die Frage nach der Amtsbefugnis, dem Geschäftskreis, der Form ist nach dem Geiz, der Dienstanweisung oder eventuell nach dem anerkannten Gebräuchen zu beurteilen. Unwesentliche Mängel der hiernach vorgeschriebenen Form nehmen der Urkunde nicht den Charakter der Öffentlichkeit, während andererseits eine öffentliche Urkunde nur dann vorliegt, wenn alle wesentlichen Formerfordernisse erfüllt sind, sodaß das Fehlen auch nur eines derselben der Urkunde den Charakter der Öffentlichkeit entzieht: Frank N. IV 1c, Dshaujen N. 7 Abj. 2; RG. 10./1. 84 E. 10 36, 24./6. 85 E. 12 231, 17./6. 92 E. 23 205, 3./10. 93 E. 24 281, 23./10. 94 E. 26 158, 6./10. 96 E. 29 92, 11./10. 10 E. 44 87. Im Zweifel hat allerdings jedes Formerfordernis als wesentlich zu gelten: Binding Lehrb. II 216 und Dshaujen a. a. D. Bei einer Urkunde mit einem mehrfachen Inhalt ist es möglich, daß sich der Formmangel nur auf einen Teil bezieht, und dann bleibt die Urkunde in bezug auf ihren weiteren Inhalt eine öffentliche: RG. 24./6. 85 E. 12 331. Auf jeden Fall muß aus der Urkunde hervorgehen, welche Behörde sie ausgestellt, welchen Amtscharakter oder welche Stellung die Urkundsperson hat: Frank und Dshaujen a. a. D.

Eine Abschrift ist nur Reproduktion der öffentlichen Urkunde, daher eine öffentliche Urkunde nur dann, wenn sie beglaubigt ist. So sind die von den preussischen Notaren bei den Akten zurückbehaltenen beglaubigten Abschriften einschließlich der Gebührenrechnung öffentliche Urkunden: RG. 17./9. 01 E. 34 360.

Wird eine Urkunde nicht aufgenommen, sondern nur beglaubigt, so wird sie durch die Beglaubigung nur zu demjenigen Teil, auf welchen sie sich bezieht, z. B. die Unterschrift oder die Eigenschaft des Ausstellers, in Verbindung mit dem Beglaubigungsvermerk zu einer öffentlichen: Binding Lehrb. II 217, Frank N. IV 1 Abj. 2, Dshaujen N. 7 letzter Abj.; RG. 1./2. 01 E. 34 114, 11./6. 03 E. 36 327.

d) Die öffentliche Urkunde soll unter Autorität des öffentlichen Glaubens für und gegen Jeden Beweis liefern. Soll die amtliche Feststellung einer Tatsache nach der maßgebenden Anordnung nicht diesem Zwecke dienen, ist sie insbesondere nicht für den Verkehr nach außen, sondern für den inneren bestimmt, zur Herstellung von Ordnung und Übersicht in der Geschäftsführung, zur Überwachung der Beamten oder zur gegenseitigen Kontrolle amtlicher Stellen bei geschäftlichem Verkehr, so stellt der Beamte durch die Feststellung keine öffentliche Urkunde her, weil es an dem staatlichen Willen, dieser Feststellung öffentlichen Glauben beizulegen, gebricht. Vgl. Binding Lehrb. II 214, Frank N. IV 1d, Dshaujen N. 5 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 10 Abj. 2; RG. 21./6. 89 E. 19 359, 9./10. 94 E. 26 138, 18./1. 09 E. 42 161. Die amtlichen Eingangsvermerke sind nur dann öffentliche Urkunden, wenn, was in der Regel nicht zutrifft, die maßgebende Anordnung ihnen Bedeutung für den äußeren Rechtsverkehr beilegt, z. B. anlässlich der Wahrung von Notizen und beim Grundbuch: Binding a. a. D. N. 5 und RG. 18./1. 09 E. 42 161.

4. Nach der Praxis des RG. sind öffentliche Urkunden z. B.:

die von der zuständigen Behörde geführten Straflisten: 21./1. 81 E. 3 204, 29. 11. 81 E. 5 175; die Gefangenbücher (vgl. unten § 271 N. 2; zustimmend Binding Lehrb. II 219 N. 1 Abj. 3, 220 N. IV 1, 283 und Dshaujen § 271 N. 2 Abj. 3 ff.; a. M. Frank § 271 N. III, v. Liszt 526 und mehrfach das RG.); die gemäß den Prozeßordnungen dem Akteuren zu übergebende beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde: 31./5. 86, 14./3. 90; das Notariatsattest betr. Übereinstimmung der Abschrift mit der Urchrift, auch insoweit es sich um die auf der Urchrift befindliche Gebührenrechnung handelt: 17./9. 01 E. 34 360 (Preußen); die Eintragung in ein Ständeregister: 20./5. 81 E. 4 198; die ständesamtlichen Urkunden, insbesondere die Auszüge aus den Ständeregistern: 4./12. 83, 11./2. 87; die von den Geistlichen nach dem Kirchenbuch ausgestellten Taufscheine: 21./11. 85 E. 13 65, 8./12. 96 E. 29 241 (Preußen), nicht aber die Scheine über die nach dem 1. Januar 1876 stattgehabten Geburten: 19./4. 87; polizeiliche Führungsatteste: 5./10. 91 E. 22 151; Keisepaß: 22./1. 11 E. 44 285 (Preußen); die Bescheinigungen der Bezirksfeldwebel in den Militärpässen über An- und Abmeldung: 28./6. 01 E. 34 302; die Zivilversorgungsscheine: 28./2. 95 E. 27 56; amtliche Siegel: 1./2. 87 E. 15 215; der an zollpflichtigen Waren angebrachte amtliche Warenverschluß (Bleiplombe): 13./12. 85 E. 13 193 (bedenklich Frank III 3a); amtliche Stempel: 9./1. 93 E. 23 378; die mit den vorgeschriebenen Vermerken der Postbeamten versehenen Postanweisungen: 14./4. 93 E. 24 130; die Quittungen der Postbeamten über Einzahlungen auf Postanweisungen: 8./11. 97 E. 30 369; der im Posteinführungsbuch vom Absender vermerkte Vermerk als Teil der Einlieferungsbescheinigung: 6./4. 09 E. 42 287; die amtlichen Vermerke auf den Telegrammen über Abgang und Ankunft: 19./10. 99; die von der Staatsbahnenverwaltung ausgestellten Fahrkarten: 12./11. 95 E. 28 42 (Preußen) und 21./5. 83 E. 8 409 (Württemberg), a. M. Binding Lehrb. II 213, 214 N. 1; die von ihr ausgestellten Gepäckscheine: 28./11. 04 E. 37 318 (Preußen); das polizeiliche Nummernschild für ein Fahrrad: 11./5. 07 E. 40 169 (Braunschweig; jetzt auch die Schilder für Automobile); die Handscheine der städtischen Leihämter: 28./7. 03 E. 36 363 (Preußen); die städtischen Sparfassenbücher: 16./3. 03 (Preußen); die Atteste der öffentlich angestellten Gleichschwäuer über Trichinen: 27./1. 88 E. 17 94, 21./2. 96

§. 28 227 (Preußen), 28./2. 80 §. 1 230 (Anhalt), 2./5. 89 §. 19 197 (Baden), 27./11. 07 §. 40 422 (Tirol); die Gesundheitszettel der Fleischbeschauer: 22./10. 83 §. 9 139 (Bayern); die Fleischbeschauzettel und -tagebücher: 2./11. 99 §. 32 359 (Bayern); die Stempelabdrücke auf dem untersuchten Fleisch: 22./9. 96 §. 29 67.

Die reichsgerichtlichen Entscheidungen, daß keine öffentliche Urkunde vorliege, gründen sich entweder darauf, daß der Aussteller keine öffentliche Behörde oder Urkundsperson bzw. nicht zu ihrer Vertretung zuständig ist, z. B. die Impfscheine und -listen der Impfsärzte: 28./4. 96 §. 28 332 (zustimmend Binding Lehrb. II 220 R. III 8, a. M. Frank R. IV 1a); oder darauf, daß die öffentliche Behörde nicht innerhalb ihrer Amtsbefugnis, die Urkundsperson nicht innerhalb ihres Geschäftskreises gehandelt hat, z. B. die von dem Vorsitzenden der Strafkammer oder des Schwurgerichts ausgestellte und unterzeichnete Ladung zur Hauptverhandlung — St. W. § 213: 13./6. 88 §. 18 76 (einverstanden Frank R. IV 1b); die statt von dem Bezirksfeldwebel von dem Bezirkskommando in den Militärpaß eingetragene Weisheitigung über An- und Abmeldung: 7./5. 97 §. 30 118 (bedenklich Frank a. a. O.); die von einem gerichtlichen Dolmetscher für einen Privatmann angefertigte Übersetzung: 29./11. 81 §. 5 255; die von einem — preussischen — Fleischbeschauer ausgestellten anderweitigen Weisheitigungen: 27./1. 88 §. 17 94. Oder darauf, daß die vorgeschriebene Form nicht gewahrt ist, z. B. der vom Richter nicht unterzeichnete Zahlungsbefehl: 17./6. 92 §. 23 369; die vom Gerichtsvollzieher nicht völlig ausgefüllte Zustellungs-urkunde, die vielmehr nur Entwurf: 9./7. 07 §. 40 265; die von dem Postbeamten nicht unterzeichnete Postquittung: 8./11. 97 §. 30 369. Oder darauf, daß nur eine Angelegenheit des inneren Dienstes vorliegt, z. B. die Anzeige eines Schutzmannes betr. eine strafbare Handlung: 20./11. 83; der Bericht des Aufsichtsrichters als Justizverwaltungsbeamten an die vorgesetzte Behörde über ein Dienstvergehen: 16./2. 94 §. 25 132; des Amtsrichters an den Geschwärdigten über die ihm aufgetragene Revision bei einem Notar: 3./10. 94 §. 26 138; der Aufgabe- und Ankunftsstempel auf Postsendungen: 2./12. 97 §. 30 381.

Vgl. Binding Lehrb. II 218 ff. R. 1 und Oshausen R. 8, 9.

5. Der öffentlichen Urkunde steht die private gegenüber, nämlich jede Urkunde, welche nicht den wesentlichen Merkmalen der öffentlichen Urkunde entspricht: Werner 597, Frank R. IV 2 Abj. 1, Hälschner II 525, v. Liszt 521, Oshausen R. 10 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein R. 16, Schüge 486; RG. 30./10. 82 §. 7 194.

Gemäß dem allgemeinen Urkundenbegriff muß die Privaturkunde durch einen maßgebenden Willen die Bestimmung erhalten haben, zum Beweise einer Tatsache zu dienen, oben R. 2a.

Daß dies geschehen, muß der als Träger der Urkunde fungierende Gegenstand selbst zu erkennen geben, oben R. 2b Abj. 1. Ebenmäßig muß die Person des Ausstellers der Urkunde erkennbar sein, oben R. 2b Abj. 2.

Nicht minder gilt für die Privaturkunde das Erfordernis der Rechtserheblichkeit, oben R. 2c. Eine rechtserhebliche Privaturkunde ist z. B. eine stempelpflichtige Urkunde in Rücksicht auf das Stempelinteresse: RG. 3./11. 93 §. 24 358; eine Strafanzeige, welche geeignet ist, die Behörde zum Einschreiten zu veranlassen, da sie für diese ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet: RG. 20./12. 86, 15./5. 88; ein Blankoatzept: 3. 5./80 §. 2 42, 28./10. 82 §. 7 183, und ein Blankoindossement ohne Giro des Ausstellers: 18./5. 93 §. 24 192 (a. M. Binding Lehrb. II 197, 198 R. 3, da nur der Anfang einer Urkunde vorliege).

Zu diesen allgemeinen Erfordernissen jeder Urkunde tritt — vgl. oben R. 2d — für die Privaturkunde das weitere, daß sie zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sei. Dies ist nicht auf das zivil- und strafprozessualische Verfahren beschränkt, sondern es genügt, wenn die Urkunde zum Beweise in irgendeinem geordneten Verfahren, welches der Bewirklichung des materiellen Rechtes dient, erheblich ist. Die Beweiserheblichkeit muß ihr nach Rechtsgrundätzen zukommen: die Ansichten des Verkehrs sind nicht maßgebend; auch im nicht-gerichtlichen Verfahren ist eine Urkunde nur dann und insoweit beweiserheblich, als sie es im gerichtlichen sein könnte: Binding Lehrb. II 193 ff., Meyer-Alfeld 606, Oshausen R. 14.

a) Jeder Gegenstand beweist seine eigene Existenz, seine natürlichen Eigenschaften als die eines bestimmten Körpers, sein Vorhandensein an einem bestimmten Orte, zu einer bestimmten Zeit, aber er beweist es als bloßes Augenheitsobjekt. Bei dem Urkundenbeweis dagegen kommt er nicht bloß als körperliche Sache, sondern als Träger eines in ihm verkörperten geistigen Inhalts in Betracht. Daher genügt es nicht, daß er durch die bloße Tatsache seines Daseins, z. B. bei der Schriftvergleichung, zum Beweise von Rechten erheblich ist. Auch nicht, daß die Beweiserheblichkeit lediglich aus den begleitenden Umständen erhellt, vielmehr muß sie in äußeren Merkmalen einen an dem Gegenstand selbst hervorretenden Ausdruck finden, aus dem urkundlichen Inhalt, objektiv angesehen, hervorgehen und erkennbar sein. Wie Franz es formiert: „Aus der Urkunde „selbst muß ein unmittelbarer Schluß auf eine rechtserhebliche Tatsache gezogen werden können.“

Übereinstimmend Frank N. IV 2, Hälssner II 532, Merkel S. S. III 791, Olshausen N. 15a Abf. 1; RG. 4./2. 80 E. 1 293, 12./3. 83 E. 8 187, 26./10. 85 E. 13 71, 19./12. 87 E. 17 103, 13. 2. 92 E. 35 117, 13./11. 03 E. 37 5, 12./3. 07 E. 40 78, 7./12. 08 E. 42 97.

Nach der Praxis des RG. fehlt die Beweiserheblichkeit z. B.: der Bezeichnung der Verpackung; einer Ware mit der Firma und Handelsniederlassung des Abfenders: 12./3. 88 E. 17 282 (abweichend 17./11. 02 E. 36 15); der Stempelmarke: 19./11. 88 E. 18 286, auch dem Entwertungsbemerk, falls er nicht über die Entwertung hinaus noch für andere Tatsachen Beweis liefern soll: 18./11. 97 E. 30 329, 11./4. 99 E. 32 116, 3./1. 07 E. 39 370; der Kostennota des Gerichtsvollziehers: 4./3. 89 E. 19 62 (weil die Nota nicht mehr beweise, als daß der Aussteller den Betrag verlangt; sie enthält aber zugleich die Behauptung, daß die Gebühren schraggenmäßig, die Auslagen wirklich gemacht und notwendig sind; auch das RG. selbst hat wiederholt Rechnungen, sogar nicht unterschriebene, für Urkunden erklärt: 8./5. 80, 1./7. 82, 8./7. 84, 5./3. 88, 9./6. 91, 13./7. 07; gegen die Entscheidung auch Frank N. II letzter Abf., und anscheinend Olshausen N. 15a Abf. 2); den Bruchstücken eines zerrissenen Wechsels: 12./6. 03 E. 36 317; der zum Preissschießen bestimmten und tatsächlich verwendeten Scheibe mit den Geschosseinschlägen: 7./12. 08 E. 42 97.

b) Auch diejenige Beweiskraft kann erheblich sein, welche zur Erbringung des Beweises nur beiträgt. Daher ist nicht erforderlich, daß das Recht seiner Natur nach, sei es im vollen Umfange oder doch in bestimmten einzelnen Begriffsmerkmalen, selbständig aus der Urkunde hervorgeht; es genügt, wenn die durch die Urkunde dargetanen Tatsachen in Verbindung mit anderen Beweisen zu einem Schluß auf die Entstehung usw. eines Rechts berechtigen, sofern nur die Urkunde überhaupt zum Beweise bestimmt ist: Berner 597, Binding Lehrb. II 203, Frank N. IV 2 Abf. 1, v. Liszt 521, Meyer-Alsfeld 605, Olshausen N. 15b, Rüdorff-Stenglein N. 17; RG. 4./2. 80 E. 1 293, 31./1. 81 E. 4 3, 19./5. 82 E. 6 289, 29./10. 84 E. 11 183.

c) Das Erfordernis der Beweiserheblichkeit ist vom Gesetz allgemein gefaßt. Daher genügt es, wenn die Urkunde zum Beweise überhaupt irgendeines Rechts geeignet ist, mag auch der Aussteller an dasselbe gar nicht gedacht oder zu seinem Beweise gerade nicht haben beitragen wollen: Binding Lehrb. II 203, Meyer II 101, v. Liszt 512, Olshausen N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 17, Wachenfeld H. II 313; RG. 3./6. 80 E. 2 173, 5./3. 83 E. 8 187, 1./4. 89 E. 19 113, 13. 6. 93 E. 24 210. Z. B. ein stempelpflichtiger Vertrag beweist nicht bloß für das Verhältnis der Vertragsschließenden untereinander, sondern auch für die Stempelpflichtigkeit: RG. 1./11. 87 E. 16 262. Daher hat der Richter, wenn die Beweiserheblichkeit für ein bestimmtes Recht nicht direkt vorliegt, die Urkunde stets auf ihre Beweiserheblichkeit für irgendein Recht zu prüfen: RG. 10./4. 88 E. 17 298. Die Ansicht, daß der Aussteller durch die Urkunde verpflichtet erscheinen müsse (Merkel), ist somit irrig: Olshausen N. 10 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 17; RG. 10./4. 88 E. 17 298.

6. Gedanken werden durch Wort, Schrift (das räumlich fixierte Wort) oder Zeichen kundgegeben, die urkundlichen nur durch Schrift oder Zeichen.

a) Schriftstück ist jeder körperliche Gegenstand, auf welchem sich Schrift befindet. Nach ZPD. § 416 wird durch die vom Aussteller herrührende Unterschrift oder Unterzeichnung mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens voller Beweis dafür geliefert, daß die in dem Schriftstück enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller herrühren, und nach ZPD. § 440 hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich. Dies sind allgemeine Rechtsgrundsätze, die auch außerhalb des zivilprozessualischen Verfahrens gelten. Falls nicht das Gesetz weitergehende Ansprüche erhebt, „fehlt der Aussteller auch nicht, wenn er die Urkunde nur mit seinem Epithamen bezeichnet oder ein Handzeichen oder eine „Abtürzung seines Namens gebraucht, sofern diese Bezeichnungen in den Kreisen, für die das „Schriftstück bestimmt ist, als von ihm herrührend bekannt sind“ (Binding): Binding Lehrb. II 197, Hälssner II 535, Olshausen N. 15a, Rüdorff-Stenglein N. 20; RG. 16./4. 89. Sofern nicht das Gesetz die Eigenhändigkeit der Unterschrift verlangt, z. B. im Wechselrecht und BGB. §§ 126, 127, 129, 2231, ist die Beweiserheblichkeit nicht dadurch unbedingt ausgeschlossen, daß die Unterschrift durch mechanische Vervielfältigung erfolgt: Binding Lehrb. II 202 (erklärt den Unterschied für gleichgültig), v. Liszt 521, Olshausen N. 18b; RG. 11./12. 85 E. 13 168, 13./11. 90 E. 21 183, 26./1. 97 E. 29 357. Da es nicht erforderlich ist, daß das Recht seiner Natur nach selbständig aus der Urkunde hervorgehe, bildet die Unterschrift überhaupt kein unerlässliches Erfordernis der Beweiserheblichkeit, wenn nämlich die Person des Ausstellers entweder aus der Urkunde selbst, also etwa aus der Überschrift oder dem Kontext, hervorgeht: RG. 5. 3. 01 E. 34 205. Oder wenn sie auf Grund der konkreten Sachlage anderweitig erhellt, entweder, weil sie notorisch ist, wie bei dem auf eine bestimmte Strecke lautenden Eisenbahnбилет, oder weil es sich um Urkunden handelt, die, wie die Handelsbücher, von einer bestimmten Person, dem Kaufmann, geführt werden müssen und in seinem Besitz bleiben sollen: Binding Lehrb. II 199, Frank N. III 4, Hälssner II 535, Meyer-Alsfeld 605, Olshausen N. 19 Abf. 1; RG. 9. 2. 81 E. 4 4, 20. 3. 84 E. 10 304, 29./10. 84 E. 11 183. Daß hierüber hinaus die ununterschieden gelassenen schriftlichen Erklärungen:

überhaupt keine Urkunden seien, wie Binding Lehrb. II 200 will, kann in dieser Allgemeinheit nicht behauptet werden, falls nur trotz dieses Mangels zwischen der Urkunde und der Person ihres Ausstellers eine erkennbare Verknüpfung vorliegt, vgl. oben R. 2 Abf. 2; allerdings wird sich gerade bei der Privaturkunde oft fragen, ob sie nicht wegen des Mangels für unvollendet zu gelten hat. Ist die Handschrift gewohnheitsmäßig so unleserlich, daß sie nicht entziffert werden kann, so weist sie doch auf diejenige Person als Aussteller hin, die sich bei ihrer Unterschrift dieser unleserlichen Schriftzüge bedient: RG. 29./9. 08 E. 41 425. Ist sie absichtlich unleserlich, so fehlt die erkennbare Verbindung zwischen der Urkunde und ihrem Aussteller ebenso wie bei dem anonymen Schriftstücke: Binding Lehrb. II 200. Ebenso fehlt die Verbindung, wenn, wie bei den Stimmzetteln zur Reichstagswahl, die Person des Ausstellers kraft Gesetzes geheim bleiben soll; die Stimmzettel sind so wenig Urkunden wie die schwarzen und weißen Kugeln beim Ballotieren: Frant R. IV 3a, Binding Lehrb. II 198; a. M. Dshausen R. 19 Abf. 4 und RG. 19./10. 91 E. 22 181.

Eine Namenszeichnung ohne Text, also die bloße Unterschrift, verkörpert keinen Gedanken, ist daher keine Urkunde: Binding Lehrb. II 197 R. 5, Dshausen R. 15a Abf. 1 und RG. 23./5. 92 E. 23 213. Gewöhnlich wird gesagt: „in der Regel“, aber die gewöhnlich angegebenen gesetzlichen Ausnahmen treffen nicht zu, denn der Text zum Akzept bildet der Blankoindossament ist wie jedes Indossament zwar ein neues Summenversprechen mit einem neuen Zahlungsauftrag, aber mit Wiederholung des Inhalts der alten Tratte, und die von Binding Lehrb. II 198 angezogene ministerielle Kontrafsignatur beweist nur ihre Existenz, da der Minister auch ohne sie verantwortlich ist. Wird zwischen den Interessenten verabredet, daß die bloße Namenszeichnung einen bestimmten Sinn haben solle, so wird dadurch ebensowenig eine Urkunde geschaffen, wie durch die Verabredung, daß dieser bestimmte Raum Grenzzeichen sein solle: Binding Lehrb. II 198 R. 2; a. M. Dshausen R. 19 Abf. 1 und RG. 19./5. 82 E. 6 289, 23./5. 92 E. 23 213. Dasselbe gilt von dem Malerzeichen. Bedeutet es, daß das Bild von Rubens, daß es von ihm ganz, daß es von ihm nur zum Teil, daß es von einem Schüler seiner Malkunst herrührt? Und ist es jedem Anderen verboten, sich desselben Zeichens zu bedienen? Es ist eben keine Urkunde, sondern nur Beweiszeichen, seine Fälschung kommt nicht bei der Urkundenfälschung, sondern beim Betrug in Betracht; übereinstimmend Binding Lehrb. II 184 R. 4 I 14 und Frant R. III 3 Abf. 1; a. M. bedingungsweise v. Liszt 520 R. 3. unbedingt Meyer-Alsfeld 605 R. 12 und RG. 29./12. 00 E. 34 53.

Die unbeglaubigte Abschrift ist nicht selbst Urkunde: RG. 23./5. 92 E. 23 214, 27./2. 02 E. 35 145. Aber etwas anderes ist die Abschrift, etwas anderes das Duplikat, welches in Einem oder in vielen Exemplaren nach dem Willen des Ausstellers im Rechtsverkehr als Original gelten soll: Binding Lehrb. II 209, Frant R. III 2b, Dshausen R. 18c; RG. 3./12. 94 E. 26 270, 26./1. 97 E. 29 357.

b) Die Urkunde kann den in ihr verkörperten Gedanken nicht bloß durch Schrift, sondern auch durch Zeichen erkennbar machen. Auch sog. Beweiszeichen, welche für sich allein betrachtet, abgelöst von dem gezeichneten Gegenstand, eine bestimmte Gedankenäußerung nicht erkennen lassen, fallen unter den Urkundenbegriff, wenn sie nach Rechtsjah, Herkommen oder Vereinbarung bestimmt sind, sei es auch nur zusammen mit anderen Beweismitteln und Auslegungsbehelfen, gedankliche Mitteilungen zu übertragen: Frant R. III 3c, Hälshner II 533, v. Liszt 520, Mertel N. S. III 791, Meyer-Alsfeld 604, Dshausen R. 20 Abf. 1 und RG. 11./7. 01 E. 34 435, 30./4. 07 E. 40 144, 11./5. 08 E. 41 315. A. M. Binding Lehrb. II 182, nach welchem, weil sie nur Beweiszeichen, „Prägezeichen, Stempelabdrücke, Briefmarken, Waldhammerzeichen, Gedingstufen, „Grenz- und Wasserstandszeichen, Zollplomben, Warenzeichen, Mischzeichen, Wappen, Siegel, Monogramme und alle möglichen sonstigen Beweiszeichen, ganz besonders auch das Kerbholzzeichen, ganz außerhalb des Urkundengebiets liegen, Fälschung mit Bezug auf sie als solche straflos „ist, wo nicht das Gesetz das Gegenteil ausdrücklich bestimmt“. Daß die Zeichen nur für eingeweihte Personen einen gedanklichen Inhalt haben, steht der Urkundenqualität nicht entgegen, ihre Allgemeinverständlichkeit ist also nicht erforderlich: Frant, Hälshner und Meyer-Alsfeld a. a. O.; RG. 29./10. 84 E. 11 183, 19./4. 88 E. 17 352, 11./1. 01 E. 34 435; a. M. v. Liszt 520 und Mertel N. S. III 791, welche objektive Verständlichkeit verlangen und eine nur auf Vereinbarung der Beteiligten beruhende Verständlichkeit für ungenügend erklären. Die Vereinbarung kann für den Einzelfall getroffen, z. B. beim Grenzzeichen, und eine allgemeine sein, z. B. bei den Flaggen- signalen und den Abtüzungen der Telegramme in den Codes.

Niemals liegt keine Urkunde vor, wenn das Zeichen nur die einseitige Behauptung des es Zeichnenden über eine den Gegenstand betreffende Beziehung enthält, oder wenn es nur zur Kennzeichnung eines Gegenstandes in einer gewissen Richtung, als Unterscheidungs mittel gegenüber anderen Exemplaren der gleichen Gattung dient: Dshausen R. 20 Abf. 1 und RG. 29./1. 96 E. 28 152 (die Nummerzeichen im Bergwerksbetriebe als Unterlage für die spätere Lohnberechnung), 2./10. 06 E. 39 147 (die Zeichen auf den Nummernpfählen an Holzhausen).

Zur reichsgerichtlichen Praxis vgl. Binding Lehrb. II 185 N. 4 und Olshausen N. 20. Sie ergibt, wie unsicher oft die Unterscheidung zwischen Urkunde und Beweiszichen ist. Die grundsätzliche Verschiedenheit wird sogar einmal abgelehnt: 11./6. 01 E. 34 435 (die Stichmarke am Zifferblatt einer Kontrolluhr), aber Bindings Vorwurf, daß das RG. den prinzipiellen Unterschied nicht kenne, wird von Olshausen mit Recht zurückgewiesen. Wohl aber ist mit Frank N. III 3 letzter Abs. zu behaupten, daß das RG. wiederholt, z. B. in dem gedachten Urtheil, das Erfordernis, aus der Urkunde müsse zu erkennen sein, von wem sie herrührt (oben N. 2 b Abs. 2), nicht hinreichend beachtet hat. Zugleich ist daran festzuhalten, daß aus der Urkunde selbst ein unmittelbarer Schluß auf eine rechtsverheblliche Tatsache muß gezogen werden können (oben N. a Abs. 1). Auch hierin ist die reichsgerichtliche Praxis mehrfach eine Lare.

c) Beweiserheblliche Urkunden sind nach der Praxis des RG. z. B.: Ein Frachtbrief: 18. 12. 80 E. 3 169; eine Postpaketadresse: 5./3. 01 E. 42 226 (a. M. Biding Lehrb. II 227 N. 4 VI 2); eine Briefadresse: 16./3. E. 12 170 (a. M. Biding 226 N. 4 II 1); ein vom Postboten unterzeichneter Vermerk über die Unbestellbarkeit des Briefes: 9./10. 94 E. 26 118); der Absendervermerk auf dem Abschnitt einer Postanweisung, auch einer telegraphischen, und auf einem Brief mit Wertangabe: 23./1. 02 E. 35 80, 13./11. 05 E. 37 211, 29./11. 10; die Bescheinigung betr. Entschuldigung wegen Schulverhältnis: 28./11. 90 E. 21 187; die Stichmarke am Zifferblatt einer sog. Kontrolluhr: 11./6. 01 E. 34 435 (a. M. Biding Lehrb. II 426 N. 4 I 16 und Frank III 3 e; siehe oben b Abs. 3); ein ärztliches Rezept: 12./10. 88 E. 18 149 (nach Frank N. IV 2 Abs. 9a nur ein solches Rezept, durch welches der Apotheker zur Abgabe des verordneten Stoffes ermächtigt wird); die Auskunft eines gewerblichen Auskunftsbureaus: 1./3. 89 E. 31 59; ein an eine Zeitungsredaktion gerichtetes Ersuchen um Aufnahme einer Anzeige: 12./3. 07 E. 40 78.

7. Die Urkundenfälschung besteht darin, daß eine falsche Urkunde hergestellt und von ihr zum Zwecke einer Täuschung im Rechtsverkehr Gebrauch gemacht wird. Die falsche Urkunde wird dadurch hergestellt, daß entweder eine bereits bestehende Urkunde verfälscht oder eine neue falsche Urkunde angefertigt wird, zwei gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, deren Unterscheidung, mag man man sie auch mit Biding Lehrb. II 230 für dogmatisch wertlos halten, für die Praxis bequem und daher dem Gesetz entsprechend beizubehalten ist.

a) Die Urkunde wird verfälscht. Verfälschen heißt etwas Wahres, Echtes falsch machen. Die Verfälschung setzt daher eine echte Urkunde voraus. Eine unechte Urkunde kann überhaupt nicht, wohl aber eine echte wiederholt verfälscht werden. So Berner 598, Frank N. V 1 Abs. 1, Hälshner II 536, Merkel S. S. III 792, Olshausen N. 25, Rüdorff-Stenglein N. 22, Schüze 486; RG. 8./4. 81 E. 4 69, 8./6. 06 E. 39 31; a. M. Biding Lehrb. II 231 und Oppenhoff-Delius N. 9, nämlich daß die Verfälschung einer unechten Urkunde Herstellung einer anderen falschen sei. Jede weitere Verfälschung setzt voraus, daß die Urkunde trotz der früheren Verfälschungen noch Urkundenqualität behalten hat: Berner, Hälshner und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 25, 28 b, § 274 N. 5.

Die Urkunde ist echt, wenn sie von ihrem angeblichen Aussteller, also von demjenigen herrührt, der sich in ihr als Aussteller bezeichnet oder bei einer den Namen des Ausstellers nicht enthaltenden Urkunde durch die Umstände als solcher bezeichnet wird: Biding Lehrb. II 209, Olshausen N. 26 Abs. 1; RG. 8./4. 81 E. 4 69. Sie ist auch dann echt, wenn der Aussteller durch Zwang oder Täuschung zu ihrer Ausstellung bewogen ist: Frank N. I Abs. 1, Hälshner II 538, v. Liszt 522, Merkel S. S. III 794, Meyer-Altfeld 606, Rüdorff-Stenglein N. 27 und RG. 1./2. 82 E. 5 410; a. M. Oppenhoff-Delius N. 17. Die Unterschrift ist — vgl. ZPD. §§ 416, 440 — von solcher Bedeutung, daß ihre Verfälschung die ganze Urkunde zu einer unechten macht und nicht mehr Verfälschung einer echten, sondern fälschliche Anfertigung einer unechten Urkunde ist: Berner 598, Olshausen N. 27 letzter Abs., Rüdorff-Stenglein N. 22; a. M. Biding Lehrb. II 530 N. 5 (nenn diese Ansicht „eine ganz harmlose Liebhaberei“) und Hälshner II 536. Die öffentliche Urkunde muß von dem Beamten oder der Urkundsperson eigenhändig unterschrieben sein, weil die amtlichen Befugnisse nicht willkürlich auf Andere übertragen werden können: Olshausen N. 26 Abs. 2 und RG. 8./4. 81 E. 4 69, 8./11. 81 E. 5 151; a. M., nämlich daß das Gesetz die Eigenhändigkeit ausdrücklich fordern müsse, Biding Lehrb. II 234, aber mit Unrecht, denn kann der Beamte unrichtig unterschreiben, so kann er eben nicht beurkunden. Für die Privaturkunde ist die Eigenhändigkeit nur da notwendig, wo das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt und eine Vertretungsmöglichkeit mit Bezug auf die urkundliche Fertigung ausschließt. Ist die Ermächtigung zur Zeichnung des Namens des Ausstellers in zulässiger Weise erteilt, so ist die Urkunde nicht deshalb unecht, weil die Ermächtigung zu Täuschungs- oder sonstigen unerlaubten Zwecken erteilt ist, denn diese sind von Belang nur unter der Voraussetzung, daß sie einen für die Urkundenform, d. h. für den Urkundenbeweis wesentlichen Umstand, insbesondere also die Identität des Ausstellers betreffen; dagegen belanglos, wenn ihre Verfolgung lediglich auf dem unwahren Inhalt der Urkunde beruht: eine echte Urkunde unwahren Inhalts. So Biding Lehrb. II 234 und jetzt auch RG. 12. 4. 10

§. 43 140 unter Bestreitung einer anderweitigen Auffassung seiner früheren Entscheidung, 3. B. 14./11. 87 C. 16 325, 18./2. 92 C. 22 377; a. M. unter Berufung auf die früheren Entscheidungen Meyer-Altfeld 606 N. 26, Lisshausen N. 26 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 25 Abf. 1.

Die Verfälschung wird dadurch begangen, daß der Urkunde durch Änderung ihres Inhalts die Bedeutung eines Beweismittels über Tatsachen verliehen wird, für welche sie nicht bestimmt, oder genommen wird, für welche sie bestimmt ist. Daher muß die vorgenommene Änderung eine beweiserhebliche Bedeutung haben und darf nicht bloß einen für die Beweiserheblichkeit gleichgültigen Umstand betreffen. Ob in Folge der Änderung der Inhalt der Urkunde der Wahrheit entspricht oder nicht, ist gleichgültig. Übereinstimmend Berner 598, Frank N. 1 Abf. 1, Hältschner II 536, v. Liszt 522, Merkel 359, Meyer-Altfeld 606, 607, Lisshausen N. 27 Abf. 1, 2; RG. 17./1. 81 C. 3 324, 4./3. 81 C. 3 170, 14./12. 81 C. 5 259, 31./3. 84 C. 11 273, 6./3. 88 C. 17 205. In welcher Weise die Veränderung bewirkt wird, ist bedeutungslos, sofern sie nur nicht in einer Weise erfolgt, vermöge deren die Urkunde die Bedeutung einer solchen ganz verliert, in welchem Fall eventuell das Delikt des § 274 Nr. 1 vorliegt. Ein Schriftstück kann — Meyer-Altfeld 607, Lisshausen N. 28 — verfälscht werden durch Zusatz neuer, durch Abänderung, Unentlichmachung, Tilgung der bestehenden Schriftzeichen, durch eine Verbindung dieser beiden Arten. 3. B. der Kontext der Urkunde wird abgeschnitten und auf den freien Raum oberhalb der Unterschrift ein neuer urkundlicher Inhalt gesetzt: Lisshausen N. 28c und § 269 N. 3. Ist in der echten Urkunde der Betrag zugleich in Zahlen und Buchstaben geschrieben, so ist die Änderung der Zahl nur dann keine Verfälschung, wenn wie beim Wechsel die Ziffer neben der geschriebenen Summe rechtlich nicht in Betracht kommt, also keine rechtlich erhebliche Tatsache ist: Berner 598, Binding Lebrb. II 239, Lisshausen N. 27 Abf. 3. Die Beschädigung der Urkunde enthält eine Verfälschung, wenn durch sie ein falsches Beweismittel hergestellt, wogegen das Delikt des § 274 Nr. 1 vorliegt, wenn durch sie ein Beweismittel beseitigt wird: RG. 4./3. 81 C. 3 370, 1./2. 01 C. 34 114.

Voraussetzung ist, daß die Änderung nicht unbefugt vorgenommen wird; der Befugte Andernde ist kein Fälscher, auch wenn die Änderung zum Zwecke einer Täuschung geschieht. Der Aussteller ist regelmäßig solange zu beliebigen nachträglichen Änderungen befugt, als er die Urkunde in Beziehung auf ihren stofflichen Untergrund und auf ihren gedanklichen Inhalt in seiner ausschließlichen tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsgewalt hat: Berner 598, Frank N. 5 1 Abf. 3, Merkel S. S. III 792, Lisshausen N. 29 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 11 und RG. 17./1. 81 C. 3 324, 14./12. 81 C. 5 259, 11./3. 04 C. 37 83, 1./7. 07 C. 40 253; a. M. Binding Lebrb. II 229 und Hältschner II 542 N. 2. Das RG. folgert hieraus, daß die Veränderungen seitens des Kaufmanns in den eigenen Handelsbüchern keine Verfälschung sind: 23./1. 82 C. 5 430, aber diese Ansicht ist wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der die ordnungsmäßige Führung der Handelsbücher betreffenden Vorschriften nicht aufrecht zu erhalten, so Binding Lebrb. II 240 N. 3, Frank N. 1 b, Hältschner II 542 N. 2, Merkel S. S. III 793, Meyer-Altfeld 606 N. 22, Lisshausen N. 29 Ia, und vom RG. selbst bezüglich der zurückbehaltenen Kopien der Handelsbriefe aufgegeben: 2./2. 02 C. 35 145.

b) Eine Urkunde ist echt, wenn sie von dem angeblichen Aussteller wirklich herrührt. Die fälschliche Anfertigung einer Urkunde besteht also darin, daß eine scheinbar echte, in Wirklichkeit aber unechte, nicht von dem angeblichen Aussteller herrührende angefertigt wird: Berner 599 („Fälschung der Autorschaft“), Birkmeyer Enzykl. 1187, Hältschner II 537, v. Liszt 522, Merkel 329, Lisshausen N. 30 Abf. 2. Abgesehen natürlich davon, daß eine Unterschrift mit fremdem Namen eine falsche Unterschrift dann nicht ist, wenn der Unterzeichner für den Anderen zu zeichnen berechtigt ist, wozu übrigens der mit der Anfertigung der Urkunde Betraute weder einer besonderen, noch einer ausdrücklichen Ermächtigung bedarf (RG. 29./12. 11 C. 45 327), oder wenn er der Unterschrift seinen eigenen Namen beifügt, fehlt jener Schein, wenn nicht eine Täuschung über die Identität, sondern nur über den Namen des Ausstellers bezweckt wird, 3. B. wenn ein Fräulein sich als Frau bezeichnet: RG. 14./2. 81 C. 5 260, 26./3. 97 C. 30 43, oder jemand seine Sache unter falschem Namen deponiert und unter demselben über den Empfang quittiert. Darauf, ob die Nachahmung der Handschrift des angeblichen Ausstellers eine geschickte ist, kommt es nicht an: RG. 11./10. 10 C. 44 87. Ebenjowenig darauf, ob der angebliche Namens-träger wirklich existiert: Binding Lebrb. II 232, Frank N. V 1a Abf. 2, v. Liszt 522, Meyer-Altfeld 606, Lisshausen N. 31, Rüdorff-Stenglein N. 26 Abf. 3 und RG. 12./3. 83 C. 8 187, 26./3. 97 C. 30 43, 13./2. 02 C. 35 117; a. M. Merkel S. S. III 795. Trotz der Verwendung des richtigen Namens kann eine Fälschung dadurch begangen werden, daß ihm eine Bezeichnung nach Stand, Gewerbe, Wohnort u. dgl. beigelegt wird, welche den Aussteller als eine andere Person erscheinen läßt: RG. 9./5. 91 C. 4 157, 15./2. 85 C. 13 171, 21./5. 95 C. 27 276, 6./6. 04 C. 37 197. Ebenio auch ohne Zusatz, wenn der Inhalt der Urkunde auf einen bestimmten, jedoch mit dem Unterzeichner nicht identischen Aussteller hinweist: RG. 9./5. 81 C. 4 157 (Akzeption eines auf den

Vater gezogenen Wechsels durch den gleichnamigen Sohn), 15./12. 85 C. 13 171 (Unterzeichnung mit einem anderen Vornamen als den Rufnamen).

Wesentlich ist immer, daß nicht der wirkliche Aussteller, sondern ein Anderer als Urheber der Erklärung erscheint. Daher ist es eine Fälschung über den wirklichen Aussteller, also eine Fälschung, wenn der Namenssträger den Gebrauch seines Namens einem Dritten gestattet, damit dieser sich für ihn ausgeben könne: RG. 18./2. 92 C. 22 377, 12./4. 10 C. 43 410. Auf der anderen Seite liegt keine Fälschung vor bei einem zwischen Absender und Adressaten vereinbarten Pseudonym: RG. 9./2. 88 C. 17 141, oder beim Gebrauch eines besonderen Kümmler- oder Schriftstellernamens, oder wenn der Aussteller allgemein unter dem falschen Namen, der auch ein Spitzname sein kann, bekannt ist: Binding Lehrb. II 233, Frank N. VI 1 a Abj. 2, Meyer-Altfeld 606, Olshausen N. 33. Binding erinnert treffend an die Infognitoreien fürstlicher Personen.

Ob der Inhalt der falschen Urkunde der Wahrheit entspricht oder nicht, ist gleichgültig. „Die schriftliche Lüge als solche“ ist keine Urkundenfälschung, die intellektuelle Fälschung einer Privaturkunde — wegen der einer öffentlichen siehe § 271 — ist straflos. Übereinstimmend Berner 599, Frank N. I Abj. 1, Fälschner II 536, 537, v. Liszt 522, Merkel S. 5. III 793, Olshausen N. 30 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 19, Rüdorff-Stenglein N. 27, v. Schwarze N. 17, Wachenfeld S. 8. II 314; RG. 9./5. 81 C. 4 157, 14./12. 81 C. 5 259, 1./2. 82 C. 5 410, 1./2. 84 C. 10 68, 13./10. 92 C. 23 249, 12./4. 10 C. 43 348.

8. Es genügt nicht, daß die Urkunde in der angegebenen Weise verfälscht oder fälschlich angefertigt wird, sondern ihr Gebrauch muß hinzukommen. Und zwar ihr Gebrauch zum Zwecke einer Täuschung.

a) Subjektiv ist der Wille erforderlich, die Urkunde zur Kenntnis des zu Täuschenden zu bringen; das bloße Bewußtsein von der Möglichkeit des Eintritts einer Täuschung genügt nicht: RG. 26./1. 94.

b) In objektiver Beziehung ist nicht die wirkliche sinnliche Wahrnehmung (durch den Gesichtssinn, Tastsinn, das Gehör) erforderlich, sondern das Gebrauchmachen liegt vor, sobald der Täter dem zu Täuschenden die sinnliche Wahrnehmung ermöglicht, ihm die Urkunde zugänglich macht: Birkmeyer Enzykl. 1187, Frank N. V 2 a, Fälschner II 546, Merkel S. 5. III 798, IV 448, Meyer-Altfeld 608, Olshausen N. 35 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 28, Wachenfeld S. 8. II 313; RG. 30./9. 82 C. 7 53, 25./6. 86 C. 14 242, 27./6. 87 C. 16 228, 11./3. 89 C. 19 71, 8./4. 89 C. 19 215, 2./3. 08 C. 41 144; a. M. Binding Lehrb. II 251 (verlangt die — ausdrückliche oder stillschweigende — Aufforderung, von der Urkunde wirkliche Kenntnis zu nehmen) und v. Liszt 523 (sinnliche Wahrnehmung). Daher liegt ein Gebrauch der Urkunde nicht in dem Anbieten ihrer Vorlegung: RG. 3./12. 94 C. 26 270, geschweige in der bloßen Behauptung, sie in Händen zu haben: RG. 31./3. 80, oder in der bloßen Bezugnahme: RG. 5./7. 89. Auch nicht in der Überreichung einer einfachen Abschrift, wofür sie nicht als Duplikat *vim originalis* hat (oben N. 6 a letzter Abj.): Binding Lehrb. II 252, v. Liszt 523, Meyer-Altfeld 608, Olshausen N. 35 b. Wohl aber ist ein Gebrauchmachen das Vorlesen: RG. 10./12. 86 C. 15 110 (a. M. v. Liszt 523); die Vorlegung der gefälschten, also nicht stempelsichtigen Urkunde an die Steuerbehörde zur Abstempelung: RG. 30./10. 09 C. 43 20; die Überreichung zu den Strafakten: RG. 9. 3. 88; die Begebung eines mittels fälschlicher Blantettausfüllung hergestellten Wechsels: 29./10. 08 C. 42 39. Nach RG. 25./6. 86 C. 14 242 schon der Antrag an den Zivilrichter auf Herbeischaffen der Strafakten, in denen sich die gefälschte Urkunde befindet, aber a. M. mit Recht Frank N. V 2 a und Binding Lehrb. II 252 N. 3, denn jener Antrag ist nicht mehr ein Gebrauch als die Aufgabe des die Urkunde enthaltenden Briefes zur Post.

Auf welche Weise die sinnliche Wahrnehmung ermöglicht wird, ist für den Tatbestand des Delikts gleichgültig. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Täter sich an den zu Täuschenden unmittelbar wendet. Bedient er sich einer Mittelsperson zum Gebrauchmachen, so liegt, wenn diese von dem Sachverhalt unterrichtet ist, das Delikt des § 270 vor, bei welchem die Mittelsperson der Täter, der Fälscher selbst Anstifter ist: RG. 28./2. 80 C. 1 230 (nach Frank und RG. 16./3. 82, 24./6. 86 ist hier Mittäterchaft zu § 267 gegeben). Vgl. das Nähere unten N. 11. Ist die Mittelsperson nicht unterrichtet, z. B. bei der Übergabe der Urkunde an einen Rechtsanwalt zur Benutzung gegenüber der Gegenpartei oder dem Richter, an eine Zeitungsredaktion zum Abdruck als Inserat, so ist zu unterscheiden, ob auch die Mittelsperson getäuscht oder ob sie als bloßes Werkzeug, als Bote dienen soll; im ersten Fall liegt schon in der Übergabe an sie ein Gebrauchmachen: RG. 10./2. 82 C. 5 437, 27./6. 87 C. 16 228, 13./10. 92 C. 23 249. Vgl. Frank N. V 2 b, Fälschner II 544, Olshausen N. 36.

Wie sich hiernach auch der Gebrauch gestaltet, stets muß die Urkunde als solche gebraucht, die Beweiskraft einer unverfälschten und echten Urkunde für die verfälschte und unechte in einer rechtlich erheblichen Beziehung in Anspruch genommen werden: Berner 600, Binding Lehrb.

II 242, Birkmeyer Einzpt. 1187, Merkel 360, Meyer-Altfeld 608, Lshaujen N. 27; RG. 5./2. 81 C. 3 337, 21./1. 96 C. 28 130.

c) Der Gebrauch erfolgt, um zu täuschen, d. h. um den Anderen in den Glauben zu versetzen, daß der angebliche Aussteller die Urkunde überhaupt oder mit diesem Inhalte hergestellt habe, daß diese Erklärung von dieser Person abgegeben sei. Dem Versetzen in den Glauben steht die Aufrechterhaltung eines schon vorhandenen Irrtums gleich: Berner 600, Frank N. VI 2, Lshaujen N. 38 Abj. 2, Schütze 487; RG. 11./1. 86 C. 13 245. Daß die Urkunde sich als das einzige Mittel der Täuschung darstellt, ist nicht nötig: Meyer 608, Lshaujen N. 38 Abj. 3. Die Freiwilligkeit des Aktes, also die Absicht der Täuschung, wird weder durch Drohung, soweit diese nicht eine Notlage des § 52 begründet, noch dadurch aufgehoben, daß der Gebrauch geschieht, um eine Rechtspflicht zu erfüllen; sowohl mit jener als mit dieser ist der Täuschungszweck vereinbar: Binding Lehrb. II 240, Lshaujen N. 38 letzter Abj.; RG. 18./12. 80 C. 3 169, 25./6. 91 C. 22 90.

Daraus, daß die Urkunde als solche gebraucht sein muß, folgt, daß sich die Täuschung auf diejenigen rechtserheblichen Tatsachen beziehen muß, welche durch die Urkunde im Falle ihrer Nichtfalschheit würden bewiesen werden können, nicht aber auch, daß sie sich gerade auf diejenigen zu beziehen hat, für deren Beweis die Urkunde ursprünglich bestimmt war: Binding Lehrb. II 244, Frank N. VI 2, 3 e, Hälshner II 547, Meyer-Altfeld 608 und RG. 5./2. 81 C. 3 337, 10./2. 82 C. 5 437, 28./9. 82 C. 7 52, 1./4. 89 C. 19 113; a. M. Merkel S. 5, III 796, Oppenhoff-Delius N. 27, Wachenfeld H. II 313. Daher macht z. B. der Fälscher eines Schuldscheins von ihm nicht nur dann Gebrauch, wenn er ihn gegen den angeblichen Aussteller zum Beweise der Forderung, sondern auch dann, wenn er ihn einem Dritten gegenüber behufs Erlangung eines Darlehns gebraucht, um durch ihn die Existenz einer Forderung und damit die eigene Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit zu beweisen: RG. 10./2. 82 C. 5 437. Wird die Urkunde benutzt, um über außerhalb ihres Inhalts liegende Tatsachen zu täuschen, so liegt nicht Urkundenfälschung, sondern eventuell Betrug vor: RG. 18./1. 95 C. 26 383. Der Umstand, daß bei dem Gebrauch nicht die Absicht verfolgt wird, die scheinbar beglaubigten Verhältnisse praktisch zur Geltung zu bringen, ist bedeutungslos: RG. 28./9. 82 C. 7 52, 30./10. 09 C. 43 20.

Für die Person des zu Täuschenden sind weitere Beschränkungen als die, daß er die Person sein müsse, der gegenüber der Gebrauch gemacht wird, nicht gegeben. Er braucht überhaupt an dem in der Urkunde verbrieften Recht gar nicht beteiligt zu sein. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Täter die Täuschung bestimmter einzelner Personen im Auge hat. Wie er es auf die Täuschung des Publikums abgesehen haben kann, so ist es auch denkbar, daß die Gebrauchshandlungen sich gegen Personen richten, welche, ohne einzeln dem Täter bekannt zu sein, sich lediglich danach bestimmen, ob zu ihren Lasten in dem Zeitpunkte der beabsichtigten Täuschung Rechtsfolgen aus der Urkunde erwachsen. Übereinstimmend Frank N. VI 3 e, Hälshner II 546, 548, v. Liszt 523, Merkel S. 5, III 597, Meyer-Altfeld 523, Lshaujen N. 40, Oppenhoff-Delius N. 27, Rüdorff-Stenglein N. 28 Abj. 2, 29; RG. 5./2. 80 C. 1 186, 18./12. 80 C. 3 169, 28./9. 82 C. 7 52, 12./3. 83 C. 8 187, 6./3. 88 C. 17 205, 2./3. 08 C. 41 144, 30./10. 09 C. 43 20.

Vielsach erörtert ist die Frage, ob eine Urkundenfälschung durch ein unter einem falschen Namen ausgegebenes Telegramm begangen werden kann; vgl. Binding Lehrb. II 254—260, Frank N. VII, Hälshner II 546 N. 4, Lshaujen N. 41. Das Aufgabetelegramm, also die Originaldepesche, ist unzweifelhaft eine Urkunde, aber weder soll durch sie dem Telegraphenbeamten gegenüber Beweis geführt werden, noch wird ihre sündliche Wahrnehmung durch den Adressaten ermöglicht; somit liegt insoweit nur ein — nach § 267 straflos, nach § 268 strafbarer — Versuch vor. Dagegen ist das Ankunftstelegramm, auch wenn die Originaldepesche nur mündlich aufgegeben sein sollte, nicht bloß eine von dem Aufgeber unter Benutzung des Telegraphenamtes hergestellte Urkunde — vgl. jetzt auch BGG. § 127 —, sondern der Aufgeber macht von dieser Urkunde unter Vermittelung des Telegraphenamtes dem Empfänger gegenüber zum Zweck der Täuschung Gebrauch: Binding (257), Hälshner und Lshaujen a. a. C., v. Liszt 523, Merkel S. 5, IV 449, Meyer-Altfeld 605 (erklärt die Aufgabedepesche im Text für eine Urkunde in N. 13 für den Entwurf einer Urkunde), Rüdorff-Stenglein N. 15, v. Schwarze N. 25; RG. 6./3. 83 C. 8 92.

9. Der objektive Tatbestand besteht aus der Fälschung und dem Gebrauch zum Zwecke einer Täuschung. Der Schwerpunkt liegt, wie aus § 270 erhellt, nicht in der Fälschung, sondern in dem Gebrauch. Daher wird das Delikt erst mit dem Gebrauch vollendet. Ist der Gebrauch nicht gemacht, so liegt nur Versuch vor, der aber bei der einfachen Urkundenfälschung straflos bleibt. Darauf, ob derjenige, dem gegenüber die Urkunde gebraucht wurde, wirklich getäuscht ist, kommt es nicht an; noch weniger darauf, ob er durch die Täuschung zu irgendeinem Verhalten bewegt worden ist. Übereinstimmend Berner 600, Binding Lehrb. II 247, Birkmeyer Einzpt. 1187, Frank N. I Abj. 2, V 2 a, VIII, Hälshner II 548, v. Liszt 524, Merkel 360, Meyer-Altfeld 607, Lshaujen N. 42, 43, Rüdorff-Stenglein N. 31, 32, Schütze 487; RG. 3./5. 80 C. 2 42, 20./3. 85 C. 12 114, 25./10. 08 C. 42 39.

10. Die Urkundenfälschung ist ein Formaldelikt. Der Mißbrauch der Urkundenform ist stets eine objektiv rechtswidrige Handlung. Es kommt nicht darauf an, ob dem Täter das mittels der Urkunde verfolgte Recht zusteht oder nicht; ob er einen erlaubten oder einen unerlaubten Zweck erreichen will; ob er eine wahre oder eine falsche Tatsache beweisen will; ob der Beweis durch die Urkunde, sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen Beweismitteln, geliefert werden kann oder nicht, also ob eventuell die Fälschung zur Erreichung ihres Zweckes nötig oder unnötig ist. Stets liegt eine objektiv rechtswidrige Handlung vor, denn ein Recht, durch falsche Urkunden jenen Erfolg herbeizuführen, existiert nicht. Die falsche Urkunde hört dadurch, daß ihr Inhalt der Wahrheit entspricht und sie zur Durchführung eines zustehenden Rechts gebraucht wird, ebensowenig auf eine falsche zu sein, wie die echte und unverfälschte Urkunde zu einer falschen dadurch wird, daß ihr Inhalt eine Lüge ist und sie zur Begehung einer strafbaren Handlung benutzt wird. Der Schuldner, welcher eine Quittung anfertigt, ist auch dann strafbar, wenn er die Schuld wirklich bezahlt hat; der Angeklagte, welcher zum Zwecke seiner Verteidigung fälscht, auch dann, wenn seine Freisprechung ohne Rücksicht auf die Urkunde erfolgt (RG. 3. 11. 81 C. 5 149).

In subjektiver Beziehung ist Dolus erforderlich; eine kulpose Urkundenfälschung gibt es nicht. Der Dolus besteht in dem Wissen und Wollen sämtlicher Deliktmerkmale, ist also gemäß § 59 durch den Irrtum auch nur bezüglich eines einzigen Merkmals ausgeschlossen. Das Motiv kommt auch hier wohl für die Strafzumessung, nicht aber für die Schuldfrage in Betracht.

Wenn das Gesetz die „rechtswidrige Absicht“ verlangt, so ist dabei an Folgendem festzuhalten:

a) Dieses subjektive Erfordernis darf nicht mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verwechselt werden, welches hier so wenig wie sonst im Strafrecht verlangt wird; vgl. oben § 59 N. 7. Olshausen N. 25 Abj. 2 fordert seiner allgemeinen Ansicht gemäß das Bewußtsein auch hier, exemplifiziert aber lediglich mit Tatumständen, durch deren Nichtkenntnis der Dolus ausgeschlossen wird.

b) Wie aus der vom Gesetz gebrauchten Wortstellung klar hervorgeht, bezieht sich das Erfordernis sowohl auf die Fälschung als auch auf den Gebrauch, und wenn es nicht schon bei dem Fälschungsakt, sondern erst bei dem Gebrauch erfüllt wird, findet nicht § 267, sondern § 270 Anwendung: Berner 600, Bindung Lehrb. II 246, Olshausen N. 46 b, Oppenhoff-Delius N. 5.

c) Die rechtswidrige Absicht ist nicht identisch mit der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, insbesondere ausweislich § 268 nicht identisch mit der Absicht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen einen Vermögensschaden zuzufügen.

Darüber aber, was unter der rechtswidrigen Absicht zu verstehen sei, herrscht keine Übereinstimmung. Berner 599 und Schütze 487 verstehen darunter die Absicht, irgendeine widerrechtliche Änderung des eigenen oder fremden Rechtszustandes herbeizuführen. Birkmeyer Enzykl. 1187 die Erstrebung eines vom Recht verbotenen Zweckes, insbesondere eine Beeinträchtigung fremder Rechte. Frank N. II Abj. 4 den animus probandi und N. V 3 die Absicht, die getäuschte Person durch den gedanklichen Inhalt der Urkunde zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen. Hälschner II 541, Oppenhoff-Delius N. 1, 3, v. Schwarze N. 27 die Absicht, von der Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Verkehrsleben Gebrauch zu machen. Merkel S. 5. III 796 die Absicht, das Falsifikat gegen die Rechte Dritter anzuwenden. Meier-Malfeld 607 die Absicht, die Urkunde zu einem rechtlich erheblichen Zwecke zu verwenden. Olshausen N. 46 b: die rechtswidrige Absicht ist mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht identisch: sie muß bei beiden Tatbestandsakten eine und dieselbe sein, widrigenfalls nicht § 267, sondern nur § 270 Anwendung findet; der Fälschungsakt muß in der Absicht vorgenommen werden, die falsche Urkunde später im Rechtsleben zu gebrauchen, jedoch die rechtswidrige Absicht entfällt, wenn der Täter die bewußt unbefugt hergestellte Urkunde nur zum Scherz anwenden will: in bezug auf den Gebrauch ist die rechtswidrige Absicht tatsächlich mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gleichbedeutend, der Täter muß wissen, daß er die falsche Urkunde im Rechtsleben als Beweismittel gebrauche, die Absicht fehlt so gut wie das Bewußtsein, wenn er sie zum Scherz, aus Neiderei, also nicht im Rechtsleben gebraucht. Rudorff-Stenglein N. 3 jede dem bestehenden Rechte zuwiderlaufende Absicht.

Das RG. hat zwar — vgl. Bindung Lehrb. II 246 N. 2 — in seiner Auffassung geschwankt, aber im wesentlichen und schließlich bestimmt erklärt, daß die rechtswidrige Absicht mit dem Verstoß identisch sei, das Wort „rechtswidrige“ unbezweifelnd der Sache fehlen könne, es nur hinzugefügt sei, um dem Mißverständnis vorzubeugen, daß ein nicht rechtswidriges Gebrauchen unter § 267 falle. Diese Ansicht entspricht vollständig dem Bedürfnis der Praxis und zugleich dem Charakter des Delikts. Denn das Wesen der Urkundenfälschung besteht nicht in der Verletzung einer konkreten materiellen Berechtigung, sondern in dem dem objektiven Recht zuwiderlaufenden Miß-

brauch der Form der Beurkundung im rechtlichen Verkehr. Daher setzt das Merkmal der rechtswidrigen Absicht nicht die Tendenz, einen materiell rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, sondern nur den Willen voraus, durch die Verfälschung oder fälschliche Anfertigung einer Urkunde im rechtlichen Verkehr mittels Täuschung für eine rechtserhebliche Tatsache Beweis zu erbringen: RG. 3./6. 80 C. 2 177, 22./10. 80 C. 2 376, 3./11. 81 C. 5 149, 4./1. 84 C. 9 399, 16./3. 85 C. 12 170, 13./2. 88 C. 17 200, 30./6. 90 C. 21 69, 18./2. 92 C. 22 377, 6./12. 92 C. 23 338, 1./2. 01 C. 34 114, 13./2. 02 C. 35 117, 11./3. 04 C. 37 83. Wenn der Täter glaubt, er dürfe falsche Urkunden gebrauchen, um ein Recht auszuüben oder einen berechtigten Zweck zu verfolgen, so ist das ein Irrtum auf strafrechtlichem Gebiete, der keine Berücksichtigung findet. Derselben Ansicht sind, außer, wie bereits angegeben, Hälschner, Oppenhoff-Delius und v. Schwarze auch Binding Lehrb. II 246 und — mit einer jedenfalls unnötigen Unterscheidung zwischen Beweggrund und Vorsatz — v. Liszt 524. Vgl. auch oben N. 1 Abf. 1. Von welchem Beweggrund sich der Täter leiten läßt, ist, wie schon oben bemerkt wurde, bedeutungslos. Z. B. die Braut fälscht ihre Geburtsurkunde, um dem Standesbeamten gegenüber jünger zu erscheinen, also das Motiv der Eitelkeit: RG. 10./5. 82. Es erhellt, daß die rechtswidrige Absicht nicht dadurch unbedingt ausgeschlossen wird, daß der Täter sich einen Scherz machen will: RG. 5./4. 10, 25./10. 10.

11. Sind Mehrere gemeinschaftlich an der Herstellung des objektiven Tatbestandes beteiligt, so kann Mittäterchaft vorliegen und Alleintäterchaft mit Anstiftung und Beihilfe. Fällt auf den Einen der Fälschungs-, auf den Anderen der Gebrauchsakt, so sind nach Lage des Falles entweder beide als Mittäter nach § 267 strafbar, oder nach § 270 der Gebrauchsmachende als Täter, der Fälscher als Anstifter oder Gehilfe: Binding Lehrb. II 261, Hälschner II 545, Lisshausen N. 49 Abf. 1. N. M. Birkmeyer Enzykl. 1187 (der Fälscher nicht Mittäter, weil der Fälschungsakt nur eine vorbereitende Handlung, vgl. dazu Frank § 268 N. II), Frank N. V 2 b und ebenso RG. 16./3. 82, 24./6. 86 (Mittäterchaft nach § 267), Merkel S. S. III 798 (der Gebrauchsmachende Täter nach § 270, der Fälscher kein Anstifter oder Gehilfe). Wenn Mehrere von der Urkunde Gebrauch machen, der Fälschungsakt aber nur Einem von ihnen zuzurechnen ist, so werden nach RG. 13./10. 08 C. 42 6, da auch abgesehen von den durch § 50 geregelten Fällen gegen die einzelnen Mittäter verschiedene Strafgesetze zur Anwendung gelangen können, die Tatbestände des § 267 einerseits und des § 270 andererseits durch gemeinschaftliche Ausführung im Sinne des § 47 erfüllt, und beide Beteiligten sind als Mittäter zu bestrafen, der Fälscher nach § 267, der Gebrauchsmachende nach § 270. Mit Recht wendet Lisshausen a. a. D. hiergegen ein, daß nach Lage des Falles auch Mittäterchaft nur zu § 267 angenommen werden könne. Ist eine unterschriebene Urkunde von Mehreren geschrieben, so liegt Mittäterchaft vor ohne Rücksicht darauf, wer die Unterschrift geschrieben hat: Hälschner II 537 („wer in anderer Weise zur Anfertigung dolos mitwirkte, könnte nur als Gehilfe erscheinen“) und Lisshausen N. 49 Abf. 2; a. M., jedoch mit einer Beschränkung in N. 1, Berner 599.

12. Wird von Einer Urkunde Mehreren gegenüber Gebrauch gemacht, so liegt regelmäßig (Hälschner „bedingungsweise“) Realkonkurrenz aus § 267 mit § 270 vor: Lisshausen N. 50 a, Hälschner II 548, v. Schwarze N. 39; RG. 2./2. 81 C. 3 311, 11./11. 86 C. 15 290, wogegen nur Ein Delikt vorliegt, wenn mehrere Urkunden zu gleicher Zeit gegenüber Einer Person gebraucht werden: Berner 600, Hälschner a. a. D., Lisshausen N. 50 b und RG. 11./11. 86 C. 15 290. Binding Lehrb. II 254, 262, Frank N. V 2 b letzter Abf. und Merkel S. S. III 798 nehmen in beiden Fällen nur Ein Delikt nach § 267, Oppenhoff-Delius N. 32 stets mehrere real konkurrierende Delikte aus § 267 und 270 an.

Idealkonkurrenz ist möglich mit der wesentlich falschen Anschuldigung: Frank N. IX, Lisshausen N. 51 b und RG. 22./9. 82 C. 7 47; ebenso mit der Beleidigung: Frank a. a. D.

Dagegen ist sie ausgeschlossen mit den Münzdelikten, denn „Geld und geldvertretende Wertpapiere sind keine Urkunden im Sinne des Gesetzes“ (v. Liszt) und „die Grenze zwischen beiden Verbrechen ist mit harter Hand zu ungunsten der Urkundenfälschung, aber ganz sicher „gezogen“ (Binding): Binding Lehrb. II 334, Frank N. III 3 Abf. 2, N. IX, v. Liszt 529 N. 4, Merkel S. S. III 225, Meyer-Walfeld 616, Lisshausen N. 51 a, Rüdorff-Stenglein § 149 N. 6, Schütze 300 N. 6; a. M. wegen § 146 Hälschner II 588.

Natürlich kann, dies wird schon in den Motiven vermerkt, von der Eigenschaft als Beweismittel abgesehen, sowohl die öffentliche als auch die beweiserhebliche Privaturkunde wie jede nicht unter § 267 fallende Urkunde und wie überhaupt jeder körperliche Gegenstand als Objekt und Mittel zu einem anderen Delikt dienen, z. B. zum Betruge: RG. 5./2. 81 C. 3 337.

§ 268.

Eine Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird bestraft, wenn

- 1) die Urkunde eine Privaturkunde ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann;
- 2) die Urkunde eine öffentliche ist, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, welche bei der Fälschung einer Privaturkunde nicht unter einer Woche, bei der Fälschung einer öffentlichen Urkunde nicht unter drei Monaten betragen soll. Neben der Gefängnisstrafe kann zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

1. Tritt zu der rechtswidrigen Absicht die Absicht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, als weiteres subjektives Tatbestandsmoment, so vermindert sich das Vergehen des § 267 in das Verbrechen des § 268. Diese zweite Absicht ist somit ein straf erhöhender Umstand, und die Bestrafung aus § 268 kann nur erfolgen, nachdem zuvor der gesamte subjektive wie objektive Tatbestand des § 267 festgestellt ist.

2. Während bei dem Delikt des Betruges der erstrebte Vermögensvorteil ein rechtswidriger sein muß, wird dieses Erfordernis für das Delikt der schweren Urkundenfälschung nicht aufgestellt, so daß z. B. die Absicht genügt, den Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten, wenn darin nach den konkreten Umständen ein Vermögensvorteil liegt. Ebenso braucht durch die Schädigung dem Betroffenen kein Unrecht zugefügt zu sein: RG. 28./3. 01 E. 34 243 (Herbeiführung der Bestrafung eines wirklichen Schuldigen). Übereinstimmend Birkmeyer Enzphl. 1187, Geyer II 103, v. Liszt 524, Meves h. h. III 394, Meyer-Walfeld 607, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein § 270 N. 2, v. Schwarze N. 2, Schütze 488; RG. 16./10. 84 E. 11 155, 20. 9. 95 E. 27 300. A. M. Berner 601, Binding Lehrb. II 264, Frank N. I 1, Hälschner II 551, Merkel 366 und h. h. III 799, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

a) Abgesehen von dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit finden die Ausführungen § 263 N. 8 über den Vermögensvorteil und seine Verschaffung auch hier Anwendung. Da der Vorteil kein rechtswidriger zu sein braucht, ist es nicht erforderlich, daß ihm eine Vermögensbeschädigung auf Seiten der zu täuschenden Person oder derjenigen entspricht, für die sie handelt; dies räumt auch Frank N. I 1 ein.

b) Unter Schaden ist wie beim Betruge, dem ausweislich der Motive der Tatbestand der schweren Urkundenfälschung genähert werden sollte, nicht jeder Nachteil, das Gegenstück des über den Begriff des Vermögensvorteils hinausgehenden Vorteils (§ 274), sondern Vermögensschaden zu verstehen. Hierfür spricht auch der Umstand, daß sich kein Fall der einfachen Urkundenfälschung denken läßt, in welchem nicht einem Anderen ein Schaden im weiteren Sinn des Wortes zugefügt werden soll, denn am letzten Ende ist eine Schädigung schon darin gegeben, daß der Getäuschte zu einer Handlung bewogen wird, die er ohne die Täuschung nicht vorgenommen hätte. Selbst die Anhänger der irrigen Ansicht räumen ein, daß bei ihr der § 267 jede oder fast jede Anwendbarkeit einbüße. Übereinstimmend Frank N. I 2, Hälschner II 552, Merkel h. h. III 800, Olshausen N. 3 Abj. 1, Schütze 488. A. M., nämlich daß insbesondere schon die Schädigung — nicht die bloße Gefährdung — an Freiheit und Ehre genügt, Berner 601, Binding Lehrb. II 266, Geyer II 103, v. Liszt 525, Meyer-Walfeld 607, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6, v. Schwarze N. 3 und RG. 12./3. 83 E. 8 187, 13. 2. 00 E. 33 137 (Jemanden dem Spott preisgeben und in seiner gesellschaftlichen Stellung herabsetzen; diese Entscheidung geht nach Binding Lehrb. II 267 N. 1 zu weit), 28./3. 01 E. 34 243. Identität des Getäuschten und Geschädigten ist nicht erforderlich: RG. 29./10. 08 E. 42 391.

Wegen des Begriffs des Vermögensschadens vgl. § 263 N. 7.

c) Da die Urkundenfälschung aus dem Fälschungsakt und dem Gebrauch besteht, muß die Absicht nicht, wie Binding Lehrb. II 263 N. 2 will, bei dem einen oder dem anderen, sondern bei beiden Akten vorliegen; fehlt sie bei dem Fälschungsakt, so findet § 270 in Verbindung mit § 267 Anwendung: Merkel *S.S.* III 801, Lisshauen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 8 und *RG.* 2./5. 98.

d) Der Täter will bereichern oder schädigen. Das Mittel hierzu ist die Urkundenfälschung. Dem allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz gemäß muß zwischen der erstrebten vermögenslichen Änderung und der Fälschung Kausalzusammenhang stattfinden, wobei, da der Getäuschte und der Geschädigte nicht identisch zu sein brauchen, schon ein mittelbarer Zusammenhang genügt. Die Ausführungen zu § 263 N. 7 f und 8 o treffen somit auch hier zu. Daraus folgt, daß der Fall ausscheidet, wo der Täter die Urkundenfälschung gegen Entgelt seitens eines Dritten begehrt. Hiermit stimmt überein Binding Lehrb. II 267, 292. A. M. Frank N. I 1, Lisshauen N. 2 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 5 und *RG.* 9./10. 88 E. 18 145, aber im Widerspruch gegen jenen Grundsatz, der als allgemein überall gilt, wo nicht das Gesetz seine Geltung erkennbar ausschließt.

3. Auch das qualifizierte Delikt ist mit dem Gebrauch vollendet, ohne daß die Realisierung der qualifizierenden Absicht erfolgt oder auch nur möglich zu sein braucht. Hierüber herrscht in Theorie und Praxis kein Streit; vgl. *RG.* 21./10. 98 E. 31 286, 29./10. 98 E. 42 39.

4. Der Versuch ist, weil es sich um ein Verbrechen handelt, strafbar. Er liegt, da der Fälschungsakt nicht, wie Birkmeyer *Enzphl.* 1187 meint, nur eine Vorbereitungshandlung, sondern ein Teil des objektiven Tatbestandes ist, schon dann vor, wenn die falsche Urkunde in der qualifizierenden Absicht hergestellt wird: Berner 600, Binding Lehrb. II 248, Finger I 314, Frank N. II, Geyer II 104, v. Liszt 524 N. 7, Merkel 122 und *S.S.* III 801, Meyer-Alfeld 173, Lisshauen N. 7 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 9 und *RG.* 27./5. 85 E. 16 133; a. M., nämlich daß es eine Frage des konkreten Ermessens sei, Hälschner II 553 und Schüze 487 N. 13. Somit kann schon der Beginn des Fälschungsaktes Versuch sein: v. Liszt und Schüze a. a. O., Merkel 122, Lisshauen N. 7 Abj. 4; *RG.* 23./5. 92 E. 23 213, 11./10. 10 E. 44 87.

5. Bezüglich der Teilnahme ist zu bemerken, daß ein Angeklagter nicht Anstifter, sondern Täter aus § 268 ist, wenn in der Person desjenigen, welcher in seinem Auftrage den Fälschungs- und Gebrauchsakt vorgenommen hat, ein nur dem § 267, in der des Angeklagten aber ein dem § 268 entsprechender Dolus vorliegt: *RG.* 8./12. 80 E. 3 96; a. M. Binding Lehrb. 268, nämlich daß der Angeklagte nur als Anstifter nach § 267 zu strafen sei, also straflos bleibe, wenn der Angestiftete es nur zum Versuch gebracht habe.

6. Trotz der unerkennbaren nahen Verwandtschaft ist weder die schwere Urkundenfälschung lediglich ein ausgezeichnete Fall des Betruges, noch geht der Betrug im Tatbestande des § 268 auf. Dies geht insbesondere daraus hervor, daß die Urkundenfälschung den Gebrauch einer falschen Urkunde, mag sie auch inhaltlich wahr sein, erfordert, der Betrug aber durch eine echte Urkunde unwahren Inhalts begangen werden kann, daß nicht bei jener, wohl aber bei diesem der Vermögensvorteil ein rechtswidriger sein, und daß überhaupt nicht bei jener, wohl aber bei diesem im Falle seiner Vollendung die Vermögensbeschädigung stattgefunden haben muß. Daher besteht zwischen den beiden Delikten keine Gesetzes-, sondern Idealkonkurrenz, was wegen § 264 von Bedeutung ist. Übereinstimmend Binding Lehrb. II 268, Frank N. III, v. Liszt 242 N. 5, Merkel Lehrb. 271, Meyer-Alfeld 609, Lisshauen N. 9 b, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein § 263 N. 40 und *RG.* 3./12. 79 E. 1 111, 3./5. 80 E. 3 169. A. M. Hälschner II 554, Merkel *S.S.* III 801 und wegen des Betrugsversuchs auch Frank a. a. O.

§ 269.

Der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde wird es gleich geachtet, wenn Jemand einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnungen zumider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt gibt.

1. Der § 267 statuiert zwei gleichwertige Gestaltungsarten der Fälschung. Der zweiten, der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde (§ 267 N. 7 b), stellt § 269 die sog. Blankettfälschung gleich. Bei dieser Gleichstellung, welche auch durch Einschlebung eines entsprechenden Passus in § 267 hätte geschehen können, handelt es sich also nicht, wie Binding Lehrb. II 237, Frank N. I und Schüze 486 N. 12 wollen, um eine authentische Interpretation des § 267, jodaß § 269 eigentlich überflüssig wäre, sondern um eine Modalität eines einzelnen Bestandsmerkmals, während im übrigen das Vorliegen des Tatbestandes des § 267 bzw. § 268 die Voraussetzung

für die Anwendung des § 269 bildet: Fälschter II 255, Oshausen N. 1 a; RG. 18./1. 81 C. 3 227. Dabei ist, wenn die qualifizierende Absicht des § 268 vorliegt, zu unterscheiden, ob das Blaufett zu einer öffentlichen oder privaten Urkunde gestaltet wird.

2. Dem mit der echten Unterschrift eines Anderen bereits versehenen Papier wird ein urkundlicher Inhalt gegeben.

a) Das Gesetz hat nur schriftliche Urkunden im Auge, nennt das Papier a potiori und versteht darunter jedes als Substrat einer Urkunde dienliche Material, also auch Pergament, Holz- und Schreibrtafel usw.: Binding Lehrb. II 236, Oshausen N. 2 Abf. 2.

b) Das Papier muß mit der Unterschrift — Namenszeichnung oder beglaubigtes Handzeichen: Binding Lehrb. II 236 N. 3, Frank N. II — eines Anderen versehen sein. Ob dieser Andere existiert oder eine fingierte Person, ist auch hier irrelevant: Binding Lehrb. II 236 und Oshausen N. 3 Abf. 1.

c) Ebenso ob die Unterschrift geschrieben oder gedruckt oder sonst auf mechanische Weise hergestellt worden: Binding Lehrb. II 236, Oshausen N. 3 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 3 und RG. 13./11. 90 C. 21 183; a. M. Oppenhoff-Delius N. 2.

d) Das Wort Unterschrift ist nicht buchstäblich zu nehmen, sondern bedeutet nur Namenszeichnung (oder beglaubigtes Handzeichen), sodaß es keinen Unterschied macht, ob das Papier im übrigen noch leer ist oder oberhalb des Namens noch etwas verzeichnet steht und ob die Namenszeichnung unter, über oder neben dem Kontext steht. So Frank N. III 1 und Oshausen N. 3 Abf. 2. Stets muß aber die sog. Unterschrift vermöge ihrer unmittelbaren räumlichen Beziehung und Stellung zu dem Inhalt der Urkunde die Bedeutung einer rechtsverbindlichen Namenszeichnung haben.

e) Das Papier wird erst durch die Ausfüllung zur Urkunde. Es enthält nämlich entweder nur die Unterschrift oder zwar auch einen Kontext aber ohne urkundlichen Charakter. Hierbei ist es nicht erforderlich, daß es einen urkundlichen Charakter im Sinne des § 267 überhaupt noch nicht hat, sondern es genügt, wenn es nur diejenige Urkunde noch nicht vollendet enthält, welche es bei vollständiger Ausfüllung zum Ausdruck zu bringen bestimmt ist: RG. 9./12. 86 C. 15 67, 9./10. 94 C. 26 138. Wird der Kontext einer vollständigen Urkunde abgetrennt und oberhalb der Unterschrift ein neuer urkundlicher Inhalt gesetzt, so ist das nicht eine Blaufettfälschung, sondern eine Verfälschung nach § 267. Übereinstimmend Berner 602, Binding II 236, Fälschner II 455, Mertel h. S. III 801, Oshausen N. 3 Abf. 1; RG. 6./12. 80 C. 3 142.

3. Die Ausfüllung erfolgt entweder ohne den Willen des Anderen, also gänzlich unerlaubt, oder seinen Anordnungen zuwider. Anordnung ist jede die Ausfüllung betreffende ausdrückliche oder stillschweigende einseitige oder vereinbarungsgemäße Willenserklärung des Namensträgers. Mit Oshausen N. 5 von einem „Mißbrauch des erteilten Vertrauens“ zu sprechen, ist zum mindesten überflüssig. Die Abweichung von der Anordnung kann in weitester Ausdehnung erfolgen, z. B. indem die Ausfüllung auf einen höheren Betrag erfolgt, als angeordnet worden: RG. 6./12. 80 C. 3 142, oder vor der angeordneten Zeit stattfindet: RG. 21./9. 09 C. 42 406. Bei Unterschreitung des Antrages, z. B. 5% statt 6%, wird mit Binding Lehrb. II 338 und Oshausen N. 5 Abf. 2 regelmäßig wegen vermuteter Zustimmung des Namensträgers der Dolus fehlen, vgl. auch BGH. § 665.

§ 270.

Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn Jemand von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht.

1. Das Delikt des sog. Urkundenmißbrauchs hat einen selbständigen Tatbestand.

a) Unter Urkunden sind öffentliche oder beweiserhebliche Privaturlunden im Sinne des § 267 zu verstehen: Oshausen N. 1a, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 8./11. 80 C. 2 425, 20./3. 85 C. 12 112.

b) Erforderlich ist in subjektiver Beziehung die rechtswidrige Absicht des § 267 (dieselbe N. 10): Berner 603, Binding Lehrb. II 260 N. 4, Frank N. III, Oshausen N. 1b, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 488 N. 16; RG. 20./3. 85 C. 12 112.

c) Wenn der Eine fälscht, der Andere gebraucht, aber in Einverständnis, so liegt Mittätererschaft nach § 267 (268) vor. Dieser Fall scheidet also hier aus. Die Bestimmung findet nur Anwendung, wenn derjenige, welcher das Falsum gebraucht, es überhaupt nicht oder nicht in rechtswidriger Absicht angefertigt hat. Hat ein Dritter die Fälschung begangen, so kommt es auf dessen rechtswidrige Absicht nicht an, sondern es genügt, daß die Urkunde objektiv die Eigenschaft einer

verfälschten oder fälschlich angefertigten hat: Berner 603, Bindung Lehrb. II 261, Frank N. I, Fälschner II 555, v. Liszt 524, Mertel S. S. III 802 (Lehrb. 360 „durch einen Andern“), Meyer-Altfeld 609, Oshausen N. 2, Müldorf-Stenglein N. 1, 2; RG. 8./4. 81 C. 4 69. Auch der wiederholte Gebrauch des Falschens durch eine fernere selbständige Handlung fällt unter § 270, sei es durch den Fälscher selbst, sei es durch einen Dritten, der von der Fälschung weiß: Fälschner II 556, Oshausen N. 2 Abj. 2, Müldorf-Stenglein N. 1 Abj. 2; RG. 2./2. 81 C. 3 311. Bgl. § 267 N. 11 Abj. 1.

d) Zu der rechtswidrigen Absicht tritt das Wissen, daß die gebrauchte Urkunde verfälscht oder fälschlich angefertigt ist. Das Wissen muß ein positiv bestimmtes sein. Eventualdolus ist also ausgeschlossen.

2. Je nachdem die qualifizierende Absicht des § 268 vorliegt oder nicht, findet dieser oder § 267 Anwendung. Der Versuch im Fall des § 268 ist gegeben, sobald mit dem Gebrauch zum Zweck einer Täuschung begonnen ist: Bindung Lehrb. II 261, Geyer II 104, v. Liszt 124, Oshausen N. 3.

§ 271.

Wer vorsätzlich bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

1. Die sog. intellektuelle Urkundenfälschung ist die Bewirkung einer formell echten, materiell unwahren Urkunde (Bindung: Yugurtunde). Wie bei der eigentlichen Urkundenfälschung bedroht das Gesetz auch hier zunächst die einfache (§ 271), sodann die schwere Begehungsform (§ 272), endlich den Gebrauch (§ 273). Der Name „intellektuelle Urkundenfälschung“ ist herkömmlich, aber irrig, weil es sich weder um die Verfälschung einer echten noch um die Herstellung einer unechten Urkunde, also überhaupt nicht um eine Urkundenfälschung handelt: Frank N. I, v. Liszt 525, Meyer-Altfeld 611 N. 56, Oshausen N. 1 Abj. 2, Schübe 489, v. Wächter 452.

2. Das Gesetz will die Sicherheit der öffentlichen Beglaubigung schützen. Die von ihm genannten öffentlichen Bücher und Register sind solche, in denen Erklärungen usw., welche für Rechte und Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, als abgegeben oder geschehen zum öffentlichen Glauben beurkundet werden, sind also nur besondere Arten der öffentlichen Urkunden überhaupt, sodaß auch auf sie, welche naturgemäß schriftliche Urkunden sind, die Ausführungen zu § 267 N. 3 Anwendung finden: Bindung Lehrb. II 280, Fälschner II 257, v. Liszt 526, Oshausen N. 2 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 6; a. M. ohne allen Grund Meves, S. S. III 993. Sind die wesentlichen Erfordernisse der öffentlichen Urkunde nicht gewahrt, so fällt die Strafbarkeit selbst dann weg, wenn eine Privaturkunde zurückbleibt.

Hiernach kommen als Bücher und Register nur solche in Betracht, welche authentische Beweisraft, also die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde haben, indem sie für die Allgemeinheit derart bestimmt sind, daß sie nicht bloß die Möglichkeit gewähren, im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs als Beweismittel für und gegen Jedermann zu dienen, sondern auch aus allgemeinen Rücksichten der staatlichen Wohlfahrt rechtlich erhebliche Tatsachen authentisch feststellen: RG. 23./12. 79 C. 1 42.

Nach Reichsrecht sind öffentliche Bücher und Register z. B. die Grundbücher, die Vereins-, Güterrechts-, Personenstands-, Schiffs- und die in das Handels- und Gewerbebereich einschlagenden Register, nicht aber die Impfslisten und Impfscheine: RG. 28./4. 96 C. 28 332 (a. M. Frank § 267 N. IV 1a), und auch nicht die von den Staatsanwaltschaften gemäß der Bundesratsverordnung v. 16. Juni 1882 zu führenden Strafregister: RG. 19./9. 87, 17./5. 88.

Diejenigen Urkunden usw., welche nur dem inneramtlichen Verkehr dienen, sind keine öffentlichen (§ 267 N. 3d), z. B. die Anzeigen der Polizeibeamten: RG. 20./11. 83, und die polizeilichen Einwohner-Melderegister in Preußen: RG. 2./6. 85 C. 12 228. Merkwürdig verschieden ist die Praxis des RG. betr. der Gefangenenbücher, deren öffentlicher Charakter für Preußen, Bayern, Baden, Braunschweig und Elsaß-Lothringen bejaht, für Sachsen und Württemberg verneint wird. Bgl. für Preußen: 5./1. 83 C. 7 373, 4./11. 84 C. 11 188, 24./6. 85 C. 12 315,

10./7. 93 *C.* 24 308, 24./6. 01 *C.* 34 299; Bayern: 15./2. 92 *C.* 22 345; Oldenburg: 30./12. 10 *C.* 44 196; Braunschweig: 3./10. 98 *C.* 30 262; Sachsen: 27./3. 08 *C.* 41 201; Württemberg: 1. 4. 86 *C.* 14 11.

3. Die wahrheitswidrige Beurkundung fällt nur dann hierher, wenn die Urkunde, das Buch, das Register dazu bestimmt sind, über die abgegebene oder geschehene Erklärung, Verhandlung oder Tatsache Beweis zu liefern: Frank *N.* III *Abt.* 1, Hälshner II 558, Merkel *S. N.* III 804, Lischauer *N.* 6 *Abt.* 2, Oppenhoff-Deilus *N.* 11, 16 und das *RG.* in konsequenter Praxis: a. *M.* Binding *Lehrb.* II 283/284. Alles, wofür die öffentliche Urkunde keine Beweisraft besitzt, fällt aus dem Bereiche wahrer oder falscher Beurkundung hinaus. Wenn daher die Beweisbestimmung nur dahin geht, daß diese Erklärung von dieser Person abgegeben ist, diese Verhandlung zwischen diesen Personen stattgehabt hat, so kommt es nur auf die Tatsache der Erklärung und Verhandlung, auf die Identität der Person, nicht aber darauf an, ob dasjenige, was erklärt, worüber verhandelt ist, der Wahrheit entspricht. Und auch auf die Identität der Person nur dann, wenn die Beweisbestimmung sich unzweideutig auf sie erstreckt. So bei dem Reisepaß, auch bezüglich der Begleitpersonen: *RG.* 22./1. 11 *C.* 44 285. Der Angeeschuldigte, welcher zu seiner Person und zur Sache vernommen wird, macht sich niemals der intellektuellen Urkundenfälschung schuldig. Unterschreibt er das Protokoll mit dem falschen Namen, so liegt, da er keinen Gebrauch von der Fälschung macht, auch keine Urkundenfälschung nach § 267 vor. Übereinstimmend Frank *N.* II 1: a. *M.* Binding *Lehrb.* II 283, welcher die falsche Angabe zur Person allgemein als intellektuelle Urkundenfälschung ansieht.

Nach der Praxis des *RG.* 3. B. beweisen die Handelsregister die Anmeldungen und die Firmenzeichnungen, nicht aber die tatsächliche Richtigkeit der Anmeldung: Binding *Lehrb.* II 282 *N.* 3, Rüdorff-Stenglein §§ 271—273 *N.* 9 und *RG.* 5./11. 88 *C.* 18 179; a. *M.* bezüglich der inhaltlichen Richtigkeit Frank *N.* II 1. Ferner die gemäß *StP.D.* § 272 aufgenommenen Sitzungsprotokolle und die Straflisten die Erklärungen des Angeklagten über seinen Namen: 21./1. 81 *C.* 3 204, 29./11. 81 *C.* 5 175; a. *M.* 29./9. 84 *C.* 11 126, 4./11. 84 *C.* 11 188, 19. 3. 08 *C.* 41 189 und bezüglich der Strafbefehle und Strafurteile *RG.* 18./12. 84 *C.* 11 314, 10./7. 93 *C.* 24 308, 19./3. 08 *C.* 41 189, 27./3. 08 *C.* 41 201. Bezüglich der Strafbefehle und Strafurteile ist dem *RG.* nicht beizutreten, denn diese Urkunden sind nicht lediglich für den inneren Dienst bestimmt, beweisen auch nicht bloß ihre eigene Existenz, nicht bloß die Identität des Beurteilten mit demjenigen, gegen welchen das Verfahren sich richtet, sondern liefern für das Rechtsleben den Beweis, daß gegen diese Person dieses Namens diese Entscheidung gefällt ist. So mit Recht Frank *N.* II 1, welcher zutreffend auf die Praxis des *RG.* bezüglich der sich auf die Urteile stützenden Gefangenbücher hinweist; ebenso Binding *Lehrb.* II 283.

Besonders wichtig sind die Handelsregister.

Sie haben nach *PerStG.* v. 6. Febr. 1875 § 15 Beweisraft nicht bloß für die Existenz, sondern auch für den Inhalt der zu ihnen abgegebenen Erklärungen, jedoch nur soweit das Gesetz sie für die Beurkundung für bestimmt erklärt, also die Heiratsregister nicht über die in § 54 sit. einzeln aufgeführten Tatsachen: 6./11. 93 *C.* 24 360, 14./11. 99 *C.* 32 386, 29./4. 01 *C.* 34 263. Nach der Praxis des *RG.* verstößt gegen § 271: Die Anmeldung eines unehelichen Kindes als eines ehelichen: 1./10. 80 *C.* 2 303, 19./2. 91 *C.* 21 411; die falsche Angabe über die Vaterchaft eines unehelichen Kindes: 10./11. 79 *C.* 1 9; über den Geburtsort: 16./11. 81; über die eigene Anwesenheit des Anmeldenden bei der Geburt: 20./5. 81 *C.* 4 194, 28./1. 98 *C.* 30 429; über Vor- und Familiennamen, Stand oder Religion der Eltern des Kindes: 29./12. 94 *C.* 26 347; über die Wohnung, in der die Geburt erfolgte: 28./1. 98 *C.* 30 429; die falschen Angaben der Ehechließenden über ihren Stand: 14./11. 99 *C.* 32 386, oder über Wohnort, Leben oder Tod ihrer Eltern: 29./4. 01 *C.* 34 268; die Angabe über eine zwischen der Anzeigenden und dem Erzeuger des verstorbenen unehelichen Kindes bestehende Ehe: 17./1. 88; über die Wohnung, in welche der Sterbefall eingetreten: 10./6. 04 *C.* 37 204. Dagegen fallen nicht unter § 271: die falsche Angabe des Anzeigenden über seinen Stand oder Gewerbe: 21./5. 87 *C.* 16 87; des Zeugen, daß er volljährig sei: 20./1. 87 *C.* 15 256; der Verlobten beim Aufgebotsantrage über Namen und Wohnort der Eltern: 4./6. 91 *C.* 22 60; des Bräutigams, daß er ledig oder Witwer: 12. 12. 86 *C.* 20 249; die Bezeichnung der geschiedenen Ehefrau nur mit ihrem Jungfernamen oder als ledig: 6./11. 93 *C.* 24 360. — Vgl. hierzu die Kritik Bindings *Lehrb.* II 285.

4. Die Erklärungen, Verhandlungen, Tatsachen müssen für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sein, also für sich allein oder in Verbindung mit anderen die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten oder Rechtsverhältnissen bewirken, was nicht identisch ist mit der der öffentlichen Urkunde ohnehin immanenten Beweis-erheblichkeit: Frank *N.* IV, Hälshner II 538, Lischauer *N.* 4 *Abt.* 1, Rüdorff-Stenglein §§ 271—273 *N.* 8; vgl. § 267 2 c. Und zwar Rechts-erheblichkeit überhaupt, nicht notwendig für den konkreten Zweck der Urkunde, nicht notwendig für die Rechte Dritter, sondern auch für solche des Täters, sowohl für private

als auch für öffentliche Rechte: Hälshner II 558 und Ushaujen N. 4 Abj. 2; RG. 29./11. 81 C. 5 175, 3./12. 97 C. 30 373. — Im Sinne des § 271 sind Erklärungen solche, die von der Urkundsperson nicht abgegeben, sondern entgegengenommen werden, wogegen ihre eigenen Erklärungen sich als Tatsachen darstellen: RG. 19./3. 08 C. 41 189.

5. Die Urkunde ist unwahr, wenn sie die Erklärung, Verhandlung, Tatsache als abgegeben oder geschehen bekundet, obgleich sie nach der von Binding Lehrb. II 289 als häßlich getadelten, als erschöpfend gelobten Kauisifik des Gesetzes überhaupt nicht oder in anderer Weise geschehen sind, insbesondere die Erklärung, falls sie überhaupt abgegeben ist, als von einer anderen Person oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft abgegeben bezeichnet. 3. B. die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft durch den Nichtvater, Meldung des Nichtbestraften zum Strafantritt anstatt des wirklich Verurteilten, Anmeldung der Geburt seitens der angeblich bei der Geburt zugegen gewesen, also zur Anmeldung verpflichteten Person. Vgl. zur Praxis des RG. die Aufzählung bei Ushaujen N. 7, welche übrigens ergibt, daß die Unterscheidung sich nicht streng durchführen läßt, es sich also vielfach nur um gleichwertige Modalitäten handelt.

6. Die Unwahrheit wird von dem Täter bewirkt, d. h. er begeht eine Handlung, welche für das Entstehen der unwahren Urkunde kausal ist. Gewöhnlich wird als Mittel die Fälschung genannt, so von Berner 603, Hälshner II 557, v. Liszt 526, Merkel S. 5. III 804, Oppenhoff-Delius N. 1, Schüge 889 N. 18 und ebenmäßig wiederholt vom RG., aber mit Unrecht, denn jedes Mittel genügt, durch welches der Dolus der beurkundenden Person ausgeschlossen wird, die Fälschung ist eben nur der praktisch häufigste Fall: Binding Lehrb. II 289, Frank N. 1, Ushaujen N. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 271–273 N. 4, v. Schwarze N. 6; RG. 19./10. 85 C. 13 52. Wenn der Beurkundende mit Dolus, also im Fall der Fälschung mit Kenntnis der Unwahrheit handelt, so ist er Täter nach § 348 Abj. 1, der Bewirker Anstifter: Berner 604, Birkmeyer Cuzykl. 1188, Frank N. 1, Hälshner II 557, v. Liszt 526, Meyer-Alsfeld 611, Ushaujen und Schüge a. a. D., Wachenfeld H. II 314 und RG. 3./6. 81 C. 4 246, 19./10. 85 C. 13 52, 25./2. 86 C. 13 367, 7./3. 95 C. 27 100; a. M. Binding Lehrb. II 290, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. D. nämlich daß der Bewirker auch als Anstifter nach § 271 zu strafen sei. Die Einwirkung braucht nicht unmittelbar von Person zu Person, sondern kann auch unter Benutzung einer dritten Person als Werkzeug geschehen: Frank N. II Abj. 1, Hälshner II 557, Ushaujen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, 3, v. Schwarze N. 6; RG. 6./12. 83 C. 9 288, 25./2. 86 C. 13 367. Stets liegt nur dann eine öffentliche Beurkundung vor, wenn sie von der Urkundsperson selbst oder ihrem ordentlichen Stellvertreter erfolgt ist: RG. 3./3. 85 C. 12 62.

7. Das Delikt erfordert nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes Dolus. Der Vorsatz muß sich auf alle Tatbestandsmomente beziehen, der Täter sich also auch bewußt sein, daß der Vorgang, dessen unrichtige Beurkundung er bewirkt hat, eine für Rechte und Rechtsverhältnisse erhebliche ist; das Bewußtsein allein, daß die Handlung eine falsche Beurkundung zur Folge haben könne, genügt nicht: Frank N. V, Ushaujen N. 9, Rüdorff-Stenglein §§ 271–273 N. 5. Die Überzeugung vom Gegenteil desjenigen, was beurkundet wird, ist nicht erforderlich, vielmehr genügt in dieser Beziehung Eventualdolus: Binding Lehrb. II 291, Frank, Ushaujen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 28./12. 88 C. 18 309.

8. Das Delikt ist vollendet mit dem Abschluß der Urkunde: Berner 604, Binding Lehrb. II 289 (287, 288), Frank N. VI, v. Liszt 527, Ushaujen N. 10, Rüdorff-Stenglein §§ 271–273 N. 3. Ob die Unterschrift des Täters erforderlich, bestimmt sich nach den einzelnen maßgebenden Normvorschriften, kann also nicht mit Oppenhoff-Delius N. 9 allgemein verneint werden: Binding, Frank, Ushaujen und Rüdorff-Stenglein a. a. D. Ist sie erforderlich, so liegt in ihrer Ermangelung nur ein — strafloser — Versuch vor.

Der Gebrauch der Beurkundung ist für die Vollendung nicht erforderlich: Berner 604, Frank und Ushaujen a. a. D., Hälshner II 559, Merkel S. 5. III 805. Macht der Täter von der Urkunde Gebrauch, so ist er nicht, wie v. Schwarze N. 15 will, nach § 273, sondern nach § 271 zu bestrafen, da § 273 voraussetzt, daß der Täter die falsche Beurkundung nicht selbst vorsätzlich bewirkt hat: Binding Lehrb. II 293, Frank § 273 N., Hälshner II 559, Merkel S. 5. III 805, Oppenhoff-Delius N. 29. Dies gilt aber mit Ushaujen § 273 N. 2 und Rüdorff-Stenglein §§ 271–273 N. 12 nur für die Regel, denn wenn der Täter später durch eine selbständige Handlung den Gebrauch macht, ist er allerdings nach § 273 zu bestrafen; vgl. § 270 N. 1 c. Hiernach ist auch eine Realoffizienz mit § 273 möglich. Tagen wollen Binding und Frank a. a. D. stets nur § 271 anwenden, da die Bestimmung des § 273 denen der §§ 271, 272, 348, 349 subsidiär sei.

9. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die auf die Willensbetätigung des Täters kausal zurückzuführende falsche Beurkundung erfolgt ist: RG. 5./12. 90 C. 21 228.

§ 272.

Wer die vorbezeichnete Handlung in der Absicht begeht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

1. Die schwere intellektuelle Urkundenfälschung. Die Bestimmung steht in gleichem Verhältnis zu § 271 wie § 268 zu § 267. Mit der Maßgabe, daß nur öffentliche Urkunden in Betracht kommen, finden daher die Ausführungen zu § 268 auch hier Anwendung.

2. Der Versuch, strafbar, weil es sich um ein Verbrechen handelt, beginnt mit der Einwirkung auf die Urkundsperson, auch wenn diese mit der Beurkundung noch nicht begonnen hat: Frank R. II.

§ 273.

Wer wissentlich von einer falschen Beurkundung der im § 271 bezeichneten Art zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird nach Vorschrift jenes Paragraphen und, wenn die Absicht dahin gerichtet war, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, nach Vorschrift des § 272 bestraft.

1. Das Delikt ist das Seitenstück zu dem des § 270, soweit sich dieses auf öffentliche Urkunden bezieht. Die dortigen Ausführungen finden somit auch hier Anwendung. Insbesondere genügt es, daß die Urkundenfälschung objektiv vorliegt, sodaß es keinen Unterschied macht, ob die falsche Beurkundung auf Irrtum oder Vorsatz (§ 348) beruht und im ersteren Fall der Irrtum durch Täuschung hervorgerufen oder ohne solche entstanden ist: Binding Lehrb. II 292, Frank R., Fälschner II 559, Merkel S. S. III 806, Meyer-Alfeld 611, Oshausen R. I Abf. 2, Oppenhoff-Deitius R. I (a. M. beim Vorsatz), Rüdorff-Stenglein §§ 271–273 R. II und RG. 1./2. 84 C. 10 68; a. M. v. Liszt 526 R. 6 (die Urkunde müsse entweder nach § 271 oder § 348 Abf. 1 zustande gekommen sein). Macht der dolos fälschende Beamte selbst Gebrauch, so ist er nach § 348 zu strafen.

2. Vgl. § 271 R. 8 Abf. 2.

§ 274.

Mit Gefängnis, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann, wird bestraft, wer

- 1) eine Urkunde, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem Anderen Nachteile zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, oder
- 2) einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem Anderen Nachteil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt.

1. Das Gesetz stellt zwei der Urkundenfälschung verwandte Fälle unter dieselbe Strafen drohung. Wie alle Delikte dieses Abschnitts nur als dolose strafbar, haben sie die Absicht gemeinsam, einem Anderen Nachteil — der Plural in Nr. 1 ist Druckfehler! — zuzufügen.

2. Das Delikt der Urkundenunterdrückung begeht, wer eine fremde Urkunde vernichtet, beschädigt oder unterdrückt.

a) Nach der überwiegenden auch vom RG. geteilten Ansicht umfaßt im Gegensatz zu § 267 der Urkundenbegriff hier alle in einem leblosen Gegenstand verkörperten und verhandelbaren Gedankenäußerungen, welche zum Beweise von Tatsachen zu dienen bestimmt sind, mochten

sie auch ohne Erheblichkeit für den Beweis von Rechten oder Rechtsverhältnissen sein: Frank N. 1, Geyer II 105, Hälschner II 560, Merkel S. 5. III 807, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 23./1. 80 E. 1 162, 8./11. 80 E. 2 425, 22./10. 83 E. 9 141, 19./10. 91 E. 22 182. Aber diese Ansicht, nach welcher z. B. der an die Straßenecke geklebte Zirkus- und Theaterzettel ein taugliches Objekt wäre, wird durch den Wortlaut der Bestimmung nicht gestützt, ist sachlich nicht zu begründen und widerspricht der jedenfalls prima facie begründeten Annahme, daß im ganzen Abschn. 23 Urkunde im engeren Sinne des § 267 zu verstehen ist. Übereinstimmend Birkmeyer Enzykl. 1188, Binding Lehrb. II 298 N. 2, John S. 5. III 184, v. Liszt 527 (520), Dshaujen N. 2 a, Oppenhoff-Delius N. 5, v. Schwarze N. 5.

b) Die Urkunde muß dem Täter überhaupt nicht oder nicht ausschließlich angehören, sie muß für ihn eine fremde sein (vgl. § 242 N. 4). Derjenige, dem eine Sache gehört, ist ihr Eigentümer. Dem Nichteigentum steht das Miteigentum eines Anderen gleich: RG. 21./3. 84 E. 10 213. Erst durch das Allein- oder Miteigentum eines Anderen wird das Eigentum ausgeschlossen, nicht aber durch dingliche Spezialrechte: Berner 605, Frank N. 11, Hälschner II 560, v. Liszt 527, Merkel S. 5. III 807, Meyer-Altfeld 610, Schütze 489 (426), v. Schwarze N. 6. Ist vereinbart, daß das Eigentum an der Urkunde unter einer Bedingung auf einen Anderen übergehe, so muß pendente conditione das schwebende Eigentum des Anderen respektiert werden: RG. 28./4. 05 E. 38 37. Nach Dshaujen N. 2 c und Rüdorff-Stenglein N. 5 wird das „ausschließliche Gehören“ durch das dingliche Recht eines Anderen ausgeschlossen, nach Dshaujen a. a. D. und Oppenhoff-Delius N. 6 sogar durch die Editionsspflicht, nach Binding Lehrb. II 300 durch jedes Nutzungsrecht eines Anderen. Das RG. ist a. M. wegen der Editionsspflicht: 18./5. 00 E. 33 288, versteht aber unter Gehören das Verhältnis einer Person zu einer Sache, vermöge dessen sie rechtlich befaßt ist, die Sache wie ein Eigentümer zu behandeln. Man muß sich wirklich fragen, warum die Bekenner dieser irrigen Ansichten den Begriff des „fremd“, also des Nichtegehörens, nicht in gleicher Weise auf Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Sachbeschädigung ausdehnen. In einer nur in Einem Exemplar errichteten, durch die gemeinsame Tätigkeit der Beteiligten behufs Beurkundung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten geschaffenen Urkunde haben alle Beteiligten Miteigentum: RG. 21./3. 84 E. 10 213.

c) Die Urkunde wird vernichtet, beschädigt oder unterdrückt. Sie kommt als Beweismittel in Betracht, und zwar nicht bloß, wie Dshaujen N. 3 Abj. 1 meint, überwiegend, sondern ausschließlich. Dshaujens Berufung auf RG. 30./6. 90 E. 20 430 ist nicht zutreffend. Denn wenn der Täter dem Anderen nur die Einsicht der Urkunde unmöglich machen und ihn dadurch an einer Rechtsabhandlung hindern will, die er bei Kenntnis von dem Bestehen der Urkunde vorgenommen haben würde, so ist die Beweiserheblichkeit der Urkunde für irgendein auf jene Rechtsabhandlung influierendes Recht oder Rechtsverhältnis die notwendige Voraussetzung. So auch Hälschner II 523 („nur dann“).

Die Urkunde wird vernichtet, wenn ihre Existenz als Beweismittel völlig beseitigt wird, wobei jedoch die Beseitigung des auf ihrer substantiellen Unterlage befindlichen Gedankeninhalts genügt: Dshaujen N. 4; RG. 4./5. 81 E. 3 370, 5./7. 82. Die Unterfertigung der Unterschrift ist Vernichtung, wenn der Erklärende nicht schon aus dem Kontext zu erkennen ist. Die Unterfertigung der Unterschrift einer öffentlichen Urkunde ist stets Vernichtung, da die Urkunde dadurch als eine unvollendete hingestellt wird: Meyer-Altfeld 610 N. 51 und RG. 1./2. 01 E. 34 114.

Sie wird beschädigt, wenn mit ihr eine Veränderung vorgenommen wird, welche ihren Zweck, durch ihren bisherigen Inhalt als Beweismittel zu dienen, beeinträchtigt, indem entweder ihr äußerer Bestand oder ihr materieller Gehalt, d. h. die durch sie bekundeten Tatsachen, oder beide zusammen betroffen werden: Binding Lehrb. II 299, Geyer II 105, v. Liszt 527, Dshaujen N. 5 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 4./3. 81 E. 3 370, 19./1. 84 E. 10 43. Die Möglichkeit der Beseitigung der Veränderung ist bedeutungslos: RG. 19./1. 84, E. 10 43. Eine Veränderung, welche dazu dienen soll, unter Belassung des objektiven Charakters als Beweismittel nur die Richtigkeit und das Ziel der Beweiskraft zu verändern, ist Urkundenfälschung: RG. 4./3. 81 E. 3 370. Eine Beschädigung, welche die Beweiskraft völlig unberührt läßt, ist Sachbeschädigung nach § 303. Wegen der Abgrenzung zwischen Beschädigung und Verfälschung vgl. Binding Lehrb. II 288 N. 5. Siehe auch Dshaujen § 303 N. 12 c a.

Das Unterdrücken ist nicht auf das Beseitigen, auf das Fortschaffen von einem Ort an einen anderen beschränkt, sondern ist jede sich nicht als Vernichtung oder Beschädigung darstellende Handlung, durch welche die Benutzung der Urkunde, namentlich auch die rechtzeitige Benutzung, vereitelt wird: Binding Lehrb. II 299, Frank N. 12 b, v. Liszt 527, Meves S. 5. III 1004 (zu §§ 354, 355), Dshaujen N. 6 Abj. 1; RG. 22./1. 80 E. 1 159, 22./1. 07 E. 39 405; a. M., nämlich daß Unterdrücken gleich Beseitigen, Hälschner II 561, John S. 5. III 185, Oppenhoff-Delius N. 9. Es braucht weder heimlich zu geschehen: Frank, Dshaujen a. a. D.

und RG. 29./12. 91 C. 22 283, noch von Dauer zu sein: Ulshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 7 und RG. 10./7. 06 C. 39 80. Will der die Urkunde ihrer Benutzung Entziehende oder Vorenthaltende sich durch ihren Gebrauch einen Vorteil verschaffen, ihren Inhalt für sich verwerten, so liegt nicht ein Unterdrücken vor, sondern entweder wird je nach der Richtung der rechtswidrigen Absicht — Zuweisung, rechtswidriger Vermögensvorteil — und dem Hinzutreten sonstiger Begriffsmerkmale der Tatbestand eines Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs erfüllt, oder nur ein zivilrechtlicher Anspruch auf Rückgabe begründet: Frank N. 13, Geyer II 106, Hälßner II 562, Ulshausen N. 6 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 9, und RG. 22./1. 80 C. 1 159; a. M. Liszt 527 und durch Annahme einer Idealkonkurrenz auch RG. 26./1. 83 C. 8 179.

3. Das Delikt der Nr. 2, die sog. Grenzverrückung, wird dadurch begangen, daß ein zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal weggenommen, verunstaltet, unkenntlich gemacht, verrückt oder fälschlich gesetzt wird. Es ist ebenfalls ein Formdelikt, indem es sich gegen die Beweisraft richtet, ohne die Verletzung einer materiellen Berechtigung vorauszusetzen. Bloße Erinnerungszeichen an ein historisches Ereignis, z. B. an eine hohe Wasserflut, gehören nicht hierher: Frank N. 11 c, Geyer II 106, v. Liszt 528, Ulshausen N. 8 a Abj. 1 b. Besteht die Veränderung lediglich in einer Beschädigung des — fremden — Merkmals, so liegt Sachbeschädigung vor.

a) Merkmal ist ein zur Beurkundung, hier zur Beurkundung der Grenze oder des Wasserstandes, geeigneter und bestimmter Gegenstand: RG. 10./3. 81 C. 3 410, 18./4. 82 C. 6 199. Die Grenzzeichen sind die wichtigsten Merkmale. Das Merkmal muß in einer die beteiligten Nachbarn bindenden Weise durch Willensübereinstimmung oder durch die Amtshandlung einer hierzu nach öffentlichem Recht berufenen Behörde die Bestimmung eines Grenzzeichens erhalten haben: Werner 605 N. 1, Binding Lehrb. II 348, Frank N. 11 1 b, Hälßner II 563, v. Liszt 528, Merkel S. 5. III 808, Meyer-Alfeld 612, Ulshausen N. 8 a Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 8./12. 87 C. 17 10, 24./4. 90 C. 20 202, 13./2. 08 C. 41 94. Die einseitige Willkür eines Grenznachbarn kann einem Merkmal nicht die Bestimmung eines Grenzzeichens geben: RG. 20./1. 88, und ebensowenig ein der rechtlichen Bedeutung entbehrendes Verfahren der Behörde: RG. 18./10. 92 C. 23 254, solange nicht durch stillschweigende Zustimmung der Interessenten, am letzten Ende durch das Herkommen eine Anerkennung geschaffen ist: RG. 5./11. 87 C. 16 280. Es kommt nicht darauf an, ob die Übereinkunft der Interessenten zivilrechtlich gültig, und ob die Grenze richtig bezeichnet ist, denn das Gesetz schützt jede tatsächlich bestehende, nicht auf einseitiger Willkür beruhende Grenzbezeichnung: RG. 18./4. 82 C. 6 199. Es ist gleichgültig, ob das Grenzzeichen ein natürliches oder künstliches ist: Binding II 348, Frank N. 11 1 b, Ulshausen N. 8 a a. Ebenso ob ein dauerndes oder provisorisches: Werner, Frank, Hälßner, Meyer-Alfeld und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Ulshausen N. 9 Abj. 1; RG. 5./11. 87 C. 16 280, 31./1. 90 C. 20 196. Ob es zur Abgrenzung des Eigentums oder dinglicher Rechte dient: Werner, Frank, Hälßner, Meyer-Alfeld und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Ulshausen N. 8 a b, Oppenhoff-Delius N. 13 und RG. 31./9. 90 C. 20 196, wogegen andere Rechte nicht in Betracht kommen: RG. 12./12. 84; a. M. in letzter Beziehung Binding Lehrb. II 348 und Frank a. a. D. Bezieht sich das Grenzzeichen auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, so greift event. § 92 Nr. 2 Flag: Binding Lehrb. II 347, Merkel S. 5. III 108 und Ulshausen N. 8 a 7.

Wasserstandszeichen sind Grenzzeichen für die Wasserberechtigung, nicht die sog. Pegel, welche nur die Höhe des Wasserstandes angeben: Binding Lehrb. II 348 und Ulshausen N. 8 b.

b) Durch das Wegnehmen, Vernichten, Unkenntlichmachen wird das Merkmal seiner Zweckbestimmung entzogen, gleichviel ob dadurch die Grenze wirklich unerkennbar wird oder nicht: Binding Lehrb. II 349, Hälßner II 563, Ulshausen N. 10 a, Rüdorff-Stenglein N. 10.

Durch das Verrücken (Entnehmen und Wiedereinsetzen an einer anderen Stelle) und das fälschliche Setzen (solcher Gegenstände als Grenzzeichen, welche äußerlich diese Eigenschaft zu erkennen geben) wird der unrichtige Schein hervorgerufen, daß ein wirkliches, in jenem Falle die Interessenten bindendes Merkmal vorhanden sei, also der äußere Schein einer durch die Merkmale tatsächlich nicht erweisbaren Grenze erweckt. Speziell das fälschliche Setzen tritt dann zu, wenn der äußere Schein erweckt wird, als sei das verwendete Material durch Herkommen, stillschweigende Anerkennung oder durch irgendeinen maßgebenden Willen zur Bestimmung der Grenze bestimmt: RG. 5./11. 87 C. 16 280. Eine Abweichung von der wahren Grenze ist nicht erforderlich.

4. Beide Delikte sind nur als dolose strafbar. Der Dolus wird ausgeschlossen bei berechtigter Selbsthilfe: RG. 24./6. 87 C. 16 150, und durch Auftrag des Berechtigten: RG. 18./5. 87 C. 33 288, nicht aber durch die Unrichtigkeit der Grenzbezeichnung. Zugleich muß der Täter beabsichtigen, einem Anderen Nachteil zuzufügen, also die Handlung als Mittel einer Benachteiligung wollen. Nachteil ist der konträre Gegensatz von Vorteil, ist also nicht auf das Vermögen

beschränkt, sondern umfaßt jede äußerlich erkennbare und definierbare Beeinträchtigung fremder zivilistischer wie publizistischer Rechte: Binding Lehrb. II 301, Frank R. I 3, Geyer II 106, Hälschner II 562, v. Liszt 527 (525), Meyer-Alsfeld 610, Dshaujen R. 7 b, Oppenhoff-Delius R. 1, Rüdorff-Stenglein R. 2, v. Schwarze R. 2; RG. 23./10. 80, 29./12. 91 C. 22 283. Wem der Nachteil zugefügt werden soll, ist gleichgültig: Binding (349), Hälschner und Oppenhoff-Delius a. a. O., Dshaujen R. 7 c; RG. 4./2. 80 C. 1 181, 10./7. 06 C. 39 80. Der Nachteil braucht weder eingetreten, noch auch nur möglich zu sein: Binding Lehrb. II 349, Hälschner II 564, Merkel S. S. III 809, Dshaujen R. 12, 13, Oppenhoff-Delius R. 21, v. Schwarze R. 2, 3, 12; RG. 4./2. 80 C. 1 181, 19./1. 84 C. 10 43. Daraus, daß die Beschädigung, Vernichtung usw. als Mittel der Benachteiligung dienen soll, folgt, daß die Einwirkung auf die Urkunde, das Grenzzeichen nicht schon an sich selbst als der gewollte Nachteil betrachtet werden darf; „wer eine Urkunde nur deshalb vernichtet, um die Sammlung eines Anderen zu schädigen, oder aus reiner Schadenfreude, kann nur wegen Sachbeschädigung verantwortlich gemacht werden“ (Frank: Frank R. I 3, Hälschner II 562, Dshaujen R. 7 b, Oppenhoff-Delius R. 7; RG. 10./5. 98 C. 31 143.

§ 275.

Mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft, wer

- 1) wirklich von falschem oder gefälschtem Stempelpapier, von falschen oder gefälschten Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelten Briefkuverts Gebrauch macht,
- 2) unechtes Stempelpapier, unechte Stempelmarken, Stempelblankette oder Stempelabdrücke für Spielkarten, Pässe oder sonstige Druckfachen oder Schriftstücke, ungleichen wer unechte Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht auffertigt, sie als echt zu verwenden, oder
- 3) echtes Stempelpapier, echte Stempelmarken, Stempelblankette, Stempelabdrücke, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht verfälscht, sie zu einem höheren Werte zu verwenden.

1. Die §§ 275, 276, 364 schützen im fiskalischen Interesse die Stempel-, Post- und Telegraphenwertzeichen. Diese Wertzeichen sind Quittungen über die Entrichtung der Stempelabgaben und der für Post- und Telegraphenwendungen zu zahlenden Gebühren, genießen den strafrechtlichen Schutz aber auch dann, wenn sie im konkreten Fall als Urprüngszeugnisse Verwendung finden: RG. 1./12. 05 C. 38 263. In § 275 wird die fälschliche Anfertigung und Verfälschung sowie der Gebrauch der Fälschate bedroht, in § 276 die Wiederverwendung, in § 364 das Veräußern oder Festhalten der schon einmal verwendeten Zeichen. In allen diesen Fällen kommen die Wertzeichen nur insoweit in Betracht, als durch sie die Entrichtung der zu zahlenden Abgabe oder Gebühr bekundet werden soll, weder also wenn sie bloß als Waren (z. B. beim Briefmarkenhändler), noch wenn sie zu wissenschaftlichen Zwecken angefertigt und verwendet werden.

Darüber, daß die Wertzeichen öffentliche sein müssen, herrscht kein Streit. Also ausgegeben vom Reich, den Bundesstaaten, den politischen Gemeinden, auch von denjenigen Korporationen, welche autorisiert sind, die an sie zu entrichtenden Abgaben und Gebühren ohne Prozeß im Verwaltungs-zwangsverfahren einzusuchen, z. B. den Kirchengemeinden, wie von privaten Einzelnern oder Verbänden. Dagegen wird darüber gestritten, ob auch die ausländischen Wertzeichen den Strafschutz genießen. Diese Frage wird bejaht von Merkel S. S. III 810, Meyer-Alsfeld 609, Oppenhoff-Delius R. 3, v. Schwarze R. 1 und RG. 20./6. 82 C. 6 387, 1./12. 05 C. 38 263, verneint von Binding Lehrb. II 340, Frank R. I, Hälschner II 565, v. Liszt 528, Dshaujen R. 2, Rüdorff-Stenglein R. 1. Die für die verneinende Ansicht beigebrachten Gründe — siehe Hälschner und Dshaujen — müssen für durchschlagend erachtet werden. Insbesondere gewichtig ist der Umstand, daß das Gezeig bei dem Geld und den öffentlichen Urkunden (§§ 146, 149, 267) Aus-

land und Inland ausdrücklich gleichstellt, solches aber hier, wo die Gleichstellung keineswegs selbstverständlich ist, unterläßt. Die Frage ist also zu verneinen. Auch trotz ihres internationalen Charakters und der vom Reich im Weltpostvertrag v. 15. Juni 1897 Art. 18 übernommenen Verpflichtung zur Gleichstellung der ausländischen und inländischen Postwertzeichen verneint werden bezüglich der Post- und Telegraphenwertzeichen. Gestempelte Briefkuverts und Telegraphenfreimarken werden übrigens nicht mehr ausgegeben.

Soweit nicht die verschiedenen Spezialgesetze die Strafe ausdrücklich als kumulative androhen, ist mit Hälschner II 567 durch die Strafbestimmungen des StGB. auch die in dem Delikt enthaltene Steuer- und Gebührenhinterziehung für geführt zu erachten.

2. Die Nr. 1 entspricht dem § 270, die Nrn. 2, 3 dem § 267. Die Stellung der drei Bestimmungen ist also systematisch fehlerhaft. Alle drei Delikte erfordern Vorfaß. Gewinnjüchtige Absicht ist nicht erforderlich.

a) In Nr. 1 wird der Gebrauch des falschen oder gefälschten Wertzeichens bedroht. „Gefälscht“ ist lapsus calami statt „verfälscht“: Hälschner II 566 N. 2, Dshaujen N. 5 a, Oppenhoff-Delius N. 7 a. Falsch ist das unbefugte angefertigte, gefälscht das unbefugte veränderte Wertzeichen. Die Ausführungen oben § 270 N. 1 c greifen auch hier Platz. Insbesondere genügt es, daß das Wertzeichen objektiv ein Falsifikat ist, wofür nur der Täter Wissenschaft von der Fälschung hat. Ein Gebrauchmachen im Sinne des Gesetzes ist nur ein solcher Gebrauch, durch welchen das Wertzeichen in dieser seiner Eigenschaft in den mit Anderen stattfindenden Rechtsverkehr gebracht wird: Frank N. II, Dshaujen N. 5 b; RG. 13./4. 93 E. 24 111. Dieses festgehalten, kommt, wie der Vergleich mit § 276 zeigt, nicht bloß, wie Binding Lehrb. II 343, Merkel S. S. III 810 und Oppenhoff-Delius N. 8 annehmen, der bestimmungsmäßige Gebrauch in Betracht, sondern jede Art der Verwendung, durch welche die Entrichtung der zu zahlenden Abgabe oder Gebühr bekundet werden soll, insoweit also auch die Veräußerung: Frank und Dshaujen a. a. D., Hälschner II 567, v. Liszt 529, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 20./6. 82 E. 6 387, 13./4. 93 E. 24 111. Nicht erforderlich ist, daß der Andere, dem gegenüber der Gebrauch erfolgt, getäuscht wird, somit strafbar auch die Veräußerung an denjenigen, der das Wertzeichen als falsches kennt: Dshaujen a. a. D. und RG. 20./6. 82 E. 6 387.

b) In den Fällen der Nr. 2, 3 ist der Täter zugleich Fälscher. Die Absicht der Verwendung ist genügend, somit zur Vollendung des Delikts ein wirklicher Gebrauch des Falsifikats nicht erforderlich. Nicht aber ist die Absicht, das Wertzeichen zu verwenden, identisch mit der Absicht, es selbst zu verwenden, denn jene Absicht liegt auch dann vor, wenn der Fälscher es anfertigt um es einem Anderen zur Verwendung zu überlassen: Binding Lehrb. II 342, Hälschner II 567, Dshaujen N. 6 und RG. 20./6. 82 E. 6 387; a. M. Oppenhoff-Delius N. 10. In der Zusammenfassung der Bruchstücke ursprünglich echter und bisher unverwendeter Freimarken und in der Verwendung der Zusammenfassung zur Frankierung liegt weder eine Anfertigung noch ein Gebrauchmachen: RG. 19./4. 88 E. 17 395.

3. Wie der § 270 und die §§ 267–269 schließen auch Nr. 1 und Nr. 2, 3 einander aus, weil erstere voraussetzt, daß derjenige, welcher das Falsifikat gebraucht, es nicht selbst fälschlich angefertigt oder verfälscht hat: Frank N. II, Hälschner II 567, Merkel S. S. III 810, Dshaujen N. 1 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 14; RG. 28./6. 81 E. 4 342.

4. Reichsversicherungsgesetz v. 19. Juli 1911 (Reichs-Gesetzbl. 509) bestimmt:

§ 1496.

„Mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, neben dem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, wird bestraft, wer Marken fälschlich anfertigt oder verfälscht, um sie als echt zu verwenden, oder wer zu demselben Zwecke falsche Marken sich verschafft, verwendet, feilhält oder in Verkehr bringt.“

§ 1497.

„Mit der gleichen Strafe (§ 1496) wird bestraft, wer wesentlich bereits verwendete Marken wieder verwendet oder zur Wiederverwendung sich verschafft, feilhält oder in Verkehr bringt. Bei mildernden Umständen darf auf Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder Haft erkannt werden.“

§ 1498.

„In den Fällen der §§ 1496, 1497 ist zugleich auf Einziehung der Marken zu erkennen, auch wenn sie dem Verurteilten nicht gehören. Das muß auch geschehen, wenn keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann.“

Hiermit lauten völlig gleich Versicherungsgesetz für Angestellte v. 20. Dez. 1911 §§ 354–356 (Reichs-Gesetzbl. 989).

§ 276.

Wer wissentlich schon einmal zu stempelpflichtigen Urkunden, Schriftstücken oder Formularen verwendetes Stempelpapier oder schon einmal verwendete Stempelmarken oder Stempelblankette, ingleichen Stempelabdrücke, welche zum Zeichnen stattgehabter Besteuerung gedient haben, zu stempelpflichtigen Schriftstücken verwendet, wird, außer der Strafe, welche durch die Entziehung der Stempelsteuer begründet ist, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwertzeichen nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung des Entwertungszeichens zur Frankierung benützt. Neben dieser Strafe ist die etwa wegen Entziehung der Post- und Telegraphengebühren begründete Strafe verwirkt.

1. Ein echtes und unverfälschtes Wertzeichen, welches schon einmal verwendet worden, wird wiederholt verwendet. Verwendet ist es durch seine ordnungsmäßige Entwertung, die Freimarke auch dann, wenn der Brief vor seiner Expedition vom Absender zurückgenommen, die Wechselftempelmarke, wenn der Wechsel gar nicht in Umlauf gesetzt wird: RG. 21./12. 97 C. 30 384, 28./4. 04 C. 37 152. Die wiederholte Verwendung muß, anders als bei den Delikten des § 275, zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geschehen: RG. 20./6. 82 C. 6 387.

Ob das Entwertungszeichen abgeändert oder beseitigt worden ist oder nicht, kommt bei dem Delikt des Abs. 1 nur für die Strafzumessung in Betracht: Frank N. 1, Hälshner II 568, Dshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 28./4. 04 C. 37 152. Wird wirklich verändert oder beseitigt, so findet weder § 267 noch § 275, sondern § 276 Anwendung: RG. 12./11. 88 C. 18 286.

Zum Fall des Abs. 2 muß das Entwertungszeichen gänzlich oder teilweise entfernt sein, widrigenfalls nur eine einfache Gebührenhinterziehung vorliegt: Binding Lehrb. II 344 N. 4, Frank N. II 2, v. Liszt 529 N. 7, Dshausen N. 2 Abs. 1. Auch hier greifen die Ausführungen § 270 N. 1 c Platz, ist also nicht erforderlich, daß der Täter selbst die Entfernung vorgenommen hat, wofür er nur Wissenschaft von der Entfernung hat: Binding Lehrb. II 344, Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 4. Das Entwertungszeichen ist auch dann entfernt, wenn es zwar auf der Marke belassen, aber unkenntlich gemacht ist. Die Worte „nach Entfernung“ sind auch im Sinne von „unter Entfernung“ zu verstehen: Dshausen N. 2 Abs. 1 und RG. 22./5. 06 (Uberstempelung des alten Stempels).

Beide Delikte sind nur als dolose strafbar.

2. Kumulativ tritt zugleich die in den Spezialgesetzen angedrohte Hinterziehungsstrafe ein. Idealkonkurrenz zwischen § 276 und den Spezialbestimmungen ist somit ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 344.

3. Vgl. § 275 N. 4.

§ 277.

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht, und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Die §§ 277–279 hängen eng zusammen, indem § 277 die Fälschung von Gesundheitszeugnissen richtigen oder unrichtigen Inhalts, § 278 die Ausstellung echter Zeugnisse unrichtigen Inhalts, § 279 ihren Gebrauch betrifft.

a) Das Zeugnis muß wirklich oder scheinbar von einer approbierten Medizinalperson ausgestellt sein. Medizinalpersonen, zu denen an erster Stelle die Ärzte gehören, sind alle mit

der Ausübung der Heilkunde in vollem oder nur in beschränktem Umfange besaßen Personen. Nach GewD. § 29 bedürfen der Approbation diejenigen Personen, welche sich als Ärzte (Sund-ärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder seitens des Staates oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit staatlichen Funktionen betraut werden sollen. Das Landesrecht kann auch andere Personen als Medizinalpersonen bezeichnen und für sie die Approbation verlangen, sodaß auch auf sie die §§ 277–279 Anwendung finden, z. B. in Bayern auf die Wader; Binding II 273, Frank N. III, Olshausen N. 1 Abj. 3; RG. 8./5. 82 E. 6 260. Die Hebammen bedürfen nach GewD. § 30 nur eines Prüfungszeugnisses, gehören also reichsrechtlich nicht zu den approbierten Medizinalpersonen; Frank N. III, Olshausen N. 1 Abj. 4, Rüdorff-Stenglein §§ 277–280 N. 1, v. Schwarze N. 2 und RG. 27. 3. 84 E. 10 340; a. M. Hälshner II 569 N. 1, Merkel S. S. III 811 N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2, weil sie einer besonderen Genehmigung bedürftige Medizinalpersonen, und es bedeutungslos sei, ob sie die diese durch ein Prüfungszeugnis oder ein Approbation genanntes Zeugnis erhielten. Sie können aber landesgesetzlich den Approbierten gleichgestellt werden; Frank und Olshausen a. a. O., v. Liszt 531 N. 11; a. M. Binding Lehrb. II 273 N. 1. In Preußen und sie es nicht; RG. 27./3. 84 E. 10 340.

b) Die Zeugnisse beziehen sich auf den Gesundheitszustand eines Menschen („über seinen oder eines Anderen“, vgl. auch § 278). Zu ihnen gehören nicht nur die Zeugnisse über das frühere oder gegenwärtige gesundheitliche Befinden, Vorhanden- oder Nichtvorhandensein einer bestimmten Krankheit oder krankhaften Erscheinung einschließlich ihrer zurückgebliebenen Spuren, sondern auch die Zeugnisse über die Existenz bestimmter Vorkommnisse, Zustände oder Erkrankungen am menschlichen Körper, welche nach den Lehren der Medizin auf den Gesundheitszustand mehr oder weniger Einfluß ausüben können oder müssen, also z. B. die Inzucht; Binding Lehrb. II 273, Frank N. II, Olshausen N. 1 Abj. 1; RG. 21./9. 93 E. 24 284. Ebenso nicht nur die Bezeugung, sondern auch die sachverständige Würdigung unmittelbar wahrnehmbarer Tatsachen in ihren Folgen für die Gesundheit; Frank a. a. O., Olshausen N. 1 Abj. 2 und RG. 18./5. 00 E. 33 293.

c) Durch das Zeugnis soll eine Behörde oder eine Versicherungsgeellschaft getäuscht werden. Versicherungsgeellschaft ist hier jedes nicht behördlich organisierte Versicherungsunternehmen, das in Ausübung des Gewerbes ärztlicher Zeugnisse über den Gesundheitszustand bedarf, einerlei ob der Unternehmer ein Einzelner, eine Gesellschaft oder eine juristische Person ist. Vgl. Gef. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 (Reichs-Gesetzbl. 139).

2. Strafbar ist nicht schon die Fälschung an sich, sondern erst der Gebrauch des Fälschters zum Zwecke der Täuschung. Der formale Charakter der Urkundenfälschung schlägt auch bei dieser ihrer privilegierten Form durch, indem die Strafbarkeit von der materiellen Unrichtigkeit des Inhalts des Zeugnisses nicht abhängt, die Täuschung also nicht darauf, daß eine falsche Vorstellung von dem Gesundheitszustande erweckt werde, sondern nur auf die Hervorrufung des Glaubens gerichtet zu sein braucht, daß das Zeugnis von einer approbierten Medizinalperson ausgestellt sei; Berner 605, Binding Lehrb. II 272, Frank N. I, IV, Hälshner II 569, v. Liszt 531, Olshausen N. 4 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein §§ 277–280 N. 2, v. Schwarze N. 1 und RG. 28./11. 89 E. 20 138; a. M., nämlich ein materiell unrichtiges Zeugnis verlangend, Merkel S. S. III 812. Daß die Täuschung gelung ist auch hier nicht erforderlich.

3. Das Delikt ist nur als dolosus strafbar. Das Erfordernis der Nichtberechtigung bezieht sich nicht auf die objektive Widerrechtlichkeit, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht berufen hat, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, sich ihres Mangels bewußt gewesen ist.

4. Idealkonkurrenz mit den §§ 267, 268 ist ausgeschlossen; Binding Lehrb. II 272, Frank N. V, v. Liszt 530 N. 10 und RG. 1./12. 81 E. 6 1, und ebenso mit § 363; Binding a. a. O., Frank N. I und § 363 N. I letzter Abj., Olshausen N. 4 Abj. 4 und RG. 1. 11. 98 E. 31 296. Minder, wenn der Aussteller zwar mit seinem richtigen Namen, aber mit dem falschen Titel „Arzt“ unterzeichnet, die Konkurrenz mit GewD. § 147 Nr. 3, denn „der gesetzliche Bestandteil eines Delikts kann mit dem ganzen Delikt nie nochmals in Konkurrenz treten“; Binding Lehrb. II 273; a. M. Frank N. V, Olshausen N. 5, Oppenhoff-Delius N. 1.

§ 278.

Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauche be-

einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Im Gegensatz zu § 277 ist das Zeugnis echt, aber in objektiver wie subjektiver Beziehung unrichtig. Ausstellen ist Aufertigung und Entäußerung. Der Täter will entweder das Zeugnis selbst gebrauchen oder weiß, daß derjenige, dem es ausgestellt wird, es gebrauchen will. Die Vollendung tritt ein mit der Ausstellung, ohne daß es eines wirklichen Gebrauches bedarf. Daß durch den etwaigen Gebrauch eine Täuschung bewirkt werde, ist nicht erforderlich.

2. Das Delikt erfordert Dolus. Der Täter muß also wissen, daß es der Wahrheit widerspricht. Somit ist bezüglich der Richtigkeit der Eventualdolus ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 294, Frank N. I, Elshausen N. 1 Abf. 2. Glaubt der Täter, daß das Zeugnis unrichtig sei, während es in Wirklichkeit richtig ist, so liegt strafloser Versuch vor: Binding und Elshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 277–280 N. 3.

§ 279.

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnisse der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Wie bei dem Delikt des § 270 wird vorausgesetzt, daß der Gebraucher das Zeugnis nicht selbst angefertigt hat, wohl aber weiß, daß es sich um ein Zeugnis der fraglichen Art handelt. Durch die Worte „der in § 278 bezeichneten Art“ soll jedoch nur die Eigenschaft der betr. Zeugnisse in objektiver Beziehung charakterisiert werden, sodaß es genügt, wenn das Zeugnis objektiv unrichtig ist, ohne daß es von der Medizinalperson wider besseres Wissen und zum Zwecke des Gebrauchs bei einer Behörde ujn. ausgestellt ist, vgl. § 270 N. 1 c; Binding Lehrb. II 294, Frank N. I, Elshausen N. 1; RG. 10./10. 99 C. 32 295; a. M. v. Liszt 531 N. 12 („entweder von einem Unberechtigten oder wider besseres Wissen ausgestellt“).

2. Macht der Aussteller selbst von dem Zeugnis Gebrauch, so findet nur § 277 Anwendung. Anders bei wiederholtem Gebrauch durch selbständiges Handeln; vgl. § 270 N. 1 c.

§ 280.

Neben einer nach Vorschrift der §§ 267, 274, 275, 277 bis 279 erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Vgl. §§ 32, 35.

Vierundzwanzigster Abschnitt.

Banquerott.

Konkursordnung. Drittes Buch. Strafbestimmungen.

1. Die den Banquerott behandelnden §§ 281–283 bezogen sich auf den Banquerott der Kaufleute und fanden bezüglich des der Nichtkaufleute ihre Ergänzung durch GG. § 2 Abf. 3. Sie wurden durch GG. z. KonfD. v. 10. Februar 1877 § 3 Nr. 3 aufgehoben, und an ihrer Stelle traten KonfD. §§ 209–214. Durch das am 1. Jan. 1900 in Kraft getretene Gef., betr. Änderungen der Konkursordnung, v. 17. Mai 1898 (Reichs-Gesetzbl. 230) wurde die Konkursordnung in umfangreicher Weise abgeändert, darunter auch die §§ 210, 211. Auf Grund der ihm durch Gef., betr. die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung der Texte verschiedener Reichsgesetze, v. 17. Mai 1898 erteilten Ermächtigung veröffentlichte der Reichskanzler durch Bekanntmachung v. 20. Mai 1898 den neuen Text der Konkursordnung (Reichs-Gesetzbl. 369 ff.), wobei die bisherigen §§ 209–214 die Ziffern 239–244 erhielten. Dieser Text ist jetzt der offizielle.

2. Durch GG. z. KonfD. § 3 Abf. 1 sind die den Konkurs betreffenden anderen strafrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze aufrecht erhalten. Dagegen bestimmt § 4 Abf. 2:

„Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rüchrsichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.“

Dieser Ausdruck ist — vgl. Merkel N. S. IV 450 — nicht ganz prägnant. Denn der Konkurs wird nicht immer und nicht notwendig auf die Zahlungseinstellung folgen, die auf diese

bezüglichen Strafvorschriften betreffen daher nicht auch schon den Konkurs, während sie doch mit als zur Aufhebung bestimmt gemeint sind; daher ist zu lesen: „alle landesgesetzlichen Strafbestimmungen in dieser Materie.“ Hiernach sind nicht nur alle bisherigen landesgesetzlichen Strafbestimmungen beseitigt, sondern für die Zukunft jeder landesgesetzliche Eingriff ausgeschlossen. Abgesehen von den in besonderen Reichsgesetzen enthaltenen Vorschriften kommen also für das Strafrecht nur die §§ 239–244 KonkD. in Betracht und ist insbesondere die Analogie in dieser Hinsicht ausgeschlossen. Vgl. Wölberndorff, Die Konkursordnung, 2. Aufl. 1885 Bd. III 11.

3. Die jetzigen Strafbestimmungen richten sich gegen jeden Schuldner, er sei Kaufmann oder Nichtkaufmann, sodaß die Eigenschaft als Kaufmann nur in denjenigen vom Gesetz umfaßten Fällen notwendig ist, welche die Eigenschaft als Kaufmann voraussetzen (§§ 239 Nr. 3, 4, 240 Nr. 3, 4). In §§ 242, 243 werden bestimmte Nichtschuldner wegen bestimmter, den Schuldner mehr oder weniger nahe berührender Handlungen mit besonderer Strafe bedroht, in § 244 bestimmte Nichtschuldner dem Schuldner gleichgestellt.

§ 239.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrügerischen Bankerotts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

1. Wer den ihm obliegenden Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt, stellt seine Zahlungen ein. Alsdann kann auf seinen Antrag oder auf den eines Gläubigers das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet werden. Hat er eine der im Gesetz genannten Handlungen begangen, so liegt strafbarer Bankerott vor. Je nachdem er, um den Unterschied ganz allgemein zu bestimmen, bei Begehung dieser Handlungen die Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, gehabt hat oder nicht gehabt hat, ist der Bankerott ein betrügerischer (KonkD. § 239) oder ein einfacher (KonkD. § 240), wobei aber nicht der Betrugsbegriff des StGB. § 263 herangezogen werden darf: Hälshner II 408. Vgl. KonkD. § 240 Nr. 1.

2. Wie schon oben Abschn. 24 Nr. 3 erwähnt worden, richten sich die jetzigen Strafbestimmungen gegen jeden Schuldner, er sei Kaufmann oder Nichtkaufmann, indem, da Geschäftsbücher und Handelsbücher nicht identisch sind, nur in KonkD. §§ 239 Nr. 3, 4, 240 Nr. 3, 4 die Eigenschaft als Kaufmann vorausgesetzt wird. Täter ist wie in §§ 240, 241 im Gegensatz zu §§ 242, 243 der Schuldner.

Für die Fähigkeit, Schuldner werden, also sich rechtlich verpflichten zu können, sind die Bestimmungen des BGB. §§ 104 ff., 827 ff. über die allgemeine Geschäftsfähigkeit und die Verantwortlichkeit bei unerlaubten Handlungen maßgebend, werden aber durch mehrere Zwischbestimmungen, z. B. über die Dahnlehnsfähigkeit der nicht im Offizierstange stehenden Militärpersonen und der Mitglieder des Preussischen Königshauses, ergänzt. Somit ist ein Minderjähriger, der ohne die erforderliche Genehmigung ein Erwerbsgeschäft betreibt (BGB. § 112), kein Schuldner im Sinne des Gesetzes: RG. 2. 10. 94 C. 26 93, 8. 9. 03 C. 36 337. Im übrigen ist, wenn über die Person des Schuldners Zweifel entstehen, zwischen der Zahlungseinstellung und der Konkursöffnung zu unterscheiden. Bei der Zahlungseinstellung ist sie nach den tatsächlichen Verhältnissen zu bestimmen. Werden bei Eheleuten, die in Gütergemeinschaft leben, die gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten von dem Ehemann nicht mehr erfüllt, so gelten die Zah-

lungen als von beiden Eheleuten eingestellt: RG. 23./10. 81 C. 9 161. Stellt eine Firma ihre Zahlungen ein, so ist die Frage nach dem Firmeninhaber nach dem wirklichen Sachverhalt zu beantworten. Wenn der Name, unter welchem das Geschäft betrieben wird, ein Deckmantel, ist als der seine Zahlungen einstellende Schuldner derjenige zu betrachten, welcher tatsächlich das Geschäft als sein eigenes und zu seinem eigenen Vorteil betreibt: RG. 7./7. 93 C. 24 261, 12./2. 94 C. 25 121, 9./11. 94 C. 26 187. Ist aber das Konkursverfahren eröffnet, so ist derjenige der Schuldner, dessen Name in dem Eröffnungsbeschluss genannt ist, und es ist nicht zulässig, den tatsächlichen Inhaber eines unter dem Namen einer anderen Person betriebenen Geschäfts als den Schuldner zu betrachten, weil zwar formell das Konkursverfahren gegen die andere Person eröffnet, materiell aber von der Eröffnung das Vermögen des tatsächlichen Geschäftsinhabers betroffen sei: RG. 13./10. 96 C. 29 103. Ist das Konkursverfahren über das Vermögen eines Einzelkaufmannes oder einer offenen Handelsgesellschaft eröffnet, so kann ein früherer Gesellschafter des Einzelkaufmannes oder der Gesellschaft wegen der von ihm zur Zeit seines Soziätsverhältnisses begangenen Bankrottthatlungen nur dann bestraft werden, wenn auch er selbst seine Zahlungen eingestellt hat oder auch über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist: RG. 2./10. 08 C. 41 426.

3. Der Schuldner muß entweder seine Zahlungen eingestellt haben.

a) Zahlungseinstellung ist die Tatsache, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern nicht nachkommt, ihnen keine Zahlungen leistet. Ob sie vorliegt, hat der Strafrichter nach seiner freien Überzeugung festzustellen, ohne durch etwaige zivilgerichtliche Urteile gebunden zu sein: Berner 609, Hältscher II 407, Lppenhoff-Delius N. 20; Zweigert N. 3 g.

b) Die Zahlungseinstellung muß eine allgemeine sein; es genügt somit nicht, daß der Schuldner eine einzelne fällige Forderung unbeglichen läßt; hierüber herrscht kein Zweifel. Wie die Eröffnung des Konkursverfahrens kann auch die Zahlungseinstellung dann vorliegen, wenn im wesentlichen nur ein unbefriedigter Gläubiger vorhanden ist: RG. 30./11. 06 C. 39 326, 8./5. 08 C. 41 309. Andererseits ist es mit der Zahlungseinstellung vereinbar, daß noch einzelne Schuldbeträge berichtigt werden. Vgl. Zweigert N. 3 a.

c) Maßgebend ist allein die Tatsache der Zahlungseinstellung, also daß der Schuldner tatsächlich nicht mehr zahlt: RG. 8./5. 08 C. 41 309. Wenn Frank N. II 1 a dies bestreitet, eine „Erklärung“ verlangt und nur zugibt, daß die Zahlungsweigerung nicht wörtlich erklärt zu werden braucht, auch konkludente Handlungen, z. B. Schluß des Geschäftslokals, genügen, so wird er doch nicht bestreiten, daß von allen zur Bezeichnung der Zahlungsweigerung dienenden konkludenten Handlungen die Nichtzahlung die konkludenteste ist.

Hieraus ergibt sich, daß die Zahlungseinstellung weder Überschuldung noch, wie Frank N. II 1 a meint, eine auf Grund der Erklärung, nicht zahlen zu können, vom Gesetz präsumierte Zahlungsunfähigkeit voraussetzt, denn der Schuldner kann überschuldet und doch wegen des ihm gewährten Kredits in der Lage sein, weiter zu zahlen, und umgekehrt kann er auch bei völliger Zulänglichkeit des Vermögens zur Leistung von Zahlungen dadurch außerstande gesetzt sein, daß es ihm nicht möglich ist, seine Aktiven, z. B. ein übergroßes Warenlager oder Grundstücke in Geld umzusetzen: Berner 609, Binding Lehrb. I 427, Hältscher II 407, v. Liszt 458, Lppenhoff-Delius N. 18, Zweigert N. 3 Abj. 1 und b; RG. 11./1. 81 C. 3 190, 22./1. 81 C. 3 294, 21./6. 86 C. 14 221, 8./5. 08 C. 41 309. Weil also der Grund der Zahlungseinstellung gleichgültig ist, so ist es ohne Bedeutung, ob die Einstellung auf irrtümlich angenommener oder vorgefügter Zahlungsunfähigkeit beruht, oder ob der Schuldner trotz seiner Zahlungsfähigkeit deshalb nicht zahlt, weil er nicht zahlen will: Zweigert N. 4 c; RG. 22./1. 81 C. 3 294, 8./5. 08 C. 41 309.

d) Nicht erforderlich ist, daß der Zustand ein dauernder, nicht zu beseitigender sei, vielmehr genügt auch die vorübergehende Zahlungsstockung, falls sie den Charakter der Allgemeinheit trägt: Lppenhoff-Delius N. 18 und Zweigert N. 3 d; a. M. Frank N. II 1 b, nämlich daß die Zahlungsstockung keine Zahlungseinstellung ist, „es sei denn, daß es sich um eine offensichtlich falsche Erklärung handelt“.

e) Es ist somit eine reine Tatfrage, ob der Schuldner seine Zahlungen eingestellt und aufgehört hat, seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen. So darf ohne Verstoß eine Zahlungseinstellung darin gefunden werden, daß der Schuldner seinen Gläubigern einen Afford unter der Erklärung anbietet, er könne seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen. Ebenso in der Nichtbezahlung mehrerer Gläubiger trotz mehrfacher Mahnungen: RG. 21./6. 86 C. 14 221. Bei einem Kaufmann in der Nichtlösung eines fälligen Wechfels: RG. 11./1. 81 C. 3 190; vgl. aber N. b.

4. Lder über das Vermögen des Schuldners muß das Konkursverfahren eröffnet worden sein.

Maßgebend ist lediglich die Tatsache, daß den Vorschriften der KonkD. entsprechend die Eröffnung stattgehabt hat. Ist dies der Fall, so hat der Strafrichter die materielle Richtigkeit

des Eröffnungsbeschlusses nicht zu prüfen: Hälschner II 407, Zweigert N. 4; RG. 6. 7. 94 E. 26 37. Ob das Verfahren, abgesehen natürlich von seiner Ausbeugung im Beischwermwege, durchgeführt oder gemäß Konk. § 204 eingestellt wird, ist belanglos.

5. Mit der Zahlungseinstellung ist die Konkursöffnung nicht notwendig verbunden. Sie kann unterbleiben, weil sie von keiner Seite beantragt wird, oder weil keine zur Deckung der Kosten genügende Masse vorhanden ist und der Antragsteller keinen Kostenvorschuß leistet. Beide sind strafrechtlich voneinander unabhängig. Das gemeinsame Moment ist ihre Bedeutung für den Tatbestand des strafbaren Bankerotts. Es fragt sich also, welche Bedeutung ihnen zukommt.

Die überwiegende Ansicht geht dahin, daß sie Tatbestandsmerkmale des Bankerottdelikts sind: Berner 611, Finger I 117, Hälschner II 408, Merkel 333, Oppenhoff-Delius N. 24, Rüdorff-Stenglein § 209 N. 12 und das RG. in einer fortlaufenden Reihe von Entscheidungen, zuerst 15./2. 81 E. 3 350, zuletzt 27./3. 01 E. 34 238. Dagegen sind sie nach Virkmeyer Enzykl. 1146, 1180, v. Liszt 459, Merkel S. S. III 819, Meyer-Alfeld 493 und Zweigert N. 5 nur Bedingung der Strafbarkeit. Frank bekämpft die Ansicht des RG., bekennt N. I Abs. 2, daß die Auffassung der Zahlungseinstellung usw. als Bedingung der Strafbarkeit „vom rein technischen Standpunkt aus nicht zu widerlegen sei“, und nennt Abs. 1 Zahlungseinstellung ein „Indiz“ für die vom Gesetzgeber verbotene Gefährdung und Benachteiligung der Gläubiger durch die Bankerott-handlung. Endlich nach Binding Lehrb. I 429 dienen Zahlungseinstellung und Konkursöffnung lediglich zur Charakterisierung der Subjekte, deren Bankerott-handlungen bestraft werden sollen, ebenso wie die Betonung der Beamteneigenschaft des Täters bei den Amtsverbrechen, was, da die Zahlungseinstellung usw. keine persönliche Eigenschaft, jedenfalls ein gewagter Vergleich ist.

Von diesen Ansichten ist die zweite, zu der sich trotz anscheinenden Sträubens in Wirklichkeit auch Binding und Frank bekennen, die richtige. Sollen Zahlungseinstellung und Konkursöffnung Teile des Tatbestandes, nämlich Bestandteile einer Handlung des Schuldners sein, so muß ihr Eintritt dem Täter zur Schuld gereichen. Nun ist aber unbestritten, daß zwischen der Zahlungseinstellung usw. und den Bankerott-handlungen ein kausaler Zusammenhang gar nicht zu bestehen braucht; daß diese jenen, jene diesen vorhergehen können, ohne die einen eine Folge der anderen zu sein, zumal die Eröffnung des Konkursverfahrens ohne und wider Willen des Schuldners durch einen Gläubiger erwirkt werden kann; daß aus diesen Gründen endlich ein Verschulden des Täters an dem Eintritt der Zahlungseinstellung ohne Einfluß auf die notwendige Verschuldung bezüglich der Bankerott-handlungen fehlen kann. Mit der ersten Ansicht ist das alles unvereinbar.

Die richtige Untercheidung ist wichtig für die Frage nach Umfang der Verschuldung, Ort und Zeit der Begehung, Vollendung und Versuch, bezüglich deren die herrschende Ansicht zu haltlosen Folgerungen kommt.

Vgl. hierzu die Ausführungen von Binding und Zweigert a. a. C.

6. Das Charakteristische des betrügerischen Bankerotts ist die Benachteiligungsabsicht.

a) Der Schuldner muß die Bankerott-handlungen in der Absicht begangen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen. Das Delikt ist somit nur als vorsätzliches strafbar. Der Täter muß sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestandes wissen und wollen, widrigenfalls eine Bestrafung, wenn überhaupt, so jedenfalls nicht aus § 239 eintritt. Weil Zahlungseinstellung und Konkursöffnung nicht zu dem objektiven Tatbestande gehören, kommt es nur auf den Dolus bei den Bankerott-handlungen an und ist das Bewußtsein von dem bereits erfolgten oder bevorstehenden Eintritt der Zahlungseinstellung usw. nicht erforderlich: Frank N. IV Abs. 3, v. Liszt 459, Meyer-Alfeld 494, Zweigert N. 34. Hiermit stimmt trotz seiner Ansicht über die Bedeutung der Zahlungseinstellung usw. schließlich auch das RG. überein, da es daran festhält, daß der Schuldner wegen der einzelnen Bankerott-handlung nur dann verantwortlich gemacht werden könne, wenn er sie vorsätzlich begangen habe, daß aber andererseits zwischen der Zahlungseinstellung usw. und der Bankerott-handlung kein kausaler, sondern nur ein äußerer, zeitlicher Zusammenhang zu bestehen und vom Vorlag nicht umfaßt zu sein brauche. Der Dolus wird nach der allgemeinen Regel des StGB. § 59 durch jeden strafrechtlich beachtlichen, also durch jeden Irrtum ausgeschlossen, der nicht ein solcher über das Strafrecht ist. Ein strafrechtlicher Irrtum ist z. B. der des Kaufmanns über seine Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern überhaupt oder eines bestimmten einzelnen Handelsbuches, denn das Vorhandensein einer Pflicht ist kein Tatbestand im Sinne des § 59 (Frank: Frank N. IV Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 46, Rüdorff-Stenglein § 209 N. 7, Zweigert N. 34 Abs. 2 und RG. 17. 9. 81 E. 4 418, 1. 2. 82 E. 5 407, 8. 2. 83 E. 8 147; a. M. Binding Lehrb. I 433 und Hälschner II 410. Bei den Bankerott-handlungen Nr. 1, 2 ist der Dolus nach der Natur der Sache stets vorhanden, bei den Nr. 3, 4 häufig tatsächlich ausgeschlossen und zwar, wie Frank a. a. C. anführt, sogar bei dem strafrechtlichen Irrtum darüber, daß dieser durch einen nichtstrafrechtlichen verursacht wurde, indem z. B. ein nach auswärts

abwesender Kaufmann sich deshalb nicht für verpflichtet zur kaufmännischen Buchführung hält, wie das Weisheitsgeschaffen sein Geschäftsführer das Geschäft aus einem Kleingewerbe zu einem vollkaufmännischen hat.

b) Die Benachteiligungsabsicht hat als allgemeines Erfordernis deshalb für alle Bankerott-handlungen aufgestellt werden können, weil auch bei denjenigen Handlungen, welche die Vermögensstücke oder die Anerkennung erdichteter Forderungen, in den meisten Fällen zunächst stattfinden, um den Schuldner selbst oder einem bestimmten Dritten eine widerrechtliche Bereicherung zukommen zu lassen, hiermit notwendig eine Benachteiligung der anderen Gläubiger verbunden ist, die Handlungen also in der Absicht geschehen, die Vermögensstücke oder Werte der Gesamtheit der Gläubiger zu entziehen. Wird nun aber gefragt, was denn Absicht sei, so gehen, wie fast immer, wo dieses Wort vorkommt, die Ansichten in bunter Weise auseinander: Voratz, Absicht, Zweck, Motiv, Endzweck, Vorstellung usw., jeder Autor erklärt seine Ansicht für die richtige, fast jeder hat eine andere Ansicht, ein Wert für das Verständnis und die praktische Handhabung des Gesetzes ist aus diesem Meinungsstreit nicht zu ersehen. So erklärt z. B. v. Liszt 461, Absicht für gleichbedeutend mit Zweck oder Beweggrund — was ist eine Mark? Eine Mark sind hundert Pfennige! Nach Frank N. IV Abj. 2 liegt dann Absicht vor, wenn die Vorstellung des Erfolges den Täter zum Handeln (oder Unterlassen) bestimmt. Nach Frank würde also die Absicht fehlen, wenn der Schuldner sich jagt, daß er seine Gläubiger gleichwohl nicht benachteiligen würde, womit aber in Widerspruch steht, daß, wie auch Frank anerkennt, es für die Strafbarkeit der Absicht nicht erforderlich ist, daß die Gläubiger wirklich benachteiligt werden. Es gibt nur Einen Voratz, dessen Ausstrahlungen aber je nach den Umständen nicht bloß nach verschiedenen Richtungen, sondern auch in verschiedene Weiten gehen. Hier will der Schuldner die Bankerott-handlungen begehen und er will durch die Bankerott-handlungen seine Gläubiger benachteiligen. Das Begriffsmerkmal der Absicht erfordert nichts anderes als das Vorhandensein dieses bestimmten Willens, jedoch Eventualdolus nicht genügt. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 430, Meyer-Wittfeld 495 N. 18, Zweigert N. 34 Abj. 1 und RG. 21./9. 06 E. 39 136. Vgl. unten § 241 N. 5 Abj. 3.

c) Die Gläubiger benachteiligen heißt bewirken, daß sie überhaupt nicht oder nicht vollständig befriedigt werden. Daß die Gläubiger wirklich benachteiligt werden, wird aber vom Gesetz nicht verlangt. Daher ist es nicht erforderlich, daß die Benachteiligung, wenn sie wirklich eingetreten ist, durch die Bankerott-handlungen verursacht sei. Die Vermögensbeschädigung ist nicht wie beim Betrüge ein spezieller, einer bestimmten Person bereiteter Nachteil, sondern ergibt sich als das allgemeine, durch die verschiedensten Formen schuldhaften Gebarens, nicht notwendig oder ausschließlich durch die vom Gesetz bezeichneten Handlungen herbeigeführte Resultat, dessen Schwerpunkt darin liegt, daß das Corpus creditorum das ihm Zufommende nicht erhält: RG. 21./9. 06 E. 39 136, 30./5. 09 E. 42 284. Will der Schuldner wirklich nicht die Gläubiger-schaft benachteiligen, sondern nur einem einzelnen Gläubiger sichern oder befriedigen, so kommt nicht § 239, sondern § 241 zur Anwendung, während ideale Konkurrenz zwischen diesen beiden Paragraphen stattfindet, wenn er durch dieselbe Handlung neben der beabsichtigten Begünstigung eines einzelnen Gläubigers und unabhängig davon die Gläubigerschaft zu benachteiligen beabsichtigt: RG. 17./3. 82 E. 6 94. Die Frage, ob das Vorhandensein der Absicht genügt oder tatsächlich eine Benachteiligung eingetreten sein muß, ist auch abgehehen von dem Schweigen des Gesetzes nach der ersten Alternative zu beantworten, da zwischen den Bankerott-handlungen und der Benachteiligung kein Kausalzusammenhang zu bestehen braucht, die Benachteiligung schon durch die Zahlungseinstellung bzw. Konkursöffnung gegeben ist, es auch für den Tatbestand auf die Höhe und Beschaffenheit des etwa durch die Bankerott-handlungen bewirkten Schadens gar nicht ankommt.

7. Wie schon mehrfach bemerkt wurde und von keiner Seite bestritten wird, braucht zwischen den Bankerott-handlungen und der Zahlungseinstellung usw. kein Kausalzusammenhang zu bestehen. Allerdings müssen sich die Bankerott-handlungen auf dieselbe Vermögenslage beziehen, welche zur Zahlungseinstellung usw. führt, und sich gegen die zurzeit vorhandenen Gläubiger richten, aber dieser Zusammenhang ist nur ein äußerlicher, zeitlicher, den Tatbestand des einzelnen Bankrotts begrenzender, kein kausaler: RG. 1./4. 81 E. 4 41, 17./9. 81 E. 4 418, 21./11. 81 E. 5 415, 26./6. 82 E. 7 391, 27./11. 96 E. 29 222, 25./9. 06 E. 39 165.

Hieraus folgt zunächst, daß, wie ebenfalls schon oben bemerkt wurde, es gleichgültig ist, ob die Bankerott-handlungen der Zahlungseinstellung usw. vorhergehen oder ihr nachfolgen; so die allgemeine Meinung und RG. 15./1. 81 E. 3 250, 8./10. 83 E. 9 134, 8./12. 84 E. 11 386, 21./6. 86 E. 14 221.

Weiter ist der Tatbestand dann nicht gegeben, wenn die Bankerott-handlungen sich auf solche Bestandteile des Vermögens beziehen, welche von den Gläubigern überhaupt nicht zu ihrer Befriedigung herangezogen werden können; vgl. 345. §§ 811, Konk. § 1.

Ebenso nicht, wenn die Bankerottthandlungen z. B. die Vernichtung der Bücher, erst nach Beendigung des Konkursverfahrens vorgenommen wird, aber ein vermögensrechtliches Interesse der Gläubiger dieses Konkurses an dem Vorhandensein der Bücher nicht ersichtlich ist: RG. 21./11. 81 C. 5 415, 26./6. 82 C. 7 391, 8./10. 83 C. 9 134. Oder vorhergeht, aber ihre Einwirkung auf den Vermögenszustand zur Zeit der Einstellung usw. nicht mehr besteht: 21./11. 81 C. 5 415. Insbesondere dann, wenn der durch die Bankerottthandlung geschaffene Zustand vor der Zahlungseinstellung usw. durch einen *contrarius actus* aufgehoben ist, z. B. die unordentlich geführten Bücher wieder in Ordnung gebracht sind: RG. 26./6. 82 C. 7 391, 27./11. 96 C. 29 222. Oder ein Vollkaufmann hat Buchführung und Bilanzziehung unterlassen, sodann unter Abwidlung seiner Schuldverbindlichkeiten seinen Geschäftsbetrieb so geändert, daß er kein Vollkaufmann mehr ist, und verfällt jetzt in Zahlungseinstellung oder Konkurs: RG. 22./11. 86 C. 15 64, 18. 1. 97 C. 26 385.

8. Die von dem Gesetz aufgezählten Bankerottthandlungen sind nicht selbständige Delikte, sondern an und für sich jeder strafrechtlichen Selbständigkeit entbehrende gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts. Durch die einheitliche Bedingung der Strafbarkeit werden nach v. Liszt's treffendem Ausdruck sämtliche vom Gemeinschuldner begangenen Einzelhandlungen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt. Sind in Bezug auf dieselbe Zahlungseinstellung oder dieselbe Konkursöffnung mehrere Bankerottthandlungen oder dieselbe Bankerottthandlung mehrmals begangen, so ist dies Zusammentreffen zwar für die Frage von Bedeutung, ob der Verdacht, der Schuldner habe die Interessen seiner Gläubiger vernachlässigt, in höherem oder niedrigerem Grade begründet ist, der Bankerott selbst ist aber stets nur einmal begangen, es liegt nur Ein Delikt vor, welches ungeachtet der verschiedenen sich darbietenden Gesichtspunkte der Strafbarkeit nur einmal der Strafe unterworfen ist. So Berner 610, Bindung Lehrb. I 440, Frank N. VII, Hälschner II 409, 413, v. Liszt 459, Merkel 333, Meyer-Altfeld 445, Oppenhoff-Delius N. 33, Rüdorff-Stenglein § 209 N. 17, Schüge 495, Zweigert N. 37: RG. 15./11. 79 C. 1 101, 22./6. 80 C. 2 198, 29./9. 80 C. 2 337, 17./3. 82 C. 6 94, 3./11. 84 C. 11 251, 20./9. 87 C. 16 188, 22./1. 97 C. 29 344, 18./4. 03 C. 36 194; a. M., nämlich für Realkonkurrenz, Merkel S. 5. III 821. Unter derselben Voraussetzung und aus demselben Grunde findet beim Zusammentreffen der Delikte der §§ 239, 240, 241 nicht reale, sondern ideale Konkurrenz statt: Hälschner II 417, Zweigert § 240 N. 26 und RG. 17./3. 82 C. 6 94; a. M. Rüdorff-Stenglein § 209 N. 31. Ebenso wird die Verjährung des betrügerischen Bankerotts bei derselben Zahlungseinstellung usw. durch solche richterliche Handlungen unterbrochen, welche sich zunächst auf dem Verdacht eines einfachen Bankerotts gründen, und umgekehrt: RG. 22./1. 97 C. 29 344.

Diese Einheitlichkeit der mehreren Bankerottthandlungen macht sich ebensmäßig prozessuallich geltend. Auch hier sind die einzelnen Handlungen nur verschiedene sich anbietende Gesichtspunkte der Strafbarkeit desselben Delikts. Ergeben sich im Laufe des Hauptverfahrens noch weitere im Eröffnungsbeschluß nicht vorgesehene Bankerottthandlungen, so ist der erfindende Richter gemäß StPD. § 263 berechtigt und verpflichtet, sie ebenfalls zum Gegenstande der Aburteilung zu machen, ohne durch StPD. § 265 daran gehindert zu sein: RG. 3./11. 84 C. 11 251. Das Urteil umfaßt sämtliche von derselben Zahlungseinstellung usw. getragenen Bankerottthandlungen, auch die in der Verhandlung gar nicht zur Erörterung gekommenen, und einer späteren Verfolgung solcher nicht besonders erörterten Handlungen steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen.

9. Zu Nr. 1.

Das Gesetz zählt die Bankerottthandlungen in vier Nummern und zwar in einer Spezialisierung auf, die es als unstatthaft erscheinen läßt, die gesetzlichen Bestimmungen im Wege der Analogie auf andere Fälle auszudehnen: Birkmeyer Enzykl. 1179, Hälschner II 409, v. Liszt 459, Zweigert N. 7 Abj. 1.

An erster Stelle ist strafbar, wer Vermögensstücke verheimlicht oder beijeite geschafft hat. Vermögensstücke sind diejenigen Sachen und Rechte, welche einen Bestandteil des Vermögens bilden, also Sachen, bewegliche wie unbewegliche: RG. 22./6. 80 C. 11 180, jura in re aliena, Forderungen. Wie schon N. 7 Abj. 3 bemerkt wurde, kommen solche Bestandteile des Vermögens nicht in Betracht, welche von den Gläubigern überhaupt nicht zu ihrer Befriedigung herangezogen werden dürfen; die Vermögensstücke müssen also der Zwangsvollstreckung unterzogen werden können. Welche Stücke der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, ist in StPD. §§ 811, 850 angegeben. Für das Konkursrecht ist ferner in KonkD. §§ 1, 6 bestimmt, daß zur Masse nur dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners gehört, somit der Verfügung des Gemeinschuldners entzogen ist, welches er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens besitzt, und dasselbe muß bezüglich der Zahlungseinstellung gelten, sodaß alle nach der Eröffnung und der Einstellung erworbene Vermögensstücke der freien Verfügung des Schuldners unterstehen: Zweigert N. 7.

Verheimlichen bzw. Beiseiteschaffen ist jede Handlung, durch welche das Vermögensstück bewußterweise der Wahrnehmbarkeit bzw. Erreichbarkeit für die Gläubiger in der Weise entzogen wird, daß dieselbe die Geltendmachung ihrer Rechte, wenn auch nur zeitweilig, erschwert oder unmöglich gemacht ist. Das Verheimlichen wird begangen nicht bloß durch ein irreführendes Ableugnen, sondern auch durch Verschweigen, also durch Nichtnennen von Aktiven; a. M. in Anlehnung an das Verheimlichen bei der Fehlerei (StGB, § 259 Nr. 4a) Frank N. III 1, Merkel S. 5. III 817 und Zweigert N. 8. Das Beiseiteschaffen erfordert ein positives Tun und umfaßt jedes Beseitigen, einerlei in welcher Weise es geschehen mag, als Verschleifen, Aufbrauchen, überhaupt jede Handlung, durch welche, ohne daß ein Verheimlichen vorliegt, das Vermögensstück der paraten Exekution, im Konkurs der Verfügung des Konkursverwalters entzogen wird. Ein Beiseiteschaffen ist auch das Vernichten oder ist vielmehr das vollständigste und durchgreifendste Beiseiteschaffen: Binding Lehrb. I 432, v. Liszt 461 N. 8, Zweigert N. 8; a. M. Frank N. III 1 und Merkel S. 5. III 817. Ebenso das Veräußern: Zweigert a. a. D.; a. M. ist wieder Frank a. a. D., ohne sich darüber zu äußern, wie er sich das Beiseiteschaffen von Grundstücken denkt. Kein Beiseiteschaffen ist aber das bloße Beschädigen, die Wertverminderung, obgleich dadurch die Befriedigung der Gläubiger möglicherweise gefährdet wird: v. Liszt a. a. D.; RG. 26./2. 89 C. 19 25, 25./3. 95 C. 27 122, 12./11. 08 C. 42 62. Eine besondere Heimlichkeit der Handlung wird weder für den Begriff des Verheimlichens noch für den des Beiseiteschaffens gefordert: Frank und Zweigert a. a. D., Hälschner II 410.

10. Zu Nr. 2.

Bestraft wird ferner, wer ganz oder teilweise erdichtete Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt hat.

Schulden sind auf irgendeinem Rechtsgrunde beruhende Verpflichtungen zu einer vermögensrechtlichen Leistung, nicht aber, wie Zweigert N. 9 meint, notwendig und von vornherein zur Zahlung einer Geldsumme. Rechtsgeschäfte sind auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärungen. Daß, wie Zweigert a. a. D. will, durch das Rechtsgeschäft ein die Vermögensmasse belastendes Schuldverhältnis zur Entstehung gebracht werde, kann nicht allgemein gefordert werden, denn auch Rechtsgeschäfte, aus denen dem Schuldner Berechtigungen entspringen, können unter Umständen den Gläubigern nachteilig sein und in der Absicht, dieselben zu benachteiligen, vorgenommen zu werden, z. B. die Übergabe des gesamten Grundbesitzes gegen einen hohen Allenteil.

Die Schulden und Rechtsgeschäfte sind erdichtet, d. h. der Schuldner hat in bezug auf ihre Existenz oder ihre innere Beschaffenheit oder ihren äußeren Umfang bewußt gelogen. Sie sind erdichtet, wenn sie es, was das Gesetz überflüssigerweise erwähnt, nur teilweise sind, da selbstverständlich auch ein teilweises Erdichten ein Erdichten ist: RG. 20./12. 93 C. 24 433. Also wenn eine Forderung anerkannt wird, welche nie existiert hat oder schon getilgt oder noch nicht fällig oder zu hoch gesetzt ist, oder wenn ein ihr nicht zukommendes Pfand- und Vorzugsrecht behauptet wird.

Anerkennen der Schuld, Aufstellen des Rechtsgeschäfts ist alle Handlungen, durch welche die Schulden und Rechtsgeschäfte als ihre Begleichung verlangende Tebeposten in die äußere Erscheinung treten. Wenn gegenüber und in welcher Form, ist belanglos, insbesondere für das Anerkenntnis die in BGB. § 781 vorgeschriebene Form nicht erforderlich, da es für die Strafbarkeit nicht darauf ankommt, ob das Schuldbekentnis, das Rechtsgeschäft gültig ist. Daß die Anerkennung auch durch schlüssige Handlungen erfolgen kann, ist unzweifelhaft, aber daraus folgt keineswegs, daß eine solche schlüssige Handlung auch das Unterlassen ist. Jedenfalls kann das Schweigen im Prozesse — gegen den Zahlungsbefehl wird kein Widerspruch erhoben, die Forderung nicht bestritten, die Einrede der Zahlung nicht erhoben, der zugesohobene Eid nicht geleistet — zwar dann als strafbare Anerkennung erscheinen, wenn Kollusion mit dem Gegner stattfindet, der Prozeß also ein Scheinprozeß ist, aber hiervon abgesehen ist Schweigen nur ein Nichtbestreiten, nicht aber ein Anerkennen: gegen das Verjähmrisurteil ist der Einspruch, gegen das Anerkenntnisurteil nur das gewöhnliche Rechtsmittel gegeben. Ebenso Frank N. III 2 und § 241 N. II letzter Abt. und RG. 27./3. 88 C. 17 220, 17./12. 95 C. 28 62; a. M. Lppenhojf-Dehns N. 43, Rüdorff-Stenglein § 209 N. 20, Zweigert N. 10. Keine verlangene Anerkennung ist aber die einer verjährten Forderung, denn nach BGB. § 222 wird durch die Verjährung die Forderung nicht getilgt, sondern nur dem Schuldner das Recht gegeben, die Zahlung zu verweigern, sobald ihm, wenn er gleichwohl zahlt, die *condictio indebiti* nicht zusteht.

Anerkennung und Aufstellung für sich allein genügen nicht, sondern Forderung und Rechtsgeschäft müssen zwecks Benachteiligung der Gläubiger geltend gemacht werden: RG. 19./9. 80 C. 2 338. Gleichviel diese Geltendmachung durch den angeblich berechtigten Dritten, so ist dieser entweder Gehilfe oder er ist Täter des in Konk. § 242 Nr. 2 bedrohten Delikts.

11. Zu Nr. 3.

Strafbar ist ferner, wer Handelsbücher zu führen unterlassen hat, deren Führung ihm gesetzlich oblag.

Während die ursprünglichen Strafbestimmungen StGB. §§ 281–283 sich nur auf Kaufleute bezogen, dehnt das geltende Recht die Strafbarkeit des Bankrotts auf alle Schuldner aus. Diese Ausdehnung betrifft aber nur die in den §§ 239 Nr. 1, 2, 240 Nr. 1, 2 bezeichneten Handlungen, welche ihrer Natur nach von Jedermann begangen werden können. Betreffs der in den §§ 239 Nr. 3, 4, 240 Nr. 3, 4 geahndeten Verletzung kaufmännischer Pflichten hat es bei der Beschränkung auf Kaufleute bewenden müssen; insbesondere können „Geschäftsbücher“ den Handelsbüchern nicht gleichgestellt werden. Erforderlich ist aber, daß der Kaufmann zur Führung der Handelsbücher, auf welche sich seine Bankrotthandlung bezieht, gesetzlich verpflichtet war.

Die gesetzliche Verpflichtung bemißt sich nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches. Nach HGB. § 38 ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. Die Frage, wer — sei es als Einzelner, sei es als Gesellschaft oder juristische Person — Kaufmann ist, wird HGB. §§ 1–4 Abj. 1 beantwortet:

§ 1.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Verarbeitung, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppliffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

§ 2.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abj. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

§ 3.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften der §§ 1, 2 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden im Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb desjenigen geachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Verfügung, seine Firma gemäß § 2 in das Handelsregister einzutragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat.

§ 4 Abj. 1.

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

a) Die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern trifft nach HGB. § 4 Abj. 1 nur den Kaufmann, nicht aber den Handwerker. Daher ist die Unterscheidung zwischen beiden auch rechtlich wichtig.

Bei den Handwerkern sind drei Gruppen zu bilden.

Der Handwerker, welcher die von ihm angeschafften Sachen unverändert (z. B. der Krämer oder nach einer Be- oder Verarbeitung weiter veräußert (z. B. Bäcker, Schuhmacher, Schlachter) ist Kaufmann (HGB. § 1 Nr. 1), und zwar Kleinkaufmann (§ 4).

Der Handwerker, welcher nur Sachen für Andere be- oder verarbeitet (z. B. der Maurer), und ebenso der Buchdrucker, ist kein Kaufmann. Geht aber sein Betrieb über den Umfang des Handwerks hinaus, so ist er Kleinkaufmann (§ 1 Nr. 2, 9, § 4).

Der Handwerker, welcher sowohl Sachen für Andere be- oder verarbeitet, als auch angeschaffte Sachen unverändert oder nach einer Be- oder Verarbeitung weiter veräußert, ist Kaufmann, und zwar wiederum Kleinkaufmann.

Die Begriffe *Klein-Handwerker*, *Klein-Kaufmann*, *Kleinkaufmann*, *Klein- und Vollkaufmann* verschwimmen infolge der Kürzlichkeit der Bestimmungen des HGB. ineinander. Daher ist für jeden konkreten Fall sorgfältig zu erwägen, zu welcher Kategorie von Gewerbetreibenden der Schuldner gehört, denn nur der Vollkaufmann ist zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet. Hierüber kann — vgl. Zweigert Nr. 21 — die Eintragung in das Handelsregister allein nicht entscheiden, vielmehr ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, ob die Produktion oder der Handel das Wesentlichere des Geschäftsbetriebes bildet: RG. 8./2. 83 C. 8 147, 24./11. 90 C. 21 209. Sodann kommt es nicht, jedenfalls nicht allein und an erster Stelle, auf den Umfang des Geschäfts, auf den erzielten Umsatz, sondern auf die Art des Geschäftsbetriebes an: Frank N. III 3a. Ein nach seiner inneren Beschaffenheit handwerksmäßiger Betrieb wird dadurch nicht ohne weiteres zu einem über das Handwerk hinausgehenden, daß er in größerem Umfange geschieht und erhebliche Resultate liefert: RG. 28./2. 93 C. 24 80. Wäre aber der Betrieb seiner Art nach nur ein handwerksmäßiger, läßt sich mit Frank a. a. O. und Zweigert N. 16 am besten dadurch bestimmen, daß man dem Handwerksbetrieb den Gegenatz, den fabrikmäßigen Betrieb, gegenüberstellt. Bei der heutigen Entwicklung der Gewerbeverhältnisse können die früher üblichen Unterscheidungen nicht mehr maßgebend sein, daß im Handwerk die Handarbeit, in der Fabrik das mechanische Element vorherrsche; daß beim Handwerk regelmäßig eine vollständige Herstellung der Erzeugnisse durch denselben Arbeiter, in der Fabrik aber Arbeitsteilung stattfindet; daß es sich beim Handwerk um Herstellung im kleinen, in der Fabrik um Herstellung im großen, auf Vorrat handele; daß endlich der Handwerksmeister mitarbeite, der Fabrikant die Arbeit nur leite. Vielmehr kann nur nach der Gesamtheit der Geschäftseinrichtungen beurteilt werden, ob solche Umstände und charakteristischen Merkmale vorhanden sind, die, wenn auch nicht einzeln, doch in ihrem Zusammenreffen als Grundlage für die Annahme fabrikmäßigen Betriebes im Gegensatz zum bloß handwerksmäßigen dienen können. Also die Methode der Herstellung der Produkte und für diese die Art der benutzten gewerblichen Hilfsmittel, die Qualität, nach Befinden auch die Zahl des beschäftigten Hilfspersonals, der Grund der Ausnutzung der Arbeitsteilung, die Beschaffenheit der eigenen Arbeitsleistung des Gewerbeunternehmers, die Beschaffenheit der der Ausübung des Gewerbes dienenden Räume und ähnliche, dem Gewerbebetrieb als solchem die Signatur des handwerks- oder fabrikmäßigen Betriebes aufprägende Momente. Der Umstand, daß maschinelle Vorrichtungen benutzt werden, gibt nicht den Ausschlag; auch ein gewöhnlicher Schneider arbeitet heute nicht ohne Nähmaschine. Vgl. RG. 7./4. 80 C. 1 379, 15./2. 83 C. 8 126, 18./10. 86 C. 14 424, 2./11. 93 C. 26 356, 13./6. 02 C. 35 288, 30./12. 02 C. 36 37.

b) Nach HGB. § 4 Abs. 1 sind von der Pflicht zur Buchführung weiter befreit diejenigen Kaufleute, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die Landesregierungen sind nach Abs. 3 l. c. befugt, Bestimmungen zu treffen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

Sind die letztgedachten Bestimmungen ergangen, so sind sie für den Strafrichter ohne weiteres maßgebend.

Fehlen sie, so wird die Beantwortung der Frage, ob der Täter ein Voll- oder ein Kleinkaufmann ist, nach HGB. § 2 davon abhängen, ob das gewerbliche Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder nicht erfordert. Dabei ist einerseits die Höhe des Betriebskapitals, der Geschäftsumsatz, der Ertrag, die zu zahlende Gewerbesteuer in Betracht zu ziehen, andererseits die ganze Art des Betriebes, seine äußere Einrichtung, die Zahl der Hilfskräfte usw.: RG. 8./3. 00 C. 33 187, 19./1. 01 C. 34 101, 13./6. 02 C. 35 288.

Ein Minderjähriger, der das Geschäft ohne Genehmigung des Vormundes und Vormundschaftsgerichts betreibt, ist überhaupt zu keiner Buchführung verpflichtet.

c) Die Frage, ob der Täter ein Kaufmann und zur Buchführung verpflichtet ist, hat der Strafrichter unabhängig von der Stellungnahme des Zivilrichters selbständig zu beantworten. Die Eintragung in das Handelsregister ist von Bedeutung für die Fälle HGB. §§ 2, 3 Abs. 2,

weil in ihnen die Kaufmannschaft durch die Eintragung bedingt ist, und kommt im übrigen nur als Beweismoment in Betracht: Zweigert N. 21; RG. 30./11. 81 C. 4 120, 13./11. 05, 18./5. 06.

d) Strafbar ist jedoch nur die Nichtführung derjenigen Bücher, deren Führung gesetzlich geboten ist. Nach HGB. § 38 müssen Bücher geführt werden, aus welchen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung erhellen. Welche und wie viele Bücher es sein müssen, jagt das HGB. nicht. Es befiehlt aber in §§ 39 ff., daß sowohl beim Beginn des Handelsgewerbes als auch am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Inventur und Bilanz aufgestellt werden. Ferner legt das Ges., betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, v. 5. Juli 1896 § 1 (Reichs-Gesetzbl. 183) dem Kaufmann, welchem im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere zur Verwahrung oder als Pfand übergeben werden, die Verpflichtung auf, ein Depotbuch zu führen. Nach dem Ges. über die Sicherung der Forderung v. 1. Juni 1909 § 2 (Reichs-Gesetzbl. 449) hat der Hersteller eines Neubaus unter gewissen Voraussetzungen ein Baubuch zu führen, sodaß, wenn er Kaufmann ist, die gesetzliche Verpflichtung eines Kaufmannes vorliegt. Das Tagebuch des Handelsmaklers (HGB. § 100 und Börsegesetz v. 27. Mai 1908 § 33) und das Aktienbuch (HGB. § 222) sind keine Handelsbücher: Frank N. III Abj. 2, Zweigert N. 24 Abj. 2. Noch weniger gehören zu den Handelsbüchern Notizbücher, welche nur die Grundlage für die Eintragungen in die Handelsbücher enthalten, Reibücher und Kontobücher, oder gar lose Zettel, sog. fliegende Konten: RG. 16./4. 88 C. 17 301.

Daraus, daß das Gesetz, abgesehen von Inventar und Bilanz, keine bestimmten Bücher verlangt, folgert Frank N. III 3 Abj. 2, daß nur die Unterlassung der Führung eben dieser bestimmten Bücher unter Nr. 3 falle, die unterlassene Führung anderer Bücher aber nur insofern Strafbarkeit zu begründenden vermöge, als dadurch eine mangelnde Überzicht über den Vermögensstand herbeigeführt werde, also nicht gemäß Nr. 3, sondern nur gemäß Nr. 4. Aber HGB. § 38 befiehlt ausdrücklich die Führung solcher Bücher, aus welchen die Handelsgeschäfte und die Vermögenslage nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich sind, und daß aus dem Inventar usw. jedenfalls die Handelsgeschäfte nicht zu ersehen, bedarf keines Nachweises. Somit verlangt das Gesetz auch noch andere Bücher, und es ist nach der Natur des Einzelfalles, namentlich nach Art und Umfang des Geschäftes, zu entscheiden, welche Bücher geführt werden müssen: Zweigert N. 24 Abj. 1.

e) Die Führung der Handelsbücher ist unterlassen, wenn überhaupt keine Bücher geführt sind, wogegen das Fehlen einzelner Bestandteile derselben, einzelner wesentlicher Bücher oder Buchführungsakts oder sonstige Mängel in der Buchführung nur als unordentliche Buchführung (KonkD. § 240 Nr. 3) in Betracht kommen: Binding Lehrb. I 433, Zweigert N. 25; RG. 3./10. 84 C. 11 142, 16./10. 84 C. 11 161, 22./6. 97 C. 30 170, 26./10. 06 C. 39 218. Die Pflicht zur Buchführung dauert auch nach Aufgabe des kaufmännischen Geschäftes solange fort, bis die Lösung der in demselben eingegangenen Verbindlichkeiten stattgefunden hat: Binding Lehrb. I 432, Zweigert N. 19; RG. 5./5. 80 C. 2 50, 1./4. 81 C. 4 41, 24./1. 02 C. 35 83.

f) Die Verpflichtung zur Buchführung ist eine absolute. Sie kann nicht vertragsmäßig irgendetwas beschränkt oder auf Andere übertragen werden: RG. 9./1. 86 C. 13 235. Unfähigkeit, z. B. durch Unkenntnis oder Krankheit, entschuldigt nicht; wer die Handelsbücher nicht selbst führen kann, muß von dem Geschäft abbleiben oder sie durch einen Anderen führen lassen: RG. 17./4. 81 C. 4 418; gegen die Meinung, daß dies, weil durch die Unfähigkeit der Dolus ausgeschlossen werde, nicht vom betrügerischen, sondern nur vom einfachen Banterott gelte, vgl. Rüdorff-Stenglein § 209 N. 24; siehe unten § 240 N. 6 letz. Abj. Durch die Übertragung der Buchführung auf einen Anderen wird der Prinzipal, sein Verschulden vorausgesetzt, von der strafrechtlichen Verantwortung nicht frei: RG. 18./2. 85 C. 13 354. Wer kraft Vertrages oder als gesetzlicher Vertreter, also als Buchhalter oder als Testamentsvollstrecker oder als Vormund usw. die Bücher führt, ist, auch wenn er in der Absicht, die Gläubiger des Geschäftsinhabers zu benachteiligen, bewußt gegen das Gesetz gehandelt hat, nicht haftbar, weil er nicht derjenige ist, der die Zahlungen eingestellt hat bzw. über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet, und weil unter den in KonkD. § 244 als mit verantwortlich aufgeführten Personen der Vertreter nicht genannt ist: Frank N. III 3 Abj. 3, Zweigert N. 20; RG. 2./10. 94 C. 26 93, 8./9. 03 C. 36 357.

Bei dem Einzelkaufmann ist nur der Inhaber des Geschäftes für die Buchführung verantwortlich. Dies gilt auch von der Kauffrau (der mercatrix, nicht der uxor mercatoris); wenn das Geschäft aber nur zum Schein auf ihren Namen steht und tatsächlich von dem Ehemann und auf seine Rechnung geführt wird, so liegt der Gebrauch einer falschen Firma vor und verantwortlich ist als der wahre Geschäftsinhaber der Ehemann: RG. 12./2. 94 C. 25 121, 9. 11. 94 C. 26 187, 13./10. 96 C. 29 193; vgl. oben N. 2 Abj. 2. Wird ein Handelsgeschäft tatsächlich durch Mehrere, aber ohne gemeinschaftliche Firma betrieben, so ist nur der rechtlich und nach außen hin erkennbare Inhaber des Geschäftes zur Buchführung verpflichtet: RG. 7./7. 93 C. 24 261.

Soweit nicht gemäß HGB. §§ 114, 161, 320 ein Ausschluß von der Geschäftsführung vorliegt, ist bei der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft und der Stummkommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter für die Buchführung verantwortlich: Frank N. III 3 Abs. 3, Kaiser H. S. IV 454, Zweigert N. 20 Abs. 2. Anders als der Einzelkaufmann ist der Gesellschafter nur bezüglich des Geschäfts, nicht aber bezüglich seines Sondervermögens zur Buchführung verpflichtet: RG. 9./6. 84 E. 11 5, 7./1. 97 E. 29 347. Bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Eingetragenen Genossenschaft sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes und sämtliche Geschäftsführer für die Buchführung verantwortlich: RG. 9./1. 86 E. 13 235, 14./10. 87 E. 16 269.

12. Zu Nr. 4.

Strafbar ist endlich der Kaufmann, der seine Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert hat, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

a) Während in Nr. 3 von den Handelsbüchern gesprochen wird, „deren Führung ihnen gesetzlich oblag“, nennt Nr. 4 einfach „ihre Handelsbücher“. Nach der in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht sind „ihre Handelsbücher“ diejenigen, welche der Kaufmann tatsächlich führt, ohne Rücksicht darauf, ob er zu ihrer Führung überhaupt verpflichtet ist oder nicht: Binding Lehrb. I 434, Hälschner II 411, v. Liszt 462, Merkel H. S. III 818, Meyer-Alfeld 494, Lppenhoff-Debus N. 58, 59, Rüdorff-Stenglein § 209 Nr. 22, v. Schwarze § 209 Nr. 18, Zweigert N. 26; RG. 6./12. 87 E. 16 426, 30./3. 09 E. 42 284. Man muß aber mit Frank N. III 4 und Schütze 495 annehmen, daß nur solche Handelsbücher gemeint sind, deren Führung gesetzlich obliegt, denn wenn es straflos ist, andere Bücher überhaupt nicht zu führen, so kann deren Beseitigung usw. nicht mit Strafe belegt sein. Zudem wird die Bestrafung schon inhaltlich widersinnig. Diese nicht gesetzlich gebotenen Bücher sind nach HGB. § 38 solche, aus denen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens nicht zu erhellen braucht, d. h. das Gesetz verlangt in bezug auf sie keine ordentliche Buchführung. Wie kann dann ihre unmordentliche Führung strafbar sein? Auch in HGB. § 44 bezieht sich „ihre Handelsbücher“ nur auf die gesetzlich zu führenden Bücher.

b) Vernichtung ist jede Einwirkung auf die Bücher, durch welche diese als solche zu bestehen aufhören: RG. 4./3. 81 E. 3 370. Also entweder die ganzen Bücher werden z. B. durch Verbrennen beseitigt, oder ihr ganzer Inhalt wird z. B. durch Tinte unleserlich gemacht. Geschieht dies nur bei einzelnen Büchern oder Einträgen, so kann es nur für die Annahme einer unmordentlichen Buchführung Bedeutung haben (Konk. D. § 240 Nr. 3). Dies gilt auch vom Verheimlichen. Uebereinstimmend Zweigert N. 27, 28 und RG. 21./3. 10. Nach HGB. § 44 können die Kaufleute ihre Handelsbücher nach Ablauf von zehn Jahren seit der letzten Eintragung vernichten. Somit ist die Vernichtung nach Ablauf dieser Zeit nicht strafbar, „denn wenn das Gesetz die Vernichtung „selbst gestattet, so kann die Benutzung dieser gesetzlichen Befugnis durch die innere Absicht nicht „zu einem Verbrechen werden“ (v. Bölderndorff): Frank N. III 4 und Rüdorff-Stenglein § 209 Nr. 29; a. M. Binding Lehrb. I 434 Nr. 1, Zweigert N. 27 Abs. 2, Lppenhoff-Debus N. 60.

c) Wegen der Verheimlichung siehe oben Nr. 9 Abs. 4.

d) Werden die Bücher vernichtet oder verheimlicht, so kann aus ihnen, weil sie eben nicht da sind, keine Übersicht des Vermögenszustandes gezogen werden. Wohl aber kann sie es, wenn die Bücher unmordentlich, unrichtig geführt, nachträglich verändert sind. Diese Führung und Veränderung wird daher erst strafbar, wenn sie eine Gestalt, einen Umfang annehmen, daß die Bücher eine Übersicht des Vermögenszustandes nicht gewähren. Vermögenszustand ist die Beschaffenheit des Vermögens im Einzelnen, wobei die Grenze die allgemeine kaufmännische Übung bildet: es muß das aus den Büchern hervorgehen, was nach der herkömmlichen kaufmännischen Buchführung aus ihnen hervorgehen soll. Die Übersicht soll durch die Bücher selbst gegeben werden, ohne daß es der Hinzuziehung anderer Hilfsmittel bedarf. Ob dies der Fall, ist vom Standpunkt einer der kaufmännischen Buchführung kundigen Person aus zu prüfen, und dem Geесе wird nicht dadurch genügt, daß der Schuldner selbst oder ein Dritter mit seiner Beistilfe eine Vermögensübersicht aus den Büchern herzustellen vermag: RG. 30./4. 81 E. 4 120. Erhalten muß die ganze Vermögenslage. Daher erstreckt sich die Pflicht des Einzelkaufmannes zur kaufmännischen Buchführung im allgemeinen auch auf sein nicht zum kaufmännischen Geschäft gehöriges Vermögen, wobei jedoch eine dem HGB. entsprechende Buchführung nicht erforderlich ist, es vielmehr genügt, wenn der Kaufmann über diesen Teil seines Vermögens irgendwie Buch führt oder ihn in Inventur und Bilanz ausreichend kenntlich macht: RG. 10./1. 08 E. 41 41. Betreibt der Schuldner mehrere Geschäfte, so müssen die Bücher, wenn bezüglich eines dieser Geschäfte die Verpflichtung zur Buchführung nicht erlischt, den Einfluß dieses Geschäftes auf die gesamte Vermögenslage erkennen lassen: RG. 30./4. 81 E. 41 19, 1./2. 82 E. 5 407. Sind, wie bei dem offenen Handelsgeese, beide Vermögensmassen rechtlich völlig getrennt, so bezieht sich, wie schon bemerkt ist, die Verpflichtung, als Gesellschafter Bücher zu führen, nicht auf das private Vermögen. Selbstverständlich muß die aus den Büchern ersichtliche Vermögenslage mit der wirklichen über-

einstimmen, sie muß der Wahrheit entsprechen. Daher ist es mit der Pflicht zu ordentlicher Buchführung nicht vereinbar, wenn der Schuldner Vermögensstücke willkürlich oder wesentlich falsch bewertet: RG. 18./2. 86 E. 13 354, 26./10. 06 E. 39 222.

Die Handelsbücher müssen die Übersicht des Vermögenszustandes tatsächlich unmöglich machen. Eine bloße Erschwerung der Übersicht genügt nicht. Rechenfehler in sonst ordentlich geführten Handelsbüchern sind ohne Zutritt besonderer, im Einzelfalle festzustellender Umstände nicht dazu geeignet, die Übersicht zu beeinträchtigen. Dagegen machen Durchstreichungen, Majuren und Abänderungen unter Umständen die Bücher zur Ermittlung des wahren Vermögenszustandes unbrauchbar. Andererseits kommen selbst objektiv unrichtige Buchungen nur dann in Betracht, wenn sie einen Punkt betreffen, welcher für die Übersicht des Vermögenszustandes erheblich ist. Wiederum kann schon durch die unterlassene Buchung eines einzelnen für die Vermögenslage einflußreichen Postens oder des Kontos eines Gläubigers die Übersicht unmöglich gemacht werden: RG. 8./1. 97 E. 29 304. Ist ein einzelnes der gesetzlich gebotenen Bücher nicht geführt, z. B. kein Inventar gelegt, keine Bilanz gezogen, so kommt es darauf an, ob die erforderliche Übersicht noch aus den übrigen Büchern zu gewinnen ist: RG. 3./10. 84 E. 11 142, 16./10. 84 E. 11 161, 22./6. 97 E. 30 170. In zeitlicher Beziehung muß der durch die unordentliche Buchführung herbeigeführte Mangel der Übersicht mit der Zahlungseinstellung bzw. Konkursöffnung zusammenfallen, und es genügt nicht, daß in irgendeinem vorhergehenden Zeitpunkt die Übersicht gefehlt hat: RG. 21./11. 81 E. 5 415, 27./11. 96 E. 29 222, 25./9. 06 E. 39 165, 3./4. 07 E. 40 105; vgl. oben R. 7 Abs. 4.

13. Das Delikt ist mit der Begehung der Bankerott-handlung vollendet, einerlei, ob sie der Zahlungseinstellung usw. nachfolgt oder vorhergeht. Folgt sie nach, so ist sie sofort mit ihrer Begehung strafbar. Geht sie voran, so ist die Strafbarkeit durch den Eintritt der Zahlungseinstellung usw. bedingt, und tritt diese nicht ein, so entfällt die Strafbarkeit. Hieraus ergibt sich, daß ein strafbarer Versuch nur vorliegt, wenn zwar die Bankerott-handlung nicht zur Vollendung gekommen, die Zahlungseinstellung usw. aber sei es vorher, sei es nachher eingetreten ist. Rücktritt vom Versuch ist möglich, sowohl nach StGB. § 46 Nr. 1 als auch, wie Binding und Frank gegen Zweigert mit Recht annehmen, nach Nr. 2; am allerwenigsten sollte dies bezweifelt werden, wenn die Zahlungseinstellung usw. nachfolgt: Binding Lehrb. I 435, Frank R. V Abs. 2, v. Liszt 460, Meyer-Malfeld 495 R. 21, Zweigert R. 35 Abs. 1. Endlich ist das Delikt dort und dann begangen, wo und wann die Bankerott-handlung stattfindet, jedoch, wenn die Bankerott-handlung im Auslande verübt wurde, das Verbrechen auch dann als im Auslande begangen gilt, wenn die Zahlungseinstellung usw. im Inlande eintritt: Binding Lehrb. I 428, Frank R. VI Abs. 3, v. Liszt 460, Zweigert a. a. D. — Die oben R. 5 bekämpfte Ansicht, nach welcher Zahlungseinstellung und Konkursöffnung Tatbestandsmerkmale sind, kommt zu anderen Ergebnissen. Nach ihr ist das Delikt erst vollendet, wenn die Bankerott-handlung mit einem jener Tatbestandsmerkmale zusammentrifft, also mit ihrer Vornahme, wenn sie nachfolgt, mit Eintritt der Zahlungseinstellung usw., wenn sie vorhergeht oder gleichzeitig begangen wird: Berner 611, Frank R. V, Merkel 332 und S. S. III 820, Oppenhoff-Delius R. 31, Rüdorff-Stenglein § 209 R. 32; RG. 29./9. 80 E. 2 340, 21./11. 81 E. 5 415, 26./6. 82 E. 7 391, 20./9. 87 E. 16 188. In örtlicher Beziehung ist das Delikt sowohl dort begangen, wo die Bankerott-handlung verübt, als auch dort, wo die Zahlung eingestellt, der Konkurs eröffnet ist: RG. 20./9. 87 E. 16 188; der richtigen Meinung ist hier auch Frank R. VI Abs. 3. Endlich ist der Versuch auch dann strafbar, wenn es gar nicht zur Zahlungseinstellung usw. kommt, ein Versuch liegt aber auch dann vor, wenn die ganze Bankerott-handlung begangen ist: RG. 9./11. 85 E. 13 41.

14. Da Zahlungseinstellung und Konkursöffnung Bedingungen der Strafbarkeit sind, also vor ihrem Eintritt ein Verfolgungsrecht nicht existiert, beginnt die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt, in welchem die Bankerott-handlungen mit der Zahlungseinstellung usw. zusammenreffen: Binding Lehrb. I 430 R. 1, v. Liszt 460, Zweigert R. 35 Abs. 3. Die Ansicht, nach welcher die Zahlungseinstellung usw. nur Tatbestandsmoment ist, kommt natürlich zu dem gleichen Resultat: Rüdorff-Stenglein § 209 R. 35; RG. 15./2. 81 E. 3 350, 26./6. 82 E. 7 392, 20./9. 87 E. 16 188. Frank R. VI Abs. 5 will konsequenterweise die Verjährung mit der Bankerott-handlung beginnen lassen.

15. Mittäterschaft zweier Personen ist begrifflich bedingt einerseits durch den Umstand, daß bezüglich beider Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung vorliegt, andererseits durch eine wenigstens teilweise Gemeinsamkeit der Gläubigerschaft, deren Benachteiligung von Beiden beabsichtigt wird: RG. 30./12. 98 E. 31 407.

Für die Anstiftung und Beihilfe kommen die Vorschriften über die Teilnahme nach den allgemeinen Grundzügen zur Anwendung: Frank R. VIII, v. Liszt 460, Oppenhoff-Delius R. 37 Zweigert R. 36 Abs. 1.

§ 240.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerotts mit Gefängnis bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind;
2. in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waaren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen und diese Gegenstände erheblich unter dem Werte in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben haben;
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Übersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
4. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

Neben der Gefängnisstrafe kann in den Fällen der Nr. 1, 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechs-tausend Mark erkannt werden.

1. Der einfache Bankerott liegt vor, wenn der Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, eine der in Nr. 1—4 bezeichneten Handlungen begangen hat. Ob er sie in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder in einer anderen Absicht begangen hat, ist bei Nr. 1, 2, 4 gleichgültig, wogegen beim Vorhandensein jener Absicht im Falle der Nr. 3 ein betrügerischer Bankerott nach § 239 Nr. 3, 4 vorliegt: Frank N. I Abf. 2, Zweigert N. 20 Abf. 1.

Die Ausführungen § 239 Nr. 2, 3, 4, 5, 7, 8 greifen auch hier Platz. Insbesondere daß die Zahlungseinstellung usw. nur Bedingung der Strafbarkeit, nicht aber Teil des Tatbestandes sind, daß der Wille des Täters auf ihre Herbeiführung nicht gerichtet zu sein braucht, daß nur ein zeitlicher, nicht aber ein kausaler Zusammenhang zwischen ihnen und den Bankerottthandlungen erforderlich, endlich daß die einzelnen Bankerottthandlungen nicht selbständige Delikte, sondern gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts sind. Diese einzelnen Bankerottthandlungen werden ebenso wie die des § 239 — daselbst Nr. 9 Abf. 1 — in einer Spezialisierung aufgezählt, die es als unstatthaft erscheinen läßt, den Tatbestand noch durch andere Handlungen gegeben sein zu lassen: Zweigert N. 3 Abf. 1.

2. Zu Nr. 1. Zunächst wird bestraft, wer durch Aufwand, Spiel, Wette, Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist. Das Gesetz verbietet keineswegs das Fortarbeiten unter Verheimlichung des Vermögens verfalls, geht vielmehr davon aus, daß es Jedem freistehen müsse, so lange wie möglich aus den drohenden Ruin sich herauszuarbeiten, daß man Niemandem zumuten solle, seine traurige Lage öffentlich zu machen, daß vielmehr in zahlreichen Fällen das Eingehen neuer Verbindlichkeiten seitens eines bereits Überschuldeten den strengsten Anforderungen einer guten Wirtschaft entsprechen könne. Das strafbare Verhalten liegt darin, daß durch bestimmte Maßnahmen der Kredit über spannt, das zur Befriedigung der Gläubiger dienende Vermögen vermindert und dadurch Treu und Glauben verletzt werden, auf deren genauer Beobachtung alles wirtschaftliche Leben beruht. Die Übermäßigkeit der Summen ist nach der jeweiligen Geschäfts- und Vermögenslage in ihre Gesamtheit zu prüfen.

a) Unter Aufwand sind alle Aufwendungen zu verstehen, welche das Notwendige oder Übliche in den Lebensverhältnissen des Schuldners oder seiner zu seinem Hausstande gehörigen Familienglieder oder seines Dienst- und Geschäftspersonals übersteigen: RG. 25./2. 87 C. 15 309, 17./5. 98 C. 31 151. Für den Aufwand dieser anderen Personen ist der Schuldner nach dem letztgenannten Urteil strafrechtlich insofern verantwortlich, als er nicht alle ihm zu Gebote stehenden Mittel gegen ihn angewendet hat. Der Aufwand kann auch in Ausgaben liegen, welche nicht in persönlichen und in Haushaltsangelegenheiten, sondern für Geschäftszwecke und sonstige Interessen gemacht werden: RG. 5./10. 82 C. 7 90, 2./7. 87 C. 16 348, 29./3. 09 C. 42 278. Dagegen gehören Aufwendungen für Handelspekulationen selbst dann nicht hierher, wenn ihr Erfolg vom Zufall abhängt und sie einen unglücklichen Ausgang gehabt haben, es sei denn, daß schon die Art ihrer Ausführung sich als Aufwand darstellt, oder daß sie außerhalb des gewöhnlichen Betriebes des Geschäftes fallen: RG. 25./2. 87 C. 15 309, 2./7. 87 C. 16 238. Sogar ein einmaliger Aufwand kann zur Erfüllung des Tatbestandes genügen, und er braucht nicht notwendig der Zahlungseinstellung vorherzugehen: RG. 21./6. 86 C. 14 221. Auf die Motive zum Aufwand kommt es nicht an. Er braucht daher nicht in einer Neigung zum Wohlleben oder Prunk oder in Genußsucht seinen Ursprung zu haben: RG. 25./2. 87 C. 15 309, und der Schuldner wird nicht dadurch entlastet, daß er die Ausgaben für an sich berechnete Zwecke, wie Mitgift der Tochter, Ladenniete, Geschäftsreisen, Reklame-Annoncen, zur Erhaltung des Kredits gemacht hat: RG. 7./1. 97 C. 29 347.

b) Über Spiel und Wette vgl. StGB. § 284 N. 1. Unter den Begriff des Spiels fällt hier jedes Karten- oder andere Spiel um Geld, nicht bloß Glücksspiele. Auch das Spielen in der Lotterie; RG. 30./4. 95 C. 27 180. Nicht aber das sog. Börjenspiel, denn die Worte „mit Waren oder Börjenspapieren“ sind nur auf das Wort „Differenzhandel“ zu beziehen, und unter Spiel ist nur der echte Spielvertrag zu verstehen: Frank N. III 1, Zweigert N. 4 und RG. 13./12. 86 C. 15 277; a. M. Merkel S. 5. III 825.

c) Differenzhandel ist das Eingehen von Differenzgeschäften. Differenzgeschäft ist nach BGB. § 764 ein auf Lieferung von Waren und Wertpapieren lautender Vertrag, welcher in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börjens- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll. Dabei sind als Differenzgeschäfte nicht bloß diejenigen Zeitgeschäfte anzusehen, bei welchen der Anspruch auf wirkliche Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen ist, sondern auch diejenigen, bei deren Abschluß die Kontrahenten zwar nicht nach dem buchstäblichen Inhalt des Vertrages, wohl aber nach der dem Geschäft zugrunde liegenden Tendenz, der Natur des Geschäftes, der Berufstellung und den Vermögensverhältnissen der Kontrahenten usw. es nicht auf die Lieferung der Waren und Zahlung des Kaufpreises, sondern nur auf die Zahlung der Differenz am Stichtage abgesehen haben: RG. 31./3. 80 C. 1 282, 13./12. 86 C. 15 277, 22./5. 91 C. 22 12. Ein ursprünglich ernstlich gemeintes Lieferungsgeschäft kann in ein Differenzgeschäft umgewandelt werden, wogegen es kein Differenzgeschäft ist, wenn erst bei Gelegenheit der Erfüllung vereinbart wird, daß an Stelle der wirklichen Lieferung die Zahlung der Differenz treten soll: Frank N. III 1 und Zweigert N. 5. Nach der nicht zu rechtfertigenden Ansicht des RG. — 10./4. 80 und 25./5. 82, nicht vom Gerichtshof veröffentlicht — liegt ein Differenzgeschäft auch dann vor, wenn der eine Kontrahent bei Abschluß des Geschäftes einseitig und ohne Wissen des anderen Teils lediglich die Zahlung der Differenz am Stichtage beabsichtigte. Trotz des Ausdrucks „Differenzhandel“ genügt ein einziges Differenzgeschäft für den Tatbestand: Frank und Zweigert a. a. O., Merkel S. 5. III 825; RG. 5./4. 86 C. 14 80.

d) Über nicht der Aufwand, Spiel Wette, Differenzhandel erfüllen den Tatbestand, sondern der Umstand, daß der Schuldner durch sie übermäßige Summen verbraucht hat oder schuldig geworden ist. Die Summen sind übermäßig, wenn sie die durch den Umfang und die Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Vermögens und Geschäftes gesteckten Grenzen in unangemessener Weise übersteigen; die Beurteilung richtet sich nach der wirklichen Vermögenslage, was übermäßig sei, ist somit eine Tatsache: RG. 5./10. 82 C. 6 90, 5./4. 86 C. 14 80, 25./2. 87 C. 15 309. Daß auf die soziale Stellung des Schuldners eine gewisse Rücksicht zu nehmen ist, bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Bei einer Mehrheit von Geschäften ist nach RG. 5./4. 86 C. 14 80 die Übermäßigkeit nicht nach dem Gesamtergebnis, sondern für jedes Geschäft zu beurteilen, eine Aufrechnung späterer Verluste durch frühere Gewinne oder umgekehrt strafrechtlich unstatthaft; die Zerrigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus den Ausführungen zu § 239 N. 7 Abf. 4. Der Täter muß die übermäßigen Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sein. Er schuldet auch dann noch, wenn die Forderung des Gläubigers bereits verjährt, nicht aber, wenn durch das betreffende Geschäft eine Verbindlichkeit rechtlich gar nicht begründet ist: so Frank N. III 1, a. M. Zweigert N. 6 und RG. 22./5. 91 C. 22 12. Bezüglich Spiel, Wette und Differenzgeschäft vgl. in dieser Beziehung BGB. §§ 762 ff.

3. Zu Nr. 2.

Diese Bestimmung will eine Handlungsweise treffen, durch welche zahlungsunfähige Schuldner ihren Gläubigern nicht selten schweren Vermögensschaden zufügen, ohne daß es in jedem einzelnen Falle möglich ist, die Vorschriften des StGB. über Betrug zur Anwendung zu bringen. Der Tatbestand streift sehr nahe an den betrügerischen Bankrott des § 239. Wenn, wie oft der Fall ist, die Anschaffung der Waren usw. unter Täuschung des Kreditierenden erfolgt, so findet Idealkonkurrenz mit StGB. § 263 statt: Binding Lehrb. I 437, Zweigert N. 11.

Die Waren usw. müssen von dem Täter auf Kredit entnommen sein. Ob auf kurzen oder langzeitigen, ist ohne Bedeutung. Sie müssen aber zur Zeit der Weiterbegebung noch auf Kredit stehen, der Tatbestand liegt also nicht vor, wenn der Täter zur Zeit der Weiterbegebung den Kredit bereits abgelöst hat: Frank N. III 2; a. M. Zweigert N. 8; vgl. § 239 N. 7 Abj. 4.

Die Verschleuderung muß unter dem Werte, d. h. nicht notwendig unter dem Anschaffungspreis, wohl aber unter dem zu ihrer Zeit habenden Markt- und Börsenpreis und zwar in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise geschehen. Dabei ist nämlich zu beachten, daß nicht jeder Verkauf unter dem Wert ein Verschleudern ist, sondern unter Umständen, z. B. bei einem drohenden Preissturz, durch die Anforderungen einer ordentlichen Wirtschaft geboten sein kann: Frank N. III 2, Zweigert N. 9. Veräußerung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Anderen überträgt (Windscheid Pand. I § 69 S. 191, 6. Aufl.). Die Sprache des gewöhnlichen Lebens versteht darunter verkaufen, sodaß unter „sonst weggeben“ jede andere Veräußerung zu verstehen wäre, nach RG. 27./3. 06 z. B. das Lombardieren, nach Frank a. a. O. Bestellung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Der Schuldner will durch seine Manipulationen die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauschieben; sie müssen also vor der Eröffnung geschehen sein. Hinauschieben, nicht aber hintertreiben. Der Schuldner muß also wissen, daß ihm die Eröffnung droht. Kann er mit Sicherheit auf späteren Erwerb von Mitteln rechnen, und will er sich nur die nötigen Gelder für die Zwischenzeit verschaffen, so macht er sich nicht schuldig: Binding Lehrb. I 437. Die Absicht muß sowohl bei der kreditweisen Beschaffung als auch bei der Verschleuderung vorhanden sein: Frank N. III 2, Zweigert N. 23 und RG. 25./1. 06 S. 38 331.

4. Zu Nr. 3.

Täter kann nur ein Kaufmann und zwar, da die Bankrotthandlung solche Handelsbücher betrifft, deren Führung gesetzlich geboten ist, nur ein zur Buchführung verpflichteter Kaufmann sein. Der objektive Tatbestand ist derselbe wie bei den Bankrotthandlungen § 239 Nr. 3, 4. Die Abweichung vom Wortlaut ist ohne sachliche Bedeutung, also nicht etwa eine „Veränderung“ nach § 240, eine „unordentliche Führung“ nach § 239 straflos; in beiden Fällen ist eine Art der Buchführung gemeint, nach welcher eine Übersicht über den Vermögenszustand aus den Büchern nicht gewonnen werden kann: Oppenhoff-Delius N. 15, Zweigert N. 12 Abj. 2 und RG. 30./3. 09 S. 42 284. Im übrigen vgl. § 239 N. 11, 12.

5. Zu Nr. 4.

Zu den Handelsbüchern, deren Führung dem Kaufmann gesetzlich obliegt, gehört auch die Bilanz: RG. 18./2. 85 S. 13 354, 10./1. 87 S. 15 174, 22./6. 97 S. 30 171, 25./9. 06 S. 39 165, 25./6. 07 S. 40 242. Die gesetzlichen Bestimmungen hierüber finden sich StGB. §§ 39 ff. Besondere Bestimmungen finden sich für die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien StGB. §§ 260, 261, 320, 325, 334, ferner im Gef., betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, v. 20. Mai 1898 §§ 41 ff. und im Gef. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 §§ 36 ff. Ist die Bilanzziehung überhaupt nicht oder so unordentlich erfolgt, daß eine Übersicht über den Vermögenszustand nicht gewonnen werden kann, so liegt nicht, wie Binding Lehrb. I 439, Frank N. III 4 und Zweigert N. 18 mit RG. 18./2. 85 S. 13 354, 10./1. 87 S. 15 174 annehmen, die Bankrotthandlung der Nr. 4, sondern die der Nr. 3 vor; vgl. Konk. § 239 N. 11 d. Die Bestimmung der Nr. 4 findet somit nur Anwendung, wenn bei der Zahlungseinstellung usw. eine ordnungsmäßige Bilanz, welche eine Übersicht des Vermögenszustandes gewährt, zwar vorliegt, aber nicht in der vorgeschriebenen Zeit gezogen ist: Hälssner II 416, Rüdorff-Stenglein § 210 N. 7.

Nach StGB. §§ 39 ff. hat der Kaufmann bei Beginn seines Handelsgewerbes ein Verzeichnis seiner sämtlichen Vermögensstücke aufzustellen (Eröffnungsinventar) und einen das Verhältnis der Aktiven und Passiven darstellenden Abschluß zu machen (Eröffnungsbilanz), und in der Folge für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres in gleicher Weise Inventar und Bilanz anzufertigen. Unter der „vorgeschriebenen Zeit“ ist nicht ein Zeitpunkt, sondern ein Zeitabschnitt zu verstehen, dessen Grenzen bei billiger Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse deshalb nicht zu eng gezogen werden dürfen, weil die Bilanzanstellung selbst ein Geschäft ist, welches mit dem Vorbereiten, Zusammenstellen und Aufrechnungen naturgemäß einen gewissen

Zeitaufwand und damit zugleich eine billige Befristung erheischt: RG. 13./5. 95 C. 27 226, 9. 6. 96 C. 28 428, 7./12. 00 C. 34 37. Ist die Bilanzziehung für ein Geschäftsjahr nicht rechtzeitig erfolgt, so wird die einmal begründete Strafbarkeit weder durch eine nachträgliche Anfertigung noch dadurch beseitigt, daß in der Folge die rechte Zeit eingehalten wird: RG. 25./9. 06 C. 39 165. Ist aber die rechtzeitige Bilanzziehung erst nach der Zahlungseinstellung unterlassen, so kann dies nur im Zusammenhang mit einer neuen Zahlungseinstellung usw. strafbar werden, und ein Zusammenhang zwischen der Unterlassung und der Zahlungseinstellung usw. ist nur insoweit erforderlich, als die erstere nicht außer Beziehung zu demjenigen Vermögen stehen darf, welches den Gegenstand der letztern bildet.

6. Lebhaft bestritten ist die Frage nach der subjektiven Verschuldung.

Soweit sich der objektive Tatbestand der Bankrott-handlungen des § 240 mit dem der Bankrott-handlungen des § 239 deckt, findet § 239 Anwendung, wenn der Schuldner die Absicht gehabt hat, die Gläubiger zu benachteiligen; dieser Fall scheidet also aus.

Die Bankrott-handlung der Nr. 2 ist nur als vorsätzliche denkbar, weil eine bloß versehentliche Erborgung und Verschleuderung nicht zugleich als gewolltes Mittel einer vorsätzlichen Zeitverleppung dienen kann. Dies wird von keiner Seite bestritten. Der Schuldner muß also auch wissen, daß er verschleudert. Im übrigen vgl. N. 3 Abs. 4.

Bezüglich der Bankrott-handlungen N. 1, 3, 4 — vgl. die übersichtlichen Zusammenstellungen bei Binding Lehrb. I 440 N. 1 und Zweigert N. 20 — hat das RG. früher angenommen, daß nur allgemeine Zurechnungsfähigkeit, jedoch weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit gefordert werden könne, denn die Strafbarkeit sei an die einzelne Bankrott-handlung als solche geknüpft, indem diese schon für sich bzw. in der besonderen Stellung der Schuldners als Kaufmanns für leichtsinnig und die Rechte der Gläubiger bzw. den Kredit überhaupt gefährdend crachtet werde: RG. 17./9. 81 C. 4 418, 1./2. 82 C. 5 407. Später hat das RG. ausgesprochen, der Täter sei nur dann strafbar, wenn er vorsätzlich oder mit einem ihm zur Last fallenden Verschulden gehandelt habe, und zwar sei dieses Verschulden ein eigentümliches, von Vorsatz und Fahrlässigkeit verschiedenes: RG. 9./1. 86 C. 13 236, 18./2. 86 C. 13 354, 5./4. 86 C. 14 80, 1./11. 87 C. 16 277, 27./11. 96 C. 29 222. Mit der älteren Ansicht des RG. stimmen überein Berner 609, 612, Hälshner II 415, Merzel 333 und H. S. III 824, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze § 210 N. 1 und Schütze 496. Nur Vorsatz verlangen Birkmeyer Cuzysl. 1179 (1125 Poleniß gegen die spätere Ansicht des RG.), Frank N. I Abs. 3. Auch die Fahrlässigkeit erklären für strafbar Binding Lehrb. I 437, v. Liszt 461, Meyer-Malfeld 495, Rüdorff-Stenglein § 210 N. 1 und Zweigert N. 20, 21. Wachenfeld H. II 308 und v. Wächter 481 nennen einfachen Bankrott denjenigen, bei dessen Handlungen „nur Leichtsinns zutage tritt“, ohne sich weiter darüber zu äußern, aber Wachenfeld unterscheidet 263 ff. nur die beiden Schuldfornien Vorsatz und Fahrlässigkeit und verlangt, daß, wenn die Fahrlässigkeit strafbar sein solle, dies vom Gesetz „unzweideutig ausgesprochen sein müsse“, verlangt also hiernach ebenfalls Vorsatz.

Von diesen verschiedenen Ansichten ist die ältere, wonach ein Verschulden präsumiert werde, ebenso verfehlt wie die reichsgerichtliche jüngere, daß es außer Vorsatz und Fahrlässigkeit noch eine dritte Art der Verschuldung gebe, welche hier Platz greife; für keine von beiden Ansichten spricht auch nur ein Buchstabe des Gesetzes. Neben dem Vorsatz ist auch die Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit genügend, da das Gesetz seine Anwendung unmöglich auf die seltenen Fälle beschränkt haben kann, in denen der Schuldner sich absichtlich ruiniert, seine Pflicht zur Buchführung und rechtzeitigen Bilanzziehung absichtlich veräuht hat, ohne daß er dadurch seine Gläubiger benachteiligen wollte. Somit ist das Delikt des § 240 sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begehrbar.

Auch hier wird durch die Unfähigkeit zur Buchführung die Verantwortlichkeit des Kaufmanns nicht ausgeschlossen; vgl. § 239 N. 11 f Abs. 1. Hat der Kaufmann jedoch wegen seiner eigenen Unfähigkeit oder wegen des seine Kräfte übersteigenden Umfangs seines Geschäftes geeignete Hilfskräfte angenommen, und trifft ihn weder bei der Auswahl noch bei der Überwachung ein Verschulden, so ist er für die gleichwohl eintretenden Mängel der Buchführung nicht verantwortlich, weil ihm dann eine Fahrlässigkeit in dieser Beziehung nicht zur Last fällt: RG. 3./6. 90.

7. Wegen Vollendung des Delikts, Zeit und Ort der Begehung, Verjährung vgl. § 239 N. 13, 14. Der Versuch ist straflos. Frank N. IV ist der Meinung, daß der Täter straflos sei, wenn er in einer Weise tätig geworden ist, welche, wenn der Versuch strafbar wäre, einen Rücktritt vom Versuch bilden würde. Er erkennt an, daß der Rücktritt nicht bei allen Handlungen möglich ist, z. B. nicht bei der Verpätung der Bilanzziehung, aber seine Ansicht ist allgemein irrig und würde den Täter in vielen Fällen schlechter stellen. Z. B. wer Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnimmt, um sie zu verschleiudern, aber an der Verschleuderung verhindert wird, ist nach der richtigen Ansicht straflos, erleiht wodurch er verhindert wird, während er nach Frank strafbar wäre, wenn die verhinderten Umstände nicht von seinem Willen abhängen. Daß nach der herr-

schenden Ansicht der durch die Bankerott-handlungen geschaffene Zustand noch zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurszeröffnung bestehen muß, hängt damit zusammen, daß zwischen diesen Strafbarkeitsbedingungen und den Bankerott-handlungen zwar kein kausaler, wohl aber ein tatsächlicher Zusammenhang bestehen muß, beide also nicht durch einen reinen Tisch getrennt sein dürfen; vgl. § 239 N. 7.

8) Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Zu beachten ist, daß bei der notwendigen Teilnahme in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung des Gesetzes nur der Schuldner, nicht aber der Andere — Mißbieler, Wettgegner, Warenerwerber — strafbar ist und bei dem fahrlässigen Delikt es überhaupt keine strafbare Teilnahme gibt. Vgl. Frank N. VI und Zweigert N. 25. Die Ansicht des RG. 2./7. 95 C. 27 316, daß nur demjenigen vorsätzlichen Täter Beihilfe geleistet werden könne, dessen Vorsatz die Zahlungseinstellung usw. mit in sich begreife, steht in direktem Widerspruch mit der sowohl in der Theorie als auch sonst in der reichsgerichtlichen Praxis festgehaltenen Ansicht, daß der Vorsatz des Täters sich nur auf die Bankerott-handlung, nicht aber auf die Zahlungseinstellung usw. zu erstrecken braucht, und ist 13./1. 1911 C. 45 88 wiederum aufgegeben; vgl. § 239 N. 6a, N. 7.

9. Wegen des Zusammentreffens mehrerer Bankerott-handlungen vgl. § 239 N. 8. Ist dieselbe Bankerott-handlung zum Teil aus § 239, zum Teil aus § 240 strafbar, z. B. die falsche Buchführung erfolgt nur zum Teil in Benachteiligungsabsicht, so ist nur aus § 239 zu strafen: RG. 22./6. 80 C. 2 198.

§ 241.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechs-tausend Mark erkannt werden.

1. Wenn der Schuldner Vermögensstücke bei Seite schafft, um seine Gläubiger zu benachteiligen, so wird er nach § 239 N. 1 wegen betrügerischen Bankrotts mit Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren bestraft. Derselbe Tatbestand ist gegeben, wenn er einem Gläubiger, um ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine ihm nicht zukommende Befriedigung oder Sicherung gewährt, denn die Begünstigung des einen Gläubigers vor den übrigen ist nur möglich auf Kosten dieser übrigen Gläubiger, und wer jene Begünstigung will, will damit zugleich diese Benachteiligung. Aber der Tatbestand, daß der Schuldner nicht von dem Vermögen etwas für sich reservieren oder einem Nichtgläubiger zuwenden will, läßt seine Handlungsweise in einem milderen Licht erscheinen. Die Gläubigerbegünstigung, die sog. Gratifikation, ist somit „in Wahrheit nur ein privilegierter Fall des betrügerischen Bankrotts“ (Binding), „stellt sich ihrem Wesen nach nur als ein mit „Rücksicht auf das subjektive Verschulden des Täters geringer strafbarer Fall des betrügerischen „Bankrotts dar“ (Reichsgericht): Binding Lehrb. I 442, Hälschner II 422, v. Liszt 462, Meyer-Alfeld 496 N. 3, Dppenhoff-Delius KonkD. § 239 N. 41, Zweigert N. 1; RG. 17./3. 82 C. 6 95, 10./7. 03 C. 36 345. Dagegen reden Berner 610 612, Birkenyer Enzykl. 1180 und Merkel 331 von einem „verwandten Fall“, und Frank N. I nimmt ein selbständiges Delikt an, durch welches nicht die materiellen Rechte, sondern die *par conditio creditorum* verletzt werde; Frank kommt allerdings im einzelnen fast stets zu demselben Resultat wie die von ihm bekämpfte Ansicht.

Ist die Gratifikation nur ein besonderer Fall des betrügerischen Bankrotts, so greifen die Erörterungen zu § 239 N. 2, 3, 4, 5, 7, 8 auch hier Platz. Insbesondere sind Zahlungseinstellung und Konkurszeröffnung nur Bedingung der Strafbarkeit, sodaß ohne ihren Eintritt das Delikt nicht vorliegt. Der Wille des Täters braucht auf ihre Herbeiführung nicht gerichtet zu sein. Zwischen ihnen und der Begünstigungshandlung ist nur ein tatsächlicher, zeitlicher, nicht aber ein kausaler Zusammenhang erforderlich. Sie können der Handlung vorangehen und nachfolgen; Merckels 331 gegenteilige Ansicht ist wohl mehr ein *lapsus calami*. Infolgedessen muß die Gratifikation sich auf dasselbe Vermögen beziehen wie sie, nicht aus dem Vermögen Dritter oder aus solchen Sachen beschafft werden, die nicht zur Konkursmasse gehören: Frank N. II Abf. 3, Zweigert N. 4 Abf. 2

Das Verbrechen nennt vier Tatbestandsmomente, welche zusammentreffen müssen, damit das Verbrechen vorliegt: Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung, Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, Gewährung einer nicht zu beanspruchenden Sicherung und Befriedigung, Begünstigungsabsicht.

2. Der Schuldner muß zur Zeit seiner begünstigenden Handlung seine Zahlungsunfähigkeit kennen, was er natürlich nicht vermag, wenn sie gar nicht existiert. Das subjektive Erfordernis enthält also das objektive, daß er zahlungsunfähig sei. Zahlungsunfähigkeit ist aber die Unfähigkeit, die zur Zahlung fälligen Schulden erforderlichen Mittel sofort herbeizuschaffen: RG. 11./1. 81 C. 3 191, 8./4. 81 C. 4 61. Sie ist nicht identisch mit Vermögensunzulänglichkeit und mit Zahlungseinstellung — vgl. § 239 Nr. 3c —, aber die erstere ist ein wesentlicher Beweisgrund zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Diese wird regelmäßig auf der Unzulänglichkeit beruhen: RG. 8./4. 81 C. 4 61, und wenn Zahlungseinstellung erfolgt, so ist die Existenz der Zahlungsunfähigkeit für gegeben zu erachten: RG. 11./1. 81 C. 3 191. Eine vor Eintritt der Unfähigkeit erfolgende Begünstigung ist nicht nach § 241 und gemäß dessen Privilegierung auch nicht nach § 239 strafbar.

Da die Zahlungsunfähigkeit zum gesetzlichen Tatbestand gehört, so muß sie, damit das Verbrechen vorhanden sei, wirklich existieren, und ein Irrtum des Schuldners über ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein nimmt den zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Dolus weg: Frank N. III, Zweigert N. 8 Abf. 2. Das ausdrückliche Verlangen der Kenntnis der Unfähigkeit hat die prozessualische Bedeutung, daß der Richter die Kenntnis auch dann ausdrücklich feststellen muß, wenn sich der Täter auf Unkenntnis gar nicht berufen hat. Die Feststellung hat dahin zu lauten, daß der Angeklagte bei seiner Handlung seine Zahlungsunfähigkeit gekannt hat, nicht, daß er sie hätte kennen müssen: RG. 11./1. 81 C. 3 191, 8./4. 81 C. 4 61.

3. Als begünstigter Gläubiger kann jeder in Betracht kommen, der einen aus der Aktivmasse zu befriedigenden Anspruch hat, auch wenn dieser ein bedingter oder betagter ist: RG. 14./12. 86 C. 15 90, 29./4. 97 C. 30 73, oder wegen der Forderung ein Absonderungsrecht besteht: Binding Lehrb. I 442, v. Liszt 462, Rüdorff-Stenglein § 211 Nr. 3, Zweigert N. 3 und RG. 24./11. 87 C. 16 402, 3./4. 07 C. 40 105; Frank N. II Abf. 4 zählt nur die eigentlichen Konkursgläubiger hierher. Dagegen kommt die Zeit in Betracht, zu welcher die Forderung des Gläubigers entstanden ist, denn nur diejenige Zuwendung ist strafbar, welche der Schuldner an Jemanden macht der schon vorher sein Gläubiger war, nicht aber diejenige, welche er auf Grund eines jetzt abgeschlossenen Vertrages an den Mitkontrahenten macht, welcher erst durch diesen Vertrag sein Gläubiger wird: RG. 18./2. 02 C. 35 127.

4. Die Bankrott-handlung besteht in der Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger überhaupt nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat.

a) Befriedigung oder Erfüllung ist diejenige Rechtshandlung, durch welche die geschuldete Leistung tatsächlich an den Gläubiger bewirkt wird, und Sicherung wiederum diejenige, durch welche die Stellung des Gläubigers in bezug auf die Befriedigung durch Bestellung einer Hypothek, Faustpfand, Einräumung eines Retentionsrechts, Festlegung einzelner Gegenstände durch Beschlagnahme oder Pfändung verbessert wird. Und zwar rechtlich verbessert wird, mag auch das Grundstück zur Zeit der Eintragung der Hypothek bereits über den Wert belastet, die Hypothek also tatsächlich wertlos sein: RG. 24./9. 97 C. 30 261. Dagegen ist die bloße Gewährung eines Titels zur Zwangsvollstreckung, z. B. die Erteilung einer nach ZPO. § 794 Nr. 5 zur sofortigen Zwangsvollstreckung berechtigenden Urkunde, wie keine Befriedigung, so eine Sicherung erst dann, wenn auf Grund solches Titels Vermögensstücke des Schuldners gepfändet worden sind: Binding Lehrb. I 443, Frank N. II Abf. 5, Zweigert N. 4 Abf. 1; RG. 8./4. 81 C. 4 61, 1./11. 81 C. 5 116, 14./3. 90 C. 20 301, 17./12. 95 C. 28 61, 26./3. 97 C. 30 46. Keine Sicherung ist auch die Eintragung einer Briefhypothek, solange nicht die Übergabe des Briefes oder ein ihr gleichstehender Rechtsakt erfolgt ist: RG. 19./2. 01 C. 34 172; a. M. Binding Lehrb. I 443 Nr. 2 und Zweigert a. a. O., welche Autoren aber der formellen Eintragung eine unbeiförmliche materielle Bedeutung beilegen. Dem positiven Tun steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Unterlassen dann gleich, wenn eine Pflicht zum Handeln vorliegt. Näher gesprochen: strafbar ist nur die freiwillige Gewährung der Befriedigung oder Sicherung. Darin, daß ein Schuldner trotz seiner ihm bekannten Zahlungsunfähigkeit sich ohne prozessuale Gegenwehr verklagen, verurteilen und pfänden läßt, ist die Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung nicht ohne weiteres, wohl aber dann zu finden, wenn eine auf Einverständnis beruhende Kollusion des Schuldners mit dem Gläubiger vorliegt: RG. 27. 2. 88 C. 17 220, 17./12. 95 C. 28 62 vgl. § 239 Nr. 10 Abf. 4.

b) Bei Beurteilung der Frage, ob bzw. in welcher Weise der Gläubiger die Sicherung und Befriedigung zu beanspruchen hatte, kommt auf dem Grunde des geltenden bürgerlichen Rechts ausschließlich das zwischen ihm und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis in Betracht,

nicht aber der Konkursanspruch der übrigen Gläubiger: RG. 11./1. 81 C. 3 191. Dies gilt aber bezüglich der Befriedigung nur, wenn diese vor der Konkursöffnung erfolgt ist, wogegen, wenn nachher, auf die Abänderungen Rücksicht genommen werden muß, welche die Forderung nach den Grundzügen des Konkursrechts inhaltlich erleidet: RG. 3./4. 07 C. 40 107; a. M. Zweigert N. 6. Anspruch auf Befriedigung überhaupt hat jeder Gläubiger eines rechtlich begründeten, weder nichtigen noch ansichtbaren noch durch peremptorische Einreden zu entkräftenden Anspruches. Anspruch auf Sicherung hat der Gläubiger aber nur, wenn der Schuldner durch Gesetz, z. B. beim wechselmäßigen Regreß auf Sicherstellung, durch Rechtspruch, durch Vertrag dazu verpflichtet ist. Natürlich muß der lediglich vertragsmäßige Anspruch schon vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und der Kenntnis des Schuldners von ihr begründet sein.

Eine Sicherung und Befriedigung nicht in der Art liegt vor, wenn der Gläubiger eine andere Sicherheit oder Erfüllung erhält, als er zu fordern hat. Eine andersgeartete Befriedigung ist es z. B., wenn der Gläubiger statt des baren Geldes Mobilien oder Waren an Zahlungsstatt erhält, sei es direkt: RG. 1./11. 81 C. 5 116, sei es auf dem Umwege eines Kaufvertrages unter Kompensierung der Forderung mit dem Kaufpreise, obgleich in diesem Falle ein ernsthaft gemeinter Kaufvertrag denkbar ist: RG. 31./3. 82 C. 6 149, und, woran Binding Lehrb. I 442 N. 6 erinnert, überhaupt bei der *datio in solutum* leicht der Vorfall fehlt. Mit Recht nimmt ein Urteil des RG. vom 9./6. 91 an, daß in der Hingabe von Wechseln für eine Forderung weder eine Befriedigung liegt — *qui delegat, non solvit!* — noch eine Sicherung, denn abgesehen davon, daß eine solche nicht aus dem Vermögen des Schuldners erfolgt, wird die Stellung des Gläubigers nur prozeßuallich, nicht aber materiell gebessert.

Sicherung und Befriedigung sind unzeitig, wenn allerdings ein begründeter Anspruch auf sie besteht, aber sie vor der Zeit erfolgen, zu welcher der Anspruch fällig ist.

Ist der Anspruch sowohl überhaupt als auch nach Art und Zeit begründet, so ist die dementsprechend erfolgende Sicherung und Befriedigung selbst dann keine unzulässige, wenn infolge ihrer den übrigen Gläubigern nicht mehr genügende Mittel zur Befriedigung bleiben. Das Recht des *sibi ipsi vigilare* hat jeder Gläubiger gegenüber allen anderen Gläubigern.

c) Unter Gewährung ist nicht ein einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Willensakt zu verstehen, sondern ein auf Hingabe und Annahme gerichteter Vertrag, der Begriff des Gewährens ist erst durch das Vorkommen oder Hinzutreten eines auf Erlangung des Gegebenen oder Dargebotenen gerichteten Verlangens oder einer Annahme des Gegebenen oder Dargebotenen auf Seiten des Gläubigers erfüllt, eine Befriedigung insbesondere kann ohne die Zustimmung des Gläubigers gar nicht gedacht werden: Zweigert N. 7 und RG. 22./2. 97 C. 29 413; a. M. Binding Lehrb. I 443 und Frank N. II Abs. 5. Vor jener Zustimmung und Annahme liegt nur eine Offerte, also ein strafloser Versuch vor, falls nicht ein Beiseiteschaffen im Sinne § 239 N. 1 angenommen werden muß.

5. Der Schuldner muß seine Zahlungsunfähigkeit kennen und die Gratifikationsabsicht haben. Das Delikt kann somit nur als ein vorsätzliches begangen werden.

Zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit vgl. N. 2.

Mit dieser Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit verbindet der Schuldner die Kenntnis, daß er durch seine Handlung den einen Gläubiger vor den übrigen Gläubigern begünstigt, diese also im Vergleich zu jenem schlechter stellt, sie benachteiligt. Weiß er aber, daß dies die Folge seines Handelns ist, so hat er es eben gewollt (*dolus ex re*). Absicht ist also wie bei dem Delikt des § 239 — daselbst N. 6b — nichts anderes als Wille. Etwas anderes als das Vorhandensein dieses bestimmten Willens erfordert das Begriffsmerkmal der Absicht nicht: RG. 17./2. 93 C. 24 7, 22./9. 93 C. 24 255, 21./9. 06 C. 39 136; vgl. Zweigert N. 9 Abs. 1, 2. Unter den benachteiligten Gläubigern sind dieselben zu verstehen wie unter den begünstigten, also auch die absonderungsberechtigten Realgläubiger: RG. 24./11. 87 C. 16 402; vgl. N. 3. Es genügt, wenn der begünstigte Gläubiger nicht vor allen, sondern nur vor einem einzigen anderen Gläubiger begünstigt werden soll. Durch den Irrtum, daß der begünstigte Gläubiger ein Recht auf die ihm gewährte Sicherung oder Befriedigung hat, wird der *Dolus* ausgeglichen: v. Liszt 462, Lppenhoff-Delius N. 10, Zweigert N. 9 Abs. 3; RG. 27./2. 88 C. 17 220, 13./4. 92 C. 23 60. Daß der begünstigte Gläubiger endgültig in Wirklichkeit mehr erhält, als ihm ohne die Begünstigung geworden wäre, daß also die anderen Gläubiger tatsächlich benachteiligt sind, ist nicht erforderlich: Rüdorff-Stenglein § 211 N. 4, Zweigert N. 10; RG. 24./9. 97 C. 30 261.

6. Wegen der Zeit und des Ortes der Begehung, der Vollendung des Delikts und des Beginnes der Verjährung vgl. § 239 N. 13, 14. Der Versuch ist straflos. Zu der Erörterung Franks N. V über die Bedeutung des Rücktritts vgl. § 240 N. 7.

7. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Der begünstigte Gläubiger gilt auch hier — § 240 N. 8 — als notwendiger Teilnehmer, ist also in Ermangelung einer dahingehenden Bestimmung des Gesetzes nicht strafbar: Binding Lehrb. I 442, Frank N. VII,

v. Präz 462, Merkel 333, Meyer-Walfeld 497 N. 5, Zweigert N. 11; a. M. Berner 613 N. 2, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein § 211 N. 5. Das RG. nimmt mit Rüdorff-Stenglein a. a. D. an, daß der begünstigte Gläubiger durch die Annahme nicht strafbar werde, wohl aber als Teilnehmer, also Anstifter, wenn er über die gewissermaßen passive Rolle des bloßen Annahmers hinausgehe: RG. 12./11. 80 C. 2 439, 27./1. 81 C. 4 1, 21./12. 81 C. 5 275, 10./2. 82 C. 5 435, 31./1. 90 C. 20 214. Dieser Satz wird, auch wenn er theoretisch nicht zu bezweifeln wäre, tatsächlich dadurch ausgeschaltet, daß der Gläubiger, der seine Forderung für gefährdet hält, zum Drängen auf Gewährung von Sicherung oder Befriedigung berechtigt und im Interesse seiner eigenen Gläubiger verpflichtet ist. Wenn er sofort klagt und zur Pfändung schreitet, ist er nicht strafbar. Unmöglich kann er aber dadurch strafbar werden, daß er dasselbe Resultat in Güte erreicht, zumal er dadurch den anderen Gläubigern die Prozeßkosten erspart. Daß er dabei möglicherweise zivilrechtlich unwirksam handelt, und daß der Schuldner sich seinerseits strafbar macht, entbindet ihn nicht von seinem Recht und seiner Pflicht.

8. Wegen der Konkurrenz vgl. zu § 239 N. 6c, N. 8. Treffen mehrere Verfehlungen gegen § 241 bei derselben Zahlungseinstellung usw. zusammen, so liegt nur Ein Delikt vor: Berner 612, Binding Lehrb. I 442, Frank N. VI, Oppenhoff-Delius N. 13, Zweigert N. 12. Zwischen § 241 und § 239 findet Gesetzeskonkurrenz statt, wobei § 241 als speziellere und mildere Gesetz zur Anwendung kommt. Wird durch mehrere Handlungen in bezug auf dieselbe Zahlungseinstellung gegen beide Gesetze verstoßen, so ist nicht, wie Binding Lehrb. I 442 meint, nur nach § 239 zu strafen, und es sündet nicht, wie Frank N. VI und Hälschner II 422 annehmen, Real-, sondern Idealkonkurrenz statt. Ebenso nur Idealkonkurrenz zwischen § 241 und § 240: RG. 3./5. 07 C. 40 103; a. M. wieder Frank N. VI. Vgl. hierzu Zweigert N. 12.

§ 242.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder um sich oder einem Anderen Vermögensvorteil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgegebene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe oder Geldstrafe bis zu sechs tausend Mark ein.

1. Die Teilnahme an dem betrügerischen Bankrott bestimmt sich nach den allgemeinen Grundjagen. Das Gesetz stellt aber, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner wegen Bankrotts strafbar ist oder nicht, mehrere genau bezeichnete Handlungen eines Nichtschuldners unter der Bedingung unter Strafe, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Es will der Gefährdung der Gläubiger, wie in § 239 durch den Schuldner selbst, so hier durch einen Nichtschuldner entgegentreten, also dafür sorgen, daß dieser auch dann gestraft werden könne, wenn er, obgleich im Interesse des Schuldners, doch nicht als Teilnehmer an einem betrügerischen Bankrott desselben gehandelt hat.

Das Delikt des § 242 ist eine minder strafbare Unter- oder Abart des betrügerischen Bankrotts, die Benachteiligung der Rechte der Gläubigerschaft durch einen Nichtschuldner, welche nur dadurch einen selbständigen Charakter erhält, daß sie subjektiv, um dem Schuldner zu helfen oder um sich selbst oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, begangen wird: Frank N. I Abf. 1, III 1, Hälschner II 419, Merkel H. S. III 822, Zweigert N. 1. Wenn Oppenhoff-Delius N. 4 und Rüdorff-Stenglein § 212 N. 3 die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht für erforderlich erachten, so übersehen sie, daß die Sache hier gerade so liegt wie bei der Begünstigungsabsicht des § 241, vgl. daselbst N. 5 Abf. 3. Die verheimlichten oder bei Seite geschafften Vermögensstücke müssen zu dem dem Zugriff der Gläubiger unterliegenden Vermögen des Schuldners gehören, die Befriedigung der erdichteten Forderungen aus diesem Vermögen verlangt werden; vgl. § 241 N. 1 Abf. 2.

Ist das Delikt des § 242 nur ein besonderer Fall des betrügerischen Bankerotts, so greifen die Erörterungen zu § 239 Nr. 2, 3, 4, 5, 7, 8 auch hier Platz. Vgl. § 241 Nr. 1 Abf. 2.

Ein Wissen oder Einverständnis des Schuldners wird vom Gesetz nicht verlangt.

2. Im Fall der Nr. 1 kann der Täter des Delikts jeder sein, nur natürlich nicht der Schuldner selbst. Wegen des objektiven Tatbestandes vgl. § 239 Nr. 9. Die Bankrottbehandlung kann vor wie nach der Zahlungseinstellung usw. begangen werden: Binding Lehrb. I 444, Hälschner II 419, Merkel S. 5. III 823, Rüdorff-Stenglein § 212 Nr. 2, Zweigert Nr. 3.

3. Auch im Fall der Nr. 2 kann der Schuldner selbst nicht Täter sein. Forderungen sind korrelat den Schulden des § 239 Nr. 2 auf einem Rechtsgrunde beruhende Ansprüche auf eine vermögensrechtliche Leistung. Wegen der Erdichtung vgl. § 239 Nr. 10 Abf. 3.

Diese erdichteten Forderungen werden „in dem Verfahren“ geltend gemacht. Da das zurzeit geltende Recht kein Zahlungseinstellungs-, sondern nur ein Konkursverfahren kennt, so ist diese Deliktsform trotz des „eines solchen Schuldners“ auf denjenigen Schuldner beschränkt, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Und zwar nicht erst eröffnet werden soll, sondern bereits eröffnet ist, so daß in diesem Falle die Bankrottbehandlung nur nach der Eröffnung begangen werden kann, mag auch die Erdichtung, z. B. das zugrunde liegende Schuldokument, schon vorher angefertigt worden sein. Das Konkursverfahren ist aber keineswegs, wie Oppenhoff-Delius Nr. 10, Rüdorff-Stenglein § 212 Nr. 6 und Zweigert Nr. 4 annehmen, schon eröffnet, wenn der Schuldner oder ein Gläubiger „die Eröffnung des Verfahrens beantragt“ hat (KonkD. § 104, 105), sondern erst dann, wenn der Eröffnungsbeschluß des Konkursgerichts ergangen ist. Dies wird nicht nur von der KonkD. unverkennbar ausgesprochen — vgl. z. B. die Eingangsworte KonkD. § 110 —, sondern von den genannten Autoren dadurch anerkannt, daß sie für die Nr. 1 desselben § 242 den Eröffnungsbeschluß maßgebend sein lassen, vgl. z. B. Zweigert § 239 Nr. 4; auch wird das Delikt begangen durch die „Geltendmachung“ der Forderung, also durch die Anmeldung auf das Konkursproklam. Wenn Zweigert Nr. 6 Abf. 1 der Anmeldung auf das Proklam die Klageerhebung gegen die Konkursmasse gleichstellt, so existiert eine Konkursmasse ebenfalls erst vom Erlaß des Eröffnungsbeschlusses an. Hiermit stimmen überein Frank Nr. III, Hälschner II 419, Merkel S. 5. III 823; vgl. zu der Frage auch RG. 24./11. 05 C. 38 275.

Wird die erdichtete Forderung durch eine vorgehobene Person geltend gemacht, so ist diese Person, da das Delikt nur als doloses strafbar, straflos, wenn sie des Dolus ermangelt, z. B. die Forderung für rechtmäßig hält, im anderen Fall aber je nach den Umständen Mittäter oder Gehilfe.

4. Das Delikt erfordert in beiden Erscheinungsformen Vorsatz. Außerdem muß die Bankrottbehandlung begangen sein, um das Interesse des Gemeinschuldners ausschließlich oder zugleich mit zu fördern oder um ohne solche Förderung dem Täter oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Weil hiermit die Benachteiligung der Gläubiger notwendig verbunden ist, so folgt hieraus ohne weiteres auch der Wille, die Gläubiger zu benachteiligen, vgl. Nr. 1, ohne daß das Bewußtsein des Täters von dieser Benachteiligung einer ausdrücklichen Feststellung bedarf. Der Vermögensvorteil ist, weil er auf Kosten der anderen Gläubiger gezogen werden soll, ohne rechtlich begründet zu sein, ein rechtswidriger: Binding Lehrb. I 444, Hälschner II 420. Somit deckt sich in diesem Fall der Tatbestand der Nr. 2 mit dem des Betruges, nur daß zum Betrug die Vermögensbeschädigung gehört, welche hier kein Tatbestandsmoment ist; wegen des Begriffes des Vermögensvorteils kann daher auf § 263 Nr. 8 verwiesen werden. — Nach v. Liszt 463 und Zweigert Nr. 7 braucht der erstrebte Vermögensvorteil kein rechtswidriger zu sein, denn „es ist sehr wohl denkbar, daß jemand eine an sich begründete, aber nicht nachweisbare Forderung hat, und, um zu dieser zu kommen, eine fingierte Forderung geltend macht“. Das ist schwer verständlich: eine fingierte, also gar nicht existierende Forderung deshalb nicht rechtswidrig, weil der fordernde eine wirkliche, nur nicht beweisbare andere Forderung hat.

5. Wegen der Zeit und des Ortes der Begehung, der Vollenbung des Delikts, des Versuches, des Beginnes der Verjährung vgl. § 239 Nr. 13, 14.

6. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Auch der Schuldner selbst kann als Teilnehmer fungieren: Frank Nr. I Abf. 3, Oppenhoff-Delius Nr. 5, Zweigert Nr. 10; a. M. Binding Lehrb. I 444, v. Liszt 463.

7. Streitig ist das Verhältnis des § 242 zur Beihilfe zum Delikt des § 239 Nr. 1, 2. Die Ansicht von Rüdorff-Stenglein § 212 Nr. 8, in § 242 werde die Teilnahme am betrügerischen Bankrott erschöpfend behandelt, so daß eine weitere strafbare Beihilfe ausgeschlossen sei, ist deshalb irrig, weil die Beihilfe zum betrügerischen Bankrott eher zu diesem geschieht, das Delikt des § 242 aber sowohl beim betrügerischen als auch beim einfachen als auch bei einem überhaupt straflosen Bankrott stattfinden kann. Der Täter des § 242 ist keineswegs bloß Gehilfe des betrügerischen Bankrottierers. Er handelt zwar im Interesse des Schuldners, will ihn besser stellen, als er sonst stehen würde, aber die Tat ist und bleibt seine

eigene. Auf der anderen Seite ist es, obgleich tatsächlich schwer konstruierbar, doch begrifflich nicht ausgeschlossen, daß die Bankerrotthandlungen des Täters aus § 242 zugleich Beihilfehandlungen aus § 239 sind, zwischen den §§ 239, 242 also Idealkonkurrenz stattfindet: Frank I Abf. 2, Merkel 334 und S. S. III 822, Oppenhoff-Delius N. 2, Zweigert N. 9; RG. 17./1. 84 C. 9 430, 13./1. 91 C. 21 291. Dagegen nehmen Binding Lehrb. I 444, Hälschner II 420, 421, v. Liszt 463, Meyer-Milfeld 496, v. Schwarze § 212 N. 2 Gesetzeskonkurrenz an, sodaß, wenn wirkliche Teilnahme vorliegt, nur nach § 239 zu strafen wäre.

8. Wie beim betrügerischen Bankerrott — § 239 N. 8 — liegt nur Ein Delikt vor, wenn der Täter mit Bezug auf dieselbe Zahlungseinstellung usw. mehrere Male gegen § 242 verstößt: Frank N. VI, Zweigert N. 11 und RG. 3./11. 80; a. M., nämlich Realkonkurrenz annehmend, Oppenhoff-Delius N. 5a.

§ 243.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vorteile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

1. Diese Bestimmung richtet sich nach den Motiven gegen unlautes Verhalten der Gläubiger im Konkursverfahren und soll ein notwendiges Korrelat zu der Möglichkeit bilden, daß ein Gläubiger durch seine Abstimmung auf die Rechte der übrigen Gläubiger zwingend einwirkt. Es handelt sich hierbei nicht um ein eigentliches Bankerrottdelikt, sondern um eine Form des strafbaren Eigennutzes, und das Delikt ist nur äußerlich den Strafbestimmungen über den Bankerrott angereiht: Binding Lehrb. I 445 („ein Polizeidelikt“), Zweigert N. 1; RG. 8./1. 97 C. 29 304.

2. Täter kann nur ein Gläubiger und näher nur ein solcher Gläubiger sein, welcher im Konkurse des Schuldners stimmberechtigt ist. Nur ein wirklicher, nicht ein angeblicher Gläubiger; es muß der Behauptung, Gläubiger zu sein, nicht bloß ein fingiertes, sondern ein wirkliches Forderungsrecht zugrunde liegen, mag auch der Profitent nur Schein- oder Inkassozessionar sein, da dies lediglich für sein Verhältnis mit dem Zedenten von Bedeutung ist: Frank N. I, und Zweigert N. 2, wogegen Rüdorff-Stenglein § 213 N. 3 Abf. 2 die simulirte Forderung zuläßt.

3. Das Gesetz nennt die „Abstimmungen der Konkursgläubiger“. Diese gibt es nur in dem von dem Konkursrichter geleiteten Verfahren, das Stimmrecht, über welches in der vom Gesetz bezeichneten Weise disponiert wird, kann nur in dem Konkursverfahren, nicht auch in einem außergerichtlichen Vergleichs-, Liquidations- oder Stundungsverfahren ausgeübt werden. Das Delikt besteht aber nicht in der Ausübung des verschachtelten Stimmrechts, sondern in dem Schacher selbst, und dieser kann nicht bloß, wie Frank N. II Abf. 2 und Hälschner II 423 meinen, während des Konkursverfahrens, sondern auch vor der Eröffnung desselben mit vorjogender und vorbereitender Rücksicht auf sie begangen werden: Zweigert N. 3. In diesem Fall ist allerdings die Strafbarkeit dadurch bedingt, daß das Konkursverfahren wirklich eröffnet wird.

4. Die Vereinbarung zwischen den Beteiligten ist ein allgemeines do ut des, Gegenstand ist die Verpflichtung, in einem bestimmten Sinne zu stimmen, der Gläubiger übernimmt die Verpflichtung, der Andere gewährt oder verspricht bestimmte Vorteile. Diese Willenseinigung ist notwendig, ist wie im Fall des § 109 eine dem Kauf ähnliche Verabredung, obgleich die zivilrechtlichen Grundsätze über den Kauf nicht anwendbar sind: v. Liszt 463, Meyer-Milfeld 497, Zweigert N. 4 Abf. 1; RG. 3./4. 82 C. 6 194, 24./3. 85 C. 12 122, 9./1. 88 C. 17 101, 9./4. 88 C. 17 236. Ist die Willenseinigung vorhanden, so ist der Gläubiger auch dann strafbar, wenn er ohne sie in demselben Sinne gestimmt haben würde: Hälschner II 423 und Zweigert a. a. O. Fehlt sie, liegt also ein nicht angenommenens Erbieten des Gläubigers vor, oder ist dieser von vornherein entschlossen, entweder gar nicht oder nicht in der vereinbarten Weise zu stimmen, so ist lediglich ein — strafloser — Versuch vorhanden: Frank N. II Abf. 1, v. Liszt 463, Zweigert N. 4 Abf. 1, N. 9.

Das Gesetz sagt: „in einem gewissen Sinne“. Allgemeine Abmachungen wie „zu Gunsten des Schuldners“ genügen nicht, es muß ein wenigstens generell bezeichnetes Datum ins Auge gefaßt sein: Rüdorff-Stenglein § 213 N. 5 und Zweigert N. 5. Daß durch die vereinbarte Stimmabgabe die Gläubiger benachteiligt werden, ist nicht erforderlich: Hälschner II 423, Zweigert N. 4 Abf. 1. Endlich ist zwar die Vorschrift von besonderem Gewicht bei einem Zwangsvergleich, deckt aber allgemein jede verbindliche Beschlußfassung der Gläubiger.

Die Vereinbarung, daß der Gläubiger sich der Stimmabgabe enthalten solle, ist nicht strafbar: Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5, Zweigert N. 5; a. M. v. Liszt 463.

5. Die besonderen Vorteile, welche dem Gläubiger gewährt oder versprochen werden, sind solche, die er vor den anderen Gläubigern voraus hat, durch die er gegenüber den anderen Gläubigern eine Sonderstellung erhält. Der Nachweis, daß er sie auch bekommen haben würde, wenn die Vereinbarung nicht geschlossen wäre, entlastet ihn nicht: Frank N. II Abf. 1; a. M. Zweigert N. 6 Abf. 1. Die Vorteile selbst sind nicht „irgendwelcher Art“, wie mit StGB. § 49a v. Liszt 463 annimmt, auch nicht vermögensrechtliche, Vermögensvorteile, wie Frank N. II und Merkel 334 meinen, sondern sind gemäß der regelmäßigen Bedeutung des Vorteils im Strafrecht (vgl. StGB. 257 N. 9c) allgemein als materielle Vorteile zu nehmen: Rüdorff-Stenglein § 213 N. 4, Zweigert N. 6 Abf. 1.

Wegen des „sich gewähren oder versprechen lassen“ vgl. StGB. § 302a.

6. Das Delikt ist vollendet mit der Willenseinigung, welche sich bei dem Gewähren der Vorteile durch deren Annahme manifestiert, ohne daß eine Stimmabgabe überhaupt oder in dem vereinbarten Sinne, und ohne daß bei dem nur versprochenen Vorteil eine Erfüllung des Versprechens zu erfolgen braucht: Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 423, v. Liszt 463, Merkel 334, Rüdorff-Stenglein § 213 N. 6, Zweigert N. 9; RG. 24./3. 85 C. 12 122.

7. In subjektiver Beziehung erfordert das Delikt Vorsatz, also das Wissen und Wollen des gesamten Tatbestandes. Die Absicht des Bestochenen braucht nicht auf eine Benachteiligung der anderen Gläubiger zu gehen: Hälschner II 423, Merkel 334, Zweigert N. 8.

8. Die Teilnahme an dem Delikt bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Auch hier wird ebenso wie bei dem Delikt der Gläubigerbegünstigung — vgl. § 241 N. 7 — die Frage aufgeworfen, ob auch der Stimmekäufer als Teilnehmer bestraft werden kann, muß aber auch hier verneint werden, da es sich um eine notwendige Teilnahme handelt, bei welcher die Bestrafung des notwendigen Teilnehmers nicht erkennbar vom Gezej angeordnet ist: Binding Lehrb. I 445, Frank N. III, v. Liszt 231, 463, Meyer-Alsfeld 497 Rüdorff-Stenglein § 213 N. 3, Zweigert N. 10; a. M. Hälschner II 423, Merkel S. S. IV 454, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein § 213 N. 7 und RG. 24./3. 85 C. 12 122, 8./1. 97 C. 29 304. Somit ist für den Gemeinschuldner eine Konkurrenz zwischen den Bankrottdelikten der §§ 239, 240, 241 und Teilnahme an dem Delikt des § 243 nicht möglich, während nach der reichsgerichtlichen Ansicht Konkurrenz stattfinden kann.

§ 244.

Die Strafvorschriften der §§ 239—241 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

1. Die §§ 239—241 finden an sich nur Anwendung auf denjenigen Täter, welcher zugleich Gemeinschuldner ist, sodaß die Organe, Vertreter von Gesellschaften und Genossenschaften, weil sie nicht Gemein Schuldner, und andererseits die Gesellschafte, und Genossenschaften, weil sie nicht die Täter sind, straflos bleiben. Damit würden aber sowohl die Gläubiger als auch die Mitglieder der Gesellschaft oder Genossenschaft der Leichtfertigkeit und den Umtrieben der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren preisgegeben sein. Hier greift die Vorchrift des § 244 ein.

Die Vorschriften der §§ 239—241 werden für anwendbar erklärt:

- a) auf die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (StGB. § 231) oder
- b) eingetragenen Genossenschaft (Gej., betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, v. 20. Mai 1898 § 24, Reichs-Gejezbl. 810),
- c) auf die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft (StGB. §§ 146, 161 Abf. 2, 295, 331) oder
- d) eingetragenen Genossenschaft (Gej. v. 20. Mai 1898 § 83).

Der § 244 ist ausgedehnt durch EG. z. KonkD. § 6 auf Vereine und registrierte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gejeze v. 29. April 1869, betr. die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, bestehen (Bayer. Gejezbl. 1869 1153, 1197). Ferner durch das Gej., betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, v. 20. Mai 1898 § 83 (Reichs-Gejezbl. 846) auf die Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft. Ebenso durch das Gej. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 § 112 (Reichs-Gejezbl. 139) auf die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nach Ges., betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 13 Abs. 3 (Reichs-Gesetzbl. 846) eine Handelsgesellschaft, ihre Liquidatoren sind daher unter den im § 244 bezeichneten Liquidatoren einer Handelsgesellschaft ohne weiteres mitzuverstehen: RG. 8./5. 08 C. 41 309.

Eine Ausdehnung auf andere Vertreter physischer oder juristischer Personen ist ausgeschlossen: Berner 614, Frank N. 1 Abs. 2, Hältschner II 407, Zweigert N. 2 Abs. 2; RG. 17./4. 05 C. 38 200.

2. Entscheidend für die Mitgliedschaft zum Vorstand usw. ist der Umstand, daß der Täter nach erfolgter und angenommener Wahl oder Bestellung die rechtliche Stellung eines Mitgliedes tatsächlich einnimmt, und ein Mangel in der Wahl, in der rechtlichen Qualifikation, sowie der Umstand, ob das Mitglied zur Vertretung nach außen berechtigt ist, ist ohne Belang: Frank N. 11 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein § 214 Nr. 4, Zweigert Nr. 3; RG. 9./3. 85 C. 12 78, 14./10. 87 C. 16 269.

3. Die Erörterungen zu §§ 239–241 treffen mit der doppelten Maßgabe auch hier zu, daß es sich nicht um die Zahlungseinstellung usw. des Täters, sondern um die der von ihm vertretenen Gesellschaft und Genossenschaft, und daß es sich nur um die von ihm in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied oder Liquidator begangenen Handlungen handelt, nicht also um diejenigen, welche sich auf sein Privatvermögen, auf seinen besonderen Geschäftsbetrieb beziehen: RG. 29./3. 09 C. 42 278. Strafbar ist der Einzelne nach dem Maße seiner eigenen Verschuldung. Soweit es sich um ein doloses Delikt handelt, muß also der Einzelne, um strafbar zu sein, mit Vorbehalt gehandelt haben. Ebenso bei den Fahrlässigkeitsdelikten mit Fahrlässigkeit, nur daß die Verantwortung für die Buchführung ohne Rücksicht auf eine etwa vereinbarte Geschäftsverteilung bei der Aktiengesellschaft und der eingetragenen Genossenschaft sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und sämtlichen Geschäftsführern, bei der Liquidation einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft sämtlichen Liquidatoren zur Last fällt: RG. 9./1. 86 C. 13 235, 8./5. 08 C. 41 309. Beschlüsse des Aufsichtsrats oder der Generalversammlungen entlasten nicht: Frank N. II Abs. 2, Dppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein § 214 Nr. 2, Zweigert Nr. 4. Dies ist insbesondere wichtig in Betreff des Aufwandes des § 240 Nr. 1, weil unter diesen auch eine übermäßige Ausgabe für an sich berechnigte Zwecke fällt. Somit können die Vorstandsmitglieder bestraft werden, wenn sie nach den Statuten oder durch Gesellschaftsbeschluß übermäßige Gehälter, Repräsentationsgelder, Lantienem oder sonstige Vergütungen bezogen haben: RG. 29./3. 09 C. 42 278.

Fünfundzwanzigster Abschnitt.

Strafbarer Eigentum und Verletzung fremder Geheimnisse.

In diesem Abschnitt ist eine Anzahl von Vergehen, deren Tatbestand ein sehr verschiedener, nicht in irgendeinem wesentlichen Momente übereinstimmender ist, offenbar deshalb zusammengefaßt, weil sie sich den anderen Abschnitten nicht systematisch einfügen lassen. Aus der Überschrift können daher irgendwelche Folgerungen nicht abgeleitet, kann insbesondere nicht das Merkmal gewinnüchtiger Absicht gefolgert werden: Hältschner II 215, Oshaujen Nr. 1, Dppenhoff-Delius Nr. 1; RG. 26./2. 89 C. 19 25.

Hieraus ergibt sich, daß die Materie des strafbaren Eigentums — und daselbe gilt von der Verletzung fremder Geheimnisse — nicht in einer erschöpfenden und die Landesgesetzgebung ausschließenden Weise geregelt ist: Frank C. § 2 Nr. III 3, Oshaujen Nr. 3 und RG. 23./9. 86 C. 14 419. Somit kommt es auf die Prüfung der einzelnen Delikte an.

Nicht geregelt ist z. B. die Materie der unbefugten Gewinnung von Mineralien, Bernstein und Perlmuscheln: Binding Lehrb. I 323, Frank N., Oshaujen Nr. 3a, Rüdorff-Stenglein § 242 Nr. 18, § 370 Nr. 2 Abs. 2. Ebenjowenig die Materie des Abhaltens vom Mit- oder Weiterbieten bei öffentlichen Versteigerungen: v. Liszt 97, Mertel S. 5. IV 77, Oshaujen Nr. 3b, Dppenhoff-Delius C. § 2 Nr. 22, Rüdorff-Stenglein 41 Nr. 13; RG. 27./3. 84 C. 10 220, 18./3. 95 C. 27 106, 6./10. 02 C. 35 392, 3./5. 04 C. 37 139.

§ 284.

Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist der Beurteilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.

1. Die Bestimmung behandelt das Glücksspiel und setzt ebenso wie BGB. § 762 den Begriff des Spiels als gegeben voraus. Das BGB. a. a. O. und KonkD. § 240 Nr. 1 stellen Spiel und Wette zusammen. Buchta Pand. § 258 N. 12 (Vorlesungen über das heutige römische Recht, 5. Aufl., II 89) bestreitet den Unterschied zwischen beiden, indem er das Spiel für einen Komplex von Wetten erklärt, und ihm folgt Rüdorff-Stenglein N. 2. Aber beide Begriffe sind, obgleich nahe verwandt und praktisch oft schwer gegeneinander abzugrenzen, gleichwohl verschieden.

Im Spiel- wie im Wettvertrag verspricht jede Partei der anderen etwas unter einer Bedingung, die das Gegenteil derjenigen Bedingung ist, unter welcher sie ihrerseits sich von dieser Partei etwas versprechen läßt, sodaß im Resultat nur die eine Partei etwas erhält, also gewinnt, während die andere nichts erhält, also verliert. Dies haben beide Verträge gemeinsam, aber sie gehen sofort auseinander. Bei der Wette ist die Bedingung, von welcher die Parteien Gewinn und Verlust abhängig machen, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Behauptungen, welche sie gegeneinander aufstellen, und der Sinn, in welchem der Vertrag abgeschlossen wird, ist, daß jede Partei sich zu einer Leistung für den Fall verpflichtet, daß ihre Behauptung unrichtig sein sollte. Beim Spiel ist die Bedingung entweder der Ausfall einer von den Parteien vorgenommenen Tätigkeit oder das Sein und Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgendeiner anderen Tatsache, welche die Parteien lediglich zur Entscheidung über Gewinn und Verlust benutzen, und der Sinn, in welchem der Vertrag abgeschlossen wird, ist, daß jede Partei die Möglichkeit der Erlangung einer Leistung von der anderen Seite durch den Einsatz der Möglichkeit erkaufte, eine eigene Leistung machen zu müssen.

Hieraus ergibt sich, daß der Gegensatz: Untätigkeit bei der Wette, Tätigkeit beim Spiel, kein notwendiger ist, sondern nur bezeichnet, wie es bei diesen Verträgen gewöhnlich herzugehen pflegt. Er ist aber rein äußerlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgendwie zu treffen, und daher nicht geeignet, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen. Der Zweck der Wette ist die Entscheidung über eine Meinungsverschiedenheit, der des Spiels an erster Stelle das, was der Name sagt, nämlich Unterhaltung. Die Lehre, zum Begriff des Spiels sei wesentlich, daß die Entscheidung durch die Tätigkeit der Parteien (oder Dritter, die mit Willen der Parteien zum Zwecke der Entscheidung tätig werden) herbeigeführt werde, beruht auf der Autorität Thöls, welcher durch sie die Gültigkeit des Differenzgeschäfts retten wollte. Dieses ist ein echter Spielvertrag, welcher nur nicht so genannt wird, gilt aber strafrechtlich — vgl. KonkD. § 240 Nr. 1 — weder für Spiel noch für Wette, sondern für eine besondere Art des aleatorischen Vertrages.

Mit diesen Ausführungen — siehe Windscheid, Pandekten § 419, 6. Aufl., II 612 und Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts § 112, 3. Aufl., 407 — stimmt, Rüdorff-Stenglein ausgenommen, die strafrechtliche Theorie und Praxis überein, vgl. z. B. Hälschner II 444, Olshausen N. 1; RG. 29./4. 82 E. 6 172, 30./6. 82 E. 6 421, 7./7. 82 E. 7 21.

Die Absicht eines Gewinnes kann bei beiden Verträgen vorkommen und ist sogar beim Spiel um Geld gewöhnlich vorhanden, bei der Wette wenigstens nicht ausgeschlossen, aber sie ist auch beim Spiel nicht erforderlich, indem dieses nicht dadurch aufhört, Spiel zu sein, daß zum Zeitvertreib, des Vergnügens halber gespielt wird: Binding Lehrb. I 406, Frank N. II Abf. 2, v. Liszt 481, Meyer-Malfeld 504, Olshausen N. 2c, Rüdorff-Stenglein N. 5 und RG. 28./2. 82 E. 6 70, 7./6. 82 E. 7 21, 11./1. 89 E. 18 342, 10./4. 00 E. 33 237; a. M. Merkel 342 und S. P. IV 455. Beherrscht die Absicht des Gewinnes den Vertrag, so tritt dieser aus seinem natürlichen Kreise heraus, das Spiel wird eventuell zum gewerbsmäßigen Spiel.

2. Somit sind Wetten nicht strafbar. Aber auch nicht alle Spiele sind strafbar, sondern die Strafdrohung richtet sich nur gegen die Glücksspiele, nicht auch gegen die Geschicklichkeitsspiele. Ein Glücksspiel ist jedes Spiel, bei welchem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder wesentlich nicht von der Geschicklichkeit, Kraft oder Überlegung der Spielenden, sondern vom Zufall, d. h. von Vorgängen, die sich der menschlichen Berechnung entziehen, abhängt; jedes andere Spiel ist Geschicklichkeitsspiel. Maßgebend ist der allgemeine Charakter des Spiels, den es unter den gegebenen Verhältnissen, unter denen es gespielt wird, hat. Dieser Charakter ist gegenüber demjenigen Publikum, dem die Spielgelegenheit geboten wird, nur einheitlich zu beurteilen. Das Spiel ist kein Glücksspiel, wenn nach seiner Einrichtung der Spieler es in der Hand hat, durch körperliche Geschicklichkeit oder durch Berechnung seinen Ausgang mindestens mit hoher Wahrscheinlichkeit zu lenken oder zu bestimmen, mag auch diese Geschicklichkeit oder die Fähigkeit dieser Berechnung nicht bei allen Spielern vorhanden sein. Dagegen ist das Spiel dann Glücksspiel, wenn nach seiner Anlage diese Wahrscheinlichkeit so gering ist, daß in der großen Mehrzahl der Einspielspiele mit der Fähigkeit der Spieler, auf den Ausgang durch Geschicklichkeit oder Berechnung einzuwirken, überhaupt nicht zu rechnen ist, also bei dem Spiele im ganzen der Zufall die ent-

scheidende Rolle spielt. Vgl. RG. 10./12. 79 C. 1 118, 28./2. 82 C. 6 70, 29./4. 82 C. 6 172, 30./6. 82 C. 6 421, 10./10. 90 C. 21 107, 19./3. 94 C. 25 192, 3./4. 08 C. 41 218, 26./5. 08 C. 41 331, 20./12. 09 C. 43 155. Hat der Angeklagte die Einrichtung des Spiels, die ihm die Eigenschaft eines Zufallsspiels gab, nicht gekannt, sondern irrtümlich das Bestehen einer Einrichtung angenommen, die den Ausfall des Spieles von der Geschicklichkeit der Spieler abhängig macht, so betrifft dieser Irrtum ein tatsächliches Verhältnis, dessen Nichtkenntnis einen Schuldaußschließungsgrund im Sinne des § 59 bildet: RG. 8./11. 09 C. 43 23.

3. Eine rechtliche Bedeutung gewinnt das Glücksspiel nur unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand des Gewinnes Vermögenswert hat, in Geld oder Geldeswert besteht. Hierüber herrscht, abgesehen von Merkel H. S. III 828, der einen Vermögenswert nur beim gewerbsmäßigen Glücksspiel verlangt, kein Streit, wohl aber wird darüber gestritten, wie groß der Vermögenswert sein muß. Zunächst ist daran festzuhalten, daß es sich nicht um „Bagatellobeträge“ handelt, und daß die Frage nur einheitlich beantwortet, das Spiel nicht gleichzeitig für die einen Spieler als Glücks-, für die anderen als Unterhaltungsspiel betrachtet werden darf, ein Glücksspiel also auch dann vorliegt, wenn der Ausgang des Spiels für einzelne Spieler mit Rücksicht auf ihre Vermögensverhältnisse nicht von erheblicher pekuniärer Bedeutung ist. Hierüber hinaus gehen die Ansichten auseinander. So Berner 616: der Vermögenswert muß von Bedeutung sein; Binding Lehrb. II 406: Gewinn und Verlust muß als Änderung der Vermögenslage empfunden werden; Frank N. II: die Grenze kann nur nach den individuellen Verhältnissen der Spieler und zwar speziell nach denen des Mindestvermögenden gezogen werden; v. Liszt II 73: das Glücksspiel muß die wirtschaftliche Lage des Spielers gefährden; Hälschner II 449: maßgebend ist die soziale Stellung und Vermögenslage des Spielers; v. Liszt 481: der Vermögenswert muß für die Spielenden in Betracht kommen; Meyer-Altfeld 504: der Vermögensvorteil muß ins Gewicht fallen, was aber nur im konkreten Fall nach objektivem Maßstab zu entscheiden ist; Liszhausen N. 2b: ein relativer Maßstab ist insofern anzulegen, als man die Gesamtverhältnisse, die beim Spiel obwalten, insbesondere auch die sozialen Verhältnisse des gesamten Kreises der Spieler, wenn auch nicht die Vermögensverhältnisse eines einzelnen Spielers, zu berücksichtigen hat; Rüdorff-Stenglein N. 4: der Vermögenswert darf nicht derart zurücktreten, daß die Absicht der Spieler wesentlich eine andere ist, als einen Vermögensvorteil zu erlangen. Endlich nach der Rechtsprechung des RG. ist die Erheblichkeit der Einträge an der allgemeinen gesellschaftlichen Anschauung zu messen, darf der Vermögenswert nicht so geringfügig sein, daß er nach allgemeiner gesellschaftlicher Anschauung als solcher überhaupt nicht in Frage kommen kann: 28./2. 82 C. 6 70, 1./11. 87 C. 18 342, 28./5. 89 C. 19 253. Von diesen verschiedenen Ansichten ist die des RG. von vornherein irrig, denn eine allgemeine gesellschaftliche Anschauung über die Erheblichkeit des Vermögenswertes beim Spiel gibt es gar nicht; das RG. selbst beantwortet zu KonfD. § 240 Nr. 1 die ähnliche Frage, wann eine „Übermäßigkeit“ vorliege, nach den individuellen Verhältnissen. Erwägt man nun, daß es sich beim Glücksspiel tatsächlich um Gewinn oder Verlust von Vermögen handelt, und daß die Vermögenslage der Spieler je nach Gewinn oder Verlust sich ändert, so wird man mit v. Liszt und Meyer-Altfeld denjenigen Vermögenswert für erheblich halten, dessen Erhalten und Einbüßen für die Vermögenslage der Spieler ins Gewicht fällt. Wie sehr er ins Gewicht fallen muß, läßt sich nur nach den individuellen Verhältnissen der Mehrheit der beteiligten Spieler entscheiden, nicht aber mit Frank nach denen des Mindestvermögenden.

4. Zu den Glücksspielen in dem weiteren Sinne des Wortes gehören, einen Vermögenswert ihres Gegenstandes vorausgesetzt, auch Lotterie und Auspielung, was für KonfD. § 240 Nr. 1 wichtig ist, werden aber im StGB. dem Glücksspiel gegenübergestellt, so daß nach § 286 als einer lex specialis nur strafbar ist, wer ohne obrigkeitliche Erlaubnis eine öffentliche Lotterie und Auspielung veranstaltet, straflos die öffentliche mit eingeholter Erlaubnis und jede nichtöffentliche, straflos auch stets die Spieler: Berner 616 N. 1, Binding Lehrb. I 406, v. Liszt 482, Meyer-Altfeld 505, Liszhausen N. 4, 7, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 1./4. 84 C. 10 245, 12./2. 97 C. 29 376; a. M. Frank § 286 N. VI.

5. Das Glücksspiel an sich ist, soweit es sich nicht um die öffentlichen Lotterien und Auspielungen des § 286 handelt, strafrechtlich irrelevant. Es erhält seine strafrechtliche Bedeutung nur dadurch, daß es gewerbsmäßig betrieben wird. Vgl. zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit oben § 73 N. 5.

a) Erwerben kann der Spieler durch das Spiel nur, wenn er gewinnt. Erforderlich ist also, daß sein Wille auf das Gewinnen gerichtet ist. Dieser Wille fehlt, wenn der Spieler ohne Rücksicht auf Gewinn oder Verlust nur von der Leidenschaft zum Spiel beherzigt, nicht aber von der Absicht zu gewinnen, geleitet wird. Die Absicht zu gewinnen genügt aber nicht, vielmehr muß er aus dem Spiel ein Gewerbe machen, es als Gewerbe betreiben wollen, und zwar nicht durch eine einmalige, sondern durch fortgesetzte Tätigkeit, je nachdem sich eine günstige Gelegenheit bietet. Dieser Wille kann sich aber schon durch eine einmalige Tätigkeit dokumentieren, eine Mehrheit von Fällen,

wie bei der Gewohnheitsmäßigkeit, ist nicht erforderlich, ebensowenig die Betätigung eines Ganzen zum Glücksspiel, denn der Gewohnheitsspieler ist auch dann nicht strafbar, wenn er in jedem Einzelfalle gewinnen will, solange er nur das Spiel nicht in der Absicht betreibt, eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben: RG. 10./4. 00 E. **33** 237. An einem und demselben Spiel können gewerbsmäßige und nichtgewerbsmäßige Spieler beteiligt sein.

b) Nur derjenige betreibt das Spiel gewerbsmäßig, auf dessen Rechnung das Spiel geht, der also als Selbstkontrahent den Spielvertrag abschließt, das Spiel für eigene Rechnung betreibt, mit seinem Vermögen den Wechselfällen des Spiels unterworfen ist: Frank N. III, Dshausen N. 8 Abf. 3; RG. 18./3. 86 E. **14** 28, 12./2. 97 E. **29** 376, 30./10. 05 E. **38** 202, 20./11. 08 E. **42** 68. Auf seine formelle Stellung, z. B. als Banthalter, kommt es nicht an. Wer also an den Chancen des Spiels nicht teilnimmt, sondern nur einen festen Unternehmergewinn aus dem von ihm gestatteten oder ermöglichten Gewinn zieht, macht nicht ein Gewerbe aus dem Spiel; eventuell liegt allerdings Beihilfe (Kroupier) oder das Delikt des § 360 Nr. 14 vor: Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 7 Abf. 3; RG. 12./2. 97 E. **29** 376.

c) Für Glücksspiele sind vom RG. erachtet worden: Kümmeblättchen: 10./12. 79 E. **1** 118, 23./3. 96 E. **28** 283; Dreikartenspiel: 13./10. 80; Kartenlotterie: 29./9. 85 E. **12** 388; Kartentotto, wenn ohne vorher festgestellten Plan gespielt wird: 11./1. 89 E. **18** 342; Mausekeln, auch ohne Zwang: 15./2. 89; Würfelspiel um Geld: 1./4. 84 E. **10** 245. Ein Glücksspiel ist auch das Pokern.

Es kommt vor, daß echte Glücksspiele als Wetten bezeichnet werden, was, abgesehen auch von dem fatalen Klang des Namens „Spieler“, schon wegen der äußeren Ähnlichkeit von Spiel und Wette geschieht. Aber maßgebend ist nicht die Bezeichnung, sondern die Sache. Es ist nur formell eine Wette, materiell aber ein Spiel, wenn nicht gewettet wird, um einen Streit zu entscheiden, sondern gestritten wird, um zu wetten. Echte Spiele sind daher die sog. Wetten beim Pferderennen, insbesondere an Totalisator: Binding Lehrb. I 407, Frank N. I 2b, v. Liszt 481, Meyer-Alfeld 504 N. 4, Dshausen N. 3 Abf. 2; RG. 29./4. 82 E. **6** 172, 30./6. 82 E. **6** 421, 7./7. 82 E. **7** 21, 30./10. 99 E. **32** 353.

d) Durch eine zum Betrieb des Glücksspiels erwirkte polizeiliche Erlaubnis wird die Strafbarkeit weder objektiv noch subjektiv beseitigt, denn eine strafbare Handlung hört dadurch nicht auf es zu sein, daß die Behörde ihrer Verübung keine Schwierigkeit in den Weg legt: Frank N. III, Meyer-Alfeld 505 N. 7, Dshausen N. 9 Abf. 2 und RG. 1./4. 84 E. **10** 245, 28./5. 89 E. **19** 253, 12./2. 97 E. **29** 376; a. M., obgleich sie bei den Bordellwirten der richtigen Ansicht folgen, Binding Lehrb. I 407, Meyer II 74, Hälshner II 446. Aber durch das Reichsgesetz, betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen, v. 4. Juli 1905 ist der Totalisatorbetrieb nach Erteilung der obrigkeitlichen Erlaubnis straflos und werden Zuwiderhandlungen nur für den Fall bedroht, daß nicht nach anderen Gesetzen eine höhere Strafe eintritt, also nach § 284, wenn der Wettunternehmer selbst sich an den Wetten beteiligt und gewerbsmäßig handelt.

6. Das Delikt erfordert Vorsatz. Es ist begonnen und zugleich vollendet mit dem ersten Einsatz oder mit der Entgegennahme der Spielofferte unter Stundung des Einsatzes: Binding Lehrb. I 408, Frank N. IV, Meyer II 73, v. Liszt 481, Meyer-Alfeld 406, Dshausen N. 9 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 10./12. 79 E. **1** 118, wogegen Hälshner II 446 zur Vollendung verlangt, daß über Gewinn und Verlust entschieden sei.

7. Die Ausweisung des Ausländers kann von der Polizeibehörde selbständig, ohne ein auf Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht lautendes Urteil, vorgenommen werden: Berner 225, Binding Grundr. 265, Hälshner I 628, v. Liszt 266, Meyer-Alfeld 312, Dshausen N. 12 Abf. 2. Die Polizeibehörde ist also an das für die Polizei-Aufsicht gezeigte Zeitmaß von fünf Jahren nicht gebunden.

8. Zu beachten ist § 40. Die Spielgelder, z. B. die des Buchmachers, können als instrumenta sceleris eingezogen werden: RG. 30./9. 02 E. **35** 391, nicht aber die durch das Glücksspiel erworbenen Gelder: 10./7. 06 E. **39** 78. Ebenso unterliegen der Einziehung die Einsätze der Spieler. Vorausgesetzt natürlich stets die Gewerbsmäßigkeit.

9. In den §§ 284—286, 360 Nr. 14 ist die Materie des strafbaren Glücksspiels im Sinne CG. § 2 geregelt, somit die Landesgesetzgebung ausgeschlossen. Vgl. unten § 286 N. 10.

§ 285.

Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

1. Ein Versammlungsort ist öffentlich, wenn er dem Publikum zugänglich ist, also unbestimmt von wem und wie vielen Personen betreten werden darf. Diese Zugänglichkeit für Jedermann braucht nicht eine dauernde zu sein, sondern auch ein nicht öffentlicher Raum kann dadurch, daß er allgemein, wenn auch vielleicht unter Ausschluß einzelner Kategorien von Personen, zugänglich gemacht wird, zeitweilig ein öffentlicher, und umgekehrt ein regelmäßig öffentlicher Raum durch Beschränkung auf bestimmte Personen zeitweilig ein privater sein: Binding Lehrb. II 409, Frank N. III 1, Olshausen N. 1a Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2; RG. 28./2. 82 C. 6 70. Ein von den Spielern unter Ausschluß der anderen Gäste fest gemietetes Gastzimmer ist kein öffentlicher Versammlungsort.

2. Inhaber ist jeder, der tatsächlich die Aufsichts- und Verfügungsgewalt über den Ort hat. Also auch der Vertreter, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Vertretung allgemein oder für den speziellen Fall, ausdrücklich oder stillschweigend, übertragen, oder ob sie eine Folge seiner Stellung ist, z. B. der Oberkellner, die Wirtsfrau, der Vorsteher eines Rennflusses bezüglich des auf dem Rennplatz für den Totalisator errichteten Gebäudes: Binding I 409, Frank N. II, Hälshner II 447, v. Liszt 482, Merkel S. S. III 829, Olshausen N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 7./7. 82 C. 7 21, 26./5. 93 C. 24 256, 11./7. 03 C. 36 324.

3. Der Täter gestattet die Glücksspiele oder wirkt mit zu ihrer Verheimlichung.

a) Die Strafbarkeit des Täters ist unabhängig von der Strafbarkeit der Spieler. Insbesondere brauchen die Glücksspiele keine gewerbmäßigen zu sein: Berner 617, Binding I 409, Frank N. I, Merkel S. S. III 828, Olshausen N. 2 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 3./11. 85.

b) Der Täter gestattet das Glücksspiel. Gestatten ist entweder ausdrückliche Erlaubnis oder Dulden durch bewußte Nichtanwendung wirksamer Verhinderungsmittel: Binding Lehrb. I 409, Frank N. III 1, Hälshner II 447 N. 3, Olshausen N. 4a. Das Spiel muß „dasein“, also in dem öffentlichen Versammlungsort stattfinden.

c) Oder er wirkt mit zur Verheimlichung. Verheimlichen ist jede positive Tätigkeit, durch welche die Wahrnehmung des Glücksspiels seitens dritter, nicht beteiligter Personen erschwert oder unmöglich gemacht wird. Mitwirken ist jede Tätigkeit, durch welche das Verheimlichen ermöglicht oder befördert wird. Das Spielen braucht nicht in einem öffentlichen Versammlungsort zu geschehen: Frank N. III 2, Geyer II 73, Hälshner II 247, Merkel 342 und S. S. III 828, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 6 und RG. 28./2. 82 C. 6 70; a. M. v. Schwarze N. 3. Ein Mitwirken liegt also vor, wenn der Inhaber zum Zwecke des Spiels einen allgemein oder zur Zeit des Spiels nicht öffentlichen Raum hergibt. Auch hier genügt ein Unterlassen, z. B. durch Nichtverhinderung der Fortsetzung eines begonnenen Glücksspiels in einem Privatzimmer. Stets muß das Spiel in einem Räume stattfinden, über welchen der Mitwirkende zu verfügen hat.

4. Das Delikt erfordert Vorwissen. Der Täter muß nicht bloß wissen, daß gespielt wird oder werden soll, sondern muß alle für den Begriff des Glücksspiels wesentlichen Umstände kennen: Binding I 409, Frank N. III 1, Geyer II 73, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 28./5. 89 C. 19 253. Eventualdolus genügt.

5. Wenn das Spiel ein gewerbmäßiges ist und sich der Wirt an ihm beteiligt, so findet Idealkonkurrenz mit § 284 statt: Frank N. V, Olshausen N. 6 und Rüdorff-Stenglein N. 1; nach Binding Lehrb. I 410 nur Bestrafung aus § 284.

§ 286.

Wer ohne obrigkeitliche Erlaubnis öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Den Lotterien sind öffentlich veranstaltete Auspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten.

1. Wie schon zu § 284 N. 4 ausgeführt worden, gehören auch die Auspielungen zu den Glücksspielen im weiteren Sinne. Will man den Unterschied zwischen ihnen und den anderen Glücksspielen ermitteln, so kommt die Untersuchung schließlich darauf hinaus, daß nicht bei jenen, wohl aber bei diesen der Spieler durch die immerfort erfolgende Zufallsentscheidung die Möglichkeit zur fortgesetzten Wiederholung erhält, und eine von der Willkür und Spiel Leidenschaft der Einzelnen abhängige Unbegrenztheit der Gewinn- und Verlustansichten des Gesamtspiels entsteht. Nach Frank N. I besteht die Differenz „in einem Gegensatz zwischen Unternehmer und Spieler, die sich „nach verschiedenen Richtungen hin geltend macht. Zunächst erlangt der Unternehmer durch den „Lotterievertrag einen unbedingten Anspruch gegen den Spieler auf Leistung des Einsatzes, „während der Spieler gegen ihn einen durch den Ausfall des Glücksspiels bedingten Anspruch

„auf Leistung des Gewinnes hat. Daß aber der Unternehmer unbedingt an irgendeinen Spieler „leisten muß steht durch den Lotterievertrag fest. Infolgedessen ist er an dem Ausgang des Spieles „wirtschaftlich nicht interessiert. Ein Interesse hieran haben nur die Spieler; aber in rechtlichen „Beziehungen stehen sie nicht untereinander, sondern nur zum Unternehmer“. Diese Ausführungen, denen sich bezüglich der Nichtinteressiertheit des Unternehmers Rüdorff-Stenglein N. 1 anschließt, treffen nicht zu. Die Auspielungen sind an sich strafbar, werden straflos nur durch den Hinzutritt der obrigkeitlichen Erlaubnis, und ohne diesen Hinzutritt hat weder der Unternehmer — Veranstalter — gegen die Spieler noch diese gegen ihn einen „Anspruch“ (WGB. § 763). Wirtschaftlich uninteressiert ist der Veranstalter der Auspielung an deren Ausgang nur dann wenn er den Spielern mit den Gewinnen lediglich ein Geschenk macht. In jedem anderen Fall ist er wirtschaftlich daran interessiert, daß die Zahl der Spieler groß genug ist, durch den Gesamtwert der Einräge seine Unkosten für Gewinne und Geschäftsreisen zu decken. Ist hiernach die Frankische Unterscheidung ungenügend, so ist es ebensowenig ein Unterscheidungsmerkmal, daß bei den anderen Glücksspielen sich Spieler und Gegenspieler gegenüberständen, dagegen der Veranstalter der Auspielung selbst nicht Spieler sei; denn einerseits ist nicht ausgeschlossen, daß auch der Veranstalter Spieler ist, indem er etwa die nicht abgesetzten Loose selbst spielt (a. M. Frank N. 1 Abs. 3), und andererseits kommt es auch bei anderen Glücksspielen vor, z. B. in Monte Carlo, daß der Veranstalter nicht selbst Spieler ist. Somit kann ein wesentlicher Unterschied nur in dem oben angegebenen Umstand gefunden werden. Vgl. Hälßner II 449 ff.

Die Auspielungen sind Glücksspiele. Der Gewinn und Verlust muß also wesentlich vom Zufall abhängen. Der Gewinn muß einen Vermögenswert haben, wobei jedoch die Frage nach der Erheblichkeit — § 284 Nr. 3 — in den Hintergrund tritt. Eine Auspielung im engeren Sinne liegt auch dann vor, wenn jeder Spieler ein seinem Einrag gleichwertigen Gegenstand erhält. Welche Beweggründe oder Zwecke den Veranstalter oder Spieler leiten, ob Spiel Leidenschaft mitwirkt, und ob der Gewinn zu wirtschaftlich oder sittlich gerechtfertigten Zwecken Verwendung finden soll, ist gleichgültig: Berner 618, v. Liszt 684, Dshaujen N. 11 Abs. 3; RG. 9./1. 80 C. 1 53, 27./2. 03 C. 36 123. Da § 286 eine lex specialis für die Auspielungen ist, auf diese die Bestimmungen der §§ 284, 285, 260 Nr. 14 keine Anwendung finden, so ist die Gewerbemäßigkeit kein Erfordernis. Strafbar sind aber nur die öffentlichen, nicht die in Privatkreisen veranstalteten Auspielungen, und auch die Strafbarkeit der ersteren fällt weg, wenn sie obrigkeitlich erlaubt sind.

Die im Gesetz an erster Stelle genannte Lotterie ist eine Art des Genus Auspielung. In Anschluß an einen zwar nicht allgemeinen, aber doch weitverbreiteten Sprachgebrauch unterscheidet das Gesetz beide dadurch, daß es bei der Lotterie einen in Geld bestehenden Gewinn voraussetzt, während der Gewinn bei der Auspielung in jeder anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache besteht, ein Unterschied, den es allerdings dadurch irrelevant macht, daß es beide in strafrechtlicher Beziehung gleichstellt: Berner 617, Binding Lehrb. I 406, Frank N. 11, Hälßner II 449, v. Liszt 483, Meyer-Alfeld 506, Dshaujen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 1./4. 84 C. 10 245. Daher wird durch die Verbindung von Lotterie und Auspielung nur ein Strafgesetz verletzt, z. B. wenn nach Wahl des Gewinners entweder eine Sache oder an deren Stelle ein im voraus bestimmter Geldbetrag ausgehändigt wird: RG. 17./12. 80 C. 3 123, 15./3. 98 31 71.

2. Lotterie ist diejenige Art des Glücksspiels, bei welchem der Veranstalter nach einem bestimmten, vorher festgestellten und für die Zahl und den Verkauf der Lose, die Zahl, Reihenfolge und Höhe der Gewinne und die Ziehung der Lose maßgebenden Plan einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet, die Hoffnung verkauft, gegen einen bestimmten Geldeinsatz von ihm ausgelegte, bestimmte Geldgewinne je nach dem Ausfall eines Zufallsspiels auszuzahlen zu erhalten. So die gemeine Meinung und RG. 5./1. 80 C. 1 133, 26./10. 80 C. 2 390, 12./4. 81 C. 4 80, 9./2. 82 C. 5 432, 11./1. 89 C. 18 342.

Diese Begriffsbestimmung muß sich bei der tatsächlichen Gestaltung der Lotterie Modifikationen gefallen lassen, deren die wichtigeren hier kurz vorzuführen sind.

a) Die regelmäÙige Art, wie die Entscheidung des Zufalls herbeigeführt wird, ist die Losziehung. Nicht aber ist sie die allein zulässige, begrifflich notwendige: Binding Lehrb. I 406, v. Liszt 483 Nr. 2, Dshaujen N. 2; RG. 21./2. 95 C. 27 47. Sowohl können die Lose durch Surrogate ersetzt werden: RG. 22./11. 83 C. 9 201, 1./4. 84 C. 10 245, 29./9. 85 C. 12 388, 21./2. 95 C. 27 47, z. B. Kuperte, in denen sich die Lösung eines Preisrätsels befindet: 2./5. 87 C. 16 83, von den Käufern auszuwählende Warenpakete, die entweder Anweisungen auf Gewinn oder bloÙe Geschäftsanpreisungen enthalten: RG. 5./5. 87. Als auch kann nach der Ansicht des RG. an die Stelle der Ziehung jede andere Tätigkeit, sei es des Unternehmers — vgl. N. f —, sei es eines unbeteiligten Dritten, treten, z. B.: Gewinnlos ist dasjenige, welches die gleiche Nummer mit dem in dem unmittelbar bevorstehenden Rennen sieben werdenden Pferde trägt: RG. 21./2. 95 C. 27 47, oder: die Witwe desjenigen Zeitungsubonementen, welcher als erster in seinem Beruf nach dem 1. April 1902 verunglückt, erhält 500 M.: RG. 27./2. 03 C. 26 123. Diese letztere

Judikatur geht jedoch zu weit, da durch sie die Art der Gewinnermittlung für gleichgültig erklärt, somit der Unterschied zwischen der Lotterie und den anderen Glücksspielen nahezu völlig verwischt wird. Frank N. I lehnt den Begriff der Losjurrogate als unbrauchbar ab, verwirft das Erfordernis der Losziehung und erklärt die Weise der Gewinnermittlung für gleichgültig, da es nur auf den — oben N. 1 Abs. 1 vermerkten — Gegensatz zwischen Unternehmer und Spieler ankomme.

b) Ein festbestimmter Ziehungsplan ist erforderlich. Es ist aber zulässig, daß er zunächst nur in Umrissen festgesetzt und seine nähere Ausführung von den Umständen, insbesondere dem Umfang der Beteiligung, abhängig gemacht wird: Oshausen N. 5e.

c) Der Zufall entscheidet, aber begrifflich steht nichts entgegen, daß der Gewinner des ersten Gewinnes nicht durch Zufall, sondern durch persönliche Geschicklichkeit bestimmt wird, wenn nur die anderen Gewinner im Wege einer Berechnung nach der zufälligen Losnummer des ersten Gewinners festgestellt werden: Oshausen N. 5k. Es ist sogar zulässig, daß die Entscheidung in das Ermessen des Unternehmers gestellt ist, er z. B. bei einer Reihe gleichzeitig eingegangener Lösungen von Preisrätseln den Gewinner bestimmt: RG. 9./4. 94 C. 25 256. Allerdings ist in letzterem Falle die Entscheidung zwar nicht vom Standpunkt des Unternehmers, wohl aber von dem des Spielers Zufall, und ist es auch vom Standpunkt des Unternehmers insofern, als die Gleichzeitigkeit des Einganges nicht von ihm abhängt; der Zufall spielt also immerhin eine wenn auch beschränkte Rolle.

d) Der Einsatz erscheint als Wagnis, der Spieler riskiert eine Einbuße. Dies ist aber kein absolutes Erfordernis, und eine Lotterie liegt auch dann vor, wenn ein Gewinn sicher und mit dem Einsatz gleichwertig ist: Frank N. I, Oshausen N. 5b und RG. 18./5. 88 C. 17 379, 18./11. 01 C. 34 447; a. M. Werner 617, Binding I 410, Hälschner II 452, Oppenhoff-Dehlius N. 1. Der Spielplan kann überhaupt so festgesetzt sein, daß jeder Spieler oder keiner gewinnt: RG. 26./10. 80 C. 2 390.

e) Der Einsatz braucht nicht als solcher bezeichnet oder erkennbar zu sein; er verliert seinen Charakter auch dadurch nicht, daß außer der Beteiligung an der Lotterie noch etwas anderes, z. B. eine Theatervorstellung, Zeitungsabonnement, gewährt und in der Bezeichnung nur diese Leistung zum Ausdruck gebracht wird: Frank N. I; RG. 9./1. 80 C. 1 53, 26./10. 80 C. 2 390, 2./5. 87 C. 16 83, 18./11. 01 C. 34 447.

f) Ebenso ist das Erfordernis einer Mehrheit von Spielern kein absolutes, sodaß eine Lotterie auch dann vorliegt, wenn sich nur ein Spieler beteiligt: Oshausen N. 5a und RG. 7./5. 80 C. 1 414, 9./2. 82 C. 5 432, 1./4. 84 C. 10 245. Frank N. I Abs. 4 unterscheidet: wenn sich der Vertrag ein Lotterievertrag; lasse er sich die Möglichkeit offen, daß bei geringer Beteiligung ein Teil der Gewinne bei ihm bleibe, so handele es sich nur dann um eine Lotterie, wenn die Ausscheidung der zurückbleibenden Beträge vor dem eigentlichen Spiel erfolge. Diese Unterscheidung hängt mit Franks Ansicht zusammen, daß keine Lotterie vorliegt, wenn der Unternehmer — hier bezüglich der nicht verkauften Lose — mitspielt. Es genügt aber in jedem Fall ein Spieler deshalb, weil eine Lotterie schon veranstaltet sein kann, ehe überhaupt ein Los abgesetzt ist.

Bei dem sog. Neuer- oder Promisengeschäft verpflichtet sich der Unternehmer, für den Fall, daß auf das in der Vertragsakte (dem sog. Lotterieanteil- oder Partialschein) bezeichnete Staatslotterielos bei der Ziehung ein Gewinn fallen, oder daß die in ihr bezeichnete Serien- oder Obligationsnummer einer Prämienanleihe bei der Prämienverlosung gezogen werde (sog. Promessenverkauf), jedem Käufer (dem sog. Abonnenten) nach Eingang des Gewinnes einen bestimmten Teil zu zahlen. Ob der Unternehmer das Los, das Anleihepapier wirklich besitzt oder nicht, ist gleichgültig. Es handelt sich also um den Verkauf einer Gewinnchance mit der Aussicht auf einen Zufallstreffer, also um eine Lotterie, wie allgemein und, falls der Unternehmer nicht selbst mitspielt, auch von Frank N. I Abs. 3 angenommen wird: RG. 5./1. 80 C. 1 133, 12./4. 81 C. 4 80, 24./10. 82 C. 7 161. Besonders lehrreich für die richtige Auffassung ist der Promessenverkauf, dessen Wesen im großen und ganzen folgendes ist. In vielen Staaten und Städten sind Anleihen, die kaum noch auf der Börse notiert und für die in den meisten Fällen keine Zinsen bezahlt werden, dadurch kurz- und kauffähig gemacht, daß einzelne Stücke der Schuldschreibungen (Obligationen) durch Auslosung mit Prämien von erheblichem Betrage versehen werden. In jedem Jahre kommt ein Teil der Obligationen durch Los zur Rückzahlung. Diese Rückzahlung erstreckt sich bei den meisten Obligationen auf einen recht weiten Zeitraum, z. B. bei den sog. Türkenlosen bis zum Jahre 1974. Sie geschieht vielfach nicht zum Nennwert, sondern erheblich unter Pari, z. B. die Türkenlose mit 60%. Der Unternehmer trägt niemals ein Risiko, da die Teilnehmer mit dem in wucherischer Weise verteuerten Einsatz die Obligationen bezahlen. Man vergleiche folgende Rechnung. Eine Gesellschaft von hundert Personen spielt Türkenlose. Jeder zahlt monatlich 2 M., also sämtliche Spieler in Einem Jahre 2400 M. In diesem Einem Jahre finden sechs Ziehungen statt, und die Gesellschaft spielt in jeder Ziehung ein Los. Sechs Lose

kosten nach dem Kurzwert von 180 M. zusammen 1080 M. Der Unternehmer lukriert also jährlich bei dieser Einen Gesellschaft 1320 M. Von den Gewinnanteilen der Spieler werden noch Abzüge für Porto, Spesen, Provisionen u. ä. gemacht. Den ganzen erheblichen Gewinn behält der Unternehmer, der seinerseits für die getreue Ablieferung des Restguthabens an die Spieler keine Sicherheit stellt, selbst aber nie verlieren kann. Etwas anderes ist das sog. Kompaniepiel, wenn nämlich der Unternehmer durch den Verkauf der Lotterieanteilscheine das Miteigentum auf den Käufer zu übertragen beabsichtigt und diese Absicht in rechtsverbindlicher Weise ausführt; dies ist nicht verboten. Zu beachten ist hierbei übrigens, daß durch das Gesetz, betr. die Abzahlungsgeeschäfte, v. 16. Mai 1894 § 7 (Reichs-Gesetzbl. 450), der Verkauf oder die sonstige auf gleiche Zwecke abzielende Veräußerung von Lotterielosen, Inhaberpapieren mit Prämien oder Bezugs- oder Anteilscheinen auf solche Lose oder Inhaberpapiere gegen Teilzahlungen mit Geldstrafe bis fünfshundert Mark bedroht ist.

3. Strafbar ist nur die öffentliche, nicht auch die in Privatkreisen veranstaltete Lotterie. Sie ist eine öffentliche, wenn ihre Kundgebung und die Aufforderung zur Beteiligung an ihr, einerlei in welcher Weise sie geschehen, sich nicht auf einen bestimmten, durch Beruf, persönliche Bekanntschaft, gemeinsame Interessen oder ähnliche Begrenzungen abgeschlossenen Kreis beschränken, sondern die Beteiligung an ihr dem Publikum, also unbestimmt welchen und wie vielen Personen, offensteht. Diese Öffentlichkeit erfordert nicht eine öffentliche Bekanntmachung und Aufforderung zum Spiel, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Veranstalter sein Unternehmen möglichst zu verheimlichen sucht, indem er etwa brieflich auffordert oder die Lose in der Privatwohnung anbietet. Übereinstimmend Berner 617 R. 3, Binding Lehrb. I 410, Frank R. III, Sältschner II 453, Olshausen R. 7, Oppenhoff-DeLius R. 1, Rüdorff-Stenglein R. 6; RG. 12./4. 80 C. 1 357, 7./5. 80 C. 1 414, 9./2. 82 C. 5 432, 21./2. 95 C. 27 47.

4. Die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ist nur dann strafbar, wenn sie ohne obrigkeitliche Erlaubnis erfolgt, sei es, daß diese überhaupt nicht erteilt ist, sei es, daß von ihr in irgendeiner Weise abgesehen wird: RG. 17./12. 80 C. 3 123, 1./4. 84 C. 10 245, 28./2. 96 C. 28 236. Strafbar ist also auch die Veranstaltung, z. B. das Angebot der Lose, unter der Bedingung der Genehmigung: RG. 9./2. 82 C. 5 432. So wie sie lautet, ist die Erlaubnis rechtlich wirksam; der Richter darf sie, wenn sie erteilt ist, weder auf ihre Ungemessenheit und sachliche Richtigkeit, noch, wenn sie fehlt, prüfen, ob sie zu Unrecht verweigert ist. Nur die Zuständigkeit der genehmigenden Behörde hat er zu prüfen. Diese bemißt sich nach den Landesgesetzen: RG. 22./11. 80 C. 3 49.

5. Der Veranstalter der Lotterie ist nicht notwendig identisch mit demjenigen, der das Geld hergibt, den Plan entwirft, die obrigkeitliche Erlaubnis einholt. Eine Lotterie veranstaltet, wer die Beteiligung des Publikums an einem nicht bereits bestehenden Lotterieunternehmen ermöglicht, also eine Einrichtung trifft, durch welche dem Publikum die Gelegenheit geboten wird, durch einen Einsatz die Aussicht auf einen vom Zufall abhängigen Gewinn zu erwerben: RG. 5./1. 80 C. 1 133, 9./2. 82 C. 5 432, 6./11. 84 C. 11 211, 18./11. 01 C. 34 447, 23./12. 01 C. 35 44, 27./2. 03 C. 36 123. Zur Vollendung des Delikts ist nicht erforderlich, daß das Unternehmen zustande gekommen bzw. zu Ende geführt, daß also insbesondere bereits ein Abschluß von Lotterieverträgen mit den einzelnen Spielern bzw. der Abfaß von Losen erfolgt ist, vielmehr genügt es, daß der Spielplan Anderen kundgegeben, die Teilnahme an dem Unternehmen angeboten und durch die Bereithaltung der Lose zum Verkauf ermöglicht ist: Berner I 617, Frank R. III, Sältschner II 454, v. Ritz 484, Merkel 342, Meyer-Altfeld 506, Olshausen R. 8 Abj. 2, Oppenhoff-DeLius R. 10, Rüdorff-Stenglein R. 7 und RG. 12./4. 80 C. 1 357, 29./1. 81 C. 5 39, 9./5. 82 C. 5 432, 13./4. 83 C. 8 292, 22./11. 83 C. 9 201, 30./4. 89 C. 19 257, 23./12. 01 C. 35 44; a. M., nämlich Abfaß der Lose verlangend, Binding Lehrb. I 411, aber, um ein argumentum ad hominem zu gebrauchen, eine neue Gastwirtschaft ist eröffnet, wenn auch noch kein einziger Gast angetreten ist. Die bloße Kundgebung, daß demnächst die Möglichkeit bestehen werde, sich durch Loskauf zu beteiligen, genügt also nicht: RG. 22./11. 83 C. 9 201. Keine Veranstaltung ist es, wenn Lose einer bereits bestehenden, aber für einen bestimmten örtlichen Bezirk erlaubten Lotterie in anderen Gebieten vertrieben werden: RG. 29./9. 81 C. 5 39. Wohl aber ist es die Veranstaltung einer neuen Lotterie, wenn der Veranstalter sich dem Spielplan einer bereits bestehenden derartig anschließt, daß er die Entscheidung über Gewinn und Verlust von dem Ergebnis der Losziehung in der bereits bestehenden abhängig macht: RG. 12./4. 81 C. 4 80, 24./10. 82 C. 7 161, 7./3. 05 C. 37 458.

Das Gesetz bedroht nicht die einzelnen Lotterieverträge, sondern die Veranstaltung als solche; insbesondere der ganze Lotterieabfaß ist nur eine Veranstaltung, diese ist ein Kollektivbegriff — vgl. oben § 73 R. 5b —, was nicht bloß für die Aburteilung der zur Einleitung und Durchführung der Veranstaltung dienenden, wenn auch zeitlich und örtlich verschiedenen Einzelakte, sondern auch für den Beginn der Verjährung von Bedeutung ist: Binding Lehrb. I 407, Olshausen R. 9; RG. 13./4. 83 C. 8 292, 6./11. 84 C. 11 211, 17./3. 92 C. 23 4.

6. Da die Fahrlässigkeit weder ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, noch sich ihre Strafbarkeit aus der Natur der Sache ergibt, ist das Delikt nur als vorzügliches strafbar: Binding Lehrb. I 411, Hältschner II 454, v. Liszt 484, Meyer-Malfeld 148 N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 15./2. 95 C. 27 31; a. M. Frank N. IV, Merkel S. S. IV 456, Olshausen N. 11 Abs. 2. Als das Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente liegt der Dolus nicht vor, wenn der Täter irrig glaubt, daß ihm die obrigkeitliche Erlaubnis, sei es überhaupt, sei es von der zuständigen Behörde, erteilt sei: Binding Lehrb. I 411 N. 4, Frank N. IV, Hältschner II 454, Olshausen N. 11 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 22./11. 80 C. 3 49, 15./2. 95 C. 37 31. Anders, wenn ihm das Erfordernis der obrigkeitlichen Erlaubnis unbekannt ist: Frank, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O. und RG. 25./9. 80 C. 2 268, 30./4. 89 C. 19 257, 18./10. 09 C. 42 430; a. M. Binding und Hältschner a. a. O.; oder wenn er seine Veranstaltung irrig nicht für eine Lotterie hält: Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O. und RG. 2./5. 87 C. 16 83, denn in beiden Fällen liegt ein Irrtum über das Strafgesetz vor. Frank N. IV, Merkel S. S. IV 256 und Olshausen N. 11 Abs. 1 folgern aus der mystischen „polizeilichen Natur“ des Delikts, daß zur Strafbarkeit auch Fahrlässigkeit genüge.

7. Bezüglich der Teilnahme ist zu bemerken, daß die Spieler als solche nicht strafbar sind, insbesondere nicht als Gehilfen: v. Liszt 483, Merkel 342, Meyer-Malfeld 506, Olshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 10.

8. Auspielung ist jede Veranstaltung, durch welche dem Publikum gegen Entrichtung eines Einsatzes die Hoffnung verkauft wird, nach dem Ergebnis einer wesentlich durch den Zufall bedingten Ziehung oder eines ähnlichen Mittels einen mehr oder weniger bestimmten, nicht in Geld bestehenden Gegenstand zu erwerben: RG. 1./4. 84 C. 10 245, 30./4. 89 C. 19 257, 22./9. 96 C. 29 66, 14./2. 01 C. 34 140. Sie ist durch das Gesetz der Lotterie gleichgestellt, so daß die obigen Ausführungen auch auf sie Anwendung finden. Tatsächlich sind bei ihr die Spielfiguren viel mannigfaltiger als bei der Lotterie, und der Witz der Veranstalter erfindet immer neue Variationen, um dem Gezeig auszubiegen. Hierher gehören z. B. die in den Schanklokalen aufgestellten Würfelautomaten: RG. 22./9. 96 C. 29 66. Ferner die Hydra- (Wella-) oder Schneeballgeschäfte zwecks Abfahres von Waren: Binding Lehrb. I 411 N. 5 „ein Stimpfang“, Meyer-Malfeld 506 N. 13, Olshausen N. 2 und RG. 14./2. 01 C. 34 140 (sehr eingehend), 11./10. 01 C. 34 321, 15./10. 01 C. 34 390, 17./10. 01 C. 34 403; a. M. v. Liszt 483 N. 2 (nicht Auspielung, wohl aber meist unlauteier Wettbewerbs; in der Deutsch. Jur. Zeit. 1901 197 nennt er das Geschäft eine „wirtschaftliche Tätigkeit“, welche nicht dem Spiel, sondern dem Erwerbstrieb diene). Keine Auspielung ist es, wenn der Unternehmer die Sache an die Spieler verkauft und diese sie dann unter sich auswürfeln.

9. Die Einsätze und ausgelegten Gewinne unterliegen der Einziehung, nicht aber die bereits in das Eigentum der Spieler übergegangenen Gewinne (vgl. N. 7): Frank N. V.

10. Durch die §§ 284–286, 360 Nr. 14 ist die Materie des Glücksspiels im Sinne des GG. § 2 geregelt; somit sind alle landesrechtlichen Strafdrohungen beseitigt, welche das gleiche Verbot wie die reichsrechtlichen Bestimmungen enthalten; insbesondere die Bestimmung des § 286 erstreckt sich nicht nur auf die als Täter verantwortlichen Veranstalter, sondern notwendig und unter Verdrängung aller landesrechtlichen Sonderbestimmungen auch auf alle anderen Beteiligten, wie die Gehilfen und die Spieler: Finger I 153, Frank GG. § 2 Nr. III 3 (zweifelhaft), v. Liszt 483 N. 1, Meyer-Malfeld 505 N. 12, Olshausen § 286 N. 5, 6 und nunmehr auch RG. 18./10. 09 C. 42 430; a. M. mit der früheren Judikatur des RG. Wirtmeyer Cuzykl. 1179, Hältschner II 453, Merkel S. S. III 830, Rüdorff-Stenglein N. 11, Schüge 502 N. 3.

§ 288¹⁾.

Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder bei Seite schafft, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Gläubigers ein.

¹⁾ Das Gesetz enthält zu § 288 die Anmerkung:

„§ 287 ist ersetzt durch § 14 des Gesetzes über den Markenschutz von 30. November 1874 (Reichs-Gesetzbl. S. 143).“

Jetzt gilt das Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 §§ 14 ff. (Reichs-Gesetzbl. 441).

1. Wenn für nötig befunden ist, die Sicherung und Durchführung der Generalexekution, d. h. des Konkurses, unter den Schutz des Strafgesetzes zu stellen, so treffen, obgleich in vermindertem Maße, dieselben Gründe zu, die Benachteiligungen der Gläubiger, welche sich böswillige Schuldner im Hinblick auf eine drohende einzelne Zwangsvollstreckung vielfach zuschulden kommen lassen, also die Vereitelung einer Spezialzekution mit Strafe zu bedrohen.

Während in § 137 eine bereits vollzogene Zwangsvollstreckung vorausgesetzt wird, trifft § 288 den Fall, daß die Vollstreckung erst droht. Eine Zwangsvollstreckung kann aber auch dann noch drohen, wenn das Verfahren bereits begonnen hat, also nur fortgesetzt wird: Frank N. II 1, v. Liszt 465, Meyer-Allfeld 490 N. 7. Daher ist Idealkonkurrenz mit § 137 möglich: Binding Lehrb. I 420, Frank N. V, Dshausen N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 10./1. 88 C. 17 42.

2. Täter ist derjenige, dem („ihm“) die Zwangsvollstreckung droht, der bedrohte Schuldner, zivilprozeßualisch jeder, gegen welchen gemäß ZPO. §§ 727 ff. die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann; jeder Andere kann nur Teilnehmer oder Begünstigter sein: Frank N. II 2, Hälshner II 423, v. Liszt 465 N. 2, Dshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 1, Schütze 503 N. 7; RG. 4./2. 98 C. 31 22, 4./12. 85 C. 13 138. Nicht also der Vertreter; der Vorsteher einer Aktiengesellschaft auch dann nicht, wenn er selbst Aktionär ist: 26./5. 87 C. 16 121; a. M. Binding Lehrb. I 417. Mit Recht nennt Frank dies eine Lücke im Gesetz. Für die Generalexekution ist diese Lücke durch KonkD. §§ 242 Nr. 1, 244 vorgesehen.

3. Gläubiger ist jeder, welcher einen dinglichen oder obligatorischen, dem Privat- oder dem öffentlichen Recht angehörenden, durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines Anderen zu realisierenden Anspruch hat: RG. 9./11. 83 C. 9 164, 4./12. 85 C. 13 138, 7./1. 87 C. 15 164, 4./2. 98 C. 31 22. Der Gläubiger muß materiell berechtigt, das Rechtsgeschäft, aus welchem er seinen Anspruch herleitet, darf nicht ohne weiteres nichtig sein, mag es auch der Aufhebung unterliegen: Binding Lehrb. I 417, Frank N. II 1, Dshausen N. 5 Abs. 1 und RG. 15./1. 86 C. 13 292; a. M. wegen der Nichtigkeit Rüdorff-Stenglein N. 3. Erfordert noch kein Gläubiger, so kann das Delikt nicht begangen werden: RG. 10./1. 11 C. 44 251 (Inhaltsansprüche, wenn das uneheliche Kind zwar erzeugt, aber noch nicht geboren ist). Wenn Binding Lehrb. I 419 von einem bedingten Delikt spricht, falls Jemand, der noch gar keinen Gläubiger hat, schon jetzt für den Fall künftiger Gläubigererschaft und künftiger Zwangsvollstreckung die Befriedigungsobjekte aus seinem Vermögen beseitigt, so ist es allerdings eine nicht seltene Erscheinung, daß Jemand, der ein Geschäft anfangen will, vorher mit seiner Ehefrau Gütertrennung vereinbart und ihr seine gesamte Habe als ihr angeblich Eingebrahtes zuweist. Aber diese Handlung wird keineswegs „Delikt in dem Augenblick, wo die Gläubigererschaft entsteht, und strafbar in dem späteren, wo von Seite des „Gläubigers die Zwangsvollstreckung droht“. Denn wenn, wie Binding selbst zugibt, der Täter wissen muß, daß er Schuldner „ist“, daß dem Gläubiger ein Rechtsanspruch „zusteht“, daß ausweislich des Verhaltens des Gläubigers die Zwangsvollstreckung „bevorsteht“ — lauter tempora praesentia —, und wenn dies Wissen zur Zeit der Tat vorhanden sein muß, so ergibt sich, daß auch die Gläubigererschaft zur Zeit der Tat vorhanden sein muß.

4. „Bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung“ besagt, daß dem Schuldner die Zwangsvollstreckung zur Zeit der Vornahme der strafbaren Handlung bereits drohen muß: RG. 16./12. 79 C. 1 37.

a) Als Zwangsvollstreckungen kommen nicht nur die gerichtlichen, sondern auch die administrativen und die des Verwaltungsfreitverfahrens in Betracht. Sowohl wenn es sich um Deckung einer Geldforderung, als auch wenn es sich um die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes oder um die Duldung seiner Wegnahme handelt: RG. 5./12. 05 C. 38 227 (Anspruch auf Vornahme einer Auflassungserklärung). Ob die gerichtliche Zwangsvollstreckung eine zivil- oder strafprozeßualische, ist gleichgültig. Binding Lehrb. II 662 N. 5 meint zwar, daß ein Fall der — straflosen — Selbstbegünstigung vorliege, wenn es sich um die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldstrafe handle, daß der Staat überhaupt nicht Gläubiger im Sinne des § 288 sei, aber diese Ansicht entbehrt jeglichen Anhalts; a. M. auch Binding selbst Lehrb. I 418 N. 8. Hierher gehört auch die gemäß StPO. § 495 in den Formen der zivilprozeßualischen Vollstreckung erfolgende Einziehung: RG. 7./6. 87 C. 15 164, nicht aber die Vollziehung eines Urteiles zur Sicherung der Zwangsvollstreckung (ZPO. § 916): Binding Lehrb. I 418 N. 7, Frank N. II 1, Dshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; RG. 22./12. 86 C. 15 114, 26./6. 94 C. 26 9.

b) Drohung ist die Ankündigung der Zufügung eines Übels. Die Zwangsvollstreckung ist eine drohende, wenn das in ihr liegende Übel als ein nahe bevorstehendes sich ankündigt, wenn also — so Frank N. II 1 — der Gläubiger zu ihrer alsbaldigen Verbringung imstande und gewillt ist oder demnächst gewillt sein wird. Ob die Zwangsvollstreckung nahe bevorsteht, ist nach den in der Person und den Verhältnissen des Gläubigers begründeten Umständen objektiv zu beurteilen, und das Bewußtsein des Schuldners vom Drohen der Zwangsvollstreckung kommt nur für die Feststellung des subjektiven Tatbestandes in Betracht: Frank N. II 1, Hälshner II 426, v. Liszt

465, Merkel *S. S.* III 835, Meyer-Walfeld 490, Dshaujen *N. 4* *Abj. 1, v.* Schwarze *N. 4*. Eine Zwangsvollstreckung droht noch nicht, wenn erst durch die Veräußerung oder Veseitigung von Vermögensbestandteilen ein Anspruch entsteht, der zur Zwangsvollstreckung führen kann: Meyer-Walfeld 490 *N. 7* und *RG. 4./2. 98 C. 31 22*. Stets muß die rechtliche Möglichkeit, die Vollstreckung herbeizuführen, gegeben sein, der Anspruch muß also existieren, die Forderung braucht aber noch nicht fällig zu sein: Frank *N. II 1*, Meyer-Walfeld 490, Dshaujen *N. 4* *Abj. 3*; *RG. 22./12. 81 C. 15 114, 4./7. 93 C. 24 238*. Der Kostenanspruch des Staates gegen einen Beschuldigten entsteht nach Ansicht des *RG.*, wie aus *StPD. §§ 497, 498* ersichtlich sei, mit dem Zeitpunkt, in welchem zum Zwecke der Strafverfolgung staatliche Organe tätig werden: *RG 4./12. 85. C. 13 138, 17./10. 99 C. 32 298*. Dieser schon mit *StPD. § 497* *Abj. 2* unvereinbaren Ansicht kann aber nicht beigetreten werden, denn der staatliche Strafanspruch aus diesem bestimmten Grunde in dieser bestimmten Höhe gegen diesen bestimmten Täter wird erst durch das rechtskräftige Urteil geschaffen, und der Kostenanspruch ist ein Akzessorium des Strafanspruchs, kann also nicht vor diesem entstehen. Auch eine bereits begommene Strafvollstreckung ist eine fernerhin noch drohende (oben *N. 1*).

c) Angriffsobjekt ist nicht das vollstreckbare, sondern das vollstreckungsfähige Recht. Daher ist nicht erforderlich, daß bereits ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt, oder daß die Zwangsvollstreckung sogar schon beantragt ist: Berner 606, Hälschner II 426, v. Liszt 465, Meyer-Walfeld 490, Dshaujen *N. 4* *Abj. 3*, Schüge 503 *N. 7*; *RG. 16./12. 79 C. 1 37, 25./5. 80 C. 2 67, 7./1. 87 C. 15 164*. Entscheidend ist, daß der Gläubiger ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zu erkennen gegeben hat, er beabsichtige die Realisierung seiner Forderung gegen den Schuldner: *RG. 25./5. 80 C. 2 67, 13./2. 90 C. 20 256, 4./7. 93 C. 24 238*. Also regelmäßig durch Beschreitung des Rechtsweges, aber nur regelmäßig, nicht, wie Berner 626, Geyer II 68, Hälschner II 426, Merkel *S. S.* III 835 und *RG. 10./1. 88 C. 17 42* annehmen, notwendig: v. Liszt 465, Meyer-Walfeld 490, Dshaujen *N. 5* letzter *Abj.*; *RG. 25./5. 80 C. 2 67, 13./2. 90 C. 20 256, 24./6. 92 C. 23 170, 4./7. 93 C. 24 238*. So kann eine Zwangsvollstreckung für drohend erachtet werden bei der Protesterhebung mangels Zahlung, nach Lage der Sache sogar bei einer außergerichtlichen Mahnung: *RG. 5./4. 81*. Daß der Gläubiger ausdrücklich mit der Zwangsvollstreckung droht, ist somit nicht erforderlich. Auf der anderen Seite ist mit Frank *N. II 1* die dem Schuldner durch Erhebung schikanöser Einwendungen gegebene Möglichkeit, die Sache hinauszuziehen, außer Betracht zu lassen.

5. Der Schuldner trifft eine Verfügung, durch welche ein Vermögensstück der Zwangsvollstreckung entzogen wird. Abgesehen von dem Fall, wenn es sich um die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes handelt, ist die Wahl des Gegenstandes auch dann gleichgültig, wenn der Gläubiger ihn speziell ins Auge gefaßt hat: Dshaujen *N. 12, 13* *Abj. 3*; *RG. 17./2. 82 C. 6 100, 4./1. 83 C. 8 50*.

a) Nur die zum Vermögen des Täters gehörigen Gegenstände gehören hierher, sie mögen Sachen, bewegliche wie unbewegliche, oder Rechte, dingliche oder obligatorische, sein. Von ihnen scheiden diejenigen aus, in welche eine Zwangsvollstreckung mit materiellrechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann: *RG. 6./7. 91 C. 22 208*, z. B. die Lohn- und Alimentenforderungen. Der Nachlaß gehört nach *BGB. § 1942* dem berufenen Erben schon innerhalb der Überlegungsfrist. Ebenso sind Vermögensbestandteile die einzuziehenden Gegenstände bis zur Rechtskraft des Urteils (oben § 40 *N. 7*). Nicht aber die Beweisurkunden über Forderungen: *RG. 26./6. 94 C. 26 9*.

b) Veräußerung ist nicht bloß Entäußerung des Eigentums, sondern jede Handlung, durch welche ein Vermögensstück der Zwangsvollstreckung rechtlich entzogen wird. Z. B. die hypothekarische Belastung von Grundstücken: *RG. 18./11. 82 C. 7 237, 11./1. 83 C. 8 1, 5./12. 05 C. 38 227, 12./11. 08 C. 42 62*. Die Eintragung einer Forderung als Vormerkung: *RG. 13./11. 00 C. 34 3*. Die Verpachtung eines Grundstücks: Meyer-Walfeld 491, Dshaujen *N. 10b* und *RG. 17./2. 82 C. 6 1*; a. M. wegen Vermietung und Verpachtung Frank *N. II* *Abj. 2*. Keine Veräußerung ist die ehemännliche Genehmigung der Hypothekenbestellung durch die Frau: *RG. 5./12. 02 C. 37 227*. Der Verkauf nur, wenn die Übergabe hinzutritt: *RG. 3./2. 99 C. 32 20*. Wenn Dshaujen *N. 10* *Abj. 1* auch die Vernichtung und Zerstörung hierher rechnet, so ist das wohl nur der nicht getilgte Rest einer früheren Ansicht. Ob die Veräußerung eine entgeltliche oder unentgeltliche, ist ebenso gleichgültig wie die Möglichkeit ihrer Anfechtung.

c) Durch das Veseiterschaffen wird keine Rechtsveränderung bewirkt, sondern nur tatsächlich der Zutritt des Gläubigers dauernd oder zeitweise verhindert, also jede positive Veranstaltung, durch welche die Ermittlung des Vermögensstücks unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird: Frank *N. II* *Abj. 3*, Dshaujen *N. 11* *Abj. 1*; *RG. 14./1. 02 C. 35 62*. Auch die Zerstörung beweglicher Sachen: Frank a. a. D., Dshaujen *N. 11* *Abj. 3*; *RG. 26./2. 89 C. 19 25*. Die vorzeitige Einziehung einer Forderung: *RG. 30./11. 83 C. 9 231* (Mietzinsen). Nicht Beschädigung und Wertverminderung, denn hierdurch wird nicht die Sache dem Zutritt entzogen, sondern nur die Aussicht des Gläubigers auf Befriedigung quantitativ vermindert, und gegen eine solche Gefährdung gibt das Gesetz keinen Schutz: Frank und Dshaujen a. a. D., v. Liszt 461 *N. 8*;

RG. 26./2. 89 C. 19 25, 25./3. 95 C. 27 122, 12./11. 08 C. 42 62. Ein Beiseiteschaffen kann auch in einer Scheinveräußerung liegen, insbesondere in der eines Grundstücks durch Bestellung einer Hypothek für eine simulirte Forderung: Oshausen N. 11 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 14./4. 85 C. 12 129, 4./12. 85 C. 13 138, 10./5. 95 C. 27 213. Ebenso lassen sich wesentliche Bestandteile einer unbeweglichen Sache (WVB. §§ 93, 94) auf dem Wege beiseiteschaffen, daß sie von der Hauptsache getrennt, dadurch selbständig gemacht und nunmehr als bewegliche Sache fortgeschafft werden: RG. 12./11. 08 C. 42 62. Bei Rechten genügt jede Verdunkelung der Rechtslage, kraft welcher der Gläubiger sie nicht erkennt oder zu der ihm obliegenden Beweisführung nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten imstande ist: RG. 14./1. 02 C. 35 62. Unrichtige Angaben über den Verbleib der Sache, ein Verschweigen, ein Ableugnen genügen nicht: Frank N. II Abf. 3, Oshausen N. 11 Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 7.

6. Das Delikt erfordert Dolus, also das Wissen und Wollen des gesamten objektiven Tatbestandes. Die Veräußerung und Beiseiteschaffung der Vermögensbestandteile angeichts der drohenden Zwangsvollstreckung ist aber nur dann strafbar, wenn sie in der Absicht geschieht, die Befriedigung, und zwar desjenigen Gläubigers zu vereiteln, von welchem her die Zwangsvollstreckung droht: RG. 16./12. 79 C. 1 37. Warum der Täter die Befriedigung vereiteln will, ist gleichgültig: RG. 3./10. 82 C. 7 61. Die auch hier üblichen Unterjuchungen über den Begriff der Absicht — vgl. Oshausen N. 14 Abf. 1 — sind für die Praxis wertlose amoenitates juris. Der Täter will die Befriedigung vereiteln, und als bewußtes und gewolltes Mittel dient die Veräußerung und Beiseiteschaffung von Vermögensbestandteilen. Er will nicht verzögern, sondern vereiteln. Und zwar vereiteln nicht, wie Binding Lehrb. I 419 lehrt, gänzlich und für immer, sondern nur die Befriedigung aus eben dieser bevorstehenden Zwangsvollstreckung: v. Liszt 465, Meyer-Alsfeld 491, Oshausen N. 13 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 9./12. 81 C. 5 206, 11./1. 83 C. 8 1. Sein Wille muß auf die Herbeiführung der Nichtbefriedigung direkt und bestimmt dergestalt gerichtet sein, daß er ihren Eintritt als eine notwendige Folge seines Handelns ins Auge faßt; Eventualdolus ist somit ungenügend: Binding Lehrb. I 420 N. 1, Meyer-Alsfeld 490 und N. 8, Oshausen N. 14 Abf. 1; RG. 17./5. 95 C. 27 241. Ob die Absicht vorliegt, ist Tatfrage. Das RG. hat sie z. B. angenommen bei Bestellung einer Hypothek für eine teilweise fingierte Schuld angeichts der fast völligen Erfolglosigkeit der Mobiliarkonfiskation einerseits und der Höhe des Wertes des Grundstücks und seiner hypothekarischen Belastung andererseits 11./1. 83 C. 8 1.

Die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, kann auch dann vorliegen, wenn die Veräußerung erfolgt, um einen anderen Gläubiger zu befriedigen. Nach Binding Lehrb. I 420, Meyer-Alsfeld 491, Oshausen N. 14 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9 und RG. 5./11. 79 C. 1 96, 3./10. 82 C. 7 61 kommt es nur auf die Absicht an. Dies ist aber mit Frank N. II Abf. 2 IV, Geyer II 68, Hältschner II 425 und v. Liszt 465 zu bestreiten. Wenn der Täter lediglich einer bestehenden Verpflichtung nachkommt, der andere Gläubiger nur das erhält, was er zu fordern hat, kann weder der Täter noch als Gehilfe der andere Gläubiger — qui jure suo utitur, neminem laedit — bestraft werden. Der § 288 geht den strafrechtlichen Bestimmungen der KonkD. parallel, die Gründe für die Sicherung des Gläubigers sind bei der Spezialkonfiskation dieselben wie bei der Generalkonfiskation, nur in vermindertem Maße (oben N. 1). Nun erklärt aber KonkD. § 241 die Sicherung oder Befriedigung eines Gläubigers nur dann für strafbar, wenn dieser sie überhaupt nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanpruchen hatte. Die gleiche Limitation muß auch für die Spezialkonfiskation gelten. Das RG. selbst hat einmal die Übergabe einer Sache als Pfand dann für straflos erklärt, wenn es sich um die Erfüllung eines früher gegebenen Versprechens handelt: RG. 19./2. 86.

7. Zur Vollendung des Delikts ist der Eintritt eines Erfolges, also einer materiellen Verletzung des Gläubigers, nicht erforderlich: Binding I 420, Geyer II 68, Hältschner II 426, v. Liszt 465, Meyer-Alsfeld 491 N. 8, 17, Oshausen N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 11. Der Tatbestand des Delikts wird somit dadurch nicht ausgeschlossen, daß anderweitige Vermögensstücke vorhanden waren und der Gläubiger aus ihnen oder daß er durch nunmehrige Zahlung der Schuld seine Befriedigung erlangt hat, denn das Gesetz behandelt hier ausnahmsweise den bloßen Versuch, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, bereits als vollendetes Delikt.

8. Antragsberechtigt ist nur derjenige Gläubiger, von welchem her die Zwangsvollstreckung droht und dessen Befriedigung vereitelt werden soll: RG. 16./12. 79 C. 1 37, 10./1. 88 C. 17 42. Gerat der Gläubiger in Konkurs, so ist und zwar auch wegen der vor der Konkursöffnung begangenen Veräußerungen usw., neben dem Kurator der Konkursverwalter antragsberechtigt: 12./12. 92 C. 23 344, 26./10. 00 C. 33 433, 4./3. 02 C. 35 149; a. M. Binding Lehrb. II 420 und RG. 31./3. 11. In Preußen ist wegen Gerichtskosten der Kurator antragsberechtigt: RG. 25./1. 01 C. 34 111. Die Antragsfrist beginnt mit der Kenntnis des Gläubigers von der Veräußerung usw. unter Gewinnung der Überzeugung, daß der Schuldner dadurch die Vereitelung

seiner Befriedigung beabsichtige: RG. 11./8. 92 C. 23 221. Regelmäßig wird der Gläubiger diese Absicht allerdings erst aus der erfolglosen Zwangsvollstreckung entnehmen können.

9. Die Geldstrafe ist erst durch das Gej. v. 19. Juni 1912 (oben I 20) zugelassen.

§ 289.

Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des § 247 Absatz 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

1. Das Delikt der Pfandkehrung oder Besitzentziehung, ein erweitertes *furtum possessionis*, hat mit dem Diebstahl gemeinsam, daß dieselbe Handlung, die Wegnahme ihren strafrechtlichen Charakter durch eine besondere Gestaltung des Vorzuges erhält, und daß das Objekt nicht eine Immobilie, ein Recht oder eine Naturkraft, sondern eine bewegliche Sache ist (§ 242 N. 2, 3). Beide Delikte unterscheiden sich dadurch, daß das Objekt beim Diebstahl eine fremde Sache (§ 242 N. 4) sein muß, daß zwar der Bestohlene, nie aber der Dieb Eigentümer der Sache sein kann, das Delikt sich gegen Eigentum und Gewahrjam richtet, daß dagegen bei der Pfandkehrung das Objekt auch eine fremde Sache, nie der Verletzte, wohl aber der Täter ihr Eigentümer sein kann, das Delikt sich daher nur gegen den Gewahrjam richtet. Ferner dadurch, daß der Kreis der Verletzten beim Diebstahl unbegrenzt, bei der Pfandkehrung auf gewisse Personengruppen beschränkt ist.

2. Das Gesetz verlangt, daß derjenige, dem die Sache weggenommen wird, ein Recht an ihr hat. Es schützt bei der Pfandkehrung nicht den Besitz als solchen, sondern nur den Besitz, der auf einem Recht zum Besitz beruht: RG. 18./1. 81 C. 3 277. Der Berechtigte ist auch dann geschützt, wenn sein Recht nur ein obligatorisches ist: Binding Lehrb. I 318, Frank N. II, Merkel N. S. III 837, Meyer-Alfeld 472, N. 9, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Deilus N. 6, Schöke 504 N. 10; RG. 8./5. 88 C. 17 358, 19./12. 98 C. 32 12, 14./4. 04 C. 37 119. Bei dem Pfand- und dem Zurückbehaltungsrecht ist das Bestehen des durch sie zu sichernden anderen Rechts die notwendige Voraussetzung: RG. 18./1. 81 C. 3 277. Das Rechtsgeschäft, aus dem der zu schützende Anspruch erwachsen soll, kann ansehbar, darf aber nicht nichtig sein: Binding Lehrb. I 318, Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 4 Abj. 1; RG. 2./3. 94 C. 25 154. Geschützt ist nicht bloß der Allein-, sondern auch der Mitberechtignte: Binding Lehrb. I 319, Olshausen N. 5a, 7 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4, 7; RG. 8./5. 88 C. 17 358.

3. Geschützt wird das Nießbrauchs-, Pfand-, Gebrauchs- und Zurückbehaltungsrecht. Für den Begriff und Umfang dieser Rechte sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts maßgebend, welche der Strafrichter somit seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. In dem folgenden sind nur die reichsrechtlichen Bestimmungen ins Auge gefaßt.

a) Nießbrauch: BGB. §§ 1030, 1033, 1383, 1649, 1652, 1685 Abj. 2, 1686.

b) Pfandrecht: das durch Vertrag begründete Pfandrecht (BGB. §§ 1204 ff., 1292 ff.) und die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters eines Grundstücks (§ 559), Verpächters (§§ 581 Abj. 2, 585), Pächters (§ 590), Werkunternehmers (§ 647), Gastwirts (§ 704), Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers (HGB. §§ 397, 410, 421, 440), des Fiskus an den unverzollten, in einer öffentlichen Niederlage unter zollamtlicher Aufsicht befindlichen Waren zur Sicherung des Zolls (WZG. § 100). Das durch die Zwangsvollstreckung geschaffene Pfandrecht wird durch § 137 geschützt. Die Hypothek erstreckt sich nach BGB. § 1120 auch auf die getrennten Erzeugnisse und Bestandteile und das Zubehör des Grundstücks, aber der Hypothekarier hat kein besitz- oder gewahrjamähnliches Verhältnis zu diesen Sachen, sie können ihm also auch nicht weggenommen werden: Binding Lehrb. I 318 N. 3; RG. 13./2. 94 C. 25 115.

Das wichtigste Pfandrecht ist das des Vermieters an den Utensilien des Mieters, dem das des Verpächters mit den in BGB. § 585 gegebenen Erweiterungen gleichsteht. Die für den Strafrichter wichtigsten Punkte sollen daher kurz angegeben werden.

a) Das Pfandrecht existiert nur für Forderungen aus dem Mietverhältnis mit Ausschluß des Mietzinses für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr und der künftigen Entschädigungsforderungen (BGB. § 559). Besteht der Mietzins nicht in Geld, sondern in Leistungen von anderen Sachen oder von Diensten, so gilt das Pfandrecht auch für die Entschädigungsforderung wegen unterlassener Leistungen, jedoch kann dabei die Frage entstehen, ob überhaupt eine Miete vorliegt, wenn die entgeltliche Übernahme der Gegenleistung für sich betrachtet ein anderes Geschäft darstellt.

β) Gegenstand des Pfandrechts sind diejenigen eingebrachten Sachen, welche dem Mieter eignen oder zu seinem ehelichem Gesamtgut gehören; die gesetzliche Präsomption des BGB. § 1362 findet strafrechtlich keine Anwendung: RG. 3./7. 03 C. 36 332. Umfängen von dem Pfandrecht sind auch diejenigen Sachen, welche nach ZPD. §§ 803 Abs. 2, 812 nicht gepfändet werden sollen, dagegen ausgeschlossen diejenigen, welche nach ZPD. § 811 der Pfändung nicht unterworfen sind. Eine vertragmäßige Erstreckung des Pfandrechts auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen ist nicht möglich, weil ein gesetzliches Pfandrecht nicht durch Vertrag und ein vertragmäßiges an Mobilien nur als Faustpfand geschaffen werden kann.

γ) Das Pfandrecht entsteht in dem Zeitpunkt, in welchem die Sachen eingebracht werden bzw., falls sie bisher dem Mieter nicht gehört haben, in dem Zeitpunkt, in welchem er ihr Eigentümer wird oder sie dem ehelichen Gesamtgut zuwachsen. Es erlischt aus denselben Gründen, aus welchen gesetzliche Pfandrechte überhaupt erlöschen (BGB. §§ 1252, 1255 ff. und im Fall des § 936). Weiter, wenn die Sachen unter Zustimmung des Vermieters aus dem Grundstück, in welchem sich die gemieteten Räume befinden, entfernt werden (BGB. § 560). Ebenso wenn der Mieter in Höhe ihres Wertes Sicherheit stellt (BGB. § 562). Nicht aber erlischt es, wenn die Entfremdung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt, wofür nicht § 560 Satz 2 zutrifft. Der Widerspruch braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, sondern kann aus den Umständen entnommen werden: Binding Lehrb. I 319, Dshausen N. 8; RG. 1./4. 81 C. 4 43, 29./4. 82 C. 6 321, 5./7. 86 C. 14 321, 17./9. 91 C. 22 126. Die ausdrückliche Geltendmachung des Rechts ist jedoch für den Beweis der rechtswidrigen Absicht des rüden Mieters von Wichtigkeit: RG. 23./11. 80 C. 3 57, 1./4. 81 C. 4 43.

ε) Gebrauchsrecht: des Mieters (BGB. §§ 535 ff.), des Entleihers (§§ 598 ff.), des Besitzers einer gemeinschaftlichen Sache (§ 743 Abs. 2). Der Schutz des § 289 steht dem Berechtigten unterschiedslos bei allen Gebrauchsrechten zur Seite, sie mögen dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehören: RG. 14./4. 04 C. 37 119.

d) Zurückbehaltungsrecht: BGB. §§ 273, 972, 1000, HGB. §§ 369 ff. Dem Vermieter kann, wie aus der illimitierten Fassung des § 273 hervorgeht, wegen seiner sämtlichen Forderungen aus dem Mietverhältnisse durch Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt werden, und zwar auch an den nach ZPD. § 811 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen: RG. 20./2. 02 C. 85 150, 14./4. 04 C. 37 118; a. M. Meyer-Wilfeld 472 N. 8 und Dshausen RG. C. 37 130. Daß hierdurch das Verbot der sog. Raßpfändung illusorisch wird, ist richtig, aber nicht ausschlaggebend, denn z. B. auch der Rechtsatz, daß an beweglichen Sachen vertragsmäßig nur ein Faustpfand möglich, wird tagtäglich durch den Fiskusarvertrag umgangen, dessen Gültigkeit, obgleich er im BGB. nicht einmal erwähnt wird, unbestreitbar ist. Durch Hingabe eines Sparkassenbuchs als Pfand wird ein Pfandrecht weder an der Sparkassenforderung, noch an dem Buche begründet, wohl aber ein Zurückbehaltungsrecht an letzterem: Dshausen N. 6b Abs. 2. Ob die Dienstherrschaft an den Sachen des seinen Dienst vorzeitig verlassenden Diensthofen ein Zurückbehaltungsrecht hat, ist nach den territorialen Gemeindeordnungen zu beweisen; für Altpreußen wird es anerkannt: RG. 9./12. 92 C. 23 356.

4. Einem dieser Berechtigten muß die Sache weggenommen werden. Wegen der unleugbaren Verwandtschaft der beiden Delikte liegt es nahe, mit Frank N. III das Wegnehmen in demselben Sinne zu nehmen wie beim Diebstahl, also als Brechen des Gewahrsams. Aber die Strigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, daß nach ihr das praktisch wichtigste Recht, nämlich das Pfandrecht des Vermieters, schutzlos wäre, denn weder hat der Vermieter den Gewahrsam an den Platen, noch kann der Mieter als sein Vertreter oder Beizhdiener gelten. Der Gewahrsam ist daher hier in einem weiteren Sinne zu nehmen als das durch die in § 289 genannten Rechte begründete tatsächliche Herrschaftsverhältnis, das Wegnehmen also als die Beseitigung der tatsächlichen Voraussetzung für die Ausübung des Rechts (Binding Normen II 548), insbesondere bei den Platen als die Entfernung aus dem räumlichen Rechtsbereich: Binding Lehrb. I 318, Dshausen N. 7 Abs. 1; RG. 1./4. 81 C. 4 43, 22./4. 84 C. 10 321, 29./3. 87 C. 15 434, 8./5. 88 C. 17 358, 13./2. 94 C. 25 116, 13./5. 95 C. 27 222, 14./4. 04 C. 37 119, 10./10. 05 C. 37 174. Die Wegnahme kann hiernach die verschiedensten Formen annehmen. Das sofortige Zerbrechen ist aber ebensowenig Wegnehmen wie beim Diebstahl (§ 242 N. 9d): Binding Lehrb. I 319, Frank N. III Abs. 2, v. Liszt 436, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2 und RG. 29./3. 87 C. 15 434; a. M.

auch hier Oshausen N. 7 Abs. 3. Die Platten müssen aus dem Grundstück entfernt sein; ein Verbringen in andere Räume desselben Grundstücks ist keine Wegnahme: Oshausen N. 4b a Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2; RG. 22./4. 84 C. 10 321.

5. Das Delikt erfordert Dolus. Die Wegnahme muß vorsätzlich geschehen. Sie ist aber, auch wenn sie vorsätzlich geschieht, strafrechtlich irrelevant und erhält ihren strafrechtlichen Charakter, wie beim Diebstahl durch die Absicht der rechtswidrigen Zueignung, so bei der Pfandkehrung durch ihre bewusste Richtung gegen das Recht des Nießbrauchers usw. Nur dies besagt das Erfordernis der „rechtswidrigen Absicht“. Der Täter will durch das Mittel der Wegnahme die faktische Voraussetzung für die Ausübung des Nießbrauchsrechts usw. beseitigen und auf diesem Wege die rechtliche Lage des Berechtigten beeinträchtigen: Binding Normen II 548, Lehrb. I 320. Dieser Vorsatz fehlt, wenn die Sache nur deshalb aus dem Machtbereich des Berechtigten entfernt wird, um sie z. B. reparieren zu lassen. Wie dieser Vorsatz mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit identisch sein soll — so Oshausen N. 11 Abs. 2, der dieses Bewußtsein bei jedem Delikt verlangt! — ist unverständlich. Mehr als dieser Vorsatz ist nicht erforderlich, also keine Gewinnjucht, nicht die Absicht, den Berechtigten materiell zu schädigen: Berner 626, Binding Lehrb. I 320, Frank N. IV 1, Hälschner II 338, v. Liszt 436, Meyer-Alsfeld 471, Oshausen N. 11 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 18./1. 81 C. 3 277, 12./3. 86 C. 13 399. Der Täter muß wissen, daß dem Besitzer eines der vier geschützten Rechte zusteht, braucht aber nicht zu wissen welches. Eventualdolus genügt nicht: Meyer-Alsfeld 471 N. 6, Oshausen N. 11 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 30./1. 91 C. 21 312; a. M. Binding Lehrb. I 320 N. 3 (trotz der Anerkennung, daß der Ausdruck des Gesetzes entgegensteht) und Frank N. IV Abs. 1.

Ist die weggenommene Sache eine fremde, so muß der Vorsatz weiter darauf gerichtet sein, den Eigentümer zu begünstigen, sein Vorteil muß gewollt sein. Nimmt der Täter die Sache zu seinem eigenen Gunsten weg, so findet § 289 keine Anwendung, vielleicht § 242 und der Täter bleibt straflos, wenn auch § 242 verjagt. Wird durch die Wegnahme zugleich das Interesse des Täters und des Eigentümers gefördert, so genügt zur Anwendung des § 289 nicht, daß objektiv die Wegnahme auch zugunsten des Eigentümers erfolgte, vielmehr muß der Täter zugleich die Förderung der Interessen des Eigentümers gewollt haben: RG. 4./12. 82 C. 7 325.

6. Das Delikt, dessen Versuch strafbar, ist vollendet mit der Vollendung der Wegnahme, also bei der Miete sobald die Sache aus dem Grundstück entfernt ist. Eine andere Beeinträchtigung des Berechtigten als die Beeinträchtigung, die er durch die Wegnahme in seiner rechtlichen Lage überhaupt erleidet, ist nicht erforderlich: RG. 16./12. 87.

7. Antragsberechtigt ist der verletzte Berechtigte. Ferner z. B. der Witzmitt: Rüdorff-Stenglein N. 13; der Sequesier: RG. 12./12. 92 C. 23 344; der Stofurungsverwalter: RG. 26./10. 00 C. 33 433; bei der allgemeinen Gütergemeinschaft auch die Ehefrau: RG. 21./12. 00 C. 34 64; beim gesetzlichen Güterrecht die Ehefrau, wenn sie ein von ihr eingetragenes Grundstück ohne Zustimmung des Ehemannes vermietet hat: RG. 24./10. 02 C. 35 402.

8. Gemäß Abs. 5 bleibt das Delikt straflos, wenn es von Nizendenden wider Deizendenden oder von einem Ehegatten wider den anderen verübt wird. Straflos sind auch diejenigen Teilnehmer und Begünstiger, welche in einem dieser Verhältnisse stehen.

§ 290.

Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände urbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängnis bis zu Einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft.

1. Ein besonderer Fall des *furtum usus*, neben welchem noch auf § 318 zu verweisen ist. Das Gesetz geht von dem Gesichtspunkt aus, daß es sich nicht lediglich um das *furtum*, sondern zugleich um den Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens handelt. Täter ist nämlich ein öffentlicher Pfandleiher, also jeder, der die Gewährung von Darlehen gegen Sicherung durch Faustpfand offenkundig, d. h. in einer dem Publikum zugänglichen Weise als Gewerbe betreibt: Binding Lehrb. I 322, Frank N. 11, Hälschner II 339, v. Liszt 435, Merkel S. 5. III 838, Oshausen N. 2 Abs. 2, Schütze 504 N. 10, v. Wächter 437 N. 3. Ob die Polizei oder die Steuerbehörde von dem Betrieb des Gewerbes Kenntnis hat, ist unwesentlich: Binding, Frank, Hälschner, Merkel und Oshausen a. a. O., Berner 627 N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 2./4. 83 C. 8 269, 8./5. 83 C. 8 253. Ein Pfandleiher ist auch, wer gewerbsmäßig Rückkaufsgeschäfte betreibt (GewD. § 34 Abs. 2).

2. Gegenstand des Delikts sind die als Sicherheit gegebenen — beweglichen — Sachen und zwar auch dann, wenn zur Begründung des Pfandrechts noch ein weiteres hinzukommen muß, z. B. nach preussischem Recht die Eintragung in ein sog. Pfandbuch: Olshausen N. 3.

3. Unter Ingebrauchnehmen ist jede nutzbare Verwendung der Sache zu verstehen, welche mit der Beschaffenheit der Sache verträglich ist, also auch die in den Grenzen der Benutzung bleibende, nicht als Disposition über die Substanz sich darstellende Weiterverpfändung: Berner 627 N. 1, Binding Lehrb. I 322, Olshausen N. 4 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 2./4. 83 G. 8 269. Verbrauch der Sache ist Unterschlagung: Binding a. a. D., Frank N. III, Galschner II 339, Olshausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schütze 504 N. 10; RG. 13./12. 86 G. 15 147 (Gebrauch eines verpfändeten Spartassenbuchs durch Abhebung des Geldes).

4. Der Gebrauch ist ein unbefugter, wenn er ohne Einwilligung des Verpfänders erfolgt: Merkel S. S. III 838, Olshausen N. 4 Abf. 1.

5. Das Delikt erfordert Dolus, insbesondere das Bewußtsein der mangelnden Befugnis. Ebenso das Bewußtsein derjenigen Umstände und Tatsachen, welche die Eigenschaft als öffentlicher Pfandleihner begründen, nicht aber ihre Subjunktion unter den Begriff.

§ 291.

Wer die bei den Übertreten der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleifugeln aus den Kugelfängen der Schießstände der Truppen sich widerrechtlich zweignet, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

1. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die verschossene Munition, wogegen die rechtswidrige Zweignung nichtverschossener Diebstahl oder Unterschlagung ist. Die verschossene Munition bleibt regelmäßig — vgl. N. 3 — im Eigentum und je nach ihrem Verbleib auch im Gewahrsam des Militärziskus, ist also an sich ebenfalls ein taugliches Objekt des Diebstahls und der Unterschlagung. Aber durch § 291 wird dieser Diebstahl, diese Unterschlagung zu einem besonderen Delikt erhoben, zwischen welchem und jenen Delikten keine Idealkonkurrenz stattfindet: Binding Lehrb. I 311, Frank N. II, Galschner II 312, v. Liszt 437 N. 5, Merkel S. S. III 838, Meyer-Altfeld 472 N. 10, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1.

2. Das Gesetz unterscheidet, je nachdem es sich um die Munition der Artillerie oder die der anderen Truppengattungen handelt. Bei der ersteren kommt es nur darauf an, daß sie bei einer Übung verschossen ist, einerlei also wohin die Kugel verstreut ist, wogegen bei der Munition der anderen Truppengattungen — „Bleifugeln“ ist a potiori zu verstehen! — erforderlich ist, daß sie sich in dem Kugelfang eines Schießstandes befinden. Daß der Kugelfang ein unerschlossener sei, wie in Anschluß an die Praxis des früheren preussischen Obertribunals RG. 10./11. 80 mit Berner 627 N. 2 und Meyer II 52 annimmt, wird vom Gesetz nicht gefordert: Frank, Galschner, Merkel, Meyer-Altfeld und Oppenhoff-Delius a. a. D., v. Schwarze N. 3.

Die Zweignung jeder anderen, insbesondere der nicht bei Übungen verschossenen artilleristischen Munition, ist straflos: Binding Lehrb. I 312, Frank N. III, Olshausen N. 1 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1.

Das Gesetz schützt nur die Munition der deutschen Kriegsmacht: Olshausen N. 1 Abf. 1.

3. Der Begriff der widerrechtlichen Zweignung ist derselbe wie bei Diebstahl und Unterschlagung; vgl. oben § 242 N. 7—9, § 246 N. 3—5. Die Zweignung ist widerrechtlich, wenn sie ohne besonderes Recht und ohne Erlaubnis des Militärziskus geschieht. Wie bei jenen beiden Delikten kann auch hier von einer Rechtswidrigkeit der Zweignung nicht gesprochen werden, wenn die verschossene Munition vom Militärziskus derelinquiert, also eine herrenlose geworden ist, was insbesondere bei den Schießübungen der Marine auf offener See, sofern es sich nicht um einen Torpedo handelt, anzunehmen ist: Binding Lehrb. I 310 N. 3, 311 N. 1, Frank N. I, Olshausen N. 2a. Durch die Annahme, daß die Munition derelinquiert sei, wird der Dolus ausgeschlossen.

§ 292.

Wer an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Ist der Täter ein Angehöriger des Jagdberechtigten, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

1. Das Jagd- und Fischereirecht entbehrt bis jetzt der einheitlichen Regelung. Durch GG § 2 Abs. 2 sind die besonderen landesrechtlichen Vorschriften über die Jagd- und Fischereipolizei, durch GG, z. B. Art. 69 die landesrechtlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei aufrecht erhalten, unbeschadet nur der Vorschriften des BGB. über den Erfaß des Wildschadens und des BGB. § 958 Abs. 2; nach letzterer Bestimmung wird durch eine das Aneignungsrecht eines Anderen verletzende Besitzergreifung einer herrenlosen beweglichen Sache das Eigentum nicht erworben. Somit bemißt sich das Recht, jagd- und fischbare Tiere zu okkupieren, nach dem Landesrecht, und das StGB. bezieht sich nur auf die Verletzung dieses Rechts.

Sieraus ergibt sich:

a) wo, wie auf dem offenen Meer, das Okkupationsrecht Jedem zusteht, ist das Okkupieren straflos;

b) die Okkupation nicht herrenloser Objekte ist je nachdem Diebstahl, Mordraub oder Unterschlagung; vgl. § 242 Nr. 4 f.;

c) die Materie der strafbaren Verletzung des fremden Jagd- und Fischereirechts ist im Sinne des GG. § 2 reichsrechtlich geregelt: Binding Lehrb. I 323, Olshausen Nr. 2, § 296 Nr. 1; RG. 7./12. 82 C. 7 311, 4./2. 89 C. 19 49.

Auf das Jagdrecht beziehen sich die §§ 292–295, 368 Nr. 11. Eine rein jagdpolizeiliche Bestimmung hat sich nach § 368 Nr. 10 verirrt.

2. Das Jagdrecht im subjektiven Sinn ist das einer bestimmten — physischen oder juristischen — Person zustehende ausschließliche Recht der Okkupation jagdbarer Tiere innerhalb eines bestimmten Gebietes. Das Wildern, die Verletzung dieses Okkupationsrechtes, besteht in einer auf Erlangung des innerhalb eines bestimmten Jagdgebietes befindlichen Wildes gerichteten Handlung mit dem Bewußtsein des Täters, durch seine Handlung in ein fremdes Jagdrecht einzugreifen: RG. 21./12. 81 C. 5 277, 10./6. 82 C. 6 375. Daß der Wilderer sich das Wild aneignen will, daß er aus Gewinnsucht handelt oder um den Berechtigten zu schädigen, ist nicht erforderlich, sobald schon das Jagen zum Zwecke des Vergnügens genügt: Berner 620 Nr. 1, Binding Lehrb. I 329, 330, Frank Nr. II 2, Hälschner II 340, v. Liszt 451, Meyer-Alsfeld 469, Olshausen Nr. 4 Abs. 1, 11 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 Nr. 3, Wachenfeld H. II 308; RG. 13./1. 81 C. 3 226, 16./6. 81 C. 4 261, 23./9. 86 C. 14 419. Daher ist es, ausgenommen bei dem Fallwild und dem Ausnehmen der Jungen, nicht erforderlich, daß der Wilderer von dem erlegten Wild Besitz ergreift. Wenn das Wild bereits von dem Jagdberechtigten okkupiert ist, so ist die Wegnahme Diebstahl, wenn von einem anderen Wilderer, selbst wiederum Wildern, da das Okkupationsrecht des Jagdberechtigten durch die Okkupation seitens eines Wilderers nicht aufgehoben wird: Olshausen Nr. 4 Abs. 2 und RG. 21./4. 92 C. 23 89; a. M. für den zweiten Fall Binding Lehrb. I 328 und Oppenhoff-Delius Nr. 11. Es ist überhaupt nicht erforderlich, daß die Besitzergreifung möglich wird, daß die Jagd erfolgreich (Jagen ist kein Erjagen), daß überhaupt Wild an Ort und Stelle gewesen ist, von dem Wilderer hat gesehen oder gar erlegt werden können. Vielmehr umfaßt das Jagen, das Ausüben der Jagd alle auf die Okkupation selbst gerichteten, sie nicht lediglich vorbereitenden Handlungen, also alle Handlungen, durch welche das Wild aufgesucht, verfolgt, ihm nachgestellt wird, um es zu erlegen oder einzufangen oder sonst in Besitz zu nehmen, z. B. Aufstellen von Schlingen, Durchstreifen des Jagdreviers mit schußfertiger oder jederzeit schußfertig zu machendem Gewehr, Stehen auf Anstand u. ä., einerlei ob weidmännlich oder in anderer Weise, etwa zur Ausübung des Reitsports (Parforcejagd), gejagt wird: Berner 618, Binding Lehrb. I 329, Birkmeyer Enzykl. 1176, Frank Nr. II 4, Hälschner II 340, v. Liszt 451, Merkel 335, Meyer-Alsfeld 469, Olshausen Nr. 4 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 Nr. 3, 8; RG. 10./6. 82 C. 6 375, 9./10. 84 C. 11 249, 15./6. 85 C. 11 421, 19./11. 85 C. 13 84, 24./10. 89 C. 20 4, 2./6. 91 C. 22 115, 20./11. 94 C. 26 216.

Frank Nr. II 2 hält die Besitzergreifung ohne Zueignungsabsicht nur dann für Wildern, wenn sie eine Gefährdung des Wildes oder des Wildstandes enthält, z. B. es fängt Jemand einen Hasen, um ihn in anderem, ebenfalls fremden Jagdgebiet wieder laufen zu lassen. Aber die Freiheit dieser Ansicht ergeben die von Frank selbst genannten Beispiele, bei welchen entweder Dolus fehlt oder durch welche der Berechtigte in der Ausübung seines Rechts unterstützt wird. Einen eigentümlichen Widerspruch begeht v. Liszt 451, indem er schon das Aufsuchen und Verfolgen des Wildes für vollendetes Vergehen, die Aneignungsabsicht nicht für erforderlich, gleichwohl aber Tötung des Wildes ohne Aneignung für Nichtwildern erklärt. Eine Aneignung ist, wie oben bemerkt, nicht erforderlich; geschieht sie aber, so ist sie Ausübung der Jagd, nicht ein selbständiges, mit dieser konkurrierendes Delikt (unten Nr. 10 Abs. 2). Sie braucht nicht auf das ganze Wild gerichtet zu sein, z. B. das sog. Hirschenprengen (Aufsuchen der Hirsche behufs vorzeitigen Abstoßens der Geweihstangen): RG. 14./2. 07, C. 40 7.

3. Objekt des Wilderns sind nur die jagdbaren Tiere, jedoch die nichtjagdbaren, soweit sie nicht fischbar sind, dem freien Tierfang unterliegen, obgleich die Jagd auf sie in einem fremden

Jagdrevier nur mit Genehmigung des Jagdberechtigten stattfinden darf, § 368 Nr. 10. Welche Tiere jagdbar sind, bestimmt sich nach dem Landesrecht, dem gesetzlichen oder dem Wohnheitsrecht: Binding Lehrb. I 326, Frank N. I Abf. 2, v. Liszt 450, Meyer-Allfeld 469, Dischhausen N. 5, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 4, 10; RG. 1./10. 81 E. 5 85, 22./2. 83 E. 8 71, 11./6. 83 E. 8 378, 5./11. 83 E. 9 299, 4./11. 84 E. 11 192, 24./6. 89 E. 19 349, 6./7. 08 E. 41 397. Ist durch das Territorialrecht der Kreis der jagdbaren Tiere nicht bestimmt gezogen, so hat sich doch das Landesrecht in den verschiedenen Rechtsgebieten im allgemeinen übereinstimmend dahin entwickelt, daß alle nutzbaren wilden Säugetiere (Haarwild) und Vögel (Federwild) dem jagdbaren Wilde beizuzählen sind: RG. 24./6. 89 E. 19 349, 15./6. 96 E. 29 8, 6./7. 08 E. 41 397. Von diesem Standpunkt aus hat z. B. das Hanseatische Oberlandesgericht die Möven in Hamburg für jagdbar erklärt. Der Rechtszustand ist allerdings ein verwickelter; so sind z. B. die wilden Kaninchen wohl in Anhalt: RG. 25./10. 00 E. 33 416, und in Braunschweig: 6./7. 08 E. 41 397, nicht aber in Preußen jagdbar: 19./10. 93 E. 24 326. Darauf, ob das Tier im Einzelfall nutzbar ist, kommt es nicht an, sodaß auch das unbefugte Ausnehmen des jungen Haarwildes — wegen der Vögel vgl. § 368 Nr. 11 — strafbar ist: Werner 619, Binding Lehrb. I 326, Hälschner II 340, Mertel S. S. III 840, Dischhausen N. 6 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 8, 9, v. Schwarze N. 3. Die Bestimmungen über die Schonzeit sind rein jagdpolizeilicher Natur und heben die Jagdbarkeit nicht auf, obgleich ihre Verletzung das Delikt zu dem qualifizierten des § 293 erhebt.

Während das Abstoßen der noch mit dem Tierkörper verbundenen Stangen Wildern ist (oben N. 2 Abf. 2), fällt die unbefugte Offkupierung der bereits abgeworfenen, also zu einer selbständigen Sache gewordenen Hirschstangen nicht, wie v. Liszt 451 annimmt, stets, sondern nur dann unter § 292, wenn das Landesrecht die Stangen für Gegenstand des Jagdrechts erklärt: Binding Lehrb. I 327, Mertel S. S. IV 461, Meyer-Allfeld 469, Dischhausen N. 7 a; RG. 19./11. 85 E. 13 84.

Die unbefugte Aneignung von Fallwild fällt nicht nur in Ermangelung entgegenstehender territorialer Bestimmungen, wie Binding Lehrb. I 327 und Frank N. I Abf. 3 annehmen, sondern überhaupt unter § 292: Werner 619, Hälschner II 340, v. Liszt 451, Mertel S. S. III 840, Meyer-Allfeld 469, Dischhausen N. 7 b, Oppenhoff-Delius N. 8, 9, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 8, v. Schwarze N. 3; RG. 13./1. 81 E. 3 226, 19./10. 85 E. 13 84, 4./2. 89 E. 19 49. Fallwild ist aber nicht nur das aus natürlichen Gründen, wie Alter, Frost, Nahrungsmangel, Strauchheit, im gegenseitigen Kampfe zugrunde gegangene, sondern auch das infolge unbefugter Jagdausübung eingegangene Wild: RG. 19./11. 85 E. 13 85. Deshalb fällt auch die Wegnahme des Wildes, welches sich in einer durch einen anderen Wilderer aufgestellten Schlinge gefangen hatte und in ihr verendet war, nicht unter § 242, sondern unter § 292 (vgl. auch oben N. 2 Abf. 1): RG. 21./4. 92 E. 23 89. Der bereits völlig in Verwehung übergegangene Kadaver ist jedoch nicht mehr jagdbares Tier, seine Aneignung also nicht unbefugte Jagdausübung: RG. 26./9. 82, 16./2. 83.

4. Jagdrecht ist das Recht der Offkupation in einem bestimmten Gebiete. Daher wildert, wer an einem Orte jagt, an welchem zu jagen er nicht berechtigt ist.

a) An den außerhalb jeglichen Staatsgebietes liegenden Orten, also auf dem Meer, gibt es keine ausschließlichen Offkupationsrechte, kann also ein Jagdrecht weder bestehen, noch verlegt werden (oben N. 1 a).

b) Hiervon abgesehen ist die Frage, ob Jemand an einem bestimmten Orte jagdberechtigt ist, ausschließlich nach den Landesgesetzen zu beurteilen. Auch in einzelnen Bundesstaaten gibt es Orte, an welchen die Jagd für Jedermann frei ist. Frei ist z. B. in Schleswig-Holstein und in Mecklenburg die Jagd auf dem Meeresstrand, in Schleswig-Holstein auch auf dem Wattenmeer; in Hamburg im Flußbett der Elbe und auf den der Elbe und Flut unterliegenden Uferstreifen des Flusses sowie den Inseln, soweit der mittlere höchste Wasserstand reicht. Der Berechtigte macht sich niemals des Wilderns schuldig, auch dann nicht, wenn er die auf die Ausübung des Rechts bezüglichen jagdpolizeilichen Bestimmungen verlegt. Von dem Eigentum an dem Grund und Boden ist die Jagdberechtigung an sich unabhängig.

Das Jagdrecht kann dem Jagenden unmittelbar zuteilen, oder er hat es auf Grund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Erlaubnis. Jagt er auf Grund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Erlaubnis, so ist nach einer auch vom RG. adoptierten Ansicht die Jagd unberechtigt, wenn er die Beschränkungen nicht einhält, unter denen ihm die Erlaubnis erteilt wurde, z. B. auf Hochwild jagt, obgleich ihm nur die niedere Jagd erlaubt ist: Frank N. III Abf. 1, Dischhausen N. 9 Abf. 1, 2, Oppenhoff-Delius N. 5 a, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293, N. 6; RG. 19./1. 84 E. 9 431, 14./6. 10 E. 43 439. Dieser Ansicht ist beizutreten, soweit es sich um die Zeitdauer der Erlaubnis handelt, aber im übrigen mit Binding Lehrb. I 325, 328 entgegenzutreten, denn maßgebend ist, daß der Jäger in diesem Revier zu jagen befugt ist. Das Gejæg „kennet nur „lokal Berechtigte und lokal Unberechtigte; jene haben im Sinne des Gejæg volle Berechtigung:

„sie können also auf diesem Gebiete überhaupt nicht wildern, einerlei ob sie zur Schonzeit wildern, oder Tiere erlegen, die nicht zu jagen sie rechtsgeschäftlich verpflichtet sind“ (Bindung). Anderenfalls müßte auch der Berechtigte selbst ein Wilderer sein, wenn er die der Ausübung seines Rechts gesetzten Beschränkungen übertritt, z. B. während der Schonzeit jagt. Wenn nach dem zitierten Urteil v. 19./1. 84 der Jagdaufsesser, welcher die Erlaubnis hat, im Revier seines Dienstherrn für diesen zu jagen, ein Wilderer ist, falls er für sich, d. h. mit der Absicht jagt, das Wild sich anzueignen, so übersteht das RG., daß es für den Begriff des Jagens bedeutungslos ist, ob der Jäger den Besitz des Wildes für sich oder für einen Anderen erwerben will (oben R. 2 Abs. 1).

Übrigens räumen Frank und Olshausen ein, daß der Jagdpächter, der die im Pachtvertrage vorgeschriebenen Beschränkungen und Auflagen nicht einhält, sich nicht des Wilderns schuldig macht; es ist aber nicht einzusehen, warum es anders sein soll, wenn die Erlaubnis nur präkar erteilt ist.

c) Das Okkupationsrecht besteht nur an demjenigen Wilde, welches sich im Jagdrevier des Berechtigten befindet. Maßgebend für die Frage, an welchem Orte im einzelnen Fall die Jagd tatsächlich ausgeübt wird, ist daher nicht der Standort des Jägers, sondern des Wildes, sodaß das Gesetz nicht bloß den Fall trifft, in dem Jemand, ohne überhaupt zur Jagd befugt zu sein, die Jagd betreibt, sondern auch den Fall, in welchem ein Jagdberechtigter die Jagd über sein Jagdrevier hinaus ausübt: Berner 619, Bindung Lehrb. I 327 R. 4, 328, 330, Frank R. III Abs. 3, Hälshner II 340, v. Liszt 451, Meyer-Altfeld 469, Olshausen R. 8 Abs. 1, Oppenhoff-Deilus R. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 R. 7, v. Schwarze R. 4. Daher ist es Wildern, wenn der Jäger sich schußbereit an der Grenze aufstellt, um von seinem eigenen Revier aus das herannahende Wild abzuschießen: RG. 16./6. 81 E. 4 261. Und weil die Jagd die Gesamtheit aller auf die Erlegung bzw. Besitzergreifung abzielenden Tätigkeiten umfaßt, ist es ebenfals Wildern, wenn der Jäger das Wild aus dem fremden Jagdrevier in das seinige treiben läßt und es hier erlegt: RG. 28./11. 89 E. 20 98. Dagegen findet zwar § 368 Nr. 10, nicht aber § 292 Anwendung, wenn der Jäger das ohne sein Zutun in sein Revier gekommene Wild durch das fremde Revier anschießt oder von diesem aus abschießt: RG. 10./6. 82 E. 6 375. Das Herüberlocken des Wildes, z. B. durch Locktöne bei der Kuerhahnjagd, durch Anlegung von Salziellen, ist natürlich statthaft. Für das Falkwild ist, da bei ihm das Wildern in der unbefugten Aneignung besteht, die örtliche Lage zur Zeit der Aneignung maßgebend, somit bezüglich des ohne sein Zutun in sein Revier verbrachten Wildes nur der hier Jagdberechtigte okkupationsberechtigt: Olshausen R. 8 Abs. 2. Die Jagdfolge, nämlich die Verfolgung des angeschossenen Wildes auf fremdes Jagdgebiet, die Aneignung des von Hundem im Revier des Jagenden aufgejagten, auf fremdes Gebiet verfolgten und dort festgehaltenen Wildes, ist nur dann kein Wildern, wenn es von dem Landesrecht, welches ja über die lokale Berechtigung zu entscheiden hat, anerkannt ist: Frank R. III Abs. 3, Olshausen R. 8 Abs. 1; RG. 22./11. 88 E. 18 266; a. M., nämlich daß das Recht der Jagdfolge durch § 292 aufgehoben sei, Bindung Lehrb. I 325, v. Liszt 451, Meyer-Altfeld 469. Übrigens besteht es gegenwärtig nirgendswo in Deutschland.

5. Wilderer ist, wer auf jagdbare Tiere an einem Orte jagt, an welchem zu jagen er nicht berechtigt ist. Das Recht kann (oben R. 4b Abs. 2) ein unmittelbares oder ein durch Pachtvertrag oder präkar Erlaubnis oder für einen einzelnen Fall begründetes sein. Aber auch, wenn hiernach ein Jagdrecht nicht existiert, handelt derjenige nicht rechtswidrig, der Selbsthilfe ausübt oder sich in Notwehr befindet, nur daß auch in diesen Fällen der Begriff des Wilderns wiederum Platz greift, wenn der Täter sich das Wild aneignet. Wenn Frank R. IV die Rechtswidrigkeit auch dadurch für ausgeschlossen erklärt, daß der Täter im Interesse des Jagdberechtigten handelt, so ist dies nur mit der Maßgabe zuzugeben, wenn die Erlaubnis des Berechtigten präsumiert werden kann.

6. Das Delikt erfordert Dolus, den bewußten Willen, ein fremdes Jagdrecht zu verletzen, also das Bewußtsein der Fremdheit des Jagdgebietes, der Jagdbarkeit des Tieres, des Mangels der Berechtigung, sodaß durch jeden tatsächlichen oder rechtlichen Irrtum über diese Punkte der Dolus ausgeschlossen wird: Bindung Lehrb. I 331, Frank R. V, Hälshner II 340, v. Liszt 450, Merkel 335, Olshausen R. 10, 11 Abs. 1, 2, Oppenhoff-Deilus R. 14, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 R. 9, v. Schwarze R. 4; RG. 10./6. 82 E. 6 375, 3./3. 84 E. 10 234. Eventualdolus genügt: Frank, v. Liszt und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen R. 11 Abs. 2; RG. 3./3. 84 E. 10 234.

7. Der Versuch ist straflos. Da zu der Vollendung des Delikts der Erfolg nicht gehört, die Handlung nicht soweit gehen zu sein braucht, daß durch sie unmittelbar die Okkupation verwirklicht oder auch nur ermöglicht wird, so ist das Gebiet des straflosen Versuchs klein. Der Anfang der Jagd bestimmt sich ganz nach der Art des Jagens. Die Verfolgung eines bestimmten Tieres ist nicht erforderlich.

Ob hiernach ein strafloser Versuch oder eine Vorbereitungshandlung vorliegt, ist reine Tatfrage. Frank R. II verlangt, ausgenommen die Besitzergreifung mit Zueignungsabsicht und das

Erlegen, zur Vollendung eine Gefährdung des Wildes oder Wildstandes und nimmt daher anders als das RG. Vorbereitungshandlung an, wenn z. B. Jemand, mit Schlingen ausgerüstet, die zum Legen geeignete Stelle aufsucht (RG. 9./10. 84 C. 11 249); ebenso mit Bändig Lehrb. I 329 gegen Dshausen N. 12, wenn Jemand Fallwild im fremden Revier nur aufsucht.

8. Ob bei einer Beteiligung Mehrerer Mittäterschaft — § 293! — oder nur Beihilfe vorliegt, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Daher ist auch der Treiber je nach seinem Dolus Mittäter oder Gehilfe, weder, wie Frank N. VI annimmt, stets Mittäter, noch, wie Berner 620 und Bändig Lehrb. I 329 meinen, stets Gehilfe. Wenn bei der Jagd des Guts- herrn die Tagelöhner, bei der des Oberst die Soldaten zum Treiben befohlen werden, kann man nicht von Mittäterschaft sprechen. Man denke auch an den nicht seltenen Fall, daß die ältere Schul- jugend zum Treiben herangezogen wird. Übrigens fehlt bei den Treibern regelmäßig der Dolus. Ebenmäßig ist, wer das erlegte Wild im Einverständnis mit dem Jäger wegschafft, weder mit Frank a. a. O. stets Täter, noch mit Berner 620 N. 2 und Oppenhoff-Delius N. 11 stets Gehilfe. Übereinstimmend Dshausen N. 13a.

9. Das Wildern ist — relatives — Antragsdelikt, bei mehreren Jagdberechtigten nur, wenn der Täter Angehöriger (§ 52 Abs. 2) aller Berechtigten ist. Antragsberechtigt ist der Jagdberechtigte, bei mehreren Berechtigten jeder. Beruht die Berechtigung auf einem Pachtvertrage, nur der Pächter: Bändig Lehrb. I 330, Frank N. VII, Merkel S. 5. IV 462, Dshausen N. 14 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 29.

10. Idealkonkurrenz ist möglich mit Zuwiderhandlungen gegen die jagdpolizeilichen Vor- schriften: Dshausen N. 13b, Oppenhoff-Delius N. 16, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 4; RG. 23./11. 91 C. 22 234. Wenn Bändig Lehrb. I 328 N. 1 es für grotesk erklärt, von dem Wilderer einen Jagdschein zu verlangen, so gibt doch das Delikt des Wilderns nicht einen Freibrief bezüglich der jagdpolizeilichen Vorschriften.

„Alle Jagdhandlungen desselben Büchsganges, einerlei ob auf Einem oder mehreren Jagd- „gebieten, gelten als Ein Jagen.“ Bändig Lehrb. I 330.

Da Wildern weder Diebstahl noch Unterschlagung, ist § 258 nicht anwendbar, wohl aber nach beendigter Jagd § 259.

§ 293.

Die Strafe kann auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder auf Gefängnis bis zu sechs Monaten erhöht werden, wenn dem Wilde nicht mit Schießgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen, Netzen, Fallen oder anderen Vorrichtungen nachgestellt, oder wenn das Vergehen während der gesetzlichen Schonzeit, in Wäldern, zur Nachtzeit oder gemeinschaftlich von Mehreren begangen wird.

1. Neben die einfache Wilderei des § 292 treten in den §§ 293, 294 zwei qualifizierte Delikte. Sie finden auf alle Fälle der unberechtigten Jagdausübung Anwendung, § 293 insbesondere auch auf die Aneignung des Fallwildes, welche allerdings naturgemäß nur beim Betriebe der Jagd in Wäldern, zur Nachtzeit oder in Gemeinschaft in Betracht kommt: Bändig Lehrb. I 331 N. 6, Dshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2a; RG. 14./12. 87 C. 15 268.

2. Das Gesetz nennt fünf straf erhöhende Umstände:.

a) Der Täter jagt nicht mit Schießgewehr oder Hunden, sondern unter Benutzung anderer Mittel, insbesondere Schlingen, Netzen, Fallen. Vorrichtungen sind Gegenstände, welche zur Aus- übung der Jagd geeignet und bestimmt sind. Das Gesetz nennt zwar auf der einen Seite nur Schießgewehre und Hunde, gibt aber durch die andererseitsige Exemplifizierung zu erkennen, daß die Vorrichtungen aus totem Material bestehen müssen: RG. 22./5. 91 C. 22 15 (bezieht sich zunächst auf das „Jagdgerät“ des § 295). Daher liegt nur einfaches Wildern vor, wenn z. B. auf Federwild mit Jagdfalken gejagt wird. Auch dann findet § 293 keine Anwendung, wenn dem Wilde herkömmlicher oder notwendiger Weise auch bei berechtigter Jagd mit Schlingen usw. nachgestellt wird, wie z. B. den Kridenten. Werden die Schlingen usw. von dem Täter, ohne von ihm selbst gelegt zu sein, nur abgejucht, so liegt ein einfaches Wildern vor, da er nicht selbst nachgestellt, sondern nur die Früchte der nachstellenden Tätigkeit eines Anderen einerntet: RG. 11./11. 04; a. M. Dshausen N. 2. Hieher gehört auch das Legen vergifteter Köder: Frank N. II 1 und RG. 23./9. 86 C. 14 419; a. M. Bändig Lehrb. I 329.

b) Die Schonzeit wird durch das Landesrecht bestimmt. Ihre Unkenntnis schießt den Dolus aus: Frank N. II 2, Dshausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 13; a. M. Oppenhoff- Delius N. 3. Für das Wild, hinsichtlich dessen die Schutzzeit gänzlich ausgeschlossen ist, ist die Schon- zeit stets vorhanden: RG. 15./6. 96 C. 29 8 (weibliches Rehwild in Bayern).

c) Wald ist nicht das zur Holznutzung bestimmte und, z. B. durch Besäen, vorbereitete, sondern das mit Bäumen bestandene umfangreichere Grundstück einschließlich der Waldwiesen im Gegenjag zum überflüchtlichen Gelände oder den stellenweise mit niedrigem Gebüsch, z. B. Eichenkratt, bestandenen Flächen: Frank N. II 3; a. M. Dshhausen 4b, Rüdorff-Stenglein §§ 292 293 N. 14 und RG. 25./3. 98. Erforderlich ist ein allerdings nicht allgemein bestimmbarer größerer Umfang der Hölzung im Gegenjag zur Baumgruppe, Anlage, Schonung. Da es sich hier nicht wie bei der Jagdberechtigung um die lokale Berechtigung handelt, ist es einerlei, ob der Jäger oder das Wild sich im Wald befindet: Meyer-Wlffeld 470 N. 10, Dshhausen N. 4b und RG. 8./2. 94 E. 25 120; a. M., nämlich daß der Täter sich im Walde befinden müsse, Binding Lehrb. I 331 und v. Liszt 451 N. 6; unentschieden Frank N. II 3.

d) Anders als beim schweren Diebstahl ist hier, wo es sich um eine Tätigkeit im Freien handelt, die Nachtzeit gleich Dunkelheit, unabhängig von der Ruhezeit, auch nicht, wie v. Liszt 451 und Oppenhoff-Delius N. 4 meinen, die Zeit zwischen Sonnenuntergang und -aufgang, sondern begrenzt von der Abend- und Morgendämmerung, soweit diese noch oder schon Helligkeit sind: Berner 620 N. 3, Binding Lehrb. I 331 (301), Frank N. II 4, Geyer II 53, Merkel 335, Meyer-Wlffeld 470, Dshhausen N. 4c, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 15.

e) Gemeinschaftliche Begehung Mehrerer — mehr als Einer! — ist nicht Mehrtäterchaft, sondern Mittäterchaft, wenn also die Mehreren sich zur Begehung des Delikts bewußt verbunden haben (oben § 47 N. 3 ff.): RG. 16./6. 81 E. 4 261. Bei jedem Täter muß der volle subjektive und objektive Tatbestand vorliegen, also beide bewußt unberechtigt handeln. Es ist daher kein gemeinschaftliches Jagen, wenn von zwei unberechtigt Jagenden der eine sich irrtümlich für berechtigt hält: Dshhausen N. 4d, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 16; RG. 16./4. 88 E. 17 403. Nach RG. 21./9. 86, 13./6. 04 macht sich auch derjenige als Mittäter strafbar, der nur für seine Person vom Jagdberechtigten die Erlaubnis zum Jagen erhalten hat und gemeinschaftlich mit einem Anderen jagt, welcher, wie beide wissen, zur Jagd nicht berechtigt ist. Aber diese Ansicht, welcher auch Frank N. II 5 und Dshhausen N. 4d entgegengetreten, ist jedenfalls für den Fall irrig, daß die Erlaubnis auf einem Jagdpachtvertrag beruht.

Den Gegenjag zur Mittäterchaft bildet die Beihilfe. Die Beihilfe zum Jagen ist kein gemeinschaftliches Jagen Mehrerer: Binding Lehrb. I 331, Sälschner II 341, v. Liszt 451 (222 N. 12), Merkel S. S. III 841, Meyer-Wlffeld 470, Dshhausen N. 4d, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 16: a. M. v. Schwarze N. 6. Darüber, ob der Treiber Mittäter oder Gehilfe ist, vgl. § 292 N. 8.

3. Die Frage, ob das in § 292 Abs. 2 aufgestellte Erfordernis des Strafantrages auch für das qualifizierte Wildern des § 293 gilt, wird bejaht von Frank N. 1, Geyer II 53, Merkel 335 und S. S. III 841, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein §§ 292, 293 N. 12, Schüge 505 N. 11 und Anhang 22. Sie wird aber mit Recht verneint von Binding Handb. I 608 N. 2 und Lehrb. I 331, v. Liszt 451, Meyer-Wlffeld 470, Dshhausen N. 5 und RG. 23./6. 81 E. 4 330. Wird zur Begründung der Bejahung darauf hingewiesen, daß der Tatbestand des Delikts nicht vollständig wiedergegeben ist, sondern unter Hinweis auf § 292 („das Vergehen“) nur die strafe erhöhenden Umstände hervorgehoben werden, so ist diese Redaktionsweise im StGB. nicht selten und auf die Selbständigkeit des qualifizierten Delikts um so weniger von Einfluß, als dieses nicht wie z. B. der qualifizierte Hausfriedensbruch in § 123 früherer Fassung in dem § 292, sondern von diesem abgeordnet geregelt ist. Mit demselben Recht könnte das Erfordernis des Strafantrages auch für § 294 behauptet werden, was keiner der genannten Autoren tut. Daß die Strafhöhung in § 293 fakultativ, in § 294 obligatorisch ist, ist für die Frage bedeutungslos.

§ 294.

Wer unberechtigtes Jagen gewerbsmäßig betreibt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

1. Zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit vgl. § 73 N. 5b. Der Gewinn kann auch in dem Verbrauch des Wildes im eigenen Haushalt bestehen. Der Umstand, daß der Wilderer vorher schon die Jagd, wenn auch nicht unberechtigt, des Erwerbes wegen betrieben hat, kann bei Feststellung der Gewerbsmäßigkeit berücksichtigt werden. Da die Gewerbsmäßigkeit zu den persönlichen Eigenschaften des § 50 gehört, kann der nicht gewerbsmäßig handelnde Gehilfe nicht nach § 294 bestraft werden, wohl aber kann er es, wenn er gewerbsmäßig handelt, auch dann, wenn der Haupttäter selbst nicht gewerbsmäßig handelt. Dies ist besonders bei den bezahlten Treibern zu beachten.

2. Die Bestimmung bezieht sich sowohl auf § 292 als auch auf § 293. Sie unterscheidet aber nicht, und daher kommt die Frage, ob das Wildern ein einfaches oder ein qualifiziertes, nur für die Strafzumessung in Betracht: Dshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3.

3. Ein Strafantrag (§ 292 Abs. 2) ist, wie allgemein anerkannt wird, nicht erforderlich.

4. § 35.

§ 295.

Neben der durch das Jagdvergehen verwirkten Strafe ist auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräts und der Hunde, welche der Täter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen zu erkennen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

1. Diese Bestimmung ist eine Erweiterung und Verschärfung der allgemeinen Vorschrift des § 40. Und zwar in folgender Richtung:

a) § 40 ist fakultativ, § 295 obligatorisch;

b) § 40 findet Anwendung nur auf diejenigen Gegenstände, welche zur Begehung des Delikts gebraucht oder bestimmt sind, § 295 auch auf gewisse Gegenstände, welche der Täter nur bei sich führt;

c) § 40 setzt voraus, daß die Gegenstände dem Täter gehören, § 295 macht keinen Unterschied, ob sie ihm gehören oder nicht.

Gemeinsam ist beiden Bestimmungen, daß sie nicht bloß auf den Täter im engeren Sinn, sondern auch auf den Teilnehmer Anwendung finden: Binding Lehrb. I 331, Frank § 42 N. II 1, Dshausen N. 3c, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3.

Gemeinsam ist ihnen ferner, daß sie einen Verurteilten voraussetzen, auf die Einziehung also neben einer Hauptstrafe erkannt wird. Gemeinsam ist auch der rechtliche Charakter, nämlich daß die Einziehung keine Strafe, sondern eine Verwaltungsmaßregel ist: Frank N. I 2, Liszt 248, Dshausen N. 1; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7 und RG. 7./12. 82 C. 7 311. Daraus folgt, daß die Einziehung auch dann auszusprechen ist, wenn der Täter nicht wußte, daß er den Gegenstand bei sich führte: Dshausen N. 4 Abs. 3, und daß im Fall der Idealkonkurrenz mit einem mit höherer Strafe bedrohten Delikt gleichwohl auf die Einziehung erkannt werden muß: Frank N. I 2, Dshausen N. 6. Ebenso daß der bei der einfachen Wilderei erforderliche Antrag sich nicht auf die Einziehung zu erstrecken braucht; a. M. auch hier Rüdorff-Stenglein N. 5.

Soweit § 295 keine Anwendung findet, z. B. weil der Täter das Jagdgerät nicht bei sich geführt hat, greift wiederum die allgemeine Bestimmung des § 40 Platz: Binding Lehrb. I 331, Merkel H. N. III 841, Dshausen N. 5 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 8; RG. 19./6. 85 C. 12 305, 22./5. 91 C. 22 15, 6./5. 09 C. 42 315.

Das objektive Verfahren des § 42 ist ausgeschlossen bezüglich der nicht dem Täter oder Teilnehmer gehörenden und ebenso bezüglich der nicht zur Jagdausübung gebrauchten oder bestimmten Gegenstände: Binding Handb. I 496, 497, Grundr. 260, 261 (allgemeiner Lehrb. I 332), Birkmeyer Enzykl. 1142, Frank § 42 II 1, Merkel 228, Meyer-Alfeld 308, 318, Dshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4 (zweite Nr., die N. 4 findet sich zweimal); RG. 11./2. 89 C. 19 45.

2. Einzuziehen sind:

a) Gewehr, Jagdgerät und Hunde, welche der Täter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat. Einerlei ob vor oder nach der juristischen Vollendung, somit vom Beginn der Jagd bis zur vollendeten Aneignung, jedenfalls solange der Wilderer sich mit dem erlegten Wilde noch in dem fremden Jagdrevier befindet: Binding Lehrb. I 331, Dshausen N. 3b; RG. 19./6. 85 C. 12 305. Bei sich geführt hat einerlei, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke, sobald die Absicht, sie zur Wilderei zu gebrauchen, oder gar ihr wirklicher Gebrauch nicht erforderlich ist: Binding Lehrb. I 331, Geyer II 53, v. Liszt 452, Dshausen N. 3a; RG. 6./2. 79 C. 1 28, 19./6. 85 C. 12 305. Jagdgerät sind solche leblosen Gegenstände, welche nach ihrer Beschaffenheit an sich zur Verwendung bei der Jagd geeignet und dazu auch dauernd bestimmt sind: RG. 22./5. 91 C. 22 15. Unter dieser Voraussetzung z. B. ein Fernglas, Wagen und Schlitten. Die Einziehung anderer Tiere als der Hunde kann nur gemäß §§ 40, 42 erfolgen. Binding I 331 und Schüye 81 N. 9 halten die Transportmittel überhaupt für ausgeschlossen. In der entprechenden Bestimmung des preuß. Feld- und Forstpolizeigesetzes v. 1. April 1880 § 23 (Ges.-Samml. 230) sind die Transportmittel ausdrücklich von der Einziehung ausgenommen.

b) Einzuziehen sind ferner die Vorrichtungen, wie Schlingen, Netze und Fallen. Vgl. § 293 N. 2b. Will man diese Vorrichtungen von dem Jagdgerät unterscheiden, so sind unter ihnen

solche Mittel zu verstehen, welche zur Jagdausübung nicht dauernd, sondern für diesen speziellen Fall bestimmt sind. Es ist nicht erforderlich, daß der Täter sie bei sich führt, wohl aber, daß er sie wirklich gebraucht hat oder doch brauchen wollte: Frank N. 1 3, Olschhausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2.

3. Die Pflicht zur Einziehung ist eine unbedingte: RG. 7./2. 84 C. 10 139, 19./6. 85 C. 12 305. Auch wenn der Täter Gewehr, Jagdgerät, Hund nur auf eigenem Jagdrevier bei sich führte: RG. 16./6. 81 C. 4 261. Auch wenn die einzuziehenden Gegenstände dem Täter nicht selbst gehören. Ist aber der einem Anderen gehörende Gegenstand mittels einer strafbaren Handlung erlangt, die in dem gleichen Verfahren zur Feststellung kommt, so ist er nach StPD. § 111 dem Anderen zurückzugeben: Binding Lehrb. I 332, Frank N. 12, Olschhausen N. 4 Abf. 2 und RG. 2./7. 88 C. 18 43; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 1 und v. Liszt 452 N. 9. Man wird mit Binding noch weiter gehen und die Einziehung dann für ausgeschlossen erachten müssen, wenn der Gegenstand dem Jagdberechtigten gehört, denn das Gesetz will ja dessen Recht schützen.

Ist der Gegenstand nicht herbeizuschaffen, so darf nicht auf Werterjag erkannt werden, denn die Einziehung ist ohne Einschränkung vorgeschrieben und die Frage möglicher Crequirbarkeit ohne Belang: Olschhausen N. 4 Abf. 4, Rüdorff-Stenglein N. 4 (erste Nr.); RG. 7./2. 84 C. 10 139. Landesgesetze, welche eine den Werterjag zulassende oder gebietende Vorchrift enthalten, sind durch § 295 beseitigt: Olschhausen § 292 N. 2c, Rüdorff-Stenglein a. a. O. und RG. 4./2. 89 C. 7 311, 2./7. 88 C. 18 43.

Der Jagdberechtigte, der auf seinem Revier einen Wilddieb antrifft, ist zwar nicht kraft Selbsthilferechts (BGB. 229), wohl aber unter der Voraussetzung der Notwehr (§ 53, BGB. § 227) zur Wegnahme des Gewehres berechtigt: RG. 14./10. 02 C. 35 403.

Die Einziehung der Jagdbeute — anders § 296a — ist in § 295 nicht vorgeschrieben. Sie kann auch nicht gemäß § 40 erfolgen, da die Jagdbeute weder durch die Wilderei hergebracht ist, noch dem Wilderer gehört: Olschhausen N. 1 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 12./3. 09.

§ 296.

Wer zur Nachtzeit, bei Fackellicht oder unter Anwendung schädlicher oder explodierender Stoffe unberechtigt fischt oder krebst, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

1. Ebensovienig wie das Jagdrecht ist das Fischereirecht einheitlich geregelt. Die §§ 296, 370 Nr. 4 bedrohen nur die Verletzung des Okkupationsrechts, diese aber in erschöpfender Weise, sodaß für die Landesgesetzgebung insoweit kein Raum bleibt: Binding Lehrb. I 323, Olschhausen N. 1. Vgl. § 292 N. 1.

2. Das Delikt der Wildfischerei ist das Seitenstück zum Wildern. Die Ausführungen zu § 292 finden daher entsprechende Anwendung. Der Begriff des Fischens — das Krebsen ist nur eine Art des Fischens! — umfaßt neben der Okkupation alle Handlungen, durch welche Tiere, die Gegenstand der Fischereiberechtigung sind, auch Austern und Muscheln, aufgesucht oder verfolgt werden oder ihnen nachgestellt wird, um sie zu erlegen, einzufangen oder sonst in Besitz zu nehmen, ohne daß ein Gelingen der Bemühungen, ein Erfolg zur Vollenbung des Delikts erforderlich ist: Berner 621 Nr. 1, Frank N. 1, Hälschner II 342, Olschhausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1. Welche Tiere Gegenstand der Fischereiberechtigung sind, wird durch das Landesrecht bestimmt, sodaß nur in Ermangelung solcher territorialen Bestimmungen sich die Fischbarkeit auf Fische, Krebse, Auster und Muscheln wie erstreckt so beschränkt: Binding Lehrb. I 327, Frank N. 1, Geyer II 53, v. Liszt 452, Olschhausen N. 4; RG. 21./2. 88 C. 17 161; a. M., nämlich daß § 296 nur die eigentlichen Fische und Krebse im Auge habe, Oppenhoff-Delius N. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 4. Darüber, daß das Bernsteinfischen nicht hierher gehört, herrscht kein Zweifel. Ebenmäßig ist für die Erstanz der Berechtigung selbst das Territorialrecht maßgebend. Da das Gesetz nicht wie in § 292 jagt „an Orten fischen, an denen zu fischen er nicht berechtigt ist“, kann das Delikt auch der von dem Berechtigten angestellte Fischer oder sonst ermächtigte Dritte begehen, ersterer, wenn er zu eigenem Nutzen fischt, letzterer, wenn er die Erlaubnis sachlich überschreitet: Binding Lehrb. I 333 N. 1, Olschhausen N. 5; RG. 10./12. 85 C. 13 195.

3. Auch das unberechtigte Fischen erfordert Dolus, insbesondere also das Bewußtsein der Nichtberechtigung: Hälschner II 342, v. Liszt 452, Olschhausen N. 6.

4. Das einfache unberechtigte Fischen wird nach § 370 Nr. 4 als Übertretung bestraft. Durch das Hinzutreten einer der drei vom Gesetz genannten Umstände qualifiziert sich das Delikt als Vergehen.

Nachtzeit ist auch hier die Zeit zwischen Abend- und Morgendämmerung, soweit diese noch oder schon Helligkeit sind, § 293 N. 2d: Meyer-Malfeld 470, Olschhausen N. 7a, Rüdorff-Stenglein

№ 3. Wenn Frank N. III darunter die Nachtruhe versteht, denn wer bei Fackellicht fische, fische, abgesehen von den kaum praktischen Fällen dichten Nebels, zur Zeit der Dunkelheit, so überzieht er, daß es Fischplätze gibt, an welchen auch bei lichtem Tage nächtliches Dunkel herrscht. Es genügt, wenn auch nur ein Teil der strafbaren Tätigkeit in die Nachtzeit fällt, z. B. die Netze bei Tage eingelegt sind, aber über Nacht zum Zwecke des Fangens im Wasser liegen bleiben: v. Liszt 452 N. 12, Meyer-Altfeld 470 N. 14, Dshausen N. 7a; RG. 15./4. 04 C. 37 117.

Fackellicht ist hier die allgemeine Bezeichnung für „mehr oder weniger große flackernde und unverwahrte Flammen“: Dshausen N. 7b.

Schädliche Stoffe sind diejenigen, welche vergiftend, vernichtend oder auch nur betäubend wirken, wie vergiftete Köder, ungelöschter Kalk, Fenchelförner, Kodelsförner.

Explosierende Stoffe sind alle Stoffe, deren zerstörende Kraft in ihrer rapiden Ausdehnung infolge Entzündung begründet ist. Zu ihnen gehören insbesondere Dynamit, Benzin, Schießbaumwolle und gewisse entzündliche Gase, nicht aber der Wasserdampf: Binding Lehrb. II 21, Frank § 311 N. I, Dshausen N. 7c f; RG. 21./2. 92 C. 22 304. Frank a. a. O. verlangt eine „Ausdehnung der Daseinsform“. Rüdorff-Stenglein § 311 Nr. 3 rechnet auch den Dampf hierher. Das Ges. gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. Juni 1884 (RGBl. 61) findet auf diesen Gebrauch keine Anwendung.

5. Die Einziehung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 40, 42.

§ 296a.

Ausländer, welche in Deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Neben der Geld- oder Gefängnisstrafe ist auf Einziehung der Fanggeräte, welche der Täter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische zu erkennen, ohne Unterschied, ob die Fanggeräte und Fische dem Verurteilten gehören oder nicht.

1. Die Seefischerei ist nicht Gegenstand des Privatrechts. Auf dem offenen Meer können daher erflußige Okkupationsrechte wie nicht bestehen, so nicht verletzt werden. Aber nach den Grundsätzen des Völkerrechts gehört es zu den Befugnissen des Küstenstaates, die Benutzung seiner Küstengewässer, insbesondere auch in betreff der Fischerei zu regeln, diese den Inländern vorzubehalten und Ausländer vom Fischen in diesen Gewässern auszuschließen: v. Liszt Völkerrecht § 9 V 2. Von dieser Befugnis, die Küstenfischerei seinen Angehörigen vorzubehalten, hat das Deutsche Reich durch § 296a Gebrauch gemacht, sodaß ein besonderes Verbot gegenüber dem Ausländer oder allen Ausländern nicht erforderlich ist: Binding Lehrb. I 333, Frank N. I, Hälschner II 343, Dshausen N. 5 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; a. M. Oppenhoff-Delius N. 5.

Bezüglich der Küstengewässer vgl. § 3 N. 3c.

Bezüglich des Fischens vgl. § 296 N. 2. Den Gegenstand bestimmt auch hier das Landesrecht des Küstenstaates: Frank N. II, v. Liszt 453 N. 13 und Dshausen N. 3; a. M., nämlich mit allgemeiner Erstreckung auf alle Wassertiere, Hälschner II 344, Oppenhoff-Delius N. 3, und unter Ausschluß der Krebse Schüge Anhang 22 N. 3.

Die Erlaubnis erteilt das Deutsche Reich unter Zustimmung des Küstenstaates. Ohne diese Erlaubnis ist das Fischen ein unbefugtes oder unberechtigtes. Die von Dshausen gemachte Unterscheidung zwischen unbefugt und unberechtigt — nur der erstere Ausdruck sei richtig, weil es sich nicht um die Verletzung eines Privatrechts handele —, ist mit Rüdorff-Stenglein N. 5 zu verwerfen, weil auch derjenige unberechtigt handelt, der gegen eine staats- oder völkerrechtliche Satzung verstößt.

2. Täter des Delikts kann nur ein Ausländer sein; vgl. § 4 N. 2. Strafbar ist er auch, wenn er im Inlande wohnt: Frank N. III, Hälschner II 343 N. 6, Dshausen N. 2 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Führt er im Dienst oder Auftrag eines Inländers, also zu dessen Gunsten, so ist er straflos: Binding Lehrb. I 333, Frank N. III, Hälschner II 344, v. Liszt 453, Meyer-Altfeld 470 N. 15, Dshausen N. 2 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 1. Der Inländer kann sich nie als Täter, auch nicht als Mittäter, wohl aber als Anstifter und Gehilfe strafbar machen: Binding, Frank, Hälschner, Meyer-Altfeld, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Dshausen N. 2 Abf. 1.

3. Die Einziehung ist obligatorisch und umfaßt die Fanggeräte und die erbeuteten Tiere, ohne Unterschied, ob sie dem Täter oder einem Anderen gehören. Vgl. die Ausführungen zu

§ 295. Subjidiär kommen die §§ 40, 42 zur Anwendung, auch bezüglich der Fahrzeuge; a. M. bezüglich der Fahrzeuge Binding Lehrb. I 333 und Oppenhoff-Delius N. 7.

4. Das Delikt erfordert Dolus. Also das Bewußtsein der Nationalität des Täters, der mangelnden Erlaubnis und der Eigenschaft des Gewässers, in d. h. aus welchem gefischt wird, als eines deutschen Küstengewässers.

5. Auf die Fischei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer beziehen sich der internationale Vertrag v. 6. Mai 1882 und das dazu ergangene Ausführungsgef. v. 30. April 1884 (Reichs-Gesetzbl. 1884 25, 48).

§ 297.

Ein Reisender oder Schiffsmann, welcher ohne Vorwissen des Schiffers, ingleichen ein Schiffer, welcher ohne Vorwissen des Rheders Gegenstände an Bord nimmt, welche das Schiff oder die Ladung gefährden, indem sie die Beschlagnahme oder Einziehung des Schiffes oder der Ladung veranlassen können, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

1. Das Gesetz bedroht hier die Kontrebandierung.

Die Kontrebande ist entweder Kriegs- oder Friedenskontrebande.

Kriegskontrebande ist ein Gegenstand, welcher während eines Krieges einem maßgebenden Verbote zuwider einer der Kriegsparteien zugeführt wird. Rechtsfolge der Kontrebandierung ist die Konfiskation. Stets der Kontrebande selbst. Nach der Praxis der verschiedenen Staaten ebenfalls bald des Schiffes und der übrigen Ladung, bald des Schiffes oder der Ladung, z. B. nach der französischen Praxis das Schiff, wenn, was ev. präsumiert wird, der Schiffer um die Einschiffung der Kontrebande gewußt hat.

Friedenskontrebande ist ein Gegenstand, dessen Ein-, Durch- oder Ausfuhr entweder überhaupt verboten oder zollpflichtig ist. Der Schmuggel hat regelmäßig nur die Konfiszierung der Kontrebande und Vermögensstrafe zur Folge, aber das Schiff und die übrige Ladung haften für Strafe und Kosten, werden also bis zu deren Begleichung festgehalten.

Durch die Kontrebandierung werden also Schiff und Ladung oder Schiff oder Ladung der Gefahr ausgesetzt, dem Eigentümer dauernd oder zeitweilig entzogen zu werden.

Das Delikt ist ein Begehungsdelikt: RG. 25/1. 08 G. 41 70.

2. Das Gesetz nennt den Rheder. Nach HGB. § 484 ist Rheder der Eigentümer eines ihm zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Schiffes. Das Schiff, in welches die Kontrebande eingeschiffet wird, muß also ein Seeschiff sein: Binding Lehrb. I 252, v. Liszt 485, Meyer-Alsfeld 506, Olshausen N. 2.

3. Täter kann nur ein Reisender, der Schiffer (Kapitän), ein Schiffsmann sein. Jeder Andere kann sich nur als Teilnehmer strafbar machen. So der Alleinrheder: Binding Lehrb. I 253, Frank N. II Abj. 2, Olshausen N. 1 Abj. 3; der Beirachter: Binding und Olshausen a. a. D., Frank N. II 1; der Lootse: Binding und Olshausen a. a. D., Frank N. II 2, natürlich nur als solche.

Reisender ist jeder auf dem Schiffe Befindliche, der weder Schiffer noch Schiffsmann ist. Auch der sog. blinde Passagier: Binding Lehrb. I 252 N. 3, Frank N. II 1, Olshausen N. 1 Abj. 2. Schiffer ist der Führer des Schiffes, in dessen Ermangelung oder Verhinderung sein Stellvertreter, HGB. § 511.

Schiffsmann ist jede sonstige zum Dienst auf dem Schiffe während der Fahrt für Rechnung des Rheders angestellte Person, auch die Schiffsoffiziere, Ärzte, Proviant- und Zahlmeister, ebenso die weiblichen Angestellten, ohne Unterschied, ob die Ausrüstung erfolgt ist oder nicht: Binding Lehrb. I 252, Frank N. II 2, Hälshner II 396, Merkel h. N. III 842, Meyer-Alsfeld 506, Olshausen N. 1b, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1.

3. Die Anbordnahme muß geschehen seitens des Reisenden oder Schiffsmanns ohne Wissen des Schiffers, seitens des Schiffers ohne Wissen des Rheders. Eine besondere Heimlichkeit ist nicht erforderlich: Frank N. I, Olshausen N. 4 Abj. 2.

4. Die Tat kann im Inlande von In- oder Ausländern auf einem in- oder ausländischen Schiffe begangen werden, ohne Rücksicht, ob die Beschlagnahme und Einziehung im In- oder Auslande droht; im Auslande nur von einem Deutschen: Rüdorff-Stenglein N. 4. Es ist aber zu beachten, daß das Schiff außerhalb des fremden Hafens als ein sich fortbewegender Teil des Inlandes gilt.

5. Das Delikt, falls es nicht auf offener See begangen wird, ist vollendet nicht wie Frank N. 1 will, erst dann, wenn das Schiff mit dem Gegenstand in See sticht, sondern in dem Zeitpunkt, in welchem der Gegenstand an Bord eines zum Eintritt einer Seefahrt bestimmten Schiffes gelangt: v. Liszt 485, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 6.

6. Die Handlung erfordert Dolus: Binding I 252, Frank N. III, v. Liszt 485, Meyer-Altfeld 506, Olshausen N. 6; a. M. mit einer schwer verständlichen Unterscheidung Hälschner I 325, II 397. Der Dolus muß alle Tatbestandsmomente umfassen, also auch die Gefährdung: Frank N. III, Hälschner II 396 (nicht die „Absicht“ der Gefährdung), v. Liszt 485, Olshausen N. 6 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 28./4. 10 C. 43 383.

7. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze. Beihilfe kann z. B. begangen werden durch die in Kenntnis ihrer Bestimmung und der Möglichkeit einer Gefährdung erfolgende Lieferung von Waren: RG. 15./4. 09 C. 42 294.

§ 298.

Ein Schiffsmann, welcher mit der Feuer entläuft, oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen, wird, ohne Unterschied, ob das Vergehen im Inlande oder im Auslande begangen worden ist, mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Die Schiffleute erhalten gewöhnlich vor Eintritt der Reise von dem Rheder entw. oder in bar oder in Gestalt einer nach dem Dienstantritt fälligen Sichtenweisung (Heuernota) einen Vorchuß auf die Feuer. Auf die Verletzung der hierdurch auch materiell übernommenen Dienstpflicht bezieht sich § 296, eine der wenigen strafrechtlichen Abhandlungen des Vertragsbruchs (vgl. auch § 329).

a) Täter ist ein Schiffsmann, nicht der Kapitän, wohl aber jeder sonstige zum Dienst auf dem Schiffe während der Fahrt für Rechnung des Rheders Angestellte (§ 297 N. 2): Binding Lehrb. I 415, Hälschner II 397, Olshausen N. 2 Abj. 1. Ohne Unterschied, ob In- oder Ausländer. Voraussetzung ist ein gültiger Feuervertrag, nicht aber die Ausrüstung.

b) Das Schiff, für welches der Schiffsmann geheuert ist, braucht weder ein Seeschiff noch ein deutsches zu sein.

c) Der Schiffsmann bricht den Feuervertrag, indem er sich verborgen hält, um sich dem Eintritt, entläuft, um sich der Fortsetzung des übernommenen Dienstes zu entziehen, zwei für den Tatbestand gleichwertige Alternativen, von denen jedoch die zweite für die Strafzumessung als die schwerere erscheint. Durch den späteren freiwilligen Dienstantritt oder freiwillige Rückkehr oder zwangsweise Einbringung wird die Bestrafung nicht ausgeschlossen. Im Inlande erfolgt die zwangsweise Einbringung durch das Seemannsamt oder die Polizeibehörde, im Auslande haben nach dem Ges., betr. die Organisation der Bundeskonsulate, v. 8. Nov. 1867 § 34 (Bundes-Gesetzbl. 137) die Konsule bei den Orts- oder Landesbehörden die zur Einbringung erforderlichen Schritte zu tun.

d) Die Desertion ist nur strafbar, wenn sie mit der Feuer, unter ihrer Mitnahme geschieht, somit eine widerrechtliche Bereicherung vorliegt. Wenn der Schiffsmann sich dem Eintritt des Dienstes entzieht, ist das Erfordernis stets gegeben, wenn der Fortsetzung nur dann, wenn der Feuervorchuß noch nicht abverdient ist: Binding Lehrb. I 415, Hälschner II 397, Olshausen N. 3 Abj. 1. Ob der dem Schiffsmann als Lohn zugestandene Anteil an der Fracht oder am Gewinne und ob das Handgeld als Feuer anzusehen, richtet sich nach den Bestimmungen des Feuervertrages und in deren Ermangelung nach dem Ortsgebrauch.

2. Der Feuerbruch ist in England und Amerika nicht strafbar. Somit würde ein Deutscher, der dajelbst desertiert, gemäß § 4 Nr. 3 nicht bestraft werden können. Das Gesetz macht eine ergänzende und erweiternde Ausnahme von dieser Bestimmung, indem es die Desertion auch dann für strafbar erklärt, wenn sie außerhalb des Reichsgebiets begangen wird. Um diese Ausnahme richtig zu interpretieren, muß daran festgehalten werden, daß es sich um die Bestrafung eines Vertragsbruchs handelt, daß das Gesetz nicht unterscheidet, ob Täter und Schiff inländisch oder ausländisch sind, und daß es an erster Stelle den deutschen Rheder schützen will. Hiernach ist folgendes anzunehmen:

a) Der Inländer ist strafbar, wenn er im In- oder im Auslande von einem deutschen oder von einem nichtdeutschen Schiffe desertiert;

b) der Ausländer ist strafbar, wenn er im Inlande von einem deutschen oder nichtdeutschen, im Auslande von einem deutschen Schiffe desertiert. Den ausländischen Rheder gegen den Vertragsbruch des ausländischen Schiffsmannes auch im Auslande zu schützen, ist, mag auch der Dienstantritt im Inlande erfolgt sein, nicht Aufgabe des deutschen Gesetzgebers.

Die Ansichten sind hierüber allerdings verschieden. Vgl. Binding Lehrb. I 415, Frank R. IV, Geber II 64, Hälschner II 398, Merkel S. S. III 843, Lishausen N. 4 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5.

Ist im Auslande bereits eine Bestrafung erfolgt, so greift § 5 Nr. 1 Platz: Binding Lehrb. I 416.

3. Das Delikt erfordert Dolus. Dieser ermangelt, wenn der Schiffsmann desertiert, um sich z. B. vor Mißhandlungen zu retten, und der Kapitän die Entlassung verweigert.

4. Die Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (Reichs-Gesetzbl. 175) bestimmt in § 93 Abj. 3:

„Ein Schiffsmann, welcher mit der Flucht entweicht oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen, wird mit der im § 298 des Strafgesetzes angeordneten Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre belegt. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu dreihundert Mark erkannt werden.“

Und in § 121 Abj. 1, 3:

„Die Verfolgung wegen der in den §§ 93 bis 119 bezeichneten strafbaren Handlungen findet auch dann statt, wenn die strafbaren Handlungen außerhalb des Reichsgebiets begangen sind.“

„Die Verfolgung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter ein Ausländer ist.“

Sie findet nach § 1 auf alle — See- — Kauffahrteischiffe, welche das Recht, die Reichsflagge zu führen, ausüben dürfen, und außerdem auf diejenigen mit dem gleichen Recht begabten Binnenschiffe Anwendung, für welche dies vom Kaiser mit Zustimmung des Bundesrats angeordnet wird. Ferner gehören nach § 2 zu der Schiffsmannschaft wie nicht der Kapitän so auch nicht die Schiffsoffiziere einschließlich der Ärzte, Proviant- und Zahlmeister. Der sachliche wie der persönliche Kreis ist also ein engerer als bei § 298, insbesondere kommen nichtdeutsche Schiffe nicht in Betracht. Soweit hiernach die Seemannsordnung Anwendung finden kann, kommen ihre Bestimmungen als die des spezielleren Gesetzes, und im übrigen § 298 zur Anwendung. Zwischen dem § 298 und § 93 Abj. 3 findet somit nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz statt: Binding Lehrb. I 415, Frank R. V, Lishausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4.

§ 299.

Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnisaufnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Der in der Überschrift zu Abschn. 25 genannten „Verletzung fremder Geheimnisse“ sind die §§ 299, 300 gewidmet. In § 299 wird das nach dem häufigsten Fall seines Vorkommens sog. Delikt der Verletzung des Briefgeheimnisses bedroht. In Abschn. 25 ist die Bestimmung nur deshalb gestellt, weil eine besondere geeignete Stelle, sie dem Gesetzbuch einzufügen, mangelt. Sie ist, da bei ihr das Moment des Eigennutzes völlig zurücktritt, der Beleidigung näher verwandt als den andern in diesem Abschnitt behandelten Delikten. Allerdings wird durch die Verletzung eines fremden Geheimnisses nicht notwendig der sittliche Wert der Person angefaßt, aber es gibt sich in ihr eine Mißachtung insofern kund, als die Person mit Recht fordern kann, daß ihr Wille, etwas als Geheimnis zu bewahren, anerkannt und geachtet wird. Daher ist der Inhalt des Schriftstücks gleichgültig, die Eröffnung auch dann strafbar, wenn ein sachlicher Inhalt gar nicht vorhanden, oder wenn der vorhandene Inhalt — anders ist es im Fall des § 300 — authentisch bereits in die Öffentlichkeit gedrungen ist, oder wenn der Täter von dem Inhalt gar keine Kenntnis nimmt; dies kommt, wenn überhaupt, nur für die Strafzumessung in Betracht.

2. Objekt ist ein verschlossener Brief oder eine andere verschlossene Urkunde. Urkunde ist somit der allgemeine Begriff, Brief nur Unterart. Wenn man mit Merkel S. S. IV 446 N. 7 und Schütze 486 N. 11 Urkunde im technischen Sinne des § 267 nimmt, so muß man dies auch bei dem Brief. Jedoch dieser kann zwar eine Urkunde im technischen Sinne sein, ist es aber weder notwendig noch immer, und es ist kein Grund vorhanden, weshalb das Interesse an seiner Nichteröffnung nur dann geschützt sein soll, wenn er urkundlichen Charakter hat. Daher ist Urkunde nicht in dem juristischen Sinne des § 267, sondern im Anschluß an den alltäglichen Sprachgebrauch als Schriftstück überhaupt zu nehmen, in dem weiteren Sinne, daß auch Zeichnungen (z. B. bei Patentanmeldungen), Preisurante, Wistentarten dazu gehören: Binding Lehrb. I 129, Frank R. I Abj. 1, Hälschner II 216, 322, v. Liszt 401, Lishausen N. 2 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2,

b. Schwarze N. 1. Natürlich ist nicht mit Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 1 schon die auf dem Verschlussstück befindliche Adresse als Schriftstück im Sinne des Gesetzes aufzufassen, sodas die Eröffnung eines nur eine Photographie, ein Warenmuster („Muster ohne Wert“) enthaltenden adressierten Kuverts unter das Gesetz fielen: Binding und Frank a. a. D.

Das Schriftstück muß verschlossen, d. h. mit einer Vorrichtung versehen sein, welche nach der Auffassung des gewöhnlichen Lebens, insbesondere des Handels und Verkehrs, dazu bestimmt ist, Unbefugten die Einsichtnahme zu verwehren und nur unter Entwicklung einer besonderen, unter den Begriff der Eröffnung fallenden, im konkreten Fall vielleicht höchst geringfügigen Tätigkeit zu ermöglichen, wie Siegeln, Kleben, Nähen, Umschnüren mit Bindfäden, Klombieren usw.: Binding Lehrb. I 129, Frank N. I 1, 2, v. Liszt 401 (nicht Umwickeln mit Bindfäden), Meyer-Alfeld 520, Olshausen N. 2 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 2; RG. 15./10. 87 C. 16 284. Das bloße Zusammenhalten (z. B. Kreuzbandsendung) ist kein Verschluss: Binding, v. Liszt und Olshausen a. a. D., Frank N. I 2, Meves S. S. III 1004. „Der Verschluss muß entweder „an dem Schriftstücke selbst oder an seiner äußeren Umhüllung, z. B. dem Kuvert, angebracht sein, sodas Schriftstück und Verschluss eine Einheit bilden“ (Frank). Somit fallen unverschlossene, aber in verschlossenem Verwahrungsort — Schrank, Kasten, Kasse, — befindliche Schriftstücke nicht unter die Strafbestimmung: Frank N. I 3, v. Liszt 401, Meyer-Alfeld 520 N. 3, Olshausen N. 2 Abj. 3.

3. Die strafbare Handlung besteht in dem Eröffnen. Eröffnen ist jede Tätigkeit, durch welche der Verschluss derart beseitigt wird, daß eine Kenntnisnahme des Inhalts möglich ist, womit jedoch nicht notwendig eine Verletzung des Verschlusses verbunden ist, wie auch das gelöste Verschlussmittel nicht unwiederherstellbar zu sein braucht: Binding Lehrb. I 128, 129, Frank N. II Abj. 1, v. Liszt 401, Meves S. S. III 1004, Olshausen N. 4 Abj. 1; RG. 25./4. 90 C. 20 375. Die Einsichtnahme ohne Eröffnen, z. B. durch Hindurchlesen, Durchleuchten mittels Röntgenstrahlen, erfüllt den Tatbestand nicht.

4. Das Eröffnen muß unbefugt geschehen. Unbefugt eröffnet Jeder, zu dessen Kenntnisnahme das Schriftstück nicht bestimmt ist, und als nicht bestimmt zur Kenntnisnahme Anderer ist das Schriftstück, auch ohne weiteres Verbot, schon durch den Verschluss bezeichnet: Hälshner II 216, Olshausen N. 5 Abj. 1. Der Täter muß also, um straflos zu gehen, zur Eröffnung positiv berechtigt sein. Und zwar berechtigt zur Zeit der Eröffnung, die nicht immer mit der Zeit des Einganges des Schriftstückes identisch ist, z. B. regelmäßig nicht bei den Angeboten auf die von einer Behörde erfolgte Ausschreibung von Arbeiten, Lieferungen u. a.: Olshausen N. 3 Abj. 1.

Berechtigt zur Eröffnung sind:

a) Der Autor des Schriftstückes und, solange das Schriftstück zu des Autors Verfügung steht, auch der von ihm zur Eröffnung Ermächtigte;

b) der Destinatär des Schriftstückes. Wer dieses ist, bestimmt sich regelmäßig, aber nicht immer, aus der Adresse, denn diese kann falsch sein, oder das Schriftstück, obgleich an N. adressiert und zur Kenntnisnahme durch diesen bestimmt, zugleich zur Kenntnisnahme durch den Täter bestimmt sein: Binding Lehrb. I 129, Frank N. II Abj. 1, Olshausen N. 3 Abj. 2. Dem Destinatär steht der von ihm Ermächtigte gleich. Die Befugnis kann ferner durch das Erziehungsrecht über die unermwachten Kinder und Mündel begründet sein (BGB. §§ 1626, 1627, 1684, 1793): Berner 628, Binding Lehrb. I 130, Frank N. IV Abj. 2, Hälshner II 216, v. Liszt 402, Olshausen N. 5 Abj. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3. Sie kann nicht anerkannt werden seitens des Ehegatten gegenüber der Frau: Binding, Frank, Hälshner, Olshausen a. a. D., Merkel S. S. III 844; a. M. Tppenhoff-Delius N. 3;

c) der Geschäftsführer ohne Auftrag nach BGB. §§ 677 ff., insbesondere wenn für ein abwesendes oder sonst verhindertes Mitglied der Familie, des Hausstandes, des Geschäftes ein eiliges Schriftstück, z. B. ein Telegramm, einläuft: Frank N. II Abj. 2, Olshausen N. 5 Abj. 4;

d) endlich derjenige, dem die Eröffnung kraft besonderen Gesetzes gestattet ist. In Betracht kommen hierfür hauptsächlich KonkD. § 121, StPD. §§ 99, 100, 110, 116 Abj. 2, MünStGD. §§ 178 Abj. 2, 233, 237 Abj. 3.

5. Das Delikt ist vollendet mit der Eröffnung, ohne daß eine Kenntnisnahme des Inhaltes des Schriftstückes, erforderlich ist: Binding Lehrb. I 128, v. Liszt 401, Merkel 349 und S. S. III 844, Olshausen N. 4 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1.

6. Das Delikt ist nur als vorjähliches strafbar, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, sodas das Vorhandensein des Dolus auch dann festgestellt werden muß, wenn sich der Täter auf Fahrlässigkeit gar nicht berufen hat. Insbesondere muß ihm bewußt sein, daß er unbefugt handelt: Binding Lehrb. I 130, Meyer II 39, Hälshner II 216, v. Liszt 401, Merkel III 842, Olshausen N. 6 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abj. 4. Wenn Frank N. III statt dessen das Bewußtsein verlangt, daß das Schriftstück nicht zur Kenntnisnahme des Täters bestimmt sei, so folgt doch aus diesem Bewußtsein mit Notwendigkeit das Bewußtsein der Unbefugtheit oder, vielleicht noch

richtiger, das eine ist mit dem anderen identisch. Daß der Täter von dem Inhalt des Schriftstücks hat Kenntnis nehmen wollen, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. I 128, Frank N. III, Hälschner II 216, v. Liszt 401, Merkel H. S. III 844, Meyer-Altfeld 520, Lshaujen N. 6 Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 2; a. M. Schütze 505.

7. Antragsberechtigt ist derjenige, welchem die rechtliche Verfügung über das Schriftstück zusteht, der Eigentümer also bis dahin, daß der Destinatär oder die ihm gleichstehende dritte Person selbst oder durch einen zur Empfangnahme Ermächtigten in den Besitz kommt bzw., wenn der Destinatär erst zu einer späteren Zeit eröffnen darf, bis zu dieser Zeit. Von da ab ist der Destinatär antragsberechtigt. Dies gilt auch für die Sendungen durch die Post. Hiermit stimmen überein Frank N. IV, Geher II 39, Hälschner II 217, v. Liszt 402, Meyer-Altfeld 520, Lshaujen N. 8 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 5. Wenn Berner 628, Binding Handb. I 625 und Lehrb. I 130 N. 4 (mit mehreren, praktisch nicht zu verwertenden Untercheidungen), Merkel 349 und H. S. III 844, Schütze 505 N. 12, v. Schwarze N. 6 sowohl den Absender als auch den Adressaten für antragsberechtigt halten, so ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht daraus, daß von dem Zeitpunkt an, in welchem der Destinatär bzw. die ihm gleichstehende Person zur Eröffnung des Briefes befugt ist, die Beantwortung der Frage, wer außer dem Destinatär usw. zur Eröffnung des Schriftstückes befugt sei, dem rechtlichen Machtkreise des Absenders entzogen ist. Anderenfalls müßte man ihn auch nach Bestellung der Sendung an den Destinatär zur Erteilung der Eröffnungsbefugnis an dritte Personen für befugt erachten. Ist die Antragsberechtigung für den Absender vor der Bestellung des Schriftstücks an den Destinatär bereits entstanden, so geht sie durch die Bestellung nicht verloren: Lshaujen N. 8 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6.

8. Durch Diebstahl und Unterschlagung des Schriftstücks wird das Delikt des § 299 konsumiert, durch die Sachbeschädigung (Verletzung des Verschlusses) aber nur dann, wenn durch sie das Schriftstück entweder substantiell vernichtet oder unleserlich gemacht wird: Binding Lehrb. I 129 und Handb. I 369, Frank N. VI, Lshaujen N. 4 Abj. 1 und § 303 N. 12d.

§ 300.

Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintaufendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Das Gesetz gibt kein allgemeines Schweigegebot, sondern nur für gewisse mit der Rechts- und Heilpflege befaßte Personen und deren Gehilfen, zieht somit einen Kreis, der auch im Wege der Analogie nicht erweitert werden darf, so daß andere Personen nur als Teilnehmer schuldig werden können: Berner 628, Binding Lehrb. I 126, Frank N. IV, Hälschner II 217, v. Liszt 402, Lshaujen N. 4 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 6. Entscheidend für die Zugehörigkeit ist die Zeit zu welcher dem Täter das Geheimnis anvertraut ist. Er hat, wie der Beamte über die ihm vermöge seines Amtes bekannt gewordenen Angelegenheiten auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses, das ihm kraft seines Berufes anvertraute Geheimnis auch zu wahren, nachdem er den Beruf aufgegeben hat; „die Pflicht zum Schweigen überdauert die praktische Ausübung des „Berufes“ (Binding): Binding Lehrb. I 126, v. Liszt 402, Lshaujen N. 4 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abj. 3.

Über die Berufsqualität des im Inlande delinquierenden Ausländers entscheidet das Recht des Heimatstaates. Advokaten gibt es nach deutschem Recht nicht.

Täter können nur sein Rechtsanwälte, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker und die Gehilfen dieser Personen.

Dem Rechtsanwalt steht gleich der ihm gemäß M. D. § 25 zum Stellvertreter bestellte Rechtskundige, welcher nicht selbst Rechtsanwalt ist.

Wer, ohne Rechtsanwalt zu sein, als Verteidiger in Strafsachen fungieren darf, ergeben StP. D. §§ 138, 139, 144 und M. StG. D. § 341.

Nur die approbierten Ärzte und Wundärzte gehören hierher, auch die Zahnärzte, nicht aber die sog. Naturärzte und die Tierärzte: Frank N. IV, Lshaujen N. 5a II a, Oppenhoff-Delius N. 1.

Ebenso nur die geprüften Hebammen und die approbierten Apotheker: Lshaujen N. 5a II a, 7.

Die Gehilfen sind unter das Gesetz gezogen, weil sie in Folge ihrer weingleich nebensächlichen Mitwirkung häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hilfesuchenden Personen eingeweiht sind wie die Prinzipale selbst, wie andererseits diese nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehilfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hilfesuchenden selbst verlassen müssen. Gehilfe ist auch, wer es nur vorübergehend oder für den einzelnen Fall ist, und ebenso hört er nicht darauf es zu sein, daß er, wie der einem Rechtsanwalt zur Ausbildung überwiesene Referendar (RdO. § 40), der zur Assistenz eines Arztes zugezogene Student (Frank N. IV), in erster Linie lernen soll. Nur solche Personen kommen aber in Betracht, welche den Rechtsanwalt usw. in seiner Berufsausübung unterstützen, sodaß es nicht genügt, wenn sie z. B. als Diener in der Lage sind, von geheim zu haltenden Tatsachen Kenntnis zu erhalten: Olshausen N. 6.

2. Diese Personen erhalten kraft ihres Berufes Kenntnis von einem Geheimnis, und zwar von einem Privatgeheimnis im Gegensatz zum Staatsgeheimnis des § 92 Nr. 1. Geheimnis ist jede Tatsache im weitesten Sinn des Wortes, welche nur dem durch sie Betroffenen oder einem geschlossenen engeren Kreise, z. B. der Familie, bekannt ist, deren Hinaustragen in weitere Kreise die Familienverhältnisse, die Ehe, das Ansehen, das ökonomische Wohlbefinden und Fortkommen zu schädigen geeignet ist, an deren Nichthinaustragen daher die betroffene Person oder der engere Kreis interessiert ist: Frank N. I. Also nicht, wie Rüdorff-Stenglein N. 4 meint, alles, was der Rechtsanwalt usw. kraft seines Berufes erfährt, auch nicht, wie Olshausen N. 2 und RG. 22./10. 85 C. 13 60 den Begriff erklären, die Mitteilung der Tatsache, obgleich unter Umständen auch die Mitteilung Geheimnis sein kann, z. B. wenn ein Angeklagter, dessen Schuld allgemein bekannt ist, seinem Verteidiger ein Geständnis ablegt: Frank a. a. O. Wie die Kenntnis erlangt wird und ob mit oder ohne Wissen und Willen des Geheimhalters, ist gleichgültig: wofür nur die Person, welche sie erlangt, einen der vom Gesetz genannten Vertrauensberufe bekleidet und ihr das Interesse an dem Nichtbekanntwerden erkennbar ist. Unvertrauen bedeutet also, daß die geheimzuhaltende Tatsache unter ausdrücklicher oder aus den Umständen zu entnehmender Schweigepflicht dem Täter überhaupt zur Kenntnis kommt: Binding Lehrb. I 126, Frank N. II Abj. 1, Genet II 40, Hälschner II 217, v. Liszt 402, Meyer-Altfeld 520, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4; RG. 22./10. 85 C. 13 60, 26./9. 94 C. 26 5. Was als bestimmte Tatsache, nicht bloß als Gericht, bereits in weiteren Kreisen bekannt geworden, ist kein Privatgeheimnis mehr: Frank und v. Liszt a. a. O., Olshausen N. 2 Abj. 2; RG. 26./9. 94 C. 26 5, 16./5. 05 C. 38 62.

Die Schweigepflicht besteht aber nur, wenn der Täter die Kenntnis kraft seines Berufes, aus Anlaß der Berufsausübung, in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt usw. erhalten hat: Frank N. II Abj. 2, Merkel 349, Olshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4. Somit muß zwischen der Erlangung der Kenntnis und der Berufsausübung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, und es genügt nicht, wenn die Kenntnis nur gelegentlich der Berufsausübung erlangt wird: Olshausen a. a. O.

3. Die strafbare Handlung besteht darin, daß das Geheimnis einem Anderen, welcher es noch nicht kennt, in irgendeiner Weise dergestalt mitgeteilt wird, daß die Tatsache selbst und die Person, auf welche sie sich bezieht, ihm bekannt wird: Frank N. III Abj. 1, Olshausen N. 8 Abj. 1, N. 9 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 26./6. 94 C. 26 5.

Das Schweigegebot ist aber kein unbedingtes. Das Offenbaren muß ein unbefugtes, d. h. ein widerrechtliches sein.

a) Die Widerrechtlichkeit wird, wie allgemein anerkannt wird, durch Erlaubnis seitens des Unvertrauenden ausgeschlossen. Es genügt aber, wie oben N. 2 Abj. 1 ausgeführt wurde, wenn der Täter kraft seines Berufes die Kenntnis des Geheimnisses überhaupt erlangt hat, und daher ist oft ein Unvertrauender im engeren Sinne des Wortes gar nicht vorhanden. Auch kommt es darauf an, ob der Unvertrauende, z. B. ein Kind, die Erlaubnis mit rechtlicher Wirkung erteilen kann. Richtiger ist es daher, die Erlaubnis desjenigen zu fordern, welcher zur Stellung des Straftrags berechtigt ist.

b) Die Widerrechtlichkeit wird ferner in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in denen die Offenbarung gesetzliche Pflicht ist, z. B. im Falle des § 139, des Sprengstoffgesetzes v. 9. Juni 1884 § 13 (Reichs-Gesetzbl. 61), speziell für die Medizinalpersonen im Fall einer gemeingefährlichen Krankheit gemäß dem Gei. v. 30. Juni 1900 §§ 2, 45 (Reichs-Gesetzbl. 306): Binding Lehrb. I 127, Frank N. III 2a, Hälschner II 218, Merkel 350, Olshausen N. 9 Abj. 1; RG. 16./5. 05 C. 38 62.

c) Ferner wenn der Täter sich durch die Nichtoffenbarung einer Verletzung seiner Berufspflicht schuldig machen würde und die Berufspflicht nach den konkreten Umständen als die bedeutungsvollere erscheint. Ein Interesse an der Geheimhaltung wird regelmäßig bei Geschlechtskrankheiten vorliegen: RG. 22./10. 85 C. 13 60, aber der Hausarzt erfüllt seine Berufspflicht, wenn er dem Hausherrn mitteilt, daß das Dienstmädchen syphilitisch ist: Frank a. a. O., Meyer-Altfeld 521 N. 11; RG. 16./5. 05 C. 38 62.

d) Ebenso wenn die Kundgebung notwendig ist zur Wahrung berechtigter Interessen. Z. B. der Arzt klagt sein Honorar ein, wird wegen eines angeblichen Kunstfehlers zu Rechenschaft gezogen: Binding Lehrb. I 127, Frank N. III 2b, v. Liszt 403, Meyer-Alsfeld 521 N. 12. Dagegen liegt keine Wahrung berechtigter Interessen vor, wenn es sich lediglich um die Verfolgung wissenschaftlicher Interessen handelt, denn diese ist möglich auch ohne Kenntlichmachung des Geheimnisträgers: Frank N. III 2b, v. Liszt 403, Merkel S. S. III 845, Meyer-Alsfeld 521, Dischhausen N. 9 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 7; a. M. v. Schwarze N. 2.

e) Nach StPD. §§ 383 Nr. 5, 408 dürfen die sämtlichen in § 300 genannten Personen, nach StPD. §§ 52 Nr. 2, 3, 76 und MilStGD. § 188 Nr. 2, 3, 212 die Verteidiger, Rechtsanwälte und Ärzte ihr Zeugnis und Gutachten über das ihnen anvertraute Geheimnis verweigern, falls sie nicht von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind. Das Gesetz erkennt also in diesem Fall nur eine Berechtigung, nicht aber eine Verpflichtung zur Verweigerung an, und wird von der Berechtigung kein Gebrauch gemacht, so ist die Vernehmung nicht davon abhängig, daß der Deponent von der Schweigepflicht entbunden ist. Somit enthält die Nichtbenutzung jener Berechtigung keinen Bruch des Schweigegebots; anderenfalls dürfte ja auch der Richter die Aussage gar nicht entgegennehmen und im Prozeß verwerten: Binding Lehrb. I 127, Frank N. II 2c, Hälschner II 218, v. Liszt 402, Merkel 350, Meyer-Alsfeld 521, Dischhausen N. 9 Abs. 1, Schütze 505 N. 12 und RG. 8./7. 89 C. 19 364; a. M. v. Schwarze N. 5.

4. Fahrlässiges Kundwerdenlassen ist kein Offenbaren, das Delikt erfordert also Dolus: Binding Lehrb. I 127, Frank N. V, Hälschner II 218, v. Liszt 403, Meyer-Alsfeld 520, Dischhausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 8; a. M. Meves S. S. III 962 und Schütze 505 N. 12. Der Täter muß wissen, daß es sich um ein ihm in seiner Berufsbeziehung bekannt gewordenes Privatgeheimnis handelt, und daß er zur Offenbarung desselben nicht befugt ist, und er darf nicht meinen, daß derjenige, dem er es offenbart, es bereits kenne: Binding, Hälschner, v. Liszt, Dischhausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 16./5. 05 C. 38 62. Das Motiv ist für den Tatbestand gleichgültig: Werner 629, Binding, Hälschner und Dischhausen a. a. D., Merkel 350, Rüdorff-Stenglein N. 1, 8.

5. Darüber, wer den Strafantrag zu stellen berechtigt ist, wird gestritten. Die Ansicht von Frank N. VI, v. Liszt 403, Meyer-Alsfeld 521, Oppenhoff-Delius N. 8 und RG. 22./10. 85 C. 13 60, daß derjenige antragsberechtigt sei, dessen Interessen durch die Offenbarung verletzt würden, ist zu unbestimmt; nach ihr müßten z. B., wenn es sich um das Geheimnis eines Gemeinschuldners handelt, sämtliche Konkursgläubiger antragsberechtigt sein; unter Umständen sogar sämtliche Einwohner eines bestimmten Ortes. Da es sich um einen Vertrauensbruch handelt, so wird an erster Stelle derjenige für antragsberechtigt erkannt werden müssen, auf den sich die geheimzuhaltende Tatsache bezieht; ferner derjenige, der den Rechtsanwalt usw. zugezogen hat; endlich, wenn dem Täter das Geheimnis ausdrücklich mitgeteilt worden, auch der Mitteiler. Ähnlicher Ansicht ist Rüdorff-Stenglein N. 5. Nur in diesem Sinne läßt sich mit Werner 629, Binding Lehrb. I 128, Merkel 350 und Dischhausen N. 11 sagen, daß nur derjenige antragsberechtigt ist, der das Geheimnis anvertraut hat, dessen Vertrauen also durch die Offenbarung getäuscht worden ist.

6. Die Materie der unbefugten Geheimnisoffenbarung ist durch § 300 nicht im Sinne des GG. § 2 als Materie, also einheitlich und mit Ausschluß der Landesgesetzgebung, sondern nur in bezug auf gewisse Berufsclassen geregelt, sodaß die Landesgesetzgebung bezüglich anderer Berufsfreie und Personenklassen freie Hand hat: Frank N. VIII Abs. 2, Dischhausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 3./1. 87 C. 15 140.

7. Versicherungsgezet für Angestellte v. 20. Dez. 1911 (Reichs-Gesetzbl. 989):

§ 349.

„Wer unbefugt offenbart, was ihm in amtlicher Eigenschaft als
 „Mitglied eines Organs oder Angestelltem der Reichsversicherungsanstalt,
 „Mitglied oder Angestelltem einer nach diesem Gezeze zur Feststellung der Leistungen
 „zuständigen Behörde,
 „Vertreter oder Beiziger bei einer solchen Behörde
 „über Krankheiten oder andere Gebrechen Versicherter oder ihre Ursachen bekannt geworden ist,
 „wird mit Geldstrafe bis zu eintaufendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten
 „bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Versichererten oder der Aufsichtsbehörde ein.
 „Den Versichererten stehen andere Personen gleich, für die dieses Gezeze eine Leistung der
 „Reichsversicherungsanstalt vorliegt.“

§ 301.

Wer in gewinnjüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben Schuldheire,

Wechsel, Empfangsbekanntnisse, Bürgschaftsinstrumente oder eine andere, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder auch nur mündlich ein Zahlungsverprechen erteilen läßt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintaufendfünfhundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Die §§ 301, 302 betreffen bestimmte Geschäfte mit Minderjährigen und wollen die unerfahrene Jugend neben dem durch das Zivilrecht gewährten Schutz auch durch die Bestrafung des anderen Teils schützen. Minderjährig ist derjenige, dessen 21. Geburtstag noch nicht begonnen hat (WGB. § 187 Abs. 2). Dem hiernach Großjährigen steht der für großjährig Erklärte gleich: Binding Lehrb. I 447, v. Liszt 475 N. 2, Merkel S. 5. III 847, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 2; a. M. Frank N. I.

2. Das Geschäft besteht darin, daß

a) der Täter sich von dem Minderjährigen eine Verpflichtungsurkunde, insbesondere einen Schuldschein, Wechsel, Empfangsbekanntnis oder Bürgschaftsinstrument ausstellen läßt. Das Schriftstück ist eine Urkunde im technischen Sinne des § 267. Welchen Inhalt die Verpflichtung hat, ist gleichgültig; sie braucht also nicht, wie v. Liszt 476 und Olshausen N. 5a wollen, auf die Zahlung einer Geldsumme oder die Gewährung geldwerter Sachen (§ 302) gerichtet zu sein, sondern kann auch auf eine zu leistende Handlung gehen: Frank N. II 2a, Hälschner II 428, 429 und auch Olshausen § 302 N. 2b. Eine Quittung ist kein Empfangsbekanntnis, weil durch sie keine Verpflichtung begründet wird: Frank N. II 2a, Olshausen N. 5a, Merkel S. 5. III 847.

b) Oder der Täter läßt sich mündlich ein Zahlungsverprechen erteilen. Das Verprechen muß auf Zahlung von Geld gerichtet sein: Frank N. II 2b, Merkel, S. 5. III 847, Olshausen N. 5b. „Mündlich“ bedeutet nur den Gegensatz zu „schriftlich“, das Verprechen kann also auch durch schriftliche Handlungen erfolgen: Binding Lehrb. I 447 N. 2, Frank und Olshausen a. a. O., v. Liszt 476, Oppenhoff-Delius N. 8. Als ein Zahlungsverprechen ist regelmäßig schon die Bitte um ein Darlehn oder um Vorsehung auf Borg anzusehen, sofern in dieser Bitte, verbunden mit der Annahme des Darlehns oder des auf Borg genommenen Gegenstandes, zugleich eine Zusage der Zahlung enthalten ist: RG. 19./4. 98 C. 31 118.

c) Das „Lassen“ wird durch die Annahme erfüllt, welche ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen kann: RG. 19./4. 98 C. 31 118.

3. Das Geschäft muß abgeschlossen sein unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Minderjährigen. Dieser schließt das Geschäft ab aus Leichtsinns oder Unerfahrenheit, er würde es bei Besonnenheit und Erfahrung nicht abschließen, und die Benutzung dieses Leichtsinns, dieser Unerfahrenheit liegt darin, daß der Täter sich die Urkunde ausstellen, das Zahlungsverprechen erteilen läßt, obgleich er weiß, daß der Minderjährige nur aus Leichtsinns oder Unerfahrenheit handelt. Somit müssen der Leichtsinns und die Unerfahrenheit in ursächlichem Zusammenhang mit der Ausstellung des Schuldscheins, dem Zahlungsverprechen stehen: Frank N. II 1, Olshausen N. 3; RG. 19./4. 98 C. 31 118.

Hieraus folgt, daß das Geschäft für den Minderjährigen nicht bloß ein nicht vorteilhaftes, sondern ein nachteiliges sein muß; denn Besonnenheit und Erfahrung raten nur dann von einem Geschäft ab, wenn es ein ungünstiges ist, und in der Benutzung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit aus Gewinnjucht liegt notwendig eine Vermögensbeschädigung: Binding Lehrb. II 446, Frank N. II 2 Abs. 1, v. Liszt 476, Merkel S. 5. III 847, Olshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein §§ 301, 302 N. 2. Diese wirtschaftliche Schädigung braucht, wie Hälschner II 429 mit Recht bemerkt, keine wucherliche Übervorteilung zu sein und kann sogar dann vorliegen, wenn der Minderjährige vollen Gegenwert erhält: z. B. der Täter leiht ihm das Geld im Spiel, um es ihm wieder abzugewinnen.

Leichtsinns handelt, wer sich zwar der Folgen seiner Handlung bewußt ist, aber ihnen aus Sorglosigkeit oder aus Mangel genügender Überlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilegt: Binding Lehrb. I 446, Frank § 302a N. IV 2, v. Liszt 476, Olshausen § 302a N. 10b; RG. 11./2. 95 C. 27 18. Der Leichtsinns muß bei dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft obwalten, und es ist nicht erforderlich, daß der Minderjährige überhaupt leichtsinns, leichtsinns von Natur ist: Hälschner II 437, Olshausen a. a. O. Unerfahrenheit ist eine dem Menschen anhaftende Eigenschaft, welche auf einem Mangel an Geschäftskennntnis und Lebenserfahrung in allgemeiner oder auf beschränkter Gebieten des menschlichen Wirkens beruht und ihrem Wesen nach eine Einschränkung der Befähigung zur Wahrnehmung oder richtigen Beurteilung von Zuständen und Ereignissen irgendwelcher Art zur Folge hat; sie ist also nicht mit der Unkenntnis einer für das betr. Rechtsgeschäft erheblichen Tatsache zu verwechseln: Binding und v. Liszt a. a. O., Frank

§ 302a N. IV 3, Oshauhen § 302a N. 10c; RG. 10./6. 04 C. 37 205. Beide Begriffe bilden keinen scharfen Gegensatz, sondern sind gleichwertige Modalitäten.

Eine Benutzung von Leichtsinne und Unerfahrenheit liegt nicht vor, wenn der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen spätestens gleichzeitig seine Genehmigung zum Geschäft erteilt, vorausgesetzt, daß er nicht selbst Mitschuldiger ist: Binding Lehrb. I 447, Hälschner II 449, Oshauhen N. 2a, N. 6, v. Schwarze N. 6; RG. 18./2. 82 C. 6 47.

4. Von wem die Initiative ausgeht, ob von dem Täter oder dem Minderjährigen, ist gleichgültig: Binding Lehrb. I 448, Frank N. II 2a, v. Liszt 476, Oshauhen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 6; RG. 19./4. 98 C. 31 118. Nach den Grundsätzen über die notwendige Teilnahme — oben 126 N. 3 — kann der Minderjährige nicht wegen Teilnahme bestraft werden: Binding Lehrb. I 448, v. Liszt 476, Merkel 339, Oshauhen N. 4, Rüdorff-Stenglein §§ 301, 302 N. 2.

5. Vollendet wird das Delikt nicht schon, wie gewöhnlich — Merkel 339, Oshauhen N. 6, Rüdorff-Stenglein §§ 301, 302 N. 7 — gesagt wird, mit der Ausstellung der Urkunde, der Erteilung des Versprechens, sondern erst durch die Aus- und Entgegennahme seitens des Täters.

6. Das Delikt erfordert Dolus. Der Täter muß wissen, daß der andere Teil minderjährig, daß das Geschäft für diesen unglücklich ist und nur Leichtsinne oder Unerfahrenheit ihn zum Abschluß des Geschäfts bewegen: Binding Lehrb. I 447, Frank N. III. Nach Merkel 339 und Oshauhen N. 2b genügt bezüglich der Minderjährigkeit Eventualdolus, was aber mit Berner 622, Hälschner II 428, Rüdorff-Stenglein §§ 301, 302 N. 4 nicht zuzugeben, sondern Kenntnis der Minderjährigkeit zu verlangen ist. Dies ergibt sich aus § 302 Abs. 3, denn wenn der ZeSSIONAR wissen muß, daß der Schuldner ein Minderjähriger, kann auch der erste Gläubiger nur unter der gleichen Bedingung schuldig sein.

Das Gesetz verlangt gewinnmüchtige Absicht. Der Täter will also einen Gewinn erzielen, und die Herstellung des objektiven Tatbestandes dient als Mittel hierzu. Daß der Gewinn ein vermögensrechtlicher ist, und daß er, wenn er dies ist, über den allgemein üblichen Verdienst hinausgeht, ist nicht erforderlich: Frank N. III. Ein Gewinn kann schon darin liegen, daß durch den Wechsel, zu dessen Ausfertigung der Minderjährige ohne eine für ihn bestehende Rechtspflicht veranlaßt worden, Sicherstellung einer gegen ihn bestehenden, an sich begründeten Forderung erlangt wird: RG. 18./2. 82 C. 6 47.

7. Antragsberechtigt ist der Minderjährige, neben ihm auch sein gesetzlicher Vertreter (§ 65). Die Antragspflicht beginnt erst zu laufen, wenn dem Minderjährigen bzw. seinem gesetzlichen Vertreter zum Bewußtsein gekommen ist, daß sein Leichtsinne oder seine Unerfahrenheit in gewinnmüchtiger Absicht benutzt worden ist: Binding Lehrb. I 447, Frank N. IV, Hälschner II 429, Rüdorff-Stenglein §§ 301, 302 N. 8.

§ 302.

Wer in gewinnmüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen die Zahlung einer Geldsumme oder die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerter Sachen gerichteten Verpflichtung aus einem Rechtsgefchäfte versprechen läßt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher sich eine Forderung, von der er weiß, daß deren Berichtigung ein Minderjähriger in der vorbezeichneten Weise versprochen hat, abtreten läßt.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

1. Aus § 301 wird hier der Fall hervorgehoben, daß die übernommene Verpflichtung nicht auf Leistung einer Handlung, sondern einer Geldsumme oder einer gegen Geld zu verwertenden Sache gerichtet ist. Sie muß ferner eine rechtsgefchäftliche („aus einem Rechtsgefchäfte“), darf also nicht die Folge einer unerlaubten Handlung sein (BGB. §§ 823 ff.). Endlich muß die Verpflichtung in einer der angegebenen Weisen von dem Minderjährigen bestärkt sein, gleichviel, ob der Gläubiger

den Minderjährigen zu einem derartigen Versprechen bestimmt, oder ob dieser sich zu demselben erboten hat: Geuer II 69, Hältschner II 430, Olshausen N. 2c. Vgl. im übrigen die Ausführungen zu § 301.

2. Dieselbe Strafvorschrift tritt ein gegen den Zessionar einer Forderung, deren Berichtigung ein Minderjähriger in der vom Gesetz verpönten Weise versprochen hat. Auch der Zweitgläubiger muß in gewinnföchtiger Absicht handeln. Er muß den ganzen subjektiven wie objektiven Tatbestand der ersten Erwerbung der Forderung kennen. Diese Kenntnis muß auch dann festgestellt werden, wenn er sich auf Unkenntnis gar nicht berufen hat.

§ 302a.

Wer unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Die §§ 302a, b, c, d betreffen den sog. Kredit- oder Geld-, 302e den sog. Geschäfts- oder Sachwucher, und zwar a den einfachen, b den schweren, c den sog. Mit- oder Nachwucher, d den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen. Durch diese Bestimmungen ist die Materie des Wuchers im Sinne GG. § 2, also mit Ausschluß der Landesgesetzgebung geregelt: Binding Lehrb. I 452, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 302a bis d N. 3.

2. Täter ist jeder, der sich oder einem Dritten die Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, auch der Vertreter einer Korporation, eines Geldinstitutes. Der konzeßionierte Pfandleiher, der wegen einer Überschreitung des ihm gestatteten Zinsfußes der Strafe des § 360 Nr. 12 verfällt, macht sich des Wuchers schuldig, wenn die Überschreitung zugleich die gesetzlichen Merkmale einer strafbaren wucherischen Handlungsweise an sich trägt: RG. 5./1. 81 E. § 176; vgl. unten zu § 360 Nr. 12. Wegen Mittäterchaft und Beihilfe vgl. unten N. 10.

3. Bewuchert ist jeder, aus dessen Vermögen der Täter die wucherischen Vermögensvorteile erlangen will. Im Falle seiner Minderjährigkeit ist Idealkonkurrenz mit § 301 möglich: Olshausen N. 4 und Rüdorff-Stenglein §§ 302a bis d N. 4; a. M., nämlich für Gesetzeskonkurrenz, Binding Handb. I 354, Lehrb. I 445 N. 3.

4. Der Täter läßt sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren.

a) Vermögensvorteil ist alles, was aus dem Vermögen des Bewucherten dem Wucherer entweder versprochen oder unmittelbar gegeben, gewährt wird. Da die Frage, ob ein gestattetes oder ein wucherisches Geschäft vorliegt, nach dem Verhältnis des Vermögensvorteils zu dem üblichen Zinsfuß zu beantworten ist, muß der Vorteil in Geld oder in geldwerten Leistungen bestehen: Binding Lehrb. I 456, Hältschner II 432, Olshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 9; RG. 25./2. 90 E. 20 279. Auch bedingt zugesicherte Vorteile gehören hierher, und ihr Wert ist nach den Regeln des Probabilitätsfalküls zu berechnen: RG. 25./2. 90 E. 20 279.

b) Die Vermögensvorteile werden versprochen, indem die Verpflichtung zu ihrer Leistung übernommen, gewährt, indem sie ohne vorherige Verpflichtung geleistet werden. Das Versprechen geht der wirklichen Leistung voraus. Auch die gewährten Vorteile können schon vorher versprochen sein, aber in diesem Falle muß, was bei der Verjährungsfrage in Betracht kommt, zum Unterschied vom „Versprechen“ der Vorbehalt gemacht werden, daß die nähere Feststellung des Vorteils erst in einer späteren Zeit, beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses, z. B. bei der Rückzahlung des vom Wucherer Gegebenen geschehen soll: Binding Lehrb. I 455, 457 N. 2, Olshausen N. 6 Abs. 2; RG. 26./4. 81 E. 4 109, 5./5. 99 E. 32 143, 28./4. 06 E. 38 426. Unter welchem Namen und Titel Versprechen oder Gewährung erfolgen, ist um so gleichgültiger, als nach BGB. § 138 Abs. 2 alle wucherischen Rechtsgeschäfte nichtig sind. Ebenjowenig braucht das Versprechen mit der Angabe des Darlehns bzw. mit der Bewilligung der Stundung zeitlich zusammenzufallen. Wohl aber muß ein erkennbarer Zusammenhang des Versprechens oder Gewährens mit der

Darlehen oder Stundung bestehen, und diese Voraussetzung kann auch dann vorliegen, wenn die Vorteile sich nicht als direktes Entgelt für die Hingabe des Geldes darstellen, sondern erst bei der Rückzahlung als Vergütung für dessen Nutzung gewährt werden: Hälshner II 433, Oshausen N. 7; RG. 30./4. 95 C. 27 190. Da das Versprechen ohnehin nichtig ist, kommt es nicht darauf an, ob der Bewucherte es zu halten beabsichtigt.

c) Ob der Wucherer die Vorteile für sich oder einen Dritten will, ist gleichgültig. Durch diese Bestimmung soll die beim Wucher beliebte Vorschlebung eines Strohmannes vereitelt werden. Welche Rolle der Dritte dabei spielt, ist für die Strafbarkeit des Täters folgerecht bedeutungslos.

d) Entsprechend braucht auch derjenige, der aus seinem Vermögen die Vorteile verspricht oder gewährt, nicht mit demjenigen identisch zu sein, welchem der Wucherer seinerseits leistet; „er kann sich zu Gunsten eines Dritten opfern, um ihm das Darlehn zu verschaffen“: Binding Lehrb. I 454, Oshausen N. 6b.

e) Der Wucherer „läßt“ sich die Vorteile versprechen oder gewähren, wenn er das Versprechen, die gewährten Vorteile annimmt. Wer bei den Verhandlungen hierüber die Initiative ergreift, ist gleichgültig: Binding Lehrb. I 457, Geyer II 71, Hälshner II 433, 438, Oshausen N. 11 Abj. 3, Oppenhoff-Deilus N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 12, v. Schwarze N. 17.

5. Das wucherliche Geschäft ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein auf den Austausch von Leistungen gerichteter Vertrag, ein solcher, bei welchem jeder Kontrahent für die Leistung, zu welcher sich der andere verpflichtet, seinerseits ein Äquivalent zu geben sich verpflichtet. Aber nicht jedes zweiseitige Rechtsgeschäft gehört hierher, sondern nach der Bestimmung des Gesetzes muß es sich um die Hingabe eines Darlehns oder um die Stundung einer Geldforderung oder um ein denselben wirtschaftlichen Zwecken dienendes solches Rechtsgeschäft handeln. Die Vermögensvorteile werden aber zugesichert nicht, wie es in der älteren Fassung des Gesetzes hieß, „für“, sondern „mit Bezug“ auf das Darlehn, die Stundung. Sie brauchen, wie schon N. 4b bemerkt wurde, nicht materiell das Entgelt für Darlehn und Stundung zu bilden, sondern der erkennbare Zusammenhang zwischen den Vorteilen auf der einen und Darlehn oder Stundung auf der anderen Seite ist, wie erforderlich, so auch genügend. „Mit Bezug“ ist nicht nur Abschluß, sondern auch Aufhebung des Kreditgeschäftes, ohne daß es darauf ankommt, ob der Wucherer seinerseits bereits geleistet hat, da das Delikt schon mit der Entgegennahme des Versprechens der Vermögensvorteile vollendet ist. Die Beziehung liegt somit vor, wenn die Vorteile als Entgelt für die Aufhebung eines abgeschlossenen, aber noch nicht zur Ausführung gelangten Kreditgeschäftes gewährt werden: Frank N. III 2, v. Liszt 478, Oshausen N. 7; a. M. Binding Lehrb. I 455. Sie liegt auch dann vor, wenn der Wucherer sich den Vorteil durch ein Rechtsgeschäft verschaffen will, dessen Abschluß er als Bedingung des zu gewährenden Darlehns fordert, z. B. den Abschluß eines Lebensversicherungsvertrages, denn durch die Prämie wird zugleich der dem Wucherer als Agentenprovision zu zahlende Vorteil gedeckt, und ein direkter Übergang des Vorteiles aus dem Vermögen des Bewucherten in das Vermögen des Wucherers wird vom Gesetz nicht gefordert: Binding und Oshausen a. a. L.; RG. 14./6. 98 C. 31 239.

a) Ein Darlehn geben heißt: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen mit der Auflage zum Eigentum geben, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben. Aus der Nebenstellung der Geldforderung und der Aufstellung des Zinsfußes als Maßstab des Mißverhältnisses geht hervor, daß das Darlehn ein Gelddarlehn sein muß: Binding Lehrb. I 454, Frank N. III 1, Hälshner II 432, Oshausen N. 8a, Oppenhoff-Deilus N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 17./6. 84 C. 10 432. Es kann in einem anderen Geschäft stecken, z. B. in einem Rückkaufsgeschäft (RG. B. § 497): RG. 25./5. 81 C. 4 203; in der Übereignung von Akzepten gegen das Versprechen, die Wechselsumme nach bestimmter Zeit zu zahlen: RG. 17./6. 84 C. 10 432. Ob es wirklich vorliegt, ist Tatfrage.

b) Eine Forderung wird gestundet, wenn der Gläubiger dem Schuldner einer fälligen Schuld zu ihrer Begleichung eine Frist gestattet. Beim Wucher muß die Forderung eine Geldforderung sein. Sie braucht nicht schon vor der Stundung entstanden zu sein, denn diese hat als Gegensatz nur die sofortige Leistung: Oshausen N. 8b. Ihr Entstehungsgrund, ob ein Darlehn oder ein anderes Geschäft, ist gleichgültig: Hälshner II 432, Oshausen N. 8b, Oppenhoff-Deilus N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 8./10. 88 C. 18 181.

c) Beiden Rechtsgeschäften ist vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gemeinsam, daß der Empfänger des Darlehns, der Stundung sich in pekuniärer Verlegenheit befindet. Ihr wirtschaftlicher Zweck ist die Hebung dieser Verlegenheit, und sie sind das Mittel zur Realisierung dieses Zweckes. Der Zweck kann aber auch durch andere Rechtsgeschäfte realisiert werden, und es liegt gerade in der Natur des Wuchers, der an bestimmte juristische Formen nicht gebunden ist, daß er, aus dem einen Gebiete vertrieben, sich alsbald auf ein anderes begibt. Daher sind durch das Ges. v. 19. Juni 1893 dem Darlehn und der Stundung alle Rechtsgeschäfte gleichgestellt worden, welche denselben wirtschaftlichen Zweck, nämlich die Hebung der pekuniären Verlegenheit des Bewucherten, verfolgen. Die Befriedigung des pekuniären Bedürfnisses erfolgt wiederum durch

Singabe von Geld, aber die Vermögensvorteile bilden das volle Äquivalent für das dem Bewucherten gegebene Geld, sodaß eine Zurückgabe des Geldes nicht erforderlich ist. Somit liegt nicht eigentlich ein Kreditwucher, sondern ein Barwucher vor. Z. B. es wird dem Geldbedürftigen eine Forderung, die ihm gegen einen Dritten zusteht, gegen bar, aber weit unter dem Werte abgekauft, oder der Gläubiger läßt sich dadurch befriedigen, daß er Mobilien des Schuldners erheblich unter dem Werte übernimmt. Hiermit stimmen überein die Motive, Frank N. III 1, Oshaujen N. 8c und RG. 26./4. 94 C. 25 315, 30./4. 95 C. 27 190, 24./1. 96 C. 28 135, 27./3. 96 C. 28 288, 4./2. 02 C. 35 111, 3./6. 06 C. 39 126. Wenn Bindung Lehrb. I 455, v. Liszt 478 und Meyer-Altfeld 502 N. 10 nur diejenigen Geschäfte hierher rechnen, bei denen ein Vermögenswert unter der Bedingung späterer Rückgabe gewährt wird, wobei v. Liszt und Meyer-Altfeld dem Gelde andere vertretbare Sachen gleichstellen, so verwechseln sie das Mittel mit dem Zweck, zu dessen Realisierung das Mittel dienen soll. Auch wird durch die hier für richtig erkannte Ansicht keineswegs, wie Bindung a. a. O. N. 10 meint, die Grenze zwischen dem Wucher des § 302a und dem des § 302b verwischt, denn § 302b findet hiernach in allen wucherischen Fällen Anwendung, bei denen es sich nicht um die Befriedigung eines pekuniären Bedürfnisses handelt.

6. Die Vermögensvorteile, welche der Wucherer erhält, müssen in auffälligem Mißverhältnis zu seiner Leistung stehen. Die Formulierung des Gesetzes ergibt, daß der Richter den Standpunkt des Wucherers einzunehmen, dessen Vorteil und Leistung in Betracht zu ziehen hat, ohne den allerdings möglichen Fall zu berücksichtigen, daß der Vorteil des Schuldners schließlich dessen Opfer gleichkommt oder sie sogar überwiegt; Bindung Lehrb. I 458, Oshaujen N. 9 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 10; RG. 5./1. 85 C. 11 389, 25./2. 90 C. 20 379. Die gegenteilige Ansicht von Frank N. III Abs. 2, v. Liszt 428 und Meyer-Altfeld 502 N. 6, daß die Vermögensvorteile des Wucherers mit den Vorteilen, die der Bewucherte aus dem Geschäfte ziehe, zu vergleichen, also der Standpunkt des letzteren einzunehmen sei, würde dahin führen, den Wucher um so strafloser zu lassen, je größer die Notlage ist; denn zur Errettung aus der größten Gefahr ist jedes Opfer gering.

Die Vermögensvorteile dürfen keine übermäßigen sein. Als Maßstab dient der „übliche Zinsfuß“. Dieser ist nicht identisch mit dem allgemeinen oder für gewisse Personen und Geschäfte gesetzlich gestatteten Zinsfuß, dessen Einhaltung, mag der Zins auch noch so übermäßig sein, nie den Wucher begründet. Vielmehr ist er dasjenige Zinsquantum, das unter den gleichen Voraussetzungen wie hier regelmäßig gefordert und zugestanden wird. Die Ulflichkeit läßt sich somit nicht allgemein bestimmen, sondern bei ihrer Ermittlung sind die konkreten Umstände, die Orts- und Zeitverhältnisse in gleicher Weise wie die allgemeinen Kreditverhältnisse zu berücksichtigen: RG. 17./5. 92 C. 23 121. Wird dieser Zinsfuß eingehalten, so liegt kein Wucher vor. Wird er überschritten, so liegt er nur dann vor, wenn sich aus dem Überschreiten nach den Umständen des Falles ein auffälliges, d. h. sich jedem Kundigen sofort aufdrängendes Mißverhältnis der Vermögensvorteile und der Leistungen des Gläubigers ergibt. Ob dies der Fall, ist, wie das Gesetz selbst es postuliert, Sache der tatsächlichen Würdigung aller Umstände, wobei nicht nur die pekuniäre Leistung, sondern auch etwaige sonstige Bemühungen des Gläubigers zu berücksichtigen sind, nicht minder das Risiko, welches er auf sich nimmt, sowie endlich der Umstand, daß der Zinsfuß für kurze Fristen und kleine Summen mit Zug höher berechnet werden darf als für längere Fristen und größere Beträge: RG. 10./1. 81 C. 3 218, 13./7. 81 C. 4 390. Z. B. 100% p. A. ist enorm für 10 000 M. auf Ein Jahr, sehr klein für 100 M. auf Eine Woche. Entscheidend für die Feststellung des Mißverhältnisses sind nur die zur Zeit des Geschäftes gegebenen Umstände, nicht das schließliche Ergebnis des Geschäftes. Daher wird das zu jener Zeit gegebene Mißverhältnis dadurch nicht getilgt, daß es sich später durch nicht vorherzusehende Umstände zu einem dem Schuldner günstiger gestaltet, wie umgekehrt das zur Zeit des Geschäftsabchlusses entsprechende Verhältnis durch spätere dem Schuldner nachteilige Umstände nicht nachträglich in ein Mißverhältnis verwandelt wird: Hälssner II 435.

7. Dieser unverhältnismäßige Gewinn wird von dem Wucherer dadurch gezogen, daß er die Notlage, Leichsinn, Unerfahrenheit des Schuldners oder den Leichsinn, die Unerfahrenheit des für den Schuldner handelnden Dritten ausbeutet, d. h. schonungs- und rücksichtslos ausnützt.

a) Wie oben dargelegt, will der Schuldner durch das Eingehen des wucherischen Geschäftes seiner pekuniären Verlegenheit abhelfen. Die Notlage ist also eine pekuniäre, nicht z. B. eine Lebensgefahr. Ob sie eine verschuldete oder nicht verschuldete, ist gleichgültig. Wohl aber muß sich der Schuldner objektiv in Not befinden, eine bloß eingebildete Notlage genügt nicht: Frank N. IV 1, Oshaujen N. 10a Abs. 2 und RG. 18./6. 85 C. 12 303, 27./2. 96 C. 28 288; a. M. Bindung Lehrb. I 456. Nicht, wie RG. 12./2. 84 annimmt, eine wirkliche, sondern eine eingebildete Notlage liegt vor, wenn der Kreditnehmer nicht weiß, daß auf der Post oder der Bank seinen Bedürfnissen genügende Geldmittel für ihn bereit stehen. Sie kann auch vorliegen bei einem Ziehlehne zu produktiven Zwecken, also wenn der Schuldner, um nicht seine bisherige gewerbliche Tätigkeit aufzugeben, nach den Umständen des Falles genötigt ist, sich zur Beschaffung des erforderlichen

Materials Geld selbst unter wucherlichen Opfern zu verschaffen: Frank N. IV 1, v. Liszt 478, Olshausen N. 8a Abf. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 13./7. 81 C. 4 390. Zur Annahme einer Notlage ist aber eine absolut und allgemein ungünstige Vermögenslage, ein absoluter Mangel an Kredit und Zahlungsmitteln um so weniger erforderlich, als in solchem Falle regelmäßig auch der Wucherer seine Hilfe verjagt; vielmehr liegt der Bewucherte in Not, wenn er durch eine gegenwärtige dringende Geldverlegenheit zur Aufnahme eines Darlehns oder Erwirkung einer Stundung um jeden Preis gezwungen wird, mag auch dieser Weg nicht der äußerste und letzte oder bestgewählte sein: RG. 20./9. 81 C. 5 9. Wie hiernach niemals eine künftige, so kann eine nur augenblickliche, vielleicht oder sogar bestimmt demnächst vorübergehende Geldverlegenheit nur unter Hinzutritt anderer drängender Umstände als Notlage angesehen werden. Geldverlegenheit an sich ist noch keine Notlage, z. B. der Schuldner nimmt das Geld zu einer Maskerade, einer Bergnügungstour auf.

b) Zu dem Begriff des Leichtsinns und

c) der Unerfahrenheit vgl. oben § 301 N. 3. Zu beachten ist, daß nicht der Leichtsinn, wohl aber die Unerfahrenheit eine habituelle Eigenschaft ist, welche jedoch keine allgemeine zu sein braucht, sodaß ein Mangel an Lebenserfahrung auf demjenigen Geschäftsgebiete genügt, in dessen Bereich die Bewucherung stattfindet. Die Unerfahrenheit kann angenommen werden nicht bloß, wenn der Schuldner infolge seiner Geschäftsunkenntnis nicht befähigt ist, über die Bedeutung und Tragweite des konkreten Geschäfts, namentlich über die Schwere der Opfer, unter denen ihm das Darlehn gegeben oder die Stundung bewilligt wird, sich klar zu werden, sondern auch dann, wenn er von der vorhandenen Möglichkeit, auf andere und billigere Weise das Geld, dessen er bedarf, sich zu verschaffen, infolge mangelnder geschäftlicher oder sonstiger Erfahrung keine Kenntnis hat und daher jene Gelegenheit nicht benützt, sondern sich zur Eingehung des wucherlichen Geschäfts entschließt: Hälshner II 437, RG. 26./4. 94 C. 25 315.

8. Das Delikt ist vollendet, sobald der Gläubiger sich oder einem Dritten die Vorteile hat versprechen oder gewähren lassen: Binding Lehrb. I 457, Frank N. VI, Hälshner II 438, Mertel 349, Meyer-Alfeld 502, Olshausen N. 6 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 12. Und zwar bei dem Versprechen unabhängig davon, ob der Bewucherte sein Versprechen hält. Wenn er es aber hält, und der Wucherer — oder der Dritte — auf Grund des akzeptierten Versprechens die Leistung annimmt, so bilden die einzelnen Empfangnahmen nur Akte des einen fortdauernden Delikts und die Verjährung beginnt erst mit der letzten Annahme: Frank, Hälshner und Olshausen a. D., Geyer II 71, Dppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 13, 14; RG. 5./5. 99 C. 32 143, 28./4. 06 C. 36 426. Wird gegen wucherliche Vorteile für eine aus einem wucherlichen Geschäft herrührende Forderung gewährt, so liegt die Realoffenkundenz zweier verschiedener Wucherdelikte vor: Binding Lehrb. I 457 N. 3, Geyer II 71, Hälshner II 439, Olshausen N. 14 Abf. 1, Dppenhoff-Delius N. 17 und RG. 13./7. 81 C. 4 390; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 14.

9. Das Delikt erfordert Dolus. Der Täter muß sich des Mißverhältnisses seiner Leistung zu seinem Vermögensvorteil, sowie der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit des Bewucherten bewußt sein und diese Notlage bewußt ausnutzen: Binding Lehrb. I 458, Frank N. IV Abf. 2, Hälshner II 457, Mertel 340, Olshausen N. 12 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 11; RG. 5./1. 81 C. 3 176, 10./1. 81 C. 3 218, 25./2. 87 C. 15 333, 28./1. 89 C. 18 419, 27./3. 96 C. 28 289, 29./9. 96 C. 29 78. Hat er gar nicht die Absicht, die ihm versprochenen Vorteile sich demnächst zu verschaffen, so liegt kein Wucher vor: Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 12 und RG. 25./2. 87 C. 15 333; a. M. Binding Lehrb. I 459, weil auch in diesem Falle der Gläubiger das Rechtsgeschäft „ernst gemeint habe“. Bezüglich der Kenntnis der Notlage genügt Oventaldolus, insbesondere daß absichtliche Außerachtlassen der Verhältnisse des Schuldners: Olshausen N. 12 Abf. 2 und RG. 28./1. 89 C. 18 419; a. M. Mertel 340 und Wachenfeld Hst. II 306. Dies ist deshalb zu beachten, weil die Wucherer regelmäßig sich dadurch zu salbieren suchen, daß sie sich von dem Anderen versichern lassen, er befinde sich nicht in Notlage.

10. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Grundsätze. Der Bewucherte kann sich ihrer nicht schuldig machen, insbesondere nicht durch Anstiftung, da es gleichgültig ist, ob die Initiative zu dem Geschäft von ihm oder dem Wucherer ausgeht: Frank N. V, v. Liszt 479 N. 5, Meyer-Alfeld 502 N. 12, Olshausen N. 13; RG. 30./11. 88 C. 18 273. Den Vermittler halten weder für Mittäter noch Gehilfen Olshausen N. 5 Abf. 2 und RG. 27./3. 96 C. 28 289, 29./9. 96 C. 29 78, 4./2. 02 C. 35 111. Aber wenn er die Sachlage kennt, ist er mindestens Gehilfe, und er kann je nach dem Verhältnis seiner etwaigen Vermittlungsprovision auch Mittäter sein; die jetzige Fassung des Gesetzes lautet ja „mit Bezug auf“. Hiermit stimmen überein Binding Lehrb. I 455, Frank N. III 2, v. Liszt 478, Meyer-Alfeld 502 N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 1; vgl. auch RG. 19./1. 82 C. 5 366 und 25./1. 83 C. 8 17..

§ 302b.

Wer sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvorteile (§ 302a) verschleiert oder wechselmäßig oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen versprechen läßt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu sechstausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

1. Das Delikt des schweren Wuchers erfüllt den Tatbestand des einfachen Wuchers des § 302a mit der Beschränkung auf das Sichversprechenlassen — a. M. ohne allen Grund Rüdorff-Stenglein N. 2 — und mit der erschwerenden Maßgabe, daß das Versprechen in einer der vom Gesetz genannten Formen und Befräftigungen erfolgt.

2. Die Vermögensvorteile werden verschleiert, wenn „der wucherliche Inhalt durch die Form „eines erlaubten Geschäftes verdeckt wird“ (Berner), sodaß ihr Vorliegen schwer oder gar nicht zu erkennen ist: Berner 624, Binding Lehrb. I 459, Frank N. 1, Geyer II 71, Hälshner II 439, Olshausen N. 2a. Z. B. in die Schuldburkunde wird eine höhere Summe als in Wahrheit vom Wucherer gegeben eingestellt; der Vorabzug der Zinsen und ihr Betrag ist nicht vermerkt: RG. 26./2. 82; statt des verschriebenen Geldes werden Waaren gegeben: RG. 17./6. 84 E. 10 432; der Abschluß eines Kaufvertrages über Lotterielose neben einem Darlehn gegen mäßige Zinsen: RG. 25./2. 90 E. 20 279, 8./5. 91 E. 21 434. Daß der Schuldner selbst getauscht werde, ist nicht erforderlich: Frank und Olshausen a. a. D. Meyer-Alfeld 502 N. 14; RG. 11./10. 88 E. 18 332. Zum Dolus gehört das Bewußtsein der Verschleierung, denn dann hat der Wucherer sie gewollt: Frank, Hälshner und Olshausen a. a. D.; RG. 11./10. 88 E. 18 332.

2. Das wechselmäßige Versprechen erfordert die Benutzung der Wechselform, gleichviel ob der Schuldner sich als Aussteller oder Akzeptant, Indossant oder Wechselbürge verpflichtet. Ein den sämtlichen formalen Erfordernissen der Wechselordnung entsprechender Wechsel wird nicht vorausgesetzt; daher genügt die Einhändigung eines Blankoakzeptes, dessen Ausfüllung dem Gläubiger überlassen bleibt: Binding Lehrb. I 459 N. 5, Frank N. 2, Olshausen N. 2b; a. M. Hälshner II 440. Der Tatbestand liegt nicht vor, wenn für die Prolongation eines Wechsels wucherliche Zinsen bedungen, aber nicht wechselmäßig zugesichert werden: Frank und Olshausen a. a. D.; RG. 10./7. 85.

3. Zu der Bestärkung durch Verpfändung der Ehre usw. vgl. § 302 N. 1. Die Bestärkung der Angaben des Schuldners über andere Umstände, z. B. seine persönlichen und Vermögensverhältnisse, genügt nicht: Frank N. 3, Hälshner II 440 N. 2, v. Liszt 479, Olshausen N. 2 c; a. M. unter Bezugnahme auf den reichstägl. Kommissionsbericht Rüdorff-Stenglein N. 4.

§ 302c.

Dieselben Strafen (§ 302a, § 302b) treffen denjenigen, welcher mit Kenntnis des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiterveräußert oder die wucherlichen Vermögensvorteile geltend macht.

1. Der sog. Mit- (Berner) oder Nachwucher (Binding). Das Gesetz will die beim Wucher üblichen Schiebungen, insbesondere die wechselmäßigen, treffen, bedroht daher den Nachwucher mit der Strafe des einfachen oder schweren Wuchers, je nachdem der Tatbestand des einen oder des anderen vorliegt. Es ist gleichgültig, ob der Täter die Forderung von dem ersten Gläubiger oder irgend einem Nachfolger desselben erwirbt, ob von einem gutgläubigen Vornam oder einem solchen, der Kenntnis des Sachverhalts bejaß. Der Erwerb kann, anders als im Fall des § 302 Abs. 3, durch alle Erwerbsarten, auch von Todes wegen, geschehen: Hälshner II 441, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 6./10. 03 E. 36 374; a. M., nämlich nicht durch Erbgang, v. Liszt 479. Es kommt aber nur auf den Willensakt des Erwerbenden, nicht auf die rechtliche Gültigkeit des Erwerbes an; z. B. der Wucherwechsel wird gestohlen oder unterschlagen (gefunden). In subjektiver Beziehung muß dem Täter der wucherliche Charakter nach der subjektiven wie objektiven Seite, im Falle des § 302b das Vorhandensein des erschwerenden Umstandes bekannt sein: Binding Lehrb. I 479, 480, Geyer II 72, Hälshner II 441, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2. Und zwar muß die Kenntnis schon beim Erwerb vorhanden sein,

nicht erst nachträglich hinzutreten: Berner 624, Binding Lehrb. I 479, Frank N., Hälschner II 440, Olshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2.

2. Der bloße Erwerb genügt aber nicht, vielmehr muß sich der Wille, in das strafbare Verhältnis einzutreten, in bestimmter Weise äußerlich dokumentieren.

a) Der Nachwucherer macht entweder die wucherlichen Vermögensvorteile selbst geltend. Also indem er sie sich gewähren läßt, sie einlagt oder zur Kompensationsrede benutzt, nicht aber dann, wenn er nur das geschuldete Kapital nebst einem entsprechenden Maße von Zinsen fordert: Geyer II 72, Hälschner II 441, Olshausen N. 1 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4.

b) Oder er veräußert die Forderung weiter, und zwar als eine wucherische, mit den wucherlichen Vermögensvorteilen. Es ist also kein Nachwucher, wenn dem Schuldner das Übermaß erlassen und nur der Rest weiterveräußert wird: Frank N., Olshausen N. 1 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4.

§ 302d.

Wer den Wucher (§§ 302a bis 302c) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

Wegen der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit vgl. § 73 N. 5b. Das Delikt ist ein Kollektivdelikt. Somit muß eine Mehrheit von verübten Wucherdelikten festgestellt werden, gleichviel, ob es Fälle des einfachen, des qualifizierten oder des Nachwuchers sind, der Angeklagte alle als Täter verübt oder bei einzelnen nur als Teilnehmer fungiert hat. Die einzelnen Fälle gehen in den Tatbestand des gewerbsmäßigen usw. Wuchers auf, sodaß für eine Konkurrenz kein Platz ist: Hälschner II 442, Olshausen N. 2 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 13./7. 81 C. 4 391. Wie oben § 302 N. 8 bemerkt, bildet die sukzessive Entgegennahme wucherlicher Vorteile aus demselben Geschäft nur Einen Wucher, kann also zur Feststellung der Gewohnheitsmäßigkeit nicht genügen: Berner 624, Hälschner II 442, Olshausen N. 2 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 3. Ubrigens ist wegen der gewinnfüchtigen Natur des Wuchers der gewohnheitsmäßige immer auch ein gewerbsmäßiger: Berner 624, Binding Lehrb. I 460 N. 1, Olshausen N. 2 Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 2.

§ 302e.

Dieselbe Strafe (§ 302d) trifft denjenigen, welcher mit Bezug auf ein Rechtsgeschäft anderer als der im § 302a bezeichneten Art gewerbs- oder gewohnheitsmäßig unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unersahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

1. Das Delikt wird gewöhnlich als Sach- oder Geschäftswucher bezeichnet, aber der Gegensatz zu dem Delikt des § 302a ist nicht der des Sach- zum Kreditwucher, sondern ist in dem von dem ausgebeuteten Teil verfolgten Zweck gegeben: RG. 4./2. 02 C. 35 111. Bei dem Wucher des § 302a ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich, durch welches einer pekuniären Bedrängnis abgeholfen werden soll, während für den Sachwucher jegliches Rechtsgeschäft anderer als der im § 302a bezeichneten Art in Betracht kommt, somit nicht erforderlich ist, daß durch das betr. Rechtsgeschäft ein Kreditgeschäft verdeckt wird: RG. 26./4. 91 C. 25 315. 3. B. Preissteigerung durch sog. Ringe und Kartelle, Ausbeutung durch Arbeitgeber und -nehmer, den Vermieter, Theateragenten, Kunsthändler, durch Gütergerummern, Viehpacht. Ebenso das von einem Rechtsbeistand vereinbarte Honorar: RG. 23./10. 11 C. 45 198. Als Maßstab dient, da es sich nicht um Kreditwucher handelt, nicht der übliche Zinsfuß, sondern der Wert der Leistung des Wucherers. Die Leistung des Geschäftsvermittlers besteht nicht nur in dem Aufwand von Zeit und Arbeit, sondern auch in dem, was er dem Bewucherten verschafft: Binding Lehrb. I 460, Olshausen N. 3 Abf. 1; RG. 29./1. 96 C. 29 78. Abzüge, welche der eine Teil dem andern bei der Vertragserfüllung macht, dürfen nicht zur Vergleichung herangezogen werden: Frank N. I, Olshausen N. 3 Abf. 2; RG. 29./1. 96 C. 29 78. Das Erfordernis „mit Bezug auf“ ist gegeben, wenn zwischen dem Rechts-

geschäft und der versprochenen oder gewährten Vergütung ein erkennbarer Zusammenhang besteht: RG. 30./4. 95 C. 27 190, 27./3. 96 C. 28 288, 23./10. 11 C. 45 197. Im übrigen ist auf die Ausführungen zu § 302a und wegen der hier nicht straferschöpfenden, sondern konstituierenden Merkmale der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit auf § 302d zu verweisen.

2. Wegen des Dolus vgl. § 302a N. 9. Erforderlich ist auch die Kenntnis der Umstände, welche für die Bemessung des Wertes der Leistung und der Vorteile von Bedeutung sind.

Sechszwanzigster Abschnitt.

Sachbeschädigung.

Die Materie der Sachbeschädigung ist erschöpfend geregelt, sodaß, weil hier nur die vorsätzliche Beschädigung mit Strafe bedroht wird, die Landesgesetzgebung bezüglich der fahrlässigen nur auf den ihr durch GG. § 2 Abs. 2 ausdrücklich überlassenen Gebieten freie Hand hat: Binding Handb. I 316 N. 1, 321, Birkmeyer Einzfl. 1173, Frant GG. § 2 N. II, Meyer-Altfeld 441, Tschaujen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. letzter Abs., v. Wächter Weil. 237.

§ 303.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

1. Objekt des Delictes ist eine fremde Sache. Was unter Sache zu verstehen, und wann sie eine fremde, ist in gleicher Weise zu beantworten wie beim Diebstahl, nur daß bei diesem die Sache eine bewegliche sein muß, bei der Sachbeschädigung aber, wie von keiner Seite bestritten wird und aus §§ 304, 305 besonders erhellt, auch eine unbewegliche sein kann: vgl. oben § 242 N. 2—4. Weiter herrscht darüber Übereinstimmung, daß die Sache keinen in Geld anzuschlagenden Vermögenswert zu haben braucht, vielmehr dieser ausschließlich dem zivilistischen Gebiete des Schadensersatzes angehört: Berner 631, Binding Lehrb. I 248, Frant N. I, Hälschner II 388, v. Liszt 446, Meyer-Altfeld 440, Tschaujen N. 1 Abs. 4, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 499. Ist sie völlig wertlos und der Eigentümer an ihrer Erhaltung nicht interessiert, so ermangelt sie des Rechtsschutzes, um so mehr, als vernünftigerweise angenommen werden darf, daß ihre Verlesung nicht invito domino erfolge: Meyer-Altfeld 440 N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 499 und RG. 14./2. 84 C. 10 120; ähnlich, nämlich für den Ausschluß des Dolus in solchem Fall, Frant N. I und v. Liszt 446 (423 N. 4), wogegen Binding Lehrb. I 248 N. 4 meint, daß auch die wertlose Sache ein geeignetes Objekt bilde, solange nicht der Eigentümer sie delinquent habe oder gegen ihre Verlesung gleichgültig geworden sei.

Durch das Erfordernis der Fremdheit ist jede Beschädigung der eigenen Sache ausgeschlossen, sollte gleich durch sie das einem Anderen an der Sache zustehende Recht verletzt werden; fremd ist aber auch diejenige Sache, an welcher dem Täter nur Miteigentum zusteht: Berner 631, Binding Lehrb. I 248, Frant N. I (§ 242 N. III 1), Hälschner II 387, v. Liszt 448, Merkel S. 5. III 853, Tschaujen N. 2 Abs. 1 (§ 242 N. II Abs. 2), Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 499, v. Schwarze N. 5; RG. 18./6. 83 C. 8 399. Vgl. oben § 242 N. 4a.

2. Das Delikt wird dadurch begangen, daß die fremde Sache beschädigt oder zerstört wird, zwei Modalitäten, deren Unterscheidung bei der einfachen Sachbeschädigung des § 303 nur für die Strafzumessung von Bedeutung ist, wogegen das qualifizierte Delikt des § 305 Zerstückung fordert. Das Gesetz gibt keine Definition, setzt also die beiden Begriffe als durch den Sprachgebrauch gegeben voraus.

a) Sachbeschädigung ist jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung, durch welche die stoffliche Zusammenfügung der Sache verändert oder sonst ihre Unverletztheit dergestalt aufgehoben wird, daß ihre Brauchbarkeit für die ihr gegebene Zweckbestimmung gemindert oder sonst das Interesse des Eigentümers an ihrer Unverletztheit beeinträchtigt erscheint: RG. 19./10. 85 C. 13 27, 28./6. 89 C. 19 319, 1./5. 99 C. 32 165 (190), 27./2. 00 C. 33 177, 28./2. 05 C. 37 411, 29./1. 10 C. 43 204. Also körperliche Einwirkung und Minderung der Brauchbarkeit für die konkrete

Zweckbestimmung. So ist, wie Binding Lehrb. I 249 und Frank N. II Abs. 1 zutreffend bemerken, die Korrektur eines Zeichnungsfehlers auf einem fertigen Kunstwerke, die Berichtigung von Druckfehlern in einem im Salon ausliegenden illustrierten Buchwerke eine Sachbeschädigung, nicht aber die Korrektur der in einem wissenschaftlichen Werke enthaltenen Druckfehler, denn die konkrete Brauchbarkeit wird dort gemindert, hier sogar erhöht. Daß in dem Beschmutzen ein Beschädigen liegen kann, wird allgemein anerkannt: Binding Lehrb. I 248, Frank N. II 1 Abs. 1, Olshausen N. 4c, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abs. 3, Schüge 499 N. 7, v. Schwarze N. 6; RG. 17./1. 90 C. 20 182, 29./1. 10 C. 43 204. Frank und Olshausen verlangen, letzterer, daß der Schmutz die Sache selbst substantiell angreife, ersterer, daß er mittels Angreifens der Sachsubstanz eine bemerkbare Abnutzung derselben bewirke, was z. B. beim Beschmutzen der Wäsche keineswegs immer zutreffe. Aber jeder Schmutz greift die Substanz an, wenn auch oft nur in minimalster, in dem einzelnen Fall für das gewöhnliche Auge nicht bemerkbaren Weise, und daß durch die Beschmutzung die Brauchbarkeit vermindert werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Man spricht von einer Beschädigung eines Kupferstiches durch einen nicht ganz leicht zu beseitigenden Schmutzfleck, mag auch nur eine mechanische Verbindung des fremden Stoffes mit dem Farbstoff oder dem Papier stattgefunden haben, legt also kein Gewicht auf die Unversehrtheit der einzelnen Stoffe, sondern läßt den Umstand entscheiden, daß der Kupferstich jetzt die ihm eigentümliche Zweckbestimmung nicht mehr in früherem Maße erfüllt; anders ist es, wenn der Fleck nur auf der Rückseite des Blattes bemerkbar ist: RG. 17./1. 90 C. 20 182. Allerdings braucht die Gebrauchsminderung keine dauernde zu sein, und es ist gleichgültig, ob der frühere Zustand wiederhergestellt werden kann: RG. 29./1. 10 C. 43 204 (Besudelung eines Marmordenkmals mit Farbe). Binding Lehrb. I 248 N. 5 zieht in hübscher Weise den Gegensatz von gebraucht und ungebraucht hierher: „Die Benutzung eines Gegenstandes, die sein regelmäßiger Gebrauch mit „sich bringt — die Verunreinigung eines Wagens durch den Staub oder Kot der Straße — ist „nicht Sachbeschädigung, falls nicht die Benutzung die Verwandlung der ungebrauchten in die „gebrauchte Sache oder eine bemerkbare Abnutzung der letzteren bedeutet oder eine mit Geld- „aufwand verbundene Reinigung nötig macht. Jede Benutzung frischer Wäsche verwandelt „die ungebrauchte in die gebrauchte Sache. Viele Sachen haben eben einen Gebrauchsturnus.“ Insofern Tiere den Gegenstand der Sachbeschädigung bilden, ist ebenjowenig wie bei der Beschädigung der Gesundheit eines Menschen ein Eingriff in den äußerlich wahrnehmbaren Bestand des Körpers erforderlich; die Unversehrtheit kann vielmehr auch durch eine innere pathologische Veränderung, insbesondere eine nachteilige Einwirkung auf das Nervensystem aufgehoben werden: RG. 28./2. 05 C. 37 412 (Klüßigmachen; für sehr bedenklich erklärt von v. Liszt 446 N. 2). Wenn v. Liszt 447 in der Herstellung einer neuen Sache durch Bearbeitung oder Umbildung keine Sachbeschädigung sieht, so ist für diese kriminalistische Frage der von ihm zitierte § 950 BGB. bedeutungslos; auch würde v. Liszt wahrscheinlich Bedenken tragen, im Fall der Täter die Sache bereits im Besitz oder Genusssam hat, die Unterjochung zu bestrafen; vgl. Binding Lehrb. I 267. Dagegen stellt er mit Recht ebenda dem Tun das pflichtwidrige Unterlassen gleich (Nichtfütterung eines in Pflege genommenen Tieres).

Dieselben Grundsätze gelten bei zusammengesetzten Sachen. Diese können sowohl in ihren einzelnen Bestandteilen als auch durch Aufhebung des Zusammenhanges der Bestandteile oder Störung ihres Zusammenwirkens beschädigt werden: Binding Lehrb. I 246, v. Liszt 446, Meyer-Allfeld 441, Olshausen N. 1 Abs. 3, N. 3 d, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schüge 499 N. 6, Wachenfeld HK II 304; RG. 17./1. 90 C. 20 182 (Unbrauchbarmachung einer Maschine), 15./11. 98 C. 31 329. U. M. Frank N. I, weil nach BGB. § 90 Sachegeamtheiten keine körperlichen Gegenstände seien; wenn also Jemand unbefugt eine Uhr bis auf das letzte Rad, den letzten Zapfen auseinandernimmt, ohne einen der zahlreichen Teile zu verletzen, so ist das nach Frank keine Beschädigung, geschweige Zerstörung der Uhr, vielmehr ist diese völlig intakt geblieben.

Ob die Einwirkung auf die Sache eine mechanische, chemische oder sonstwie beschaffene ist, erscheint gleichgültig, sofern sie nur eine solche ist, durch welche die Sache für ihre eigentümliche Zweckbestimmung mehr oder weniger unbrauchbar wird: Binding Lehrb. I 248, Hälschner II 387.

b) Die Sachbeschädigung ist nicht mit der Vermögensbeschädigung identisch. Das Gesetz schützt nicht das Vermögen überhaupt, sondern nur das Eigentum gegen vorsätzliche Beschädigung des Eigentumsobjekts. Daher ist von der Sachbeschädigung die Wertverminderung ausgeschlossen, welche ohne beschädigende Einwirkung auf die Sache selbst nur in der Art stattfindet, daß entweder der Tauschwert der Sache herabgesetzt oder das Verhältnis des Eigentümers zu ihr durch eine mit ihr vorgenommene Preisveränderung aufgehoben wird. Und andererseits wird die Strafbarkeit der Sachbeschädigung dadurch nicht ausgeschlossen, daß ausnahmsweise der Wert der Sache nicht gemindert oder sogar erhöht wird. Somit ist es Sachbeschädigung (Beschädigung oder Zerstörung), wenn einem Pferde der Schweif abgeschnitten, Räume abgehauen, ein Becht

in einen Karpfenteich gesetzt, Kot in ein Brunnenbassin geschüttet, auf die Leinwand ein — vielleicht sehr wertvolles — Gemälde gesetzt, ein Zuckerhut oder Salzblock in Wasser geworfen, das Ausströmen von Gas, das Auslaufen von Wein bewirkt wird. Nicht aber ist es Sachbeschädigung, wenn ein Vogel fliegen gelassen, ein Ring in das Wasser geworfen, der Marktpreis oder Kurzwert herabgedrückt wird. Sachbeschädigung würde es wiederum sein, wenn der zahme Kanarienvogel im strengen Winter auf die Straße gejagt wird und hier erfriert, ehe er die consuetudo redeundi verloren hat; wenn die in das Wasser geworfene Glasvase beim Berühren der Wasseroberfläche in Trümmer geht; wenn die in das Wasser geworfene Metallvase später herausgeholt werden kann und sich nun als durch das Wasser verrostet oder sonstwie angegriffen ergibt. Hiernit stimmen wesentlich überein Binding Lehrb. I 249, 250, Frank N. II 1 Abj. 1, Geier II 41, Hälschner II 387, 388, v. Liszt 446, Merkel 316 und S. S. III 853, Meyer-Malfeld 441, Olshausen N. 4b, Oppenhoff-Debus N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7, Wachenfeld Hk. III 304; RG. 19./10. 85 C. 13 27. Von den genannten Autoren verlangt wiederum Merkel eine Vermögensminderung, macht Binding unter Berufung auf das römische Recht einen Unterschied, ob die Sache in der Tat zerstört wird oder aufhört eine fremde zu sein (herrenlos wird). Dagegen Berner 631 behauptet, daß die Beschädigung und Zerstörung die Sache nicht als natürliche Sache zu treffen brauche, letztere zumal stets vorliege, wenn dem Eigentümer nicht etwa nur der Gebrauch der Sache, sondern die Sache selbst entzogen werde; bei dieser Ansicht verschwindet schließlich der Unterschied zwischen Vermögens- und Sachbeschädigung.

c) Die beiden Modalitäten der strafbaren Handlung unterscheiden sich nicht qualitativ, sondern quantitativ: die Zerstörung ist das höhere oder höchste Maß der Beschädigung, dergestalt, daß die Sache für ihre Zwecke völlig unbrauchbar wird; die Ausführungen sub a) und b) finden also auch auf sie Anwendung. Ob Zerstörung oder nur Beschädigung vorliegt, ist Tatfrage. Wer z. B. von der Rafaelischen Sixtinischen Madonna unten zwei Fuß abscheidet, beschädigt, wer den Kopf der Madonna ausschneidet oder bis zur Unwiederherstellbarkeit verstümmelt, zerstört das Gemälde. Oder man denke sich die Rafaelische Transfiguration ohne das Christusbild.

Die Zerstörung kann eine teilweise sein, indem entweder ein einzelner Bestandteil der Sache mit selbständiger Bestimmung für diese unbrauchbar, oder die Sache für eine einzelne ihrer Zweckbestimmungen bzw. für eine gewisse ursprünglich mit ihr verbundene Gebrauchsart unmöglich gemacht wird; vgl. oben § 125 N. 3.

Verbrauchen ist Zerstören. Ist aber die wirtschaftliche Verwertung einer Sache nur durch den Verbrauch möglich, so ist dieser nicht Sachbeschädigung, sondern Diebstahl, vgl. oben § 242 N. 9 a; a. M. Binding Lehrb. I 248 und Meyer-Malfeld 441 N. 11.

3. Die Sachbeschädigung ist nicht eine befugte oder indifferente Handlung, welche nur unter gewissen Voraussetzungen widerrechtlich wird, sondern ist eine widerrechtliche Handlung, welche nur unter gewissen Voraussetzungen diesen ihren Charakter verliert. Das ausdrückliche Erfordernis der Rechtswidrigkeit hat daher nur die prozessualische Bedeutung, daß der Richter die Widerrechtlichkeit der Handlung und das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit auch dann feststellen muß, wenn sich der Täter auf ihren Mangel gar nicht berufen hat. Ist somit die Rechtswidrigkeit schon durch die Fremdheit der Sache gegeben, so wird sie an erster Stelle beseitigt nicht, wie Schütze 500 meint, durch die Einwilligung des objektiv Geschädigten, sondern nur durch die des Eigentümers und zwar auch dann, wenn durch die Beschädigung oder Zerstörung ein rechtswidriger Zweck, z. B. Vereitelung des Nutzungs- und Gebrauchsrechtes eines Dritten, erreicht werden soll: Binding Lehrb. I 250, Frank N. III, Hälschner II 388, Olshausen N. 7 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 11./11. 95 C. 27 420. Weiter durch Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe und mehrere Spezialbestimmungen, z. B. über den Seewurf. Ebenso wenn die Handlung durch das öffentliche Interesse geboten ist, wie bei Feuerbrunst, kriegerischen Operationen, ansteckenden Krankheiten. Die Befugnis des Jagdberechtigten, revierende Hunde und Katzen zu töten, bemißt sich, unbeachtet jedoch des Rechts der Notwehr, nach den landesgesetzlichen Vorschriften, GG. z. B. W. Art. 69.

4. Das Delikt kann nur vorsätzlich begangen werden, also mit dem Wissen und Wollen derjenigen Handlung, durch welche die Sache beschädigt und zerstört wird, mit dem Bewußtsein, daß die Handlung diese Folge hat, und mit Kenntnis der Fremdheit der Sache. Dagegen ist Motiv und Zweck gleichgültig, so daß auch die um eines erlaubten Zweckes willen absichtlich verübte Sachbeschädigung nicht aufhört als solche strafbar zu sein: Hälschner II 389, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 500.

5. Antragsberechtigt ist der Verletzte. Daß hiernach der Eigentümer stets antragsberechtigt ist, wird nicht bestritten. Wohl aber wird die Ansicht aufgestellt, daß nicht bloß er, sondern überhaupt jeder den Antrag stellen kann, dessen Recht unmittelbar verletzt wird, somit z. B. der Pflanzbraucher, der Pfandgläubiger, der Pächter und Mieter, der Käufer, der Leihner, wenn er die Gefahr trägt: Frank N. V, Oppenhoff-Debus N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 10, Schütze 498 N. 5; RG. 22. 6. 81

§. 4 326, 18./6. 83 C. 8 399. Die Konsequenz, daß, obgleich das Gesetz eine fremde Sache verlangt, hiernach auch der Eigentümer sich des Delikts an der eigenen Sache schuldig machen könne, und ebenso derjenige, dem er die Handlung gestattet hat, wird allerdings nicht gezogen. Aber die Ansicht selbst ist irrig, denn das Gesetz schützt nicht das Vermögen, sondern das Eigentum, und der Eigentümer selbst bzw. der von ihm Ermächtigte ist niemals strafbar. Somit ist nur der Eigentümer antragsberechtigt: Berner 631, Binding Handb. I 620, Lehrb. I 250, Geber II 42, Hälschner II 389, v. Liszt 447, Merkel 317 und S. S. IV 363, Meyer-Walfeld 442, Lisshausen N. 13a, Wachenfeld H. N. II 304. Bei mehreren Miteigentümern jeder und zwar auch gegen den anderen Miteigentümer, oben N. 1 Abj. 2. Wegen der Zurücknahme des Antrags vgl. § 232 N. 3 und § 52 Abj. 2.

6. Die Sachbeschädigung ist Mithilfsdelikt, somit nur insoweit strafbar, als sie nicht als notwendiges oder regelmäßig vorausgesetztes Moment des Tatbestandes oder als qualifizierender Umstand in einem anderen Delikte steht. In einem solchen Falle kommt ausschließlich das andere Delikt zur Bestrafung und zwar auch dann, wenn es nur versucht und sein Versuch straflos ist: Birkmeyer Erzähl. 1173, Hälschner II 386, Merkel 316, Rüdorff-Stenglein Abjchn. 26 Abj. 2—4, Schütze 499 N. 7, 501 N. 11, Wachenfeld H. N. II 304. Hat der Täter die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt, z. B. durch Diebstahl, und beschädigt und zerstört sie nunmehr, so wird die Sachbeschädigung durch jenes Delikt konsumiert; vgl. oben § 242 N. 9 d. Ist die Sache eine fremde, so findet Idealkonkurrenz mit § 133 statt: Frank N. VII und § 133 N. III, Lisshausen N. 12a, β. Mit § 299 ist Idealkonkurrenz möglich, soweit die Beschädigung nicht zur Eröffnung des Schriftstückes dient: Binding Handb. I 369, Lisshausen N. 12d.

304.

Wer vorzüglich und rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, oder Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen, oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

1. Objekt dieser qualifizierten Sachbeschädigung sind nur die vom Gesetz genannten Kategorien von Sachen. Diese sind unter einen besonderen Frieden gestellt, weil die Allgemeinheit auf ihr unverletztes Dasein, ihren Gebrauch oder Genuß eine Anwartschaft besitzt: Binding Lehrb. I 251. Es handelt sich also nicht wie bei der einfachen Sachbeschädigung des § 303 um die Verletzung privater, sondern um die öffentlicher Interessen.

a) Zunächst kommen in Betracht die Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft; vgl. § 167 N. 2. Befinden sie sich in Privaträumen, so gehören sie nur dann hierher, wenn der Raum, z. B. eine Privatkapelle, zur Abhaltung gottesdienstlicher Verrichtungen bestimmt ist.

b) Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind; vgl. § 243 N. 6.

c) Grabmäler, nämlich die auf oder neben dem Grabe zu Ehren der in ihm Ruhenden errichteten und dazu nicht nur vorübergehend bestimmten Erinnerungszeichen. Sie sind solange geschützt, als die Pietätsinteressen der Hinterbliebenen Dritten, denen ein Verfügungsrecht über die Gräber nicht zusteht, in irgendeiner Weise, beispielsweise durch ihre und der Gräber Erhaltung und Schmückung, erkennbar gemacht sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Verweijungsfrist noch läuft, und ob der Friedhof noch zu Vererdigungen benutzt wird: RG. 17. 12. 08 C. 42 116. Wird durch dieselbe Handlung das Grab beschädigt, so liegt Idealkonkurrenz mit § 168 vor: Frank N. II 3, Hälschner II 718 N. 2, Lisshausen N. 6a. Ebenso wenn die Handlung sich zugleich als Verübung beschimpfenden Unjugs darstellt: Frank und Lisshausen a. a. L.; RG. 18./9. 06 C. 39 155,

d) Denkmäler. Der in Ermangelung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung maßgebende Sprachgebrauch versteht unter Denkmälern nicht nur Erinnerungszeichen, wie Standbilder, Säulen, Bauwerke, die von vornherein zu dem Zwecke errichtet worden sind, das Andenken an gewisse Personen oder Begebenheiten dauernd zu erhalten, sondern auch Werke, die als Gegenstände aus der Vergangenheit, d. h. als kennzeichnende Reste eines früheren Kulturabschnitts von geschichtlicher, wissenschaftlicher oder künstlerischer Bedeutung sind, einerlei ob sie ganz und unversehrt oder nur in Bruchstücken erhalten sind. Vorausgesetzt ist jedoch, daß der als Denkmal in Betracht kommende Gegenstand der Öffentlichkeit gewidmet ist, sei es durch eine nachweislich von einer maßgebenden Stelle ausgehende ausdrückliche Willenserklärung, sei es in schlüssiger Weise durch die im Laufe der Zeit entstandene Vorstellung und Überzeugung einer mehr oder minder großen Gesamtheit, wie der Angehörigen einer Gemeinde oder ganzen Landschaft. Wenn die Bestimmung für die Öffentlichkeit erfolgte, ist gleichgültig. So RG. 11./2. 10 C. 43 240 (ber aus dem 12. Jahrhundert stammende untere Teil eines Kirchturms; die Kirchengemeinde hatte der Erhaltung zugestimmt; darüber, ob der Erklärung der Verwaltungsbehörde konstitutive Wirksamkeit beigelegt werden könne, spricht sich das Urteil nicht aus). Um der Öffentlichkeit gewidmet zu sein, muß das Denkmal an einem öffentlichen Orte (Straße, Platz, § 216, auch in einem öffentlichen Gebäude) aufgestellt sein: Dshausen N. 2d, Oppenhoff-Delius N. 7; auch RG. cit. (244).

e) Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen, d. h. dem Publikum zugänglichen Sammlungen aufbewahrt oder öffentlich, d. h. an einem öffentlichen Orte (Weg Straße, Platz, § 116, auch in einem öffentlichen Gebäude) aufgestellt sind. Hierbei handelt es sich immer um die Interessen der Kunst usw. im allgemeinen, nicht aber, wie z. B. bei den öffentlich ausgestellten Waaren eines Blumen- oder Fruchthändlers, um die Interessen eines einzelnen Gewerbebetriebes: Frank N. II 5.

f) Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen dienen. Darunter sind nur solche Gegenstände zu verstehen, die vermöge ihrer zur Zeit der Tat bestehenden Verwendung in irgendeiner Beziehung zum Nutzen des Publikums oder zum allgemeinen Gebrauch dienen, vorausgesetzt jedoch stets, daß für das Publikum die Möglichkeit besteht, unmittelbar aus dem Vorhandensein oder aus dem Gebrauch jener Gegenstände Nutzen zu ziehen; die Gegenstände müssen also unmittelbar räumlich dem Publikum zugänglich sein: RG. 30./12. 81 C. 5 318, 18./6. 83 C. 8 399, 10./5. 98 C. 31 143. Zum öffentlichen Nutzen können auch solche Gegenstände dienen, die nicht von Jedermann gebraucht werden dürfen: RG. 10./5. 98 C. 31 143. Eine zeitweilige Entziehung der öffentlichen Benutzung, z. B. zum Zweck der Reparatur, hebt den Charakter nicht auf. Meineswegs genügt aber, daß sie dem öffentlichen Nutzen tatsächlich dienen, sondern die Bestimmung dazu muß ihnen durch einen maßgebenden Willen, regelmäßig also durch den Eigentümer, gegeben sein: Frank N. II 6c; a. M. Dshausen N. 2f, Oppenhoff-Delius N. 8, 9, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 25./6. 83 C. 9 26. Nicht ausgeschlossen ist, daß der Gegenstand auch zu Erwerbszwecken dient, z. B. die Blumen und Früchte eines öffentlichen botanischen Gartens: Frank und Dshausen a. a. D., v. Vitz 448. Aber wenn Frank und Dshausen mit RG. 12./11. 00 C. 34 1 auch den Motorwagen einer für den öffentlichen Verkehr bestimmten Straßenbahn hierher rechnen, so muß man fragen, warum nicht auch die Straßendroschken, die dem Publikum feilgebotenen Waaren eines Wäfers, Schlächters usw., denn auch diese Waaren dienen dem öffentlichen Nutzen, da dieser nicht davon abhängt, daß die Benutzung eine unentgeltliche ist. Vielmehr sind alle diejenigen Gegenstände auszuschließen, welche zwar auch dem öffentlichen Nutzen, an erster Stelle aber den Erwerbszwecken dienen. Auch die öffentlichen Wege gehören hierher: RG. 10./1. 96 C. 28 117, und zwar, soweit es sich nur um eine bloße Beschädigung, nicht um ihre Zerstörung handelt, ebenfalls die Brücken, Dämme und gebauten Straßen des § 305: Dshausen a. a. D.; a. M. Frank N. II 6a. Ebenso in Preußen die trigonometrischen Marksteine: RG. 15./10. 06 C. 39 206.

g) Gegenstände, welche zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen. Wegen des „dienen“ vgl. N. f. Einerlei von welcher Beschaffenheit, insbesondere ob beweglich oder unbeweglich (z. B. Anpflanzungen): RG. 10./1. 96 C. 28 117. In dem Abpflanzen von Zierpflanzen liegt nicht notwendig eine Beschädigung: RG. 26./10. 82 C. 7 190, wohl aber unter Umständen, z. B. wenn eine besonders kostbare, nur selten blühende Pflanze, die für sich allein zur Verschönerung erheblich beiträgt, ihres Blumenstamms beraubt wird: RG. 29./11. 83 C. 9 219.

2. Wie N. 1 Abj. 1 bemerkt worden, handelt es sich hier nicht wie im Falle des § 303 um die Verletzung privater, sondern um die öffentlichen Interessen. Hieraus folgt:

a) Während § 303 voraussetzt, daß die beschädigte oder zerstörte Sache eine fremde sei, wird bei dem Delikt des § 304 nur erfordert, daß die Sache zu den hier aufgeführten gehört, einerlei ob sie dem Täter oder einem Dritten gehört oder herrenlos ist; so alle Autoren und RG. 30./12. 81 C. 5 318, 26./10. 88, 11./2. 19 C. 43 240.

b) Als Beschädigung und Zerstörung — § 303 N. 2 — kommt nur eine solche Handlung in Betracht, durch welche die Tauglichkeit oder Nützlichkeit des Gegenstandes in derselben Beziehung gemindert oder aufgehoben wird, vermöge welcher er zu den durch § 304 besonders geschützten gehört: RG. 30./12. 81 C. 5 318, 26./10. 82 C. 7 190, 23./11. 83 C. 9 219, 15./11. 98 C. 31 329.

c) Die Handlung muß eine rechtswidrige sein. Vgl. § 303 N. 3. Der Eigentümer selbst handelt aber nur dann rechtswidrig, wenn er sich seines Verfügungsrechts begeben hat oder ihm die Verfügung von zuständiger Stelle mit Rücksicht auf die Allgemeinheit unterzogen ist: Binding Lehrb. I 351, Frank N. I, Hälschner II 390, Merkel S. 5. III 855, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Dehns N. 1, v. Schwarze N. 1; RG. 26./10. 86.

d) Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß der Gegenstand zu den im § 304 bezeichneten gehört: Binding Lehrb. I 252, Frank N. IV, v. Liszt 448, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 11./2. 10 C. 43 240 (246). Der Dolus ist ausgeschlossen, wenn der Täter auf Grund seines Eigentums sich zu der beschädigenden u. v. Handlung für befugt erachtet: Binding Lehrb. I 251, Olshausen a. a. D., Merkel S. 5. III 855.

3. Das Delikt ist, wie sich aus der Stellung des § 304 hinter § 303 ergibt, nicht Antrags-, sondern Offizialdelikt: so die Autoren und RG. 11./2. 10 C. 43 240.

§ 305.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigentum sind, ganz oder teilweise zerstört, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Wie bei dem Delikt des § 304 bilden das Objekt dieser zweiten qualifizierten Sachbeschädigung nur die vom Gesetz genannten Sachen. Jedoch anders als wie dort müssen sie fremdes Eigentum sein, sodaß die Bestimmung keine Anwendung findet, wenn sie dem Täter als Alleineigentümer oder wenn sie Niemand gehören, § 303 N. 1 Abs. 1. Wird somit das Interesse des Eigentümers gewahrt, so bildet doch das Delikt insofern den Übergang zu den gemeingefährlichen Delikten, als sich mit der Zerstörung der genannten Gegenstände Gefahren von unbestimmtem Umfange zu verbinden pflegen.

2. Das Gesetz fügt der speziellen Aufzählung die Worte „oder ein anderes Bauwerk“ hinzu. Es sagt also nicht, wie Binding Lehrb. I 250 unterstellt, Schiffe oder Bauwerke, sondern bezeichnet alle speziell genannten Sachen als Bauwerke läßt sie nur als solche in Betracht kommen: Berner 632, Olshausen N. 2, Schütze 500. Auf die Frage, was unter Bauwerk zu verstehen sei, wird geantwortet: jedes von Menschenhand hergestellte, mit dem Grund und Boden, wenn auch nur durch die eigene Schwere, in feste Verbindung gebrachte, selbständige, dauernde Werk, oder kürzer: die nach den Regeln der Baukunst vorgenommene und mit dem Grund und Boden dauernd verbundene Zusammensetzung von Baumaterialien; also ein Werk mit Immobiliareigenschaft: Frank N. IV, v. Liszt 448, Meyer-Alfeld 442; RG. 11./2. 87 C. 15 263, 16./9. 97 C. 30 246, 2./10. 00 C. 33 391. Nach der Praxis des RG. sind Bauwerke: ein mit dem Grundstück fest und dauernd verbundenes Hofst. (30./6. 80), auf eine Grundmauer aufgesetzte, durch ein Geländer verbundene Steinäule (29./11. 80), eine in festem Steinbau aufgeführte Grenzmauer (26./6. 84), ein künstlicher Fischteich (11./2. 87 C. 15 263), ein auf einem Balkenfundament ruhender, in Fachwerk errichteter und gedeckter Abtritt (28./3. 87), eine durch eigene Schwere an den Standort gebundene Brücke (2./10. 00 C. 33 391).

Die Definition ist zu eng, wenn sie Immobiliareigenschaft verlangt. Dies ergibt sich nicht nur aus der Zulassung der Verbindung durch die eigene Schwere, sondern durch das Gesetz selbst aus der Anführung der Schiffe, welche keine Immobilien sind, mögen sie auch durch das positive Recht in mehreren Beziehungen, wie durch die Zwangsversteigerung, die hypothekarische Verpfändung den Immobilien angeähelt sein. Hiermit stimmen Binding und Olshausen a. a. D. überein. Als Bauwerk muß der Gegenstand von einiger Erheblichkeit sein: RG. 27./2. 93 C. 24 26. Am letzten Ende hat der Richter dem gemeinen Sprachgebrauch nachzugehen: RG. 16./9. 97 C. 30 246. Es ist klar, daß hiernach der selbständige Teil eines sonst zerstörten Bauwerkes, z. B. der stehengebliebene Schornstein eines verbrannten Gebäudes, kein Bauwerk im Sinne des Gesetzes ist: Binding und Olshausen a. a. D.; RG. 11./11. 95 C. 27 420.

Daß das Bauwerk bereits vollendet sei, ist gegen Rüdorff-Stenglein N. 4 nicht für erforderlich zu erachten: v. Liszt und Olshausen a. a. D.; RG. 16./9. 97 C. 30 246 (Häuserrohbauten).

Aber allerdings muß der Bau in einem gewissen, nicht allgemein bestimmbarcn Umfang vorgerückt sein; man kann z. B. nicht schon von einem Schiffe sprechen, wenn nur der Kiel gelegt ist.

3. Die speziell genannten Bauwerke sind:

a) Gebäude; vgl. § 243 N. 9.

b) Schiff. Und zwar ein solches, welches wegen seiner Größe und Bedeutung den anderen Gegenständen gleichzuachten ist, nicht also Rähne und Gondeln: Berner 632, Frank N. IV 2, v. Liszt 448 N. 9, Ushaujen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3, v. Schwarze N. 4, wogegen Binding Lehrb. I 251 es für unzulässig hält, „eine willkürliche Grenze nach der Größe zu ziehen“. Zu den Schiffen sind gegenwärtig auch die Luftschiffe zu rechnen.

c) Brücke. Erforderlich ist ein Bauwerk von einiger Erheblichkeit, d. h. von einer gewissen Größe, inneren Festigkeit und nicht ganz unbedeutender Tragfähigkeit: RG. 27./2. 93 E. 24 26. Also kein Steg aus losen Brettern: Frank N. II 3, v. Liszt 448; a. M. Binding Lehrb. I 251.

d) Damm, nicht bloß Strom- und Seebeich.

e) Gebaute Straße, d. h. eine von Menschenhand angelegte Land- und Wasserstraße, im Gegenjatz zu der natürlichen und zu der ausgetretenen Straße: Frank N. II 5, v. Liszt 448, Ushaujen N. 3c, Oppenhoff-Delius N. 5. Daß sie, wie Rüdorff-Stenglein N. 4 meint, dem öffentlichen Verkehr dient, ist nicht erforderlich: Ushaujen und Oppenhoff-Delius a. a. D.

f) Eisenbahn, d. h. der Schienenweg mit seinem Untergrunde: Binding Lehrb. I 251, Frank N. II 6, Ushaujen N. 3f, Oppenhoff-Delius N. 7. Auch die Lokal- und privaten Industriebahnen, nicht aber, wie Binding a. a. D. meint, die Pferdebahnen, welche jedoch als Bauwerk (oder gebaute Straße) in Betracht kommen können, wenn ihre Schienen in eine Straße eingelassen sind: Frank und Ushaujen a. a. D., v. Liszt 448 (432 N. 5). Vgl. unten § 315 N. 1.

4. Das Gesetz verlangt die gänzliche oder teilweise Zerstörung, also eine Einwirkung, durch welche die Sache ganz oder zum Teil zu ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung unbrauchbar wird. Vgl. § 303 N. 2c. Soweit nur eine Beschädigung vorliegt, kommen die §§ 303, 304 in Anwendung.

5. Wegen des Vorjatzes und der Rechtswidrigkeit vgl. § 303 N. 3, 4. Der Täter muß nicht bloß wissen, daß die Sache eine fremde ist, sondern auch, daß sie zu den hier aufgeführten Gegenständen gehört.

6. Das Delikt ist wie das des § 304 (dajelbst N. 3) Djjizialdelikt.

Siebenundzwanzigster Abschnitt.

Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen.

1. Das Gesetz stellt in diesem Abschnitt eine Anzahl Delikte unter der gemeinsamen Bezeichnung als gemeingefährlicher zusammen.

Für den Begriff der Gefahr ist in Ermangelung einer gesetzlichen Definition der allgemeine Sprachgebrauch maßgebend. Nach ihm bedeutet Gefahr einen Zustand, in welchem nach den zur Zeit bekannten Verhältnissen der Eintritt eines Schadens für Menschen oder Sachen als wahrscheinlich zu gelten hat. Die bloße Möglichkeit, daß infolge einer Handlung ein Schaden eintrete, genügt somit zur Annahme einer Gefahr nicht. Andererseits wird weder ein hoher noch überhaupt ein bestimmter Grad der Wahrscheinlichkeit verlangt. Eine feste, für die unendliche Zahl aller denkbaren Fälle durchgreifende Abgrenzung zwischen der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit eines Schadens läßt sich nicht ziehen. Daher bleibt im allgemeinen dem Richter überlassen, unter Erwägung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob eine Gefahr als vorhanden anzunehmen ist. Vgl. RG. 11./3. 84 E. 10 173, 14./6. 97 E. 30 178. Daß wirklich ein Schaden entstanden, ist nicht erforderlich.

Eine gemeine Gefahr liegt dann vor, wenn eine im voraus nicht bestimmbarc Anzahl von Personen oder Sachen gefährdet erscheint, die Gefahr also, vobgleich der Natur der Sache nach auch der allgemeinsten Gefahr eine örtliche Grenze anhaftet, eine solche ist, daß der Täter ihre Ausdehnung weder in seiner Gewalt hat noch sie bei ihrem Ursprunge bemessen kann: RG. 23./12. 81 E. 5 309.

Das Gesetz hält jedoch diese Gesichtspunkte nicht streng fest. Nur bei drei Delikten (§§ 312 bis 314) ist die gemeine Gefahr zum Tatbestandsmoment erhoben (vgl. auch §§ 360 Nr. 10, 366 Nr. 2), wogegen sie bei allen anderen mit Strafe bedrohten Handlungen nur, wie man es genannt hat, in abstracto vorzuliegen braucht, die Strafe also auch dann verwirkt, ist, wenn im konkreten Fall die Gefahr auf eine bestimmte Person oder Sache beschränkt bleibt. Deshalb ist ohne Rücksicht auf die Überschrift der Tatbestand jeder Straftat nur nach dem Wortjinn, Grund und Zweck der Gesetzesvorschrift zu ermitteln: RG. 4./12. 83 E. 9 233.

Hiermit stimmt auch die Theorie im wesentlichen überein. Nur daß über Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit keine Einigkeit herrscht. Aber wenn Meyer-Alfeld 25 sich mit der Möglichkeit begnügt, so läßt sich darauf erwidern, daß mit bloßen Möglichkeiten nicht gerechnet werden darf, weil eben alles „möglich“ ist, und wenn v. Liszt 124 und Olshausen §§ 57 N. 7, 315 N. 6 eine „nahe“ Möglichkeit verlangen, so ist diese, wie auch v. Liszt anerkennt, nichts anderes als Wahrscheinlichkeit.

2. Die Delikte dieses Abschnitts gehören mit zu den schwersten, die das geltende Recht kennt. Vielfach wird die Fahrlässigkeit bedroht, mehrere Delikte als sog. Erfolgsdelikte (§ 59 N. 11) qualifiziert, die gemeingefährlichen Verbrechen stehen unter der Anzeigepflicht des § 139. Trotz der abstrakten oder konkreten Gemeingefährlichkeit finden die Bestimmungen über Notwehr und Notstand volle Anwendung; in § 313 wird sogar der sonst dem StGB. fremde Eigentumsnotstand als Milderungsgrund anerkannt.

3. Das RG. erklärt 7./6. 81 G. 14 214 die sämtlichen Delikte dieses Abschnitts für sog. Dauerdelikte (§ 73 N. 5a), wonach dieselben solange begangen würden, als die Gefahr dauert, aber mit Recht wenden Franke N. II und Olshausen N. 2 ein, daß es stets auf den Tatbestand des einzelnen Delikts ankomme.

4. Durch Abschn. 27 ist die Materie der gemeingefährlichen Delikte im Sinne GG. § 2 nicht geregelt, sodaß in dieser Beziehung die einzelnen Deliktgruppen in Betracht kommen, also die territoriale Gesetzgebung nur mit dieser Beschränkung ausgeschlossen ist: Binding Handb. I 321, Olshausen N. 1 Abs. 3. Abschließend geregelt sind insbesondere die Materien der Brandstiftung (§§ 306–311), unbeschadet der territorialen Forst- und Feldpolizeigesetze: Olshausen § 306 N. 1, Oppenhoff-Delius § 308 N. 13; der Überschwemmung (§§ 312–314), unbeschadet der territorialen wasserpolizeilichen Vorschriften: Olshausen § 312 N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 312–314 N. 2; der Gefährdung des Eisenbahntransports §§ 315, 316; der Delikte wider die Telegraphen-, Telephon- und Rohrpostanlagen, der öffentlichen Anlagen durch die §§ 317–bis 318a, der nichtöffentlichen durch die §§ 303–305: Olshausen § 317 N. 5.

§ 306.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bestraft, wer vorsätzlich in Brand setzt:

- 1) ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude,
- 2) ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen, oder
- 3) eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient, und zwar zu einer Zeit, während welcher Menschen in derselben sich aufzuhalten pflegen.

1. Brandstiftung ist Bewirkung des Verbrennens. Ein Gegenstand verbrennt, wenn er völlig oder teilweise durch Hitze zerstört wird. Die Brandstiftung ist also ihrem eigentlichen Wesen nach Sachbeschädigung. Das ihre eigentümliche strafrechtliche Behandlung motivierende Moment ist ihre Gemeingefährlichkeit. Das Gesetz begnügt sich aber mit der sog. abstrakten Gefahr und verlangt nicht, daß die Existenz einer Gemeingefahr oder überhaupt einer Gefahr für Leben und Eigentum im konkreten Falle festgestellt werde, so daß solche Existenz nur für die Strafzumessung von Bedeutung ist: Berner 640, Binding Lehrb. II 12, Wirtmeyer Einzstf. 1189, Franke N. I Abs. 2, Hälschner II 608, v. Liszt 492, Mertel 357, Meyer-Alfeld 591, Olshausen N. 9, Schütze 511.

2. Verbrennen ist völliges oder teilweises Zerstörtwerden durch Hitze. Somit ist auf der einen Seite ein bloßes Anglimmen, Anfohlen nicht genügend, auf der anderen eine gänzliche Einäscherung nicht erforderlich. Das Mittel, durch welches das Verbrennen bewirkt wird, ob eine offene Flamme oder z. B. heiße Luft, ist gleichgültig. Auch ist nicht erforderlich, daß das Feuer dem Gegenstand durch den Zündstoff unmittelbar zugeführt wird, sondern jede unmittelbare oder mittelbare Verursachung des Brandes genügt, gleichgültig ob die Handlung für sich allein oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen kausal ist. Das regelmäßige Erkennungszeichen des Brandes ist die Flamme, aber nach der Natur des Stoffes oder den örtlichen Verhältnissen kann ein Brand schon in dem bloßen Glimmen oder Glühen gefunden werden. Das Objekt muß in der Art und dem Maße vom Feuer ergriffen sein, daß dieses erfahrungsgemäß aus eigener Kraft sich weiterzuerweitern und den betreffenden Gegenstand zu zerstören geeignet ist. Es genügt somit nicht, wenn das Objekt nur in der Weise vom Feuer ergriffen ist, daß dieses, weil

durch den erloschenen oder weggenommenen Zündstoff nicht mehr unterstüßt, sich nicht weiter zu verbreiten vermag. Wie Bindung es ausdrückt: der Gegenstand selbst muß Träger des Zerstörungsprozesses sein.

Mit diesen Ausführungen stimmt die Theorie und Praxis überein. Vgl. Berner 640, Bindung Lehrb. II 15, 16, Biermeyer Enzkl. 1189, Frank N. II, Meyer II 112, Hälschner II 609, 627, v. Liszt 493, Merkel 356, Meyer-Alsfeld 593, Ushausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, 3, 5, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schaper S. S. III 881, Schütze 512, Wachenfeld Sst. II 315; RG. 3./5. 80 C. 1 375, 26./1. 82 C. 4 22, 20./10. 82 C. 7 131, 3./1. 89 C. 18 355, 7./1. 89 C. 18 362, 30./4. 94 C. 25 326, 11./10. 07 C. 40 321. Freig ist die Ansicht v. Wächters 444, 447, Brand sei nur dann vorhanden, wenn der Gegenstand dergestalt in Brennen oder Glimmen versetzt sei, daß es der Einzelne in der Regel nicht mehr bezwingen könne; vgl. § 310.

Das Delikt der Brandstiftung verlangt somit zu seiner Vollendung, daß das Feuer den Gegenstand selbst ergriffen und seine zerstörende Wirkung an ihm zu äußern begonnen hat. Ein Versuch liegt erst dann vor, wenn der Zündstoff in Tätigkeit gesetzt und mit dem Objekt in Verbindung gebracht ist, wogegen das bloße Inbrandsetzen des Stoffes, z. B. des Zündholzes, nur als Vorbereitungshandlung erscheint: Berner 640, Hälschner 626, Ushausen N. 11, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Wächter 447, auch die Motive; a. M. v. Liszt 493.

3. Die Brandstiftung als solche ist, und zwar auch dann, wenn im konkreten Fall die größte Gemeingefahr vorliegen sollte, nur strafbar, wenn das Objekt zu den vom Gesetz bezeichneten Sachen gehört.

Die in § 306 genannten Sachen sind sämtlich Räumlichkeiten (§ 307 Nr. 1). Wem sie gehören, ob dem Täter oder einem Anderen, oder ob sie herrenlos sind, ist gleichgültig.

a) Ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude. Vgl. § 243 N. 6, 7, 9 und § 166 N. 4c. Die Bestimmung ist entscheidend, somit nicht erforderlich, daß die Inbrandsetzung zu einer Zeit geschieht, während welcher Menschen sich in dem Gebäude aufhalten oder aufzuhalten pflegen: Frank N. I Abf. 2. Ist nur ein einzelner Raum des Gebäudes zu den Versammlungen bestimmt, so ist auch nur er Objekt des Delikts: Ushausen N. 5 Abf. 2 und oben § 243 N. 7 Abf. 1. U. M. in letzterer Beziehung, nämlich, daß Nr. 1 auf das Inbrandsetzen des Gebäudes unbedingt Anwendung finde, Bindung Lehrb. II 13 N. 1, Hälschner II 611, Oppenhoff-Delius N. 14, und ebenfalls, nämlich daß Nr. 1 niemals, sondern entweder Nr. 2, 3 oder § 308 eingreifen, Schaper S. S. III 877, Schütze 513 N. 22, v. Schwarze N. 2.

b) Ein Gebäude, Schiff oder Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen.

Zum Gebäude vgl. § 243 N. 9.

Auf die Größe des Schiffes kommt es nicht an. Nach dem allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch („Schiff- und flößbare Flüsse“) gehören Flöße nicht zu den Schiffen; a. M. Hälschner II 611, Ushausen N. 6b, Schütze 513 N. 22.

Wegen der Hütte vgl. § 308 N. 2c.

Zur Wohnung dient die Räumlichkeit, wenn sie, im Gegensatz zum zeitweisen Aufenthalt, dauernd zum Bewohntwerden bestimmt ist und tatsächlich zum Wohnen benutzt wird. Einerlei von wie vielen Menschen. Wird sie aber nur von dem Täter selbst bewohnt und ist dieser zugleich befugt, über die Bestimmung zu entscheiden, so wird sie durch die Inbrandsetzung ihrer Bestimmung, zur Wohnung zu dienen, entkleidet: Berner 639, Hälschner II 612 N. 12, v. Liszt 494 N. 3, Schaper S. S. III 678 N. 6, Schütze 514 N. 23, v. Wächter 448; a. M. Bindung Lehrb. II 13, Meyer-Alsfeld 592 N. 6, Ushausen N. 5 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 18, v. Schwarze N. 4. Daß zur Zeit der Brandstiftung jemand, insbesondere ein Bewohner, in der Räumlichkeit anwesend, ist nicht erforderlich: Frank N. I Abf. 2, Ushausen N. 5 Abf. 3.

c) Eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient. Zeitweise ist periodisch wiederkehrend. Räumlichkeit ist jeder irgendwie abgeschlossene, bewegliche oder unbewegliche Raum, z. B. auch Eisenbahnwagen, Bergwerk, beweglicher Schifferarren, Scheune, Stall, Badhaus, Mühlentwagen usw., also auch hier wiederum Schiffe.

Die Inbrandsetzung muß zu einer Zeit geschehen, während welcher sich Menschen in der Räumlichkeit aufhalten pflegen. Die Gepflogenheit genügt, die Anwesenheit selbst zur Zeit der Tat ist nicht erforderlich, somit die Kenntnis des Täters davon, es halte sich zurzeit Niemand in der Räumlichkeit auf, bedeutungslos: Frank N. I Abf. 2, v. Liszt 494, Meyer-Alsfeld 592, Ushausen N. 8, Schütze 514. Auf der anderen Seite genügt es nicht, daß ohne solche Gepflogenheit sich zufällig ein Mensch in der Räumlichkeit zur Zeit der Tat aufhält.

Ist der Täter selbst der einzige, dem die Räumlichkeit zum Aufenthalt dient, so wird sie durch die Inbrandsetzung dieses Charakters entkleidet und die Gepflogenheit aufgehoben: Berner 639, Ushausen N. 7 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 21, Schaper S. S. III 878 N. 5; a. M. Hälschner II 613 N. 1, allerdings mit dem Zugeständnis, daß die Praxis das Gesetz wohl durch Nichtverfolgung des Täters „torrigieren“ werde.

4. Die schwere Strafe — Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren — trifft nur den dolosen Täter. Der Dolus umfaßt das Wissen und Wollen aller Momente des objektiven Tatbestandes, also auch die Kenntnis der Eigenschaft des Gegenstandes. Es herrscht keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß es im Falle der Nr. 2 gleichgültig ist, ob der Täter die Räumlichkeit für ein Gebäude oder ein Schiff oder eine Hütte hält. Wohl aber darüber, ob es auch bedeutungslos ist, wenn sich der Irrtum auf eine der drei Nummern unter sich bezieht. Die Frage wird bejaht von Binding Lehrb. II 17, Frank N. III 2a und Hälschner II 617, unentschieden gelassen von v. Liszt 494 und Rüdorff-Stenglein N. 3, verneint von Meyer-Malfeld 593 N. 14 und Olshausen N. 10 Abf. 1; die beiden letzteren nehmen an, daß jede der drei Nrn. einen „besonderen“ Dolus erfordern. Die erste, bejahende Antwort ist die richtige, denn abgesehen davon, daß die Einteilung in drei Nummern aus stilistischen Gründen wegen der besonderen Qualifizierung der in Nr. 2, 3 genannten Räumlichkeiten gegeben sein mag, daß jedenfalls nichts dafür spricht, das Gesetz habe drei verschiedene Delikte nur äußerlich zusammengefaßt, würde die verneinende Ansicht trotz der abstrakten Gemeingefährlichkeit unter Umständen zu einer Straflosigkeit führen, z. B. wenn der Täter das Gotteshaus für ein Magazin hält, sich herausstellt, daß ihm das Gebäude gehört, die mittelbare Brandstiftung des § 308 nicht vorliegt, und der Irrtum kein fahrlässiger ist; in diesem Falle könnte auch nicht nach § 305 gestraft werden.

Der Täter muß die Räumlichkeit als solche in Brand setzen wollen. Der Dolus fehlt also, wenn er z. B. den Schornstein in Brand setzt, um ihn vom Ruß zu reinigen: Hälschner II 618, Meyer-Malfeld 593, Olshausen N. 10 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, v. Schwarze Abchn. 27 N. 5. Dagegen ist — vgl. N. 2 Abf. 1 — auch derjenige Gegenstand vorsätzlich in Brand gesetzt, auf welchen das Feuer von dem zunächst in Brand gesetzten überspringt, „denn die Eigentümlichkeit „des Verbrechens liegt darin, daß der Täter den Umfang des Brandes zwar wünschend auf die „zu seinem Zwecke dienenden Grenzen beschränken kann, aber nicht wollend, wenn er mit dem „Bewußtsein handelt, daß er der entsejjelten Kraft des Feuers keine Grenzen zu ziehen vermag“ (Hälschner). Wenn also ein Brand der mittelbaren Brandstiftung des § 308 sich einem Gegenstande der unmittelbaren und von da einem solchen des § 306 mitteilt, so ist nur nach § 306 zu strafen, vorausgesetzt das Bewußtsein, es könne event. ein solcher Gegenstand vom Feuer ergriffen werden: Binding Lehrb. II 18, Hälschner II 619.

5. Idealankurenz ist möglich mit dem Versicherungsbetrug (§ 265), und zwar auch dann, wenn die Brandstiftung nach § 310 straflos ist: Werner 639, Frank N. V, Mertel 330, Meyer-Malfeld 483, Olshausen N. 12b, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein § 265 N. 5, Schütze 475 und Abf. 1./11. 87 C. 35 398; a. M. Binding Handb. I 350 und Grundriß 142, Hälschner II 280, Mertel S. S. III 781.

Ebenso mit der Sachbeschädigung, was wiederum für den Fall des § 310 von Bedeutung ist: Frank N. V, v. Liszt 493 N. 2, Olshausen N. 12c; vgl. § 310 N. 3 Abf. 2. Verbrennen mit der Räumlichkeit die in ihr befindlichen beweglichen Gegenstände, so wird dieß durch die Strafe der Brandstiftung abgegolten: Binding Lehrb. II 11.

§ 307.

Die Brandstiftung (§ 306) wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, wenn

- 1) der Brand den Tod eines Menschen dadurch verursacht hat, daß dieser zur Zeit der Tat in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten sich befand,
- 2) die Brandstiftung in der Absicht begangen worden ist, um unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen, oder
- 3) der Brandstifter, um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren, Löscherättschaften entfernt oder unbrauchbar gemacht hat.

1. Wenn man die Brandstiftung des § 308 als einfache, die des § 306 als schwere bezeichnet, so ist die des § 307 eine besonders schwere. Das qualifizierende Moment gegenüber dem Grunddelikt des § 306 ist der Erfolg, die Nichtung des verbrecherischen Willens, seine Intentionalität. Wegen des Zusammentreffens mehrerer dieser Momente vgl. § 73 N. 7.

2. Der Brand hat den Tod eines Menschen dadurch verursacht, daß dieser sich zur Zeit der Tat in der in Brand gesetzten Räumlichkeit befand. Das Gesetz verlangt also das ursächliche Zusammenwirken der beiden Umstände, einen zwischen ihnen bestehenden unmittelbaren Kausalzusammenhang.

RG. 3./12. 81 C. 5 202. Im übrigen kommt es nur auf den objektiven Erfolg an, das Delikt ist ein sog. Erfolgsdelikt (oben § 59 N. 11): Frank N. I 1, v. Liszt 494, Meyer-Altfeld 136, Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 4, Wachenfeld Sm. II 315 und RG. 15./12. 84 C. 12 64; a. M., nämlich Fahrlässigkeit verlangend, Binding Lehrb. II 19, Hälschner II 620, Schaper h. h. III 885, Schütze 514 N. 25. Hat der Täter den Erfolg gewollt, so liegt je nachdem Idealkonkurrenz mit den §§ 211, 212 vor: Werner 640, Frank und Olshausen a. a. O. v. Liszt 495, Rüdorff-Stenglein N. 5. A. M. sind Hälschner, Schaper und Schütze a. a. O., von denen Schaper nur, die beiden anderen nie nach §§ 211, 212 strafen wollen, sodasß entweder die Brandstiftung strafflos bleibt oder der Täter dem Schafott entgeht, wenn er zu dem Morde noch die Brandstiftung fügt. In welcher Weise der Tod erfolgt, ob der Getötete verbrannte oder von einem herabstürzenden Balken erschlagen wurde oder beim Hinauspringen aus dem Fenster den Hals brach usw., und ob etwa seine eigene Unbesonnenheit mitwirkte, ist bedeutungslos: Binding, Frank, v. Liszt, Rüdorff-Stenglein, Schaper und Wachenfeld a. a. O., Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 6, v. Schwarze N. 2. Also auch wenn der Tod durch Schreck erfolgt, z. B. infolge des Schreckes der Herzleidende einen Herzschlag erleidet, die Schwangere zu früh niederkommt und daran stirbt: Hälschner II 619, v. Liszt 494 N. 4, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Frank N. I 1 und Oppenhoff-Delius N. 6.

Der Getötete muß „zur Zeit der Tat“ in der Räumlichkeit gewelt haben. Die Zeit der Tat ist nicht die Dauer des Brandes, sondern die Zeit vom Beginn der Ausführung bis zur Vollendung der Brandstiftung (§ 306 N. 2): Binding, Schaper und Schütze a. a. O., Hälschner II 619, Meyer-Altfeld 594 N. 19, Olshausen N. 3 Abs. 2. Also liegt die Qualifikation nicht vor, wenn der nachher hinzugekommene Feuerwehmann beim Löschen verunglückt: Binding und Frank a. a. O., Olshausen N. 3 Abs. 3, N. 4, Oppenhoff-Delius N. 6, Schütze a. a. O., oder wenn der zur Zeit der Tat Anwesende die Räumlichkeit verläßt, wieder zurückkehrt und nunmehr seinen Tod findet; in dem letzteren Fall ist der Kausalzusammenhang durch die Zwischenursache der Milderer durchbrochen: v. Liszt 494 N. 4, Olshausen N. 3 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze a. a. O.: RG. 3./12. 81 C. 5 202. Ob dem Täter die Anwesenheit bekannt oder nicht bekannt, ist gleichgültig, da es für die Zurechnung des Erfolges auf ein Wissen und Wollen nicht ankommt: Binding Lehrb. II 20 N. 1, Frank N. I 1, Meyer-Altfeld 594, Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. v. Liszt 494 N. 4 und Olshausen N. 2 Abs. 2.

3. Oder der Täter will unter Begünstigung der somit als Mittel erscheinenden Brandstiftung Mord (§ 211) oder Raub (§§ 249—251) begehen oder einen Aufruhr erregen (§ 115). Unter Begünstigung oder Schutz bedeutet, daß die Tötung usw. nicht durch das Feuer selbst, sondern durch eine neue Handlung erfolgen soll: Frank N. I 2, v. Liszt 495. Wird eines jener Delikte wirklich begangen, so liegt Realkonkurrenz vor: Hälschner II 621, Olshausen N. 5 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schaper h. h. III 886, Schütze 515 N. 26. Wenn v. Liszt 495 behauptet: „die wirkliche Ausführung der Absicht begründet keine neue selbständige Handlung“, so wird er selbst wohl schwerlich annehmen, daß der Mörder nur mit Zuchthaus zu bestrafen sei.

4. Oder endlich der Täter hat, um dadurch das Löschen des Feuers zu erschweren, Löscherätschaften entfernt oder unbrauchbar gemacht. Ob er dies vor, während oder nach der Zubrandsetzung tut, und ob er dadurch die Löscherung wirklich verhindert oder erschwert, ist gleichgültig: Hälschner II 621, Olshausen N. 6 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 12, Schütze 515 N. 26, 27. Das Gesetz nennt nur die Löscherätschaften, nicht allgemein die Löschemittel, sodasß die Verhinderung usw. durch Beseitigung des Wassers, Abhalten der Löschermannschaften (z. B. Trümmern machen) usw. nicht genügt: Binding Lehrb. II 19 N. 2, Frank N. I 3, v. Liszt 495, Olshausen N. 6 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 13, Schaper h. h. III 886 N. 5, Schütze 515 N. 27, v. Schwarze N. 7.

5. Der Versuch bei dem Delikt der Nr. 1 ist gegeben, wenn der qualifizierende Erfolg schon bei dem Versuch des Grunddelikts eintritt: Frank N. II, v. Liszt 495, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7.

§ 308.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer vorzüglich Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine, Waarenvorräte, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräte von landwirtschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore in Brand setzt, wenn diese Gegenstände entweder fremdes Eigentum sind, oder zwar dem Brandstifter eigentümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet

sind, das Feuer einer der im § 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzuteilen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Nicht die Inbrandsetzung von Sachen überhaupt, ohne Rücksicht auf die an ihnen bestehenden Eigentumsverhältnisse, ist allgemein verboten, sondern nur diejenige vom Gesetz bestimmte bezeichneter Sachen.

Zunächst benennt das Gesetz in § 306 eine Anzahl von Räumlichkeiten, ohne zu unterscheiden, wem sie gehören und ob sie überhaupt jemand gehören.

Sodann benennt § 308 (das Delikt der sog. einfachen Brandstiftung) eine Anzahl von Räumlichkeiten und Gegenständen, unterscheidet aber, ob sie im Eigentum eines Anderen oder des Täters stehen. Gehören sie einem Anderen, so ist der Täter unbeschränkt strafbar (sog. unmittelbare Brandstiftung). Gehören sie dem Täter selbst, so ist der Täter nur strafbar, wenn sie nach ihrer Beschaffenheit und Lage geeignet sind, das Feuer einer der in § 306 bezeichneten Räumlichkeiten oder einer der in § 308 bezeichneten Räumlichkeiten oder Gegenstände, welche einem Anderen gehören, mitzuteilen (sog. mittelbare Brandstiftung). Die Gemeingefährlichkeit ist eine abstrakte, somit die Strafbarkeit der mittelbaren Brandstiftung nicht davon abhängig, daß die anderen Räumlichkeiten und Gegenstände im konkreten Fall gefährdet oder gar vom Feuer ergriffen werden.

Die Inbrandsetzung anderer als der in den §§ 306, 308 genannten Gegenstände ist nicht als Brandstiftung, sondern als Sachbeschädigung strafbar, sofern nicht, wie z. B. beim Heidebrand, die landesgesetzlichen Feldpolizei- und Forstgesetze eingreifen.

Die Inbrandsetzung der in § 308 genannten Gebäude, Schiffe, Hütten und Bergwerke ist nicht nach § 308, sondern nach §§ 306, 307 strafbar, wenn die dort angegebenen objektiven Merkmale vorliegen; Idealkonkurrenz ist somit ausgeschlossen: Binding Normen II 586, Frank N. V, Hälschner II 622; a. M. Olshausen N. 9c, Rüdorff-Stenglein N. 8, Schütze 516 N. 29.

Da das Gesetz ausdrücklich bei der unmittelbaren Brandstiftung fremdes, bei der mittelbaren Eigentum des Täters, in jedem Fall also ein Stehen im Eigentum verlangt, kann das Delikt des § 308 an herrenlosen Sachen nicht begangen werden: Binding Lehrb. II 16, v. Liszt 495; a. M. Olshausen N. 6b. Die in Brand gesetzte Sache ist aber für den Täter auch dann eine fremde, wenn er nur Miteigentümer ist: Binding und v. Liszt a. a. O., Frank N. I 1, Olshausen N. 5 Abf. 1: RG. 2./1. 85 E. 11 345.

2. Die unmittelbare Brandstiftung ist also nur dann strafbar, wenn der Täter nicht Eigentümer der Sache ist. Er wird aber durch die Einwilligung des Eigentümers zur Inbrandsetzung straffrei, sofern der betreffende Gegenstand nach Beschaffenheit und Lage nicht geeignet ist, das Feuer einem der bei der mittelbaren Brandstiftung genannten Gegenstände mitzuteilen: Binding Lehrb. II 16, 17, Frank N. I 1, Hälschner II 615, v. Liszt 495, Meyer-Wilfeld 593 N. 11, Olshausen N. 5 Abf. 4, Oppenhoff-Delius N. 12, v. Schwarze N. 16; RG. 30./3. 85 E. 12 138.

a) Gebäude, vgl. § 243 N. 9.

b) Schiffe, vgl. § 305 N. 3b. Auch hier sind Rähne und Gondeln auszukließen: Frank N. II 2, Meyer-Wilfeld 592 N. 9, Olshausen N. 3b, Schaper S. 5. III 879. Wenn Binding Lehrb. II 14 N. 2 dies wegen der Unmöglichkeit der Abgrenzung bestritt, so wird der Richter jedenfalls durch seinen gesunden Sinn davon abgehalten werden, z. B. eine Gondel auf einem Privatteich hierher zu rechnen.

c) Hütte ist ein selbständiges unbewegliches Ganzes, welches eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedeckt, zum Schutz gegen äußere Einwirkungen in einer dem jeweiligen Zwecke genügenden Dauerhaftigkeit und Festigkeit, sei es durch Wand oder Dach oder sonst, ausreichend abgeschlossen ist und sich von dem Gebäude nur durch kleinere Maßverhältnisse und beschränkteres Geßaß unterscheidet: Binding Lehrb. II 13 N. 2, Frank § 306 N. I 2, Meyer-Wilfeld 592 N. 9, Olshausen N. 3c; RG. 16./2. 88 E. 17 179, 25./4. 99 E. 32 128.

d) Bergwerke.

e) Magazine sind Anlagen, welche nicht eigentliche Gebäude darstellen, wohl aber Räumlichkeiten umfassen, die dazu bestimmt sind, erhebliche Vorräte an Waaren oder sonstigen Gebrauchsgegenständen für längere Zeit zu bergen, und zwar einschließlich der magazinierten Gegenstände, jedoch deren Inbrandsetzung eine solche des Magazins ist: Binding Lehrb. II 14, Frank N. II 5 (bedenklich wegen der Gegenstände), Olshausen N. 3e; RG. 11./3. 86 E. 13 407.

f) Vorrat ist eine durch ihre tatsächlich zu beurteilende Erheblichkeit nicht auf einmal verbrauchbare Menge räumlich vereinigter Gebrauchsgegenstände, angesammelt, um sie für den künftigen Ge- und Verbrauch verfügbar zu halten: Binding Lehrb. II 14 N. 5 (bestreitet das Er-

fordernis der Erheblichkeit), Frank N. II 6, Tschaujen N. 31; RG. 21./2. 84 C. 10 186, 4./1. 86 C. 13 218, 29. 11. 95 C. 28 39. Nur die objektive Beschaffenheit nach Maß, Zahl usw. ist entscheidend, subjektive, dem Willensbereich des Eigentümers entnommene Momente, z. B. ob die Sachen für sein Bedürfnis erheblich sind, ob er sie allmählich aufbrauchen will, kommen nicht in Betracht: RG. 4./1. 86 C. 13 218. Die Aufbewahrung kann dervort erfolgen, daß sie gleichzeitig einem Neben-zweck dient (z. B. Strohwand zum Schutz gegen Kälte): RG. 29./11. 95 C. 39 39.

Waaren sind Gegenstände, welche im kaufmännischen Verkehr durch Kauf und Tausch vertrieben werden. Sie kommen nur in Betracht, sofern sie auf öffentlichen, also dem Publikum zugänglichen und zu ihrer Lagerung bestimmten Plätzen lagern.

z) Das letztere ist nicht erforderlich bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen, Bau- oder Brennmaterialien, indem diese, sei es mit oder ohne Waarencharakter, weder auf öffentlichen Plätzen noch überhaupt zu lagern brauchen, sondern auch auf dem Transport begriffen sein können: RG. 21./2. 84 C. 10 86, 28./5. 06 C. 39 22. Landwirtschaftliche Erzeugnisse sind alle Rohprodukte der Ausnutzung des Grund und Bodens, bei deren Gewinnung letzterer selbst der Substanz nach unverändert bleibt, wobei eine auf das Entstehen oder Gedeihen abzielende menschliche Tätigkeit nicht vorausgesetzt wird: RG. 8./2. 95 C. 27 14 (Schilfrohr), 28./5. 06 C. 39 22. Nur die Rohprodukte, also solange nicht durch die Art der Verwendung eine Veränderung der Substanz eingetreten ist (z. B. Düngerhaufen): RG. 19./6. 80, 28./5. 06 C. 39 22. Haben die Erzeugnisse durch Verwendung zu einem bestimmten Zweck den Vorratscharakter verloren, z. B. eingedecktes Stroh, so können sie ihn durch Beendigung jener Verwendung wiedererlangen: RG. 9./6. 02 C. 35 285.

h) Die Früchte auf dem Felde können reif oder unreif, noch stehende oder bereits vom Grund und Boden getrennt sein: Bindung Lehrb. II 14, Frank N. II 7, Tschaujen N. 32, Schütze 516; RG. 21./2. 84 C. 10 86. „Auf dem Felde“ bedeutet nicht dasjenige spezielle Feld, auf dem sie gewachsen sind. Vorräte sind hier nicht gemeint, aber einzelne oder mehrere Früchte genügen nicht, vielmehr muß mit Berner 637 eine größere Masse von Früchten gefordert werden, weil für die unmittelbare Brandstiftung durchweg ein umfangreicheres, also meistens auch wertvolleres Bestium in Frage kommt.

i) Waldungen, vgl. § 293 N. 2c, übereinstimmend Frank N. II 8. N. N. Tschaujen N. 3h und RG. 4./10. 80 C. II 314, 2./2. 82 C. 6 22, 3./1. 84 C. 9 381, nämlich umfangreichere, in sich zusammenhängende Grundflächen, und zwar nicht nur sofern sie mit Bäumen bestanden sind, sondern auch sofern sie mit anderen Waldbestandteilen, wie Gras, Moos, Laub, Strauchwerk, bedeckt sind, so daß das Anzünden solcher Sachen Inbrandsetzung der Waldung ist, wenn dadurch der Holzbestand in die Gefahr gerät, mit in Brand gesetzt zu werden (konkrete Gefahr? unmittelbare Brandstiftung?). Dadurch, daß sie nicht zur Holzbenutzung bestimmt ist, verliert die Waldung ihre Eigenschaft als solche nicht: RG. 3./1. 84 C. 9 381.

k) Torfmoore.

3. Mittelbare Brandstiftung liegt vor, wenn die genannten Gegenstände zwar dem Täter — ausschließlich — gehören, aber nach ihrer Beschaffenheit und (nicht: oder) Lage geeignet sind, das Feuer einer der in § 306 genannten Räumlichkeiten oder einem der genannten fremden Gegenstände mitzuteilen, z. B. ein in großer Nähe von Gebäuden lagernder Heuballen. Die Geeignetheit ist entscheidend. Liegt sie nicht vor, so ist die Brandstiftung straflos, auch wenn sich durch andere Umstände, z. B. Wind, das Feuer auf die anderen Gegenstände verbreitet. Liegt sie vor, so ist sie strafbar, auch wenn durch andere Umstände, z. B. entgegenstehenden Wind, die Verbreitung des Feuers ausgeschlossen ist: Bindung Lehrb. II 15, Frank N. I 2, Hälschner II 615, Tschaujen N. 6a Abj. 2, Müdorff-Stenglein N. 2, Schütze 511: a. M., also für die Berücksichtigung der konkreten Umstände, v. Liszt 495 N. 5.

4. Zu dem Vorsatz gehört insbesondere bei der unmittelbaren Brandstiftung die Kenntnis des fremden Eigentums, bei der mittelbaren die der Geeignetheit. Eine Verwechslung der an sich tauglichen Objekte ist gleichgültig: Bindung Lehrb. II 18, Frank N. III, Hälschner II 622, Tschaujen N. 7 Abj. 2; RG. 9./6. 02 C. 35 285. Der Dolus fehlt bei der unmittelbaren, wenn der Täter auf Anstiften des Eigentümers dessen versichertes Gebäude in Brand setzen will, aus Versehen aber das Gebäude eines Dritten anzündet: Bindung Lehrb. II 17 N. 2, Tschaujen N. 5 Abj. 4. Wie im Falle des § 306 — daselbst N. 4 Abj. 2 — muß der Vorsatz darauf gerichtet sein, den Gegenstand als solchen in Brand zu setzen, nicht den einzelnen Baum, sondern den Wald: unter dieser Voraussetzung genügt es schon, wenn nur das Laub brennt: Frank N. II 6, Tschaujen N. 7 Abj. 1; RG. 8./2. 82 C. 6 22.

5. Idealkonturrenz ist, wie mit dem Versicherungsbetrug (§ 265), so mit der Sachbeschädigung möglich, vgl. Tschaujen N. 9 a, b, Rad Frank N. V und Tschaujen N. 9 b ist jedoch die Konturrenz mit § 303 ausgeschlossen, alle im Fall des § 310 der Täter überhaupt straflos: vgl. dazu § 310 N. 3 Abj. 2, auch § 306 N. 5 Abj. 2.

§ 309.

Wer durch Fahrlässigkeit einen Brand der in den §§ 306 und 308 bezeichneten Art herbeiführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

1. Das Gesetz bedroht hier einen Brand der in den §§ 306, 308 „bezeichneten Art“, d. h. der daselbst genannten Gegenstände unter dem Vorliegen der dort angegebenen objektiven Merkmale: Schütze 516. Der Täter handelt fahrlässig, wenn er nach gewöhnlicher Erfahrung den gefährlichen Charakter seiner Handlung zu erkennen vermochte, und durch diese Fahrlässigkeit der Brand herbeigeführt, d. h. verursacht ist, mag auch das fahrlässige Verhalten anderer Personen mitgewirkt haben. Fahrlässigkeit liegt z. B. vor, wenn der Brand durch Herabfallen einer so fahrlässig aufgestellten Laterne herbeigeführt ist, daß sie infolge der geringsten Erschütterung herabfallen konnte, sollte auch nicht festzustellen sein, welches konkrete Ereignis das Herunterfallen bewirkte, und ob der Angeklagte dieses Ereignis vorhersehen konnte: RG. 29./3. 82 C. 6 146. Ebenso wenn sich ein Arbeiter mit einem offenen Licht an einen Ort begeben hat, an welchem es wegen Feuergefährlichkeit nicht benutzt werden durfte, mochte es ihm auch von dem Dienstherrn zum Gebrauch bei der dort vorzunehmenden Arbeit gegeben sein: RG. 5./2. 82.

Die Fahrlässigkeit kann sich beziehen sowohl auf den Akt des Inbrandsetzens selbst als auch auf den Gegenstand nach seinen vom Gesetz angegebenen Merkmalen. Das Delikt ist stets fahrlässig begangen, wenn der Akt des Inbrandsetzens auf Fahrlässigkeit beruht. Beruht er auf Vorsatz, so ist zu unterscheiden. Die Inbrandsetzung eines nicht zu den vom Gesetz genannten Brandstiftungsobjekten gehörenden Gegenstandes ist keine Brandstiftung. Geschieht sie vorsätzlich, so liegt fahrlässige Brandstiftung vor, wenn von dem brennenden Gegenstande aus gegen den Willen, aber unter Fahrlässigkeit des Täters das Feuer sich einem der gesetzlichen Objekte mitteilt. Wird das gesetzliche Objekt vorsätzlich in Brand gesetzt, und hat die Brandstiftung einen weiteren oder anderen als den vom Täter beabsichtigten Erfolg, so wird dieser zwar für die Strafzumessung von Bedeutung sein, begründet aber nicht, wie Olshausen N. 5 meint, Idealkonkurrenz vorsätzlicher und fahrlässiger Brandstiftung: Binding Lehrb. II 19 N. 1, Hälschner II 623, Meyer-Alsfeld 593 N. 14. Bezieht sich der Irrtum darauf, ob das Objekt unter § 306 oder 308 fällt, steckt, z. B. der Täter ein Wohnhaus an, welches er für eine Scheune hält, so liegt nicht fahrlässige Brandstiftung nach § 306 und vorsätzliche nach § 308 vor, sondern nur die letztere: Franf § 306 N. III 2b, Meyer-Alsfeld a. a. O.; a. M. wiederum Olshausen a. a. O. Ebenso liegt Fahrlässigkeit vor bei der unmittelbaren Brandstiftung des § 308, wenn der Täter das Objekt aus Fahrlässigkeit für sein eigenes hält, bei der mittelbaren, wenn ihm aus Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß es zur Mitteilung des Feuers geeignet ist.

2. Wird durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht, so liegt ein jog. Erfolgsdelikt vor, bei welchem es nur auf den kausalen Zusammenhang, nicht aber auf ein Verschulden des Täters ankommt, vgl. § 307 N. 2: so die meisten Autoren, z. B. Meyer-Alsfeld 594 N. 22 und Olshausen N. 6; RG. 3./12. 81 C. 5 202, 11./10. 07 C. 40 321. Fahrlässigkeit verlangen auch hier Binding Lehrb. II 20, Hälschner II 623, Schaper S. 5 III 888 N. 4, Schütze 517. Daß der Getötete zur Zeit der Tat sich in der in Brand gesetzten Räumlichkeit befand, ist nach der von Olshausen N. 6 Abj. 1 gebilligten Ansicht des RG. 3./12. 81 C. 5 202 nicht erforderlich, jedoch hiernach die Qualifikation vorliegt, wenn Jemand die Räumlichkeit bereits verlassen hat, zurückkehrt und nun seinen Tod durch Verbrennen u. v. findet; aber diese Ansicht kann mit Binding Lehrb. II 20 N. 2 nicht gebilligt werden, weil auch bei den Erfolgsdelikten stets der Kausalzusammenhang vorhanden sein muß; vgl. § 307 N. 2 Abj. 2. Hat der Täter den Tod durch Fahrlässigkeit verschuldet, so konkurriert die fahrlässige Tötung des § 222: Franf N. II, Olshausen N. 6 Abj. 2; a. M. Hälschner II 31, Meyer-Alsfeld 594 N. 22. Und zwar ist bei Konkurrenz mit § 222 Abj. 2 die Strafe aus diesem zu bestimmen: so auch Binding Lehrb. II 20 N. 3, Grundr. 78 unter Annahme einer Alternativität.

§ 310.

Hat der Täter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schade entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein.

1. Nach § 46 Nr. 2 bleibt der Versuch als solcher straflos, wenn der Täter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat. Diese Bestimmung gilt natürlich auch für die vorzügliche Brandstiftung, hat aber durch § 310 eine Ausdehnung erhalten.

Zunächst findet nämlich § 310 auf den Versuch keine Anwendung, setzt vielmehr voraus, daß das Delikt der Brandstiftung vollendet ist: Werner 640, Binding Lehrb. II 21, Birkmeyer Enzykl. 1190, Hälschner II 624, v. Liszt 494, Dshaujen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 2, Schütze 517 und RG. 3./1. 89 C. 18 355; a. M. nur v. Schwarze N. 3.

Sodann bezieht sich der Strafaufhebungsgrund nicht bloß auf die vorzügliche, sondern auch auf die fahrlässige Brandstiftung: Binding Lehrb. II 20, Frank N. II, v. Liszt 494, Merkel 356, Dshaujen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schütze 517, v. Wächter 446; RG. 26./9. 89 C. 19 394.

2. Die Straflosigkeit ist an drei Bedingungen geknüpft.

a) Es darf noch kein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden sein. Der Brand darf also nicht über denjenigen lokalen Punkt hinausgegriffen haben, an welchem die Inbrandsetzung stattfand: Frank N. I Abj. 1, Meyer-Alfeld 593 N. 17, Dshaujen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 5. Ob ein weiterer Schaden — an Sachen oder Personen — eingetreten, ist Tatfrage; „freilich kann eine mathematische Beschränkung auf den ersten Herd nicht gefordert werden, und es wird immer dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum bleiben“ (Frank: Frank und Dshaujen a. a. D., Hälschner II 624, Rüdorff-Stenglein N. 4. Daß der weitere Schaden ein erheblicher sein müsse, wie Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 2, Schütze 517 und RG. 3./5. 80 C. 1 375, oder der Brand ein nicht durch die Tätigkeit eines oder mehrerer Menschen sofort wieder löscherbarer, wie Hälschner II 625, Schaper S. S. III 883 N. 20 und v. Schwarze N. 10 annehmen, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 21, Dshaujen N. 3.

b) Der Brand darf nicht bereits entdeckt sein. Vgl. § 46 Nr. 5d — g. Der Brand des Gegenstandes, nicht bloß eine Rauchsäule oder ein Feuerchein, entdeckt ohne Zutun des Täters, von einem unbeteiligten Dritten, auch wenn der Täter von dem Entdeckten nichts weiß: Binding Lehrb. II 21, Beyer II 113, Hälschner II 625, Meyer-Alfeld 593 N. 16, Dshaujen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 4, Schütze 517; RG. 3./5. 80 C. 1 375.

c) Der Täter muß vor dem weiteren Schaden und vor der Entdeckung den Brand gelöscht haben. Nicht der Zufall oder ein beliebiger Dritter, der ja Entdecker sein würde, sondern der Täter selbst oder die von ihm zum Löschen herangezogenen fremden Kräfte oder beide zusammen, jedoch auch in diesem Fall die Initiative gleichwohl von ihm ausgegangen ist: Binding Lehrb. II 20, Frank N. I Abj. 2, Hälschner II 625, v. Liszt 494, Dshaujen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 2, Schütze 517 N. 34, v. Schwarze N. 1a, v. Wächter 446 N. 10 und RG. 3./5. 80 C. 1 375, 26./9. 89 C. 19 394; a. M. Schaper S. S. III 883 N. 20, nämlich daß der Täter vor dem Eintritt Anderer bereits begonnen haben müsse. Die bloße Absicht des Löschens genügt auch dann nicht, wenn es nur zum Versuch der Brandstiftung gekommen ist: Binding Lehrb. II 20 N. 4, Frank N. I Abj. 2, Hälschner II 525/526, Dshaujen N. 5a; RG. 3./1. 89 C. 18 355.

Das Wort „Täter“ ist im weiteren, auch die Teilnehmer umfassenden Sinn zu nehmen. Somit bleibt von mehreren Mitschuldigen nur derjenige straflos, der gewisst hat: Binding Lehrb. II 21, Frank N. III, Hälschner II 625, Dshaujen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 111, Schütze 518 N. 34.

3. Das Gesetz hat nur die Brandstiftung im Auge, bezieht sich also nicht auf den Versicherungsbetrug: Binding Lehrb. II 21, Dshaujen N. 1a, Oppenhoff-Delius § 265 N. 7.

Nach Binding a. a. D. und Frank N. III ist die in der Brandstiftung stehende Sachbeschädigung allgemein straflos, nach Dshaujen § 308 N. 9b die des § 303 im Falle der Brandstiftung des § 308, nicht aber nach § 306 N. 12c die des § 306. Diese Ansicht ist irrig. Nach Analogie der tätigen Reue beim Versuch ist auch hier nur die Brandstiftung als solche straflos, nicht auch die in ihr stehende Sachbeschädigung. Das Gegenteil wäre geradezu eine Prämie auf die Brandstiftung, für welche weder der Wortlaut des Gesetzes spricht, noch eine Absicht zu erkennen ist; Binding selbst nennt es eine „grobe Ungerechtfertigkeit“.

§ 311.

Die gänzliche oder teilweise Zerstörung einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodierenden Stoffen ist der Inbrandsetzung der Sache gleich zu achten.

1. Wenn der Täter als Zündstoff einen Explosivstoff verwendet, durch dessen Explosion eine Flamme erzeugt wird, welche den Gegenstand zerstört, so liegt Brandstiftung vor. Wird aber schon durch die Explosion der Gegenstand zerstört, so ist das Delikt des § 211, der jor. Explosionsverurjachtung, gegeben. Diese Zerstörung durch Explosion stellt das Gesetz der Brandstiftung gleich.

Der steife Ausdruck „durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodierenden Stoffen“ statt „durch explodierende Stoffe“ bedeutet nicht lediglich die zweckentsprechende, sondern überhaupt jede, auch die zweckwidrige Verwendung des Stoffes, überhaupt jedes Verhalten, durch welches die Explosion bewirkt wird, also auch die mittelbare Verursachung einer Explosion z. B. durch Betreten eines mit Gasen gefüllten Stellers mit offenem Licht oder die durch solches verursachte Explosion schlagender Wetter: Binding Lehrb. II 22, Frank N. II, Oshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 518 N. 35; RG. 11./3. 89 C. 19 279.

Wegen der explodierenden Stoffe vgl. § 296 N. 4 Abj. 2 und wegen der Zerstörung § 303 N. 2 c. Liegt nur eine Beschädigung vor, so kommen wie in gleichem Fall bei der Brandstiftung die §§ 303, 304 in Anwendung.

Das Delikt ist vollendet, sobald die gänzliche oder teilweise Zerstörung eingetreten ist. Hat die Explosion einen Brand zur Folge, so ist dies für den Tatbestand gleichgültig, kommt also nicht als eine mit der Explosionsverursachung konkurrierende Brandstiftung in Betracht: Hälschner II 629.

2. Die Gleichstellung bezieht sich nicht auf das Delikt des Versicherungsbetruges (vgl. § 265 N. 1a), sondern auf die Brandstiftung dieses Abschnittes, und zwar sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht. Somit kann auch die Explosionsverursachung eine vorzügliche wie fahrlässige sein, sie ist beschränkt auf die Sachen, welche nach dem Gesetz Gegenstand der Brandstiftung sind, und auch bei ihr kommen die Strafzählungen über die Brandstiftung mit ihren nach den Gegenständen, der Zeit der Tat und den sonstigen Umständen gemachten Unterscheidungen zur Anwendung. Gewöhnlich wird behauptet, daß Straflosigkeit nach Maßgabe des § 310 nicht eintreten könne, weil ein Zutreffen der tatsächlichen Verhältnisse unmöglich sei: Binding Lehrb. II 21, Wirmeyer Enzykl. 1190, v. Liszt 496, Oshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 508. Diese Ansicht geht aber zu weit, denn wenn die Explosion sich in mehreren Akten betätigt, ist es allerdings nicht unmöglich, ihren Fortgang zu hindern; so auch Frank N. II und Geyer II 114.

§ 312.

Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren und, wenn durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

1. Wie bereits oben N. 1 zu Abschn. 27 bemerkt worden, ist nur bei den die Überschwemmung betreffenden §§ 312–314 die gemeine Gefahr zum Tatbestandsmoment erhoben; ihr Vorhandensein muß also in jedem konkreten Fall festgestellt werden. Und zwar nur die gemeine Gefahr für Leben oder Eigentum. Jede andere Überschwemmung ist entweder nach den §§ 211, 212, 222, 223, 223a („gemeinschaftlich“), 224–226, 230, 303–305 oder überhaupt nicht strafbar.

Die Gefährdung des Lebens oder Eigentums des Täters selbst kommt nicht in Betracht, mag es sich auch um eine Mittäterchaft von noch so vielen Beteiligten handeln.

Wegen des Begriffs der gemeinen Gefahr vgl. ebenfalls N. 1 cit. Stets muß eine Gefahr von unbestimmter Richtung und Tragweite vorliegen; die Gefährdung einzelner oder mehrerer bestimmter Personen oder Sachen genügt also nicht, wenn auch der Natur der Sache nach selbst der allgemeinsten Gefahr eine örtliche Grenze anhaftet. Vgl. Oshausen N. 4 Abj. 2.

Überschwemmung liegt vor, wenn trockenes Land unter Wasser gesetzt ist. Das Land kann die Erdoberfläche sein oder ein geschlossener Raum, z. B. ein Bergwerk, denn „die gemeine Gefährlichkeit entscheidet, nicht der Untergrund, auf welchem das Wasser steht“: Binding Lehrb. II 31, 33, Oshausen N. 2; a. M. wegen des geschlossenen Raumes Meyer-Wilfeld 595. Aber das bloße Unterwasserlegen genügt nicht, sondern das Wasser muß aus den ihm durch Natur oder Kunst gesetzten Grenzen mit solcher Menge und Gewalt austreten, daß seine das überflutete Gebiet gefährdende Naturkraft als entsejelt erscheint; so die Autoren und RG. 13./10. 85. Auch die Vergrößerung einer schon bestehenden Überschwemmung ist Herbeiführung einer Überschwemmung, womit jedoch eine Ausdehnung der schon bestehenden gemeinen Gefahr verbunden sein muß: Binding Lehrb. II 33, Oshausen N. 3 Abj. 2, N. 4 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 312–314 N. 1; RG. 23./12. 81 C. 5 309.

2. Der § 212 betrifft die vorsätzliche Verursachung einer Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Menschenleben. Der Vorsatz bezieht sich sowohl auf die Überschwemmung als auch auf die gemeine Gefahr, auf eine gemeingefährliche Überschwemmung: Binding Lehrb. II 32, Frank N. VI, Geyer II 115, Hälschner II 638, v. Liszt 496, Meyer-Wilfeld 595, Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze N. 3. Wenn dagegen Oshausen N. 5a und Rüdorff-Stenglein §§ 312–314 N. 6 meinen, daß der Vorsatz sich nicht auf die gemeine Gefahr zu beziehen brauche, so wird dies durch

die Stellung des Wortes „vorsätzlich“ nicht gefordert und führt zu einem unhaltbaren Resultat. Denn die Gemeingefährlichkeit ist nicht eine das Delikt zu einem Erfolgsdelikt erhebende Qualifikation; daher muß in bezug auf sie den Täter ein Verschulden treffen, Vorzug oder Fahrlässigkeit. Hat aber der Täter in bezug auf sie nur fahrlässig gehandelt, so liegt, wie Olshausen selbst einräumt, nicht das vorsätzliche, sondern nach § 314 nur ein fahrlässiges Delikt vor. Es ist zudem ganz unmöglich, bei dem vorsätzlichen Delikt den subjektiven Tatbestand in bezug auf das Objekt der Verschuldung enger zu gestalten als bei dem fahrlässigen.

3. Wird durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht, so ist das Delikt ein sog. Erfolgsdelikt (§ 59 N. 11), bei welchem es nur auf den Kausalverzug, nicht aber auf ein Verschulden des Täters ankommt; a. M. Schaper S. 5. III 891 N. 5 und v. Schwarze N. 4.

4. Das Delikt ist vollendet, wenn die mit gemeiner Gefahr für Menschenleben verbundene Überschwemmung wirklich eingetreten ist: Binding Lehrb. II 34, Hälschner II 638. Bei dem qualifizierten Delikt liegt der Versuch vor, wenn schon mit dem Versuch des Grunddelikts der qualifizierende Erfolg gegeben ist: v. Liszt 496, Olshausen N. 7.

5. Idealkonkurrenz mit §§ 211, 212 liegt vor, wenn der Täter den verursachten Tod gewollt hat: Frank N. V, Hälschner II 640, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein §§ 312—314 N. 5, 7.

§ 313.

Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigentum vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist jedoch die Absicht des Täters nur auf Schutz seines Eigentums gerichtet gewesen, so ist auf Gefängnis nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

1. Vgl. § 312 N. 1, 2, 4. Für den Begriff der Gefahr kommt es nicht auf Größe und Wert der Eigentumsobjekte an, sondern auf die Ausdehnung der Gefährdung auf unbestimmt wie viele Eigentumsobjekte unbestimmt wie vieler Eigentümer; die Gefährdung mehrerer Sachen eines Eigentümers genügt nicht, denn dann liegt tatsächlich keine Unbestimmtheit vor: Meyer-Allfeld 595 N. 32, Olshausen N. 1 und RW. 13/10. 85; nach Binding Lehrb. II 33 kommt es auf die Zahl der Eigentümer nicht an. Ebenso wird der Tatbestand nicht erfüllt, wenn die gefährdeten Sachen herrenlos sind, wohl aber, wenn der Täter nur Miteigentümer ist.

2. Abj. 2 berücksichtigt den Widerstreit der eigenen Gefahr mit der gemeinen. Da es sich um den vom Täter verfolgten Zweck, nicht aber um seine persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse handelt, findet § 50 keine Anwendung; die Milderung kommt also nur denjenigen Teilnehmern zugut, bei denen der mildernde Umstand vorliegt: Olshausen N. 2; a. M. Binding Lehrb. II 35.

3. Idealkonkurrenz findet mit der Sachbeschädigung statt, wenn diese vom Täter gewollt ist: Frank N. II, Hälschner II 640, Olshausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein §§ 212—214 N. 7; a. M., nämlich daß die Sachbeschädigung in der Überschwemmung stets aufgehe, Binding Lehrb. II 34.

Ebenso ist sie möglich mit § 312: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. O. und Olshausen N. 4b, wogegen Binding Lehrb. II 32 und Hälschner II 639 nur § 312 anwenden wollen. Übrigens ist zwar nicht immer, wohl aber regelmäßig mit der Gefahr für Menschenleben auch die für Eigentum verbunden. Den sogar bei der fahrlässigen Begehung des Deliktes vorgeesehenen Fall, daß durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht wird, hat das Gesetz hier nicht beachtet und zwingt dadurch geradezu den Richter, die Idealkonkurrenz mit § 312 ins Auge zu fassen, wobei der Eventualdolus seine Rolle spielt. Verjagt auch dieser, so würde zugleich § 222 Anwendung finden.

§ 314.

Wer eine Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben oder Eigentum durch Fahrlässigkeit herbeiführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

1. Vgl. §§ 312 N. 1, 2, 4, 313 N. 1. Die Strafbestimmung bezieht sich auch auf den Fall, daß Leben und Eigentum gefährdet wurden: Hälschner II 641, Olshausen N. 1.

Wegen der Qualifizierung vgl. § 313 N. 3. Die von Frank N. anerkannte, von Binding Lehrb. II 35 N. 4 irrig für unmöglich erklärte Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung ist von Bedeutung für § 222 Abj. 2.

2. Die Fahrlässigkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Täter als Wasserberechtigter berechtigt war, das Wasser so hoch zu stauen, wie er es getan hat, da die Privatberechtigung hinter der allgemeinen und öffentlichen Rechtspflicht zurückzutreten hat: Geyer II 115, Dshaujen N. 1 Abj. 2., Rüdorff-Stenglein §§ 312–314 N. 7; RG. 23./12. 81 C. 5 309.

§ 315.

Wer vorzüglich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel oder sonstiges Zubehör derselben dergestalt beschädigt, oder auf der Fahrbahn durch falsche Zeichen oder Signale oder auf andere Weise solche Hindernisse bereitet, daß dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

1. Unter Eisenbahn ist jede Fahrerinrichtung zu verstehen, mittels welcher durch die Ausnutzung einer mechanischen Naturkraft auf einem festen Schienengeleise Personen und Sachen transportiert werden. Wenn Frank N. II 1 und Hälshner II 641 — auch Berner 644 jagt „gewöhnlich von Eisen“ — mit RG. 19./5. 85 C. 12 305, 17./9. 85 C. 12 371 metallene Schienen verlangen, so handelt es sich hier nicht um eine begriffliche, sondern um eine technische Frage, ist somit das Material — Eisen, Stahl, Papier, Glas, Holz usw. — gleichgültig. An erster Stelle gehören hierher diejenigen Eisenbahnen, deren Betrieb durch Dampf erfolgt, die Lokomotivbahnen, und zwar auch die Straßenbahnen: Geyer II 115, Dshaujen N. 3c und RG. 3./7. 84 C. 11 33, 19./5. 85 C. 12 205, 9./12. 87 C. 16 431; a. M. Binding Lehrb. II 41. Ferner die elektrischen Eisenbahnen: Berner, Frank und Dshaujen a. a. D., Hälshner II 642, v. Liszt 497, Meyer-Allfeld 596, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 N. 1 und RG. 17./12. 85 C. 12 371; a. M. Binding a. a. D. Ebenso die Bergbahnen, bei denen für die Fortbewegung der Fahrzeuge auf der Schienenrinne die Schwerkraft zur Anwendung gebracht wird: Berner und Frank a. a. D., Binding Lehrb. II 42; RG. 2./12. 01 C. 35 12. Dagegen sind diejenigen Eisenbahnen ausgeschlossen, deren Betrieb nicht mittels elementarer Naturkräfte, sondern mittels lebender Wesen erfolgt. Insbesondere sind ausgeschlossen die Pferdebahnen, wie aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, der Anlehnung an den Sprachgebrauch, der Höhe der Strafe und der offensibaren Unmöglichkeit hervorgeht, die §§ 319, 320 auf die Pferdebahnen anzuwenden: Berner, Frank, Hälshner, v. Liszt, Meyer-Allfeld, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Birkmeyer Enzykl. 1190, Dshaujen N. 3b und RG. 19./5. 85 C. 12 205; a. M. Schaper v. S. III 895 N. 1 und v. Schwarze N. 3. Der Transport auf den Pferdebahnen genießt also nur den Schutz der §§ 360 Nr. 11, 366 Nr. 9. Mangels eines festen Schienengeleises sind ausgeschlossen die sog. schwebenden Drahtseilbahnen: Frank N. II 1, Hälshner II 641, Dshaujen N. 3a; RG. 2./12. 01 C. 35 12.

Ob die Eisenbahn zu öffentlichen oder zu privaten Zwecken dient, ist gleichgültig: Birkmeyer, Frank, Geyer, v. Liszt, Meyer-Allfeld und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Hälshner II 643, Dshaujen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 3 und RG. 4./12. 83 C. 9 233, 2./3. 86 C. 13 380; a. M. Binding Lehrb. II 41. Auch ist nicht erforderlich, daß die öffentliche Bahn bereits dem Verkehr übergeben ist, wofern sie nur überhaupt befahren wird: Binding Lehrb. II 42 und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 4./12. 83 C. 9 233.

2. Wegen des Begriffs der Gefahr vgl. oben N. 1 zu Abschn. 27. Das Gesetz verlangt die Wahrscheinlichkeit des Schadens, aber nicht einen hohen oder überhaupt einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit. Ob wirklich eine Gefahr vorliegt, ist Tatfrage. Der Eintritt eines Schadens, durch welchen die Wahrscheinlichkeit zur Gewißheit erhoben wird, ist nicht erforderlich. Auf der anderen Seite kommen rein zufällige Ereignisse, durch welche jener Eintritt verhindert, nicht aber die Gefährlichkeit des geschaffenen Zustandes beseitigt wird, insbesondere das nur durch Zufall mögliche rechtzeitige Eingreifen Dritter, nicht in Betracht: Frank N. IV Abj. 1, Hälshner II 645, Dshaujen N. 6; RG. 14./6. 97 C. 30 178.

3. Das Gesetz verlangt, daß „der“ Transport gefährdet werde. Seine Anwendung ist also nicht beschränkt auf die Gefährdung eines bestimmten Bahnzuges, bestimmter Zug- oder Transportmittel, sondern die Wahrscheinlichkeit muß vorliegen, daß bei der Benutzung der Bahn zu den

ihr eigentümlichen Zwecken der Beförderung von Personen und Sachen, daß dem Bahnbetrieb Schaden zugefügt werde: Binding Lehrb. II 42, Frank R. IV 2, Geyer II 116, Hälschner II 645, v. Liszt 497, Meyer-Alsfeld 596, Ulshausen R. 7 Abj. 1, Oppenhoff-Delius R. 7, Schaper S. S. III 896, v. Schwarze R. 2 und RG. 30./10. 84 C. 11 205, 18./5. 86 C. 14 135, 14./6. 97 C. 30 178; a. M. Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 2. „Die Gefährdung liegt also vor, wenn ein nur möglicherweise fahrender Transport gefährdet sein würde, falls er die betreffende Stelle passierte“ (Frank). Die Gefährdung wird dadurch, daß gerade in dem Moment, in welchem ein Bahnzug auf ein Hindernis stößt, der Transport nicht gefährdet ist, weil z. B. der langsam fahrende Güterzug den auf die Schiene gelegten schweren Stein wegschiebt, nicht beseitigt, sondern es genügt, wenn die durch die Handlung verursachte Gefährdung zu irgendeiner Zeit vorliegt: RG. 18./5. 86 C. 14 135. Nur aber die Gefährdung, nicht die mehr oder weniger vollständige Hinderung des Betriebes, z. B. die Verhinderung der planmäßigen Abfahrt eines Zuges, fällt unter das Gesetz: Binding Lehrb. II 44, Ulshausen R. 7 Abj. 2, Oppenhoff-Delius R. 8, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 4.

4. Unter Transport ist jedoch nicht bloß der Bahnbetrieb im allgemeinen, sondern auch der konkrete Transport zu verstehen.

Zum Transport gehört zunächst der Beförderungsgegenstand, d. h. diejenigen Personen oder Sachen, die befördert wurden oder werden sollten; die Beförderungsmittel (Wagen); die Zugmittel (Lokomotive mit Tender): Binding Lehrb. II 42, Frank R. IV 1, Geyer II 116, Hälschner II 644, Ulshausen R. 8 Abj. 2; RG. 24./2. 81 C. 3 415, 8./2. 92 C. 22 343, 19./4. 09 C. 42 301. Ein Beförderungs- oder Zugmittel wird dann zum Transport, wenn es zur maßgebenden Zeit in einer dem Zwecke und Wesen des Bahnbetriebes entsprechenden Weise sich in Verwendung befindet, daher auch eine einzelne Lokomotive, ferner die Rangiermaschine: Frank R. IV 1, Hälschner II 644, Ulshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 3; RG. 24./2. 81 C. 3 415, 8./2. 92 C. 22 343. Ob ein Gegenstand Transportgegenstand oder Transportmittel ist, hängt von der jeweiligen Beziehung ab, in welcher er zu der Eisenbahn und den die Bewegung auf ihr hervorbringenden Kräften steht: RG. 13./5. 87 C. 16 66. Als Transport kann nicht nur der in Bewegung begriffene, sondern auch der stillstehende angesehen werden, denn es kommt nur darauf an, daß er gefährdet ist, sofern er sich bewegt: Binding Lehrb. II 42, Frank R. IV 1, Hälschner II 644 R. 2, Ulshausen R. 8 Abj. 5, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 3. Daher schließt ein zeitweiliges Stillstehen, z. B. des Güterwagens zum Zweck der Entladung, den Begriff des Transportes nicht aus: RG. 16./12. 84 C. 11 328; anders wenn er auf ein Nebengeleise als Reserve übergeführt ist. Die bestimmungsmäßig durch lebende Kräfte fortzubewegenden Transportmittel, insbesondere die Drahtseile, sind kein Eisenbahntransport: Berner 644, Binding Lehrb. II 43 Nr. 5 Frank R. IV 1, v. Liszt 497, Meyer-Alsfeld 596 R. 38, Ulshausen R. 8 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 3. Entscheidend ist die Bestimmungsmäßigkeit: der Wagen hört also nicht schon dadurch auf, Transport zu sein, daß er im konkreten Fall durch Menschen oder Pferde fortbewegt wird; a. M. Binding Lehrb. II 43/44.

Zum Transport gehören endlich diejenigen Personen, welche notwendig zum Betriebe eines bestimmten Transportes dienen, „integrierende Elemente“ eines bestimmten Transportes sind. Also das gesamte Zupersonal, als Maschinist, Heizer, Bremser, Schaffner: Binding Lehrb. II 43 R. 1, Ulshausen R. 8 Abj. 3, Oppenhoff-Delius R. 9; RG. 31./1. 84, 18./5. 86 C. 14 135, und zwar nicht bloß das auf dem Zuge befindliche Personal, sondern auch das mit der Zusammenstellung eines Zuges beschäftigte Rangierpersonal: RG. 19./4. 09 C. 42 301. Ebenso, da das Ausladen zum Bahnbetrieb gehört, der mit dem Ausladen eines an der Laderampe stehenden Wagens beschäftigte Arbeiter: RG. 16./6. 98 C. 31 198.

Das Gesetz schützt nicht bloß den Transport in seiner Gesamtheit, sondern auch einen einzelnen Teil des Transportes: RG. 24./2. 81 C. 3 415 (Lokomotive nebst Tender), 16./2. 84 C. 11 328 (ein einzelner Wagen), 13./5. 87 C. 16 66, 16./6. 98 C. 31 198 (ein auf dem Trittbreit stehender Schaffner).

5. Das Gesetz nennt zwei Gefährdungsmittel.

a) Die Beschädigung der Eisenbahnanlage oder ihres Zubehörs.

Eisenbahnanlage ist der unbewegliche Teil der Eisenbahn, der Schienenweg im weitesten Sinn, also Damm, Schienen, Schwellen, Bahnhof, Betriebsgebäude usw.: Binding II 44, Frank R. II 1, Ulshausen R. 9a.

Zubehör sind alle Sachen, welche dem Zwecke des Bahnbetriebes dienen, nicht bloß, wie Ulshausen will, die beweglichen, sondern auch die unbeweglichen, so die Beförderungs- und Zugmittel, die der Beaufsichtigung und Sicherung des Betriebes dienende Mittel, auch die Eisenbahntelegraphen: Binding a. a. D., Frank R. II 2, 3, Hälschner II 645, Ulshausen R. 9b, Schaper S. S. III 899. Oppenhoff-Delius R. 3a ist a. M. bezüglich der Telegraphen, weil diese durch §§ 317, 318 besonders geschützt sind, aber dies schließt die Anwendung der §§ 315, 316 nicht aus, wenn mittels Beschädigung der Telegraphen der Transport gefährdet wurde: Hälschner a. a. D. R. 4.

Selbstverständlich findet das Gesetz auch dann Anwendung, wenn der Täter über das Beschädigte hinaus zum Zerstören schreitet, z. B. eine Bahnbrücke in die Luft sprengt. Vgl. § 303 N. 2.

b) Die Bereitung von Hindernissen auf der Fahrbahn.

Fahrbahn ist der Raum, welcher von dem Transport bestrichen wird, also der Raum neben dem Geleise nur insoweit, als Wagen und Lokomotive über das Geleise hinausragen: Binding Lehrb. II 44, Frank N. III, Olshausen N. 10 Abf. 1; RG. 9./12. 86 G. 15 82. Jede Handtierung genügt, wie Aufstellen, Hinlegen oder Hinwerfen von Gegenständen, Verrücken von Schienen, insbesondere falsche Weichenstellung, falsche Zeichen und Signale u. ä. Immer aber muß das Hindernis ein objektives sein; es genügt nicht, wenn z. B. ein Bahnwärter betrunken und dadurch zur Wahrnehmung seines Dienstes zeitweilig unfähig gemacht wird: Frank N. I, v. Liszt 497, Olshausen N. 10 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, Schaper N. 5. III 897 N. 2.

6. Der Vorsatz umfaßt sowohl die gefährdende Handlung als auch die Gefährdung, und er kann ein eventueller derart sein, daß die gefährdende Handlung vorsätzlich mit dem Bewußtsein vorgenommen wird, sie könne den Transport gefährden, und daß dies auch eventuell gewollt wird: Binding Lehrb. II 45, Frank N. V, Hälschner II 646, v. Liszt 498, Olshausen N. 11 Abf. 1; RG. 28./1. 92 G. 22 393 (zu § 317). Daher ist der Täter nicht strafbar, wenn die obgleich gefährdende Handlung das Mittel ist, einen bestimmten Transport vor einer sonst nach menschlichem Ermessen unabwendbaren Beschädigung zu schützen, z. B. vor dem Absturz in einen Fluß infolge des soeben stattgefundenen Zusammenbruchs einer Brücke: Binding Lehrb. II 45, v. Liszt 498, Geyer II 116, Olshausen N. 11 Abf. 2; Hälschner II 647 N. 1 und Meyer-Altfeld 596 verlangen einen Notstand nach § 54.

Wie es auf den Eintritt eines Schadens nicht ankommt, braucht auch der Vorsatz auf diesen Eintritt nicht gerichtet zu sein: Hälschner II 646, Olshausen N. 11 Abf. 1; RG. 10./4. 80.

7. Im Fall des Abf. 2 liegt ein sog. Erfolgsdelikt vor (§ 59 N. 11), bei welchem es nur auf den Schaden, nicht aber auf ein Verschulden des Täters ankommt. Daher ist nicht erforderlich, daß der Verletzte oder Getötete zu dem Transport in irgendeiner Beziehung gestanden hat, z. B. ein Spaziergänger. So Frank N. VI, Olshausen N. 12, Oppenhoff-Delius N. 11, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 N. 13.

8. Das Delikt ist vollendet in dem Augenblick, in welchem die Gefahr für den Betrieb entstanden ist; vgl. Binding Lehrb. II 43. Bei dem qualifizierten Delikt liegt ein Versuch vor, wenn die schwere Körperverletzung, der Tod schon mit dem Versuch des Grunddelikts gegeben ist: Frank N. VIII, Olshausen N. 13 Abf. 1.

9. Idealkonkurrenz ist, wenn eine gänzliche oder teilweise Zerstörung vorliegt, mit § 305 möglich: Frank N. X, Olshausen N. 14b, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 N. 13; a. M. Binding Lehrb. II 44 N. 2.

§ 316.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr setzt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Transport in Gefahr setzen.

1. Bei dem Fahrlässigkeitsdelikt des Abf. 1 ist der objektive Tatbestand der des vorsächlichen, sodaß auf die zu § 315 gegebenen Ausführungen verwiesen werden kann. In subjektiver Hinsicht wird Fahrlässigkeit verlangt, in deren Ermangelung ein nicht anzurechnender Zufall vorliegt. Die Fahrlässigkeit bezieht sich auf die Gefährdung, wogegen die gefährdende Handlung sowohl eine vorsätzliche als auch eine fahrlässige sein kann: Binding Lehrb. II 46, Frank N. I 1, Hälschner II 648, v. Liszt 498, Olshausen N. 1 Abf. 1; RG. 12./2. 92 G. 22 357.

Zur Qualifikation der Todesverursachung vgl. § 315 N. 7. Die Verursachung einer Körperverletzung ist im Fall der Fahrlässigkeit nach § 230 strafbar.

2. Abf. 2 enthält ein delictum proprium. Täter kann nur sein, wer — das „und“ ist nicht kumulativ, sondern alternativ: Frank N. I 2a, Olshausen N. 4 Abf. 1; RG. 13./12. 81 G. 5 234 —

zur Leitung der Eisenbahnfahrten oder zur Aufsicht über die Bahn oder zur Aufsicht über den Beförderungsbetrieb angestellt ist. Als „angestellt“ gilt Jeder, der von zuständiger Seite, wenn auch nur vorübergehend und auf Widerruf, mit oder ohne eidliche oder sonstige förmliche Verpflichtung mit der Wahrnehmung einer der genannten Obliegenheiten beauftragt ist. In Betracht kommen nicht bloß die höheren, sondern auch die niederen Angestellten: RG. 23./6. 90 C. 21 15; bei dem Beförderungsbetrieb z. B. auch Hilfsstelegraphisten (RG. 20./12. 81), Wagenschieber (RG. 17./4. 83), Hilfsbremser (RG. 23./6. 90 C. 21 15). Die Anstellung selbst unterliegt der richterlichen Prüfung nur nach der Richtung hin, ob die Anstellungsbehörde im allgemeinen und örtlich zuständig war, nicht aber auch dahin, ob diese die für die Anstellung maßgebenden Vorschriften beobachtet hat: Oshausen R. 4 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 11; RG. 16./11. 83 C. 9 189.

3. Wenn ein solcher Angestellter den Bahntransport durch eine der in § 315 genannten Handlungen gefährdet, trifft ihn je nach seiner Verschuldung die in § 315 oder in § 316 Abs. 1 angedrohte Strafe. Wenn seine gefährdende Handlung nicht zu den in § 315 genannten gehört, aber eine Vernachlässigung seiner Dienstpflicht enthält, trifft ihn nach Abs. 2 die Strafe des Abs. 1, je nach dem Erfolg die einfache oder die qualifizierte.

a) Welche Pflichten dem Angestellten obliegen, bemißt sich zunächst nach den verschiedenen Reglements und Dienstvorschriften, welche übrigens für den Strafrichter nicht die Bedeutung eines Gesetzes, sondern nur die Bedeutung eines Beweismittels haben: RG. 17./12. 91 C. 1 125. Welche Pflichten außerdem noch dem Angestellten obliegen, da die Dienstvorschrift den Anforderungen des praktischen Lebens nie genügen kann, ist eine in jedem Falle besonders zu beurteilende Frage. Bei einer Pflichtenkollision ist die Entscheidung objektiv nach Lage des Falles, subjektiv nach der Einsicht der handelnden Personen zu geben. Wer durch Erfüllung einer allgemeinen Obliegenheit einen größeren Nachteil verhüten kann und dies einseht, würde pflichtwidrig handeln, wenn er sich darauf beschränkte, gemäß der Instruktion zu handeln: RG. 14./1. 90 C. 20 190; vgl. R. b a. C.

b) Die Vernachlässigung, Verletzung dieser Pflichten ist die gefährdende Handlung. Sie kann wie bei dem Fahrlässigkeitsdelikt (R. 1) eine vorfällige oder fahrlässige sein: Binding Lehrb. II 46, Frank R. I 2d, Geyer II 116, v. Liszt 498, Meyer-Alfeld 596, Oshausen R. 7 Abs. 1, Oppenhoff-Delius R. 6. In jedem Fall muß sie eine verschuldete sein, ist also ausgeschlossen, wenn der Täter, ohne daß ihm eine Verschuldung zur Last fällt, außerstande ist, diejenige Pflicht, um welche es sich handelt, zu erkennen und zu erfüllen: Oshausen R. 7 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 6 Abs. 2; RG. 16./11. 83 C. 9 189, 9./10. 91 C. 22 163. Zu den besonderen Umständen, welche die Richterfüllung als gerechtfertigt erscheinen lassen, gehört nicht eine im Gegensatz zur Dienstpflicht geübte, gleichwohl aber von dem Vorgesetzten nicht gehinderte Gepflogenheit. Auch nicht der Umstand, daß andere Angestellte die Gefährdung in höherem Maße und in unmittelbarer Folge aus ihrer Pflichtverletzung verschuldet haben, denn jeder Angestellte hat seine Pflicht unabhängig von dem pflichtmäßigen oder pflichtwidrigen Verhalten anderer Angestellter zu erfüllen: RG. 12./2. 03. Liegt eine Pflichtenkollision vor, welche zur Nichtbeachtung einzelner minderwertiger Dienstvorschriften geradezu nötigt, so ist diese allerdings entschuldigend: Oshausen R. 7 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 6 Abs. 2. Daher entschuldigt der Befehl eines Vorgesetzten dann, wenn der Täter nach den bestehenden Dienstvorschriften verpflichtet war oder sich für verpflichtet halten durfte, dem Befehl unbedingt Gehorjam zu leisten: RG. 15./11. 80, 14./1. 90 C. 22 190, 25./1. 97. Eine Pflichtverletzung wäre es in diesem Falle wiederum, wenn er, trotzdem die Zurücknahme des Befehls noch möglich, es unterläßt, seine Bedenken dem Vorgesetzten mitzuteilen.

c) Sofern nicht solche besonderen Umstände vorliegen, welche die Richterfüllung als gerechtfertigt erscheinen lassen, ist dem Täter jede Transportgefährdung, welche durch die Erfüllung der Dienstpflicht hätte vermieden werden können, unabhängig davon zuzurechnen, ob ihn nunmehr auch in bezug auf die Gefährdung ein Verschulden trifft. Es ist, wie erforderlich, so genügend, daß zwischen der Pflichtverletzung und der Transportgefährdung Kausalzusammenhang obwaltet. Nicht aber ist erforderlich, daß der Täter die Gefährdung im konkreten Falle voraussehen konnte, denn die Eigentümlichkeit des Bahnbetriebes bringt es mit sich, daß der Transport durch jede Pflichtverletzung gefährdet werden kann; und es gehört zu den Dienstpflichten des Angestellten, sich dessen hies bewußt zu sein. Hiermit, daß also in Abs. 2 eine von dem subjektiven Schuldmoment unabhängige Erfolgshaftung konstituiert ist, stimmen überein Frank R. I 2d, Oshausen R. 5, Oppenhoff-Delius R. 5, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 R. 9, Schaper S. 5, III 895, v. Schwarze R. 4 und RG. 13./12. 81 C. 5 234, 22./2. 83 C. 8 66, 16./11. 83 C. 9 189, 18./5. 85 C. 12 203, 9./10. 91 C. 22 163, 14./6. 97 C. 30 178; a. M. Binding Lehrb. II 46, Geyer II 116, Hälschner II 64, v. Liszt 498, Meyer-Alfeld 496 R. 40. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird von dem gegen sie votierenden Hälschner im Grunde anerkannt: „Allerdings wird regelmäßig, wenn die Ver-

„nachlässigung der Pflicht und die mit ihr im Kaufszusammenhang stehende Transportgefährdung festgestellt ist, nicht weiter auch erforderlich sein, festzustellen, daß letztere fahrlässiger Weise verursacht sei, denn bei den betreffenden Personen ist die Kenntnis der ihnen in Betreff der Leitung der Eisenbahnfahrten und der Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb obliegenden Pflichten unvermeidlich mit der Kenntnis der aus der Pflichtverletzung entspringenden Gefahren verbunden.“

d) Wenn das Gesetz in Abs. 2 denjenigen bedroht, der „einen“ Transport in Gefahr setzt, während §§ 315, 316 Abs. 1 von „dem“ Transport sprechen, so liegt in Abs. 2, wie seine Entstehungsgeschichte ergibt, nur eine Ungenauigkeit in der Fassung vor, und es ist hier ebensowenig wie dort erforderlich, daß ein bestimmter Transport, kommt es vielmehr nur darauf an, daß der Bahnbetrieb als solcher, d. h. die Benutzung der Bahn zu den ihr eigentümlichen Zwecken gefährdet wird: Binding Lehrb. II 42, Olshausen § 315 N. 5, Oppenhoff-Delius N. 7 und RG. 30./10. 84 C. 11 205; a. M. Frank N. I 2c, Hälschner II 648, v. Liszt 498, Rüdorff-Stenglein §§ 315, 316 N. 2.

§ 317.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage dadurch verhindert oder gefährdet, daß er Teile oder Zubehörungen derselben beschädigt oder Veränderungen daran vornimmt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

1. Telegraph ist jede Vorrichtung, welche eine Nachrichtenbeförderung dadurch ermöglicht, daß der an einem Orte zum sinnlichen Ausdruck gebrachte Gedanke an einem anderen Orte wahrnehmbar wiedererzeugt wird, ohne daß der Träger dieser Übermittlung von Ort zu Ort befördert wird. In welcher Weise die Übermittlung erfolgt, ob durch Elektrizität, Luftdruck usw., ob durch sichtbare oder hörbare Zeichen, ob über, unter der Erdoberfläche oder im Wasser, ist gleichgültig. Übereinstimmend Binding Lehrb. II 48, 50, Frank N. I, Hälschner II 650, v. Liszt 498, Olshausen N. 2; RG. 20./9. 81 C. 4 406, 28./2. 89 C. 19 55.

2. Eine Telegraphenanlage, welche lediglich einem bestimmten Einzelnen, abgesehen von seiner Stellung in Staat und Gemeinde und den öffentlichen Verkehrsanstalten, zur Vermittlung seines Verkehrs mit bestimmten anderen Personen zu dienen bestimmt ist, genießt den allgemeinen Schutz gegen Sachbeschädigung. Als Objekt der Delikte aus §§ 317, 318 kommen nur die zu öffentlichen Zwecken dienenden Anlagen in Betracht. Zunächst diejenigen, welche zum öffentlichen Gebrauch bestimmt, also dem Publikum zugänglich sind; hierher gehört die Privatanlage dann, wenn sie an eine öffentliche angeschlossen ist, so daß jeder durch diesen Anschluß mit dem Privaten in Verkehr treten kann: RG. 10./12. 96 C. 29 244. Ferner diejenigen, die zur Benutzung in öffentlichen Angelegenheiten dienen, ohne dem Publikum geöffnet zu sein: Binding Lehrb. II 49, Frank N. II Abs. 2, Geyer II 116, Hälschner II 619, v. Liszt 499, Meyer-Altfeld 597, Meves S. S. III 1002, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein §§ 317—318a N. 1; a. M. Schaper S. S. III 894 und v. Schwarze N. 4. Endlich auch die den inneren Dienst in öffentlichen Gebäuden vermittelnden Anlagen: Frank Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; a. M. Binding Lehrb. II 50. Ob die Anlage im öffentlichen oder privaten Eigentum steht, ist gleichgültig: Berner 645, Binding Lehrb. II 49, Frank und Olshausen a. a. D., v. Liszt 498, Meyer-Altfeld 597, Schütze 520 N. 5 und RG. 10./12. 96 C. 29 244, 15./4. 01 C. 34 249; Rüdorff-Stenglein a. a. D. schließt die nicht dem Publikum geöffneten Privatanlagen überall aus.

3. Objekt des Delikts ist der Betrieb, entweder der Betrieb im allgemeinen oder die Übermittlung eines einzelnen Telegrammes; vgl. § 315 N. 3. Der Betrieb wird verhindert, wenn er gänzlich oder teilweise, anhaltend oder vorübergehend zum Stillstand gebracht, gefährdet, wenn die Wahrscheinlichkeit geschaffen wird, daß die Benutzung der Telegraphenanlage zu den ihr eigentümlichen Zwecken einen Schaden erleiden werde. Mittel der Verhinderung und Gefährdung sind die Beschädigung und Veränderung der Teile und Zubehörungen der Anlage, dessen, was zur Herstellung und Ausrüstung der Anlage gehört. Nicht unter das Gesetz fallen, weil kein Teil oder Zubehör der Anlage, die bei ihr angestellten Personen: Binding Lehrb. II 51 N. 3, Frank N. II Abs. 1, v. Liszt 499, Meyer-Altfeld 597, Olshausen N. 4 Abs. 2; a. M. Berner 646. Das Gesetz findet selbstverständlich auch dann Anwendung, wenn der Täter über das Beschädigen hinaus zum Zerstören schreitet. Eine Vornahme von Veränderungen ist auch ohne Verletzung der Substanz und ohne Beseitigung der Verbindung mit anderen Teilen der Anlage schon dann gegeben, wenn der bisherige Zustand des Teils oder Zubehörs beseitigt und durch einen davon abweichenden Zustand ersetzt wird: RG. 12./1. 04 C. 37 53.

4. Der Dolus umfaßt sowohl die Beschädigung und Änderung als auch die Verhinderung und Gefährdung und kann ein eventueller sein: Frank N. IV, Hälschner II 651, v. Liszt 492, Olshausen N. 6 Abf. 1; RG. 28./1. 92 C. 22 393.

Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit bezieht sich nicht auf die objektive Rechtswidrigkeit, welche notwendig zum Tatbestande jeden Delikts gehört, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so fehlt überhaupt der Dolus. Daher muß der Richter, auch wenn sich der Täter auf seine Unkenntnis jenes Mangels nicht berufen hat, ausdrücklich feststellen, daß der Täter, wie er ohne subjektive Berechtigung gehandelt hat, so sich ihres Mangels bewußt gewesen ist.

5. Spezialbestimmungen enthält das Gesetz zum Schutz unterseeischer Telegraphenkabel v. 21. Nov. 1887 (Reichs-Gesetzbl. 169, 272).

§ 318.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage verhindert oder gefährdet, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Beaufsichtigung und Bedienung der Telegraphenanlagen und ihrer Zubehörungen angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten den Betrieb verhindern oder gefährden.

Die Bestimmung ist dem § 316, abgesehen von der durch das andere Objekt vernotwendigten besonderen Formulierung und abgesehen von dem Wegfall der Qualifikation, wörtlich nachgebildet.

Zu Abf. 1 vgl. § 316, N. 1. Die Fahrlässigkeit kann darin liegen, daß der Täter schuldhafterweise nicht gewußt hat, daß seine Handlung sich gegen eine Telegraphenanlage richte. Über einstimmend Bnding Lehrb. II 51, Frank N. 1, v. Liszt 499, Olshausen N. 1 Abf. 1.

Wegen Abf. 2 vgl. § 316 N. 2a—c.

§ 318a.

Die Vorschriften in den §§ 317 und 318 finden gleichmäßig Anwendung auf die Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes der zu öffentlichen Zwecken dienenden Rohrpostanlagen.

Unter Telegraphenanlagen im Sinne der §§ 317 und 318 sind Fernsprechanlagen mitbegriffen.

Der Paragraph ist durch das Ges. v. 13. Mai 1891 eingeschaltet, oben I 9. Schon vorher gingen Theorie und Praxis überwiegend dahin, daß die Fernsprechanlagen wegen ihrer reproduzierenden Natur zu den Telegraphenanlagen gehören: RG. 10./12. 96 C. 29 244. Dies wird durch Abf. 2 authentisch beklariert. Nur die Sprechanlagen gehören hierher, nicht die Ruftelephone. Vgl. jetzt auch § 355 Abf. 2.

§ 319.

Wird einer der in den §§ 316 und 318 erwähnten Angestellten wegen einer der in den §§ 315 bis 318 bezeichneten Handlungen verurteilt, so kann derselbe zugleich für unfähig zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste erklärt werden.

1. Das Gesetz nennt nur die §§ 315—318, nicht auch den § 318a. Auf Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Rohrpostdienste darf somit nicht erkannt werden: Bnding Lehrb. II 53, Frank N. I, Olshausen N. 1 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, 3.

2. Die Erklärung der Unfähigkeit darf nur mit Bezug auf denjenigen Dienst erfolgen, bezüglich dessen der Angestellte sich schuldig gemacht hat, und eine Kombination beider Erklärungen ist nur bei Konkurrenz der Delikte statthaft: Olshausen N. 2. Auf bestimmte Zeit kann die Neben-

strafe nicht beschränkt werden: Binding Lehrb. II 47, v. Liszt 499, Olshausen a. a. D. Sie ist nur fakultativ, findet aber sowohl beim vorsätzlichen als auch beim fahrlässigen Delikt Anwendung. Der betreffende Dienst umfaßt alle Zweige desselben, nicht bloß die §§ 316 Abf. 2, 318 Abf. 2 genannten: Olshausen N. 3; a. M. Oppenhoff-Delius N. 3.

3. Im Falle der Konkurrenz aus §§ 316 und 230 Abf. 2 kann, weil die letztere Bestimmung die schwerere Strafe androht, nur auf diese, nicht auch auf die Nebenstrafe des § 319 erkannt werden. Vgl. § 73 N. 9a.

§ 320.

Die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft, sowie die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt, welche nicht sofort nach Mitteilung des rechtskräftigen Erkenntnisses die Entfernung des Verurteilten bewirken, werden mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste erklärt worden ist, wenn er sich nachher bei einer Eisenbahn oder Telegraphenanstalt wieder anstellen läßt, sowie diejenigen, welche ihn wieder angestellt haben, obgleich ihnen die erfolgte Unfähigkeitserklärung bekannt war.

1. Die Telegraphenanstalt — die Bezeichnung für das Telegraphenwesen als Behörde — muß öffentlichen Zwecken dienen, falls Abf. 1 auf ihre Vorsteher Anwendung finden soll, es ist aber gleichgültig, ob die Telegraphenanlage im öffentlichen oder privaten Eigentum steht; vgl. § 318 N. 2. Somit werden auch die Vorsteher der staatlichen Telegraphenanstalten von der Bestimmung getroffen. Bei der Eisenbahn nennt das Gesetz nur die Eisenbahngesellschaft, bedroht also nur die Vorsteher einer im Privateigentum und zwar einer Gesellschaft stehenden Bahn. Das Resultat ist, daß wohl der Vorsteher einer staatlichen Telegraphenanstalt, nicht auch der einer staatlichen Eisenbahn unter § 320 fällt: Frank N., Olshausen N. 2. Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergibt, daß hier ein Redaktionsversehen vorliegt, aber seine Berichtigung steht dem Richter ebensowenig zu, wie es statthaft ist, die Anwendung der Strafbestimmung im Wege der Analogie auszudehnen; vgl. § 2 N. 4. Es ist somit irrig, wenn die Mehrheit der Autoren auch die Vorsteher der staatlichen Eisenbahnen heranzieht: Berner 646, Binding Lehrb. II 52, Geyer II 117, v. Liszt 499, Merkel 354, Meyer-Alfeld 597, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schaper, S. S. III 895. Ebenso irrig ist es allerdings, wenn Oppenhoff-Delius N. 1 die Vorsteher beider Verwaltungszeige, auch die der staatlichen Telegraphenanstalten, nur disziplinarisch strafen will. Abf. 1 findet keine Anwendung, wenn die Eisenbahn nicht einer Gesellschaft, sondern einem privaten Einzelnen gehört.

Das Urteil muß mit der Attestierung der Rechtskraft mitgeteilt sein. Bloße Kenntnis der Unfähigkeitserklärung genügt nicht.

Ob die Entfernung vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen wird, ist gleichgültig: Olshausen N. 3 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 3; a. M. Binding Lehrb. II 52.

2. Durch Abf. 2 soll nicht die Entlassung bewirkt, sondern die Wiederanstellung verhindert werden. Daher sind „diejenigen, welche ihn wieder angestellt haben,“ nicht bloß die Vorsteher der Eisenbahngesellschaften, sondern die Vorsteher aller derjenigen Eisenbahnen, auf welche die §§ 315, 316 Anwendung finden. Es erhebt sich aber eine andere Kontroverse.

Nach Abf. 1 sollen die Vorsteher die Entfernung des Verurteilten bewirken. Woraus sie ihn entfernen sollen, ergibt das ihnen mitgeteilte Urteil: aus dem ganzen Verwaltungsdienst oder aus dem bestimmten Zweige desselben. Da nun Abf. 2 nur diejenigen nennt, welche für „unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste“, nicht auch diejenigen, welche für „unfähig zur Beschäftigung in bestimmten Zweigen dieser Dienste“ erklärt sind, will Olshausen N. 4 die Strafandrohung nicht auf denjenigen anwenden, der trotz seiner beschränkten Unfähigkeitserklärung sich wieder anstellen läßt, und ebenmäßig nicht auf diejenigen, die ihn wieder anstellen. Will er konsequent sein, so müßte er verlangen, daß im Fall des Abf. 1 die Vorsteher den Verurteilten aus dem ganzen Dienst, nicht bloß aus dem bestimmten Zweige entlassen, wobei allerdings die Frage unbeantwortbar bliebe, weshalb denn in § 319 der Unfähigkeit zu einem bestimmten Zweige überhaupt gedacht wird. Aber bei dem engen Zusammenhange zwischen den beiden §§ 319, 320

ist wie in Abf. 1 so auch in Abf. 2 die Unfähigkeit sowohl eine gänzliche als auch eine teilweise. Wer also nur für einen bestimmten Dienstzweig für unfähig erklärt ist, darf sich in einem anderen Zweige anstellen lassen und ange stellt werden. Uebereinstimmend Binding Lehrb. II 53, Geher II 117, v. Liszt 497 N. 7, Meyer-Altfeld 597, Oppenhoff-Delius N. 4.

§ 321.

Wer vorsätzlich Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche, Dämme oder andere Wasserbauten, oder Brücken, Fähren, Wege oder Schutzwehre, oder dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen zur Wasserhaltung, zur Wetterführung oder zum Ein- und Ausfahren der Arbeiter zerstört oder beschädigt, oder in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen das Fahrwasser stört und durch eine dieser Handlungen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer herbeiführt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Ist durch eine dieser Handlungen eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren ein.

1. Das Gesetz stellt vier Tatbestände unter dieselbe Strafe.

Da nicht die Sachbeschädigung, sondern die aus der Handlung sich ergebende Gefahr entscheidend ist, so ist es gleichgültig, ob das Objekt dem Täter oder einem Anderen gehört: Berner 647, Binding Lehrb. II 64, Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 653, Olshausen N. 5. Steht dem Täter die ausschließliche Disposition zu, z. B. über die Brücke, den Weg, so ist er nicht verpflichtet, die Benutzung durch Andere zu dulden, aber, wenn er eine die auch unbezagt Benutzenden gefährdende Vorrichtung trifft, gehalten, das Verbot der Benutzung in nicht mißzuverstehender Weise kenntlich zu machen und während der Dunkelheit ein Warnungszeichen, z. B. eine brennende Laterne, aufzustellen oder die Benutzung überhaupt, z. B. durch Sperrung des Weges, unmöglich zu machen. Wenn Frank N. II Abf. 1, Meyer-Altfeld 599 und Olshausen N. 3b mit RG. 20./9. 95 E. 27 363 zur Strafbarkeit des Angeklagten die Feststellung der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise weder in objektiver noch in subjektiver Beziehung für erforderlich erachten, so geht dieser Eingriff in die Privatrechtsphäre entschieden zu weit. Vgl. auch Binding a. a. O.

Ob die Brücken usw. öffentliche oder private sind, ist gleichgültig: Berner, Binding, Meyer-Altfeld und Olshausen a. a. O., v. Liszt 500, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 13./5. 90 E. 20 393. Die Wege sind Land- und Wasserwege: Berner, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., und brauchen keine gebauten Straßen, können z. B. Leinpfade sein: Frank N. 14, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 3. Wegen des Beschädigens oder Zerstörens vgl. § 303 N. 2a, c.

Bei der Störung des Fahrwassers kommen Binnengewässer und nur fließbare Ströme usw. nicht in Betracht: Binding Lehrb. II 57, Frank N. 12, v. Liszt 500, Olshausen N. 4 Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2, 3 (mit verschiedenen Bedenken wegen der Binnengewässer); RG. 18./9. 88 E. 18 85. Fahrwasser ist der zur Benutzung durch die Schifffahrt brauchbare oder wenigstens bestimmte Teil der Wasserrinne, kann nach der Jahreszeit wechseln und hört nicht auf, solches zu sein, falls es zeitweise wegen des Wasserstandes unbenutzbar wird: Binding Lehrb. II 56. Seine Störung liegt vor, wenn es in denjenigen Beziehungen geändert wird, welche für seine Benutzung durch die Schifffahrt von Bedeutung sind, z. B. in der Ausdehnung, Tiefe, Richtung des Stromlaufes: Binding Lehrb. II 57, Frank N. II, Olshausen N. 4 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 18./9. 88 E. 18 85. Das bloße Befahren mit einem Schiffe enthält, selbst wenn infolge unrichtiger Lenkung des Schiffes ein anderes Schiff an der Benutzung des Fahrwassers gehindert wird, noch keine Störung des Fahrwassers: RG. a. a. O.

2. Die Gefahr ist die gewöhnliche — oben N. 1 zu Abschn. 27 — und nicht, wie Hälschner II 653 meint, die gemeine: Olshausen N. 7 Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 5. Für das Leben oder die Gesundheit Anderer, also nicht des Täters und Teilnehmers. Die Zahl der Anderen, von einer oder mehrere, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 56, Hälschner II 653, Meyer-Altfeld 598 N. 49, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 1; a. M. in Anschluß an eine der zahlreichen Sonderbarkeiten Kubos wegen des Singulars „eines Anderen“ in § 323 Olshausen N. 7.

3. Wie bei den Delikten der Überschwemmung, Bahntransport- und Telegraphengefährdung umfaßt der Vorzug hier — und ebenso in den §§ 322, 323 — sowohl die gefährdende Handlung als auch die Gefährdung selbst: Bindung Normen II 480 und Lehrb. II 55, Frank N. II Abj. 2, Hälschner II 653, v. Liszt 500, Meyer-Alsfeld 598; RG. 13./5. 90 C. 20 393, 20./9. 95 C. 27 363, 7./1. 02 C. 35 53. Dagegen lassen Bindung Lehrb. II 57, Dshausen N. 8 und Rüdorff-Stenglein N. 7 bezüglich der Gefährdung die Fahrlässigkeit genügen, erklären überhaupt die Gefährdung für ein objektives Erfordernis, damit der Täter nicht straflos bleibe, wenn — vgl. § 326 — aus seiner Handlung kein weiterer Schaden erwachsen ist. Aber die Stellung des Wortes „vorzüglich“ steht der richtigen Ansicht nicht im Wege, und aus § 326 folgt gerade, daß die Fahrlässigkeit an sich nicht strafbar ist. Übrigens verlangt Bindung mit Oppenhoff-Delius N. 1 und v. Schwarze N. 7 das Bewußtsein oder gar die Kenntnis des gefährlichen Charakters der Handlung. Wer aber einen Anderen bewußtweise gefährdet, will ihn zwar nicht notwendig beschädigen, wohl aber will er ihn gefährden. Der Eventualdolus genügt wie regelmäßig so auch hier.

4. Wegen des Abj. 2 vgl. § 315 N. 7, 8.

5. Wird durch die Handlung eine Überschwemmung herbeigeführt, so ist Idealkonkurrenz mit den §§ 312, 313 möglich: Bindung Lehrb. II 57, 64, Frank N. III, Dshausen N. 11c, Schaper S. S. III 902; ausschließlich §§ 312, 313 anzuwenden will Berner 647.

§ 322.

Wer vorzüglich ein zur Sicherung der Schifffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen zerstört, weg schafft oder unbrauchbar macht, oder ein solches Feuerzeichen auslöscht oder ferner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt, oder ein falsches Zeichen, welches geeignet ist, die Schifffahrt unsicher zu machen, aufstellt, insbesondere zur Nachtzeit auf der Strandhöhe Feuer anzündet, welches die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung die Strandung eines Schiffes verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

1. Das Gesetz bedroht rechtswidrige Einwirkungen auf Schifffahrtszeichen. Zu dem ersten und vierten Tatbestande nennt es die Feuerzeichen nur als Beispiel, zu dem zweiten und dritten ausschließlich, aber auch hier sind die Feuerzeichen nur exemplifiziert. Wie zu ihnen überhaupt alle leuchtenden, insbesondere die elektrischen, gehören: Dshausen N. 1 Abj. 3, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schaper S. S. III 903 N. 1, so gehören zu den „anderen“ Zeichen die stehenden, hängenden und schwimmenden, insbesondere also Seetonnen, Waken und — im Wattenmeer — Bienenreiser: v. Liszt 501, Dshausen N. 1 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein a. a. L. Unter Aufstellen ist daher diejenige Tätigkeit zu verstehen, durch welche das Zeichen dort, wo es funktionieren soll, in Gebrauch gesetzt wird, z. B. das Anzünden der Leuchtturmlampe: Bindung Lehrb. II 61. Ob das Zeichen zur Sicherung der See-, Binnen- oder Flußschifffahrt dient, ist gleichgültig: Bindung Lehrb. II 60, v. Liszt 501, Dshausen N. 1 Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Auch ohne daß es vom Gesetz ausgesprochen wird, sind unter den echten Zeichen solche zu verstehen, welche unter öffentlicher Autorität angebracht sind: Frank N. I 1, Dshausen N. 1 Abj. 4; a. M. Bindung Lehrb. II 60 N. 3, Hälschner II 657 N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 3. Daß ein beliebiger Privater auf eigene Hand das Zeichen anbringen dürfe, ist ganz ausgeschlossen, denn abgesehen davon, daß es ihm nicht verwehrt sein könnte, es nach eigenem Ermessen wieder wegzuschaffen, würde wegen der dadurch herbeigeführten tatsächlichen Unrichtigkeit der Karten die Schifffahrt stets unsicher gemacht sein.

2. Zu den einzelnen der vier Tatbestände ist nur folgendes zu bemerken.

Weil es sich um Zeichen handelt, welche unter öffentlicher Autorität angebracht sind, kann nach Dshausen N. 2b der seiner Dienstpflicht zuwider sie nicht aufstellende Täter nur ein Beamter im Sinne des § 359 sein. Aber diese Ansicht überzieht, daß in dem „Dienstpflicht“ der Hinweis auf eine locatio conductio ebenso sehr steht wie auf ein munus publicum, und beruht auf einer bei dem Binnenländer allerdings begreiflichen Unkenntnis der an der See herrschenden tatsächlichen Verhältnisse. Vielmehr kann die Dienstpflicht, welche verletzt wird, Amtspflicht sein oder eine

gegenüber dem Beantten privatkontraftlich, vielleicht nur für einen einzelnen Fall, übernommene Verpflichtung: Bindeg Lehrb. II 60, Rüdorff-Stenglein N. 1.

Bei dem vierten Tatbestande ist Nachzeit die astronomische Nacht vom Untergang bis Aufgang der Sonne, § 243 N. 29. Strandhöhe ist ein der Seesprache unbekannter romantischer Ausdruck für Strand einschließlich der ihn etwa begrenzenden Dünenette oder Deichreihe. Das falsche Zeichen muß die „Schiffahrt“ unsicher zu machen, zu gefährden geeignet sein. Das Gesetz verlangt also nicht eine konkrete Einzel-, sondern eine abstrakte Gemeingefahr, die es übrigens auch bei den anderen Tatbeständen voraussetzt: Werner 648, Bindeg Lehrb. II 60, Frank N. 1 Abj. 2, Hälschner II 658, v. Liszt 501, Oshausen N. 2c, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Oppenhoff-Delius N. 1.

3. Der Dolus umfaßt sowohl die gefährdende Handlung als auch ihre Gefährlichkeit, so Rüdorff-Stenglein N. 5, Schaper h. h. III 903, v. Schwarze N. 2; vgl. § 321 N. 3. Wenn Oshausen N. 3 und Oppenhoff-Delius N. 1 die Gefährlichkeit überhaupt, Frank N. 1 Abj. 2 und Hälschner II 657 sie bei den ersten drei Tatbeständen ausschließen, so verlangen sie doch, der Täter müsse die Bestimmung des echten, die Geeignetheit des unechten Zeichens gekannt haben, und dies kennen und trotz seiner Handeln ist ja ein Wollen der Unsichermachung, der Gefährdung.

4. Zu Abj. 2 vgl. § 315 N. 7, 8. Der Getötete muß als Besatzung, Lotse, Passagier zu dem gestrandeten Schiffe in Beziehung gestanden haben; vgl. § 323 N. 2. Schiff ist jedes auch nur zum Aufenthalt eines Menschen dienende Fahrzeug auf dem Wasser, einerlei ob See- oder Flußschiff, groß oder klein, eigenes des Täters oder fremdes: Bindeg Lehrb. II 62, Frank §§ 322 N. 11, § 323 N. 1, Oshausen §§ 322 N. 4, 323 N. 2 Abj. 2, Oppenhoff-Delius § 323 N. 3; RG. 17./1. 83 C. 8 218, 16./10. 02 C. 35 399 (offene Zolle).

§ 323.

Wer vorsätzlich die Strandung oder das Sinken eines Schiffes bewirkt und dadurch Gefahr für das Leben eines Anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

1. Die Bewirkung des Strandens eines Schiffes ist nicht an sich, sondern nur als Qualifikation der rechtswidrigen Einwirkung auf die Schifffahrtszeichen nach § 322 und, wenn durch sie das Leben eines Anderen gefährdet wird, unter Gleichstellung des Bewirkens des Sinkens nach § 323 strafbar.

Zum Begriff des Schiffes vgl. § 322 N. 4.

Eine Strandung ist nach § 853 vorhanden, wenn das Schiff unter nicht gewöhnlichen Verhältnissen der Schifffahrt auf dem Grund festgerät und nicht wieder flott wird oder zwar wieder flott wird, jedoch entweder nur unter Anwendung ungewöhnlicher Maßregeln, wie Kappen der Masten, Werfen oder Löschen eines Teils der Ladung u. dgl., oder durch den Eintritt einer ungewöhnlich hohen Flut, nicht aber ausschließlich durch Anwendung gewöhnlicher Maßregeln, wie Binden auf den Anker, Backstellen der Segel u. dgl., oder erst nachdem das Schiff durch das Festgeraten einen erheblichen Schaden am Schiffskörper erlitten hat.

Das Schiff ist gesunken, wenn es ganz oder teilweise in dem Maße, daß es seine Operationsfähigkeit verloren hat, unter der Oberfläche des Wassers verschwunden ist: RG. 4. 6. 80 C. 2 89.

Wer dieses Strandens und Sinkens durch seine kausale Handlungsweise unmittelbar oder mittelbar verursacht, ist der Täter. Er kann auch eine nicht auf dem Schiffe befindliche Person sein, so mit Recht Bindeg Lehrb. II 62, 63 und v. Liszt 501, während nach Werner 648 nur der „Näher“ des Schiffes das Delikt begehen kann, und nach Hälschner II 658 der Täter zwar nicht beim Sinken, wohl aber beim Strandens auf dem Schiffe sein muß, weil sonst § 322 Flag greife.

2. Durch die Handlung wird das Leben gefährdet, nicht das des Täters oder der Teilnehmer, sondern das eines Anderen. Die Gefährdung kann zugleich eine Gemein-, muß aber stets auch eine konkrete Gefährdung sein: Bindeg Lehrb. II 63, Frank N. 1, Hälschner II 659, v. Liszt 501, Meyer-Altfeld 598, Oshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3. Nach Hälschner, Oshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. L. ist nicht erforderlich, daß der Gefährdete sich auf dem Schiffe selbst befunden, wogegen Bindeg 62, 63 verlangt, daß er als Besatzung, Lotse, Passagier in Beziehung zu dem Schiffe gestanden habe, und Frank a. a. L. die Bergungsmannschaft ausnimmt: Hälschner fügt abschwächend hinzu, der Täter müsse die Gefährdung des nicht auf dem Schiffe Befindlichen zu erkennen und sich zu vergegenwärtigen vermocht haben. Die Bindungliche Anricht ist die richtige. Sie entspricht der ganzen Sachlage und wird von den Gegnern durch das Verlangen zugegeben,

daß das Schiff mindestens zum Aufenthalt eines Menschen gedient habe; dieser Eine ist eben der „Anderer“.

3. Wegen des Dolus vgl. § 322 Nr. 3. Das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit ist streng festzuhalten. Der Kapitän, der sein Schiff auf den Strand setzt, um es vor dem Untergehen oder im Kriege vor dem Aufgreifen durch ein Feindeschiff zu retten, handelt nicht rechtswidrig; vgl. StGB. § 706 Nr. 3.

4. Zur Verurteilung des Todes vgl. § 315 Nr. 7, 8.

5. Idealkonkurrenz ist möglich mit dem Versicherungsbetrug des § 265: Berner 648, Merkel 330, Meyer-Wilfeld 483, Dshausen Nr. 7, Schütze 475. Bindung Lehrb. II 64 nimmt Gesetzeskonkurrenz per alternativitatem an.

§ 324.

Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbräuche bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissenschaftlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

1. Wie nahe auch liegt, daß durch die verpönte Handlung eine konkrete gemeine oder individuelle Gefahr hervorgerufen wird, und obgleich eine solche konkrete Gefahr dem gesetzlichen Tatbestande nicht widerspricht, so kommt sie doch, wenn wirklich vorhanden, nur als Strafzumessungsgrund in Betracht, weil für den Gesetzgeber offenbar die Rücksicht auf die abstrakte Gemeingefahr maßgebend gewesen ist: Bindung Lehrb. II 68, v. Liszt 503, Dshausen Nr. 1, Rüdorff-Stenglein Nr. 3, Schaper S. S. III 906; a. M. Hälschner II 661. Und zwar die Gemeingefährdung von Menschen durch menschliche Tätigkeit. Nur solche Stoffe sind gemeint, welche, wie an erster Stelle das Gift, die Gesundheit eines Menschen zu zerstören geeignet sind, die ganze Strafzusage dient zum Schutze von Leben und Gesundheit nur der Menschen: Bindung Lehrb. II 68, Dshausen Nr. 2, Schaper S. S. III 905 Nr. 5. Ebenso muß die Verseuchung der Sachen durch menschliche Tätigkeit erfolgt sein, sodaß verdorbene Getränke oder Geware, wie fauliges oder trichinenhaltiges Fleisch (§ 367 Nr. 7), giftige Pilze u. ä. nicht hierher gehören: Bindung Lehrb. II 70, Frank Nr. II, Dshausen Nr. 6 Nbj. 1; a. M. Dppenhoff-Delius Nr. 7.

Gift oder andere Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind: vgl. § 229 Nr. 2. „Das Mehr schließt das Weniger ein: deshalb greift die Strafandrohung auch dann Platz, wenn „reines Gift unter der harmlosen Etikette von Nahrungsmitteln in den Handel gebracht werden „sollte“: Bindung Lehrb. II 70.

2. Objekte der Infizierung sind:

a) Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen. Also nicht fließende Gewässer. Dienen zum Gebrauche für Menschen, nicht also z. B. als Betriebsmittel, Viehtränke, Fischzucht. Die Benutzung ist nicht, wie Bindung Lehrb. II 69 will, auf den eigentlichen Genuß beschränkt, sondern jede Verwendung des Wassers genügt, bei welcher es auf den menschlichen Organismus einwirken kann, also auch als Bade- und Waschwasser: Berner 648, Hälschner II 661, Dshausen Nr. 3a, Dppenhoff-Delius Nr. 2, Rüdorff-Stenglein Nr. 2.

b) Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbräuche bestimmt sind. Die Öffentlichkeit bezieht sich nicht auf die Art und Weise des Verkaufens und Gebrauchs, sondern bedeutet den Verkauf an und den Gebrauch durch das Publikum im Gegensatz zu individuell bestimmten Käufern und Konsumenten: Bindung Lehrb. II 69, Frank Nr. I 2, v. Liszt 503, Dshausen Nr. 3b. a, Dppenhoff-Delius Nr. 5. Hat aber ein Fabrikant für sein ganzes Fabrikat nur Einen Abnehmer, der dann erst die Gegenstände ins Publikum wirft, so gehören sie zu den an letzteres zu verkaufenden Gegenständen: Bindung a. a. O. Nr. 4. Daß der Gegenstand gerade in der Form vergiftet wird, in der er demnächst zum Vertrieb kommt, ist nicht erforderlich: Bindung, Frank und Dshausen a. a. O.; a. M. Dppenhoff-Delius Nr. 5. In Betracht kommen Gegenstände aller Art, also nicht bloß Nahrungs- und Genussmittel, sondern auch z. B. Seifen, Mundwasser, Tapeten, Lampenschirme u. ä.: Berner 648, Bindung Lehrb. II 69, Dshausen Nr. 3b, 3, 7 Rüdorff-Stenglein Nr. 5, Schaper S. S. III 905 Nr. 5. Vorausgesetzt ist, daß die Zerstörung der Gesundheit schon

beim bestimmungs- und ordnungsmäßigen Gebrauch des Gegenstandes eintritt: Berner, Bindung, Frank, v. Liszt (N. 1) und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Hälschner II 662 N. 1, Lshaujen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 6, v. Schwarz N. 4; RG. 9./6. 80 C. 2 178.

3. Dem Zufizieren steht das Zuwerverbringen des infizierten Gegenstandes gleich. Zuwerverbringen ist jedes Überlassen, Abgeben an Andern: Bindung Lehrb. II 70, v. Liszt 503 N. 1, Lshaujen N. 5 und RG. 13./12. 80 C. 3 119; Überlassung an das Publikum verlangen Berner 648 und Hälschner II 662. Ob die Überlassung gegen oder ohne Äquivalent erfolgt, ist gleichgültig: Berner 469, Bindung Lehrb. II 70, Frank N. II, v. Liszt 503 N. 1, Lshaujen N. 5, Schaper S. S. III 905; RG. a. a. O. Zum Verkaufen gehört nicht bloß der Abschluß, sondern auch die Erfüllung des Vertrages, die Übergabe. Freihalten ist Vereithalten für das Publikum zum Verkauf, vgl. § 184 N. 2e.

Daß der Gegenstand in den öffentlichen Verkehr gebracht werde, verlangt hiernach das Gesetz nicht. Wohl aber, daß der Abgeber, seine eigene Wissenschaft natürlich vorausgesetzt, dem Abnehmer die gefährliche Eigenschaft des Gegenstandes verschweigt. Somit macht sich der Fabrikant nicht des Zuwerverbringens schuldig, wenn er dem Zwischenhändler Mitteilung macht: Bindung Lehrb. II 71, v. Liszt 503 N. 2, Lshaujen N. 6 Abs. 2; RG. 27./3. 82 C. 6 121.

4. Zum Dolus gehört die Kenntnis der gesundheitszerstörenden Eigenschaft der beigemischten Stoffe, zu der bei dem Zuwerverbringen das Verschweigen hinzutreten muß. Bei diesem zweiten Tatbestande verlangt das Gesetz die an sich schon erforderliche Kenntnis ausdrücklich, schließt also den Eventualdolus aus; a. M. Lshaujen N. 7 Abs. 1 trotz seiner in N. 6 Abs. 2 gegebenen entsprechenden Erklärung des „wissentlich“.

5. Zu der Qualifikation durch den Tod eines Menschen vgl. § 315 N. 7, 8.

6. Vgl. § 367 N. 7. Das Gef., betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genussmitteln und Gebrauchsgegenständen, v. 14. Mai 1879 (Reichs-Gesetzbl. 145) geht als *lex specialis* dem § 324 vor, vgl. daselbst § 12: RG. 13./12. 80 C. 3 119.

§ 325.

Neben der nach den Vorschriften der §§ 306 bis 308, 311 bis 313, 315, 321 bis 324 erkannten Zuchthausstrafe kann auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Vgl. §§ 38, 39, 45.

§ 326.

Ist eine der in den §§ 321 bis 324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren zu erkennen.

1. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist der objektive Tatbestand der der vorjählichen, sodaß auf die zu den betr. Paragraphen gegebener Ausführungen verwiesen werden kann. In subjektiver Beziehung wird Fahrlässigkeit verlangt, in deren Ermangelung ein nicht anzurechnender Zufall vorliegt. Vgl. §§ 321 N. 3, 322 N. 3, 323 N. 3, 324 N. 4. Aber auch des fahrlässige Delikt ist nur strafbar, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist. Zwischen der Handlung und dem Schaden muß Kausalzusammenhang nach den allgemeinen Grundätzen vorwalten. Dies ist aber auch genügend, denn die Strafbestimmung richtet sich gegen den Erfolg, unabhängig davon, ob den Täter ein Verschulden trifft: v. Liszt 500, Meyer-Altfeld 591 N. 9, Lshaujen N. 4 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. nämlich Fahrlässigkeit verlangend, Bindung Lehrb. II 56, 61, 63, 72, Hälschner II 656. Unter dem „Schaden“ versteht das Gesetz einen über den mit der Verübung selbst notwendig verbundenen Schaden hinausgehenden Nachteil: Frank, N., Meyer-Altfeld a. a. O., Lshaujen N. 4 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 15.6. 82. Jeder Schaden genügt, ein persönlicher oder sachlicher, einerlei von welcher Beschaffenheit, auch wenn er der in den §§ 321—324 ausdrücklich oder stillschweigend geforderten Gefährdung nicht entspricht: Meyer II 118, Hälschner II 655, Lshaujen N. 4 Abs. 2 und RG. 17./4. 83 C. 8 218, 16. 10. 02 C. 35 399; a. M. Bindung Lehrb. II 56, Frank N., v. Liszt 500, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schaper S. S. III 902, 904, 906. Geschädigt sein muß nicht der Täter selbst, sondern ein Anderer.

2. Zu der Qualifikation durch den Tod eines Menschen vgl. § 315 N. 7.

§ 327.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind, wißentlich verletzt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung ein Mensch von der ansteckenden Krankheit ergriffen worden, so tritt Gefängnisstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren ein.

1. Die §§ 327, 328 sind sog. Blankettgesetze, indem der Inhalt der Maßregeln, deren Verletzung mit Strafe bedroht wird, durch das außerhalb des StGB. stehende Recht gegeben ist. Abgesehen von dieser Ausfüllung ist die Zuwiderhandlung gegen die vom Gesetz genannten sanitätspolizeilichen Maßregeln eine Materie im Sinne GG. § 2 Abs. 1, so daß für die Territorialgesetzgebung kein Raum bleibt, diese weder eine andere Strafe anzudrohen noch zur Bestrafung einer fahrlässigen Verletzung befugt ist; übereinstimmend Frank R. VI. Gegen Olshausens R. 1 Abs. 2 Annahme der letzteren Befugnis vgl. GG. § 2 Nr. 8 Abs. 1 und Olshausen selbst Abschn. 26 Nr. 2 Abs. 1, § 303 R. 8 Abs. 1.

Die Gefahr ist eine abstrakte, somit zur Strafbarkeit eine konkrete Gefährdung nicht erforderlich: Hälschner II 676.

2. Die Maßregeln müssen von einer zuständigen Behörde angeordnet sein. Wer die zuständige Behörde ist, bestimmt das außerhalb des StGB. stehende Reichs- oder Landesrecht: Binding Lehrb. II 90, Frank R. II 3, Olshausen R. 2 Abs. 1; a. M., nämlich für die ausschließliche Kompetenz der höheren Behörden, Berner 650. Ist die Behörde nicht zuständig, so ist ihre Anordnung strafrechtlich ungültig. Im übrigen hat der Richter nicht zu prüfen, ob die zum Erlaß der Anordnungen erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind: Binding Lehrb. II 90, Olshausen R. 5 Abs. 5 und RG. 28./11. 93 G. 24 424; a. M. anscheinend Frank R. I; ob die Krankheit eine ansteckende ist: Berner a. a. O., Olshausen R. 8b, Oppenhoff-Dehlius R. 6; ob und in welchem Umfange im Einzelfalle eine Ansteckungsgefahr vorhanden ist, und ob die angeordneten Maßregeln zweckentsprechend sind: Binding a. a. O., Frank R. I, Olshausen R. 3e und RG. 18./10. 90 G. 21 121, 13./10. 92 G. 23 258.

3. Die von der Behörde erlassenen sanitätspolizeilichen Vorschriften müssen Anordnungen sein, also Gebote oder Verbote, nicht bloß Warnungen, Ratschläge, Instruktionen z. B. für Hebammen zur Vermeidung des Wochenbettfiebers: Frank R. I, Olshausen R. 3b; RG. 30./3. 94 G. 25 201. Sie können für einen größeren Kreis oder für bestimmte Personen: RG. 8./3. 95 G. 27 83, allgemein oder für gewisse Eventualitäten erlassen sein: Frank R. II 1, Olshausen R. 5 Abs. 1. Es ist gleichgültig, ob sie zur Verhütung des Einführens und Verbreitens einer in einem konkreten Falle ausgebrochenen Krankheit, als zeitweilige, vorübergehende, oder ob sie als dauernde, ob sie also als ausführende Verwaltungsvorschriften oder als Gesetze oder Rechtsverordnungen erlassen sind: Binding Lehrb. II 89, Frank II 2, 3, Geuer II 118, Hälschner II 675 (schließt gesetzliche Bestimmungen aus), Meyer-Altsfeld 600 Nr. 61, Olshausen R. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Dehlius R. 4; RG. 24./9. 95 G. 27 357, 13./12. 98 G. 31 380, 15./5. 02 G. 35 243, 27./4. 04 G. 37 178, 29./11. 10 G. 44 149. Die entgegenstehende Ansicht von v. Liszt 502, Rüdorff-Stenglein R. 3 und Schaper S. S. III 908, daß die Anordnung mit Rücksicht auf eine bestimmte, bereits ausgebrochene oder drohende Krankheit erlassen werden oder in kraft treten müsse, stützt sich ausschließlich auf den Wortlaut des Gesetzes („einer“ Krankheit), diesem kommt aber schon gegenüber dem Wortlaut des abgesehen von dem Objekt der Krankheit völlig gleich gewollten § 328 („von Viehheuten“) kein sachliches Gewicht zu. Allerdings sind Bundesrat und Reichstag, Landesfürst und Landtag nicht Behörden, sondern Organe der Staatsgewalt, und erst die Gehilfen des Bundesrates und der Landesfürsten sind die Behörden, aber es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber seinem eigenen unmittelbaren Willensausdruck den Schutz habe verjagen wollen, den er dem durch seine Gehilfen vermittelten zubilligt. Endlich für die Form und die Art und Weise der Verkündung sind die einschlagenden Reichs- und Landesgesetze maßgebend: RG. 13./10. 92 G. 23 258, 14./11. 02 G. 35 430.

4. Die näheren Erfordernisse dieser Anordnungen ergibt das Gesetz.

a) Sie müssen Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote sein, gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts. Andere wenn auch dem gleichen Zwecke dienende

Anordnungen gehören nicht hierher: Binding Lehrb. II 90, Frank R. II 2, v. Liszt 502, Lisshaujen R. 4 Abf. 1. Die beiden ersteren lassen sich nicht scharf voneinander scheiden, indem die einen wie die anderen eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit enthalten: RG. 22./11. 98 C. 31 342.

b) Ihr Zweck ist die Verhütung des Einführens oder Verbreitens ansteckender Krankheiten. Entweder die Anordnung bezeichnet sich selbst als zu diesem Zweck erlassen; dann ist jeder Zweifel ausgeschlossen, die Bezeichnung schlechthin maßgebend: RG. 12./10. 93 C. 24 332. Oder sie dient, was in diesem Falle festzustellen ist, tatsächlich jenem Zwecke: RG. 18./10. 90 C. 21 121. Anordnungen, durch welche die Entstehung verhütet werden soll, genießen den Schutz des § 327 nicht: Frank R. II 2; a. M. Binding Lehrb. II 91.

c) Wie sich aus Abf. 2 und aus § 228 ergibt, sind unter den ansteckenden Krankheiten solche der Menschen zu verstehen: Frank R. I, Hälschner II 675, v. Liszt 501 R. 1, Meyer-Miljed 601, Lisshaujen R. 8a. Sowohl solche, die nur bei Menschen, als auch solche, die sowohl bei Menschen als bei Tieren vorkommen: RG. 18./10. 90 C. 21 121, und ebenfalls solche, welche zwar unter Tieren entstehen, sich aber, wenn auch vielleicht in anderer Form, auf Menschen übertragen: Berner 649, v. Liszt und Lisshaujen a. a. D., Schaper S. S. III 908; a. M. bezüglich der letzteren Hälschner II 675 R. 1 und Rüdorff-Stenglein R. 6 Abf. 2. Zu den vom Gesetz gemeinten Krankheiten gehören daher z. B. die Tollwut der Hunde: RG. 25./1. 87, und die Trichinose: RG. 18./10. 90 C. 21 121.

5. Das Delikt erfordert Vorsatz. Der Täter muß wissen, daß er eine Abperrungs- oder Aufsichts-Maßregel oder ein Einfuhrverbot verlegt, welche von einer zuständigen Behörde rechtsgültig angeordnet sind und die Einföhrung oder Verbreitung einer für Menschen ansteckenden Krankheit bezwecken; jeder Irrtum in einer dieser Beziehungen schließt den Dolus aus: Berner 650, Binding II 91, Frank R. III, Hälschner II 676, Lisshaujen R. 7 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein R. 7; RG. 21./10. 79 C. I 1, 13./4. 82 C. 6 159, 5./1. 92 C. 22 296, 21./2. 96 C. 28 195, 3./1. 99 C. 31 415. Eventualdolus genügt. Woher der Täter es weiß, ist gleichgültig: RG. 19./9. 98 C. 31 254. Auch die irrtümliche Annahme einer Pflichtenkollision schließt den Vorsatz aus: Binding a. a. D. R. 3, Lisshaujen a. a. D. Abf. 3.

6. Im Fall des Abf. 2 liegt ein sog. Erfolgsdelikt vor, bei welchem es nur auf den causal Zusammenhang zwischen der wissentlichen Verletzung und dem Ausbruch der Krankheit, nicht aber auf ein weiteres Verschulden des Täters ankommt: Binding Lehrb. II 93, Hälschner II 676, Lisshaujen R. 9, Oppenhoff-DeLius R. 6, Schaper S. S. III 907.

7. Idealkonkurrenz ist, wenn die Krankheit auch für Tiere ansteckend, (R. 4c), möglich mit § 328: Frank R. IV, v. Liszt 501 R. 1, Lisshaujen R. 10a; a. M. Binding Lehrb. II 92 und Rüdorff-Stenglein R. 6 Abf. 2. Ebenso ist bei Verletzung eines Einfuhrverbotes Idealkonkurrenz möglich mit Vereinszollgesetz § 134, wobei zugleich nach § 135 auf die wegen der Testaudition verurteilte Geldstrafe: RG. 24./11. 85 C. 13 69, und nach § 158 auf Einziehung zu erkennen ist: Frank R. IV, Rüdorff-Stenglein R. 5, 6, § 329 R. 8, Lisshaujen R. 10b; RG. 2. 11. 88 C. 18 174, 21./12. 94 C. 26 319; a. M., jedoch ohne sachlichen Unterschied, Binding Lehrb. II 90 und Hälschner II 677 R. 1.

8. Die Geldstrafe ist erst durch das Gef. v. 19. Juni 1912 (oben I 20) zugelassen.

§ 328.

Wer die Abperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einföhrens oder Verbreitens von Viehseuchen angeordnet sind, wissentlich verlegt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu eintaufend Mark bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung Vieh von der Seuche ergriffen worden, so tritt Gefängnisstrafe von Einem Monat bis zu zwei Jahren ein.

1. Mit der Maßgabe, daß es sich nicht um ansteckende Menschenkrankheiten, sondern um Viehseuchen handelt, ist der subjektive und objektive Tatbestand derselbe wie bei dem Delikt des § 327, so daß auf die dort gegebenen Ausführungen verwiesen werden kann.

Wenn Berner 649 und Rüdorff-Stenglein R. 1 die Bestimmung nur auf die Seuchen von Haustieren beziehen, so sündet dies im Gesetz keinen Anhalt: Binding Lehrb. II 92 R. 1, Lisshaujen R. 1.

Auch hier genügt die bloße Möglichkeit einer Ansteckung nicht: RG. 31. 3. 08 C. 41 211, braucht aber die Abwehr einer bestimmten drohenden Seuche nicht bezweckt zu sein: RG. 29. 11. 19 C. 44 149.

2. In Betracht kommen besonders folgende Spezialgesetze:

a) Gef., betr. Maßregeln gegen die Rinderpest, v. 7. April 1869 (Bundes-Gesetzbl. 105) und das zu diesem Gesetz die Strafbestimmungen gebende Gef. gegen die Rinderpest v. 21. Mai 1878 (Reichs-Gesetzbl. 95). Diese Strafbestimmungen gehen als die spezielleren dem § 328 vor: Binding Lehrb. II 96, Frank N. II, Lisshausen N. 2 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5. Weiß der Täter nicht, daß es sich um die Verhütung gerade der Rinderpest handelt, so findet § 328 Anwendung: RG. 28./4. 92 C. 23 107, 28./11. 92 C. 23 311;

b) Gef., betr. die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderungen auf Eisenbahnen, v. 25. Febr. 1876 (Reichs-Gesetzbl. 163). Seine Strafbestimmung ist der des § 328 subsidiär;

c) Viehseuchengesetz v. 26. Juni 1909 (Reichs-Gesetzbl. 519, in Kraft getreten 1. Mai 1912). Auch seine Strafbestimmungen sind der des § 328 subsidiär, unter Ausschluß der Idealkonkurrenz, jedoch sie wesentlich auf fahrlässige Zuwiderhandlungen beschränkt sind: Binding Lehrb. II 99, Frank und Lisshausen a. a. O.; RG. 24./9. 95 C. 27 357, 5./1. 09 C. 42 134.

3. Die Geldstrafe ist erst durch das Gef. v. 19. Juni 1912 (oben I 20) zugelassen.

§ 329.

Wer die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges, oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes vorsätzlich entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise erfüllt, wird mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Liegt der Nichterfüllung des Vertrages Fahrlässigkeit zum Grunde, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängnis bis zu zwei Jahren zu erkennen.

Dieselben Strafen finden auch gegen die Unterlieferanten, Vermittler und Bevollmächtigten des Lieferanten Anwendung, welche mit Kenntnis des Zweckes der Lieferung die Nichterfüllung derselben vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verursachen.

1. Die Gemeingefahr bei diesem seltenen und noch nicht zur reichsgerichtlichen Entscheidung gediehenen Delikt, einem Vertragsbruch, ist eine abstrakte, die Strafbarkeit also von einer konkreten Gefährdung nicht abhängig: Salschner II 681, v. Liszt 504, Lisshausen N. 1. Es liegt eine Materie im Sinne CG. § 2 Abf. 1 vor, jedoch die Landesgesetzgebung ausgeschlossen ist.

2. Täter ist der Lieferant. Ebenso diejenigen seiner Unterlieferanten, Vermittler, Bevollmächtigten, welche durch Nichterfüllung ihrer gegen ihn habenden Verpflichtungen die Nichterfüllung seitens seiner verschulden. Verursachen sie die Nichterfüllung auf andere Weise, so können sie sich je nachdem als Anstifter zu der Nichterfüllung oder als Täter eines anderen Delikts, z. B. Betruges, schuldig machen.

3. Erforderlich ist der Abschluß eines Vertrages.

a) Die Lieferungen müssen durch Vertrag übernommen sein, jedoch zwangsweise ausgeschriebene (Requisitionen) nicht unter § 329 fallen: Frank N. I Abf. 3, Geher II 120, Lisshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 1, Schaper S. S. III 909. Die Gültigkeit des Vertrages bestimmt sich nach dem Zivilrecht.

b) Ihren Inhalt bildet, wie bezüglich des Notstandes ausdrücklich ausgesprochen wird, die Leistung von Sachgütern, nicht von Diensten: Binding Lehrb. II 101, v. Liszt 503 N. 1, Lisshausen N. 2a.

c) Der Vertrag muß mit einer Behörde abgeschlossen sein und zwar mit einer deutschen: Binding Lehrb. II 102, Frank N. I 2, v. Liszt 503. Ob die Behörde eine staatliche oder nicht staatliche, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 101, Lisshausen N. 2b; nur eine staatliche nimmt an Rüdorff-Stenglein N. 1.

d) Gegenstand der Lieferung sind entweder Bedürfnisse von Heer oder Marine zur Zeit eines Krieges. Der Krieg muß ein Krieg des Deutschen Reiches sein: Binding Lehrb. II 102,

Frank N. I 1, Dshhausen N. 3a. Gegen Dshhausen a. a. D. und v. Liszt 503 N. 1 ist mit Bindung und Frank a. a. D. anzunehmen, daß auch die Bedürfnisse eines Alliierten hierher gehören. Die spezielle Beschaffenheit der Bedürfnisse ist gleichgültig. Nicht erforderlich ist, daß der Vertrag während eines Krieges oder mit Rücksicht auf einen bestimmten drohenden Krieg abgeschlossen wird: Berner 651, Bindung und Dshhausen a. a. D., Frank N. I Abj. 2, Hälschner II 681, v. Liszt 504. Auch nicht, daß die Lieferung erst während eines Krieges möglich sei: Berner, Bindung, Frank, v. Liszt und Dshhausen a. a. D., Geyer II 120; a. M. Hälschner a. a. D., Schaper S. S. III 910 und Schüge 520.

e) Oder Gegenstand der Lieferung sind Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes, d. h. Nahrungsmittel: Bindung Lehrb. II 102, Frank N. I 2, Dshhausen N. 3b, nicht, wie v. Liszt 504 N. 2 meint, überhaupt materielle Hilfsmittel, z. B. Kleidung. Notstand ist jede, wodurch immer entstanden, Notlage, welche zur Errettung eines in sie geratenen größeren oder kleineren Teils der Bevölkerung dessen Unterstützung durch Lebensmittel allgemeiner oder besonderer Art erfordert: Geyer II 120, v. Liszt 504, Dshhausen N. 3b, also nicht bloß Hungersnot, wie Hälschner II 682, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 und Schaper S. S. III 909 meinen. Wegen der Zeit des Vertragsabschlusses und der Lieferung gilt das in N. d. Bemerkte, wie das Wort „Abwendung“ ergibt. Der Notstand muß ein solcher sein, gegen den das Reich oder einer seiner Gliedstaaten tätig sein will: Bindung Lehrb. II 102, Frank N. I 2. Auch der Notstand eines nichtdeutschen, z. B. eines im Kriege okkupierten Landes gehört hierher.

4. Der Kontraktbruch, dessen Vorliegen sich nach dem Zivilrecht bemißt, ist als vorsätzlicher wie als fahrlässiger strafbar. Dasselbe gilt von dem Delikt der Untertreueranten usw. Zu dem Vorfall gehört, wie allgemein anerkannt ist, auch die Kenntnis des Zweckes, zu dem der Vertrag abgeschlossen ist. Ebenso ist, wie aus der in Abj. 2 gegebenen Beschränkung der Fahrlässigkeit auf die Nichterfüllung erhellt und in Abj. 3 ausdrücklich vom Gesetz verlangt wird, diese Kenntnis bei dem fahrlässigen Täter erforderlich, jedoch bei ihrem verschuldeten oder unverschuldeten Mangel überhaupt weder wegen Vorlages noch wegen Fahrlässigkeit gestraft werden darf: Frank N. IV 2, Geyer II 120, Hälschner II 682, v. Liszt 504, Dshhausen N. 6 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 3, Schaper S. S. III 910, v. Schwarze N. 4; a. M. bezüglich der Treueranten Bindung II 103. Die Fahrlässigkeit ist aber nur strafbar, wenn durch die Nichterfüllung ein Schaden verursacht worden ist, was auch für die Fahrlässigkeit der Untertreueranten usw. gilt: Berner 651, Bindung und Frank a. a. D., Dshhausen N. 6 Abj. 2. Hinsichtlich dieses Schadens finden die Ausführungen zu § 326 N. 1 entsprechende Anwendung: Hälschner II 682, Meyer-Alfeld 601, Dshhausen N. 6 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4, wogegen nach Bindung Lehrb. II 101, Frank N. IV 2, Geyer II 120 und v. Liszt 504 nur eine Schädigung der Kriegsbedürfnisse bzw. ein Ausbruch oder eine Verlängerung des Notstandes, nicht aber z. B. die der Behörde erwachsenden Mehrkosten als Schaden anzusehen sind.

§ 330.

Wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für Andere Gefahr entsteht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

1. Wer die Leitung oder Ausführung eines Baues übernimmt, soll, er mag das Gewerbe gelernt und seine Befähigung durch eine Prüfung nachgewiesen oder nicht gelernt, nicht nachgewiesen haben, die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst befolgen und haften zivil- wie strafrechtlich für den auf die Nichtbefolgung der Regeln zurückzuführenden Schaden an Leib und Leben. Aber auch ohne daß bereits ein Schaden entstanden, ist er nach § 330 strafbar, wenn durch die Nichtbefolgung Gefahr für Andere entstanden ist. Vgl. auch § 367 Nr. 15.

2. Bau ist jede in das Gebiet der Bautätigkeit, der Ausübung des Bauhandwerkes fallende Tätigkeit, für deren Vornahme allgemein anerkannte Regeln der Baukunst von solcher Bedeutung bestehen, daß ein Zuwiderhandeln gegen sie mit Gefahr für Andere verbunden ist: RG. 23, I. 94 C. 25 90, 27/4. 96 C. 28 318. Hierbei kommt es nicht auf das, was durch die Bautätigkeit geschaffen wird, sondern nur darauf an, ob diese Tätigkeit eine solche ist, aus der sich durch Verletzung der Regeln Gefahr für Andere ergibt. Somit ist es gleichgültig, ob es sich um einen Hoch- oder um einen anderen Bau, insbesondere Wasser-, Straßen- und Bergbau handelt: Bindung Lehrb. II 104, Frank N. I Abj. 1, v. Liszt 504 N. 1, Meyer-Alfeld 601, Dshhausen N. 2 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 10, 11. 92 C. 23 277. Daß das Bauwerk mit dem Grund und Boden vereinigt sei, ist nicht erforderlich, ein Bau im Sinne des Gesetzes daher der Bau eines Schiffes auf der Schiffsverft. Ein Bau ist auch der Reparaturbau: Bindung, v. Liszt,

Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Frank N. I Abf. 2, Hälschner II 679 N. 2, Dshaujen N. 2 Abf. 2, Schaper S. S. III 911 N. 1, v. Schwarze N. 3; RG. 4./11. 90 E. 21 142. Ebenso die Abbrucharbeit und zwar ohne Unterschied, ob sie als Vorarbeit für die Errichtung eines neuen Gebäudes dient oder nicht: Binding, v. Liszt und Meyer-Wilfeld a. a. O., Frank N. I Abf. 1, Dshaujen N. 2 Abf. 1; RG. 23./1. 94 E. 25 90, 27./4. 96 E. 28 318.

3. Täter ist der Leiter oder Ausfühler des Baues. Nicht der Bauherr, der den Auftrag zum Bau erteilt, auch dann nicht, wenn er dem von ihm beauftragten Bauachverständigen gewisse Anweisungen bezüglich der Art der Bauausführung gegeben hat. Ebenjowenig der vom Bauherrn zur Überwachung der vertragsmäßigen Ausführung des Baues Angestellte: RG. 19./3. 10 E. 43 326.

a) Bauleiter ist nicht, wer nur einzelne für den Bau als Ganzes nebenfällige Arbeiten anordnet, sondern wer die mechanischen Kräfte für die planmäßige Gestaltung des Baues als eines Ganzen durch geistige Urheberchaft unmittelbar in Bewegung setzt: Frank N. II, Dshaujen N. 3a; RG. 31./3. 98. Daß er dazu bestellt, angestellt worden, ist nicht erforderlich, entscheidend vielmehr die Tatsache der Leitung. Zu seinen Obliegenheiten gehört namentlich die Überwachung der angestellten Arbeiter: Oppenhoff-Delius N. 3.

b) Bauausfühler ist jeder an dem Bau in eigener Person oder mittelbar durch fremde Hand Mitwirkende, insbesondere also die eigentlichen Bauarbeiter. Die Ausführung umfaßt alle Arbeiten, die zur Herstellung des Baues dienen, selbst wenn sie nur vorbereitender Natur sind, z. B. Ausschachtung und Fundamentierung der Baustelle: Frank N. I Abf. 1, Hälschner II 679, v. Liszt 504 N. 1, Dshaujen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 4./11. 90 E. 21 142; Absteifung der Nebengebäude: Berner 652, Dshaujen N. 3b und 5b Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7; Errichtung des Mauergerüsts; die regelmäßig zum Besten des Gerüsts seitens der Arbeiter benutzte Leiter: RG. 31./1. 07 E. 39 417; die Herstellung von Schutzmaßregeln für das Publikum, wie die Anbringung von Gangbögen, Einfriedigung der Bau- und Stakgruben, zur Nachtzeit Aufstellung von Laternen; nicht ohne weiteres die Anfertigung des Bauplanes oder der Bauzeichnung: Frank N. II 1, Dshaujen und Oppenhoff-Delius a. a. O., Schaper S. S. III 911 N. 1.

4. Der Täter verletzt die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst. Ihr Begriff ist nicht schon dadurch erfüllt, daß sie sich bei völliger wissenschaftlicher Erkenntnis als richtig und unanfechtbar darstellen, sondern sie müssen auch in dem Kreis derjenigen Baubeflissenen bekannt und als richtig anerkannt sein, die in dem jeweilig gegebenen Zweige der Baukunst tätig sind und die dafür erforderliche Vorbildung besitzen: Binding Lehrb. II 105, Dshaujen N. 4; RG. 11./10. 10 E. 44 75. Sie können sich auf die technische Konstruktion, auf die Feuericherheit und auf die Einhaltung hygienischer Rücksichten beziehen: Frank N. V, Dshaujen a. a. O.; RG. 28./9. 95 E. 27 388 (Schwamm). Der Verstoß kann in Handlungen und in Unterlassungen bestehen, sich auf das ganze Bauwerk beziehen oder in Einzelteilen während des Bauens erschöpfen. Die joch. Abnahme des Baues seitens der Baupolizeibehörde ist nur Beweismaterial, dessen Wert der Richter zu würdigen hat.

5. Die Verletzung der Regeln ist nur dann strafbar, wenn hieraus für Andere Gefahr entsteht. Gefahr nicht für das Eigentum, sondern für das Leben oder die Gesundheit: Berner 652, Binding Lehrb. II 104, Frank N. V, Hälschner II 680, Dshaujen N. 5a, Schüge 520; RG. 11./2. 82 E. 6 129. Die „Anderen“ sind unterschiedslos dem Täter gegenübergestellt, unjastien also insbesondere die neben diejem am Bau als Leiter oder Ausfühler tätigen Personen: RG. 7./6. 98 E. 31 180. Die Gefahr braucht keine gemeine, wohl aber muß sie eine konkrete in dem Sinne sein, daß sie in der Gegenwart vorhanden, der gegenwärtige Zustand gefährdend ist: Frank N. V, Geyer II 121, Hälschner II 681, v. Liszt 504, Dshaujen N. 5b, Schaper S. S. III 911; RG. 22./11. 81 E. 5 254, 7./6. 98 E. 31 180. Eine vorübergehende Gefahr ist auch eine Gefahr, aber der Tatbestand wird nicht erfüllt, wenn ein schädigendes Ereignis erst in der Zukunft zu gewärtigen, sein Eintritt aber vom Bauleiter verhindert werden kann und diejer auch dementsprechende Maßregeln getroffen hat: RG. 7./6. 98 E. 31 180, oder wenn erst bei einem Weiterbau (nach erfolgtem polizeilichen Inhibitorium) Gefahr entstehen würde: RG. 22./11. 81 E. 5 254. Dagegen ist nicht erforderlich, daß das Bauwerk bereits seiner Bestimmung übergeben ist, oder bestimmte Personen als Geschädete individuell bezeichnet werden können, oder das drohende Ereignis eingetreten ist oder doch unmittelbar bevorsteht: Binding Lehrb. II 105, Geyer II 121, Dshaujen N. 5b, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schaper S. S. III 911; RG. 11./2. 82 E. 6 129. Die Gefahr braucht überhaupt keine unmittelbar drohende, kann auch durch ein künftig eintretendes Ereignis, z. B. den Ausbruch eines Brandes, bedingt sein: RG. 1. 11. 00.

6. Während in Abjdn. 27 jont zwischen Vorjoch und Jachlässigkeit unterschieden wird, nennt § 330 die Schuldform nicht. Daher nimmt Birkmeyer Cuzyl. 1190 an, daß nur das dolose Delikt strafbar sei, aber mit allen anderen Autoren und RG. 17./9. 96 E. 29 71 ist, weil der typische

Fall der Vaugefährdung der fahrlässig verübte, anzunehmen, daß das Delikt beide Schuldformen umfaßt; nach v. Wächter 449 bezieht sich die Bestimmung sogar nur auf die Fahrlässigkeit, aber wenn schon diese, ist der Vorfall erst recht strafbar. Auf seine Aufemtnis der Vauregeln kann der Täter sich nicht berufen, denn wenn er sie nicht kennt, soll er seine Hand davon lassen, und er handelt zum mindesten fahrlässig, wenn er gleichwohl Leitung oder Ausführung übernimmt; Winding Lehrb. II 105, Hälschner II 26, 680, Rüdorff-Zeuglein N. 6. Nicht erforderlich ist auch beim Vorfall, daß der Täter die Gefahr vorausgesehen hat oder sich ihrer bewußt gewesen ist, vielmehr genügt, daß zwischen ihr und der Zuwiderhandlung ein Kausalzusammenhang nach den allgemeinen Grundsätzen vorwaltet.

7. Das Delikt ist kein Dauerdelikt, vollendet sich vielmehr mit dem Eintritt der Gefahr, also spätestens mit der Vollendung und Abnahme des Vaues; von diesem Zeitpunkt an beginnt daher die Verjährung: Frank N. VI, Lisshausen N. 8 Abf. 2; RG. 30./11. 94 C. 26 261.

Achtundzwanzigster Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen im Amte.

1. Die Überschrift ist nicht korrekt, da in den §§ 333, 334 Abf. 2 auch Privatpersonen mit Strafe bedroht werden, während Amtsdelikte nur von solchen Personen begangen werden können, welche als Beamte im engeren Sinne (§ 339) oder als Nichtbeamte, mit der Verwaltung eines Amtes betraut sind, also von Amtsträgern.

2. Man unterscheidet die eigentlichen (reinen) Amtsdelikte von den uneigentlichen (gemischten). Die eigentlichen enthalten nur die Verletzung einer Amtspflicht, können daher nur von Amtsträgern begangen werden (§§ 331, 332, 334 Abf. 1, 336, 338, 339, 343–346, 348 (349), 351–357). Die uneigentlichen sind diejenigen gemeinen Delikte, welche, wenn von einem Amtsträger begangen, mit besonderer Strafe bedroht sind (§§ 340–342, 347, 348 Abf. 2 (349), 350, 354, 355, 357). Beide Arten von Delikten finden sich auch außerhalb des Abschn. 28, ein eigentliches § 174 Nr. 2, uneigentliche §§ 128, 129, 174 Nr. 3, 222, 230, 300. Die Unterscheidung ist wichtig für die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Teilnahme. Täter des eigentlichen Amtsdelikts kann, weil es ein delictum proprium ist, eine Privatperson nicht sein, ebensowenig Mittäter, da die Mittätererschaft nur eine Form der Tätererschaft ist, wohl aber Anstifter und Gehilfe, da das Gesetz zur Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe die strafbare Haupttat fordert, ohne Gewicht darauf zu legen, weshalb sie strafbar ist (oben S. 127 N. 4 Abf. 1). Bei dem uneigentlichen Amtsdelikte kann die Privatperson, wie Anstifter und Gehilfe, so auch Mittäter sein, aber gemäß § 50 nur an dem in dem Amtsdelikt stehenden gemeinen Delikt. Vgl. RG. 5. 10. 06 C. 39 193, 25./6. 09 C. 42 382. Zu beachten ist, daß Privatperson auch derjenige Amtsträger ist, mit dessen besonderen amtlichen Pflichten das Delikt nichts zu tun hat.

Endlich unterscheidet man noch die allgemeinen Amtsdelikte, welche von jedem, und die besonderen, welche nur von Amtsträgern gewisser Art begangen werden können.

3. Die in Abschn. 28 bezeichneten Amtsdelikte setzen voraus, daß das Amt ein inländisches, nicht aber, daß auch sein Träger ein Inländer sei; Winding Handb. I 432, Lehrb. II 373, 376, Frank N. I Abf. 3, Hälschner II 1035, Lisshausen N. 6, Schwarze § 359 N. 7. Wegen der im Auslande begangenen Delikte vgl. § 4 N. 5 Abf. 4. Subjekt des Delikts, im Unterschiede von dem eines Disziplinarvergehens, kann nur derjenige sein, welcher zur Zeit der Tat ein Amt verwaltet, jedoch ein Amtsdelikt auch dann sich nicht ergibt, wenn das nach dem Ausscheiden aus dem Amte verübte Delikt in Beziehung zu dem früher innegehabten Amte steht; Hälschner II 1034, Lisshausen N. 5, Oppenhoff-Delius § 348 N. 1; RG. 17./1. 02 C. 35 75. Das Ausscheiden aus dem Amte nach geschehener Tat, sei es mit, sei es ohne Eintritt in ein neues Amt, ist bedeutungslos; RG. 20./12. 07. C. 41 4.

4. Daraus, daß die Amtsdelikte nicht ausschließlich in Abschn. 28 behandelt sind, folgt, daß ihre Materie nicht im Sinne GG. § 2 einheitlich geregelt ist. Selbstverständlich kann das Landesrecht nichts über die Delikte der Reichsbeamten bestimmen und ist nach GG. § 5 zur Konstituierung von Amtsverbrechen nicht zuständig. Auch sind die in Abschn. 28 vorgesehene Delikte in dem Sinne erschöpfend behandelt, daß eine weitere landesgesetzliche Spezialisierung und Qualifizierung unzulässig ist. Übereinstimmend Winding Handb. I 320, Hälschner I 115, II 1035, Meyer-Wolfel 85 N. 7, Lisshausen N. 9, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Zeuglein N. 4; a. M., nämlich daß die Landesgesetzgebung allgemein ausgeschlossen sei, Schütze 524 N. 10 und v. Schwarze N. 2, 3.

5. Auf alle Amtsdelikte bezieht sich § 4 Nr. 1.

6. Vgl. MitZi1883. § 145.

§ 331.

Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

1. Subjekt der Delikts der sog. unerlaubten Geschenkfannahme (v. Wächter 522 N. 8) kann jeder Beamte, aber nur ein Beamter sein; das Delikt ist also ein allgemeines eigentliches Amtsdelikt. Dem Annehmen, Sichversprechenlassen entspricht notwendig ein Geben, Versprechen, beide bilden im Zusammentreffen den Taktakt eines unteilbaren Delikts, somit liegt ein Fall der sog. notwendigen Teilnahme vor (oben S. 126 N. 3). Aus §§ 333, 334 Abs. 2 ergibt sich, daß abgesehen von den durch EG. § 2 Abs. 2 aufrechterhaltenen besonderen Vorschriften der Geber und Versprecher auch dann nicht strafbar ist, wenn seine Mitwirkung den Tatbestand der Anstiftung oder Beihilfe erfüllt: Werner 668, Binding Lehrb. II 731, Birkmeyer Cuzylf. 1201, Franke R. V. Hälschner II 1037, v. Liszt 577, Meyer-Wilfeld 579, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 9, Schütze 527; RG. 17./12. 85 C. 13 181, 16./1. 03 C. 36 66, 25./2. 09 C. 42 382. Wenn Olshausen N. 12 dies auf das Gewähren und Versprechen beschränkt, so vermißt man die Angabe, auf welche Tätigkeit des Beamten sich die Anstiftung und Beihilfe beziehen soll, da die Amtshandlung des § 331 keine strafbare ist.

2. Der Grundgedanke der Bestimmung ist der, daß der Beamte sich bei seinen Amtshandlungen von keiner Rücksicht auf den eigenen Nutzen leiten lassen soll.

a) Vorausgesetzt ist eine in sein Amt einschlagende Handlung, eine Amtshandlung, also eine Handlung, welche innerhalb des Kreises der ihm durch die maßgebenden Gesetze und Anweisungen zur Pflicht gemachten Tätigkeit liegt, zu welcher er sachlich, zeitlich und örtlich zuständig ist: Binding Lehrb. II 732, v. Liszt 577 N. 1, Olshausen N. 9a; RG. 6./5. 87 C. 16 42. Es ist gleichgültig, ob im Einzelfall durch die Amtspflicht die Handlung geboten oder ihre Unterlassung verboten ist, und ob der Beamte die Handlung, weil er zu ihrer Vornahme dienstlich nicht verpflichtet ist, ablehnen konnte: Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 1; RG. 10./01. 87 C. 16 300. Keine Amtshandlung ist diejenige Handlung, welche er, ohne daß sie zu seinen amtlichen Funktionen gehört, unter Einwirkung seines amtlichen Einflusses, seiner amtlichen Autorität vornimmt, z. B. die Empfehlung eines Wahlkandidaten: RG. 25./10. 00, 16./1. 03 C. 36 66. Auch nicht der Mißbrauch des durch das Amt erworbenen Ansehens, um pflichtwidrige Handlungen eines anderen, nicht untergeordneten Beamten hervorzurufen: RG. 17./12. 07 C. 41 1. Privatgeschäfte, für die sich der Beamte honorieren läßt, sind auch dann keine Amtshandlungen, wenn sie mit der Amtsführung zusammenhängen, z. B. die Bekanntmachung reichsgerichtlicher Entscheidungen in einer Zeitschrift oder einem Sammelwerk durch ein Mitglied des Reichsgerichts.

b) Die Amtshandlung darf keine pflichtwidrige sein; ist sie es, so greift § 332 Platz. Die Worte „an sich“ sind zum mindesten überflüssig, da sie den Irrtum zu erregen geeignet sind, als ob hier auch die Handlung gemeint sei, die, an sich betrachtet, zwar nicht pflichtwidrig, gleichwohl im konkreten Fall die Verletzung einer Amtspflicht enthalte: Franke R. I Abs. 2, Hälschner II 1039, Meves S. S. III 966 N. 1, Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 6.

c) Sie kann in einer eigentlichen Handlung und in einer Unterlassung bestehen: Franke R. I Abs. 2, Olshausen N. 8 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 1, Schütze 527.

d) Sie kann bereits begangen oder eine zukünftige sein: Werner 669, Birkmeyer Cuzylf. 1201, Franke R. III Abs. 2, Hälschner II 1040, v. Liszt 577, Mertel 412, Meyer-Wilfeld 579, Olshausen N. 8 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2, Schütze 527 und RG. 8./11. 79 C. 2 129; nur eine zukünftige will Binding Lehrb. II 724, 727, 730. Daß die bereits begangene Handlung in Erwartung eines Vorteils vorgenommen wurde, ist nicht erforderlich: RG. a. a. O. Ebenjowenig, daß die künftig zu begehende Handlung schon zur Zeit der Gewährung usw. ausführbar ist: RG. 10./6. 82, und ebenso ist es gleichgültig, ob sie ganz ausbleibt.

3. Der Beamte nimmt Geschenke oder andere Vorteile an oder läßt sie sich versprechen oder fordert sie.

a) Also Vorteile, insbesondere Geschenke: letztere sind Zuwendungen von Vermögenswert aus den eigenen Mitteln des Gewährenden. Vorteile sind nicht bloß Vermögensvorteile, Mehrung des Vermögens, müssen aber nicht bloß ideelle Befriedigung des Ehrgeizes oder der Eitelkeit, sondern materieller Natur sein, sodaß auch vorübergehende materielle Genüsse, z. B. Weichlaf (a. M. Bindung), hierher gehören: Binding Lehrb. II 720, Mertel 412, Meyer-Wilfeld 579, Olshausen N. 3b Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 7, Schütze 527 N. 4, v. Schwarze N. 7; RG. 5./11. 83 C. 9 166, 20. 5. 92 C. 23 141. Dagegen wollen Hälschner II 1037, Geper II 193, v. Liszt 577

(568 N. 1) und Meves S. 5. III 965 auch da die bloß ideelle Befriedigung hierher ziehen, wegen Frank N. II eine objektiv messbare Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage verlangt. Daß die Geschenke oder Vorteile bereits fest bestimmt seien, ist nicht nötig: Binding Lehrb. II 721, Dtschausen N. 3b Abs. 2 und RG. 20./5. 92 C. 23 141. Wenn mit Dtschausen N. 3b Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 1 und Oppenhoff-Delius N. 7 das RG. 20./11. 82 C. 7 401 für einen Vorteil auch die Bezahlung einer dem Beamten als Privatmann zuzurechnenden Forderung erklärt, so ist dies mit Binding Lehrb. II 721 jedenfalls dann für irrig zu erklären, wenn die Forderung eine fällige ist. Auch hat das RG. selbst in einer allerdings zu § 332 ausgesprochenen Entscheidung erklärt, daß der Tatbestand nicht gegeben sei, wenn der Beamte die Forderung des Vorteils auf die Behauptung einer dem anderen Teil obliegenden Verpflichtung stütze: 16./12. 98 C. 31 389. Überhaupt kommen, wie das Wort „Geschenke“ beweist, nur freiwillige Zuwendungen in Betracht, die Leistung muß also mit dem Bewußtsein mangelnder Verpflichtung gegeben, versprochen, gefordert sein: Frank N. II Abs. 1, Hälßchner II 1038, Meves S. 5. III 965, Dtschausen N. 3a; RG. 4./3. 89 C. 19 62, 16./12. 98 C. 31 389.

b) Sicherprechenslassen ist die Annahme eines Versprechens, wobei jedes Verhalten des Beamten genügt, aus welchem sein Einverständnis mit dem Versprechen erhellt. Wer von beiden die Initiative ergriffen hat, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 726, Frank N. II Abs. 2, Hälßchner II 1038, Dtschausen N. 4b, Rüdorff-Stenglein N. 8.

c) Fordern ist eine einseitige Willenserklärung, die aber empfangsbedürftig ist: Binding Lehrb. II 726. Bei der Beurteilung, ob es vorliegt, ist vom Standpunkt des fordernden Beamten auszugehen. Es kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erfolgen, muß aber einen Inhalt haben, welcher den Charakter des Geforderten als eines von dem Beamten verlangten Äquivalentes für die Amtshandlung zum Ausdruck bringt: RG. 16./12. 98 C. 31 389.

d) Die Zuweisung mit Kenntnis des Beamten an seinen Angehörigen oder eine sonstige in naher Beziehung zu ihm stehende Person genügt, wenn sie als Vorteil für ihn selbst sich darstellt: Binding Lehrb. II 721, Frank N. II Abs. 3, Hälßchner II 1038, v. Liszt 577, Meves S. 5. III 961, Meyer-Altfeld 579, Dtschausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 9, v. Schwarze N. 7: RG. 5./10. 06 C. 39 193. Erhält der Beamte die Kenntnis nachträglich, so liegt die Annahme in der Unterlassung der Rückgabe oder Wertvergütung: Hälßchner und v. Liszt a. a. O.

4. Der Vorteil muß für eine Amtshandlung angenommen wu. sein, zwischen beiden ein Kaufalzusammenhang vorliegen, und zwar ein bewußter, beim Fordern der Fordernde, beim Annehmen und Sicherprechenslassen beide Teile wissen und wollen, daß der Vorteil das Äquivalent für eine Amtshandlung sei: Frank N. III Abs. 1, Hälßchner II 1040, v. Liszt 577, Mertel 412, Meyer-Altfeld 579, Dtschausen N. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3: RG. 8./11. 79 C. 2 179. Die Handlung muß daher eine bestimmte und konkrete sein; es genügt nicht, daß die Tätigkeit des Beamten unbestimmt wie und wann erfolgen soll, wodurch allerdings nicht ausgeschlossen wird, daß eine Mehrheit von Handlungen oder eine sich aus einer Mehrheit einzelner Akte zusammensetzende Handlung gegeben ist, sobald nur diese Mehrheit durch Umdeutung des Kreises, in welchen die einzelnen Handlungen fallen, so konkret gekennzeichnet ist, daß über die Beziehung des Vorteils auf sie zwischen beiden Interessenten kein Zweifel obwaltet: Binding Lehrb. II 732, Frank N. III Abs. 1, Meyer II 193, Dtschausen N. 7 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2, v. Schwarze N. 1 und RG. 8./11. 79 C. 2 129, 7./11. 84 C. 11 219; a. M. Hälßchner II 1041 und Meves S. 5. III 967. Somit liegt der Kaufalzusammenhang nicht vor, wenn, wie häufig bei sog. Trintgeldern, nur aus Anlaß oder bei Gelegenheit einer Amtshandlung, oder wenn zwecks Anerkennung persönlicher Eigenschaften, zur Betätigung von Dantbarkeit und Pödeli gegeben wird: Frank N. III Abs. 2, v. Liszt 577, Meves S. 5. III 965, Meyer-Altfeld 579, Dtschausen N. 7 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2, N. 4: RG. 8./11. 79 C. 2 129, 25./2. 89 C. 19 19.

5. Selbstverständlich muß das Annehmen und Fordern des Vorteils objektiv rechtswidrig sein. Es ist dies nicht, wenn der Beamte, z. B. ein Notar, besugt ist für seine Amtshandlung Gebühren zu erheben. Er macht sich aber durch eine Pluspostelerhebung strafbar, wenn die Überschreitung auch dem anderen Teil bekannt ist, der Vorteil also als freiwillige Leistung gewährt wird; der § 352, welcher eine in der Meinung einer bestehenden Verpflichtung geleistete Zahlung voraussetzt, steht dem nicht im Wege: Dtschausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 24./6. 80. Wegen des Erfordernisses der objektiven Rechtswidrigkeit scheidet jede gesetzliche oder gesetzwidrige Erlaubnis zur Annahme den Tatbestand aus: Binding Lehrb. II 733, Frank N. I Abs. 1, Hälßchner II 1041, v. Liszt 577, Meyer-Altfeld 579, Dtschausen N. 10, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 7: vgl. Reichsbeamten Ges. v. 31. März 1873 § 15. Die Genehmigung der Oberbehörde kann auch stillschweigend erfolgen und ist bei vielen observanzmäßig hergebrachten Vergütungen an Unterbeamte anzunehmen: Binding, Dtschausen Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. O.

6. Das Delikt erfordert Vorsatz, also die Kenntnis des Täters, daß er ein Beamter ist, daß er auf den Vorteil kein Recht hat, und daß dieser das Äquivalent für eine Amtshandlung ist. Ob er die Handlung wirklich begehren will, ist gleichgültig: RG. 5./10. 06 E. 39 193. Der Dolus ist aber ausgeschlossen, wenn eine positive entgegenstehende Absicht vorliegt, z. B. der Beamte sich durch die Annahme des Geschenkes ein Beweismittel gegen den Bestechenden sichern will; Frank N. II, Rüdorff-Stenglein N. 8.

7. Das Delikt ist vollendet mit der Annahme des reell gewährten Vorteils und des Versprechens, bei dem Fördern, sobald dieses dem anderen Teil zur Kenntnis gekommen ist.

§ 332.

Ein Beamter, welcher für eine Handlung, die eine Verletzung einer Amts-, oder Dienstpflicht enthält, Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird wegen Bestechung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

1. Die einfache passive Bestechung des § 332 ist eine Qualifizierung der unerlaubten Geschenkannahme des § 331. Der Unterschied liegt darin, daß die Handlung, welche auch hier eine Amtshandlung, also eine solche sein muß, zu der der Beamte an sich amtlich befugt ist, im gegebenen Fall dem durch Gesetz oder Dienstinstruktion vorgeschriebenen Verhalten widerspricht. Den Gegensatz bildet die dem Beamten unter sagte oder nur kraft besonderer Erlaubnis statthafte Privatätigkeit (Erstattung eines Gutachtens: Reichsbeamten-Ges. § 12); wofür nicht der Vorteil gewährt wird gerade für die Nichteinholung der Genehmigung; Frank N. II Abf. 2, v. Liszt 578, Ushausen N. 1; RG. 6./5. 87 E. 16 42. Jede Amts- ist auch Dienstpflicht, der letztere Ausdruck ist aber aufgenommen, um die Zivilbeamten der Heeres- und Marineverwaltung zu bezeichnen; vgl. § 10 N. 5 I A d.

2. Die Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht bildet eine objektive Voraussetzung, in deren Ermangelung nicht § 332, sondern § 331 Anwendung findet: RG. 6./5. 87 E. 16 42. Sie liegt auch dann vor, wenn der Beamte bei einer in seinem Ermessen stehenden Amtshandlung durch den gewährten Vorteil bestimmt wird, eine objektive Würdigung der Umstände zu unterlassen: Hälsschner II 1043, v. Liszt 578, Ushausen N. 2 Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 29./4. 80 E. 1 404, 13./4. 81 E. 4 101, 20./9. 81 E. 4 421, 31./1. 84 E. 10 64, 29./5. 94 E. 25 400, 13./11. 94 E. 26 194, 25./6. 09 E. 42 382. Wenn der Beamte seine auf Grund der amtlichen Tätigkeit erlangte Kenntnis eines besonderen Vorganges oder Zustandes in Privatinteresse verwerlet, so liegt die Verletzung einer Amtspflicht nur vor, wenn eine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit oder eine sonstige Anordnung in Frage kommt oder die Verwertung der Kenntnis zum Geschäftskreis der Behörde (z. B. polizeiliches Meldedamt) selbst gehört; Frank N. I, Ushausen a. a. O.; RG. 9./6. 96 E. 28 424, 19./12. 04 E. 37 354.

3. Im übrigen finden die Ausführungen zu §§ 331 auch hier Anwendung. Die Handlung kann ein Tun und ein Unterlassen sein; Frank N. II Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3. Ebenso eine bereits vollzogene und eine zukünftige, und im ersteren Falle braucht sie auch hier nicht in Erwartung des Vorteils vorgenommen zu sein; Frank II 1, Hälsschner II 1043, Meves S. 5. III 967, Meyer-Malfeld 579, Ushausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 528 N. 6; nur eine künftige nehmen an Binding Lehrb. II 327 und v. Schwarze N. 5. Es genügt nicht, daß der Vorteil aus Anlaß oder bei Gelegenheit der Amtshandlung gegeben ist: RG. 25./2. 89 E. 19 19, sondern zwischen der Pflichtverletzung und der Vorteilsannahme muß ein Zusammenhang bestehen, der erkennen läßt, daß der Vorteil ein Äquivalent für das pflichtverletzende Handeln ist: RG. 16./1. 03 E. 36 66. Der Geber muß sich also bewußt sein, daß er nicht verpflichtet ist, dem Beamten etwas zu geben: RG. 16./12. 98 E. 31 389. Er braucht aber nicht zu wissen, daß die Handlung eine pflichtwidrige ist: Binding Lehrb. II 728, Frank N. II Abf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 16./1. 03 E. 36 66.

4. Der Beamte muß sich der Pflichtwidrigkeit seiner Handlung bewußt sein. Hält er sich irrtümlich zur Vornahme der Handlung nach seiner Amts- oder Dienstpflicht für berechtigt oder verpflichtet, so entfällt subjektiv der Tatbestand und zwar auch dann, wenn er in dem Dritten den Glauben erweckt, daß eine pflichtwidrige Handlung in Frage stehe; Frank N. III, Geuer II 194, Hälsschner II 1044, Mertel 412, Ushausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 5. 11. 83.

5. Der den Vorteil Gewährende oder Versprechende ist nicht Anwärter oder Teilnehmer an der passiven Bestechung, bleibt daher, da § 333 eine Strafbarkeit der aktiven Bestechung nur mit Bezug auf künftige Pflichtwidrigkeiten statuiert, straflos, wenn eine bereits begangene Pflicht-

widrigkeit in Frage steht: Krant N. V, Ushausen N. 6, Rüdorff Stenglein N. 6; RG. 16./1. 03 C. 36 66. Enthält die Pflichtwidrigkeit zugleich den Tatbestand einer strafbaren Handlung, so ist Realkonturrenz gegeben: Werner 670, Binding Lehrb. II 729, Krant N. IV, Hälschner II 1043, Ushausen N. 7, Oppenhoff-DeLius N. 6, v. Schwarze N. 1. In diesem Fall kann sich der aktive Bestecher der Anstiftung und Beihilfe zu dem konturrierenden Delikt schuldig machen. Vgl. § 333 N. 8.

§ 333.

Wer einem Beamten oder einem Mitgliede der bewaffneten Macht Geschenk oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um ihn zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, zu bestimmen, wird wegen Bestechung mit Gefängnis bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark erkannt werden.

1. Subjekt der aktiven Bestechung kann Jeder sein. Sie ist, selbst wenn sie von einem Beamten begangen wird, kein Amtsdelikt und nur wegen ihrer nahen Beziehung zur passiven Bestechung in Verbindung mit dieser hier behandelt: Binding Lehrb. II 723, Krant N. I Abf. 4, Hälschner II 1044, Mertel 411, Ushausen N. 1 Abf. 1.

2. Objekt kann sein nur ein Beamter und ein Mitglied der bewaffneten Macht (§ 10 N. 5, § 113 N. 2 b, c). Die passive Bestechung wird bestraft gegen Erlernen aus § 332, gegen letzteres aus MitStGB. § 140. Sie kann auch hier eine mittelbare sein (§ 331 N. 3d); Binding Lehrb. II 721, Krant N. II Abf. 2, v. Liszt 578, Meyer-Alfeld 550, Ushausen N. 3, 4c, Rüdorff Stenglein N. 5 Abf. 2; RG. 29./4. 80 C. 1404, 8./3. 86 C. 13 396. Es genügt aber nicht, daß der Bestochene von dem der Mittelsperson gemachten Angebot usw. Kenntnis erhält, sondern dies muß von dem Bestecher beabsichtigt sein, weil nur in diesem Fall ein Angebot an den Beamten selbst vorliegt, um dessen Willen dadurch zu beeinflussen; deshalb ist das Delikt nicht gegeben, wenn lediglich die Mitsprache der Mittelsperson erkauf werden soll, um durch deren Einfluß auf den Beamten zu wirken: Binding, Krant und Ushausen a. a. O., Hälschner II 1044; RG. 8. 3. 86 C. 13 396.

3. Wie bei der passiven Bestechung muß die Handlung eine Amtshandlung sein, nicht bloß eine, wenn auch eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthaltende Privathandlung. Als Handlung gilt auch hier die Unterlassung: Binding Lehrb. II 718, Krant N. I Abf. 3, Hälschner II 1045, Ushausen N. 4a; RG. 14./3. 89 C. 19 206.

4. Zu dieser eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthaltenden Amtshandlung will der Bestecher den Bestochenen bestimmen. Die Handlung muß also, wenn auch nicht objektiv, so doch nach der Meinung des Bestechers noch bevorzuehen, sodas das Delikt nicht vorliegt, wenn der Täter weiß, daß die Pflichtverletzung bereits verübt ist: Binding Lehrb. II 722, Krant N. I Abf. 2, Hälschner II 1045, v. Liszt 578, Mertel 412, Ushausen N. 4b, Rüdorff Stenglein N. 1, Schüße 528 N. 6; RG. 14./3. 89 C. 19 206; vgl. § 332 N. 5. Die Handlung muß auch hier eine bestimmte, braucht aber nicht in ihren Einzelheiten genau fixiert oder überhaupt genau bestimmbar zu sein, vielmehr genügt, wenn der Täter den Beamten bewegen will, seine amtliche Tätigkeit nach einer bestimmten Richtung in pflichtwidriger Weise auszuüben oder zu mißbrauchen: RG. 22./6. 85, 14./5. 86. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob der Beamte bei objektiver Prüfung und unbeeinflusst durch den Vorteil sich nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen für die von dem Bestecher bezweckte Handlung oder Unterlassung entschieden haben würde: RG. 29. 4. 80 C. 1404, 13. 4. 81 C. 4 81, 31. 1. 84 C. 10 64. Wohl aber muß die Handlung objektiv eine pflichtverletzende sein; nimmt der Bestecher dies irrig an, so liegt ein Putativdelikt vor: Krant N. III, Meves N. 5. III 969, Ushausen N. 7.

5. Als Mittel kommen in Betracht das Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Geschenken oder anderen Vorteilen (§ 331 N. 3a). Wer die Initiative ergreift, ist gleichgültig, sodas das Delikt auch dann vorliegt, wenn der Beamte sich vorher erboten hat, für den Vorteil die Pflichtwidrigkeit zu begehen: RG. 20./5. 04 C. 37 172. Der Vorteil wird angeboten, wenn der Bestecher ihn selbst oder durch einen Anderen verschaffen will, nicht schon, wenn der Beamte ihn sich verschaffen soll: RG. 20. 9. 81 C. 4 21. Beim Versprechen ist für die Strafbarkeit des Versprechenden eine Annahme seitens des Beamten nicht erforderlich. Das Gewähren als das Geben nicht vorher versprochener Vorteile verlangt, daß der Beamte das Gewähren als Vorteil annimmt, widrigenfalls aber immer noch ein Anbieten stattfindet: Ushausen N. 2c.

6. Das Delikt kann nur als vorsätzliches begangen werden. Der Täter muß das Bewußtsein haben, daß die Handlung, zu welcher er bestimmen will, eine eine Pflichtverletzung enthaltende Amtshandlung ist, wobei aber Eventualdolus genügt: Binding Lehrb. II 724, Frank N. III, Hälschner II 1045, v. Liszt 578, Lisshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 13./11. 94 E. 26 194.

7. Das Delikt ist vollendet, sowie der Vorteil angeboten oder versprochen oder gewährt ist. Ob der erstrebte Erfolg eintritt, ist gleichgültig, und ebenso kommt es nicht darauf an, aus welchem Grunde er nicht eintritt: Berner 609, Binding Lehrb. II 722, Hälschner II 1044, Merkel 412, Lisshausen N. 8, Schütze 528; RG. 13./4. 81 E. 4 101, 14./3. 89 E. 19 206, 25./1. 95 E. 26 424, 20./5. 04 E. 37 172. Kommt die Tätigkeit des Bestechers gar nicht zur Kenntnis des Beamten, so liegt nur — straflos — Versuch vor. Ebenso bei der mittelbaren Bestechung, wenn der Täter das angebotene Geschenk auf die Weigerung des Angehörigen wieder an sich nimmt: RG. 10./3. 81.

8. Das Anbieten usw. ist als aktive Bestechung zu einem besonderen, durch § 333 geregelten Delikt erhoben. Daher darf nicht neben § 333 noch § 332 in Verbindung mit § 48 in Anwendung kommen. Enthält aber die Handlung, zu welcher — mit Erfolg — bestimmt worden ist, den Tatbestand einer anderen Strafthat, so kann in der aktiven Bestechung zugleich eine Anstiftung zu diesem anderen Delikt stecken: Berner 607, Frank N. V, Hälschner II 1046, v. Liszt 578, Meyer-Altfeld 550, Lisshausen N. 9c, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M., nämlich daß nur die Anstiftung strafbar, Binding Lehrb. II 724 und v. Schwarze N. 7. Stellt die angebotene, aber nicht begangene Pflichtverletzung sich als Verletzung oder Teilnahme an einem Verbrechen dar, so findet nur § 333, nicht aber § 49a allein oder in Idealkonkurrenz Anwendung; vgl. oben § 49a N. 3 Abs. 2.

§ 334.

Ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe, welcher Geschenke oder andere Vorteile fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, um eine Rechtsache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden, wird mit Zuchthaus bestraft.

Derjenige, welcher einem Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen zu dem vorbezeichneten Zwecke Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Zuchthaus bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

1. Ein besonderer Fall der passiven Bestechung des § 332, der aktiven des § 333, wobei die Besonderheit in der Beschränkung auf bestimmte Kategorien von Personen und eine bestimmte Verletzung der Amtspflicht liegt. Die Ausführungen zu den §§ 332, 333 finden daher entsprechende Anwendung. Nach Berner 668, Frank N. I, Hälschner II 1070, Merkel 412, Meves S. 5. III 965 und Rüdorff-Stenglein N. 1 findet die Bestimmung auch auf pflichtmäßige Handlungen Anwendung, sodaß die Pflichtwidrigkeit nur bei der Strafzumessung ins Gewicht fällt, aber die parteiische Leitung und Entscheidung einer Rechtsache ist stets eine Pflichtverletzung, auch wenn dem Ermessen des Richters eine mehr oder weniger freie Bewegung gestattet ist, und wenn keine Bestechung stattfindet: Binding II 728, Meyer-Altfeld 579, Lisshausen N. 2. Übrigens liegt mehr ein Streit um Worte vor, denn darüber, daß die pflichtwidrige Handlung nicht die Rechtsbeugung des § 336 zu sein braucht, herrscht kein Zweifel: Hälschner, Lisshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., v. Liszt 578, Schütze 528 N. 7.

2. Bestechener kann nur ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe sein.

a) Richter ist, wer von zuständiger Stelle mit der Rechtspflege, also mit der Leitung oder Entscheidung von Rechtsachen nach Rechtsgrundsätzen in einem geregelten Verfahren betraut ist: Frank N. II, Hälschner II 1086, Lisshausen N. 1a. Diejenigen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welchen eine eigentliche Rechtspflege nicht stattfindet, gehören nicht hierher: Binding Lehrb. II 556, 725, Hälschner II 1069, v. Liszt 578, Meves S. 5. III 971, Meyer-Altfeld 579, Lisshausen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 528 N. 7; a. M. v. Schwarze N. 2 und, wofern nur mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen beteiligt sind, Frank § 356 N. II 1. Auf den Amtstitel kommt es nicht an, wohl aber muß der Richter ein Beamter (§ 359) sein, sodaß die nicht beamteten Richter nicht in Betracht kommen können: Binding a. a. O., Frank N. II, v. Liszt 578; a. M. Lisshausen

№. 1a Abj. 2, Oppenhoff-Delius №. 1. Als beamtet gelten nach OVG. § 116 auch die Handelsrichter. Nicht aber die Schiedsmänner, sollten auch, wie z. B. in Hamburg, ihre Funktionen den Amtsrichtern übertragen sein: Frank №. 11, Hälschner II 1069, Olshausen №. 1a Abj. 2, Rüdorff-Stenglein №. 3. Im übrigen ist der Begriff des Richteramtes im weitesten Sinne zu nehmen, umfaßt also auch die Mitglieder der besonderen Gerichte, der Verwaltungs-, staatlichen wie kirchlichen Disziplinargerichte usw.: Binding Lehrb. II 725, 556, Frank №. 11, Hälschner II 1068, Meves S. S. III 970, Meyer-Alfeld 579, Olshausen №. 1a Abj. 1, Wachenfeld SM II 324; a. M. Rüdorff-Stenglein №. 3. Auch diejenigen Verwaltungsbeamten gehören hierher, welche, wie z. B. Steuerbehörden, nur eine vorläufige, das Arrufen des ordentlichen Richters nicht ausschließende Entscheidung abgeben können: Binding und Olshausen a. a. O. und RG. 19./4. 94 O. 25 276; a. M. Frank § 336 №. 1, Hälschner II 1068.

b) Obgleich sie nicht beamtet sind, stellt das Gesetz den Richtern die Schiedsrichter, Geschworenen und Schöffen gleich.

Der Hauptgeschworene muß aus der Jahresliste ausgelost, der Hauptschöffe in die Jahresliste eingetragen, der Hilfschöffe in der öffentlichen Sitzung des Schwurgerichts ausgelost, der Hilfschöffe im Einzelfalle zugezogen sein. Ist die Strafsache, an deren Leitung und Entscheidung die Beteiligung stattfinden soll, noch nicht bestimmt, so liegt, wenn der Bestechungsakt schon jetzt erfolgt, ein bedingtes Delikt vor, welches sich im Augenblick der Bestimmung in ein unbedingtes verwandelt: Binding Lehrb. II 718, 725, Frank №. III 1, Meves S. S. III 970 №. 3, Olshausen №. 1c, Rüdorff-Stenglein №. 4. Findet die Bestimmung gar nicht statt, so fehlt sogar der Versuch: Binding und Frank a. a. O., Olshausen №. 8; a. M. Schütze 529 №. 8.

3. Der ins Auge gefaßte Erfolg ist der, daß der Richter usw. einen Beteiligten günstiger oder ungünstiger stellt. Dies kann in rechtlicher oder in tatsächlicher Beziehung geschehen: Hälschner II 1071 und Olshausen №. 4; eine rechtliche Beziehung, also eine Beeinflussung der Rechtsstellung verlangen Meves S. S. III 971, Oppenhoff-Delius №. 8, v. Schwarze №. 7. Dies muß dem Fordierenden und dem Gewährenden, dem Anbietenden und dem Nimmenden bewußt sein. Daß die begünstigende oder benachteiligende Handlung oder Unterlassung wirklich begangen werde, ist zur Vollendung des Deliktes nicht erforderlich, und wird sie begangen, so ist wiederum nicht erforderlich, daß der gewollte Erfolg erreicht wird: Hälschner II 1070, Olshausen a. a. O.; a. M. Oppenhoff-Delius a. a. O. Es ist überhaupt nicht erforderlich, daß der Richter sich wirklich bestimmen lassen oder die Handlung vornehmen will. Beteiligte sind nicht bloß die Parteien, sondern alle, deren Interesse durch die Leitung oder Entscheidung der Rechtssache unmittelbar berührt wird: Hälschner II 1070, Meves S. S. 971, Olshausen №. 5.

Wie aus dem Zweck der Bestechung hervorgeht, muß die betr. Handlung des Richters eine zukünftige sein, bei der aktiven Bestechung jedenfalls nach der Meinung des Bestechers, § 333 №. 4: Binding Lehrb. II 724, 729, Frank №. III 2, v. Liszt 578, Merkel 412, Meyer-Alfeld 579, Olshausen №. 2.

4. Die aktive Bestechung des Abj. 2 ist kein Amtsdelikt, vgl. § 333 №. 1. Täter kann Jeder sein. Auch ein Nichtbeteiligter: Meves S. S. III 971, Olshausen №. 7, Oppenhoff-Delius №. 13, Schütze 528 №. 7.

§ 335.

In drei Fällen der §§ 331 bis 334 ist im Urteile das Empfangene oder der Wert desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

1. Anders als die Einziehung des § 40 ist die Verfallerklärung obligatorisch. Ihre Voraussetzung ist die Feststellung, daß ein Beamter, insbesondere ein Richter, oder ein Schiedsrichter oder ein Geschworener oder ein Schöffe etwas empfangen hat und was er empfangen hat: RG. 20./5. 04 O. 37 172. Sie erfolgt zu Gunsten des Staates, also zu Gunsten der Masse des Gerichts erster Instanz. Sie ist nicht wie v. Liszt 248 annimmt, eine Verwaltungsmaßregel, sondern eine Strafe, ihre Vollstreckung daher eine Strafvollstreckung, nur daß, wenn der Wert, d. h. der Geldwert uneinbringlich ist, nicht an seine Stelle gemäß §§ 28 ff. eine Freiheitsstrafe treten darf: Frank №. III 2, Olshausen №. 5 Abj. 1, 2; RG. 13./7. 91 O. 22 103.

2. Verfallen ist das Empfangene oder dessen Wert. Im Urteil ist das Empfangene konkret zu bezeichnen und sein Wert zahlenmäßig festzustellen: RG. 20./5. 04 O. 37 171. Als empfangen gilt jeder Vorteil, über den der Beamte tatsächlich zu verfügen vermochte, nicht bloß Gegenstände, sondern auch Forderungen, Rechte aller Art, Handlungen und Unterlassungen: Binding Lehrb. II 734, Frank №. 11, Olshausen №. 3. Nicht empfangen ist das nur Geforderte, Verprochenes, Angebotene, und zwar auch dann nicht, wenn es aus anderer Ursache sich schon in der Verfügungsgewalt des zu Bestechenden befindet: RG. 29./9. 84 O. 11 101, 17./11. 91 O. 22 270; a. M. bezüglich des Verprochenen Schütze 529, №. 9, weil es „verpflichtete Verცերում“ sei. Das Emp-

fangene ist nicht identisch mit dem Angenommenen, umfaßt daher auch den dem Beamten ohne seinen Willen zugegangenen oder von ihm nur zum Schein, z. B. zur Überführung, entgegengekommenen Vorteil: RG. 22./2. 87 C. 15 348.

3. Die Verfallerklärung ist obligatorisch. Es ist also bestimmt auszusprechen, daß dieser Gegenstand und im Fall seiner Uneinbringlichkeit diese bestimmte Geldsumme dem Staate verfallen sei, und die Erklärung darf nur dann auf den Wert beschränkt werden, wenn die Uneinbringlichkeit des Empfangenen feststeht, also regelmäßig bei Handlungen und Unterlassungen: Frank N. III 2; a. M. Binding Lehrb. II 735, Meves S. S. III 972, Ushausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 2. Da das Gesetz nicht bestimmt, daß das Empfangene ohne Rücksicht auf fremde Rechte verfallen sein solle, so sind diese, insbesondere fremdes Eigentum, falls sie an dem Empfangenen schon zur Zeit der Gewährung bestanden haben, zu respektieren, sodaß das Empfangene insoweit als uneinbringlich zu gelten hat: Binding und Frank a. a. O., Meyer-Alfeld 319 N. 13, Ushausen N. 4; a. M. v. Liszt 248 N. 4, Merkel 228, Meves S. S. III 972, Schüze 529 N. 9.

4. Die Verfallerklärung ist im Urteil auszusprechen. Ist dies ganz oder zum Teil nicht geschehen, so kann die Verjährung nur durch Einlegung eines Rechtsmittels gehesit werden: Frank N. IV, Ushausen N. 6b, Schüze 529 N. 9; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 3. Ist nur die zahlenmäßige Feststellung des Wertes unterblieben, so findet StP.O. § 490 Anwendung.

Daraus, daß die Verfallerklärung in einem auf Grund der §§ 331—334 ergehenden Urteil zu geschehen hat, folgt die Unanwendbarkeit des § 42; a. M. Binding Lehrb. II 735. Sind Gegenstände versprochen oder angeboten, so unterstehen sie als instrumenta sceleris der fakultativen Einziehung des § 40: Werner 667, Binding Lehrb. II 734, Frank N. II, v. Liszt 578, Ushausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 1. Jedenfalls findet § 335 dann ausschließlich Anwendung, wenn die Gewährung der Vollendung des Delikts nachfolgt.

§ 336.

Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtsache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

1. Subjekt des Deliktes ist nicht, wie Frank N. I, Meves S. S. III 978, 986, Schüze 530 N. 11 meinen, jeder Beamte, wenn er einmal in die Lage kommt, eine Rechtsache zu leiten oder zu entscheiden, sondern nur derjenige Beamte, welcher zur Leitung und Entscheidung von Rechtsachen amtlich berufen ist, also richterliche Funktionen ausübt, der Richter im Sinne des § 334: Binding Lehrb. II 536, 725, Ushausen N. 1a, Wachenfeld H. II 324. Außer ihm auch hier der Schiedsrichter, obgleich dieser nicht Recht zu sprechen hat, somit sich einer eigentlichen Rechtsbeugung gar nicht schuldig machen kann. Nicht aber Geschworener und Schöffe, obgleich ihre Funktion eine richterliche ist.

2. Die Rechtsbeugung besteht darin, daß eine geltende Rechtsbestimmung nicht angewendet, eine nicht geltende angewendet und durch das Eine oder das Andere die eine oder die andere Partei begünstigt oder benachteiligt wird, wobei es gleichgültig ist, ob die Bestimmung dem materiellen oder dem Prozeßrecht angehört: Werner 670, Binding Lehrb. II 559, Frank N. II, Hälschner II 1075, Ushausen N. 2a. Hieraus ergibt sich, daß auch die Rechtsverweigerung oder -verzögerung Rechtsbeugung ist: Binding Lehrb. II 561, Frank N. II.

3. Als Rechtsache kann hier wie bei § 334 nur diejenige betrachtet werden, bei welcher es auf die Entscheidung über Dasein oder Nichtdasein eines zwischen „Parteien“ streitigen Rechtes ankommt, also nicht die Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und im übrigen ohne Unterschied, ob um ein privat-, straf-, verwaltungs- oder staatsrechtliches Verhältnis gestritten wird: Werner 670, Binding Lehrb. II 555, 557, Hälschner II 1073 N. 3, 1074, v. Liszt 579 (578), Meves S. S. III 979, Meyer-Alfeld 581, Ushausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3, Schüze 529; a. M. bezüglich der Art der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. Schwarze N. 1a. Daß eine öffentliche Behörde als „Partei“ fungiert, steht nicht im Wege, insbesondere nicht bei der Strafjahre, sei es, daß über diese im ordentlichen Verfahren entschieden wird oder in einem besonderen, zumal durch Strafbescheid oder Strafverfügung einer Verwaltungsbehörde: Binding Lehrb. II 557, Frank N. I, Ushausen N. 2b und RG. 19./4. 94 C. 25 276, 12./7. 94 C. 26 56; a. M. Hälschner II 1068. Partei ist nicht, wie Binding Lehrb. II 558 und Schüze 530 N. 11 annehmen, identisch mit dem Beteiligten des § 334 (dasselbst N. 3 Abs. 1), umfaßt aber auch die sog. Nebenparteien, z. B. Nebenkläger, Einziehungsinteressenten: Frank N. II, Hälschner II 1074, Meves S. S. III 980, Ushausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3.

4. Das Delikt erfordert, wie schon der Ausdruck „Rechtsbeugung“ erkennen läßt, Dolus. Der Täter muß also nicht bloß wissen, daß er das Recht beugt, sondern auch, daß er dadurch eine Partei begünstigt oder benachteiligt, und indem er dies weiß, will er es: RG. 19. 4. 91 C. 25 276. Welches Motiv ihn dabei leitet, ist gleichgültig. Entscheidet er zwar gegen seine Überzeugung, aber in Unterordnung unter eine *communis opinio* oder die Rechtsprechung eines höheren Gerichts, so fehlt in jedem Fall der Dolus und vielfach — denn schließlich entscheidet auch hierüber die Majorität der Stimmen und das höhere Gericht — die objektive Unrichtigkeit der Entscheidung; a. M. Binding Lehrb. II 560, Meves S. S. III 989.

5. Zur Vollenbung ist, wie die Rechtsbeugung selbst, so auch die Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei erforderlich: Binding Lehrb. II 563 und Frank N. III; a. M. Lisshaujen N. 3 Abf. 3, welcher jedoch übersehen, daß die günstigere oder ungünstigere Stellung einer Partei notwendige Folge der Rechtsbeugung ist. Ein Versuch liegt z. B. vor, wenn der Dolus gegen Recht und Gesetz votierende Kollegialrichter überstimmt wird: Binding Lehrb. II 562, 563, Frank N. III, Hälschner II 1070, 1075, Lisshaujen N. 4, Schütze 530; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 5. Ist die Entscheidung objektiv richtig, so ist, da für die Frage, ob in Wirklichkeit das Recht gebeugt ist, nicht die subjektive Auffassung des Richters, sondern das Gesetz selbst zu bestimmen hat, nur ein Futaktdelikt gegeben: Binding Lehrb. II 559 N. 2, Frank N. III, Lisshaujen N. 4. Einen Versuch nehmen in diesem Fall an Hälschner II 1075, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 7, und sogar ein vollendetes Delikt Meves S. S. III 989, Oppenhoff-Delius N. 4 und Schütze 530.

6. Bei der Konkurrenz mit § 334 ist zu beachten, daß das Delikt des § 334 mit einer dreimal schwereren Strafe bedroht wird als die Rechtsbeugung.

§ 338¹⁾.

Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher, wissend, daß eine Person verheiratet ist, eine neue Ehe derselben schließt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

1. Das Gesetz verlangt ausdrücklich, daß der Täter die Ehe „schließt“, was keineswegs, wie Berner 672, Meyer-Alfeld 583 und Lisshaujen § 171 N. 4c annehmen, identisch ist mit „mitwirken“. Religionsdiener können aber seit Geltung des Personenstandsgesetzes v. 6. Febr. 1875, und Personenstandsbeamte seit dem 1. Jan. 1900 — BGB. § 1317 — die Ehe nicht mehr schließen. Somit kann das Delikt im Zustande nicht mehr begangen werden. Ist es im Zustande begangen, so kommt § 4 Nr. 3 zur Anwendung. Im Zustande kann sich der Personenstandsbeamte als Gehilfe zur Bigamie des § 171 strafbar machen, wogegen die nachträgliche Einjegnung durch den Religionsdiener straflos ist. Vgl. Binding Lehrb. I 227 und Frank N.

Siehe auch Personenstandsgesetz § 75.

§ 339.

Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nötigt, wird mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Zu den Fällen der §§ 106, 107, 167 und 253 tritt die dajelbst angedrohte Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

1. Subjekt dieser Delikte kann nur ein Beamter sein (§ 359). Und zwar nicht bloß gewisse Kategorien von Beamten, sondern jeder Beamte: Binding Lehrb. II 410, Frank N. II Abf. 1, Hälschner II 1047, Meves S. S. III 974, Meyer-Alfeld 577 N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 1. Lisshaujen N. 2, 3 und Oppenhoff-Delius N. 3 verstehen unter Amtsgewalt den Zubegriff derjenigen Befugnisse, die den Beamten berechtigen, unter gewissen Voraussetzungen

¹⁾ Das Gesetz enthält zu § 338 die Anmerkung:

„§ 337 ist erjezt durch den § 67 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (Reichs-Gesetzbl. S. 23)“.

Vgl. jetzt CG. 3. BGB. Art. 46 III.

Zwangsmaßregeln anzuwenden, beziehen daher § 339 nur auf diejenigen Beamten, welche Exekutivgewalt besitzen. Aber nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen ist regelmäßig jeder Beamte befugt, die Befolgung seiner Anordnungen entweder unmittelbar oder durch Vermittlung der dazu kompetenten Behörde zu erzwingen. Mit Meves a. a. D. ist daher unter Amtsgewalt der Zubegriff aller einem Beamten anvertrauten Funktionen zu verstehen; vgl. auch RG. 30./11. 83 C. 9 228.

2. Mißbrauch ist jeder Gebrauch der amtlichen Befugnisse, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind: Frank N. II Abf. 2, Hälschner II 1047, Meves S. S. III 974, Disshausen N. 4a, Oppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 4. Er kann auch in einer Unterlassung bestehen, ist somit ein unberechtigter Gebrauch oder Nichtgebrauch der Amtsgewalt: Frank, Hälschner und Disshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 7; RG. 9./6. 03. Ist der Beamte nicht in abstracto zuständig, maßt er sich eine fremde Kompetenz an, so handelt er nicht als Beamter: Binding Lehrb. I 377 N. 6, Hälschner, Meves und Disshausen a. a. D., v. Schwarze N. 4; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 2. Die Androhung muß einen bestimmten Mißbrauch zum Inhalt haben, jedoch eine allgemeine Drohung nicht genügt: Berner 673, Frank N. II Abf. 3, Hälschner und Meves a. a. D., Disshausen N. 4b. Es bedarf aber keines wörtlichen Auspruchs, sondern die Drohung ist eine bestimmte, wenn der Bedrohte sie nur aus dem gewollten Sinn und Zusammenhang der Äußerung entnehmen kann: RG. 30./11. 83 C. 9 228.

3. Der Dolus erfordert nicht nur die Vorsätzlichkeit der Handlung mit dem Nötigungswillen, sondern auch das Bewußtsein des Täters, daß er einen Mißbrauch seiner Amtsgewalt verübe oder androhe: Berner 673, Hälschner II 1047, Meves S. S. III 976, Disshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1.

4. Abf. 1 enthält eine Modifikation der Nötigung des § 240: Berner 673, Binding Lehrb. I 92, Frank N. I, Hälschner II 1047, v. Liszt 579, Disshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 10./5. 83 C. 8 302. Auch hier wird die durch das rechtswidrige Mittel begründete Widerrechtlichkeit der Nötigung durch die Erlaubtheit des Zweckes nicht ausgeschlossen.

Ebenso sind die Delikte aus Abf. 3 Modifikationen der in den genannten Paragraphen bedrohten Delikte.

5. Abf. 2 bezieht sich nur auf das Delikt des Abf. 1, wogegen bei den in Abf. 3 bezeichneten Delikten rückfichtlich des Versuchs die allgemeinen bzw. die besonderen Bestimmungen der genannten Paragraphen entscheidend sind: Hälschner II 1048, v. Liszt 579, Disshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 7, v. Schwarze N. 10; a. M., nämlich den Abf. 2 auch auf Abf. 3 beziehend, Meves S. S. III 976.

§ 340.

Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängnis ermäßigt oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Ist die Körperverletzung eine schwere, so ist auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

1. Subjekt der beiden zu den uneigentlichen Amtsdelikten gehörenden Delikte kann nur ein Beamter, wohl aber jeder Beamte sein.

Er begeht das Delikt entweder, während er sein Amt ausübt, oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes. Vgl. § 130a N. 3a. Auch hier verlangt v. Liszt 579 für den letzteren Fall nur einen äußeren Zusammenhang, wonach „in Veranlassung der Ausübung“ identisch wäre mit „bei Gelegenheit der Ausübung“. Ob die Amtsausübung eine rechtmäßige ist oder nicht, ist gleichgültig: Hälschner II 1049, Meves S. S. III 950, Disshausen N. 4 Abf. 2; RG. 23./2. 88 C. 17 165.

Er begeht das Delikt selbst oder läßt es begehen. Das Begehenlassen ist nicht ein bloßes Geschehenlassen, Nichthindern, Unterlassen der Abhaltung Dritter von der Begehung des Delikts, wonach z. B. ein Schutzmann dem § 340 verfallen würde, der einer Prügelei zusieht, ohne einzuschreiten, sondern verlangt wird eine innerhalb der amtlichen Befugnisse sich bewegende Mitwirkung, durch welche die Körperverletzung herbeigeführt wird. Diese Mitwirkung kann auch in einer Unterlassung bestehen, wenn nämlich das Delikt ausdrücklich oder stillschweigend im Namen

des Beamten oder unter Bezugnahme auf seine Autorität vorgenommen wird und er die mögliche Hinderung unterläßt. Übereinstimmend Binding Lehrb. I 51, Hälschner II 1048, Meves h. h. III 952, Olshausen N. 3, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 5, Schütze 534 N. 8 und RG. 9./1. 82 C. 5 332; a. M. Frank N. III, Geyer II 196, v. Liszt 579, Meyer-Alfeld 581 N. 16, v. Schwarze N. 3. Ob der die Körperverletzung begehende Dritte strafbar oder straffrei, ist gleichgültig: Hälschner, v. Liszt, Olshausen und Schütze a. a. D.

2. Zur Anwendung des § 340, ist erforderlich daß die Voraussetzungen der Strafbarkeit einer gemeinen Körperverletzung vorliegen: RG. 4./7. 82 C. 6 432. Die objektive Rechtswidrigkeit ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Beamte zur Begehung einer Körperverletzung berechtigt bzw. verpflichtet ist. Wegen des Züchtigungsrechts der Lehrer vgl. § 223 N. 5c. Durch die Einwilligung des Verletzten wird die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen, da, die gesetzlichen Maßnahmen vorbehalten, der Beamte als solcher niemals mißhandeln darf: Binding Handb. I 728 und Lehrb. I 51, Olshausen N. 6 Abs. 1. Zudem ist nach diesseitiger Ansicht — § 223 N. 5a — die Einwilligung nur dann berechtigend, wenn es sich um ein Antragsdelikt handelt, wogegen § 340 keinen Antrag erfordert.

Zu übrigen ist folgendes zu beachten:

a) Nur die vorsätzliche Körperverletzung ist nach § 340 strafbar, die fahrlässige fällt unter § 230.

b) Neben der Strafe kann auf Verlangen des Verletzten gemäß § 231 auf Buße erkannt werden: Berner 674, Binding Lehrb. I 52, Finger I 508, Frank N. I, Hälschner II 1050, v. Liszt 579, Meyer-Alfeld 304, Olshausen N. 7a; RG. 22./5. 85 C. 12 223. M. M. sind Merkel 300, Meves h. h. III 952, Rüdorff-Stenglein N. 7, v. Schwarze N. 5 und früher RG. 17./11. 83 C. 9 205.

c) Eines Strafantrages bedarf es, da immer die Verletzung einer Amtspflicht vorliegt, auch beim Delikt des Abs. 1 nicht (§ 232): Frank N. I, Hälschner II 1059, v. Liszt 579, Merkel 300, Olshausen N. 7b, Rüdorff-Stenglein N. 8.

d) Die Kompensation des § 233 ist ausgeschlossen, auch wenn einer der beiden Beteiligten Nichtbeamter ist: Binding Lehrb. I 51, Frank N. I, Geyer II 22, 196, Hälschner II 1050, v. Liszt 317 N. 4, 579, Merkel 300, Meves h. h. III 952, Olshausen N. 7c, Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 8, § 233 N. 5; RG. 4./7. 82 C. 6 432.

3. Durch Abs. 2 wird die Anwendung des § 224 ausgeschlossen. Durch Abs. 1, welcher sich auf jede nicht schwere Körperverletzung bezieht, die der §§ 223, 223a, sodas, wenn der Tatbestand der §§ 223 Abs. 2, 223a vorliegt, dies nur bei der Strafzumessung in Betracht kommt. Ebenso ist § 225 durch § 340 ausgeschlossen, obgleich hier, nicht aber dort mildernde Umstände zugelassen sind. Ist durch die Körperverletzung der Tod verursacht, so finden lediglich die §§ 226, 228 Anwendung. Übereinstimmend Hälschner II 1050, Merkel 300 und mehr oder weniger auch Frank I und Meves h. h. III 952. Dagegen wollen v. Liszt 579 und Meyer-Alfeld 580 die Bestimmungen über gemeine Körperverletzung stets anwenden, wenn sie die schwereren sind. Vgl. die Darstellung bei Olshausen N. 6, welcher üblicherweise, abgesehen von § 223 Abs. 1, § 224, Idealkonkurrenz annimmt und die Strafe bei tödlichem Erfolg aus § 226, im übrigen aus § 340 bemißt.

Bei Idealkonkurrenz des Abs. 1 mit § 339 Abs. 1 ist die Strafe aus § 339 zu bestimmen: RG. 22./11. 97 C. 30 284.

§ 341.

Ein Beamter, welcher vorzüglich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen läßt, oder die Dauer einer Freiheitsentziehung verlängert, wird nach Vorschrift des § 239, jedoch mindestens mit Gefängnis von drei Monaten bestraft.

1. Subjekt dieses Delikts kann nur ein Beamter sein, und zwar nicht bloß, wie Binding Lehrb. II 411 (Widerpruch Lehrb. I 101) annimmt, ein solcher, der an sich zur Vornahme von Verhaftungen befugt ist, sondern jeder Beamte: Frank N. II 1, Hälschner II 1052, Meves h. h. III 950, Meyer-Alfeld 580, Olshausen N. 1, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1; RG. 11./6. 95 C. 27 287.

2. Die Bestimmung betrifft einen qualifizierten Fall der Freiheitsberaubung des § 239. Somit ist nur Folgendes besonders zu bemerken, und gelten im übrigen die dort gegebenen Ausführungen auch hier.

a) Der Täter muß als Beamter gehandelt und dabei seine Beamteneigenschaft in irgend-einer Weise geltend gemacht haben: Frank N. II 1, Olshausen N. 2; R. S. 11. 6. 95 C. 27 287.

b) Er braucht die Verhaftung nicht selbst vorzunehmen, sondern kann sie durch einen Anderen vornehmen lassen; vgl. § 340 N. 1 Abs. 2.

c) Das Gesetz bezeichnet genau die verschiedenen Arten, in denen die Freiheitsberaubung erfolgt sein muß. Sie muß nämlich erfolgt sein entweder in der Form der Verhaftung, gleichgültig ob im Straf-, Zivilprozeß, Konkurs- oder Disziplinarverfahren. Oder in der Form der vorläufigen Ergreifung und Festnahme auf Grund der Bestimmungen der St. P. O. oder MilSt. G. oder besonderer, namentlich territorialer Gesetze, wobei jedoch die vorläufige Ergreifung, welche nicht die einige Zeit dauernde Festnahme zur Folge hat, z. B. nur zum Zweck der Feststellung der Person, nicht hierher gehört: Hältschner II 1051, Meves S. S. III 953, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 2. Oder in der Form einer Zwangsgestellung, der jetzt sog. Vorführung. Sie kann endlich auch in der Form einer Verlängerung der Dauer einer Freiheitsentziehung erfolgen, vorausgesetzt jedoch, daß die Freiheitsentziehung selbst eine berechnete ist, da anderenfalls ihre längere Dauer nur für das Strafmaß der rechtswidrigen Verhaftung usw. von Bedeutung ist, und daß sie nicht auf einem Strafurteil beruht, weil dann § 345 Platz greift: Frank N. II 3, Hältschner II 1052, Meves S. S. III 952, Olshausen N. 2c, Rüdorff-Stenglein N. 5.

d) Zum Dolus gehört das Bewußtsein des Täters, daß er ohne rechtliche Befugnis gehandelt hat, was identisch ist mit dem „widerrechtlich“ des § 239: Binding Lehrb. I 100, Frank N. I, Geher II 196, Hältschner II 1052, Olshausen N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit ist somit auch dann festzustellen, wenn der Täter sich auf eine Berechtigung gar nicht berufen hat. Der Irrtum, vermöge dessen er sich zur Verhaftung usw. für berechtigt hielt, schließt die Bestrafung auch dann aus, wenn er die rechtlichen Bestimmungen irrig auffaßte, auf Grund deren er zur Verhaftung schritt: RG. 15./2. 83 C. 8 104. Die Zustimmung des Verhafteten ist auch hier (vgl. § 340 N. 2 Abs. 1) bedeutungslos: Binding Handb. I 728 und Lehrb. I 51, Olshausen N. 3 Abs. 2.

3. Mit § 339 findet nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz statt: RG. 6./4. 09; a. M. Olshausen N. 6.

4. Die Minimalstrafe ist auch bei der Zulassung mildernder Umstände (§ 239 Abs. 2) drei Monate: Hältschner II 1052, Olshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 8.

§ 342.

Ein Beamter, der in der Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§ 123) begeht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

1. Subjekt dieses Delikts kann nur ein Beamter, aber jeder Beamte sein: Binding Lehrb. II 401, Hältschner II 1053, Meyer-Alfeld 580, Olshausen N. 1 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1. Er muß, um nach § 342 strafbar zu sein, das Delikt in der Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes begehen, vgl. § 130a N. 3a. Das Delikt ist ein qualifizierter Fall des § 123, sodaß die dort gegebenen Ausführungen auch hier Anwendung finden. Zum Dolus gehört das Bewußtsein und der Wille, das widerrechtliche Eindringen oder Verweilen in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des Amtes auszuüben: Frank N. II, Hältschner II 1053, Olshausen N. 3. Ein Strafantrag ist nicht erforderlich.

2. Das Gesetz verweist allgemein auf § 123, ohne zwischen dessen Abs. 1 und 2 zu unterscheiden. Daher findet nicht, wie Binding Lehrb. I 125, Frank N. I 2, Olshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3 mit RG. 23./11. 99 C. 32 402 annehmen, zwischen § 342 und § 123 Abs. 2 Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz statt, sodaß nur die Strafbestimmung des § 342 Anwendung findet: Hältschner II 1053, Merkel 348, Oppenhoff-Delius N. 8, v. Schwarze N. 4. Allerdings wegen der kleineren Geldstrafe mit dem mißlichen Resultat, daß der Beamte milder bestraft wird als der Nichtbeamte, auch wenn dieser sein Mitäter ist.

§ 343.

Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Ausagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

1. Subjekt kann nur ein Beamter sein, aber nicht bloß der die Untersuchung führende, wie Hältschner II 1076 und Olshausen N. 1 meinen, auch nicht mit Binding Lehrb. II 567 nur derjenige, dem in einem begründeten Strafprozeß die Vernehmungsgewalt zusteht, also nur der Richter, sondern jeder Beamte, der in einer Untersuchung tätig zu sein berufen ist: Frank N. III, Meves S. S. III 988, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 1.

2. Untersuchung ist das von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten eingeleitete Verfahren, welches dahin zielt, wegen einer als begangen unterstellten strafbaren Handlung die gesetzliche Abmündung herbeizuführen, mit Einschluß insbesondere der von den Organen des Polizei- und Sicherheitsdienstes innerhalb ihrer Zuständigkeit, sei es auf Angehen des Richters oder des Staatsanwalts, auf Anrufen einer Privatperson oder aus eigener Initiative (ZPZ. § 161), zu diesem Zweck entwickelten Tätigkeit: Frant N. 1, Meves H. S. III 988, Meyer-Altfeld 582, Lshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 1; RG. 14./3. 82 C. 6 82, 22./5. 94 C. 25 366, 13./11. 08 C. 42 65. Nicht bloß das strafgerichtliche, sondern auch das administrative und disziplinare Verfahren: Frant, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 2. Dagegen demt Bindung Lebrb. II 544 nur an eine strafgerichtliche Untersuchung und verlangt S. 546 N. 1 mit Hälshner II 1076 die Eröffnung einer förmlichen Untersuchung, wie auch v. Liszt 580 das Ermittlungsverfahren ausschließt.

3. Die Zwangsmittel, von denen natürlich die rechtlich erlaubten auscheiden, können physische oder psychische sein: Meves H. S. III 984, Lshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Der Beamte wendet sie entweder an oder läßt sie anwenden, vgl. § 340 N. 1 Abf. 2. Die Anwendung von Mitteln der Täuschung, also von Lügen, ist nicht kriminell strafbar.

4. Die Zwangsmittel werden angewendet, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen. Von Geständnissen kann nur beim Beschuldigten gesprochen werden, von Aussagen bei jeder anderen Person, welche, z. B. als Zeuge, in einer dem Zweck der Untersuchung dienenden Stellung über den Gegenstand der Untersuchung auszusagen soll, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß eine dem Beschuldigten abgenötigte Aussage, die nicht als Geständnis erscheint, unter § 343 fällt: Bindung Lebrb. II 568, Hälshner II 1077, Meyer-Altfeld 582, Lshausen N. 4b Abf. 1, Schütze 530. Ein Teil der Aussage ist auch die Beerdigung: Bindung und Lshausen a. a. O. Die Ansicht Meves' H. S. III 984, daß es sich um ein Geständnis, eine Aussage bestimmten Inhalts handeln müsse, ist irrig: Bindung a. a. O., Lshausen N. 4b Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4.

5. Ein Versuch ist zwar, zumal der Versuch des physischen regelmäßig den vollendeten psychischen Zwang enthält, praktisch schwer konstruierbar, aber keineswegs, wie Hälshner II 1077 und Rüdorff-Stenglein N. 5 annehmen, unmöglich: Bindung Lebrb. II 569, Lshausen N. 5.

6. Das Defizit, Rechtsbeugung in Strafjachen, ist nur eine hervor gehobene, aber nicht qualifizierte Unterart des Defizits des § 336, somit Ideatenfremd; ausgeschlossen: Bindung Lebrb. II 567, Hälshner II 1075, Schütze 534 N. 8; a. M. Lshausen N. 6.

§ 344.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.

1. Das Gesetz faßt einen besonderen Fall der Rechtsbeugung des § 336 mit einem anderen davon verschiedenen Defizit, der falschen Anklage, unter derselben Strafandrohung zusammen. Subjekt kann nur ein Beamter (§ 359) sein, und zwar nur ein solcher, in dessen Wirkungsbereich die betr. Handlungen fallen. Subjekt der Rechtsbeugung nur ein richterlicher Beamter: Bindung Lebrb. II 565, Lshausen N. 2b; Subjekt der falschen Anklage nur ein solcher, der in einem Strafverfahren berufen ist, die Initiative der Verfolgung zu ergreifen und die Sache vor Gericht zu vertreten: Hälshner II 1079, Lshausen a. a. O. Seitens eines Nichtbeamten liegt ev. falsche Anschuldigung nach § 164 vor. Das Verfahren kann ein gerichtliches, administratives oder disziplinares sein.

2. Die Untersuchung ist hier nicht in dem weiten, also auch das Ermittlungsverfahren begreifenden, Sinne des § 343 zu verstehen (§ 343 N. 2), wie v. Liszt 580, Meyer-Altfeld 581 N. 6 und RG. 13./11. 08 C. 42 65 annehmen, sondern das Gesetz setzt einen eröffnenden Beschluß voraus, verlangt also eine förmliche Untersuchung, wie sie nach ZPZ. § 151 „durch die Erhebung einer Klage bedingt ist“: Bindung Lebrb. II 544, Frant N. II, Hälshner II 1076, Meves H. S. III 981, Lshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2, v. Schwarze N. 1.

3. Beantragt und beschließt wird entweder die Eröffnung oder die Fortsetzung der Untersuchung, diese selbst aber erst durch Einstellung des Verfahrens oder durch meritatorische Entscheidung beendet. Der Staatsanwalt macht sich also auch schuldig, wenn er trotz der durch die Verhandlung gewonnenen Überzeugung von der Unschuld des Angeklagten die Verurteilung beantragt oder gegen das freisprechende Urteil ein Rechtsmittel einlegt: Frant N. II, Lshausen N. 2c; a. M. Bindung Lebrb. II 547. Die bewußte Verurteilung eines Unschuldigen durch den Richter fällt trotz der „auffälligen und aufstößigen“ (Hälshner) mildereren Bestrafung unter § 336: Bindung Lebrb. II 566, Frant und Lshausen a. a. O., Hälshner II 1079, Rüdorff-Stenglein N. 3; a. M. Meyer-Altfeld 581 N. 6.

4. Daß der Beschuldigte unschuldig sein muß, bezieht sich auf diejenige Straftat, derentwegen Antrag und Beschluß erfolgen, mag auch ein anderes Delikt, insbesondere ein leichteres, z. B. nicht Raub, sondern Diebstahl, begangen sein: Binding Lehrb. II 548 N. 1, Frank N. II, Geyer II 195, Hälschner II 1078, v. Liszt 580, Meves S. 5. III 981, Meyer-Wilfeld 581, Olshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 4, v. Schwarze N. 2; bedenklich Rüdorff-Stenglein N. 3. Die Kenntnis der Unschuld, einerlei ob amtlich oder privatim erlangt, ist selbstverständliche Voraussetzung. Wenn das Gesetz sie ausdrücklich verlangt, so wird dadurch der Eventualdolus ausgeschlossen: Binding, v. Liszt und Olshausen a. a. D., Frank N. III.

5. Das Delikt erfordert Dolus. Dieser bezieht sich auch auf die Benachteiligung des Unschuldigen. Die Eröffnung der Untersuchung gereicht in irgendeiner Beziehung dem Beschuldigten stets zum Nachteil, der Staatsanwalt ist daher zur Stellung des Antrages, wenn ihm die Unschuld bekannt ist, niemals befugt, auch nicht auf Witten des Verdächtigen, der dadurch seine Unschuld amtlich festgestellt sehen will: Binding Lehrb. II 548; a. M. Frank N. III 2, Hälschner II 1078, Olshausen N. 3b, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3. Anders verhält es sich mit der Fortsetzung der Untersuchung, denn der Staatsanwalt kann — vgl. StPD. § 158 Abs. 2 — in die Lage kommen, die Fortsetzung der anscheinend schon spruchreifen Untersuchung zu beantragen, um inzwischen Entlastungsmaterial zu sammeln.

6. Die ein notwendiges Tatbestandsmoment bildende Rechtswidrigkeit der Handlung liegt dann nicht vor, wenn der Beamte nach der bestehenden Gesetzgebung zu seinem Verhalten verpflichtet ist; vgl. z. B. GG. § 147, StPD. §§ 173, 178, 206, MilStGD. § 97; Binding Lehrb. II 548, Hälschner II 1079, Meves S. 5. III 988, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 5.

§ 345

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf.

Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnisstrafe oder Festungshaft bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu neunhundert Mark ein.

1. Das Gesetz bedroht die unrichtige Vollstreckung der Strafe, wie Binding Lehrb. II 569 sie nennt: die Urteilsbeugung. An erster Stelle die unrichtige Vollstreckung der Kriminalstrafen, mögen sie im gerichtlichen, polizeilichen oder Verwaltungsstrafverfahren festgesetzt sein. Ebenso die der Disziplinar- und Ordnungsstrafen: Frank N. II, Hälschner II 1081, Meves S. 5. III 981, Olshausen N. 5 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 1; a. M. Binding Lehrb. II 571 und v. Liszt 581. Nicht aber die der sog. Exekutivstrafen: Binding, Frank, Hälschner, v. Liszt und Meves a. a. D., Olshausen N. 5 Abs. 3, v. Schwarze N. 2; a. M. Meyer-Wilfeld 582 N. 7, Oppenhoff-Delius N. 4. Auch nicht die der vom Gericht erkannten polizeilichen Maßregeln und Privatgemüthungen (§. 66 N. II, III), insbesondere der Buße: Hälschner, Oppenhoff-Delius, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. D., Olshausen N. 5 Abs. 1.

2. Unter Vollstreckung ist die Gesamtheit derjenigen Maßregeln zu verstehen, durch welche die Verbüßung der Strafe bewerkstelligt wird. Innerhalb dieses Begriffs ist eine absolute Unterscheidung zwischen anordnenden und lediglich ausführenden Maßregeln nicht möglich, denn weder ist die bloße Anordnung der Vollstreckung die Vollstreckung selbst, noch ist ein zwar stattgefundenener, aber nicht angeordneter Vollzug der Strafe als Strafvollstreckung zu betrachten. Daher ist unter dem Vollstreckenlassen nicht bloß die Anordnung des Vollzuges, sondern auch der Vollzug selbst, überhaupt jede Mitwirkung bei der Vollstreckung zu verstehen: Binding Lehrb. II 570, Geyer II 195, Meyer-Wilfeld 582, Olshausen N. 2, 3, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 9./1. 82 C. 5 332, 21./6. 89 C. 19 342; a. M. unter sich abweichend Frank N. I 1, Hälschner II 1080, v. Liszt 581, Meves III 986, v. Schwarze N. 5, nach denen die unrichtige Vollstreckung selbst unter §§ 339 oder 341 fallen würde. Daß die Mitwirkung in das Stadium der Strafvollstreckung fällt, ist nicht erforderlich; eine Mitwirkung liegt z. B. in der Bescheinigung der Rechtskraft des Urteils durch den Gerichtsschreiber: Frank N. I 2, Olshausen N. 7 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 21./6. 89 C. 19 342. Auf der anderen Seite hat die Strafvollstreckungsbehörde ihre Obliegenheiten mit der Überführung des Verurteilten in die Strafanstalt nicht erfüllt, sondern hat auch die richtige und vollständige Durchführung der Strafverbüßung seitens der Anstaltsdirektion zu überwachen: Binding Lehrb. II 569, 570, 573, Olshausen N. 2; RG. 1./6. 97 C. 30 155.

3. Täter kann nur ein Beamter sein. An erster Stelle diejenigen Beamten, welche vermöge ihres Amtes bei der Strafvollstreckung mitzuwirken haben, wie der Staatsanwalt und Amtsrichter (StPD. § 483), im Militärstrafrecht der Gerichtsherr (MilStrGS. § 451), der Gerichtsschreiber, der eine beglaubigte Abschrift der Urteilsformel zu erteilen hat, der Anstaltsdirektor, der Anstaltssekretär, der den Kalender über die Strafzeit zu führen hat: Binding Lehrb. II 571, Hälschner II 1080 (mit Ausschluß dessen, der lediglich nach Maßgabe des ihm erteilten Auftrages mit dem Vollzuge beschäftigt ist), Olshausen N. 4, Oppenhoff-Dehnus N. 2a, 3; RG. 9./1. 82 C. 5 332, 1./6. 97 C. 30 135. Aber die Täterschaft ist nicht mit Binding Lehrb. II 570 und Olshausen N. 1 auf diejenigen Beamten zu beschränken, die vermöge ihres Amtes bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken haben, auf die Vollstreckungsbeamten, denn weder enthält § 345, im Gegensatz zu § 346, eine Einschränkung auf diese Beamten, noch liegt ein innerer Grund vor, § 345 nicht anzuwenden, wenn die Vollstreckung einer unrichtigen Strafe auf das Verschulden eines anderen Beamten, z. B. des das ergangene Urteil unrichtig beurkundenden Vorsitzenden und Protokollführers, zurückgeführt werden kann: Frank N. I 2, IV, Olshausen N. 4 und RG. 21./6. 89 C. 19 342; a. M. Binding Lehrb. II 570.

4. Die Bestimmung wendet sich gegen die unrichtige Vollstreckung, nicht gegen die — ev. unter § 336 fallende — rechtswidrige Festsetzung der Strafe: Binding Lehrb. II 563, Frank N. I Abs. 1, Olshausen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 3 Abs. 1; RG. 13./10. 87 C. 16 221. Damit die Vollstreckung nicht gegen das Gesetz verstoße, ist folgendes zu beachten:

a) Das Urteil darf nicht, nach Bindings zutreffendem Ausdruck, absolut nichtig sein. Dies ist es z. B., wenn es auf eine überhaupt unzulässige Strafe lautet, auf Prügelstrafe, geschärfte Todesstrafe: Binding Lehrb. II 569 N. 4, 572 N. 4, Olshausen N. 7.

b) Die Strafe darf nur gegen denjenigen vollstreckt werden, über welchen sie verhängt ist; vgl. jedoch § 30.

c) Die Behörde, welche sie verhängt hat, muß Strafgewalt haben und zwar sowohl überhaupt als auch in bezug auf die verhängte Strafe, sodaß z. B. die von einer Polizeibehörde verhängte Strafe von einem Jahr Gefängnis nicht vollstreckt werden darf: Binding Lehrb. II 569 N. 4; a. M. Olshausen N. 7. Im übrigen ist die Zuständigkeit der Behörde oder gar die materielle Nichtigkeit der Straffestsetzung nicht zu prüfen. Wohl aber jenseits des requirierten Beamten sowohl die eigene Zuständigkeit (vgl. z. B. GRG. §§ 163, 164, bezüglich des § 164 eine abweichende Praxis in Preußen) als auch die formellen Erfordernisse des Ersuchens.

d) Die Straffestsetzung muß formell vollstreckbar, also regelmäßig rechtskräftig sein. Auch wenn sie dies ist, kann die Vollstreckung ausgeschlossen sein entweder für immer, so durch Verjährung und Begnadigung, oder auf Zeit (vgl. StPD. §§ 485 487, MilStrGS. §§ 416, 450).

e) Die Vollstreckung muß der Art nach richtig sein, also z. B. der Häftling nicht zur Arbeit gezwungen (§ 18), bei an erster Stelle erkannter Geldstrafe nicht sofort die substituierte Freiheitsstrafe vollstreckt werden.

f) Sie muß endlich dem Maße nach richtig sein, also weder ein höherer Geldbetrag eingetrieben noch der Gefangene über die Strafzeit hinaus festgehalten werden: Binding Lehrb. II 572, Olshausen N. 6b, 7; RG. 9./1. 82 C. 5 332. Wird eine gelindere Strafe vollstreckt, als festgesetzt worden, so findet im Falle des Dolus § 346 Anwendung, und bleibt die bloße Fahrlässigkeit straflos: Binding Lehrb. II 570 N. 2, Meyer II 195, Hälschner II 1081, Meves N. 5. III 982, Olshausen N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 10.

5. Um wegen Vorfases bestraft zu werden, muß der Beamte wissen, daß sein Verhalten eine Strafvollstreckung zur Folge hat und diese Vollstreckung überhaupt oder der Art oder dem Maße nach unzulässig ist: Frank N. III 1, Hälschner II 1081, Olshausen N. 8. Befindet er sich in bezug auf eines dieser beiden Momente in entschuldbarem Irrtum, so liegt Fahrlässigkeit vor. Abs. 2 ist somit dahin zu verstehen: „Gegen einen Beamten, welcher aus Fahrlässigkeit eine Strafe „vollstrecken läßt, welche überhaupt nicht oder nicht der Art oder nicht dem Maße nach vollstreckt „werden darf, tritt usw.“: Binding Normen II 493, Lehrb. II 573 N. 2, Frank N. III 2, Hälschner II 1081, v. List 581, Olshausen N. 9 Abs. 1, Oppenhoff-Dehnus N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abs. 2; RG. 13./10. 80. Dies ist um so mehr zu beachten, als das Delikt fast nie vorsätzlich begangen wird. Das Maß der anzuwendenden Aufmerksamkeit ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen: RG. 21./6. 89 C. 19 342.

6. Zur Vollendung des Delikts ist der Beginn der unrichtigen Strafvollstreckung erforderlich, die erfolglos gebliebene Anordnung also nur Versuch: Binding Lehrb. II 573, Olshausen N. 11, Schüge 531 N. 13. Dagegen sieht Rüdorff-Stenglein N. 5 in der bloßen Anordnung nur eine vorbereitende Handlung und hält einen Versuch für unmöglich.

§ 346.

Ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft, wenn er in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt, oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, oder die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt, oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

1. Das Gesetz bedroht hier die Vereitelung eines staatlichen Strafanpruchs durch ein Organ der Strafgewalt. Täter kann nur ein Beamter und zwar nur ein solcher Beamter sein, der vermöge seines Amtes bei der Ausübung der Strafgewalt oder bei der Strafvollstreckung mitzuwirken hat, also die Beamten der Gerichte und der Staatsanwaltschaften, auch der militärische Gerichtsherr, des Polizei- und Sicherheitsdienstes (RG. 30./4. 85 C. 12 161: die Polizeibeamten wegen StP.D. § 161; 24./4. 91 C. 21 424: die Gemeindevorsteher in den preussischen östlichen Provinzen), der Strafanstalten. Die nähere Bestimmung ergibt sich aus der Reichs- und Territorialgesetzgebung. Binding Lehrb. II 557 befaßt hierher die Richter nur, soweit sie als Vollstreckungsbeamte in Betracht kommen, da er Strafgewalt mit Strafvollstreckungsgewalt identifiziert.

Zum Begriff der Strafvollstreckung vgl. § 345 N. 2.

2. Das Delikt erfordert den Vorfall, einen Schuldigen der vom Gesetze angedrohten oder der bereits ausgesprochenen Strafe zu entziehen: Binding Lehrb. II 576, v. Liszt 581, Meves S. 5. III 989; RG. 21./5. 96 C. 28 384. Kraft ausdrücklichen Verlangens des Gesetzes gehört hier zum Vorfall das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit: RG. 24./4. 91 C. 21 424, 21./5. 96 C. 28 384.

3. Als Mittel zu der vom Täter gewollten Entziehung dienen die vier vom Gesetze genannten Handlungen.

a) Der Täter unterläßt die ihm durch sein Amt gebotene Verfolgung einer strafbaren Handlung. Erforderlich ist eine strafbare, d. h. durch eine strafrechtliche Gesetzesvorschrift mit Strafe bedrohte Handlung, also mit Ausschluß der Disziplinarvergehen: Binding Lehrb. II 575 N. 5, Frank N. II, Hälschner II 1082, v. Liszt 581, Lshausen N. 2a Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1, v. Schwarze N. 2 und RG. 12./2. 09 C. 42 199; a. M. Meves S. 5. III 982. Die Handlung muß objektiv strafbar sein; die irrige Meinung, eine solche liege vor, genügt also nicht: Binding Lehrb. II 574 N. 3, Hälschner II 1082, Lshausen N. 2a Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 3; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 1, der gemäß der subjektivitätlichen Theorie des RG. hier Versuch annimmt. Unterlassung nicht nur der Anklageerhebung, sondern überhaupt Unterlassung irgendeiner auf Bestrafung abzielenden pflichtmäßig gebotenen Handlung. Somit auch die Unterlassung der Anzeige durch den Polizeibeamten: Binding Lehrb. II 576 N. 3, Frank N. III 1, Lshausen N. 2a Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 30./4. 85 C. 12 161; a. M. Berner 676 und Meves S. 5. III 983. Hierbei ist Unterlassen entweder Nichtanfängen oder Nichtfortsetzen: Binding Lehrb. II 577, Hälschner II 1082, Meves S. 5. III 983, Lshausen N. 2a Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4. Die Frage, wann eine Unterlassung geschehen sei, ob eine bloße Verzögerung der Verfolgung genüge, oder Flucht, Verjährung u. v. hinzugetreten sein müsse, ist tatsächlicher Natur: Lshausen N. 2a Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6; vgl. unten c. Die Verpflichtung des Beamten zur Verfolgung entfällt, wenn der Beamte selbst an der strafbaren Handlung als Täter, Teilnehmer, Begünstiger beteiligt ist: Binding Lehrb. II 578, Frank N. III 1, Lshausen N. 1 Abs. 4; RG. 6./6. 98 C. 31 196. Ebenso wenn sie ihm von seinem Vorgesetzten in maßgebender Weise unterjagt ist (OLG. § 148). Dagegen keineswegs, wie Lshausen N. 1 Abs. 4 annimmt, bezüglich der nur außerdienstlich wahrgenommenen Vorfälle.

b) Der Täter begeht eine Handlung, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken. Daß sie diesen Erfolg wirklich gehabt habe, wird nicht verlangt: Binding Lehrb. II 577. Der Freisprechung steht die Einstellung gleich: Binding a. a. O. N. 4. „Dem Gesetze nicht entsprechend“ bedeutet eine gelindere Bestrafung: Binding a. a. O., Hälschner II 1082, Meves S. 5. III 983, Lshausen N. 2b.

e) Oder er unterläßt es, die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe zu betreiben. Auch hier erhebt sich die Frage nach der Bedeutung der Verzögerung. Mit Binding Lehrb. II 576, Meves S. 5. III 984 und Lshausen N. 2c muß wie bei der Begünstigung (§ 257 N. 5 Abs. 2) angenommen werden, daß Verzögern an sich kein Verzeihen ist, somit die lässige oder verspätete Betreibung nur dann hierher gehört, wenn durch sie die Strafvollstreckung überhaupt ausgeschlossen wird. N. M. Dppenhoff-DeLius N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 24./4. 91 C. 21 424, nämlich daß eine dauernde Entziehung nicht beabsichtigt zu sein brauche.

d) Oder er vollstreckt eine gelindere Strafe als die erkannte. Entweder die erkannte Strafe in geringerem Umfange oder das gleiche oder geringere Quantum einer milderen Strafart, stets vorausgesetzt, daß eines der gesetzlich anerkannten Strafmittel zur Anwendung kommt, so daß bloße Vergünstigungen nicht hierher fallen: Binding Lehrb. II 578, Lshausen N. 2d, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Frank N. III 4.

4. Ein Versuch ist nur möglich bei den Kommissivdelikten 3b, d, nicht bei den Emisivdelikten 3a, e: Binding Lehrb. II 578 N. 4, Lshausen N. 4; wogegen Rüdorff-Stenglein N. 6 — vgl. freilich oben N. 3a Abs. 2 — den Versuch überall für undenkbar hält.

§ 347.

Ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich bewirkt oder befördert, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark ein.

1. Subjekt des Delikts kann nur ein Beamter (§ 359) sein, nicht aber, wie Binding Lehrb. II 410 N. 3, 596 meint, nur, „der zur Hafthaltung berufene“, sondern jeder Beamte, dem mit Rücksicht auf seine Beamteneigenschaft im gegebenen Fall die Beaufsichtigung usw. eines Gefangenen anvertraut wird: Hälshner II 1053, Meves S. 5. III 954, Lshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze 534 N. 5.

2. Abgesehen von der Beamteneigenschaft des Täters ist der Tatbestand völlig der des gemeinen Delikts des § 121. Die Abweichungen in der Formulierung sind lediglich redaktioneller Natur, ohne einen sachlichen Unterschied zu begründen. Daher kann allgemein auf die Ausführungen zu § 121 — bzw. § 120 — verwiesen werden.

Wegen des Begriffs des Gefangenen vgl. § 120 N. 1, 2. Auch hier muß der Gefangene seiner Freiheit durch ein Organ der Staatsgewalt beraubt sein: RG. 19. 1. 86 C. 13 254.

Anvertraut ist wortentlich derjenige Gefangene, mit dessen Beaufsichtigung usw. der Beamte beauftragt ist. Der Begriff des Anvertrautseins ist aber hier ein weiterer, indem es auch dann vorliegt, wenn das Amt selbst dem Beamten die Pflicht zur Beaufsichtigung usw. auferlegt und er demgemäß aus eigenem Antriebe handelt, insbesondere selbst die Verhaftung vornimmt; dem Beamten anvertraut ist also jeder Gefangene, dessen Beaufsichtigung usw. ihm amtlich obliegt: Hälshner II 1054, Meves S. 5. III 955, Lshausen N. 3 Abs. 1, Dppenhoff-DeLius N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 534 N. 5 und RG. 29./5. 83 C. 8 313; a. M., nämlich daß der Gefangene von einem anderen Beamten dienstlich übergeben sein müsse, Frank N. 7, v. Liszt 581. Auf jeden Fall muß sich der Gefangene tatsächlich in der Gewalt und Obhut des Beschuldigten befinden haben. Somit genügt eine Dienstverrichtung nicht, die in der rein bureaumäßigen Erledigung von Ersuchen um Haftvollziehung besteht: Frank N. 1 Abs. 2, Lshausen N. 3 Abs. 3; RG. 7./5. 95 C. 29 209 (ein Bureaubeamter bewirkt durch falsche Einträge die vorzeitige Entlassung des Gefangenen). Ebenmäßig findet § 347 keine Anwendung, wenn der Beamte die Übernahme des Gefangenen ablehnt: Hälshner II 1055, Meves S. 5. III 955, Lshausen N. 3 Abs. 2. Nach Binding Lehrb. II 596 N. 7, Dppenhoff-DeLius N. 2 und RG. 29. 5. 83 C. 8 313, 19. 1. 86 C. 13 254 greift § 347 Platz, wenn die Ablehnung ohne Grund erfolgte; danach wäre er also auch dann anzuwenden, wenn der Beamte grundlos eine Verhaftung unterläßt. Ob der Gefangene sich der Gefangenschaft dauernd entziehen oder nach gewisser Zeit in sie zurückkehren wollte, ist rechtlich bedeutungslos: RG. 5. 7. 94 C. 26 53. Die Befreiung ist solange nicht bewirkt, als dieser von der Möglichkeit des Entweichens keinen Gebrauch macht und auch sonst in dem Zustande der Gefangen-

schaft keine Änderung eingetreten ist: RG. 18./12. 94 C. 26 334. Bloß zeitweilige Unterbrechung der zur Verhütung des Entweichens nötigen Bewachung genügt nicht: RG. 17./11. 03 C. 36 402.

3. Zu Abf. 2 siehe wiederum § 121 N. 3. Auch hier ist Entweichung jede Form der Aufhebung der Gefangenschaft: Berner 676 N. 2, Binding Lehrb. II 597, Hälshner II 1055, Dshaujen N. 6 Abf. 1 und RG. 2./7. 83 C. 9 40, und sie kann sowohl durch unterlassene Verhinderung als auch durch positive Tätigkeit erleichtert werden: RG. 2./1. 82 C. 5 324. Erfordert wird nicht die Vorhersehbarkeit der konkreten Art und Weise, in welcher der Gefangene tatsächlich die Freiheit erlangt, sondern nur die Vorhersehbarkeit des Umstandes, daß durch die Handlung des Täters dem Entweichen nach irgendeiner — demnächst vom Gefangenen benutzten — Richtung hin günstigere Um- und Zustände geschaffen und hierdurch die Entweichung befördert oder erleichtert wurde: RG. 14./2. 87 C. 15 345. Hierüber hinaus muß der Täter, wenn er bestraft werden soll, voraussehen können, daß das Entweichen überhaupt möglich sei: RG. 24./2. 08 C. 41 119.

4. Zur Vollendung ist erforderlich, daß der Gefangene die Freiheit erlangt hat: Rüdorff-Stenglein N. 7 und RG. 24./2. 08 C. 41 119.

§ 348.

Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.

1. Die hier unter die gleiche Strafe gestellten beiden Delikte haben gemeinsam, daß sie als Täter einen Beamten (§ 359) erfordern, nur vorsätzlich begangen werden können und sich auf Urkunden beziehen, sind aber im übrigen sehr verschieden.

2. In § 271 wird mit Strafe bedroht, wer bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind. Also die Schaffung einer formell gültigen, materiell wahrheitswidrigen Urkunde (Fugurkunde). Diese Beurkundung kann natürlich nur durch einen Beamten oder Urkundsperson geschehen, wogegen die Eigenschaft, Stellung des bewirkenden Täters lediglich für die Strafzumessung in Betracht kommt, und der Beamte, die Urkundsperson ist nur das Werkzeug des Täters, ohne an dessen Dolus teilzunehmen. Wenn aber der Beurkundende mit Dolus handelt, so liegt das Delikt des § 348 Abf. 1 vor, der Beurkundende ist Täter, der Andere ist Anstifter; vgl. § 271 N. 6. Da eine Urkunde weder verfälscht noch fälschlich angefertigt wird, ist Idealkonkurrenz mit § 267 ausgeschlossen: Dshaujen N. 11a, Rüdorff-Stenglein §§ 348, 349 N. 14 Abf. 1 und RG. 5./7. 97 C. 30 238; a. M. Frank N. I 5.

a) Zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugte Beamte, somit Subjekt des Delikts, können nicht nur die eigentlichen Beurkundungsbeamten im engeren Sinne (Richter, Notare, Standsbeamten usw.), sondern alle diejenigen Beamten sein, welche nach Reichs- oder Landesrecht zu einer amtlichen Beurkundung zuständig sind, also z. B. auch Postboten, Landbriefträger, Telegraphenbeamte: Binding Lehrb. II 281, 286, Frank N. I 1 Abf. 1, 4, Hälshner II 1064, Dshaujen N. 2 Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 28./11. 81 C. 5 246, 7./2. 82 C. 6 17, 8./11. 83 C. 9 240, 12./12. 84 C. 11 291, 26./10. 86 C. 15 4, 15./4. 90 C. 20 369, 5./10. 91 C. 22 151, 25./10. 07 C. 40 351. Das Gesetz stellt das, übrigens selbstverständliche, Erfordernis auf, daß der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit handelt, also zu der konkreten Beurkundung sachlich und örtlich zuständig ist: Berner 676, Binding Lehrb. II 281, Frank N. I 2a, Hälshner II 1065, Dshaujen N. 5 Abf. 1, Dppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 1; RG. 3./12. 97 C. 30 373. Ermanget diese Zuständigkeit, so liegt möglicherweise Amtsanmaßung (§ 132) oder Betrug (§ 263) vor. Die Zuständigkeit wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Amtsausübung eine unrechtmäßige ist, daß also der Beamte in anderer Richtung sein Amt zu Unrecht ausübt oder ihm unterjagt ist, im einzelnen Fall von seiner Zuständigkeit Gebrauch zu machen: Binding, Frank und Dshaujen a. a. S.; RG. 13./12. 89 C. 20 119, 2./11. 99 C. 32 359.

Das Gesetz verlangt, daß der Beamte zur „Aufnahme“ öffentlicher Urkunden befugt sei. Im Gegensatz zum preuß. StGB. § 323 und Entwurf I wird also die „Ausstellung“ nicht genannt.

Nach RG. 13./3. 80 E. 1 312 sind diese Ausdrücke nicht gleichbedeutend, vielmehr Aufnahme der Urkunde nur derjenige Akt, durch welchen der Beamte eine vor ihm von einem Anderen abgegebene Erklärung oder eine von ihm als Beamten gemachte Wahrnehmung zum Zwecke des Beweises feststellt. Diese Interpretation ist in allerdings weiter gehender Fassung vom RG. und mehreren Autoren festgehalten worden: Geyer II 196, Hälschner II 1064, Tshaujen N. 2 Abf. 1, v. Schwarze N. 1; RG. 8./11. 83 E. 9 240, 17./11. 84 E. 11 257, 26./10. 86 E. 15 4, 15./4. 90 E. 20 369, 5./10. 91 E. 22 151. Tshaujen a. a. O. definiert die Aufnahme als den Akt, durch den der Beamte eine vor ihm von einem Anderen abgegebene Erklärung oder vor ihm bzw. durch ihn vollzogene Tatsache zum Zwecke des Beweises feststellt. Aber auf den Ausdruck ist um so weniger Gewicht zu legen, als eine absichtliche sachliche Abweichung von dem preussischen Ausdruck in der Entstehungsgeschichte nicht zu finden ist, und der enge Zusammenhang der §§ 348, 271 spricht gegen solche Absicht, denn es ließe sich insbesondere nicht begreifen, geschweige rechtfertigen, daß der Private, wenn er den Beamten zur Ausstellung, nicht aber zur „Aufnahme“ anstößt, nach § 271 strafbar wäre, während der Beamte straflos bliebe. Daher ist mit Bindung Lehrb. II 281, Frank N. I 1 Abf. 3, Tppenhoff-Delius N. 2 und Rüdorff-Stenglein N. 3 (vgl. auch Werner 707) unter „Aufnahme“ die Herstellung einer jeden mit voller Beweisraft ausgestatteten Urkunde durch den amtlich dazu berufenen Beamten über eine rechtlich erhebliche Tatsache oder ihre Negative zu verstehen.

b) Durch die beurkundende, eintragende Tätigkeit muß objektiv eine vollständige, beweiskräftige öffentliche Urkunde geschaffen, müssen also die für die Aufnahme öffentlicher Urkunden gegebenen Vorschriften eingehalten, und darf nicht durch etwaige wesentliche Mängel die Beweisraft der Urkunde aufgehoben sein: RG. 23./12. 79 E. 1 42, 13./3. 80 E. 1 312, 24./6. 85 E. 12 331, 3./12. 85 E. 13 116. Somit scheiden nicht nur die Privaturkunden aus, sondern auch alle Schriftstücke, welche nur für den inneren Dienst bestimmt sind, überhaupt alle Vermerke, welche nicht dazu bestimmt sind, unter der Autorität des öffentlichen Glaubens für und gegen Dritte ein authentisch beweisendes Schriftstück über eine stattgehabte Tatsache herzustellen: RG. 12./12. 84 E. 11 291, 26./10. 86 E. 15 4, 26./1. 88 E. 17 76, 10./1. 90 E. 20 175, 2./10. 90 E. 21 105. Ein wesentlicher Mangel ist es, wenn die Urkunde, welche nach den geltenden Normvorschriften von dem beurkundenden Beamten selbst unterzeichnet sein muß, von einem Dritten unterzeichnet ist; geschieht dies im Auftrage, mit Wissen und Willen des Beamten, so ist dieser nicht aus § 348, wohl aber ev. aus §§ 267, 268 strafbar: RG. 29./6. 85. Wird der objektive Charakter einer öffentlichen Urkunde gewahrt, so genügt es, wenn der Beamte die Urkunde in der Weise herstellt, daß ein Dritter sie in seinem Auftrage bzw. mit seinem Wissen und Willen bis zur Unterschrift fertig stellt und er selbst sie dann unterzeichnet: RG. 3./12. 85 E. 13 116. Aus dem Wesen der amtlichen Beurkundung ergibt sich von selbst, daß der Beamte der Verhandlung, deren Vorgänge er beurkunden soll, beiwohnen, also, auch wenn die Niederschrift von einem Dritten bewirkt ist, jedenfalls die Verlesung in seiner Gegenwart geschehen muß, denn eine falsche Beurkundung liegt auch dann vor, wenn die protokollierten Tatsachen zwar objektiv richtig sind, von dem Beamten aber fälschlich als auf eigener Wahrnehmung beruhend bezengt werden: RG. 3. 12. 85 E. 13 116, 8./3. 86 E. 13 393, 26./6. 93 E. 24 230, 4./3. 92. Natürlich kann die objektive Richtigkeit der Beurkundung auch durch Unterlassungen (Auslassungen) aufgehoben sein. Daß, wie Frank N. I 2d meint, allgemein eine falsche Beurkundung nur gegeben sei, wenn durch die Unterlassung eine positive Beurkundung als falsch erscheine, kann nicht zugegeben werden, denn dadurch, daß z. B. der ein Testament instrumentierender Notar die von dem Testator verbriefte Zuwendung eines Vermächtnisses an B. ausläßt, erscheint die Einsetzung des A. als Erben keineswegs als falsch. Wohl aber trifft es zu bei den Eintragungen in öffentliche Register und Bücher, daß deren unrichtige Führung (§ 351) nicht genügt, vielmehr durch die Nichteintragung eine oder mehrere andere Eintragungen als falsch erscheinen müssen: Bindig Lehrb. II 286, Meves H. D. III 993, Tshaujen N. 7, Rüdorff-Stenglein N. 9, v. Schwarze N. 4; a. M. Tppenhoff-Delius N. 12, nach welchem schließlich jede Unterlassung eine falsche Eintragung ist.

c) Rechtlich erheblich ist diejenige Tatsache, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit ist; vgl. § 271 N. 4. Auch hier genügt die rechtliche Erheblichkeit *in abstracto*, sodasß besondere Umstände, welche im konkreten Fall die Beweiserheblichkeit für Niemand verwertbar, die Benutzung der Urkunde also entbehrlich machen, nicht in Betracht kommen: Hälschner II 1065, Tshaujen N. 3 Abf. 1 und RG. 3. 12. 97 E. 30 373; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 7. Dabei hat als rechtlich erheblich jedenfalls alles zu gelten, was der Beamte durch Geheße oder auf Grund ihrer erlassene Instruktionen in die Urkunde aufzunehmen angewiesen ist: Frank I 2c, Hälschner II 1065, Tshaujen N. 3 Abf. 1; RG. 24. 5. 82 E. 6 361, 16. 9. 84 E. 11 77, 3. 12. 85 E. 13 116, 21. 2. 88 E. 17 169.

d) Die falsche Eintragung ist mit dieser juristisch vollendet. Dagegen fällt bei der falschen Beurkundung die Vollendung nicht ohne weiteres mit der Niederschrift zusammen, vielmehr hört das Niedergeschriebene erst dann auf Entwurf zu sein, wenn der Beamte das Schriftstück

aus seiner Verfügungsgewalt gegeben und sich dadurch außerstand gesetzt hat, noch Änderungen vorzunehmen: *RG.* 17./11. 84 *E.* 11 257. Insbesondere also, wenn die Urkunde einem anderen Beamten dienstlich vorgelegt oder kraft bestehender Dienstvorschrift oder tatsächlicher Übung — z. B. durch die unter Umständen sofort wirksame Begründung eines amtlichen Mitgewahrhams — zugänglich wird: *RG.* 10./1. 10. Ein auf eine zukünftige Tatsache bezügliches Schriftstück ist stets dann nur Entwurf, wenn der Wille des Beamten nicht von vornherein auf Fälschung gerichtet war: *Hälschner* II 1066 *N.* 1, *Dishausen* *N.* 9. Wird von dem Entwurf, indem er gegen den Willen des Beamten in andere Hände gerät, Gebrauch gemacht, der Beamte erfährt es, kann den Erfolg noch verhindern und tut es vorzüglich nicht, so wird er nach § 348 verantwortlich: *Binding Lehrb.* II 288, *Dishausen* *N.* 10b; *RG.* 17./5. 89 *E.* 19 243.

Daß der Beamte von der falschen Beurkundung oder Eintragung Gebrauch macht, ist zur Vollenbung nicht erforderlich: *Binding Lehrb.* II 287, *Frank* *N.* I 3, *Hälschner* II 1066, v. *Liszt* 582, *Dishausen* *N.* 9, *Rüdorff-Stenglein* *N.* 10; *RG.* 9./11. 83 *E.* 9 214.

o) Das Delikt kann unbestreitbar schon an sich nur als vorsätzliches begangen werden. Das ausdrückliche Verlangen des Vorjages hat die prozessualische Bedeutung, daß der Dolus auch dann festgestellt werden muß, wenn sich der Beschuldigte auf Fahrlässigkeit gar nicht berufen hat. Der Dolus umfaßt das Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente. Also, wie das *RG.* in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen hat, das Bewußtsein der Beamteneigenschaft, der Öffentlichkeit der Urkunde, der Unrichtigkeit der Beurkundung, der Rechtserheblichkeit der Tatsache: *Binding Lehrb.* II 286, *Dishausen* *N.* 10a. In allen diesen Beziehungen genügt Eventualdolus: *Dishausen* *N.* 10c, *Rüdorff-Stenglein* *N.* 13 *Abf.* 3; *RG.* 6./6. 85 *E.* 12 297. Davon, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Tatbestande gehöre, kann, wie überall, so auch hier und zwar um so weniger die Rede sein, als ein Recht eines Beamten, die Unwahrheit zu beurkunden, mit seiner Amtspflicht, die ihm die wahrheitsgemäße Beurkundung auferlegt, in unauflösbarem Widerspruch steht und dessen Annahme den Täter unmöglich straflos machen kann: *RG.* 8./5. 11; a. *M.*, wie immer, *Dishausen* *N.* 10a. Die „rechtswidrige Absicht“ des § 267, wenn man unter ihr etwas anderes versteht als Vorlag, ist nicht erforderlich: *Binding Lehrb.* II 291, *Hälschner* II 1065; *RG.* 9./6. 81 *E.* 4 277, 24./11. 85 *E.* 13 123.

2. *Abf.* 2 schließt die dem Beamten amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde.

a) Subjekt des Delikts kann jeder Beamte sein: *Vermer* 677, *Binding Lehrb.* II 269, 302, *Frank* *N.* II 1, *Hälschner* II 1061, *Meves* *S. S.* III 956, *Dishausen* *N.* 12, *Oppenhoff-Dehn* *N.* 15, und zwar muß er Beamter sein zur Zeit der Tat selbst: *Frank* *N.* II 1, *Dishausen* *N.* 12 und *Abf.* 28 *N.* 5, und *RG.* 17./1. 02 *E.* 33 75; a. *M.* *Binding Lehrb.* II 270.

b) Gegenstand des Delikts kann sowohl eine öffentliche als auch eine private Urkunde sein. Sie kann dem Täter selbst gehören: *Frank* *N.* II *Abf.* 1, *Dishausen* *N.* 14a. Da das Gesetz eine beschränkende Bestimmung nicht hinzufügt, kommen auch solche Privaturkunden in Betracht, welche nicht zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind: *Frank* a. a. *O.*, *Hälschner* II 1061, v. *Liszt* 582, *Dishausen* *N.* 13; a. *M.* *Binding Lehrb.* II 269 *N.* 2, *Rüdorff-Stenglein* *N.* 15. Dagegen muß auch hier von der technisch-strafrechtlichen Bedeutung der Urkunde ausgegangen werden, wonach die Rechtserheblichkeit des Inhalts der Urkunde erforderlich ist: *Binding*, *Hälschner*, v. *Liszt* und *Dishausen* a. a. *O.*, *Schüge* 533; a. *M.* *Vermer* 677, *Meves* *S. S.* III 956, *Meyer-Allfeld* 580 und *RG.* 23./1. 80 *E.* 1 162, 8./11. 80 *E.* 2 425, 23./10. 83 *E.* 9 141, 21./2. 88 *E.* 17 169, 4./10. 92 *E.* 23 236, 11./12. 96 *E.* 29 238. Diese letztere Ansicht, nach der hier ein allgemeiner Urkundenbegriff zugrunde liegt, Urkunde jeder Gegenstand ist, der für irgendeine Tatsache beweist, wird von *Binding* a. a. *O.* eine „ganz bodenlose“ genannt.

c) Die Urkunde muß dem Beamten amtlich anvertraut oder zugänglich sein. „Amtlich“ bedeutet nicht eine Beziehung der Urkunde zum Amt, sondern die ihr gegebene, eine Verfügung des Beamten ermöglichende Bestimmung: *Dishausen* *N.* 14a.

Anvertraut ist die Urkunde dem Beamten nicht, wenn sie überhaupt in sein Gewahrham gekommen ist, z. B. er die verloren gegangene gefunden hat, so: *Hälschner* II 1061, *Meyer-Allfeld* 580 *N.* 13, *Oppenhoff-Dehn* *N.* 14, sondern wenn sie ihm mit der Vertrauenspflicht übergeben ist, für die Erhaltung ihrer Existenz, Gebrauchsfähigkeit und materiellen Nichtigkeit zu sorgen: *Binding Lehrb.* II 270, *Dishausen* *N.* 14b, *Rüdorff-Stenglein* *N.* 16, v. *Schwarze* *N.* 9; *RG.* 23./9. 84 *E.* 11 85, 11./12. 96 *E.* 29 238. Dem Beamten, welcher die Urkunde zu fertigen und zu bewahren hat, ist sie amtlich anvertraut: *Binding Lehrb.* II 270 *N.* 2, *Hälschner* II 1061. Dagegen ist die in einem verschlossenen, der Post anvertrauten Briefe enthaltene Urkunde dem Postbeamten, der den Brief zur dienstlichen Bestellung übernommen hat, weder amtlich anvertraut noch zugänglich: *Binding Lehrb.* II 270 *N.* 3, *Dishausen* *N.* 15a; *RG.* 15./3. 83 *E.* 8 196.

Die Urkunde ist dem Beamten amtlich zugänglich, wenn ihm durch seine amtliche Stellung überhaupt die Möglichkeit gegeben ist, zu ihr zu gelangen; hierbei ist eine bereits vorhandene Urkunde erforderlich: *RG.* 19./12. 87 *E.* 17 103.

Ob der Beamte nach der Geschäftsordnung befugt ist, sich zur Zeit der Tat mit der Urkunde amtlich zu befassen, ist unerheblich: RG. 11./7. 99 C. 32 265; a. M., nämlich ein Recht, nicht nur eine *facultas*, des Zutritts zum Aufbewahrungsort, der Eröffnung des verschlossenen Verwahrungsbekältnisses verlangend, Bindung Lehrb. II 270.

d) Die Urkunde wird vernichtet oder beiseite geschafft oder beschädigt. Vgl. hierzu § 133 N. 3.

Zum Begriff des Beiseiteschaffens: die Urkunde muß durch räumliche Entfernung von ihrem seitherigen Aufbewahrungsort der Disposition des Berechtigten — wenn auch nur vorübergehend — entzogen sein: RG. 4./12. 91 C. 22 242, 31./1. 95 C. 26 413. Aber nur eine solche Verfügung genügt, durch welche die von der amtlichen Aufbewahrung abhängige jederzeitige Gebrauchsbereitschaft der Urkunde ausgeschlossen wird: RG. 29./4. 92 C. 23 99. In der bloßen Verheimlichung liegt kein Beiseiteschaffen: RG. 28./2. 84 C. 10 189, 16./2. 94 C. 25 127.

Beschädigen erfordert ein Tun, durch welches die Beweisraft der Urkunde beeinträchtigt oder zerstört wird: RG. 18./9. 94 C. 26 72.

e) Der die Urkunde wird verfälscht. Vgl. § 267 N. 7a. Daß von der verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht werde, ist nicht erforderlich. Falsche Einträge (Abj. 1) sind keine Verfälschung: Frank N. 11 3e, Tschaujen N. 15e; a. M. RG. 10./4. 05 C. 38 46.

f) Bezüglich des Dolus vgl. im allgemeinen oben N. 1e. Er wird ausgeschlossen durch die irriige Annahme des Beamten, daß er vermöge öffentlichen Rechts die Befugnis gehabt habe, die Urkunde zu vernichten: Bindung Lehrb. II 302, Tschaujen N. 16; RG. 29./10. 95 C. 27 401.

g) Die Idealkonkurrenz mit § 133 ist ausgeschlossen, da Abj. 2 das spezifiziertere Gesetz ist: Frank N. 11 Abj. 1, Tschaujen N. 17a, Rüdorff-Stenglein N. 14 Abj. 3; RG. 8./11. 89 C. 2 425. Ebenso mit § 267: Frank a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 14 Abj. 1, und mit § 274 Nr. 1: Frank a. a. O., Meves S. 5. 111 956; a. M. Tschaujen N. 17b, e.

§ 349.

Wird eine der im § 348 bezeichneten Handlungen in der Absicht begangen, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu dreitausend Mark zu erkennen.

Vgl. § 268 N. 1, 2. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ist auch hier nicht erforderlich: Meves S. 5. III 956, Tschaujen N. 1. Der Versuch ist, weil bei einem Verbrechen, strafbar; z. B. der Täter wird bei einer Eintragung unterbrochen, ohne daß der Eintrag als vollständiger betrachtet werden kann: Rüdorff-Stenglein N. 12. Anders als in § 268 ist die Geldstrafe obligatorisch.

§ 350.

Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

1. Subjekt des Delikts kann nicht nur, wie Rüdorff-Stenglein N. 1 Abj. 2 annimmt, ein solcher Beamter sein, der amtlich Gelder zu empfangen und abzuführen hat, sondern jeder Beamte: Näslchner II 1056, Tschaujen N. 1. Und zwar muß er Beamter sein sowohl zur Zeit der Gewahrsamsverlangung als auch zur Zeit der Unterschlagung: Frank N. 1 Abj. 1, Tschaujen N. 2 Abj. 2. Aus der Bestimmung, daß er den Gegenstand in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam haben, also diese Tätigkeit eine Amtshandlung, eine Amtsausübung sein muß, folgt, daß das Delikt nicht vorliegt, wenn die Hingabe an ihn lediglich bei Gelegenheit einer Amtshandlung, aus Veranlassung der Ausübung des Amtes, mit Bezug auf die amtliche Stellung als eine Vertrauen erweckende erfolgt ist: Bindung Lehrb. I 280, Näslchner II 1053, v. Liszt 582, Mevener-Milfeld 580, Tschaujen N. 3 Abj. 3, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abj. 2, N. 6; RG. 3. 6. 80 C. 2 84, 6./5. 81 C. 4 153, 7. 7. 90 C. 21 51; a. M. v. Schwarze N. 3. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Beamte sich in den Grenzen seiner Zuständigkeit bewegt und im Einzelfall zur Empfangnahme der Gelder usw. verpflichtet oder berechtigt ist, sondern es genügt, wenn ein unmittelbarer ursäch-

licher Zusammenhang zwischen seiner dienstlichen Obliegenheit, seiner amtlichen Eigenschaft und der Empfangnahme vorliegt und die Hingabe in der, wenn auch irrigen Annahme erfolgt, daß er zur Empfangnahme berufen sei: Berner 678 N. 1, Binding Lehrb. I 280, Frank N. I 2, v. Liszt 582, Meyer-Altfeld 580 N. 11, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 2; RG. 17./12. 79 C. 1 124, 19./1. 80 C. 1 153, 7./7. 90 C. 21 51; a. M. Hälschner II 1057.

2. Daß Delikt hat im übrigen den Tatbestand des Delikts der gemeinen Unterschlagung zur Voraussetzung, dessen sämtliche Erfordernisse also vorliegen müssen: Hälschner II 1056, Olshausen N. 2 Abs. 1; RG. 30./9. 80 C. 2 279. Ob die Gegenstände im öffentlichen oder privaten Eigentum stehen, ist gleichgültig: Hälschner II 1057, Olshausen N. 4. Daraus, daß der Beamte die Absicht haben muß, sich die Sache zuueignen, ergibt sich, daß § 350 nicht zutrifft, wenn sie ihm bereits gehört. Daher ist es auch keine Unterschlagung, wenn er sie aus dem Gewahrsam nimmt, um sie nach gemachtem Gebrauch in denselben zurückzubringen. Also ebenfalls nicht, wenn er amtlich empfangene Gelder lediglich zurückhält, um sie zur Deckung eines etwaigen zukünftigen Defizits der ihm anvertrauten Kasse zu verwenden: RG. 12./4. 88 C. 17 321. Der Tatbestand wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beamte zum sofortigen und jederzeitigen Ersatz der unterschlagenen Gelder bereit ist, denn anders als bei der gemeinen Unterschlagung kommen hier die Gelder regelmäßig nicht als vertretbare Sachen in Betracht: Binding Lehrb. I 279, Hälschner II 1077, v. Liszt 582, Meves S. 5. III 957, Meyer-Altfeld 580 N. 9, Olshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 1, Schuppe 445, v. Schwarze N. 3; RG. 20./10. 80 C. 3 10. Wenn aber RG. 19./3. 81 C. 4 24, 10./12. 81 C. 5 304 eine Unterschlagung schon in der Wegnahme unter sofortiger Zurückgabe des Summenbetrages, also in dem Umwechselln findet, so übersieht es, daß in diesem Falle wegen der regelmäßigen Vertretbarkeit des Geldes regelmäßig der Wille der Unterschlagung fehlt; übereinstimmend Frank N. II, Hälschner, v. Liszt, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Oppenhoff-Delius § 246 N. 7.

3. Idealkonkurrenz ist möglich mit § 266 Nr. 2. Nicht aber mit § 263: Frank N. III, Olshausen N. 6b und RG. 25./1. 92 C. 22 306, und nicht mit § 348 Abs. 2: Frank N. III und Olshausen N. 6d.

§ 351.

Hat der Beamte in Beziehung auf die Unterschlagung die zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt, oder unrichtige Abschlüsse oder Auszüge aus diesen Rechnungen, Registern oder Büchern, oder unrichtige Beläge zu denselben vorgelegt, oder ist in Beziehung auf die Unterschlagung auf Fässern, Beuteln oder Packeten der Geldinhalt fälschlich bezeichnet, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

1. Subjekt dieser Qualifikation der einfachen Amtsuntererschlagung kann nur ein Beamter sein, welcher vermöge seines Amtes Gelder oder andere Sachen zu erheben und abzuführen und darüber Buch zu führen hat, also nicht lediglich die Kassenbeamten: Binding Lehrb. I 281, Frank N. III, Hälschner II 1058, Meves S. 5. III 997, Olshausen N. 2 Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 5; RG. 15./2. 84 C. 10 123 (Landbriefträger), 11./1. 10 C. 43 207 (Beamter einer Eisenbahnstation), 1./12. 11 C. 45 293 (Kreistierarzt). Die Worte „Einnahmen“ und „Ausgaben“ sind im weiteren Sinne als gleichbedeutend mit „Empfang“, und „Wiederablieferung“ zu verstehen: RG. 15./2. 84 C. 10 123, 1./12. 11 C. 45 293. Daß der Beamte selbst die Gelder zu verwalten habe, wie früher allgemein und jetzt noch von Oppenhoff-Delius N. 4 angenommen wird, ist nicht erforderlich.

2. Die qualifizierenden Handlungen, gleichwertige Gestaltungsarten desselben Delikts, können der Unterschlagung vorangehen, sie begleiten, sie nachfolgen, sie vorbereiten, erleichtern, vollenden oder verdecken, müssen aber in beabsichtigtem Zusammenhang mit ihr stehen, die Unterschlagung muß ihr Grund und Anlaß sein: Binding I 280, Frank N. I, Hälschner II 1059, Meves S. 5. III 997, Olshausen N. 4, v. Schwarze N. 4. Ebenso müssen sie sich beziehen auf Rechnungen usw., die der Beamte selbst aufzustellen usw., die falsche Bezeichnung auf Fässern usw. geschehen, die er selbst in Verwahrung hat: Meves S. 5. III 995, Olshausen N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 4. Dagegen ist nicht erforderlich, daß er sie selbst vornimmt, es genügt vielmehr, wenn er die von

Anderen begangene unrichtige Aufstellung usw. benutzt, einerlei ob der Andere gut- oder schlechtgläubig handelt: Frank N. III 96f. 2, Meves S.S. III 997, Olshausen N. 3, Oppenhoff-DeLius N. 3, 25, Rüdorff-Stenglein N. 3, 5, Schütze 533 N. 4. Ist der Andere im Einverständnis mit dem Täter, so ist er, je nachdem er derselben Beamtenkategorie angehört, Mittäter, sonst Gehilfe oder Begünstigter.

a) Entweder werden die Rechnungen usw. unrichtig geführt, was sie auch dann sind, wenn einzelne Posten ganz fehlen: Hälßner II 1059, Olshausen N. 5, Oppenhoff-DeLius N. 18, Rüdorff-Stenglein N. 2. Oder verfälscht, vgl. § 267 N. 7a. Oder unterdrückt, vgl. § 274 N. 2c Abf. 4. Das bloße Nichtführen eines vorgeschriebenen Buches usw. fällt nicht unter diese Maßnahmen: Hälßner, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Oppenhoff-DeLius N. 21.

Diese Urkunden sind zwar amtliche, sind aber nicht öffentliche im Sinne des § 348, denn § 351 hat solche Urkunden im Auge, die nur des inneren Dienstes der Behörde wegen zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Kontrolle geführt werden: RG. 23./12. 79 E. 1 42, 11./1. 10 E. 43 207. Deshalb ist Idealkonkurrenz mit § 348 ausgeschlossen: Frank N. II 1, Olshausen N. 10 Abf. 2; a. M. Meves S.S. III 995, Oppenhoff-DeLius N. 8, Rüdorff-Stenglein N. 7. Nur diejenigen Rechnungen usw. sind zur Eintragung usw. bestimmt, deren Führung durch Gesetz oder im Wege der Dienstanweisung von zuständiger amtlicher Seite angeordnet ist, sonach zu den amtlichen Obliegenheiten des die Einnahmen und Ausgaben bewirtschaftenden oder kontrollierenden Beamten gehört, nicht also Bücher, die nur eine Privatkontrolle für den Beamten darstellen oder sonstigen neben den Amtsobliegenheiten herlaufenden Interessen gewidmet sind: Meves S.S. III 995, Olshausen N. 5; RG. 11./1. 10 E. 43 207.

b) Oder unrichtige Abschlüsse, Auszüge, Belege werden vorgelegt. Abschluß ist das zusammenfassende Resultat der Einnahme und Ausgabe. Auszüge sind abgetürzte Wiedergaben einer Haupturkunde, die auch ihrer äußeren Form nach als eine zusammengezogene Urkunde, als ein Teil der zur Vorlage dienenden Haupturkunde sich darstellen. Belege sind Aufzeichnungen, durch welche bewiesen werden soll, daß ein der Eintragung zugrunde liegender Vorgang stattgefunden hat. Diese Abschlüsse usw. müssen unrichtig, d. h. sachlich oder faktulatorisch, in den einzelnen Positionen oder hinsichtlich des Umfangs des Liquidandums wahrheitswidrig sein. Ein Beleg insbesondere ist nur dann unrichtig, wenn er inhaltlich etwas Anderes besagt, als der wirkliche oder angebliche Aussteller in ihm zum Ausdruck gebracht hat, wogegen ein nur materiell unrichtiger Inhalt, z. B. eine echte Quittung über eine nicht geleistete Zahlung, nicht hinreicht: Hälßner II 1060, Olshausen N. 6b, Oppenhoff-DeLius N. 24.

c) Oder auf Fälschern usw. wird der Inhalt fälschlich bezeichnet. Der Inhalt muß Geld sein, Metallgeld, Papiergeld oder die in § 149 genannten Wertpapiere. Die Bezeichnung ist entweder von Anfang an falsch, oder ihre Richtigstellung wird unterlassen, nachdem der Inhalt eine Änderung erlitten hat: Hälßner II 1060, Olshausen N. 7, Oppenhoff-DeLius N. 26, Rüdorff-Stenglein N. 3, 5.

3. Ein Versuch liegt vor, wenn entweder die Unterschlagung oder die qualifizierende Handlung unvollendet geblieben ist; a. M. Binding Lehrb. I 281, nämlich daß das Delikt schon dann vollendet, wenn zwar nicht jene, wohl aber diese vollendet sei, eine schwer verständliche Ansicht.

4. Die unrichtige Führung ist an sich nur Ein Delikt. Die übrigen Handlungen bilden, wenn sie sich auf Eine Unterschlagung beziehen, ein fortgesetztes Delikt: Hälßner II 1060, Olshausen N. 10 Abf. 1.

5. Die Verjährung beginnt, wenn die verdeckende Tätigkeit der Unterschlagung nachfolgt, erst mit jener: Frank N. IV, Meyer II 198, v. Liszt 583, Olshausen N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 6.

§ 352.

Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

1. Das Delikt des übermäßigen Sportulirens ist ein Amtsdelikt, aber nicht in allen Fällen ein Beamtendelikt, da es auch von einem Nichtbeamten begangen werden kann. Als Beamte kommen insbesondere Notare, Gerichtsvollzieher und Fleischbeschauer in Betracht. Daß von den

„amtlichen“ Berrichtungen der Advokaten und Anwälte — erstere gibt es jetzt nicht mehr — gesprochen wird, erklärt sich daraus, daß diese Rechtsbeistände in mehreren Territorialstaaten bis zum 1. Oktober 1879 einen gewissen, sich insbesondere durch die staatliche Anstellung manifestierenden amtlichen Charakter (§ 356 „amtliche Eigenschaft“) hatten. Entsprechend sind unter den „sonstigen Rechtsbeiständen“ staatlich bestellte zu verstehen, nicht also die sog. Prozeßagenten: Binding Lehrb. II 580, Frank N. I und § 356 N. 1, Hälshner II 1066, Geher II 198, Meves H. S. III 1000, Dlschauen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 1a, Rüdorff-Stenglein N. 2. Solche sonstigen vergütungsberechtigten Beistände gibt es ebenfalls gegenwärtig in Deutschland nicht.

2. Die Vergütungen, welche, wenn sie in Geld bestehen, Gebühren heißen, sind Entschädigungen für Mühewaltungen des Beamten und Rechtsanwalts, welche ihrer Höhe nach durch einen durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift festgestellten Tarif reguliert sind, mögen sie auch im konkreten Fall vertragsmäßig festgesetzt worden sein: Frank N. II 1, Hälshner II 1067, Dlschauen N. 2b a, β; RG. 3./12. 80 C. 3 87, 17./12. 86, 21./2. 88 C. 17 169, 13./7. 93 C. 24 234. Zu den Vergütungen gehört auch der tarifmäßig bestimmte Ersatz präsumtiver, also als wirklich gemacht weder zu behauptender noch nachzuweisender Auslagen, wie der Kopialien, Diäten, Reisegebühren, nicht aber derjenigen, welche, wie die Portoauslagen, wirklich gemacht sein und nachgewiesen werden müssen, deren unberechtigte Erhebung also Betrug sein würde: Binding Lehrb. II 932, 938, Frank N. II 2, Meves H. S. III 998 N. 2, Dlschauen N. 2b a, Rüdorff-Stenglein N. 4; RG. 21./2. 88 C. 17 169, 4./3. 89 C. 19 62.

3. Die Berrichtung, welche abgegolten wird, muß bei dem Beamten eine Amtshandlung sein, bei dem Anwalt innerhalb des Kreises der vom Gesetz für beruflich erklärten Handlungen fallen, sodaß die nur gelegentlich einer Amts- und Berufsausübung vorgenommenen auscheiden. Ebenso scheiden diejenigen Handlungen aus, für welche in der Gebührenordnung, im Tarif keine Position zu finden ist: Meves H. S. III 998, Dlschauen N. 2c.

4. Der Täter muß die Vergütung zu seinem Vorteil zu erheben haben. Bei Erhebungen zu Gunsten einer öffentlichen Kasse greift § 353 Platz und zwar auch dann, wenn der Staat dem Beamten einen Prozentsatz als Gehalt oder Remuneration zuweist: Frank N. II 4. Er muß sie zu erheben haben, ihm also die Erhebung kraft eigenen Rechtes, nicht bloß als Vertreter eines Dritten, z. B. seines Prozeßmandanten, zuzurechnen: Oppenhoff-Delius N. 1b, Rüdorff-Stenglein N. 1 und RG. 26./11. 88 C. 19 30; a. M. Binding Lehrb. II 937 N. 3 und Dlschauen N. 2d mit RG. 15./11. 07 C. 40 378, wonach es genügen würde, wenn dem Beamten aus der Erhebung nur mittelbar ein Vorteil erwächst.

5. Der objektive Tatbestand besteht in der Erhebung von Vergütungen, welche der Zahlende in Wirklichkeit, also unabhängig von einer auf falscher Grundlage berechneten Höhe, überhaupt nicht oder nur in geringerem Maße schuldet. Überhaupt nicht schuldet er sie, wenn die Gebührenordnung sie nicht zuläßt: RG. 4./3. 89 C. 19 62, oder die Berrichtung, welche vergolten werden soll, nicht gewährt werden durfte, z. B. im Falle des § 356: Binding Lehrbuch II 937, v. Liszt 583, Dlschauen N. 3 Absf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 5./10. 86 C. 14 364. Die unnötige Anhäufung von Berrichtungen, welche an sich den geltendgemachten Gebührenanspruch begründen, genügt nicht: Meves H. S. III 1001, Dlschauen N. 3 Absf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6 und RG. 8./7. 84 C. 11 40; a. M. Binding Lehrb. II 938, Oppenhoff-Delius N. 7.

Ebenso findet § 352 keine Anwendung, wenn das Gegebene als Geschenk gefordert oder gewährt wird, in welchem Fall der Beamte ev. nach §§ 331, 332 strafbar ist: Binding Lehrb. II 938, Frank N. II 3, Hälshner II 1067, v. Liszt 583, Dlschauen N. 5. Wohl aber, wenn zwar geleistet wird, aber weder im Glauben verpflichtet zu sein noch in der Absicht zu schenken, sondern nur, um den Fordernden zunächst zu befriedigen, und unter, wenn auch nur stillschweigendem Vorbehalt aller Rechte: Binding Lehrb. II 939 N. 1, Frank, Hälshner und Dlschauen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 7. Die abweichende Ansicht von Oppenhoff-Delius N. 2, v. Schwarze § 331 N. 2 und RG. 25./2. 89 C. 19 29, daß die Plusportulierung nur dann vorliege, wenn der Zahlende zur Zahlung verpflichtet zu sein glaube, anderenfalls aber Bestechung, würde den Zahlenden in der Mehrzahl der Fälle, nämlich wenn der Täter Rechtsanwalt ist, schutzlos stellen.

6. Das Delikt erfordert Dolus, also das Bewußtsein des Täters, daß er rechtswidrig erhebt, was der Zahlende nicht schuldet. Die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist nicht erforderlich, also ein Forderungsrecht aus anderem Schuldtitel kein Entlastungsgrund: Binding Lehrb. II 938, Dlschauen N. 4; RG. 28./4. 81 C. 4 227, 15./11. 88 C. 18 219, 20./9. 97 C. 30 249. Das Bewußtsein möglicher Vermängelung des Anjages steht dem Wissen nicht gleich: Binding Lehrb. II 938 N. 3; RG. 8./7. 84 C. 11 40. Durch das ausdrückliche Erfordernis des Wissens wird der Eventualdolus ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 933, 939 N. 2, Frank N. III; a. M. Dlschauen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 2 und RG. 24./11. 87 C. 16 363.

7. Erst mit der Vereinnahmung ist das Delikt vollendet: Versuch liegt in der erfolglosen Forderung oder Beitreibung: Frank N. II 3, Dlschauen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3.

8. Ideal Konkurrenz mit Betrug (§ 263) findet statt, wenn außer der in der übermäßigen Sportulierung regelmäßig stehenden Täuschung noch andere Täuschungsakte begangen sind, z. B. überhaupt gar keine Verriichtung stattgefunden hat, der Anwalt seine Ernennung zum Offizialverteidiger verschweigt: Frank N. II 3, Geyer II 199, Hälshner II 1067, v. Listz 583 N. 12, Lisshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 5, 9 und RG. 28./4. 81 E. 4 227, 21./2. 88 E. 17 169, 15./11. 88 E. 18 219, 15./11. 07 E. 40 378; gegen jede Konkurrenz Bindung Lehrb. II 939.

§ 353.

Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Klasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt, und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Klasse bringt, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.

1. Die beiden hier unter dieselbe Straffassung gestellten Delikte können nur von einem Beamten (§ 359) begangen werden und sind eigentliche Amtsdelikte.

2. Subjekt des ersten Delikts kann nur ein Hebungsbearbeiter sein. Es genügt, daß ihm die Erhebungsbefugnis hinsichtlich der gegebenen Falls in Frage stehenden Klasse nach irgendeiner Richtung beigelegt ist, ohne daß es darauf ankommt, ob sich seine Zuständigkeit gerade auf die Erhebung der geforderten Abgabe erstreckt: RG. 11./2. 08 E. 41 91.

a) Er hat, anders als in § 352, nicht für sich, zu seinem eigenen Vorteil, sondern für eine öffentliche Klasse zu erheben, also in diese abzuliefern.

b) Und zwar „Steuern, Gebühren oder andere Abgaben“.

Die Staatsausgaben sollen durch die Staatseinnahmen gedeckt werden. Diese sind entweder ordentliche oder außerordentliche (bona vacantia, Geschenke, Anleihebeträge usw.). Die ordentlichen Einnahmen werden entweder aus privatwirtschaftlichen Unternehmungen gezogen oder als Beiträge aus den Einzelwirtschaften der Staatsinzassen erhoben. Zu den ersteren gehören die Einnahmen aus den Domänen und Forsten, Berg- und Hüttenwesen, Post, Telegraph, Eisenbahn usw. Das RG. hat erkannt, daß die Postbeträge der Post: 7./12. 80 E. 3 87, und die Frachtbeträge der Staatsseisenbahnen: 25./1. 92 E. 22 306, Abgabennatur (Gebühren) haben, was Bindung Lehrb. II 932 N. 1 billigt, Frank N. I Abf. 2 mit Recht für sehr bedenklich erklärt, dem danach würde z. B. auch das Personenjahrgeld Abgabe sein. Die aus den Einzelwirtschaften erhobenen Beträge sind entweder Gebühren, nämlich spezielle Vergelte einer nichtgewerblichen Staatsleistung. Oder sie sind Steuern (Einkommen- oder Ertragssteuern, direkte oder indirekte), nämlich Zwangsbeiträge zu den allgemeinen Staatsbedürfnissen, welche vom Staate kraft seiner Finanzhoheit den Staatsinzassen nach einem bestimmten Maßstabe auferlegt werden.

Ursprünglich ein rein staatlicher, ist mit der Entwicklung des staatlichen und kirchlichen Lebens der Begriff der Abgabe auf die Gebühren und Steuern an die Unterglieder des Staates (Gemeinden usw.) sowie an die kirchlichen Behörden und Gemeinschaften erstreckt worden. Folgerichtig hat sich der Begriff der öffentlichen Klassen erweitert, indem unter ihnen jetzt nicht lediglich staatliche, sondern überhaupt alle Klassen, aber auch nur sie, zu verstehen sind, welche zur Aufnahme der gedachten Abgaben dienen.

Anderere Abgaben als Steuern und Gebühren gibt es nicht.

Zu den Gebühren gehören, wie das Gesetz deutlich erkennen läßt, nur diejenigen Leistungen, welche Abgaben sind, also öffentlich-rechtlichen Charakter haben: Frank I Abf. 2, Lisshausen N. 2a. Mit Bindung Lehrb. II 931, Hälshner II 1086 N. 2, Lisshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 2 — vgl. RG. 11./10. 92 E. 23 263 (Provinzialsteuerzirkel) — auch, was öffentliche Klassen, welche, wie z. B. kommunale Sparkassen, Privatgelder zu verwalten haben, als ihnen verschuldet zu empfangen haben; a. M. Meves S. 5. III 999. Vorjährige, die der Beamte auf die Abgaben erfordert, sind selbst Abgaben: RG. 11./2. 08 E. 41 91.

b) Der Beamte erhebt einen Betrag, den der Zahlende überhaupt nicht oder nur zum Teil schuldet. Er muß, damit § 353 Anwendung findet, die Leistung als Abgabe fordern und entsprechend muß der Andere, einerlei ob er sich für verpflichtet hält oder nicht, in der Meinung leisten, eine Abgabe zu leisten. Der Leistungsgegenstand muß ein solcher sein, den das Gesetz

als Abgabe verlangt, nicht ein Surrogat. Nicht erforderlich ist, daß die Abgabe als solche existiert, denn wenn der Beamte für den Staat fordert und ihm für den Staat gegeben wird, so hat er auch an den Staat abzuliefern: Binding Lehrb. II 932, Frank N. I 1; a. M., nämlich für Betrug in diesem Falle, Olshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 2 und RG. 11./10. 92 C. 23 263.

c) Das rechtswidrig Erhobene wird überhaupt nicht oder nur zum Teil zur Kasse gebracht. Vorausgesetzt, daß es zur Ablieferung an die Kasse seiner Natur nach geeignet ist: v. Liszt 583, Olshausen N. 3a und RG. 9./10. 80; a. M. Hälschner II 1086. „Zur Kasse bringen“ ist aber nicht gleichbedeutend mit „dem Kassenbestande zuführen“, vielmehr sind die erhobenen Beträge nur zur Kasse gebracht, wenn sie als solche vereinnahmt sind, sind es also nicht, wenn sie dem Kassenbestand lediglich zu dem Zwecke zugeführt werden, um einen Kassendefekt auszugleichen und zu verdecken: Binding Lehrb. II 934, Frank N. I 2, Hälschner II 1087, Meves S. 5. III 1000, Olshausen N. 3b; RG. 30./11. 94 C. 26 259.

d) Mit dem Nichtzurkassibringen ist das Delikt vollendet. Daß der Täter sich das Nichtabgelieferte zueignet ist nicht erforderlich; tut er es, so liegt Ideal- oder Realkonkurrenz mit § 350 vor: v. Liszt 583, Olshausen N. 3b, 6c, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 3 und RG. 12./4. 88 C. 17 321; a. M., nämlich daß § 353 eine rechtswidrige Zueignung begrifflich voraussetze, somit den § 350 abforbiere: Binding Lehrb. II 935, 941, Hälschner II 1087, Meves S. 5. III 1000, Schütze 531 N. 14.

e) Das Delikt erfordert Dolus. Die Ausführungen § 352 N. 6 finden entsprechende Anwendung. Insbesondere genügt nicht Eventualdolus.

3) Subjekt des Delikts des Abj. 2 kann jeder Beamte sein, da jeder Beamte in die Lage kommen kann, solche Ausgaben zu leisten: Binding Lehrb. II 940, Frank N. II Abj. 2; a. M. Olshausen N. 1. (nur Gehungsbeamter). Auf Grund welchen Rechtstitels der Destinatär zu empfangen hat, ob mit oder ohne Rechtstitel (z. B. eine Unterstützung), und ob die Kasse eine öffentliche oder private, ist gleichgültig, und wesentlich nur, daß die Ausgabe eine amtliche ist: Binding a. a. D., Hälschner II 1087, Meves S. 5. III 999, Olshausen N. 4, Oppenhoff-Delius N. 10. Dem Abzug steht die gänzliche Nichtzahlung gleich: Binding Lehrb. II 940, Frank N. II 1. Vollständig; oder auch wenn die — verkürzte — Ausgabe höher, als wirklich geleistet worden, in Rechnung gestellt wird: Binding Lehrb. II 941 N. 2, Frank N. II 2. Vollendet ist das Delikt mit der Zurechnungstellung. Hierzu und wegen des Dolus vgl. N. 1d, e. Eine Zueignung ist, obgleich die Bestimmung sich insbesondere gegen die sog. Schmiergelder richtet, auch hier nicht erforderlich.

§ 353a.

Ein Beamter im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verläßt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten erteilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mitteilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich erteilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Tatsachen berichtet.

1. Dieser sog. Krüm-Paragraph bezweckt den Schutz der auswärtigen Politik des Deutschen Reichs. Subjekt der in ihm unter gleiche Strafe gestellten drei Delikte, welche eigentliche Amtsdelikte sind, kann nur ein Beamter im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs sein. Dies wird für das Delikt des ersten Abj. ausdrücklich ausgesprochen, muß aber auch für die beiden des zweiten angenommen werden: Berner 680, Binding Lehrb. II 494, Hälschner II 1090 N. 2, v. Liszt 584, Meyer-Alfeld 583, Olshausen N. 6b, Rüdorff-Stenglein N. 2, Schütze Anh. 23; a. M. Frank N. III Abj. 2. Nicht bloß die beiden Delikte des Abj. 2, wie von seiner Seite bestritten wird, sondern auch die Verletzung des Amtsgeheimnisses erfordert Dolus: Binding Lehrb. II 495, Frank N. II Abj. 4, v. Liszt 583, Meyer-Alfeld 583, Rüdorff-Stenglein N. 4 und RG. 20./12. 07 C. 41 4; a. M. wegen der „postzeitlichen Natur“ des Delikts Hälschner II 1089, Meves

S. S. IV 346, Olshausen N. 10 Abs. 1, Oppenhoff-DeLius N. 6. Das Motiv ist für den Tatbestand gleichgültig und kommt nur bei der Strafzumessung in Betracht.

2. Subjekt des ersten Delikts ist jeder Beamte, der im Dienst des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs steht, nicht bloß diejenigen Beamten, welche unmittelbar bei dem Auswärtigen Amt angestellt sind, sondern auch die der von ihm ressortierenden Behörden (Gesandtschaften, Konsulate, wissenschaftliche Institute): v. Liszt 583, Meyer-Altfeld 583, Olshausen N. 3 Abs. 1, Oppenhoff-DeLius N. 1; a. M. bezüglich der wissenschaftlichen Institute Binding Lehrb. II 495, Hälschner II 1088 N. 2. Und zwar muß der Täter in diesem Dienst — aktiv, suspendiert, zur Disposition gestellt — zur Zeit der Tat stehen, sodaß die Verletzung der Amtsverschwiegenheit nach dem gänzlichen Ausschneiden aus dem Dienst straflos ist, so alle Auctoren; a. M. wegen des für diese Frage ganz unmaßgeblichen § 11 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 (Reichs-Gesetzbl. 1907 245) nur Olshausen N. 3 Abs. 2, Rüdorff-Zienkewitz N. 2, v. Schwarze N. 3. Der nach Begehung der Tat erfolgte Eintritt in einen anderen Zweig des Dienstes des Reichs oder eines Bundesstaats ist natürlich einflußlos: RG. 20./12. 07 S. 41 4.

Nach Reichsbeamtengesetz § 11 ist der Reichsbeamte zur Verschwiegenheit verpflichtet über die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist. Zu den erzielten Angelegenheiten gehören nicht lediglich solche, deren Bekanntgebung dem Wohle des Reiches oder eines Bundesstaates Nachteil bereiten würde, sondern auch alle, deren Mitteilung den staatlichen Zwecken der Förderung des Allgemeinwohls und des Wohles der Einzelnen widerspricht, das Vertrauen zu den Behörden und Beamten beeinträchtigen kann, die Interessen der mit ihnen in Verkehr Tretenden gefährdet; scharfe Grenzen lassen sich nicht ziehen. Diese Angelegenheiten verlieren ihren diskreten Charakter nicht dadurch, daß sie den zu ihrer Kenntnisnahme Berufenen bekannt werden. Der Beamte muß die Kenntnis amtlich erlangt haben, also vermöge seines Amtes, mit Bezug auf dasselbe, während, nicht bloß gelegentlich der Amtsausübung. Das Gesetz verlangt übrigens nicht, daß die Ausübung des Amtes die alleinige, sondern nur, daß sie eine Quelle der Kenntnis ist. Wenn mehrerer solcher Quellen vorhanden sind, so ist für die Verletzung der Amtsverschwiegenheit wesentlich, daß der Beamte sich bewußt ist oder bei gehöriger Sorgfalt bewußt sein muß, der Empfänger der Mitteilung werde in ihr die Stundgebung einer amtlichen Wahrnehmung erblicken; die Bekanntgebung erscheint dann als ein solche, welche von einem mit der Sache amtlich Vertrauten ausgeht, und erhält dadurch ein Gewicht, welches die Mitteilung einer Privatperson nicht haben würde. Vgl. RG. a. o. S. 1.

Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist jedoch nur dann strafbar, wenn sie durch eine der vom Gesetz genannten Handlungen erfolgt. Wegen des „amtlich anvertraut oder zugänglich“ vgl. § 348 N. 2c. „Deren Inhalt“ bezieht sich sowohl auf die Schriftstücke als auch auf die Anweisungen. Mitteilen ist Bringen zur Kenntnis, einerlei ob schriftlich oder mündlich, vollständig, auszugs- oder teilweise.

Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ist ein selbstverständliches, da die befugte Stundgebung einer fremden Angelegenheit keine „Verletzung“ der Amtsverschwiegenheit ist.

3. Subjekt der beiden Delikte des Abs. 2 kann nur derjenige Beamte im Dienste des Auswärtigen Amtes sein, der bei einer Mission als Chef oder in sonstiger Stellung fungiert. Missionen sind die Organe des diplomatischen Verkehrs der Staaten, die Gesandtschaften im weiteren Sinn, nicht also die sog. politischen Agenten und Konsuln als solche: Binding Lehrb. II 496, Frank N. III Abs. 2, Geyer II 200, v. Liszt 584, Meyer-Altfeld 583, Olshausen N. 6a, Oppenhoff-DeLius N. 1; a. M. Hälschner II 1090, Meves S. S. IV 348. „Auswärtig“ ist ausländisch, da das Reich im Inlande — bei sich selbst, bei seinen Gliederstaaten! — Missionen weder hat noch haben kann: Binding Lehrb. II 494, Meves S. S. IV 347, Olshausen N. 6b. Vorgesetzter ist jeder andere Beamte, der nach der Unterorganisation in die Lage kommt, bindende Anweisungen zu erteilen oder auf Bericht seines Untergebenen amtlich zu handeln, z. B. der Chef der Mission: Binding Lehrb. II 497, Olshausen N. 7; nach Oppenhoff-DeLius N. 3 nur der Chef des Auswärtigen Amtes resp. sein Stellvertreter.

Das Zuwiderhandeln beim ersten Delikt begreift auch ein pflichtwidriges Unterlassen: Meves S. S. IV 349, Olshausen N. 8, Schüge Anh. 23 N. 2, Oppenhoff-DeLius N. 6. Der Tatbestand liegt auch dann vor, wenn der Anweisung zwar formell Folge geleistet, materiell aber dem Willen des Vorgesetzten entgegengewirkt wird: Hälschner II 1090 N. 3, Meves und Olshausen a. a. O.

Bei dem zweiten Delikt sind Gegenstand des Berichts Tatsachen, nicht also eigene Ansichten, Meinungen, Urteile des Berichtenden: Geyer II 200, Hälschner II 1091, Olshausen N. 9. Der Bericht ist unwahr, entweder ganz erfunden oder in größerem oder geringerem Umfang gefälscht. Das Verschweigen pflichtmäßig zu berichtender Tatsachen ist dann strafbar, wenn dadurch die berichteten Tatsachen als entsetzt erscheinen: Hälschner und Olshausen a. a. O. Erforderlich

ist, daß der Täter durch den falschen Bericht den Vorgesetzten zu fehlsamen, der wirklichen Sachlage nicht entsprechenden Entschlüssen und Handlungen verführen will: Hälschner und Olshausen a. a. O., Meves S. 5. IV 351, Schüze Anh. 24.

4. Die Straffabgung, zu welcher § 358 zu beachten ist, gilt nur, „sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist“, kommt also nur subsidiär dann zur Anwendung, wenn das Delikt nicht zugleich den Tatbestand eines anderen schwerer strafbaren enthält; § 353a ist also nicht als eine mildere *lex specialis* anzusehen, durch welche eine schwerere Strafbestimmung ausgeschlossen ist; daher keine Idealkonkurrenz mit einem schwerer zu bestrafenden Delikt: Binding Lehrb. II 495, Frank N. II Abf. 5, Hälschner II 1090, Meves S. 5. IV 346, v. Schwarze N. 10; a. M. insbesondere wegen der Idealkonkurrenz Olshausen N. 11, 12, Oppenhoff-Delius N. 5.

§ 354.

Ein Postbeamter, welcher die der Post anvertrauten Briefe oder Pakete in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet, oder ihm dabei wissentlich Hülfe leistet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

1. Subjekt der in diesem Paragraphen vereinigten Delikte kann nur ein Postbeamter sein. Das Delikt der Eröffnung ist gegenüber dem gemeinen Delikt des § 299 ein uneigentliches, das der Unterdrückung, da der Brief keinen Urkundencharakter zu haben braucht, gegenüber dem gemeinen des § 274 Nr. 1 ein eigentliches, die Delikte des Gestattens und Hilfeleistens sind uneigentliche Amtsdelikte; vgl. Olshausen N. 7. Nicht erforderlich ist, daß der Beamte mit der Postsendung dienstlich speziell befaßt gewesen: Binding Lehrb. II 947, Frank N. I, Hälschner II 1091, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2 und RG. 29./12. 03 E. 37 40; a. M. v. Ritz 584 N. 15, Meves S. 5. III 1003.

2. Objekt sind die der Post anvertrauten Briefe und Pakete.

a) Post ist die Postbehörde, d. h. die bei ihr angestellten oder amtlich verwendeten Personen, welche zur Entgegennahme von Postsendungen dienstlich ermächtigt sind: RG. 8./3. 92 E. 22 394. Der Post anvertraut sind nur diejenigen Sendungen, welche in reglementsmäßiger Weise, z. B. Briefe durch Einwurf in den Briefkasten, zur Beförderung durch sie eingeliefert, nicht diejenigen, welche einem zu solcher Ausnahme nicht dienstlich Ermächtigten mit dem Auftrage der Einlieferung übergeben werden; „dem Postbeamten und der Post anvertrauen ist Verschiedenes“: Binding Lehrb. II 946, Frank N. II 3, Hälschner II 1091, Meves S. 5. III 1002, Olshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 5; RG. 8./3. 92 E. 22 394, 9./1. 96 E. 28 100. Der Post ist anvertraut ein von einem oberen Postbeamten zur Prüfung der Ehrlichkeit eines unteren Beamten aufgebener Brief: Binding a. a. O. (N. 4), Olshausen N. 2b, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 2; RG. 12./1. 80 E. 1 61. Ebenso ein Brief, der infolge Namensverwechslung unrichtig bestellt und nach Eröffnung von dem Empfänger dem bestellenden Postboten zurückgegeben ist: Binding a. a. O., Frank N. II 3, Olshausen N. 2a; RG. 16./1. 03 E. 36 267. In zeitlicher Beziehung ist die Sendung der Post anvertraut von dem Momente an, in welchem sie reglementsmäßig eingeliefert wurde, bis zum Momente der Abgabe an den zur Empfangnahme Berechtigten, regelmäßig also an den Adressaten oder, bei unbestellbarer Sendung, bis zur Rückgabe an den Absender oder reglementsmäßigen Vernichtung oder sonstigen Verfügung über sie: Binding Lehrb. II 948, Hälschner a. a. O.

b) Das Gesetz nennt nicht Postsendungen überhaupt, sondern „Briefe und Pakete“, und nach RG. 15./5. 00 E. 33 276 sind andere Sendungen nicht durch § 354 geschützt.

Nach der Praxis des RG. ist Brief jede statt des mündlichen Verkehrs an eine bestimmte Person gerichtete schriftliche Mitteilung in offener oder geschlossener Form; auch Postkarten, Mitteilungen enthaltende Ansichtspostkarten, Postanweisungen, geschäftliche Angebote enthaltende Druckfachen. Die Autoren weichen zum Teil ab. Z. B. Binding Lehrb. II 946, v. Ritz 584 und Rüdorff-Stenglein N. 3 verlangen keine Mitteilung (Brief mit Warensendung, Schlüssel), die beiden letzteren dagegen Verchluß. Als Paket gilt ein mit einer die Einsicht verwehrenden Umhüllung verchlossener Gegenstand. Eine Kreuzbandsendung ohne Mitteilung ist nach der von Frank und Olshausen geteilten Ansicht des RG. weder Brief noch Paket, also durch § 354 nicht geschützt, ihre Unterdrückung, falls nicht Diebstahl oder Unterschlagung oder Sachbeschädigung vorliegt, straflos. Vgl. Olshausen N. 2c.

Den richtigen Standpunkt nimmt Binding Lehrb. II 945 946 ein. Die Post kennt keine anderen Sendungen als Briefe und Pakete. Alles, was nicht Paket ist, ist Brief und umgekehrt. Alle Sendungen sind gegen Unterdrückung, die verchlossenen gegen Eröffnung geschützt. Die posta-

liche Abgrenzung beider Gruppen ist, womit auch Frank N. II 1, 2 und Lisshausen N. 2e β übereinstimmen, kriminalistisch bedeutungslos.

3. Die Postsendung wird entweder eröffnet; vgl. § 299 N. 2 Abs. 2, N. 3. Remittenznahme von dem Inhalt ist nicht erforderlich; Binding Lehrb. II 947, Frank § 299 N. III, Hälschner II 1092, Lisshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 5. Oder sie wird unterdrückt, d. h. dauernd oder zeitweise dem ordnungsgemäßen Postverkehr entzogen: Binding Lehrb. II 948, Frank N. III 2, Geyer II 100, Hälschner II 1092, Lisshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 8./12. 79 E. I 114, 9. 1. 96 E. 28 100, 15./5. 00 E. 33 276. Nur dann ist aber die Handlung strafbar, wenn sie in anderen als den vom Gesetz vorgesehenen Fällen geschieht. Unter „Gesetz“ sind nicht bloß, wie Hälschner a. a. O. und Oppenhoff-Delius N. 1 wollen, die eigentlichen gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen, sondern auch die auf Grund ihrer ergangenen Reglements: Binding Lehrb. II 947, 945 N. 2, Frank N. IV, Lisshausen N. 4 Abs. 1; RG. 15./6. 85 E. 12 323, 9./2. 88 E. 17 141. Dahin gehört also auch die in der Postordnung v. 20. März 1900 § 46 III vorgesehene Eröffnung unbestellbarer Sendungen. Ein Recht des Beamten, die von ihm selbst herkommenden oder an ihn adressierten Sendungen zu unterdrücken oder zu eröffnen, existiert nicht: Frank N. IV, Lisshausen N. 4 Abs. 2.

4. In § 354 sind vier Delikte zusammengefaßt: Der Postbeamte eröffnet die Sendung; er unterdrückt sie; er gestattet Eröffnung oder Unterdrückung einem Anderen; er leistet einem Anderen bei der Eröffnung oder Unterdrückung Hilfe. Das Gestatten ist ausdrückliche Erlaubnis oder stillschweigende Duldung. Wenn der Andere durch seine Handlung, wie regelmäßig, den Tatbestand eines anderen Delikts erfüllt, z. B. des § 299, so ist er nach diesem, nicht aber als Teilnehmer zum Amtsdelikt, und der Beamte wiederum nur nach § 354, nicht aber, wie Frank N. III 3 und Hälschner II 1092 meinen, auch wegen Anstiftung oder Beihilfe zu dem Delikt des Anderen zu bestrafen: v. Liszt 584, Lisshausen N. 5b. Ein konkurrierendes Gestatten liegt regelmäßig in dem Anstiften des Anderen zu dem gemeinen Delikt: Frank und Lisshausen a. a. O., Hälschner II 1093; a. M., nämlich für Alleintäterschaft des Beamten, Binding Lehrb. II 950.

5. Das Delikt verlangt Vorzug, insbesondere also das Bewußtsein der mangelnden Befugnis, welche ausdrücklich festzustellen ist: Binding Lehrb. II 949, Hälschner II 1092, Lisshausen N. 4 Abs. 3, N. 6; RG. 8./3. 92 E. 22 394, 9./1. 96 E. 28 100, 23./1. 02 E. 35 80. Das Motiv ist gleichgültig: Hälschner und Lisshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 8; RG. 8./12. 79 E. I 114.

6. Unterdrückung ist jede Entziehung aus dem Postverkehr, ihre Art und Weise ist gleichgültig, Konkurrenz mit anderen Delikten, z. B. §§ 242, 303, 350, ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 948 N. 5; a. M. Frank N. V, Meves H. S. III 1007, Lisshausen N. 8a, Oppenhoff-Delius N. 11. Dagegen ist, weil Briefe nicht notwendig Urkunden sind, Idealkonkurrenz möglich mit § 348 Abs. 2: Binding Lehrb. II 949 N. 3, Frank § 348 N. III 4, Lisshausen N. 8b; a. M. RG. 23./1. 02 E. 35 80.

§ 355.

Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalt Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Anderen wissenschaftlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissenschaftlich Hilfe leisten, werden mit Gefängnis bestraft.

Den einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen werden Nachrichten gleichgeachtet, die durch eine zu öffentlichen Zwecken dienende Fernsprechanlage vermittelt werden.

1. Durch die Novelle v. 19. Juni 1912 — oben I 20 — ist das bisherige Strafminimum von drei Monaten Gefängnis auf Einen Tage herabgesetzt und Abs. 2 hinzugefügt worden.

2. Abs. 1 schützt das Telegraphengeheimnis. Vorausgesetzt ist eine Telegraphenanstalt, welche, sie sei eine staatliche oder private, öffentlichen Zwecken dient; vgl. § 317 N. 2. Subjekt des Delikts ist entweder ein Telegraphenbeamter oder ein mit der Beaufsichtigung und Bedienung betrauter Nichtbeamter. Betraut ist derjenige, welcher von zuständiger Seite in ein wenn auch nur vorübergehendes dienstliches Verhältnis zu der Anstalt selbst gesetzt ist, sodaß es nicht genügt, wenn ein Telegraphenbeamter eine beliebige Person heranzieht: Binding Lehrb. II 952, Frank N. I, Lisshausen N. 1 Abs. 1; RG. 9./11. 94 E. 26 183. Beaufsichtigung und Bedienung ist ungenau

für Beaufichtigung oder Bedienung: Binding Lehrb. II 951 R. 2, Frank R. I, Geyer II 200, Hälshner II 1093, v. Liszt 584, Olshausen R. 1 Abf. 2; R.G. a. a. D. Daß der Täter mit der in Frage stehende Depesche dienstlich speziell befaßt sei, ist auch hier nicht erforderlich; es genügt, wenn der Dienst Gelegenheit zur Tat gibt: Rüdorff-Stenglein R. 2.

3. Depeschen können im äußeren Verkehr nur schriftlich (oder gedruckt) abgegeben, weitergeleitet und abgegeben werden. Die Ausfertigung geschieht regelmäßig unter Verschluss. Depesche ist somit sowohl die Urschrift als auch ihre Übertragung in die telegraphischen Zeichen und ihre Ausfertigung: Binding Lehrb. II 953, Geyer II 100, Hälshner II 1093, Meves S. 5. III 1003, Olshausen R. 2, Oppenhoff-Delius R. 2, Rüdorff-Stenglein R. 3, v. Schwarze R. 3. Wegen das Anvertrauens vgl. § 354 R. 2a.

4. Die Depesche wird entweder verfälscht. Das Maß der Abweichung kommt nicht in Betracht, nur muß die Nachricht dadurch in irgendeinem Punkte eine andere werden: Binding Lehrb. II 952, Frank R. II, Hälshner II 1094, Meves S. 5. III 1005, Olshausen R. 3a. Die fälschliche Ausfertigung ist, wofern nicht § 360 Nr. 11 aushilft, nur strafbar, wenn die Depesche urkundlichen Charakter hat, also nach §§ 267, 268: Binding Lehrb. II 1053; a. M., nämlich als Verfälschen auch die fälschliche Ausfertigung ansehend, Rüdorff-Stenglein R. 4.

Oder sie wird in anderen als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt; vgl. § 354 R. 3.

Oder ein Dritter wird von ihrem Inhalt rechtswidrig benachrichtigt. Zu dem Inhalt gehören auch der Absendungs- und Bestimmungsort, sowie die Namen des Absenders und Adressaten: Hälshner II 1094, Olshausen R. 3c. Rechtswidrig ist jede nicht durch ein — Reichs- oder Landes- — Gesetz gestattete Benachrichtigung: Olshausen R. 3c, Rüdorff-Stenglein R. 6.

Der eigenen Handlung steht es gleich, wenn ihre Vornahme einem Dritten gestattet oder ihm dabei Hilfe geleistet wird. Vgl. § 354 R. 4.

5. Das Delikt erfordert Vorfaß: Hälshner II 1094, Olshausen R. 4, Rüdorff-Stenglein R. 5; vgl. § 354 R. 5.

6. Hat die Depesche urkundlichen Charakter, so findet Idealkonkurrenz mit §§ 267, 268, 274 Nr 1 statt: Frank R. II Olshausen R. 6, Abf. 1, Rüdorff-Stenglein R. 4. Dagegen nimmt Binding Lehrb. II 953 im Fall der Verfälschung Alternativität mit den §§ 267, 268 an, wobei die Strafe ebent. aus § 268 zu finden sei; nach dem gegenwärtigen Strafminimum des § 355 ist diese abweichende Absicht sachlich ohne Bedeutung.

7. Die Eröffnung ist ein uneigentliches, die übrigen Handlungen sind eigentliche Amtsdelikte: Olshausen R. 5.

8. Ob unter den telegraphischen auch die telephonischen Nachrichten zu verstehen, ist bisher bestritten gewesen. Das R.G. hat 5. 7. 09 E. 42 412 verneint. Durch den durch das Ges. v. 10. Juni 1912 geschaffenen Abs. 2 ist die Frage vom 5. Juli 1912 ab im bejahenden Sinne entschieden. Also sind auch die Telephonbeamten und andere mit der Beaufichtigung oder Bedienung des Telephons betraute Personen der Strafbestimmung unterworfen. Nach der Natur des Telephonierens — Mündlichkeit — wird freilich ein Verfälschen, Eröffnen, Unterdrücken nur dann möglich sein, wenn die telephonische Nachricht schriftlich fixiert ist (telephonische Depesche).

§ 356.

Ein Advokat, Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtsache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Handelt derselbe im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteile seiner Partei, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein.

1. Das Delikt der Prävarikation ist nur nominell ein Amtsdelikt, der Täter nicht ein Beamter im Sinne des § 359, indem seine etwaige amtliche Stellung, z. B. ein Universitätslehrer als Verteidiger, nicht in Betracht kommt. Die Worte „vermöge seiner amtlichen Eigenschaft“ sind ein Redaktionsvergehen, und es mußte heißen „in dieser Eigenschaft“ oder „als solchem“. Hierher gehören die Anwälte, die nach 3 B.C. § 116 einer armen Partei zugeordneten Justizbeamten und Referendare, im Strafverfahren die Verteidiger ohne Anwaltsqualität, nicht aber die Rechtskonjulenten, Angestellten eines privaten oder kommunalen Volksbureaus, Syndiken der Privatgesellschaften: Binding Lehrb. II 580, Frank R. I, Olshausen R. I, Rüdorff-Stenglein R. 1 Abf. 1 (§ 352 R. 2). Ebenso nicht die beamteten Justitiare der Verwaltungsbehörden, da sie

nicht einer Partei „dienen“: Binding a. a. O. N. 3, Meves H. S. III 1016 N. 3, Lppenhoff-Delius N. 3; a. M. Frank a. a. O.

2. Dem Täter sind in Rücksicht auf seine Eigenschaft Angelegenheiten anvertraut, und er ist dadurch zu dem Anvertrauenden in ein besonderes Vertrauensverhältnis getreten. „Anvertraut vermöge seiner amtlichen Eigenschaft“ bedeutet, daß dem Täter die Angelegenheit in seiner Eigenschaft als Rechtshilfsbeamter, also „kraft seines Standes oder Gewerbes“ (§ 300) zur Bearbeitung übertragen ist: Binding Lehrb. II 580, Meves H. S. III 1016, Lshausen N. 2. Daß sie ihm bloß angetragen worden, er das Mandat aber abgelehnt hat, genügt nicht: Binding Lehrb. II 581 N. 3, Meves H. S. III 1017 N. 5, Oppenhoff-Delius § 356 N. 5, Schütze 480 N. 17, obgleich er sich in diesem Fall des Delikts des § 300 schuldig machen kann.

3. Rechtsfachen sind überhaupt alle privaten, öffentlichen und internationalen Rechtsangelegenheiten, an welchen zwei ein entgegengesetztes Interesse verfolgende Parteien betheilt sind, unter dieser Voraussetzung also auch die Angelegenheiten der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit; so alle Autoren und RG. 13./4. 92 C. 23 60. Zu ihnen gehören auch die Strafsachen und zwar allgemein, weil auch der Verteidiger desjenigen Beschuldigten, der nicht einer Privatperson, sondern dem sein Strafrecht verfolgenden Staate gegenübersteht, sich der Prävarikation schuldig machen kann: Binding Lehrb. II 582, Frank N. II 1, Hälshner II 1083, v. Liszt 585, Meier-Walfeld 582, Lshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Meves H. S. III 1016.

4. Der Rechtsbeistand soll seiner Partei durch Rat oder Beistand, d. h. durch Rat und Tat dienen, also Alles tun, was für die Betreibung ihrer Rechtsfache förderlich ist. Er soll daher nicht in derselben Rechtsfache einer Partei gegen die andere dienen, wenn er dieser bereits gedient hat: RG. 5./10. 86 C. 14 365. Nicht unter das Gesetz fällt also die Tätigkeit, die im Interesse beider Parteien erfolgt, z. B. zwecks Herbeiführung einer gütlichen Verständigung: Binding Lehrb. II 582, Frank N. II 2, Hälshner II 1084, Lshausen N. 4b, Schütze 481 N. 19, v. Schwarze N. 4. Die Pflichtwidrigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei Übernahme des Mandats der neuen Partei das der anderen schon erloschen ist: Binding Lehrb. II 581, Frank und Lshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 2. Einerlei ob in demselben oder in einem neuen Prozeß, denn „dieselbe Rechtsfache“ bezeichnet nicht lediglich denselben Rechtsstreit, sondern dieselbe Streitmaterie, mag sie auch in verschiedenen Prozessen verhandelt werden: Binding II 581, Frank N. II 1, Geher II 201, Hälshner II 1083, Lshausen N. 3b; RG. 13./1. 92 C. 23 60; a. M. Meves H. S. III 1017. Der Tatbestand liegt z. B. vor, wenn ein Rechtsanwalt gegen eine Partei, die ihn vorher mit dem Ausgleich wechselseitiger Beleidigungen beauftragt hatte, nach Zurücknahme dieses Auftrages Privatklage für die Gegenpartei erhebt: RG. 23./10. 11 C. 45 198.

5. Das Delikt erfordert Dolus, also das Bewußtsein, sich eines Vertrauensbruchs schuldig zu machen: Hälshner II 1084, Meves H. S. III 1018, Lshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1. Dieses Bewußtsein ist aber schon durch das Bewußtsein derjenigen Thatfachen gegeben, in denen sich das Merkmal pflichtwidriger Unterstützung beider Parteien verkörpert: RG. 7./7. 10.

6. Das Vergehen der Prävarikation wird zum Verbrechen, wenn es im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil der eigenen begangen wird. Nachteil ist die Verschlechterung der Rechtslage dieser Rechtsfache gegenüber der anderen Partei. Wie die Benachteiligung geschieht, insbesondere ob durch Tun oder Unterlassen, z. B. Fristverjüngung, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 583, Rüdorff-Stenglein N. 4, Schütze 481 N. 18. Die Benachteiligung ist ohne weiteres gegeben, weil eine Partei stets benachteiligt ist, wenn ihr Rechtsbeistand mit der Gegenpartei kolludiert. Sie ist somit schon an sich ein notwendiger Teil des objektiven Tatbestandes. Die Ansicht von Binding Lehrb. II 583, Meves H. S. III 1018, Lshausen N. 6, Lppenhoff-Delius N. 9 und Schütze 481, daß nur ein subjektives Erfordernis vorliege, soweit, wie ein Vergleich mit § 334 („um — zu“) ergibt, an dem Wortlaut des Gesetzes: Frank N. III, Hälshner II 1084, Rüdorff-Stenglein N. 4, v. Schwarze N. 8. Der Nachteil braucht also nicht gewollt zu sein. Der Versuch des Verbrechens ist denkbar, z. B. wenn der Täter irrig ein Einverständnis mit der Gegenpartei annimmt: Lshausen N. 7.

7. Fehlt es an einem der Merkmale der Prävarikation überhaupt, so kann § 266 Nr. 2 oder § 300 Anwendung finden.

§ 357.

Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer strafbaren Handlung im Amte vorzüglich verleitet oder zu verleiten unternimmt, oder eine solche strafbare Handlung seiner Untergebenen wissentlich geschehen läßt, hat die auf diese strafbare Handlung angedrohte Strafe verwirkt.

Dieselbe Bestimmung findet auf einen Beamten Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Beamten begangene strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft.

1. Subjekt ist ein Beamter (§ 359), welcher entweder anderen Beamten (§ 359) vorgefetzt ist oder sie hinsichtlich ihrer Amtsgeschäfte zu beaufsichtigen oder zu kontrollieren hat. Im Fall des Verleitens ist die Beamtenqualität und das amtliche Verhältnis strafserhöhender Umstand (§ 358) zu dem gemeinen Delikt der Anstiftung; in diesem Fall liegt daher ein uneigentliches, in den übrigen Fällen ein eigentliches Amtsdelikt vor: Olshausen N. 4.

2. Die strafbare Handlung im Amte, zu welcher der Täter verleitet usw., ist, mit Ausschluß der Disziplinarvergehen, ein kriminell strafbares Amtsdelikt, und zwar ein nach den Bestimmungen dieses 28. Abschn. strafbares Amtsdelikt, so alle Autoren mit Ausnahme von Hälschner II 1063 und Olshausen N. 2 Abs. 1, bei deren Ansicht „der Tatbestand jede feste Begrenzung verliert“ (Binding Lehrb. II 736). Im Falle des Abs. 2 muß die Handlung außerdem zu denjenigen Geschäften gehören, auf welche sich die Aufsicht oder Kontrolle bezieht.

Der Ausdruck „begangene strafbare Handlung“ ist anerkanntermaßen ungenau für „begangene oder ihm angekommene“: Binding Lehrb. II 736 N. 2, Frank N., Hälschner II 1064, Olshausen N. 2 Abs. 2.

3. Entweder der Täter verleitet zu der strafbaren Handlung. Verleiten ist Anstiften, die Anwendung des § 48 somit ausgeschlossen: Frank N., Geber II 201, Hälschner II 1062, v. Liszt 585 (224 N. 6), Meves H. S. III 1012, Olshausen N. 3a, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. Finger I 351.

Oder er unternimmt es zu verleiten. Unternehmen bedeutet im StGB., abgesehen von § 82, Versuch und Vollendung, nicht aber vorbereitende Handlungen, hier speziell den Versuch, vgl. § 105 N. 3; Werner 140, Frank N., Hälschner II 1062, Meyer-Malfeld 169 N. 10 und RG. 26./3. 09 E. 42 266; a. M. bezüglich der vorbereitenden Handlungen auch hier Meves a. a. D. und Olshausen N. 3b.

Oder er läßt die Handlung wesentlich geschehen, die sog. Konnivenz, eine der Täterschaft gleichgestellte negative Beihilfe, wobei das Nichtverhindern genügt. Nicht ein Omissiv-, sondern ein durch Unterlassen verübtes Kommissivdelikt, vorausgesetzt jedoch, daß der Täter rechtlich oder tatsächlich in der Lage ist, die Verübung des Delikts zu hindern: Binding Lehrb. II 738, Frank N., Hälschner II 1063, Olshausen N. 3c. Um so mehr fällt natürlich unter § 357 die durch Handlungen begangene positive Beihilfe: Binding, Frank und Olshausen a. a. D.

4. Der Dolus ist beim Geschehenlassen ausgeschlossen, wenn der Täter annimmt, daß die Hinderung außerhalb seiner Zuständigkeit oder der tatsächlichen Möglichkeit liege.

§ 358.

Neben der nach Vorschrift der §§ 331, 339 bis 341, 352 bis 355 und 357 erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Diese Bestimmung, unter welche auch § 353a fällt, richtet sich sowohl gegen den Beamten als auch gegen den mit der Verwaltung eines Amtes betrauten Nichtbeamten: Olshausen N. 3 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; gegen den Anstifter, soweit nicht § 50 Platz greift: Olshausen N. 3 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2; nicht aber gegen den Gehilfen und nicht gegen den Versuch: Olshausen N. 3 Abs. 3, Oppenhoff-Delius N. 2, 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Sie kann auch bei einer Gefängnisstrafe von weniger als drei Monaten (§ 35 Abs. 1) verhängt werden: Frank N., v. Liszt 576, Olshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, findet aber keine Anwendung, wenn gemäß § 32 Abs. 1 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt ist: Frank, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.

§ 359.

Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen,

ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, in gleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte.

1. Beamter ist, wer durch staatliche Bestallung bzw. durch Übertragung von Verrichtungen mit dem Charakter öffentlicher Amtstätigkeit berufen worden ist, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Zwecke des Staates tätig zu werden: Olshausen N. 2, Oppenhoff-Delius N. 3, v. Schwarze N. 2; RG. 18./3. 80 E. 1 327, 11./10. 80 E. 2 316, 16./1. 82 E. 5 337, 19./3. 97 E. 30 29, 8./7. 02 E. 35 325, 14./4. 05 E. 38 17, 21./5. 08 E. 41 326. Die dem Angestellten zur Ausübung übertragenen Dienste und Funktionen müssen öffentlich rechtlicher Natur, aus der Staatsgewalt abzuleitende und den Staatszwecken dienende sein, mithin von einem Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden, den Charakter einer öffentlichen Amtstätigkeit haben: RG. 19./3. 97 E. 30 29.

Nach § 359 sind „unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes alle im Dienste des Reichs „oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats angestellte Personen zu „verfassen“. Die Rechtsanwälte — Advokaten gibt es seit dem 1. Oktober 1879 in Deutschland nicht mehr — sind, da ihr Beruf zwar ein gesetzlich geregelter, nicht aber ein staatlicher ist, ausgeschlossen. Geschworene und Schöffen (vgl. § 31 Abs. 2) sind nicht staatlich angestellt, sondern erfüllen nur eine allgemeine Untertanenpflicht. Dagegen sind nach positiver Vorschrift Beamte die Notare. Ebenso nach GG. § 116 die Handelsrichter und nach Reichs-Beamtengef. § 156 die Reichstagsbeamten.

Diese Bestimmung ist eine allgemeine, „dieses Strafgesetz“ nicht lediglich Abschn. 28, sondern das ganze Strafgesetzbuch: Binding Lehrb. II 382, Frank N. 1, Hälschner II 1028, Olshausen N. 1 Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 16./6. 96 E. 29 15. Weiter ist § 359 auf die strafrechtlichen Spezialgesetze zu beziehen, soweit diese nicht abweichende Bestimmungen enthalten, also auf das gesamte Reichsstrafrecht: Binding Lehrb. II 382, Hälschner II 1028, Olshausen N. 1 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 3. Endlich findet er Anwendung auf den Beamten sowohl als Subjekt als auch als Objekt strafbarer Handlungen: Binding und Frank a. a. O., Olshausen N. 1 Abs. 1.

2. In § 359 werden die Grenzen, innerhalb deren das Begriffsmerkmal der Beamtenqualität anerkannt werden soll, nur allgemein bestimmt. Das Gesetz will nur aussprechen, was im Sinne des Reichsstrafrechts erforderlich ist und genügt, damit Jemand als Beamter betrachtet werde. Alles Weitere überläßt es dem Reichs- und Territorialstaatsrecht; es will nicht die Bedingungen festsetzen, unter denen das Reich oder der einzelne Bundesstaat die Anstellung seiner Beamten und die Regelung ihrer Amtsbefugnisse ordnen soll; daher kann immer nur aus der für den einzelnen Fall maßgebenden reichs- oder landesrechtlichen Dienstpraxis entschieden werden, ob Jemand als Beamter angestellt ist, und ob diese oder jene Funktion zu den Amtspflichten gehört: Hälschner II 1029, Olshausen N. 2 Abs. 3; RG. 24./3. 84.

a) Der Beamte muß im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats stehen, er muß also ein inländischer sein, wogegen seine Nationalität gleichgültig ist: Binding Lehrb. II 383, Olshausen N. 2 Abs. 3, Rüdorff-Stenglein N. 4. Ausländische Beamte fallen auch dann nicht unter § 359, wenn sie im Inlande befugterweise tätig werden (z. B. Kopstationen fremder Eisenbahnen auf deutschem Boden; fremde Polizisten, die ausgelieferte Personen im Inlande in Empfang nehmen): Olshausen a. a. O. und, soweit sie als Subjekte strafbarer Handlungen im Betracht kommen, Binding Lehrb. II 376.

b) Beamter ist nur, wer im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats steht. Reichsbeamter ist nach Reichs-Beamtengef. § 1 jeder Beamte, der entweder vom Kaiser angestellt ist oder dessen Befehlen nach Vorschrift des Reichsrechts Folge zu leisten verpflichtet ist. Mittelbare Beamte sind diejenigen, welche zur Herbeiführung staatlicher Zwecke seitens einer dem Staate untergeordneten, organisch in seine Verfassung eingreifenden Gemeinheit berufen sind und somit der staatlichen Aufsicht und Kontrolle unterliegen: RG. 19./1. 80 E. 1 153, 20./1. 81 E. 3 258, 6./5. 86 E. 14 130. Insbesondere also die Kommunalbeamten. Des Näheren bestimmt sich der Begriff der mittelbaren Staatsbeamten nach dem Bundesstaatsrecht. Nach der Rechtsprechung des RG. gehören hierher in Preußen z. B. die städtischen Beamten (19./1. 80 E. 1 153), die Polizei-Bureauassistenten (13./11. 79), die Bezirksvorsteher und die Mitglieder der Gemeinde-Armenverwaltung (14./3. 81 E. 3 420), die Mitglieder der Magistratsdeputationen (12./10. 88), der Voreinschätzungskommissionen (4./12. 05 E. 38 235), die Ratsdiener (11./12. 96), die Polizisten und Nachtwächter (5./6. 91 E. 22 39), die Volksschullehrer (22./1. 94 E. 25 89), die Hausväter der Armenanstalten (20./3. 93 E. 24 83). Wenn § 359 von mittelbarem Dienste nur mit Beziehung auf Bundesstaaten spricht, so erwähnt er auch umgekehrt nicht den unmittelbaren Reichsdienst, und an sich umfaßt der tatsächlich gebrauchte Ausdruck „Dienst des Reichs“ begrifflich auch das Dienstverhältnis der mittelbaren Beamten. Allerdings sind die mittelbaren Reichsbeamten regelmäßig unmittelbare Territorialbeamte, aber seit dem Gef. über die Bildung deutscher Kommunalverbände in den

Konsulargerichtsbezirken v. 3. Juni 1905 (Reichs-Gesetzbl. 541) sind die im öffentlichen Dienste rechtsfähiger deutscher Niederlassungsgemeinden ordnungsmäßig Angestellten, z. B. der Polizeinspektor der Gemeinde Tientzin, mittelbare Reichsbeamte: RG. 21./5. 08 E. 41 326. Vgl. Binding Lehrb. II 392.

Keine Beamten, weil nicht in einem Dienstverhältnis zum Staate stehend, sind die Geistlichen und kirchlichen Beamten: Binding Lehrb. II 379, 394, Frank N. II Abf. 2, v. Liszt 576 N. 4, Meyer-Wilfeld 577, Olshausen N. 15b I/3, Oppenhoff-Delius N. 29, Rüdorff-Stenglein N. 13, Schütze 524 N. 9. Nach Binding und Oppenhoff-Delius scheiden diese Personen gänzlich aus, aber die bei dem Heer und der Marine, in Preußen auch die bei den Strafanstalten angestellten sind Beamte. Ebenso gelten sie als Beamte, soweit ihnen staatliche Einrichtungen übertragen sind, z. B. in Preußen der Geistliche als Schulinspektor, als Verwalter des Kirchenvermögens und soweit er auch nach Erlaß des Personenstandsgef. berechtigt ist, aus Kirchenbüchern Zeugnisse mit amtlichem Charakter zu erteilen. Keine Beamten sind die nur zum Monarchen persönlich im Dienstverhältnis stehenden Personen, also die sog. Hofbeamten, auch dann nicht, wenn ihr Dienstherr sich ihrer bei der Wahrnehmung seiner Funktionen in größerem oder geringerem Umfang bedient: Berner 666, Binding Lehrb. II 390, Olshausen N. 14, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 13./1. 91 E. 21 381. Insbesondere die Angestellten des preussischen Heroldsamts — vgl. unten § 360 N. 20 a. E. — sind keine Beamten, sondern stehen lediglich zum König in demselben Verhältnis wie etwa die Angestellten eines Notariatsbüros zu ihrem Dienstherrn. In der Rechtsstellung der Nichtbeamten wird auch dadurch nichts geändert, daß sie, wie z. B. in Preußen die Privatdozenten, der staatlichen Disziplinargewalt unterworfen sind: Binding Lehrb. II 387, Frank N. II Abf. 1. — Nach einer Entscheidung des 3. Zivilsenats des RG. v. 28. Nov. 1913 sind die Hofbeamten des Königs und der Königl. Prinzen in Preußen Staatsbeamte und einem Disziplinarverfahren gemäß einer Kab.-Ord. v. 20. Mai 1832 unterworfen.

c) Wer nicht im Dienst des Reichs oder eines Bundesstaats, sondern in dem eines Privaten steht, ist kein Beamter. Dieser Satz ist an sich unanfechtbar und wird daher von Binding Lehrb. II 388 und Frank N. II Abf. 3 festgehalten. Aber seine Grundlage ist von dem Flusse des Staats- und Rechtslebens erheblich angegriffen. Jeder Beamte ist Träger eines öffentlichen Amts, nicht aber umgekehrt. Die Grenzen, welche den Beamten im Sinne des § 359 vom Nichtbeamten unterscheiden, werden in der modernen Staatsentwicklung äußerlich wie innerlich zusehends unerkennbarer (RG. 9./1. 93 E. 23 374, 376). „Massenhaft sonderlich sich das öffentliche Amt vom Beamten: „der Staat tut es aus in Formen, die denen der Beamtenanstellung ähnlich sind und leicht mit „diesen verschwimmen; auch findet er bequem, sich die gesteigerte Last der Beamtenhaft zu sparen „und Privatangestellte, die ihm nichts kosten, mit öffentlichen Funktionen zu betrauen“ (Binding Lehrb. II 382). In Konsequenz dieser unbestreitbaren Entwicklung muß eine — gewissermaßen mittelbare — Beamtenhaft auch dadurch als begründet erachtet werden, daß das Reich, der Einzelstaat die von anderer Seite, sei es auch von Privatpersonen oder privatrechtlichen Korporationen oder Genossenschaften, erfolgte Anstellung der zur Ausübung polizeilicher oder anderer öffentlich-rechtlicher, dem Staatsinteresse dienender Funktionen berufenen Personen seinerseits anerkennt und den Dienstverrichtungen hierdurch seine Autorität verleiht: RG. 6./11. 82 E. 7 210, 16./11. 96 E. 39 184, 19./3. 97 E. 30 29. Hierher gehören z. B. die Bediensteten einer privaten Eisenbahngesellschaft, insofern sie bahnpolizeiliche Funktionen ausüben: RG. 24./3. 84 E. 10 325. Ferner in Preußen die von Privatwaldeigentümern angestellten gerichtlich vereidigten Forstbeamten: RG. 3./6. 81 E. 4 214, und die von dem Hofsqaadant auf Grund eines mit der Gemeinde geschlossenen Vertrages als Feld- und Forsthüter auf der Gemeindefeldmark bestellten Personen: RG. 9./10. 85 E. 12 419. Das RG. geht übrigens in dieser Beziehung — vgl. die Kritik von Binding Lehrb. II 389 N. 3 — entschieden zu weit, so z. B. wenn es den von einem Tierschutzverein mit Genehmigung der zuständigen Staatsbehörde angestellten Hundefänger für einen Beamten erklärt: 19./3. 97 E. 30 29, wonach etwa auch der von einem Grundeigentümer-Verein angestellte Kammerjäger Beamter sein könnte!

3. Das Dienstverhältnis ist inhaltlich ein Gewaltverhältnis des Staates, durch welches für den Beamten eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht, für den Staat die Verpflichtung begründet wird, den Beamten in Ausübung seines Dienstes zu schützen und ihm das zugesicherte Dienstehkommen zu gewähren. Seinem Wesen nach beruht es auf einem Vertrage. Kein Beamter wird es durch einen einseitigen Auspruch des Staates; er muß, sei es auch um den auf die Nichtannahme angebotenen Nachteilen zu entgehen, das Amt angenommen haben. Diese Willensüber einstimmung erhält ihre äußere Erscheinung durch die Anstellung (Ernennung, Wahl), d. h. die von der zuständigen Amtsstelle ausgehende Berufung zur Wahrnehmung der dem Staatszwecke unmittelbar oder mittelbar dienenden öffentlichen Funktionen, und durch sie wird der Private zum Beamten: RG. 5./1. 84 E. 9 409, 25./4. 89 E. 19 180, 8./2. 95 E. 26 437, 15./7. 99 E. 32 259, 8./7. 02 E. 35 325. Die Anstellung von nicht zuständiger Seite ist wirkungslos. Dem

Fehlen der Zuständigkeit steht es gleich, wenn bei den mittelbaren Beamten die vorgeschriebene höhere Genehmigung (Bestätigung) fehlt: Frank N. II Abs. 1, Olshausen N. 15 b IIa, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2; RG. 8./10. 86 E. 14 350, 5./6. 91 E. 22 39, 24./2. 93 E. 24 24. Wenn sich in Ermangelung eines unzweideutigen formalen Berufungsaktes, wie Bestallung, Verpflichtung usw., Inhalt und rechtliche Bedeutung der Anstellung selbst nicht ermitteln lassen, so ist es nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung statthaft, aus Art und Beschaffenheit der tatsächlich ausgeübten Dienstfunktionen auf die durch Anstellung begründete Beamtenqualität zurückzuschließen, vorausgesetzt jedoch, daß die betr. Dienstverrichtungen solche sind, wie sie nur bei Wahrnehmung durch einen Beamten rechtliche Wirkung gewinnen können: Olshausen N. 7 Abs. 2 und RG. 16./1. 82 E. 5 337, 10./11. 87 E. 16 378, 3./10 89 E. 20 70, 20./3. 93 E. 24 83: a. M. Binding Lehrb. II 385. Ob der Angestellte die persönlichen Eigenschaften besitzt, durch welche nach den maßgebenden Bestimmungen seine Anstellungsfähigkeit bedingt wird, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 384, Frank N. II Abs. 1, Hälshner II 1032 N. 3, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 10, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 3./6. 80 E. 2 82.

Der Beamte wird es nur durch die Anstellung, unabhängig davon, ob er amtlich tätig wird; auch der zu Disposition Gestellte und der Suspendierte ist Beamter. Kein Beamter aber ist derjenige, dessen Dienstverhältnis nicht auf einer Anstellung, sondern auf der allgemeinen Untertanenpflicht, einem wohlverwobenen Recht oder einem privaten Vertrage beruht.

Eine allgemeine Untertanenpflicht erfüllen z. B., wie schon N. 1 Abs. 2 bemerkt worden, der Schöffe und der Geschworene. Insbesondere gilt dies von allen, welche ihrer militärischen Dienstpflicht genügen. Dagegen sind die berufsmäßigen Militärpersonen, also die Kapitulant und die Offiziere Beamte: Binding Lehrb. II 386, Frank N. II Abs. 1, v. Liszt 576 N. 2, Olshausen N. 8a; RG. 21./2. 90 E. 20 268, 16./6. 96 E. 29 15; a. M. Schütze 523. Ebenso die nicht berufsmäßigen Offiziere, insbesondere die Reserveoffiziere: Frank und Olshausen a. a. O. und RG. 22./3. 92 E. 23 17; a. M. Binding a. a. O. N. 3. Nicht aber die „Offiziere a. D.“: RG. 31./1. 02 E. 35 99. Beamte sind in Preußen und Bayern auch die Landgendarmen: Frank und Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 49, Rüdorff-Stenglein N. 11 II.

Die Übernahme der amtlichen Verrichtungen erfolgt auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmung als ein Recht z. B., wenn ein altpreussischer Gutsbesitzer als Patron den Vorsitz im Schulvorstande ohne Zutun der Staatsbehörde übernimmt: RG. 17./11. 83 E. 9 204. Ebenso sind die Mitglieder des Reichstages, eines Landtages, einer Kommunalvertretung auf Grund ihres eigenen, durch die Verfassung ihnen zugewiesenen Rechtes tätig: Binding Lehrb. II 391, Hälshner II 1034.

Beruht das Dienstverhältnis lediglich auf einem Privatvertrage, so wird kein Gewaltverhältnis des Staates begründet, vielmehr steht der Dienstpflichtige dem Staate als selbständiger gleichberechtigter Kontrahent gegenüber: Frank N. V, Hälshner II 1030, Olshausen N. 8c. Daher ist kein Beamter z. B. ein auf Grund Dienstmietvertrages mit einem Gefängnistransport Beauftragter: RG. 22./12. 81 E. 5 418; ein von einem preussischen Landrat angenommener Bureau-Gehilfe: RG. 9./11. 94 E. 26 183, 28./2. 96 E. 28 239; ein gemäß der preussischen Gefängnisordnung engagierter Gefängnisarzt: RG. 22./11. 99 E. 33 29.

4. In negativer Beziehung kommen folgende Grundsätze in Betracht:

a) Allgemein genommen hängt die Beamteneigenschaft nicht davon ab, daß solche Funktionen übertragen sind, welche ihrer Natur nach nur von einem Beamten ausgeübt werden können. Es macht auch keinen Unterschied, ob sie obrigkeitlicher oder technischer, höherer oder niedrigerer, anordnender, begutachtender, vorbereitender oder unterstützender, geistiger oder mechanischer Art sind. Auch die vom Staate bei seinen industriellen Instituten, welche im öffentlichen Interesse Erwerbszwecken dienen, angestellten Personen sind Beamte. Vgl. Binding Lehrb. II 385, Frank N. III 1, Hälshner II 1029, Olshausen N. 4; RG. 14./3. 81 E. III 420, 16./1. 82 E. 5 337, 1./11. 86 E. 14 345, 20./3. 93 E. 24 83, 15./7. 99 E. 32 259.

b) Das Gesetz spricht es ausdrücklich aus und es ist schon begrifflich gleichgültig, auf welche Dauer das Amt übertragen wird, ob auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig. Ob, als zur Klasse der vorläufig Angestellten gehörend, auch diejenigen Personen Beamte sind, welche nur auf Probe oder im Stadium der Vorbereitung für ein Amt beschäftigt werden, läßt sich allgemein weder bejahen noch mit Binding Lehrb. II 387 insbesondere für die im Stadium der Ausbildung Beschäftigten verneinen, denn es kommt eben darauf an, ob sie angestellt, also unter eigener Verantwortung zur Ausübung dienstlicher Funktionen für staatliche Zwecke berufen sind: Frank N. III 2, Olshausen N. 4, 9 Abs. 2. Z. B. in Preußen sind die Gerichtszeeferendare während ihrer Tätigkeit bei den Gerichten unabweislich Beamte. Wird ein Nichtbeamter nur zu einer ganz vereinzelten Dienstleistung herangezogen, die an sich einem Beamten obliegt, z. B. im Fall: StP.D. § 185, MitStP.D. § 163, so wird regelmäßig die Anstellung fehlen: Frank N. III 3, Hälshner II 1033.

c) Gleichgültig ist, ob das Dienstverhältnis einen Anspruch auf Vergütung gewährt, und, wenn dies der Fall, ob auf ein festes Gehalt oder auf eine Vergütung nach Maßgabe der geleisteten Dienste, oder ob der Beamte, wie z. B. die Notare, auf den Bezug von Gebühren für die einzelnen Leistungen angewiesen ist: Binding Lehrb. II 383, Frank N. III 5, Hälschner II 1031, Olshausen N. 10; RG. 18./3. 80 C. 1 327, 19./3. 97 C. 30 29.

d) Ebenso ist es gleichgültig, ob die Amtsausübung den wesentlichen Lebensberuf ausmacht oder, wie z. B. vielfach von Amtsanwälten und Postagenten, nur als Nebengeschäft betrieben wird: Frank N. III 4, Hälschner II 1031, Olshausen N. 11.

e) Da in § 359 keine bestimmte Form der Anstellung verlangt, negativ nur die Ableitung eines Dienstweides für unerheblich erklärt wird, so genügt die formlose Anstellung und ist die Erteilung einer Bestallung, ist eine vorgängige, zumal eidliche oder eidesstattliche, Verpflichtung nicht erforderlich: RG. 1./2. 87 C. 15 244, 8./2. 95 C. 26 437. Jedoch nur im allgemeinen, nicht aber, wenn nach dem sonstigen Reichs- oder Landesrecht für die Kategorie der Beamten, um welche es sich handelt, die rechtliche Wirksamkeit der Anstellung ausdrücklich von einer besonderen Verpflichtung abhängig gemacht ist: Binding Lehrb. II 384, Frank N. II Abf. 1, Olshausen N. 5b Abf. 1, 3. Z. B. die Bahnbeamten erlangen die Eigenschaft öffentlicher Polizeibeamten erst durch die Vereidigung. In Preußen werden die Vollziehungsbeamten des Verwaltungszwangsverfahrens erst durch die Vereidigung zur Vornahme von Pfändungen zuständig: RG. 29./6. 06 C. 39 95. Ebenso haben in Bayern die zur Handhabung der Ortspolizei bestellten Bediensteten den amtlichen Glauben erst dann zu beanspruchen, wenn sie von der Distriktsverwaltungsbehörde verpflichtet sind: RG. 20./6. 88 C. 18 37. Die Vorschrift des Reichs-Beamtengesetzes § 3, daß die Reichsbeamten vor dem Dienstantritt eidlich zu verpflichten sind, ist für die Annahme der Beamteneigenschaft nicht entscheidend: Binding Lehrb. II 384 N. 1, Frank N. II Abf. 4, Olshausen N. 5b Abf. 2. Dasselbe gilt in Preußen für die von dem Landrat beständigen Jagdaufseher: RG. 26./4. 10 C. 43 361, und in Bayern für die — handgelübblich zu verpflichtenden — Leichenhauer: RG. 3./5. 88 C. 17 406.

5. Der rechtliche Irrtum des Täters über das Vorhandensein seiner Beamtenqualität ist gleich einem tatsächlichen im Sinne des § 59. Bestreitet der Täter seine Amtseigenschaft, so ist seine Kenntnis derselben ausdrücklich festzustellen. Es genügt, wenn er diejenigen Umstände gekannt hat, aus denen die rechtliche Folgerung seiner Beamteneigenschaft abgeleitet ist.

6. Die Ergebnisse der Rechtsprechung des RG. und, auch aus der Zeit vor 1879, der Landesgerichte sind zusammengestellt von Olshausen, Oppenhoff-Delius und Müldorff-Stenglein. Schon vor mehr als einem Menschenalter ist dies von Schüpe 524 N. 9 zutreffend eine „Danaidenarbeit“ genannt worden. Vgl. auch die Generalregister der Sammlung der reichsgerichtlichen Entscheidungen.

Neunundzwanzigster Abschnitt.

Übertretungen.

1. Während das preussische Strafgesetzbuch die einzelnen Übertretungen und die für sie geltenden allgemeinen Bestimmungen in einem eigenen, dritten Teil zusammenfaßte, stellt unser StGB. die einzelnen Übertretungen — vgl. freilich § 111 — in den Schlußsatz seines Besonderen Teils. Hieraus ergibt sich, daß die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1—79, soweit nicht Abweichungen getroffen sind, auch auf die Übertretungen Anwendung finden. Folgende Abweichungen sind getroffen:

- a) Im Auslande begangene Übertretungen sind nur zu bestrafen, wenn es durch besondere Gesetze oder Verträge angeordnet ist (§ 6);
- b) der Mindestbetrag der Geldstrafe ist Eine Mark (§ 27);
- c) eine nicht bezutreibende Geldstrafe wird in Haft umgewandelt (§ 28); wobei
- d) der Betrag von 1—15 Mark einer eintägigen Freiheitsstrafe gleichsteht (§ 29);
- e) Ehrenstrafen sind ausgeschlossen (§§ 31, 32, 35);
- f) Einziehung ist allgemein unstatthaft (§ 40); in den Ausnahmefällen der §§ 360 Abf. 2, 367 Abf. 2, 369 Abf. 2 ist sie in den beiden ersten Fällen statthaft, auch wenn der Gegenstand dem Verurteilten nicht gehört, im dritten obligatorisch;
- g) Versuch (§ 43), Beihilfe (§ 49) und Begünstigung (§ 257) sind straflos;
- h) die Strafverfolgung verjährt in drei Monaten (§ 67), die Strafvollstreckung in zwei Jahren (§ 69);
- i) Realkonkurrenz ist ausgeschlossen (§ 74; vgl. §§ 77, 78).

2. Eine Anzahl Bestimmungen sind sog. Blankettgesetze, setzen also voraus, daß außerhalb des StGB. ein strafrechtliches Gebot oder Verbot — nicht zu verwechseln mit dem polizei-

lichen Exekutivzwang! — besteht, und haben nur die Bedeutung einer Abgrenzung des Strafmaßes.

3. Das Amt der Polizei ist, „die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publika oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen“ (Allgem. Landrecht § 10 II 17). Dieselbe Aufgabe hat sich unverkennbar dem Gesetzgeber auch bei dem Erlaß einer Reihe Strafbestimmungen, und zwar besonders in Abschn. 29, gesetzt. In diesen Fällen spricht man vielfach von polizeilichem Unrecht und nennt die betr. Delikte Polizeidelikte; der wahrhaft tolle Ausdruck „Polizeirichter“ ist glücklicherweise ganz außer Gebrauch gekommen. Darüber aber, was unter polizeilichem Unrecht im Gegensatz zum kriminellen, unter Polizeidelikt im Gegensatz zum Rechtsdelikt zu verstehen sei, herrscht alles Andere eher als Übereinstimmung. Nach der einen Ansicht ist kriminelles Unrecht die Verletzung oder Gefährdung bestimmter Rechtsgüter, polizeiliches der Ungehorsam gegen staatliche Verbote oder Gebote, aber auch jeder Strafsatzung liegt ein Verbot oder Gebot zu Grunde, und der Ungehorsam dagegen ist eben das Delikt. Andere sprechen von einem Polizeidelikt, wenn eine bestimmte Art von Tätigkeit deshalb mit Strafe bedroht ist, weil sie erfahrungsgemäß die konstante Möglichkeit schädlicher Erfolge an sich trägt, aber auch das Strafrecht kennt keine Delikte, bei welchen ein schädlicher Erfolg unmöglich ist, der Unterschied wäre somit nicht ein begrifflicher, sondern nur ein quantitativer. Nach einer dritten Ansicht ist Polizeidelikt Störung der guten Ordnung des Gemeinwezens, aber auch das Strafrecht ist ein Inbegriff von Bestimmungen über die zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung notwendige Abwendung gewisser Handlungen. Frank Abschn. 29 N. I erklärt für Polizeidelikte solche Delikte, deren Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert, ohne aber diese „allgemeine Sorgfalt“ zu definieren. Vgl. die Übersicht der verschiedenen Ansichten bei Frank a. a. O., der selbst zugibt, daß eine endgültige Lösung der Frage nur durch einen Willensakt der Gesetzgebung zu erreichen sein werde. Bis ein solcher Willensakt vorliegt, ist daran festzuhalten, daß das geltende Strafrecht nur kriminelles, nicht polizeiliches Unrecht, nur Rechts-, nicht Polizeidelikte kennt und nennt. Dies ist insbesondere für die Übertretungen von Wichtigkeit, weil somit für sie — vgl. oben § 59 N. 10 — die Schuldfrage ebenso zu beantworten ist wie bei dem Verbrechen und Vergehen.

a) Erforderlich ist stets ein Verschulden, also Dolus oder culpa. Dieser Satz ergibt sich schon aus § 59 und gilt für alle reichs- und landesrechtlichen Übertretungen. Wegen einer scheinbaren Ausnahme vgl. § 59 N. 11 Abs. 1.

b) Die allgemeinen Grundsätze über Ausschluß oder Milderung der Strafe finden auf die Übertretungen unbeschränkte Anwendung. Daß bei keiner einzigen Übertretung mildernde Umstände zugelassen sind, rechtfertigt sich dadurch, daß bei allen schon bei Einhaltung des ordentlichen Strafrahmens auf das Strafminimum erkannt werden kann.

c) Bei keiner Übertretung des Abschn. 29 wird die Schuldform, ob Dolus erforderlich oder auch Fahrlässigkeit genügt, genannt. Somit ist es Sache der Auslegung, festzustellen, welche Schuldform das Gesetz hat treffen wollen, ob also auch ein fahrlässiges Handeln gegen das Gesetz verstößt. Letzteres ist als Regel anzunehmen bei den Unterlassungen. Wo ein Zweifel bleibt, ist die Fahrlässigkeit für straflos zu erachten. Vgl. § 59 N. 10 Abs. 3.

Hiermit stimmen überein Binding Grundriß 124 und Lehrb. I 407, II 496, 681, Meyer-Alfeld 148 N. 10, Rüdorff-Stenglein Abschn. 29 N. 3, Wachenfeld HSt. II 266 (verlangt allgemein ausdrückliche Bedrohung der Fahrlässigkeit), v. Wächter 143. Dagegen erklären teils bei ihren sog. Polizeidelikten, teils bei allen Übertretungen auch die Fahrlässigkeit für strafbar Bener 131, Birkmeyer Enzykl. 1129 („im Zweifel“), Frank Abschn. 29 N. 2, v. Liszt 184 N. 4, Merkel 416, Olshausen Abschn. 29 N. 2 Abs. 2, Schütze 129.

d) Die Rechtswidrigkeit ist die Voraussetzung jedes Delikts, auch der Übertretungen. Wird in einer Reihe Fälle der Begriff der Widerrechtlichkeit ausdrücklich in den Deliktbegriff aufgenommen (ohne Erlaubnis, unbefugt, ohne Vorwissen der Behörde u. a.), so bezieht sich dies Erfordernis nicht auf die objektive Widerrechtlichkeit, sondern auf das Bewußtsein des Mangels einer subjektiven Berechtigung. Fehlt dieses Bewußtsein, so kann wegen Dolus überhaupt nicht, und wegen Fahrlässigkeit nach § 59 Abs. 2 nur dann gestraft werden, wenn die Unkenntnis selbst durch Fahrlässigkeit verschuldet ist; die Unkenntnis gilt als Tatirrtum. Der Richter hat daher, auch wenn sich der Täter nicht auf Unkenntnis berufen hat, die Unkenntnis bzw. die Fahrlässigkeit der Unkenntnis ausdrücklich festzustellen. Ist die Übertretungshandlung begrifflich eine dolose, so darf nicht, wie Olshausen will, wegen der Möglichkeit der Fahrlässigkeit der Unkenntnis die Übertretung auch als eine wegen Fahrlässigkeit strafbare angenommen werden, denn es ist eine ungebührliche Ausdehnung des Begriffs der culpa, jedes Delikt lediglich wegen der Unachtsamkeit auf Gebot oder Verbot für ein auch culpaß begehbares zu erklären.

4. Nur die einzelnen bestimmten, in sich begrenzten Tatbestände sind Materien im Sinne GG. § 2, nicht aber der ganze Abschn. 29. Vgl. oben GG. § 2 N. 7 Abs. 4.

§ 360.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertundfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne besondere Erlaubnis Risse von Festungen oder einzelnen Festungswerken aufnimmt oder veröffentlicht;

1. Die Festungen und Festungswerke müssen gemäß der ersichtlichen Tendenz des Gesetzes deutliche sein: Berner 687, Binding Lehrb. II 492, Galschner II 1000, v. Liszt 608, Olshausen N. 1a, Rüdorff-Stenglein N. 1. Riß ist jede graphische Darstellung, sei es auch nur der äußeren Kontur nach ohne Eingehen in das Detail: Frank N. I, Olshausen N. 1e, Rüdorff-Stenglein a. a. D. Der Riß ist veröffentlicht, wenn er dem Publikum, also unbestimmt welchen und wie vielen Personen zugänglich gemacht ist; eine Mitteilung an eine oder mehrere bestimmte Personen gehört nicht hierher: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 1d, Oppenhoff-Delius N. 3.

2. Die Veröffentlichung wird straflos nur durch die von der zuständigen Militärbehörde zu erteilende besondere Erlaubnis. Ob die Zeichnung militärische Bedeutung hat, hat der Richter nicht zu prüfen: Olshausen N. 1e, Rüdorff-Stenglein N. 1.

3. Das Delikt erfordert Vorlag: Binding Lehrb. II 492, Rüdorff-Stenglein N. 1; a. M. Frank N. I und Olshausen N. 1f.

4. Soll durch die Handlung ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitet werden, so findet § 86, und ist die Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung erforderlich, das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juli 1893 (Reichs-Gesetzbl. 205) Anwendung.

2) wer außerhalb seines Gewerbebetriebes heimlich oder wider das Verbot der Behörde Vorräte von Waffen oder Schießbedarf auffammelt;

5. Die Waffen sind, was schon die Zusammenstellung mit dem Schießbedarf ergibt, ebenso wie bei dem Delikt des § 127 im technischen Sinn zu nehmen: Binding Lehrb. II 903, Merkel N. S. IV 407, Olshausen N. 2b, Oppenhoff-Delius N. 7; RG. 22./11. 88 C. 18 367. Wegen des Vorrats vgl. § 308 N. 2f Abs. 1. Erforderlich ist die Bestimmung zum Gebrauch, somit die Waffensammlung eines Liebhabers kein Vorrat von Waffen: Berner 688, Binding und Olshausen a. a. D., Frank N. II, v. Liszt 562, Rüdorff-Stenglein N. 2. Ebenso fällt nicht unter die Bestimmung das Ansammeln innerhalb des Gewerbebetriebes. Endlich muß das Ansammeln heimlich, d. h. unter gebliffentlichem Vermeiden der Öffentlichkeit oder Erkennbarkeit, oder wider das Verbot einer zuständigen Behörde geschehen.

6. Das Delikt erfordert Dolus: Binding Lehrb. II 903 („präsumtive Vorbereitungs- resp. Gefährdhandlung“), Oppenhoff-Delius N. 8a, Rüdorff-Stenglein N. 2; a. M. beim Handeln wider Verbot Frank N. II und Olshausen N. 2e.

3) wer als beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr ohne Erlaubnis auswandert, ebenso wer als Ersatzreservist erster Klasse auswandert, ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben;

7. Nach der gegenwärtigen Militärgesetzgebung bedürfen einer Erlaubnis zum Auswandern die beurlaubten Reservisten, die Ersatzreservisten und die Wehrmänner 1. Aufgebots, sind zur vorherigen Anzeige verpflichtet die Wehrmänner 2. Aufgebots. Eine Ergänzung dieser Strafbestimmung gibt § 140 Nr. 2, 3.

Wegen des Auswanderns vgl. § 140 N. 3.

8. Das Auswandern ohne Erlaubnis ist ein Dauerdelikt, die Verjährung beginnt also mit der Einholung der Erlaubnis, mit der Rückkehr, mit der Beendigung der Wehrpflicht, insbesondere dem Verlust der Staatsangehörigkeit, vgl. § 140 N. 7 und Olshausen N. 3d a, Frank N. III 1; a. M., weil die materielle Verletzung der Wehrpflicht fehle, Binding Lehrb. II 691 N. 3 und Oppenhoff-Delius N. 17. Kein Dauerdelikt ist dagegen das Auswandern ohne Anzeige, weil den Wehrmännern 2. Aufgebots das Auswandern an sich nicht verboten ist: Olshausen N. 3d f und Oppenhoff-Delius a. a. D.; a. M., nämlich für ein Dauerdelikt, so lange, bis die Militärbehörde Kenntnis erlangt, Frank N. III 2.

9. Das Delikt erfordert Dolus: Binding Lehrb. II 691, Frank N. III Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 16, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abs. 2; a. M. Olshausen N. 3e.

- 4) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- oder Papiergeld, oder von solchen Papieren, welche nach § 149 dem Papiergelde gleich geachtet werden, oder von Stempelpapier, Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphenwertzeichen, öffentlichen Bescheinigungen oder Beglaubigungen dienen können, anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

10. Strafbar ist sowohl das Anfertigen als auch das Verabfolgen. Vorausgesetzt ist, daß der Täter ohne schriftlichen — auch telegraphischen — Auftrag einer Behörde, also eines zur Realisierung der staatlichen Zwecke unter öffentlicher Autorität berufenen unmittelbaren oder mittelbaren Organs des Staates handelt. Daß die Behörde zur Erteilung des Auftrages zuständig sei, ist nicht erforderlich: Frank N. IV, Olshausen N. 4 und 5b: a. M. Oppenhoff-Delius N. 21. „Die“ Behörde ist die bestellende.

11. Die Stempel, Siegel usw. brauchen keine inländischen zu sein. Siegel ist das Werkzeug, mittels dessen der Abdruck eines Zeichens in einem weichen Körper erfolgt: RG. 22./12. 80. Ob die Dienlichkeit durch Mängel der Anfertigung aufgehoben wird, ist Tatfrage: Olshausen N. 4 und 5c Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 7.

12. Strafbar ist auch die Fahrlässigkeit, so, wenn der Täter in unentschuldbarer Weise annimmt, daß ihm der erforderliche Auftrag erteilt oder der „Anderer“ ein Vertreter oder Bevollmächtigter der bestellenden Behörde sei: Binding Lehrb. II 337, Frank N. IV, Olshausen N. 4 und 5c, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2. Mit Recht verlangt Binding gegen Frank und Olshausen, daß der Täter, um überhaupt strafbar zu sein, die Dienlichkeit der Formen zu dem im Gesetz bezeichneten Zwecke kennt; jedenfalls bei dem Verabfolgen ist diese Kenntnis gar nicht zu umgehen.

13. Die Strafbestimmung ist eine subsidiäre. Handelt der Täter zum Zweck eines Münz- oder Urkundendelikts, so treten die auf diese gesetzten Strafen ein: Frank N. IV, Hälschner II 584, Olshausen N. 4 und 5a.

Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911 (Reichs-Gesetzbl. 509):

§ 1499.

„Wer ohne schriftlichen Auftrag einer Versicherungsanstalt oder einer Behörde Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, die zur Herstellung von Marken dienen können, oder Abdrücke solcher Formen anfertigt, sich verschafft oder einem anderen als der Versicherungsanstalt oder der Behörde überläßt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertundfünfzig Mark oder mit Haft bestraft.

„Neben der Geldstrafe oder Haft kann auf Einziehung der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder Formen erkannt werden, auch wenn sie dem Verurteilten nicht gehören.“

Wörtlich dieselbe Bestimmung enthält Versicherungs-gesetz für Angestellte v. 20. Dez. 1911 § 357 (Reichs-Gesetzbl. 989), nur daß statt „Versicherungsanstalt“ die Reichsversicherungsanstalt genannt ist, also in Zeile 1 statt „einer Versicherungsanstalt“ „der Reichsversicherungsanstalt“ steht.

- 5) wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde den Abdruck der in Nr. 4 genannten Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder Formen, oder einen Druck von Formularen zu den daselbst bezeichneten öffentlichen Papieren, Beglaubigungen oder Bescheinigungen unternimmt, oder Abdrücke an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;

14. Allgemein, z. B. von Frank N. V und Olshausen N. 4 und 5d, wird Unternehmen hier in dem Sinne des § 105 — vgl. daselbst N. 3 — aufgefaßt, wonach es auch den Versuch umfaßt. Aber daß es sich bei dem Verabfolgen nicht um einen bloß versuchten Abdruck handelt, kann nicht bezweifelt werden, und eine Vergleichung mit Nr. 4 führt dazu, das „unternimmt“ mit v. Liszt 529 als „anfertigt“ zu verstehen. Es liegt somit nur eine sprachliche Abweichung von Nr. 4 vor: „wer den Abdruck usw. anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt“. „Abdrücke“ umfaßt auch die gedruckten Formulare.

Zu übrigen greifen die Ausführungen zu Nr. 4 Maß.

Vgl. Nr. 4 N. 13.

- 6) wer Waren-Empfehlungskarten, Ankündigungen oder andere Drucksachen oder Abbildungen, welche in der Form oder Verzierung dem Papiergelde oder den dem Papiergelde nach § 149 gleich geachteten Papieren ähnlich sind, anfertigt oder verbreitet, oder wer Stempel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von solchen Drucksachen oder Abbildungen dienen können, anfertigt;

15. Zum Schutz des Münzwesens wird hier die Anfertigung und Verbreitung der sog. Blüten und die Anfertigung der zu ihrer Anfertigung dienlichen Stempel usw. bedroht. Abbildung im Sinne des Gesetzes ist auch die photographische. Die Ähnlichkeit ist Tatfrage. Ähnlichkeit mit einer bestimmten Art von Wertpapieren ist nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn die Drucksache oder Abbildung in der Form oder in der Verzierung Merkmale aufweist, wie sie sich im allgemeinen bei den Wertpapieren finden. Auch die beiderseitigen Abbildungen in numismatischen Werken können unter die Strafbestimmung fallen: Frank N. VI, Dshausen N. 6b; a. M. Berner 689, Oppenhoff-Delius N. 20, Rüdorff-Stenglein N. 10. Wegen des Verbreitens vgl. § 110 N. 5b, wonach die Hingabe nur eines Exemplares nicht genügt; a. M. Berner 689.

16. Erforderlich ist Dolus, insbesondere muß der Täter die Ähnlichkeit oder Dienlichkeit kennen: Binding Lehrb. II 337 N. 2; auch wegen Fahrlässigkeit wollen strafen Frank N. VI, Dshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 10 Abs. 1 (N. 6 Abs. 2).

— Vgl. Ges., betr. den Schutz des zur Anfertigung von Reichskassenscheinen verwendeten Papiers gegen Nachahmung, v. 26. Mai 1885 (Reichs-Gesetzbl. 165).

- 7) wer unbefugt die Abbildung des kaiserlichen Wappens oder von Wappen eines Bundesfürsten oder von Landeswappen gebraucht;

17. Vgl. die beiden kaiserl. Erlasse vom 3. Aug. 1871 (Reichs-Gesetzbl. 318) und 16. März 1872 (Reichs-Gesetzbl. 90) und die Bekanntmachung v. 11. April 1872 (Reichs-Gesetzbl. 93). Danach ist der Gebrauch und die Abbildung des kaiserl. Adlers, jedoch mit Ausschluß der Form des Wappenschildes, allen deutschen Fabrikanten zur Bezeichnung ihrer Waren und Etiketten gestattet. Landeswappen sind nur die Wappen deutscher Bundesstaaten: Binding Lehrb. II 507, Frank N. VII, Dshausen N. 7c, Rüdorff-Stenglein N. 11, v. Schwarze N. 7; RW. 3./12. 00 C. 34 26. Durch kleine Abänderungen wird die Strafbarkeit nicht wegfällig: Binding a. a. D., Dshausen N. 7d, Oppenhoff-Delius N. 33b.

18. Es handelt sich hier um die Annahme des Gebrauchs von Staatsymbolen. Erforderlich ist daher Dolus, insbesondere das Bewußtsein der Unbefugtheit: Binding Lehrb. II 507, Frank N. VII, Hälshner I 319 N. 1, Dshausen N. 7a, Oppenhoff-Delius N. 33e.

— Vgl. Ges. zum Schutz des Genfer Neutralitätszeichens v. 22. März 1902 (Reichs-Gesetzbl. 125).

- 8) wer unbefugt eine Uniform, eine Amtskleidung, ein Amtszeichen, einen Orden oder ein Ehrenzeichen trägt, oder Titel, Würden oder Adelsprädikate annimmt, ingleichen wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient;

19. Das Gesetz bedroht zunächst das unbefugte Tragen einer Uniform, Amtskleidung, Amtszeichens, Ordens oder Ehrenzeichens. Das Tragen nicht bloß der inländischen, sondern auch der ausländischen Uniform usw.: Binding Lehrb. II 513, Frank N. VIII 1, Rüdorff-Stenglein N. 13, v. Schwarze N. 8; zustimmend wegen der Orden und im übrigen a. M. Dshausen N. 8b Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 38. Kleine Abweichungen sind unerheblich, dagegen gehören Phantasi-Uniformen und Orden nicht hierher: Binding Lehrb. II 513, Frank und Dshausen a. a. D.; a. M. Rüdorff-Stenglein a. a. D. Tragen ist nicht identisch mit Anlegen, sondern setzt regelmäßig ein fortgesetztes Verhalten voraus. Das Tragen ist unbefugt, wenn es nicht von der staatsrechtlich zuständigen Stelle genehmigt oder befohlen ist. Ein Verstoß gegen Vorschriften des inneren Dienstes (z. B. bei Reserve- und Landwehroffizieren) ist nur disziplinarisch zu ahnden: Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 42; a. M. Frank a. a. D. Dagegen macht sich der Zuländer strafbar, der ohne die nach dem geltenden Staatsrecht erforderliche Erlaubnis einen ausländischen Orden annimmt: Frank und Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 38.

Das Tragen eines einzelnen Stückes der Uniform und Amtskleidung, z. B. der Dienstmütze, kann Tragen eines Amtszeichens sein: Berner 689, Frank a. a. D., Dshausen N. 7b 4, Oppenhoff-Delius N. 43, während nach Rüdorff-Stenglein a. a. D. es überhaupt nicht strafbar

ist. Die Tracht des Geistlichen ist keine Amtskleidung: Binding Lehrb. II 512 Nr. 7, Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 43. Nicht zu den Orden und Ehrenzeichen gehört die Nationalfokarde, deren unbefugtes Tragen aber landesrechtlich strafbar sein kann.

20. Bestraft wird ferner, wer unbefugt Titel, Würden oder Adelsprädikate annimmt. Auch hier ist kein Unterschied, ob der Titel usw. ein in- oder ausländischer, und handelt der Fälscher, also den Widerspruch unterläßt: Frank N. VIII 2 Abs. 2, Dshausen a. a. D. Vorausgesetzt ist also eine eigene Tätigkeit, welche aber schon dadurch gegeben sein kann, daß Jemand, ohne sich selbst den Titel beizulegen, den Glauben erweckt, er komme ihm zu, und dadurch Andere zu solcher Anechtung bestimmt: RG. 16./6. 00 C. 33 105. Dem Annehmen steht gleich das Weiterführen nach eingetretene Verlust, z. B. durch Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, oder wenn ein Offizier mit schlechtem Abschied, der bürgerliche Beamte disziplinarisch entlassen wird („a. D.“). Der Dokortitel wird nur für eine bestimmte Fakultät verliehen, aber es kann nicht als unbefugt gelten, wenn er ohne Bezeichnung der Fakultät (philos., jur.) gebraucht wird. Dagegen ist es unbefugt, ihn allgemein zu führen, obgleich sein Umfang dem deutschen Dokortitel nicht entspricht (z. B. der ausländische Dr. of dental surgery): Dshausen a. a. D.; bedenklich Frank N. VIII 2a. Ist der Titel einmal verliehen, so wird er auch dann befugt geführt, wenn die Voraussetzungen, unter denen er verliehen wurde, nicht zutreffen, z. B. der Dokortitel auf Grund einer von einem Anderen verfaßten Abhandlung erworben ist; anders natürlich im Fall des § 34 Nr. 3. Ohne Einfluß ist es, wenn dem Verleihenden Institute die Befugnis zur Verleihung nachträglich entzogen wird. Den Ehefrauen steht zwar kein gegen Dritte verfolgbares Recht auf Führung des ehemännlichen Titels zu, aber die Befugnis zur Führung ist jedenfalls in Deutschland durch jahrhundertlang bestehende Anschauung, Sitte und Übung anerkannt, fällt jedoch weg, sobald das Recht des Mannes auf den Titel erloschen ist.

Unter Titel sind nur solche Bezeichnungen zu verstehen, welche durch höhere Verleihung von Staatswegen erworben werden oder mit einer bestimmten Rangstellung verknüpft sind, deren Träger, wenn sie auch keine Beamten sind, mindestens dem Publikum gegenüber ein öffentlich-rechtliche Stellung im Leben einnehmen; RG. 2./5. 04 C. 37 175. Der Titel ist entweder als Amtstitel Benennung eines Amtes, wird mit der und durch die Verleihung des Amtes erworben, z. B. Amtsrichter, Konsistorialrat, Oberst, oder wird als Ehrentitel lediglich zur Auszeichnung verliehen, z. B. Amtsgerichtsrat, Oberkonsistorialrat, Kommerzienrat. Oder er ist Berufstitel, z. B. Rechtsanwalt (RG. 31./5. 01 C. 34 271, 2./5. 04 C. 37 175), Privatdozent, in Preußen Prozeßagent. Auch geistliche Titel sind Titel im Sinne der Nr. 9: Frank N. VIII 2 Abs. 1, Dshausen N. VIII c a, Rüdorff-Stenglein N. 12; a. M. Binding Lehrb. II 512 Nr. 7 und Oppenhoff-Delius N. 47, sind es jedenfalls dann, wenn sie vom Staat als Ehrentitel verliehen werden, z. B. in Preußen der Titel Pastor an ältere Seminarlehrer mit theologischer Vorbildung. Dagegen ist kein Titel der sog. Hoflieferantentitel, denn der Monarch oder ein anderes Mitglied des regierenden Hauses oder der Fürst von Hohenzollern (Frank: „der Hof“) verliehen zwar diesen Titel, aber ihre Verleihung ist keine staatliche: Rüdorff-Stenglein N. 12; wenn Frank N. VIII 2a und Dshausen N. 8c a es gleichwohl behaupten, so haben sie wohl niemals ein Hoflieferanten-Diplom gesehen. Keine Titel sind endlich solche Bezeichnungen, welche auf eine selbstgewählte Lebensstellung verweisen, mit keiner öffentlichen Befugnis verknüpft sind, wie Masseur (RG. 2./5. 04 C. 37 175), Lehrer, Versicherungsinspektor, Bankdirektor, Generalagent: Frank N. VIII 2a Abs. 2, Dshausen N. 8c β Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 12. Die unbefugte Benennung als Arzt ist nach GewD. § 147 Nr. 3 strafbar.

Würde ist eine Ehrenstellung innerhalb einer staatlichen oder unter staatlicher Autorität stehenden Gemeinschaft: Frank N. VIII 2b, Dshausen N. 8c β Abs. 1.

Ein Adelsprädikat ist das „von“, freilich nicht immer, da es z. B. in den Provinzen Schleswig-Holstein und Hannover nichtadlige Familien gibt, zu deren Namen das „von“ gehört. Kein Adelsprädikat ist das Wort „van“, dessen Umwandlung in „von“ jedoch unbefugt ist. Ebenso handelt unbefugt, wer den seinem Vater nur persönlich verliehenen Adel oder höheren Adelsittel annimmt. Die Entscheidung darüber, ob das Adelsprädikat mit Recht geführt wird, steht dem Gericht zu, ohne daß dieses an die Entscheidung einer Adelsbehörde gebunden ist: Frank N. VIII c, Dshausen N. 8c γ. Für Preußen behauptet RG. 19./11. 09 C. 43 33 das Gegenteil, aber das preussische Heroldsamt ist — das RG. erledigt diese Frage bejahend in drei Zeilen! — keine Staatsbehörde, steht zu dem Monarchen in demselben Verhältnis wie z. B. das Notariatsbureau zum Notaren, seine Aussprüche sind nur außergerichtliche Zeugnisse oder Gutachten. Vgl. Schwarz, Die Gebührenbefugnis des Preussischen Heroldsamtes, Arch. f. Öffentl. Recht XXVI 307.

21. Bestraft wird endlich, wer sich einem zuständigen Beamten gegenüber eines ihm nicht zukommenden Namens bedient. Zuständig ist derjenige Beamte (§ 359), welcher auf Grund der staatlichen Autorität kraft seiner amtlichen Stellung und Wirkfamkeit das Recht hat, den Namen der ihm bei Ausübung seines Dienstes gegenüberstehenden Person festzustellen: RG. 9./2. 88 G. 17 224. Z. B. der Bahnbeamte in Ausübung der Bahnpolizei (RG. 10./4. 80), ein Standesbeamter (RG. 4./6. 91 G. 22 60), ein Reichstags-Wahlvorsteher (RG. 10./6. 07 G. 40 201), nicht aber der eine Depesche aufnehmende Telegraphenbeamte (RG. 15./5. 80) oder eine Postsendung bestellende Briefträger (RG. 9./2. 88 G. 17 224). Des Namens bedient sich — einerlei ob auf Befragen oder spontan —, wer den Glauben erwecken will, er selbst führe den Namen. Da es sich um einen Eingriff in die staatliche Verwaltung handelt, ist der Tatbestand auch dann gegeben, wenn es überhaupt keinen berechtigten Träger des falschen Namens gibt: Olshausen N. 8a, Oppenhoff-Delius N. 56, oder wenn der berechtigte Träger seine Zustimmung erteilt hat: Olshausen N. 8d a, Oppenhoff-Delius a. a. D. Zu dem Namen gehört auch der Vorname: Binding Lehrb. II 748 N. 1, Frank N. VIII 3, Olshausen N. 8d a, Oppenhoff-Delius N. 58 und RG. 17./9. 97 G. 30 230; a. M. v. Schwarze N. 8. Ebenso das Adelsprädikat (vgl. § 33 N. 2 Abj. 1), sodaß dessen Weglassung eine Namensänderung ist. Der richtige Name wird dadurch nicht zu einem nicht zukommenden, daß hinsichtlich des Standes, Wohnortes, Namens der Eltern falsche Bezeichnungen zugesügt werden: RG. 4./6. 91 G. 22 60.

22. Das Delikt ist eine Rechtsanmaßung, bei der falschen Namensführung zugleich ein Eingriff in die staatliche Verwaltung. Daher kann es nur vorsätzlich begangen werden: Binding Lehrb. II 512, 748, Frank N. VIII Abj. 1, Hälschner I 319 N. 1, Olshausen N. 8o Abj. 1, Rüdorff-Stenglein N. 15; RG. 16./6. 00 G. 33 105. Der Dolus fehlt, wenn der Täter gar nicht täuschen will, z. B. auf der Bühne, bei einer Masquerade. Die Führung eines Künstler- oder Schriftstellernamens ist für eine gewohnheitsrechtlich erlaubte zu erachten.

23. Nach den vom Gesetz gebrauchten Ausdrücken erfüllt ein vorübergehender Gebrauch den Tatbestand nur dann, wenn dadurch der Glaube an eine Berechtigung erweckt werden soll, begründet somit ein wiederholter Gebrauch regelmäßig keine Realkonturrenz: Binding Lehrb. II 749, Frank N. VIII 2 Abj. 2, Olshausen N. 8i; a. M. Oppenhoff-Delius N. 40.

24. Die Materie der falschen Führung eines Namens ist nicht vollständig geregelt, somit eine weitergehende landesgesetzliche Bestimmung zulässig: Binding Handb. I 322, Frank N. VIII 3, Olshausen N. 8a; zweifelhaft Hälschner II 461 N. 3.

9) wer gesetzblichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Witwenkassen, Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen oder Fristen, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten;

25. Ein sog. Blankettgesetz, welches die Existenz reich- oder landesgesetzlicher Bestimmungen voraussetzt, nach welchen die genannten Klassen usw. nur mit Genehmigung der Staatsbehörden errichtet werden dürfen: Berner 690, Frank N. IX, Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 66, Rüdorff-Stenglein N. 16. Erforderlich ist Einzahlung und Auszahlung von Geld, sodaß das Delikt nicht vorliegt, wenn die Kasse usw., statt Einzahlungen zu fordern, auf Wohlthätigkeit beruht, oder wenn sie, statt Auszahlungen zu machen, sachliche oder persönliche Unterstützung leistet, z. B. ärztliche Hilfe unentgeltlich gewährt: Berner a. a. D., Olshausen N. 9c Abj. 1. Ob eine Erwerbs- oder eine gegenseitige Gesellschaft vorliegt, ist gleichgültig: Berner 691, Olshausen N. 9c. Abj. 1. Die genannten Klassen haben alle den Charakter von Versicherungsanstalten. Daher gehören Sparkassen nicht hierher: Berner 691, Frank N. IX, Olshausen N. 9c Abj. 2, Oppenhoff-Delius N. 69. Auf solche Versicherungsverträge, welche im Zusammenhange mit einem anderen Geschäft sich als Nebenabrede darstellen (z. B. Versicherung als Bestandteil eines Zeitungsabonnements), findet die Bestimmung keine Anwendung: RG. 23./9. 02 G. 35 346. Endlich ist die Nr. 9 Abj. 1. durch das Gef. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 aufgehoben, soweit sie sich auf die Versicherungsunternehmungen im Sinne dieses Gesetzes bezog: vgl. oben I 16.

26. Das Delikt erfordert Dolus; a. M. Frank N. IX und Olshausen N. 9c. Vollendet ist es mit der Errichtung d. h. Einrichtung und Inbetriebsetzung: Berner 690, Olshausen N. 9d Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 70a.

- 10) wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte;

§ 7. Vorausgesetzt ist ein Unglücksfall, eine gemeine Gefahr oder eine gemeine Not.

Der Unglücksfall muß nicht erst drohen, sondern bereits eingetreten und nicht bereits abgeschlossen sein, sondern in dem Sinne noch andauern, daß eine weitere Verletzung zu befürchten ist. Die Hilfe bei ist somit nicht identisch mit der ersten Hilfe nach dem Unglücksfall. Gleichgültig ist, ob nur eine oder mehrere Personen von dem Unglücksfall betroffen sind: Frank N. X 1a, v. Liszt 616, Olshausen N. 10b a.

Die Gefahr muß eine gemeine sein, eine gemeine Gefahr im technischen Sinne, also unbestimmt welchen und wie vielen Menschen oder Sachen drohen; vgl. Abschn. 27 N. 1 Abs. 1, 2.

Eine gemeine muß ebenfalls die Not sein. Es genügt aber nicht, daß sie droht, sondern sie muß eingetreten und eine weitere Verletzung zu befürchten sein.

Gleichgültig ist das Rechtsgut, ob Leben, Leib oder Eigentum.

Vgl. Frank N. X 1a, b, c.

28. Der Angeklagte muß zur Hilfe aufgefordert sein. Und zwar muß die Aufforderung individuell ergehen, sie verbindet nur denjenigen, an den sie persönlich gerichtet wird (vgl. unten N. 33): Frank N. X 1 Abs. 1, Olshausen N. 10c, Oppenhoff-DeLius N. 74.

29. Die Aufforderung muß von einer Polizeibehörde — oder ihrem Vertreter, z. B. einem Schutzmann — ausgehen. Erforderlich ist natürlich die Zuständigkeit der Behörde, und zwar ist diejenige Behörde zuständig, welche nach Lage der Sache einzugreifen berechtigt ist: Frank N. X 1 Abs. 1, Olshausen N. 10c.

30. Der Aufgeforderte ist nur dann zur Hilfeleistung verpflichtet, wenn er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen kann. Gefahr ist jede Gefahr, nicht bloß für Leib oder Leben, sondern auch für Eigentum: Binding Handb. I 773, Frank N. X 1 Abs. 1, Olshausen N. 10c, Oppenhoff-DeLius N. 75a; nur Gefahr für Leib oder Leben nehmen an Liszt 616 und Rüdorff-Stenglein N. 17. Die Erheblichkeit ist Tatfrage, bei deren Beantwortung sowohl die Wahrscheinlichkeit als auch die Schwere der eigenen Verletzung in Betracht zu ziehen ist: Frank N. X 2, Olshausen a. a. O. Mit Recht verlangt Frank gegen Olshausen, daß bei der Beurteilung der Schwere auch der Wert des Gutes beachtet werde, zu dessen Sicherung die Hilfeleistung verlangt wird. Ebenso darf nur das verlangt werden, was von dem Aufgeforderten gemäß seiner Individualität erwartet werden kann, z. B. von einem Krüppel, von einer an körperliche Arbeit nicht gewöhnten Dame besseren Standes nicht das Pumpen an der Feuerbrücke: Frank N. X 1 Abs. 1. Endlich kann eine Pflichtenkollision zur Ablehnung der Aufforderung berechtigen, was insbesondere dann vorliegt, wenn die Befolgung der Aufforderung mit Gefahr für einen Angehörigen verbunden ist: Frank N. X 2, Rüdorff-Stenglein N. 17; gegen die Berücksichtigung eines Angehörigen v. Liszt 616.

31. Die Entscheidung der Frage, ob die verlangte Leistung erforderlich und zu ihrem Zwecke geeignet ist, steht bei der Polizeibehörde. Alle übrigen Fragen hat der Richter zu entscheiden: Frank N. X Abs. 1, Olshausen N. 10b Abs. 3c, d, f, Rüdorff-Stenglein N. 17.

32. Das Delikt, ein echtes Ungehörigkeitsdelikt, erfordert Dolus: Binding Lehrb. II 743, Rüdorff-Stenglein N. 18. N. M. nach dem Gesichtspunkt der Unterlassung Frank N. X Abs. 2 und Olshausen N. 10g.

33. Nicht unter Nr. 10 fallen, sind also nicht aufgehoben diejenigen landesrechtlichen Vorschriften, nach welchen ohne persönliche Aufforderung bei gewissen Unglücksfällen oder Gefahren gewisse Personen allgemein zur Dienstleistung oder zu gewissen Leistungen verpflichtet sind: Berner 691, Frank N. X Abs. 3, v. Liszt 616, Olshausen N. 10h, Oppenhoff-DeLius N. 77, 79, 80. Vgl. außerdem Postgef. v. 28./10. 71 § 21 und Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 N. 9.

- 11) wer ungebührlicher Weise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt;

34. Die beiden in dieser Nummer zusammengefaßten Delikte hängen auch innerlich eng zusammen.

a) Zunächst sind die Begriffe „ruhestörender Lärm“ und „grober Unfug“ nicht streng geschieden, weil in zahlreichsten Fällen ruhestörender Lärm sich auch als grober Unfug charakterisiert.

b) Gemeinsam ist ihnen, daß in der durch sie hervorgerufenen Belästigung oder Gefährdung zugleich eine Verletzung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung zur

Erscheinung kommt, und daß das personelle Angriffsobjekt das Publikum in seiner unbestimmten Allgemeinheit, nicht aber einzelne Personen oder individuell beschränzte Personenzirkel sind: Frank N. XI 1, 2 Absf. 1—3, v. Liszt 623, Meyer-Altfeld 652, Dlschausen N. 11 a, b Absf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 19 Absf. 1 und RG. 14./6. 98 C. 31 185, 7./4. 99 C. 32 100, 17./9. 01 C. 34 364, 12./11. 01 C. 34 425, 28./4. 03 C. 36 213; a. M. Binding Lehrb. I 189 ff., nach welchem die Beschränkung auf das Publikum unstatthaft ist, ein Angriff auf das Sinnen- und Empfindungsvermögen einer einzelnen Person genügt. Unter dieser Voraussetzung ist als grober Unfug zu erachten z. B. eine sozialdemokratische Kundgebung, insbesondere das demonstrative Tragen einer roten Fahne: RG. 7./6. 92 C. 23 207, und ebenso das Bohottieren und die öffentliche Aufforderung dazu: RG. 14./6. 95 C. 27 292. Der Begriff des Publikums ist in dieser Beziehung anwendbar auf die Gesamtheit derjenigen Personen, welche sich in einem öffentlichen Lokal (Kirche, Theater, Wirtshausaal usw.) befinden: RG. 24./3. 92 C. 22 243, 12./11. 01 C. 34 425. Ebenso können bei der Erregung ruhestörenden Lärms die möglicherweise sehr zahlreichen Einwohner eines Mietshauses einem Dritten gegenüber, der mit ihnen in keiner Beziehung steht, sie also vielleicht weder ihrer Zahl noch ihrer Individualität nach kennt, als Teil des Publikums angesehen werden: Frank N. XI 1, Dlschausen N. 11 b a, Meyer-Altfeld 652 N. 31 und RG. 22./2. 86 C. 13 366; a. M. Berner 694. Entsprechend kann grober Unfug in Handlungen liegen, durch welche, z. B. auf offener Straße, zunächst und unmittelbar nur eine einzelne Person oder eine beschränkte Anzahl von Personen angegriffen wird, falls dadurch die in der Nähe befindlichen und den Vorfall wahrnehmenden Personen in dem Gefühl eigener Sicherheit beeinträchtigt werden: RG. 26./11. 81 C. 5 299, 17./9. 01 C. 34 364. Der Ort, an welchem die Handlung verübt wird, braucht kein öffentlicher zu sein: Berner 694, Binding Lehrb. I 191, Dlschausen N. 11 c, Rüdorff-Stenglein N. 19.

c) Daß die öffentliche Ordnung verletzt, durch den Lärm die Ruhe gestört, durch den Unfug das Publikum belästigt worden, ist nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn die Handlung jenen Erfolg herbeizuführen geeignet ist: Berner 693, Binding Lehrb. I 190, 191, Frank N. XI 1, 2 Absf. 3, Dlschausen N. 11 d a, o γ¹, Rüdorff-Stenglein N. 21 c und RG. 27./4. 80 C. 1 400, 26./11. 81 C. 5 299; a. M. v. Liszt 623, Meyer-Altfeld 652.

d) Beide Delikte erfordern Dolus, also das Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente: Berner 693, Binding Lehrb. I 190, 191, Frank N. XI 1, 2 letzter Absf., v. Liszt 624, Meyer-Altfeld 653, Dlschausen N. 11 d d, o δ, Rüdorff-Stenglein N. 22; a. M. in Bezug auf den Erfolg — vgl. N. c! — RG. 17./5. 87 C. 16 98.

35. Durch den Lärm muß die Ruhe gestört sein. Ob die des Tages oder der Nacht, ist für den Tatbestand gleichgültig; Ruhe ist nicht identisch mit Schlaf, die Nachtruhe ist nur ein Anwendungsfall der Ruhe (Binding): Binding Lehrb. I 190, Frank N. XI 1, Dlschausen N. 11 d a. Gleichgültig ist ferner, ob der Lärm von dem Täter erst erzeugt oder ein schon erzeugter nur vermehrt wird. Ebenso das Mittel der Lärmerzeugung, ob durch eigene körperliche Kraftäußerung, ob durch lebende oder tote Werkzeuge. Da das Delikt kein eigentliches Unterlassungsdelikt ist, kann es durch eine Unterlassung — man denke z. B. an bellende Hunde — nur begangen werden, wenn eine Verpflichtung zur Behinderung des Lärmens besteht: Frank a. a. O., Dlschausen N. 11 d β, Rüdorff-Stenglein N. 20. Endlich muß der Lärm „ungebührlicherweise“ erregt sein. Daß in der Ungebührlichkeit kein moralischer Tadel steckt, ist unzweifelhaft. Berner 694 versteht darunter eine Lärmerregung über die Gebühr, mehr als nötig ist; Binding Lehrb. I 190 und Dlschausen N. 11 d γ: entweder ohne alle oder mit Überschreitung einer zutreffenden Befugnis; Mertel 418: der guten Sitte widerstrebend. Am richtigsten ist wohl die Erklärung Franks a. a. O.: ohne gerechtfertigte Veranlassung. Nicht ungebührlich handelt daher z. B. derjenige, der um Hilfe gegen eine Feuersbrunst, einen Angriff lärmte. Der mit einem Gewerbebetrieb verbundene Lärm ist dann ein ungebührlicher, wenn die als Werkzeug dienende Einrichtung getroffen ist, um die Ruhe der Nachbarn zu stören, also aus Schlitane, oder wenn die ordnungsmäßigen Grenzen in einer die Allgemeinheit unnötig belästigenden Weise überschritten werden. Es kommt also lediglich darauf an, daß der Lärm dem begründeten Anspruch des Publikums auf Unterlassung von mehr Geräusch zuwiderläuft, als bei dem Nebeneinanderleben von Menschen und Tieren unvermeidlich erscheint oder doch nach den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen als erträglich empfunden wird.

36. Unfug ist sprachlich jedes wider Fug und Recht geschehende Handeln. Das Gesetz will hier aber keine subsidiäre Strafbestimmung des Inhalts geben, daß unter Verübung groben Unfugs jede Art von Ungebühr fiele, die unter ein anderes Strafgesetz nicht unterzubringen wäre, vielmehr ist darunter eine solche Handlung zu verstehen, durch welche in bühlichem Mutwillen in Widerspruch mit dem äußeren Bestande der öffentlichen Ordnung das Publikum belästigt wird: Berner 692, Binding Lehrb. I 191 (treffende Kasuistik), Frank N. XI 2 Absf. 1—3, v. Liszt 623, Meyer-Altfeld 652, Dlschausen N. 11 e a, β, Rüdorff-Stenglein N. 19, 21 a, b; RG. 26. 11. 81 C. 5 299, 3/6. 89 C. 19 294, 7./4. 99 C. 32 100. Grob ist der Unfug nicht nur, wenn er gemein und

roh, sondern auch, wenn er erheblich ist; wann dies der Fall, ist Tatfrage. Es ist aber nicht erforderlich daß die Handlung von allen Wahrnehmenden als Belästigung empfunden wird, vielmehr die Annahme eines groben Unfugs dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Teil der Wahrnehmenden infolge von Zuchtlosigkeit und Verrohung sie wohlgefällig aufnimmt. Aber stets muß der Angriff gegen die öffentliche Ordnung ein unmittelbarer, also die Beunruhigung und Belästigung des Publikums unmittelbar durch die Handlung selbst, nicht lediglich durch den Bericht über sie und die sich an diesen anknüpfende Reflexion hervorgerufen sein: Binding Lehrb. I 191, Frank N. XI 2 Abf. 3, Olshausen N. 11 a 7^o; RG. 3./6. 89 C. 19 294, 14./6. 98 C. 31 185, 7./4. 99 C. 32 100. Als Mittel können auch hier sowohl lebende Wesen als auch leblose Gegenstände dienen.

Der grobe Unfug kann begangen werden durch physisch lästig fallende Handlungen, z. B. durch die Verbreitung widerlicher Gerüche oder frivole Verursachung einer Panik im Theater (Frank). Aber er ist nicht hierauf beschränkt, wie v. Liszt 623 und anscheinend auch Olshausen N. 11 a 7^o annehmen, sondern auch eine psychische Belästigung kann grober Unfug sein. Hieraus folgt, daß der grobe Unfug durch den Inhalt von Äußerungen verübt werden kann. Wird dies zugegeben, so kann kein Unterschied darin gefunden werden, ob die Äußerung eine gesprochene oder eine räumlich fixierte, also ein Pressezeugnis ist, d. h. auch durch die Presse kann grober Unfug verübt werden: Binding Lehrb. I 192, Frank N. XI 2 Abf. 6, Meyer-Walfeld 653, Dppenhoff-Delius N. 83, Rüdorff-Stenglein N. 21 c und RG. 17./5. 87 C. 16 98, 3./6. 89 C. 19 294, 5./6. 94 C. 25 404, 14./6. 95 C. 27 292, 14./6. 98 C. 31 185; a. M. Perner 692 N. 1, 693 und Olshausen N. 11 a 7^o Abf. 2. Das Entscheidende ist eben auch hier, ob das Pressezeugnis geeignet ist, das Publikum unmittelbar zu belästigen oder zu gefährden, und ob hierin zugleich eine Störung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung liegt.

- 12) wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt, insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet;

37. Ein Blankettgesetz, dessen näherer Inhalt durch außerhalb des StGB. bestehende Bestimmungen gegeben wird. Es bezieht sich nur auf die gewerbsmäßigen Pfandleiher usw.: Frank N. XII, Olshausen N. 12 a (öffentliche); RG. 17./5. 92 C. 23 121. Wenn die landesrechtlichen Bestimmungen, z. B. das preuß. Gef. v. 17. März 1881, betr. das Pfandleihgewerbe (Gef.-Samm. 265), eine besondere Erlaubnis zum Gewerbetrieb voraussetzen, so findet Nr. 12, insbesondere wegen der Überschreitung des gestatteten Zinsfußes, nur auf die konzeptionierten Gewerbetreibenden Anwendung: Frank a. a. D., Olshausen N. 12 b; RG. 8./5. 83 C. 8 283.

38. Die Einhaltung des gestatteten Zinsfußes ist natürlich kein Wucher. Er ist aber auch rechtsgrundständig nicht mit dem landesüblichen Zinsfuß (§ 302 a) identisch, daher seine Überschreitung nicht notwendig Wucher: Binding Lehrb. I 458 N. 2, Frank N. XII, Olshausen N. 12 c, Rüdorff-Stenglein N. 24 und RG. 17./5. 92 C. 23 121; a. M. Geyer II 72, Hälschner II 443. Enthält die Handlung den wucherlichen Tatbestand, so liegt Idealkonkurrenz mit Wucher vor: Frank und Olshausen a. a. D. und RG. 5./1. 81 C. 3 176, 25./5. 81 C. 4 203; Binding Lehrb. I 461 und Hälschner a. a. D. wollen nur die Bestimmungen über den Wucher anwenden.

39. Nach dem ersichtlichen Charakter der Bestimmung ist auch die Fahrlässigkeit strafbar: Frank N. XII, Olshausen N. 12 c; a. M. wohl — wegen ihrer „absidiären Stellung“ — Binding Lehrb. I 461.

- 13) wer öffentlich oder in Argernis erregender Weise Tiere boshaft quält oder roh mißhandelt;

40. Quälen ist wie das Martern des § 251 (N. 3) eine mit heftigen körperlichen Schmerzen verbundene und längere Zeit andauernde — oder wiederholte — Mißhandlung: Frank N. XIII Abf. 2, v. Liszt 445, Olshausen N. 13 b. Es ist boshaft, wenn die Qual bereitet wird, um zu quälen, aus Lust an der Qual, im Gegensatz zu der Schmerzbereitung, die zu gerechtfertigten Zwecken notwendig ist: Werner 696, Binding Lehrb. I 193, Frank a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 26 Abf. 1.

Mißhandlung ist hier die Vereitung erheblicher Schmerzen oder Leiden, welche entweder zwecklos ist oder den Zweck (des Einfangens, Züchtigens, Tötens) überschreitet, und sie ist roh, wenn sie Gleichgültigkeit gegen die Leiden des Tieres bekundet: Werner, Binding, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 13 c. Sie kann auch durch Nichtgewährung der pflichtmäßigen Fürsorge und Ernährung begangen werden: Werner, Frank, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; a. M. Lppenhoff-Delius N. 89 a.

Ausgeschlossen sind die Schmerzereeregungen, welche der Allgemeinheit nötig erscheinen, um Interessen wahrzunehmen, die als überwiegende anerkannt werden. Streitig ist dies bei der Vivisektion und dem Schächten nach mosaischem Ritus. Beide sind nach Frank N. XIII Abf. 1, Olshausen N. 13d und Rüdorff-Stenglein N. 27 deshalb straflos, weil — regelmäßig — die Boshaftigkeit und Roheit fehle. Allgemein behauptet das Fehlen dieser beiden Voraussetzungen Bindung Lehrb. I 193. Bindung hat recht bezüglich des Schächten; dieses ist das Gegenteil des Quälens und Mißhandelns, denn der durch den *lege artis* ausgeführten Halschnitt verursachte sofortige Bluterguß ist so stark, daß sofort Blutleere im Gehirn, also Bewußtlosigkeit eintritt. Bei der Vivisektion fehlt allerdings regelmäßig die Boshaftigkeit, aber keineswegs regelmäßig die Roheit, d. h. die Gleichgültigkeit gegen die Leiden des Tieres. Somit kann die Vivisektion allerdings hierher fallen.

41. Der Zweck der Bestimmung ist nicht, wie Berner 696 annimmt, der Schutz des Tieres, sondern das im Mitleid für die Tiere sich äußernde menschliche Empfinden: Bindung Lehrb. I 193, Frank N. XIII Abf. 1, v. Liszt 622, Merkel 418, Olshausen N. 13a, v. Wächter 120, 194. Die Handlung muß daher entweder öffentlich oder in Argernis erregender Weise vorgenommen sein. Öffentlich, sodaß sie unbestimmt von wem und wie vielen wahrgenommen — nicht unird, sondern — werden kann. Und zwar die Handlung selbst, nicht, wie Bindung und Olshausen a. a. O. annehmen, nur das durch sie bewirkte Leiden des Tieres. Bezüglich des Argernisses genügt daß auch nur ein Einzelner Argernis nimmt, aber dieses muß ein unmittelbares sein, sodaß seine Erregung an den Spuren der Tat oder durch Hörensagen nicht genügt: Frank und Olshausen a. a. O.; a. M. Bindung a. a. O.

42. Das Delikt erfordert unbestritten Dolus, also das Wissen und Wollen aller Tatbestandsmomente; a. M. bezüglich des Erfolges des Argernisses nur Bindung Lehrb. I 493.

14) wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Plage oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält.

43. Wegen des Begriffs des Glückspiels vgl. § 284 N. 1—4. Auf die Veranstaltung öffentlicher Lotterien und Auspielungen findet § 286 Anwendung: Berner 697, Olshausen N. 14b, Rüdorff-Stenglein N. 28 Abf. 1 und RG. 9./2. 82 C. 5 432; a. M. Frank N. XIV Abf. 1. Ob das Halten gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig erfolgt, ist gleichgültig. Nur derjenige wird durch die Bestimmung getroffen, welcher ein Glücksspiel unternimmt oder in die Rolle eines Unternehmers eintretend in der Weise fortsetzt, daß die Beteiligung daran einer unbestimmten Zahl von Personen gewährt wird; also nicht derjenige, welcher sich lediglich an einem von mehreren Personen unternommenen Glücksspiel beteiligt, bei dem jeder Mitspieler abwechselnd Bankhalter ist: Berner und Olshausen a. a. O.; RG. 25./9. 80. Daß es bereits zum Spielen gekommen, ist nicht erforderlich; das Halten liegt schon darin, daß der Unternehmer Anderen zum Betrieb des Glückspiels einen Apparat unter Ausbeziehung einer irgendwie bestimmten Vergütung zur Verfügung stellt: Geyer II 74, Hälshner II 446, Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 29 Abf. 1; RG. 12./2. 97 C. 29 376. Beteiligt sich der Unternehmer selbst als Spieler an dem Spiel, so macht er sich, wenn er gewerbsmäßig handelt, nach § 284 strafbar: Frank N. XIV Abf. 3, Olshausen N. 14d Abf. 1; RG. 12./2. 97 C. 29 376; vgl. § 284 N. 5d.

44. Das Halten des Glückspiels ist nur dann strafbar, wenn es auf öffentlichen Wegen usw. (§ 116 N. 2b) oder in einem öffentlichen Versammlungsort (§ 285 N. 1) und wenn es unbefugt, d. h. ohne behördliche Erlaubnis geschieht. Die reichsrechtlichen Bestimmungen beziehen sich auf die öffentlichen Spielbanken und die Wetten bei öffentlichen Pferderennen. Im übrigen kommen also die betr. territorialen Bestimmungen in Anwendung.

45. Das Delikt erfordert Dolus: Bindung Lehrb. I 407; a. M. Frank N. XIV Abf. 3 und Olshausen N. 14a.

46. Wegen der Materie des Glückspiels vgl. § 284 N. 9.

In den Fällen der Nummern 1, 2, 4, 5, 6 und 14 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf Einziehung der Risse von Festungen oder Festungswerken, der Vorräte von Waffen oder Schießbedarf, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder anderen Formen, der Abdrücke oder Abbildungen, oder der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

47. Das sog. objektive Verfahren ist ausgeschlossen, vgl. § 42 N. 3.

§ 361.

Mit Haft wird bestraft:

1) wer, nachdem er unter Polizei-Aufsicht gestellt worden ist, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt;

1. Die Stellung unter Polizei-Aufsicht ist die des § 38 Abs. 2, und durch diese Bestimmung soll die Durchführung der in § 39 Nr. 1 genannten Beschränkung gesichert werden, indem auf Zuwiderhandlungen gegen die dortigen Nr. 2, 3 die hier folgende Nr. 2 bzw. § 113 Anwendung finden, das Delikt besteht also nur in der Mißachtung der Disziplinarmaßnahme: Werner 699, Binding Lehrb. II 744, Frank N. I, Olshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 4, 5. Vorausgesetzt ist ein auf die Zulässigkeit der Stellung lautendes rechtskräftiges Urteil und die wirkliche, dem Gesetz entsprechende Stellung seitens der zuständigen Landespolizeibehörde, was beides der Richter festzustellen hat: Werner, Binding und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Olshausen N. 1c, Oppenhoff-Delius N. 3. Das Delikt erfordert Dolus: Werner 699, Binding Lehrb. II 745, Oppenhoff-Delius N. 7; a. M. Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Olshausen N. 1b.

2) wer, nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaats verwiesen ist, ohne Erlaubnis zurückkehrt;

2. Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf die im StGB. selbst genannten, sondern auf alle Ausweisungen, auch die rein polizeilichen. Die Rechtsgültigkeit der Ausweisung unterliegt im weitesten Umfange der richterlichen Prüfung: Werner 700, Binding Lehrb. II 744 N. 4, Frank N. II, Olshausen N. 2c, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 3; RG. 17./6. 82 C. 6 378, 21./4. 85 C. 12 154. Inländer dürfen nicht aus dem Reichsgebiet ausgewiesen werden. Strafbar ist nicht das Nichtweggehen, sondern nur das unerlaubte Zurückkehren: Werner, Binding und Frank a. a. O., Olshausen N. 2b Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 15. Allerdings wird in der Polizeipraxis das Weggehen durch exekutive Haft- und Geld-„Strafen“ erzwungen, welche weit über das strafrechtliche Strafmaximum hinausgehen, so daß die Straflosigkeit des Nichtweggehens nur auf dem Papier steht. Ein bloßes Durchreisen ist kein Zurückkehren; a. M. Olshausen N. 2b Abs. 1, vgl. aber die gleiche Frage bei dem Verlust der Staatsangehörigkeit durch ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande.

3. Das Delikt erfordert Dolus: Binding Lehrb. II 744, v. Schwarze N. 2; a. M. Frank N. II, Olshausen N. 2b Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 4.

4. Das Delikt ist begangen mit der Rückkehr, sodas mit dieser die Verjährung beginnt: Frank N. II, Olshausen N. 2d.

3) wer als Landstreicher umherzieht;

5. Über den Begriff des Landstreichens wird gestritten; vgl. die Definitionen von Werner 700, Binding Lehrb. II 922, Frank N. III, v. Liszt 619, Merkel 418, Meyer-Alfeld 651, Olshausen N. 3c, v. Schwarze N. 3. Für die Praxis bereitet er keine Schwierigkeiten, indem sie für einen Landstreicher denjenigen erklärt, der gewerbs- und gewohnheitsmäßig ohne gesetzlich approbierten Erwerbzweck auf fremde Kosten von Ort zu Ort zieht.

a) Erforderlich ist ein Umherziehen von Ort zu Ort, das Durchstreichen einer Großstadt genügt also nicht: Werner 700, Binding Lehrb. II 922, Frank N. III 1, v. Liszt 620, Olshausen N. 3b, Rüdorff-Stenglein N. 5, v. Schwarze N. 3. Als Ort hat auch der aus mehreren selbständigen Gemeinden bestehende zusammenhängende Häuserkomplex zu gelten, z. B. Altona Hamburg-Wandsbek. Wer nur in der Umgebung seines Wohnortes umherstreift und allabendlich zu diesem zurückkehrt, ist kein Landstreicher: Werner, Frank und Olshausen a. a. O.; a. M. Binding a. a. O.

b) Der Landstreicher bestreitet seinen Unterhalt nicht aus eigenen oder ihm dafür von Dritten rechtsgeschäftlich zur Verfügung gestellten Mitteln, sondern auf Kosten des von ihm durchstreichenden Landes: Binding Lehrb. II 923, Frank N. III Abs. 2, 3, Olshausen N. 3c Abs. 1. Daß er mittellos sei, ist nicht erforderlich: Binding Lehrb. II 922, Frank und Olshausen a. a. O.; a. M. Oppenhoff-Delius N. 18. Er will, im Gegensatz zu dem auf der „Walze“ befindlichen Handwerkersburthen, überhaupt nicht arbeiten, die Auffuchung von Arbeit ist nicht sein Zweck, mag er auch vielleicht einen gelegentlichen Arbeitsverdienst mitnehmen, charakteristisch ist für ihn die Arbeitslosigkeit. Seinen Unterhalt gewinnt er dadurch, daß er bettelt oder einem anderen gesetzlich nicht approbierten Erwerbe nachgeht, z. B. die umherziehende Lohnhure: Binding Lehrb. II 923, Olshausen N. 3c Abs. 2; RG. 28./1. 98 C. 30 438.

c) Der Landstreicher durchstreicht das Land nicht bloß gewerbsmäßig, sondern zugleich gewohnheitsmäßig, das Landstreichen ist ihm zur Gewohnheit geworden, er zieht immer aus einem

Sänge zum Wandern und Müßiggang: Dshausen N. 3c, v. Schwarze N. 3; ein Dauerdelikt nehmen an Btnding Lehrb. II 922 und Frank N. III Abf. 4; die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit befreit Rüdorff-Stenglein N. 3. Auf jeden Fall beginnt die Verjährung erst, wenn das Landstreichen, sei es auch nur zeitweise, aufgegeben ist.

6. Selbstverständlich erfordert das Delikt Dolus.

7. Da zum Begriff des Landstreichens das Leben auf Kosten Anderer gehört, ist der Landstreicher, wenn er zugleich bettelt, nur wegen des Landstreichens zu bestrafen: Btnding Lehrb. II 924, Frank N. III Abf. 3, Dshausen N. 3c; Realkonfurrenz nimmt in diesem Fall an Oppenhoff-Delius N. 23. Die Ausgleichung gegenüber dem einfachen Betteln erfolgt durch die Strafzumessung und durch die in § 362 Abf. 2 beim einfachen Betteln gegebene Beschränkung der Überweisung an die Landespolizeibehörde.

4) wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt;

8. Derjenige bettelt, welcher aus wirklicher, vermeintlicher oder vorgespiegelter Bedürftigkeit einen Fremden für sich oder diejenigen, deren Unterhalt ihm obliegt, um eine milde Gabe bittet. Ist die Bedürftigkeit eine vorgespiegelte, so kann Betrug vorliegen, vgl. § 263 N. 7 f Abf. 2. Die Gabe muß Geld oder eine geldwerte Sache sein: Btnding Lehrb. II 918, Frank N. IVd, Dshausen N. 4a Abf. 1. Der Gebetene ist fremd, wenn er zu dem Bedürftigen in keinem näheren Verhältnis steht, welches nach verständiger Lebensauffassung das Ansprechen gerade dieser Person als wohlbegründet erscheinen läßt. Beziehungen der Verwandtschaft und Freundschaft, der Gleichheit des Erwerbes, des Lebensberufes und der Lebensstellung können also der auf solche Beziehungen gestützten Bitte den Charakter strafbaren Bettelns nehmen: RG. 6./6. 90 C. 20 434. „Betteln ist Bitten“ (Btnding 701), der Tatbestand schon durch das bloße Ansprechen erfüllt, dies ist unbestritten, vgl. auch RG. 17./4. 82 C. 6 218. Daher ist nicht erforderlich, daß der Angesprochene von der Bitte Kenntnis erlangt oder sie verstanden hat; a. M. bei dem Angehen einer konkreten Person bezüglich der Kenntnisnahme Btnding Lehrb. II 919. In welcher Form gebettelt wird, ob ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, mündlich oder schriftlich, ist gleichgültig: Werner 701, Btnding Lehrb. II 918, Dshausen N. 4b, sodas ein Betteln auch in dem Anbieten geringwertiger Waren zum Kauf liegen kann: Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 2. Schon ein einmaliges Angehen genügt, jedoch wird das wiederholte Ansprechen auch verschiedener Personen häufig ein fortgesetztes, also Ein Delikt bilden: Frank N. IV Abf. 1, Dshausen N. 4b; Realkonfurrenz in diesem Fall nimmt an Oppenhoff-Delius N. 30. Daß das Betteln gewerbsmäßig betrieben werde, ist nicht erforderlich; a. M. Btnding Lehrb. II 914. Die Grundsätze über Notstand finden Anwendung, doch wird er in dem Kulturstaate Deutschland nur sehr selten vorliegen; dies erkennt auch, obgleich den Begriff des Notstandes weit über § 54 ausdehnend, Btnding Lehrb. II 917, 918 an.

Kein Betteln ist hiernach die Bitte um eine ohne Rücksicht auf eine Bedürftigkeit unter bestimmten Voraussetzungen in Aussicht gestellte, angebotene Gabe, wie das Bitten um die sog. Klosteruppe oder um das Meistergeschenk, in katholischen Ländern das Terminieren der Bettelmönche: Btnding Lehrb. II 916, Frank N. IV b, v. Liszt 620, Dshausen N. 4a a, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1. Ebenjowenig das Angehen einer Behörde, eines Unterstützungsvereins u. ä.: Frank N. IV c, Dshausen N. 4a β, jedoch liegt mit Btnding Lehrb. II 915 jedenfalls dann Betteln vor, wenn es dem Bittenden darum zu tun ist, sich ohne Arbeit ein behagliches Dasein zu verschaffen. Endlich ist auch kein Betteln das sog. Kollektieren, das Sammeln für solche Personen, zu deren Unterhalt der Bittende nicht verpflichtet ist, oder für öffentliche Zwecke: Btnding Lehrb. II 915, Frank N. IV a, v. Liszt 620, Dshausen N. 4a γ, die Kollekte darf aber nicht Maske für den Eigenbettel sein (Btnding).

9. Das Gesetz stellt einen dreifachen Tatbestand auf.

a) Entweder der Täter bettelt selbst. Erforderlich ist Dolus: Frank N. IV vorletzter Abf., Dshausen N. 4b, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abf. 1.

b) Oder er leitet an oder schickt aus Kinder zum Betteln. Kinder sind Personen unter zwölf Jahren (§ 55): Btnding Lehrb. II 920, Frank N. IV 2; auch ältere Kinder rechnen hierher Häfchner I 220 N. 3 und Dshausen N. 4c, aber diese Ansicht „verläuft ins Vage“ (Btnding). Daß es die eigenen Kinder des Täters seien, ist nicht erforderlich: Werner 701, Btnding und Frank a. a. D. Auch hier ist Dolus erforderlich: Frank N. IV vorletzter Abf., Dshausen N. 4c, Rüdorff-Stenglein N. 4 Abf. 1. Daß wirklich gebettelt worden, ist nicht erforderlich: Werner, Btnding, Frank und Dshausen a. a. D.

- c) Oder der Täter hat es unterlassen, gewisse Personen vom Betteln abzuhalten.
- a) Die Personen müssen seiner Gewalt und Aufsicht unterstehen. Das Verhältnis darf nicht, wie Oppenhoff-DeLius N. 33a annimmt, lediglich ein tatsächliches, sondern muß ein rechtliches sein, aus eigenem oder abgeleitetem Recht: Binding Lehrb. II 920, Olshausen N. 4d a, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2. Nicht der Gewalt des Ehemannes und Vaters unterstehen nach dem jetzigen Recht die Ehefrau und die großjährigen Kinder.
- β) Außerdem müssen diese Personen zu seiner Hausgenossenschaft, zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, vgl. § 247 N. 2e Abs. 2.
- γ) Die der Bestimmung zugrunde liegende Norm ist, daß Jeder verpflichtet ist, solche Personen vom Betteln abzuhalten, und das Delikt besteht in der Vernachlässigung dieser Pflicht. Die Vernachlässigung ist somit zu beweisen. Anders als beim zweiten Tatbestande muß es zum Betteln gekommen sein: Binding Lehrb. II 920, Frank N. IV 3, Olshausen N. 4d Abs. 1, aber die Kenntnis des Täters vom Betteln ist bei diesem reinen Unterlassungsdelikt nicht erforderlich: Frank N. IV vorletzter Abs., Olshausen a. a. O., Oppenhoff-DeLius N. 33, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 2.
- δ) Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank N. IV vorletzter Abs., Olshausen N. 4d Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6 Abs. 1; a. M. Binding Lehrb. II 920, 921 (citra I 236).

5) wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß;

10. Der Täter muß unfähig sein, sich selbst oder Andere, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten. Erforderlich ist die Unfähigkeit; daß er nichts gibt, nichts geben will, genügt nicht: Olshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 7; RG. 21./2. 80. Zur Ernährung welcher Personen er verpflichtet ist, bestimmt sich nach Bürgerlichem Recht, muß also auf Gesetz beruhen und unterliegt in personeller wie sachlicher Beziehung der richterlichen Nachprüfung. Unterhalt geht über die Ernährung hinaus, umfaßt auch Kleidung und Wohnung. Eine bloß vorübergehende Unfähigkeit genügt nicht: Frank N. V, Olshausen a. a. O.

11. Die Unfähigkeit muß durch Spiel, Trunk oder Müßiggang verursacht sein. Die Bestimmung findet daher keine Anwendung, wenn die Unfähigkeit aus einem anderen wenigleich schuldhaften Verhalten entstanden ist: Bener 701, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.

12. Zur Beschaffung des Unterhalts hat von der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden müssen, ein Einschreiten der Behörde hat also tatsächlich stattgefunden: Frank N. V. Fremd ist jede Hilfe, die nicht von einem nach dem Bürgerlichen Recht zum Unterhalt Verpflichteten kommt, sei der Fremde die vermittelnde Behörde selbst oder ein Anderer: Olshausen N. 10c. Nachträgliche Erstattung der Kosten des Unterhalts schließt die Strafe nicht aus.

13. Das Delikt — das sich Versehen in den Zustand — ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding Lehrb. I 235, Frank N. V, Olshausen N. 5b, Rüdorff-Stenglein N. 7.

14. Das Delikt ist ein Dauerdelikt. Die Verjährung beginnt somit beim Aufhören des Zustandes: Frank N. V, Olshausen N. 5a.

6) eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;

15. Das Gesetz wendet sich nur gegen die gewerbsmäßige Unzucht der Personen weiblichen — nach seinem verächtlichen Ausdruck: der Weibspersonen —, nicht auch männlichen Geschlechts. Die Unzucht umfaßt nicht nur, wie Oppenhoff-DeLius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 10 und v. Schwarze N. 6 meinen, die natürliche und widernatürliche Beischlafsvollziehung, sondern jedes Verhalten, welches im Widerspruch mit den Geboten der Zucht und Sitte die Erregung oder Befriedigung fremder geschlechtlicher Triebe durch Tölpelung oder durch eigene körperliche Tätigkeit bezweckt, z. B. unzüchtiges Betastenlassen und Betasten, perverter Geschlechtsverkehr: Frank N. VI Abs. 1, Olshausen N. 6a a; RG. 15./11. 04 C. 37 303, 16./1. 08 C. 41 59. Die

Unzucht muß gegen Entgelt, muß gewerbsmäßig betrieben sein, vgl. § 73 R. 5b. Weiter ist aber erforderlich, daß die Weibsperson sich nicht lediglich einem bestimmten einzelnen Mann, sondern einem individuell nicht bestimmten und geschlossenen Kreise von Männern preisgegeben hat oder hat preisgeben wollen: Frank und Dshausen a. a. D.; RG. 17./11. 11 C. 45 264. Das Delikt erfordert selbstverständlich Dolus.

16. Ist somit die gewerbsmäßige Unzucht an sich strafbar, so hat doch der Gesetzgeber nicht verkannt, daß sie nicht zu unterdrücken ist, und daß es somit seine Pflicht ist, sie zum Zwecke der Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes zu reglementieren. Die Weibsperson kann seitens der Polizei unter Aufsicht gestellt werden. Diese polizeiliche Aufsicht ist nicht identisch mit der Polizei-Aufsicht der §§ 38, 39, sondern ist eine dem Ermessen und der Machtbefugnis der einzelnen Polizeibehörde entfließende Anordnung, auf deren Grund diese zum Erlaß von Vorschriften berechtigt wird, die dem genannten Zwecke dienen müssen, im übrigen aber den Verhältnissen ihres Bezirks anzupassen sind, und in der Überwachung der Befolgung dieser Vorschriften gipfelt die Ausführung der polizeilichen Aufsicht: RG. 9./12. 84 C. 11 286. Ob die Voraussetzung zu der Stellung unter Aufsicht vorliegt, hat lediglich die Polizeibehörde zu bestimmen. Ob es genügt, daß die Vorschriften allgemein bekannt gemacht sind, oder ob ihre Bekanntgebung an die einzelne Weibsperson erforderlich ist, bemißt sich nach dem Landesrecht, jedoch wird in Ermangelung landesrechtlicher Bestimmungen mit Berner 702, Frank N. VI 1, Dshausen N. 6b, Oppenhoff-Delius Nr. 38 die individuelle Bekanntmachung deshalb gefordert werden müssen, weil die Weibsperson, um überhaupt strafbar zu sein, wissen muß, daß sie unter Aufsicht gestellt ist und welchen Vorschriften sie nachzukommen hat. Ist sie unter Aufsicht gestellt, so ist sie strafbar, nicht wenn sie tatsächlich gewerbsmäßige Unzucht treibt diese ist vielmehr jetzt straflos, sondern wenn sie diejenigen Vorschriften nicht befolgt, welche von der Polizeibehörde in Hinsicht auf die gewerbsmäßige Unzucht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassen sind. Ob diese Vorschriften zweckmäßig sind, hat der Richter nicht zu entscheiden. Die Aufsicht und somit die Pflicht zur Befolgung der Vorschriften erstreckt sich nicht über den Bezirk der Behörde hinaus, somit ist jenseits desselben die gewerbsmäßige Unzucht wiederum an sich strafbar: RG. 9./12. 84 C. 11 286. Strafbar ist bei diesem Delikt, welches je nach dem Inhalt der Vorschriften durch Handlungen oder Unterlassungen begangen werden kann, auch die Fahrlässigkeit: Frank und Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 12.

17. Die Materie der gewerbsmäßigen Unzucht ist im Sinne CG. § 2 geregelt, sodaß insbesondere die polizeilichen Vorschriften nicht noch andere Sicherungen bezwecken dürfen: Kayser S. 5. IV 42, Dshausen N. 6b; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 13.

7) wer, wenn er aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfängt, sich aus Arbeitsscheu weigert, die ihm von der Behörde angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten;

18. Öffentliche Armenmittel sind die von einer Behörde gewährten. Das Delikt besteht darin, daß dem Empfänger seitens der zuständigen Behörde die Verrichtung einer nicht notwendig seinem Stande oder Bildungsgrade, wohl aber seinen Kräften angemessenen Arbeit befohlen wird, und daß er die Verrichtung aus Arbeitsscheu verweigert. Ob die Arbeit den Kräften angemessen, ist Tatfrage. Die Weigerung braucht keine ausdrückliche zu sein, sondern besteht schon in der bewußten Nichtverrichtung der angewiesenen Arbeit. Sie ist aber nur dann strafbar, wenn das Motiv Arbeitsscheu ist, nicht also z. B., wenn der Empfänger sich weigert, weil er andere, vielleicht lohnendere Arbeit hat und verrichten will, oder weil er meint, die Arbeit übersteige seine Kräfte: Berner 703, Binding Lehrb. II 921, Dshausen N. 7c, Rüdorff-Stenglein N. 14. Das Delikt — Binding nennt es zutreffend Trogdelikt — erfordert Dolus: Binding a. a. D., Dshausen N. 7d; a. M. bezüglich der Zuständigkeit der Behörde und der Angemessenheit der Arbeit Frank N. VII.

8) wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, daß er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe;

19. Zu dem Unterkommen gehört nur die Wohnung, nicht auch, wie Berner 703, Oppenhoff-Delius N. 53 und Rüdorff-Stenglein N. 15 annehmen, auch die zum Lebensunterhalt

erforderlichen Mittel: Binding Lehrb. II 294 N. 6, Frank N. VIII Abf. 1, v. Liszt 621, Oshausen N. 8b Abf. 1. Nur das eigene Unterkommen, nicht auch, wie Berner 704 und Rüdorff-Stenglein N. 15 annehmen, das der Familie: Binding Lehrb. II 925, Oshausen N. 8b Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 55. Nach dem Begriff des Verschaffens ist unter dem Unterkommen der für eine gewisse Dauer zugesicherte und gewährte Genuß des Obdach zu verstehen, wobei jedoch weder erforderlich ist, daß ein zivilrechtlicher Anspruch auf das Obdach besteht, noch daß es auf redliche Weise gewonnen ist, wofern es nur nicht mit Gesetz und Sitte in Widerspruch steht: Binding Lehrb. II 925 N. 1, Oshausen N. 8b; RG. 8./1. 03 C. 36 59. Das Delikt ist vollendet mit Ablauf der Frist, ohne daß sich der Angeklagte ein anderes Unterkommen verschafft hat.

20. Dieses Nichtverschaffen muß der Angeklagte verschuldet haben. Ein Verschulden liegt nicht vor, wenn die Frist so kurz bemessen ist, daß sich zur Bewegung innerhalb ihrer nach vernünftigen Ermessen kein Raum bietet; a. M., nämlich daß dem Gericht über die Frist keine Entscheidung zustehe, Frank N. VIII 2. Die Frist muß „ihm“, also individuell bestimmt sein: Berner 703, Oshausen N. 8a Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 52. Ein Verschulden liegt auch dann nicht vor, wenn die Bemühungen, sich ein solches zu verschaffen, vergeblich gewesen sind. Diese Vergeblichkeit, also auch daß er sich wirklich bemüht habe, ist in Umkehrung der Beweislast von dem Angeklagten zu beweisen, doch hat ihm das Gericht bei der Vorführung der Beweismittel, z. B. der Zeugenladung, seine Amtsgewalt zu gewähren. Die Ansicht von Frank N. VIII 4 und Oppenhoff-Delius N. 8, dem Angeklagten sei die Beweislast nicht formell auferlegt, das Gericht könne also außer den vom Angeklagten angetretenen auch noch andere Beweise erheben, ist mit Binding Lehrb. II 925, Oshausen N. 8c für irrig zu erachten, denn diese Bestimmung steht dem Gericht bei jedem Delikt zu, und zudem wäre dann die Bestimmung überflüssig, da eine Verurteilung stets ein Verschulden der Obdachlosigkeit erfordert. Das Gesetz stellt eben eine Schuldvermutung auf, deren Widerlegung Sache des Angeklagten ist, so daß auch bei zweifelhaftem Ergebnis Verurteilung erfolgen muß. Die Freiheit der Beweiswürdigkeit wird dadurch nicht berührt, schon die eigenen Ausführungen des Angeklagten können somit genügen: Oshausen a. a. D.

21. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding Lehrb. II 925, Oshausen N. 8a Abf. 1.

9) wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze, oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterläßt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Täter treffenden Geldstrafen oder anderen Geldleistungen werden hierdurch nicht berührt;

22. Der Tatbestand deckt sich mit dem des dritten Delikts der Nr. 4 mit der doppelten Maßgabe, daß die Abhaltungspflicht sich nicht auf Betteln, sondern auf die genannten Delikte bezieht, und die, weil die Bestimmung des § 55 zum Erlaß dieser Vorschrift den Anlaß gegeben, besonders hervorgehobenen Kinder ebenfalls der Aufsicht des Täters untergeben sein und zu seiner Hausgenossenschaft gehören müssen. Eine Ausdehnung enthält § 6 des Gef., betr. den Schutz von Vögeln, v. 22. März 1888, jetzt § 8 Abf. 2 der neuen Fassung v. 30. Mai 1908 (Reichs-Gesetzbl. 317). Ob auch die nicht abgehaltene Person sich strafbar macht oder aus irgendeinem Grunde straflos bleibt, ist gleichgültig: Berner 705, Hälsschner I 220 N. 3, Oshausen N. 9a Abf. 2b 3, Rüdorff-Stenglein N. 16, v. Schwarze N. 9. Beteiligt sich der Gewalthaber als Mittäter, Anführer oder Gehilfe an dem Delikt, so wird die Strafe für die Nichtabhaltung durch die der Beteiligung absorbiert: Berner 705, Oshausen N. 9c, Oppenhoff-Delius N. 67, Rüdorff-Stenglein N. 16. Zu den Diebstählen gehören alle unter den Begriff des Diebstahls fallenden Delikte, z. B. die Entwendung des § 370 Nr. 5, die Felddiebstähle: Oshausen N. 9b a, Oppenhoff-Delius N. 65, Rüdorff-Stenglein und v. Schwarze a. a. D. Fahrlässigkeit genügt, so auch Binding Lehrb. I 236, extra 294 N. 5. Wegen der Strafe vgl. Schlußabsatz.

Im übrigen vgl. oben N. 8b, c.

10) wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltungspflicht trotz der Aufforderung

der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittelung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

23. Die Bestimmung ist eine notwendige Ergänzung der Nr. 5. Die Pflicht des Unterhalts umfaßt die des Ernährens, Bekleidens und Behausens, vgl. Nr. 9. Die Unterhaltspflicht bemißt sich auch hier nach Bürgerlichem Recht, muß also auf Gesetz beruhen und unterliegt in jeder Hinsicht, auch bezüglich der Notwendigkeit fremder Hilfe, der richterlichen Nachprüfung: Frank N. X, Olshausen N. 10a. Zu den Unterhaltspflichtigen gehört auch der uneheliche Vater, wie mit Recht von Frank und Olshausen a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 70/71 und von der Praxis der Territorialgerichte mit Ausnahme des preussischen Kammergerichts angenommen wird; gerade in dieser Beziehung hat die Bestimmung ihre Hauptbedeutung. Ob der Pflichtige in der Lage ist, ist Tatfrage. Die Strafbarkeit ist dadurch bedingt, daß der Pflichtige zur Erfüllung der Unterhaltspflicht von der zuständigen Behörde vergebens aufgefordert ist; wegen der vor solcher Aufforderung liegenden Nichterfüllung findet somit keine Bestrafung statt: Olshausen N. 10b Abs. 2. Zuständig ist jedenfalls der Obervormund als Familienrichter; im übrigen ist für die Zuständigkeit das Territorialrecht maßgebend, eventuell also auch — a. M. Olshausen N. 10b Abs. 3 — die Polizeibehörde zuständig. Wegen der fremden Hilfe und der vermittelnden Behörde vgl. Nr. 11. Das Sichentziehen erfordert nach seinem Begriff Vorjaß: Frank N. X, Olshausen N. 10b Abs. 1. Es setzt eine gewisse Dauer voraus, das Delikt ist ein Dauerdelikt, die Verjährung beginnt also mit dem Aufhören des Sichentziehens, vgl. Nr. 13: Olshausen N. 10d.

Wegen der Strafe vergleiche Schlußabsatz.

In den Fällen der Nr. 9 und 10 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark erkannt werden.

§ 362.

Die nach Vorschrift des § 361 Nr. 3 bis 8 Verurteilten können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und, sofern sie von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden, auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden.

Bei der Verurteilung zur Haft kann zugleich erkannt werden, daß die verurteilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Im Falle des § 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurteilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Übertretung mehrmals rechtskräftig verurteilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat.

Durch die Überweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugnis, die verurteilte Person bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des § 361 Nr. 6 kann die Landespolizeibehörde die verurteilte Person statt in ein Arbeitshaus in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringen; die Unterbringung in ein Arbeitshaus ist unzulässig, falls die verurteilte Person zur Zeit der Verurteilung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Ist gegen einen Ausländer auf Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt, so kann neben oder an Stelle der Unterbringung Verweisung aus dem Bundesgebiete eintreten.

1. Sämtliche in diesem Paragraphen genannten Maßnahmen, insbesondere die Überweisung an die Landespolizeibehörde, sind fakultativ. Dies gilt auch von der durch das Gef. v. 25. Juni 1900 eingeführten Überweisung des Zuhälters (§ 181a).

2. Die sog. geschärzte Haft des Abs. 1 ist in Wirklichkeit eine geschärzte Gefängnisstrafe (§ 16). In Abweichung von § 18 Abs. 2 und in Übereinstimmung mit der Gefängnisstrafe ist Arbeitszwang zulässig, jedoch ohne daß der Häftling solche Beschäftigung verlangen kann. Und zwar Arbeitszwang auch außerhalb der Anstalt, jedoch wiederum ohne daß wie bei der Gefängnisstrafe die Zustimmung des Häftlings erforderlich ist.

3. Der Ausspruch, daß der Verurteilte zu überweisen, ist von der Ausübung der durch die Überweisung der Landespolizeibehörde erteilten Befugnis, der sog. Korrekptions- oder Nachhaft, streng zu unterscheiden. Die Nachhaft ist eine von der Polizeibehörde angeordnete Sicherungs- und Besserungsmaßregel, dagegen die Überweisung eine Strafe, nämlich eine Nebenstrafe: Birkmeyer Enzykl. 1141, Zinger I 451, 493, Merkel 222, Meyer-Altfeld 308, Olshausen N. 2 Abs. 1, Oppenhoff-Delius N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 4, 7, Schüge 80, Wachenfeld Hst. II 281, v. Wächter 110 und RG. 23./12. 82 C. 7 431; a. M. ohne genaue Unterscheidung zwischen beiden Berner 226, Binding Grundr. 264 und Lehrb. II 926, Frank N. III Abs. 1. Hieraus folgt:

a) Die Überweisung ist im Urteil auszusprechen und zu begründen.

b) Im Fall der Idealkonkurrenz darf nicht überwiejen werden, wenn die Hauptstrafe nicht auf Haft lautet, vgl. § 73 Nr. 9a: Olshausen N. 2 Abs. 2 und RG. 17./6. 01; a. M. Binding Lehrb. II 926, Frank N. III Abs. 2.

c) Begnadigung ist möglich wegen der Hauptstrafe und der Überweisung, wegen der Hauptstrafe allein, wegen der Überweisung allein. A. M. Binding Handb. I 873 und Grundr. 264, nämlich daß die Überweisung nie im Gnadenwege erlassen werden könne, und Frank N. III Abs. 3, daß der — sogar nur teilweise — Erlass der Hauptstrafe die Überweisung wegfällig mache.

d) Die Überweisung verjährt zugleich mit der Hauptstrafe, vgl. § 70 Nr. 3 Abs. 1, 2.

4. Die Überweisungsbefugnis ist eine beschränkte.

a) Liegt abgesehen vom Betteln einer der Tatbestände des § 361 Nr. 4 vor, so muß der Verurteilte wegen solcher Übertretung in den letzten drei Jahren mehrmals rechtskräftig verurteilt sein. Die drei Jahre sind zu rechnen nicht, wie Binding Lehrb. II 925 annimmt, vor der jetzigen Verurteilung, sondern vor der gegenwärtigen Tat: Olshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 9; RG. 23./12. 82 C. 7 431. Mehrmals ist, wie überall, so auch hier mindestens zweimal. Die Rechtskraft muß in die drei Jahre fallen. Die Verurteilung genügt, ohne daß das Urteil vollstreckt zu sein braucht, also auch dann, wenn die Strafe im Gnadenwege erlassen oder die Strafvollstreckung verjährt ist: Berner 310, Frank N. IV Abs. 1, Merke 1258, Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 4. Vorausgesetzt ist eine inländische Verurteilung: Binding Lehrb. II 925 Nr. 7, Frank, Merkel und Olshausen a. a. O. Dem rechtskräftigen Urteil (oder Strafbefehl) steht die vollstreckbare polizeiliche Strafverfügung gleich: Frank a. a. O.; RG. 20./6. 03 C. 36 313. Die Überweisung kann auch dann ausgesprochen werden, wenn bereits in einem der Vorurteile auf Überweisung erkannt war, seit jenem Urteil aber mehrere neue Verurteilungen nicht ergangen sind: Frank, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.

b) Erfolgt die Verurteilung wegen Bettelns, so ist die Überweisung nur zulässig, wenn entweder die Rückfälligkeit vorliegt, oder wenn unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt ist.

a) Die Drohungen brauchen nicht solche mit strafbaren oder verbotenen Handlungen zu sein: Olshausen N. 3b a, Rüdorff-Stenglein N. 5.

Streitig ist hierbei die Frage der Idealkonkurrenz mit der Erpressung. Nach einer vereinzelt Ansicht besteht nicht Ideal-, sondern Gesetzeskonkurrenz, wobei das qualifizierte Betteln als Spezialfall den § 253 ausschließt. Das RG. 16./2. 99 C. 32 46 spricht sich für die Idealkonkurrenz aus. Wenn die das Betteln begleitende Drohung zugleich den Charakter der Drohung im Sinne der §§ 253 ff. trüge, müßten die Strafandrohungen dieser Gesetzesvorschriften angewendet werden. Für die alleinige Anwendung der §§ 361 Nr. 4, 362 verblieben die Fälle, in denen es sich nicht um echte, auf Zwang gegen die Willensfreiheit gerichtete Drohungen handelte, also z. B. um Drohungen, welche nach dem Anbetteln ausgestoßen würden und nicht mehr den Zweck der Erlangung einer Gabe verfolgten. Derselben Ansicht sind mit mehreren Variationen Binding Lehrb. II 926, Frank N. IV Abs. 2, v. Liszt 620 N. 5, Meyer-Altfeld 487. Aber diese Ansicht hat das Bedenken gegen sich, daß ein Drohen nach dem Betteln kein Betteln unter Drohungen ist. Vielmehr trifft Olshausen N. 3 b Abs. 5 das Richtige. Nach ihm liegt, wenn die Drohungen das Mittel der Nötigung zum Geben bilden, lediglich Erpressung vor, kommt ein Betteln überhaupt nicht in Frage, ist daher die Anwendung des § 362 ausgeschlossen, wogegen wiederum § 361 Nr. 4 mit § 362 ausschließlich Anwendung findet, wenn die Drohungen nur eine Begleiterscheinung beim Betteln sind. Allerdings ist es schwer, beides in der Praxis auseinanderzuhalten; es läuft schließlich auf eine Frage des subjektiven Empfindens hinaus. Eine Idealkonkurrenz ist nach Olshausen nur denkbar, wenn bei einer einheitlichen Tat die Drohung anfänglich nur eine Begleiterscheinung des Bettelns bildet, dann aber der zunächst auf Erlangung einer freiwilligen Gabe

gerichtete Wille dahin sich umwandelt, die Gabe mittels Nötigung durch Drohung oder Gewalt zu erlangen. Ganz richtig, aber wie ist das ohne Geständnis des Bettlers festzustellen?

*) Dem Betteln unter Drohungen steht gleich das Betteln mit Waffen. Die Waffen sind hier mit Binding Lehrb. II 925 N. 8 und v. Liszt 620 N. 5 gegen Frank N. IV Abj. 2, Olshausen N. 3b f, Oppenhoff-Delius N. 11 und Rüdorff-Stenglein N. 5 im technischen Sinne zu nehmen. Diese Meinungsverschiedenheit ist allerdings von geringer praktischer Erheblichkeit, da ein Betteln mit einem Messer oder einem anderen gefährlichen Werkzeug jedenfalls ein Betteln unter Drohungen ist. Dem Betteln muß durch die Waffe Nachdruck gegeben, diese somit in äußerlich erkennbarer Weise geführt werden: Binding, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; a. M. Frank und Olshausen a. a. D. Idealkonkurrenz mit Erpressung findet statt, wenn das Betteln mit einer Waffe zugleich ein solches durch Drohung ist; Binding Lehrb. II 925 nimmt dies überall, somit Idealkonkurrenz mit Erpressung stets als vorliegend an.

5. Durch die Überweisung erhält die Landespolizeibehörde — die höhere im Gegensatz zur Ortsbehörde — die im Gesetz genannten Befugnisse. Ob sie von ihnen Gebrauch machen will, steht völlig in ihrem Ermessen. Will sie es, so bezeichnet die zweijährige Frist keineswegs, wie Finger I 494, Hälschner I 630, Oppenhoff-Delius N. 5 und Rüdorff-Stenglein N. 3 meinen, die Dauer der Vollstreckungsbefugnis, so daß sie mit der Verbüßung bzw. Erlass im Gnadenwege der Haftstrafe sofort zu laufen begänne und mit ihrem von da ab berechneten Ablauf Nachhaft unzulässig wäre, sondern sie ist die Maximaldauer der Nachhaft: Binding Lehrb. II 926 N. 4, Frank N. VII 1, v. Liszt 265 N. 5, Olshausen N. 4 Abj. 2. Allerdings hat sich die Nachhaft möglichst unmittelbar an die Hauptstrafe anzuschließen, zumal die Strafvollstreckungsbehörde nicht berechtigt ist, den Häftling zum Zwecke des Zugriffs seitens der Polizeibehörde noch nach verbüßter Haft festzuhalten. Im Fall des § 361 Nr. 6 ist die Befugnis der Polizeibehörde auch der einen Seite eine erweiterte, auf der anderen, wenn die Weibsperson zur Zeit der Verurteilung noch nicht achtzehn Jahre zählt, eine beschränkte; beim Vorliegen dieses beschränkenden Umstandes ist, obgleich das Gesetz nur von der Unterbringung spricht, auch die Verwendung zu öffentlichen Arbeiten ausgeschlossen. Es ist wohl nur ein lapsus calami, wenn Frank N. VII Abj. 1 dies auf die Verurteilung wegen Bettelns bezieht, und ein Rest einer früheren irrigen Ansicht, wenn Olshausen N. 4b hier von einem „ersten“ verurteilenden Urteil spricht. Ist der Verurteilte ein Ausländer, so kann die Polizeibehörde neben und statt der Unterbringung (oder Verwendung zu öffentlichen Arbeiten) ohne Unterschied von Alter und Geschlecht die Ausweisung aus dem Reichsgebiet verfügen. Die Ansicht von Hälschner I 630, v. Liszt 266 N. 9, Oppenhoff-Delius N. 15 und Wachenfeld N. II 241, daß auch diese Ausweisung nur auf höchstens zwei Jahre wirke, entspricht dem Wortlaut des Gesetzes und hat die Analogie der Ausweisung im Fall der Stellung unter Polizeiaufsicht für sich; vgl. § 39 N. 2; a. M. Binding Lehrb. II 926 N. 5, Frank N. VII 4, Olshausen N. 5 Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 79 N. 5.

Nach einem bundesrätlichen Beschluß v. 16. Juni 1872 ist die Landespolizeibehörde desjenigen Bundesstaats zuständig, in welchem die Verurteilung erfolgt ist. Nähere Direktiven über die Anwendung der Nachhaft gibt ein Beschluß v. 26. Juni 1889.

§ 363.

Wer, um Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines Anderen zu täuschen, Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher oder sonstige Legitimationspapiere, Dienst- oder Arbeitsbücher oder sonstige auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, sowie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse falsch anfertigt oder verfälscht, oder wissentlich von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch macht, wird mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertzwanzig Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher zu demselben Zwecke von solchen für einen Anderen ausgestellten echten Urkunden, als ob sie für ihn ausgestellt seien, Gebrauch macht, oder welcher solche für ihn ausgestellte Urkunden einem Anderen zu dem gedachten Zwecke überläßt.

1. Abj. 1 statuiert eine privilegierte Urkundenfälschung, indem der Gesetzgeber das lediglich behufs des besseren Fortkommens geschehende Fälschen von Legitimationspapieren usw. in Rüd-

sicht auf diesen Zweck als einen milderen Fall der Urkundenfälschung betrachtet. Zwischen dem Tatbestande der §§ 267, 270 und dem des Abs. 1 besteht weder hinsichtlich des Gegenstandes der Fälschung noch hinsichtlich der Willensrichtung im allgemeinen ein begrifflicher Unterschied: RG. 15./2. 83 C. 8 37, 18./2. 84 C. 10 162, 29./12. 85 C. 12 385, 21./12. 85 C. 13 65, 4./2. 90 C. 20 229, 18./3. 09 C. 42 249. Daher ist mit der gemeinen Urkundenfälschung der §§ 267, 268, 270 keine Idealkonkurrenz möglich: Frank N. I letzter Abs., v. Liszt 530 N. 10, Oshausen N. 5, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 1, N. 2 und RG. 15./2. 83 C. 8 37; a. M. wegen § 268 Binding Lehrb. II 276. Eine Privilegierung gegenüber den §§ 271—273 enthält Abs. 1 nicht: Oshausen N. 11.

2. Gegenstand des Delikts sind Urkunden und zwar, wie von keiner Seite, ausgenommen z. T. Oppenhoff-Delius N. 5, bestritten wird, Urkunden im juristisch-technischen Sinne des § 263. Erforderlich ist daher die Rechtserheblichkeit: Hälshner II 528, Oshausen N. 2, wogegen, falls es sich um eine Privaturkunde handelt, deren Beweiserheblichkeit hier nicht verlangt wird: Berner 706, Hälshner II 532, 549 N. 1, Oshausen N. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1, 2 und RG. 4./2. 90 C. 20 229; a. M. RG. 23./11. 91 C. 22 225. Ob die Urkunden private oder öffentliche, in- oder ausländische sind, ist gleichgültig. Nicht unter § 363 fallen Urkunden, welche sich auf konkrete Rechte und Rechtsverhältnisse beziehen, sie zum Ausdruck bringen, sie schützen, zu ihrer Erlangung dienen wollen, vgl. unten N. 4, sodaß z. B. die Quittungskarten der Invaliditäts-Versicherung nicht hierher gehören: RG. 6./12. 92 C. 23 335, 27./10. 93 C. 24 348, 27./11. 08 C. 42 79. Als solche hier ausschließlichs in Betracht kommenden Urkunden nennt das Gesetz drei Gruppen. Nämlich:

a) Legitimationspapiere, wie Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher, also amtlich ausgestellte, zum Ausweis einer Person über die sog. Personalkennbestimmte Bescheinigungen. Dahin gehören auch aus den die Personenstandsregister darstellenden Kirchenbüchern gezogene Tauf- und Geburtscheine: RG. 29./9. 85 C. 12 385. Ebenso die nach GewD. § 44a auszustellenden Legitimationskarten, nicht aber die nach § 55 auszustellenden Wandergewerbecheine: RG. 18./3. 09 C. 42 249. Ein Legitimationschein im Sinne eines Erlaubnischeines ist überhaupt kein Legitimationspapier: Binding Lehrb. II 274, Frank N. I 1a. Alle diese Urkunden müssen öffentliche sein: Binding und Frank a. a. O., Oshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 3, 4.

b) Auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, wie Dienst- oder Arbeitsbücher. Auch hier handelt es sich um urkundliche Bescheinigungen, welche zum Ausweise einer Person über ihre persönlichen Verhältnisse dienen sollen. Und zwar über die Person eines Anderen, da Versicherungen über die eigene Person gar nicht Zeugnisse sind. Nur solche Zeugnisse gehören hierher, deren Ausstellung oder Vorlegung unter bestimmten Verhältnissen, z. B. beim Austritt aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis oder beim Eintritt in ein solches, durch Reichs- oder Landesgesetz unabhängig von der Willkür der Beteiligten als notwendig besonders vorgeschrieben sind: RG. 7./7. 05 C. 38 145. Somit kann nicht aus § 363 gestraft werden, wenn überhaupt solche Vorschriften fehlen, oder wenn die Zeugnisse außerhalb der Grenzen der Vorschriften stehen: Berner 706, Oshausen N. 3b a; RG. 8./7. 90 C. 21 56 (betrifft die Zustimmung eines Vaters zum Gesindedienste seines minderjährigen Kindes, welche aber überhaupt kein Zeugnis, sondern eine Erlaubnis ist).

c) Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse, solche Papiere, die dazu bestimmt sind, es dem Beteiligten zu ermöglichen, sich mit ihrer Hilfe über seine Führung und seine Fähigkeiten auszuweisen. Daß sie auf Grund „besonderer Vorschriften“ ausgestellt seien, ist nicht erforderlich. Auch sie müssen sich auf eine andere Person beziehen. Zeugnisse, welche konkrete Rechte gewährleisten, z. B. über die Ablegung staatlich geregelter Prüfungen, durch deren Bestehen ausschließlich bestimmte Berechtigungen erworben werden, gehören nicht zu den vom Gesetz gemeinten Zeugnissen (N. 1, N. 2 Abs. 1): RG. 7./7. 05 C. 38 145, 28./2. 10 C. 43 271.

3. Diese Urkunden werden von dem Täter entweder verfälscht oder fälschlich angefertigt, wobei, anders als bei der gemeinen Urkundenfälschung des § 267, ein Gebrauchmachen zum Zwecke einer Täuschung nicht erforderlich, also schon die Fälschung an sich strafbar ist: Binding Lehrb. II 274, Frank N. I Abs. 2, Hälshner II 550, Oshausen N. 9 Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 6; a. M. Geyer 107. Oder er macht — § 270 — von dem Fälschikat Gebrauch, sei es, daß er selbst oder daß ein Anderer der Fälscher ist, in welchem letzteren Fall er wie in § 270 von der Fälschung wissen muß. Macht der Fälscher selbst den Gebrauch, so ist nach den gegebenen Umständen zu ermessen, ob zwei Delikte vorliegen oder nur das Delikt der Fälschung als fortgesetztes Delikt: Binding und Oshausen a. a. O.

4. Wie die gemeine Urkundenfälschung erfordert auch die privilegierte Dolus, der Täter will täuschen und zwar sowohl wenn er fälscht, als auch wenn er, was Oppenhoff-Delius N. 14 bestrittet, von dem Falsum Gebrauch macht: Binding Lehrb. II 275, Frank N. I 2, Hälshner II 549, Oshausen N. 4 Abs. 1, N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abs. 2. In dieser Beziehung finden

also die Ausführungen zu § 267 volle Anwendung. Aber nicht die Strafbestimmungen über die gemeine Urkundenfälschung, sondern die Übertretungsstrafe des § 363 ist anzuwenden, wenn, was positiv festzustellen ist, der Täter zum Zwecke des besseren Fortkommens seiner selbst oder eines Anderen gehandelt hat. Sein Wille muß unbestimmt, allgemein darauf gerichtet sein, mit Hilfe der Urkunde irgendwelche günstigeren Aussichten für das Fortkommen, die Fristung des Unterhalts, Erhalt von Unterfügungen usw. zu erlangen; er darf positiv nicht auf die Erlangung eines Vorteils, auf den bei Echtheit der Urkunde ein Recht bestände, negativ nicht auf die Verletzung eines bestimmten Rechts des Staates oder einer Privatperson gerichtet sein: Frank N. I 2, Hältscher II 549, v. Liszt 530 N. 9, Dtschhausen N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 15./2. 83 C. 8 37, 18./2. 84 C. 10 162, 29./9. 85 C. 12 385, 21./11. 85 C. 13 65, 4./2. 90 C. 20 229, 23./11. 91 C. 22 225, 28./2. 95 C. 27 56, 7./7. 05 C. 38 145, 22./6. 06 C. 39 75, 18./3. 09 C. 42 249, 28./2. 10 C. 43 271. Die Ansicht von Binding Lehrb. II 275 N. 3, eine solche allgemeine Absicht gebe es im Einzelfalle erfahrungsmäßig nicht, steht mit der Erfahrung in direktem Widerspruch, denn die Fälschung wird z. B. zum Zweck des besseren Fortkommens der Bettler und Landstreicher in den Kaffschmitten geradezu gewerbsmäßig und trotz plumpester Werkzeuge, wie frischer Kartoffelschnitte, mit großer Geschicklichkeit betrieben. Da zum Betrage eine gegen Rechte Dritter gerichtete Absicht gehört, ist hiernach Idealfonturrenz mit § 263 ausgeschlossen: Binding Lehrb. II 276 N. 3, Frank N. I letzter Absf., Dtschhausen N. 6b Absf. 1; a. M. allerdings RG. 8./4. 92 C. 23 43.

Nach der Praxis des RG. liegt der Zweck des besseren Fortkommens vor bei einem Handeln z. B. behufs Erlangung von Almosen, insbesondere Ortsgeherten: 15./2. 83 C. 8 37; des früheren Eintritts beim Militär: 29./9. 85 C. 12 385; einer Schankkonzession: 2./10. 94 C. 26 83; der katholischen Trauung eines Geschiedenen: 22./6. 06 C. 39 75. Er liegt nicht vor bei einem Handeln, z. B. behufs Erlangung einer Invalditätsrente: 23./11. 91 C. 22 225 (oben N. 2 Absf. 1); einer Zivilverfügungsstelle: 28./2. 95 C. 27 56; eines Adelsprädikates: 8./12. 96 C. 29 241; einer bestimmten amtlichen Stellung: 1./11. 98 C. 31 296; behufs Vermeidung der Kündigung einer Stellung: 7./7. 05 C. 38 145.

5. Absf. 2 setzt eine echte, eine solche Urkunde voraus, welche von dem angeblichen Aussteller so, wie sie jetzt ist, wirklich ausgestellt ist. Somit liegt nicht eine Urkundenfälschung, sondern ein dem Betrug sich annähernder Mißbrauch einer echten Urkunde zum Zwecke eines besseren Fortkommens vor: RG. 31./3. 84 C. 10 262.

Bei dem ersten Tatbestand ist die Urkunde nicht für den von ihr Gebrauch machenden Täter, sondern für einen Anderen ausgestellt, wobei aber unter den „für einen Anderen“ ausgestellten Urkunden nur solche zu verstehen sind, welche wirklich für eine andere Person, nicht bloß auf einen anderen Namen ausgestellt sind: Berner 707, Binding Lehrb. II 275 N. 2, Frank N. II 1, Dtschhausen N. 12a, Rüdorff-Stenglein N. 2; RG. 31./3. 84 C. 10 262. Auf welche Weise der Täter in den Besitz der Urkunde gekommen, insbesondere ob entgeltlich oder unentgeltlich, ist gleichgültig. Hat er sie mit Wissen und Willen des Anderen erhalten, so macht dieser sich nach dem zweiten Tatbestand strafbar, wenn er den Zweck kennt, also die Urkunde zu dem Zweck überläßt, und zwar ohne Unterschied, ob der Besitzer von der Urkunde Gebrauch macht oder nicht. Der Gebraucher macht sich eventuell zugleich der Übertretung des § 360 Nr. 8 schuldig.

In beiden Fällen ist Dolus erforderlich: Frank II Nr. 2, Dtschhausen N. 13, Rüdorff-Stenglein N. 1 Absf. 2.

6. Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911 (Reichs-Gesetzbl. 509):

§ 1495.

„Wer Leittungskarten mit unzulässigen Eintragungen oder mit besonderen Merkmalen „verfieht, kann vom Versicherungsamt mit Geldstrafe bis zu zwanzig Mark bestraft werden.

„Mit der gleichen Strafe kann bestraft werden, wer in Leittungskarten den Vordruck fälschlich ausfüllt oder die zur Ausfüllung des Vordrucks eingetragenen Worte oder Zahlen verfälscht „oder wissentlich eine solche Karte gebraucht.

„Wer die Eintragungen, Merkmale oder Fälschungen in der Absicht macht, den Inhaber „Arbeitsgebern gegenüber kenntlich zu machen, wird mit Geldstrafe bis zu zweitausend Mark „oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Bei mildernden Umständen kann statt der „Gefängnisstrafe auf Haft erkannt werden.

„Eine Verfolgung wegen Urkundenfälschung (§§ 267, 268 des Reichs-Strafgesetzbuchs) „tritt nur gegen Personen ein, welche die Fälschung in der Absicht begangen haben, sich oder „Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder Anderen einen Schaden zuzufügen.“

Das Versicherungs-gesetz für Angestellte v. 20. Dezember 1911 (Reichs-Gesetzbl. 989) gibt in § 347 die beiden ersten Absätze, in § 348 den dritten und vierten Absatz des § 1495 gleichlautend wieder, nur daß statt der Leittungskarten die Versicherungskarten, statt des Versicherungsamtes der Rentenaus-schuß genannt ist.

§ 364.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark wird bestraft, wer wissentlich schon einmal verwendetes Stempelpapier nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung der darauf gesetzten Schriftzeichen, oder schon einmal verwendete Stempelmarken, Stempelblankette oder ausgeschnittene oder sonst abgetrennte Stempelabdrücke der im § 276 bezeichneten Art veräußert oder feilhält.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwertzeichen nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung des Entwertungszeichens veräußert oder feilhält.

Eine Ergänzung des § 276. Wer die Schrift- und Entwertungszeichen entfernt, und welchen Gebrauch der Andere von dem Stempelpapier usw. macht, ist gleichgültig. Die Veräußerung, d. h. Überlassung an Andere, oder Feilhaltung, vgl. § 184 N. 2e, ohne Entfernung der Schriftzeichen, z. B. als Makulatur, ist natürlich straflos, und entsprechend straflos auch die Überlassung oder Feilhaltung der Post- und Wertzeichen ohne Entfernung des Entwertungszeichens. Beide Delikte erfordern Dolus: Frank N., Lshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 3.

§ 365.

Wer in einer Schankstube oder an einem öffentlichen Vergnügungsorte über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt, ungeachtet der Wirt, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat, wird mit Geldstrafe bis zu funfzehn Mark bestraft.

Der Wirt, welcher das Verweilen seiner Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus duldet, wird mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft.

1. Polizeistunde ist die seitens einer Polizeibehörde bestimmte Zeit, bei deren Eintritt die Schankstuben und öffentlichen Vergnügungsorte des Bezirks auf eine bestimmte Anzahl Stunden während der Nacht geschlossen werden müssen. Die Zuständigkeit der Behörde, Form und Inhalt der Anordnung, ihre Verkündigung, die einzelnen Lokalitäten, für welche die Polizeistunde angeordnet wird, beurteilen sich nach dem Landesrecht, dagegen die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Übertretung der Polizeistunde bestraft werden kann, ausschließlich nach § 365: Binding Lehrb. II 745, Frank N. I, Lshausen N. 1. In denjenigen Lokalitäten, für welche eine Polizeistunde nicht angeordnet ist, kann § 365 überhaupt nicht verletzt werden.

2. In räumlicher Beziehung kommen nur Schankstuben und öffentliche Vergnügungsorte in Betracht.

Schankstuben sind geschlossene Räume, in welchen dem Publikum gewerbsmäßig mit oder ohne Konzession Getränke aller Art, nicht bloß, wie Frank N. II 1, Eppenhoff-Delius N. 2 und v. Schwarze N. 1a annehmen, geistige Getränke mit der Befugnis zum Genuß auf der Stelle verabfolgt werden: Berner 708, Binding Lehrb. II 745, Lshausen N. 2a.

Öffentliche Vergnügungsorte sind zur Benutzung durch das Publikum behufs geselligen Vergnügens bestimmte und hergerichtete, offene oder geschlossene Räumlichkeiten, welche einen Wirt besitzen, also nicht z. B. die sog. Lunaparks: Binding a. a. D., Frank N. II 2, Lshausen N. 2b, Rüdorff-Stenglein N. 3. Ob Erfrischungen an dem Orte geboten werden oder nicht, ist gleichgültig: Berner 708, Lshausen a. a. D., Eppenhoff-Delius N. 5; a. N., unter Zulassung nichtgeistiger Getränke, Frank a. a. D.

Die überhaupt oder zurzeit ausschließlich von geschlossenen Gesellschaften besetzten Räumlichkeiten „läßt das Gesetz vollständig beiseite“ (Binding): Berner und Binding a. a. D., Frank N. II 1, Lshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2. Insbesondere die Schankstube hört auf eine solche zu sein, wenn und solange sie einer geschlossenen Gesellschaft ausschließlich zur Verfügung steht, dies selbst dann, wenn der der Gesellschaft überlassene Raum mit den übrigen Wirtschaftslokalitäten in offener Verbindung steht: Frank und Lshausen a. a. D.

Wegen der Restaurationsräume der Bahnhöfe siehe N. 3.

3. Strafbar machen sich die Gäste und der Wirt.

a) Gäste sind diejenigen, deren Aufnahme im Verfolg des gewerbmäßigen Betriebes der Schankstube oder des Vergnügungsortes erfolgt ist. Deshalb gehören nicht hierher die Logiergäste einer Gastwirtschaft und die Privatgäste des Wirtes, doch werden die Gäste nicht unbedingt dadurch zu Privatgästen, daß der Wirt sie zur unentgeltlichen Bewirtung einladet, z. B. am Eröffnungsabend: Berner 708, Binding Lehrb. II 746, Frank N. II 6, III, Olshausen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 6.

Falls sie nicht ausdrücklich ausgenommen sind, unterstehen auch die Restaurationsräume der Bahnhöfe der Polizeistunde. Als Nichtgäste haben aber die reisenden Personen zu gelten: RG. 22./9. 04 C. 37 260. Infolge einer, man darf wohl sagen, allgemeinen Rechtsgewöhnheit sind auch die die Reisenden wegbringenden und abholenden Personen ausgenommen. Wegen der jedenfalls auf den größeren Bahnhöfen obwaltenden Schwierigkeit oder geradezu Unmöglichkeit einer unterscheidenden Kontrolle wird übrigens unter polizeilicher Duldung in diesen Räumen die Polizeistunde fast nirgends eingehalten. Die Praxis der Landesgerichte ist eine verschiedene. Vgl. Binding Lehrb. II 746, Frank N. II 1, Olshausen N. 2a, Oppenhoff-Delius N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 2.

b) Wirt ist der Inhaber der Schankstube, des Vergnügungsortes. Ihm ist in Abs. 1 kein Vertreter gleichgestellt. Diese Gleichstellung muß auch hier für das Delikt des Abs. 2 angenommen werden, denn Inhaber der Schankstube usw. im Sinne des Gesetzes ist derjenige, der sie tatsächlich leitet und damit die Verfügungsgewalt über sie hat: Berner 709, Olshausen N. 4b; RG. 11./7. 03 C. 36 324. Aber es spricht dafür auch die positive Bestimmung GewD. § 151 Abs. 1:

„Sind bei der Ausübung des Gewerbes polizeiliche Vorschriften von Personen übertreten worden, welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebes oder eines Teiles desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte, so trifft die Strafe diese letzteren. Der Gewerbetreibende ist neben denselben strafbar, wenn die Übertretung mit seinem Vorwissen begangen ist, oder wenn er bei der nach den Verhältnissen möglichen eigenen Beaufsichtigung des Betriebes oder bei der Auswahl oder der Beaufsichtigung der Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen“.

Diese Vorschrift ist nicht auf die in der GewD. selbst enthaltenen Bestimmungen oder die auf Grund ihrer erlassenen polizeilichen Vorschriften beschränkt, sondern ist allgemeiner Natur: Binding Lehrb. II 30, Frank N. III, § 369 N. I, Olshausen N. 9a, § 369 N. 1a Abs. 2; a. M. Binding Lehrb. II 746 N. 5.

4. Die Gäste machen sich nach Abs. 1 strafbar, wenn sie auf die seitens des Wirtes, seines Vertreters oder eines Polizeibeamten erfolgte Aufforderung sich nicht entfernen. Der letztere muß in irgendeiner Weise als solcher legitimiert erscheinen: Frank N. II 3 und Olshausen N. 6; a. M. Binding Lehrb. II 745 N. 3.

Erforderlich ist also der Eintritt der Polizeistunde.

Sodann ist erforderlich eine Aufforderung. Diese muß sich, und zwar unter Hinweis auf die eingetretene Polizeistunde direkt an die anwesenden Gäste richten, wenn auch nicht an jeden einzelnen besonders: Berner 708, Binding Lehrb. II 745, Olshausen N. 6, Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 4. Bestimmte Worte sind nicht erforderlich; daher genügt regelmäßig die Erklärung: „es ist Polizeistunde“ oder „Feierabend“: Frank und Olshausen a. a. D.; a. M. Rüdorff-Stenglein a. a. D. Auf jeden Fall muß die Aufforderung dem einzelnen Gast zur Kenntnis gekommen sein. Warum sich der Gast jetzt nicht entfernt, ist gleichgültig, wenn er sich überhaupt nur entfernen kann. Mit Frank N. II 3 ist ihm aber ein modicum tempus zu gewähren, also um auszutrinken, zu bezahlen, seine Garderobe an sich zu nehmen; ein jähes Davonstürzen wird vom Gesetz nicht verlangt.

Auch die Fahrlässigkeit ist strafbar. Frank N. II 4, Olshausen N. 7, Oppenhoff-Delius N. 8a; a. M. Binding Lehrb. II 746 und Rüdorff-Stenglein N. 8.

5. Der Wirt macht sich strafbar, wenn er das Verweilen der Gäste über die Polizeistunde hinaus duldet. Das Dulden ist kein bloß passives Verhalten, sondern der Wirt hat die nach der konkreten Sachlage zur Räumung des Lokals erforderlichen Mittel anzuwenden, eventuell von seinem Hausrecht Gebrauch zu machen: Berner 708, Olshausen N. 5b. Das Delikt ist also ein Begehungsdelikt durch Unterlassung: Binding Lehrb. II 746, Olshausen a. a. D.; a. M. Frank N. III und Löning 16. Es ist auch als fahrlässiges strafbar, z. B. wenn der zeitweise verhinderte Wirt seinen Vertreter nicht genügend instruiert hat (vgl. N. 3b): Binding und Frank a. a. D., Olshausen N. 9a; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 8.

6. Macht der Wirt von seinem Hausrecht Gebrauch, so liegt für diejenigen gleichwohl verweilenden Gäste, denen solches zum Bewußtsein gekommen ist, Idealkonkurrenz mit Hausfriedensbruch vor: Binding Handb. I 575 N. 17, Lehrb. I 120 N. 3, Frank § 123 N. VI, Olshausen N. 8.

Veranlaßt der Wirt die Gäste, nachdem ein Polizeibeamter zum Weggehen aufgefordert hat, zum Verweilen, so ist er aus Abs. 2 und, wenn die Gäste seiner Aufforderung folgen, in Konkurrenz wegen Nichtleistung zum Delikt des Abs. 1, wenn sie ihr nicht folgen, eventuell in Konkurrenz mit dem Delikt des § 111 Abs. 2 zu strafen; z. B. abweichend Berner 709, Frank N. IV und Ulshausen N. 10a; Binding Lehrb. II 746 und Rüdorff-Stenglein N. 7 wollen nur Abs. 2 anwenden. Bei mehreren Gästen ist die Strafe nur einmal verwirkt: Berner, Ulshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.

7. Der Wirt wird mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft. Für ihn kommen also $4\frac{2}{3}$ Mark auf Einen Tag. Die Gäste werden mit Geldstrafe bis zu fünfzehn Mark bestraft. Diese Geldstrafe ist nach §§ 28, 29 eventuell in Haft umzuwandeln und zwar in Haft bis zu fünfzehn Tagen. Die Gäste könnten hiernach in eine größere Freiheitsstrafe fallen als der Wirt. Das ist aber vom Gesetz nicht gewollt, vielmehr ist die Geldstrafe der Gäste nach dem gleichen Verhältnis, also höchstens in vier Tage Haft umzuwandeln.

§ 366.

Mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

- 1) wer dem gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt;

1. Die Bestimmung ist ein Manteltgesetz, dessen Ausfüllung mangels einer dahin gehenden Kompetenz des Reiches durch das Landesrecht zu erfolgen hat. Die landesrechtlichen Anordnungen müssen genereller Natur, dürfen nicht bloß gegen einzelne Personen gerichtet sein: Ulshausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 1. Das Landesrecht ist insbesondere auch für die Zuständigkeit zum Erlaß der Anordnungen maßgebend. 3. B. in Preußen sind, unter Ausschluß der Polizeibehörden auch im Wege der Delegation, die Ober- und Regierungspräsidenten zuständig. 2. Abgesehen von der Zweckmäßigkeit ihrer Gebote und Verbote unterstehen die Anordnungen in jeder Beziehung, auch inhaltlich, der richterlichen Prüfung.

a) Die Anordnungen müssen den Schutz der religiösen Feier bezwecken. Es handelt sich somit nicht um den Schutz des Individuums in seinem Anspruch auf Sonntagsruhe, vielmehr sind für die Wahrung der gesundheitlichen und sozialpolitischen Interessen die Bestimmungen der GewO. § 146a maßgebend, und ebennmäßig sind unter den Festtagen nicht nationale oder politische, sondern nur kirchliche zu verstehen: Ulshausen N. 1b, Wahlberg N. S. III 274. Welche Festtage jedoch dies sind, ist unabhängig von den kirchlichen Bestimmungen nach der Landesgesetzgebung zu bemessen, sodaß nur diejenigen in Betracht kommen, welche landesrechtlich als allgemein zu beachtende anerkannt sind: Frank N. I Abs. 1, Ulshausen a. a. D.; RG. 27./6. 98 S. 31 221. Landesrechtlich können auch die Vorabende der Festtage geschützt werden: Frank und Ulshausen a. a. D. Eine Polizeiverordnung, welche sich auf nur kirchliche, nicht auch landesrechtlich anerkannte Festtage bezieht, ist strafrechtlich ungültig: Berner 709 N. 2, Ulshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 5.

b) Was die Feier nicht stören kann, darf von der Polizei nicht verboten werden: RG. 30./10. 89 S. 20 81. Es handelt sich aber nur um Störungen, welche nach außen hin wirksam unmittelbar in die äußere Erscheinung treten und geeignet sind, die äußere Heilighaltung der Sonn- und Festtage, die an ihnen zu beobachtende äußere Ruhe und in diesem Sinne die allgemeine Feier zu stören und zu beeinträchtigen: Frank N. I Abs. 1, Ulshausen N. 1c Abs. 1; RG. 30./10. 89 S. 20 81. Somit sind Anordnungen, die eine Störung der Sonntagsruhe des Einzelnen verhüten wollen, nicht gemeint. Unter der Feier ist jedoch nicht lediglich die des eigentlichen Gottesdienstes, sondern die der Sonn- und Festtage überhaupt zu verstehen: Berner 710, Ulshausen N. 1c Abs. 2. Daß die Feier wirklich gestört worden, ist nicht erforderlich: Berner a. a. D., Ulshausen N. 1c Abs. 1.

3. Von dem Inhalt der Anordnung hängt es ab, ob Dolus erforderlich ist, oder ob schon Fahrlässigkeit genügt; im Zweifel ist das Letztere anzunehmen: Frank N. I Abs. 1, Ulshausen N. 1c Abs. 2, Rüdorff-Stenglein N. 4; a. M. Binding Lehrb. I 184.

4. Wie bereits N. 2b vermerkt wurde, kann das, was die Feier zu stören nicht geeignet ist, nicht verboten werden. Mit Recht hat daher das preussische Kammergericht eine jeden Handelsverkehr an Sonn- und Festtagen ausnahms- und bedingungslos verbietende Polizeiverordnung für ungültig erklärt. Mit gleichem Recht die gänzliche Unterjagung der Jagd, wogegen die Jagd für die Dauer des Gottesdienstes unterjagt werden könne. Ebenso könne unterjagt werden während des Gottesdienstes die Verabreichung von Speisen und Getränken in Wirtschaftern und Schank-

stätten außer an Reisende, bzw. das Offenhalten von beiden sowie von Magazinen usw. Die Praxis der Oberlandsgerichte geht im ganzen dahin, daß während des Gottesdienstes Handel und Gewerbe, während des übrigen Tages alle nach außen sich durch Geräusch bemerkbar machenden Arbeiten, insbesondere die Arbeiten der Fabriketablissemens ruhen sollen.

2) wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einführt oder zureitet;

5. Nur das Fahren oder Reiten innerhalb, nicht auch das außerhalb der Städte und Dörfer kommt in Betracht und auch hier nur, wie Ulshausen N. 2—5, 8—10a 2/3 mit Recht bemerkt, das Fahren oder Reiten auf öffentlichen Straßen und Plätzen, wobei sowohl die Art des Fuhrwerks als auch die bewegende Kraft gleichgültig ist, z. B. Hunde, Motorwagen, Fahrrad: Frank N. II, Ulshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 6; RG. 14./3. 04. Für die Beurteilung der Übermäßigkeit ist nicht bloß die Schnelligkeit der Bewegung, sondern auch die Frequenz der Ortlichkeit zu berücksichtigen: Werner 710. „Polizeiverordnungen, welche für Automobile ein bestimmtes „Tempo vorschreiben, mögen zwar insofern gültig sein, ihre Strafandrohungen sind es aber nicht“, d. h. es kommt auch hier auf die Übermäßigkeit an; so mit Recht Frank a. a. O. Anders jedoch, wenn Nr. 10 in Frage steht.

6. Wegen der öffentlichen Straßen und Plätze vgl. § 116 N. 2b, wegen der gemeinen Gefahr Abschn. 27 N. 1 Abs. 1, 2.

7. Fahrlässigkeit genügt: Binding Lehrb. I 79, Ulshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 6; a. M. wegen des zweiten Delikts Frank N. II. Verschuldung ist aber stets erforderlich, vgl. Abschn. 29 N. 3a und Geyer I 188, Frank und Ulshausen a. a. O.; a. M. bezüglich des ersten Delikts RG. 13./10. 83.

Auch beim Durchgehen des Pferdes kann Fahrlässigkeit der Reiters oder Fuhrmannes vorliegen: Frank und Ulshausen a. a. O.

8. Idealtenturenz mit §§ 222, 230 ist möglich: Binding Lehrb. I 79, II 107, Frank § 73 N. VII b β, Geyer 188, Ulshausen N. 2b.

3) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen das Vorbeifahren Anderer mutwillig verhindert;

9. Wegen der öffentlichen Wege usw. vgl. § 116 N. 2b, wegen der Wasserstraßen § 243 N. 19 Abs. 2, unter ihnen sind tatsächlich, nicht notwendig rechtlich öffentliche zu verstehen: RG. 11./9. 00 E. 33 271. Mutwillig ist das durch keinen vernünftigen Zweck gerechtfertigte Handeln. Wodurch das Verhindern geschieht, z. B. durch Unterlassen des Ausweichens, ist gleichgültig. Das Verhindern muß, im Gegensatz zum bloßen Hindern, ein wenn auch nur zeitweise erfolgreiches sein: Ulshausen N. 3, Rüdorff-Stenglein N. 7. Das Delikt erfordert Dolus: Frank N. III, Ulshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. O.

4) wer in Städten mit Schlitten ohne feste Deichsel oder ohne Geläute oder Schelle fährt;

10. Wer in Städten, nicht auch in Dörfern, jedoch wie bei den Delikten der Nr. 2 auf öffentlichen Straßen und Plätzen, vgl. N. 5. Strafbar ist auch die Fahrlässigkeit: Binding Lehrb. I 79, Frank N. 4, Ulshausen N. 4, Rüdorff-Stenglein N. 8.

5) wer Tiere in Städten oder Dörfern, auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, oder an anderen Orten, wo sie durch Ausreißen, Schlagen oder auf andere Weise Schaden anrichten können, mit Vernachlässigung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln stehen läßt oder führt;

11. Subjekt des Delikts ist Jeder, der das Tier augenblicklich unter seiner Obhut hat: Werner 710, Frank N. V, Ulshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 9. Der Ort braucht kein öffentlicher zu sein. Führen ist auch das Treiben einer Herde. Die Art des Tieres ist gleichgültig. Der Schaden bezieht sich auf Personen und Sachen: Ulshausen a. a. O., Dypenhoff-Delius N. 9. Schaden durch körperliche Bewegung des Tieres, nicht etwa durch Ansteckung: Frank und Ulshausen a. a. O. Unter den erforderlichen Sicherheitsmaßregeln sind nicht nur die im allgemeinen polizeilich an-

geordneten zu verstehen, sondern alle im Einzelfalle „erforderlichen“ Maßregeln: Berner, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D. Daß ein Schaden wirklich verursacht worden, ist nicht erforderlich; ist er verursacht, so ist Idealkonkurrenz mit §§ 222, 230 möglich. Das Delikt kann auch fahrlässig begangen werden: Binding Lehrb. I 79, Frank und Lshausen a. a. D.

Die Materie der strafbaren Gefährdung durch Nichtbeaufsichtigung von Tieren ist weder durch Nr. 5 für sich allein noch zusammen mit § 367 Nr. 11 geregelt, so daß landesrechtlich weitergehende Vorschriften gegeben werden können, so mit Recht Lshausen N. 5b; a. M. Frank N. V.

6) wer Hunde auf Menschen heßt;

12. Auf die Größe und Gefährlichkeit des Hundes kommt es nicht an. Das Delikt erfordert Dolus: Frank N. VI, Hälschner II 89, Lshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 10.

13. So einfach das Delikt an sich auch ist, so ergeben sich doch merkwürdige Kombinationen. Strafbar ist das Heßen auch dann, wenn das geheßte Tier einen persönlichen oder sachlichen Schaden (z. B. Zerreißen der Kleidung) nicht zufügt. Ebenso ist es strafbar, wenn mit dem Vorjas der Tötung, der Körperverletzung, der Nötigung, der Sachbeschädigung geheßt wird, indem die Nr. 6 keineswegs, wie Binding Lehrb. I 79 bezüglich ihrer und der folgenden Nr. 7 annimmt, subjidiärer Natur ist: Berner 711, Hälschner, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D. Daher ist, wenn das geheßte Tier eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung zufügt, Idealkonkurrenz mit diesen Delikten möglich (§§ 223, 230, 303), mit letzterer allerdings nur, wenn der Dolus wenigstens eventuell auch auf sie gerichtet war: Berner, Hälschner, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Frank § 73 N. VII 2b, 7; a. M. wie schon bemerkt, Binding a. a. D. Die Bestimmung ist ferner anzuwenden, wenn ein aus § 223 nicht strafbarer Versuch der Körperverletzung vorliegt, oder wenn der zur Bestrafung der Körperverletzung und Sachbeschädigung erforderliche Strafantrag nicht gestellt ist: Binding und Lshausen a. a. D. Oder wenn bei einer gegen einen Angehörigen gerichteten Körperverletzung und Sachbeschädigung der Strafantrag zurückgenommen ist (§§ 322 Abs. 2, 303 Abs. 3).

7) wer Steine oder andere harte Körper oder Urat auf Menschen, auf Pferde oder andere Zug- oder Lasttiere, gegen fremde Häuser, Gebäude oder Einschließungen, oder in Gärten oder eingeschlossene Räume wirft;

14. Der Begriff des Urats ist nicht auf eiterregende Gegenstände beschränkt, sondern umfaßt überhaupt alles Verunreinigende (Straßenschmutz, Erde, Aschbüsse, fäulni gemischten Kalk usw.): Frank N. VII, Lshausen N. 7d, Rüdorff-Stenglein N. 14; *Nov.* 5./2. 91 C. 21 314.

15. „Auf“ ist gleichbedeutend mit „nach“, „in der Richtung auf“, jedoch die Menschen, Zug- und Lasttiere nicht getroffen zu sein brauchen: Berner 711, Frank N. VII, Lshausen N. 7b, Lppenhoff-Delius N. 15, Rüdorff-Stenglein N. 11; *Nov.* 31./1. 81 C. 3 306. „Gegen“ bedeutet ein wirkliches Treffen des Hauses usw.: Berner, Frank, Lshausen und Lppenhoff-Delius a. a. D., wogegen Rüdorff-Stenglein N. 11 sowohl das „auf“ als auch das „gegen“ im Sinne der Richtung des Wurfes versteht. „In“ besagt, daß der Gegenstand in den Garten, den Raum hineingelangt ist.

16. Die Häuser, Gebäude, Einschließungen müssen fremde sein, also im Allein- oder wenigstens Miteigentum eines Anderen stehen. Auf die anderen genannten Objekte bezieht sich das Erfordernis nicht: Frank N. VII, Lshausen N. 7c, Lppenhoff-Delius N. 17, Rüdorff-Stenglein N. 17. Allerdings wird, wenn die Objekte nicht im Nutzungsrecht eines Anderen stehen, die objektive Rechtswidrigkeit fehlen.

17. Die Zug- und Lasttiere müssen, wie Lshausen N. 7e *a* gegen Rüdorff-Stenglein N. 13 mit Recht bemerkt, zur Zeit der Tat als solche in Verwendung begriffen sein, auch wenn sie nicht gerade in diesem Augenblick ziehen oder tragen.

Die Räume sind eingeschlossen, wenn sie durch eine äußerlich erkennbare Vorrichtung nach allen Seiten hin befriedet sind: Lshausen N. 7e *γ*, Lppenhoff-Delius N. 18. Auch das Haus, das Gebäude sind eingeschlossener Raum, jedoch das Werfen in sie — durch eine offene Tür, Fenster — ebenfalls strafbar ist, vorausgesetzt jedoch, daß sie fremde sind: Lshausen und Lppenhoff-Delius a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 15.

18. Das Delikt erfordert Dolus: Binding Lehrb. I 189, Frank N. VII, Lshausen N. 7a, Rüdorff-Stenglein N. 11; a. M. Schütze 399 N. 19. Die Ausführungen zu Nr. 6 N. 13 treffen auch hier zu, insbesondere ist Idealkonkurrenz mit Körperverletzung und Sachbeschädigung möglich: Berner 711, Frank, Lshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Hälschner II 89, Lppenhoff-Delius N. 20; a. M. Binding Lehrb. I 79, zustimmend für den Fall der Eiterregung Lehrb. I 189.

- 8) wer nach einer öffentlichen Straße oder Wasserstraße, oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen Jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise ausgießt oder auswirft, daß dadurch Jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann;

18. Die Sachen, also an sich bewegliche Gegenstände, müssen entweder nach ihrer Beschaffenheit geeignet erscheinen, im Fall ihres Umstürzens oder Herabfallens Jemand, also einen Menschen zu beschädigen, gleichwohl aber überhaupt nicht, oder, sei es von vornherein, sei es nur zu dieser Zeit (Berner 711), so mangelhaft befestigt sein, daß ein Umstürzen oder Herabfallen, oder sie müssen auf solche Weise ausgegossen oder ausgeworfen werden, daß ein Beschädigen oder Verunreinigen als objektiv möglich erscheint. Beschädigung und Verunreinigung richten sich gegen die Person oder die Sachen, welche sie an oder bei sich hat. Ihre Möglichkeit genügt, ihr wirklicher Eintritt wird nicht gefordert. Wegen der öffentlichen Straße und Wasserstraße vgl. oben N. 9. Die „Orte“ brauchen nicht öffentliche zu sein: Berner a. a. O. Ob der Verkehr ein befugter oder unbefugter, ist gleichgültig: Binding Lehrb. II 929 N. 3.

19. Das Gesetz sagt nicht „an“, sondern „nach“ einer öffentlichen Straße usw., nicht „wirft“, sondern „auswirft“. Somit muß sich der Täter in einem in irgendeiner Weise von der Straße usw. abgegrenzten Raum, z. B. in einem Hause, auf einem Balkon, in einem über der Straße schwebenden Luftballon befinden. Dagegen nehmen Olshausen N. 8b Abs. 2 und RG. 17./4. 88 C. 17 303, 14./12. 05 an, daß die Handlung auch auf der Straße usw. selbst vorgenommen werden könne; diese Ansicht ist aber mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes völlig unvereinbar.

20. Das Aufstellen, Aufhängen, Ausgießen, Auswerfen erfordern Dolus, im übrigen genügt Fahrlässigkeit. Die letztere ist z. B. dann ausgeschlossen, wenn der Täter sich in entschuldigbarem Irrtum bezüglich der genügenden Befestigung befindet, oder wenn beim Ausgießen und Auswerfen nach seiner sorgfältigen, obgleich irrigen Orientierung sich Menschen nicht in solcher Nähe befinden, daß sie von dem Ausguß oder Auswurf getroffen werden können. Vgl. Frank N. VIII und Olshausen N. 8a; a. M. bezüglich des zweiten Irrtums Merkel 88. Das RG. 17./4. 88 C. 17 303 erklärt eine subjektive Verschuldung nicht für erforderlich; gegen diese Ansicht mit Recht Binding Lehrb. II 929 N. 4, Frank und Olshausen a. a. O., Rüdorff-Stenglein N. 16.

21. Die Ausführungen zu Nr. 6 N. 13 treffen auch hier zu, insbesondere ist Idealkonkurrenz mit Körperverletzung und Sachbeschädigung möglich: Berner 711, Frank N. VIII, Olshausen N. 8c, Oppenhoff-Delius N. 23, Rüdorff-Stenglein N. 16; a. M. Binding Lehrb. II 929.

- 9) wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt;

22. Die Vorschrift ist eine absolute, sodaß selbst besonders geartete, durch örtliche oder wirtschaftliche Verhältnisse hervorgerufene Bedürfnisse nicht entschuldigen. Täter beim Liegenlassen kann sein der Eigentümer des Gegenstandes oder wer ihn hingelegt hat oder wer die tatsächliche Verfügung über ihn hat, sodaß z. B. der Dienstherr zur Wegschaffung der von seinem Geinde aufgestellten Gegenstände verpflichtet ist: Frank N. IX, Olshausen N. 9c Abs. 1. Auch der Privateigentümer eines öffentlichen Weges kann sich des Deliktes schuldig machen: Binding Lehrb. II 928, Frank a. a. O., Olshausen N. 9c Abs. 2, und ebenso der Eigentümer eines Privatweges, solange er eine Benutzung gestattet: Frank und Olshausen a. a. O.

23. Das Gesetz schützt den freien Verkehr. Der Verkehr auf den öffentlichen Wegen usw. — vgl. oben N. 9! — soll nicht bloß nicht verhindert werden, sondern er soll schon nicht gehindert werden, vgl. oben N. 9. Und zwar der freie Verkehr als solcher, die Verkehrsmöglichkeit, sodaß es nicht darauf ankommt, ob eine bestimmte Person an der Benutzung des Weges gehindert wird: Binding Lehrb. II 928, Frank N. IX, Olshausen N. 9a. Wird von Berner 712, Binding a. a. O., Oppenhoff-Delius N. 25 und Rüdorff-Stenglein N. 17 für genügend erklärt daß der Gegenstand zur Hinderung des Verkehrs geeignet sei, so ist darauf zu erwidern, daß durch Aufstellung und Liegenlassen eines solchen Gegenstandes tatsächlich der Verkehr gehindert wird.

24. Aufstellen, Hinlegen, Liegenlassen sind, wie Binding Lehrb. II 928 mit Recht bemerkt, nur exemplifizierende Aufzählung, und es ist gleichgültig, wie der Gegenstand in die Verkehrsbahn gebracht wird. Nur bewegliche Gegenstände gehören hierher, nicht auch die, wie z. B. die Schlag-

bäume einer Chauffee, eines Eisenbahnüberganges, mit dem Grund und Boden in feste Verbindung gebrachten: Frank N. IX, Dshhausen N. 9b Abj. 1; RG. 17./12. 00. Auch das Haltentlassen eines Fuhrwerks ist strafbar, wenn es in einer außerhalb der ordnungsmäßigen Benutzung des Weges liegenden Weise erfolgt: Frank und Dshhausen a. a. O. Ragen die in Privaträumen gelagerten Gegenstände auf die öffentlichen Wege usw. hinüber, so liegen sie insoweit auf diesen: Werner 712, Dshhausen N. 9c Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 17.

25. Das Delikt kann auch fahrlässig begangen werden: Binding Lehrb. II 928, Frank N. IX, Dshhausen N. 9d, Rüdorff-Stenglein N. 17. Eine bestehende Berechtigung, wie Servitut, polizeiliche Erlaubnis, nehmen der Handlung den Charakter der objektiven Rechtswidrigkeit.

10) wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt.

26. Ein Blankettgesetz. Polizeiverordnungen im Sinne dieser Bestimmung sind diejenigen — älteren oder zukünftigen — allgemein an das Publikum, nicht bloß an einzelne Individuen gerichteten polizeilichen Vorschriften, durch welche die Polizei das ihr delegierte Gesetzgebungsrecht ausübt, und die deshalb nur gültig sind, wenn sie in die gesetzlich bestimmte Form gekleidet und ordnungsmäßig publiziert sind: Werner 712, Frank N. X, Dshhausen N. 10 Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 18 und RG. 12./5. 02; irrig hält Binding Lehrb. II 929 N. 6 auch individuelle Anordnungen für genügend. Wegen der öffentlichen Wege u. s. w. vgl. oben N. 9. Auch der Eigentümer eines öffentlichen Weges kann sich strafbar machen. Ob das Delikt fahrlässig begangen werden kann, hängt von dem Inhalt der betreffenden Polizeiverordnung ab, ist aber im Zweifel anzunehmen: Binding Lehrb. II 930, Frank N. X, Dshhausen N. 10a Abj. 2; Rüdorff-Stenglein N. 21 erklärt allgemein Fahrlässigkeit für genügend.

27. Die Strafandrohungen der älteren Polizeiverordnungen sind durch die der Nr. 10 ersetzt: Binding Lehrb. II 930, Frank N. X, Dshhausen N. 10c; RG. 4/2. 98 C. 30 437. Eine reichsrechtliche besondere Vorschrift gibt das Automobilgesetz v. 3. Mai 1909 § 21.

§ 366a.

Wer die zum Schutze der Dünen und der Fluß- und Meeresufer, sowie der auf denselben vorhandenen Anpflanzungen und Anlagen erlassenen Polizei-Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft bestraft.

28. Ein Blankettgesetz, vgl. N. 26, 27. Zu den Dünen gehört auch der natürliche Pflanzenwuchs: Werner 713, Binding Lehrb. II 65, Dshhausen N. 1, Rüdorff-Stenglein N. 2. Die Anlagen kommen nur insoweit in Betracht, als sie nicht als Bauten durch § 321 geschützt sind: Werner und Dshhausen a. a. O. Für die subjektive Verschuldung gilt das N. 26 Bemerkte: Binding Lehrb. II 65, Frank N., Dshhausen N. 2.

§ 367.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1) wer ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder bei Seite schafft, oder wer unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt;

1. Eine Ergänzung des § 168. Objekt ist eine Leiche, vgl. § 168 N. 2a.

a) Entweder wird ohne Vorwissen der Behörde eine Leiche beerdigt oder bei Seite geschafft. Beerdigen ist unter die Erde bringen, sei es auch nur ein sog. Verscharren, und ist in einem weiteren, auch die Feuerbestattung umfassenden Sinne zu nehmen: Werner 713, Frank N. I 1, Dshhausen N. 1b a, Rüdorff-Stenglein N. 4. Beiseiteschaffen ist jede Handlung, durch welche die Leiche dergestalt örtlich entfernt wird, daß der Behörde ihre Besichtigung unmöglich gemacht oder doch erschwert wird: RG. 17./1. 96 C. 28 119. Und zwar derjenigen Behörde, welche von dem Todesfall amtliche Kenntnis erhalten haben muß, ehe die Beerdigung oder Fortschaffung stattfinden darf, regelmäßig der Polizeibehörde, vgl. jedoch auch StPS. § 157, MilStGS. § 154: Binding Lehrb. I 186, Frank N. I 1, Dshhausen N. 1b Abj. 1, Oppenhoff-Delius N. 2; RG. a. a. O. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank a. a. O., Dshhausen N. 1b 7, Rüdorff-Stenglein

№. 5. Realkonkurrenz ist möglich mit den Tötungsdelikten, insbesondere dem Kindesmord (§ 217): Berner 714, Binding Handb. I 360 Nr. 9, Frank a. a. D., Olshausen Nr. 1b ε, Oppenhoff-DeLiuis Nr. 7.

b) Oder ein Teil einer Leiche wird unbefugt aus dem Gewahrjam der zu dem Gewahrjam berechtigten Person weggenommen. Mit der Beschränkung auf einen Leichenteil liegt der erste Tatbestand des § 168 vor, vgl. daselbst Nr. 2. Erforderlich ist Vorlag: Frank Nr. 1 2 und Olshausen Nr. 1c, vgl. § 168 Nr. 5; a. M. Rüdorff-Stenglein Nr. 5.

2) wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt;

2. Ein Blankettgesetz. Vorausgesetzt ist eine polizeiliche Anordnung, welche die Vornahme von Beerdigungen, bevor der Tod feststeht, verhüten will; Anordnungen, welche andere Zwecke verfolgen, z. B. die Ermittlung der Todesursache, gehören nicht hierher: Berner 714, Olshausen Nr. 2b, Oppenhoff-DeLiuis Nr. 16, somit auch nicht das in PersonenstG. § 60 aufgestellte Verbot, wie Oppenhoff-DeLiuis Nr. 11 und Rüdorff-Stenglein Nr. 3 irrig annehmen. Der Begriff der polizeilichen Anordnung ist nicht mit dem der Polizei-Strafverordnung identisch, sondern umfaßt nicht nur alle das Blankett ausfüllenden reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen, sondern auch alle zu dem genannten Zweck erlassenen allgemeinen oder individuellen Verfügungen, unerheblich ob die Anordnungen sich der Form nach als eine selbständige oder als die Ausführung der Anweisung einer vorgesetzten Behörde darstellt: Frank Nr. II, Olshausen Nr. 2a, Oppenhoff-DeLiuis Nr. 11. Der Täter bestimmt sich nach dem Inhalt der Anordnung, ist also nicht notwendig identisch mit dem Totengräber: Frank Nr. II, Olshausen Nr. 2b Abj. 2; nach Rüdorff-Stenglein Nr. 6 ist es Jeder, der die Beerdigung veranlaßt. Nach dem Inhalt der Anordnung ergibt sich auch, ob, was im Zweifel allerdings anzunehmen, das Delikt auch als fahrlässiges strafbar ist: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen Nr. 2a.

3) wer ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt;

3. Neben dieser Bestimmung, welche Binding Lehrb. II 72 als „eine Art Ergänzung zu den Tatbeständen der §§ 324—326“ bezeichnet, kommen in Betracht GewD. §§ 6, 29, 34 Abj. 3, 53, 56 Nr. 9, 80, 144, 147 Nr. 1 und die auf Grund GewD. § 6 ergangene Verordnung betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, v. 22. Okt. 1901 (Reichs-Gesetzbl. 380), nebst der sie ergänzenden, in ihrer Rechtsgültigkeit allerdings sehr zweifelhaften Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 1. Okt. 1903 (Reichs-Gesetzbl. 281).

4. Gift — vgl. § 229 Nr. 2 Abj. 2 — ist ein Stoff, der durch seine chemische Beschaffenheit schon in kleiner Dosis die Gesundheit bzw. das Leben zu zerstören geeignet ist. Also nicht andere gesundheitszerstörende Mittel: Berner 714, Binding Lehrb. II 72.

5. Arzneien sind „Mittel zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bei Menschen und Tieren“: Verordn. v. 22. Okt. 1901 § 1. Zu ihnen gehören nicht nur die medizinisch anerkannten Heilmittel, sondern auch die im Verzeichnis A der Verordn. aufgeführten „Zubereitungen“, und zwar nach § 1 der Verordnung ohne Unterschied, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht. Unter die Strafbestimmung der Nr. 3 fällt auch — a. M. Frank Nr. III letzter Abj. — der Vertrieb von Geheimmitteln, d. h. solcher sich als Heilmittel ankündigenden Zubereitungen, die weder vom Staat als Apothekerverware anerkannt sind noch ihre Bestandteile und deren Zusammen-
setzung erkennen lassen: Berner 714, Rüdorff-Stenglein Nr. 10; RG. 21./11. 87 C. 16 359. Daher sind die gegen den Handel mit Geheimmitteln in einer der Form nach nicht reichsgesetzlich freigegebenen Zubereitung ergangenen landesrechtlichen Strafbestimmungen nicht mehr gültig: RG. a. a. D., 13./2. 93 C. 23 428, wogegen die Vorschriften, z. B. die Hamburger Medizinalordnung v. 20. Febr. 1818, insofern noch anwendbar sind, als sie das marktchreierliche, sich nach außen hin kundgebende Ausbieten und Anpreisen von Geheimmitteln unterjagen: RG. 13. 2. 93 C. 23 428.

6. Das Gesetz bedroht das Zubereiten, Feilhalten, Verkaufen oder sonstige Überlassen an Andere.

Das Zubereiten ist nur strafbar, wenn es zum Zweck der Überlassung an Andere geschieht: Berner 715, Binding Lehrb. I 72, Frank Nr. III 3a, Oppenhoff-DeLiuis Nr. 23.

Wegen des Feilhaltens vgl. § 184 Nr. 2c. Überlassen ist die Übertragung der beliebigen Verfügungsgewalt an einen Anderen, liegt also nicht vor, wenn die Arznei durch den Gebrauch bei

der Behandlung von Kranken verbraucht wird: Binding a. a. D., Frank N. III 3c, Olschauen N. 317; RG. 16./6. 00 C. 33 305. Gleichgültig ist, ob der Täter gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handelt (Bernier 715, Olschauen N. 3 g_a), entgeltlich oder unentgeltlich (RG. 13. 12. 80 C. 3 119), einmal oder wiederholt.

7. Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß der Handel, also der gewerbsmäßige Vertrieb, Feilhalten, Verkaufen nicht freigegeben ist.

a) Nach GewD. § 56 Nr. 9 sind Gifte und giftartige Waren vom Verkauf oder Feilbieten im Umherziehen ausgeschlossen, und nach § 34 Abs. 3 darf die Landesgesetzgebung vorschreiben, daß zum Handel mit Giften besondere Erlaubnis erforderlich sei. Da weitere ihn betreffende Beschränkungen nicht gegeben sind, ist nach § 1 der Handel mit Gift grundsätzlich freigegeben, kann also nicht bedingungslos unterjagt werden: Frank N. III 1 Abs. 2, Olschauen N. 3e_a, Rüdorff-Stenglein N. 7 Abs. 2.

b) Nach GewD. § 56 Nr. 9 sind Arznei- und Geheimmittel ebenfalls vom Verkauf oder Feilbieten im Umherziehen ausgeschlossen. Nach § 6 Abs. 2 „wird durch kaiserliche Verordnung bestimmt, welche Apothekenwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind“. Dies wird bestimmt durch die Verordn. v. 22. Okt. 1901 und ihre Ergänzung v. 1. Okt. 1903, oben N. 3. Der Verordnung sind zwei Verzeichnisse A (Zubereitungen) und B (Drogen und chemische Präparate) angehängt. Die Zubereitungen dürfen als Heilmittel, die Drogen und chemischen Präparate überhaupt nur in Apotheken feilgehalten oder verkauft werden.

Der Handel ist freigegeben mit allen Stoffen, welche weder in einer der im Verzeichnis A genannten Erscheinungsformen dargeboten werden: RG. 15./12. 81 C. 5 416, 28. 11. 87 C. 16 359, noch zu den im Verzeichnis B genannten Drogen oder chemischen Präparaten gehören.

Freigegeben ist ferner der Großhandel, d. h. die Abgabe an Wiederverkäufer in größeren Quantitäten (Frank N. III 2c).

Ferner der Handel mit den Zubereitungen, soweit diese nicht als Heilmittel, sondern ausschließlich in anderer Beziehung in Betracht kommen, z. B. als kosmetische, als Genussmittel: Bernier 715, Binding Lehrb. II 72, Olschauen N. 3 c₁ 2; RG. 3./11. 91 C. 22 197. Vgl. auch Verordn. § 1.

Endlich ist freigegeben der Verkauf der im Verzeichnis B aufgeführten Gegenstände an Apotheken oder an solche Staatsanstalten, welche Untersuchungs- oder Lehrzwecken dienen und nicht gleichzeitig Heilanstalten sind.

8) Die Zubereitung usw. der nicht freigegebenen Gifte und Arzneien wird dadurch strafrei, daß sie von der zuständigen Polizeibehörde erlaubt ist. Soweit der Handel nur in Apotheken erfolgen darf, kann die Erlaubnis nur durch Erteilung einer Apothekenzulassung erfolgen: Frank N. III 2 Abs. 2, Olschauen N. 3c.

9. Täter kann Jeder sein. Auch der Lehrling und Gehilfe, wenn weder der Prinzipal noch sie selbst die Erlaubnis haben, oder zwar ersterer sie hat, sie aber ohne seinen Auftrag verkaufen: Frank N. III Abs. 2, Olschauen N. 3d; RG. 8./4. 95 C. 27 167. Ebenso die Ärzte: Frank N. III 1 Abs. 2, Olschauen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 10. In Preußen sind nach Kabinetts-Dre v. 11. Juli 1843 die approbierten Medizinalpersonen zum Selbstdispensieren der nach homöopathischen Grundfägen bereiteten Heilmittel befugt.

10. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank N. III Abs. 3, Olschauen N. 3a, Oppenhoff-Deilus N. 24, Rüdorff-Stenglein N. 11 und RG. 5. 11. 91 C. 22 197; nach Binding Lehrb. II 172 „muß der Täter unbedingt wissen, daß er Gift oder Arzneien zubereitet, feilhält usw.“, wonach für die Fahrlässigkeit kaum Raum bliebe.

4) wer ohne die vorgeschriebene Erlaubnis Schießpulver oder andere explodierende Stoffe oder Feuerwerke zubereitet;

11. Die gewerbsmäßige Zubereitung kann nur durch Reichsgesetz beschränkt werden, was bis jetzt noch nicht geschehen ist; die Bestimmung setzt somit nichtgewerbsmäßige Zubereitung voraus: Frank N. IV, Olschauen N. 4a, Rüdorff-Stenglein N. 12. Seit dem Inkrafttreten des Sprengstoffgesetzes v. 9. Juni 1884 unterliegt die Übertretung aller den Verkehr mit, d. h. die Herstellung, Vertrieb, Beförderung, Besitz und Einführung von Sprengstoffen betreffenden, bereits bestehenden oder noch zu erlassenden landespolizeilichen Bestimmungen der härteren Strafbestimmung dieses Gesetzes; inwieweit ist also dem § 367 Nr. 4, 5 derogiert: RG. 15. /10. 85 C. 13 22, 3./3. 08 C. 41 156. Die Strafbestimmung GewD. § 147 Nr. 2 ist, weil einen anderen Tatbestand voraussetzend, unberührt geblieben: Binding Lehrb. II 29 N. 5, Frank, Olschauen, Rüdorff-Stenglein a. a. D. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding Lehrb. II 29, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olschauen N. 4c.

- 5) wer bei der Aufbewahrung oder bei der Beförderung von Giftwaaren, Schießpulver oder Feuerwerken, oder bei der Aufbewahrung, Beförderung, Verausgabung oder Verwendung von Sprengstoffen oder anderen explosierenden Stoffen, oder bei Ausübung der Befugnis zur Zubereitung oder Feilhaltung dieser Gegenstände, sowie der Arzneien die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

12. Ein Blankettgesetz. Unter den Verordnungen welche nicht notwendig Polizei-Verordnungen sind, sind allgemeine, wenn auch auf einen bestimmten Personenkreis beschränkte, Vorschriften im Gegensatz zu den nur für einen Einzelfall getroffenen Verfügungen zu verstehen: Dshausen N. 5a, Rüdorff-Stenglein N. 13 (§ 366 N. 18). Auch die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen über die Beförderung auf der Eisenbahn gehören hierher. Giftwaaren sind Gifte selbst (oben N. 4) oder andere Waaren, denen giftige Stoffe zugelegt sind, jedoch ist an erster Stelle maßgebend, was die Verordnung mit Bezug auf Aufbewahrung und Beförderung für Giftwaare erklärt: Binding Lehrb. II 30, Dshausen N. 5b a. Arzneien vgl. N. 5. Ist die Zubereitung und Feilhaltung (vgl. N. 6) der Gifte und Arzneien eine unbefugte, so findet Nr. 3 Anwendung. Bezüglich der Sprengstoffe findet jetzt das Sprengstoffgesetz Anwendung: Werner 715, Binding a. a. D., Frank N. V, Dshausen N. 5b, 7; vgl. N. 11. Das Delikt ist auch als jahrlängiges strafbar: Binding, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Dshausen N. 5a.

- 5a) wer bei Versendung oder Beförderung von leicht entzündlichen oder ätzenden Gegenständen durch die Post die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

13. Eine Ergänzung der Nr. 5. „Leicht entzündlich“ im Gegensatz zu Pulver und Explosivstoffen.

- 6) wer Waaren, Materialien oder andere Vorräte, welche sich leicht von selbst entzünden oder leicht Feuer fangen, an Orten oder in Behältnissen aufbewahrt, wo ihre Entzündung gefährlich werden kann, oder wer Stoffe, die nicht ohne Gefahr einer Entzündung bei einander liegen können, ohne Absonderung aufbewahrt;

14. Aufbewahren bedeutet ein Lagern von Waaren usw. bis zu der Zeit, in der sie ihre bestimmungsmäßige Verwendung finden sollen: Binding Lehrb. II 28, Frank N. VII Abj. 1, Dshausen N. 6a; RG. 29./3. 92 G. 22 435. Eine Gefahr für Personen oder Sachen: Binding a. a. D., Frank N. Abj. 2, Dshausen N. 6c, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um die Person und Sachen des Täters oder um die Anderer handelt: Binding a. a. D., Dshausen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 15.

15. Strafbar ist, wer Vorräte von Gegenständen, welche sich leicht von selbst entzünden oder leicht Feuer fangen, an Orten oder in Behältnissen aufbewahrt, wo ihre Entzündung gefährlich werden kann. Vorrat ist eine zu Gebrauchszwecken vereinigte Menge von Gegenständen, welche zu künftiger Verwendung bestimmt sind; vgl. § 308 N. 2f, und zwar bei den von selbst entzündlichen Gegenständen jede Menge, welche eine Selbstentzündung befürchten läßt, bei den leicht Feuer fangenden jedes nicht ganz geringfügige Quantum: Frank N. VII Abj. 2, Dshausen N. 6b. Ein Gegenstand ist leicht Feuer fangend, wenn er seiner Natur nach bei der Berührung mit Licht oder Feuer sofort von der Flamme ergriffen wird und nach kurzer Zeit ganz in Flammen steht. Diese seine Eigenschaft wird dadurch nicht verändert, daß er in einem verschlossenen Gefäß aufbewahrt wird, welches eine direkte Verbindung mit dem Licht oder Feuer hindert: Dshausen a. a. D., § 368 N. 5c und RG. 4./5. 97 G. 30 108; a. M. Binding a. a. D. Die Orte und Behältnisse sind solche, an und in denen die Entzündung usw. eintreten und, falls sie eintritt, gefährlich werden kann, jedoch die Strafbarkeit entfällt, wenn die Entzündung usw. den Umständen nach ausgeschlossen erscheint: Dshausen N. 6b und RG. a. a. D.; a. M. Frank N. VII Abj. 2. In der Nähe der leicht Feuer fangenden Stoffe muß außerdem von Licht oder Feuer ein derartiger Gebrauch gemacht werden oder ein solcher Gebrauch von Zündstoffen stattfinden, daß die nahe Möglichkeit des Feuerfangens gegeben ist: Dshausen a. a. D.

16. Bei dem zweiten Tatbestande, dem unabhöngenden Aufbewahren von Stoffen, welche nicht ohne Gefahr einer Entzündung beieinanderliegen können, kommt es weder auf den Aufbewahrungsort noch auf das Quantum, sondern nur auf die Gefahr an. Verlangt wird aber nicht die Möglichkeit einer Gefahr, sondern eine konkrete Gefahr: Bindung Lehrb. II 28, Dshaujen N. 6a.

17. Beide Delikte sind auch als fahrlässige strafbar: Bindung Lehrb. II 28, Frank N. VII Abs. 1, Dshaujen N. 6a, Rüdorff-Stenglein N. 15.

7) wer verfälschte oder verdorbene Getränke oder Eßwaaren, insbesondere trichinenhaltiges Fleisch feilhält oder verkauft;

18. Nach dem Nahrungsmittelgej. §§ 10, 11 ist strafbar, wer „Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben oder nachgemacht oder verfälscht sind, unter Verschweigung dieses Umstandes „verkauft oder unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilhält“. Die Nr. 7 findet also nur Anwendung, wenn der Täter die Fälschung oder Verdorbenheit kundgibt: Berner 716, Bindung Lehrb. II 73, Frank N. VIII, v. Liszt 510 N. 4, Dshaujen N. 7h z, Rüdorff-Stenglein N. 22; RG. 11./2. 82 E. 6 34, 9./5. 82 E. 6 268, 18./6. 85 E. 12 301, 29./9. 94 E. 26 114, 5./2. 95 E. 26 419. Von den Genußmitteln gehören nur die eß- und trinkbaren hierher: Bindung a. a. D., Dshaujen N. 7a. Unbestritten kommen nur die für den menschlichen Genuß bestimmten Gegenstände in Betracht. Ebenso ist erforderlich, daß sie als solche feilgehalten und verkauft werden, sodaß ein Feilhalten usw. als Tierfutter oder z. B. trichinöses Fleisch, zu Untersuchungszwecken nicht strafbar ist: Bindung und Frank a. a. D., Dshaujen N. 7 f Abs. 1. Täuschung, Verletzung oder Gefährdung von Leben oder Gesundheit, Vermögensbeschädigung brauchen weder gewollt noch eingetreten zu sein: Frank a. a. D., Hälschner II 664, 668, Dshaujen N. 7 f Abs. 2, Oppenhoff-Delius N. 45a. Ist der Gegenstand gleichzeitig geeignet, die Gesundheit zu beschädigen oder zu zerstören, so findet Nahrungsmittelgej. §§ 12, 13 Anwendung.

19. Verfälschung ist jede an dem Getränke usw. selbst — falsches Etikettieren ist kein Verfälschen! — vorgenommene Veränderung, durch welche ihm entweder der Schein einer besseren Beschaffenheit verliehen oder seine normale Beschaffenheit verschlechtert wird, mag auch im ersteren Falle die stoffliche Zusammenfügung nicht getroffen sein (z. B. Bestreichen der Fälschfäden mit roter Farbe): Frank N. VIII, Dshaujen N. 7d; RG. 14./7. 81 E. 4 434, 2./12. 81 E. 5 178, 1./10. 85 E. 12 400. Zu berücksichtigen ist dabei, ob bekannte oder hergebrachte Gebräuche die Beimischung an sich fremder Stoffe gestatten und dadurch das Merkmal der Verfälschung ausschließen (z. B. Verwendung von Kaffeeguzak zum Kaffegetränk): RG. 30./10. 79.

20. Verdorben sind nicht bloß Gegenstände, die ursprünglich normal hergestellt waren, demnächst aber ihre ursprüngliche Güte verloren, sondern auch diejenigen, welche bereits in ihrem Entwicklungsstadium und vor ihrer Fertigstellung nachteilige Veränderungen erlitten haben, die sich auf den fertigen Gegenstand übertragen und dessen Gebrauchsfähigkeit vermindern oder aufheben: RG. 3./1. 82 E. 5 287. Ein Verdorbensein kann auch dann angenommen werden, wenn die Entwicklung zur normalen Beschaffenheit gehemmt ist: RG. a. a. D. (ungeborene Kälber). Ungezießbarkeit ist nicht erforderlich: Dshaujen N. 7e, Rüdorff-Stenglein N. 18; RG. 5./2. 95 E. 26 419. Maßgebend ist der Zustand zur Zeit des Feilhaltens usw.; der Tatbestand liegt also auch dann vor, wenn der Mangel vor dem Genuß beseitigt wird: RG. 9./5. 82 E. 6 268, nicht aber, wenn er nachher eintritt, sei es auch aus Gründen, die in der Beschaffenheit der Waare liegen: RG. 28./9. 85 E. 12 407.

21. Die Handlung besteht in dem Feilhalten (§ 184 N. 2 c) und Verkaufen.

22. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Berner 716, Bindung Lehrb. II 73, Frank N. VIII, Dshaujen N. 7g, Rüdorff-Stenglein N. 16.

8) wer ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlagsen oder Fußangeln legt, oder an solchen Orten mit Feuegewehr oder anderem Schießwerkzeuge schießt, oder Feuerwerkskörper abbrennt;

23. Feuegewehr ist jede Feuerwaffe, auch die Selbstgeschosse. Ebenso nach RG., 19./1. 11 eine mit Pulver und Blei geladene und durch Schlag mit einem Hammer oder auf andere Weise zur Entladung zu bringende Patrone. Zu dem „anderen Schießwerkzeuge“ gehören z. B. Windbüchsen, Floberts, Armbrüste. Da das Gesetz das Publikum nicht bloß vor Beschädigungen, sondern auch vor Belästigungen schützen will, so kommt es nicht darauf an, ob mit der Feuerwaffe scharf oder blind geschossen wird: Frank N. IX, Dshaujen N. 8b, Rüdorff-Stenglein N. 23 und RG. 5./6. 06; a. M. Oppenhoff-Delius N. 51.

24. Die Orte müssen entweder bewohnt, also solche Räumlichkeiten sein, die zur Wohnung von Menschen dienen: Frank N. IX; die Behauptung von Dshausen N. 8c, daß Orte identisch sei mit Ortschaften, ergibt sich daraus als irrig, daß es unbewohnte „Ortschaften“ nicht gibt. Oder solche — öffentliche oder nichtöffentliche —, an denen Menschen zu verkehren pflegen, mögen auch im konkreten Fall keine Menschen anwesend sein: Frank und Dshausen a. a. D. Daß das Verkehren ein besuhtes, ist nicht erforderlich: Berner 717; RG. 11./10. 83 C. 9 124. Die Ausdehnung des Ortes ist so weit zu nehmen, als die gefährliche oder belästigende Wirkung der Regel nach reicht: Frank und Dshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 23; RG. a. a. D.

25. Die Handlung ist dann straffrei, wenn sie polizeilich erlaubt ist. Ob die Erlaubnis zu Recht erteilt ist, hat der Richter nicht zu prüfen: Dshausen N. 8a, Rüdorff-Stenglein N. 23. Keiner Erlaubnis bedürfen diejenigen Personen, welche auf Grund öffentlichrechtlicher Befugnisse zum Gebrauche von Schußwaffen ermächtigt sind, wofür sie innerhalb des Rahmens der Ermächtigung handeln: RG. 2./3. 11 C. 44 353. Der Jagdberechtigte ist nicht befugt, überall, insbesondere in der Nähe bewohnter Räumlichkeiten, zu schießen: Frank N. IX Dshausen a. a. D.

26. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar, doch muß die unmittelbare Tätigkeit selbst vorsätzlich vorgenommen sein: Binding Lehrb. I 79, Frank N. IX, Dshausen N. 8d. Wie mehrfach bei Übertretungen will das RG. auch hier von jeder Verschuldung absehen: 2. /6. 81 C. 4 243; dawider auch Binding, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Geyer I 188.

27. Idealkonkurrenz mit Körperverletzung und Sachbeschädigung ist möglich: Binding Lehrb. I 79, Frank N. IX, Dshausen N. 8e; RG. 2./6. 81 C. 4 243, 11./10. 83 C. 9 124.

28. Ein allgemeines und bedingungsloses Verbot des Legens usw. durch die Landesgesetzgebung oder die Polizei ist ungültig: Frank N. IX, Dshausen N. 8f.

9) wer einem gesetzlichen Verbot zuwider Stoß-, Hieb- oder Schußwaffen, welche in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen sind, feilhält oder mit sich führt;

29. Waffe ist im technischen Sinne zu nehmen: Dshausen N. 9b. Wegen des Feilhaltens vgl. § 184 N. 2e. Die Waffe muß verborgen sein, und zwar muß das Verbergen in einer besonderen Vorrichtung stattfinden, welche den Zweck hat, das Vorhandensein der Waffe der Wahrnehmung zu entziehen; das Tragen in der Tasche oder in einem nach seiner Bestimmung erkennbaren Futteral ist somit nicht strafbar: Berner 717, Dshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 56. Gesetzliches Verbot ist jedes generelle Verbot mit gesetzlicher Wirksamkeit: Berner 717, Frank N. X, Dshausen N. 9a, Oppenhoff-Delius N. 54, Rüdorff-Stenglein N. 24. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank N. X, Dshausen N. 9c; a. M. Binding Lehrb. I 79.

30. Die Bestimmung richtet sich nur gegen das verborgene Tragen der genannten Gegenstände, regelt die Materie des Waffentragens also nicht, sodaß die Landesgesetzgebung das offene Tragen unter Strafe stellen kann: Berner 717, Frank N. X, Dshausen N. 9d, Rüdorff-Stenglein N. 25; RG. 14./11. 89 C. 20 43, 22./4. 09 C. 42 302.

10) wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient;

31. Eine Erweiterung des § 227, insofern weder der Tod eines Menschen noch eine Körperverletzung verurteilt ist. Täter ist jeder Beteiligte, beteiligt aber ist nur derjenige, welcher zugegen ist und physisch oder intellektuell dazu mitwirkt, daß geschlagen und angegriffen wird: RG. 17./10. 81 C. 5 170. Vgl. § 227 N. 4.

32. Wegen der Schlägerei und des Angriffs vgl. § 227 N. 2. Auch hier müssen sich mehr als zwei Personen an der Schlägerei beteiligen: Berner 717, Frank N. XI, Dshausen N. 10b_a, Oppenhoff-Delius N. 60; a. M. Geyer h. h. IV 374, Rüdorff-Stenglein N. 27 und RG. 10./5. 01. Daß der Angriff wie in § 227 von mehreren gemacht werde, verlangt das Gesetz nicht, sodaß der Täter schon als Alleintäter strafbar ist: Berner und Geyer a. a. D., Binding Lehrb. I 78, Frank N. XI, Dshausen N. 10b_b, Rüdorff-Stenglein N. 28 und RG. 6./10. 85 C. 13 3; a. M. Oppenhoff-Delius N. 60. Wegen des Hineingezogenseins nicht ohne Verschulden vgl. § 227 N. 5. Wegen der Waffe usw. vgl. § 223a N. 2. Der Waffe bedient sich auch derjenige, der mit ihr nur droht oder schreckt: Berner 718, Frank N. XI, Dshausen N. 7b₃, Oppenhoff-Delius N. 63.

33. Das Delikt erfordert Vorzug: Frank N. XI. Wegen der Berufung auf Notwehr vgl. § 227 N. 7.

34. Wird Tod oder schwere Körperverletzung verursacht, so findet § 227, wird einfache Körperverletzung zugefügt, § 223a ausschließlich Anwendung. Idealkonturrenz mit § 223 ist wegen der Waffe usw. ausgeschlossen; a. M. Frank N. XI, Lshausen N. 10d und Rüdorff-Stenglein N. 29.

- 11) wer ohne polizeiliche Erlaubnis gefährliche wilde Tiere hält, oder wilde oder bössartige Tiere frei umherlaufen läßt, oder in Ansehung ihrer die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen unterläßt;

35. Die Tiere sind entweder von Natur wild oder zwar gezähmt oder zahm, aber nach ihrer — generellen oder speziellen: Rüdorff-Stenglein N. 30 — Veranlagung zu Beschädigungen geneigt, wie bissige Hunde, störrige Kinder, schlägige Pferde: Werner 718, Lshausen N. 11a, Oppenhoff-Delius N. 66. Die Beschädigungen können personelle und sachliche, jedoch müssen die letzteren Ausfluß einer besonderen Bössartigkeit sein: Werner und Oppenhoff-Delius a. a. O., Frank N. XII, Lshausen N. 11b Abs. 2. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank a. a. O., Lshausen N. 7b Abs. 1, Rüdorff-Stenglein N. 30 Abs. 3.

Vgl. § 366 N. 11 Abs. 2. Übereinstimmend Rüdorff-Stenglein N. 30 Abs. 3.

- 12) wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, Brunnen, Keller, Gruben, Öffnungen oder Abhänge dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann;

36. Die Bestimmung will alle Menschen schützen, nicht bloß diejenigen, welche wegen Alters oder Gebrechlichkeit an sich schon unbehilflich sind. Wegen der Orte, an welchen Menschen verkehren, vgl. N. 24. Öffnungen sind überhaupt offene Stellen, welche ein ganzliches oder teilweises Hindurchfallen des menschlichen Körpers ermöglichen, z. B. Lücke in einem Treppengeländer. Abhänge sind hier nicht bloß natürliche oder künstlich geschaffene Vertiefungen oder Senkungen der Erdoberfläche, sondern z. B. auch geländerlose Brückenstege. Nur eine abstrakte Gefährdung, nicht aber eine konkrete Gefahr wird gefordert. Die Pflicht zur Verdeckung und Verwahrung trifft nicht nur den Eigentümer, sondern auch den — berechtigten oder tatsächlichen — Verwalter oder Inhaber: Werner 718, Frank N. XIII, Lshausen N. 12b; RG. 23./2. 82 C. 6 64, 23./11. 86 C. 15 58; nicht aber ohne weiteres Joden, der zur Benutzung der betr. Anstalten befugt ist: RG. 23./2. 82 C. 6 64. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding Lehrb. I 79, Frank N. XIII, Lshausen N. 12a Abs. 1.

- 13) wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterläßt, Gebäude, welche den Einsturz drohen, auszubessern oder niederzureißen;

37. Ein reines Unterlassungsdelikt, dessen Täter nur derjenige sein kann, der nach der zivilistischen Grundsätze zu den gedachten Maßnahmen an dem Gebäude überhaupt berechtigt ist. Vorausgesetzt ist eine individuell an den Täter gerichtete Aufforderung: Frank N. XIV, Lshausen N. 13b, Rüdorff-Stenglein N. 14b. Die objektive Voraussetzung ist, daß das Gebäude wirklich den Einsturz droht, was der richterlichen Nachprüfung untersteht: Binding Lehrb. II 106 N. 6, Frank und Lshausen a. a. O.; a. M., nämlich daß diese Frage auf administrativem Wege auszutragen sei: Werner 719, Oppenhoff-Delius N. 75, Rüdorff-Stenglein N. 34. Der Ungehorsam wird bestraft, auch wenn eine konkrete Gefahr nicht vorhanden ist. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Werner, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. O., Lshausen N. 13c; a. M. in einigen Beziehungen Binding Lehrb. II 106 N. 6.

- 14) wer Bauten oder Ausbesserungen von Gebäuden, Brunnen, Brücken, Schleusen oder anderen Bauwerken vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen;

38. Ein reines Unterlassungsdelikt. Die Bestimmung will sowohl die Personen als auch die Sachen schützen: Lshausen N. 14a, Rüdorff-Stenglein N. 35; a. M. anscheinend Werner 719. Subjekt ist, wer den Bau vornimmt, also der Bauherr nicht bloß, wie Binding Lehrb. II 106 und Frank N. XV annehmen, wenn er zugleich Bauleiter ist, sondern auch als solcher: Lshausen N. 14b, Oppenhoff-Delius N. 76. Ein Bau ist wie bei dem Delikt des § 330 auch die Niederlegung

eines Baues. Idealkonkurrenz mit § 330 ist ausgeschlossen, da unter den Sicherungsmaßregeln nicht solche zu verstehen sind, die in der regelrechten Art des Baues selbst liegen, sondern solche, welche aus Anlaß des Baues zum Schutze von Personen und Sachen zu treffen sind: Berner und Frank a. a. D., Olshausen N. 14a. Die Anordnung der Polizei kann eine allgemeine und eine individuelle sein: Berner, Frank und Olshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 35 Abf. 1, v. Schwarz N. 4. Die „sonst erforderlichen“ Maßregeln sind solche, welche sich nach vernünftigem Ermessen aus den konkreten Umständen ergeben, sodaß dieses Erfordernis vom Richter zu prüfen ist. Eine konkrete Gefahr ist nicht erforderlich: Olshausen N. 14a; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 35 Abf. 2. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding und Frank a. a. D., Olshausen N. 14a, Rüdorff-Stenglein N. 35 Abf. 2.

- 15) wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung, wozu die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane ausführt oder ausführen läßt;

39. Ob eine polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, bemißt sich nach dem Landesrecht. Ist die Schriftlichkeit vorgeschrieben, so genügt ein mündlicher Baukonsens nicht. Die genannten Personen sind kumulativ verantwortlich, einerlei wer den Baukonsens einzuholen verpflichtet ist: Berner 720, Binding Lehrb. II 106, Frank N. XVI, Olshausen N. 15b Abf. 1. Baumeister ist gleichbedeutend mit dem Bauleiter des § 330. Die unter der Leitung eines Meisters arbeitenden Gesellen gehören nicht hierher. Eigenmächtig ist ungenehmigt. Die Abweichung ist auch dann strafbar, wenn der Bauplan irrig ist: Binding a. a. D., Olshausen N. 15a, Rüdorff-Stenglein N. 37. Eine Nachprüfung der Richtigkeit steht dem Richter nicht zu: Berner, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Olshausen N. 15a. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Berner, Binding und Frank a. a. D., Olshausen N. 15a, Oppenhoff-Delius N. 83, Rüdorff-Stenglein N. 38. Die Verjährung beginnt mit dem Aufhören der nicht genehmigten Tätigkeit: Frank a. a. D., Olshausen N. 15e und § 67 N. 15 II a α; a. M., nämlich mit der Vollendung des Baues überhaupt, Rüdorff-Stenglein N. 39. Eine Spezialbestimmung enthält GewD. § 147 Nr. 2.

- 16) wer den über das Abhalten von öffentlichen Versteigerungen und über das Verabfolgen geistiger Getränke vor und bei öffentlichen Versteigerungen erlassenen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt.

40. Zu den polizeilichen Anordnungen vgl. N. 2: Frank N. XVII, Olshausen N. 16b und § 368 N. 1. Nur die öffentlichen Auktionen, bei welchen also das Publikum Zutritt hat und Jeder bieten kann, werden getroffen. Das Traktieren nach Beendigung der Versteigerung ist straflos. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Olshausen a. a. D.

In den Fällen der Nr. 7 bis 9 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der verfälschten oder verdorbenen Getränke oder Waren, ingleichen der Selbstgeschosse, Schlegeisen oder Fußangeln, sowie der verbotenen Waffen erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

41. Die Einziehung der Schießgewehre im Fall der Nr. 8 ist nicht zugelassen, also unstatthaft: Berner 721, Olshausen N. zu Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 90, Rüdorff-Stenglein N. 40 Abf. 1.

§ 368.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

- 1) wer den polizeilichen Anordnungen über die Schließung der Weinberge zuwiderhandelt;

1. Ein Blankettgesetz. Zu den polizeilichen Anordnungen vgl. § 367 N. 2; Binding Lehrb. II 747, Frank N. I, Dshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 1. Falls nicht das Gegenteil aus der Anordnung erhellt, ist das Delikt auch als fahrlässiges strafbar: Binding, Frank und Dshausen a. a. D.; a. M., nämlich daß die Fahrlässigkeit stets strafbar, Rüdorff-Stenglein N. 1.

2) wer das durch gesetzliche oder polizeiliche Anordnungen gebotene Raupen unterläßt;

2. Ein reines Unterlassungsdelikt. Die Ausführungen zu N. 1 treffen auch hier zu: Frank N. II, Dshausen N. 2. Ist in der Anordnung die Zeit des Raupens bestimmt, so beginnt die Verjährung mit dem Ablauf dieser Zeit.

3) wer ohne polizeiliche Erlaubnis eine neue Feuerstätte errichtet oder eine bereits vorhandene an einem anderen Ort verlegt;

3. Täter des Delikts kann Jeder sein, nicht nur, wie Frank N. III meint, der Bauleiter oder, wie Rüdorff-Stenglein N. 4, der Dispositionsberechtigte: Binding Lehrb. II 30, Dshausen N. 3, 4b Abf. 4. Erforderlich ist eine individuelle Erlaubnis. Unter Feuerstätten sind nicht lediglich die zur Aufnahme des Feuers dienenden Einrichtungen zu verstehen, sondern alles, was zur brandsicheren Konstruktion der Öfen und Herde gehört, also auch die Schornsteine: Berner 722, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Dshausen N. 3, 4a Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 6., 7. Neu bedeutet nicht Neuheit des Materials, sondern ein bisheriges Nichtvorhandensein. Verlegen ist das Wegnehmen von der bisherigen und Wiederaufrichten an einer anderen Stelle. Jede andere bauliche Veränderung als die Verlegung fällt nicht unter Nr. 3, vielleicht unter Nr. 4 oder § 330. Mit der Beendigung der Errichtung oder Verlegung beginnt die Verjährung: Frank a. a. D., Dshausen N. 3, 4b Abf. 3, Oppenhoff-Delius N. 6a. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank a. a. D., Dshausen N. 3—8a, Rüdorff-Stenglein N. 3.

4) wer es unterläßt, dafür zu sorgen, daß die Feuerstätten in seinem Hause in baulichem und brandsicherem Zustande unterhalten, oder daß die Schornsteine zur rechten Zeit gereinigt werden;

4. Ein reines Unterlassungsdelikt. Täter ist nach Rüdorff-Stenglein N. 4 jeder Dispositionsberechtigte, nach Binding Lehrb. II 29, Dshausen N. 3, 4c Abf. 3 und Oppenhoff-Delius N. 8 der Eigentümer und wer an dessen Stelle die Verfügungsgewalt über das Haus hat. Das Gesetz sagt aber ausdrücklich „in seinem Hause“, meint also nur den Eigentümer: Berner 722, Frank N. IV. Feuerstätten vgl. N. 3; durch die Benennung der Schornsteine soll nur einem Zweifel vorgebeugt werden. Unterhaltung ist nicht nur die Reparatur schadhaft gewordener Stätten, sondern auch die Erhaltung des vorgeschriebenen Zustandes bei Vornahme von Änderungen jeder Art; deshalb ist strafbar, wer eine vorher den Anforderungen entsprechende Feuerstätte, zu deren Änderung er an sich einer polizeilichen Genehmigung nicht bedurfte, in einer Weise ändern läßt, daß sie nunmehr feuergefährlich wird: RG. 26./6. 82. „Zur rechten Zeit“ bedeutet „ehe ein Brand entsteht“. Übrigens ist wohl in ganz Deutschland das Reinigen der Schornsteine in bestimmten Zeiträumen vorgeschrieben, so daß der Eigentümer auf die Einhaltung der Fristen seitens des Kaminsegers zu achten hat: Berner 722, Dshausen N. 3, 4c Abf. 1. Außer Gebrauch gesetzte Feuerstätten und Schornsteine kommen nicht in Betracht. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank N. IV, Dshausen N. 3, 4a, Rüdorff-Stenglein N. 3.

5) wer Scheunen, Ställe, Böden oder andere Räume, welche zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienen, mit unverwahrtem Feuer oder Licht betritt, oder sich denselben mit unverwahrtem Feuer oder Licht nähert;

5. Die Räume müssen nicht bloß für dieses einzelne Mal, sondern anhaltend, wenn auch nicht für immer, zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen bestimmt sein. Und zwar müssen, da anderenfalls eine Feuergefährlichkeit nicht möglich, die Sachen sich zur Zeit der Tat dajelbst befinden: Binding Lehrb. II 28; a. M. Frank N. V. Feuerfangende Sachen vgl. § 367 N. 15, Aufbewahren § 367 N. 14. Feuer und Licht sind verwahrt, wenn sie gegen die Mitterteilung und Verbreitung sowohl an sich als auch mit Rücksicht auf die größere oder geringere Entzündbarkeit und Feuergefährlichkeit der aufbewahrten Gegenstände sichergestellt sind. Ob dies der Fall, ist Tatfrage,

3. B. bezüglich einer brennenden, mit einem Deckel verschlossenen Tabakspfeife: RG. 2./11. 82 C. 7 201. Betreten ist nicht bloß Eintreten, ist überhaupt gleich Aufenthalt, daher strafbar auch derjenige, der in einem solchen Raum Feuer oder Licht anzündet: Binding a. a. D., Frank N. V, Oshausen N. 5b; RG. 4./5. 97 C. 30 108. Die Annäherung muß eine gefährliche sein, also so weit gehen, daß eine konkrete Gefahr entsteht: Berner, Binding, Frank und Oshausen a. a. D.; a. M. Rüdorff-Stenglein N. 5. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Oshausen N. 3—8a.

6. Die Landesgesetzgebung ist befugt, das Betreten und Annähern mit verwahrtem Feuer und Licht unter Strafanandrohung zu verbieten: Berner 722, Oshausen N. 5c, Oppenhoff-Delius N. 14, Rüdorff-Stenglein N. 5 und RG. 2./11. 82 C. 7 201; bedenklich Frank N. V.

6) wer an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Heiden, oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet;

7. Der Gesetzgeber will die Brandgefährdung verhüten. Die Stelle, die Nähe ist also eine gefährliche, wenn durch das Anzünden des Feuers eine konkrete Gefahr bewirkt wird: Binding Lehrb. II 29, Frank N. VI, Oshausen N. 6, 7b. Wegen der feuerfangenden Sachen vgl. § 367 N. 15. Des Anzündens macht sich auch schuldig, wer irgendwie für das Weiterbrennen eines schon entstandenen Feuers tätig wird: RG. 14./1. 98. Nur das Anzünden von Feuer ist strafbar, nicht auch das von Licht, so auch Frank a. a. D.; a. M. Oshausen a. a. D. und Rüdorff-Stenglein N. 6. Das Anzünden muß vorsätzlich geschehen, im übrigen genügt Fahrlässigkeit: Binding, Frank und Oshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3.

7) wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schießt oder Feuerwerke abbrennt;

8. Gefährliche Nähe vgl. N. 7, feuerfangende Sachen § 367 N. 15. Das Feuergewehr braucht nicht scharf geladen zu sein: Berner 723, Frank N. VII, Oshausen N. 6, 7a, Oppenhoff-Delius N. 19. Das Schießen und Abbrennen muß vorsätzlich sein, im übrigen genügt Fahrlässigkeit: Binding Lehrb. II 29, Frank und Oshausen a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 3.

Kommt es zu einer Brandstiftung, so sind die Bestimmungen Nr. 3—7 subsidiär, finden also nur die §§ 306 ff. Anwendung: Frank N. VII, Oshausen N. 6, 7c, Rüdorff-Stenglein N. 6. Gehört der Wald dem Täter und ist er nach seiner Beschaffenheit und Lage nicht geeignet, das Feuer weiter zu verbreiten (§ 308), so ist wie die Brandstiftung, so auch das Anzünden straflos: Binding a. a. D. Mit den Delikten der Körperverletzung und mit § 367 Nr. 8 ist Idealkonkurrenz möglich: Frank und Oshausen a. a. D.

8) wer die polizeilich vorgezeichneten Feuerlöschgerätschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen nicht befolgt;

9. Ein Blaufettgesetz, welches ein reines Unterlassungsdelikt betrifft. Die Anordnungen müssen generell sein, aber eine auf Grund ihrer ergangene individuelle Anordnung ist ebenfalls bindend: Binding Lehrb. II 31, Frank N. VIII, Oshausen N. 8a, Rüdorff-Stenglein N. 7. Der Begriff der Anordnungen umfaßt nicht bloß die unmittelbar auf die Löschung eines Feuers sich beziehenden Maßregeln, sondern auch alle diejenigen Vorkehrungen, welche bezüglich der Organisation des Feuerlöschwesens zu treffen sind, namentlich auch die Beteiligung bei den durch eine ordnungsmäßig erlassene Feuerlöschordnung vorgezeichneten Übungen bzw. die Zwangspflicht, in die Feuerwehr einzutreten, und die Erfüllung der daraus sich ergebenden Obliegenheiten: Berner 723, Binding Lehrb. II 30, Frank N. VIII, Oshausen N. 8b, Rüdorff-Stenglein N. 7. Die Frage, ob das Delikt auch als fahrlässiges strafbar, beurteilt sich an erster Stelle nach den Anordnungen; im Zweifel ist sie zu bejahen: Frank N. VIII, Oshausen N. 8a, Rüdorff-Stenglein N. 3.

9) wer unbefugt über Gärten oder Weinberge, oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Äcker, oder über solche Äcker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt;

10. Das Gesetz schützt Gärten und Weinberge unbedingt und unbefristet, Wiesen und bestellte, d. h. nicht bloß umgepflügte, sondern besäte oder beplanzte Acker nur bis zur beendeten Ernte, welche bei Wiesen den zweiten Schnitt umfaßt. Der Eigentümer oder sonst Berechtigte kann aber unbedingt und ohne Befristung Acker, Wiesen, Weiden, Schomungen und Privatwege durch die genannten Maßregeln dem Strafschutz unterstellen. Die Warnungszeichen müssen natürlich erkennbar und verständlich sein. Ebenso muß, was das Gesetz zudem ausdrücklich ausspricht, das Gehen usw. ein unbefugtes sein. Dem steht die Überschreitung der Befugnis gleich: Frank N. IX Abj. 2, Olshausen N. 9a; a. M. Oppenhoff-Delius N. 24. Befugt ist z. B. das Betreten eines nicht zum Jagdrevier gehörenden Grundstücks durch den Jagdberechtigten, soweit es zur Ausübung des Jagdrechts nötig ist. Die nachträgliche Genehmigung seitens des Eigentümers usw. entschuldigt nicht. Das Delikt erfordert Vorjaß: Berner 724, Binding Lehrb. I 124 N. 2, Frank N. IX Abj. 1, Olshausen N. 9b, Oppenhoff-Delius N. 24, Rüdorff-Stenglein N. 10.

10) wer ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige Befugnis auf einem fremden Jagdgebiete außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, wenn auch nicht jagend, doch zur Jagd ausgerüstet, betroffen wird;

11. Eine jagdpolizeiliche Vorchrift, welche sich gegen eine Handlung wendet, die Versuch oder Vorbereitung einer unbefugten Jagdausübung ist oder doch sein kann. Der Begriff der Jagd ist hier derselbe wie im Falle des § 292.

12. Fremd ist dasjenige Jagdgebiet, auf welchem dem Täter keine Jagdberechtigung zusteht, mag er auch sonst, z. B. als Eigentümer, zum Betreten desselben berechtigt sein. Es hört dadurch nicht auf, Jagdgebiet zu sein, daß die Jagd auf ihm ruht.

13. Zu den öffentlichen Wegen gehören auch die schiffbaren Wasserläufe: Olshausen N. 10a β, Rüdorff-Stenglein N. 11 Abj. 2. Daß der Weg, z. B. wegen Ausbesserung, dem öffentlichen Verkehr zeitweise entzogen ist, ist unerheblich. In Betracht kommt jedoch nur derjenige Teil des Weges, der dem gemeinen Gebrauche dient, nicht also Böschungen und Seitengraben: Frank N. X Abj. 4, Olshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D.; RG. 12./7. 87 E. 16 203. Eisenbahndämme sind nicht zum gemeinen Gebrauche bestimmt; nach Binding Lehrb. I 326 gehören sie überhaupt nicht zum Jagdgebiet.

14. Der Täter muß zur Jagd ausgerüstet sein. Das Gesetz sagt: „wenn auch nicht jagend“. Übt er die Jagd im Sinne des § 292, so wird er nach § 292 wegen Wilderns bestraft. Idealtonturrenz der beiden Bestimmungen ist ausgeschlossen: Frank N. X letzter Abj., Olshausen N. 10b Abj. 2, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 15./1. 85 E. 11 421. Der Täter wird zwar auch dann nicht nach Nr. 10 bestraft, wenn er ein Angehöriger des Jagdberechtigten und der Strafantrag nicht gestellt oder zurückgenommen ist: Frank a. a. D. Wenn der Täter zwar jagt, aber durch seine Tätigkeit den Tatbestand des § 292 nicht erfüllt, weil er auf nichtjagdbare Tiere jagt oder von dem fremden Jagdgebiet auf in seinem eigenen Jagdgebiet befindliche Tiere schießt (RG. 10./6. 82 E. 6 375), oder auch diese Jagd nicht ausübt, überhaupt gar nicht jagen will, so ist er gleichwohl strafbar, wenn er zur Jagd ausgerüstet ist. Er ist zur Jagd ausgerüstet, wenn er ein zur Jagdausübung geeignetes Werkzeug, insbesondere ein Schießgewehr, in einem solchen Zustand mit sich führt, daß er von ihm bei sich darbietender Gelegenheit sofort zum Zweck der Jagdausübung Gebrauch machen kann: Berner 725, Binding Lehrb. I 332, Frank N. X Abj. 3, Olshausen N. 10a α, wobei nach der Rechtsprechung des RG. unerheblich ist, ob die Hähne des Gewehrs in Ruß, das Gewehr ungeladen, das Schloß verbunden ist oder ein Begleiter das Gewehr trägt: 7./1. 84 E. 9 412, 4./11. 87. Richtiger erklärt man wohl die Frage, ob der Täter zur Jagd ausgerüstet sei, allgemein für eine Tatfrage des einzelnen Falles und begnügt sich mit der Konstatierung, daß das Beiführen eines Gewehres ohne Munition oder lediglich das Mitführen eines Hundes — Frank a. a. D. — keine Jagdausrüstung ist. Augenfällig braucht die Jagdausrüstung nicht zu sein: Berner, Binding, Frank und Olshausen a. a. D.; RG. 7./1. 84 E. 9 412.

15. Der Täter befindet sich auf dem betr. Areal ohne Befugnis, ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige gesetzliche oder andere Befugnis. Die Genehmigung muß zur Zeit der Tat vorliegen, eine nachträglich erteilte entschuldigt also nicht. Forstschutzbeamte handeln bei Ausübung ihres Amtes beugt, wenn sie zum Betreten des fremden Jagdgebietes außerhalb des öffentlichen Weges besondere Veranlassung haben: RG. 26./9. 87 E. 16 197.

16. Das Betroffenwerden ist von dem Gesetz nicht, wie Binding Lehrb. I 332 meint, im Sinn der handhaften Tat, sondern als Betreten gemeint, liegt also auch dann vor, wenn der Täter von Niemandem gesehen, der Beweis des Betretens des fremden Jagdgebietes in Jagdausrüstung

also anderweitig geführt ist: Berner 725, Frank N. X Abf. 5, Geher II 53, Dshausen N. 10d, Oppenhoff-Delius N. 42, Rüdorff-Stenglein N. 12; RG. 31./5. 81, 24./10. 81 G. 5 72.

17. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank N. X Abf. 1, Dshausen N. 10a, Rüdorff-Stenglein N. 14; RG. 18./5. 05 G. 38 104. Das Ausgerüstetsein zur Jagd erfordert jedoch Vorfaß. Berner 725, Binding Lehrb. I 332 und Oppenhoff-Delius N. 36, 41 verlangen, daß dem Täter der Mangel der Befugnis bewußt sei.

11) wer unbefugt Eier oder Junge von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln ausnimmt.

18. Seit dem Ges., betr. den Schutz von Vögeln, v. 30. Mai 1908 (Reichs-Gesetzbl. 317, früheres Ges. v. 22. Mai 1888) bezieht sich die Bestimmung nicht mehr auf Singvögel: Frank N. XI, v. Liszt 352 Nr. 10, Dshausen N. 11a, Oppenhoff-Delius N. 50; a. M. Binding Lehrb. I 332 Nr. 4. Unter den Jungen sind die noch im Nest befindlichen, nicht schon flüggen zu verstehen: Dshausen N. 11b Abf. 2, Oppenhoff-Delius N. 48. Die Befugnis bemißt sich nach dem Landesrecht. Das Delikt erfordert Vorfaß: Frank N. XI, Dshausen N. 11d, Rüdorff-Stenglein N. 15. Idealkonkurrenz mit § 292 ist ausgeschlossen: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Dshausen N. 11b, Oppenhoff-Delius N. 47; RG. 24./6. 07 G. 40 239.

§ 369.

Mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder mit Haft bis zu vier Wochen werden bestraft:

1. Nr. 2 und Abf. 2, welche sich auf die „Verletzung der Vorschriften über die Maß- und Gewichtspolizei“ bezogen, sind durch die Maß- und Gewichtsordnung v. 30. Mai 1908, Kaiserl. Verordn. v. 24. Mai 1911 vom 1. April 1912 an aufgehoben, vgl. oben I 19.

1) Personen, welche ohne obrigkeitliche Anweisung oder ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung Schlüssel zu Zimmern oder Behältnissen in der letzteren anfertigen oder Schlösser an denselben öffnen, ohne Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters einen Hausschlüssel anfertigen, oder ohne Erlaubnis der Polizeibehörde Nachschlüssel oder Dietriche verabsolgen;

2. Das Gesetz lautet ursprünglich „Schlosser, welche“, eine subjektive Beschränkung, welche durch die Novelle v. 19. Juni 1912 vom 5. Juli 1912 an aufgehoben ist. Wegen der Gewerbetreibenden vgl. GewD. § 151 Abf. 1, oben § 365 Nr. 3b. Die obrigkeitliche Anweisung kam sowohl allgemein durch Gesetz, z. B. ZPO. § 758 Abf. 2 den Gerichtsvollziehern, als auch durch die — nicht notwendig polizeiliche — zuständige Behörde im Einzelfall erteilt sein. Inhaber der „Wohnung“ ist auch der Mieter eines einzelnen Zimmers. Der Besitzer braucht nicht Eigentümer des Hauses zu sein: Berner 727, Dshausen N. 1c. Hausschlüssel ist derjenige Schlüssel, der zur Öffnung der Haustür bestimmt ist, mag er auch nebenher Stodwerksschlüssel sein oder als Hauptschlüssel dienen: Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 2, 3. Nachschlüssel ist falscher Schlüssel. Verabsolgen ist auch Leihen: Dshausen N. 1d. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding Lehrb. I 301 Nr. 2, Frank N. II, Dshausen N. 1e Abf. 2, Rüdorff-Stenglein N. 1 Abf. 2. Idealkonkurrenz ist mit Beihilfe zum Diebstahl möglich: Frank N. II, Dshausen N. 1e Abf. 1.

3) Gewerbetreibende, welche in Feuer arbeiten, wenn sie die Vorschriften nicht befolgen, welche von der Polizeibehörde wegen Anlegung und Bewahrung ihrer Feuerstätten, sowie wegen der Art und der Zeit, sich des Feuers zu bedienen, erlassen sind.

3. Die Vorschriften können allgemeine und individuelle sein: Berner 729, Binding Lehrb. II 30, Frank N. IV, Dshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 28, Rüdorff-Stenglein N. 9. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Binding, Frank, Dshausen und Rüdorff-Stenglein a. a. D. Vgl. § 365 Nr. 3b.

§ 370.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:
1) wer unbefugt ein fremdes Grundstück, einen öffentlichen oder Privatweg oder einen Grenzrain durch Abgraben oder Abpflügen verringert;

1. Das — städtische oder ländliche — Grundstück muß ein fremdes sein, also nicht im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen. Weg und Grenzrain brauchen keine fremden zu sein: Frank N. I, v. Liszt 437 N. 6, Olshausen N. 1c und RG. 21./1. 94 S. 26 74, 23./5. 02, 28./9. 11; a. M. Berner 729, Binding Lehrb. I 316, Rüdorff-Stenglein N. 1. Unbefugt bedeutet ohne Genehmigung des Berechtigten. Der Täter handelt somit unbefugt, wenn er den ihm gehörenden Privatweg ohne Genehmigung des Servitutberechtigten verringert: v. Liszt und Olshausen a. a. D.; RG. 23./5. 02. Berner 730, Binding, Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D. halten das Verringern durch den Eigentümer für straflos, weil „unbefugt“ den Mangel der Genehmigung des Eigentümers oder Wegeherrn bedeute.

2. Das Grundstück usw. wird durch „Abgraben oder Abpflügen“ verringert. Aus diesen Ausdrücken in Verbindung mit dem Tatbestand des Delikts der Nr. 2 ergibt sich, daß die Substanz nicht vermindert, das Abgegrabene oder Abgepflügte nicht von seiner Stelle entfernt, sondern nur der Flächenraum vermindert, die Grenze verschoben wird: Berner 729, Binding Lehrb. I 316, Olshausen N. 1a, Oppenhoff-Delius N. 1. Somit muß der abgegrabene und abgepflügte Grundstücksteil dem benachbarten Grundstück zugegraben und zugepflügt sein. Daraus folgt aber nicht, wie Olshausen N. 1b will, daß Täter nur der Nachbar des verringerten Grundstücks oder wenigstens eine Person sein kann, die für ihn und in seinem Interesse handelt: Binding und Frank a. a. D. Die Absicht des Täters ist gleichgültig, also nicht erforderlich, daß er das abgegrabene usw. Areal sich oder dem Adjazenten zuwenden will: Binding und Frank a. a. D., Olshausen N. 1b, Rüdorff-Stenglein N. 1; a. M. Berner 729, Oppenhoff-Delius N. 1, v. Schwarze N. 1.

3. Das Delikt ist nur als vorzügliches strafbar: Binding Lehrb. I 316, Frank N. I, Olshausen N. 1d, Rüdorff-Stenglein N. 1.

4. Wird durch die Tätigkeit ein Grenzzeichen verrückt, vernichtet oder unkenntlich gemacht, so findet Idealkonkurrenz mit § 274 Nr. 2 statt: Frank N. I, Olshausen N. 1c und RG. 29./12. 91 S. 22 286, 19./11. 09. § 274 Nr. 2 will anwenden Binding Lehrb. II 349.

2) wer unbefugt von öffentlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Anderen gehören, Erde, Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Büllten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubnis der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt;

5. Die auch hier aufzuwerfende Frage, ob, wie die Grundstücke, so auch die Wege fremde sein, also nicht im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen müssen, ist, da das Gesetz ebenso wie in Nr. 1 das Erfordernis nur bei den Grundstücken aufstellt, ebenso zu verneinen, wie bei dem Delikt der Nr. 1, vgl. N. 1. Wenn Berner 730 und Frank N. II sie gemäß ihrer Auffassung des „unbefugt“ bejahen, so verfahren sie konsequent, aber es ist in der Tat nicht verständlich, daß auch Olshausen N. 2b sie — unter Hinweis auf das für die Verneinung sprechende Erfordernis bei den Grundstücken — bejaht. Unbefugt handelt somit der Täter auch dann, wenn er ohne Erlaubnis des Servitutberechtigten verfährt.

6. Anders als bei dem Delikt der Nr. 1 handelt es sich hier nicht um eine Verminderung des Flächenraums, eine Grenzverschiebung, sondern um die Wegnahme der Erde usw., also um eine Minderung der Substanz des Grundstücks: Berner 730, Frank N. II, Olshausen N. 2a, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 1. Die Erde usw. muß also bisher einen Teil des Weges, des Grundstücks gebildet haben und erst durch den Täter aus ihm hervorgehoben und zu einer selbständigen beweglichen Sache geworden sein, widrigenfalls nicht dieses Delikt, sondern Diebstahl vorliegt: Berner, Frank und Olshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 6, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abj. 2; RG. 13./5. 87. Die Absicht rechtswidriger Zueignung ist auch hier nicht erforderlich, das Delikt ist kein privilegierter Diebstahl: Frank N. II, Olshausen N. 2d; a. M. Berner a. a. D., Binding Lehrb. I 310, Hälschner II 309, Rüdorff-Stenglein N. 3.

7. Rasen ist nicht das Gras, sondern ein Stück des mit Grasnarbe bedeckten Bodens. Zu den „ähnlichen Gegenständen“ gehört z. B. der ungestochene Dorf: Frank N. II, Olshausen N. 2c 7,

Oppenhoff-Delius N. 11; RG. 27./6. 90 C. 21 27; Eis aus Privatgewässern: Dshausen und Oppenhoff-Delius a. a. D.; Tropfsteingebilde. Der Dünger nicht schon, wie Oppenhoff-Delius N. 7 meint, wenn er ausgebreitet, sondern wenn er mit dem Boden vermengt ist: Frank („und völlig vermohert ist“) und Dshausen (Abf. 2) a. a. D., Rüdorff-Stenglein N. 2. Unter der gleichen Voraussetzung der Strafenfot: Frank und Dshausen a. a. D.; a. M. Oppenhoff-Delius N. 6. Die Erzeugnisse der Vegetation, wie Gras, Blumen, Früchte, sind nicht Substanzteile des Bodens, ihre Wegnahme also, soweit nicht § 370 Nr. 5 und die Feldpolizeigesetze eingreifen, Diebstahl: Werner 730, Frank und Dshausen a. a. D., Oppenhoff-Delius N. 9, Rüdorff-Stenglein N. 2 Abf. 1.

8. Das Delikt ist nur als vorzügliches strafbar: Frank N. II, Dshausen N. 20 und diejenigen Autoren, welche — vgl. N. 6 — privilegierten Diebstahl annehmen.

3) wer von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubnis des vorgesetzten Kommandeurs Montierungs- oder Armaturstücke kauft oder zum Pfande nimmt;

9. Über die zum — aktiven — Dienststand gehörenden Militärpersonen vgl. § 10 N. 5 I A. Ob die Gegenstände der Militärperson selbst gehören oder fremdes öffentliches oder privates Eigentum sind, ist gleichgültig; sind sie fremdes Eigentum und der Täter weiß es, so greifen die allgemeinen Vorschriften insbesondere über Hehlerei Platz: Binding Lehrb. I 394, Frank N. III, v. Liszt 490, Dshausen N. 3a, Oppenhoff-Delius N. 12, Rüdorff-Stenglein N. 4. Wegen der Militärperson selbst vgl. MitStGB. § 138. Zu den vorgesetzten Kommandeuren gehört jeder Vorgesetzte vom Kompagnie- usw. Chef an, bei den Truppenkommandos auch der niedrigere Kommandeur. Mündliche Erlaubnis genügt nicht. Das Delikt ist auch als fahrlässiges strafbar: Frank und Rüdorff-Stenglein a. a. D. und Dshausen N. 3c; a. M. Binding Lehrb. I 395.

4) wer unberechtigt fischt oder krebst;

10. Der subjektive wie objektive Tatbestand ist völlig derselbe wie beim Delikt des § 296, nur daß die qualifizierenden Umstände fehlen. Die Einziehung der Fischgeräte ist, da sie nicht speziell vorgeschrieben ist und es sich um eine Übertretung handelt, nicht zulässig, wofern nicht Ideal Konkurrenz mit Zuwiderhandlung gegen ein die Einziehung als Strafe, nicht nur als polizeiliche Maßnahme vorschreibendes Fischereigesetz vorliegt: Binding Lehrb. I 333, Frank N. IV, Dshausen N. 4b.

5) wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauch entwendet oder unterschlägt.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos;

11. Den sog. Mundraub — ein wenig und seit dem Ges. v. 19. Juni 1912 gar nicht passender, aber einmal üblicher Name — begeht, wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte in der Absicht alsbaldigen Verbrauchs entwendet oder unterschlägt. Jedes weitere Motiv kommt nur für die Strafzumessung in Betracht, sodaß auch dann die Nr. 5 und nicht § 248a Anwendung findet, wenn der Täter aus Not handelt.

12. Unter Nahrungs- und Genußmitteln sind nur solche Gegenstände zu verstehen, welche der Nahrung und dem Genuß des menschlichen Körpers dienen: Frank N. V 1, v. Liszt 438, Dshausen N. 5c, Oppenhoff-Delius N. 18; RG. 24./2. 80 C. 1 223. Unerheblich ist, ob die Nahrungsmittel unmittelbar oder nur nach vorheriger Zubereitung verzehrbar sind, wie rohe Kartoffeln: RG. 24./2. 80 C. 1 223, Brotgetreide: RG. 26./2. 86 C. 13 371, lebende Tiere: RG. 1./7. 84. Der Gegenstand, welcher in seiner Gesamtheit als Nahrungsmittel erscheint, verliert diese Eigenschaft dadurch nicht, daß er auch ungenießbare Bestandteile enthält: RG. 5./1. 82. Genußmittel sind solche das Gefühl des Unangenehmen hervorrufoende Gegenstände, welche, wie z. B. Zigarren und Tabak (RG. 31./12. 81 C. 5 289), dem Körper in irgendeiner Weise, also auch durch subkutane Injektionen, zugeführt und mit dem Genuße verbraucht werden, was bei der Zuführung durch den Geruchssinn, z. B. Blumen, nicht der Fall ist: Frank N. V 1, Geber II 54, v. Liszt 438, Meyer-Wilfeld 464, Dshausen N. 5d β, Oppenhoff-Delius N. 18; RG. 9./4. 81 C. 4 72.

Da das Gesetz keine Bestimmung enthält, so ist der allerdings nicht überall gleiche Sprachgebrauch im einzelnen entscheidend: RG. 31./12. 81 C. 5 289. Mit Recht erklärt Olshausen N. 5d a gegen Frank N. V 1 solche Gegenstände für nicht hierher gehörig, die, wie z. B. Talglichte, Seife, denaturierter Spiritus, nach der am Ort der Tat herrschenden Sitte nicht als Nahrungs- und Genussmittel gelten; der perverse Geschmack des Einzelnen kann nicht maßgebend sein. Ebenjowenig gehören Arzneimittel hierher, aber mit Olshausen N. 5e ist gegen v. Liszt 438 und Wachenfeld H. II 304 zu bemerken, ein Nahrungs- und Genussmittel verliere nicht dadurch diese seine Eigenschaft, daß es, wie z. B. schwere Weine, Morphinum (hier v. Liszt zustimmend) auch als Arzneimittel Verwendung findet.

13. Durch das Gef. v. 19. Juni 1912 sind „andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs“ hinzugefügt, also solche Gegenstände, welche nach der Anschauung des Volkes zur Befriedigung der hauswirtschaftlichen Bedürfnisse dienen und durch den Verbrauch aufgebraucht werden, wie Heizungs- und Beleuchtungsmaterialien, Seife, Futter für Haustiere. Ausgeschlossen sind Gegenstände des Gebrauchs, z. B. Handtücher, Bauholz als solches, also Gegenstände, welche lediglich infolge dauernder Benutzung abgenutzt und zu fernern Gebrauch untauglich werden, und ebenso diejenigen, welche, wie das Geld, nur im juristischen Sinne verbrauchbar sind. Ob der Haushalt ein städtischer oder ländlicher, ist unerheblich, und ebenso ist nicht erforderlich, daß der Gegenstand in der Hauswirtschaft des Verletzten verbraucht wird. Gegenstände, welche nur zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse (z. B. kosmetische Mittel wie Puder und Schminke), und alle Gegenstände, welche dem Gewerbebetrieb dienen, fallen nicht unter Nr. 5. Umgekehrt muß die Entwendung und Unterschlagung ebenfalls zum Zweck der Befriedigung hauswirtschaftlicher Bedürfnisse geschehen, die Entwendung von Feuerungsmaterial also nicht, um den Kachelofen des Bäckerz zu heizen.

14. Die enteigneten Gegenstände müssen von geringer Menge oder von unbedeutendem Werte sein. „Oder“, nicht „und“; die Bestimmung trifft also auch dann zu, wenn die Menge groß, der Wert aber gering ist, und umgekehrt: RG. 25./4. 84 C. 10 308. Hierbei kommt nur der gemeine Wert zur Zeit der Tat in Betracht: RG. 26./6. 11. Maßgebend ist stets der Gesamtwert und die Gesamtmenge. Bei gemeinschaftlicher Ausführung ist daher der ganze Betrag und nicht nach Kopfteilung zu Grunde zu legen: Frank N. V 1, Meyer-Alsfeld 464, Olshausen N. 5 f Abf. 1, Oppenhoff-Delius N. 20; RG. 10./5. 83 C. 8 406. Ebenso bei einem fortgesetzten Delikt, mögen auch auf die einzelnen Akte nur geringe Mengen oder unbedeutende Werte fallen: Binding Lehrb. I 309, Frank, Meyer-Alsfeld und Olshausen a. a. D., RG. 26./4. 88 C. 17 332; a. M. v. Liszt 438 N. 8 und Oppenhoff-Delius N. 8. Ubrigens entspricht es dem humanen Geist der Bestimmung, bezüglich des Quantum und des Wertes nicht zu penibel zu sein, obgleich es andererseits zu weit geht, wenn das RG. 21./9. 81 fünfzehn Flaschen Wein für ein geringes Quantum von geringem Wert erklärt. Wegen des Wertes vgl. noch § 247 N. 4.

15. Die Enteignung muß in der Absicht alsbaldigen Verbrauchs geschehen. Diese Absicht muß bei der Tat selbst vorliegen, während es gleichgültig ist, ob sie später verwirklicht wird: Binding Lehrb. I 310, Frank N. V 2, Olshausen N. 5 g Abf. 1; RG. 25./4. 84 C. 10 308. Die Bestimmung findet daher keine Anwendung, wenn der Täter die Gegenstände in der Absicht wegnimmt, sie zu verkaufen oder ohne Rücksicht auf einen alsbaldigen Verbrauch zu verschenken. Ebenso findet sie keine Anwendung, wenn der Täter die Sachen in der Absicht enteignet, sie als Vorrat, wenn auch nur vorübergehend, aufzubewahren: RG. 24./2. 80 C. 1 223, 25./4. 84 C. 10 308, 20./2. 11. „Als bald“ ist aber nicht gleichbedeutend mit „auf der Stelle“, die Absicht also nicht schon deshalb zu verneinen, weil der Verbrauch nicht am Ort der Tat, sondern anderswo und namentlich nach einer Zubereitung erfolgen soll: Binding, Frank und Olshausen a. a. D., v. Liszt 437, Meyer-Alsfeld 464, Oppenhoff-Delius N. 18, 19, Müddorf-Stenglein N. 7; RG. 24./2. 80 C. 1 223, 25./4. 84 C. 10 308. Ob der Täter den Verbrauch durch sich selbst oder durch Andere bezweckt, ist gleichgültig: Frank, v. Liszt und Meyer-Alsfeld a. a. D., Olshausen N. 6 Abf. 3, Müddorf-Stenglein N. 9, Wachenfeld H. II 304; RG. 26./2. 86 C. 13 371. Die Absicht Bindings a. a. D., daß die Anderen „bestimmte Personen seiner Sympathie“ sein müssen, ist zu eng. Wenn endlich der Täter nur einen Teil der Sachen alsbald verbrauchen will, scheidet die Anwendbarkeit der Nr. 5 aus.

16. Das Gesetz nennt in seiner ursprünglichen Fassung nur die Entwendung. Obgleich entgegen nur ein schonender Ausdruck für Stehlen ist, haben eine Reihe Autoren entgegen auch als Unterschlagen aufgefaßt, was mit Grund von Oppenhoff-Delius N. 15, Müddorf-Stenglein N. 11 und RG. 7./3. 93 C. 24 38, 10./2. 02 C. 35 115 zurückgewiesen ist. Die Novelle v. 19. Juni 1912 hat ausdrücklich das Unterschlagen dem Stehlen gleichgestellt.

Der Täter hat also den Gegenstand entwendet oder unterschlagen. Der Minderbrauch ist begrifflich entweder Diebstahl oder Unterschlagung. Er erfordert in subjektiver und objektiver Beziehung den vollständigen Tatbestand des gemeinen Diebstahls, der gemeinen Unterschlagung

der §§ 242, 246, und seine Eigenart liegt nur in der Qualität und der Quantität bzw. dem Werte des Objekts und der auf alsbaldigen Verbrauch gerichteten Absicht, also in Umständen, welche mit den Tatbestandsmerkmalen des gemeinen Delikts in keinem Punkt in Widerspruch stehen: Berner 560, Binding Lehrb. I 307, Birkmeyer Euchfl. 1175, Frank N. V Absf. 1, Hälschner II 309, v. Liszt 437, Merkel 320, Meyer-Wilfeld 464 (463), Olshausen N. 5a Absf. 1, Rüdorff-Stenglein N. 6, Schütze 432, Wachenfeld Hf. II 304, v. Wächter 423; RG. 19./3. 81 E. 3 423, 8./5. 82 E. 6 325, 13./2. 85 E. 12 8, 7./7. 86 E. 14 312, 26./4. 88 E. 17 332, 10./1. 10 E. 43 175. Wegen der geringfügigen Übertretungsstrafe ist der Mundraub ein privilegiertes, und zwar trotz der begrifflichen Gleichheit dem gemeinen gegenüber selbständiges Delikt. Hieraus ergibt sich, daß Idealkonkurrenz mit dem gemeinen Delikt nicht möglich ist, sondern die Qualifikationen der §§ 243, 246 Absf. 1 (anvertraute Sache) nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen (vgl. § 73 N. 7a), und daß überall, wo das StGB. Diebstahl oder Unterschlagung voraussetzt, wie beim Rückfall, bei dem räuberischen Diebstahl des § 252, bei der Hehlerei, der Mundraub nicht in Betracht kommt. Hiermit stimmt, ausgenommen Binding Grundr. 143 und Lehrb. I 308, die Theorie und die reichsgerichtliche Praxis überein. Da für den diebischen Vorfall die Konkretisierung auf bestimmte Objekte unwesentlich ist, begehrt derjenige, welcher in der Absicht, einen Mundraub zu begehen, einen der in § 243 genannten erschwerenden Umstände verwirklicht, demnächst aber infolge eines neuen Entschlusses Sachen anderer Art stiehlt, einen schweren Diebstahl, wenn eine einheitliche Handlung, dagegen einem einfachen, wenn mehrere selbständige Handlungen vorliegen, weil er im letzteren Fall nur einen schon durch den Mundraub verwirklichten Umstand bemut: RG. 7./6. 86 E. 14 312. Wird das Gefäß mitgenommen, in welchem sich das Nahrungsmittel usw. befindet, so liegt nur dann kein Mundraub vor, wenn die diebische Absicht auch auf das Verwahrungsmittel sich bezieht: Frank N. VI, Olshausen N. 5c.

Des weiteren ist zu beachten:

a) Geschieht die Enteignung gleichzeitig aus Not, so findet, wie schon N. 11 bemerkt wurde, Nr. 5 Anwendung, nicht aber § 248a.

b) Die den gleichen Tatbestand enthaltenden landesrechtlichen Forst- und Feldpolizeigesetze gehen der Nr. 5 vor (§ 242 N. 13): Frank N. V Absf. 7, Olshausen N. 5h 7, Oppenhoff-Delius N. 25, Rüdorff-Stenglein N. 17; RG. 5./3. 96 E. 28 260.

c) Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Tatbestand des Raubes vorliegt: Frank N. V 6, Olshausen N. 5 1 Absf. 4.

d) Ebenso findet sie keine Anwendung auf die Amtsunterschlagung des § 350: Binding Lehrb. I 308, v. Liszt 438 N. 8, Olshausen N. 1 Absf. 3 und RG. 10./2. 02 E. 35 115; a. M. Frank N. V Absf. 5.

17. Absf. 2 setzt einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Die Privilegierung kommt daher nur demjenigen Anstifter zu gute, bei welchem das persönliche Verhältnis vorliegt. Der Gehilfe ist schon deshalb straflos, weil es sich hier um eine Übertretung handelt. Ob die Verwandtschaft eine eheliche oder uneheliche, ist gleichgültig. Vorausgesetzt ist eine formell gültige, wenn auch vielleicht anfechtbare, Ehe.

6) wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigentümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

18. Das Delikt heißt herkömmlich Futterdiebstahl. Die Benennung ist verfehlt, denn es liegt kein Diebstahl vor: der Täter will sich das Futter nicht aneignen, sondern es auf anderem Wege in das Vermögen des Eigentümers zurückbringen: Berner 731, Binding Lehrb. I 317, Frank N. VI, Hälschner II 302, v. Liszt 438 N. 10, Olshausen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 29, Rüdorff-Stenglein N. 21, Schütze 431 N. 10, v. Wächter 438; a. M. Birkmeyer Euchfl. 1175. Entscheidend ist die Absicht, auch wenn eine Verfütterung nicht stattfindet: Berner und Rüdorff-Stenglein a. a. D., Merkel H. S. III 652 N. 11, Olshausen N. 6b, Oppenhoff-Delius N. 32, v. Schwarze N. 6. Führt der Täter die Absicht nicht aus, sondern eignet er sich das Futter an, so liegt Unterschlagung oder Mundraub vor: Binding Lehrb. I 317, Frank a. a. D., Olshausen N. 6b. Das Futter muß weggenommen sein. Hatte der Täter das Futter bereits im Besitz, so ist das Verfüttern, falls nicht Sachbeschädigung gegeben ist, straflos, so auch Binding a. a. D., wogegen Frank a. a. D., v. Liszt 438, Olshausen N. 6a gleichwohl Futterdiebstahl im Wege der Analogie annehmen.

19. Täter kann Jeder sein, nicht bloß ein Bediensteter des Verletzten: Binding a. a. D., Olshausen N. 6b, Oppenhoff-Delius N. 30, Rüdorff-Stenglein N. 23. Dem Verletzten muß das Vieh gehören („dessen Vieh“), wobei aber der gutgläubige Besitzer dem Eigentümer gleichsteht:

Frank a. a. D., Olshausen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 33, Rüdorff-Stenglein N. 22. Vieh sind alle dem Menschen dienst- und nutzbar gemachten und in seinem Haushalt gehaltenen Tiere einschließlich des Federviehes: Frank a. a. D., Olshausen N. 6a, Oppenhoff-Delius N. 31, nicht also die Fische im Fischteich, das Wild im Wildpark, die Tiere einer Menagerie oder eines zoologischen Gartens.

20. Das Delikt ist nur als vorsätzliches strafbar: Frank a. a. D., Olshausen N. 6a.

In den Fällen der Nr. 5 und 6 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

21. Antragsberechtigt sind im Fall der Nr. 5 Eigentümer und Inhaber, im Fall der Nr. 6 Eigentümer und gutgläubiger Besitzer. Die Zurücknahme des Antrages ist nach § 64 Abs. 2 unteilbar.

Sachregister.

Die Zahlen bedeuten die Seiten.

- Abänderung, Gesetze, betr. Abänderung von Bestimmungen zum Strafgesetzbuch 18, 21, 22, 25, 28.
- Abbildungen, beleidigende 443, 446, 463 — dem Papiergeld ähnliche 768 — Einziehung 766 — unzüchtige 431 — das Schamgefühl verletzende 435 — Unbrauchbarmachung 102, 105 — Wappen 768.
- Abdrehen von Feuerwerken 800 — Feuerwerkskörpern 795.
- Abdruck des Urteils bei öffentlichen Beleidigungen 463 — von Stempeln 767.
- Aberkennung der Ehrenrechte 87 ff., 119, 181, 249.
- Abfeilen von Metallgeldstücken 367.
- Abgaben, übermäßiges Erheben 753.
- Abgeordneter, Gewalt gegen 282, 284 — Straffreiheit 59.
- Abgeschlossene Räume, Eindringen 322.
- Abgraben, abpflügen 803.
- Abhalten vom Betteln 776 — vom Stehlen 779.
- Abhänge, unverdeckt oder unverwahrt 797.
- Abhängigkeitsverhältnis, Mißbrauch desselben zur Unzucht 410.
- Ablösung amtlicher Siegel 344.
- Abpflügen 803.
- Abreißen amtlicher Siegel 344 — öffentlicher Bekanntmachungen 342.
- Abrafß mittels einer strafbaren Handlung erlangter Sachen (Sachhehlerei) 279.
- Absperrungsmaßregeln zur Verhütung von Krankheit und Seuche 724, 725.
- Abstimmung eines Abgeordneten 59 — der Konkursgläubiger 654.
- Abtreibung 484—487.
- Abtretung von Legitimationspapieren 782.
- Abweichung vom behördlich genehmigten Bauplan 798.
- Abwendung des zur Vollendung des Delictes gehörigen Erfolges 120.
- Ader, unbefugtes Betreten usw. 800.
- Adel, unbefugte Annahme 768.
- Adoptivkinder als Angehörige 162. Unzucht mit Kindern 410.
- Advokat kein Beamter 760 — Geheimnisbruch 684 — Gebührenüberhebung 751, 760 — Prävarikation 758.
- Achtung, Maß- und Gewichtsordnung 29.
- Akten, Beschädigung, Beiseiteschaffung, Vernichtung 340 — Landesverrat 269.
- Aktien, Papiergeld 366 — Nachmachung, Verfälschung, Weitergabe 363 ff., 768.
- Aktiengesellschaft Konkursdelikte der Vorstandsmitglieder 655.
- Alter, Strafbarkeit 176—183, 409.
- Amst, öffentliches 83 — Unfähigkeit, Verlust 83—93, 11 — insbesondere Unfähigkeit zum Eisenbahn- und Telegraphendienst 717, 718. — Beamtenbeleidigung 459 — Körperverletzung mit Übertretung einer Amtspflicht 510 — Verbrechen und Vergehen im 729—760.
- Amtsanmaßung 338.
- Amtsgeheimnis 684, 754, 758.
- Amtsgewalt, Mißbrauch 737.
- Amtshandlung, Geheute 730 — Nötigung zur 305, 306.
- Amtskleidung (Amtszeichen), unbefugtes Tragen 768.
- Amtspflicht, Verletzung 489, 510 — falsche Anzeige 386.
- Amtsunterschlagung 749.
- Amtsverschwiegenheit s. Amtsgeheimnis.
- Androhung von Strafen durch Landesgesetz 11 — eines gemeingefährlichen Verbrechens 330 — des Mißbrauchs der Amtsgewalt 737 — s. auch Bedrohung und Drohung.
- Anerkennung von erdichteten Schulden und Rechtsgeschäften 634.
- Angehörige, Begriff 162 — Begünstigung (Hehlerei) 568 — Betrug 586 — Diebstahl und Unterschlagung 555 — Jagdvergehen 671 — Körperverletzung 510 — Notstand 173 — Sachbeschädigung 695 — Totschlag 478 — Unterschlagung 555.
- Angelegenheiten des Staates, Erörterung d. Geistliche 335.
- Angelohnis, eidliches 383.
- Angriff gegen Beamte 297 — gegen Forst- und Jagdbeamte usw. 311 ff. — von Gefangenen 320 — Gebrauch von Waffen bei einem 796 — von mehreren 504 — bei der Notwehr 166.
- Ankauf von Armaturstücken 804 — mittels strafbarer Handlung erlangter Sachen 579

- Ankündigungen, dem Papiergeld ähnliche 768.
- Anlegung von Feuerstätten 802.
- Anleitung zum Betteln 776.
- Annahme der Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens 148 — der Herausforderung zum Zweikampf 468 — von Geschenken und Vorteilen seitens Beamter 730 — unbefugte von Titeln 768.
- Anrechnung im Ausland vollzogener Strafen 52 — der Untersuchungshaft 198 — vorläufige Entlassung 76.
- Anreizung von Bevölkerungsklassen zu Gewalttätigkeiten 333 — zu militärischem Ungehörigam 296 — zum Zweikampf 474.
- Anschlag, Aufforderung zum Hochverrat durch Anschlag 262 — desgl. zum Ungehörigam 289 — desgl. zu strafbaren Handlungen 294 unzüchtiger Abbildungen 431 — Abreißen angeschlagener Befanntmachungen 342.
- Anschuldigung, falsche 386—389.
- Anschbringen von mittels strafbarer Handlung erlangter Sachen 579.
- Anstalten, Unzucht in 410 — unbefugter Errichtung von 770.
- Anstiftung 136 ff., 294.
- Antrag auf Bestrafung 200—216 — von im Auslande begangenen Delikten 49.
- Anwalt s. Advokat.
- Anwerben zum ausländischen Militärdienst 355.
- Anzeige, Abreißen 342 — beabsichtigter Verbrechen 349 — begangener Delikte 744 — falsche 386—389 — Widerruf vor erfolgter 383.
- Anzeigepflicht 349.
- Apotheker, Geheimnisbruch 684.
- Arbeit, Arbeitshaus, Landstreicher usw. 780 — Arbeitscheu 778 — Fortarbeit 12 — bei Festungshaft 70 — in Strafanstalten 68—69.
- Arbeitsbücher, Fälschung derselben 782.
- Arbeitshaus 780.
- Arbeitscheu 778.
- Argernis durch Gotteslästerung 390 — durch Mitteilungen aus Gerichtsverhandlungen 435 — durch Tierquälerei 773, durch unzüchtige Handlungen 429.
- Arglist, arglistiges Verschweigen eines Ehehindernisses 402.
- Armaturstücke, Antauf 804.
- Armeelieferant, Vertragsbruch desselben 726.
- Arnimparagraph 754.
- Arznei, Zubereitung, Verkauf, Festhalten 792.
- Arzt, Geheimnisbruch 684 — falsche Zeugnisse 631—633 — unzüchtige Handlungen 410 — Wehrpflichtverletzung (Auswanderung) 352 — beim Zweikampf 473.
- Azendenten, Weischnaf 409 — Betrug 586 — Diebstahl und Unterschlagung 555 — Körperverletzung 493, 507 — Kindesaussetzung 487 — Stupperei 425 — Pfandkehrung 668 — Totschlag 480.
- Aufenthaltsebeschränkung Militärpflichtiger 352 — Polizeiaufsicht 97, 775.
- Aufforderung zum Hochverrat 262 — zum Fortgehen (Polizeistunde) 785 — zu einer strafbaren Handlung 294 — zum Ungehörigam 289, 296 — vergebliche Aufforderung (Auslauf) 309 — vergebliche Aufforderung zur Hilfe 771 — zum Verbrechen 148.
- Aufgabe der Ausführung beim nicht beendeten Versuch 120 — des Zweikampfes 470.
- Auslauf 309.
- Auflösung der Ehe 402, 404.
- Aufrechnung von Beleidigungen 462 — von Körperverletzungen 493.
- Aufuhr 307, 309 — Brandstiftung 704 — im Kriegszustand 9.
- Aufsicht, Amtsvergehen 759 — bei Kindern 779 — Untreue 602.
- Aufstand, Erregung eines unter den Truppen 266 — im Kriegszustand 9.
- Aufstellen, gefährliches von Sachen 790.
- Aufwand als Konkursvergehen 645.
- Auge, Verlust 501.
- Ausbefferung von Gebäuden 797.
- Ausbeutung einer Dirne 426 — der Notlage (Wucher) 689.
- Ausbruch von Gefangenen 320.
- Auseinander Sprengung gegengegebender Versammlungen 282.
- Ausgießen auf die Straße 790.
- Ausland, Begriff 54 — abermalige Strafverfolgung 93 — falsches Geld 365 — Verstrafung von Verbrechen usw. 46—52 — falsche Urkunden 607.
- Ausländer, Ausweisung 97, 656, 775, 780 — Bestrafung 40, 46, 279, 656, 775 — Fischen von — in Küstengewässern 679.
- Auslieferung eines Deutschen 54.
- Ausnehmen von Eiern 802.
- Ausschließung der freien Willensbestimmung 157.
- Außenarbeit 68, 69, 780.
- Aussetzung einer hilflosen Person 487 — in hilfloser Lage (Entführung) 511.
- Ausspielung, unerlaubte öffentliche 660.
- Ausstellung s. Anschlag.
- Aussteuerfassen, Errichtung 770.
- Auswanderung 352 — Reservist usw. 766 — Verleitung 358.
- Auswärtiges Amt, Verletzung der Amtsverschwiegenheit 754.
- Ausweisung der Ausländer 97, 657, 775, 780.
- Auswerfen von Sachen 790.
- Autoritätszeichen, Beschädigung usw. 281, 343.
- Bande, Diebstahl 546 — Raub 561.
- Bankhalten, unbefugtes 656, 659, 774.

- Banknoten, Nachmachung 768 — Fälschung 366.
- Bankrott 634.
- Baukunst, Fehlen gegen die 727.
- Baumaterialien, Anzünden 705—708.
- Baupolizei 797.
- Bauwerk, Ausführung 727, Zerstörung 700.
- Beamter, Begriff 760 — amtliche Versicherung auf den Diensteid 373 — Beleidigung eines 453, 459, 461 — des Auswärtigen Amtes 754 — fahrlässige Körperverletzung 508, 510 — fahrlässige Tötung 489 — Nötigung 305 — strafbare Verbindung 331, 333 — Unzucht 410 — Verbrechen und Vergehen im Amte 729—760 — Widerstand 297.
- Bedrohung mit der Vergebung eines Verbrechens 521, 525 — mit einer strafbaren Handlung 284, 285 — mit Gewalt 297, 311, mit Mord, Brandstiftung, Überschwemmung 568 — s. auch Androhung.
- Beerdigung, heimliche 791 — vorzeitige 792.
- Befehle, Anreizung zum Ungehorsam gegen militärische 296.
- Beförderung der Befreiung eines Gefangenen 319 — der Desertion 355 — Gegenstände der 543 — eines Irrtums 136 — von Gift, Pulver, Sprengstoffen 794.
- Befreiung von Gefangenen 317 ff., 745.
- Befriedetes Verbitum 322, 328.
- Befriedigung, Vereitelung der — eines Gläubigers 664 — seitens des Gemeinschuldners 649.
- Begünstiger 209, 555.
- Begünstigung 257, 258 — der Beamten 744 — bei Brandstiftung 704 — von Diebstahl gegen Angehörige 555, 668 — eines Gläubigers durch den Gemeinschuldner 649.
- Behältnis, Diebstahl mittels Erbrechens von 538 — Diebstahl mittels Eröffnens von — mit falschen Schlüsseln 542.
- Behauptungen, verächtlich machende gegen Obrigkeit 336 — gegen andere 443—452.
- Behörde, Beleidigung 459 — falsche Anschulldigung 386 — Nötigung 305 — Täuschung 631—633, 762.
- Beihilfe, Begriff 142 — Verhältnis zur Begünstigung 568.
- Beischlaf mit Bewußtlosen 415 — Mutschande 409 — Nötigung 415 — Verföhrung 428 — Verleitung 420.
- Beiseiteziehung bei Bankrott 644, 652 — von Leichen 791 — gepfändeter Sachen 345 — von Urkunden 340, 746 — bei drohender Zwangsvollstreckung 664.
- Beistand als Begünstigung 568 — Spion 266 — Unfähigkeit zum — der Mutter 90.
- Bekanntmachung, Abreißen von 342 — von Privatgeheimnissen 684 — von Staatsgeheimnissen 269 — von Strafurteilen 389, 463.
- Belagerungszustand 9.
- Beleidigung von Bundesfürsten 276—278 — von Landesherren außerdeutscher Staaten 281 — des Kaisers, Landesherren usw. 270 bis 276 — von Gesandten 281 — von anderen Personen 427—463 — von Behörden 459 der Ehefrau 458 — öffentliche 443 — Retorion 462, 510 — tätliche 437 — von Verstorbenen 449 — verleumderische 446 — wechselseitige 461 — Wufe 447.
- Bemächtigung eines Menschen 511.
- Berechnung der Strafzeit 71—73.
- Bergwerk, Brandstiftung 705, 708 — Gefährdung 719.
- Bericht von Landtagsverhandlungen 63.
- Berichterstattung, falsche, im diplomatischen Dienst 754.
- Beruf, Antrag auf Bestrafung 459, 510 — fahrlässige Tötung 489, 508, Mißbrauch (Geistlicher) 335 — Landtagsabgeordneter 59.
- Beschädigung von Bekanntmachungen 342 — durch Beamte 746, 749, 750 — Sachbeschädigung im allgemeinen 695—700, von Brücken 266, 700, 719 — von Denkmälern 698 — von Eisenbahn- und Telegraphenanlagen 712, 714 — der Gesundheit 493 — eines Grabes 397 — von Gebäuden 700 — eines Grabmals 698 — von Hoheitszeichen 343 — von amtlichen Siegeln 344 — von amtlichen Urkunden 360 — von anderen Urkunden 626 — durch Pulver usw. 709, 723 — von Wasserleitungen 719, 723.
- Beschimpfung von Autoritätszeichen 281 — des Deutschen Reichs 343 — von Gott, Kirchen usw. 390 — Verstorbener 449.
- Beschlagnahme, Beiseiteziehung 345 — des Vermögens 270, 352.
- Beschneiden von Metallgeld 367.
- Besitzum, befriedetes 322, 328.
- Besserungsanstalt für jugendliche Verbrecher 176, 178.
- Bestechung 732—735 — Wahlbestechung 287.
- Bestimmen zu einer Straftat 136 — zu einer Amtspflichtverletzung 733 — des Tötenden auf Verlangen des Getöteten 481.
- Beteiligte, Täter, Teilnehmer 209 — bei der Beleidigung 459 — bei einer Schlägerei 504 — bei einem Rechtsstreit 734.
- Beteuerungsformel, Eid 373.
- Betrug 586 — im Rückfall 599 — Versicherungsbetrug 600.
- Betteln, Anleitung zum 776 — Rückfall und unter Drohung und mit Waffen 780 — Entführung zum Zweck des Bettelns 513.
- Beurkundung, falsche 623 — bei Wahlen 286.
- Beurlaubung, Zurückteiler 75—77.
- Bevollmächtigte Untreue 602.
- Bevölkerungsklassen, Anreizung von — zum Massenampf 333.
- Bewegliche Sachen 526, 550, 559.

Beweis der Wahrheit bei Beleidigung 450 bis 452.
 Beweismittel, Vernichtung 626 — desgl. zum Nachteil des Reichs usw. 269 — Fälschung (Urkundenfälschung) 607.
 Bewußtlosigkeit als Strafausschließungsgrund 157 — Weischnaf 415, 418.
 Biersteuerkontravention 13.
 Bigamie 404.
 Bilanzziehung bei Bankrott 645.
 Bilder, Verkauf unzüchtiger 431.
 Blankett, Fälschung 621 — Gebrauch gefälschter 629 — desgl. verwendeter Stempelblankette 631, 785.
 Blutshande 409.
 Boshaft quälen 773.
 Böswilliges Beschädigen 281, 342, 343.
 Bracker, Untreue 602.
 Brandstiftung 702—709 — als Versicherungsbruch 600.
 Brantweinsteuerkontravention 13.
 Brief, unbefugtes Öffnen 682 — gegen Postbeamte 756, 760.
 Briefkuverts, falsche, gestempelte 629.
 Brücken, fahrlässige Beschädigung 723 — vorsätzliche Beschädigung 266, 700, 719, 723 — Bauten Sicherheitsmaßregeln 797.
 Brunnen, Bau ohne Sicherheitsmaßregeln 797 — Unverdecktlassen 797 — fahrlässige Vergiftung 723 — vorsätzliche Vergiftung 722, 723.
 Bundesfürst, Beleidigung 276, 277 — im Ausland 46 — Hochverrat gegen 9, 257 — unbefugter Gebrauch des Wappens 768.
 Bundesgebiet, Ausweisung 97, 656, 780 — Lösung als Hochverrat 9, 257 — Rückkehr Ausgewiesener 775.
 Bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgefeß 24.
 Bürgerwehr, Widerstand 297.
 Buße bei Beleidigung 447 — bei Körperverletzung 509.
 Cession von Forderungen Minderjähriger 688 — wucherische Forderungen 693.
 Civilehe, strafbare Handlung beim Abschluß derselben 402.
 Compensation bei Beleidigungen 462 — bei Körperverletzungen 509.
 Contrebande 680.
 Coupons s. Zinsscheine.
 Damm, fahrlässige Beschädigung 723 — vorsätzliche Beschädigung 700, 719, 723.
 Darlehen, wucherisches 689.
 Darstellungen, Aufforderung zum Hochverrat und anderen strafbaren Handlungen 262, 294 — beleidigende 443, 446, 463 — Unbrauchbarmachung 102, 105 — unzüchtige 431 — zum Ungehörig 289.
 Deiche, Beschädigung 719, 723.
 Deichsel, Fahren mit Schlitten ohne feste 788.

Denkmal, Beschädigung 698.
 Depeschen, Fälschung usw. 757, 760.
 Desertion 266, 355.
 Diebstahl, einfacher 526 — schwerer 537, 548 — Rückfall 548, 549 — Banden 537, 561 — mit Gewalt (Raub) 563 — gegen Verwandte 555, 804 — Futter 804 — von Nahrungsmitteln 804 — Gebrauchs- 668 — Begünstigung (Schlerei) 577, 585 — Ankauf gestohlener Sachen 579 — unterlassene Abhaltung vom 779.
 Diensthote, Diebstahl, Unterschlagung 355 — Futterdiebstahl 806 — unterlassene Abhaltung von Delikten 779.
 Dienstbuch, Fälschung 782.
 Dienstbed Beamter 760 — Versicherung auf den (Meineid) 373.
 Dienstgewalt, Mißbrauch 737.
 Dienstpflicht, Verletzung 732.
 Dienststräume, Eindringen in 322.
 Dietrich, Diebstahl mittels 542 — unerlaubte Verabfolgung 802.
 Differenzhandel, Bankrott 521.
 Diplomaten, Verletzung ihrer Pflichten 754.
 Dividendenchein, Fälschung 366, 768.
 Dolus, Begriff 188 — eventualis 191.
 Drohung s. Androhung und Bedrohung.
 Druckfachen, unbefugte Anfertigung von dem Papiergeld ähnlichen 768.
 Duell 468—474.
 Duldung, Nötigung zur — unzüchtiger und anderer Handlungen 415—419, 521, 564 ff., 737.
 Dünen, Schußvorschriften 791.
 Ehe, arglistiges Verschweigen eines Ehehindernisses 402 — Doppelhe 404, 737 — Ehebruch 406 — Entführung zur Ehe 736 bis 737 — Personenstandsbeamter, Geistlicher 737.
 Ehebruch 406.
 Ehefrau, Strafantrag bei Beleidigung 458.
 Ehegatten, Angehörige 162 — Beleidigung, Strafantrag 449, 458 — Diebstahl 555.
 Chemann als Kuppler 425 — als Zuhälter 426.
 Ehrenrechte, Verlust 87—93 — bei Versuch 119 — bei Jugendlichen 181 — bei Gesamtstrafe 249.
 Ehrenwort Minderjähriger 688 — bei Wucher 693.
 Ehrenzeichen, Verlust 88 — Unfähigkeit zur Erlangung 90 — unbefugtes Tragen 768.
 Eid, falscher Eid 381 — Meineid 370—373 — Minderjähriger eidliche Versicherung 688 — Wucher 693.
 Eier=Annehmen 802.
 Eigennuß, strafbarer 556 ff.
 Einbruch, Diebstahl mittels 542.
 Eindringen in fremde Wohnungen 322 — von Beamten 740.

Einfahren von Pferden 788.
 Einfriedigung bei Andern 800.
 Einführungsgefeß zum Bürgerlichen Gesetzbuch 24 — zum Strafgesetzbuch 1—14.
 Einfuhrverbote zur Verhütung ansteckender Krankheiten 724 — desgl. von Viehseuchen 725.
 Einrichtungen der Kirchen usw., Beschimpfungen 390.
 Einschleichen beim Diebstahl 546 — bei Raub 561.
 Einsicht Strafuntmündiger 178—184.
 Einsperrung widerrechtlich 518.
 Einsteigen bei Diebstahl 538.
 Einwilligung, Abtreibung mit 484 — Entführung einer minderjährigen Frauensperson mit ihrer — 517.
 Einzelhaft 74.
 Einziehung im allgemeinen 98—105 — Androhung in Landesgesetzen 11 — bei Bestechung 735 — bei Jagd- und Fischereivergehen 677, 679 — bei Münzfälschung 368 — bei Übertretungen 766, 791, 802.
 Eisenbahn-Diebstahl 543, Raub 561 — Transportgefährdung 712, 714 — Zerstörung 266, 700, 712.
 Eisenbahnbeamter 714, 717, 718.
 Elsaß-Lothringen, Gesetze, betr. die Einführung des Strafgesetzbuchs usw. in 15—17.
 Eltern, Angehörige 162 — Blutschande 409 — Verleumdung, Antrag 428, 449 — Betteln und Stehlen der Kinder 779 — Diebstahl 555, 804 — Körperverletzung 493, 507 — Rupperei 425 — j. auch Angehörige.
 Entführung 515—518.
 Enthauptung 67.
 Entlassung, vorläufige 75—77.
 Entschädigung s. Buße.
 Entstellung, erhebliche körperliche 501 — wahrer Taschens 336, 586, 754.
 Entweichenlassen Gefangener 319 — durch Beamte 745.
 Entwenden von Nahrungs- und Genußmitteln 804.
 Entziehung durch Beamte 744 — der Bestrafung 568 — von Minderjährigen 513 — von öffentlichen Ämtern durch Landesgesetze 11 — vom Schiffsdienst 681 — von der Unterhaltungspflicht 779 — von der Verstrickung 345 — von der Wehrpflicht 352, 357.
 Entzündliche Waren 793, 797.
 Erbieten zu Verbrechen 148.
 Erbrechen amtlicher Siegel 344 — von Behältnissen (Diebstahl) 538.
 Erdegraben 803.
 Erdichtete Forderungen 634, 652 — Tatsachen 336, 754 — desgl. (Betrug) 586.
 Ergänzung, Gesetz betr. die — des Strafgesetzbuchs 18, 25.
 Ergreifung, Tötung bei — auf friischer Tat 480.

Erkenntnis der Strafbarkeit einer Handlung 178—184.
 Ermächtigung zur Verfolgung 277, 278, 461.
 Eröffnung von Briefen usw. 682, 756, 757.
 Erpressung 564—568 — durch Beamte 737 — von Geständnissen 740.
 Ersatzreservist-Auswanderung 766.
 Erschleichung des außerehelichen Weischlaß 420 — der Ehe 402.
 Erwerb von wucherischen Forderungen 693.
 Erwiderung einer Verleumdung 462 — einer Körperverletzung 510.
 Erzieher, Betrug 586 — Diebstahl, Unterschlagung 555 — Rupperei 425 — Unzucht 410.
 Erziehungsanstalt, Unterbringung in eine 176—178.
 Eßwaren, Feilhalten verfälschter oder verdorbener 795 — Entwendung von 804.
 Explodierende Stoffe 678, 709, 793, 794.
 Exzeß bei Notwehr 166.
 Fähigkeitszeugnisse, Fälschung 782.
 Fährde, fahrlässige Beschädigung 723 — vorläufige Beschädigung 719, 723.
 Fahren 788, 800.
 Fahrlässigkeit 184, 319, 383, 489, 508, 510, 708, 711, 714, 717, 723, 726, 742, 745.
 Fahrwasser 719.
 Fallen, Jagd mit 675, 677.
 Falsche Anschuldigung 386 — Eid 381.
 Fälschung von Urkunden 631, 782 — von Depeschen 757 — von Geld 363—366 — von Stempelpapier 629 — von Urkunden 269, 607 ff., 746, 749 — von Wahlen 286.
 Familie, Überweisung an die 178.
 Familienrat 90.
 Fanggeräte, Einziehung 679.
 Federwild, Ausnehmen der Eier 802.
 Feind, Dienst im Heere 9, 264 — Vorkublen leisten 265—268.
 Feldmesser-Untreue 602.
 Feldpolizeigesetze, landesrechtliche 2 — Übertreten der Kinder 779.
 Fersprechanlagen, Schutz derselben 716, 717.
 Festnahme, Unterbrechung der Verjährung durch 229 — vorläufig Entlassener 76 — widerrechtliche 739, 760.
 Festag-Störung 787.
 Festungen in feindliche Gewalt bringen 9, 266 — unerlaubte Aufnahme von 766.
 Festungshaft, angedrohte 257, 260—269, 270—285, 468—478, 473, 742 — bei Jugendlichen 181 — Verhältnis zur Gefängnisstrafe 73 — Zusammenreffen mit Gefängnis 248 — Wahl zwischen Festungshaft und Zuchthaus 73.
 Festungsplan 9, 266, 269, 766.
 Feuer, Unvorsichtigkeit 799 — Anzündern in Wäldern 800 — Feuerlöschgeräte 707, 800

- Feuerstätten 799, 802 — Feuerwert 793, 794, 795, 800 — Feuerzeichen 9, 720, 723.
- Fischen durch Ausländer 679 — durch Kinder 779 — unberechtigtes 678, 804.
- Fleisch, trichinenhaltiges 795.
- Flottendienst, Entziehung 352.
- Fluß, Fahrwasser 719, 723 — Ufer 791.
- Formen s. Platten.
- Formular, unberechtigtes Anfertigen 767.
- Forstarbeit 12.
- Forstbeamte, Widerstand 311—317.
- Forstfrevel der Kinder 779.
- Forstgesetze, Delikte (Realkonkurrenz) 246 — Raub 546.
- Forstgesetzgebung, landesrechtliche 2.
- Fortkommen, Fälschung zwecks besseren 782 — Nachteil, Buße 447.
- Freiheit, Verbrechen gegen die persönliche 511—525.
- Freiheitsberaubung durch Beamte 739.
- Freiheitsstrafen, Arten 68 ff., Dauer 71 — Konkurrenz 246—250 — Strafunmündiger 178—181 — Umwandlung 78—80.
- Freimarken, falsche 629 — unbefugte nochmalige Verwendung 785.
- Frieden, Gefährdung 333—335 — Störung 330.
- Früchte, Anzünden 705—708, 723 — Entwendung von 804.
- Führungszeugnisse, Fälschung von 782.
- Furtum possessionis 668—670.
- Fußangeln 795.
- Futterdiebstahl 806.
- Garten, unbefugtes Betreten von 800 — Werfen von Steinen usw. in 789.
- Gast, Polizeistunde 785.
- Gebäude, Ausbesserung 797—798 — als Objekt der Brandstiftung 702 ff. — desgl. der Sachbeschädigung 700 — Gefährdung durch Feuer 800 — Diebstahl aus 538, 543, 546 — Raub 561 — Werfen von Steinen gegen 789.
- Gebrauchsanmaßung 670.
- Gebrauchsrechte, Entziehung, Pfandkehr 668.
- Gebühren, Überhebung 751, 760.
- Gefahr, Begriff (Notstand) 173.
- Gefährdung des Lebens (Mißhandlung) 498 — von Leben und Eigentum 702—727 — des Kreditis 446 — des öffentlichen Friedens 333, 335 — der Rechte des Reichs 269 — eines Schiffes 680.
- Gefährliche Werkzeuge 311, 498, 796.
- Gefangenanstalt, Strafverbüßung 69 — Befreiung aus 317.
- Gefangenauffeher, Befreiung (Entweichenlassen) eines Gefangenen 319, 745.
- Gefangener, Behandlung 68—70 — Befreiung 317, 319, 745 — vorläufige Entlassung 75—77 — Meuterei 320 — Unzucht mit 410.
- Gefängnisstrafe 69 — Berechnung 71 — Verhältnis zu Zuchthaus und Festungshaft 73 — Zusammentreffen 248 — Einzelhaft 74 — Entlassung 75—77 — Umwandlung 78—80 — Verjährung 226.
- Gegenseitigkeit, verbürgte (Reziprozität) 279—281.
- Geheimnis, Verrat von militärischem 266 — desgl. Privat- 684 — desgl. von Staats- 269 s. auch Briefgeheimnis.
- Gehilfe 142—154, 568.
- Gehör, Verlust desselben bei Körperverletzung 501.
- Geisteskranker, Mißbrauch — zum Beischlaf 415 — Strafantrag 214.
- Geisteskrankheit als Folge der Körperverletzung 501, 503 — Strafausschließungsgrund 157.
- Geistige Getränke, Verabfolgung 798.
- Geistliche Beleidigung 459 — Friedensstörung 335 — Rupperei 425 — Unzucht 410 — unbefugte Trauung 737.
- Geld, Nachmachung, Verfälschung, Herausgabe 363—368 — Stempel usw. 767 — Unterschlagung amtlicher Gelder 749.
- Geldstrafe 77—82, 117 — Landesgesetzgebung 11, 12 — Umwandlung in Freiheitsstrafe 78, 80, 250 — Verjährung 226, 228 — Vollstreckung in den Nachlaß 82.
- Gemeindearbeit 13.
- Gemeingefährliche Verbrechen 702—727 — Anzeigepflicht 349 — Androhung 330.
- Gemeinschaftliche Ausführung eines Delikts 128 — Hausfriedensbruch 322 — Jagen 675 — Körperverletzung 498 — Widerstand 317.
- Genußmittel, Entwendung 804.
- Gepäck, Diebstahl 543.
- Gerichtsverhandlungen, Mitteilungen aus nicht öffentlichen 435.
- Gewichtsordnung, Maß- und Gewichtsordnung 28.
- Gesamtschuldner bei der Buße 509.
- Gesamtstrafe 246, 248 — nachträgliche 251 — Unzulässigkeit 250.
- Gesandter, Amtsverletzungen 754 — Beleidigung 281.
- Geschäftsräume, Eindringen 322, 328, 740.
- Geschenk, Anstiftung 136 — Annahme durch Beamte 730, 732, 760 — Einziehung 735 — Verleitung 733.
- Geschwister, Blutschande 409 — s. auch Angehörige.
- Geschworene, Amt 83 — Bestechung 734, 735 — falsche Entschuldigung 348.
- Gesetzeskonkurrenz 231.
- Gesetzgebende Versammlung 282, 284, 461, 737 — s. auch Abgeordneter.
- Geständnis, Erpressung 740.

Gesundheit, Beschädigung an der (Körperverletzung) 493 — gesundheitschädliche Stoffe 507, 722 — Gefahr für die — anderer 719 — falsche Gesundheitsatteste 631—633.
 Getränke, Einziehung 792 — Festhalten von verfallenen 795 — Verabfolgung geistiger 798.
 Getreide, Futtermittel 306.
 Gewahrjam, Leiche 791 — Unterschlagung 550, 749.
 Gewalt, Anstiftung 136 — Anreizung zur Gewalttätigkeit 333 — Auflauf 309 — Bundesfürst 257 — Entführung 511—515 — Erpressung 564—568 — Diebstahl (Raub) 563 — Gefangener (Meuterei) 320 — Hinderung 285 — Nötigung 162, 521 — gegen Reichstagsmitglieder usw. 284 — Unzucht 415, 418 — Zusammenrottung 328, 329.
 Gewehr, Einziehung bei Jagdrevol 677 — Jagdrevol 801 — unbefugtes Schießen 795.
 Gewerbe, jahrlässige Körperverletzung 508, 510 — fahrlässige Tötung 489 — Geheimnisbruch 684 — Untreue 602.
 Gewerbemäßigkeit, Glücksspiel 656 — Hehlerei 585 — Jagdrevol 676 — Unzucht 768 — Wucher 694.
 Gewicht, ungestempelt 802.
 Gewinn-Anteilschein, Fälschung 366.
 Gewinnjüchtige Absicht 340, 400, 686, 688.
 Wohnheilmäßigkeit, Hehlerei 585 — Kupperei 420 — Münzverbrechen 367 — Wucher 697.
 Gift, Vergiftung 507, 722—723 — Aufbewahrung 794 — Zubereitung 792.
 Gläubiger, Benachteiligung durch Vollstreckungsvereitelung 664 — Konkursvergehen 649, 654.
 Glücksspiel 656, 659, 774.
 Gottesdienst, Beschimpfung 390 — Störung 395, 737 — dem — gewidmete Gegenstände, Beschädigung 698 — desgl. Diebstahl 537.
 Gotteshaus, Brandstiftung 702, 723.
 Gotteslästerung 390.
 Grab, Grabmahl 397, 698.
 Graben, unbefugtes 803.
 Grenzrain, Abgraben 803.
 Grenzverrückung 626.
 Grube, unbedeckte 797.
 Grundstück, Abgraben usw. 803.
 Gutachten, falsches 370.
 Güterbestätiger, Untreue 602.
 Haft 71 — Umwandlung in Geldstrafe 75, 80 — Konkurrenz 250 — Verjährung 226 — als Strafe für Vergehen 437, 443, 352.
 Haftung bei Körperverletzung 509.
 Handel mit Giften 792.
 Handelsbücher 634, 645.
 Hazardspiel s. Glücksspiel.
 Hausen, bewaffneter 330.

Hausfriedensbruch 322, 328.
 Hauschlüssel, unbefugtes Anfertigen 802.
 Hausdurchsuchung, Polizeiaufsicht 97.
 Hebamme, Privatgeheimnis 684.
 Heer, deutsches, Unfähigkeit 83, 90 — s. auch Wehrpflicht.
 Hehlerei 577, 579 — gewerblich und gewohnheitsmäßige 585 — im Rückfall 585 — Nebenstrafen 585.
 Helgoland, Verordnung betr. die Einführung von Reichsgesetzen auf 17.
 Herausforderung zum Zweikampf 468 bis 470.
 Heuer 681.
 Hinterlist bei Körperverletzung 498 — bei Kupperei 425.
 Hochverrat 255 ff., 279, 349.
 Hoheitszeichen, Verletzung ausländischer 281 — desgl. inländischer 343.
 Holzdiebstahl 2 — von Kindern 779.
 Hunde, Jagd, Einziehung 677 — hezen 789.
 Hurerei 777.
 Hütte, Brandstiftung 702, 705.
 Jagd, unbefugte 671—677, 779, 801.
 Jagdbares Federvieh 802.
 Jagdbeamte, Widerstand 311—317.
 Jagdgeräte, Einziehung 677.
 Jagdpolizeigesetze 2.
 Ideal Konkurrenz 231.
 Interimscheine 367, 768.
 Inzest 409.
 Irrtum, Anstiftung 136 — Beischlaf 420 — Betrug 586 — über Tatumstände 184 — Aussetzung 487.
 Jugendliche Entführung 513, 517 — Straf Antrag von 214 — Strafbarkeit 176—181 — Unzucht 409, 415.
 Junge, Ausnehmen von 802.
 Kaiser, Beleidigung 272 — Tätlichkeit 270 — Mord 255.
 Kanal, Störung des Fahrwassers 719, 723.
 Kartenträger 469, 470, 473.
 Keller, unverdeckter 793.
 Kind, Aussetzen 487 — Anleitung zum Betteln usw. 779 — Begünstigung 568 — Beleidigung 449 — Betrug 586 — Entführung 513 — strafunmündiges 176—181 — Unterschlagung 400 — Unzucht 415.
 Kirche, Beschimpfung 390 — Störung 395 — Diebstahl 537.
 Kollision der Gesetze 231.
 Komplot bei Hochverrat 260.
 Konfiskation s. Einziehung.
 Konkurrenz, Ideal Konkurrenz 231 — Real Konkurrenz 246, 251.
 Konkurs 634.
 Konkursordnung, Gesetz betr. die Einführung der 19.
 Konterbande 680.

Körperverletzung, leichte 493 — gefährliche 498 — schwere 501, 487, 503, 504, 518, 562, 712, 719 — tödliche 504 — fahrlässige 508 — Aufrechnung, Erwiderung 510.

Korporation, Beleidigung 461 — Beschimpfung kirchlicher 390 — Fälschung von Schuldverschreibungen einer 366.

Krankenanstalt, Arzt, Unzucht 410.

Krankheit, Aussehen Kranker 487 — ansteckende 724, 725.

Kredit, Entnahme von Waren auf 645 — Kreditgefährdung 446.

Kreditgeben, Minderjährigen 686, 688.

Krieg, Begünstigung des Feindes im Kriege 265 — Dienst im feindlichen Heere beim Kriege 264 — Kontraktbruch zur Zeit eines Krieges 726 — Veranlassung 263.

Kriegsbedürfnisse, Lieferungsverträge, Nichterfüllung 726 — Versorgung mit 330 — Zerstörung 266.

Kriegsdienst, fremde 264, 511 — Entziehung 352—357.

Kugeln, widerrechtliche Zueignung 671.

Kunstgegenstände, Beschädigung 698.

Kunstgriff, hinterlistiger bei Stupperei 425.

Kupons i. Zinscheine.

Kurator, Unfähigkeit 90 — Untreue 602.

Küstengewässer, Fischen von Ausländern in 679 — Verordnung zur Verhütung von Zusammenstößen 359.

Kuberts, Gebrauchmachen von gestempelten Kuberts 629.

Landesgesetzgebung, Zuständigkeit 2, 11, 13, 773.

Landesherr, Beleidigung 272 — Handlungen gegen fremde Landesherren 279, 282 — Tätlichkeit 270 — Mord usw. 255.

Landesherrliches Haus, Beleidigung 276 — Tätlichkeit 275.

Landestotarde, Unfähigkeit zum Tragen 90.

Landesverrat 263—270 — im Ausland begangener 9, 46 — Anzeigepflicht 349.

Landesverweisung i. Ausweisung.

Landeswappen, unbefugter Gebrauch 768.

Landfriedensbruch 329.

Landstreicher 775, 780.

Landtag i. Reichstag.

Landwehr, Aufforderung zu Ungehorsam 296 — Auswanderung 766.

Landwirtschaftliche Erzeugnisse, Anzünden 705—708, 723.

Landzwang 330 — als Mittel der Erpressung 568.

Lärm im Gottesdienst 395 — ruhestörender 771.

Leben, Verbrechen usw. wider das Leben 475—489.

Lebensmittel, Entwendung 804 — verorbene 795.

Legitimationspapiere, Fälschung 782.

Lehngärten auf fremden Grundstücken 803.

Lehrer, Kupperei 425 — Unzucht 410.

Lehrling, Diebstahl 555.

Leibeigenschaft, in — bringen 511.

Leibesfrucht, Abtreibung 484—487.

Leiche, heimliche Beerdigung 791 — Wegnahme 397.

Licht, unvorsichtiges Umgehen 799.

Lieferungsverträge, Nichterfüllung im Kriege 726.

Liquidatoren 655.

Liß, Verbrechen gegen die Freiheit 511—515.

Lotterie 660.

Mädchen, Verführung 428.

Magazin, Anzündung 705—708, 723 — Zerstörung 266.

Majestätsbeleidigung 272 — Gesetz betr. die Bestrafung der 26.

Manifestationseid 383.

Mannschaften, Anwerben zum Hochverrat 261 — dem Feinde zuführen, Landesverrat 266 — mit Waffen versehen 330 — Widerstand gegen 297.

Marine s. Meer.

Martern, Raub 262.

Maß- und Gewichtsordnung 28.

Maße, vorchriftswidrige 802.

Massenverwalter, Untreue 602.

Materialien, leicht entzündliche 794.

Medizinalperson s. Arzt.

Meeresufer, Schutz 791.

Meineid 370—377 — Verleitung 380 — Verleitung zum Falscheid 381 — fahrlässiger 383 — Strafmäßigkeit 376, 378 — Nebenstrafe 382.

Menschenmenge 309, 328, 329 — öffentlich vor einer 262, 289, 235.

Menschenraub 511 — Anzeigepflicht 349.

Mensur, Schlägermensur 468.

Mergelgraben auf fremdem Grundstüd 803.

Meißer, gefährliches Werkzeug bei Körperverletzung 498 — bei Schlägerei 796.

Meißer (Beamter), Untreue 602.

Meuterei 320.

Wildernde Umstände, allgemeine Bestimmung 87.

Militärdienst 352—357, 766.

Militärperson, Anwendungsgebiet 55 — Aufforderung zu Ungehorsam 296 — Widerstand der bewaffneten Macht 297 — Beleidigung 459 — Bestechung 733, 735.

Militärpflichtig 352, 766.

Militärstrafgesetzbuch, Geltungsbereich 555.

Minderjährige Entführen 513, 517 — Kreditgeben 686, 688 — Strafantrag 214.

Mineralien, unbefugte Wegnahme 803.

Mißbrauch der Amtsgewalt 737 — des Amtsechens 136.

Mißhandlung 493 ff., im Amte 738 — von Tieren 773.

Mittäter 128, 154.
 Mitteilungen aus nicht öffentlichen Gerichts-
 verhandlungen 435.
 Mitwirken zum Absaß (Sachhehlerei) 568
 — zur Verheimlichung von Glücksspielen
 659 — bei der Strafvollstreckung 787 —
 mehrerer zum Diebstahl 446 — desgl. zum
 Raub 561.
 Monat, Berechnung 71.
 Montierungsstücke, Ankauf von 803.
 Mord 745 — Anzeigepflicht 349 — Brand-
 stiftung in Mordabsicht 704, 723 — Erpressung
 durch Bedrohung mit 568 — des Kaisers usw.
 255.
 Mundraub 804.
 Munition, widerrechtliche Zueignung 671.
 Münzverbrechen 9, 363 ff. — Anzeigepflicht
 349 — Übertretungen 767, 768.
 Müßiggang 777.
 Mutter, Abtreibung 484 — Aussetzung 487 —
 Kindesstörung 483.
 Mutwillig 788.
 Nachhaft 780.
 Nachlaß, Vollstreckung einer Geldstrafe in dem
 82.
 Nachmachen von Geld 363.
 Nachrede, üble 443.
 Nachschlüssel, unbefugte Anfertigung 802 —
 Diebstahl 537.
 Nachstellen des Wildes mit Schlingen 675.
 Nachtzeit, Feueranzünden auf der Strand-
 höhe 720—723 — Diebstahl 546 — Fischen
 678 — Jagen 675 — Raub 561.
 Nahrungsmittel, Entwendung 804 —
 verdorbene 795.
 Name, Führung eines falschen Namens 768.
 Nationalfotarde, Unfähigkeit zum Tragen
 der 90.
 Nebenstrafen 87 ff., 447, 463.
 Neze, Einziehung 677 — Jagdrevol 675.
 Notar, Amt 83 — Beamter 760 — Geheim-
 haltung 684.
 Nötigung zu einer Amtshandlung 305 —
 — zu anderen Handlungen 521, 564—568, 737
 — zu Beschläffen 282 — zu einer Straftat
 162.
 Notlage 689, 694.
 Notstand 173 — bei Lieferungsverträgen 726
 — bei Uberschwemmung 711 — Verweigerung
 der Hilfe 771.
 Notwehr 166.
 Notzucht 418, 419.
 Rühnreißer, Schutz gegenüber dem Eigen-
 tümer 668.
 Sbdachlosigkeit 778, 780.
 Schutz, Aussetzen 487 — Unzucht von
 Beamten 410.
 Obrigkeit, Herabwürdigung der 336 —
 Ungehorsam 289.

Offenbaren von Privatgeheimnissen 684 —
 von Staatsgeheimnissen 269.
 Offenbarungseid 383.
 Öffentlich, Amt 83, 88 — Beleidigung 443,
 463 — Verdächtigung von Staatsbeamten
 326 — Verleumdung 446 — Wahl 88.
 Offizier, Auswanderung 352.
 Öffnungen, unbedeckte 797.
 Operationspläne, Verrat 266.
 Orden, Unfähigkeit zur Erlangung 90 —
 unbefugtes Tragen 768 — Verlust 88.
 Ordnung, Verbrechen gegen die öffentliche
 322—359.
 Ordnungsstrafe wegen Nichterscheinen eines
 Zeugen 348.
 Orte, zu religiösen Handlungen bestimmte 395.
 Päderastie 414.
 Pakete, Eröffnung usw. 756.
 Papiergeld, Abbildungen dem — ähnliche
 768 — Anfertigung von Stempeln usw. zu
 767 — Fälschung von 363—366, 167, 168.
 Partiererei 579—585.
 Paß (Legitimationsurkunde), falscher 629,
 782 — (Gebirgsübergang) in feindliche Ge-
 walt bringen 266.
 Personensland, Personenstandsbbeamte
 (Doppelehe) 737 — Verbrechen usw. gegen
 den 397, 402.
 Pfandgläubiger (Pfandföhr) 668.
 Pfandnahme, Hehlerei 579 — von Mon-
 tierungsstücken 804.
 Pflegebefohlene, Unzucht mit 410, 425.
 Pflegeeltern 162, 410 — j. Angehörige.
 Pflichtwidrig 730.
 Plaggenhauen auf Grundstücken 803.
 Plakat j. Anschläge.
 Platten zur Anfertigung 367, 368, 767 —
 Unbrauchbarmachung 102, 105.
 Plak, Bringen in feindliche Gewalt 366 —
 öffentlicher Plak, Beschädigung 698 —
 Diebstahl 543 — Raub 561 — Reinlichkeit
 788, 790, 791, 797.
 Plünderung, Zusammenrottung 329.
 Politische (Körperschaft) Beleidigung 461 —
 Unfähigkeit zur Ausübung der — Rechte 90.
 Polizeiaufsicht 95, 97 — Konkurrenz 249 —
 Strafmündiger 182 — Zuwiderhandlung
 766.
 Polizeistunde 785.
 Polizeiverordnung 791.
 Post, Beamter (Begriff) 760 — Diebstahl in
 Postgebäuden 543 — Eröffnung von Briefen
 756, 760 — Postwerzeichen, Entwertung,
 Veräußerung 685 — desgl. Fälschung 629,
 631, 767.
 Prävarikation 758.
 Preßpolizeigesetz 2.
 Privatgeheimnis, Offenbarung 486.
 Private Versicherungsunternehmungen,
 Gesetz betr. 26.

Privatklage, Antrag 200.
 Privaturlunde 607, 620.
 Privatweg 800.
 Publikationsbefugnis 803.
 Pulver, Aufbewahrung 794 — Kriegs-
 zustand 9 — Herstellung usw. 709, 723 —
 Zubereitung 793.

 Quälen, böshafte, von Tieren 773.
 Quittungsbogen, Fälschung 366, 768.

 Rädeleführer, Aufrubr 307 — Land-
 friedensbruch 329.
 Rasen, unbefugtes Graben 803.
 Rat, Gehilfe — durch Rat dienen beiden
 Parteien (Prävaritation) 758.
 Raub 559 ff., Anzeigepflicht 349 — in Wanden
 561 — Ankauf geraubter Sachen 579 —
 Brandstiftung 704 — Hehlerei 577, 585 —
 Nebenstrafe 568 — Rückfall 548, 561 —
 Straßenraub 561.
 Räuberische Erpressung 568.
 Raufhandel 504, 796.
 Raum, abgeschlossener, Hausfriedensbruch
 322, 328 — besonderer, jugendlicher Ver-
 brecher 181 — eingeschlossener 789 — un-
 geschlossener, Diebstahl 537.
 Raupen, Unterlassung 799.
 Realfonturrenz 246.
 Rechnung, Fälschung durch Beamte 750, 753,
 760.
 Rechtsanwalt kein Beamter 760 — Ge-
 heimnisbruch 684 — Gebührenüberhebung
 751 — Prävaritation 758.
 Rechtsbeistand s. Rechtsanwalt.
 Rechtsbeugung 734—736.
 Rechtswidrig 166, 526, 550, 559, 564, 586,
 607, 668, 695, 700, 744, 753, 757.
 Reeder 680.
 Regeln des Zweikampfes, Übertretung 472 —
 der Baukunst 727.
 Regent, Verleumdung 276, 278, 281 — Tät-
 lichkeit 275, 277.
 Register, amtliches, Beamter 746, 749, 750 —
 Fälschung 623—626 — Vernichtung usw.
 340.
 Reich, Hochverrat 257, 261 — Landesverrat
 9, 263—270.
 Reichstag, Abgeordneter (Verantwortlichkeit)
 59 — Verleumdung 461 — strafbare Hand-
 lungen gegen denselben 282, 284, 737.
 Reinfichtheit, Polizeiverordnung 789, 790,
 791.
 Reisegepäck, Diebstahl 543.
 Reispafß 629, 782.
 Reiten, schnelles 788 — über Alder 800.
 Reizen zum Zorn beim Totschlag 478.
 Religion, Vergehen in Beziehung auf dieselbe
 390—397.
 Religionsdiener 335, 459, 737.

 Schwarz, Strafgesetzbuch.

Religionsgesellschaft, Beschädigung usw.
 698 — Störung des Gottesdienstes 395,
 737 — Weichmümpung 390.
 Rentenkassen, unerlaubte Errichtung 770.
 Reservist, Auswanderung 766.
 Reparaturen, Unterlassung 797, 798.
 Retentionsrecht, Verletzung 668.
 Retorsion bei Verleumdung 462.
 Neue, tätige bei der Brandstiftung 708 — bei
 fahrlässigem Meineid 383 — als Straf-
 ausschließungsgrund beim Versuch 120 —
 als Strafmilderungsgrund beim Meineid 378.
 Reziprozität (Gegenseitigkeit) 279, 281.
 Richter, Rechtsbeugung 736 — Bestechung 734.
 Risse von Festungen, unbefugte Aufnahme
 766.
 Roh, mißhandeln 773.
 Rohrpostanlagen, Beschädigung 716—717.
 Rückfall, Betrug 599 — Diebstahl 548, 549 —
 Hehlerei 585 — Raub 561.
 Rüdkaufshändler 773.
 Rücktritt s. Neue, tätige.
 Rüge eines Vorgesetzten 452.
 Ruben der Verjährung 224.
 Ruhestörung 771, 791.

 Sachbeschädigung 695—700.
 Sachhehlerei 579.
 Sachverständiger, falsches Gutachten 370,
 373, 376 — Unfähigkeit 382 — unwahre
 Entschuldigung 348.
 Sachwucher 694.
 Sammlung, öffentliche, Beschädigung 286.
 Sandgraben auf fremdem Grundstück 803.
 Schadenersatz, Verhältnis zur Buße 447,
 509.
 Schaffner, Untrene 602.
 Schamgefühl, verletzende Abbildungen usw.
 435.
 Schändung 415—419.
 Schauer, Untrene 602.
 Scheunen, Betreten mit feuerfangenden
 Sachen 799.
 Schiedsrichter, Rechtsbeugung 736 — Ver-
 rechnung 734.
 Schießbedarf, Sammeln von 766.
 Schießen 795, 800.
 Schießgewehr, Jagd mit 675 — Drohung
 311.
 Schießpulver, Aufbewahrung usw. und
 Zubereitung 793, 794.
 Schießstände, Augendiebstahl 671.
 Schiff, Brandstiftung — Bringen in feind-
 liche Gewalt 266 — Diebstahl in bewachten
 546 — Gefährdung 720 — Konterbande 680
 — Strandung 720, 721, 723 — Verordnung
 zur Verhütung von Zusammenstoßen 359.
 Schifffahrtszeichen, Feuerzeichen 720, 723.
 Schiffer (Schiffsmann), Gefährdung des
 Schiffs durch verbotene Gegenstände 680 —
 Feuer 681.

Schlägerei 504, 796.
 Schlageisen, unbefugtes Legen 795.
 Schlägermenjur 468.
 Schleusen, Ausbesserung, Sicherheitsmaßregeln 797 — Beschädigung usw. 719—723.
 Schlingen, Jagdfrevel 675, 677.
 Schlitten, Fahren, Deichsel, Geläute 788.
 Schlosser, unbefugtes Anfertigen von Schlüsseln 602.
 Schlüssel, Diebstahl mittels falscher 542, 543 — unbefugtes Anfertigen von 602.
 Schöffe, Amt 83 — Bestechung 734, 735 — falsche Entschuldigung 348.
 Schonung, unbefugtes Betreten 800.
 Schonzeit, Jagen 675.
 Schornstein, unterlassene Reinigung 799.
 Schrecken bei Uberschreitung der Notwehr 166.
 Schriften, Aufforderung zum Hochverrat 262 — bezgl. zu Ungehorsam 289 — bezgl. zur Begehung strafbarer Handlungen 294 — beleidigende 443, 446, 463 — das Schamgefühl verletzende 435 — unzüchtige 431 — Unbrauchbarmachung 102.
 Schuldverschreibungen auf den Inhaber, unbefugte Ausgabe 360 — Herstellung ähnlicher Drucksachen 768 — Objekt der Münzbelihte 366.
 Schüler, Unzucht mit 410.
 Schußwaffe, unbefugtes Feilhalten 796.
 Schußwehr, Widerstand gegen 297 — Zerstörung 719, 723.
 Schwägerchaft 162 — s. auch Angehörige.
 Schwangere, Abtreibung der Leibesfrucht 484—487.
 Schwiegereistern 162 — s. auch Angehörige.
 Schwören 370 — s. E.
 See, Raub auf der 561 — Zusammenstoß von Schiffen 359.
 Schvermögen, Verlust 501.
 Sekundant, Straflosigkeit 473 — Zweikampf ohne 473.
 Selbstbefreiung von Gefangenen 117.
 Selbstgeschöß, Legen 795.
 Selbstverfümmelung 356.
 Senat der freien Hansestädte 281, 282.
 Sequester, Untreue 602.
 Suche, Abperrungsmaßregeln gegen 725.
 Sicherheit, eidliche, bestellte 383 — öffentliche 788.
 Siechtum als Folge der Körperverletzung 501.
 Siegel, Ablösung 344 — Anfertigung 367, 767 — Einziehung 368, 766.
 Signale, falsche Eisenbahnsignale 712 — Not- und Lotsensignale 359.
 Singvögel, Eier, Junge 802.
 Sittlichkeit, Entführung 513 ff. — Verbrechen usw. wider die Sittlichkeit 404—431.
 Sklaverei, Menschenraub 511.
 Sodomie 414.
 Soldat, Anreizung usw. zum Ungehorsam 196 — Beleidigung 459 — Desertion, Ver-

leitung 355 — Montierung usw., Rauf 804 — Landesverrat 266.
 Sonntagsfeier 787.
 Spiel, Bankrott 645 — Hilfsbedürftigkeit 777, 780.
 Spielkarten, unechte Stempelabdrücke für 629.
 Spionage 9, 266.
 Sprache, Verlust der — als Folge der Körperverletzung 501.
 Sprengstoffe, Aufbewahrung 794 — Zerstörung durch 709.
 Staat, feindliche Handlungen gegen befreundete 279, 281.
 Staatsbürgerliche Rechte, Verlust 90 — Verbrechen usw. in Beziehung auf dieselben 282—287.
 Staatseinrichtung, Verächtlichmachung 336.
 Staatsgeheimnis, Verrat 269.
 Staatsgeschäfte, ungetreue Führung 269.
 Staatsgewalt, Widerstand gegen die 289 bis 320.
 Stauer, Untreue 602.
 Steinegraben 803 — Werfen mit 789.
 Stempel, Anfertigung 767—768 — zum Zweck eines Münzverbrechens 367.
 Stempelpapier (Stempelmarke, Stempelblankett, Stempelabdruck), Anfertigung von Platten usw. 767 — Gebrauch von falschem 629, 631 — Fälschung 269 — Verkauf 785.
 Sterbefasse, unbefugte Errichtung 770.
 Steuer, Überhebung 753.
 Steuerergehen, landesrechtliche 2, 13 — unterlassene Abhaltung der Rinder 779.
 Stiche zur Anfertigung 367, 776, 777.
 Stiefelstern und -kinder s. Angehörige.
 Stifter, geheime Verbündung 331, 333.
 Stimmrecht, Stimmentauf 287 — Stimmzettel, Verfälschung 286 — Unfähigkeit 90 — Verhinderung 284, 285, 737.
 Störung, krankhafte, Geistestätigkeit 157. — Fahrwasser 719, 723 — Gottesdienst 395 — Ruhe 771 — Sonntagsfeier 787.
 Stosswaffe, Feilhalten, Mitführen 796.
 Strafanstalt 68, 69, 317, 780.
 Strafantrag 200 ff., 459.
 Strafe, gesetzliche 34 — Arten 67, 105 — Ausschließung 157 — Verhältnis zueinander 73, 80 — Zulässigkeit 12 — Zusammen treffen 231.
 Strafmäßigung beim Meineid 376, 378.
 Straffreiheit 462.
 Straflosigkeit 120, 383, 409, 473, 555, 568, 708, 804.
 Strafmündigkeit 176.
 Strafurteil, Bekanntmachen 389, 463.
 Strafverjährung 226—229.
 Strafvollstreckung 67, 68—71, 74, 181 — widerrechtliche 742, 744.
 Strandung, vorjährige 9, 721, 723 — Feuerzeichen 721, 723 — Versicherung, Betrug 600.

Straße, Diebstahl 543 — Raub 561 — Übertretungen 788—791, 797 — Zerstörung 700.
Strom, Störung des Fahrwassers 719, 723.
Stundung einer Geldforderung 689.

Tag, Berechnung 71.

Talon s. Erneuerungsschein.

Tätlichkeit gegen Bundesfürsten 276, 277 — gegen Kaiser und Landesherren 270, 275 — Hinderung der Religionsausübung durch 395.

Tatsachen, behauptete, verbreitete 450, 452 — erdichtete, entstellte 336, 754 — falsche 358, 586 — nicht erweislich wahre 443 — rechtlich erhebliche 623, 746 — unwahre 348, 446, 449 — wahre 586.

Tatumstände 154, 184.

Taubstumme 184, 214.

Täuschung 402, 586, 607.

Teilnahme, Begriff und Allgemeines 128, 154 — Antrag 209, 210 — Begünstigung 568 — Diebstahl 546, 555 — Wehrpflicht 357.

Telegraph, Anlage, Beschädigung 716 bis 718 — Beamter, Vernachlässigung 717, 718 — Fälschung usw. 757, 760 — Wertzeichen 629, 631.

Telephon 717.

Territorialitätsprinzip 40.

Testamentsvollstrecker, Untreue 550.

Tiere, Aufsicht 788 — gefährliche 797 — Unzucht 414.

Tierquälerei 773.

Titel, unbefugte Annahme 768 — Unfähigkeit, Verlust 88, 90.

Todsstrafe, angedrohte 9, 255, 475 — Weihilfe 142 — Ehrenrechte 87 — Strafunmündiger 181 — Verjährung 217, 226 — Verjuch 117 — Vollstreckung 67.

Torfmoor, Anzündungen 705—708, 723.

Tötung 475—489, 504—507 — durch Brandstiftung 704 — eines Bundesfürsten 9, 257 — durch Freiheitsentziehung 518 — eines Landesfürsten 255 — bei Raub 162 — durch Transportgefährdung 712, 714 — bei Unzucht 419 — durch Überschwemmung 710, 711 — auf Verlangen 480 — durch sonstige gemeingefährliche Verbrechen 9, 719, 723 — im Zweikampf 472.

Totschlag 478—480 — bei Schlägerei 504, 507 — an Verwandte aufsteigender Linie 480.

Transport, Gefährdung, Eisenbahn 705—708 723 — Diebstahl 543 — Mittel in feindliche Gewalt bringen 9, 266.

Trauung, Vorpiegelung, Weichschlaf 420.

Trichinenhaltiges Fleisch anbieten 795.

Trunkenbold 795, 780.

Truppen s. Soldat, Heer.

Überfall, Körperverletzung mittels hinterlistigem 498.

Übergangsbestimmungen 13.

Übergehen zum Feinde, Verleitung 266.

Überlegung bei Mord 475.

Überschreitung der Nothwehr 166 — des Zinsfußes 773.

Überschwemmung, Bedrohung mit 330, 568 — fahrlässige 711 — vorsätzliche 9, 710, 711, 723.

Übertretung, Begriff und Bestrafung 32, 71, 77—80, 181, 766 ff. — Ausland 52 — Weihilfe straflos 142 — Verjährung 217, 226 — Verjuch straflos 108.

Übervorteilung Minderjähriger 686, 688.

Überweisung an die Familie 178 — an die Landespolizeibehörde 426, 780.

Ufer, Schutz 793.

Umhüllförmiger Raum 538.

Umstände, mildernde 87 — unter denen eine beleidigende Äußerung geschah 452.

Umwandlung von Freiheitsstrafen 71, 73, 117, 181, 246 ff. — von Geldstrafen 78, 80, 250.

Unbescholtenheit, Verführung 428.

Unbrauchbarmachung von Festungswerken, Brücken, Eisenbahnen, Schiffen 266 — von Feuerzeichen 720 — von Löschgerätschaften 704 — von Schriften, Platten usw. 102—105.

Unehelich, Kindesstörung 483.

Unfähigkeit zum Eisenbahndienst 718 — als Zeuge 382 — zur Bekleidung öffentlicher Ämter 83, 90, 91.

Unfug, beschimpfender 281, 343, 390, 397 — grober 771.

Ungehorsam, Aufforderung zu — gegen Gesetze 289 — gegen Vorgesetzte 296 — diplomatischer 754.

Unglücksfall, verw. Hilfe 771.

Uniform, unbefugtes Tragen 368.

Unkenntlichmachung eines Grenzmerkmals 626.

Unkenntnis von Tatumständen 184.

Unrat, Werfen mit 789.

Unsittlicher Erwerb 426 — Zweck 513.

Unteilbarkeit der Strafantrages 209.

Unterbrechung der Verjährung 220, 229.

Unterbringung in ein Arbeitshaus 780 — in eine Erziehungsanstalt 176.

Unterdrückung von Briefen usw. 756, 757 — von Tatsachen 782 — des Personenstandes 400 — von Urkunden 269, 340.

Unterhalt, Unterkommen, Beschaffung 777, 778, Pflicht die Seiningen zu unterhalten, Entziehung 779.

Unterscheidungsvermögen 178.

Unterschiebung von Kindern 400.

Unterschlagung 550—558 — im Amte 749, 750 — Antauf 579 — Fehllerei 577.

Unterstützungswohnsitz, Gesetz betr.

Änderung des Gesetzes über den 23.

Untersuchung, widerrechtlich 741 — Zwangsmittel 740.

- Untersuchungshaft, Anrechnung der 198.
 Untreue 585.
 Unwiderstehliche Gewalt 162.
 Unwissenheit 184.
 Unzucht, Argerniß 429 — Weischlafserkleichung 420 — Blutschande 409 — Entführung 515, 517 — mit Gewalt an Bewußtlosen, an Kindern 415 — gewerbmäßige 777, 780 — Notzucht 418 — Schriften 431 — Verführung 428 — von Vormündern usw., Beamten, Ärzten 410.
 431 — Verführung 428 — von Vormündern usw., Beamten, rzten 410.
 Unzüchtige Abbildungen, Schriften s. Abbildungen, Schriften.
 Unzurechnungsfähigkeit 157—176 — Strafunmündigkeit 178, 181.
 Urkunden, Eröffnung 682 — Vernichtung und Unterdrückung 269, 340, 626, 746 — Mitteilung geheimer 269.
 Urkundenfälschung 607—633 — Beamter 746, 749, 750 — Gesundheitsatteste 661 — intellektuelle 62 — 626 — Landesverrat 269 — Pässe und andere Atteste 782 — Wahl- und Stimmzettel 286.
 Urteile, Befamtmachung 389, 463 — tadelnde Urteile 452.
 Vater, Strafantrag 449, 458.
 Verabredung, Mittäter 128 — Hochverrat 260.
 Verachtung, Beleidigung 443 ff. — Bezeichnung von — zwecks Anreizung zum Zweikampf 474 — Verächtlichmachung von Staatsrichtungen 336.
 Verbindungen, geheime 331 — staatsfeindliche 333.
 Verbrauch, alsbaldiger (Mundraub) 804.
 Verbrechen, Begriff 32 — Verjährung 217, 226 — Versuch 108.
 Verbreiten von papiergeldähnlichen Druckjaden 768 — von Schriften 262, 289, 294, 335, 431, 443, 446, 463 — von Tatfachen 336, 443—452.
 Vereinsgesetz 27.
 Vereinsrecht 2.
 Vereitelung der Zwangsvollstreckung 664.
 Verfälschung s. Fälschung und Urkundenfälschung.
 Verfassung, Hochverrat 257.
 Verfolgungsverjährung 216—224.
 Verführung 428.
 Vergehen, Begriff 32 — Ausland 46, 49 — Strafunmündiger 181 — Verjährung 217, 226 — Versuch 108.
 Vergiftung von Brunnen, Waren usw. 722, 723 — eines Menschen 507.
 Verhaftung, widerrechtliche 739, 760.
 Verheimlichen, Glücksspiele 659 — Handelsbücher, Vermögensstücke, Bankrott 634, 645 — Schlerei 579.
 Verjährung, Ruhen 224 — Strafverfolgung 216—224 — Strafvollstreckung 226—269 — Unterbrechung 220, 229.
 Verkauf, Arznei, Gift 792 — Stempel-Papier usw. 785 — unzüchtiger Schriften usw. 431 — verdorbener Getränke 795 — verbotener Waffen 796 — vergifteter usw. Sachen 722—723 — Wahlstimmen 287.
 Verlassen des Bundesgebiets zur Entziehung der Wehrpflicht 352 — in hilfloser Lage 487.
 Verleitung zur Auswanderung 358 — zum Weischlaf 420 — zur Desertion 355 — zum Falschheid 381 — zur Eheschließung 402 — zu strafbaren Handlungen im Amte 759 — zum Meineid 380 — zum Überlaufen 266 — zur Unzucht 415.
 Verleumdung 446 — falsche Anschuldigung 386.
 Verlobte s. Angehörige.
 Vermögensbeschlagnahme 270, 352.
 Vermögensstücke, Verheimlichung, Versteigerung 634, 632, 664 — Verfügung über 602.
 Vernichtung der Handelsbücher 634 — eines Grenzrains 626 — von Sachen bei einer Zusammenrottung 329 — von Urkunden 269, 340, 746, 626, 633.
 Veröffentlichung des Strafurteils 389, 463.
 Verpfändung 688, 693.
 Verrat, Hoch- und Landesverrat 9, 266, 269 — diplomatischer 754 — militärischer Geheimnisse 26.
 Versammlung, gesetzgebende 282, 284, 261 — religiöse 335, 390, 395.
 Verschaffen sich falsches Geld 365 — Vermögensvorteile, Betrug 586.
 Verschwäger auf- und absteigender Linie 162, 409 — s. auch Angehörige.
 Versicherung auf den Diensteid 373 — an Eidestatt 374, 378, 382, 383 — gegen Feuersgefahr 600.
 Versicherungsanstalten, unbefugte Errichtung 26, 770.
 Versicherungsbeitrag 600.
 Versicherungsunternehmungen 26.
 Versteigerer, Untreue 602.
 Vertridung 345.
 Verstümmelung als Folge der Körperverletzung 501 — Selbstverstümmelung, Wehrpflichtentziehung 356.
 Versuch 108—120.
 Versuchstrafe, Berechnung 117.
 Verteidiger, Geheimnisbruch 684 — s. auch Rechtsanwalt.
 Verteidigung, Beleidigung 452 — Notwehr 166.
 Verteilen unzüchtiger Schriften 431.
 Vertreter, Strafantrag 214.
 Veruntreuung 550 — s. auch Untreue.
 Verwalter, Untreue 602.
 Verwandte s. Angehörige.

- Verweis bei Jugendlichen 181.
 Verweisung s. Ausweisung.
 Viehseuche 725.
 Viehfutter, Futtermiebstahl 806.
 Viehreiben 800.
 Vogeleier, Schutz 802.
 Vollstreckung Strafmündiger 181 — Ver-
 jährung 226, 229 — Widerstand, Voll-
 streckungsbeamte 297 — widerrechtliche 742,
 744.
 Vorbeifahren, mutwillige Verhinderung
 788.
 Verbreitung, Beihilfe 142 — bei Hoch-
 verrat 260, 261, 262 — bei Münzverbrechen
 367 — Versuch 108.
 Vorgesetzter, Antrag für Untergebene bei
 Verleumdung 459 — desgl. bei Körperver-
 letzung 510 — Klagen 452 — Verleumdung
 Untergebener 753.
 Vorläufige Entlassung 75—77.
 Vormund, Antragsberechtigung 214 —
 Betrug 586 — Diebstahl 555 — Muppelrei
 425 — Unfähigkeit 90 — Untreue 602.
 Vorräte, Brandstiftung 705.
 Vorjubelstößen einer feindlichen Macht 265
 — der Unzucht 420, 425.
 Vorspiegelung falscher Tatsachen 358, 586
 — einer Trauung 420.
 Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft 718 —
 von unerlaubten Verbindungen 331, 333.
 Vorstrafen bei Rückfall 548.
 Vortelle 49a, 266, 568, 577, 579, 510, 511,
 751.
 Vorzeitige Beerdigung 792.
Waffen, verbotene Ansammlung 760 —
 Bettelrei 780 — Diebstahl 545 — Haus-
 friedensbruch 322 — Hochverrat 261 —
 Körperverletzung 498 — Landesverrat 264,
 266 — Mannschaften mit — versehen 330 —
 Raub 561 — Schlägerei 796 — verbotene
 796.
 Wage, unrichtige 802.
 Wäger, Untreue 602.
 Wahlzwischen Zuchthaus und Festungshaft
 73.
 Wahlbestechung 287.
 Wahlfälschung 286.
 Wahlhandlung 286.
 Wahlrecht 90.
 Wahlverhinderung 282.
 Wahnsinn 157.
 Wahrheitsbeweis bei Verleumdung 443, 450,
 452.
 Wahrheitsgetreue Parlamentsberichte 63.
 Wahrnehmung berechtigter Interessen 452.
 Wald, Anzünden 705 — Feuer in Wäldern
 800 — Jagd 675.
 Waldeigentümer, Widerstand 311.
 Wanderbuch, Fälschung 586.
 Wappen, unbefugter Gebrauch 768.
 Waren, Aufbewahrung feuerangender 794
 — Verschleuderung beim Konkurs 645.
 Wareneempfehlungsarten 768.
 Warnungszeichen 800.
 Wasserbauten, Beschädigung 719, 723.
 Wasserbehälter, Bergigung 722—723.
 Wasserstand, Merkmale, Vernichtung 626.
 Wechsel, Minderjährige Übervorteilung 686,
 693.
 Wechselseitige Verleumdung 461.
 Weg, Abpflügen 803 — Auflauf 309 — Ver-
 schädigung 719, 723 — Diebstahl 543 —
 Raub 561 — Verkehrsregelung 788, 790,
 791, 797, 800.
 Wegnahme von Autoritätszeichen 281, 343 —
 von Grenzsteinen usw. 626 — von Zeichen
 usw. 397, 791 — von Kläsen 803 — s. auch
 Diebstahl.
 Wehr, Beschädigung 719, 723.
 Wehrpflicht, Auswanderung 766 — Ent-
 ziehung 352, 357 — Selbstverstümmelung
 356.
 Weide, unbefugtes Betreten 800.
 Weinberg 798, 800.
 Werbung 355.
 Werfen von Steinen usw. 789.
 Werkzeug zur ordnungsmäßigen Eröffnung
 nicht bestimmter 542 — gefährliches 311,
 498, 796.
 Widernatürliche Unzucht 414.
 Widerruf einer eidlichen Versicherung 378,
 383 — der vorläufigen Entlassung 76—77.
 Widerstand gegen die Staatsgewalt 289 bis
 320.
 Weisen, unbefugtes Betreten 800.
 Wild mit Schlingen nachstellen 675.
 Wilderei 671—676 — gewerbsmäßige 676.
 Willensbestimmung 157.
 Wirtshaus, Glücksspiele 659 — Polizei-
 stunde 785.
 Wissenschaftliche Leistungen, Kritik 452.
 Witwenkassen-Errichtung 770.
 Woche, Berechnung 71 — Freiheitsberaubung
 über eine Woche 518.
 Wohnung, Beamte 740 — Eindringen 322.
 Wucher 689—694 — Gesetz betr. den Wucher
 20.
 Wundarzt, Geheimnisbruch 684 — beim
 Zweitimpf 473.
 Würde, unbefugte Annahmen 768 — Un-
 fähigkeit 90 — Verlust 88.
 Zahlungseinstellung s. Bankrott.
 Zahlungsverprechen Minderjähriger 686.
 Zechprellerei 586.
 Zeichen, Autoritätszeichen 281, 343 —
 Schiffsfahrtszeichen 9, 720, 723 — s. auch
 Postzeichen.
 Zeitschrift, Zeitung, Verleumdung in einer
 463.
 Zerstörung s. Beschädigung, Vernichtung.

- Zeuge, falsche Entschuldigung 348 — Meineid 370 ff. — Unfähigkeit 90 — als — und Sachverständiger 382 — beim Zweikampf 473.
- Zeughaus in feindliche Gewalt bringen 9, 266.
- Zeugnisse, Urteste, falsche 370 — Ausweisungszeugnisse 762 — s. auch Meineid.
- Zeugungsfähigkeit, Verlust als Folge der Körperverletzung 501.
- Zinsfuß, Überschreitung 688, 773.
- Zinscheine (Coupons), unbefugtes Anfertigen 768 — Fälschung 366.
- Zögling, Kupperei 425 — Unzucht 410 —
- Zorn, Milderungsgrund bei Todschlag 478.
- Zuchthausstrafe Beschäftigung 68 — Dauer 68, 71 — Einzelhaft 74 — Entlassung 75—77 — Folgen 83 — Umwandlung 78 — Verjährung 226 — Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte 87 — Verhältnis zum Gefängnis 73 — Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft 73.
- Zueignung (rechtswidrige, wiederrechtliche), Diebstahl, Raub 526, 559 — Unterschlagung 550, 561 — von Munition 671.
- Zurechnungsfähigkeit, mangelnde 157.
- Zureiten 788.
- Zurückhaltungsrecht, Wegnahme 668.
- Zurücknahme des Strafantrags, Allgemeinen 210 — bei Hochverrat 279 — bei Beleidigung des Landesherren 281 — desgl. von Gesandten usw. 281 — bei Beleidigung (§§ 185—193) 458 — bei Körperverletzung 510 — bei Diebstahl und Unterschlagung bei Angehörigen 555 — bei einfachem Betrug 586 — bei einfachem Jagdfrevel 671 — bei einfacher Sachbeschädigung 695 — bei Mundraub und Futterdiebstahl 804, 806.
- Zusammenrottung, Aufruhr 307 — Gefangener, — Meuterei 320 — Haus- und Landfriedensbruch 328, 329.
- Zusammenstoßen von Schiffen 359.
- Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen 231—251 — Idealkonkurrenz 231 — Realkonkurrenz 246 — Gesamtstrafe bei Verbrechen und Vergehen 246—251.
- Zwangserziehung 176.
- Zwangsgestellung 739.
- Zwangsmittel bei einer Unterjuchung 740.
- Zwangsvollstreckung, Arrestbruch 345 — Vereitelung 664 — Widerpflicht 297.
- Zweikampf 468—474.

Verlag von Julius Springer und O. Häring (Julius Springer)
in Berlin.

Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe. Von
Dr. M. Liepmann, o. Professor der Rechte an der Universität Kiel. Preis M. 4,50

Strafrecht und Auslese. Eine Anwendung des Kaufgesetzes auf den rechtbrechenden
Menschen. Von Dr. H. von Hentig. Preis M. 6,—; in Leinwand geb. M. 7,—

**Der strafrechtliche Schutz des literarischen Eigentums nach deutschem und
österreichischem Rechte in rechtsvergleichender Darstellung.**
Von Dr. H. von Hentig. Preis M. 3,—.

Die Delikt- und Straffähigkeit der Personenverbände. Von Dr. G. Haffer,
o. Professor des Strafrechts an der Universität Zürich. Preis M. 3,—.

Die Urkunde, besonders im Strafrecht. Von Reichsgerichtsrat G. Brodmann.
Preis M. 2,—.

Die Todesstrafe. Von O. Häring. Preis M. —,60.

Der Agent provocateur. Eine strafrechtliche Studie. Von Dr. P. Heilborn, o. Prof.
der Rechte an der Universität Breslau. Preis M. 3,—.

Die gerichtliche Praxis in Strafsachen. Von Dr. Delius, Kammergerichtsrat.
Preis M. 9,—; in Leinwand geb. M. 10,—.

(Band III der „Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis“. Herausgegeben
von Dr. W. Peters, Reichsgerichtsrat)

Das Jugendgericht in Frankfurt a. M. Bearbeitet von K. Ahnenröder, Amts-
gerichtsrat, Jugendrichter, Frankfurt a. M., Dr. L. Becker, Staatsanwalt beim Jugend-
gericht in Frankfurt a. M., Dr. W. Polligkeit, Direktor der Zentrale für private
Fürsorge, Frankfurt a. M., Dr. H. Voigt, Professor, Nervenarzt in Wiesbaden, früher
in Frankfurt a. M. Herausgegeben von Dr. V. Freudenthal, Professor der Rechte
an der Akademie Frankfurt a. M. Preis M. 6,—; in Leinwand geb. M. 6,80.

Festschrift für Franz von Liszt, zum 60. Geburtstage dargebracht von Schülern und
früheren Mitgliedern des Berliner kriminalistischen Seminars. Preis M. 8,—.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung.

Verlag von Julius Springer und O. Häring (Julius Springer)
in Berlin.

Abhandlungen aus dem Gesamtgebiete der Kriminalpsychologie. (Heidelberger Abhandlungen.) Herausgegeben von Geh. Hofrat Prof. Dr. K. von Lilienthal, Prof. Dr. F. Nissl, Prof. Dr. S. Schott und Prof. Dr. K. Wilmanns, sämtlich in Heidelberg.

1. Heft: **Die Ursachen der jugendlichen Verwahrlosung und Kriminalität.** Studien zur Frage: Milieu oder Anlage. Von Dr. H. W. Gruhle, Assistent der Psychiatrischen und Nervenkl. der Universität zu Heidelberg. Mit 23 Textfiguren und 1 farbigen Tafel. Preis M. 18,—; in Leinwand geb. M. 20,—.

2. Heft: **Lebensschicksale geisteskranker Strafgefangener.** Katamnestische Untersuchungen nach den Berichten L. Kirn's über ehemalige Insassen der Zentralstrafanstalt Freiburg i. B. (1879—1886). Von Privatdozent Dr. med. A. Homburger, Arzt der Poliklinik an der psychiatrischen Universitätsklinik zu Heidelberg. Mit 6 Textfiguren und 12 farbigen Tafeln. Preis M. 14,—; in Leinwand geb. M. 16,—.

Verbrechertypen. Herausgegeben von H. W. Gruhle und A. Wegel, Heidelberg.

1. Heft: **Geliebtenmörder.** Von A. Wegel und K. Wilmanns, Heidelberg. Preis M. 2,80.

2. Heft: **Säufer als Brandstifter.** Von H. W. Gruhle und K. Wilmanns, Heidelberg, und G. H. Dreysfus, Frankfurt a. M. Mit 1 Tafel. Preis M. 3,20.

3. Heft: **Zur Psychologie des Massenmords (Hauptlehrer Wagner von Degerloch).** Eine kriminalpsychologische und psychiatrische Studie von Prof. Dr. R. Gaupp in Tübingen nebst einem Gutachten von Geh. Medizinalrat Prof. Dr. Wollenberg in Straßburg i. Elß. Preis M. 6,—.

Gerichtsärztliche Untersuchungen. Ein Leitfaden für Mediziner und Juristen. Von Dr. D. Veers, Assistent der kgl. Unterrichtsanstalt für Staatsarzneikunde an der Universität Berlin. Preis M. 4,—; in Leinwand geb. M. 4,60.

Ärztliches Recht unter besonderer Berücksichtigung deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Rechts. Von Dr. F. R. Spinner. Mit einem Vorwort von Prof. H. Zangger. Preis M. 16,—; in Halbleder geb. M. 18,50.

Die Psychologie des Verbrechens. Eine Kritik von Privatdozent Dr. med. et phil. Max Kauffmann, Halle a. S. Mit zahlreichen Porträts. Preis M. 10,—; in Leinwand geb. M. 11,—.

Sexuelle Anomalien. Ihre psychologische Wertung und deren forensische Konsequenzen. Erweiterter Vortrag, gehalten in der Juristisch-psychiatrischen Vereinigung Zürich am 26. Februar 1913. Von Dr. med. Ludwig Frank, Spezialarzt für Nerven- und Gemütskrankheiten in Zürich, ehem. Direktor der Kantonalen Irrenheilanstalt Münsterringen, Thurgau. Preis M. 2,—.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung.